

# حقوق مدنی

دکتر کاتوزیان

دکتر شهبازی

دکتر برادران

گردآوری، تایپ و ویرایش: داود بلدی

وکیل پایه یک دادگستری

آخرین ویرایش: اردیبهشت ۱۳۹۷

- ✍ این جزوه صرفاً برای آزمون وکالت [که آزمونی قانون محور است] مهیا گردیده است؛ بنابراین برای آمادگی جهت آزمون‌های حقوقی دیگر، باید به منبع خاص آن آزمون نیز توجه کرد؛
- ✍ هرچند موضوعات و مطالب مدنی یک در این جزوه پراکنده‌اند اما به‌صورت مجزا، جزوه حاضر، فاقد مدنی یک و پنج می‌باشد؛ بنابراین برای مطالعه این دو درس به منابع معتبر مراجعه گردد؛
- ✍ در این جزوه سعی شده است بدون حذف نکته‌های مهم، مطالبی ساده و روان در اختیار شما دوستان قرار بگیرد؛
- ✍ در مواردی که مبحث، به قانونی غیر از قانون مدنی مرتبط باشد، مواد قانون مرتبط، به‌صورت پاورقی آمده است؛
- ✍ در نوشتن جملات و متن مواد در این جزوه دقت بسیاری شده و حتی چندین بار ویرایش شده است، اما مطابق قاعده عام! خالی از اشکال نمی‌باشد؛
- ✍ کلمات و عباراتی که بین [کروشه] در متن مواد قانون نوشته شده است، برای فهم راحت‌تر مواد است و جزء ماده نمی‌باشد؛
- ✍ بهترین مکمل این جزوه، تست قانون مدنی از دکتر محمدحسین شهبازی است؛
- ✍ بدیهی است با مطالعه این جزوه، مطلقاً از مطالعه گنجینه دکتر کاتوزیان (قانون مدنی در نظم کنونی)<sup>۱</sup> و سایر کتب وی و کتب اساتید دیگر بی‌نیاز نمی‌شویم؛
- ✍ پیشنهادات و انتقادات (ایرادات) همه دوستان و صاحب‌نظران را در [Pandpnu@yahoo.com](mailto:Pandpnu@yahoo.com) پذیرا و پاسخگو هستیم.

ویرایش نهایی: بهار ۱۳۹۷

## «فهرست کلی»

## موفقیت چیزی نیست جز:

صفحه	عنوان
۱	مدنی ۲
۶۴	مدنی ۳
۱۹۴	مدنی ۴
۲۵۱	مدنی ۶
۳۴۳	مدنی ۷
۴۵۵	مدنی ۸

✓ داشتن هدف؛

✓ برنامه‌ریزی دقیق و منعطف؛

✓ اجرای برنامه با پشتکار قوی؛

✓ حفظ انگیزه و عدم ناامیدی در تمام مسیر.

<sup>۱</sup> - ضمن مطالعه مواد، رجوع به حاشیه‌های دکتر کاتوزیان در «نظم کنونی» فراموش نشود.

# حقوق مدنی «۲»

«اموال و مالکیت»

«فهرست»

صفحه	عنوان
۲	حق
۶	حقوق عینی
۱۲	تقسیم بندی اموال
۲۸	حق مالکیت
۳۱	اماره تصرف
۳۵	حق انتفاع
۴۰	وقف
۶۰	حق ارتفاق
۶۱	حق، اذن و اجازه

«این جزوه به صورت کاملاً رایگان در وبلاگ  
([baladii.blogfa.com](http://baladii.blogfa.com)) و اکثر سایتها و  
کانالهای حقوقی منتشر شده است و هیچ شخص  
حقیقی یا حقوقی حق فروش آن را ندارد»

## حق

- اولین کلمه‌ای که در حقوق با آن آشنا می‌شویم، حق نام دارد؛
- حق یعنی سلطه، قدرت، اقتدار؛
- حق امتیاز و توانایی است که قانون به افراد می‌دهد تا بتوانند زندگی کنند؛
- عدم وجودی حق = عدم توانایی زندگی؛
- حق بر دو قسم است: حق مالی و حق غیرمالی؛
- حق **مالی**: مانند حق مالکیت، این قسم در قانون مدنی به عنوان «اموال» آمده است: مواد ۱۱ الی ۹۵۵ ق.م؛
- حق **غیرمالی**: مانند حق زوجیت، اُبوت (پدری)، بُنوت (فرزندی) و ...، این قسم، در قانون مدنی به عنوان «اشخاص» آمده است: مواد ۹۵۶ الی ۱۲۵۶ ق.م؛<sup>۱</sup>

### تفاوت‌های حق مالی و حق غیرمالی:

- حق مالی **قابل تقویم به پول** است؛ یعنی اگر حق خود را بپردازیم در ازای آن، پول می‌دهند؛ مانند حق مالکیت، مالکیت فرش: اگر مالک فرشی باشیم و آن را بفروشیم، در ازای آن پول دریافت می‌کنیم.  
اما حق غیرمالی قابل تقویم به پول نیست، چون نمی‌توان حق فرزندگی یا حق پدری خود را فروخت؛
- حق مالی **قابل نقل و انتقال** است؛ نقل و انتقال حق مالی به دو صورت است: ارادی و غیرارادی.<sup>۲</sup>  
اما حق غیرمالی به هیچ طریقی قابل نقل و انتقال نیست؛
- حق مالی **قابل اسقاط** است؛ یعنی صاحب مال می‌تواند حق خود را از بین ببرد، مانند اعراض از ملک  
اما حق غیرمالی قابل اسقاط نیست، پدر هرگز نمی‌تواند پدر بودن خود را اسقاط کند؛
- حق مالی **قابل توقیف** است؛ یعنی این که اموال را می‌توان توقیف کرد؛ مانند طلبکار می‌تواند حقوق مالی بدهکار را متوقف کند. (وثیقه)  
اما حقوق غیرمالی قابل توقیف نیست.
- در نتیجه این مقایسه باید گفت: حق مالی در دارایی است، در حالی که حق غیرمالی خارج از دارایی است؛  
**به عبارت دیگر:** حق مالی با مال ارتباط دارد، در حالی که حق غیرمالی با شخصیت انسان ارتباط دارد.
- تمام حقوق مدنی در عالم ثبوت همین دو قسم است که تعریف شد: حقوق مالی و غیرمالی.

<sup>۱</sup> - مابقی مواد قانون مدنی (جلد سوم: مواد ۱۲۵۷ تا ۱۳۳۵)، قانون مدنی نیست، بلکه ادله اثبات دعوا و مشمول آیین دادرسی مدنی است.

<sup>۲</sup> - قهری، در اثر فوت محقق می‌شود.

## تعریف دو اصطلاح

- **عالم ثبوت:** یعنی هر آنچه در واقع وجود دارد؛
- **عالم اثبات:** یعنی آنچه در عالم ثبوت است، نزد قاضی مطرح شود تا او پی به عالم ثبوت ببرد.<sup>۱</sup>
- برای رأی دادن فقط ثبوت کافی نیست، بلکه باید حق خود را اثبات کنیم؛
- من از X طلب دارم؛ عالم ثبوت- و اگر در دادگاه طلبم را ثابت کنم؛ عالم اثبات؛
- **در نتیجه:** حقوق مدنی کلاً **عالم ثبوت** است و آیین دادرسی مدنی کلاً **عالم اثبات** است.

## حق مالی دو قسم است

- ❖ **حق عینی:** (حق مستقیم شخص بر عین مال)، یعنی رابطه مستقیم شخص با مال: شخص + مال؛
- مانند حق مالکیت: مالکیت ماشین، خانه و ... .
- ❖ **حق دینی:** (حق شخصی، طلب)؛
- حق دینی: یعنی حق غیرمستقیم روی مال و رابطه مستقیم شخص با شخص دیگر است: همان طلب است؛
- یعنی شخصی از طریق یک شخص دیگر به مال خود می رسد: شخص + شخص دیگر + مال

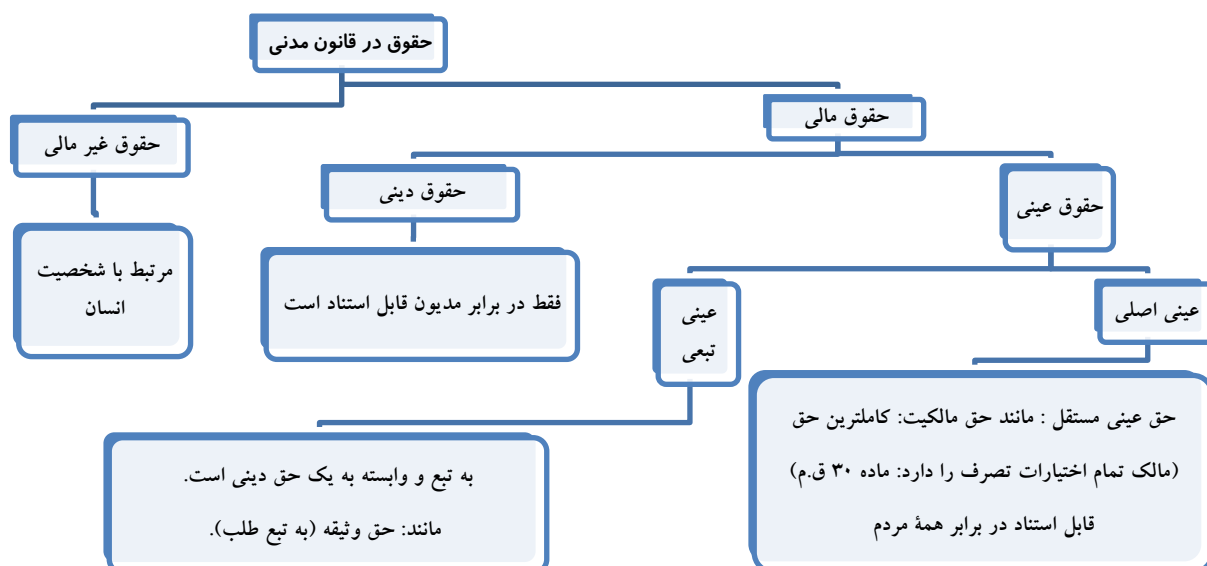
## حق عینی بر دو قسم است

- ⊕ **حق عینی اصلی:** یعنی حق عینی مستقل و وابسته به حق دیگر نیست؛
- مانند حق مالکیت - که وابسته به حق دیگری نیست.
- ⊕ **حق عینی تبعی:** یعنی حق عینی وابسته به یک حق دینی است؛
- ابتدا باید یک حق دینی وجود داشته باشد تا بعداً حق عینی تبعی به وجود بیاید.
- **مثال:** ما از بانک وام می گیریم و به آن بدهکار می شویم: یعنی بانک بر ما حق دینی دارد. حال بانک از ما وثیقه (سند خانه) می خواهد که اگر بدهی خود را پرداخت نکردیم، از طریق فروش خانه ما،<sup>۲</sup> طلب خود را بردارد؛
- در این مثال: بانک دو حق دارد:<sup>۳</sup> حق دینی روی شخص + حق عینی تبعی روی ملک (خانه).

<sup>۱</sup> - البته ثبوت همیشه قابل اثبات نیست.

<sup>۲</sup> - اقدام به فروش مال مورد وثیقه، فقط از طریق دادگاه صورت می گیرد و صاحب حق راساً نمی تواند.

<sup>۳</sup> - زمانی که طلبکار وثیقه نداشته باشد: فقط حق دینی دارد.



## حقوق عینی

ماده ۲۹: ممکن است اشخاص نسبت به اموال، علاقه های<sup>۱</sup> ذیل را داشته باشند:

۱. مالکیت (اعم از عین یا منفعت)؛

۲. حق انتفاع؛

۳. حق ارتفاق به ملک غیر.

⊕ این ماده به سه مورد از حقوق عینی اشاره نکرده است: حق تحجیر، حق شُفعه و حق عینی تبعی.

## شرح حقوق عینی

### حق مالکیت

❖ کامل ترین حق عینی است، یعنی مالک می تواند هر کاری در ملک خود انجام دهد. (تمام اختیارات و حق همه گونه تصرف)؛

ماده ۳۰: هر مالکی نسبت به مایملک<sup>۲</sup> خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

### مالکیت دو قسم است

🔴 مالکیت عین و مالکیت منفعت؛<sup>۳</sup>

♠ عین (مثل تمام اشیاء) مثال: مالک خانه بودن، مالک ماشین بودن؛

♠ منفعت (فایده عین، هر عینی یک فایده دارد) مثال: سکونت در منزل و سواری در ماشین.

<sup>۱</sup> - علاقه به معنی ارتباط است و ارتباط با مال حق عینی است؛ و منظور از علاقه ها در این ماده حق عینی است.

<sup>۲</sup> - مایملک: یعنی «ملک».

<sup>۳</sup> - هر مالی یا عین است و یا منفعت، به فایده عین، منفعت می گویند.

## مالکیت سه حالت دارد:

- شخص هم مالک عین و هم مالک منفعت است، مانند مالک خانه، ماشین و...؛
- شخص مالک عین است ولی مالک منفعت نیست، مانند موجر؛
- شخص مالک عین نیست ولی مالک منفعت است، مانند مستأجر.<sup>۱</sup>

## مراتب داشتن

مالکیت عین:	کسی که مالک عین می باشد، مالک همه چیز آن مال نیز می باشد: مالک عین، توابع، منافع، ارتفاق و انتفاع؛
مالکیت منفعت:	گاهی ممکن است فرد مالک منفعت باشد، اما مالک عین نیست: مانند اجاره: مستأجر مالک منافع است با مدت محدود؛
حق انتفاع:	منتفع، مالک منافع و مالک عین نیست، اما در حدود متعارف حق بهره برداری از مال را دارد؛
اذن در انتفاع:	حق به معنی کلمه وجود ندارد - مالک به منتفع اذن داده است و اذن هم قابل رجوع می باشد؛ مانند عاریه؛
اباحه در انتفاع:	همان اذن در انتفاع است با این تفاوت که مخاطب «اباحه در انتفاع»، عام است، اما مخاطب «اذن» یک شخص می باشد.

## حق انتفاع

⊖ یک نفر حق دارد از منافع یک مال که این منافع به او تعلق ندارد، استفاده کند؛

ماده ۴۰: حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند.

## تفاوت حق انتفاع با مالکیت منفعت

- ♣ در مالکیت منافع ذرات منفعت در ملک مستأجر است؛ اما در حق انتفاع ذرات منفعت در ملک منتفع به وجود نمی آید؛
- ♣ مستأجر [مالک منفعت است] از مال خودش استفاده می کند. [منافع عین، ملک اوست]؛ یعنی شخص مالک منافع است؛ اما در حق انتفاع، منافع مال منتفع نیست و فقط از آن منتفع می شود.

## مثال برای مالکیت منفعت:

- ❖ شخصی باغی را اجاره می کند و مالک میوه ها (منافع) می شود، اگر بعد از اتمام مدت اجاره میوه هایی در باغ بماند می تواند آن ها را بردارد، چون ملک (مال) اوست.
- در این مثال منظور این است که اگر باغ اجاره شده برای یک سال باشد، میوه های همان سال ملک مستأجر می شود و نه سالی دیگر؛ که در این یک سال، مستأجر حق همه گونه تصرف در ملک خود دارد: بخورد، بفروشد، اعراض کند و ... چون مال اوست.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۶۶ ق.م. اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می شود. اجاره دهنده را موجر و اجاره کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره می گویند.

**مثال برای حق انتفاع:**

❖ مالک یک باغ، حق انتفاع از باغ خود را به مدت یک سال به شخصی داده است، مالک میوه ها همان مالک باغ است و منتفع در این یک سال فقط می تواند از این میوه ها استفاده کند و حق فروش و اعراض و از این قبیل را ندارد و اگر مدت انتفاع تمام شده باشد، دیگر حق ندارد از آن ها استفاده کند، چون مال او نیست.

**حق ارتفاق**

- ➔ ارتفاق برگرفته از رفاقت و به معنای دوستی و همراهی است، یک نوع حق انتفاع است؛
- ➔ حق انتفاع عام و حق ارتفاق خاص است. (رابطه عموم و خصوص مطلق دارند).

**تفاوت حق انتفاع با حق ارتفاق**

- ➔ حق ارتفاق فقط در اموال غیرمنقول است و شامل اموال منقول نمی شود؛ مانند خانه، زمین، ملک و...؛ اما حق انتفاع در هر دو (اموال منقول و غیرمنقول) وجود دارد. حق انتفاع از ماشین، باغ، گوسفند و...؛
- ➔ در حق ارتفاق وجود دو مال غیرمنقول نیاز است: یکی از مالکان بر مال دیگری حق دارد؛ اما در حق انتفاع یک مال مورد بحث است. چه منقول باشد و چه غیرمنقول.

**مثال برای حق ارتفاق:**

- دو ملک مجاور هم هستند، مالک یکی از ملک دیگری حق عبور، حق مجرا، حق شبکه، حق در و پنجره و ناودان و یا ... دارد؛<sup>۱</sup>

ماده ۹۳: ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگری.

**حق تحجیر**

- ⊕ این حق امروزه اجرا نمی شود و برخی بر این باورند که نسخ شده است، اما چون هنوز در قانون مدنی وجود دارد به آن پرداخته می شود:

**مقدمه:**

- زمین موات<sup>۲</sup> یعنی زمین مُرده. (یک اصطلاح است، یعنی زمینی که بدون آب و علف است)؛

<sup>۱</sup> - حق ارتفاق برای این است که از حق خود بهتر استفاده کنیم.

<sup>۲</sup> - موات، میت، مُرده.



**ماده ۲۷:** اموالی که ملک<sup>۱</sup> اشخاص نمی باشد و افراد مردم می توانند آن ها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوط به هر یک از اقسام مختلفه آن ها تملک کرده و یا از آن ها استفاده کنند، مباحث نامیده می شود: مثل اراضی موات، یعنی زمین هایی که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آن ها نباشد.

## تفاوت اراضی موات با اراضی بایر

♣ **اراضی بایر:** زمین هایی هستند که سابقه عمران و آبادی داشته اند و به تدریج به حالت موات درآمده اند، مانند خانه های قدیمی خارج از شهرها و ...؛

♣ **اراضی موات:** زمین هایی هستند که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آن ها وجود ندارد.

• احیاء: یعنی زنده کردن. احیای زمین موات؛ یعنی آباد کردن زمین موات؛

**ماده ۱۴۱:** مراد از احیاء زمین آن است که اراضی موات و مباحه را به وسیله عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است، از قبیل زراعت، درخت کاری، بنا ساختن و غیره قابل استفاده نمایند.

⊕ منظور از کلمه «و غیره» در این ماده: یعنی انجام هر کاری که نشان از احیاء باشد، حصری نیست، تمثیلی است.

**ماده ۱۴۳:** هر کس از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملک احیاء کند،<sup>۲</sup> مالک آن قسمت می شود.<sup>۳</sup>

## تعریف تحجیر

- تحجیر یعنی شروع به احیاء، فراهم نمودن مقدمات احیاء؛
- یعنی انجام هر کاری که نشان از احیاء باشد؛
- در قدیم برای احیای زمین دور آن را سنگ می چیدند و به این کار تحجیر گفته می شد؛

<sup>۱</sup> - ملک در قانون دو معنا دارد: ۱. مالی که مالک دارد (مانند ماده ۲۷ ق.م). ۲. مال غیرمنقول (مانند مواد ۹۳ و ۹۴ ق.م).

<sup>۲</sup> - این ماده در عمل متروک شده است.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۶ قانون زمین شهری: کلیه زمین های موات شهری اعم از آن که در اختیار اشخاص یا بنیادها و نهادهای انقلابی دولتی و یا غیردولتی باشد در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد و مدارک مالکیت گذشته ارزش قانونی ندارد. ادارات ثبت اسناد و املاک مکلف اند به درخواست وزارت مسکن و شهرسازی اسناد آن ها را به نام دولت صادر نمایند، مگر آن که از تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت واگذار شده باشد. تبصره: اسناد مالکیت زمین های مواتی که در وثیقه می باشند و به موجب قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰ و این قانون به اختیار دولت درآمده و یا در می آیند آزاد تلقی می شوند و غیر از مطالبات اشخاص ناشی از فروش آن گونه اراضی که منتفی می گردد مطالبات دیگر وسیله طلبکار از سایر اموال بدهکار وصول خواهد شد؛

\* ماده ۷ قانون زمین شهری: کسانی که طبق مدارک مالکیت، از زمین های موات شهری در اختیار داشته اند مشروط بر آن که از مزایای مواد ۶ یا ۸ قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰ استفاده نکرده و مسکن مناسبی نداشته باشند، طبق ضوابط مسکن و شهرسازی در سراسر کشور قطعه و یا قطعاتی جمعاً معادل ۱۰۰۰ متر مربع در اختیارشان گذاشته می شود تا در مهلت مناسبی که در آیین نامه تعیین خواهد شد عمران و احیا کنند در صورت عدم عمران و احیا بدون عذر موجه اجازه مذکور ساقط و زمین به دولت بازمی گردد.

تبصره: در مورد کسانی که به تاریخ قبل از قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری مصوب ۱۳۵۸/۴/۵ با اسناد عادی دارای زمین بوده و در مهلت های تعیین شده قبلی از طرف مراجع مربوطه تشکیل پرونده داده اند و یا در شهرهایی که تاکنون مهلت های مذکور برای تشکیل پرونده اعلام نشده است در صورتی که تاریخ تنظیم سند عادی و صحت معامله از طرف مراجع قضایی ذی صلاح تأیید گردد برابر ضوابطی که در آیین نامه اجرایی این قانون تعیین می شود اجازه عمران داده خواهد شد.

- تحجیر - حجر - سنگ - سنگ چینی؛
- تحجیر یعنی حق اولویت در احیاء؛
- در اثر تحجیر شخص مالک زمین نمی شود و فقط حق تقدم پیدا می کند. (با احیاء آن مالک می شود)؛
- حق تحجیر یک حق عینی است؛ یعنی رابطه شخص با زمین است؛

ماده ۱۴۲: شروع در احیاء، از قبیل سنگ چیدن اطراف زمین یا کندن چاه و غیره [هر کاری] تحجیر است و موجب مالکیت نمی شود، ولی برای تحجیر کننده ایجاد حق اولویت در احیاء<sup>۱</sup> می نماید.

## حق شُفَعَه<sup>۲</sup>

- هر گاه دو نفر در یک مال غیر منقول قابل تقسیمی [مانند زمین] شریک باشند و یکی از آن ها سهم خود را بفروشد [فقط بیع]، شریک دیگر حق دارد به خریدار رجوع کند و ثمن را به وی بدهد و سهم فروخته شده را بگیرد. (تملک کند)؛
- در ایجاد حق شفعه مهم نیست که سهم هر کدام در این مال چقدر است، مهم دو نفر بودن و شراکت دونفره بودن آنهاست.

## قاعده شراکت

- وقتی چند نفر باهم در یک مال شریک باشند، هر کدام می تواند بدون رضایت دیگری سهم خود را به هر که می خواهد بفروشد. (تصرف حقوقی و نه مادی)؛<sup>۳</sup>
- اما شفعه یک استثناء است و به این شکل به دست می آید: مال غیر منقول + دو نفر در آن شریک بودن + فروش (فقط بیع) از جانب یکی از آنها = ایجاد حق شفعه برای شریک دیگر.

## مثال شفعه:

- من و شما در یک قطعه زمینی باهم شریک هستیم، [مهم نیست به چه نسبتی و ممکن است یکی یک دانگ و دیگری پنج دانگ و یا هر فرض دیگری]، حال اگر من سهم خودم را در قبال مبلغی بفروشم، [فقط فروختن و نه صلح و...] در این موقع [پس از اطلاع شما از وقوع بیع] می توانید به خریدار رجوع کرده و پول [به اندازه ای که بابت معامله به من داده است] را به وی داده و سهم فروخته شده را تملک کنید؛

ماده ۸۰۸: هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه [سهم] خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه [سهم فروخته شده] را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می گویند.

<sup>۱</sup> - حق اولویت در احیاء: یعنی حق تحجیر.

<sup>۲</sup> - شفعه: شفعه در لغت یعنی جفت قرار دادن - شفعه، ایقاع معوض است.

<sup>۳</sup> - ماده ۵۸۳ ق.م. هر یک از شرکاء می تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل [تصرف حقوقی] کند.

- نکته مهم: سهم مشاع نیز باید مبیع قرار گیرد نه ثمن.

### نکته:

- حق شفعه فوری<sup>۱</sup> (پس از اطلاع) است: یعنی شفیع پس از اطلاع باید ابتدا اظهارنامه بدهد تا فوریت امر از بین نرود. (البته اظهارنامه در صورتی است که نتوان حق شفعه را فوراً اعمال کرد)؛
- در هر زمانی که شفیع (صاحب حق شفعه) از وقوع بیع مطلع شود، یا اظهارنامه می دهد و یا فوراً همان مبلغ داده شده را به خریدار می دهد و سهم فروخته شده را تملک می کند و اگر خریدار پول را نگیرد، شفیع پول را در صندوق دادگستری واریز می کند و مال را تملک می کند و خریدار را از ملک خارج می کند.

### حق عینی تبعی (حق وثیقه)

- حق عینی تبعی، یک حق عینی که وابسته به یک حق دینی است. (تابع حق دینی است)؛
- یعنی باید از ابتدا یک حق دینی وجود داشته باشد تا حق عینی تبعی به وجود بیاید.

### مثال برای حق عینی تبعی:

- یک طلبکار داریم و یک بدهکار، (طلبکار حق دینی دارد)، طلبکار به بدهکار اعتماد ندارد و از بدهکار یک مال را به عنوان وثیقه (گرو) می گیرد، (مانند یک فرش)، در این مثال طلبکار نمی تواند از مال مورد وثیقه (فرش) استفاده کند، زیرا هم وثیقه است و هم منافع آن، مال بدهکار است.<sup>۲</sup>
- طلبکار فرش را نگه می دارد؛ اگر بدهکار بدهی خود را پرداخت کند، طلبکار باید فرش (وثیقه) را به بدهکار پس بدهد، اما اگر بدهکار بدهی خود را پرداخت نکرد، طلبکار فرش را به دادگاه می برد و از دادگاه تقاضا می کند که فرش را بفروشد<sup>۳</sup> و طلب خود را از آن برمی دارد.
- ✓ یعنی طلبکار به تبع طلب خود بر روی مال بدهکار (فرش) حق عینی پیدا می کند.

### راه های به وجود آمدن حق عینی تبعی

♣ قرارداد [عقد]؛

♣ تصمیم مقامات قضایی؛

♣ به حکم قانون.

<sup>۱</sup> - ماده ۸۲۱ ق.م: حق شفعه فوری است.

<sup>۲</sup> - منافع متصل جزء رهن محسوب می شود.

<sup>۳</sup> - طلبکار راساً نمی تواند مال مورد وثیقه را بفروشد و یا در آن تصرف کند. فروش فقط توسط دادگاه صورت می گیرد.

## قرارداد [وثیقه قراردادی]

- ساده ترین راه پیدایش حق عینی تبعی، قرارداد است. (عقد رهن)؛
- طلبکار و بدهکار قرارداد می بندند (هر دو طرف رضایت دارند)، طبق این قرارداد بدهکار مال خود را به عنوان وثیقه به طلبکار می دهد؛

**ماده ۷۷۱:** رهن عقدی است که به موجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند.

- ⊕ مورد وثیقه (رهن) را عین مرهونه می گویند. - نکته: رهن عقد اذنی نیست.
- ⊕ رهن یک عقد دوجویی است، یعنی: از طرف رهن لازم و از طرف مرتهن جایز است.<sup>۱</sup>

## تصمیم مقامات قضایی [وثیقه قضایی]

- وقتی که مدیون (بدهکار) حاضر نمی شود که وثیقه بسپارد و از طرفی طلبکار نگران طلب خود می شود، از این رو به مقامات قضایی مراجعه می کند و مالی از بدهکار را توقیف می کند [قرار تأمین خواسته]؛

**ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م:** خواهان می تواند قبل از تقدیم دادخواست یا ضمن دادخواست راجع به اصل دعوا یا در جریان دادرسی تا وقتی که حکم قطعی صادر نشده است در موارد زیر از دادگاه درخواست تأمین خواسته نماید و دادگاه مکلف به قبول آن است.

**الف:** دعوا مستند به سند رسمی باشد؛ **ب:** خواسته در معرض تضییع یا تفریط باشد؛

**ج:** در مواردی از قبیل اوراق تجاری و اخواست شده که به موجب قانون، دادگاه مکلف به قبول درخواست تأمین می باشد؛

**د:** خواهان خساراتی را که ممکن است به طرف مقابل وارد آید نقداً به صندوق دادگستری بپردازد.

**تبصره:** تعیین میزان خسارت احتمالی، با در نظر گرفتن میزان خواسته به نظر دادگاهی است که درخواست تأمین را می پذیرد. صدور قرار تأمین موکول به ایداع خسارت خواهد بود.

## نکات این ماده:

- ✓ خواهان در اینجا می تواند، خواهان دعوای اصلی، اضافی، تقابل و یا وارد ثالث باشد، مشروط بر این که به حمایت از خواننده وارد دعوا نشده باشد؛
- ✓ در صورتی که درخواست کننده تأمین تا ده روز از تاریخ صدور قرار تأمین نسبت به اصل دعوا دادخواست ندهد، دادگاه به درخواست خواننده، قرار تأمین را لغو می کند. ماده ۱۱۲ آ.د.م؛
- ✓ تأمین در قانون عبارت است از توقیف اموال اعم از منقول و غیرمنقول. ماده ۱۲۰ آ.د.م؛
- ❖ دادگاه مکلف به قبول دادخواست، اما مکلف به صدور قرار تأمین نیست؛
- ✓ در مواردی که موارد «الف» تا «ج» موجود باشد: قرار تأمین بدون تودیع خسارت احتمالی است؛
- ✓ در مورد بند «الف»: سند باید قابلیت اجرا داشته باشد و تعرض به اصالت سند هیچ تأثیری در صدور قرار ندارد؛
- ✓ در مورد بند «ب»: باید توسط خواهان اثبات شود؛

<sup>۱</sup> - اما قواعد کلی «عقد لازم» بر آن جاری است.

- ✓ در مورد بند «د»: منظور خسارت احتمالی است و باید وجه نقد باشد و حتی ضمانت نامه بانکی هم پذیرفته نمی شود؛
- ✓ در مورد «تبصره» (میزان خسارت احتمالی): معمولاً ده تا بیست درصد است و دادگاه تعیین کننده ممکن است بدوی باشد و یا تجدیدنظر.
- ➡ توقیف مال از طریق دادگاه و یا از طریق اجرای ثبت (در صورتی که سند رسمی باشد). صورت می گیرد؛
- ➡ در هر صورت وقتی دائن مال مدیون را توقیف کرد بر روی آن حق عینی تبعی پیدا می کند.

### حکم قانون [وثیقه قانونی، وثیقه قهری]

- ➡ بعضی اوقات بدون این که طلبکار یا بدهکار بخواهد، خود قانون مال بدهکار را به وثیقه طلبکار (اراده بدهکار و طلبکار وجود ندارد) می دهد.
- ➡ در قانون مدنی در بحث ارث: وقتی شوهر فوت می کند، زن از [عین] اموال غیر منقول ارث نمی برد، اما از قیمت آن ها ارث می برد.

### تعریف چند اصطلاح

- ♣ **زمین بیاض:** بیاض یعنی سفید و زمین بیاض، زمینی که هیچ چیزی روی آن نیست، با زمین موات فرق دارد، موات یک نوع زمین بیاض است اما بیاض می تواند موات نباشد؛
- ♣ **عرصه:** زمینی که روی آن یک چیزی وجود دارد؛ مانند بنا و درخت؛
- ♣ **اعیان:** به آن چیزی که روی عرصه قرار دارد، به خود بنا و درخت اعیان می گویند.
- در مجموع، اموال غیر منقول فقط همین سه عنوان بالا هستند؛
- وقتی شوهر فوت می کند، زن از هیچ یک از سه مورد بالا ارث نمی برد، اما از قیمت آن ها ارث می برد و خود اموال غیر منقول به بقیه وراثت می رسد. مواد ۹۴۶ و ۹۴۸ قانون مدنی؛

**ماده ۹۴۶:** زوج از تمام اموال زوجه ارث می برد و زوجه در صورت فرزند دار بودن زوج یک هشتم از عین اموال منقول و یک هشتم از قیمت اموال غیر منقول اعم از عرصه و اعیان ارث می برد در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می باشد.

**تبصره:** مفاد این ماده در خصوص وارث متوفایی که قبل از تصویب آن فوت کرده ولی هنوز ترکه او تقسیم نشده است نیز لازم الاجراست.

- ➡ استاد شهبازی: جای لفظ «زمین بیاض» در ماده بالا بعد از لفظ اعیان خالی است. (جا افتاده)!
- ➡ منظور از تبصره این ماده: این که این قانون (قانون ماهوی) عطف به ماسبق می شود.

**ماده ۹۴۸:** هرگاه ورثه از ادای قیمت امتناع کنند، زن می تواند حق خود را از عین اموال استیفاء کند.

➡ منظور همان روش قانونی حق وثیقه زن است که تعریف شد.

- **مثال:** شخصی (یک مرد) فوت کرده و یک خانه از دارایی او به جای مانده است، زن از این خانه ارث نمی برد، بلکه از قیمت آن ارث می برد. به این صورت که کارشناس خانه را قیمت گذاری می کند و از این قیمت، حسب مورد زن یک هشتم و یا یک چهارم طلبکار می شود؛
- یعنی خانه به سایر وراث می رسد و زن سهم خود را از قیمت آن می برد. به این صوت که: این خانه ای که مال بدهکار است (منظور در این مثال سایر وراث بدهکار زن می شوند)، وثیقه طلب زن می شود (به حکم قانون)؛
- یعنی مال غیر منقول به جامانده از زوج وثیقه طلب زوجه می شود. (قهری)؛
- در نتیجه: «خود به خود» مال وثیقه زن می شود و دادگاه خانه را می فروشد و طلب زوجه را می دهد.

## اموال

تقسیم بندی های اموال:

- ❖ منقول و غیر منقول؛
- ❖ عین و منفعت؛
- ❖ مثلی و قیمی؛
- ❖ مصرف شدنی و مصرف نشدنی؛
- ❖ با مالک و بی مالک؛

### تقسیم نخست اموال: منقول و غیر منقول

ماده ۱۱: اموال بر دو قسم است منقول و غیر منقول.

اقسام مال غیر منقول:

- غیر منقول ذاتی؛
- غیر منقول به واسطه عمل انسان؛
- غیر منقول حکمی؛
- غیر منقول تبعی.

➡ **مواد مرتبط:** ماده ۱۲ ق.م مال غیر منقول را تعریف کرده و گفته است که دو قسم دارد [در صورتی که ۴ قسم است!]، مواد ۱۳، ۱۴، ۱۵ و ۱۶ مثال هایی است برای دو قسمی که ماده ۱۲ نام برده است [ذاتی و به واسطه عمل انسان] و ماده ۱۷ قسم سوم را گفته و چند مثال زده و سرانجام ماده ۱۸ قسم چهارم را با مثال نام برده است؛

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

⊕ این ماده فقط به دو قسم مال غیر منقول اشاره کرده است: ذاتی و به واسطه عمل انسان.

## غیرمنقول ذاتی

- مالی است که از اول ذاتی بوده و کسی آن را به غیرمنقول تبدیل نکرده است: یعنی استقرارش ذاتی است؛
- اولین لفظ (اراضی) در ماده ۱۳ ق.م. غیرمنقول ذاتی است، به عبارتی تنها مثال برای غیرمنقول ذاتی زمین است؛

**ماده ۱۳: اراضی و ابنیه و آسیا و هر چه که در بنا منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب می شود، غیرمنقول است و هم چنین است لوله ها که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین یا بنا کشیده شده باشد.**

## غیرمنقول به واسطه عمل انسان

- مالی که از ابتدا منقول بوده و به دلیل اتصال به زمین یا درخت به آن غیرمنقول به واسطه عمل انسان می گویند؛
- به عبارت دیگر هر چیزی که به بنا و درخت و زمین چسبیده باشد غیرمنقول به واسطه عمل انسان است؛
- غیرمنقول به واسطه انسان، یک اصطلاح است و این طور نیست که حتماً باید انسان این کار را انجام داده باشد، حتی به درخت خودرو هم غیرمنقول به واسطه انسان می گویند. (دکتر شهبازی)<sup>۱</sup>؛

**ماده ۱۳: ..... ابنیه و آسیا و هر چه که در بنا منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب می شود، غیرمنقول [به واسطه انسان] است و هم چنین است لوله ها که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین یا بنا کشیده شده باشد.**

**ماده ۱۴: آینه و پرده نقاشی و مجسمه و امثال آنها، در صورتی که در بنا یا زمین به کار رفته باشد، به طوری که نقل آن موجب نقص یا خرابی خود آن یا محل آن بشود، غیرمنقول است.**

- همان طور که قبلاً گفته شد، در این ماده [۱۴] و مواد ۱۵ و ۱۶ مثال هایی از غیرمنقول به واسطه عمل انسان آمده است؛
- آینه و پرده و ... باید حتماً در زمین یا بنا به کار رفته باشد در غیر این صورت منقول است، چون اگر به کار رفته باشد، نقل آن باعث خرابی خود آن و یا محل آن می شود.

**ماده ۱۵: ثمره و حاصل، مادام که چیده یا درو نشده است، غیرمنقول است. اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد، تنها آن قسمت منقول است.**

- ثمره به درخت و حاصل به زمین برمی گردد: چیدن ثمره - درو کردن محصول؛
- وصف غیرمنقول بودن ثمره و حاصل، پس از جدا شدن از مبدأ خود، از بین می رود و منقول می شود.

**ماده ۱۶: مطلق اشجار و شاخه های آن و نهال و قلمه، مادام که بریده یا کنده نشده است غیرمنقول است.**

<sup>۱</sup> - در مورد این قسم از اموال غیرمنقول و غیرمنقول تبعی، با توجه به گفته های دکتر شهبازی و آنچه در نظم دکتر کاتوزیان و حاشیه های آن می بینیم اختلاف نظر وجود دارد. دکتر برادران نیز با نظر دکتر کاتوزیان موافق هستند. (در این جزوه از نظر دکتر شهبازی پیروی شده است، با توجه با تأکیدهای وی در کلاس بر روی این موضوع).

⊕ مطلق اشجار: یعنی صرف درختان؛

⊕ مفهوم مخالف: زمانی که بریده و یا کنده شوند، منقول می شوند.

### «مال پیشاپیش منقول»

- برگرفته از مفهوم حاشیه ۲ از ماده ۱۳ ق.م. نظم دکتر کاتوزیان. (تراضی اشخاص)؛
- مال پیشاپیش منقول یک اصطلاح است، به این ترتیب که: یک مالی اکنون غیرمنقول است و قرار است در آینده منقول بشود و منقول آن هم مد نظر طرفین است: یعنی مالی که الآن غیرمنقول است، منقول فرض می شود. (در حکم منقول)؛
- یعنی احکام مال منقول بر آن بار می شود. به عبارتی اگر دعوایی بر سر این مال وجود داشته باشد، برای تعیین مرجع صالح جهت رسیدگی، طبق احکام مال منقول عمل می شود. (محل اقامت خواننده)؛

#### مثال ۱:

- یک آجر اکنون در دست ماست: (منقول)، اگر این آجر در ساختمان به کار رفته باشد: (غیرمنقول)، اگر از ساختمان جدا شود: (منقول) و اگر با توجه به این که هنوز در ساختمان است، فروخته شود: مال پیشاپیش منقول می شود؛

#### مثال ۲:

- میوه های روی درخت هنوز چیده نشده اند، حال یک نفر این میوه ها را می خرد و قرار است فردا و یا ... آن ها را بچیند (منظور این است که در زمان معامله میوه ها هنوز روی درخت قرار دارند) چون قرارداد بسته اند، از موقع قرارداد میوه ها منقول محسوب می شوند (همین که فروخته شدند منقول می شوند)، یعنی اگر دعوایی روی این میوه ها به وجود بیاید باید طبق قواعد و احکام مال منقول (محل خواننده) عمل کرد؛

#### مثال ۳:

- یک ساختمان قدیمی وجود دارد که قرار است تخریب شود، حال قبل از تخریب، یک نفر آجرهای آن را می خرد، پس چنین فرض می شود که مال منقولی مورد معامله قرار گرفته است و اگر دعوایی به وجود بیاید دادگاه محل وقوع خواننده صالح است.

### غیر منقول حکمی

- یک سری اموال منقول هستند که در کشاورزی به کار می روند و از دو جهت زیر، غیرمنقول محسوب می شوند:

➔ صلاحیت محاکم و توقیف اموال؛



- قانون‌گذار جهت حمایت از کشاورزی و به خاطر این که این اموال از زمین جدا نشود و کشاورزی معطل نماند، آن‌ها را از دو جهت مذکور غیرمنقول محسوب کرده است؛
- در حقیقت اموال مذکور در ماده ۱۷ ق.م.ا.ز جهت منقول اند و فقط از دو جهت مَصْرَح غیرمنقول به حکم قانون هستند.

### از جهت توقیف:

- چون توقیف اموال منقول و غیرمنقول باهم متفاوت است، قانون‌گذار آن‌ها را در حکم غیرمنقول دانسته است؛ اگر مال منقولی را توقیف کنند، آن را از محل گذاشته شده جابه‌جا می‌کنند و ...؛
- اما توقیف اموال غیرمنقول چنین نیست و فقط در مال نمی‌توان تصرف حقوقی (انتقال مالکیت) کرد؛ و مانع تصرف مادی مالک از آن نمی‌شوند؛

### مثال برای توقیف اموال غیرمنقول:

- ❖ فرض کنیم خانه‌ای را توقیف می‌کنند، در این صورت تا تعیین تکلیف نهایی مالک در خانه خود سکونت دارد و او را بیرون نمی‌اندازند؛
- توقیف تراکتور و سایر ادوات هم بر همین مناسبت و به خاطر معطل نماندن کار کشاورزان توقیف آن‌ها همانند توقیف اموال غیرمنقول است. (عدم تصرف حقوقی)؛

### وجود دو شرط:

- ⊖ برای این که اموال مذکور، غیرمنقول حکمی محسوب بشوند، وجود هم‌زمان دو شرط زیر لازم است:
  - ➔ اولاً: مالک زمین و مالک این اموال یک نفر باشند، (اموال مذکور استیجاری نباشند)؛
  - ➔ ثانیاً: مالک این اموال را به کشاورزی اختصاص داده باشد، [اگر اموال مذکور در انبار باشند و ربطی به کشاورزی نداشته باشند، منقول هستند و مانند اموال منقول با آن‌ها برخورد می‌کنند]؛

**ماده ۱۷: حیوانات و اشیایی که مالک آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد، از قبیل گاو و گاومیش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره و به‌طور کلی هر مال منقول که برای، استفاده از عمل زراعت لازم<sup>۱</sup> و مالک آن را به این امر تخصیص داده باشد، از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال، جزو ملک محسوب و در حکم مال غیرمنقول است و همچنین است تلمبه و گاو و یا حیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یا خانه<sup>۲</sup> و باغ اختصاص داده شده است.**

- ⊕ این ماده یک استثناء است و استثنائات باید تفسیر مُصَيِّق بشوند و نمی‌توان به کمک قیاس به موارد مشابه سرایت داد؛
- ➔ به عبارت دیگر: نمی‌توان از حکم این ماده برای دام‌پروری و ماهیگیری و راه‌سازی و صنعت و ... استفاده کرد و حکم این ماده فقط و فقط در مورد کشاورزی صادق است.

<sup>۱</sup> - به لفظ «لازم» دقت شود، اگر برای کشاورزی لازم نباشند، یعنی اگر وسایل مربوط به کشاورزی باشند، ولی لزومی به استفاده از آن‌ها برای کشاورزی مالک نباشد. حکم فوق شامل آن‌ها نمی‌شود.

<sup>۲</sup> - منظور از لفظ «خانه»، خانه‌ای است که کشاورزی در آن انجام می‌شود و شامل منزل مسکونی نمی‌شود.

## غیر منقول تبعی<sup>۱</sup>

◉ غیر منقول تبعی شامل دو چیز است: حقوق و دعاوی؛

### مقوق غیر منقول:

- هر حقی که راجع به مال غیر منقول است، غیر منقول تبعی می گویند؛ زیرا تابع مال است؛
- مثال: حق انتفاع از خانه، حق ارتفاق، حق شفعه، حق تحجیر، حق سرقفلی و حق عینی تبعی؛

### دعاوی غیر منقول:

- هر دعوایی که راجع به مال غیر منقول است، غیر منقول تبعی می گویند؛ مثال: دعاوی خلع ید؛
- ماده ۱۸ ق.م: این نوع غیر منقول را در قالب مثال بر شمرده است؛

ماده ۱۸: حق انتفاع از اشیای غیر منقوله، مثل حق عمری و سکنی و همچنین حق ارتفاق نسبت به ملک غیر، از قبیل حق العبور و حق المجری و دعاوی راجعه به اموال غیر منقوله، از قبیل تقاضای خلع ید و امثال آن، تابع اموال غیر منقول است.

## مال منقول

◉ مال منقول بر دو قسم است: اشیای منقول و حقوق منقول؛

### اشیای منقول

➤ هر شیء که بتوانیم بدون ورود ضرر (به خود مال یا به محل نصب آن) آن را جابجا کنیم، منقول است؛

ماده ۱۹: اشیایی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد، بدون این که به خود یا محل آن خرابی وارد آید، منقول است. ⊕ معیار: خرابی مال، خرابی در جایگاه آن است؛

ماده ۲۱: انواع کشتی های کوچک و بزرگ و قایق ها و آسیاها و حمام هایی که در روی رودخانه ها و دریاها ساخته می شود و می توان آن ها را حرکت داد<sup>۲</sup> و کلیه کارخانه هایی که نظر به طرز ساختمان جزو بنای عمارتی نباشد،<sup>۳</sup> داخل در منقولات است، ولی توقیف بعضی از اشیای مزبوره<sup>۴</sup> ممکن است نظر به اهمیت آن ها موافق ترتیبات خاصه به عمل آید.

ماده ۲۲: مصالح بنایی از قبیل سنگ و آجر و غیره، که برای بنایی تهیه شده یا به واسطه خرابی از بنا جدا شده باشد، مادامی که در بنا به کار نرفته، داخل منقول است.

<sup>۱</sup> - سه مورد غیر منقولی که تعریف شد، غیر منقولی هستند که می توان عیناً دید؛ اما این نوع (تبعی)، نوعی غیر منقول است که نمی توان آن را دید. (کلاً حقوق، یک چیز اعتباری است و قابل دیدن نیست)!

<sup>۲</sup> - اگر نتوان حرکت داد، داخل در غیر منقولات است؛

<sup>۳</sup> - منظور کارخانه هایی است که با مصالح پیش ساخته به هم پیچ و مهره شده اند و می توان آن ها را جابجا کرد؛

<sup>۴</sup> - منظور اشیایی مانند کشتی است که توقیف آن مسلماً مانند ماشین (منقول) نیست و اگر قرار باشد یک کشتی را توقیف کنیم، شرایط خاصه خود را دارد.

## حقوق منقول

• حقوق منقول دو قسم دارد: حقوق عینی منقول (حق راجع به مال منقول)؛ و حقوق دینی منقول؛

### حقوق عینی منقول:

➔ هر حق عینی که روی مال منقول است، منقول حکمی گویند،<sup>۱</sup> مثال: حق انتفاع از ماشین؛

### حقوق دینی منقول:

➔ طبق ماده ۲۰ ق.م.کلیه دیون (حقوق دینی، تعهدات) از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است؛

ماده ۲۰: کلیه دیون، از قبیل قرض و ثمن مبیع و مال الاجاره عین مستأجره، از حیث صلاحیت محاکم [از هر حیث] در حکم منقول است، ولو این که مبیع یا عین مستأجره از اموال غیرمنقوله باشد.

• این ماده مطلق است و فرض بر این است که موضوع قرض و ثمن و مال الاجاره پول یا مال منقول دیگری است و به اطلاق نباید اعتماد کرد؛ و تعهد و دینی که موضوع آن به طور مستقیم مال غیرمنقول باشد (تعهد به تسلیم ملک) به تابعیت از موضوع آن، غیرمنقول است.

دو ایراد مهم ماده ۲۰ ق.م.:

### ایراد نخست:

• قانون نباید می گفت از جهت صلاحیت محاکم، چون دیون (اطلاق دیون) از جهت منقول حکمی اند و فقط از حیث صلاحیت محاکم نیست. (اطلاق دیون به دیون منقول برمی گردد، مانند قرض، ثمن مبیع و ...).

### ایراد دوم و مهم تر:

• طبق قانون کلیه دیون منقول حکمی هستند و از این ماده این طور برداشت می شود که: دین غیرمنقول نداریم، این در حالی است که چهار دین غیرمنقول وجود دارد: در حقیقت این چهار دین، استثنائات ماده ۲۰ ق.م هستند.

## استثنائات ماده ۲۰ ق.م.

### تعهد (دین) به انتقال مال غیرمنقول:<sup>۲</sup>

- در قالب یک مثال؛ شخصی خانه ای دارد و تعهد می کند که آن را به دیگری منتقل کند، با این که این دین (تعهد) است، اما غیرمنقول تبعی است؛
- حال اگر متعهد به قول خود عمل نکند، دادگاه محل وقوع خانه (چون غیرمنقول است) صالح به رسیدگی است؛

<sup>۱</sup> - نکته: هر حقی را که روی مال منقول است، منقول حکمی یا در حکم منقول می گویند و هر حقی را که روی مال غیرمنقول است، غیرمنقول تبعی می گویند.

<sup>۲</sup> - قولنامه، تعهد به انتقال است: دکتر ناصر کاتوزیان.

**تعهد به تسلیم مال غیرمنقول:**

- انتقال<sup>۱</sup> یک عمل حقوقی است، اما تسلیم یک عمل مادی است؛
- مثال: شخص «الف» خانه خود را به شخص «ب» می فروشد، حال او باید خانه را به شخص «ب» تسلیم کند که تعهد به تسلیم مال غیرمنقول است و غیرمنقول تبعی است؛

**تعهد به جبران خسارت وارده بر مال غیرمنقول:**

- ❖ در قالب یک مثال: شخصی یک باغ در شهرستان X دارد و دیگری (فرضاً یک رهگذر) به باغ او خسارت می زند؛ اکنون [خسارت وارد آورنده] تعهد دارد که خسارت وارده را جبران کند. چون بحث خسارت است و از آنجایی که تعیین خسارت نیاز به کارشناس دارد، دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول (باغ) راحت تر می تواند کارشناس بفرستد؛ بنابراین غیرمنقول بودن آن کاملاً معقول و بجاست؛ و دادگاه محل وقوع باغ صالح به رسیدگی است؛

**تعهد به دادن اجرت المثل مال غیرمنقول:**

- این هم مانند بحث خسارت در مثال قبل است و برای تعیین اجرت المثل نیاز به کارشناس دارد؛ و از آنجایی که دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول راحت تر می تواند کارشناس بفرستد، غیرمنقول بودن مال معقولانه تر است.

**تعریف چند اصطلاح****اجرت المسمی:**

- ◀ مسمی یعنی نامیده شده، اجرت تعیین شده (در قرارداد) را اجرت المسمی می نامند.
- مانند مال الاجاره که به کارشناس نیازی ندارد، چون قرارداد بین طرفین حکم می کند،

**مثال:**

- من خانم را به قرار ماهیانه صد تومان اجاره داده ام، اجرت المسمی خانه من صد تومان است. این رقم ربطی به مال غیرمنقول ندارد و بین من و مستأجر است، به همین دلیل منقول حکمی است و در صورت عدم انجام تعهد مستأجر بر پرداخت اجرت المسمی، محل اقامت خوانده برای رسیدگی صالح می باشد.
- هر دینی که در قرارداد نوشته شود [اجرت المسمی]، نیاز به کارشناس ندارد؛ منقول حکمی است؛ مانند ثمن خانه؛<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - انتقال مال، صرفاً بیع نمی باشد؛ و اعم است از: معاوضه، هبه، بیع و ...

<sup>۲</sup> - (و در صورت دعوا: دادگاه محل خوانده صالح است).

## اجرت المسمی مال غیرمنقول:

- یعنی اجرت تعیین شده برای مال غیرمنقول؛
- این اجرت تعیین شده، منقول حکمی است: یعنی اجرت المسمی مال غیرمنقول، منقول است؛
- ➡ یعنی با این که راجع به مال غیرمنقول است اما اجرت المسمی، منقول حکمی است و قرارداد هرکجا که منعقد بشود، دادگاه محل اقامت خوانده صالح است؛
- ✓ اجرت المسمایی منقول است که پول یا مال منقول باشد.

## اجرت المثل:

- ⊖ اجرتی که مقدار آن معلوم نیست: (قراردادی بین طرفین وجود ندارد) و باید توسط کارشناس تعیین بشود؛
- مثال:** شخصی از مال دیگری، بدون قرارداد (با اجازه و یا بدون اجازه) استفاده کرده و حال باید اجرت المثل بپردازد،<sup>۱</sup> که تعیین آن با کارشناس است.

## اجرت المثل مال غیرمنقول:<sup>۲</sup>

- ❖ اجرت المثل مال غیرمنقول، غیرمنقول است و غیرمنقول تبعی نام دارد؛
- **مثال:** «الف» خانه «ب» را یک ماه غصب می کند؛ برای محاسبه اجرت المثل این یک ماه، باید به کارشناس رجوع کرد؛ بنابراین دادگاه صالح: دادگاه وقوع محل مال غیرمنقول [خانه] است.

## «اصل» منقول بودن اشیاء

- بین اموال منقول و غیرمنقول، اصل بر این است که مال منقول است، یعنی غیرمنقول بودن جنبه استثنایی دارد؛
- ⊕ **فایده بحث:** هرگاه شک کنیم که مالی منقول است یا غیرمنقول، باید آن را منقول شمرد، اصل مربوط به «شک» است و در زمان شک باید به اصل پی ببریم.

## دو نکته:

- ✓ حق سرقتی یک حق معنوی است، اما غیرمنقول [تبعی] است: سرقتی یک استثناء است، چون راجع به مغازه است. حق سرقتی چهره غیرمنقول آن تقدم دارد.<sup>۳</sup>
- ✓ حقوق معنوی مانند حق تألیف<sup>۴</sup>، حق اختراع، حق تصنیف، مالکیت ادبی، مالکیت هنری، مالکیت صنعتی و حقوق شرکا در شرکت های تجاری و ... منقول حکمی اند.

<sup>۱</sup> - هرگاه هم قرارداد فی مابین باطل باشد، اجرت المثل تعیین می شود و به اجرت المسمی که در قرارداد است توجهی نمی شود.

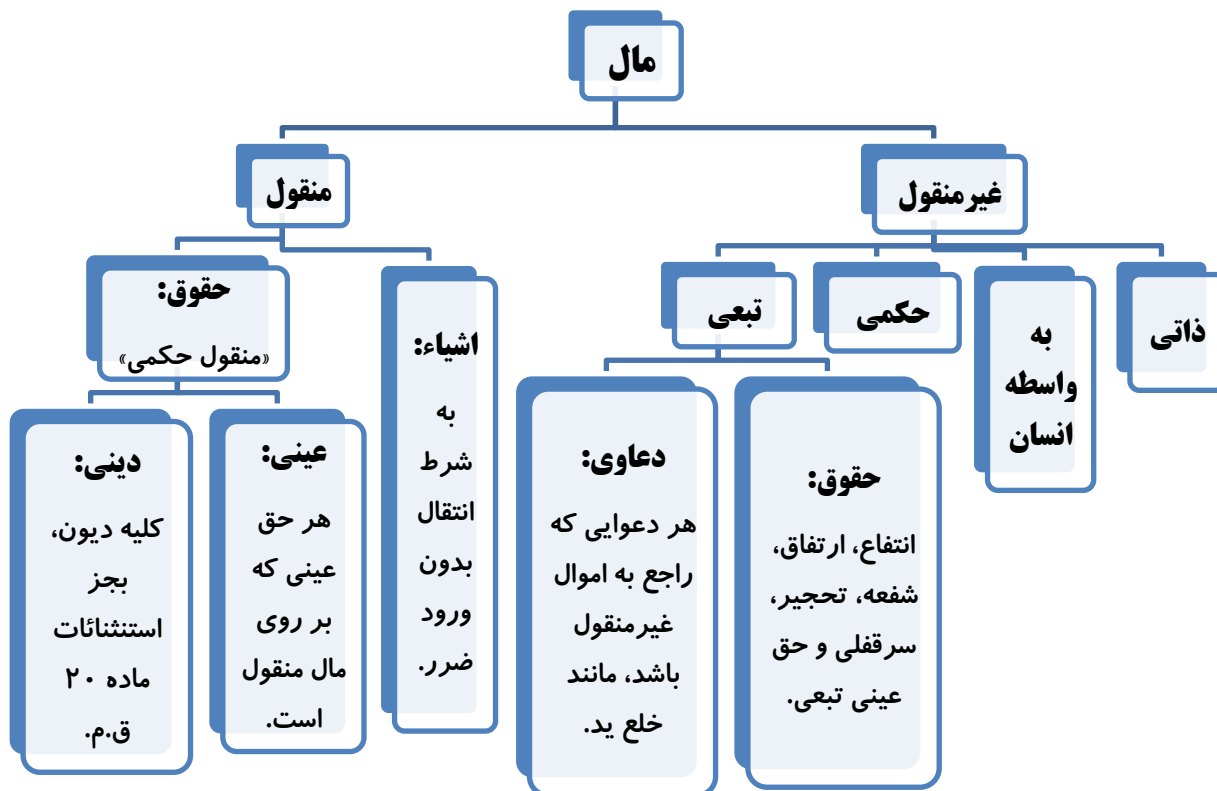
<sup>۲</sup> - اجرت المسمای مال منقول، منقول است.

<sup>۳</sup> - رک. قانون مدنی در نظم کنونی - دکتر کاتوزیان: حاشیه شماره ۵ از ماده ۲۰ ق.م.

<sup>۴</sup> - حق تألیف نه عینی است و نه دینی - دکتر شهبازی.

## فایده تقسیم اموال به منقول و غیر منقول

برای تعیین صلاحیت محلی محاکم.



## تقسیم دوم اموال: عین و منفعت

**عین:**

مالی است که وجودش مستقل است، یعنی وابسته به مال دیگری نیست؛ مانند زمین، ماشین، لباس و ...؛

**منفعت:**

مالی است که به تدریج از عین به وجود می آید؛ یعنی وجود آن وابسته به وجود عین است؛ مثال: خانه عین

است و سکونت در آن، منفعت آن است.

**فایده بحث:**

- مهم ترین فایده این تقسیم بندی این است که: در بیع، موضوع عقد، «عین» است، اما در اجاره، موضوع عقد، «منفعت» است. برای همین باید تعریف دقیقی از عین و منفعت داشته باشیم.

## اقسام عین

۱. عین معین؛
۲. کلی؛
۳. کلی در معین.

### عین معین (عین فاربی، عین شفصی):

عینی است که در عالم خارج وجود دارد (به هر تعداد) و قابل اشاره (این، آن) است؛ مانند این میز، آن خانه، این صد کیلو برنج، آن صد عدد میز و ...؛

### کلی (کلی فی الذمه):

«کلی» مفهومی است که مصادیق زیادی دارد و برای این که «کلی» درست کنیم، باید سه چیز را بگوییم: مقدار، جنس و وصف؛ مانند صد کیلو (مقدار) برنج (جنس) دم سیاه (وصف)؛

### کلی در معین (در مکم عین معین):

- ع اشیا یی هستند که قابل تقسیم به اجزاء مساوی باشد. یک سری اجسام تجزیه پذیر (متساوی الأجزاء)؛ مانند برنج؛
- یعنی صد کیلو برنج را می توان به دو تا پنجاه کیلو تقسیم کرد، اما خانه یا میز و یا فرش تجزیه پذیر نیستند؛
- کلی در معین یعنی: مقداری از یک شیء تجزیه پذیر (عین معین) را معامله می کنیم؛

### مثال:

❖ هزار کیلو برنج موجود است و ما صد کیلو از آن را می فروشیم؛ تا زمانی که تعیین مصداق نشود معلوم نیست که کدام صد کیلو را فروخته ایم، چون ما ده تا صد کیلو (هزار کیلو) برنج موجود داریم؛

### در نتیجه جمع مثال ها:

- این صد کیلو برنج: عین معین؛
- صد کیلو برنج دم سیاه: کلی (کلی فی الذمه)؛
- صد کیلو از این هزار کیلو برنج: کلی در معین.

## اقسام عین معین

- ♣ **عین مفروزه:** عین معینی است که تمام آن، مال یک نفر است، یعنی در آن شراکتی وجود ندارد؛
- ♣ **عین مشاع:** عین معینی که مال چند نفر است، یعنی چند نفر در آن شراکت دارند. [یک عین که حداقل مال دو نفر است]؛

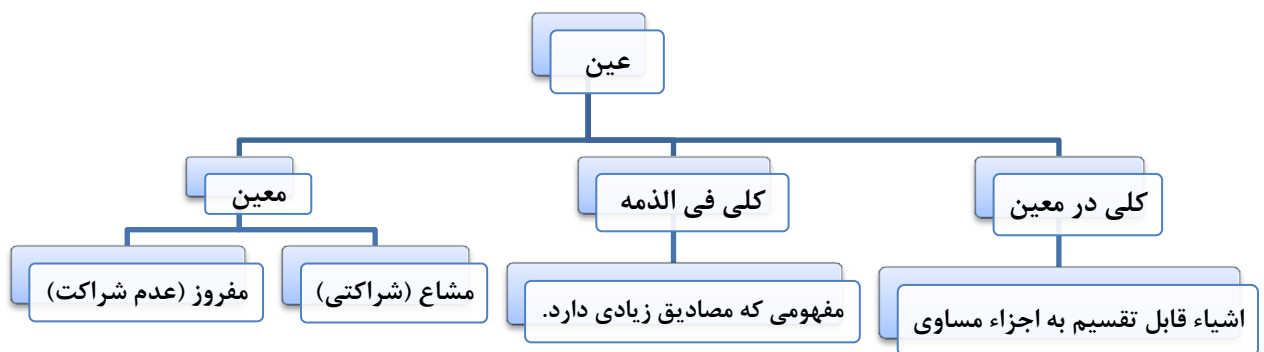
ماده ۳۵۰: مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیئی متساوی الأجزاء [معین] و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد.

- ⊕ منظور از مبیع: عین است، مبیع همیشه عین است. در حقیقت این ماده اقسام عین را گفته است که ایراداتی دارد؛
- ⊕ مفروز باشد یا مشاع: منظور عین معین است که به این دو تقسیم می شود؛
- ⊕ منظور از متساوی الأجزاء یعنی تجزیه پذیر است؛ و بهتر بود بعد از لفظ متساوی الأجزاء، لفظ «معین» نوشته می شد؛ یعنی یک عین معین تجزیه پذیر (برای تعریف قسم سوم عین، یعنی کلی در معین)؛
- ⊕ ماده فوق «عین کلی» را فقط نام برده و تعریف نکرده است.

### تعریف «عین کلی» در ماده ۳۵۱ ق.م.آ آمده است:

- این ماده، «کلی» (کلی فی الذمه) را تعریف کرده است؛ و شرط صحت مبیع کلی آن را بیان کرده است؛

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



### تقسیم سوم اموال: مال مثلی و مال قیمی

#### مال مثلی

- مالی که شبیه دارد، یعنی دقیقاً اموالی شبیه آنها وجود دارد، مانند حیوانات [لویبا، عدس، برنج و...]. اشیا نو [لباس نو، وسیله نقلیه نو]<sup>۱</sup> و ...؛

ماده ۹۵۰: مثلی که در این قانون ذکر شده، عبارت از مالی است که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد؛ مانند حیوانات و نحو آن و قیمی مقابل آن است. مع ذالک تشخیص این معنی با عرف<sup>۲</sup> می باشد.

<sup>۱</sup> - ماشین نو که به سفارش ساخته شده (سفارشی و مخصوص) مالی قیمی است.

<sup>۲</sup> - یعنی ممکن است نظر عرف با نظرات دیگر متفاوت باشد و چیزی که ما آن را مثلی می دانیم، عرف آن را قیمی بداند و بالعکس.



## مال قیمی

- مالی که شبیه ندارد، مثل اشیاء کهنه و اموال غیرمنقول (زمین، خانه، آپارتمان،<sup>۱</sup> باغ و...).

### رابطه مثلی و قیمی با اقسام عین:

- عین معین می تواند هم مثلی باشد و هم قیمی. مثال: این صندلی، اولاً عین معین است و در ثانی می تواند هم مثلی باشد (نو) و هم می تواند قیمی باشد (کهنه)؛
- «کلی» و «کلی در معین» فقط باید از اموال مثلی باشد و به هیچ وجه نمی تواند از اموال قیمی باشد؛
- مال قیمی را فقط می توان به صورت «عین معین» فروخت و گرنه باطل است، اما مال مثلی را به سه طریق معامله می کنند: «عین معین»، «کلی» و «کلی در معین».

## تقسیم چهارم اموال: مال مصرف شدنی و مصرف نشدنی

- مال مصرف شدنی (استهلاکی): مالی است که با مصرف و استفاده از بین می رود؛
- مال مصرف نشدنی (غیر استهلاکی): مالی است که با مصرف و استفاده از بین نمی رود.

### ملاک تشخیص:

- ✓ ملاک تشخیص این دو نوع مال، نوع مال نیست، یعنی از خود مال نمی توان فهمید که مصرف شدنی است یا مصرف نشدنی؛ بلکه ملاک نوع مصرف است؛
- ✓ ممکن است یک مال با یک بار مصرف از بین برود (مصرف شدنی) و ممکن است همان مال با مصرف دیگر (هر چند بار) از بین نرود (مصرف نشدنی).

### مثال:

- ❖ خوراکی برای خوردن، مصرف شدنی، اما برای نمایش در ویترین مصرف نشدنی است؛
- بنابراین از نوع مصرف می توان پی به مصرف شدنی و مصرف نشدنی بودن مال برد.

### اگر نوع مصرف اعلام نشود:

- درجایی که نوع مصرف مال اعلام نشود، باید سراغ مصرف متعارف (عادی) آن مال برویم؛

<sup>۱</sup> - حتی اگر دو آپارتمان از همه لحاظ مانند هم باشند، باز هم قیمی هستند.

➤ پرواضح است هر مالی یک مصرف متعارف دارد و ما در مواقعی که نوع مصرف گفته نشده است، باید به مصرف متعارف مال نگاه کنیم. اگر با مصرف متعارف از بین رفت، مصرف شدنی و اگر از بین نرفت، مصرف نشدنی است؛

### مثال:

❖ اگر همان مال خوراکی را به ما نشان بدهند و مصرف آن را نگویند: مصرف شدنی است، چون مصرف متعارف آن، خوردن و برای مصرف است؛ اما چیزی مثل صندلی این طور نیست، چون مصرف متعارف آن نشستن است و غیر استهلاکی است.

## فایده تقسیم

⊖ این تقسیم بندی سه فایده دارد؛

### فایده نخست

⊖ چهار عقد وجود دارد که در آنها، مال باید مصرف نشدنی باشد:

### عقد موهب مق انتفاع:

ماده ۴۶: حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد، اعم از این که مال مزبور منقول باشد یا غیر منقول و مشاع باشد یا مفروز.

### عقد وقف:

ماده ۵۸: فقط وقف مالی جایز است که با بقای عین بتوان از آن منتفع شد، اعم از این که منقول باشد یا غیر منقول، مشاع باشد یا مفروز.

### عقد اجاره:

ماده ۴۷۱: برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقای اصل آن ممکن باشد.

### عقد عاریه:

ماده ۶۳۷: هر چیزی که بتوان با بقای اصلش از آن منتفع شد، می تواند موضوع عقد عاریه گردد. منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلایی باشد.

## فایده دوم

⊖ در بحث نامزدی (وعده ازدواج) کاربرد دارد: ماده ۱۰۳۷ و ۱۰۳۸ قانون مدنی؛

- نامزدهایی هستند که به هم هدیه می دهند و از قضا بعداً نامزدی به هم می خورد، حال اگر بخواهند هدایایی که به هم داده اند، پس بگیرند به این ترتیب است که:
- ✓ اگر عین هدایا موجود باشد (تلف نشده باشد)، می توانند پس بگیرند و در این مورد فرقی بین مصرف شدنی و مصرف نشدنی بودن مال نیست؛ و مورد بحث ما هم نیست؛
- ❖ اما اگر مال (هدیه) تلف شده باشد بین مصرف شدنی یا مصرف نشدنی بودن مال تفاوت وجود دارد:
- اگر مصرف شدنی (مانند پیتزا) بود که هیچ و اگر مصرف نشدنی (مانند ساعت) بود، قیمت آن را می گیرد؛
  - ✓ البته اگر مال مصرف نشدنی بدون تقصیر تلف بشود کسی ضامن نیست؛

ماده ۱۰۳۷: هر یک از نامزدها می توانند در صورت به هم خوردن وصلت منظور<sup>۱</sup> هدایایی را که به طرف دیگر یا ابوبین او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند.

اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می شود<sup>۲</sup> مگر این که آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد.

ماده ۱۰۳۸: مفاد ماده قبل، از حیث رجوع به قیمت در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها به هم بخورد، مجری نخواهد بود.

ماده	پس از مرگ	مال مصرف شدنی:	قابل برگشت نیست؛
۱۰۳۸	یکی از	مال مصرف نشدنی:	اگر تلف شده باشد: قیمت آن قابل مطالبه نیست؛
ق ۴۰	نامزدها		اگر تلف نشده باشد: اصل آن قابل مطالبه است.

## فایده سوم

- ◉ در مورد مالکیت نفقه ای است که زوج به زوجه می دهد: یعنی رابطه حقوقی زن با نفقه؛
- طبق ماده ۱۱۰۶ ق.م نفقه زن بر عهده شوهر است؛
- نفقه شامل یک سری اموال (اعم از مصرف شدنی و مصرف نشدنی) می شود؛
- به عبارت دیگر: تمام وسایل زندگی را نفقه گویند؛ مانند خوراکی، خانه، اثاث خانه و ...

## شرح فایده:

- ◉ اگر مالی که نفقه است، مصرف شدنی باشد مال خود زن است و اگر مصرف نشدنی باشد، اصولاً مال زن نیست؛ و فقط می تواند از آن ها استفاده کند. پس: اثاث خانه ای که جزء نفقه است، متعلق به زن نمی شود؛
- ➡ طلا، خانه، ماشین و ... که مرد برای زن می خرد نفقه نیست؛ هبه است؛ و شرایط خاص عقد هبه را دارد؛

<sup>۱</sup> - وصلت منظور: نامزدی.

<sup>۲</sup> - عادتاً نگاه داشته می شود: یعنی مصرف نشدنی.

ماده ۱۱۰۶: در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است.

ماده ۱۱۰۷: نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض.

## تقسیم پنجم اموال: مال با مالک و مال بی مالک

☉ مالی که مالک دارد «ملک» و مالی که مالک ندارد «مباح» گفته می شود؛

### مال مباح دو قسم دارد

- ♣ نوع اول: مباحی که انسان می تواند مالک آن شود: مثل ماهی دریا و حیوان جنگل؛
- ♣ نوع دوم: مباحاتی که انسان نمی تواند مالک آن شود و فقط می تواند از آن استفاده کند: اموال عمومی و مشترکات عام المنفعه مانند کوچه و خیابان و پارک و ...

### مواد مربوطه:

- ماده ۲۷ ق.م. مباح را تعریف کرده و اقسام آن را بر شمرده است؛ و مواد ۲۴ و ۲۵ و ۲۶ ق.م. مثال هایی برای مباح نوع دوم اند؛

ماده ۲۷: اموالی که ملک اشخاص نمی باشد و افراد مردم می توانند آن ها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوط به هر یک از اقسام مختلفه آن ها تملک کرده و یا از آن ها استفاده کنند، مباحات نامیده می شود: مثل اراضی موات، یعنی زمین هایی که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آن ها نباشد.

- به الفاظ «تملک» و «استفاده» دقت شود: منظور ماده از این دو لفظ به ترتیب مباحات نوع اول و نوع دوم می باشد؛
- ✓ استاد شهبازی: با وجود ماده ۲۷ ق.م. مواد ۹۲ و ۲۳ ق.م. اضافه هستند، در حقیقت مواد ۹۲ و ۲۳ ق.م. راجع به مباحات نوع دوم است؛ که در ماده ۲۷ هم آمده است.

ماده ۹۲: هر کسی می تواند با رعایت قوانین و نظامات راجعه به هر یک از مباحات از آن ها استفاده نماید.

- لفظ «استفاده» در این ماده: نشان می دهد منظور قانون گذار از این لفظ، مباحات نوع دوم است. چون فقط می توان از مباحات نوع دوم استفاده کرد و مباحات نوع اول را می توان تملک کرد.

ماده ۲۳: استفاده از اموالی که مالک خاص ندارد مطابق قوانین مربوطه به آن ها خواهد بود.

- ⊕ در این ماده هم لفظ «استفاده»: نشان می دهد که منظور قانون گذار مباحات نوع دوم است. چون فقط می توان از مباحات نوع دوم استفاده کرد و مباحات نوع اول را می توان تملک کرد.

<sup>۱</sup> - ملک در قانون دو معنا دارد: ۱. مالی که مالک دارد (مانند ماده ۲۷ ق.م) ۲. مال غیرمنقول (مانند مواد ۹۳ و ۹۴ ق.م).

## تناقض

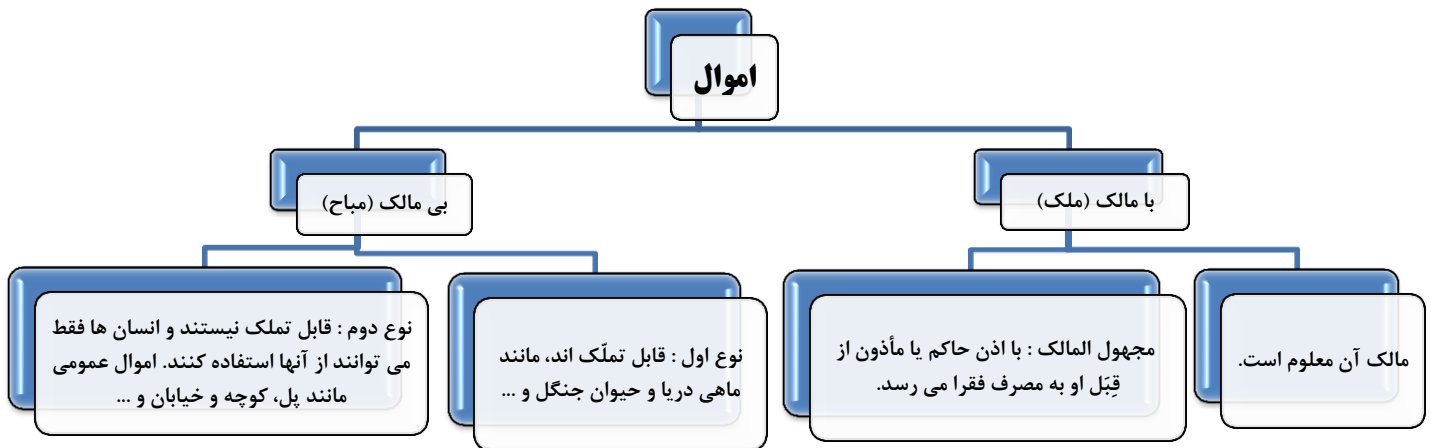
- ❖ عنوان این فصل در قانون مدنی (از مواد ۲۳ تا ۲۸) این است: اموالی است که مالک خاص ندارد. این عنوان با ماده ۲۸ ق.م تطابق ندارد؛
- ❖ ماده ۲۸ اموال مجهول‌المالک را تعریف کرده که مجهول‌المالک، مالک دارند ولی مالکشان معلوم نیست که قانون‌گذار این را نمی‌بایست در بحث مباحات می‌آورد؛

## تفاوت

- ⊖ تفاوت اموال مجهول‌المالک با اموالی که مالک خاص ندارد:
- تفاوت اینجاست که اموال مجهول‌المالک را به مصارف فقرا می‌رسانند؛ در صورتی که اموالی که مالک خاص ندارد به دودسته تقسیم شده که همان مباحات نوع اول و دوم است که شرح آن رفت (مال بی‌مالک)؛

**ماده ۲۸: اموال مجهول‌المالک با اذن حاکم یا مأذون از قبیل او به مصارف فقرا می‌رسد.**

- ✓ **نکته:** اموال مجهول‌المالک از این جهت که قابل تملک نیستند همانند مباحات نوع دوم‌اند و فقط از این لحاظ و نه از لحاظ استفاده کردن. چون از این اموال نمی‌توان استفاده کرد و هم‌چنین نمی‌توان تملک کرد. (وجه اشتراکی با مباحات نوع اول ندارند).



**ماده ۲۴: هیچ‌کس نمی‌تواند طرق و شوارع عامه و کوچه‌هایی را که آخر آن‌ها مسدود نیست تملک نماید.**

- منظور ماده ۲۴ ق.م، مباحات نوع دوم است: چون اموال عمومی و راه‌ها مالک ندارند و قابل تملک هم نیستند و فقط می‌توان از آن‌ها استفاده کرد.

**ماده ۲۵: هیچ‌کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد، از قبیل پل‌ها و کاروانسراها و آبنبارهای عمومی و مدارس قدیمه و میدانگاه‌های عمومی، تملک کند؛ و هم‌چنین است قنوات و چاه‌هایی که مورد استفاده عموم است.**

- ماده ۲۵ ق.م و ماده ۲۶ ق.م نیز هم چون ماده ۲۴ ق.م مثالهایی برای مباحات نوع دوم زده است؛

**ماده ۲۶: اموال دولتی [عمومی] که مُعَدَّ [آماده] است برای مصالح یا انتفاعات عمومی، مثل استحکامات<sup>۱</sup> و قلاع [جمع قلعه] و خندقها و خاکریزهای نظامی و قورخانه [اسلحه خانه] و اسلحه و ذخیره و سفاین [جمع سفینه] جنگی و همچنین انائیه و ابنیه و عمارات دولتی و سیمهای تلگرافی دولتی و موزهها و کتابخانههای عمومی و آثار تاریخی و امثال آنها و بالجمله آنچه از اموال منقوله و غیرمنقوله که دولت به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت تصرف دارد، قابل تملک خصوصی نیست و همچنین است اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت و ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد.**

## دو اصطلاح

### ◀ اموال دولتی و اموال عمومی

#### اموال عمومی

❖ اموال عمومی همان مباحات نوع دوم است که فقط می توان از آنها استفاده کرد و انتفاع برد؛ و با اموال دولتی فرق دارد که در ماده ۲۶ ق.م. قانون گذار اشتباهاً به جای اموال عمومی، گفته است: اموال دولتی؛

#### دلیل این نوع نگارش در قانون:

❖ چون اموال عمومی را دولت نگهداری می کند، بعلاوه این که از مابقی مثالهای ماده فوق می توان فهمید که در حقیقت اینها اموال عمومی هستند و دولت فقط این اموال را به عنوان مصالح عمومی تحت تصرف دارد؛

❖ علت این است که دولت نماینده جامعه است و اموال عمومی در دست اوست.

#### اموال دولتی

❖ اموال دولتی، ملک دولت است و جزء مباحات نیست؛ دولت یک شخص حقوقی است و دولت و وزارتخانهها می توانند برای خود مال داشته باشند.

## حق مالکیت

◀ مالکیت سه مبحث دارد: اصل تسلیط، مالکیت تبعی و اماره تصرف؛

#### اصل تسلیط

➔ اصل تسلیط: الناس مسلطون علی اموالهم: چهاردیواری، اختیاری! مواد ۳۰ و ۳۱ ق.م؛

<sup>۱</sup> - استحکامات: یک اصطلاح نظامی است.

ماده ۳۰: هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.

⊕ هرگاه تصرف در مال به طور متعارف و برای رفع حاجت باشد، قاعده تسلیط مقدم است.

## ارتباط

⊖ اصل تسلیط [ماده ۳۰ ق.م.] با قاعده لاضرر [ماده ۱۳۲ ق.م.] مرتبط است؛

- قاعده لاضرر و اصل تسلیط در بیشتر موارد باهم جمع می شوند و مشکلی نیست؛
- یعنی، شخص تصرف می کند و به کسی هم ضرر نمی زند؛
- ➔ اما در برخی از موارد این دو باهم مشکل دارند و تزامم<sup>۱</sup> پیدا می کنند.

## رفع تزامم

⊖ اصولاً لاضرر مقدم است، مگر در صورت جمع شدن دو شرط که در این صورت اصل تسلیط مقدم است؛

➔ شرط اول: تصرف زیان بار به قدر متعارف باشد (زیاد نباشد)؛

➔ شرط دوم: تصرف برای رفع حاجت و یا دفع<sup>۲</sup> ضرر باشد.

## مثال:

❖ شخصی در ملک خود آتشی روشن کرده است (تصرف) و به همسایه ضرر می زند، طبق اصل تسلیط می تواند تصرف کند ولی طبق قاعده لاضرر نمی تواند، این مشکل را تزامم این دو قاعده می گویند.

⊖ همان طور که گفته شد، اصل این است که لاضرر مقدم است، یعنی اصل می گوید که نباید این کار زیان بار را انجام داد، اما استثنائاً اگر دو شرط مذکور باهم وجود داشته باشند (جمع باشند)، اصل تسلیط مقدم است و می توان

تصرف کرد و اگر ضرری متوجه همسایه بشود، اشکالی ندارد و نیازی به جبران نیست.

ماده ۱۳۲: کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد.

ماده ۳۱: هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی توان بیرون کرد مگر به حکم قانون. [سلب تصرف]

## مالکیت تبعی:

⊖ مالکیت تبعی یعنی مالکیت شخص بر ثمرات و مُتَعَلِّقات (توابع) اموال؛

➔ شخصی یک مال دارد که به تبع آن مال، مال دیگری نصیبش می شود؛

➔ یعنی شخص به تبع یک مالی، مالک مال دیگری می شود.

<sup>۱</sup> - تزامم صحیح است و تعارض نمی گویند: تزامم از ریشه مزاحمت می آید.

<sup>۲</sup> - دفع و رفع بیشتر جاها به یک معنا بکار می روند، اما در حقیقت باهم فرق دارند: دفع یعنی پیشگیری و ممانعت ولی رفع یعنی زدودن و برطرف کردن.

## انواع مالکیت تبعی:

❖ **مالکیت تبعی طبیعی:** مالکیتی که خودبه خود ایجاد شده است (خودکار):

• مثال: شخصی زمینی دارد و پس از چند سال در آن درختی روئیده است: طبیعی و فرضاً در اثر باد.

❖ **مالکیت تبعی مصنوعی:** این مالکیت در اثر کار به وجود می آید؛

• مثال: شخصی در زمین بذر کاشته و آبیاری کرده و ... (مصنوعی و در اثر تلاش مالک).

**ماده ۳۲:** تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیر منقوله، که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد، بالتبع، مال مالک اموال مزبوره است.

• الفاظ کلیدی در این ماده: «طبعاً» یعنی مالکیت طبیعی و «در نتیجه عملی» یعنی مالکیت مصنوعی؛

**مالکیت تبعی در قانون مدنی، دو مورد است:**

➡ راجع به محصول زمین است (ماده ۳۳ ق.م.)؛

➡ راجع به محصول حیوان است (ماده ۳۴ ق.م.).

**در مورد محصول زمین یک قاعده داریم و یک استثناء؛**

🚫 **قاعده:** هر کس مالک زمین است، مالک محصول آن نیز می باشد؛

👉 **استثناء:** استثنائاً اگر بذر مال یک نفر باشد و زمین مال دیگری، در این صورت محصول<sup>۱</sup> مال مالک بذر است.

**ماده ۳۳:** نِماء و محصولی که از زمین حاصل می شود مال مالک زمین است، چه به خودی خود روئیده باشد یا به واسطه عملیات مالک، مگر این که نِماء یا حاصل، از اصله [نهال] یا جبه [دانه] غیر حاصل شده باشد، که در این صورت، درخت و محصول مال صاحب اصله یا جبه خواهد بود، اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.

### محمول میوهان

♠ بچه حیوان دو حالت متفاوت دارد؛

**حالت نخست:**

🚫 حیوان نر مال یک نفر است و حیوان ماده مال مالک دیگر؛

➡ در این پیوند حیوانی، طبق ماده ۳۴ ق.م. بچه این دو حیوان، مال مالک مادر است؛

**ماده ۳۴:** نتاج [محصول و نتیجه] حیوانات در ملکیت، تابع مادر است و هر کس مالک مادر شد، مالک نتاج آن هم خواهد شد.

<sup>۱</sup> - به هر طریقی که در زمین روئیده باشد.



## حالت دوم:

⊖ در مورد فروش حیوان ماده ای که حامل<sup>۱</sup> است.<sup>۲</sup>

⊕ وقتی یک حیوان حامل به فروش می رسد، خریدار فقط مالک مادر می شود و مالک بچه آن نمی شود، مگر این که در عقد به انتقال بچه هم توافق کنند؛

ماده ۳۵۸: نظر به دو ماده فوق، در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد، به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود، متعلق به مشتری می شود؛ و برعکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی شود، مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال، طرفین عقد می توانند به عکس ترتیب فوق ترازی کنند. [قانون تکمیلی].

## اماره تصرف:

⊖ مواد ۳۵ تا ۳۹ ق.م.:

- اماره: یعنی اوضاع و احوالی که دلالت بر امری می کند؛
- اماره تصرف (قاعده ید): طبق ماده ۳۵ ق.م. تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است؛
- دلیل، در ماده ۳۵ ق.م. طبق ماده ۱۳۲۲ ق.م. به معنای اماره است؛
- در قانون پنج تا دلیل وجود دارد: اقرار، سند، شهادت، اماره و سوگند؛
- تصرف به عنوان مالکیت: یعنی متصرف به شکلی رفتار کند که همه فکر کنند او مالک است؛ یعنی هر کس او (متصرف) را می بیند می گوید که وی [متصرف] مالک است.

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

## اثبات

- ✓ اصل این است که تصرف هر کس به عنوان مالکیت است، حال اگر کسی ادعا دارد که تصرف متصرف به عنوان مالکیت نیست، باید آن را ثابت کند.
- ❖ در دادگاه مدعی باید دلیل بیاورد - مدعی کیست؟ کسی که خلاف اصل صحبت می کند.
- ❖ در بحث ما مدعی کسی است که می گوید تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت متصرف نیست.
- ❖ حال او (مدعی) باید دلیل بیاورد، در غیر این صورت همان اصل پابرجاست.

<sup>۱</sup> - اصطلاح «حامله، غلط است و صحیح آن «حامل» است.

<sup>۲</sup> - ممکن است حمل چند روزه و یا چند ماهه و ... باشد: این مهم نیست. (فقط کافی است وجود داشته باشد).

<sup>۳</sup> - ماده ۱۳۲۲ ق.م. امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده: مثل امارات مذکوره در این قانون، از قبیل مواد ۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۰ و ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آن ها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر.

## موضوع تصرف

- Ⓒ موضوع تصرف در ماده ۳۴ ق.م (تصرف دلیل مالکیت) سه چیز است؛
- تصرف عین، تصرف منفعت و تصرف حق.

## متصرف عین

- Ⓒ تصرف در عین، دلیل مالکیت عین است؛
- ❖ مثال: متصرف فرش (فرش عین است). کسی که روی فرش نشسته است، مالک آن فرش است.

## متصرف منفعت

- Ⓒ تصرف در منفعت دلیل مالکیت منفعت است.
- ❖ مثال: یک خانه ای هست با سند مالکیت به نام X، (منازعه ای در مورد مالکیت عین وجود ندارد، یعنی همه می دانند که خانه متعلق به X است و کسی به این موضوع شکی ندارد)؛ اما صورت مسئله: خانه یک مستأجر دارد به نام Y که این مستأجر اکنون در همین خانه استیجاری سکونت دارد (Y متصرف منفعت است). در این میان شخصی به نام Z مدعی مالکیت منفعت خانه مورد نظر است. به این صورت که: هر کدام (Y و Z) مدعی اند که مستأجر X هستند.
- ❖ دادگاه حکم به نفع Y می دهد، چون متصرف منفعت است.
- ✓ نتیجه گیری: تصرف در منفعت، دلیل مالکیت منفعت است.

## متصرف حق

- Ⓒ تصرف در حق<sup>۱</sup> دلیل صاحب حق<sup>۲</sup> بودن آن است؛
- ❖ یک نفر مکرراً یک کاری انجام می دهد که همه فکر می کنند او یک حقی دارد، یعنی همین کار او نشان می دهد که صاحب حق است، به این ترتیب که هر کس او را ببیند می گوید متصرف این حق را دارد.
- مثال: دو همسایه هستند که یکی از آن ها سال های سال از ملک همسایه دیگر عبور می کرده (فقط عبور)، به شکلی که انگار وی حق ارتفاق داشته است، اما بعد از چند سال، در این مورد اختلاف می شود: از این قرار که همسایه مانع عبور همسایه دیگر می شود؛
- اگر هیچ کدام (هم مانع کننده و هم ممنوع شونده) دلیل نداشته باشند، دادگاه حکم به نفع شخص متصرف حق می دهد، یعنی تصرف همسایه در ملک همسایه، دلیل این است که وی حق ارتفاق داشته است.

<sup>۱</sup> - مانند حق انتفاع و ارتفاق و تجبیر و ...

<sup>۲</sup> - بهتر است بگوییم صاحب حق، نه مالک حق.

ماده ۹۷: هرگاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور<sup>۱</sup> داشته صاحب خانه یا ملک نمی تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود و همچنین است سایر حقوق از قبیل حق داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره.

ماده ۱۲۴: اگر از قدیم سر تیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سرتیر برداشته شود، صاحب عمارت می تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد، مگر این که ثابت نماید<sup>۲</sup> وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است.

➤ تصرفی دلیل مالکیت است که مشروع (قانونی) باشد و تصرف غاصب به علت نامشروع بودن، دلیل مالکیت نیست؛

ماده ۳۶: تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک<sup>۳</sup> یا ناقل قانونی<sup>۴</sup> نبوده معتبر نخواهد بود.

### تعارض تصرف مشروع و نامشروع

- ⊖ اصل این است که تصرف مشروع است، یعنی متصرف نیازی به اثبات مشروعیت تصرف خود ندارد؛
- در نتیجه: تصرف متصرف مشروع است و مدعی نامشروع بودن متصرف باید ثابت کند (دلیل بیاورد).

### تعارض بین تصرف فعلی و مالکیت سابق

- ⊖ شخصی اکنون متصرف مالی است و شخص دیگری مدعی مالکیت سابق همان مال است؛ دو راه اثبات؛
- ۱. مدعی، شاهد بیاورد و شهود بگویند: ما الآن خبر نداریم ولی مدعی قبلاً مالک این مال بوده است؛
- ۲. متصرف خودش اقرار کند که: مدعی قبلاً مالک بوده است.
- به محض این که مالکیت سابق مدعی ثابت شد، مال را از متصرف می گیرند و به مدعی مالکیت می دهند؛
- سپس: متصرف برای اثبات مالکیت خود، باید ثابت کند که مال را خریده یا به او هبه شده و... (نقل قانونی).

### در نتیجه:

- در تعارض تصرف فعلی و مالکیت سابق، مالکیت سابق مقدم است.
- ⊖ ماده ۳۷ ق.م. به این تعارض پرداخته و شهادت را ذکر نکرده است. در حالی که شهادت مانند اقرار است و مالکیت سابق را می توان هم با اقرار و هم با شهادت ثابت کرد و مهم این است که ثابت شود.<sup>۵</sup>

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

<sup>۱</sup> - مرور به معنای عبور است: عبور و مرور.

<sup>۲</sup> - دلیل بیاورد. (برای مقابله با اماره).

<sup>۳</sup> - سبب مملک: یعنی سببی که باعث مالکیت می شود.

<sup>۴</sup> - یعنی طبق قانون انتقال یافته است (مانند بیع، هبه، ارث و ...).

<sup>۵</sup> - استاد شهبازی: ماده ۳۷ ق.م. ناقص است!

در این تعارض متصرف مال با اماره و مدعی مالکیت با اقرار متصرف و یا شهادت شاهد روبروی هم قرار می گیرند و چون اماره تاب مقاومت با سایر دلایل را ندارد. نتیجه این تعارض پیروزی مدعی مالکیت است.<sup>۱</sup>

### سه نکته راجع به ماده ۳۷ ق.م.:

#### نکته نخست:

- در تعارض تصرف فعلی با وقفیت سابق، وقفیت سابق مهم است:
- **مثال:** ملکی الآن در تصرف X است، دو نفر شاهد،<sup>۲</sup> گواهی بر این می دهند که این ملک سال گذشته وقف بوده، به این صورت وقفیت سابق ثابت و ملک از تصرف X گرفته می شود؛ چون نقل و انتقال و تملک وقف (جز در موارد خاص)<sup>۳</sup> خلاف اصل می باشد.

#### نکته دوم:

- در تعارض تصرف فعلی و با مالکیت عمومی سابق، مالکیت عمومی سابق مقدم است:
- **مثال:** شخصی متصرف ملکی است، دو نفر شاهد، گواهی می دهند که این ملک قبلاً پارک بوده، به این ترتیب مالکیت عمومی مال مشخص می شود و متصرف نمی تواند مدعی انتقال آن شود.<sup>۴</sup>

#### نکته سوم:

- در تعارض تصرف فعلی با تصرف سابق، تصرف فعلی مقدم است:
- **مثال:** مالی الآن در ید متصرف است، دو شاهد این طور گواهی می دهند که: این مال دیروز در ید X بوده است (بر مالکیت سابق X شهادت نمی دهند، فقط تصرف گذشته وی را اعلام می دارند)، در این صورت تصرف متصرف کنونی محترم است و ما او را مالک می دانیم؛

<sup>۱</sup> - مستفاد از حاشیه شماره ۲ ماده ۳۵ ق.م.نظم دکتر ناصر کاتوزیان.

<sup>۲</sup> - ترتیب و ترکیب گواه و جنسیت او در دعاوی مدنی [بند (ب) ماده ۲۳۰ آیین دادرسی مدنی]:

- دعاوی مالی یا آنچه مقصود از آن مال می باشد از قبیل دین، ثمن مبیع، معاملات، وقف، اجاره، وصیت به نفع مدعی (وصیت تملیکی)، غصب، جنایات خطایی و شبه عمد که موجب دیه است با گواهی دو مرد یا یک مرد و دو زن.
- چنانچه برای خواهان امکان بیینه شرعی نباشد (تعداد گواه کم باشد) می تواند با معرفی یک گواه مرد یا دو گواه زن به ضمیمه یک سوگند ادعای خود را اثبات کند.

<sup>۳</sup> - موارد خاص فروش مال موقوفه؛ مواد ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ ق.م.:

- **ماده ۸۸ ق.م.:** بیع وقف، در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.
- **ماده ۸۹ ق.م.:** هر گاه بعض موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، همان بعض فروخته می شود، مگر این که خرابی بعض سبب سلب انتفاع قسمتی که باقی مانده است بشود؛ در این صورت تمام فروخته می شود.
- **ماده ۳۴۹ ق.م.:** بیع مال وقف صحیح نیست، مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود، به نحوی که بیم سَفکِ دماء رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد؛ و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف مقرر است.

<sup>۴</sup> - نقل و انتقال اموال عمومی (مباحات نوع دوم) ممنوع است و افراد فقط می توانند از آن ها استفاده کنند.

✓ چون هر دو اماره‌اند و اماره کنونی بر اماره گذشته مقدم است.

## مالکیت فضا و قرار زمین

ماده ۳۸: مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی [روبرو] آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین، بالجمله مالک، حق همه گونه تصرف در هوا و قرار [پایین] دارد، مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد.

## اماره تصرف در بنا و درخت

ماده ۳۹: هر بنا و درخت که در روی زمین است و همچنین هر بنا و حفری [گودال] که در زیر زمین است ملک مالک آن زمین محسوب می‌شود، مگر این که خلاف آن ثابت شود.<sup>۱</sup>

## حق انتفاع

⊖ حق انتفاع دو قسم است:

- عمری، رقبی و سکنی (مواد ۴۱ تا ۵۴ ق.م.)؛
- وقف (مواد ۵۵ تا ۹۱ ق.م.).

## تعریف حق انتفاع

⊖ حق انتفاع، حقی است که شخص می‌تواند از منافع مالی که ملک خودش نیست، استفاده کند؛

ماده ۴۰: حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند.

## شرح قسم اول:

### عمری، رقبی و سکنی

⊖ این اصطلاحات، هر سه حق انتفاع‌اند که ناشی از یک عقد هستند؛

• در قالب یک مثال: مالک با شخصی قرارداد منعقد می‌کند و به او حق انتفاع می‌دهد که به این عقد، عقد موجد حق انتفاع می‌گویند؛

➤ عقد موجد حق انتفاع می‌تواند به صورت عمری، رقبی و یا سکنی درآید؛

عمری<sup>۲</sup>: حق انتفاعی است که مدت آن، مدت عمر یک نفر می‌باشد. فرقی نمی‌کند چه کسی؛ مالک، منتفع و یا ثالث؛

<sup>۱</sup> - این ماده: با مالکیت تبعی ارتباط دارد.

<sup>۲</sup> - عمری برگرفته از لفظ «عمر» (مدت عمر).

**ماده ۴۱:** عمری حق انتفاعی است که به موجب عقدی از طرف مالک برای شخص، به مدت عمر خود یا عمر منتفع و یا عمر شخص ثالثی برقرار، شده باشد.

### رُقبی<sup>۱</sup>

⊖ حق انتفاعی که مدت آن معین است. مثلاً: دو ماه، سه سال و ...؛  
**ماده ۴۲:** رُقبی حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می شود.

### سُکنی<sup>۲</sup>

⊖ به حق انتفاع در مسکن، سُکنی می گویند. سُکنی مدت نیست اما عمری و رُقبی مدت اند؛  
 ➔ سُکنی می تواند عمری باشد یا رُقبی؛ یعنی سُکنی با عمری و سُکنی با رُقبی قابل جمع است، اما رُقبی با عمری قابل جمع نیست؛  
 ✖ سُکنی اگر با مدت عمر باشد: عمری؛  
 ✖ سُکنی اگر با مدت معین باشد: رُقبی.

**ماده ۴۳:** اگر حق انتفاع عبارت از سکونت در مسکنی باشد، سُکنی یا حق سُکنی نامیده می شود و این حق ممکن است به طریق عمری یا به طریق رُقبی برقرار شود.

### حبس مطلق<sup>۳</sup>

⊖ مالک به شخصی حق انتفاع می دهد، اما مدت تعیین نمی کند، به این حبس مطلق می گویند؛  
 ✖ این عقد باطل نیست و شرایط خاص خود را دارد.

### نکات حبس مطلق:

- ➔ حبس مطلق با فوت مالک از بین می رود؛
- ➔ حبس مطلق در صورتی که وابسته به شخصیت منتفع باشد با فوت او از بین می رود.<sup>۴</sup>
- ➔ مالک می تواند قبل از فوت رجوع کند، (در عمری و رُقبی مالک حق رجوع ندارد)؛
- ➔ منتفع می تواند از امتیاز خود گذشت کند. (چون حبس مطلق عقدی جایز است)؛

<sup>۱</sup> - رُقبی: برگرفته از لفظ «مراقب»، مراقب هستند تا مدت تمام بشود.

<sup>۲</sup> - سُکنی: برگرفته از لفظ «سکونت».

<sup>۳</sup> - حبس: یعنی عقد موجد حق انتفاع و به جهت این که قیدی ندارد (مدت ندارد) مطلق می گویند.

<sup>۴</sup> - جمع بندی از دو نظر دکتر کاتوزیان و دکتر شهبازی: دکتر کاتوزیان فوت مالک یا منتفع را انقضای حبس مطلق می داند، اما دکتر شهبازی فوت منتفع را در صورتی که عقد وابسته به شخصیت او نباشد منقضی عقد نمی داند و فقط فوت مالک را مطلقاً پذیرفته است.

**ماده ۴۴:** در صورتی که مالک برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشد، حبس مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک خواهد بود، مگر این که مالک<sup>۱</sup> قبل از فوت خود رجوع کند.

### سه نکته

❖ **نکته نخست:** حق انتفاع، یک حق مالی است، [حق مالی قابل نقل و انتقال (ارادی یا قهری) است] و با فوت منتفع (اگر وابسته به شخصیت او نباشد و مدت عقد تمام نشده باشد) به ورثه می رسد؛ و اگر مالک حق انتفاع را فقط به خود منتفع داده باشد (به قید مباشرت) و منتفع را در انتقال این حق ممنوع کرده باشد، قابل انتقال نیست؛

❖ **نکته دوم:** عقد موجد حق انتفاع می تواند معوض و یا مجانی باشد، به عبارت دیگر این عقد دوجهبی است؛ یعنی مالک هم می تواند عوض بگیرد (معوض) و هم می تواند عوض نگیرد (مجانی).<sup>۲</sup>

❖ **نکته سوم:** حق انتفاع مانند هر حق دیگری باید به موجود<sup>۳</sup> (نه معدوم) داده شود و حق به معدوم تعلق نمی گیرد، مگر به تبع موجود؛

• **مثال:** به شخصی که در حال حاضر هیچ فرزندی ندارد، می توانیم بگوییم حق انتفاع از این زمین مال شما و بعد از شما به فرزندت برسد؛ اما نمی توانیم مستقیم به فرزند او حق بدهیم، چون موجود نیست.

**ماده ۴۵:** در موارد فوق، حق انتفاع را فقط درباره شخص یا اشخاصی می توان برقرار کرد که در حین ایجاد حق مزبور وجود داشته باشند، ولی ممکن است حق انتفاع تبعاً برای کسانی هم که در حین عقد به وجود نیامده اند برقرار شود و مادامی که صاحبان حق انتفاع موجود هستند حق مزبور باقی و بعد از انقراض [فوت] آن ها حق زایل می گردد.

**لزوم مصرف نشدنی بودن مال مورد انتفاع قبلاً شرح داده شد.**

**ماده ۴۶:** حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد، اعم از این که مال مزبور منقول باشد یا غیرمنقول و مشاع باشد یا مفروز.<sup>۴</sup>

### عقود عینی

⊖ عقودی که قبض (تسلیم) در آن ها شرط صحت عقد است؛ یعنی اگر مال تسلیم نشود عقد صورت نگرفته است.

<sup>۱</sup> - حابس: کسی که مال را حبس می کند.

<sup>۲</sup> - عقود سه دسته اند: الف)، عقود همیشه معوض: مانند بیع، اجاره و ...؛ ب)، عقود همیشگی مجانی: مانند هبه، عاریه، ودیعه و ...؛ ج)، عقودی که هم می توانند معوض منعقد بشوند و هم مجانی: مانند صلح، موجد حق انتفاع و ...

<sup>۳</sup> - موجود: اشخاصی که در حین عقد وجود داشته باشند؛ حمل و جنین موجود محسوب می شوند.

<sup>۴</sup> - ماده ۵۸ ق.م. فقط وقف مالی جایز است که با بقای عین بتوان از آن منتفع شد، اعم از این که منقول باشد یا غیرمنقول، مشاع باشد یا مفروز.

## اقسام عقود عینی:

• عقد موجد حق انتفاع، وقف،<sup>۱</sup> بیع صرف،<sup>۲</sup> رهن<sup>۳</sup> و هبه.<sup>۴</sup>

✂ پس در عقد موجد حق انتفاع که یک عقد عینی است تا قبض صورت نگیرد (تا زمانی که مال به منتفع تسلیم نگردد)، عقد ناقص است و منعقد نشده است؛

ماده ۴۷: در حبس [عقد موجد حق انتفاع]، اعم از عمری و غیره [رقبی و سکنی] قبض شرط صحت است.

## امانت منتفع

• منتفع در حق انتفاع، امین<sup>۵</sup> است؛ و تنها در صورت تقصیر مسئول است؛ مواد ۴۸، ۵۰ و ۵۲ ق.م؛

ماده ۴۸: منتفع باید از مالی که موضوع حق انتفاع است سوءاستفاده<sup>۶</sup> نکرده و در حفاظت آن تعدی یا تفریط ننماید.

ماده ۵۰: اگر مالی که موضوع حق انتفاع است، بدون تعدی یا تفریط منتفع، تلف شود، مشارالیه مسئول آن نخواهد بود.

ماده ۵۲: در موارد ذیل منتفع ضامن تضررات مالک است:

۱. در صورتی که منتفع از مال موضوع انتفاع سوءاستفاده کند؛

۲. در صورتی که شرایط مقرر از طرف مالک را رعایت ننماید و این عدم رعایت موجب<sup>۷</sup> خسارتی بر موضوع حق انتفاع باشد.

## مخارج و هزینه های مال مورد انتفاع

• مالی که مورد انتفاع است دو سری<sup>۸</sup> مخارج و هزینه دارد:

• مخارج نگهداری از اصل مال: اگر مثال ما ماشین باشد؛ تعویض چرخ و اتاق آن و از این قبیل؛

• مخارج استفاده از مال: همان مثال؛ بنزین و ضد یخ و امثالهم.<sup>۹</sup>

۱- ماده ۵۹ ق.م: اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد، وقف محقق نمی شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می کند.  
 ۲- ماده ۳۶۴ ق.م: در بیع خیاری، مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است (مثل بیع صرف)، انتقال از حین حصول شرط [قبض] است نه از حین وقوع بیع [ایجاب و قبول].  
 ۳- ماده ۷۷۲ ق.م: مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.  
 ۴- ماده ۷۹۸ ق.م: هبه واقع نمی شود مگر با قبول و قبض متهب، اعم از این که مباشر قبض خود متهب باشد یا وکیل او؛ و قبض بدون اذن واهب اثری ندارد.  
 ۵- امین مسئول نیست، مگر این که تقصیر کند، / تقصیر اعم است از تفریط و تعدی: ماده ۹۵۳ ق.م.  
 ۶- منظور از سوءاستفاده: تقصیر (تعدی و تفریط).  
 ۷- موجب خسارتی: منظور رابطه علیت مابین تقصیر و ضرر است.  
 ۸- هر مالی دو سری هزینه دارد: هزینه نگهداری و هزینه استفاده از آن.  
 ۹- تفاوت این دو مخارج را، عرف تعیین می کند: عرف ممکن است هزینه ای که در جای دیگر مربوط به استفاده است را هزینه نگهداری از اصل مال بداند و بالعکس.



✍ در حق انتفاع، مخارج نگهداری از اصل مال با مالک و مخارج استفاده از آن با منتفع است، اما می توان خلاف این ها را به هر نوعی شرط کرد.<sup>۱</sup>

ماده ۴۹: مخارج لازمه برای نگاهداری مالی که موضوع انتفاع است بر عهده منتفع نیست، مگر این که خلاف آن شرط شده باشد.

### موارد از بین رفتن حق انتفاع

- ✍ **انقضای مدت:** اگر مدت تمام بشود، حق انتفاع نیز از بین می رود. به این صورت که: اگر عُمری باشد، با فوت کسی که به مدت عُمَر او شرط شده و اگر رُقَبی باشد، بعد از انقضای مدت تعیین شده؛
- ✍ **تلف مال مورد انتفاع؛**
- ✍ **رجوع مالک در حبس مطلق؛**
- ✍ **فوت مالک در حبس مطلق؛**
- ✍ **فوت منتفع:** (در صورتی که عقد وابسته به شخصیت او [به قید مباشرت] باشد).

ماده ۵۱: حق انتفاع در موارد ذیل زایل می شود:

۱. در صورت انقضای مدت؛
  ۲. در صورت تلف شدن مالی که موضوع انتفاع است.
- ✍ هر گاه مال مورد انتفاع «مثلی» باشد و تلف بشود، در صورت دادن مثل آن، آن مثل، مورد حق انتفاع قرار نمی گیرد.

### انتقال مال مورد انتفاع

- ⊖ در قالب یک مثال: مالک حق انتفاع از ملک خود را به صورت رقبی (فرضاً یک ساله) به شخصی داده است، بعد از گذشتن یک ماه از این عقد، مالک مال مورد انتفاع را به دیگری می فروشد:
- ✍ **اولاً:** این فروش صحیح است، چون مال اوست و این حق را دارد؛
  - ✍ **ثانیاً:** با فروش مال، حق انتفاع از بین نمی رود و حق منتفع محترم است؛ زیرا برای منتفع فرقی نمی کند که چه کسی مالک است.

### نکته مهم:

✍ اگر خریدار، به حق انتفاع جاهل باشد (نمی داند مالی که خریده است، حق انتفاع از آن تا مدت یک سال، از آن دیگری است)، در این صورت می تواند معامله را فسخ کند؛ (حق فسخ).

<sup>۱</sup> - وقتی بتوان خلاف حرف قانون را در عقود شرط کرد، این معنا را می رساند که قانون مزبور، تکمیلی است (امری نیست)؛ و اگر هنگام وقوع عقد، هیچ چیزی در این مورد (هزینه ها) گفته نشود [اطلاق]، اصل (آنچه در ماده ۴۹ ق.م.آمه است) رعایت می شود. هر چند ماده ۴۹ ق.م. فقط یک مورد از هزینه ها را بیان کرده است و مورد دوم خودبه خود استنباط می شود.

ماده ۵۳: انتقال عین از طرف مالک<sup>۱</sup> به غیر موجب بطلان<sup>۲</sup> حق انتفاع نمی شود، ولی اگر منتقل الیه<sup>۳</sup> جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.<sup>۴</sup>

## حکومت عرف بر انتفاع

- کیفیات انتفاع: کیفیت انتفاع بر اساس قرارداد است و اگر در قرارداد ذکر نشود طبق عرف عمل می شود؛ و اگر حق انتفاع قراردادی نباشد (اذنی باشد) کیفیات انتفاع را عرف تعیین می کند؛
- ماده ۵۴: سایر کیفیات انتفاع از مال دیگری به نحوی خواهد بود که مالک قرار داده یا عرف و عادت اقتضاء بنماید.

# وقف

• وقف یعنی عین مال حبس و منافع آن تسبیل<sup>۵</sup> بشود (ماده ۵۵ ق.م).

## منظور از عین مال:

- ♣ یعنی مالک مالش را از ملکیتش خارج کند و ملک از نقل و انتقال مصون می ماند؛
- ♣ به عبارت دیگر: مالی که وقف می شود، قابل فروش و هبه و امثالهم نمی باشد.

## منظور از تسبیل منفعت:

- ♣ یعنی منافع مال وقف شده، در یک راهی صرف شود.

ماده ۵۵: وقف عبارتست از این که عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود.

## اقسام وقف

• وقف خاص و وقف عام.

<sup>۱</sup> - انتقال از جانب مالک؛ مالک ناقل است.

<sup>۲</sup> - بهتر بود به جای بطلان «زوال» به کار می رفت.

<sup>۳</sup> - منتقل الیه: کسی که مال به او منتقل شده است.

<sup>۴</sup> - ماده ۴۹۸ ق.م: اگر عین مستأجره به دیگری منتقل شود اجاره به حال خود باقی است، مگر این که موجر حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد.

<sup>۵</sup> - تسبیل یعنی: راه، هر راهی می تواند مدنظر باشد. (نه الزاماً سبیل الله).

<sup>۶</sup> - حبس در وقف با حبس مطلق (مربوط به حق انتفاع: مواد ۴۴، ۴۷ و ۵۵ ق.م) فرق دارد؛ به این صورت که: در وقف اگر موقوف علیهم فوت کند، مال موقوفه به واقف بر نمی گردد؛ به عبارت دیگر مال از ملکیت واقف خارج شده است، اما در حبس مطلق، مال از ملکیت حابس خارج نمی شود ولی برای محبوس لهم حق انتفاع برقرار می شود؛ و اگر محبوس لهم فوت کند، مال آزاد می شود و به حابس بر می گردد و اگر حابس نبود به وارثش می رسد.

## وقف خاص

❖ وقفی است که در آن موقوف علیهم<sup>۱</sup>، مشخص، محدود، محصور و قابل شمارش باشد؛ مانند وقف بر اولاد.

### وقف عام؛ دو نوع است:

♠ موقوف علیهم بی شمارند: (غیر محصورند)؛ مانند فقرا، دانشجویان، قضات، وکلا و ...؛

♠ وقف بر مصالح عامه یا وقف بر جهات: (امور عام المنفعه): یعنی وقف برای کاری که نفع عمومی داشته باشد؛ مانند ساختن بیمارستان، ساختن مسجد و ...

👉 نکته: وقف (اعم از عام و خاص) عقد است و برای انجام آن دو اراده می خواهد: ایجاب + قبول.

### ایجاب در وقف

❖ ایجاب در وقف توسط واقف انجام می گیرد.

### قبول در وقف

❖ قبول در وقف خاص، خود موقوف علیهم قبول می کنند، اما در وقف عام حاکم<sup>۲</sup> قبول می کند.

ماده ۵۶: وقف واقع می شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی<sup>۳</sup> که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و قبول طبقه<sup>۴</sup> اول از موقوف علیهم یا قائم مقام قانونی آن ها در صورتی که محصور<sup>۵</sup> باشند؛ مثل وقف بر اولاد؛ و اگر موقوف علیهم غیر محصور<sup>۶</sup> و یا وقف بر مصالح عامه<sup>۷</sup> باشد، در این صورت قبول حاکم شرط است.

### عینی بودن وقف

❖ وقف جزء عقود عینی<sup>۸</sup> است و برای صحت آن علاوه بر ایجاب و قبول به قبض (تسلیم مال) هم نیاز

داریم؛

<sup>۱</sup> - موقوف علیهم: کسی که وقف به نفع او انجام شده است.

<sup>۲</sup> - حاکم: نهاد عمومی است که وقف به نفع او انجام شده است (مانند وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی برای بیمارستان - وزارت آموزش و پرورش برای مدرسه) و در صورتی که نهاد عمومی یا سازمانی نباشد، منظور دادستان عمومی است. حاشیه ۲ ماده ۶۲ ق.م.

<sup>۳</sup> - ماده ۱۹۳ ق.م: انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض (معاطاتی)، حاصل گردد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

<sup>۴</sup> - طبقه در وقف، با طبقه در ارث فرق دارد: منظور از طبقه در وقف، نسل است: طبقه اول می شود نسل اول، طبقه دوم می شود نسل دوم و همین طور ادامه می یابد؛ اما در ارث: تمام اقوام را به سه طبقه تقسیم می کنند و طبقه چهارم در آن وجود ندارد.

<sup>۵</sup> - منظور از محصور: وقف خاص است.

<sup>۶</sup> - منظور از غیر محصور: وقف عام از نوع بی شمار است، مانند فقرا و ...

<sup>۷</sup> - مصالح عامه: منظور امور عام المنفعه است، جهات عامه.

<sup>۸</sup> - عقود عینی: عقودی که در آن ها قبض (تسلیم) شرط صحت عقد است؛ یعنی اگر مال تسلیم نشود، عقد صورت نگرفته است. عقود عینی عبارت اند از: موجد حق انتفاع ماده ۴۷ ق.م، وقف ماده ۵۹ ق.م، بیع صرف ماده ۳۶۴ ق.م، رهن ماده ۷۷۲ ق.م و هبه ماده ۷۹۸ ق.م.

• یعنی اگر قبض صورت نگیرد، عقدی هم واقع نشده است.

ماده ۵۹: اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد، وقف محقق نمی شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می کند.

### قابض (قبض کننده) در وقف

♣ در وقف خاص: قبض با خود موقوف علیهم است؛

♣ در وقف عام: قبض با متولی است و اگر متولی نداشت (تعیین نشده بود)، با حاکم است.

### جمع بندی کلی در مورد قبول و قبض

➡ در وقف خاص: قبول و قبض، هر دو با موقوف علیهم است؛

➡ در قبض عام: قبول با حاکم و قبض با متولی که در صورت نبود متولی، قبض هم با حاکم است.

ماده ۶۲: در صورتی که موقوف علیهم محصور باشند خود آن ها قبض می کنند و قبض طبقه اولی کافی است و اگر موقوف علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد متولی وقف و الا حاکم قبض می کند.

### یک استثناء در قبض

⊖ در وقف (عام و خاص)، در صورتی که خود واقف متولی باشد، قبض با خود اوست. در حقیقت، در این

صورت دیگر نیازی به قبض نیست و وقف با ایجاب و قبول واقع می شود؛

ماده ۶۳: ولی و وصی محجورین از جانب آن ها موقوفه را قبض می کنند و اگر خود واقف تولیت را برای خود قرار داده باشد قبض خود او کفایت می کند.<sup>۱</sup>

### مراحل وقف

⊖ وقف دو مرحله دارد: ایجاب و قبول + قبض؛

### مرحله اول: ایجاب و قبول، ماده ۶۰ ق.م.

➡ قبل از قبض، فقط ایجاب و قبول وجود دارد که تا اینجا [بعد از ایجاب و قبول] عقد صورت نگرفته است؛

### این ایجاب و قبول سه نکته دارد:

۱. این ایجاب و قبول از جانب هر دو طرف، قابل رجوع است، چون عقدی واقع نشده است؛<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۶۳ ق.م. به مواد ۷۹۹ و ۸۰۰ ق.م. مرتبط است:

➤ ماده ۷۹۹ ق.م. در هبه به صغیر یا مجنون یا سفیه قبض ولی معتبر است؛

➤ ماده ۸۰۰ ق.م. در صورتی که عین موهوبه در ید متهب باشد محتاج به قبض نیست.

۲. این ایجاب و قبول با فوت هر کدام از طرفین، از بین می رود؛

۳. این ایجاب و قبول با حجر هر کدام از طرفین، از بین می رود.

### در نتیجه:

- ❖ ایجاب و قبول بدون قبض در وقف، با رجوع، فوت و حجر هر کدام از طرفین از بین می رود و اگر هیچ یک سه اتفاق فوق رخ ندهد، ایجاب و قبول تا زمان حصول قبض، پایدار می ماند و از بین نمی رود؛
- ❖ مهم نیست چه مدت و سالیان سال هم بعد از ایجاب و قبولی که پایدار مانده است می توان قبض داد؛
- ✓ پس قبض در وقف فوری نیست.

ماده ۶۰: در قبض فوریت شرط نیست، بلکه مادامی که واقف رجوع از وقف<sup>۲</sup> نکرده است، هر وقت قبض بدهد وقف تمام می شود.

### مرحله دوم: قبض، ماده ۶۱ ق.م.

- بعد از قبض مال موقوفه، عقد وقف، منعقد شده و غیر قابل فسخ است.<sup>۳</sup> یعنی: طرفین به هیچ وجه نمی توانند آن را بر هم بزنند (قابل رجوع نیست) و واقف نیز نمی تواند از موقوف علیهم کم و یا زیاد کند و یا اگر متولی تعیین نکرده است از این زمان به بعد تعیین کند و یا اگر خودش متولی نیست، متولی شود و...<sup>۴</sup>

ماده ۶۱: وقف<sup>۵</sup> بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض<sup>۶</sup> لازم<sup>۷</sup> است و واقف نمی تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید یا با آن ها شریک کند یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده، بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند.

### شرایط مالک

❖ طبق ماده ۵۷ ق.م، واقف باید مالک عین و منافع مال باشد، اما این امر یک استثناء دارد؛

<sup>۱</sup> - رجوع از ایجاب و قبول در وقف، به معنای جایز بودن عقد نیست، همان طور که گفته شد: تا این مرحله عقدی واقع نشده است؛ و رجوع از عقد محسوب نمی شود.

<sup>۲</sup> - در اینجا منظور از وقف، ایجاب و قبول است، چون تا اینجا وقف انجام نگرفته است: رجوع از ایجاب و قبول.

<sup>۳</sup> - وقف: عقدی است لازم. لازم یعنی: غیر قابل رجوع، غیر قابل فسخ.

<sup>۴</sup> - به عبارتی، هر کاری که واقف بخواهد در وقف انجام دهد، باید قبل از تسلیم آن به موقوف علیهم باشد. چون بعد از قبض مال موقوفه، مالکیت واقف، تمام می شود.

<sup>۵</sup> - در اینجا منظور از وقف، «ایجاب و قبول» است، چون تا اینجا وقف انجام نگرفته است.

<sup>۶</sup> - قبض، فقط شامل تحویل دادن عین مال نیست، تسلیم اسناد و مدارک و کلید و ... به قابض، در حکم قبض است.

<sup>۷</sup> - لازم: غیر قابل رجوع، غیر قابل فسخ.

ماده ۵۷: واقف باید مالک مالی<sup>۱</sup> باشد که وقف می کند و به علاوه دارای اهلیتی<sup>۲</sup> باشد که در معاملات معتبر است.

ماده ۶۴ ق.م. استثنای ماده ۵۷ ق.م:

ماده ۶۴: مالی را که منافع آن موقتاً متعلق به دیگری است می توان وقف نمود و همچنین وقف ملکی که در آن حق ارتفاق موجود است جایز است بدون این که به حق مزبور خللی وارد آید.

❖ مثال: مالکی خانه ای را وقف می دهد که از قبل به همسایه اش در آن خانه حق ارتفاق داده است، در این صورت بعد از وقف حق ارتفاق از بین نمی رود؛ یعنی: بعد از وقف، همسایه در خانه موقوفه حق ارتفاق دارد.

(نتیجه):

❖ وقف مالی که در اجاره است صحیح و وقف مالی که در رهن است غیرنافذ است.<sup>۳</sup> چون منافی با حق مرتهن است.<sup>۴</sup>

**وقف به قصد فرار از دین**

❖ اگر واقف برای فرار از پرداخت بدهی، اموال خود را وقف کند، تحقق وقف منوط به اجازه طلبکاران است.

ماده ۶۵: صحت وقفی که به علت اضرار دیان<sup>۵</sup> واقع شده باشد منوط به اجازه دیان است.

نتیجه گیری از ماده ۲۱۸ مکرر ق.م؛ و ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی:

❖ معامله به قصد فرار از دین،<sup>۶</sup> چون صوری<sup>۷</sup> نیست و مالک قصد معامله دارد - به علت حمایت از طلبکاران، غیرنافذ<sup>۸</sup> است؛<sup>۹</sup>

❖ به طور کلی: در حقوق ایران، معامله به قصد فرار از دین، بین دو طرف صحیح است؛ اما در مقابل طلبکار قابل استناد نیست.

<sup>۱</sup> - باید مالک عین و منافع مالی باشد که وقف می کند.

<sup>۲</sup> - در مبحث اهلیت، در مدنی ۳ به آن پرداخته شده است.

<sup>۳</sup> - منوط به اجازه مرتهن است. در این صورت، یا رد می کند که وقف انجام نمی پذیرد و یا تنفیذ می کند و وقف حاصل می شود.

<sup>۴</sup> - تصرفات ناقل ملکیت را مشهور منافی با حق مرتهن می دانند: حاشیه شماره ۳ ماده ۷۹۳ قانون مدنی در نظم کنونی، دکتر ناصر کاتوزیان.

<sup>۵</sup> - دیان: جمع دائن، طلبکاران.

<sup>۶</sup> - مدیون، در معامله به قصد فرار از دین، مجرم است و خریدار آگاه نیز شریک جرم است. مجازات: چهار ماه تا دو سال حبس.

<sup>۷</sup> - در معاملات صوری، قصد معامله وجود ندارد و باطل اند.

<sup>۸</sup> - چون غیر نافذ است، دو راه دارد: یا تنفیذ می کنند که معامله به هم نمی خورد، (اگر وقف باشد، با تنفیذ طلبکاران، مال، موقوفه می شود) و اگر تنفیذ نکنند بازم دو راه دارد: یا مال وجود دارد که طلبکار مال را توقیف می کند و یا مال دوباره فروخته شده که در این صورت، طلبکار به میزان طلبش از اموال خریدار (خریدار آگاه نخست) توقیف می کند.

<sup>۹</sup> - در این زمینه (معاملات صوری و به قصد فرار از دین) در مواد ۲۱۸، ۲۱۸ مکرر ق.م؛ و ماده ۴ ق.ن.ا.م.م. بحث شده است.

**وقف بر مقاصد نامشروع: ماده ۶۶ ق.م.**

- ♣ برای توضیح این بحث، از مبحث عقود و معاملات کمک می گیریم؛
- ♣ طبق بند ۴ ماده ۱۹۰ ق.م. ۱ برای صحت معامله، مشروعیت جهت آن، شرط است.
- ♣ طبق ماده ۲۱۷ ق.م. ۲ اگر جهت معامله تصریح شود، باید مشروع باشد والا معامله باطل است. ۳

**شرح ماده ۲۱۷ ق.م: معامله با جهت نامشروع:****معامله با جهت نامشروع، ۳ حالت دارد:**

- ♣ جهت معامله نامشروع و در عقد بیان شده است: عقد باطل است؛
- ♣ جهت معامله نامشروع است و بیان هم نشده، اما طرف معامله از نامشروع بودن جهت آن خبر دارد: عقد باطل است. بیان کردن مهم نیست، مهم اطلاع داشتن طرف معامله است؛
- ♣ جهت معامله نامشروع است و بیان هم نشده و طرف معامله هم از نامشروع بودن جهت آن خبر ندارد: معامله صحیح است.
- ❖ با توجه به توضیحات فوق و ماده ۶۶ ق.م وقف بر جهات نامشروع باطل است و از سه حالت بالا خارج نیست.

**ماده ۶۶: وقف بر مقاصد غیر مشروع باطل است.****قدرت بر تسلیم وقف**

- ⊖ با بررسی مواد: ۶۷ و ۳۴۸ ق.م. ۴ در مورد قابل قبض بودن (قدرت بر تسلیم مال) مالی که وقف و یا دادوستد می شود، به یک نتیجه می رسیم:
- 👉 وقتی چیزی را می فروشیم یا وقف می کنیم، باید بتوانیم آن را تحویل بدهیم. انگشتی که در ته دریا افتاده، یا پرنده ای که در آسمان است و امثالهم را نمی توان فروخت. مگر درجایی که خریدار خود می تواند مال را به دست بیاورد که در این صورت، خرید و فروش آن جایز است. مثلاً خریدار غواص است و می تواند ته دریا برود و انگشت را تسلّم کند و ...

۱- ماده ۱۹۰ ق.م: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱... ۲... ۳... ۴. مشروعیت جهت معامله.

۲- ماده ۲۱۷ ق.م: در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد والا معامله باطل است.

۳- نکته اینجاست که: اگر نامشروع باشد و تصریح نشود، کسی از نامشروع بودن آن خبر ندارد؛ و طبق حاشیه شماره یک از ماده ۲۱۷ ق.م: انگیزه نامشروع در صورتی عقد را باطل می کند که یا مشترک بین دو طرف باشد یا هر دو آگاه از آن باشند.

۴- ماده ۳۴۸ ق.م: بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد [ماده ۲۱۵ ق.م] یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است، مگر این که مشتری خود قادر بر تسلّم باشد.

۵- تسلّم: معنای مقابل تسلیم است و به معنای قبض است؛ قبض و اقباض، تسلیم و تسلّم.

## یک اصل کلی

◉ قدرت بر تسلیم شرط صحت همه عقود است، (اما قانون گذار فقط در برخی مواد به آن اشاره کرده است).<sup>۱</sup> و اگر هنگام وقوع عقد، هیچ یک از طرفین قادر به تسلیم یا تسلّم<sup>۲</sup> مال نباشند، عقد باطل است؛ و اگر از ابتدا قدرت بوده و بعداً از بین رفته، عقد منفسخ می شود.<sup>۳</sup>

**ماده ۶۷:** مالی که قبض و اقباض آن ممکن نیست وقف آن باطل است لیکن، اگر واقف تنها قادر بر اخذ و اقباض آن نباشد و موقوف علیه قادر به اخذ آن باشد، صحیح است.

### توابع مال وقف: ماده ۶۸ ق.م.

◉ برای شرح این مبحث، چون با بحث توابع مبیع مرتبط است، هر دو را بررسی و به یک نتیجه کلی می رسیم؛  
 ➤ در ماده ۳۵۶ ق.م. و ۳۵۷ ق.م. می خوانیم که: عرف جزء و توابع مبیع را تعیین می کند و به عبارتی عرف بر این موضوع حاکمیت دارد؛  
 ➤ ماده ۳۵۸ ق.م. توابع عرفی مبیع در فروش باغ و زمین و خانه و ماده ۳۵۹ ق.م. هم اصل عدم را بیان کرده است؛<sup>۴</sup>

### نتیجه گیری:

♣ وقتی چیزی را می فروشیم، توابع آن را عرف تعیین می کند و ما باید به کمک عرف و قراین موجود دریابیم که چه چیزهایی باید همراه مبیع به مشتری تحویل دهیم و چه چیزهایی را ندهیم، در آخر این که: این یک قاعده تکمیلی است که می توان خلاف آن توافق نمود.  
 ◉ برای توابع مال موقوفه، ماده ۶۸ ق.م. حکم می کند که این ماده هم مانند بحث توابع مبیع سخن می گوید و حتی در آخر، این مبحث را در بیع مستند خویش می داند؛

<sup>۱</sup> - مواد: ۶۷، ۳۴۸ و ۴۷۰ ق.م؛ توضیحات بیشتر در مبحث «آثار بیع» آمده است.

<sup>۲</sup> - تسلیم به متعهد برمی گردد و تسلّم به متعهدله.

<sup>۳</sup> - عقدی که از ابتدا صحیح واقع شده است، محال است که باطل شود و اگر قرار است که به هم بخورد، باید به یکی از این سه روش از بین برود: فسخ (وجود حق فسخ و اعمال آن)، تفاسخ (اقاله - تراضی طرفین - که خود یک عقد است) و منفسخ (انفساخ - قهری).

<sup>۴</sup> - ماده ۳۵۶ ق.م: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قراین 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.

<sup>۵</sup> - ماده ۳۵۷ ق.م: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی شود، مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد.

<sup>۶</sup> - ماده ۳۵۸ ق.م: نظر به دو ماده فوق، در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد، به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود، متعلق به مشتری می شود؛ و بر عکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی شود، مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود.

<sup>۷</sup> - ماده ۳۵۹ ق.م: هر گاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد، آن شیئی داخل در بیع نخواهد بود، مگر آن که تصریح شده باشد.

<sup>۸</sup> - یعنی اگر عرفاً به دخول چیزی در مبیع شک کنیم، اصل عدم دخول است.



ماده ۶۸: هر چیزی که طبعاً یا بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می شود داخل در وقف است، مگر این که واقف آن را استثناء کند، به نحوی که در فصل بیع مذکور است.

## وقف بر معدوم

### فرض نفست: به تبع موجود

- ◉ همان طور که در مبحث حق انتفاع شرح داده شد، حق، به «موجود»<sup>۱</sup> داده می شود؛ و دادن حق به معدوم فقط به تبع موجود امکان پذیر است؛
- برای وقف هم این قاعده استوار است؛ یعنی موقوف علیهم باید در زمان وقف موجود باشد یا اگر قرار است به کسی که فعلاً موجود نیست وقف کنیم، به تبع موجود امکان پذیر است.

### ماده ۶۹: وقف بر معدوم صحیح نیست<sup>۲</sup> مگر به تبع موجود.

- مثال: قطعه زمینی را به شخصی وقف کنیم و به او بگوییم: بعد از شما به فرزندت برسد. در حالی که آن شخص اکنون هیچ فرزندی ندارد؛ اما نمی توانیم مستقیم به فرزند او حق بدهیم، چون موجود نیست.

### فرض دوم: با موجود معاً (باهم)

- ◉ ماده ۷۰ ق.م. این فرض را گفته و به این ترتیب است که: اگر وقف بر معدوم و موجود باهم واقع شود (نه به تبع)، نسبت به موجود صحیح و نسبت به معدوم باطل است.
- مثال: اگر شش دانگ یک ملک را به دو نفر، یکی موجود و دیگری معدوم باهم وقف کنیم، وقف نسبت به معدوم باطل است و این طور فرض می شود که فقط سه دانگ از ملک مذکور وقف شده است. (در حقیقت سه دانگ آن اصلاً وقف نشده است).

### ماده ۷۰: اگر وقف بر موجود و معدوم معاً واقع شود، نسبت به سهم موجود صحیح و نسبت به سهم معدوم باطل است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - موجود: اشخاصی که در حین عقد وجود داشته باشند؛ حمل و جنین موجود محسوب می شوند.

<sup>۲</sup> - یعنی باطل است؛ و هرگاه وقف باطل باشد، مال به واقف برمی گردد.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

- ماده ۲۵۶ ق.م. هرگاه کسی مال خود و مال غیر را به یک عقدی [و یک ثمن] منتقل کند یا انتقال مالی را برای خود و دیگری قبول کند، معامله نسبت به خود او نافذ و نسبت به غیر فضولی است؛
- ماده ۳۷۲ ق.م. اگر نسبت به بعض مبیع بایع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعض دیگر نداشته باشد، بیع نسبت به بعض که قدرت بر تسلیم داشته صحیح است و نسبت به بعض دیگر باطل است؛
- ماده ۴۴۱ ق.م. خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد؛ در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند.

## وقف بر مجهول

❖ برای موقوف علیهم خاص و موقوف علیهم عام دو حکم جداگانه دارد.

### موقوف علیهم مجهول خاص:

ⓐ اگر موقوف علیهم خاص (اعم از این که خودش یا مصرف آن)<sup>۱</sup> مجهول باشد، وقف صحیح نیست (باطل است)؛  
 ⓑ هر چند ماده ۷۱ ق.م. مطلق است و قیدی ندارد، اما با توجه به ماده ۹۱ ق.م؛ که در مورد وقف بر موقوف علیهم عام است می توان نتیجه گرفت که ماده ۷۱ مختص به موقوف علیهم مجهول خاص است.

ماده ۷۱: وقف بر مجهول صحیح نیست.

### وقف بر موقوف علیهم مجهول عام:

❖ از بند یک ماده ۹۱ ق.م می توان فهمید که وقف بر موقوف علیهم عام مجهول صحیح است و حکم خاص خود را دارد (باید به ماده ۸ قانون حج و اوقاف توجه کرد).

ماده ۹۱: در موارد ذیل منافع موقوفات عامه صرف بریات<sup>۲</sup> عمومی خواهد شد:

۱. در صورتی که منافع موقوفه مجهول المصرف باشد، مگر این که قدر متیقنی<sup>۳</sup> در بین باشد؛
۲. در صورتی که صرف منافع موقوفه در مورد خاصی که واقف معین کرده است متعذر باشد.

### نتیجه گیری:

❖ با وجود ماده ۸ قانون اوقاف، دیگر از ماده ۹۱ ق.م. استفاده نمی شود و نتیجه این که طبق این دو ماده: وقفی که موقوف علیهم آن عام باشد باطل نیست؛ و اطلاق ماده ۷۱ منصرف از وقف عام است.

ماده ۸ قانون اوقاف: در آمد موقوفات مجهول المصرف و موقوفاتی که به صیغه مبرات مطلقه وقف شده قابل مصرف در تحقیق و تبلیغ و نشر کتب در زمینه معارف اسلامی و عمران موقوفات می باشد زیر نظر سازمان به مصرف می رسد.

⊕ تا اینجا تکلیف بند اول ماده ۹۱ ق.م مشخص شد؛ بند دوم هم طبق تبصره ماده ۸ اوقاف نسخ شده است:

تبصره: در آمد موقوفات متعذر المصرف و موقوفاتی که عواید آنها به سبب قلت گرچه با پس انداز چند سال برای اجرای نظر واقف کافی نباشد با تشخیص تحقیق اوقاف در موارد اقرب به غرض واقف در محل به مصرف

<sup>۱</sup> - خود موقوف علیهم مجهول خاص، مانند وقف کردم بر این، وقف کردم بر آن - موقوف علیهم خاص با مصرف مجهول، مانند وقف کردم بر اولادم که فلان کار را انجام دهند (کار یا همان خواسته واقف معلوم نیست).

<sup>۲</sup> - بریات: یعنی کارهای خیر - بر یعنی نیکی و کار خیر - بر یعنی خشکی.

<sup>۳</sup> - قدر متیقن: مقدار مطمئن، یعنی از متن وقف نامه بتوان به اندازه مطمئنی از هدف واقف برسیم.

می‌رسد. آن قسمت از درآمد موقوفاتی که به علت کثرت عواید زاید بر مصرف متعارف باشد حتی الامکان در موارد اقرب به نظر واقف صرف می‌گردد و در صورت نبودن مورد اقرب در مطلق امور خیریه به مصرف خواهد رسید.

⊕ منظور از متعذرالمصرف آن است که صرف درآمد موقوفه در مصارف مقرر به علت فراهم نبودن وسایل و یا انتفای موضوع و یا عدم احتیاج به مصرف مقدور نباشد.

### وقف یک شخصیت حقوقی است:

⊖ بعد از این که وقف انجام شد، فک ملک صورت می‌گیرد، یعنی مال از ملکیت واقف خارج می‌شود.  
 ➤ قانون مدنی در مورد مالک مال موقوفه ساکت است، اما قانون اوقاف در ماده ۳<sup>۱</sup> مال موقوفه را دارای شخصیت حقوقی می‌داند، به این ترتیب مالک مال موقوفه، شخص حقوقی است؛ مانند شرکت‌های تجاری و همانند اشخاص حقیقی، هر حقوقی (به جز حقوق غیرمالی: نکاح و طلاق و ...) را می‌تواند داشته باشد.  
 ✓ هر شخص حقوقی برای انجام کاری‌های خود، نیازمند مدیر و نماینده است و نماینده وقف، متولی آن است، یعنی کارهای وقف را متولی آن انجام می‌دهد.

⊗ ماده ۴۹۹ ق.م. نمونه‌ای از مدیریت متولی را در اداره کردن مال موقوفه نشان می‌دهد:

ماده ۴۹۹: هرگاه متولی با ملاحظه صرفه وقف مال موقوفه را اجاره دهد، اجاره به فوت او باطل نمی‌گردد.

✓ نکته: متولی نماینده و مدیر وقف است، نه نماینده واقف.

### نقش موقوف علیهم در وقف

⊖ موقوف علیهم جز حق انتفاع در مال موقوفه، نقشی ندارد؛ مالک محسوب نمی‌شود.

### نقش واقف در وقف

⊖ واقف بعد از وقف، اصولاً سمتی ندارد مگر این که متولی (نماینده وقف) باشد.

### جواز وجود شرط عوض در عقود مجانی و استثنای آن (وقف)

❖ در عقود مجانی می‌توانیم شرط عوض بگذاریم، در این صورت عقد مجانی، معوض نمی‌شود چون شرط،

جنبه فرعی دارد و به آن «عقد مجانی با شرط عوض» گفته می‌شود؛ یعنی: شرط فرع بر عقد است؛

<sup>۱</sup> - ماده ۳ قانون اوقاف: هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان حسب مورد نماینده آن می‌باشد.

- **مثال:** هبه یک عقد مجانی است: شخصی مالی به دیگری می بخشد به شرط این که گیرنده هم مالی را به واهب ببخشد؛ مانند کتاب در برابر خودکار: کتاب عین موهوبه و خودکار عین مورد شرط است، به این عقد، عقد مجانی با شرط عوض می گویند نه عقد معوض.

**ماده ۸۰۱:** هبه ممکن است معوض<sup>۱</sup> باشد و بنابراین واهب می تواند شرط<sup>۲</sup> کند که متب مالی را به او هبه کند<sup>۳</sup> یا عمل مشروعی را مجاناً<sup>۴</sup> بجا آورد.

## فایده بحث

- ➔ وقف یک عقد مجانی است، اما مستثنی از قاعده مزبور است؛ یعنی نمی توان در آن شرط عوض گذاشت. به این صورت که: شرط باطل است اما وقف را باطل نمی کند.<sup>۵</sup>

## وقف بر نفس

❖ وقف بر نفس، فقط در وقف خاص مصداق پیدا می کند و باطل است؛

### وقف بر نفس به دو صورت است:

۱. واقف مال را برای خودش وقف کرده است: این فرض برابر است با عدم وقف؛
۲. واقف برای خودش و شخص یا اشخاص دیگری باهم وقف کرده است: در این صورت وقف نسبت به خودش باطل و نسبت به بقیه صحیح است. ✓ به طور کلی: واقف در وقف خاص نمی تواند منتفع شود.

**ماده ۷۲:** وقف<sup>۶</sup> بر نفس به این معنی که واقف خود را موقوف علیه یا جزء موقوف علیهم نماید یا پرداخت دیون یا سایر مخارج خود را از منافع موقوفه قرار دهد باطل است، اعم از این که راجع به حال حیات باشد یا بعد از فوت.

## انتفاع واقف در وقف عام

- ❖ در وقف عام (در دو حالت: وقف بر غیر محصور و وقف بر مصالح عامه)، اگر واقف مصداق موقوف علیهم قرار بگیرد،<sup>۷</sup> اشکالی ندارد، چون این وقف، وقف بر نفس تلقی نمی شود؛

<sup>۱</sup> - معوض باشد: منظور شرط عوض داشته باشد. هبه همیشه مجانی است و به هیچ وجه امکان ندارد که معوض باشد.

<sup>۲</sup> - از لفظ «شرط» می توان فهمید که منظور قانون گذار شرط عوض بوده و نه معوض بودن هبه.

<sup>۳</sup> - هبه کند و یا بفروشد.

<sup>۴</sup> - مجاناً و یا با اجرت.

<sup>۵</sup> - مستفاد از حاشیه شماره ۳ از ماده ۷۲ قانون مدنی در نظم کنونی، دکتر ناصر کاتوزیان.

<sup>۶</sup> - منظور وقف خاص است.

<sup>۷</sup> - البته با حق مساوی با بقیه موقوف علیهم، نه این که امتیازی داشته باشد.

ماده ۷۴: در وقف بر مصالح عامه،<sup>۱</sup> اگر خود واقف نیز مصداق موقوف علیهم واقع شود، می تواند منتفع گردد.

## وقف بر خویشان و وابستگان

• ماده ۷۳ ق.م. جواز وقف بر اولاد و اقوام و خدمه را بیان کرده است؛

ماده ۷۳: وقف بر اولاد و اقوام و خدمه و واردین<sup>۲</sup> و امثال آنها صحیح است.

## تولیت

❖ یعنی اداره کردن مال موقوفه؛ متولی نماینده وقف است.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر متولی مدیر وقف است.

• واقف می تواند قبل از قبض مال موقوفه،<sup>۴</sup> به اشکال زیر برای وقف، متولی قرار دهد:

▲ خودش (خود واقف) \* خودش با یک نفر \* خودش با چند نفر \* یک نفر غیر از خودش \* چند نفر غیر از خودش.

ماده ۷۵: واقف می تواند تولیت، یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام الحیات یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند. تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر دیگر غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا منضمماً<sup>۵</sup> اداره کنند و همچنین واقف می تواند شرط کند که خود او یا متولی که معین شده است نصب متولی کند و یا در این موضوع هر ترتیبی را که مقتضی بداند قرار دهد.

## تولیت، ایقاع قابل رد است

◀ نصب متولی عقد<sup>۶</sup> نیست. مستفاد از ماده ۷۶ ق.م. «واقف یک نفر را متولی قرار می دهد و متولی می تواند

قبول یا رد کند» نصب متولی ایقاع است که اراده متولی در تعیین آن نقشی ندارد و برای این که تولیت بر او تحمیل نشود از او سؤال می شود که تولیت در فلان وقف را قبول می کند یا خیر؟ حال اگر قبول کند، سمت او مستحکم شده و قابل رد نیست و اگر رد کند، دیگر نمی تواند قبول کند؛

✍ فرض دیگر: در صورتی که سکوت کند تا زمان سکوت او، هم چنان متولی است؛ که بعداً رد یا قبول می کند. این فرض هم نشان از این است که: نصب متولی ایقاع است.

ماده ۷۶: کسی که واقف او را متولی قرار داده<sup>۷</sup> می تواند بدو تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی تواند رد نماید و اگر رد کرد مثل صورتی است که از اصل متولی قرار داده نشده باشد.

<sup>۱</sup> - ماده ناقص است؛ چون هر دو نوع وقف عام را شامل می شود: مصالح عامه + غیرمحصور.

<sup>۲</sup> - واردین، اصطلاحی حقوقی نیست؛ یعنی افرادی که به دیدن شخص می روند. - این لفظ «واردین» در ماده ۶۳۲ ق.م. نیز آمده است.

<sup>۳</sup> - فراموش نشود که: متولی نماینده (وکیل) واقف نیست.

<sup>۴</sup> - واقف بعد از تسلیم مال، هیچ کاری در وقف (اعم از تعیین متولی و ...) را نمی تواند انجام دهد.

<sup>۵</sup> - منظور از منظمماً همان مجتمعاً است.

<sup>۶</sup> - برای ایجاد عقد، به دو اراده نیازمندیم، اما ایقاع توسط یک اراده ایجاد می شود که ممکن است تبعات دوطرفه داشته باشد. توضیحات کامل تر در این

زمینه، در جزوه مدنی ۳ آمده است.

<sup>۷</sup> - یعنی اراده متولی دخالت ندارد.

## فوت یکی از متولیان

- ❶ این بحث با ماده ۶۷۰ ق.م.ا مرتبط است، اما حکم این دو باهم متفاوت است؛
- ❷ در بحث وکالت: اگر وکالت به اجتماع باشد، با فوت یکی از آنها، وکالت دیگری منفسخ می شود؛
- ❸ اما در بحث تولیت: همان طور که در ماده ۷۷ مشاهده می گردد، در تولیت به نحو اجتماع، در صورتی که یکی از متولیان فوت کند، تولیت دیگری منفسخ نمی شود و حاکم شخص دیگری را ضمیمه فرد باقی مانده می کند.

ماده ۷۷: هرگاه واقف برای دو نفر یا بیش تر<sup>۲</sup> به طور استقلال تولیت قرار داده باشد، هر یک از آنها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلاً تصرف می کنند و اگر به نحو اجتماع قرار داده باشد، تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها حاکم شخصی را ضمیمه آن که باقی مانده است، می نماید که مجتمعاً تصرف کنند.<sup>۳</sup>

## نظارت بر متولی

- ❶ نظارت در هر جایی که واقع شود، از این دو حالت خارج نیست: اطلاعی و استصوابی.

### نظارت اطلاعی:

- ❷ ناظری که تنها باید از اعمال متولی آگاه شود؛ باید تجاوز متولی از مفاد وقف نامه و مصلحت وقف را به مقام عمومی گزارش دهد.

### نظارت استصوابی:

- ❷ ناظری است که قدرت بالایی دارد و برای رسمیت یافتن تصمیمات منظور، باید آنها را تصویب کرده باشد. نظارت استصوابی مانند شورای نگهبان در امر قانون گذاری است.

### نتیجه:

- ✓ اگر واقف ناظر معین کند، خارج از دو صورت بالا نیست. به این صورت که: اگر واقف، ناظر اطلاعی قرار دهد، ناظر، تصمیمات متولی را به اطلاع مرجع مرتبط گزارش می دهد و اگر استصوابی باشد، متولی نمی تواند کاری را انجام دهد مگر جواز انجام آن کار را قبلاً ناظر تصویب کرده باشد.

<sup>۱</sup> - ماده ۶۷۰ ق.م.ا در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند، به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می شود (منفسخ می شود).

<sup>۲</sup> - برای حالتی که متولی «یک نفر» باشد و فوت کند: ر.گ. صفحه ۵۴ همین جزوه.

<sup>۳</sup> - به نظر برخی از حقوق دانان [مانند دکتر شهبازی]، چون در بحث وصایت چنین ماده ای نداریم: نتیجه این بحث در مورد وصایت نیز می تواند صادق باشد.

## تفاوت ناظر استصوابی با متولی

❖ ابتکار تصمیم با متولی است و ناظر نمی تواند امری را به او پیشنهاد دهد. ناظر استصوابی فقط رد یا تصویب می کند.

ماده ۷۸: واقف می تواند<sup>۱</sup> بر متولی ناظر قرار دهد که اعمال متولی به تصویب یا اطلاع او باشد.<sup>۲</sup>

### اصل بر «اطلاعی بودن» ناظر

❖ در صورتی که نوع نظارت تصریح نشده باشد و یا در نوع نظارت شک کنیم، به اصل رجوع می کنیم: اصل بر نظارت اطلاعی است.<sup>۳</sup>

### چرا اصل بر «اطلاعی بودن» است؟

❖ به علت اصل عدم زیاده، یعنی اگر ما شک کنیم که چیزی کم است یا زیاد، چون به کم مطمئن هستیم (قدر متیقن)، اصل را بر عدم زیادت می گذاریم و در اینجا چون نظارت اطلاعی قدرت کمتری دارد، اصل قرار می گیرد.

### خیانت و عزل متولی

❖ عزل متولی ممکن نیست مگر به دو شرط:

#### شرط نخست:

❖ در صورتی که حق عزل او شرط (پیش بینی) شده باشد. با توجه به شرط مندرج، می توان او را عزل کرد (ماده ۷۹ ق.م.ا)؛ و اگر حق عزل شرط نشده باشد، قابل عزل نیست و در صورت ظهور خیانت وی، حاکم ضمّ امین می کند؛

ماده ۷۹: واقف یا حاکم نمی تواند کسی را که در ضمن عقد وقف متولی قرار داده شده است عزل کند، مگر در صورتی که حق عزل شرط شده باشد و اگر خیانت متولی ظاهر شود حاکم ضمّ امین می کند.

#### شرط دوم:

❖ زمانی که صفت مخصوصی را برای او در نظر گرفته باشند و در زمان تولیت، صفت مذکور را از دست بدهد. (خودبه خود من عزل می شود)؛

<sup>۱</sup> - «واقف می تواند ...»، یعنی: تعیین ناظر اختیاری است.

<sup>۲</sup> - ماده ۸۵۷ ق.م.ا: موصی می تواند یک نفر را برای نظارت در عملیات وصی معین نماید. حدود اختیارات ناظر به طریقی خواهد بود که موصی مقرر داشته است یا از قراین معلوم شود.

<sup>۳</sup> - ناظری که بدون قید معین می شود «اطلاعی» است و لزوم تصویب عمل متولی باید به تصریح یا قرینه اثبات شود. دکتر ناصر کاتوزیان.

**ماده ۸۰:** اگر واقف وصف مخصوصی را در شخص متولی شرط کرده باشد و متولی فاقد آن وصف گردد منعزل می شود.

## وکالت متولی

❖ با توجه به بند آخر ماده ۸۲ ق.م. متولی مانند وکیل است؛

➤ وکیل نماینده است، هر نماینده ای امین است، پس متولی هم امین وقف است و نباید تقصیری مرتکب شود، اما ضمانت اجرای تقصیر او، عزل نیست، بلکه طبق بند آخر ماده ۷۹ ق.م. حاکم ضمّ امین می کند؛ یعنی حاکم یک نفر را ضمیمه می کند که با متولی همکار شود؛ و وقتی که ضمّ امین شد، مثل این است که دو متولی تعیین شده است و باهم عمل می کنند.

## اختیار و نیابت متولی

❖ اداره مال موقوفه به دو صورت می باشد:

۱. **دستور واقف:** اگر واقف ترتیب خاصی مقرر کرده باشد، متولی باید طبق دستور وی رفتار کند؛
۲. **عدم دستور واقف:** در صورتی که ترتیب خاصی برای اداره مال موقوفه مشخص نشده باشد، متولی باید مانند یک وکیل امین رفتار کند (وکیل وقف).

**ماده ۸۲:** هرگاه واقف برای اداره کردن موقوفه ترتیب خاصی معین کرده باشد، متولی باید به همان ترتیب رفتار کند؛ و اگر ترتیبی قرار نداده باشد، متولی باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید.

## عدم متولی

❖ وقف (عام و خاص) ممکن است به چند دلیل متولی نداشته باشد:

- از ابتدا برای آن متولی تعیین نکرده باشند؛
- متولی یک نفر بوده و فوت کرده باشد؛<sup>۱</sup>
- طبق ماده ۷۹ ق.م. عزل (شرط حق عزل) شده است؛
- طبق ماده ۸۰ ق.م. منعزل (فقد صفت مشروط) شده است.

## اداره کردن وقف بدون متولی:

♣ اداره کردن وقف عام بدون متولی؛

♣ اداره کردن وقف خاص بدون متولی.

<sup>۱</sup> - در صورت متعدد بودن متولیان، طبق ماده ۷۷ ق.م. عمل می شود؛ اگر اجتماع بوده، یکی دیگر نصب می شود و اگر استقلال بوده، متولی باقی مانده به تنهایی عمل می کند.



**عدم متولی در وقف عام:**

ماده ۸۱: در اوقاف عامه که متولی معین نداشته باشد، اداره موقوفه طبق نظر ولی فقیه خواهد بود.

**عدم متولی در وقف خاص:**

❶ ماده ۸۱ ق.م؛ و سایر مواد وقف در مورد اداره وقف خاص بدون متولی ساکت اند، اما ما با دو استدلال به این نتیجه می‌رسیم که اداره وقف خاصی که متولی ندارد با خود موقوف علیهم است؛

**استدلال نخست:**

❷ ماده ۸۱ ق.م (مصوب ۱۳۰۷)، در مورد اداره وقف بدون متولی (هم عام و هم خاص) صحبت می‌کرد؛ اما نسخه جدید این ماده (اصلاحی ۱۳۷۰) فقط در مورد وقف عام است، به نظر می‌رسد: چون قانون جدید در این مورد ساکت است و قانون قدیم را در این قسمت نسخ نکرده است و با توجه به این که قانون قدیم اداره وقف خاص بدون متولی را با موقوف علیهم می‌دانست. نتیجه می‌گیریم: آن قسمت که مربوط به وقف خاص است، هم چنان باقی است زیرا توسط قانون جدید نسخ نشده است.

**استدلال دوم:**

❸ فرض کنیم که قانون قدیم کاملاً نسخ شده باشد (هم در وقف عام و هم در وقف خاص) دوباره می‌توان گفت چون در وقف خاص قبض با موقوف علیهم است، اگر متولی هم نباشد، مال در دست هرکسی که هست باید آن را اداره کند. حال که مال در دست موقوف علیهم است، اداره آن هم با خود اوست.

**تفویض و توکیل تولیت****تفویض:**

❶ تفویض یعنی واگذاری، جایی که شخص تمام اختیارات خود را به دیگری واگذار می‌کند و خود کنار می‌رود؛  
❷ اصولاً تفویض در تولیت امکان‌پذیر نیست، مگر متولی اذن در تفویض داشته باشد.

**توکیل**

❶ توکیل یعنی این که وکیل مسئولیت‌های خودش را با شخص دیگری تقسیم می‌کند و هر دو باهم انجام می‌دهند؛  
❷ توکیل اصولاً در تولیت انجام می‌شود، مگر درجایی که شرط مباشرت شده باشد.

**ماده ۸۳:** متولی نمی تواند تولیت را به دیگری تفویض کند، مگر آن که واقف در ضمن وقف به او اذن داده باشد؛ ولی اگر در ضمن وقف شرط مباشرت نشده باشد می تواند وکیل بگیرد.<sup>۱</sup>

### دستمزد متولی

⊖ متولی مجانی کار نمی کند و در هر صورت مستحق حق التولیه است؛

### در سه فرض حق التولیه متولی مشخص می شود:

۱. حق التولیه را واقف مشخص کرده است (اجرت المسمی)؛
۲. واقف تعیین نکرده، اما عرف محل<sup>۲</sup> اجرت متولی را مشخص کرده است؛
- مثال: عرف فلان شهرستان این طور گفته است: مزد متولی ۵ درصد از درآمد سالیانه مال موقوفه است. به این ترتیب اجرت متولی حتی در صورت عدم تعیین توسط واقف، معین است؛ بنابراین مبلغی که عرف تعیین کرده است، اجرت المسمی است (ماده ۶۷۶ ق.م).<sup>۳</sup>
۳. عرف و واقف هیچ کدام حق التولیه را تعیین نکرده اند؛ در این صورت متولی مستحق اجرت المثل است که توسط کارشناس تعیین می شود.

موارد ۱ و ۳ در ماده ۸۴ ق.م آمده است:

**ماده ۸۴:** جایز است واقف از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولی قرار دهد و اگر حق التولیه معین نشده باشد متولی مستحق اجرت المثل عمل است.

### تَمَلُّک منافع وقف<sup>۴</sup>

- ⊖ موقوف علیهم از ابتدا بر منافع وقف، «حق دینی» دارند و وقتی که بخواهند سهم خود را از این منافع بگیرند، باید آن را از متولی دریافت کنند؛ اما زمانی که متولی سهم هر کدام از موقوف علیهم را مشخص کرد، حق مذکور به صورت «حق عینی» درمی آید؛
- در این صورت موقوف علیهم می توانند بدون اذن متولی در منافع مشخص شده تصرف کنند. مگر این که واقف تصرف موقوف علیهم را مشروط به اخذ اجازه از متولی کرده باشد. [البته اصولاً معلق به اجازه نمی باشد].

#### ۱- مواد مرتبط:

- ماده ۶۷۲ ق.م: وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد، مگر این که صریحاً یا به دلالت قراین وکیل در توکیل باشد.
- ماده ۶۷۳ ق.م: اگر وکیل که وکالت در توکیل نداشته انجام امری را که در آن وکالت دارد به شخص ثالثی واگذار کند، هر یک از وکیل و شخص ثالث در مقابل موکل نسبت به خساراتی که مسبب محسوب می شود مسئول خواهد بود. [مسئولیت تضامنی].
- ماده ۲۲۵ ق.م: متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است.
- ماده ۶۷۶ ق.م: حق الوکاله وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود؛ و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد، تابع عرف و عادت است؛ و اگر عادت مسلمی نباشد، وکیل مستحق اجرت المثل است.
- این بحث بیشتر در مورد وقف خاص رخ می دهد.

**ماده ۸۵:** بعد از آن که منافع موقوفه حاصل و حصه هر یک از موقوف علیهم معین<sup>۱</sup> شد، موقوف علیه می تواند حصه خود را تصرف کند، اگر چه متولی اذن نداده باشد، مگر این که واقف اذن در تصرف را شرط کرده باشد.

### تقدم مخارج وقف بر حق موقوف علیه

هر مالی، یک سری مخارج<sup>۲</sup> دارد و برای استفاده بهتر از آن، ناچار به پرداخت مخارج آن هستیم که بر استفاده از مال اولویت دارند. وقف هم طبق همین قاعده است و مخارج مال بر حق موقوف علیهم مقدم است.

**ماده ۸۶:** در صورتی که واقف ترتیبی قرار نداده باشد مخارج تعمیر و اصلاح موقوفه و اموری که برای تحصیل منفعت لازم است بر حق موقوف علیهم مقدم خواهد بود.

### تقسیم منافع وقف

- واقف می تواند تقسیم منافع وقف را به چند فرض شرط کند:
- خود واقف نوع تقسیم را مشخص کند؛ تقسیم به تساوی یا به تفاوت؛ هر طور که خودش مصلحت می داند؛
- اختیار تقسیم را به متولی بدهد؛ یعنی به نحوی که متولی مصلحت می داند تقسیم کند؛
- اختیار تقسیم را به شخص ثالثی بدهد؛<sup>۳</sup> یعنی به نحوی که شخص ثالث مصلحت می داند تقسیم کند.

**ماده ۸۷:** واقف می تواند شرط کند که منافع موقوفه مابین موقوف علیهم به تساوی تقسیم شود یا به تفاوت و یا این که اختیار به متولی یا شخص دیگری بدهد که هر نحو مصلحت داند تقسیم کند.

- سؤال: در صورتی که واقف در مورد تقسیم منافع تعیین تکلیف نکرده باشد، تقسیم به چه نحو است؟
- پاسخ: طبق اصل عدم زیاده؛ در صورت سکوت واقف، تقسیم منافع وقف به صورت مساوی است.
- قاعده: هرگاه چند نفر در یک چیزی (مال، حق، دین) شریک باشند و معلوم نباشد که حق هر کدام به چه نحو است، اصل بر تساوی سهام آنها است. مبنای اصل عدم زیاده، مواد ۱۵۳ و ۸۵۳ ق.م است.<sup>۴</sup>

### فروش مال وقف

اصولاً مال موقوفه را نمی توان فروخت، چون در وقف، مال حبس می شود و نمی توان آن را انتقال داد، منتها از آنجایی که هر اصلی استثنائاتی نیز دارد، استثنائات فروش مال موقوفه هم از قرار زیر است:

- 
- ۱- یعنی: حق دینی، عینی، شده باشد.
  - ۲- اعم از مخارج نگهداری و استفاده.
  - ۳- در این صورت، شخص ثالث باید نوع تقسیم منافع را به متولی بگوید.
  - ۴- مواد ۱۵۳ و ۸۵۳ ق.م:
  - ماده ۱۵۳ ق.م: هرگاه نهی مشترک مابین جماعتی باشد و در مقدار نصیب هر یک از آنها اختلاف شود، حکم به تساوی نصیب آنها می شود مگر این که دلیلی بر زیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد.
  - ماده ۸۵۳ ق.م: اگر موصی لهم متعدد و محصور باشند موصی به بین آنها بالسویه تقسیم می شود مگر این که موصی طور دیگر مقرر داشته باشد.

موارد استثنایی فروش مال موقوفه؛ مواد ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ ق.م:

ماده ۸۸: بیع وقف<sup>۲</sup>، در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، در صورتی جایز است که عمران آن متعذر<sup>۳</sup> باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.

ماده ۸۹: هرگاه بعضی موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، همان بعضی فروخته می شود، مگر این که خرابی بعضی سبب سلب انتفاع قسمتی که باقی مانده است بشود؛ در این صورت تمام فروخته می شود.

ماده ۳۴۹: بیع<sup>۴</sup> مال وقف صحیح نیست [باطل است]، مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف [دعوا] شود، به نحوی که بیم سَفْکِ دِماء<sup>۵</sup> رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد؛ و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف<sup>۶</sup> مقرر است.

## تبدیل وقف

⊖ زمانی که طبق سه ماده فوق عمل شود و مال موقوفه به فروش برسد، باید طبق ماده ۹۰ ق.م. عمل کرد.

ماده ۹۰: عین موقوفه در مورد جواز بیع به اقرب به غرض واقف تبدیل می شود.

➤ وقتی مال وقف (طبق مواد ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ ق.م) فروخته شود، پول آن را باید صرف کاری کنیم که به هدف واقف نزدیک تر باشد. مثلاً اگر وقف یک بیمارستان بوده و از بین برود، اگر نتوانیم بیمارستان فوق را بنا کنیم، به جای آن یک درمانگاه درست می کنیم.

## تقسیم ملک از وقف

⊖ تقسیم ملک از وقف اشکالی ندارد؛ اما تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم امکان پذیر نیست؛

➤ علت: زیرا موقوف علیهم حق انتفاع دارند و مالک نیستند که بخواهند مال موقوفه را تقسیم بکنند؛

ماده ۵۹۷: تقسیم ملک [طلق، آزاد] از وقف [حبس] جایز است، ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست.

<sup>۱</sup> - انتقال؛ اعم از هبه، صلح و ...؟

<sup>۲</sup> - بیع وقف یعنی: بیع مال وقف؛ -- کلماتی مانند وقف، رهن، ودیعه و عاریه دو معنا دارند، یکی به معنای عقد و دیگری به معنی مال مورد عقد.

<sup>۳</sup> - تبصره ماده ۸ قانون اوقاف: درآمد موقوفات متعذرالمصرف و موقوفاتی که عواید آن ها به سبب قلت گرچه با پس انداز چند سال برای اجرای نظر واقف کافی نباشد با تشخیص تحقیق اوقاف در موارد اقرب به غرض واقف در محل به مصرف می رسد. آن قسمت از درآمد موقوفاتی که به علت کثرت عواید زاید بر مصرف متعارف باشد حتی الامکان در موارد اقرب به نظر واقف صرف می گردد و در صورت نبودن مورد اقرب در مطلق امور خیریه به مصرف خواهد رسید.

منظور از متعذرالمصرف آن است که صرف درآمد موقوفه در مصارف مقرر به علت فراهم نبودن وسایل و یا انتفاء موضوع و یا عدم احتیاج به مصرف مقدور نباشد.

<sup>۴</sup> - رهن گذاردن مال وقف نیز جایز نیست، زیرا وقف را در معرض زوال قرار می دهد و این اقدام با مفهوم حبس عین منافات دارد. وانگهی، مالی قابل رهن گذاردن است که قابل نقل و انتقال قانونی باشد.

<sup>۵</sup> - مقصود از «سَفْکِ دِماء» قتل نفس است نه هر خون ریزی، خواه قتل نفس فوری باشد یا جرح منتهی به آن.

<sup>۶</sup> - منظور: مواد ۸۸ و ۸۹ ق.م. مدنی است.

## سایر نکات وقف

- ❖ اگر موقوف علیهم محجور باشند، ولی یا وصی از جانب آنها قبض می کند؛
- ❖ عقد وقف باید منجز واقع بشود و بر وقف معلق اثری مترتب نیست؛
- ❖ وقف معاطاتی وجود ندارد؛
- ❖ وقف را نمی توان اقاله کرد؛
- ❖ وقف تنها عقدی است که در آن هیچ خیاری وجود ندارد، یعنی قابل فسخ نیست؛
- ❖ وقف مبتنی بر احسان است و علم اجمالی در آن کفایت می کند؛
- ❖ وقف مال غیر، فضولی بوده و منوط به تنفیذ مالک است؛
- ❖ تصرف موقوفه به عنوان تولیت: دلیل تولیت نمی باشد؛
- ❖ اگر وقف فقط برای یک نفر باشد، این دیگر وقف نیست، بلکه عقد موجد حق انتفاعی است که به صورت عمری صورت گرفته است؛
- ❖ موقوف علیهم نمی تواند حق انتفاع خود را به دیگری انتقال دهد، چون قائم به شخص است؛
- ❖ مالی که در رهن است را می توان وقف کرد، اما مال وقفی را نمی توان رهن داد؛
- ❖ وقف معلق بر موت، [وصیت بر وقف] نیز صحیح است؛
- ❖ وقف مال مشاع صحیح است؛
- ❖ شرط به سود واقف بر عهده موقوف علیهم: شرط باطل، اما وقف صحیح است؛
- ❖ تولیت متولی باید به وسیله شعبه تحقیق اداره اوقاف گواهی شود؛ رفع اختلاف با دادگاه است.

## تفاوت حبس با وقف

- ❖ در حبس با فوت مالک، مال به ورثه می رسد، اما در وقف خیر؛
- ❖ ملک محبوس از ملکیت حابس خارج نمی شود، اما در وقف فک ملک صورت می گیرد؛
- ❖ برای حبس می توان مدت تعیین کرد، اما وقف دائمی است؛
- ❖ در حبس حق انتقال وجود دارد، اما در وقف خیر.

## حقوق ارتفاق<sup>۱</sup>

- ⊖ ماده ۹۳ ق.م. حق انتفاع را تعریف کرده است که این تعریف جامع افراد می باشد اما مانع اغیار نیست؛
- یعنی تعریف ماده فوق علاوه بر حق ارتفاق، شامل عقودی مانند حق انتفاع، حق شفعه، حق عینی تبعی، مالکیت منافع و ... نیز می شود.

**ماده ۹۳: ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگری.**

### بهترین تعریف برای حق ارتفاق

- ⊖ دو مال غیرمنقول وجود دارد، مالک یکی از این دو مال، روی ملک دیگری حق دارد، این حق را، حق ارتفاق می گویند؛
- حق ارتفاق قائم به ملک است، یعنی برای کسی سودمند است که خودش مالک ملک باشد، به همین خاطر در حق ارتفاق باید دو ملک داشته باشیم.

### راه های به وجود آمدن حق ارتفاق

- ⊖ قرارداد و قانون.

### راه نخست: قرارداد

- ⊖ اولین منبع حق ارتفاق قرارداد است؛ یعنی صاحب دو ملک باهم قرارداد می بندند و به هم حق ارتفاق می دهند. (مانند حق عبور، حق مجری در شبکه و ناودان و ...) به این قرارداد، عقد موجد حق ارتفاق می گویند.
- عقد موجد حق ارتفاق می تواند معوض باشد و یا مجانی؛
- همان طور که قبلاً شرح داده شد، عقود سه دسته اند:
- الف) مجانی؛ ب) معوض؛ ج) گاهی مجانی، گاهی معوض.
- ✓ بنابراین: عقد موجد حق ارتفاق، از نوع دسته سوم (معوض و یا مجانی) است.

**ماده ۹۴: صاحبان املاک می توانند در ملک<sup>۲</sup> خود هر حقی<sup>۳</sup> را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند؛ در این صورت کیفیت استحقاق تابع قرارداد و عقدی<sup>۴</sup> است که مطابق آن حق داده شده است.**

<sup>۱</sup> - حق ارتفاق تنها در اموال غیرمنقول ذاتی متصور است.

<sup>۲</sup> - ملک در قانون دو معنا دارد: ۱. مالی که مالک دارد (مانند ماده ۲۷ ق.م). ۲. مال غیرمنقول (مانند مواد ۹۳ و ۹۴ ق.م).

<sup>۳</sup> - هر حقی: منظور حق ارتفاق است.

<sup>۴</sup> - منظور: عقد موجد حق ارتفاق.

## راه دوم: قانون [ارتفاق به حکم قانون]

❖ قانون در برخی از مواقع (خارج از اراده افراد) که موارد زیادی دارد از جمله ماده ۹۵ ق.م. به افراد حق ارتفاق داده است که به آن حق ارتفاق طبیعی می گویند؛ یعنی دو ملک به طور طبیعی، یکی بر روی دیگری حق ارتفاق دارد.

ماده ۹۵: هرگاه زمین یا خانه کسی مجرای فاضلاب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است صاحب آن خانه یا زمین نمی تواند جلوگیری از آن کند، مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود.

ماده ۹۶ ق.م. همانند ماده ۳۹ ق.م. به اماره تصرف و مالکیت تبعی مرتب است:

ماده ۹۶: چشمه واقعه در زمین کسی محکوم به ملکیت صاحب زمین است، مگر این که دیگری نسبت به آن چشمه عیناً یا انتفاعاً حقی داشته باشد.<sup>۱</sup>

ماده ۳۹: هر بنا و درخت که در روی زمین است و هم چنین هر بنا و حفری که در زیر زمین است ملک مالک آن زمین محسوب می شود، مگر این که خلاف آن ثابت شود.

## حق، اذن و اجازه

❶ با توجه به کاربرد عبارات: حق، اذن و اجازه در مواد ۹۷، ۹۸، ۱۰۸، ۱۲۴، ۶۳۵ و ۱۰۴۳ ق.م. به تفاوت های این الفاظ پرداخته می شود.

### اذن

❶ اذن: یعنی رفع مانع؛

- مثال: شخصی می خواهد وارد خانه دیگری شود، از صاحب خانه اذن می گیرد و وارد می شود؛
- ❶ اذن ایجاد حق و تعهد نمی کند؛ فقط مانع را رفع می کند.

### تفاوت اذن و حق<sup>۲</sup>

- ❶ حق قابل رجوع نیست؛ یعنی اگر به شخصی حق دادیم، نمی توانیم آن را پس بگیریم؛ اما اذن قابل رجوع است؛
- ❶ حق قابل انتقال به دیگران است؛ یعنی صاحب حق می تواند حقش را به دیگری منتقل کند، اما اذن قابل انتقال نیست؛ به عبارت دیگر: اذن قائم به شخص است؛ و اگر شخصی به تو اذن داد، تو نمی توانی اذن را به دیگری بدهی؛
- ❶ حق با فوت به ورثه می رسد؛ اما اذن چه با فوت اذن (اذن دهنده) و چه با فوت مأذون از بین می رود؛
- ❶ حق با حجر از بین نمی رود؛ کسی که حق داشته باشد و محجور بشود، حق از بین نمی رود، اما اذن با حجر از بین می رود، چه اذن اذن و چه اذن مأذون.

<sup>۱</sup> - این ماده: به اماره تصرف در بنا و درخت و هم چنین به مالکیت تبعی ارتباط دارد.

<sup>۲</sup> - منظور حق مالی است.

## اذن و ارتفاق

ماده ۹۸: اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد ولی صاحب ملک اذن داده باشد که از ملک او عبور کند هر وقت بخواهد می تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او بشود و همچنین است سایر ارتفاقات.

### رجوع از اذن در ارتفاق

➤ موانع رجوع<sup>۱</sup> از اذن ارتفاق: قانونی و قراردادی (صریح و ضمنی)؛

ماده ۱۰۸: در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض<sup>۲</sup> باشد مالک می تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند، مگر این که مانع قانونی موجود باشد.

### تفاوت اذن با اجازه

- اذن موافقت قبلی است؛ به عبارتی قبل از عمل داده می شود، اما اجازه بعد از عمل داده می شود؛ منظور از «اجازه» در ماده ۱۰۴۳ ق.م. «اذن» است که باید از قبل صورت بگیرد و نه بعد از نکاح؛
- اذن قابل رجوع است؛ اما اجازه قابل رجوع نیست. در ماده ۶۳۵ ق.م. نیز هم مانند ماده ۱۰۴۳ ق.م. به دلیل تشابه، به جای «اذن» از «اجازه» استفاده کرده است.

### حق ارتفاق طبیعی [تصرف به عنوان داشتن حق ارتفاق]

ماده ۹۷: هر گاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور<sup>۳</sup> داشته صاحب خانه یا ملک نمی تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود و همچنین است سایر حقوق از قبیل حق داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره.

### تصرف حق ارتفاق

ماده ۱۲۴: اگر از قدیم سر تیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سر تیر برداشته شود، صاحب عمارت می تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد، مگر این که ثابت نماید<sup>۴</sup> وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است.

<sup>۱</sup> - رجوع مالک: ۱. رجوع از اذن ۲. حق فسخ؛ (هر دو ایقاع است).

<sup>۲</sup> - منظور از اذن محض: همان اذن است، نه این که حق داده باشد.

<sup>۳</sup> - مرور به معنای عبور است: عبور و مرور.

<sup>۴</sup> - دلیل بیاورد. (برای مقابله با اماره). این ماده با مواد ۳۵ و ۹۷ ق.م. مرتبط است:

➤ ماده ۳۵ ق.م: تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود؛

➤ ماده ۹۷ ق.م: هر گاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته صاحب خانه یا ملک نمی تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود و هم چنین است سایر حقوق از قبیل حق داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره.



## تعریف عقد عاریه

ماده ۶۳۵: عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند.

## اجازه ولی قهری در نکاح دختر کبیر

ماده ۱۰۴۳: نکاح دختر باکره، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط و در این صورت دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.

## یادداشت:

من هرگز خسته

نمی شوم؛

به هر تعداد که لازم

باشد قدم بر می دارم.

# حقوق مدنی «۳»

## «عقود و تعهدات»

### «فهرست»

صفحه	***	عنوان
۶۵	.....	مقدمه
۶۶	.....	کلیات
۷۱	.....	اقسام عقود و معاملات
۹۴	.....	شرایط اساسی صحت معاملات
۱۲۱	.....	اثر معاملات
۱۳۲	.....	شروط ضمن عقد
۱۵۲	.....	معاملات فضولی
۱۶۷	.....	سقوط تعهدات

«این جزوه به صورت کاملاً رایگان در وبلاگ  
 (baladii.blogfa.com) و اکثر سایت ها و  
 کانال های حقوقی منتشر شده است و هیچ شخص  
 حقیقی یا حقوقی حق فروش آن را ندارد»

## مقدمه

### دو اصطلاح

#### عمل حقوقی:

- ⊖ عملی است اعتباری که اثر حقوقی دارد.
- ♣ عمل بر دو نوع است: عمل مادی و عمل حقوقی.
- ♣ **عمل مادی:** در عالم ماده، عمل مادی صورت می گیرد و اثر مادی دارد؛ مانند راه رفتن، غذا خوردن و ...
- ♣ **عمل حقوقی یا اعتباری:** در عالم حقوق، عمل حقوقی انجام می گیرد و اثر حقوقی دارد.<sup>۱</sup>
- ♣ ممکن است در ضمن عمل حقوقی، عمل مادی هم باشد، اما همه آن ها عمل حقوقی هستند.
- ♣ عمل حقوقی همیشه ارادی است، به عبارت دیگر، عمل حقوقی همیشه با خواست و اراده انجام دهنده آن است.

#### واقعه حقوقی:

- ⊖ به دو صورت است: ارادی و قهری
  - ♣ **واقعه حقوقی ارادی:** عملی مادی است که اثر حقوقی دارد؛ مانند اتلاف. مثال: شکستن عمدی شیشه همسایه یک عمل مادی است و اثر حقوقی آن جبران کردن خسارت است.
  - ♣ **واقعه حقوقی قهری:** رویدادی غیرارادی است که اثر حقوقی دارد؛ مانند فوت، تولد، حجر، تهاتر و ...
- ➡ مدنی ۳ از مواد ۱۸۳ تا ۳۰۰، «عمل حقوقی» و مدنی ۴ از ماده ۳۰۰ تا ۳۳۷ «واقعه حقوقی» است.

<sup>۱</sup> - عالم اعتباری، عالم فرض است؛ برای تنظیم روابط بین مردم ایجاد شده است.

# کلیات

## اعمال حقوقی

### عمل حقوقی:

- ⊖ عمل حقوقی همیشه ارادی است؛
- ♣ گاهی اوقات فقط با یک اراده واقع می شود: به آن ایقاع می گویند؛
- ♣ گاهی اوقات با بیش از یک اراده واقع می شود: به آن عقد می گویند.

### ایقاع<sup>۱</sup>

- ⊖ ایقاع عملی حقوقی است که فقط یک اراده در ایجاد آن دخیل است؛
- ♣ دو نوع ایقاع وجود دارد: ایقاع یک طرفه و ایقاع دو طرفه.

### ایقاع یک طرفه

- ⊖ ایقاعی که اثرش فقط به یک نفر می رسد: یعنی در مقابل آن یک نفر، شخص دیگری وجود ندارد.

### ایقاعات یک طرفه:

- ⊖ در زیر به پنج نمونه از ایقاعات یک طرفه اشاره می شود که چهار مورد اول، امروزه کاربرد پندانی ندارند.
- ♣ احیای اراضی موات: اثر حقوقی آن تملک است.
- ♣ حیات مباحات: مانند شکار و ماهیگیری که اثر حقوقی این هم تملک است.
- ♣ تحجیر: اثر حقوقی آن حق اولویت است.
- ♣ اسقاط حق تحجیر: اثر حقوقی آن، از بین رفتن حق اولویت است.
- ♣ اعراض (اسقاط حق مالکیت): اثر حقوقی اعراض، از بین رفتن حق مالکیت است.
- مثال: حیات مباحات (برای مثال شکار)، یک ایقاع یک طرفه است؛ چون اثر آن (تملک شکار) فقط به خود شکارچی می رسد.

<sup>۱</sup> - واژه «ایقاع» در قانون مدنی، فقط در ماده ۱۳۱۲ به کار رفته است:

ماده ۱۳۱۲ ق.م.ا: احکام مذکور در فوق در موارد ذیل جاری نخواهد بود: ۱. ... ۲. ... ۳. ... ۴. ... ۵. در موارد ضمان قهری و امور دیگری که داخل در عقود و ایقاعات نباشد.

## ایقاع دوطرفه

❶ ایقاعی است که اثرش به دو طرف می‌رسد<sup>۱</sup>؛ یعنی اثر این ایقاع، هم به اراده کننده می‌رسد و هم به دیگری.

## ایقاعات دوطرفه:

- ❶ اکثر ایقاعات دوطرفه هستند؛ در اینجا فقط به چند مورد پرداخته می‌شود.
- ❷ ابراء، فسخ، اخذ به شفعه، وصیت عهدی (وصایت)<sup>۲</sup>، طلاق و رجوع از اذن در ارتفاق.

## ابراء

- ❶ ابراء اسقاط حق دینی [طلب] است،<sup>۳</sup> یعنی طلبکار از طلب خود صرف نظر می‌کند؛
- ❷ از آنجایی که ابراء فقط به اراده طلبکار صورت می‌گیرد ایقاع است و چون اثر این انصراف هم به طلبکار و هم به بدهکار می‌رسد، ایقاع دوطرفه می‌گویند؛
- ❸ اثر حقوقی ابراء؛ بری شدن بدهکار است.<sup>۴</sup>

## فسخ

- ❶ «فسخ» ایقاع است نه «حق فسخ»؛
- ❷ وقتی شخصی<sup>۵</sup> «حق فسخ» داشته باشد و آن حق را اعمال کند، به این اعمال حق، «فسخ» می‌گویند؛ به عبارت دیگر، ابتدا «حق فسخ» به وجود می‌آید و زمانی که صاحب حق، آن را اعمال کرد، به آن «فسخ» می‌گویند؛
- ❸ «فسخ» ایقاع دوطرفه است و اثر حقوقی آن، به هم خوردن (انحلال) معامله است.
- ❹ در عالم ثبوت، به هر طریقی که بخواهیم می‌توانیم فسخ کنیم: شفاهی، اظهارنامه و... و الزاماً نیازی به دادخواست و دادگاه ندارد. منتها باید طوری فسخ کرد که بعداً بتوان آن را ثابت کرد.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> - دقت شود: ایقاع به هر شکلی که باشد: (دوطرفه یا یک طرفه)، فقط با یک اراده ایجاد می‌شود.

<sup>۲</sup> - دقت شود: وصیت عهدی ایقاع است، اما وصیت تملیکی، عقد است.

<sup>۳</sup> - ابراء ویژه سقوط حق دینی است نه حق عینی که با اعراض ساقط می‌شوند. دکتر کاتوزیان: حاشیه شماره ۵ ذیل ماده ۲۸۹ ق.م.

<sup>۴</sup> - ماده ۲۸۹ ق.م: ابراء عبارت از این است که داین از حق [دینی] خود به اختیار صرف نظر کند.

<sup>۵</sup> - یک شخص = یک اراده

<sup>۶</sup> - ماده ۴۴۹ ق.م: فسخ [اعمال حق فسخ] به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود.

## اخذ به شفعه

- ⊖ «اخذ به شفعه» ایقاع است نه «حق شفعه»؛<sup>۱</sup>
- ♣ یعنی ابتدا حق شفعه به وجود می آید و زمانی که صاحب حق (شفیع)، حق خود را اعمال کرد، اخذ به شفعه روی می دهد.
- ♣ «اخذ به شفعه» ایقاع است، یعنی فقط به اراده شفیع صورت می گیرد و دوطرفه است؛ چون اثر آن به شفیع و خریدار بر می گردد. اثر حقوقی «اخذ به شفعه» تملک است.<sup>۲</sup>

## وصیت عهدی (وصایت)

- ⊖ شخصی وصیت می کند که بعد از مرگ او، شخص معینی، اعمال خاصی را برای او انجام دهد.
- ♣ به شخصی که وصیت می کند، موصی و به شخص تعیین شده از جانب موصی، وصی می گویند.
- ♣ در وصایت، قبول وصی شرط نیست.<sup>۳</sup> پس وصیت عهدی، ایقاع است و به محض وصیت و فوت موصی، وصی باید به تکالیف خود عمل کند. حتی اگر از این موضوع بی خبر باشد.<sup>۴</sup>
- ♣ اما مادام که موصی زنده است، وصی می تواند وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی، وصایت را رد نکند، بعد از آن هم نمی تواند رد کند. ایقاعی که تا زمان زنده بودن اراده کننده آن، قابل رد می باشد.
- ♣ اثر حقوقی وصیت عهدی، ایجاد تعهد بر عهده وصی است؛ و اگر وصی به تعهدات خود عمل نکند، ضامن جبران خسارات است و برکنار می شود.<sup>۵</sup>

## طلاق

- ⊖ طلاق به اراده مرد واقع می شود، از این رو طلاق ایقاع است؛
- ♣ به این دلیل که اثر طلاق، به هر دو نفر (زن و شوهر) می رسد ایقاع دوطرفه است.

<sup>۱</sup> - مانند بحث فسخ و حق فسخ.

<sup>۲</sup> - ماده ۸۰۸ ق.م: هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند.

<sup>۳</sup> - هر کجا که قبولی، شرط شده باشد، عقد و هر کجا که قبولی، شرط نشده باشد، ایقاع است.

<sup>۴</sup> - وصیت عهدی با اراده یک نفر (موصی) صورت می گیرد، اما اثر آن به دو نفر می رسد. موصی و وصی (ایقاع دوطرفه).

<sup>۵</sup> - مواد مرتبط:

- \* ماده ۸۳۴ ق.م: در وصیت عهدی قبول شرط نیست، لیکن وصی می تواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند؛ و اگر قبل از فوت موصی رد نکند، بعد از آن حق رد ندارد اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد.
- \* ماده ۸۵۹ ق.م: وصی باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند والا ضامن و منعزل است [حکم تاسیسی].

## اصطلاح «طلاق توافقی»

✍ برای طلاق: یا مرد به تنهایی به دادگاه می رود یا زن به تنهایی و یا هر دو باهم. وقتی هر دو باهم به دادگاه بروند طلاق توافقی می گویند.

➡ به کار بردن اصطلاح «طلاق توافقی» صحیح نیست؛ زیرا این توافق فقط برای رفتن به دادگاه است؛ و طلاق واقعی در دادگاه انجام نمی شود؛ و از آنجایی که طلاق نهایی در دفترخانه طلاق و به اراده مرد صورت می گیرد، توافق مزبور به طلاق نمی خورد و اصطلاح طلاق توافقی نادرست است.

✓ آخر کلام این که: طلاق فقط به اراده مرد صورت می گیرد و ایقاع دوطرفه است.<sup>۱</sup>

## توجه:

➡ ایقاعات دوطرفه بسیار زیاد هستند؛<sup>۲</sup> موارد فوق به علت اهمیت بالای آنها شرح داده شد.

## عقد

⊖ عقد، قرارداد و معامله، مترادف هستند؛ یعنی به یک معنی به کار می روند.

## تعریف عقد:

❖ بهترین تعریف، از زبان حقوقدانان: عقد، عبارت است از: توافق دو یا چند اراده به منظور ایجاد اثر حقوقی.

⊖ تعریف عقد در قانون مدنی در ماده ۱۸۳ آمده است که ایراداتی بر آن وارد است [جامع افراد نیست]:

ماده ۱۸۳: عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر<sup>۳</sup> در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.

## ایراد نخست:

➡ این ماده فقط عقد عهدی را تعریف کرده است و شامل عقود اذنی و تملیکی نمی شود.

## ایراد دوم:

➡ این تعریف شامل عقود معوض نمی شود. ماده این طور می گوید: یک طرف تعهد می کند و طرف دیگر قبول؛

➡ اگر قرار است شامل عقود معوض بشود، باید هر دو تعهد کنند، یا هر دو عوض بدهند.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۱۳۳ ق.م. مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه با دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.

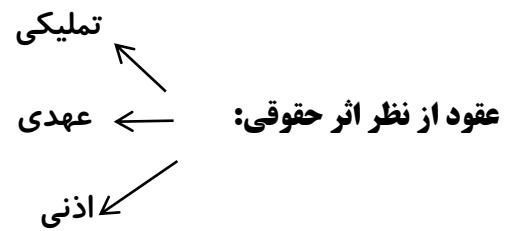
تبصره: زن نیز می تواند با وجود شرایط مقرر در مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ این قانون، از دادگاه تقاضای طلاق نماید.

<sup>۲</sup> - مانند رجوع از اذن در ارتفاق (ماده ۱۰۸ ق.م.) و ...

<sup>۳</sup> - ماده ۵۸۸ قانون تجارت: شخص حقوقی می تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قایل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت - نبوت و امثال ذالک.

## اثر حقوقی

- ⊖ اثر حقوقی بعضی از عقود، انتقال مالکیت است که به آنها عقد تملیکی می گویند؛
- تملیک یعنی انتقال مالکیت از یک طرف به طرف دیگر؛ مانند عقد بیع، عقد هبه و ...
- ⊖ اثر حقوقی برخی دیگر از عقود، تعهد است. به این عقود، عقد عهدی می گویند؛ مانند عقد جعاله، ضمان و ...
- ⊖ اثر برخی دیگر از عقود، اذن است و ایجاد حق و تعهد نمی کند؛ مانند عقد عاریه، وکالت و ...





# فصل اول

## «اقسام عقود و معاملات»

### تقسیم بندی عقود

ماده ۱۸۴ ق.م. فقط به دو نوع تقسیم بندی اشاره کرده است که ما آن را کامل می کنیم:

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

### عقود به انواع زیر تقسیم بندی می شوند:

• لازم، جایز و خیار؛

• منجز و معلق؛

• رضایی، تشریفاتی و عینی؛

• معوض و مجانی؛

• مطلق و مشروط؛

• الحاقی [تحمیلی] و غیر الحاقی [غیر تحمیلی و با مذاکرات]؛

• معین [بانام] و نامعین [بی نام]؛

• تملیکی و عهدی؛

• جمعی و فردی؛

• عقود امانی و غیر امانی؛

• عقود مدت دار و بدون مدت.

## تقسیم نخست عقود: لازم، جایز و خیاری

### عقد لازم

⊖ عقد لازم یعنی لازم الوفا و فسخ آن نیاز به استناد دارد؛ استناد به یکی از اختیارات؛

ماده ۱۸۵: عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه.

⊕ علت لزوم: برای استحکام و استقرار و دوام عقود، نیاز است که برخی عقود لازم باشند.

### انحلال عقد لازم

⊖ عقد لازم عقدی است که اصولاً غیر قابل فسخ است؛ یعنی وقتی منعقد شد، هیچ یک از طرفین

نمی توانند آن را فسخ کنند. اصولاً که گفته می شود، یعنی در آن استثناء [اسباب انحلال] وجود دارد.

### عقد لازم با سه عنوان منحل می شود:

➤ فسخ [به اراده یک طرف]، اقاله یا تفاسخ [به اراده و توافق دو طرف]، انفساخ [به اراده قانون].

### فسخ

⊖ تا زمانی که امکان استناد [با وجود شرایط] به یکی از اختیارات<sup>۱</sup> وجود نداشته باشد، عقد لازم را نمی توان فسخ

کرد.<sup>۲</sup>

### تفاسخ<sup>۳</sup>

⊖ عقود لازم اصولاً قابل اقاله هستند و نه لزوماً؛ توافق طرفین در انحلال عقد لازم؛

➤ عقود جایز نیز قابل اقاله هست، اما نیازی به این کار نیست، چون هر کدام هر وقت که بخواهند

می توانند فسخ کنند؛ و نیازی به توافق نیست؛

### عدم امکان اقاله:

➤ سه مورد از عقود لازم، قابل اقاله نیست: نکاح، وقف و ضمان نقل ذمه.

<sup>۱</sup> - رک. جزوه مدنی «۶».

<sup>۲</sup> - فسخ ایقاع است؛ در عقود جایز نیاز به استناد ندارد و در عقود لازم با توجه به اختیارات به دست می آید و تا زمانی که حق فسخ اعمال نشود عقد [لازم و یا جایز] پابرجا است و لازم الوفا.

<sup>۳</sup> - تفاسخ یا اقاله، در اصطلاح عقدی است که موضوع آن انهدام عقد اول به طور کل یا بعض می باشد و در آن رضایت و توافق به همراه اراده طرفین، شرط لازم است.

## علت عدم قابلیت اقاله نکاح

زیرا اسباب انحلال نکاح عبارت‌اند از: طلاق، لعان و موت.

## علت عدم قابلیت اقاله وقف

چون اقاله با فلسفه و هدف غایی وقف منافات دارد: وقف اخراج مال از ملکیت مالک به‌طور دائم است. وقف فک ملک [حبس عین] است به‌طور دائم و مبتنی بر خیرخواهی و غیر خواهی است؛ و علت بطلان آن در مورد وقف بر نفس نیز هم همین نکته است.

## علت عدم قابلیت اقاله ضمان نقل

چون بعد از ضمان نقل، مضمون‌عنه بری می‌شود و وی مانند شخص ثالثی است که در رابطه با دائن و مدیون بی‌طرف می‌شود و ضامن مدیون می‌گردد: که اقاله کردن آن خلاف اصل نسبی بودن قراردادها است؛

این ممانعت برای این است که نمی‌توان ثالثی را مدیون قرار داد؛

اما در ضمان ضم ذمه می‌توان اقاله کرد؛ چون مدیون اصلی بری نشده و مدیون هم مانند ضامن یک پشتوانه برای دین دائن است و با اقاله همچنان مدیون اصلی در مقابل دائن قرار دارد. [توجه: در قانون مدنی اصل بر ضمان نقل است].

## انفساخ

عقود لازم قابل انفساخ [منفسخ شدن] هستند: زوال عقد به حکم قانون؛

هر انفساخی قهری است؛ البته انفساخ هم در عقود لازم و هم در عقود جایز [اذنی و غیر اذنی] پیش می‌آید؛

مثال: در ودیعه [عقد جایز اذنی]: با موت احد طرفین، عقد منفسخ می‌شود. در عقود جایز غیر اذنی: در وصیت تلف قهری عین بعد از مرگ موصی و قبل از این که به دست موصی‌له برسد، وصیت منفسخ می‌شود؛ و در عقود لازم تلف مبیع قبل از قبض.<sup>۱</sup>

## نکته:

خود انفساخ قهری است، اما دو منشأ می‌تواند داشته باشد؛

منشأ قهری: مانند تلف مبیع قبل از قبض [ماده ۳۸۷ ق.م.].

<sup>۱</sup> - ماده ۳۸۷ ق.م: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

➤ **منشأ ارادی:** مانند این که در وکالت، خانه‌ای که مورد وکالت در فروش است، خود موکل بفروشد [در این صورت وکالت منفسخ می‌شود]. یا در عقدی شرط فاسخ بگذاریم: [در این صورت بعد از حصول شرط فاسخ، عقد خودبه‌خود و به‌صورت قهری منفسخ است].

## شرط فاسخ

⊖ شرط فاسخ، یعنی درج شرطی در عقد که اگر آن شرط حاصل شود، عقد منفسخ است.  
✍ هنگامی که شرط فاسخ می‌گذاریم، این حق را هم داریم که به‌جای آن شرط فسخ بگذاریم، اما بعد از حصول شرط باید حق فسخ خود را اعمال کنیم؛ پس بهتر است شرط فاسخ درج شود تا شرط حق فسخ؛ چون شرط فاسخ نیازی به اعمال ندارد و بعد از حصول شرط عقد خودبه‌خود منفسخ است.

## نکته:

➤ در وقف و نکاح نمی‌توان شرط فاسخ گذاشت.

## بطلان

➤ بطلان را نمی‌توان از عوامل انحلال دانست: چون بر بطلان اثری وجود ندارد؛ و عقد باطل عقدی است که از ابتدا به وجود نیامده است و اسباب انحلال فقط مربوط به عقود صحیح است؛  
➤ بنابراین انحلال مختص عقودی است که صحیح واقع شده است.

## عقد جایز

⊖ عقدی است که اصولاً قابل فسخ است؛ یعنی هر یک از طرفین، هر وقت که بخواهد می‌تواند عقد را بدون نیاز به ارائه دلیل بر هم بزند (فسخ کند)؛ مانند وکالت.

**ماده ۱۸۶:** عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند.<sup>۱</sup>

⊕ فسخ عقود جایز نیازی به استدلال و استناد به اختیارات ندارد؛  
⊕ دقت شود که تا زمانی که عقد فسخ نشده است [از جانب هر یک از طرفین] لازم‌الوفا است و باید تعهد خود را انجام دهند، مگر این که فسخ کرده باشند؛  
⊕ علت جایز بودن برخی از عقود این است که مصلحت طرفین رعایت شود.

## ۱- مواد مرتبط:

\* ماده ۶۷۹ ق.م. موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند [وکیل هم می‌تواند هر وقت بخواهد استعفا بدهد]، مگر این که وکالت وکیل با عدم عزل [و یا عدم استعفا] در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد؛  
\* ماده ۱۰۳۵ ق.م. وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند، اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخت شده باشد. بنابراین، هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید.

## انواع عقد جایز

🔴 عقود جایز به دو گروه: اذنی و غیراذنی تقسیم می‌شوند.

### عقد جایز اذنی

- 🔴 در عقود جایز اذنی، همان اهلیتی که برای انعقاد عقد لازم بوده، همان اهلیت برای پایداری عقد لازم است؛
- 🔴 یعنی استمرار اهلیت انعقاد برای بقای آن هم لازم است؛
- 🔴 بنابراین اگر بعد از انعقاد عقد جایز اذنی یکی از طرفین بمیرد یا مجنون شود، عقد منفسخ می‌شود؛
- 🔴 اما در عقود جایز غیر اذنی و عقود لازم چنین وضعیتی نداریم؛
- 🔴 علت نام‌گذاری عقود اذنی: برای این که مبنای تصرف یک طرف، اذن طرف دیگر است: مالک و یا طرف معامله.

### مبنای عقود اذنی:

- 🔴 مبنای همه عقود اذنی «وکالت» است؛
- 🔴 علت منفسخ شدن بعد از مرگ: این است که وقتی موکل بمیرد اذنش فاسد می‌شود [چون اذن ایجاد حق نمی‌کند] و مالش به وارث می‌رسد؛ و چون وکیل سمتش را از موکل گرفته بود و دیگر از طرف وراثت سمتی ندارد و کالتش منفسخ می‌شود؛ و در مورد موت وکیل: چون شخصیت او ملاک بوده و دیگر وجود ندارد؛
- 🔴 در عقد ودیعه شخصیت مستودع موردنظر است؛ مال را به هر کسی ودیعه نمی‌دهند: پس اگر مستودع بمیرد، عقد ودیعه منفسخ می‌شود.

### عقد جایز غیر اذنی

- 🔴 در عقود جایز غیر اذنی [مانند عقود لازم] بعد از انعقاد اگر یکی از طرفین بمیرد و یا مجنون شود عقد لطمه‌ای نمی‌بیند: مانند هبه و وصیت که بلعکس بعد از فوت تأثیرشان قوت می‌گیرد.

### تفاوت رجوع با فسخ

- 🔴 برای عقود جایز اذنی و عقود دووجهی و عقود لازم [درجایی که بتوان فسخ کرد] کلمه «فسخ» را بکار می‌بریم؛ اما در عقود جایز غیر اذنی به جای کلمه فسخ، کلمه «رجوع» را بکار می‌بریم؛ مانند واهب از هبه رجوع کرد - موصی از وصیت رجوع کرد؛

- رجوع معادل فسخ است و اثر یکسانی با آن دارد، با این تفاوت که: رجوع قائم به شخص است اما فسخ در عقود لازم به ارث می رسد، فسخ فقط مخصوص عقود است اما رجوع هم در عقود است و هم در ایقاعات؛
- عقود جایز اذنی: مضاربه، شرکت، ودیعه، عاریه، وکالت؛
- عقود جایز غیراذنی: هبه و وصیت؛
- همه عقود اذنی جایزند اما همه عقود جایز اذنی نیستند. رابطه «عموم و خصوص مطلق»؛
- تفاوت جایز اذنی و غیراذنی در این است که فقط جایز اذنی با فوت و حجر به هم می خورند.

### تأثیر سغه در عقود

- ❁ شخص سفیه عقل معاش خود را از دست داده است و ارزش اموال را نمی داند؛ رشد او از بین رفته است؛
- ❁ سفیه فقط در امور مالی اختیارش را از دست داده است؛
- ❁ سفاهت در عقود لازمی که قبلاً [زمان سلامت] منعقد کرده تأثیری ندارد؛ اما در عقود جایز اذنی، اگر موضوع مالی باشد، عقد با سفاهت از بین می رود؛ اما اگر موضوع غیرمالی باشد با سغه به عقد خللی وارد نمی آید؛
- ❁ مانند وکالت: اگر فروش مال باشد، هر کدام از طرفین که سفیه بشود عقد منفسخ می شود؛ و اگر وکالت در انتخاب همسر باشد، چون موضوع غیرمالی است، در صورت سفاهت هر کدام، عقد وکالت باقی است.<sup>۱</sup>

### عقد جایز ضمن عقد لازم

- ✍ عقد جایز را می توان در ضمن عقد لازم، شرط کرد؛ در این صورت، نمی توان آن را بر هم زد؛
- با این وجود، باز هم عقد جایز به فوت و حجر هر یک از طرفین به هم می خورد؛ یعنی کاملاً مانند عقد لازم نمی شود.
- ✍ نتیجه: عقود جایزی که با فوت و حجر به هم می خورند [اذنی]، در هر حال به هم می خورند. چه ضمن عقد لازم و چه جداگانه منعقد شوند؛ اما اگر عقد لازمی ضمن عقد جایز منعقد شود، جایز نمی شود. به عبارتی هیچ اتفاقی نمی افتد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۹۵۴ ق.م. کلیه عقود جایزه [اذنی] به موت [و جنون] احد طرفین منفسخ می شود و هم چنین به سغه در مواردی که رشد معتبر است.

<sup>۲</sup> - اگر عقد لازمی که ضمن آن عقد جایز منعقد شده باشد، منحل شود، عقد جایز، چون شرط ضمن عقد آن عقد لازم است، از بین می رود!

## اصل لزوم

- ⊖ تکلیف بسیاری از عقود از لحاظ لازم یا جایز بودن در قانون مدنی مشخص شده است. مثلاً: قانون، بیع را لازم و مضاربه را جایز دانسته و ...
- ➔ اما در مورد برخی از عقود مهم مانند نکاح، اجاره، قرض و ... قانون ساکت است؛ و برای رفع این تکلیف باید به اصل رجوع کرد. ماده ۲۱۹ ق.م. اصل را بر لزوم عقود دانسته است.<sup>۱</sup>

## عقود دوجهی

- ⊖ عقودی وجود دارد که فقط نسبت به یک طرف لازم هستند و نسبت به طرف دیگر جایزند.
- ماده ۱۸۷: عقد ممکن است به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز.
- ⊕ عقود دوجهی از حیث احکام مشمول عقود لازم هستند؛ چون اصل بر لزوم عقود است.

## علت دوجهی بودن

- ➔ این عقود، برای یک طرف ایجاد حق و برای طرف دیگر ایجاد تکلیف، تعهد و التزام می کنند؛ که فقط نسبت به طرفی که برای او ایجاد حق می کند، جایز هستند؛
- ➔ زیرا هر صاحب حقی می تواند از حق خود بگذرد؛ اما طرف مقابل که بر عهده او تکلیف و التزام است، نمی تواند از الزام خود بگذرد؛ زیرا الزام از طرف شخص ملزم، قابل گذشت نیست.

## مثال نفیست: عقد رهن

- ♣ رهن به نفع طلبکار است و برای او ایجاد حق [حق عینی تبعی] می کند. از این رو صاحب حق (طلبکار) هر وقت بخواهد، می تواند از حق خود رجوع کند؛ اما بدهکار نمی تواند....
- ♣ پس رهن نسبت به مرتهن (طلبکار) جایز و نسبت به راهن (بدهکار) لازم است.<sup>۲</sup>

## مثال دوم: عقد کفالت

- ♣ کفالت هم مانند رهن، به نفع طلبکار است. عقد کفالت بین طلبکار و کفیل منعقد می شود. در این عقد کفیل متعهد می شود که اگر بدهکار به هر نحوی از انجام تعهد خود امتناع کرد و یا بدهی خود را پرداخت، مسئول حاضر کردن او بشود و یا بدهی او را پرداخت کند.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۱۹ ق.م. عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن ها لازم الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

<sup>۲</sup> - ماده ۷۸۷ ق.م. عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین، مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی راهن نمی تواند، قبل از این که دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود، رهن را مسترد دارد.

♣ چون کفالت فقط برای طلبکار ایجاد حق می کند، بنابراین او می تواند از حق خود گذشت نماید و کفیل را بری نماید؛ اما کفیل نمی تواند ...<sup>۱</sup>

## عقد خیاری

Ⓢ عقد خیاری یک نوع عقد لازم است؛ و بهتر بود قانون گذار عقد خیاری را در ضمن عقود لازم ذکر می کرد.

ماده ۱۸۸: عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ [خیار شرط] باشد.

### خیار شرط و عقد خیاری

- ♣ خیار، اختیار فسخ معامله است؛ خیارات عناوینی هستند که در قانون پیش بینی شده و به استناد آنها می توان عقد لازم را فسخ کرد؛ [یعنی حق فسخ عقد لازم] خیارات: عیب، غبن، تدلیس و ...
- ♣ در قانون مدنی ۱۲ نوع خیار وجود دارد که اکنون فقط با یک نوع آن، یعنی خیار شرط [خیاری که منشأ آن اراده طرفین است]، سر و کار داریم. به عقودی که در آنها از مابقی خیارات موجود باشد، عقد خیاری نمی گویند.<sup>۲</sup>
- ♣ **عقد خیاری:** عقد لازمی است که در آن خیار شرط (فقط خیار شرط) باشد؛
- ♣ در نتیجه عقدی که در آن خیار دیگری وجود دارد، عقد خیاری نمی گویند.
- ♣ **مثال:** شخصی یک دست لباس می خرد و با فروشنده شرط می کند که تا یک روز اگر از خرید لباس پشیمان شد [مورد پسند واقع نشد] بتواند آن را پس بدهد. این یک عقد خیاری است و در طول این یک روز مشروط، اگر خریدار پشیمان شد می تواند فسخ کند و ثمن خود را بگیرد اما پس از مهلت یک روزه حق فسخ از بین می رود.

### خیارات و خیار شرط<sup>۳</sup>

- ✍ منشأ خیارات می تواند دو چیز باشد: اراده طرفین [ماده ۱۸۸] و حکم قانون [خیارات مصرح در قانون]؛
- ✍ خیاری که منشأ آن اراده طرفین است یک مورد است: خیار شرط - مابقی خیارات ناشی از حکم قانون هستند.
- ✍ خیار شرط را سه شخص می توانند داشته باشند؛ یعنی به نفع سه شخص می توان خیار شرط گذاشت: طرفین و ثالث؛
- ✍ خیار شرط تابع توافق است؛ و اگر در عقدی خیار شرط گنجانده نشود، آن معامله خیار شرط ندارد؛<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۷۴۶ ق.م. در موارد ذیل کفیل بری می شود: ۱. ... ۲. ... ۳. ... ۴. در صورتی که مکفول له کفیل را بری نماید؛ ۵. ... ۶. ...

<sup>۲</sup> - ماده ۳۹۹ ق.م. در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد.

<sup>۳</sup> - توجه: خیارات فقط در عقود لازم می توانند وجود داشته باشند؛ در عقود جایز [که به راحتی می توان آن را فسخ کرد] خیارات وجود ندارند [نیازی به وجود خیار نیست].

<sup>۴</sup> - شرط خیار فعل طرفین است؛ حاصل شرط خیار، خیار شرط است.



- ☞ مابقی اختیارات [اختیارات ناشی از حکم قانون] نیازی به شرط کردن ندارند و برای آن که به وجود بیایند، کافی است زمینه آن اختیار در آن عقد وجود داشته باشد؛<sup>۱</sup>
- ☞ اگر در عقد لازمی اختیار شرط گنجانده نشود و زمینه هیچ یک از مابقی اختیارات هم در آن نباشد؛ آن عقد قابل فسخ نیست؛ اما راه انحلال آن عقد از طریق اقاله هم چنان باقی است...<sup>۲</sup>

## تقسیم دوم عقود: منجز و معلق

### عقد منجز

- ⊖ عقدی است که پس از توافق [ایجاب و قبول]، اثر آن می آید. مثلاً در بیع ساده و بدون شرط: بلافاصله و بعد از ایجاب و قبول، تملیک حاصل می شود؛
- به عبارت دیگر: در عقد منجز تلاقی اراده های طرفین علت تامه عقد می باشد و آثار آن به محض وقوع به وجود می آید.

### عقد معلق

- ⊖ عقدی است که پس از توافق [ایجاب و قبول]، اثر آن محقق نمی شود. به عبارتی: توافق صورت می گیرد و عقد هم منعقد می شود اما اثر آن منوط به یک حادثه است و بلافاصله محقق نمی شود؛
- مفهوم مخالف ماده ۱۸۹ ق.م: عقدی که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد معلق است.

ماده ۱۸۹: عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود.

- ⊕ تأثیر آن بر حسب انشاء یعنی: به محض توافق طرفین، عقد منعقد می شود و فقط اثر آن معلق می ماند و اثر پس از حصول معلق علیه به وجود می آید.

### نکات عقد معلق

- ⊖ در عقد معلق: خود عقد معلق نیست، اثر آن معلق است؛ و آن حادثه ای را که اثر عقد منوط به آن است «معلق علیه» می گویند.
- مثال: شخصی با فرزند خود قرارداد می بندد: اگر فرزند در کنکور قبول بشود، یک دستگاه آپارتمان [معین]<sup>۳</sup> به او هبه کند.
- ✓ در مثال ما: معلق علیه «قبولی در کنکور» است.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۵۶ ق.م: تمام انواع اختیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر اختیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است.

<sup>۲</sup> - برای اطلاعات بیشتر رک. جزوه مدنی «۶».

<sup>۳</sup> - آپارتمان مال قیمی است؛ مال قیمی را فقط می توان به صورت عین معین فروخت وگرنه باطل است. رک. ماده ۹۵۰ ق.م.

## خصوصیات «معلق علیه»

معلق علیه باید خصوصیات مهم زیر را باهم دارا باشد تا عقد معلق باشد؛ اگر یکی از این خصوصیت ها را نداشته نباشد عقد معلق نیست؛

### معلق علیه باید یک حادثه خارجی باشد [از ارکان اصلی عقد نباشد]؛

یعنی معلق علیه خارج از عقد و شرایط صحت عقد باشد.

- در مثال فوق، قبولی در کنکور یک حادثه خارجی است و جزء شرایط صحت عقد نیست؛
  - اگر مثال این طور باشد: خانام را به شما می فروشم، به شرطی که اهلیت داشته باشم؛ در این مثال: اولاً معلق علیه خارجی نیست، چون اهلیت جزء شرایط و ارکان صحت عقد است و ثانیاً همین الآن تکلیف روشن است؛ یا من اهلیت دارم و یا ندارم.
- در واقع اگر معلق علیه جزء شرایط صحت عقد باشد، وضعیت معلوم است و از این دو حالت خارج نیست: یا معلق علیه موجود است که دیگر عقد معلق نیست و یا موجود نیست که کلاً عقد بدون ارکان و شرایط صحت، منعقد نمی شود.

✓ در نتیجه: موقعی عقد معلق است که تکلیف روشن نباشد و معلق علیه هم از شرایط صحت عقد نباشد.

### معلق علیه باید آینده باشد [یعنی در آینده باید اتفاق بیافتد]؛

چون اگر مربوط به زمان حال و یا گذشته باشد، وضعیت آن معلوم است و عقد دیگر معلق نیست. قبولی در کنکور [معلق علیه] باید مربوط به کنکوری باشد که هنوز آزمون آن برگزار نشده باشد [یعنی آینده برگزار شود].

### معلق علیه باید احتمالی و نامعلوم باشد؛

یعنی هم امکان وقوع و هم عدم امکان وقوع، در آن وجود داشته باشد و از نتیجه آن مطمئن نباشیم.

### معلق علیه محال نباشد؛

معلق علیه باید علاوه بر حتمی نبودن، محال نیز نباشد. چون اگر محال باشد باز هم تکلیف روشن است و عقد معلق نیست.

- «قبولی در کنکور» یک امر محتمل است؛ نه محال و نه حتمی، حتی اگر داوطلب ضعیف و یا مسلط و آماده باشد.
- مثال برای «معلق علیه حتمی»: [با فرض این که الآن بهمن ماه هستیم]، خانام را به شما فروختم اگر تا دو ماه دیگر بهار بیاید؛ این را عقد مؤجل گویند نه معلق؛ زیرا تکلیف روشن است و محتمل نیست.
- مثال برای «معلق علیه محال»: [با فرض این که الآن بهمن ماه هستیم]، خانام را به شما فروختم اگر تا دو ماه دیگر پاییز بیاید؛ در این مثال باز هم تکلیف روشن است، منتها این عقد کلاً باطل است، چون وقوع حادثه مورد نظر محال است.

## تعليق در چه عقد يا ايقاعی جايز نمی باشد؟

⊗ فقها عقد معلق را باطل می دانند و یکی از شرایط صحت عقد را منجز بودن [تنجیز] آن می دانند. باین حال، قانون مدنی به جز در دو عقد [ضمان و نکاح] و یک ايقاع [طلاق] این نظر را نپذیرفته است.<sup>۱</sup>

### بطلان ضمان معلق:

⊖ تعليق در ضمان دو قسم است:

#### تعليق در ضمان نقل ذمه:

- طبق بند یک ماده ۶۹۹ ق.م. تعليق در ضمان نقل ذمه باطل است؛ یعنی ضمان نقل ذمه معلق باطل است.<sup>۲</sup>
- اما طبق بند ۲ ماده ۶۹۹ ق.م. در ضمان نقل ذمه ضامن می تواند بعد از انتقال دین، التزام خود را به تأدیه معلق کند.

✍ **مثال:** ضامن به طلبکار می گوید: من ضامن هستم [معلق نیست] و طلبکار هم قبول می کند [پس عقد ضمان منعقد شد] و دین به ضامن منتقل می شود، حال ضامن از طلبکار یک فرصت طلب می کند و می گوید ابتدا سراغ مدیون اصلی [که هنگام انعقاد ضمان بری شده است] برو، اگر پرداخت نکرد، من پرداخت می کنم. در این فرض هم چنان ضامن مدیون است، اما طلبکار با این کار [سراغ مدیون اولی رفتن] تنها یک فرصت به او [ضامن] داده است. (البته ناگفته نماند که در مثال ما، مدیون اصلی [مدیون اولی] که با ضمان بری شده است دیگر تکلیفی به پرداخت دین مزبور ندارد چون ضمان نقل ذمه بوده و هنگام عقد بری شده است. فقط به خاطر مصلحت به او رجوع می کنند).

#### تعليق در ضمان ضم ذمه:

- طبق ماده ۷۲۳ ق.م. این نوع ضمان باطل نیست.<sup>۳</sup>

### بطلان نکاح معلق:

➡ ماده ۱۰۶۸ ق.م. تعليق در عقد [نکاح] موجب بطلان است.

### بطلان طلاق معلق:

➡ ماده ۱۱۳۵ ق.م. طلاق باید منجر باشد و طلاق معلق به شرط باطل است.

<sup>۱</sup> - عقد وقف باید منجز واقع بشود و بر وقف معلق اثری مترتب نیست. - به نظر می رسد در صورت تعليق وقف تا حصول معلق علیه، ایجاب و قبول باقی می ماند!

<sup>۲</sup> - ماده ۶۹۹ ق.م. تعليق در ضمان [نقل ذمه] مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است؛ ولی التزام به تادیه ممکن است معلق باشد.

<sup>۳</sup> - ماده ۷۲۳ ق.م. ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تادیه دین دیگری ملتزم شود. [یعنی ضم ذمه] در این صورت تعليق به التزام مبطل نیست: مثل این که کسی التزام [ضم ذمه] خود را به تادیه دین مدیون معلق به عدم تادیه او [مدیون] نماید.

## حصول آثار عقد معلق

- ⊖ اثر عقد معلق از تاریخ حصول معلق علیه است؛<sup>۱</sup> اما می توان خلاف آن توافق کرد: چون امری نیست؛
- ⊖ به عبارتی: قاعده بر این است که بعد از حصول معلق علیه، آثار عقد نمایان می شود؛
- ➔ در مثال «قبولی در کنکور» به محض قبولی، مالکیت آپارتمان به فرزند منتقل می شود. مگر این که طرفین تاریخ دیگری [زمان انعقاد یا زمان طولانی تری] را برای آثار عقد معین کنند.<sup>۲</sup>
- ✓ پس اگر در مثال ما، شرط بر مالکیت از حین انعقاد عقد می شد، بعد از قبولی، فرزند می تواند اجرت المثل مدتی که مالک بوده [مدت تعلیق] و آپارتمان به او نرسیده بود را طلب کند.<sup>۳</sup>

### نکته:

- شرط تعلیق در صورتی درست است که: نامشروع، غیرممکن و مخالف با مقتضای عقد نباشد و اثر عقد را هم منوط به اراده متعهد نکند.<sup>۴</sup>
- ۱. نامشروع نباشد؛
- ۲. غیرممکن نباشد؛
- ۳. با مقتضای عقد مخالف نباشد؛
- ۴. اثر عقد را منوط به اراده متعهد نکند.

## چند اصطلاح

### شرط فاسخ، شرط فاسخ معلق و شرط انفساخ

- ⊖ شرط فاسخ قبلاً شرح داده شد، اما به دلیل ارتباط داشتن با مبحث، در اینجا تکرار شده است؛
- ⊖ اصطلاحات فوق همه به یک معنی هستند؛
- ⊖ شرط فاسخ این است که عقدی به طور منجز منعقد می شود [یعنی آثارش می آید] اما در آن شرطی گنجانده می شود که اگر تا تاریخ معینی، فلان حادثه رخ بدهد، عقد به هم می خورد. [دقیقاً عکس عقد معلق]<sup>۵</sup> که به این شرط، شرط فاسخ یا شرط فاسخ معلق یا شرط انفساخ می گویند.
- ➔ مثال: تأخیر در پرداخت اجاره بها سبب انحلال عقد اجاره بشود.

<sup>۱</sup> - اگر متعهد قبل از تحقق معلق علیه، مفاد عقد را اجرا کند، مطابق ماده ۳۰۲ ق.م. ایفای ناروا می باشد و مستحق استرداد آن است.

<sup>۲</sup> - تحقق شرط در آینده موثر است و اثر عقد در گذشته به وجود نمی آید، مگر این که بر خلاف آن تراضی شده باشد. دکتر کاتوزیان حاشیه شماره ۴ ذیل ماده ۱۸۹ ق.م.

<sup>۳</sup> - انتقال مالکیت در وصیت تملیکی هم همین طور است: [بر اساس نظریه نقل]؛ یعنی مالکیت در زمان قبول موصی له انتقال می یابد.

<sup>۴</sup> - دکتر کاتوزیان - حاشیه شماره ۳، ذیل ماده ۱۸۹ ق.م.

<sup>۵</sup> - در عقد معلق با حادثه ای که قرار بود اتفاق بیافتد، تازه عقد منعقد می شد، اما در اینجا عقد به صورت منجز منعقد شده است و بعد از حادثه عقد به هم می خورد.

## تقسیم سوم عقود: رضایی و تشریفاتی و عینی

### عقد رضایی

❌ به عقد رضایی، عقد قصدی هم می گویند؛

- صرف اراده های طرفین برای انعقاد عقد کافی است و نیازی به تشریفات ندارد؛
- یعنی به شرایطی غیر از مندرجات ماده ۱۹۰ ق.م. نیازی ندارد.
- به عبارت دیگر: عقد رضایی عقدی است که هیچ تشریفاتی [مانند ثبت در دفتر مخصوص، خواندن صیغه خاص و...] نمی خواهد و با ایجاب و قبول بسته می شود. اکثر معاملات روزمره ما رضایی هستند؛ خرید کتاب، خرید از سوپرمارکت و ...

### ایقاع رضایی:

❌ ایقاع رضایی، ایقاعی است که نیاز به تشریفات ندارد؛ مانند ابراء، فسخ، اخذ به شفعه و ...

### نکته:

✓ اصل بر رضایی بودن عقود و ایقاعات است؛ یعنی اصل این است که عقود و ایقاعات به تشریفات نیازی ندارند.

### عقد تشریفاتی

❌ عقدی است که هنگام انعقاد، باید تشریفات مخصوص آن رعایت شود؛ اگر رعایت نشود، عقد باطل است.<sup>۱</sup>

❌ به عبارتی: عقد تشریفاتی، عقدی است که علاوه بر شرایط و مندرجات ماده ۱۹۰ ق.م. به شرایط دیگری نیز نیاز دارد؛

👉 در قانون مدنی عقد تشریفاتی وجود ندارد.

### ایقاع تشریفاتی:

❌ ایقاع تشریفاتی: ایقاعی است که نیاز به تشریفات دارد و بدون رعایت تشریفات باطل است؛

❌ در قانون مدنی فقط یک ایقاع تشریفاتی داریم: «طلاق» که به تشریفات خاصی (صیغه خاص + شاهد) نیاز دارد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - یعنی صحت عقد وابسته به رعایت تشریفات آن است.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۱۳۴ ق.م. طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد.

## عقود تشریفاتی

- همان طور که گفته شد، در قانون مدنی عقد تشریفاتی وجود ندارد؛
- اما برای آشنایی بیشتر، به چند نمونه از این عقود که در سایر قوانین آمده است، پرداخته می شود:

### نقل و انتقال املاک ثبت شده

- ماده ۲۲ قانون ثبت:
- «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد، مالک خواهد شناخت. در مورد ارث هم ملک وقتی در دفتر املاک به اسم وراث ثبت می شود که وارث و انحصار آن ها محرز و در سهم الارث بین آن ها توافق بوده و یا در صورت اختلاف حکم نهایی در آن باب صادر شده است.»

### انتقال سرقفلی

- ماده ۱۹ قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۵۶:
- «در صورتی که مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت به موجب اجاره نامه، حق انتقال به غیر داشته باشد می تواند برای همان شغل یا مشابه آن منافع مورد اجاره را با سند رسمی به دیگری انتقال دهد. هر گاه ...»

### انتقال سهم الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود

- ماده ۱۰۳ قانون تجارت:
- انتقال سهم الشرکه [در شرکت با مسئولیت محدود] به عمل نخواهد آمد مگر به موجب سند رسمی.

### فروش اموال محکوم علیه

- مواد ۱۱۴ قانون اجرای احکام مدنی:
- «فروش اموال از طریق مزایده به عمل می آید. سایر تشریفات در مواد دیگر قانون اجرای احکام آمده است.»

### مثال های دیگر:

- بیع اموال دولتی، بیع اموال شهرداری ها، بیع های مزایده ای.

### نکته مهم:

- برخی به تشریفاتی بودن عقد نکاح معتقدند، اما در واقع چنین نیست؛
- نکاح عقدی رضایی است؛

اولاً: این درست است که نکاح باید ثبت شود؛ اما ثبت آن جزء شرایط صحت عقد نکاح نیست؛ در حقیقت نکاح قبل از ثبت آن نیز منعقد شده است؛ اگر نکاح ثبت نشود باطل نیست و فقط مجازات دارد؛ و نکاح سر جای خود باقی است.<sup>۱</sup>

ثانیاً: برخی بر این عقیده اند که نکاح به صیغه خاصی [مثلاً «أَنْكَحْتُ»] منعقد می شود؛ اما طبق ماده ۱۰۶۲ ق.م. برای انعقاد نکاح نیازی به صیغه<sup>۲</sup> نیست و ایجاب و قبول کفایت می کند.<sup>۳</sup>

در مورد لفظی بودن ابراز اراده در نکاح هم باید گفت که: «لفظ» بهترین نوع ابراز اراده است و خارج از شرایط ماده ۱۹۰ ق.م. نیست.

در نتیجه: نکاح عقدی است رضایی و طلاق ایقاعی است تشریفاتی. چون طلاق نیاز به صیغه خاص طلاق دارد.

## عقد عینی

عقود عینی عقود هستند که قبض (تسلیم) در آنها شرط صحت عقد است؛

یعنی اگر مال تسلیم نشود عقد صورت نگرفته است.

• پس عقود عینی سه رکن دارند: ایجاب، قبول و قبض؛ و وقوع عقد عینی زمانی است که قبض واقع می شود.

در قانون مدنی پنج عقد عینی وجود دارد: عقد موجد حق انتفاع،<sup>۴</sup> وقف،<sup>۵</sup> بیع صرف،<sup>۶</sup> رهن،<sup>۷</sup> و هبه<sup>۸</sup>

بیع صرف: بیع صرف یعنی بیعی که مبیع و ثمن آن، هر دو طلا یا نقره باشند [بدون جریان پول]؛

بیع صرف از این ۴ حالت خارج نیست: طلا به طلا - طلا به نقره - نقره به نقره - نقره به طلا.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۹ قانون حمایت از خانواده مصوب یک اسفند ۱۳۹۲؛ چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است.

<sup>۲</sup> - دقت شود: لفظ «صیغه» یعنی لفظ خاص عربی؛ در عرف عام به اشتباه به کار برده می شود. (عوام به جای عقد موقت، عنوان «صیغه» را به کار می برند).

<sup>۳</sup> - ماده ۱۰۶۲ ق.م. نکاح واقع می شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید.

<sup>۴</sup> - ماده ۴۷ ق.م. در حبس [عقد موجد حق انتفاع]، اعم از عمری و غیره [رقبی و سکنی] قبض شرط صحت است.

<sup>۵</sup> - ماده ۵۹ ق.م. اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد، وقف محقق نمی شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می کند.

<sup>۶</sup> - ماده ۳۶۴ ق.م. در بیع خیار، مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است (مثل بیع صرف)، انتقال از حین حصول شرط [قبض] است نه از حین وقوع بیع [ایجاب و قبول].

<sup>۷</sup> - ماده ۷۷۲ ق.م. مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

<sup>۸</sup> - ماده ۷۹۸ ق.م. هبه واقع نمی شود مگر با قبول و قبض متهب، اعم از این که مباشر قبض خود متهب باشد یا وکیل او؛ و قبض بدون اذن واهب اثری ندارد.

## تقسیم چهارم عقود: معوض و مجانی

### عقد معوض

- ⊖ عقودی که دارای دو عوض هستند و عوضین علت برای هم همسنگ هم و در مقابل هم قرار می گیرند؛
- ✍ عقد معوض را نمی توان بلاعوض منعقد کرد؛ اگر بلاعوض منعقد بشود، باطل است زیرا؛ عوض جزء ارکان صحت آنها است؛
- عقود معوض مانند بیع، اجاره، معاوضه، قرض و جعاله.

### عقد مجانی

- ⊖ این عقود فقط دارای یک مورد و عوض می باشد. یک نفر مالی را می دهد، یا یک نفر فقط تعهدی دارد.
- عقود بلاعوض مانند هبه، وقف، وصیت و صلح بلاعوض.

## احکام عقود معوض و بلاعوض

- ✦ در عقد معوض علم تفصیلی [اصولاً به عنوان قاعده] طرفین به موضوع عقد و عوضین لازم است و اگر علم تفصیلی نباشد، عقد غرری و باطل است؛ اما در عقد بلاعوض علم اجمالی هم کفایت می کند.

### علم:

- ☞ علم تفصیلی: یعنی آگاهی مفصل به تمام ارکان مؤثر [جنس، وصف و مقدار] مورد معامله؛
- ☞ علم اجمالی: یعنی آگاهی مختصر.

### قاعده:

- ⊖ علم تفصیلی برای عقود معوض، برای مورد معامله و عوضین و عدم آن موجب غرری شدن و بطلان است.
- ⊖ علم اجمالی برای عقود بلاعوض است، [البته وجود علم تفصیلی در عقود بلاعوض مشکلی ندارد].<sup>۱</sup>

### انگیزه در این عقود:

- در عقود معوض انگیزه و نگاه طرفین دادوستد است، اما در عقود بلاعوض، انگیزه گذشت و احسان است و غرر پیش نمی آید؛ اسب پیشکشی را دندان نمی شمارند...

<sup>۱</sup> - توجه: گاهی در عقود بلاعوض حتی علم اجمالی هم وجود ندارد؛ مانند وصیت.



❖ عقد معاوضی، مغایره ای است؛ در آن غبن متصور است؛ اما در عقد بلاعوض غبن در آن متصور نبوده و تبرعی و رایگان است.

## شرط عوض در عقود بلاعوض

- ❖ در بیشتر عقود بلاعوض می توان شرط عوض گذاشت؛ در این صورت به هویت آن ها لطمه ای نمی خورد و همچنان بلاعوض می مانند.
- ❖ به عبارتی عقد بلاعوض به شرط عوض، معادل یک عقد ذاتاً معوض نیست.

## تفاوت عقد معوض با عقد بلاعوض دارای شرط عوض

- ❖ در عقد معوض [اگر تملیکی باشد] وجود دو عین حین انعقاد عقد شرط صحت آن عقد است؛ و در نتیجه اگر کشف شود یکی از دو عوض در زمان انعقاد عقد موجود نبوده، عقد باطل است؛ اما این وضعیت در عقد بلاعوض با شرط عوض، وجود ندارد؛
- ❖ در عقد معوض، اگر تعهد هر کدام از دو طرف نسبت به مالی که می دهند [به هر دلیلی] باطل باشد، تعهد طرف دوم هم باطل است، اگرچه تعهد دوم به خودی خود درست باشد؛ اما اگر عوض شرط شده در عقد بلاعوض و تعهد ناظر بر آن باطل بوده باشد، تعهد اصلی باطل نیست؛
- ❖ در عقود معوض شرط است که دو عوض از حیث ارزش باهم تعادل نسبی داشته باشند؛ یعنی از حیث ارزش به هم هماهنگ باشند و اگر این تعادل نسبی به هم بخورد متضرر خیار غبن دارد؛ اما در عقد بلاعوض دارای شرط عوض بین ارزش مورد عقد اصلی با عوض شرط شده وجود تعادل اساساً شرط نیست؛
- ❖ اصولاً در عقد معوض برای قبض و اقباض دو مال، حق حبس [گروکشی متقابل] وجود دارد [ماده ۳۷۷ ق.م.ا]؛ اما در عقد بلاعوض با شرط عوض، بین مورد عقد اصلی و عوض شرط شده حق حبس وجود ندارد.

## علت سخت گیری در عقد معوض

- ❖ در عقد معوض دو عوض رابطه «علی معلولی»، «متقابل»، «سببی مسببی» باهم دارند اما در عقد بلاعوض با شرط عوض، آنچه که در قالب شرط عوض گنجانده می شود امری فرعی و خارج از ساختمان عقد است؛
- ❖ در عقد معوض هر دو عوض رکن است، لذا هر اخلاقی در یک رکن، رکن متقابل را نیز مختل می کند؛ اما در عقد بلاعوض با شرط عوض، عوض شرط شده، رکن نیست و اخلاقی در آن، موجب بطلان در عقد نمی شود.

## سه نکته مهم:

- ❖ برخی از عقود هستند که می توانند هم معوض منعقد شوند و هم بلاعوض: مانند صلح [معوض و یا بلاعوض]، وکالت [با اجرت و یا مجانی] و عقد موجد حق انتفاع [+ ارتفاق].
- ❖ عقد وقف [که عقدی رایگان و بلاعوض می باشد] نمی تواند شرط عوض داشته باشد؛
- ❖ عقد احتمالی که در برابر عقد محقق است، عقدی معوض است که در آن، حدود تعهد یکی از طرفین منوط به واقعه ای می باشد، مانند عقد بیمه.

## تقسیم پنجم عقود: مطلق و مشروط

## عقد مطلق

- ❖ عقد مطلق عقدی است که در آن شرط ضمن عقد وجود ندارد؛ یعنی فاقد هر گونه شرط و قیدی است.

## عقد مشروط

- ❖ عقد مشروط عقدی است که در آن یکی از شروط [شرط فعل، شرط صفت، شرط نتیجه] وجود دارد.

## شرط فعل:

- ❖ راجع به طرفین است و ربطی به مال ندارد؛ یعنی ضمن عقد اصلی فعل یا ترک فعلی [ایجابی یا سلبی] را شرط کنیم؛
- ❖ شرط فعل به نفع مشروط له و بر عهده مشروط علیه قرار می گیرد.

## شرط صفت:

- ❖ راجع به مال است و مربوط به طرفین نیست؛ البته به غیر از نکاح که طرفین با موضوع عقد یکی هستند؛ اگر صفت مشروط در نکاح نقض شود، برای مشروط له خیار تخلف از شرط به وجود می آید؛
- ❖ شرط صفت شرطی راجع به مورد معامله است اعم از کمیت و کیفیت.

## شرط نتیجه:

- ❖ تحقق یک عمل حقوقی [عقد یا ایقاع] را ضمن عقد اصلی شرط می کنیم؛
- ❖ عقد مشروط: عقد منجزی است که در آن شرط وجود دارد.

## تقسیم ششم عقود: الحاقی و غیر الحاقی

### عقد الحاقی یا تحمیلی

- در این نوع عقد اراده های طرفین یکسان نیست؛ یعنی تمام اجزای عقد را طرفین تعیین نمی کنند؛
- شرایط و احکام و آثار عقد را یکی از طرفین به صلاحدید خودش تعیین می کند و طرف مقابل فقط اختیار در پذیرش و یا در عدم پذیرش عقد دارد؛ مانند رابطه کارگر و کارفرما.

### عقد غیر الحاقی، غیر تحمیلی و با مذاکرات

- سایر عقود که اراده های طرفین در تعیین اجزای آن برابر است.

## تقسیم هفتم عقود: معین و نامعین

### عقد معین

- عقد بانام [معین]: عقدی است که در قانون نام، سازمان و احکام مشخصی دارد؛ یعنی اوصاف، طرق انعقاد، آثار و طرق انحلال آن در قانون مشخص است؛ مانند بیع، اجاره و ... .

### عقد نامعین

- عقد بی نام<sup>۱</sup> [نامعین]: عقدی که احکام آن در قانون مشخص نیست؛ مانند عقود مشمول ماده ۱۰ ق.م. قابل احترام بودن قراردادهای خصوصی که مخالف قانون امری نباشد<sup>۲</sup>، عقد ناظر بر ترک فعل منفی.

### نکته:

- محتوای تمام عقود معین، فعل مثبت است؛ هیچ عقد معینی ناظر بر ترک فعل نیست.

## تقسیم هشتم عقود: تملیکی و عهدی

### عقد تملیکی

- در این عقود، مالکیت مالی از یک طرف، به طرف دیگر انتقال می یابد.

<sup>۱</sup> - برای مثال: عقد بیمه در یکصد سال پیش، عقدی نامعین بود.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون [امری] نباشد نافذ است.

## عقد عهده

➤ در این عقود، تنها انجام و یا ترک انجام عملی را طرفین به عهده می گیرند.

## تقسیم نهم عقود: جمعی و فردی

### عقد جمعی

➤ عقودی که دست کم، یک طرف آن جمعی [یک گروه] باشند؛ مانند قرارداد کار و قرارداد ارفاقی [ماده ۴۸۹ ق.ت.].

➤ در یک طرف این قراردادها (لااقل) جماعتی با هدف مشترک قرار می گیرند. رضای آنان، توسط اکثر و یا نمایندگان آنان اظهار می شود، خواه در امور کارگری باشد خواه نه. در صورت نخست، قرارداد جمعی نامیده می شود.<sup>۱</sup>

### عقد فردی

➤ عقودی که طرف یا طرفین آن گروه [جمع] نباشند، عقد فردی می گویند!

## تقسیم دهم عقود: عقود امانی و غیر امانی

### عقود امانی

➤ عقود امانی، عقودی هستند که ابتدائاً، ید متصرف، مانند ید امین است؛<sup>۲</sup>

### عقد موجد حق انتفاع

➤ ماده ۵۰ ق.م: اگر مالی که موضوع حق انتفاع است، بدون تعدی یا تفریط منتفع، تلف شود، مشارالیه مسئول آن نخواهد بود.

### اجاره

➤ ماده ۴۹۳ ق.م: مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست؛ به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی، اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگرچه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

<sup>۱</sup> - هر دو تعریف [عقد جمعی و قرارداد جمعی] برگرفته از ترمینولوژی حقوق - دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی.

<sup>۲</sup> - یعنی در آن ها، متصرف امین است مگر این که از حدود مقرر یا قانونی و یا متعارف خارج بشود.

ماده ۵۱۶ ق.م: تعهدات متصدیان حمل و نقل، اعم از این که از راه خشکی یا آب یا هوا باشد، برای حفاظت و نگاهداری اشیایی که به آن‌ها سپرده می‌شود، همان است که برای امانت‌داران مقرر است، بنابراین، در صورت تفریط یا تعدی مسئول تلف یا ضایع شدن اشیایی خواهند بود که برای حمل به آن‌ها داده می‌شود و این مسئولیت از تاریخ تحویل اشیاء به آنان خواهد بود.

## مزارعه

ماده ۵۳۶ ق.م: هرگاه عامل به طور متعارف مواظبت در زراعت ننماید و از این حیث حاصل کم شود یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد، عامل ضامن تفاوت خواهد بود.

## مساقات

ماده ۵۴۵ ق.م: که قواعد مزارعه را ناظر بر مساقات نیز می‌داند؛ از جمله آن امانی بودن است.

## مضاربه

ماده ۵۵۶ ق.م: مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌شود مگر در صورت تفریط یا تعدی.

## جعاله

ماده ۵۶۹ ق.م: مالی که جعاله برای آن واقع شده است، از وقتی که به دست عامل می‌رسد تا به جاعل رد کند در دست او امانت است.

## شرکت

ماده ۵۷۷ ق.م: شریکی که در ضمن عقد [عقد شرکت] به اداره کردن اموال مشترک مأذون شده است می‌تواند هر عملی را که لازمه اداره کردن است انجام دهد و به هیچ وجه مسئول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد، بود مگر در صورت تفریط یا تعدی.

## ودیعه

ماده ۶۱۴ ق.م: امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی‌باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط.

## عاریه

ماده ۶۴۰ ق.م: مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی.

## وکالت

- ماده ۸۲ ق.م: هرگاه واقف برای اداره کردن موقوفه ترتیب خاصی معین کرده باشد، متولی باید به همان ترتیب رفتار کند؛ و اگر ترتیبی قرار نداده باشد، متولی باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید.
- ماده ۶۶۶ ق.م: هرگاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب می گردد، مسئول خواهد بود.

## رهن

- ماده ۷۸۹ ق.م: رهن در ید مرتهن امانت محسوب است و بنابراین مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود، مگر در صورت تقصیر.

## عقود غیر امانی

- عقود: بیع، معاوضه، قرض، هبه و وصیت تملیکی، غیر امانی هستند.

## تقسیم یا زدهم عقود: عقود مدت دار

- منظور عقودی هستند که تعیین مدت در آنها، شرط اساسی و از ضمانت اجرای بالایی برخوردار است [بطلان].

### نکاح موقت

- ماده ۱۰۷۶ ق.م: مدت نکاح منقطع باید کاملاً معین شود.

### مزارعه

- ماده ۵۱۸ ق.م: مزارعه عقدی است که به موجب آن احد طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می دهد که آن را زراعت کرده و حاصل را تقسیم کند.

### مساقات

- ماده ۵۴۵ ق.م: که قواعد مزارعه را ناظر بر مساقات نیز می داند؛ از جمله آن تعیین مدت است.

### اجاره

- ماده ۴۶۸ ق.م: در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - البته در عقد اجاره، «مدت» برای تعیین میزان منفعت طریقت دارد - برای کسب اطلاعات بیشتر، رک. جزوه مدنی «۶».



# فصل دوم

## «شرایط اساسی صحت معاملات»

### مقدمه:

➤ هر عقدی بر اساس [وجود یا عدم وجود] شرایطی که در ماده ۱۹۰ ق.م. برای صحت معاملات آمده است، از این سه حالت خارج نیست: صحیح، یا باطل و یا غیرنافذ.

ماده ۱۹۰: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

۱. قصد طرفین و رضای آنها؛
۲. اهلیت طرفین؛
۳. موضوع معین که مورد معامله باشد؛
۴. مشروعیت جهت معامله.

### عقد صحیح

➤ عقدی که شرایط صحت را به طور کامل داشته باشد صحیح است و آثار آن هم به وجود می آید.

### عقد باطل

➤ عقد باطل یا فاسد، عقدی است که یکی شرایط اساسی صحت معاملات را ندارد و آن شرط آن قدر مهم است که حتی اگر بعداً هم ضمیمه سایر شرایط بشود، باز هم عقد باطل است: یعنی چاره پذیر نیست؛

➤ عقد باطل، از همان اول باطل است [مثل این که از ابتدا منعقد نشده است] و هیچ اثری بر آن مترتب نیست؛ یعنی بطلان اثر قهقرایی دارد.

### مثال:

♣ معاملات افرادی که قصد ندارند [ماده ۱۹۵ ق.م.] مانند بی هوش، مست، دیوانه و ... به علت نداشتن قصد [که از شرایط صحت معاملات است ماده ۱۹۰ ق.م.] باطل است.



ماده ۱۹۵: اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است.<sup>۱</sup>  
 ⊕ «مست»، «بی هوش»، «مجنون در حال جنون»، «صغیر غیرممیز»، قصد ندارند؛ و معاملات آنها باطل است.

## عقد غیر نافذ

⊖ عقد غیر نافذ عقدی است که یکی از شرایط صحت [شرایط مقرر در ماده ۱۹۰ ق.م.ا] را ندارد، اما آن شرط اگر بعداً ضمیمه شود، عقد درست می شود.

### مثال:

♠ در یک معامله فضولی،<sup>۲</sup> من بدون اذن X، ماشین وی را می فروشم؛ این معامله غیر نافذ است که پس از تنفیذ مالک [X] درست می شود؛ اما اگر مالک عقد را رد کند، معامله باطل است؛  
 ♥ در نتیجه، هر عقد غیر نافذی، غیر نافذ باقی نمی ماند. یا تنفیذ می شود و یا رد.

## انحلال عقد صحیح

✍ انحلال در فصل اول در بحث عقود لازم به آن پرداخته شد، اما به دلیل ارتباط داشتن [به صورت دیگر] تکرار می شود؛

⊖ انحلال فقط و فقط در عقد صحیح رخ می دهد؛ یعنی عقد صحیح پس از مدتی ممکن است از بین برود؛ که به آن انحلال می گویند.

### تفاوت انملال با بطلان:

♣ همان طور که گفته شد، انحلال در عقد صحیح اتفاق می افتد، اما بطلان مربوط به عقدی است که اصلاً به وجود نیامده است. عقد باطل از ابتدا باطل است؛ مانند بچه ای که مُرده به دنیا بیاید.

⊖ انحلال فقط به یکی از این سه طریق صورت می پذیرد و شکل دیگری ندارد: اقاله، فسخ و حکم قانون

### سبب نخست: اقاله یا تفاسخ

✍ اقاله یعنی همان دو نفری که عقد را منعقد کرده اند، توافق می کنند و عقد را به هم می زنند؛  
 به عبارت دیگر: اقاله یعنی توافق طرفین عقد در بر هم زدن عقد.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۰۷۰ ق.م.ا: رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال کُرهِ [به سکون «ر» و «ه»] عقد را اجازه کند نافذ است [تا اینجا یعنی اکراه معنوی] مگر این که اکراه به درجه ای بوده که عاقد [یعنی طرفین عقد] فاقد قصد [اکراه مادی - اجبار] باشد.  
<sup>۲</sup> - شرح تفصیلی معاملات فضولی: فصل پنجم همین جزوه - مواد ۲۴۷ تا ۲۶۳ ق.م.

چند نکته از اقاله:<sup>۱</sup>

- ❖ اقاله مربوط به طرفین عقد است و اگر یکی از این دو طرف بمیرد، وراثت نمی تواند اقاله کنند؛
- ❖ اقاله خودش یک عقد است. به عبارتی تعریف عقد شامل اقاله هم می شود؛<sup>۲</sup>
- ❖ فقط عقود را می توان اقاله کرد و ایقاع قابل اقاله نیست؛ به عبارت دیگر: موضوع اقاله عقد است و شامل ایقاع نمی شود؛
- ❖ اقاله فقط مربوط به عقود لازم است و شامل عقود جایز نمی شود. چون در عقود جایز طرفین به راحتی و بدون اجازه از یکدیگر می توانند آن را فسخ کنند؛
- ❖ سه مورد از عقود را نمی توان اقاله کرد؛ نکاح، وقف و ضمان [نقل].

## سبب دوم: فسخ

❖ دومین سبب انحلال عقد: فسخ به هم زدن عقد با یک اراده [ایقاع] است.

## تفاوت فسخ با اقاله:

- ♣ فسخ ایقاع [با یک اراده] و اقاله عقد است [اجتماع دو اراده]؛
- ♣ اقاله فقط در عقود لازم است، اما فسخ هم در عقود لازم است و هم در عقود جایز.

## سبب سوم: حکم قانون [انفساخ یا منفسخ]

- ❖ [سومین سبب انحلال عقد]: گاهی اوقات یک حادثه ای رخ می دهد و قانون به سبب آن حادثه حکم به انحلال عقد می دهد.
- ❖ به عبارت دیگر: اراده ای در آن نیست و کسی خواهان انحلال عقد نیست؛ و این یک دلیل قهری است که با آن انفساخ می گویند.
- ♣ انفساخ هم در عقود جایز [ماده ۹۵۴ ق.م.ا] و هم در عقود لازم [ماده ۳۸۷ ق.م.ا] اتفاق می افتد.

## نتیجه گیری:

✓ انحلال هر عقد صحیحی یا با اقاله است یا فسخ و یا منفسخ.

## نکته

- ❖ کاربرد الفاظ «باطل شدن، باطل می شود و باطل کردن» برای عقود صحیح اشتباه است. عقدی که به طور صحیح واقع بشود، هرگز باطل نمی شود؛ فقط ممکن است منفسخ، اقاله و یا فسخ بشود.

<sup>۱</sup> - نکات تفصیلی اقاله، در بحث مربوط به آن [فصل آخر مدنی ۳] شرح داده شده است.

<sup>۲</sup> - عقد یعنی توافق دو یا چند اراده به منظور ایجاد اثر حقوقی؛ اقاله هم با توافق طرفین صورت می گیرد و اثر حقوقی آن به هم خوردن عقد قبلی است.

<sup>۳</sup> - ماده ۹۵۴ ق.م.ا: کلیه عقود جایزه [اذنی] به موت احد طرفین منفسخ می شود و هم چنین به سَفَه در مواردی که رشد معتبر است.

<sup>۴</sup> - ماده ۳۸۷ ق.م.ا: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

## مبحث اول: قصد طرفین و رضای آنها

### قصد و رضا

⊖ عقد با اراده منعقد می شود و اراده چهار مرحله دارد که این چهار مرحله درونی است.

#### چهار مرحله اراده

⊖ در قالب یک مثال [خرید ماشین] شرح داده می شود؛

#### فطور:

♣️ خطور یعنی «فکر خرید» [به هر دلیلی اعم از پیشنهاد دوستان، فکر خودم و ...] به ذهن من وارد بشود.

#### سنجش:

♣️ یعنی حالا که به ذهنم رسید باید ماشین بخرم، به آن فکر می کنم و نتیجه می گیرم؛

♣️ نتیجه به دو صورت است؛ مثبت یا منفی، یا به نتیجه می رسم که نباید بخرم [منفی] که در اینجا یا منصرف می شوم و معامله انجام نمی شود و یا این که نتیجه مثبت است که در این صورت وارد مرحله بعد می شویم.

#### (رضا):<sup>۱</sup>

♣️ یعنی من تصمیم گرفتم ماشین را بخرم، اما این یک تصمیم محتمل است؛ یعنی ممکن است از خرید آن منصرف بشوم؛

➡️ تا مرحله رضا «۹۹» درصد مراحل طی شده است و اگر به «۱۰۰» درصد برسد، قصد را تشکیل می دهد.

#### قصد:

♣️ قصد یعنی من ماشین را پیدا کرده ام و مبیعه نامه را هم نوشتیم و خودکار را دستم گرفته ام و می خواهم امضا کنم؛ که در اینجا هم می توان از خرید انصراف داد، چون هنوز عقدی صورت نگرفته است. در این لحظه چیزی که باعث می شود من مبیعه نامه را امضا کنم قصد گفته می شود؛ یعنی همان ثانیه آخر که امضا می کنم قصد من ابراز می شود.

➡️ زمانی که قصد بیاید، قبل از آن رضا و سنجش و خطور نیز وجود دارد؛ و هر جا که صحبت از قصد می شود یعنی این چهار مرحله وجود دارند؛ و اگر بگوییم قصد، کفایت می کند و نیازی به گفتن سایر مراحل نداریم.

✓ نتیجه: عقد واقع می شود به قصد که قبل از آن، خطور، سنجش و رضا نیز وجود دارد. به شرط این که اعلام بشود.

<sup>۱</sup> - رضا با راضی بودن فرق دارد. مکره راضی نیست، اما رضا دارد و رضای او معیوب است.

**نکته:**

- از لحاظ زمانی در هر معامله رضا مقدم بر قصد است، اما از جهت حقوقی قصد بر رضا مقدم و مهم تر است؛
- فقدان قصد در همه جا [عقود و ایقاعات] موجب بطلان است و چاره پذیر هم نیست؛
- فقدان رضا موجب عدم نفوذ است و چاره پذیر که با تنفیذ صحیح می شود.

ماده ۱۹۱: عقد محقق می شود به قصد انشاء [ایجاد] به شرط مقرون بودن [همراه بودن] به چیزی [لفظ و فعل] که دلالت بر قصد کند.

**وسایل اعلام اراده**

- قصد درونی است و باید به گونه ای اعلام بشود؛ مواد ۱۹۲ تا ماده ۱۹۴ ق.م. وسایل اعلام اراده را بیان کرده اند؛
- وسایل اعلام اراده: یا لفظ است و یا فعل؛ فعل اعم است از نوشته و اشاره و عمل.

**لفظ**

- اولین وسیله اعلام اراده لفظ است، مانند فروختن، خریدن، اجاره کردن و...
- ماده ۱۹۲: در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود.
- ایراد ماده ۱۹۲ ق.م.

- این ماده مفهوم مخالف ندارد؛ چون علیرغم امکان تلفظ برای طرفین، آنها می توانند با اشاره [فعل] نیز قصد خود را اعلام کنند؛ یعنی طرفین چه لال باشند و چه نباشند می توانند با اشاره قصد خود را اعلام کنند.
- در حقیقت سیاق ماده افاده مفهوم مخالف می کند، اما مفهوم مخالف به قرینه مواد ۱۹۳ و ۱۹۴ ق.م. مورد نظر قانون گذار نیست؛ زیرا بین نص و مفهوم مخالف، نص مقدم است؛ به عبارتی مفهوم مخالف قابلیت معارضه با نص را ندارد. [مواد ۱۹۳ و ۱۹۴ ق.م. نص هستند].

**نکته:**

- لفظ برای بیان اراده در قانون مدنی طریقت دارد؛ آنچه که در قانون مهم است این است که اراده باید به نحوی بیان شود: خواه فعل باشد خواه لفظ؛ اما اشاره و عمل زمانی کافی است که مبین قصد و رضا باشد.
- استثنا بر این قاعده: در دو مورد برای بیان اراده استفاده از لفظ موضوعیت دارد و منحصر است؛ در قلمرو عقود نکاح<sup>۱</sup> [نکاح باید با لفظ باشد اما لفظ خاص نمی خواهد.] و در قلمرو ایقاعات طلاق<sup>۲</sup>؛

<sup>۱</sup> - ماده ۱۰۶۲ ق.م: نکاح واقع می شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحا دلالت بر قصد ازدواج نماید.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۱۳۴ ق.م: طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد.

یعنی وقوع این دو عمل حقوقی با اشاره و عمل امکان پذیر نیست.

## عمل یا فعل

دومین وسیله اعلام اراده، عمل یا فعل است. ماده ۱۹۳ ق.م؛

این ماده نیز ایراد دارد، زیرا قانون گذار، اشاره را که یک نوع عمل است، از این ماده جدا کرده است.

ماده ۱۹۳: انشای معامله ممکن است به وسیله عملی [فعل، نوشته و اشاره] که مبین قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض [دادوستد]، حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

## بیع معاطات:

بیعی را که با قبض و اقباض انجام می گیرد، بیع معاطاتی می گویند، چون صیغه [الفاظ «فروختم» و «خریدم»] ندارد؛ اکثر معاملات روزمره ما معاطاتی هستند.

معاطات یعنی ایجاب و قبول بیع با لفظ نباشد و اگر بگوییم «فروختم، خریدم» معاطات نیست.

معاطات به این معنی نیست که هیچ حرفی ننویسیم، نه؛ ممکن است خریدار و فروشنده مدت طولانی باهم حرف بزنند، اما حرفی از صغیه ایجاب و قبول در میان نباشد که در این صورت نیز معاطات است.

معاطات خاص بیع نیست؛ تقریباً تمام عقود معاطاتی هستند. چون صیغه گفته نمی شود؛ مانند اجاره معاطاتی و ...

## استثنائات ماده ۱۹۳ ق.م. [استثنائات معاطات]

وقف<sup>۱</sup>، نکاح<sup>۲</sup> و عقود<sup>۳</sup> که برای انعقاد آنها نیاز به تشریفات خاص دارد، با دادوستد واقع نمی شوند.

## توافق دو انشا

وسایل اعلام اراده در ماده ۱۹۴ ق.م. به صورت یکجا بیان شده؛ این ماده به توافق دو انشاء اشاره کرده است که به اشتباه در عقود نیز ارتباط دارد؛

ماده ۱۹۴: الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشاء معامله می نمایند باید موافق باشد، به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۶ ق.م. وقف واقع می شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و ...

<sup>۲</sup> - اشتباه نشود: نکاح تشریفاتی نیست؛ نکاح تنها با الفاظ صریح در بیان قصد ازدواج واقع می شود و معاطات در آن راه ندارد. ماده ۱۰۶۲ ق.م؛ یعنی نکاح لفظ خاص نمی خواهد، فقط باید با لفظ صورت بگیرد؛ و با عمل نمی شود!...

<sup>۳</sup> - در معاملاتی که با سند رسمی واقع می شود، مانند انتقال ملک ثبت شده (ماده ۲۲ قانون ثبت) و انتقال سرقفلی، معامله با داد و ستد واقع نمی شود.

## شرایط ایجاب و قبول به طور کلی:

ایجاب و قبول ارکان توافق هستند.

### ایجاب:

برای این که عقد به طور صحیح منعقد شود.

ایجاب باید پیشنهادی کامل باشد [دارای عناصر اساسی عقد]؛

مشخص باشد [از نوع ایجاب، نوع عقد مشخص باشد]؛

قاطع باشد [به قصد الزام].

### قبول:

قبول نیز باید بدون قید و شرط به مفاد ایجاب صورت گیرد؛

در غیر این صورت [با قید و شرط] خود ایجاب جدیدی است که نیاز به قبول دارد.

### موارد تلاقی اراده‌ها:

۱. در نوع عقد؛

۲. در ماهیت مورد عقد؛

۳. در مصداق مشخص آن معامله، اگر مورد معامله معین باشد؛

۴. در صفت اساسی «صفات جانشین ذات».

### دو نکته:

✓ اگر در این ۴ مورد تلاقی نباشد عقد باطل است؛

➤ در مورد بند ۳ اگر مورد معامله کلی باشد و مصداق مشخصی ندارد، کافی است که جنس و وصف و مقدار

ذکر شود؛ اما اگر عین معین باشد مصداق آن مال باید در عالم خارج مشخص باشد.

## اصیل و نماینده

➤ اصیل: کسی است که برای خودش معامله می‌کند، برای خودش می‌خرد و برای خودش می‌فروشد.

➤ نماینده: یا نایب به کسی گفته می‌شود برای اصیل معامله می‌کند؛ مثلاً در بیع، برای اصیل می‌خرد و برای

اصیل می‌فروشد.

➤ نماینده چهار قسم دارد؛

## نماینده قراردادی:

کسی است که به موجب قرارداد نماینده شده است؛ مانند وکیل که با عقد وکالت نماینده می شود.

## نماینده قانونی یا قهری:

کسی است که به حکم قانون نماینده شده است، بدون این که خودش بخواهد؛ مانند پدر و جد پدری؛  
نکته: پدر و جد پدری در عرض همدیگر قرار دارند و هیچ کدام بر دیگری مقدم نیستند.

## نماینده قضایی:

شخصی است که به حکم دادگاه نماینده شده است؛ مانند قیم، البته قیم را دادگاه فقط تعیین می کند و قبول خود او نیز لازم است.

## نماینده ایقاعی:

کسی است که به اراده دیگری نماینده او شده است و خودش اراده ندارد؛ مانند وصی که به اراده موصی نماینده شده است. متولی نیز نماینده ایقاعی است. [البته متولی نماینده و مدیر وقف است، نه نماینده واقف].

• ماده ۷۶ ق.م: کسی که واقف او را متولی قرار داده می تواند بدو تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی تواند رد نماید و اگر رد کرد مثل صورتی است که از اصل متولی قرار داده نشده باشد.<sup>۱</sup>

## قائم مقام

در قانون مدنی قائم مقام با نماینده فرق دارد، هر چند ممکن است در فقه یکی باشند؛

قائم مقام عبارت است از جانشین طرف عقد؛

یعنی وقتی طرف عقد کنار می رود، شخص دیگری جای او را می گیرد و اثر عقد به این شخص جدید می رسد؛

قائم مقام به دودسته تقسیم می شود: قائم مقام عام و قائم مقام خاص.

## قائم مقام عام:

قائم مقام عام عبارت است از وراث طرفین عقد، به شرط این که عقد با فوت از بین نرود؛

یعنی [عقد جایز ادنی نباشد - مربوط به شخصیت طرف نباشد].

<sup>۱</sup> - تعیین متولی، انتصاب مدیر برای وقف و ایقاع است و قبول و رد متولی در لزوم تصدی متولی و نفوذ اراده واقف درباره او موثر است و نباید از اختیار رد و قبول این سمت، توهم شود که نصب متولی عقد است. دکتر کاتوزیان - حاشیه ذیل ماده ۷۶ ق.م.

مثال: اجاره با فوت از بین نمی رود؛ یعنی اگر موجر یا مستأجر بمیرد ادامه اجاره با وراثت آنها است.<sup>۱</sup>

### قائم مقام خاص:

- ⊖ قائم مقام خاص عبارت است از کسی که مالی از سوی یکی از طرفین عقد به او منتقل شده است. (منتقل الیه)؛
- ➡ مثال (۱): مالک، به شخصی حق انتفاع داده است و بعد از مدتی مال را می فروشد، در اینجا خریدار قائم مقام خاص می شود؛<sup>۲</sup>
- ➡ مثال (۲): موجر اواسط اجاره، مال [عین مستأجره] را می فروشد: در اینجا خریدار قائم مقام خاص موجر می شود.<sup>۳</sup>

### نکته:

تفاوت قائم مقام عام و خاص در سبب انتقال مال است؛ اولی انتقال به سبب فوت، دومی انتقال<sup>۴</sup> به اسباب دیگر.

## شرح ماده ۱۹۶ ق.م.

⊖ قاعده اصیل بودن طرف معامله + تعهد به نفع شلفص ثالث.

ماده ۱۹۶: کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر این که در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود. مع ذالک ممکن است در ضمن معامله<sup>۵</sup> که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.

### قاعده اصیل بودن طرف معامله

➡ شخصی که معامله می کند ظاهراً اصیل است؛

♠ مگر نمایندگی خود را ابراز کند؛

♣ یا این که نمایندگی وی ثابت شود.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۹۷ ق.م: عقد اجاره به واسطه فوت موجر یا مستاجر باطل نمی شود [چون عقدی لازم است]، ولیکن اگر موجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستاجر بوده است، اجاره به فوت موجر باطل می شود و اگر شرط مباشرت [منظور قید مباشرت است] مستاجر شده باشد به فوت مستاجر باطل می گردد.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۳ ق.م: انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی شود، ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

<sup>۳</sup> - ماده ۴۹۸ ق.م: اگر عین مستاجر [توسط موجر] به دیگری منتقل شود اجاره به حال خود باقی است، مگر این که موجر حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد.

<sup>۴</sup> - انتقال اعم است از: بیع، هبه، صلح و .....

<sup>۵</sup> - در ضمن معامله: یعنی به صورت شرط ضمن عقد.



## ایراد:

⊖ مورد سوم منطقی به نظر نمی رسد؛

✍ مثال: من با شما معامله ای انجام می دهم و بعداً از یک ماه ثابت می شود که من نماینده X بوده ام، این در حالی است که X شخصی است که به تعهداتش پایبند نبوده و معتمد هیچ کسی نیست!

## رفع ایراد:

✓ هر گاه نماینده هنگام عقد سمت خود را بیان نکند، معامله صحیح است و برای اصیل واقع می شود؛ اما نماینده هم در مقابل طرف معامله، مسئول اجرای تعهدات است، یعنی طرف معامله می تواند هم به اصیل و هم به نماینده مراجعه کند؛  
 ➔ به عبارت دیگر: نماینده تقصیر کرده و ضامن است.

## افتلاف نماینده و اصیل:

⊖ اختلاف به دو شکل پدید می آید. من، من و تو، تو؛  
 ♣ من، من: نماینده مدعی است که معامله ای که انجام داده برای خودش است<sup>۱</sup> و از طرفی اصیل هم همین ادعا را دارد و می گوید معامله ای که نماینده او انجام داده، برای او [اصیل] است؛  
 ➔ تو، تو: نماینده مدعی است که معامله را برای اصیل انجام داده و اصیل بر این ادعاست که معامله ای که نماینده او انجام داده، برای خود نماینده است.

## رفع افتلاف:

✓ با توجه به صدر ماده ۱۹۶ ق.م. اصل بر این است که هر کس معامله می کند، معامله برای خود اوست؛  
 ➔ یعنی اصل این است که معامله برای نماینده [منعقد کننده] واقع شده است؛  
 ♣ در اختلافات گفته شده، شخصی که برخلاف اصل حرف می زند [شخصی که مدعی خلاف اصل است]، باید آن را ثابت نماید.  
 ✓ در اختلاف من، من، مدعی خلاف اصل، اصیل است و در اختلاف تو، تو، نماینده، مدعی خلاف اصل است؛  
 ➔ یعنی شخصی که ادعا می کند معامله برای اصیل واقع شده است، باید موضوع را اثبات کند.

<sup>۱</sup> - ناگفته نماند که: نماینده در عین حال که نماینده است می تواند علاوه بر این که برای اصیل معامله بکند، برای خودش نیز معامله انجام بدهد.

## تعهد به نفع ثالث

مقدمه:

- ⊖ برای شرح این موضوع ابتدا باید اصل نسبی بودن عقود و قراردادهای را بدانیم؛
- ⊖ هر چند در فصل سوم، به این موضوع [اصل نسبی بودن] پرداخته می شود، اما برای درک بهتر «تعهد به نفع ثالث»، در اینجا نیز به آن اشاره می شود.

### اصل نسبی بودن قراردادهای:

- ⊖ طبق این اصل، هر قراردادی که منعقد می شود، فقط بین طرفین و قائم مقام آنها مؤثر است و در مقابل شخص ثالث اثری ندارد؛ نه حتی برای اشخاص ثالث ایجاد می کند و نه تعهدی.
- ماده ۲۳۱: معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است، مگر در مورد [بند دوم] ماده ۱۹۶.

### استثنائات اصل نسبی بودن قراردادهای:

۱. تعهد به نفع ثالث؛
۲. معامله فضولی؛<sup>۱</sup>
۳. قراردادهای جمعی.<sup>۲</sup>

## تعهد به نفع ثالث

- ⊖ همان طور که گفته شد، تعهد به نفع ثالث، استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادهای است؛
- ♣ تعهد به نفع ثالث به دو صورت انجام می پذیرد؛
- به صورت شرط ضمن عقد و یا به صورت یکی از دو عوض.

### تعهد به نفع ثالث به صورت شرط ضمن عقد:

- ⊖ در هر عقدی می توان شرط کرد که یکی از طرفین در مقابل ثالث متعهد باشد. این تعهد را تعهد به نفع ثالث به صورت ضمن عقد گویند. بند دوم ماده ۱۹۶ ق.م.
- ✍ مثال: من ماشینم را به «الف» فروختم به مقدار معین، به شرط این که «الف» علاوه بر پرداخت ثمن توافق شده به من، X مبلغ هم به «ب» [ثالث] بپردازد و یا خانه او را نیز نقاشی کند.

<sup>۱</sup> - برای دیدن توضیح «معاملات فضولی»، به فصل پنجم همین جزوه رجوع شود.

<sup>۲</sup> - برای دیدن توضیح «عقود یا قراردادهای جمعی»، به فصل اول همین جزوه رجوع شود.

## تعهد به نفع ثالث به صورت یکی از دو عوض:

- ☞ در عقود معوض ممکن است یکی از دو عوض، تعهد [دین] به نفع ثالث باشد.<sup>۱</sup>
- ✍ **مثال ۱:** من خانه ام را به «الف» صلح می کنم؛ در مقابل، «الف» باید خانه «ب» را نقاشی کند. یا مقدار معینی پول به او بپردازد.
- ✍ **مثال ۲:** در بیمه عمر، بیمه گذار وجهی را به بیمه گر می دهد و در عوض، بیمه گر متعهد می شود که بعد از مرگ بیمه گذار، وجه معینی به شخص ثالثی بپردازد.

## قبول ثالث در تعهد به نفع او:

- ☞ تعهد به نفع ثالث، استثنا بر اصل نسبی بودن است و چون استثناء است، نیازی به قبول ثالث نیست و همین که عقد منعقد شود شخص ثالث طلبکار می شود؛
- ♣ باین حال ثالث می تواند قبل از انجام تعهد به نفع وی، از قبول آن خودداری کند [رد کند - ایقاع قابل رد]؛ اما اگر قبول کرد دیگر نمی تواند آن را رد کند؛
- ♣ **بنابراین:** قبول ثالث، شرط ایجاد تعهد نیست بلکه شرط لزوم آن است، مانند قبول و رد متولی.
- ☛ تعهد به نفع ثالث همیشه ناشی از «عقد» است؛ اما چون نیازی به قبول ثالث ندارد در مقابل ثالث مانند ایقاع است؛ به عبارتی ماهیتی دوگانه دارد؛ که به آن «ایقاع قابل رد» نیز می گویند.

## تعهد به نفع ثالث به وراثت ثالث نمی رسد:

- ☞ چون تعهد به نفع ثالث قائم به شخص است، به وراثت ثالث نمی رسد. مگر این که خلاف آن شرط شده باشد.<sup>۲</sup>
- ☛ اگر ثالث تعهد مزبور را رد کند، [یا فوت کند، یا ثالث موجود نباشد و ...] و یا به هر دلیلی تعهد به نفع ثالث قابل انجام نباشد، این تعهد از بین نمی رود و باید به نفع طرف دیگر معامله [طرفی که به سود ثالث شرط کرده است] اجرا شود؛ و اگر طرف معامله فوت کرده باشد به سود وراثش [وارث طرف معامله، نه وارث ثالث] اجرا می گردد.

## تفسیر مضیق استثنائات

- ☞ تعهد به نفع ثالث یک استثناء است و استثناء باید تفسیر مضیق بشود؛
- ♣ یعنی نمی توان آن را به موارد مشابه سرایت داد؛ هر چیزی به نفع ثالث قبول می خواهد، به جز تعهد به نفع ثالث؛
- ☛ در نتیجه تملیک [عین] به نفع ثالث نیاز به قبول ثالث دارد.

<sup>۱</sup> - ماده ۷۶۸ ق.م. در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می گیرد متعهد شود که نفقه معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تادیه کند این تعهد ممکن است به نفع طرف مصالحه یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود.

<sup>۲</sup> - ماده ۷۶۹ ق.م. در تعهد مذکوره در ماده قبل به نفع هر کس که واقع شده باشد ممکن است شرط نمود که بعد از فوت منتفع نفقه به وراثت او داده شود.

مثال: من ماشینم را به مقدار معین به «الف» فروختم به شرط این که فرش «الف» به ملکیت «ب» در بیاید. چون فرش «عین معین» است و با انتقال آن، انتقال مالکیت صورت می گیرد و از آنجایی که «تملیک» نیاز به قبول دارد، اگر «ب» تملیک فرش را قبول کند، فرش مال او می شود و اگر رد کند مالک فرش نمی شود.

در مثال فوق: در صورت رد شرط توسط «ب»، فرش به من بر نمی گردد و به عبارتی شرط ممتنع می شود؛ که در این صورت [رد شرط] من حق فسخ دارم.<sup>۱</sup>

### معامله به عین متعلق به غیر

ماده ۱۹۷: در صورتی که ثمن یا مَثْمَن [مبیع] معامله عین متعلق به غیر باشد، آن معامله برای صاحب عین<sup>۲</sup> خواهد بود.<sup>۳</sup>  
معامله فضولی [در عقد تملیکی]<sup>۴</sup> بر دو قسم است:

♣ معامله برای غیر [مالک]؛

♣ معامله برای خود [فضول].

#### معامله برای غیر:

در این نوع معامله فضولی، فضول سوءنیت ندارد، مال مالک را برای خود مالک می فروشد؛  
مثال: شما قصد دارید ماشین خود را بفروشید؛ بدون این که به من اذن [نمایندگی] داده باشید، من برای ماشین شما مشتری پیدا می کنم و خودم آن را می فروشم؛  
در این معامله قصد من خیر است و می خواهم به شما [مالک] در فروش ماشین کمک کنم.  
در این صورت شما می توانید معامله را تنفیذ یا رد کنید؛ یعنی تعیین سرنوشت عقد با مالک است.

#### معامله برای خود:

در این نوع معامله فضولی، ممکن است فضول سوءنیت داشته باشد؛  
برای مثال: ممکن است فضول دزد باشد و مال مالک را برای خود بفروشد؛  
و ممکن است به خاطر شباهت، اشتباهی مال دیگری را به جای مال خود بفروشد.  
در اینجا نیز تعیین سرنوشت عقد با مالک است.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۴۰ ق.م.ا. اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر این که امتناع مستند به فعل مشروطه له [قاعده اقدام] باشد.

<sup>۲</sup> - برای صاحب عین خواهد بود: یعنی معامله غیر نافذ است.

<sup>۳</sup> - این ماده مرتبط با معاملات فضولی است که در فصل پنجم همین جزوه به طور مفصل به آن پرداخته شده است.

<sup>۴</sup> - برای دیدن تعریف معامله فضولی در عقود عهدی، به فصل پنجم همین رجوع شود.

## نتیجه گیری

➤ معامله فضولی به هر نیتی و برای هر کسی که باشد، غیر نافذ و منوط به تنفیذ مالک است.

## وکالت در عقد

ماده ۱۹۸: ممکن است طرفین یا یکی از آنها به وکالت [نماینده] از غیر اقدام بنماید و نیز ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به عمل آورد.

⊕ نمایندگی [وکالت]: در خرید، در فروش و یا در خرید و فروش؛

⊕ این یک نفر [نماینده]، نمی تواند عقد را اقاله کند و همچنین خیار مجلس و حیوان ندارد. رک. فصل آخر همین جزوه (مدنی ۳) و جزوه مدنی ۶.

## معامله با خود

⊖ معامله با خود بر دو نوع است؛

معامله با خود، نوع نخست؛

♣ در این نوع نمایندگی، یک نفر نماینده دو طرف عقد است و به نمایندگی از هر دو طرف عقد را منعقد می نماید؛

✍ برای مثال: در نکاح دو طرف به یک نفر وکالت می دهند که آنها را به تزویج هم در آورد.<sup>۱</sup>

معامله با خود، نوع دوم؛

⊖ در این نوع نمایندگی، یک نفر نماینده دیگری است، در اینجا، نماینده، خود را به عنوان اصیل، به موکل خود معرفی می کند؛

✍ برای مثال، من شما را برای فروش ماشینم وکیل می کنم؛ شما آن را برای خود می خرید.

نکات معامله با خود «نوع دوم»:

⊖ ولی خاص یعنی [ولی قهری (پدر و جد پدری) و وصی] به شرط رعایت مصلحت مولی علیه، می تواند این نوع معامله را انجام بدهند؛ [این مورد درجایی منع نشده است - چیزی که ممنوع باشد، باید در قوانین ذکر شده باشد].

➤ قیم نمی تواند، این نوع معامله را انجام بدهد، اگر انجام بدهد، باطل است.<sup>۲</sup>

➤ عقودی که شخصیت در آنها مهم است، وکیل نمی تواند این نوع معامله را با خود انجام دهد؛ مانند نکاح.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - دقت شود که در عرف عام به چنین کسی [وکیل دو طرف] عاقد می گویند؛ این لفظ برای وکیل اشتباه است. در واقع، «عاقد»، طرفین عقد می باشند، نه وکیل آن ها.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۲۴۰ ق.م.ق: قیم نمی تواند [باطل است] به سمت قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند، اعم از این که مال مولی علیه را به خود منتقل کند یا مال خود را به او انتقال دهد.

<sup>۳</sup> - ماده ۱۰۷۲ ق.م.ق: در صورتی که وکالت به طور اطلاق داده شود، وکیل نمی تواند [غیر نافذ] موکله را برای خود تزویج کند، مگر این که این اذن صریحا به او داده شده باشد.

اما عقودی که در آن‌ها شخصیت طرف معامله مهم نیست، وکیل می‌تواند این نوع معامله را به خود انجام دهد.<sup>۱</sup>

## اشتباه

اشتباه یعنی تصور خلاف واقع؛

### اشتباه در ۴ مورد موجب بطلان عقد است:

- اشتباه در نوع عقد: یکی از طرفین فکر می‌کند اجاره می‌دهد، طرف دیگر فکر می‌کند بیع منعقد می‌کند؛<sup>۲</sup>
- اشتباه در مورد معامله: یکی میز را جهت فروش ایجاب می‌دهد، دیگری به تصور خرید صندلی قبول می‌کند؛
- اشتباه در خود موضوع معامله [اشتباه در وصف اساسی یا صفت جانشین ذات]: مانند طلا بودن در گردنبند؛
- اشتباه در جایی که شخصیت مهم [علت عمده عقد] است: مانند نکاح و عقود مسامحه‌ای.<sup>۳</sup>

### اشتباه در ۵ مورد موجب بطلان نیست: فقط در برخی حق فسخ وجود دارد.

- اشتباه در اوصاف مهم مورد معامله: حق فسخ به وجود می‌آید و خیار آن «خیار تخلف از وصف» می‌باشد؛  
مثال: «بافت کاشان بودن» در فرش، «صفر کیلومتر بودن» در ماشین و.....
- اشتباه در ارزش مورد معامله: در اینجا هم حق فسخ به وجود می‌آید که خیار آن «خیار غبن» می‌باشد؛  
مثال: طرف ماشینی را که ۲۰ میلیون تومان می‌ارزد، به قیمت ۳۰ میلیون تومان می‌خرد.
- اشتباه در انگیزه و داعی: چون انگیزه و داعی در قلمرو عقد قرار نمی‌گیرد، اشتباه در آن، موجبی برای بطلان و یا فسخ به وجود نمی‌آورد؛ مثلاً: در یک معامله، طلا بودن جنس، شرط نبوده، اما شخص تصور می‌کند چیزی که می‌خرد، طلا است.
- اشتباه در جهت [هدف، علت] معامله: شخصی معامله می‌کند که به هدف خاصی برسد، اگر نرسد هیچ لطمه‌ای به عقد نمی‌خورد؛ مثلاً: طرف چند کیلو زعفران به قصد صادرات می‌خرد، اما بعداً مشخص می‌شود که صادرات زعفران ممنوع شده است.
- اشتباه در شخص طرف، جایی که شخصیت مهم نیست: مانند اشتباه در طرف دیگر عقد بیع که هیچ لطمه‌ای به عقد نمی‌خورد.

### اشتباه در نکاح؛ سه حالت دارد که فقط در دو حالت، آن عقد را باطل می‌کند؛

- اشتباه در شخص [هویت جسمانی، هویت فیزیکی، هویت مادی] طرف: باطل است؛ مثلاً ایجاب را به X می‌دهند، Y قبول می‌کند: در این مورد نکاح باطل است؛

<sup>۱</sup> - ماده ۳۷۳ قانون تجارت: اگر حق‌العمل کار مأمور به خرید یا فروش مال‌التجاره یا اسناد تجاری و یا سایر اوراق بهاداری باشد که مظنه بورسی یا بازاری دارد، می‌تواند چیزی را که مأمور به خرید آن بوده خود شخصاً به عنوان فروشنده تسلیم بکند و یا چیزی را که مأمور به فروش آن بوده شخصاً به عنوان خریدار نگاه دارد مگر این که آمر دستور مخالفی داده باشد. [در بیع، شخصیت طرف معامله مهم نمی‌باشد].

<sup>۲</sup> - به آن «اشتباه در ماهیت عقد» هم می‌گویند. رک. تلاقی اراده‌ها - شرح ماده ۱۹۴ ق.م.

<sup>۳</sup> - ماده ۷۶۲ ق.م: اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است.

❖ **اشتباه در شخصیت<sup>۱</sup> [هویت یا وضعیت مدنی] طرف:** مانند این که یک نفر خودش را به جای شخص معروفی قرار دهد.<sup>۲</sup>

❖ **اشتباه در اوصاف:** شخص همان شخص است و شخصیت هم همان، منتها طرف ادعای داشتن وصفی کرده که ندارد، مانند این که بگوید دکترم و در واقع دکتر نباشد. در این مورد طرف دیگر حق فسخ دارد.<sup>۳</sup>

## شرط تبانی

⊖ خصوصياتی است که معمولاً بیان نمی شود، اما بیان شده تلقی می شود.

✍ برای مثال: وقتی به خواستگاری زنی می روند، این طور فرض می شود [یعنی بنا بر این است] که این زن دوشیزه است؛ و وقتی مردی به خواستگاری می رود این طور فرض می شود که او زن دیگری ندارد.

## تعارض اشتباه با تدلیس و غبن

❖ در این تعارض، اشتباه مقدم است و نوبت به تدلیس و غبن نمی رسد:

✍ یعنی اگر کسی بر اثر اشتباه مغبون قرار گیرد و یا فریب بخورد، اشتباه محسوب می شود و حسب مورد نتیجه آن اشتباه، ملاک قرار می گیرد.

ماده ۱۹۹: رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اگر اه [رضای معیوب] موجب نفوذ معامله نیست.

ماده ۲۰۰: اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ [بطلان] معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد.<sup>۴</sup>

ماده ۲۰۱: اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی آورد، مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد.

⊕ منظور از «خلل» در این ماده، «بطلان» است؛<sup>۵</sup>

⊕ واژه علت در این ماده به معنی علت غایی است نه فاعلی؛ ماده ۷۶۵ ق.م. صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است ولی صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است.

## اگر اه و اضطرار

### اگر اه

⊖ اگر اه به دو نوع تقسیم می شود.

<sup>۱</sup> - شخصیت: مجموعه خصوصياتی است که هر شخص را از دیگران متمایز می کند.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۰۶۷ ق.م. تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص [یا شخصیت] طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است.

<sup>۳</sup> - ماده ۱۱۲۸ ق.م. هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.

<sup>۴</sup> - ماده ۳۵۳ ق.م. هرگاه چیز معین به عنوان جنس خاصی [خود موضوع معامله] فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد، بیع باطل است؛ و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد، نسبت به آن بعض باطل است و نسبت به مابقی مشتری حق فسخ [خيار تبعض صفقه] دارد.

<sup>۵</sup> - ماده ۷۶۲ ق.م. اگر در طرف [شخص] مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است.

♣ **اکراه مادی اجبار:** زایل کننده قصد، [قسمت دوم ماده ۱۰۷۰ ق.م.ا]؛<sup>۱</sup>

♣ **اکراه معنوی:** معیوب کننده رضا: [اکراه مندرج در مواد ۲۰۲ تا ۲۰۹ + ماده ۳۴۶ و ۷۶۳ و صدر ماده ۱۰۷۰ ق.م.ا]؛<sup>۲</sup>

## مثال

✂ **در اکراه معنوی** برای مثال، طرف را تهدید می کنند اگر خانهات را نفروشی، پدرت را می کشم! یا اگر ماشینت را به من نفروشی، خانهات را خراب می کنم! و از این قبیل.

✂ **در اکراه مادی** برای مثال، دست و پای طرف را می بندند و می گویند این ورقه<sup>۳</sup> را امضا کن! یا تفنگ را روی سر او می گذارند و می گویند باید ماشینت را به من هبه کنی! و از این قبیل.

## اثر اکراه

✂ **در اکراه معنوی** که قصد را معیوب می کند، عمل حقوقی غیرنافذ است، اما در اجبار عمل وی باطل است.

## متعلق اکراه

👉 **جان و مال [مادی] و آبرو [معنوی].**

## معیار اکراه

🕒 **نوعی یا شخصی؟**

♣ **ماده ۲۰۲ ق.م.ا** ابتدا معیار نوعی را بیان کرده است و سپس معیار شخصی؛

✂ **در صورت اطلاق، باید گفت که معیار شخصی است.**

## شروط اکراه

🕒 **در اکراه دو شرط وجود دارد؛**

♣ **تهدید باید از خارج باشد؛** یعنی تهدید درونی و مربوط به خود فرد نباشد؛ مثلاً فروش اموال به خاطر درمان بیماری نباشد؛

♣ **هدف از تهدید باید انعقاد معامله باشد؛** یعنی تهدیدکننده هدفش این باشد که با تهدید طرف را ملزم به انعقاد عقد کند.

👉 **اگر یکی از دو شرط فوق وجود نداشته باشد، معامله اکراهی نیست، بلکه اضطراری است.**

<sup>۱</sup> - ماده ۱۰۷۰ ق.م.ا: رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره [در اکراه معنوی] بعد از زوال کُره [رضای معیوب] عقد را اجازه کند نافذ است، مگر این که اکراه به درجه ای بوده که عاقد [طرفین عقد] فاقد قصد [اکراه مادی اجبار] باشد.

<sup>۲</sup> - مکره در اکراه معنوی، فرصت فکر کردن [سنجش]، رضا و قصد دارد؛ اما رضای او معیوب است - سندیت رضا داشتن مکره: ماده ۱۹۹ ق.م.ا.

<sup>۳</sup> - یا هر چیزی که برای مجبور شونده تعهد ایجاد می کند.



## مواد مربوط به اکراه<sup>۱</sup>

ماده ۲۰۲: اکراه به اعمالی حاصل می شود که مؤثر در شخص باشعوری [معیار نوعی] بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً [معیار نوعی] قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص [معیار شخصی] باید در نظر گرفته شود.

ماده ۲۰۳: اکراه [معنری] موجب عدم نفوذ معامله است اگرچه از طرف شخص خارجی [ثالث] غیر از متعاملین واقع شود.

ماده ۲۰۴: تهدید طرف معامله در نفس یا جان<sup>۲</sup> یا آبرو یا اقوام نزدیک او از این قبیل زوج و زوجه و آباء<sup>۳</sup> و اولاد، موجب اکراه است. در مورد این ماده تشخیص نزدیکی درجه برای مؤثر بودن اکراه بسته به نظر عرف است.

⊕ به طور کلی زمانی که اراده آدمی نسبت به اکراه معیوب بشود اکراه صورت می گیرد.

ماده ۲۰۵: هرگاه شخصی که تهدید شده است بداند که تهدیدکننده نمی تواند تهدید خود را به موقع اجرا گذارد و یا خود شخص مزبور قادر باشد بر این که بدون مشقت اکراه را از خود دفع کند و معامله را واقع نسازد، آن شخص مکره محسوب نمی شود.

⊕ منظور کلی ماده: اگر در چنین وضعی معامله را واقع بسازد، اکراه محسوب نمی شود؛

⊕ منظور از بدون مشقت: بدون درگیری و نزاع است.

## اضطرار

⊖ همان طور که گفته شد، معامله اضطراری، معامله ای است که؛

➤ یا تهدید درونی است: مثلاً طرف به خاطر این که بیماری اش را درمان کند، خانه خود را می فروشد؛ مانند بیشتر معاملات روزمره مردم؛<sup>۴</sup>

➤ یا هدف از تهدید انعقاد معامله نیست: مثلاً تهدیدکننده فلان مبلغ پول طلب می کند و تهدید شونده برای تهیه این پول، ماشین خود را می فروشد.

## اثر اضطرار

⊖ معامله اضطراری، طبق ماده ۲۰۶ ق.م. صحیح می باشد؛

➤ اما سوءاستفاده از اضطرار، اکراه محسوب می شود.

<sup>۱</sup> - توجه: در صورتی که مکره فوت کند، اجازه یا رد با وراث او است؛ هم در عقود عهده و هم در عقود تملیکی.

<sup>۲</sup> - دکتر شهبازی: منظور این ماده از «جان»، مال است.

<sup>۳</sup> - آباء: یعنی پدر و مادر به بالا.

<sup>۴</sup> - امروزه، اکثر معاملات مردم، اضطراری هستند.

✍ **مثال:** شخصی به خاطر درمان بیماری خانه خود را برای فروش می گذارد، شخصی با «جوسازی» به او می گوید که بازار خراب است و خودم به خاطر رضای خدا خریدارم و از این حرف ها...؛ و به این صورت خانه را به قیمت کمتر از بازار روز، از او می خرد؛

♣ در اینجا، مشتری سوءاستفاده کرده است و معامله اکراهی محسوب می شود و غیرنافذ.

ماده ۲۰۶: اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند مگره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود.

## الزام به حکم قانون

👉 نمی توان در مقابل الزام به حکم مقام صالح، مقاومت کرد. در صورت مقاومت، اکراه و اجبار محسوب نمی شود.

👉 مثل فروش مال رهنی توسط دادگاه برای اخذ طلب مرتهن؛ درجایی که مدیون از پرداخت بدهی خود که دارای وثیقه است، امتناع بورزد، طلبکار [مرتهن] وثیقه را توسط دادگاه به فروش می رساند تا به طلب خود برسد.

ماده ۲۰۷: ملزم شدن شخص به انشاء معامله به حکم مقامات صالحه قانونی اکراه محسوب نمی شود.

## ترس

👉 به صرف ترس، نمی توان آن را اکراه یا اجبار دانست؛ بلکه برای اکراه باید تهدید واقعی صورت بگیرد؛

✍ مثلاً طرف پیش خودش فکر می کند: باید ایجاب فلانی را قبول کند و این طور تصور می کند که اگر قبول نکند، ممکن است فلانی [ایجاب دهنده] به او ضرر مادی یا معنوی بزند! [توهم صرف].

ماده ۲۰۸: مجرد خوف از کسی، بدون آن که از طرف آن کسی تهدیدی شده باشد، اکراه محسوب نمی شود.

## تنفیذ

✍ معاملات اکراهی [اکراه معنوی] که در آن رضا معیوب است، با تنفیذ مکره درمان می شوند؛

✍ به عبارتی عیب رضا رفع می شود.

ماده ۲۰۹: امضای معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۲۵۸ ق.م. نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و هم چنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود؛

\* ماده ۲۵۳ ق.م. در معامله فضولی، اگر مالک قبل از اجازه یا رد فوت نماید، اجازه یا رد با وارث است.

### اثر معاملات اکراهی و اضطراری

معاملات اکراهی:	اکراه معنوی:	رضا معیوب است: غیر نافذ و منوط به تنفیذ مکره.
معاملات اضطراری:	اکراه مادی [اجبار]:	چون قصد از بین رفته است: <b>باطل</b> است.
معاملات اضطراری:	معامله اضطراری:	معامله <b>صحیح</b> است.
معاملات اضطراری:	سوءاستفاده از اضطرار:	در حکم اکراه و غیر نافذ است.
انشای معامله، با الزام به حکم قانون:	اکراه محسوب نمی شود.	
انشای معامله به صرف ترس:	اکراه محسوب نمی شود.	
اکراه در ایقاعات:	موجب عدم نفوذ ایقاع است.	

## مبحث دوم: اهلیت طرفین

### تعریف

➤ به کسی که اهلیت داشته باشد، «اهل» و به کسی که اهلیت نداشته باشد، «محجور» می گویند.

### گروه محجورین

➤ صغیر، مجنون و سفیه.

### صغیر

- صغیر کسی است که زیر سن بلوغ قرار دارد.<sup>۱</sup>
- سن بلوغ برای دختر ۹ سال و برای پسر ۱۵ سال قمری است؛
- صغیر ممیز: صغیری که معنای بعضی از چیزها را می فهمد و ارزش پول را درک می کند. سن خاصی برای صغیر ممیز تعیین نشده است: تعیین آن با دادگاه است.<sup>۲</sup>
- صغیر غیر ممیز: کسی که معنا و ارزش پول را نمی داند. سن خاصی برای غیر ممیز نیز در نظر گرفته نشده است.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۲۱۰ ق.م. هیچ کس را نمی توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آن که عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.

تبصره ۱: سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.

تبصره ۲: اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.

<sup>۲</sup> - در مواقع شک، بین صغیر ممیز و غیر ممیز، اصل این است که صغیر غیر ممیز است. [اصل استصحاب].

## مجنون

مجنون کسی است که عقل ندارد: به دو گروه تقسیم می شود: ادواری و دائمی.

## سفیه

کسی که هم بالغ است و هم عاقل؛ اما در امور مالی چیزی نمی داند؛<sup>۱</sup>

به عبارتی عقل معاش ندارد.

## وضعیت حقوقی معاملات مجبورین

### مجنون دائمی و صغیر غیرممیز:

کلیه معاملات مجنون دائمی<sup>۲</sup> و صغیر غیرممیز<sup>۳</sup> باطل است؛ چون این دو قصد ندارند.

### صغیر ممیز:

معاملات معوض: غیر نافذ و منوط به تنفیذ ولی او است؛

تملکات بلاعوض: صحیح است؛ زیرا کاملاً به سود آنها است [بند دوم ماده ۱۲۱۲]؛

تملیکات بلاعوض: باطل است؛ مثال: می تواند هبه قبول کند، اما نمی تواند مالی را هبه کند.

امور غیرمالی: مطابق ماده ۱۰۴۱ ق.م. غیر نافذ و منوط به اذن ولی او است.<sup>۴</sup>

### سفیه:

معاملات معوض: غیر نافذ و منوط به تنفیذ ولی او است؛

تملکات بلاعوض: صحیح است؛ زیرا کاملاً به سود آنها است؛

تملیکات بلاعوض: باطل است؛

امور غیرمالی: نافذ و صحیح است؛

مثال: می تواند ازدواج کند، طلاق بدهد [یا طلاق بگیرد]،<sup>۵</sup> هبه قبول کند، اما نمی تواند مالی را هبه کند.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۱۲۰۸ ق.م. غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوقی مالی خود عقلایی نباشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۲۱۳ ق.م. مجنون دائمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمی تواند هیچ تصرفی در اموال و حقوق مالی خود بنماید ولو با اجازه ولی یا قیم خود. لکن اعمال حقوقی که مجنون ادواری در حال افاقه نماید نافذ است مشروط بر آن که افاقه او مسلم باشد.

<sup>۳</sup> - ماده ۱۲۱۲ ق.م. اعمال و اقوال صغیر [غیرممیز]، تاحدی که مربوط به اموال و حقوق مالی او باشد، باطل و بلا اثر است؛ مع ذلک صغیر ممیز می تواند تملک بلاعوض کند: مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیات مباحات.

<sup>۴</sup> - ماده ۱۰۴۱ ق.م. عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال شمسی، منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت یا تشخیص دادگاه صالح.

<sup>۵</sup> - نکته: نکاح و طلاق شامل تصمیم راجع به مهریه نمی باشد.

<sup>۶</sup> - ماده ۱۲۱۴ ق.م. معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر با اجازه ولی یا قیم او، اعم از آن که این اجازه قبلاً داده شده باشد یا بعد از انجام عمل و مع ذلک تملکات بلاعوض، از هر قبیل که باشد بدون اجازه هم نافذ است.

## مبنون ادواری

- ❖ در حال افاقه: تمام معاملات وی صحیح و نافذ است؛
- ❖ در حال جنون: تمام معاملات وی باطل و بلااثر است؛
- ❖ هرگاه شک کنیم که معاملات وی در زمان افاقه بوده یا در زمان جنون: باید اصل را بر بقای جنون گذاشت و «در حال افاقه بودن» باید توسط مدعی ثابت بشود [اصل استصحاب].

## تعارض

- ⊗ ماده ۱۲۱۰ با تبصره خود [تبصره ۲] تعارض دارد؛
  - ⊗ ماده بیان می کند: طرف رشید است؛ اما تبصره رشید بودن را نقض می کند!
- ماده ۱۲۱۰: هیچ کس را نمی توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آن که عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.
- تبصره ۱: سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.
- تبصره ۲: اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.**

## رفع تعارض

- ⊙ رویه به این صورت است ۵:
- ✍ کسی که به سن رشد [۱۸ سال شمسی] رسیده باشد، نیازی به ثبوت رشد خود ندارد و رشید محسوب است؛ مدعی باید خلاف آن را ثابت نماید.
- ✍ افرادی که سن آنها کمتر از ۱۸ سال شمسی است،<sup>۱</sup> می توانند در دادگاه رشد خود را ثابت کنند؛ یعنی این افراد [کمتر از ۱۸ سال]، غیر رشید محسوب می شوند مگر این که رشد خود را ثابت کرده باشند.

## مواد مربوط به اهلیت:

- ماده ۲۱۰: متعاملین باید برای معامله اهلیت [استیفا] داشته باشند.
- ماده ۲۱۱: برای این که متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند.
- ⊕ اهل محسوب شوند: یعنی محجور نباشند و صلاحیت اجرای حقوق خود را داشته باشند.
- ماده ۲۱۲: معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است. **X اجمال دارد.**
- ماده ۲۱۳: معامله محجورین نافذ نیست. **X اجمال دارد.**

<sup>۱</sup> - منظور افرادی است که صغیر نیستند، رشید هم نمی باشند؛ یعنی افرادی که سن آنها بین سن بلوغ و سن رشد قرار دارد.

«وضعیت حقوقی معاملات مجبورین»				
مجبورین	تملکات بلاعوض	تملیکات بلاعوض	معاملات معوض	«توضیحات»
مجبورین دائمی	باطل	باطل	باطل	همه اعمال حقوقی وی باطل است.
مجبورین ادواری در حال افاقه	صحیح	صحیح	صحیح	اصل بر جنون مجنون ادواری است.
مجبورین ادواری در حال جنون	باطل	باطل	باطل	همه اعمال حقوقی وی باطل است.
صغیر غیر ممیز	باطل	باطل	باطل	همه اعمال حقوقی وی باطل است.
صغیر ممیز	صحیح	باطل	غیر نافذ	امور غیر مالی او، غیر نافذ است.
سفیه [غیر رشید]	صحیح	باطل	غیر نافذ	امور غیر مالی او، صحیح است.

## مبحث سوم: مورد معامله

### مورد معامله

♣ اگر مورد تعهد، مال باشد، عقد تملیکی است؛

♣ اگر مورد تعهد، عمل باشد عقد عهدهی است.

ماده ۲۱۴: مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می کنند.

⊕ در موردی که مورد معامله عمل است، ممکن است، تعهد به فعل و یا تعهد ترک فعل باشد.

### شرایط مورد معامله

♣ مالیت داشتن: ارزش دادوستد داشتن بر مبنای عرف.

♣ منفعت عقلایی داشتن: برای مثال، مالی که برای مهریه تعیین می شود نمی تواند صد کیلو بال مگس باشد!

♣ منفعت مشروع داشتن: برای مثال موضوع تعهد نمی تواند کشتن شخصی، یا تخریب اموال عمومی و از این قبیل باشد.

ماده ۲۱۵: مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی<sup>۱</sup> مشروع باشد.<sup>۲</sup>

⊕ هر چند که مال حبس شده [وقف] مالیت دارد، اما معامله آن درست نیست، مگر در موارد خاصه.

### معلوم بودن مورد معامله

ماده ۲۱۶: مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

<sup>۱</sup> - منفعت عقلایی، یعنی چیزی که سود آن، بیش از زیان آن باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۴۸ ق.م.ق: بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است، مگر این که مشتری خود قادر بر تسلّم باشد.

## معلوم بودن مورد معامله

- ❖ ماده ۲۱۶ ق.م. بیان کرده است که مورد معامله مبهم نباشد؛
- ❖ منظور از مبهم نبودن، این است که مورد معامله هم معین باشد و هم معلوم؛
- ❖ معلوم در مقابل مجهول [یعنی مجهول نباشد] و معین در مقابل مردد [یعنی مردد نباشد]؛

### معلوم باشد:

❖ یعنی: مقدار، جنس و وصف آن مشخص باشد؛ اگر این موارد مشخص باشد معامله صحیح است، در غیر این صورت معامله مجهول و باطل است.

➡ ماده ۳۴۲ ق.م: مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل [پیمانه] یا عدد یا زرع [معیار مساحت سنتی] یا مساحت یا مشاهده [رویتی - چشمی] تابع عرف بلد است.

### معین باشد:

- ❖ منظور از معین بودن مورد معامله این است که مصداق آن دقیقاً مشخص باشد. [این] یا «آن» نباشد؛
- ❖ یعنی مورد معامله بین چند مورد مردد نباشد؛ اگر مردد باشد، معامله باطل است.
- ➡ ماده ۴۷۲ ق.م: عین مستأجره باید [معلوم و] معین باشد و اجاره عین مجهول یا مردد باطل است.
- ➡ ماده ۶۹۴ ق.م: علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می نماید شرط نیست، بنابراین، اگر کسی ضامن دین شخص شود بدون این که بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است؛ لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.

### شرح ذیل ماده ۲۱۶ ق.م.

- ❖ «مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است».
- ✍ یعنی در برخی از عقود لازم نیست که مورد معامله کاملاً معلوم باشد؛
- ✍ به عبارت دیگر به علم تفصیلی در این عقود، نیازی نیست و علم اجمالی کفایت می کند؛
- ✍ علم تفصیلی برای عقود مغایه ای و علم اجمالی برای عقود مسامحه ای لازم است؛
- ✍ در عقود مسامحه ای طرفین قصد سودجویی ندارند و به همین دلیل علم اجمالی کفایت می کند؛
- ✍ اما در عقود مغایه ای، طرفین قصد سودجویی دارند و به دلیل این که دچار غبن<sup>۱</sup> نشوند، به علم تفصیلی نیاز دارند.
- ➡ ماده ۷۶۱ ق.م: صلحی که در مورد تنازع یا مبنی به تسامح باشد قاطع بین طرفین است و هیچ یک نمی تواند آن را فسخ کند اگر چه به ادعای غبن باشد، مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار [خیار شرط].

<sup>۱</sup> - برای دیدن توضیحات بیشتر، رک. جزوه مدنی «۶».

## نکته:

در تمام عقود، چه مغایره و چه مسامحه، مورد معامله باید معین باشد؛ یعنی مردد نباشد. البته به جز جعاله که در آن ممکن است عمل و کیفیات آن نامعلوم باشد.<sup>۱</sup>

## مبحث چهارم: جهت معامله

- 🕒 جهت معامله هدف مستقیمی است که هر طرف بعد از معامله می خواهد به آن برسد؛
- ♣️ جهت معامله جنبه شخصی دارد و نسبت به هر کسی متفاوت است؛ با جهت تعهد متفاوت است.
- ♣️ جهت تعهد یا سبب تعهد یا علت تعهد، جنبه نوعی دارد و در تمام معاملات مشابه و یکسان است.
- ♣️ جهت تعهد: برای مثال در بیع، مشتری ثمن را پرداخت می کند که مبیع را بگیرد و با بیع مبیع را می دهد که ثمن را بگیرد؛ این را جهت تعهد بیع می گویند.

## مشروع بودن جهت معامله

- 🕒 جهت معامله لازم نیست بیان بشود [چون شخصی است]، اما اگر بیان بشود، باید مشروع باشد؛

معامله با جهت نامشروع، ۳ حالت دارد:<sup>۲</sup>

- ♠️ جهت معامله نامشروع و در عقد بیان شده است: عقد باطل است؛<sup>۳</sup>
- ♠️ جهت معامله نامشروع است و بیان هم نشده، اما طرف معامله از نامشروع بودن جهت آن خبر دارد: عقد باطل است: بیان کردن مهم نیست، مهم اطلاع داشتن طرف معامله است؛
- ♠️ جهت معامله نامشروع است؛ بیان نشده و طرف معامله هم از نامشروع بودن جهت آن خبر ندارد: معامله صحیح است.

ماده ۲۱۷: در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد والا معامله باطل است.

## معاملات صوری

- 🕒 معامله ای که در آن، طرفین قصد انجام معامله ندارند؛ یعنی معامله ای که ظاهراً معامله است؛
- 🕒 معاملات صوری به دلیل این که طرفین قصد ندارند، به هر انگیزه ای که باشد باطل هستند.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۶۴ ق.م. در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد. [جعاله مبتنی بر مسامحه است، اما مجانی نیست].

<sup>۲</sup> - جهت نامشروع: مثلاً شخصی خانه ای اجاره می کند که در آن قمارخانه راه بیندازد!

<sup>۳</sup> - ماده ۶۶ ق.م. وقف بر مقاصد غیرمشروع باطل است.



## اقسام معاملات صوری؛

⊖ معاملات صوری ممکن است به قصد فرار از دین باشند و ممکن است چنین نباشد.

## معامله به قصد فرار از دین

⊖ در این معاملات، مدیون برای این که دین خود را پرداخت نکند، اموال خود را به شخصی که از قصد او آگاه است انتقال می دهد؛

⊖ در این معاملات طرفین قصد معامله دارند؛ یعنی مدیون واقعاً می خواهد اموالش را بفروشد.

ماده ۲۱۸: هر گاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است.

تکلیف معامله به قصد فرار از دین<sup>۱</sup>

➤ همان طور که گفته شد، معامله صوری به هر قصدی باشد باطل است؛ خواه به قصد فرار از دین، خواه قصد دیگر.

➤ در اینجا ما به دنبال معامله ای هستیم که به قصد فرار از دین باشد و صوری نباشد؛

➤ یعنی معامله ای که در آن طرفین قصد دارند و واقعاً می خواهند مالی را انتقال بدهند.

➤ با توجه به این که ماده ۲۱۸ ق.م. ابهام دارد، از ماده ۲۱ قانون محکومیت های مالی وام می گیریم؛

## «از قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۷۷»

ماده ۲۱ - انتقال مال به دیگری به هر نحو به وسیله مدیون با انگیزه فرار از ادای دین به نحوی که باقیمانده اموال برای پرداخت دیون کافی نباشد، موجب حبس تعزیری یا جزای نقدی درجه شش یا جزای نقدی معادل نصف محکوم به یا هر دو مجازات می شود و در صورتی که منتقل الیه نیز با علم به موضوع اقدام کرده باشد در حکم شریک جرم است. در این صورت عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال گیرنده به عنوان جریمه اخذ و محکوم به از محل آن استیفاء خواهد شد.

⊕ در صورت جهل خریدار، نمی توان از مال و اموال او برداشت کرد؛

⊕ در معامله به قصد فرار از دین، علم خریدار مفروض نیست.

## طبق این ماده [۲۱]:

♣ هر گاه مدیون به قصد از فرار از دین مال خود را بفروشد، مجرم است و مجازات دارد؛

♣ خریدار هم اگر به موضوع عالم باشد، در حکم شریک جرم است و مجازات مباشر جرم را دارد؛

<sup>۱</sup> - معامله به قصد فرار از دین، در قانون قدیم [ماده ۱۸ مصوب ۱۳۰۷]، غیر نافذ بود.

♣ در این صورت: طلبکار به خریدار رجوع می کند؛

♣ اگر اصل مال در ید خریدار موجود بود، به حکم قانون آن را توقیف می کند؛

👉 اما اگر مال در ید خریدار نبود،<sup>۱</sup> طلبکار از مابقی اموال خریدار تا به میزان آن مال،<sup>۲</sup> از اموال خریدار بر می دارد.

## نتیجه گیری

👉 با توجه به توضیحات فوق: معامله به قصد فرار از دین، بین طرفین عقد، صحیح است اما در مقابل طلبکار قابل استناد نمی باشد.

👉 استثناء: وقف به قصد فرار از دین همچنان غیر نافذ است.<sup>۳</sup>

ماده ۲۱۸ مکرر: هرگاه طلبکار به دادگاه دادخواست داده، دلایل اقامه نماید که مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه می تواند قرار توقیف اموال وی را به میزان بدهی او صادر نماید که در این صورت بدون اجازه دادگاه حق فروش اموال را نخواهد داشت.

★ حکم این ماده ویژه «فروش» نیست و شامل صلح (اعم از معوض و غیر معوض) و همه و وقف نیز می شود. به بیان دیگر، هر معامله که مالکیت مدیون را به زیان طلبکاران از بین ببرد و از وثیقه عمومی آنان بکاهد مشمول آن قاعده است؛

★ رویه قضایی می تواند حکم این ماده را به معاملاتی که دارایی مدیون را به خطر می اندازد و در غایت به انتقال آن می انجامد (مانند رهن به قصد فرار از دین) سرایت دهد. هم چنین است در مورد ابراء به قصد فرار از دین.

★ تأمین مقرر در این ماده در موردی هم که طلب مؤجل و مستند آن سند عادی است. قابل اعمال به نظر می رسد: چون حق او در معرض تضییع قرار گرفته است؛

★ از مفاد این ماده نیز چنین برمی آید که معامله به قصد فرار از دین، اگر صوری نباشد نافذ است. ولی از جمع ماده ۲۱ قانون محکومیت های مالی یا قانون مدنی و تأیید اصل ۴۰ قانون اساسی استنباط می شود که چنین معامله ای در برابر طلبکاران قابل استناد نیست؛

★ تأمین مقرر در این ماده در موردی هم که طلب مؤجل است قابل اعمال به نظر می رسد؛ زیرا آنچه در این ماده پیش بینی شده نوعی تأمین است که در طلب مؤجل نیز، اگر در معرض تضییع یا تفریط قرار گیرد می توان از دادگاهها تقاضای تأمین کرد.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - مثلاً او هم مال را انتقال داده باشد و یا آن را تلف کرده باشد و ...

<sup>۲</sup> - به میزان مال انتقال داده شده و نه به میزان طلب خود.

<sup>۳</sup> - ماده ۶۵ ق.م: صحت وقفی که به علت اضرار دین واقع شده باشد منوط به اجازه دین است.

<sup>۴</sup> - استثنائاً ذیل این ماده، حاشیه های دکتر کاتوزیان آمده است. این کار صرفاً جهت یادآوری این مطلب است که ضمن مطالعه این جزوه، مطالعه حاشیه های فوق نیز فراموش نشود.

# فصل سوم

## «اثر معاملات»

### مبحث اول: قواعد عمومی

#### شرح دو اصل

#### اصل لزوم

هر گاه شک کنیم<sup>۱</sup> عقدی جایز است یا لازم، باید گفت طبق اصل لزوم، لازم است.

ماده ۲۱۹: عقود که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

#### اصل نیروی الزام آور عقد

طبق این اصل، هر عقدی که منعقد شد، اعم از لازم و جایز، باید اجرا شود و به بهانه جایز بودن نمی توان آن را اجرا نکرد؛

- عقد جایز را می توان فسخ کرد، اما تا زمانی که فسخ نشده است باید اجرا شود؛
- از لفظ «لازم الاتباع» در ماده فوق، دو اصل مذکور، به دست آمده است.

#### عقود طرفین را به چه چیزی ملزم می کند؟

- ✍ آنچه که طرفین در عقد، گفته و یا ذکر کرده اند، ملزم به رعایت آن هستند؛
- ✍ هر آنچه که عرف می گوید؛ یعنی موردی ممکن است در قرارداد به آن اشاره ای نشود، اما طبق عرف محل، آن مورد باید رعایت بشود؛
- ✍ هر آنچه که قانون بیان می کند. اعم از قانون امری و قانون تکمیلی.

<sup>۱</sup> - یعنی جواز آن عقد در قانون ذکر نشده باشد؛ چون «لازم بودن عقود» اصل است [ماده ۱۱۹ ق.م.ا]، جایز بودن نیاز به تصریح دارد.

ماده ۲۲۰: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند.<sup>۱</sup>

## قانون امری

- ⊖ قانونی است که باید اجرا بشود و طرفین نمی توانند خلاف آن توافق کنند؛ توافق خلاف آن باطل است.
- مثال ۱: در نکاح دائم، نفقه زن با شوهر است [ماده ۱۱۰۶ ق.م.ا.]. به هیچ وجه نمی توان خلاف این توافق کرد.
- مثال ۲: در نکاح دائم، اختیار طلاق با مرد است و نمی توان این حق را از مرد گرفت؛ البته می توان به زن وکالت در طلاق<sup>۲</sup> داد؛ همان طور که در وکالت می خوانیم، دادن نیابت به وکیل، اختیار موکل را از بین نمی برد.

## قانون تکمیلی یا تخییری

- ⊖ قانونی است که طرفین می توانند برخلاف آن توافق کنند؛ در صورت توافق، این قانون اجرا نمی شود؛
- ⊖ اما اگر توافق برخلاف آن صورت نگیرد، باید همانند قانون امری اجرا بشود.
- مثال ۱: در نکاح، اختیار تعیین مسکن با شوهر است [ماده ۱۱۱۴ ق.م.ا.]. چون این یک قانون تکمیلی است، طرفین می توانند این اختیار را به زن بدهند، به طوری که از مرد چنین حقی سلب بشود.
- مثال ۲: در بیع مبیع باید در محل عقد تسلیم بشود؛<sup>۳</sup> چون این یک قانون تکمیلی است، طرفین می توانند توافق کنند که مبیع جای دیگری تحویل خریدار بشود.

## نکته:

- از عبارتی مانند: «مگر این که برخلاف آن توافق شود» می توان در بسیاری از موارد، «قوانین تکمیلی» را شناخت؛
- مواردی از قانون وجود دارد که اختیاری یا تکمیلی بودن آن مورد اختلاف است؛ مانند ماده ۶۹۸ ق.م.ا.<sup>۴</sup>

### ۱- مواد مرتبط:

- \* ماده ۲۲۵ ق.م.ا. متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است؛
- \* ماده ۳۵۷ ق.م.ا. هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی شود، مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد؛
- \* ماده ۳۵۹ ق.م.ا. هرگاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد، آن شیئی داخل در بیع نخواهد بود، مگر این که تصریح شده باشد.
- <sup>۲</sup> - عرف عام به اشتباه آن را «حق طلاق» می گویند.
- <sup>۳</sup> - ماده ۳۷۵ ق.م.ا. مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است، مگر این که عرف و عادت، مقتضای تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد.
- <sup>۴</sup> - ماده ۶۹۸ ق.م.ا. بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.

## تقدم قوانین

- ⊖ قانون امری بر همه چیز مقدم است؛ هم بر توافق طرفین و هم بر عرف و عادت؛
- ⊖ توافق طرفین هم بر عرف و هم بر قانون تکمیلی مقدم است؛
- ⊖ عرف بر قانون تکمیلی مقدم است؛ زیرا عرف همان توافق ضمنی طرفین محسوب است. [ماده ۲۲۵ ق.م.]

### اولویت بر اساس ترتیب:

۱. قانون امری؛
۲. قرارداد؛
۳. عرف؛
۴. قانون تکمیلی.

ماده ۲۲۵: متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است.<sup>۱</sup>

### مثال برای تقدم قوانین

- طبق قانون مبیع باید در محل عقد تسلیم بشود؛ اما در عرف مصالح فروشان، مبیع را در محل ساختمان تحویل می دهند؛ یعنی در این مورد، عرف با قانون [تکمیلی] تعارض دارد؛ و عرف مقدم است.

## مسئولیت

- ⊖ مسئولیت یعنی الزام به جبران خسارت؛ و بر دو نوع است:
- ♣ مسئولیت قراردادی؛
- ♣ مسئولیت غیرقراردادی.<sup>۲</sup>

### ۱ - مواد مرتبط:

- \* ماده ۲۲۰ ق.م: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند.
- \* ماده ۳۴۴ ق.م: اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده [یعنی عقد مطلق بوده] یا برای تسلیم مبیع یا تادیه قیمت موعدی [اجل] معین نگشته باشد، بیع قطعی و ثمن [و مبیع] حال محسوب است، مگر این که بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتي وجود شرطی یا موعدی معهود [معمول] باشد، اگر چه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد.
- \* ماده ۳۵۶ ق.م: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت [عرف و عادت محل] جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قراین 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.
- \* ماده ۶۷۶ ق.م: حق الوکاله وکیل تابع قرارداد [اجرت المسمی] بین طرفین خواهد بود؛ و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرار داد نباشد، تابع عرف و عادت [اجرت المسمی: ماده ۲۲۵] است؛ و اگر عادت مسلمی نباشد، وکیل مستحق اجرت المثل است.

<sup>۲</sup> - مسئولیت غیرقراردادی، بحث حقوق «مدنی ۴»، است. رک. «جزوه مدنی ۴».

## مسئولیت قراردادی

➤ **مسئولیت قراردادی** یعنی قراردادی وجود دارد که در آن، تعهد وجود دارد؛<sup>۱</sup> حال اگر یکی از طرفین از تعهد مزبور تخلف کند، مسئولیت قراردادی به وجود می آید.

### چه مسئولیتی قراردادی است؟

- برای این که یک مسئولیت، مسئولیت قراردادی تلقی بشود، جمع سه شرط لازم است؛
- یعنی سه شرط باید همزمان و باهم وجود داشته باشد تا مسئولیت قراردادی به وجود بیاید.
- در غیر این صورت [یعنی در صورت نبودن شروط]، مسئولیت غیر قراردادی است؛
- ♣ **شروط عبارتند از:** وجود قرارداد، تخلف از تعهد ناشی از قرارداد و ورود خسارت به طرف قرارداد.

### شرایط مسئولیت قراردادی

#### وجود قرارداد:

- ♣ **اولین شرط** مسئولیت قراردادی این است که بین زیان دیده و واردآورنده زیان، قراردادی وجود داشته باشد؛
- اگر دو نفر در خیابان با ماشین تصادف کنند، مسئولیت قراردادی نیست.

#### تخلف از تعهد ناشی از قرارداد:

- ♣ وجود قرارداد به تنهایی کافی نیست، بلکه باید ناشی از قرارداد تخلف بشود؛
- **مثال:** اگر موجر و مستأجر [بین آنها قرارداد اجاره وجود دارد]، در خیابان با ماشین تصادف کنند، این تصادف ناشی از قرارداد نیست و غیر قراردادی است؛<sup>۲</sup> چون از تعهد تخلف نکرده است و تصادف ربطی به قرارداد اجاره ندارد.

#### ورود خسارت به طرف قرارداد:

- ♣ **ورود خسارت** باید علاوه بر این که ناشی از قرارداد باشد، به طرف قرارداد خسارت وارد بشود تا مسئولیت قراردادی رخ بدهد؛
- **مثال:** اگر متعهد از تعهدش تخلف کند، اما این تخلف به طرف قرارداد خسارتی نرساند [به ثالث خسارت نرساند]، مسئولیت قراردادی نیست.

<sup>۱</sup> - توجه: تعهد، الزاماً ناشی از قرارداد نیست.

<sup>۲</sup> - مثال برای مسئولیت قراردادی در اینجا: مثلاً مستاجر از خانه مراقبت ننماید و عدم مراقبت باعث ترکیدن لوله آب بشود.

## فایده بحث

- فایده تشخیص مسئولیت قراردادی از مسئولیت غیرقراردای، در «بار اثبات» است؛
- در مسئولیت قراردادی، زیان دیده معمولاً [نه همیشه] لازم نیست تقصیر متخلف را ثابت کند؛
- اما در مسئولیت غیرقراردادی، زیان دیده معمولاً باید تقصیر را ثابت کند.

### متخلف «در مسئولیت قراردادی» در چه صورتی مسئول است؟

- متخلف در صورتی مسئول است که یکی از سه شرط مندرج در ماده ۲۲۱ ق.م. وجود داشته باشد؛
- یا جبران خسارت تصریح شده باشد؛ یعنی در عقد نوشته باشند: در صورت تخلف، متخلف خسارت پردازد؛
- یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد؛ که معمولاً این چنین است؛
- یا برحسب قانون موجب ضمان [مسئولیت] باشد؛ بند آخر ماده ۲۲۱، شرح آن در ماده ۲۲۸ ق.م.

ماده ۲۲۱: 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 این که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان [مسئولیت] باشد.

ماده ۲۲۸: در صورتی که موضوع تعهد تأدیه وجه نقدی [پول] باشد، حاکم می تواند با رعایت ماده ۲۲۱ مدیون را به جبران خسارت حاصله از تأخیر در تأدیه دین محکوم نماید.

اجرای تعهد به هزینه مدیون:

ماده ۲۲۲: در صورت عدم ایفای تعهد با رعایت ماده فوق [۲۲۱] حاکم می تواند به کسی که تعهد به نفع او [مشروط له] شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تأدیه مخارج آن محکوم نماید.

➤ این ماده شامل شرط فعل هم می شود. در فصل چهارم [شروط ضمن عقد]، ضمن شرح ماده ۲۳۸ ق.م. به آن پرداخته می شود.

## قاعده صحت<sup>۲</sup>

➤ طبق این اصل، هر معامله ای که واقع می شود محمول بر صحت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۳۸ ق.م. هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.

<sup>۲</sup> - قاعده صحت [اصل صحت] اماره است؛ اماره بر صحیح بودن عقود.

## نکات قاعده صحت

### نکته ۱:

- ⊖ هر گاه در وقوع ظاهری عقد شک بشود، این قاعده اجرا نمی‌شود؛<sup>۱</sup> قاعده صحت درجایی اجرا می‌شود که حداقل در وقوع ظاهری عقد تردید نداشته باشیم؛
- مثال: یک طرف گفت فروختم و دیگری هم گفت خریدم؛ در اینجا اصل صحت بر بیع جاری است؛ اما اگر ما متوجه نشویم که چه چیزی گفته‌اند و در وقوع عقد تردید داشته باشیم، اصل را بر صحت نمی‌دانیم، چون هنوز نمی‌دانیم که عقد صورت گرفته است یا خیر.

### نکته ۲:

- ⊖ هر گاه عقدی وجود داشته باشد و شک داشته باشیم که آیا این عقد مخالف قانون است یا خیر؟ در این صورت اصل را بر صحت آن می‌گذاریم.<sup>۲</sup>

### نکته ۳:

- ⊖ هر گاه عقدی وجود داشته باشد که با قانون مخالف [مخالف کامل] است؛ و نمی‌دانیم که مخالف کدام قانون است؟ امری یا تکمیلی؟
- ➔ در این صورت بازهم اصل را بر صحت آن می‌گذاریم؛ یعنی در مواقع شک، قانونی که از آن تخلف شده است را قانون تکمیلی می‌دانیم.

### نکته ۴:

- ⊖ یک نفر بر روی مال دیگری، معامله‌ای انجام می‌دهد و ما نمی‌دانیم که معامل، نماینده مالک بوده است یا خیر؟<sup>۳</sup>
- ➔ در اینجا قاعده صحت اجرا نمی‌شود؛ به دلیل اصل عدم ولایت.
- ➔ زیرا: اصل این است که هیچ کس نماینده فرد دیگری نیست، مگر این که نمایندگی او ثابت بشود.

ماده ۲۲۳: هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر این که فساد [بطلان] آن معلوم شود.

## معنی عرفی الفاظ

- ⊖ از آنجایی که عوام، اهل عرف هستند،<sup>۴</sup> الفاظ آن‌ها هم طبق عرف ترجمه می‌شود؛
  - مثال: مردم به عاریه، می‌گویند قرض؛ به نکاح موقت، می‌گویند صیغه؛ و از این قبیل.
- ماده ۲۲۴: الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه.

<sup>۱</sup> - یعنی قاعده صحت در جایی اعمال می‌شود که عرفاً عقدی واقع شده باشد.

<sup>۲</sup> - اگر مخالف قانون [امری] باشد، باطل است و اگر مخالف نباشد، صحیح.

<sup>۳</sup> - اگر نماینده مالک بوده باشد، معامله صحیح و اگر نماینده نبوده، فضول و معامله غیر نافذ و منوط به تنفیذ مالک است.

<sup>۴</sup> - یعنی عوام، با یکدیگر ادبی و لغوی حرف نمی‌زنند.



## مبحث دوم: خسارات عدم انجام تعهد

### خسارات

⊖ خسارت بر دو نوع است؛

♣ خسارت عدم انجام تعهد [خسارت عدم] و خسارت تأخیر در انجام تعهد [خسارت تأخیر].

### خسارت عدم انجام تعهد

⊖ این نوع خسارت درجایی است که اصل تعهد، قابل انجام نمی باشد و متعهد به جای اصل تعهد باید خسارت بپردازد؛

♣ این نوع خسارت معمولاً درجایی است که تعهد به صورت **وحدت مطلوب** باشد؛

• **مثال:** تعهد به تهیه شام عروسی در یک زمان معینی است و اگر متعهد تخلف کند نمی تواند در زمان دیگری شام عروسی را تحویل بدهد؛ یعنی اگر متعهد در زمان معین شده نتواند شام را تهیه کند، باید خسارت عدم انجام تعهد بپردازد.

#### وحدت مطلوب:

✍ یعنی تعهدی که باید در زمان معین انجام بشود، اگر در آن زمان انجام نشود، دیگر انجام آن سودی ندارد و متعهد باید خسارت عدم انجام تعهد پرداخت بشود.

### خسارت تأخیر در انجام تعهد

⊖ این نوع خسارت درجایی است که اصل تعهد قابل انجام است، اما متعهد دیر کرده است؛

♣ در اینجا متعهد باید علاوه بر انجام تعهد، خسارت تأخیر نیز بپردازد؛

♣ این نوع خسارت درجایی است که تعهد به صورت **تعدد مطلوب** باشد.

• **مثال:** پیمانکار ساختمان تعهد کرده است که خانه را تا فلان تاریخ آماده کند، اما چند ماه تأخیر کرده و هنوز خانه را تحویل نداده است؛ در اینجا متعهد [پیمانکار] هم باید خانه را تحویل بدهد و هم خسارت ناشی از تأخیر را بپردازد.

#### تعدد مطلوب:

✍ یعنی تعهدی که اگر زمان انجام آن بگذرد، باز هم قابل انجام است؛ که اگر زمان معین شده تعهد انجام نشود، متعهد علاوه بر خسارت باید خسارت تأخیر نیز بپردازد.

## نتیجه گیری

✍ خسارت عدم انجام تعهد با اصل تعهد جمع نمی شود ولی خسارت تأخیر در انجام تعهد با اصل تعهد جمع می شود.

ماده ۲۲۶: در مورد عدم ایفای تعهدات از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی تواند ادعای خسارت نماید. مگر این که برای ایفای تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد؛ و اگر برای ایفای تعهد مدتی مقرر نبوده طرف وقتی می تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او [متعهدله] بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است.

## تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه

### تعهد به وسیله

⊖ تعهدی است که در آن متعهد تلاش می کند تا کار خود را درست انجام بدهد؛ اما ممکن است تلاش او به نتیجه مورد نظر نرسد؛

- مثال: تلاش پزشک برای نجات بیمار - تلاش امین برای حفظ مال مورد امانت - تعهد وکیل به پیروزی در دعوا.

### تعهد به نتیجه

⊖ تعهدی است که در آن متعهد باید کارش را درست انجام بدهد، مگر این که مشکلی پیش بیاید که از توان او خارج باشد؛ یعنی اگر اوضاع آرام باشد، متعهد باید نتیجه مورد نظر را به دست بیاورد.

✍ مثال: تعهد متصدی حمل و نقل برای بردن بار؛ در اینجا عمل متعهد باید نتیجه بدهد؛ یعنی بار را به مقصد برساند، مگر این که مشکلی پیش بیاید [مثلاً تصادف و تلف شدن مال] که از توان او خارج باشد.

## تفاوت تعهد به وسیله با تعهد به نتیجه

### ⊖ تفاوت در بار اثباتی آنها است؛

➡ در تعهد به وسیله اگر متعهد تخلف کند، متعهدله در صورتی می تواند از وی خسارت بگیرد که تقصیر او را ثابت کند؛ مثال: از امین تنها در صورتی می توان خسارت گرفت که تقصیر او ثابت بشود - از وکیل هم همین طور.

➡ اما در تعهد به نتیجه به محض این که متعهد تخلف کرد، مسئول است و لزومی ندارد که تقصیر وی ثابت بشود؛ و متعهد برای رهایی از پرداخت خسارت، باید قوه قاهره را اثبات کند؛

✓ در نتیجه در تعهد به وسیله با اثباتی با متعهدله است، اما در تعهد به نتیجه بار اثباتی با متعهد است.

**نکته:**

- از کلمات کلیدی می توان «تعهد به وسیله» را از «تعهد به نتیجه» تشخیص داد؛
- ✍ مثلاً: از لفظ «تقصیر» می توان فهمید که منظور تعهد به وسیله است؛
- ✍ و از لفظ «قوه قاهره» می توان فهمید که منظور تعهد به نتیجه است.

**اصل:**

- در مواقع شک، اصل بر این است که تعهد به نتیجه است.

ماده ۲۲۷: متخلف از انجام تعهد [به نتیجه] وقتی محکوم به تأدیه خسارت می شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده [قره قاهره] است که نمی توان مربوط به او نمود.

ماده ۲۲۹: اگر متعهد [تعهد به نتیجه] به واسطه حادثه ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود بر آید، محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود.

**قوه قاهره**

⊖ حادثه ای خارج از اراده متعهد است که در صورت جمع شدن چهار شرط، متعهد به جبران خسارت محکوم نمی گردد؛

**شروط قوه قاهره**

- اولاً: خارج از اراده متعهد باشد: ماده ۲۲۷ ق.م؛ مانند سیل، زلزله و امثالهم. - لزوماً حادثه طبیعی نیست.
- ثانیاً: غیر قابل دفع باشد ماده ۲۲۹ ق.م؛ مثلاً کسی نمی تواند زلزله را دفع کند!
- ثالثاً: غیر قابل پیش بینی باشد؛ مثلاً کسی نمی توان زلزله را پیش بینی کند، حتی یک ثانیه قبل از آن.
- رابعاً: در محل اجرای تعهد [در مسیر اجرای تعهد] رخ بدهد؛ یعنی حادثه دقیقاً در جایی رخ بدهد که تعهد بایستی اجرا بشود.

**نکته:**

- ✍ در قانون فقط به دو شرط از شروط فوق اشاره شده است؛ دو مورد نخست: مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.
- ✍ مورد سوم برداشتی از دکتر شهبازی و مورد چهارم برداشتی از دکتر برادران است.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - البته دکتر برادران مورد سوم را نیز از قلم نینداخته اند.

## وجه التزام

- 🔴 وجه التزام عبارت است از خسارت تخلف از انجام تعهد که میزان آن در عقد تعیین شده است و متخلف باید همان مقدار را بپردازد.<sup>۱</sup>
- 🔴 از آنجایی که دو نوع خسارت وجود دارد،<sup>۲</sup> دو نوع وجه التزام نیز وجود دارد؛
- ♠️ وجه التزام برای «عدم انجام تعهد»؛
- ♠️ وجه التزام برای «تأخیر در انجام تعهد».

### مثال برای وجه التزام برای عدم انجام تعهد

✍️ شخصی با یک رستوران قرارداد می‌بندد که در روز خاصی، شام عروسی را برای او تهیه کند؛ در ضمن قرارداد، خسارت عدم انجام تعهد را برای مثال بیست میلیون تومان تعیین می‌کنند؛ یعنی در صورتی که متعهد در روز معین شده، نتواند تعهد خود را [آماده سازی شام عروسی] انجام بدهد، باید وجه تعیینی [بیست میلیون تومان] را بپردازد؛ حتی اگر به متعهدله فقط یک میلیون خسارت وارد آمده باشد.

### مثال برای وجه التزام برای تأخیر در انجام تعهد.

✍️ شخصی با یک پیمانکار ساختمان قرارداد می‌بندد که خانه او را در تاریخ مشخصی تحویل بدهد؛ در ضمن قرارداد خسارت تأخیر در انجام تعهد را برای مثال در ازای هر روز صد هزار تومان تعیین می‌کنند؛ یعنی اگر متعهد [پیمانکار] در تاریخ معین شده، نتواند خانه را تحویل بدهد، باید علاوه بر تحویل خانه، به ازای هر روز تأخیر، مبلغ تعیینی [صد هزار تومان] را به متعهدله بپردازد.

ماده ۲۳۰: اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که، در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم دادگاه [نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند]. [برخلاف حقوق انگلیس].

## شرط تحدید مسؤلیت

- 🔴 این شرط با وجه التزام فرق دارد؛ در اینجا، حداکثر مسؤلیت متعهد مشخص می‌شود؛
- 🔴 یعنی اولاً باید میزان واقعی خسارت [توسط کارشناس] مشخص بشود،
- 🔴 ثانیاً اگر میزان واقعی خسارت بیشتر از رقم تعیینی در قرارداد باشد، متعهد بیش از آن نمی‌پردازد؛ و اگر میزان خسارت کمتر از رقم تعیین شده در قرارداد باشد، متعهد همان رقم کمتر را می‌پردازد.

<sup>۱</sup> - توجه: در تعهد قراردادی در صورت تعیین وجه التزام، اثبات میزان واقعی خسارت لازم نیست و نیازی به کارشناسی ندارد.

<sup>۲</sup> - خسارت عدم انجام تعهد و خسارت تأخیر در انجام تعهد: رک. ابتدای مبحث دوم همین فصل.

**مثال:**

✍ در قرارداد نوشته می شود: در صورت ورود خسارت به متعهدله، متعهد <sup>۱</sup> صد میلیون تومان مسئول باشد؛  
 ✍ در اینجا پس از تعیین میزان خسارت توسط کارشناس، اگر خسارت بیش از صد میلیون باشد، متعهد فقط همان صد میلیون را می پردازد و اگر خسارت کمتر از صد میلیون باشد، برای مثال هشتاد میلیون باشد، متعهد بیش از هشتاد میلیون نمی پردازد.

**شرط عدم مسئولیت**

🔴 اگر در قرارداد شرط شود که متعهد حتی در صورت تقصیر مسئول نباشد به آن شرط عدم مسئولیت می گویند؛  
 • مثال: مالک اصرار دارد که مال خود را به امانت به دست کسی بسپارد، اما آن فرد [امین] به شرطی قبول می کند که اگر مال [حتی با تقصیر وی] از بین برود، مسئولیتی نداشته باشد.

**تأثیر شرط عدم مسئولیت**

✍ درج شرط عدم مسئولیت اصولاً [در بیشتر موارد] صحیح است؛  
 ✍ یعنی باید با در نظر گرفتن موارد زیر، به توافق اراده ها احترام گذاشت:<sup>۲</sup>  
 ➡ تقصیر عمدی نباشد؛  
 ➡ خسارات بدنی نباشد؛  
 ➡ لطمه به حیثیت و شرافت و آبرو نباشد.

**مبحث سوم: اثر عقود نسبت به اشخاص ثالث****اصل نسبی بودن قراردادها<sup>۳</sup>**

🔴 طبق این اصل، هر قراردادی که منعقد می شود، فقط بین طرفین و قائم مقام آنها مؤثر است و در مقابل شخص ثالث اثری ندارد؛  
 ➡ نه حتی برای اشخاص ثالث ایجاد می کند و نه تعهدی.

<sup>۱</sup> - دقت شود: اگر در جمله لفظ «قا» وجود نداشته باشد، وجه التزام است؛ اما اگر لفظ «قا» وجود داشته باشد، شرط تحدید مسئولیت است.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

<sup>۳</sup> - در بحث «تعهد به نفع ثالث» در فصل دوم، به این مبحث اشاره شده بود، در اینجا فقط به خاطر کامل بودن فصل تکرار شده است.

## استثنائات اصل نسبی بودن قراردادهای

۴. تعهد به نفع ثالث؛<sup>۱</sup>۵. معامله فضولی؛<sup>۲</sup>۶. قراردادهای جمعی<sup>۳</sup>

ماده ۲۳۱: معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی<sup>۴</sup> آنها مؤثر است، مگر در مورد [بند دوم] ماده ۱۹۶ [تعهد به نفع ثالث].<sup>۵</sup>

# فصل چهارم

## «شروط ضمن عقد»

### فهرست مطالب

🔴 مباحثی که در این فصل مطرح می شوند: تعریف شرط، شروط باطل، شروط صحیح، اسقاط شرط و انحلال شرط.

### تعریف شرط

🔴 شرط، توافقی است فرعی که در ضمن عقد می آید؛ یعنی عقد توافقی اصلی و شرط توافقی فرعی است؛<sup>۶</sup>

✍️ رابطه عقد و شرط، رابطه اصل و فرع است که از این رابطه دو نتیجه به دست می آید؛

👉 نتیجه نخست: اگر عقد [از ابتدا] باطل باشد،<sup>۱</sup> شرط هم باطل است؛

<sup>۱</sup> - برای دیدن توضیحات «تعهد به نفع ثالث» به فصل قبل رجوع شود.

<sup>۲</sup> - برای دیدن توضیحات «معاملات فضولی» به فصل پنجم رجوع شود.

<sup>۳</sup> - برای دیدن توضیحات «عقود یا قراردادهای جمعی» به فصل اول رجوع شود.

<sup>۴</sup> - برای دیدن توضیحات «قائم مقام» به فصل قبل رجوع شود.

<sup>۵</sup> - ماده ۱۹۶ ق.م.م. .... مع ذلک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.

<sup>۶</sup> - هر دو [عقد و شرط] توافقی هستند.

👉 نتیجه دوم: اگر شرط باطل باشد، عقد باطل نیست.

👉 البته این دو نتیجه، استثنائاتی دارند که: استثنای نتیجه نخست را در قسمت انحلال شروط، [در پایان فصل] و استثنای نتیجه دوم را در زیر می خوانیم.

## شروط باطل

🕒 طبق نتیجه دوم، هر گاه شرط، باطل باشد عقد باطل نیست؛

👉 اما این قاعده استثنائاتی دارد: یعنی شروط باطلی وجود دارند که عقد را هم باطل می کنند؛

♠ به عبارت دیگر، شروط باطل به دودسته تقسیم می شوند؛

♠ شروط باطلی که عقد را باطل نمی کنند: [شروط غیر مبطل] و شروط باطلی که مبطل عقد هستند [شروط مبطل].

## اقسام شروط باطل

۱. شروط باطل غیر مبطل؛

۲. شروط باطل مبطل.

## شروط باطل غیر مبطل:

🕒 این شروط، شروطی هستند که خود باطل اند، اما عقد را باطل نمی کنند؛

🕒 علت غیر مبطل بودن این است که: این شروط به ارکان عقد خللی وارد نمی کنند.

👉 این شروط پنج مورد هستند؛ که سه مورد در ماده ۲۳۲ ق.م. آمده است و دو مورد هم در قانون ذکر نشده اند؛

♠ شروط غیر مبطل عبارت اند از: شرط نامقدور، شرط بی فایده، شرط نامشروع، شرط با جهت نامشروع و شرط مجهول.

## الف: شرط نامقدور<sup>۱</sup>

🕒 به شرطی که نمی توان آن را انجام داد، شرط نامقدور می گویند؛

👉 شرط نامقدور خود بر دو نوع است: نامقدور مطلق و نامقدور نسبی.

<sup>۱</sup> - دقت شود: عقدی که صحیح منعقد شود، محال است که باطل بشود، در کل واژه «باطل شدن» غلط است؛ در اینجا هم منظور این است که عقد از همان ابتدا باطل بوده است.

<sup>۲</sup> - نامقدور همان «ممتنع» است: ماده ۲۴۰ ق.م.

**شرط نامقدور مطلق:**

- ⊖ شرطی است که نه تنها مشروط علیه، بلکه هیچ کسی نمی تواند آن را انجام بدهد؛<sup>۱</sup>
- ⊖ به عبارتی شرط نامقدور مطلق، شرطی محال است؛ در نتیجه باطل است.
- منظور از شرط نامقدور در ماده ۲۳۲ ق.م. نامقدور مطلق است؛ زیرا اگر نامقدور نسبی باشد، باطل نیست؛
- علت باطل نبودن شرط نامقدور نسبی: چون به هزینه مشروط علیه، شرط توسط دیگری اجرا می شود.

**شرط نامقدور نسبی:**

- ⊖ شرطی است که مشروط علیه نمی تواند انجام بدهد، اما دیگری می تواند آن را انجام بدهد؛
- همان طور که گفته شد، این شرط باطل نیست و به هزینه مشروط علیه، توسط دیگری اجرا می شود.<sup>۲</sup>

**ب: شرط بی فایده**

- ⊖ شرطی است که برای مشروط له فایده نداشته باشد؛ در اینجا ملاک شخصی است، نه نوعی؛
- یعنی ممکن است شرطی برای هیچ کسی جز مشروط له فایده نداشته باشد: مانند یادگاری های خانوادگی.
- دکتر کاتوزیان ذیل ماده ۲۴۰ ق.م: اگر از شرط بی فایده [لغو] صرف نظر بشود، التزام به عقد ترجیح دارد و خيار فسخ ایجاد نمی شود.

**ه: شرط نامشروع**

- ⊖ شرط نامشروع شرطی است که با یکی از این موارد مخالف باشد؛ قانون امری یا نظم عمومی و یا اخلاق حسنه.<sup>۳</sup>
- ماده ۹۷۵ ق.م: محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.
- مثال: خانام را به شما می فروشم، به شرطی که برای من مقداری مواد مخدر تهیه کنی! در اینجا به خوبی می توان دریافت که شرط، هیچ ربطی به عقد [فروش خانه] ندارد و به همین دلیل عقد را باطل نمی کند، فقط شرط باطل است.

<sup>۱</sup> - مثل شرط «تعهد به رسانیدن طرف در عرض یک ساعت از تهران به آمریکا»؛ که توسط هیچ کس مقدور نیست.

<sup>۲</sup> - برای مثال: شرط تعمیر ماشین؛ اگر متعهد، متخصص در تعمیر ماشین نباشد، به هزینه او [متعهد] ماشین توسط تعمیرکار [متخصص] تعمیر می شود.

<sup>۳</sup> - بین نظم عمومی و اخلاق حسنه، رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد.



## د: شرط با جهت نامشروع

- ⊖ شرط با جهت نامشروع، شرطی است که خود صحیح است، اما هدف و جهت آن نامشروع است؛<sup>۱</sup>
- مثال: خانام را به شما می فروشم، به شرطی که ماشینتان را به من عاریه بدهید تا با آن مواد مخدر حمل کنم! در اینجا شرط به خودی خود صحیح است، یعنی من می توانم ضمن عقد بیع، ماشین شما را هم عاریه بگیرم، اما جهت آن نمی تواند نامشروع باشد.

## ه: شرط مجهول

- ⊖ شرطی است که محتوای آن معلوم نباشد؛
- ✂ مثلاً خانام را به شما می فروشم به شرط این که برایم یک کاری انجام بدهی؛ در اینجا معلوم نیست چه کاری؟
- ➡ در نتیجه شرط باطل است، اما به بیع خانه، لطمه ای وارد نمی آید.<sup>۲</sup>

نکته:

- ➡ اولاً: همان طوری که از عنوان این شروط [شروط غیر مبطل] معلوم است، خود این شروط باطل هستند، اما عقد را باطل نمی کنند؛
- ➡ ثانیاً: اگر مشروطه به باطل بودن شرط آگاه باشد به دلیل «قاعده اقدام»، خیاری ندارد؛
- 👉 اما اگر مشروطه به باطل بودن شرط جاهل باشد، حق فسخ دارد.<sup>۳</sup>

## مواد مرتبط:

ماده ۲۳۲: شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:

۱. شرطی که انجام آن غیر مقدور [ممتنع] باشد؛ [منظور شرط فعل است] و [منظور از غیر مقدور، غیر مقدور مطلق «محال» است]. ر.ک. ماده ۲۴۰ ق.م.
  ۲. شرطی که در آن نفع و فایده نباشد؛ [ملاک در نفع و فایده شخصی است].
  ۳. شرطی که نامشروع باشد. [مخالف با نظم عمومی، اخلاق حسنه و قانون امری باشد].
- ⊕ علاوه بر موارد مذکور در این ماده، باید «شرط مجهول» و «شرطی که جهت آن نامشروع باشد» را نیز بر آن ها افزود.

۱ - دقت شود: در ماده ۲۱۷ ق.م. جهت معامله نامشروع و عقد باطل است، اما در اینجا شرط یا جهت شرط نامشروع است که عقد را باطل نمی کند؛ چون شرط فرع بر عقد است.

۲ - دقت شود: در ماده ۲۱۶ ق.م. اصل معامله نباید مجهول باشد که اگر مجهول باشد عقد باطل است، اما در اینجا شرط مجهول است که عقد را باطل نمی کند؛ چون شرط، فرع بر عقد است.

۳ - اکثر خیارات مربوط به کسی است که نسبت به موضوع جاهل باشد. ر.ک. جزوه مدنی «۶».

۴ - در اینجا از لفظ «انجام» می توان دریافت که منظور «شرط فعل» است؛ چون تنها چیزی که قابلیت اجرا یا تخلف دارد، تعهد می باشد.

**شرط ممتنع [شرط نامقدور]**

ماده ۲۴۰: اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع [نامقدور] بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر این که امتناع مستند به فعل مشروطه له [قاعدۀ اقدام] باشد. رک. بند اول ماده ۲۳۲ ق.م.

⊕ مثال برای این ماده: وارد کردن اجناسی به داخل که قبلاً مجاز بوده و امروزه تحریم شده اند و نمی توان وارد کرد.

**شروط باطل مبطل**

⊖ گاهی اوقات، شرط ضمن عقد، نه تنها خودش باطل است، بلکه عقد را هم باطل می کند؛

⊖ علت مبطل بودن این است که: این شروط به یکی از ارکان عقد خلل می رساند.

➤ این شروط سه مورد هستند؛ که دو مورد در ماده ۲۳۳ ق.م. آمده است و یک مورد هم در قانون ذکر نشده است؛

♣ این شروط عبارت اند از: شرط خلاف مقتضای ذات عقد، شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین بشود و شرط نامشروعی که جهت معامله را نامشروع می کند.

**الف: شرط خلاف مقتضای ذات عقد**

مقتضا و مقتضی:

⊖ به اثر عقد مقتضا و به خود عقد مقتضی می گویند؛

✍ مقتضا بر دو نوع است: مقتضای ذات و مقتضای اطلاق.

مقتضای ذات:

⊖ مقتضای ذات، یعنی اثر اصلی عقد؛ یعنی اثری که موضوع قصد طرفین است؛

✍ مثلاً اثر اصلی عقد بیع، تملیک است؛ یعنی مقتضای ذات بیع تملیک است؛

✍ مقتضای ذات نکاح، رابطه زوجیت است، مقتضای ذات ضمان، تعهدات ضامن است.

✓ پس اگر در عقد شرطی بشود که به مقتضای ذات [قصد طرفین] خلل وارد کند، آن شرط باطل و مبطل است.<sup>۱</sup>

مقتضای اطلاق:

⊖ مقتضای اطلاق یعنی اثری که در صورت سکوت طرفین، جزء عقد محسوب می شود؛

⊖ یعنی همان قانون تکمیلی؛ که اگر خلاف آن شرط نشود، مقرراتش باید اجرا بشود.

➤ قانون تکمیلی، جزئی از عقد است، مگر این که طرفین برخلاف آن توافق کرده باشند.

<sup>۱</sup> - مثال: خانه ام را فروختم به شرط این که مالک آن نشوی.

مثال: مقتضای اطلاق بیع، حال بودن مبیع و ثمن است؛ یعنی به محض وقوع بیع، طرفین باید ثمن و مبیع را تحویل بدهند؛ اما می توان خلاف آن توافق کرد؛ یعنی می توان توافق کرد که مبیع یا ثمن حال نباشد؛ مثلاً توافق بشود که ثمن حال نباشد؛ در این صورت، بیع نسبه است و به آن لطمه ای وارد می آید.

### نتیجه گیری:

توافق برخلاف مقتضای ذات عقد، عقد را باطل می کند، چون خلاف قصد طرفین و خلاف قانون امری است؛ اما توافق برخلاف مقتضای اطلاق عقد، خللی به عقد نمی رساند؛ چون این توافق، توافق برخلاف قانون تکمیلی است و ایرادی ندارد.

### ب: شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین بشود

گاهی اوقات شرط مجهول است و مورد معامله را نیز مجهول می کند؛ در این صورت عقد باطل است؛ به عبارت دیگر: اگر شرط مجهول، فقط خودش مجهول باشد و جهل را به عوضین سرایت ندهد، عقد صحیح است؛<sup>۱</sup> در غیر این صورت عقد باطل است.

مثال: من صد کیلو برنج دارم [مقدار آن ها دقیقاً معلوم است]؛ این صد کیلو را به شرطی می فروشم که هرچه قدر خواستم از آن ها بردارم؛ یعنی شما پول صد کیلو را پرداخت کنید، اما من از آن ها مقدار نامعلومی بر می دارم؛ در اینجا هم شرط مجهول است و هم باعث جهل به عوضین می شود و معامله را غرری می کند.

### ج: شرط نامشروعی که جهت معامله را نامشروع می کند

گاهی اوقات شرط نامشروع است و به عقد سرایت نمی کند؛ به شکلی که در شروط غیرمبطل شرح داده شد؛ اما گاهی اوقات شرط نامشروع، جهت معامله [نه جهت شرط] را نیز نامشروع می کند؛ که هم خودش باطل است و هم عقد.

مثال: خانم را به شما اجاره می دهم، به این شرط که در آن قمارخانه دایر کنی! در اینجا شرط نامشروع است و جهت معامله را نیز نامشروع می کند؛ در نتیجه هر دو [شرط و عقد] باطل هستند.

ماده ۲۳۳: شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است:

۱. شرط خلاف مقتضای [ذات] عهد؛
  ۲. شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.
- ⊕ علاوه بر شروط فوق، شرط نامشروعی که جهت معامله را نامشروع می کند را نیز باید بر آن ها افزود.

<sup>۱</sup> - به طوری که در «شروط غیرمبطل» شرح داده شد.

## شروط صحیح

⊕ مطابق ماده ۲۳۴ ق.م. شروط صحیح سه دسته اند؛ شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل.

ماده ۲۳۴: شرط بر سه قسمت است:

۱. شرط صفت؛ [راجع به مال است و مربوط به طرفین نیست].

۲. شرط نتیجه؛ [شرط تحقق یک عمل حقوقی در ضمن عقد اصلی].

۳. شرط فعل اثباتاً یا نفیاً. [راجع به طرفین است و ربطی به مال ندارد].

شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت [وصف] یا کمیت [مقدار] مورد معامله.

شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود. [تعریف دقیق: شرط کردن مقتضا و نتیجه یک عقد یا خود یک عقد در ضمن عقد دیگری].

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

## الف: شرط صفت

⊕ شرط صفت بر دو نوع است؛ یا راجع به مقدار است [کمیت] و یا راجع به وصف [کیفیت].

فایده شرط صفت:

⊕ در معامله سه چیز باید معلوم باشد؛ مقدار، جنس و وصف؛

✍ در قالب مثال: اگر در معامله ای [برای مثال بیع]، مقدار مبیع معلوم نباشد، یا اوصاف آن مشخص نباشد؛ این

معامله باطل است؛

✍ حال می توانیم برای جلوگیری از بطلان، در آن شرط کنیم که مبیع فلان مقدار باشد و یا فلان صفت را

داشته باشد؛

✍ با درج شرط، معامله صحیح است؛ حتی اگر بعداً معلوم بشود که مبیع آن مقدار نبوده و یا آن وصف را

نداشته است؛ البته احکام خاص خود را دارد که در ادامه به آن پرداخته می شود.

✍ مثلاً مبیع زمین است: در بیع آن می گوئیم اگر زمین هزار متر باشد، آن را خریدارم، حال [بعد از بیع]،

اگر زمین بیشتر و یا کمتر از هزار متر باشد، باز هم بیع صحیح است.

شرط مقدار:

⊕ شرط مقدار در دو مورد جداگانه باید بررسی بشود، چون باهم متفاوت هستند؛

♠ شرط مقدار در اشیای تجزیه ناپذیر و شرط مقدار اشیای تجزیه پذیر؛

## شرط مقدار در اشیاء تجزیه‌ناپذیر:

❶ اشیای تجزیه‌ناپذیر مانند زمین، خانه، باغ، فرش و امثالهم.

❷ هر گاه یکی از اشیاء تجزیه‌ناپذیر، مانند موارد فوق به شرط مقدار معینی معامله بشود، اما بعداً معلوم شود که مبیع کمتر از مقدار شرط شده است، مشتری حق فسخ دارد و اگر بیشتر از مقدار شرط شده باشد، بایع حق فسخ دارد.

❸ ماده ۳۵۵ ق.م.ا: اگر ملکی [تجزیه‌ناپذیر] به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت؛ و اگر معلوم شود که بیشتر است، بایع می‌تواند آن را فسخ کند، مگر این‌که در هر دو صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند؛

❹ ماده ۳۸۵ ق.م.ا: اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد [تجزیه‌ناپذیر] که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمی‌شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر یا بیشتر درآید، در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت.

## ملاک حق فسخ:

❶ ملاک حق فسخ، کمتر یا بیشتر درآمدن مبیع نیست، بلکه ملاک «ضرر» است؛

❷ مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م.ا. مورد غالب را بیان کرده‌اند؛ مورد غالب این است که در صورت کم بودن مبیع، مشتری ضرر می‌کند و در صورت زیاد بودن، بایع متضرر می‌شود؛

❸ اما گاهی ممکن است، قضیه وارونه بشود: یعنی ممکن است مشتری از زیاد بودن مبیع متضرر بشود؛ برای مثال: من برای اتاق شش متری‌ام قرار بود قالی بخرم، بعد از بیع، معلوم می‌شود قالی نه متر است که به کار من نمی‌آید.

## حق فسخ - کدام خیار؟

❹ خیار فسخی که در دو ماده فوق [۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م.ا]، آمده است، «خیار تخلف از وصف» است.<sup>۱</sup>

## تخصیص:

❶ دو ماده فوق [۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م.ا]، در مورد ملک با سند رسمی،<sup>۲</sup> توسط ماده ۱۴۹ قانون ثبت تخصیص خورده‌اند؛

❷ به این شرح: زمینی که دارای سند رسمی است،<sup>۳</sup> اگر بعد از بیع مشخص بشود که بیشتر<sup>۴</sup> از مقدار شرط شده است، مشتری باید علاوه بر رد ثمن<sup>۵</sup> اضافه به بایع،<sup>۶</sup> سند زمین را نیز اصلاح کند [درخواست اصلاح سند].

<sup>۱</sup> - برای آشنایی کامل با خیار، رک. جزوه حقوق مدنی «۶».

<sup>۲</sup> - شامل زمین با سند عادی نمی‌شود؛ اگر سند عادی باشد، مشمول مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م.ا. است.

<sup>۳</sup> - که در آن سند، مساحت زمین نیز نوشته باشد؛ چون در برخی از اسناد، مساحت ذکر نشده است.

<sup>۴</sup> - شامل کمتر درآمدن مبیع نمی‌شود؛ اگر کمتر از مقدار شرط شده باشد، مشمول مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م.ا. است.

<sup>۵</sup> - پرداخت ثمن بر اساس قیمت روز معامله.

<sup>۶</sup> - اگر بایع از گرفتن ثمن خودداری کند، مشتری آن را به صندوق اداره ثبت تودیع می‌کند. - یعنی در این صورت بایع حق فسخ ندارد.

## شرط مقدار در اشیاء تجزیه پذیر:

⊖ اشیاء تجزیه پذیر مانند گندم، لوبیا، نخود، برنج، عدس و امثالهم.

✍ هر گاه یکی از اشیاء تجزیه پذیر، مانند موارد فوق به مقدار معینی معامله بشود، اما بعداً معلوم شود که مبیع کمتر از مقدار شرط شده است، مشتری دو راه دارد؛ فسخ [خيار تبعض صفقه] یا تراضی به نقیصه و اخذ ثمن اضافی؛

✍ اما اگر بیشتر از مقدار شرط شده باشد، مازاد متعلق به بايع است و کسی حق فسخ ندارد؛ چون تجزیه پذیر است و به راحتی می توان مازاد را از آن جدا کرد.

✍ مثال: بايع گفته بود که گونی برنج صد کیلو است، حال [پس از بيع]، معلوم می شود نود کیلو است و یا صد و پنج کیلو است.

## دو راه مشتری:

⊖ گفتیم اگر مبيع تجزیه پذیر کمتر از مقدار شرط شده باشد، مشتری دو راه دارد؛

➤ مشتری یا عقد را به استناد خيار تبعض صفقه فسخ می کند و یا از ثمن پرداختی به اندازه ای که کمتر درآمده است، بر می دارد.<sup>۱</sup>

## شرط وصف:

⊖ هر گاه مورد معامله به شرط داشتن وصف یا اوصافی معامله بشود و بعداً مشخص بشود که وصف مشروط را ندارد، مشروط له [کسی که شرط به نفع او شده است]، حق فسخ [خيار تخلف از وصف] دارد.

## مثال:

✍ فرشی را به این شرط خریده ایم که «بافت کاشان» باشد؛ اما پس از بيع مشخص می شود که بافت کاشان نیست.

✍ ماشینی را به شرط این که «صفر کیلومتر» باشد، خریده ایم؛ اما پس از بيع مشخص می شود که ماشین «دست دوم» است.

ماده ۲۳۵: هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده است خيار فسخ [خيار تخلف از وصف «شرط»] خواهد داشت. [و یا با همان وضعیت قبول کند].<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۳۸۴ ق.م: هر گاه در حال معامله مبيع [تجزیه پذیر] از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار در آید، مشتری حق دارد که بيع را فسخ [خيار تبعض صفقه] کند یا قیمت موجود را با تادیه حصه ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبيع زیاده از مقدار معین باشد زیاده مال بايع است.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۴۳ ق.م: اگر مبيع به شرط مقدار [یا وصف] معین فروخته شود، بيع واقع می شود اگر چه هنوز مبيع شمرده نشده یا کیل یا ذرع نشده باشد.

## نکته

⊖ از آنجایی که شرط صفت مربوط به مقدار و وصف است، در «معامله مال کلی» وجود ندارد؛ چون در «کلی» همیشه مقدار و وصف معلوم است؛

⊖ به عبارت دیگر: در معامله مال کلی، شرط مقدار و وصف وجود دارد و شرط کردن دوباره آن، تحصیل حاصل است.

➤ در نتیجه: شرط صفت، فقط در عین معین و کلی در معین وجود دارد.

✍ یعنی ما وقتی معامله مال کلی انجام می دهیم، ابتدا مقدار و وصف آن را تعیین می کنیم؛ در واقع خرید و فروش مال کلی بدون تعیین «جنس، مقدار و اوصاف آن»، باطل است؛ پس یعنی ما از ابتدا آن ها را مشخص کرده ایم و اگر از شروط تعیینی تخلف بشود، فروشنده مجبور است مالی با همان مقدار و اوصاف برای فروشنده تهیه کند؛

✍ اما اگر مالی «معین» و یا «کلی در معین» به شرط مقدار و وصف معین فروخته شود و بعداً آن مقدار نباشد و یا آن وصف را نداشته باشد، مشتری حق فسخ [خيار تخلف از وصف] دارد؛ یا فسخ می کند و یا میبعت را با همان اوصاف و مقدار قبول کند. ماده ۲۳۵ ق.م.

## ب: شرط نتیجه

## تعریف:

⊖ از آنجایی که تعریف شرط نتیجه در قانون [ماده ۲۳۴ ق.م.] مناسب نیست: تعریف حقوق دانان را در این مورد می خوانیم:

✍ مقدمه: اصولاً برای این که به نتیجه [اثر یا مقتضای] یک عقد برسیم، باید آن عقد را منعقد کنیم یعنی ناچاریم قالب آن عقد را انشاء کنیم تا به نتیجه آن برسیم؛ اما گاهی بدون این که عقدی را انشاء کنیم می توانیم نتیجه آن را در ضمن یک عقد دیگر بیاوریم؛<sup>۱</sup> به این شرط نتیجه می گویند.

➤ تعریف: «شرط نتیجه یعنی شرط کنیم که در ضمن یک عقد، نتیجه یک عقد دیگر بیاید و یا در ضمن یک عقد نتیجه یک ایقاع بیاید».

## تعریف ساده تر و اقسام شرط نتیجه:

✍ به عبارت دیگر: ما یک عقد داریم که خودش نیز اثر [نتیجه] دارد، اما ما در این عقد اثر [نتیجه] عقد دیگری را نیز می آوریم؛ یعنی یک عقد داشته باشیم با دو اثر؛

<sup>۱</sup> - راهی میانبر برای رسیدن به نتیجه یک عقد.

👉 پس شرط نتیجه بر دو نوع است: در ضمن یک عقد، نتیجه یک عقد دیگر بیاید؛ یا در ضمن یک عقد نتیجه یک ایقاع بیاید.

**در ضمن یک عقد، نتیجه یک عقد دیگر بیاید:**

✍ در قالب یک مثال: خانام را به شما فرختم دویست میلیون، به این شرط که در فلان کار وکیل من باشی؛  
👉 در اینجا ما عقد بیع را منعقد کردیم و در ضمن آن شما وکیل من شدید؛ یعنی اثر عقد وکالت را در بیع آوردیم.<sup>۱</sup>

**در ضمن یک عقد نتیجه یک ایقاع بیاید:**

✍ در قالب یک مثال: خانام را به شما فروختم دویست میلیون، به این شرط که طلبی که از قبل از من داشتی ساقط بشود؛  
👉 در اینجا ما عقد بیع را منعقد کردیم و در ضمن آن شما من را ابراء<sup>۲</sup> کردید؛ یعنی اثر ایقاع ابراء را در عقد بیع آوردیم.

## نکته مهم

**شرط نتیجه باید غیر تشریفاتی باشد:**

🕒 شرطی که به عنوان نتیجه در عقد می آید، باید غیر تشریفاتی باشد، در غیر این صورت، باطل است؛  
👉 یعنی شرط باید طوری باشد که به محض وقوع عقد، نتیجه حاصل بشود؛ در عقود و ایقاعات تشریفاتی نتیجه فوری حاصل نمی شود؛  
✍ برای مثال: طلاق نمی تواند به عنوان شرط نتیجه قرار بگیرد، اما می توان نکاح را در عقد دیگر به عنوان شرط نتیجه گنجانند.

**ماده ۲۳۶: شرط نتیجه، در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد، آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می شود.**

⊕ «به نفس اشتراط»: یعنی به محض شرط کردن؛

⊕ «سبب خاصی»: منظور تشریفات است؛

⊕ عقود عینی را نیز نمی توان شرط نتیجه قرار داد، چرا که نیاز به قبض دارد.

<sup>۱</sup> - وکالت عقدی جایز است که با آمدن آن در ضمن بیع [که عقدی لازم است]، لازم می شود؛ البته همیشه این طور نیست: یعنی ممکن است هر دو عقد جایز باشند، یا هر دو لازم باشند و یا اولی لازم باشد و دومی جایز و یا این که دومی لازم باشد و اولی جایز.  
<sup>۲</sup> - ابراء ایقاع دو طرفه است: برای دیدن توضیحات بیشتر، به ابتدای همین جزوه [کلیات] رجوع شود.



## ه: شرط فعل

- ⊖ ماهیت شرط فعل همیشه تعهد است؛ یعنی تعهدی فرعی که در ضمن اصلی عقد می آید؛
- همان طور که می دانیم در ضمن هر عقد، یک سری تعهدات وجود دارد که طرفین ملزم به رعایت آن هستند؛ به این تعهدات، تعهدات عقد اصلی می گوییم. حال اگر در این عقد شرط فعل درج بشود، تعهدات فرعی این شرط به تعهدات عقد اصلی اضافه می شود؛
- ✍ برای مثال: اگر عقد اصلی بیع باشد، در آن بایع و مشتری متعهد هستند که مبیع و ثمن را تحویل بدهند؛ این ها تعهدات عقد اصلی هستند و اگر شرط فعل در این عقد گنجانده بشود، علاوه بر تعهدات بیع تعهدات ناشی از شرط نیز به آن اضافه می شوند.

### اقسام شرط فعل:

- ⊖ شرط فعل ممکن است راجع به عمل حقوقی و یا عمل مادی باشد؛ که از جمع این دو عمل چهار شرط به دست می آید؛
- ♣ شرط تعهد به انجام عمل حقوقی، شرط تعهد به عدم انجام عمل حقوقی؛
- ♣ شرط تعهد به انجام عمل مادی، شرط تعهد به عدم انجام مادی.

## تفاوت شرط فعل با شرط نتیجه

### تفاوت نخست:

- شرط نتیجه فقط می تواند عمل حقوقی [عقد یا ایقاع] باشد؛ اما شرط فعل می تواند هم عمل حقوقی باشد و هم عمل مادی. به عبارتی محال است که شرط نتیجه عمل مادی باشد.

### تفاوت دوم:

- ⊖ اثر شرط نتیجه، فوراً، اما اثر شرط فعل در آینده [بعد از انعقاد عقد اصلی] حاصل می شود؛
- توجه: تفاوت اصلی شرط نتیجه با شرط فعل حقوقی در همین نکته است: به همین دلیل شرط نتیجه نمی تواند تشریفاتی باشد، اما شرط فعل می توان هم تشریفاتی و هم غیر تشریفاتی باشد؛
- ✍ مثال: طلاق را نمی توانستیم برای شرط نتیجه انتخاب کنیم؛ چون تشریفاتی بود و به صرف اشتراط حاصل نمی شد؛ اما می توانیم آن را برای شرط فعل حقوقی انتخاب کنیم؛ چون در شرط فعل حقوقی نیازی نیست که نتیجه آن فوری حاصل بشود؛ بلکه تعهدی است که در آینده قرار است متعهد انجام بدهد.
- ✍ به عبارت دیگر: شرط فعل تعهد است اما شرط نتیجه تعهد نیست و باید فوری حاصل بشود؛

مثال ۲: در شرط نتیجه، اگر نتیجه وکالت را در عقد بیع می خواستیم، به محض این که در آن عقد، نتیجه وکالت را قرار می دادیم، شما وکیل من می شدید؛ اما در شرط فعل این طور نیست، یعنی در شرط فعل قرار است بعد از عقد اصلی تعهدی جدید انجام بشود، مثلاً قرار است شما وکیل من بشوید؛  
 به عبارت دیگر: در شرط نتیجه گفته می شود وکیل من شدم، اما در شرط فعل حقوقی گفته می شود تعهد کن که وکیل من بشوی.

### تفاوت سوم:

شرط فعل، تعهد است؛ قاعده تعهد هم این است که اگر متعهد تعهد خود را انجام ندهد، ابتدا از طرف دادگاه الزام می شود و اگر پس از الزام انجام نداد [یعنی اگر الزام کارساز نبود]، به هزینه متعهد، تعهد توسط دیگری انجام می شود.<sup>۱</sup>  
 در نهایت اگر انجام تعهد توسط دیگری نیز امکان پذیر نبود، متعهدله حق فسخ دارد.  
 اما در شرط نتیجه این روند [الزام متعهد و انجام توسط دیگری] وجود ندارد و مستقیم به مشروط له حق فسخ می دهد.

### یک قاعده

همان طور که در تفاوت سوم شرح داده شد، شرط فعل یک نوع تعهد است و قاعده بر این است که در تعهدات، اگر متعهد از تعهدش سر باز بزند، ابتدا الزام می شود و در صورتی که الزام مؤثر واقع نشود، فعل مشروط، توسط دیگری و با هزینه متعهد اجرا می شود؛ و اگر توسط دیگری هم امکان پذیر نبود، متعهد حق فسخ دارد؛  
 این قاعده در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. به خوبی مشهود است؛ اما لازم به ذکر است این روند استثنائاتی دارد که بعد از متن مواد مربوطه به آن ها پرداخته می شود.

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

ماده ۲۳۸: هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.<sup>۲</sup>  
 ⊕ «شخص دیگری» می تواند خود مشروط له هم باشد - ماده ۲۲۲ ق.م؛  
 ⊕ برای الزام، باید اجرائیه گرفت.

<sup>۱</sup> - البته انجام توسط دیگری، در جایی است که تعهد وابسته به شخصیت متعهد نباشد.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۴۷ ق.ا.ا.م: هرگاه محکوم به انجام عمل معینی باشد و محکوم علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل به توسط شخص دیگری ممکن باشد محکوم له می تواند تحت نظر دادورز (مأمور اجرا) آن عمل را وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل هزینه لازم را به وسیله قسمت اجرا از محکوم علیه مطالبه نماید. در هر یک از موارد مذکور دادگاه با تحقیقات لازم و در صورت ضرورت با جلب نظر کارشناس میزان هزینه را معین می نماید. وصول هزینه مذکور و حق الزحمه کارشناس از محکوم علیه به ترتیبی است که برای وصول محکوم به نقدی مقرر است؛  
 \* ماده ۲۲۲ ق.م: در صورت عدم ایفای تعهد با رعایت ماده فوق حاکم می تواند به کسی که تعهد به نفع او [مشروط له] شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تادیه مخارج آن محکوم نماید. + رک. ماده ۲۴۲ ق.م.

ماده ۲۳۹: هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

### استثنائات قاعده فوق

- 🔴 قاعده، اجبار و الزام متعهد بود و انجام توسط دیگری و در نهایت حق فسخ؛
- 👉 استثنائات: به این صورت است که در سه مورد به محض این که متعهد، به تعهد خود عمل نکند، متعهدله بلافاصله و بدون نیاز به الزام و ...، خیار فسخ دارد؛
- 👉 لازم به ذکر است که استثناء همیشه نیاز به تصریح دارد و تفسیر مضیق<sup>۱</sup> می شود.

### استثنای نخست: شرط دادن ضامن

🔴 هرگاه شرط بشود که متعهد ضامن بدهد،<sup>۲</sup> و طرف ضامن ندهد، متعهدله فوراً حق فسخ دارد و نمی تواند وی را ملزم به دادن ضامن کند، فرقی هم بین ضامن معین یا مطلق وجود ندارد.

ماده ۲۴۳: هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام نگیرد، مشروط له حق فسخ [مستقیم] معامله را خواهد داشت.

👉 ماده ۳۷۹ ق.م: اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن [رهن به طور مطلق] بدهد و عمل به شرط نکند، بایع حق فسخ خواهد داشت؛ و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند، مشتری حق فسخ دارد.

### استثنای دوم: شرط دادن رهن به طور مطلق

🔴 هرگاه شرط بشود که متعهد، مالی [به طور مطلق نه این که معین باشد] را به متعهدله رهن بدهد و متعهد مالی را رهن ندهد، متعهدله فوراً حق فسخ دارد و نمی تواند وی را ملزم به دادن رهن کند؛

👉 اما درجایی که قرار است متعهد مال معینی را به متعهدله رهن بدهد، چون مال معین است، از طریق دادگاه وی را ملزم می کنند که به تعهد خود [دادن رهن معین] عمل کند؛ یعنی در مواردی که مال معین باشد، ابتدا به ساکن حق فسخ وجود ندارد.

👉 ماده ۳۷۹ ق.م: اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن [رهن به طور مطلق] بدهد و عمل به شرط نکند، بایع حق فسخ خواهد داشت؛ و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند، مشتری حق فسخ دارد.

<sup>۱</sup> - یعنی به موارد مشابه سرایت داده نمی شود.

<sup>۲</sup> - توجه: تعهد به دادن ضامن، شرط فعل است؛ اما اگر ضمن عقد شرط بشود، به این شکل: «ضامن من بشو»، شرط نتیجه است و با عقد، طرف ضامن می شود.

ماده ۲۴۱: ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که به واسطه معامله مشغول الذمه<sup>۱</sup> می شود، رهن یا ضامن بدهد.

⊕ این ماده، شرط فعل مثبت حقوقی را بیان می کند؛

⊕ در صورتی که متعهد، رهن یا ضامن ندهد، متعهد له، مستقیم حق فسخ دارد. رک. ماده ۲۴۳ ق.م.

ماده ۲۴۲: هرگاه در عقد شرط شده باشد که مشروط علیه مال معین را رهن دهد و آن مال [قبل از رهن دادن] تلف یا معیوب شود، مشروط له اختیار فسخ معامله را خواهد داشت نه حق مطالبه عوض رهن یا ارض عیب و اگر بعد از آن که مال را مشروط له به رهن گرفت آن مال تلف یا معیوب شود، دیگر اختیار فسخ ندارد.

⊕ دلیل بند آخر ماده: زیرا مشروط علیه تعهد خود را انجام داده و هیچ راهنی نمی تواند سلامت مورد رهن را تضمین کند.

### استثنای سوم: شرط فعل در عقد اجاره

⊖ هرگاه در عقد اجاره یک شرط فعل وجود داشته باشد،<sup>۲</sup> و متعهد به شرط وفادار نباشد، متعهد له ابتدا به ساکن حق فسخ دارد و نمی تواند وی را الزام کند.

⊖ ماده ۴۹۶ ق.م: عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل [منفسخ] می شود و نسبت به تخلف از شرایطی [شامل شرط فعل هم می شود] که بین موجر و مستأجر مقرر است، خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد [الزامی ندارد].

### شرط ضمنی

⊖ شرط ضمنی شرطی است که عرفاً در معاملات موجود می باشد، خواه طرفین از آن آگاه و یا جاهل بوده باشند؛

### تفاوت شرط ضمنی با شرط تبانی

✍ تفاوت عمده شرط ضمنی با شرط تبانی در این نکته است که در شرط تبانی، بنای طرفین و علم آن ها به مشروط، رکن اصلی بوده است؛ در حالی که در شرط ضمنی ممکن است طرفین آگاه بر آن نباشند. مثال بارز شرط ضمنی که تخلف از آن موجب پیدایش خیار عیب یا خیار غبن می گردد، شرط ضمنی راجع به سالم بودن مبیع و یا تعادل داشتن مبیع و ثمن با یکدیگر است.

<sup>۱</sup> - «مشغول الذمه» یعنی مدیون.

<sup>۲</sup> - دقت شود: موضوع شرط مهم نیست؛ به نفع چه کسی باشد [موجر یا مستأجر] هم مهم نیست؛ مهم وجود شرط فعل است در عقد اجاره.

## اسقاط شرط

☞ چه چیزی را می توان اسقاط کرد؟

☞ تنها چیزی که می توان آن را اسقاط کرد، حق است؛ و تنها می توان حق مالی را اسقاط کرد؛ چرا که حق غیر مالی قابل اسقاط نیست؛

☞ چه شرطی قابل اسقاط است؟

☞ شرطی قابل اسقاط است که ایجاد حق الزام نکند، یعنی اگر شرط انجام نشود، بتوان مشروط علیه را ملزم به انجام آن کرد؛ در نتیجه شرط صفت و شرط نتیجه قابل اسقاط نمی باشند، چون حق الزام ایجاد نمی کنند؛ اما شرط فعل حق الزام ایجاد می کند و در نتیجه قابل اسقاط است؛

### مثال برای شرط صفت:

☞ یک ماشین می خریم [عین معین است، چون شرط صفت در کلی وجود ندارد]، به شرط این که سفید [سفید بودن یک وصف است] باشد، اما موقع تحویل متوجه می شویم که ماشین سفید نیست؛

☞ حال حتی اگر سفید کردن ماشین هم مجاز باشد، نمی توان طرف را به این کار الزام کرد و فقط حق فسخ داریم؛

☞ پس وقتی صفت مورد شرط موجود نباشد، حق این را نداریم که ایجاد آن را درخواست کنیم؛ در نتیجه چون حق الزام در شرط صفت وجود ندارد، قابل اسقاط نیز نمی باشد؛ سالبه به انتفاء موضوع.

### مثال برای شرط نتیجه:

☞ شرط نتیجه نیز مانند شرط صفت است؛

☞ مثال: زنی به شوهر خود می گوید، خانام را به تو فروختم به این شرط که مطلقه بشوم؛ چون طلاق ایقاعی تشریفاتی است، به صرف اشتراط حاصل نمی شود و در نتیجه نمی تواند شرط نتیجه قرار بگیرد؛ یعنی در اینجا بیع انجام شد، اما طلاق صورت نگرفت؛ حال زن حق ندارد شوهر را به دادن طلاق الزام کند، بلکه فقط حق فسخ بیع را دارد.

☞ در نتیجه شرط نتیجه هم ایجاد حق الزام نمی کند؛ چون وقتی حقی وجود ندارد، اسقاط آن سالبه به انتفاء موضوع است.

### مثال برای شرط فعل:

☞ از آنجایی که شرط فعل، تعهد است، ایجاد حق الزام می کند؛ در نتیجه حق الزام را می توان اسقاط کرد؛ پس شرط فعل قابل اسقاط است.

مثال: خانه ام را به X می فروشم، به شرط این که ماشینم را تعمیر کند،<sup>۱</sup> حال اگر متعهد [X] ماشین را تعمیر نکند هم می توانم او را الزام به تعمیر کنم و هم می توان حق خود را ساقط کنم؛ یعنی می توان از خیر آن بگذرم.

ماده ۲۴۴: طرف معامله که شرط [نعل] به نفع او شده می تواند از عمل به آن شرط صرف نظر کند؛ در این صورت مثل آن است که این شرط در معامله قید نشده باشد [عقد مطلق]، لیکن شرط نتیجه [و شرط صفت] قابل اسقاط نیست.

ماده ۲۴۵: اسقاط حق حاصل از شرط [نعل] ممکن است به لفظ باشد یا به فعل، یعنی عملی که دلالت بر اسقاط شرط نماید. ⊕ منظور: حق مطالبه انجام فعل مشروط است: شامل حق فسخ نمی شود.

### اسقاط حق فسخ

هر گاه از شرط [صفت، نتیجه و فعل] تخلف بشود، مشروط له حق فسخ دارد؛ این حق فسخ قابل اسقاط است؛ یعنی می تواند عقد را فسخ نکند.

مثال: ماشینی که قرار بود سفید باشد [شرط صفت]، سفید نیست: مشروط له حق فسخ دارد اما می تواند حق فسخ را اسقاط کند؛ یعنی ماشین با هر رنگی بود آن را قبول کند.

دقت شود: خود شرط صفت و نتیجه قابل اسقاط نیست، اما از حق فسخی که به واسطه آن ها به وجود می آید می توان صرف نظر کرد؛ چون «فسخ» حق است و هر حق فسخی هم قابل اسقاط است.

### اسقاط شرط باطل غیر مبطل

هر گاه در عقدی شرط باطل غیر مبطل وجود داشته باشد و مشروط له هم از بطلان آن آگاه نباشد، وی حق فسخ دارد؛ یعنی او می تواند عقد را فسخ نکند؛

در چنین مواردی معمولاً [در عرف چنین است] مشروط له می گوید از شرط گذشته [شرط را نادیده گرفتم]؛ این عبارت درست نیست: چون شرط باطل است؛ و چیزی که باطل باشد، اثری بر آن مترتب نیست که آن را دیده یا نادیده بگیریم!<sup>۲</sup>

فقط اگر مشروط له به بطلان شرط جاهل باشد حق فسخ دارد که این حق فسخ قابل اسقاط است.

\* مثال: در عقدی برای من یک شرط می شود که من از مجهول بودن آن خبر نداشتم، حال من حق فسخ دارم که می توانم آن را اسقاط کنم.

لازم به ذکر است: پس از اسقاط حق فسخ، دیگر نمی توان به آن استناد کرد، چون حق، با اسقاط، از عالم حقوق پاک می شود.

<sup>۱</sup> - شرط فعل در اینجا عملی مادی است.

<sup>۲</sup> - بنابراین اسقاط شرط باطل، همان اسقاط حق فسخ است؛ یعنی من وقتی شرط باطلی را ساقط می کنم، در واقع حق فسخ خود را ساقط می کنم.

## اسقاط شرط باطل مبطل

- ⊖ شرط باطل و مبطل همان طوری که از نامش پیداست و قبلاً هم شرح داده شد، عقد را از بین می برد و وقتی که عقد از بین می رود، در واقع از عالم حقوق، عالم اعتبار پاک می شود و دیگری وجود ندارد؛
- ✍ عقد باطل مانند فردی است که تیر خورده و مُرده است که نمی توان با در آوردن تیر او را زنده کرد؛ یعنی عقد باطل، در هر صورت باطل است و نمی توان آن را تصحیح کرد.
- ✍ عرف عام در چنین موردی برای این که عقد را درست کنند، می گویند از شرط گذشتم؛ در اینجا چنین گفته ای اشتباه است و گذشتن از شرط مبطل امکان ندارد؛ بنابراین منظورشان این است که عقدی جدید و بدون شرط منعقد می کنند.
- ➔ در نتیجه اسقاط شرط باطل مبطل، فایده ای ندارد و عقد همچنان باطل است.

خلاصه اسقاط شرط	
اسقاط شرط صفت:	قابل اسقاط نمی باشد.
اسقاط شرط نتیجه:	قابل اسقاط نمی باشد.
اسقاط شرط فعل:	می توان آن را اسقاط کرد.
اسقاط حق فسخ:	می توان آن را اسقاط کرد.
اسقاط شرط باطل غیر مبطل:	منظور همان اسقاط حق فسخ است.
اسقاط شرط باطل مبطل	بدون تأثیر است و عقد همچنان باطل است.

## انحلال شرط

- ⊖ در ابتدا دقت شود که: انحلال عقد هیچ تأثیری در شرط صفت ندارد؛ به این دلیل، فقط به تأثیر انحلال در شروط «نتیجه و فعل» پرداخته می شود.
- ✍ عقود ممکن است به دلایلی [فسخ، تفاسخ و یا انفساخ] منحل بشوند؛ حال ممکن است عقدی که منحل شده، در آن شرط فعل یا نتیجه وجود داشته است؛
- ✍ همان طور که در ابتدای فصل شرح داده شد، شرط تابع عقد است؛ یعنی قاعده این بود که وقتی عقد منحل می شود، شرط نیز منحل بشود؛ و قرار بود در اینجا استثنائات این نتیجه بیان بشود.

### تأثیر انحلال در «شرط نتیجه»

- ⊖ در شرط نتیجه طبق قاعده فوق، با انحلال عقد، شرط نیز خودبه خود به هم می خورد؛ اما این قاعده در اینجا سه استثناء دارد؛

➤ اگر عقود: «نکاح، وقف و ضمان»<sup>۱</sup> به صورت شرط نتیجه منعقد شده باشند، با انملال عقد اصلی از بین نمی رود؛  
 ✍ مثال: اگر در عقد بیع، به درج شرط نتیجه، یک نفر وکیل من بشود، با انحلال بیع، عقد وکالت از بین می رود؛ اما اگر در ضمن عقد بیع، نکاحی صورت بگیرد، با انحلال بیع، نکاح پابرجاست و به آن خللی وارد نمی آید.

## تأثیر انملال در «شرط فعل»

🕒 در مورد شرط فعل، دو مرحله وجود دارد؛ قبل از انجام فعل و بعد از انجام آن.  
 ➤ یک مرحله قبل از انجام فعل مشروط، عقد اصلی به هم می خورد، مرحله دیگر، بعد از انجام فعل مشروط، عقد اصلی به هم می خورد.

### مرحله نخست: انحلال عقد، قبل از انجام فعل مشروط

🕒 هر گاه قبل از انجام شرط فعل، عقد اصلی منحل بشود، شرط هم فعل از بین می رود؛ یعنی تعهد ساقط می شود؛ برخلاف شرط نتیجه موضوع شرط مهم نیست [هر چه می خواهد باشد].  
 ✍ مثال: خانه ام را به شما می فروشم به این شرط که ماشینم را تعمیر کنی [شرط فعل]؛ حال اگر قبل از این که ماشین من را تعمیر کنی، عقد بیع خانه را اقاله کنیم، شرط نیز منحل می شود و تعهد شما مبنی بر تعمیر ماشین من هم از بین می رود.

### مرحله دوم: انحلال عقد، بعد از انجام فعل مشروط

🕒 گاهی بعد از این که شرط فعل انجام شد، عقد منحل می شود؛ در اینجا باید بین شرط فعل مادی و شرط فعل حقوقی تفاوت قائل شد؛

### شرط فعل مادی:

🕒 هر گاه شرط فعل، مادی بوده و انجام شده و عقد پس از انجام شرط منحل شده باشد؛ در اینجا چون عمل مادی بوده و قابل بازگشت نیست، مشروط علیه از مشروط له اجرت المثل می گیرد.  
 ✍ مثال: خانه ام را به شما فروختم، به این شرط که ماشینم را تعمیر کنید؛ حال پس از تعمیر ماشین، بر فرض مثال بیع خانه فسخ می شود، در اینجا چون عمل [تعمیر] مادی بوده و نمی توان آن را برگرداند [نمی شود که ماشین را دوباره خراب کرد]، به شما اجرت المثل داده می شود؛ یادآوری می شود که: میزان اجرت المثل به تعیین کارشناس است.

<sup>۱</sup> - این عقود قابل اقاله نیز نمی باشند: رک. مبحث دوم از فصل آخر همین جزوه (مدنی ۳).



## شرط فعل حقوقی:

هرگاه شرط فعل، حقوقی بوده و انجام شده و عقد پس از انجام شرط منحل شده باشد؛ در اینجا دو حالت دارد؛

یا عمل حقوقی تبعی بوده است، یا عمل حقوقی مستقل بوده است.

اگر شرط فعل انجام شده، عمل حقوقی تبعی بوده باشد، با انحلال عقد، شرط نیز به هم می خورد؛

اما اگر شرط فعل انجام شده، عمل حقوقی مستقل بوده باشد، با انحلال عقد، شرط به هم نمی خورد و پایدار است.

## مثال برای تأثیر انحلال بر شرط فعل «عمل حقوقی تبعی»:

خانه ام را به شما فروختم، به شرط این که بابت ثمن آن، به من رهن بدهید؛ حال شما مالی را برای تضمین بدهی خود، به من دادید [یعنی به شرط فعل حقوقی خود عمل کردید]: در اینجا اگر بیع خانه منحل بشود، تکلیف رهن روشن است: چون رهن عقدی تبعی و فرع بر بیع بوده است؛ یعنی با به هم خوردن بیع، عقد رهن نیز به هم می خورد.

دقت شود: همه عقود تبعی [رهن، ضمان، حواله و کفالت]، با منحل شدن عقد اصلی، از بین می روند.

## مثال برای تأثیر انحلال بر شرط فعل «عمل حقوقی مستقل»:

خانه ام را به شما فروختم به شرط این که شما هم ماشینتان را [به قیمت روز] به من بفروشید؛ در اینجا اگر به شرط عمل بشود [یعنی ماشینتان را به من فروختید] و عقد اصلی [بیع خانه] منحل بشود، بیع ماشین منحل نمی شود؛ چون این دو از هم مستقل هستند و هیچ وابستگی بین آن ها وجود ندارد.

ماده ۲۴۶: در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ [یا به حکم تانن] به هم بخورد، شرطی [فعل] که در ضمن آن شده است باطل [زایل] می شود و اگر کسی که ملزم [ملتزم] به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد، می تواند عوض [اجرت المثل] او [آن] را [شرط را] از مشروط له بگیرد.

دلیل حکم این ماده: چون شرط استقلال در انشاء ندارد و بنا بر اصل عدم تبرع، طرف باید حق خود را بگیرد.

## خلاصه: تأثیر انحلال عقد در شروط ضمن آن

موضوعیتی ندارد.		در شرط صفت:
با انحلال عقد، شرط نیز منحل می شود؛ مگر در نکاح، وقف و ضمان.		در شرط نتیجه:
نیازی نیست متعهد به آن عمل کند.	قبل از عمل به شرط:	در شرط فعل:
مشروط علیه اجرت المثل می گیرد.	عمل مادی:	
شرط از بین می رود.	تبعی:	
انحلال در آن تأثیری ندارد.	مستقل:	عمل حقوقی:

# فصل پنجم

## «معاملات فضولی»

معاملاتی که موضوع آن مال غیر است «معاملات فضولی»

### تعریف

تعریف معاملات فضولی، ذیل ماده ۱۹۷ ق.م. [فصل دوم] شرح داده شد که در اینجا تکرار و تکمیل می شود؛

### معاملات فضولی بر چند قسم است

- ♣ معامله فضولی در عقود تملیکی؛
- ♣ معامله فضولی در عقود عهده؛
- ♣ معامله فضولی در عقود اذنی.

### معامله فضولی در عقود تملیکی<sup>۱</sup>

- ⌚ در این نوع معاملات، فضول یک عقد تملیکی منعقد می کند؛
- معامله فضولی در عقود تملیکی بر دو قسم است:
  - ♣ معامله برای غیر [مالک]؛
  - ♣ معامله برای خود [فضول].

<sup>۱</sup> - توجه: «مورد غالب» همین است: یعنی بیشتر معاملات فضولی «تملیکی» هستند؛ به همین دلیل، بیشتر به این موضوع پرداخته می شود.

**معامله برای غیر:**

- ⊖ در این نوع معامله فضولی، فضول سوءنیت ندارد، مال مالک را برای خود مالک می فروشد؛
- ✍ **مثال:** شما قصد دارید ماشین خود را بفروشید؛ بدون این که به من اذن [نماینده گی] داده باشید، من برای ماشین شما مشتری پیدا می کنم و خودم آن را می فروشم؛
- ✍ در این معامله قصد من خیر است و می خواهم به شما [مالک] در فروش ماشین کمک کنم.
- ✍ در این صورت شما می توانید معامله را تنفیذ یا رد کنید؛ یعنی تعیین سرنوشت عقد با مالک است.

**معامله برای خود:**

- ⊖ در این نوع معامله فضولی، ممکن است فضول سوءنیت داشته باشد؛
- ✍ **برای مثال:** ممکن است فضول دزد باشد و مال مالک را برای خود بفروشد؛
- ✍ و ممکن است به خاطر شباهت، اشتباهی مال دیگری را به جای مال خود بفروشد.
- ✍ در اینجا نیز تعیین سرنوشت عقد با مالک است.

**معامله فضولی در عقود عهدی**

- ⊖ در این نوع معامله، فضول یک عقد عهدی منعقد می کند؛
- ✍ **مثال:** من به شما قول می دهم که فلان نقاش، در فلان روز بیاید و خانه شما را نقاشی کند و فلان مقدار هم دستمزد بگیرد؛ در اینجا مالی ردوبدل نمی شود [چون عقد عهدی است] و فقط من بر عهده نقاش ساختمان تعهد گذاشتم؛ یعنی من نقاش را به طور فضولی در مقابل شما متعهد کردم؛ که در اینجا با تنفیذ یا رد معامله توسط نقاش ساختمان، سرنوشت این عقد عهدی معین می شود.

**تعهد به فعل ثالث و تفاوت آن با معامله فضولی عهدی**

- ⊖ تعهد به فعل ثالث بسیار به معامله فضولی عهدی شبیه است، با این تفاوت که در تعهد به فعل ثالث، تعهد متعهد، تعهد به نتیجه است؛
- ✍ در قالب یک **مثال:** من در مقابل شما تعهد می کنم<sup>۱</sup> که فردا نقاش ساختمان را بیاورم تا خانه شما را نقاشی کند؛ تفاوت در اینجا است که در معامله فضولی عهدی، به شما قول دادم و نقاش را به طور فضولی متعهد کردم، اما در اینجا خودم متعهد می شوم که نقاش را بیاورم؛ که اگر نتوانم از عهده تعهدم برآیم باید به شما خسارت تخلف از تعهد بپردازم، مگر این که قوه قاهره را اثبات کنم؛ چون تعهد من تعهد به نتیجه بوده است.

<sup>۱</sup> - دقت شود: در اینجا من فضول نیستم، بلکه من متعهد هستم.

## موارد «تعهد به فعل ثالث» در قانون مدنی:

- «شخص خارجی» در ماده ۲۳۴ ق.م: یعنی شخص ثالث؛
- ماده ۲۳۴ ق.م: ..... شرط فعل<sup>۱</sup> آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.
- در غصب در قسمت تعاقب ایادی، غاصبین [به جز آخری] در مقابل مالک، متعهد به فعل ثالث می باشند؛ آن ها باید مال را از غاصب آخری بگیرند و به مالک بدهند؛ اما تعهد غاصب آخری تعهد به رد مال است نه فعل ثالث.<sup>۲</sup>
- ماده ۳۱۷ ق.م: مالک می تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هر یک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند.
- در عقد کفالت، تعهد کفیل، بر مبنای تعهد به فعل ثالث می باشد؛<sup>۳</sup>
- ماده ۷۳۴ ق.م: کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می کند. متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفوله می گویند.

## نظریه نمایندگی

- در حقوق ایران، در معاملات فضولی، «نظریه نمایندگی» مطرح می باشد؛
- یعنی وقتی مالک معامله فضولی را تنفیذ می کند، فرض این است که فضول نماینده او بوده است؛
- ✍ به عبارت دیگر: طرف [معامل] ابتدا فضول بوده که با تنفیذ معامله از جانب مالک، نماینده او محسوب می شود.
- ✍ داشتن سمت [نمایندگی] به دو صورت است: به اذن شارع [قیم - ولی]، یا به اذن مالک [وکالت]؛

## ارکان معامله فضولی

- معامله فضولی دو رکن دارد؛
- الف: معامله بر روی مال غیر [اعم از عین و منفعت]؛
- ب: عدم اذن از مالک یا شارع.

## افراد در معامله فضولی

- در معامله فضولی، سه نفر وجود دارند:

<sup>۱</sup> - همانطور که قبلاً گفته شد، ماهیت شرط فعل، همیشه «تعهد» است.

<sup>۲</sup> - برای دیدن توضیحات بیشتر: رک. جزوه حقوق مدنی «۴».

<sup>۳</sup> - برای دیدن توضیحات بیشتر: رک. جزوه حقوق مدنی «۷».

- ❖ کسی که مال غیر را انتقال می دهد: «فضول»، «فضولی» و یا «معامل فضولی» می گویند؛
- ❖ کسی که مال به او منتقل می شود، [با فضول معامله می کند]: «طرف معامله»، «متعامل» و یا «اصیل»<sup>۱</sup> می گویند؛
- ❖ کسی که فضول مال او را انتقال می دهد: «مالک» یا «غیر» می گویند.

## حالات انعقاد معامله فضولی از ناحیه فضول:

۱. گاهی فضول می گوید مال خود را انتقال می دهد؛
  ۲. گاهی فضول می گوید اذن در انتقال دارد؛
  ۳. گاهی فضول می گوید مال من نیست ولی انتقال می دهد؛
  ۴. گاهی فضول تظاهر می کند که مال خود را انتقال می دهد؛
  ۵. گاهی فضول تصور می کند که مال خود را انتقال می دهد؛
- ✓ توجه: انتقال مال غیر، بدون اذن مالک آن، در هر صورت فضولی است، چه طرفین انتقال آگاه باشد و چه جاهل.
- ❖ معامله به مال غیر در هر صورت برای مالک آن خواهد بود، خواه ثمن مورد معامله قرار گرفته باشد و خواه مثن.

## نکته

- ❖ معامله فضولی مختص بیع نیست، بلکه بیع مورد غالب است؛ در نتیجه به هر طریقی که مال غیر مورد انتقال واقع شود، این انتقال، فضولی و غیر نافذ و منوط به تنفیذ مالک یا قائم مقام او است.

## حق تنفیذ

- ❖ مطابق ماده ۲۴۷ ق.م. دو نفر می توانند معامله فضولی را تنفیذ کنند؛ مالک یا قائم مقام او.

ماده ۲۴۷: معامله به مال غیر [فضولی] جز به عنوان ولایت [اذن شارع] یا وصایت یا وکالت [اذن مالک] + [تیمرت] نافذ نیست ولو این که صاحب مال باطناً راضی باشد؛ ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود، در این صورت معامله صحیح و نافذ می شود.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - دقت شود: این اصیل با «اصیل» که در بحث نماینده در فصل دوم مطرح شد، متفاوت است.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

- \* ماده ۶۷۴ ق.م: موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است، انجام دهد. در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام داده شده است، موکل هیچ گونه تعهد نخواهد داشت، مگر این که اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.
- \* ماده ۳۰۴ ق.م: اگر کسی که چیزی را من حق دریافت کرده است خود را محق می دانسته لیکن در واقع محق نبوده و آن چیز را فروخته باشد معامله فضولی و تابع احکام مربوطه به آن خواهد بود.

## بررسی «تنفیذ» یا «رد» معامله فضولی

➤ تنفیذ یا رد توسط مالک، تنفیذ یا رد توسط قائم مقام.<sup>۱</sup>

✍ تنفیذ یا رد توسط مالک: بحث خاصی ندارد، مالک می تواند معامله را تنفیذ یا رد کند.

### تنفیذ یا رد توسط قائم مقام

#### تنفیذ یا رد توسط قائم مقام عام:

➤ پس از فوت مالک [چه آگاه و چه جاهل از معامله فضولی]، وراث او [قائم مقام عام] می توانند معامله را تنفیذ یا رد کنند؛

ماده ۲۵۳: در معامله فضولی، اگر مالک قبل از اجازه یا رد فوت نماید، اجازه یا رد با وراث است.

#### نکته:

➤ وارثی می تواند معامله فضولی را تنفیذ یا رد کند که مالک آن مال [مال مورد معامله فضولی] شده باشد؛ بنابراین همان طور که در حاشیه های ذیل ماده فوق اشاره شده است، زن در معامله فضولی زمین حق تنفیذ یا رد ندارد.

## اشکال تصمیم وراث مالک

➤ همه رد می کنند: مال به خود آن ها بر می گردد؛

➤ همه تنفیذ می کنند: ثمن را به نسبت سهم الارث تقسیم می کنند؛

➤ برخی رد و برخی تنفیذ می کنند: در این مورد عقد یکپارچه به عقود متعدد و کوچک تر تقسیم می شود؛ عقد تنفیذ شده صحیح و عقد رد شده باطل. در اینجا مشتری [اصیل] دو حق دارد: یا با استناد خیار تبعض صفقه [ماده ۴۴۱ ق.م.ا] عقد صحیح را فسخ می کند، یا بیع را در قسمت صحیح می پذیرد که در صورت اخیر به قائم مقامی وراث تنفیذ کننده شریک وراث رد کننده می شود.

### تأثیر فوت اصیل

➤ هر گاه اصیل فوت کند، معامله به هم نمی خورد و وراث وی باید منتظر تصمیم [تنفیذ یا رد] مالک بمانند.

#### تنفیذ یا رد توسط قائم مقام خاص:

➤ هر گاه مالک بدون اطلاع از معامله فضولی، مال خود را به دیگری منتقل کند، منتقل الیه، قائم مقام خاص مالک می شود و می تواند معامله فضولی را تنفیذ و یا رد کند؛

<sup>۱</sup> - برای دیدن توضیحات بیشتر در این رابطه [قائم مقام]: رک. فصل دوم همین جزوه (مدنی ۳).

👉 قائم مقام خاص می تواند هر کسی باشد؛ از جمله خود فضول؛

📖 مثال: من ماشین پدرم را به طور فضولی به شما می فروشم، بعد [بعد از عقد] پدرم بدون اطلاع از این معامله، ماشین را به من هبه می کند؛ در اینجا من [معامل فضول] قائم مقام خاص پدرم می شوم و می توانم معامله فضولی که خودم آن را انجام دادم، تنفیذ و یا رد کنم؛ درست است که من خودم فروشنده بودم، اما من در آن زمان مالک نبودم و الآن که مالک شدم نمی خواهم آن را بفروشم، کما این که اگر پدرم ماشین را به هر فرد دیگری هبه می کرد، باز هم همین وضعیت را داشت؛ یعنی متهب بایستی معامله فضولی را تنفیذ و یا رد می کرد.

ماده ۲۵۴: هرگاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد آن مال به نحوی از انحاء به معامله کننده فضولی [یا به هر کس دیگری] منتقل شود [قائم مقام خاص]، صرف تملک، موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود.

### ایراد ماده ۲۵۴ ق.م.

📖 در این ماده فقط انتقال مال را به فضول بیان کرده است؛ این در حالی است که انتقال مال، به هر کسی، مانند انتقال آن به معامل فضول است؛ و از این می توان نتیجه گرفت که قائم مقام خاص می تواند هر کسی باشد، گاهی خود فضول است [که ماده بیان کرده] و گاهی هم ممکن است شخص دیگری باشد.

وقتی قائم مقام خاص شخص دیگری غیر از فضول است:

📖 در قالب یک مثال: من ماشین پدرم را به صورت فضولی به شما می فروشم، اما بعداً، پدرم بدون اطلاع از بیع، ماشین را به شخص دیگری هبه می کند؛ در اینجا، تکلیف عقد [تنفیذ یارد] با متهب است؛ یعنی متهب قائم مقام خاص می شود.

### اجازه و رد صریح و ضمنی

#### اجازه و رد صریح:

👉 اجازه و رد، وقتی صریح است که با لفظ باشد؛ مانند این که مالک بگوید رد کردم، اجازه کردم.

#### اجازه و رد ضمنی:

👉 اجازه و رد، وقتی ضمنی است که با فعل باشد؛ مانند این که مالک با اطلاع از معامله فضولی، مال را بفروشد؛

➤ به عبارت دیگر: هر گاه مالک با اطلاع<sup>۱</sup> از معامله فضولی، مال را به دیگری انتقال بدهد، به صورت ضمنی معامله فضولی را رد کرده است؛

➤ یعنی مالک می داند که مالش مورد معامله فضولی قرار گرفته، با این وجود مال را به دیگری انتقال می دهد؛ و به معامله فضولی اهمیت نمی دهد [معامله فضولی را نادیده می گیرد].

ماده ۲۴۸: اجازه مالک نسبت به معامله فضولی حاصل می شود به لفظ [صریح] یا فعلی [ضمنی] که دلالت بر امضای عقد نماید.

⊕ تنفیذ یعنی باقی ماندن [متعهد] بر عقد؛

⊕ مثال برای تنفیذ ضمنی: هر گاه مالک مدعی خیار غبن شود، به این معناست که عقد را مطلقاً تنفیذ کرده است.

⊕ تنفیذ یک امر حدوثی می باشد و اصل بر عدم آن است.

ماده ۲۵۱: رد معامله فضولی حاصل می شود به هر لفظ [صریح] یا فعلی [ضمنی] که دلالت بر عدم رضای به آن نماید.

### در نتیجه، انتقال مال توسط مالک:

➤ با ملاحظه عقد فضولی: رد معامله محسوب می شود؛

➤ بدون ملاحظه عقد فضولی: خریدار قائم مقام مالک می شود.

### سکوت مالک

➤ مطابق ماده ۲۴۹ ق.م. بر خلاف عرف عام که می گویند سکوت نشانه رضاست، سکوت هیچ چیزی نیست؛ حتی اگر در جایی که مالک نیز حضور دارد، مال او را انتقال بدهند و او ساکت بماند، سکوت او، نه اجازه است و نه رد؛

ماده ۲۴۹: سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی شود.

➤ البته این ماده حکم سکوت محض است؛ یعنی هر گاه سکوت همراه با قرینه و اوضاع و احوالی شود که بر اداره مالک دلالت کند، ممکن است اجازه ضمنی یا فعلی به شمار آید؛ یعنی فقط سکوت بدون قرینه اجازه محسوب نمی شود.

### ایقاع اجازه و رد

➤ اجازه و رد هر دو ايقاع هستند، چون فقط به اراده مالک واقع می شوند؛ البته ايقاع دوطرفه؛<sup>۲</sup>

➤ اجازه و رد هر دو ايقاع لازم هستند، یعنی برگشت ناپذیرند و پس از اجازه نمی توان آن را رد کرد و بالعکس؛

<sup>۱</sup> - دقت شود: اگر بدون اطلاع انتقال می داد، قائم مقامی خاص بود.

<sup>۲</sup> - برای مشاهده توضیحات بیشتر در این مورد [ایقاعات] رک. «کلیات مدنی ۳» - ابتدای جزوه مدنی ۳.



ماده ۲۵۰: اجازه در صورتی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد و الا اثری ندارد.

- ⊕ نگارش این ماده، نشان از ایقاع لازم و برگشت ناپذیر بودن اجازه و رد است:
- ⊕ هرگاه معامله فضولی رد شود: معامله از عالم حقوق پاک می شود و دیگر چیزی وجود ندارد که مالک بخواهد تنفیذ کند و اگر بعد از رد مالک بگوید که قبول دارم، این خود یک ایجاب جدید است و نیاز به قبول از طرف اصیل دارد؛
- ⊕ مبنای حقوقی و اصلی اجازه در عقد فضولی: اعطای نیابت به فضول است.

## تأخیر در اجازه و رد

- ⊖ گاهی مالک نه معامله را رد و نه تنفیذ می کند؛ با این کار، ممکن است اصیل متضرر بشود؛ که در این صورت، اصیل می تواند معامله را فسخ کند؛
  - تنها جایی که می توان عقد غیرنافذ را فسخ کرد، همین مورد است؛ به عبارتی حق فسخ معامله غیرنافذ توسط اصیل، یک استثناء است: آن هم در صورتی که موجب تضرر اصیل بشود، مشارالیه می تواند معامله را فسخ کند؛ و فرقی هم نمی کند که معامل فضول، تحصیل اجازه را، تضمین کرده و یا تضمین نکرده است،
- ماده ۲۵۲: لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد. اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد مشارالیه می تواند معامله را به هم بزند.

نکات تکمیلی ماده ۲۵۲ ق.م.

- معامله فضولی، فقط نسبت به کسی که اراده اش در معامله وجود ندارد [مالک] غیرنافذ است، اما نسبت به طرف معامله [اصیل] معامله کامل و الزام آور است؛
- فوریت در حقوق مدنی خلاف اصل [استثناء] است، حتی در خیارات هم فوریت نیاز به تصریح دارد؛
- علت فسخ توسط اصیل در این ماده: متضمن قاعده لاضرر است، یعنی تأخیر مالک خلاف این مبنا است که طرف اصیل سرگردان و بلا تکلیف بماند؛
- خیاری که اصیل در این ماده به آن استناد می کند: خیار تخلف از شرط ضمنی: خیار تخلف از شرط بنایی.

## عقد غیرنافذ ملحق به قلمرو عقود صحیح است!

⊖ برداشتی از ماده ۲۵۲ ق.م.

- ✍ بر خلاف عقود صحیح، بر عقد باطل هیچ اثری مترتب نیست و از آنجایی که فقط عقد صحیح قابل فسخ است و با توجه به این ماده که گفته است عقد غیرنافذ را می توان فسخ کرد: به نتیجه می رسیم که عقد غیرنافذ یک عقد صحیحی است که فقط یک عنصر [تنفیذ] کم دارد که با تنفیذ کامل می شود؛ بنابراین عقد غیرنافذ ملحق به قلمرو عقود صحیح است.

## انتقال مال خود به قصد فضولی!

⊖ گاهی شخصی، به تصور این که مالی که قصد انتقال آن را دارد، مال فرد دیگری است، به اشتباه مال خود را انتقال می دهد، یعنی بر روی مال خود معامله فضولی انجام می دهد؛ از آنجایی که قصد طرف [مالک] معامله فضولی بوده است، این معامله هم مانند سایر معاملات فضولی غیر نافذ است و منوط به تنفیذ خودش می باشد؛

ماده ۲۵۵: هرگاه کسی نسبت به مالی معامله به عنوان [قصد] فضولی نماید و بعد معلوم شود که آن مال ملک معامله کننده بوده است یا ملک کسی بوده است که معامله کننده می توانسته است از قبل او ولایتاً یا کالتاً معامله نماید، در این صورت نفوذ و صحت معامله موکول به اجازه معامل است والا معامله باطل خواهد بود.

⊕ صرف تملک موجب نفوذ معامله نیست و تنفیذ باملاحظه صاحب مال صورت می گیرد: چون فضول در هنگام معامله مصلحت خود را در نظر نگرفته و قصد فروش مال خود را نداشته؛ بلکه مصلحت مالک را در نظر داشته است.

## اجازه در صورت تعدد معامله فضولی

⊖ باید بین «معامله بر روی اصل مال» و «معامله بر روی عوض مال»، تفکیک قائل شد:

### الف: معامله فضولی بر روی اصل مال

⊖ گاهی فضول مال را به دیگری [اصیل] انتقال می دهد، اصیل نیز آن را دیگری انتقال می دهد و به همین منوال چند معامله بر روی مال صورت می گیرد؛ یعنی زمانی مالک متوجه می شود که بر روی مال او چندین معامله انجام شده است؛ حال تکلیف مالک چیست؟

⊖ مطابق ماده ۲۵۷ ق.م. مالک می تواند هر یک از معاملات را که بخواهد اجازه کند؛ در این صورت معاملات بعد از معامله تنفیذ شده، هم تنفیذ می شوند، اما معاملات قبل از آن رد شده محسوب می شوند و باطل اند.

### حالات تنفیذ معامله، بر روی اصل مال:

⊖ مالک اولین معامله را تنفیذ می کند: معاملات بعدی همه صحیح هستند، چون در معاملات بعدی هر کسی مال خود را انتقال داده است؛

⊖ مالک آخرین معامله را تنفیذ می کند: یعنی به طور ضمنی معاملات قبلی را رد می کند: بطلان معاملات قبلی؛

⊖ مالک یکی از معاملات «غیر از اولی یا آخری» را به اختیار خودش تنفیذ می کند: در اینجا هم به طور ضمنی معاملات قبل از معامله رد شده، باطل و معاملات بعد از آن و صحیح هستند.

**ب: معامله بر روی عوض مال:**

- ⊖ گاهی فضول مال را به دیگری [اصیل] انتقال می دهد و عوض آن را از اصیل می گیرد و با آن [عوض] معامله ای دیگر انجام می دهد و دوباره با عوض دوم معامله ای دیگر انجام می دهد و به همین منوال بر روی عوض مال چند معامله صورت می گیرد؛ یعنی زمانی مالک متوجه می شود که بر روی عوض مال او چند معامله انجام شده است؛ حال تکلیف مالک چیست؟
- در اینجا مالک می تواند هر یک از معاملات انجام شده بر روی عوض مالش را تنفیذ کند؛ در این صورت، قضیه عکس روش قبلی است؛ یعنی با تنفیذ هر معامله، معاملات قبل از آن هم تنفیذ می شوند، اما معاملات بعد از آن رد شده محسوب می شوند و باطل اند؛

**حالات تنفیذ معامله، بر روی عوض مال:<sup>۱</sup>**

- مالک اولین معامله بر عوض مالش را تنفیذ می کند: معامله تنفیذ شده، صحیح و معاملات بعدی همه باطل هستند؛
- مالک آخرین معامله بر عوض مالش را تنفیذ می کند: همه معاملات صحیح می باشند؛
- مالک یکی از معاملات بر عوض مالش «غیر از اولی یا آخری» را به اختیار خودش تنفیذ می کند: معاملات پیشین صحیح و معاملات بعدی همه باطل هستند.

ماده ۲۵۷: اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده است قبل از این که مالک معامله فضولی را اجازه یا رد کند مورد معامله دیگر نیز واقع شود، مالک می تواند هر یک از معاملات را که بخواهد اجازه کند، در این صورت هر یک را اجازه کرده معاملات بعد از آن نافذ و سابق بر آن باطل خواهد بود.

**مثال برای تنفیذ معامله فضولی بر روی اصل مال**

- ⊖ «الف» مال من را به «ب» انتقال می دهد، «ب» آن را به «ج» انتقال می دهد و «ج» نیز آن را به «د» انتقال می دهد؛
- من که مالک باشم، برای مثال، معامله بین «ب» و «ج» را تنفیذ می کنم؛
- ✍ بطلان معاملات قبل از تنفیذ: با تنفیذ من، یعنی با تنفیذ معامله بین «ب» و «ج»، معامله بین «الف» و «ب» رد محسوب می شود و باطل است، مثل این که من خودم مال من را به «ج» انتقال دادم و انتقال بین «الف» و «ب» را نادیده گرفتم.
- ✍ تنفیذ معاملات بعد از تنفیذ: با تنفیذ من، یعنی با تنفیذ معامله بین «ب» و «ج»، معامله بین «ج» و «د» تنفیذ شده محسوب می شود؛ چون با تنفیذ من، «ج» مالک شده است و متعاقباً «ج» مال خود را به «د» انتقال داده است و انتقال توسط «ج» فضولی نبوده است.

<sup>۱</sup> - برداشتی از حاشیه دکتر کاتوزیان، ذیل ماده ۲۵۷ ق.م.

## مثال برای تنفیذ معامله فضولی بر روی عوض مال

- ⊖ «الف» مال من را به «ب» انتقال می دهد، «ب» آن را به «ج» انتقال می دهد و «ج» نیز آن را به «د» انتقال می دهد؛
- ⊖ من که مالک باشم، برای مثال معامله بین «ب» و «ج» را تنفیذ می کنم؛
- ⊖ حال ممکن است «ب» بعد از این که مال را به «ج» انتقال داد؛ عوض آن را نیز دریافت کرده است و با عوض دریافتی معاملات دیگری انجام داده باشد، مثلاً عوض دریافتی از «ج» یک دستگاه ماشین بوده و من آن را تنفیذ کرده بودم یعنی ماشین مال من شده بود؛ بعد از تنفیذ، «ب» ماشین [عوض دریافتی] را با یک قطعه زمین معاوضه کرده است، سپس زمین را با یک دستگاه آپارتمان و بعد از آن، آپارتمان را با یک باب باغ معاوضه کرده است.
- ⊖ در اینجا، چون من معامله بین «ب» و «ج» را تنفیذ کرده ام، اگر «ج» مال را به دیگری انتقال بدهد، فضولی نیست و مال خود را انتقال داده است؛ چون دیگر من مالک عوض دریافتی شده ام و «ب» حق نداشت با عوض دریافتی از «ج» [مال من] معاملات فوق را انجام بدهد؛ حال نوبت من است که بین این همه ردوبدل عوض، یکی از آن ها را انتخاب کنم؛
- ⊖ برای مثال، اگر من عوض دوم را انتخاب کنم؛ یعنی معاوضه زمین را با آپارتمان تنفیذ کنم، معاملات بعد از آن رد محسوب شده و باطل اند؛ اما معاملات قبل از آن تنفیذ شده و صحیح هستند؛ یعنی معاوضه ماشین با آپارتمان صحیح، اما معاوضه آپارتمان با باغ باطل است.

## نقل و کشف

- ⊖ هر گاه بین انجام معامله فضولی و تنفیذ آن، فاصله<sup>۱</sup> وجود داشته باشد؛ سؤال این است که اصل مال چه زمانی انتقال می یابد و منافع آن، در آن زمان [در آن فاصله] متعلق به چه کسی است؟

## نظریه نقل:

- ⊖ طبق این نظریه، اجازه ناقل است، یعنی هم مالکیت اصل مال و هم مالکیت منافع از روز تنفیذ به منتقل الیه می رسد؛
- ✍ مثال: دو هفته پیش بیعی فضولی بر روی یک دستگاه ماشین انجام گرفته است، اما مالک ماشین، بیع را امروز تنفیذ می کند؛ طبق این نظریه، هم منافع و هم اصل مال از امروز به مشتری منتقل می شود؛ یعنی تا به امروز هم منافع ماشین و هم خود ماشین، متعلق با مالک بوده است.
- ➡ به عبارت دیگر، این طور فرض می شود که دو هفته پیش هیچ اتفاقی [فروش مال]، صورت نگرفته است.

<sup>۱</sup> - فاصله ای که در آن، مال مورد معامله فضولی منافع داشته و آن منافع ارزش داشته باشد.

**نظریه کشف حقیقی:**

این نظریه، دقیقاً نقطه مقابل نظریه نقل است؛

به این صورت که نظریه کشف، همه چیز [انتقال اصل مال و منافع آن] را از روز عقد می داند؛ و روز تنفیذ را قبول ندارد.

**نظریه کشف حکمی:**

طبق این نظریه، عین مورد معامله فضولی، از تاریخ تنفیذ، اما منافع آن از تاریخ معامله فضولی منتقل می شود؛

برای مثال: دو هفته پیش ماشینی به صورت فضولی معامله شده که امروز این انتقال تنفیذ شده است؛ طبق این نظریه: منافع این دو هفته متعلق به اصیل است، اما اصل مالکیت خود ماشین از روز تنفیذ، یعنی امروز به اصیل منتقل می شود.

**ملاک آزمون ها:**

طبق نظر دکتر شهبازی [منشعب از نظرات گران بهای دکتر کاتوزیان]: ماده ۲۵۸ ق.م. نظریه کشف حکمی را بیان می کند: به این مضمون که مالکیت عین مال، از روز تنفیذ، اما مالکیت منافع آن از روز انعقاد عقد به خریدار منتقل می شود.

ماده ۲۵۸: نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود.  
 توجه: در سایر معاملات غیر نافذ مانند معاملات اکراهی،<sup>۱</sup> در مورد تأثیر تنفیذ، به این ماده استناد می شود.

**نقد نظریه کشف حکمی**

طبق نظر دکتر برادران: قانون مدنی [ماده ۲۵۸ ق.م.] نظریه کاشفیت را ذکر کرده است، نه نظریه کشف حکمی؛

یعنی عین مال با انعقاد عقد به خریدار منتقل می شود. چنان که هر کس مالک عین باشد، مالک منافع آن نیز خواهد بود؛

به عبارت دیگر: چون تا زمان تنفیذ یا رد معامله، وی مالک مال بوده است: منافع آن نیز، ملک او است.

به دلیل فوق، دکتر برادران نظریه کشف حکمی را یک نظریه بی اساس می داند؛

<sup>۱</sup> - ماده ۲۰۹ ق.م: امضای معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است.

## توجه

هر چند توجه ایشان [دکتر برادران] به ظاهر منطقی به نظر می‌رسد، اما همان‌طور که گفته شد، در تمام آزمون‌هایی که سازمان سنجش تا به حال برگزار کرده است نظریه «کشف حکمی» ملاک بوده است.

## آثار رد معامله فضولی

هرگاه معامل فضول پس از معامله، مال را نیز به اصیل تحویل داده باشد، اگر معامله توسط مالک رد بشود، هم فضول و هم اصیل به‌طور تضامنی در برابر مالک مسئول می‌باشند؛ یعنی مالک می‌تواند به هر کدام که بخواهد رجوع کند؛ پس دو حالت دارد:

## الف: مالتی که مالک به اصیل رجوع می‌کند:

همان‌طور که قبلاً گفته شد، اصیل در معامله فضولی، یا عالم است و یا جاهل؛ یعنی اصیل گاهی می‌داند که طرف معامله فضولی است و گاهی هم نمی‌داند؛  
 جهل یا آگاهی اصیل، در مقابل مالک بی‌تأثیر است؛ یعنی مالک اگر به اصیل رجوع کند، می‌تواند تمام خساراتش را از او بگیرد؛  
 اما برای رجوع اصیل به فضول، علم و جهل اصیل بسیار مؤثر است:  
 اگر اصیل جاهل باشد، تمام خساراتی را که به مالک پرداخته است، می‌تواند از فضول بگیرد؛  
 اما اگر اصیل عالم باشد، فقط می‌تواند ثمن را از فضول بگیرد و بقیه خسارات پرداخت شده وی به مالک، بنا بر قاعده اقدام، قابل اخذ از فضول نمی‌باشد.

## ب: مالتی که مالک به فضول رجوع می‌کند:

به طریق اولی، مالک می‌تواند تمام خساراتش را از فضول بگیرد؛  
 حال تکلیف فضولی که تمام خسارات را به مالک پرداخته است، با اصیل [جاهل یا عالم] چیست؟  
 در اینجا جهل یا علم اصیل مؤثر است:  
 اگر اصیل جاهل باشد، فضول حق رجوع به وی ندارد؛  
 اما اگر اصیل عالم باشد، رجوع فضول به اصیل فقط مربوط به منافع مستوفات است؛ یعنی منافی که اصیل عالم از آن استفاده کرده است.  
 \* به عبارت دیگر: اگر فضول اجرت منافع مستوفات مشتری عالم را به مالک پرداخت کند: می‌تواند برای گرفتن آنچه که از این باب پرداخته است به اصیل [مشتری] رجوع کند.

**مثال:** مورد معامله یک دستگاه ماشین است که یک ماه در غصب<sup>۱</sup> بوده و دو هفته از این مدت در تصرف اصیل<sup>۲</sup> عالم بوده است، اما مالک به فضول رجوع کرده و تمام خسارات خود را از وی گرفته است، در اینجا از جمله خساراتی که فضول به مالک پرداخته است، خسارات منافع زمانی [یک ماه] است که ماشین در غصب بوده؛ چون فضول و اصیل ضامن رد منافع مستوفات و غیر مستوفات هستند؛ یعنی حتی اگر در این یک ماه از ماشین استفاده نکرده باشند، بایستی بابت تمام منافع [منافع مستوفات و غیر مستوفات] به مالک خسارت بدهند؛ نهایتاً رجوع فضول به اصیل فقط مربوط به منافی است که اصیل از مال استفاده کرده است [یعنی دو هفته].

**ماده ۲۵۹:** هرگاه معامل فضولی مالی را که موضوع معامله بوده است به تصرف متعامل [اصیل] داده باشد و مالک آن معامله را اجازه نکند، متصرف [اصیل] ضامن [مستوفات و غیر مستوفات] عین و منافع است.<sup>۲</sup>

- ⊕ در غصب و معامله فضولی: مسئولیت متصرف مطلق است: متصرف آگاه غاصب و متصرف جاهل در حکم غاصب است؛
- ⊕ در مقابل مالک، علم و جهل متصرف، فرقی نمی کند و وی در هر صورت مسئول است؛
- ⊕ ضمان عیب و نقص: حتی اگر مستند به غاصب نباشد، وی مسئول است و استناد به فورس ماژور مسموع نیست؛
- ⊕ در غصب: باید عین و منافع برگشت داده بشود، اگر عین تلف [واقعی یا حکمی] شده است، بدل داده شود و منافع اعم از مستوفات و غیر مستوفات به مالک رد شود؛ و غاصب مسئول هر عیب و نقضی است به طور مطلق.

**ماده ۲۶۱:** در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری [اصیل] داده شود، هرگاه مالک معامله را اجازه نکرده، مشتری نسبت به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است، اگر چه منافع را استیفاء نکرده باشد و همچنین نسبت به هر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد. [همان مفهوم ماده ۲۵۹ را دارد].

⊕ مسئولیت در پرداخت: عین [ضمان عین] و منافع [ضمان منافع].

**ماده ۲۶۲:** در مورد ماده قبل مشتری حق دارد که برای استرداد ثمن عیناً یا مثلاً یا قیمتاً به بایع فضولی رجوع کند.

⊕ فقط برای مطالبه ثمن از فضول، علم و جهل مشتری [اصیل] بلااثر است: چون مشتری ثمن را به قصد انعقاد بیع پرداخت کرده و فضول نمی تواند اکل به باطل کند: منتها اگر مشتری جاهل باشد؛ خساراتی هم که به مالک پرداخته است را می تواند از فضول بگیرد؛

⊕ علم و جهل طرفین معامله: فضول اصولاً عالم است، مگر در زمانی که اشتهاً مال دیگری را انتقال می دهد؛ اما اصیل هم می تواند عالم [مال خر] باشد و هم می تواند جاهل: در هر صورت علم و جهل این دو در مقابل مالک اثری ندارد؛ و هر دو ملزم به دادن عین، بدل [در صورت تلف عین]، منافع و خسارات هستند؛

**ماده ۲۶۳:** هرگاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد، حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن [قاعده اقدام] فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت.

⊖ یعنی اگر «مشتری عالم» از مال استفاده کند و هزینه استفاده از آن را به مالک پرداخت کند، نمی تواند از این باب به فضول رجوع کند؛ و فقط بابت ثمن پرداختی می تواند به فضول مراجعه کند؛

👉 اما «مشتری جاهل» هم برای ثمن و هم برای کلیه غرامات می تواند به فضول رجوع کند، حتی اگر از مال استفاده کرده باشد.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - این موضوع [غصب و منافع مستوفات و غیر مستوفات] در جزوه ویژه «مدنی ۴»، به طور کامل شرح داده شده است.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۲۰ ق.م. نسبت به منافع مال مغضوب هر یک از غاصبین به اندازه منافع زمان تصرف خود و مابعد خود ضامن است، اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد؛ لیکن غاصبی که از عهده منافع زمان تصرف غاصبین لاحق خود برآمده است می تواند به هر یک نسبت به زمان تصرف او رجوع کند. رک. ماده ۲۶۱.

<sup>۳</sup> - سوال آزمون تعهدات: آزاد ۱۳۸۲.

## آثار تنفیذ معامله فضولی

### قاعده:

⊖ قاعده این است که اگر مالک معامله را تنفیذ کرد، باید ثمن را از اصیل بگیرد؛ یعنی اگر مالک فقط معامله را اجازه کند و قبض عوض را تنفیذ نکند، حتی اگر اصیل عوض را به فضول پرداخت کرده باشد، مالک می تواند آن را از اصیل بگیرد؛

➡ به عبارت دیگر: اگر مالک اصل معامله را تنفیذ کند اما قبض عوض را تنفیذ نکند، اصیل ملزم است عوض را به مالک بدهد. در این صورت [پس از پرداخت عوض مال به مالک] اصیل باید به فضول رجوع کند که طریقه رجوع او شرح داده شد.

### استثناء:

👉 اگر مالک هم معامله و هم گرفتن عوض توسط فضول را تنفیذ کرد، دیگر حق رجوع به اصیل را ندارد و باید بابت عوض به فضول رجوع کند.

ماده ۲۶۰: در صورتی که معامل فضولی عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد و مالک با اجازه معامله قبض عوض را نیز اجازه کند، دیگر حق رجوع به طرف دیگر [اصیل] نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

⊕ یعنی مالک می تواند هر دو را تنفیذ کند: تنفیذ اصل معامله و تنفیذ اخذ ثمن به وسیله فضول؛

⊕ این ماده استثناء را بیان کرده، اما از قاعده حرفی نزرده است.

## معامله به مال خود و غیر

ماده ۲۵۶: هرگاه کسی مال خود و مال غیر را به یک عقدی [ریک ثمن] منتقل کند یا انتقال مالی را برای خود و دیگری قبول کند، معامله نسبت به خود او نافذ و نسبت به غیر فضولی است.

➡ معامله با یک ثمن، یک عقد است و معامله ای که چند ثمن دارد، چند عقد محسوب می شود؛

👉 در فرض این ماده: اگر مالک معامله را رد کند، مشتری [اصیل] خیار تبعض صفقه [ماده ۴۴۱ ق.م.ا] دارد.<sup>۲</sup>

## قبول و رد متفاوت

⊖ دقت شود: «قبول و رد» در مورد «ترکه» با موضوع «اجازه و رد» در معامله فضولی خلط نشود؛

✍ در ارث، وراثی که ترکه را قبول می کنند، باید دیون متوفی را نیز بپردازند، اما وراثی که ترکه را قبول نمی کنند [رد می کنند]، سهمی در پرداخت دیون متوفی ندارند؛ پس از پرداخت دیون، اگر از ترکه چیزی

<sup>۱</sup> - ماده ۶۶۵ ق.م. وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست، مگر این که قرینه قطعی دلالت بر آن کند.

<sup>۲</sup> - برای مشاهده توضیحات بیشتر در این مورد [خيارات]، رک. جزوه حقوق مدنی «۶».



باقی ماند، همه وراثت به نسبت سهم خود از آن ارث می برند؛ یعنی هم قبول کنندگان و هم رد کنندگان ترکه، ارث می برند، اما فقط قبول کنندگان موظف به پرداخت دیون متوفی هستند. موضوع از این قرار است که ابتدا از ترکه دیون متوفی را می پردازند، بعد از آن اگر چیزی باقی ماند، بین همه وراثت اعم از رد کنند و قبول کننده به نسبت سهم، تقسیم می شود، اما اگر ترکه در دادن دیون کفایت نکرد، فقط قبول کنندگان موظف به پرداخت دیون هستند.

## نکات پایانی این فصل

- ایقاع فضولی وجود ندارد: برای مثال ابراء فضولی نداریم و باطل است؛
- وصیت فضولی بر دو نوع است:
- اگر معلق بر موت فضول باشد، باطل و اگر معلق بر فوت مالک باشد، غیر نافذ است؛
- وقف فضولی، غیر نافذ است؛
- در عقد فضولی غالباً معامله «عین معین» متعلق به غیر صورت می گیرد؛ بنابراین ضمان درک نیز معمولاً ناظر به عین معین است؛
- فوت طرفین در عقد فضولی تأثیری در تنفیذ یا رد معامله ندارد؛
- اما در اقاله، فوت هر یک از طرفین مانع انجام اقاله است.

# فصل ششم

## «سقوط تعهدات»

### مقدمه

➤ موارد سقوط تعهدات، یعنی مواردی که اگر اتفاق بیفتند رابطه قراردادی بین دو طرف خاتمه می پذیرد؛ به عبارت دیگر: اگر یکی از این اتفاقات بیفتد، دیگر تعهدی وجود ندارد.

**ماده ۲۶۴: تعهدات به یکی از طریق ذیل ساقط می شود:**

۱. به وسیله وفای به عهد؛  
 ➔ وفای به عهد، واقعه حقوقی ارادی و سبب اجرای تعهد است، نه سقوط تعهد.
۲. به وسیله اقاله؛  
 ➔ اقاله مانند فسخ و انفساخ موجب انحلال عقد است؛ نه سقوط آن.
۳. به وسیله ابراء؛  
 ➔ ابراء یعنی اسقاط حق دینی<sup>۱</sup>.
۴. به وسیله تبدیل تعهد؛  
 ➔ در تبدیل تعهد، تعهد جدیدی ظاهر می شود.
۵. به وسیله تهاتر؛  
 ➔ تهاتر یعنی تقابل دو دین و یک واقعه حقوقی است.
۶. به وسیله مالکیت مافی الذمه.  
 ➔ مالکین فی الذمه یعنی جمع شدن دو عنوان بدهکار و طلبکار در یک نفر.

**نقد ماده ۲۶۴ ق.م.**

دکتر شهبازی: مورد اول [وفای به عهد] و مورد دوم [اقاله] از موارد سقوط تعهدات نمی باشند؛ وفای به عهد، سبب اجرای تعهد و اقاله موجب انحلال عقد است.

**مبحث اول: وفای به عهد****وفای به عهد سقوط تعهد نمی باشد!**

درست است که با وفای به عهد، تعهد از بین می رود، اما این واقعه به وسیله ایفای تعهد صورت می گیرد، نه سقوط آن؛ یعنی سقوط تعهد جنبه منفی دارد، اما اجرای آن جنبه مثبت دارد.<sup>۳</sup>

**ماهیت وفای به عهد؟**

وفای به عهد، نه عقد است و نه ایقاع؛ یعنی سقوط تعهد، عمل حقوقی نمی باشد؛ چون نیاز به قصد انشاء ندارد؛<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - در مقابل اعراض که «اسقاط حق عینی» است.

<sup>۲</sup> - ایفای تعهد، یعنی اجرای عقد به طور اختیاری.

<sup>۳</sup> - در آزمون ها باید دقت بشود که: اگر طبق قانون سوال باید گفت که وفای به عهد، سبب سقوط تعهد است، اما اگر به صورت مطلق سوال شود، سبب اجرای تعهد.

<sup>۴</sup> - اعمال حقوقی [عقد و ایقاع] نیاز به قصد انشاء دارند.

➔ به عبارت دیگر: وقتی مدیون می خواهد دین خود را ادا کند، نیازی به قصد ندارد، حتی اگر قصد هم نکند، با ادای دین، بری می شود؛ در نتیجه، وفای به عهد، واقعه حقوقی ارادی است؛ ماده ۲۷۳ ق.م. نیز همین مفهوم را می رساند؛

ماده ۲۷۳: اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.<sup>۱</sup>

⊕ منظور از حاکم: صندوق دادگستری یا صندوق ثبت است؛ و پس از پرداخت به صندوق، مدیون بری می شود. حتی اگر ثمن در دست قائم مقام و یا در صندوق تلف بشود.

## شرح ماده ۲۶۵ ق.م.

### ملاک آزمون ها:

⊖ هر کس مالی به دیگری می دهد، ظاهراً دین خود را پرداخت کرده است؛

✍ مثال: یک نفر به حساب بانکی من پولی پرداخت می کند، در اینجا اماره بر این است که به من بدهکار بوده است و اگر می خواهد پول پرداختی را پس بگیرد، باید ثابت کند که مدیون نبوده است؛ یعنی باید دلیل پرداخت کردن را ثابت کند: ودیعه، عاریه، قرض، هبه و ...؛ و اگر نتواند ثابت کند، اماره این است که دین خود را پرداخته است.

➔ به عبارت دیگر بار اثباتی با پرداخت کننده است؛

ماده ۲۶۵: هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر [اماره] در عدم تبرع [وفای به عهد و دادن دین] است؛ بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، بدون این که مقروض [مدیون] آن چیز باشد، می تواند استرداد کند.

### تعهد طبیعی

⊖ تعهد طبیعی یعنی تعهدی که ضمانت اجرا ندارد و متعهد ملزم نیست که آن را پرداخت کند، اما اگر به میل خود آن پرداخت کند، قابل استرداد نمی باشد؛

✍ مثال ۱: نفقه اقارب گذشته: یک نفر باید به پدرش نفقه بدهد و یک سال است که نفقه نداده، پدر نمی تواند او را ملزم به دادن نفقه گذشته کند، اما می تواند نسبت به نفقه آتیه [از الآن به بعد]، آن را مطالبه کند؛<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> ماده ۳۸۷ ق.م: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

<sup>۲</sup> - در مقابل دقت شود: زوجه می تواند نفقه گذشته خود را نیز مطالبه کند؛ ماده ۱۲۰۶ ق.م: زوجه در هر حال می تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوی نماید و طلب او از بابت نفقه مزبور طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر زن مقدم بر غرما [اعم از مرتهن] خواهد بود، ولی اقارب فقط نسبت به آتیه می توانند مطالبه نفقه نمایند.

**مثال ۲:** «مانند یکی از فروض ماده ۲۶۷ ق.م.» [دیون وجدانی]: کسی که دین مدیون را بدون اذن او می پردازد حق رجوع به مدیون را ندارد. حال اگر مدیون به میل خود، دین مزبور را به او پرداخت کند، دین طبیعی خود را پرداخت کرده و قابل استرداد نیست.

**مثال ۳:** مانند اسناد تجاری که مرور زمان دارند؛ اگر بعد از مرور زمان که دائن نمی تواند آن را طلب کند، مدیون به میل خود، وجه آن را بپردازد، دین طبیعی خود را پرداخته و قابل استرداد نمی باشد.<sup>۱</sup>

**ماده ۲۶۶:** در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی باشد، اگر متعهد به میل خود آن را ایفاء نماید دعوای استرداد او مسموع نخواهد بود.

## ایفای دین از جانب غیر مدیون

هرگاه ثالثی بخواهد دین مدیون را ادا کند، دائن باید، پرداخت او را قبول کند؛ مگر این که مباشرت<sup>۲</sup> شخص متعهد، شرط شده باشد که در این صورت [وجود شرط مباشرت] دائن مخیر در قبول است، ماده ۲۶۸ ق.م؛  
 حال اگر ثالثی دین متعهد را پرداخت کرد، در صورتی می تواند به او رجوع کند که از وی اذن<sup>۳</sup> داشته باشد، وگرنه حق رجوع به او را ندارد؛<sup>۴</sup>

ایفای دین از جانب هر کسی، برائت مدیون را در پی دارد؛ اما برای این که پرداخت کننده بتواند به مدیون رجوع کند، بهتر است، هنگام پرداخت، از دائن رسید و مدرک با امضا بگیرد و یا زیر رسید «انتقال طلب» را ذکر کند.

**ماده ۲۶۷:** ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ و لیکن کسی که دین دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [دائن جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد و الا حق رجوع ندارد.<sup>۵</sup>

**ماده ۲۶۸:** انجام فعلی، در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد، به وسیله دیگری ممکن نیست، مگر با رضایت متعهد له.

⊕ هرگاه مطلق انجام تعهد باشد، از جانب ثالث هم قابل انجام است؛

⊕ باید بین دو عبارت «قید مباشرت» و «شرط مباشرت» تفاوت قائل شد: قید مباشرت قوی تر از شرط مباشرت می باشد.

<sup>۱</sup> - شورای نگهبان در اصلاحات بعد از انقلاب مرور زمان را غیر شرعی دانست و آن را حذف کرد.

<sup>۲</sup> - مثلاً: متعهد نقاش ماهری است و متعهدله به خاطر ماهر بودن وی این تعهد را با او منعقد کرده است.

<sup>۳</sup> - هرگاه مشخص نشود که پرداخت کننده ماذون بوده است یا نه؟ مطابق اصل عدم، غیر ماذون فرض می شود.

<sup>۴</sup> - همان طور که گفته شد: اگر متعهد، به میل خود، دین را به پرداخت کننده بدون اذن بپردازد، مشمول دیون طبیعی است و قابل استرداد نمی باشد.

<sup>۵</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۷۲۱ ق.م: هرگاه اشخاص متعدد از یک شخص و برای یک قرض [دین] به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند، مضمون له به هر یک از آن ها فقط به قدر سهم او حق رجوع دارد؛ و اگر یکی از ضامنین تمام قرض را تادیه نماید، به هر یک از ضامنین دیگر که اذن تادیه داده باشد می تواند به قدر سهم او رجوع کند؛

\* ماده ۷۰۹ ق.م: ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر بعد از ادای دین، ولی می تواند، در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی برائت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد، رجوع کند.

## تحقق وفای به عهد

⊖ وفای به عهد زمانی محقق می شود که مدیون مالک آن چیزی باشد که پرداخت می کند؛ و اگر مالک نبود، از طرف مالک اذن داشته باشد؛

ماده ۲۶۹: وفای به عهد وقتی محقق می شود که متعهد چیزی را که می دهد مالک و یا مأذون از طرف مالک باشد و شخصاً هم اهلیت داشته باشد.

- فرض این ماده (۲۶۹ ق.م.) این است که موضوع تعهد، تملیک یک مال [کلی] به متعهدله باشد، مانند بیع کلی؛ نه رد مال امانی؛
- اگر پرداخت کننده مأذون از طرف مالک نباشد، متعهد باید مال را به صاحب اصلی آن [مالک] بدهد؛ و حق ندارد مال را به فضول تحویل بدهد.

## استرداد مال تأدیه شده

➡ سؤال اینجاست که اگر مدیون در مقام وفای به عهد، از اموال دیگری به دائن پرداخت کند؛ یعنی پرداخت او مطابق ماده قبل نباشد، در چه صورتی می تواند آن را پس بگیرد؟

⊖ مطابق ماده ۲۷۰ ق.م. مدیون در صورتی می تواند مال مزبور را پس بگیرد که چند مورد را **باهم** ثابت کند؛

♣ باید ثابت کند: مالی که پرداخت کرده است، مال غیر است؛

♣ باید ثابت کند: سمت دارد؛ یعنی ثابت کند که چه نسبتی با غیر دارد؛ وکیل، ولی و ...؟ به عبارت دیگر باید ثابت کند مالی که پرداخته است با مجوز در دست او بوده است؛

♣ باید ثابت کند: مالک به او اذن در پرداخت نداده باشد.

➡ هرگاه مدیون موارد فوق را ثابت کرد، مال پرداخت شده را پس می گیرد؛ اما باید دین خود را پرداخت کند.

ماده ۲۷۰: اگر متعهد در مقام وفای به عهد مالی تأدیه نماید، دیگر نمی تواند به عنوان این که در حین تأدیه مالک آن نبوده، استرداد آن را از متعهدله بخواهد، مگر این که ثابت کند که مال غیر و **با** مجوز قانونی در ید او بوده، بدون این که اذن در تأدیه داشته باشد.

⊕ این ماده [استرداد مال تأدیه شده]: اصل صحت ایفای تعهد را بیان می کند؛

⊕ مال غیر: این که پرداخت کننده، مال را در مقام وفای به عهد پرداخته است، یعنی مال در ید او بوده و «اماره ید» است و او برای پس گرفتن باید خلاف اماره ید را اثبات کند؛

⊕ مجوز قانونی: نمی توان مالی را که به دستور قانون انتقال آن منع شده است، در مقام وفای به عهد و یا هر انتقالی در آن تصرف حقوقی کرد، زیرا مشمول عنوان غصب می شود؛ چون در تصرف مال غیر امانت مفروض نیست و اصل بر ید ضمانی است؛ بنابراین باید ثابت شود که ید او بر مال غیر با مجوز قانونی بوده است؛

➡ این سه فرض که خلاف اصل هستند، باید باهم [عام مجموعی] اثبات شوند و ثبوت یکی از آنها به تنهایی کفایت نمی کند؛ و اگر ثابت شود که مال غیر است و پرداخت کننده اذن در تأدیه نداشته است، متعهدله **باید** مال را به صاحب اصلی آن بدهد.

## اهلیت متعهد و متعهدله

⊖ با این که «وفای به عهد» «عمل حقوقی» نمی باشد،<sup>۱</sup> اما در ماده ۲۶۹ ق.م. لزوم داشتن اهلیت متعهد و ماده ۲۷۴ ق.م. لزوم داشتن اهلیت متعهدله، بیان شده است؛

### ضمانت اجرای اهلیت نداشتن متعهد:

➤ هر گاه محجوری دین خود را پرداخت کند، وفای به عهد صورت نگرفته است و باید وجه برگشت داده شود؛ اما در حالت برگشت دادن وجه، چون هر دو نفر به هم مدیون می شوند، تهاتر صورت می گیرد و چیزی ردوبدل نمی شود؛ به عبارت دیگر محجور به خاطر وفای به عهد بری نشده است، بلکه به خاطر تهاتر بری شده است.

➤ به عبارت دیگر: شخص محجوری که مدیون است، در مقام وفای به عهد، وجوهی به دائن می پردازد؛ در اینجا وفای به عهد صورت نگرفته است و باید وجه برگشت داده شود، اما زمانی که دائن می خواهد وجه را برگشت بدهد، چون هنوز مدیون بری نشده است، دو دین در برابر هم قرار می گیرند و تهاتر صورت می گیرد.

### ضمانت اجرای اهلیت نداشتن متعهدله:

➤ در صورت پرداخت به محجور، دین پرداخت نشده محسوب می شود.

ماده ۲۷۴: اگر متعهدله اهلیت قبض نداشته باشد تأدیه در وجه او معتبر نخواهد بود.

## لزوم تأدیه به دائن

⊖ مدیون باید دین را به شخص دائن و یا کسی که نماینده دائن باشد بپردازد؛ اگر مدیون دین را به شخصی غیر از این دو نفر بپردازد، وفای به عهد صورت نگرفته است، مگر این که دائن راضی باشد؛

➤ یعنی ممکن است مدیون دین را به ثالثی [مثلاً همسایه دائن، دایی دائن] بپردازد که مانند معاملات فضولی دائن می تواند به این پرداخت رضایت بدهد [تنفیذ کند]؛

➤ به عبارت دیگر: ماده ۲۶۰ ق.م. مثالی برای ماده ۲۷۲ ق.م. است؛<sup>۲</sup>

ماده ۲۷۱: دین باید به شخص دائن یا به کسی که از طرف او وکالت دارد تأدیه گردد یا به کسی که قانوناً حق قبض را دارد.

⊕ وکالت: وکیل باید وکالت در قبض داشته باشد و صرف وکالت، به او چنین اجازه ای نمی دهد؛

⊕ اشخاصی که حق قبض دارند: خود شخص، نماینده قراردادی و نماینده قانونی او [ولی قیم، امین، مدیر تصفیه، حاکم]؛

<sup>۱</sup> - همان طور که در ابتدای مبحث گفته شد، وفای به عهد «واقعه حقوقی ارادی» است.

<sup>۲</sup> - ماده ۲۶۰ ق.م. در صورتی که معامل فضولی عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد و مالک با اجازه معامله قبض عوض را نیز اجازه کند، دیگر حق رجوع به طرف دیگر [اصیل] نخواهد داشت.

**ماده ۲۷۲:** تأدیه به غیر اشخاص مذکور در ماده فوق وقتی صحیح است که دائن راضی شود.  
⊕ رضایت دائن به دو صورت است: اذن قبلی و یا اجازه بعدی.

## جواز تصرف مدیون

⊖ مال توقیف شده را نمی توان در مقام وفای به عهد ادا کرد؛

➔ **مال توقیف شده:** مالی است که طلبکار دیگری بر روی آن حق عینی دارد: یعنی معارض حق ثالث [طلبکار دیگر] است؛

➔ پس تأدیه مال توقیف شده در مقام وفای به عهد درست نیست، مگر این که ذی نفع توقیف رضایت بدهد؛  
✍ **به عبارت دیگر:** تأدیه مال توقیف شده به غیر از طلبکار توقیف کننده، غیر نافذ است و منوط به اجازه صاحب حق توقیف است؛ هر گاه ذی نفع رضایت بدهد، در واقع حق عینی تبعی خود را ساقط کرده است.

**ماده ۲۷۶:** مدیون نمی تواند مالی را که از طرف حاکم ممنوع از تصرف [توقیف شده] در آن شده است در مقام وفای به عهد تأدیه نماید.

## تسلیم عین معین

⊖ ماده ۲۷۸ ق.م. متعهد را **امین می داند؛** قاعده این است که: امین مسئول نمی باشد، مگر این که تقصیر کرده باشد؛

➔ موارد استثنایی که اگر امین تقصیر هم نکند مسئول است:

۱. عاریه طلا و نقره<sup>۱</sup> و شرط ضمان<sup>۲</sup>؛

۲. در موردی که مالک، مال را از امین طلب می کند اما امین مال را رد نمی کند که در این صورت ید امین به ضمانی تبدیل می شود و مطلقاً مسئول است.<sup>۳</sup>

**ماده ۲۷۸:** اگر موضوع تعهد [تسلیم] عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که **حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد [امین] می شود،** اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. [عاریه طلا و نقره ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲] ولی، اگر متعهد با انقضای اجل و مطالبه، [ماده ۳۱۰ ق.م.] تأخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان [حتی فورس مازور] خواهد بود [از زمان انکار] اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

<sup>۱</sup> - ماده ۶۴۴ ق.م. در عاریه طلا و نقره، اعم از مسکوک و غیر مسکوک، مستعیر ضامن است هر چند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۴۲ ق.م. اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگر چه مربوط به عمل او نباشد. [عاریه مضمونه].

<sup>۳</sup> - ماده ۳۱۰ ق.م. اگر کسی [امین] که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آنها در دست اوست منکر گردد [یا امتناع کند]، از تاریخ انکار [یا امتناع] در حکم غاصب [شبه غصب] است.

**نکات ماده [۲۷۸]:**

۱. علت عودت دادن همان مال: چون عین معین است و حتی در صورت کسر و نقصان باید عودت داده شود؛
۲. چرا متعهد مسئول نیست: چون امین است و ید او امانی است. مگر ...؛
۳. مواردی که متعهد در هر صورت مسئول است: عاریه طلا و نقره ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲ ق.م.
۴. در صورت تعهدی و تفریط یا در صورت مطالبه و امتناع از تأدیه: ید امانی به ضمانی تبدیل و در حکم غاصب است؛
۵. در حکم غاصب: از تاریخ انکار یا امتناع.

**تأدیه مال کلی**

- ➔ ماده ۲۷۹ ق.م. مکمل ماده ۳۵۱ ق.م. است؛<sup>۱</sup>
  - ➔ طبق ماده ۳۵۱ ق.م. بیع مال کلی، در صورتی صحیح است که مقدار، جنس و وصف آن مشخص و بیان بشود و لازم نیست مرغوبیت آن نیز ذکر بشود؛
  - ➔ یعنی در بیع کلی لازم نیست مرغوبیت مبیع هم ذکر بشود؛ حال اگر ذکر شده بود، طبق توافق و اگر ذکر نشده بود، طبق ماده ۲۷۹ ق.م. عمل می شود؛
- ماده ۲۷۹:** اگر موضوع تعهد عین شخصی [عین معین، عین خارجی] نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد [مصدق] اعلای آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب [ادنی] محسوب است نمی تواند بدهد.
- ⊕ اگر مورد تعهد «عین معین» باشد، متعهدله حق رد ندارد و فقط می تواند خسارت بگیرد، آن هم در صورتی که متعهد تقصیر کرده باشد؛ دقت شود: طبق ماده ۲۷۸ ق.م. متعهد امین است، مگر ...
  - ➔ طبق این ماده متعهد باید حداقل مال متوسطی را به متعهدله بدهد.

**محل انجام دادن تعهد**

- ماده ۲۸۰:** انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید مگر این که بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضاء نماید.<sup>۲</sup> [نانون تکمیلی].
- ⊕ در محلی که عقد واقع شده: یعنی حتماً طرفین یک علقه ای به این محل داشته اند که در آنجا قرارداد بسته اند.

**محل انجام تعهد:**

۱. محل مقرر شده در قرارداد؛
  ۲. اگر قرارداد ساکت باشد: عرف و عادت؛
  ۳. اگر عرف و عادت نیز ساکت باشد: محل انعقاد [نه اجرا] عقد. اصولاً محل انعقاد عقد ملاک است.
- ✓ **پرا ممل انعقاد (داد)؟** چون اگر محل دیگری را در نظر بگیریم «ترجیح بلامرجح» است.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۵۱ ق.م. در صورتی که مبیع کلی (یعنی صادق بر افراد عدیده) باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۷۵ ق.م. مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است، مگر این که عرف و عادت، مقتضای تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد.



## مخارج تأدیه

ماده ۲۸۱: مخارج تأدیه به عهده مدیون است، مگر این که شرط خلاف شده باشد.<sup>۱</sup> [قانون تکمیلی].

⊕ تعهد به شیء، تعهد به لوازم [مقدمات] آن است.

## انتخاب دین پرداخت شده

هرگاه شخصی، چند دین به یک نفر داشته باشد؛ همه دیون از یک جنس و همگی نیز به یک میزان؛ مطابق ماده ۲۸۲ ق.م. تشخیص این که تأدیه بابت کدام دین بوده، با مدیون است؛ البته در هنگام تأدیه باید بگوید که کدام دین را تأدیه کرده است؛

اگر هنگام تأدیه مشخص نکند که کدام دین را پرداخت کرده، این مفهوم را می‌رساند که اختیار تعیین را به دائن داده است و خود دیگر نمی‌تواند آن را مشخص کند؛

مثال: من دو تا یک میلیون تومان به شما بدهکارم، یکی به سبب قرض و دیگری به سبب بیع؛ در اینجا اگر من یک میلیون تومان به شما پرداخت کنم، باید مشخص کنم که بابت بیع بوده یا قرض؛ اگر مشخص نکنم، شما می‌توانید آن را مشخص کنید؛ علت مهم بودن این تعیین، این است که هر عقدی آثار خود را دارد.

ماده ۲۸۲: اگر کسی به یک نفر دیون متعدده<sup>۲</sup> داشته باشد، تشخیص این که تأدیه از بابت کدام دین است با مدیون [منگام تأدیه] می‌باشد.

⊕ قانون‌گذار در این ماده از مدیون حمایت کرده است: چون در قدیم بهره می‌گرفتند [الآن هم می‌گیرند!]، قانون اختیار را به دائن داده نداده که دینی که سود بیشتری از آن عاید وی می‌شود را در نظر نگیرد؛

⊕ در فرضی که مبلغ دو دین نابرابر است و مدیون پولی معادل دین کم‌تر می‌دهد، نمی‌تواند بدون رضای طلبکار آن را بابت دین بیش‌تر حساب کند ماده ۲۷۷ ق.م.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۸۱ ق.م: مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت نقل آن به محل تسلیم، اجرت شمردن و وزن کردن و غیره به عهده بایع است؛ مخارج تسلیم ثمن بر عهده مشتری است.

<sup>۲</sup> - «از یک جنس» ماده ۲۷۵ ق.م و «به یک میزان» ماده ۲۷۷ ق.م.

## وفای به موضوع دیگر

ماده ۲۷۵: متعهدله را نمی توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید اگر چه آن شیء قیمتاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد. [اصل ایفای تعهد به طور یکپارچه].

### استنتاج از ماده ۲۷۵ ق.م.

👉 از این ماده می توان دریافت که در ماده ۲۸۲ ق.م. دیون متعدده باید از **یک** جنس باشند؛ یعنی نمی توان متعهدله را مجبور کرد که مالی غیر از مال مورد تعهد، به او پرداخت، حتی اگر قیمت مال پرداختی معادل و یا بیشتر از مال موضوع تعهد باشد؛

✍ برای مثال: اگر من به شخصی یک تن برنج و ده میلیون تومان وجه نقد بدهکار باشم، نمی توانم با پرداخت ده میلیون، تعیین کنم که تعهدی که موضوع آن برنج است با این وجه، تأدیه شود؛ و هم چنین نمی توانم با پرداخت یک تن برنج تعیین کنم که بابت ده میلیون تومان است.

## تبعیض در موضوع

ماده ۲۷۷: متعهد نمی تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم<sup>۱</sup> می تواند [مطلق: بدون رضایت متعهدله] نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلّه یا قرار اقساط قرار دهد.

- ⊕ منظور از این ماده این است که تعهد باید یکپارچه ایفا بشود؛ اما حاکم می تواند با تقاضای تقسیط متعهد موافقت کند؛
- ⊕ دادگاه به ندرت با تقسیط موافقت می کند و این از قواعد کلی است؛ اما در مورد مهریه چون رقم آن معمولاً خیلی زیاد است، دادگاه بیشتر با تقسیط آن موافقت می کند؛
- ★ در مورد مهلت عادلّه: در صورتی که پس از اعطای مهلت عادلّه مدیون بتواند بدون سختی دین را بپردازد، مبنای مهلت عادلّه از بین می رود و باید دین را فوراً بپردازد.

### استنتاج از ماده ۲۷۷ ق.م.

👉 از این ماده می توان دریافت که در ماده ۲۸۲ ق.م. دیون متعدده باید به **یک** میزبان باشند؛ یعنی نمی توان متعهدله را مجبور کرد که بخشی از تعهد را قبول کند؛ البته تقسیط توسط دادگاه امکان پذیر است.

<sup>۱</sup> - ماده ۶۵۲ ق.م. در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساطی قرار می دهد.

## مبحث دوم: اقاله

### تعریف

- 🔴 اقاله در لغت یعنی باز کردن و گشودن – باز کردن عقد<sup>۱</sup> را اقاله می گویند؛
- 🔴 اقاله، در اصطلاح عقدی است که موضوع آن انهدام عقد اول به طور کل یا بعض می باشد و در آن رضایت و توافق به همراه اراده طرفین و اهلیت آن ها شرط لازم است؛<sup>۲</sup>
- 🔴 مترادفات واژه اقاله: تقایل و تفاسخ؛

### اقاله سبب سقوط تعهد نمی باشد!

- 🔴 اقاله سبب انحلال عقد است و از اسباب سقوط تعهدات نمی باشد؛ چون عقد را مانند فسخ و انفساخ، منحل می کند.<sup>۳</sup>

### شرط کاستن و افزودن در اقاله

- 🔴 در اقاله عوضین باید همان طوری که هستند برگشت داده بشوند؛ اگر شرط شود که عوضین کم یا زیاد بشوند، این شرط خلاف مقتضای ذات اقاله می باشد و باطل و مبطل است؛ البته اگر شرط جزئی باشد و عرفاً به عوضین کاری نداشته باشد، اقاله و شرط هر دو صحیح هستند؛
- ★ **دکتر کاتوزیان:** کاستن و افزودن دو عوض در اقاله، اگر جزئی یا ناظر به امور اضافی و خارجی نباشد و دو عوض اصلی را تغییر دهد، با مقتضای اقاله مخالف است و ماهیت آن را تغییر می دهد، ولی چنین شرطی ممکن است سبب بطلان اقاله یا تبدیل آن به عقد معوض دیگر شود؛
- 🔴 زیرا مقتضای اقاله: برگشت عوضین است و اثر زایل کنندگی دارد: یعنی اقاله قالبی برای تملیک نیست به همین دلیل شرط اضافه کردن مال در اقاله راه ندارد و این شرط خود یک عقد جدید است.
- ★ اگر دو عوض ثابت بماند [دو عوض را همان طور که هست برگشت داده بشود] و شرط ضمن آن ناظر به تعهد خارجی و اضافی باشد [ربطی به عوضین نداشته باشد]، خلاف مقتضای اقاله نیست.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - عقد در لغت یعنی «گره خوردن».

<sup>۲</sup> - توجه: اقاله مربوط به عقود لازم است.

<sup>۳</sup> - دقت شود: در آزمون ها در مورد ماهیت اقاله اگر به صورت مطلق سوال بشود باید گفت که اقاله «سبب انحلال» است، اما اگر طبق قانون [قانون مدنی] سوال بشود، باید گفت که اقاله «سبب سقوط تعهد» است.

<sup>۴</sup> - نکات دارای ستاره آبی، حاشیه های دکتر کاتوزیان هستند که از کتاب قانون مدنی در نظم کنونی اقتباس شده اند.

## چه چیزی را می توان اقاله کرد؟

❖ فقط عقود را می توان اقاله کرد، اما استثنائاتی دارد.

### مواردی را که نمی توان اقاله کرد:

- ★ وقف، ضمان نقل و نکاح را نمی توان اقاله کرد؛
- ★ اقاله ویژه انحلال قرارداد است و در ایقاع راه ندارد؛
- ★ اقرار و اقاله را نمی توان اقاله کرد.

### علت عدم امکان اقاله در برخی از عقود:

- ❖ مخالف با قانون امری [وقف و نکاح]؛
- ❖ تعارض با حقوق اشخاص [ضمان].
- ★ دکتر کاتوزیان: «نکاح» و «وقف» قابل اقاله نیست [از نظر عقلی چنین امکانی وجود ندارد] و انحلال آن ها به اسباب خاص نیاز دارد. عدم نفوذ اقاله «ضمان» [نقل ذمه] نیز ترجیح دارد [غیر نافذ است]، چرا که به حقوق دیگران صدمه می زند.

### عدم امکان اقاله توسط نماینده

- ❖ در معامله با خود، نماینده نمی تواند به نیابت از طرف دیگر، معامله را اقاله کند؛ هم چنین طرفین نمی توانند به ثالثی اذن بدهند که از طرف آن ها عقد را اقاله کند.
- ★ دکتر کاتوزیان: اقاله به ایقاع مأذون واقع نمی شود، چرا که اراده یکی از دو طرف عقد، هر چند مأذون از سوی دیگری باشد، تراضی نامیده نمی شود. تراضی باید در حال تکوین اقاله صورت پذیرد.

ماده ۲۸۳: بعد از معامله طرفین می توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند.

- ★ از لزوم تراضی دو طرف برای تحقق اقاله برمی آید که اقاله عقد است [ماهیتی توافقی دارد]، هر چند که سبب انحلال عقد پیش از خود و تعهدهای ناشی از آن می شود؛
- ★ در این که آیا حق شخص ثالث (مانند مدیون در عقد ضمان) مانع نفوذ اقاله دو طرف عقد می شود یا تابع بقاء و انحلال عقد است، اختلاف وجود دارد؛
- ★ اثر اقاله ناظر به آینده است و در حق شفعه ای که پیش از آن ایجاد شده است اثر ندارد.
- ⊕ اقاله در «ضمان ضم ذمه» امکان پذیر است.

**ماده ۲۸۴: اقاله به هر لفظ یا فعلی واقع می شود که دلالت بر به هم زدن معامله کند.**

- ★ اقاله ضمنی و معاطاتی نیز امکان دارد، ولی در هر حال تراضی باید از راه اعلام های دو طرف احراز شود؛
- ★ رکن اصلی اقاله تراضی دو طرف به هنگام وقوع آن است و به ایقاع مأذون واقع نمی شود؛
- ⊕ این یک قاعده کلی است: تمام عقود و ایقاعات به جز نکاح و طلاق و عقود تشریفاتی می تواند معاطاتی صورت می گیرد؛
- ⊕ در عقد اجاره، اگر موجر، مستأجر را از دادن اجاره ابراء می کند و بعد از آن اجاره اقاله بشود: موجر باید بابت پولی که مستأجر از بابت مالکیت منافع به دست آورده را به او [مستأجر] پرداخت کند.

## اقاله جزئی

**ماده ۲۸۵: موضوع اقاله ممکن است نسبت به تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن.**

- ★ در موردی که دو طرف بخشی از معامله را اقاله می کنند، باید میزان آن معلوم و معین باشد، وگرنه نافذ نیست.
- ⊕ حکم این ماده در مورد اموال تجزیه پذیر: هر کسی مالک قسمت اقاله شده می شود؛
- ⊕ حکم این ماده در مورد اموال تجزیه ناپذیر: مال مشاع می شود: مانند این که سه دانگ خانه ای که مورد بیع واقع شده است اقاله شود: در این صورت مال بین طرفین مشاع می شود.

## تلف هر دو عوض

- ⊖ تلف به دو نوع تقسیم می شود: تلف واقعی و تلف حکمی؛
- ♠ تلف واقعی: مانند آتش گرفتن ماشین: به صورت واقعی از بین می رود؛
- ♠ تلف حکمی: یعنی مال از مالکیت خارج شده است: یعنی مال موجود است، اما مال من نیست؛ مانند این که ماشینی که خریدم، به دیگری هبه کردم.
- ⊖ مطابق ماده ۲۸۶ ق.م. تلف شدن [اعم از واقعی و حکمی] یکی از دو عوض، مانع اقاله نمی باشد؛ پس ماده فوق، به این صورت کامل می شود: **تلف هر دو عوض هم مانع اقاله کردن نمی باشد؛**
- ➔ موقع اقاله، در جایی که مال تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت آن داده شود: به مثل یا قیمت، بدل می گویند؛
- ماده ۲۸۶: تلف یکی از عوضین [یا هر دو عوض] مانع اقاله نیست؛ در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است، مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت [نیت زمان اقاله] آن در صورت قیمی بودن داده می شود.**

- ★ اگر دو طرف تراضی کنند که به جای مثل یا قیمت مال تلف شده عوض دیگری پرداخته شود، آنچه واقع شده اقاله نیست؛
- ★ در موردی که تلف حکمی است، یعنی مانعی در راه بازگرداندن عوض وجود دارد (مانند اخذ به شفعه و سرقت) مثل یا قیمت به عنوان بدل مال پرداخته می شود، ولی تراضی در این باره قطعی است؛
- ★ در صورتی که مورد معامله ناقص یا معیب شده باشد، با همان وضع موجود بازگردانده می شود به اضافه تفاوت بهای صحیح و ناقص (ارش)، مگر این که برخلاف آن تراضی شده باشد؛
- ★ در فرض قیمی بودن مال تلف شده **بهای زمان اقاله** داده می شود نه زمان عقد و تلف مال؛

★ **حکم این ماده در مورد فسخ نیز اجرا می شود؛ یعنی تلف عوضین مانع فسخ هم نمی باشد.**

⊕ **تلف عوضین مانع فسخ هم نمی باشد؛ به جای آن چیزی که تلف شده، مثل یا قیمت آن [زمان فسخ] داده می شود.**

⊕ **ثمن ارزش قراردادی دارد؛ اما قیمت، ارزش واقعی است؛**

## نمات و منافع

⊖ **دو نوع منفعت وجود دارد: منافع متصل و منافع منفصل؛**

♠ **منافع متصل: منافی که از مال جدا نمی شود؛ مانند رشد درخت، چاق شدن حیوان، صعود قیمت مال در بازار و ...**

♠ **منافع منفصل: منافی که از مال جدا می شود؛ مانند شیر حیوان، میوه درخت و ...**

➔ **هر گاه عقد اقاله بشود، منافع منفصل از زمان عقد تا زمان اقاله مال خریدار و منافع متصل مال فروشنده است؛<sup>۱</sup>**

✓ **پس اگر منافع متصل زیادتر بشود، فروشنده سود برده است و اگر منافع منفصل زیادتر بشود خریدار.**

**ماده ۲۸۷: نمات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می شود مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است [خریدار] ولی نمات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله [فروشنده] مالک می شود.<sup>۲</sup>**

★ **حکم این ماده تکمیلی است و دو طرف اقاله می توانند برخلاف مفاد آن تراضی کنند؛**

★ **ظهوری که مبنای این ماده قرار می گیرد در فرضی وجود دارد که منافع ایجاد شده حادث باشد نه حاصل کار و دسترنج متصرف (ماده ۲۸۸ ق.م): یعنی حکم ماده ناظر به منافع طبیعی است. فزونی ناشی از دسترنج تابع ماده ۲۸۸ ق.م. است؛**

★ **در فرضی که فزونی نتیجه کار و طبیعت هر دو باشد (مانند درختکاری) باید عامل چیره را در عرف تمیز داد؛**

★ **حکم این ماده خاص اقاله نیست و در مورد فسخ قرار داد نیز رعایت می شود.**

<sup>۱</sup> - علت این حکم: چون منافع در ملکیت، تابع اصل مال است.

<sup>۲</sup> - مواد: مرتبط؛

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

★ **ماده ۸۰۴ ق.م: در صورت رجوع واهب، نمات عین موهوبه اگر متصل باشد مال واهب و اگر منفصل باشد مال متهب خواهد بود؛**

★ **ماده ۸۱۹ ق.م: نماتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می شود، در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.**

## منافع و نماآت به طور کلی:

۱. مربوط به مال باشد: طبق ماده ۲۸۷ ق.م. عمل می شود؛
۲. مربوط به دسترنج متصرف باشد: طبق ماده ۲۸۸ ق.م. عمل می شود؛
۳. علت نامعلوم باشد: عامل چیره در عرف ملاک است.

## حاصل دسترنج

- ♣ مثبت: خریدار در مال تصرفاتی کرده که باعث ازدیاد قیمت مال شده است؛ در این صورت عمل وی جزء منافع متصل نیست و او می تواند در زمان اقاله بابت تصرف مثبت خود، قیمت [به روز] آن را بگیرد.
  - ♣ منفی: خریدار در مال تصرفاتی کرده که باعث کاهش قیمت مال شده است؛ در این صورت او باید موقع اقاله کمبود قیمت از مال او خواهد بود؛ البته این قانون تکمیلی است و توافق برخلاف آن مجاز است.
- ماده ۲۸۸: اگر مالک [خریدار] بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند [در اثر عمل خریدار] که موجب ازدیاد قیمت آن شود در حین اقاله به مقدار قیمتی که به سبب عمل او زیاد شده است مستحق خواهد بود.

## ارزش واقعی مال

- 👉 این موضوع مربوط به جایی است که با تصرفات مشتری، ارزش مال افزایش پیدا کرده است؛
- 🕒 برای اقاله، ارزش واقعی مال لازم است: ارزش مال به قیمت روز تعیین می شود [نه این که فاکتور بدهد و ...]؛
- 📌 مثال: من یک دستگاه ماشین به قیمت بیست میلیون تومان از شما خریدم، بعد از بیع ماشین، حدوداً با پنج میلیون تومان، در آن سیستم صوتی نصب کردم و صندلی های آن را نیز اسپرت کردم، حال تصمیم گرفتیم که بیع ماشین را اقاله کنیم؛ در این صورت، ماشین را به قیمت روز حساب می کنیم، نه این که من فاکتور پنج میلیون تومان را بیاورم و از شما پنج میلیون تومان اضافه بگیرم. ممکن است قیمت روز ماشین را که به دست می آوریم سی میلیون تومان شده باشد.

## مبحث سوم: ابراء

ماده ۲۸۹: ابراء عبارت از این است که دائن از حق خود به اختیار صرف نظر کند.

- ★ ابراء تنها به اراده طلبکار واقع می شود [فقط اهلیت طلبکار را می خواهد] و در زمره ایقاعات است، حتی اگر به انگیزه دست یافتن به پاداش و احسانی باشد؛
- ★ وصیت به ابراء نیز ایقاع است و نیاز به قبول موصی له (بدهکار) ندارد؛
- ★ اراده طلبکار ممکن است به عنوان ابراء یا بخشش طلب به مدیون یا دادن رسید صوری اعلام شود؛
- ★ ابراء ویژه سقوط حق دینی است نه عینی که با اعراض ساقط می شود؛
- ★ ابرای ضمنی با تسلیم اصل سند طلب به مدیون صورت می پذیرد؛
- ★ از آنجایی که ابراء، ایقاع مبنی است، علم اجمالی به موضوع ابراء کافی است (ماده ۲۱۶ ق.م.ا) زیرا هدف از ابراء گذشت و ارفاق است [مسامحه ای]: یعنی اگر طلبکار نداند که چقدر طلب دارد، اگر از طلبش بگذرد، این ابراء صحیح می باشد؛
- ★ ابراء از دینی که سبب آن ایجاد شده نافذ است؛
- ★ ابرای به قصد فرار از دین در برابر طلبکاران قابل استناد نیست؛
- ★ ابرای یکی از کسانی که در مورد پرداخت طلب مسئولیت تضامنی دارند، باعث ابراء همه آنان است، مگر این که معلوم شود مقصود اسقاط رجوع و اقامه دعوا بر شخص معین است.<sup>۱</sup>

### تفاوت ابراء با هبه طلب

➊ برای نگرفتن طلب خود دو راه وجود دارد: «هبه<sup>۲</sup> یا صلح طلب» و ابراء.

#### تفاوت این دو:

۱. از آنجایی که ابراء ایقاع است، رضای مدیون شرط نیست، اما هبه یا صلح طلب عقد هستند و لذا محتاج قبول نیستند؛
۲. ابراء مستقیماً اسقاط است، اما هبه و صلح طلب نتیجه آن ها موجب سقوط تعهد می گردد: زیرا در هبه و صلح طلب ابتدا مالکیت مافی الذمه رخ می دهد، سپس تعهد ساقط می گردد؛
۳. با ابراء، دین ساقط می شود و قابل بازگشت نیست، اما در هبه طلب در صورتی که عین موجود باشد، قابل رجوع است.

#### ۱- مواد مرتبط:

\* ماده ۳۲۱ ق.م.ا: هر گاه مالک ذمه یکی از غاصبین را نسبت به مثل یا قیمت مال مغضوب ابراء کند، حق رجوع به غاصبین دیگر نخواهد داشت؛ ولی، اگر حق خود را به یکی از آنان به نحوی از انحاء انتقال دهد، آن کس قائم مقام مالک می شود و دارای همان حقی خواهد بود که مالک دارا بوده است؛

\* ماده ۳۲۰ ق.م.ا: نسبت به منافع مال مغضوب هر یک از غاصبین به اندازه منافع زمان تصرف خود و مابعد خود ضامن است، اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد؛ لیکن غاصبی که از عهده منافع زمان تصرف غاصبین لاحق خود برآمده است می تواند به هر یک نسبت به زمان تصرف او رجوع کند.

<sup>۲</sup> - نکته: هر چند هبه عقد عینی است اما در هبه طلب، نیازی به قبض نیست: مانند بخشش مهر به مرد.



## اهلیت در ابراء

- ⊖ مطابق ماده ۲۹۱ ق.م. ابراء ایقاع [مجانی] است و فقط به اراده طلبکار صورت می گیرد؛ بنابراین فقط طلبکار باید اهلیت داشته باشد و نیازی به اهلیت بدهکار نیست؛
- یعنی محجوران را می توان ابراء کرد؛

ماده ۲۹۰: ابراء وقتی موجب سقوط تعهد می شود که [فقط] متعهد برای ابراء اهلیت داشته باشد.

## ابراء ذمه میت

- ⊖ برای ابراء، حتی زنده بودن بدهکار هم لازم نیست؛
  - ابراء میت، در واقع یعنی ابراء ترکه؛ زیرا در حقوق ایران، ترکه شخصیت حقوقی دارد و از این بابت می توان آن را ابراء کرد.
- ماده ۲۹۱: ابراء ذمه میت از دین صحیح است.<sup>۱</sup>

## نتیجه تبعی بودن ابراء

- ⊖ از آنجایی که ابراء یک ایقاع تبعی است،<sup>۲</sup> و حتماً می باید از قبل یک رابطه پایه وجود می داشته است، رابطه پایه هم حتماً باید صحیح باشد، وگرنه ابراء باطل است.
- ★ دکتر کاتوزیان: ابراء ایقاع تبعی است و اعتبار و نفوذ آن تابع وجود دین است، پس اگر پیش از وجود دین (ابراء مالیم یجب) یا پس از سقوط آن واقع شود، بی اثر است.

## شرط عوض در ابراء<sup>۳</sup>

- ⊖ استثنائاً در ابراء هم مانند عقود مجانی، می توانیم شرط عوض بگذاریم؛ اما تحقق شرط نیاز به قبول دارد؛
- دقت شود: ابراء با شرط عوض، معوض نمی شود و خود ابراء هم قبول نمی خواهد، اما شرط ضمن آن نیاز به قبول دارد.
- ★ دکتر کاتوزیان: شرط عوض در ابراء باعث معوض شدن آن و بطلان ابراء نمی شود؛ اما باید هر دو نفر شرط را قبول کنند.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۶۸۷ ق.م. ضامن شدن از محجور و میت صحیح است.

<sup>۲</sup> - عقود تبعی: ضمان، كفالت، حواله و رهن.

<sup>۳</sup> - دکتر برادران: خود ابراء به طور مستقیم نمی تواند معوض باشد، چون از حالت ایقاعی خارج می شود؛ اما می توان به عنوان یک امر مقدّمی ابتدا در مورد عوض توافق کرد و آنگاه ابراء که ماهیتی ایقاعی دارد صورت بگیرد.

<sup>۴</sup> - دکتر برادران امکان درج شرط ضمن ابراء را ممکن نمی داند؛ استناد ایشان: شرط فقط مخصوص عقد است و اگر در ایقاعات بیاید با ماهیت آن سازگار نمی باشد.

## نکات تکمیلی ابراء

- ابراء اسقاط لازم است و قابل برگشت نمی باشد و از لحظه ابراء، دین از عالم حقوق پاک می شود؛ اما اعراض، موجب اباحه است و مال را جزء مباحات قرار می دهد؛ هرکسی می تواند تملک کند؛
- ابراء همانند اعراض، مقتضای قاعده تسلیط است؛
- ابرای معلق و ابرای مشروط صحیح است؛
- ابرای اکراهی باطل است و ابرای فضولی نداریم؛
- ابراء ایقاع مجانی است - در مقابل اخذ به شفعه که ایقاعی معوض است؛
- پس از این که ابراء صورت گرفت، تضمینات آن دین نیز ساقط می شوند؛
- ابرای دین بازداشت شده ممکن نیست.

## مبحث چهارم: تبدیل تعهد

- تبدیل تعهد عبارت است از جایگزین ساختن تعهدی به جای تعهد دیگر، به این ترتیب که تعهد سابق از بین رفته و تعهد جدید به جای آن به وجود می آید. تبدیل تعهد یکی از طرق سقوط تعهدات می باشد.
- ✍ به عبارت دیگر: طرفین قرارداد تعهد می کنند که تعهد مندرج در قرارداد به تعهد جدیدی تبدیل بشود؛
- تبدیل تعهد ماهیتی قراردادی دارد و عقد است<sup>۱</sup> که دو اثر دارد: سقوط تعهد موجود و پیدایش تعهد جدید؛
- در نتیجه: تبدیل تعهد، هم سبب سقوط تعهد است و هم سبب پیدایش تعهد.

## انواع تبدیل تعهد

- ♣ تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع تعهد؛
- ♣ تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل سبب [منشأ] تعهد.
- ♣ تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد [ضمان وحواله]؛
- ♣ تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهدله؛

## تبدیل موضوع تعهد

- این عقد بین متعهد و متعهدله بسته می شود و به موجب آن موضوع تعهد عوض می شود؛
- ✍ مثال: موضوع تعهد من به شما، گندم است، حال باهم توافق می کنیم که من به جای گندم، به شما برنج بدهم.

<sup>۱</sup> - تبدیل تعهد، «عقدی لازم» است.

## تبدیل سبب یا منشا تعهد

این عقد بین متعهد و متعهدله بسته می شود و به موجب آن، بدون تغییر موضوع، سبب تعهد عوض می شود؛

فایده عوض شدن سبب این است که هر سببی قواعد و قانون خاص خود را دارد؛

مثال: مستاجری به موجر بابت اجاره، یک میلیون تومان بدهکار است، یعنی سبب این تعهد عقد اجاره است؛ حال طرفین باهم توافق می کنند که این تعهد [یک میلیون تومان]، بابت قرض بر عهده مستأجر باشد؛<sup>۱</sup> پس از توافق مزبور، احکام قرض بر تعهد فوق جاری است.<sup>۲</sup>

## تبدیل متعهد

در دو مورد قبل، عقد بین متعهد و متعهدله منعقد می شد، اما در این مورد، عقد بین متعهدله و ثالث منعقد می شود؛

مثال: شخص ثالثی پیش متعهدله می رود و می گوید من به جای متعهد، دین تو را پرداخت می کنم؛ به عبارت دیگر شخص ثالث ضامن متعهد می شود؛<sup>۳</sup> در واقع دین منتقل می شود. بند دوم ماده ۲۹۲ ق.م.

در حقوق ایران برای انتقال دین، فقط دو مصداق وجود دارد: عقد ضمان و عقد حواله.

در انتقال دین، دین از بین نمی رود، بلکه فقط منتقل می شود؛ اما تضمینات آن از بین می رود؛ یعنی در عقود حواله و ضمان که مبتنی بر انتقال دین هستند، تضمینات دین از بین می رود.

## تبدیل متعهدله

در این مورد هم عقد بین متعهدله و ثالث منعقد می شود؛ متعهدله طلب خود را به ثالثی انتقال می دهد؛<sup>۴</sup>

مثال: من از شما یک میلیون طلبکارم، رسید طلبم را به ثالثی انتقال می دهم که از شما اخذ کند.<sup>۵</sup>

در انتقال طلب هم تضمینات طلب از بین می رود؛ اما استثناء دارد؛ استثناء این است که در انتقال اسناد تجاری که نوعی انتقال طلب به شمار می روند، تضمینات طلب از بین نمی رود.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> - پس از این تبدیل، اجاره، پرداخت شده محسوب است.

<sup>۲</sup> - دکتر شهبازی: فقط همین دو نوع تبدیل تعهد واقعی هستند که در بند یک ماده ۲۹۲ ق.م. آمده است؛ و دو نوع دیگر در واقع تبدیل تعهد نمی باشند!

<sup>۳</sup> - این نوع تبدیل تعهد از حقوق فرانسه گرفته شده است.

<sup>۴</sup> - دقت شود: در تبدیل متعهد، دین منتقل می شود، اما در اینجا طلب منتقل می شود.

<sup>۵</sup> - مثال ساده تبدیل متعهدله، «ظهن نویسی [انتقال] اسناد تجاری» است.

<sup>۶</sup> - ماده ۲۴۹ قانون تجارت: برات دهنده - کسی که برات را قبول کرده و ظهن نویسیها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند.

دارنده برات در صورت عدم تأدیه و اعتراض می تواند به هر کدام از آنها که بخواهد منفرداً یا به چند نفر یا به تمام آنها مجتمعاً رجوع نماید.

همین حق را هر یک از ظهن نویسیها نسبت به برات دهنده و ظهن نویسیهای ماقبل خود دارد.

اقامه دعوی بر علیه یک یا چند نفر از مسئولین موجب اسقاط حق رجوع به سایر مسئولیت برات نیست - اقامه کننده دعوی ملزم نیست ترتیب ظهن نویسی را از حیث تاریخ رعایت کند. ضامنی که ضمانت برات دهنده یا محال علیه یا ظهن نویسی را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است.

## نکات تکمیلی تبدیل تعهد

تبدیل تعهد عقدی است لازم؛

با توجه به ماهیت عقدی تبدیل تعهد: در آن اهلیت و تمام شرایط صحت معامله برای هر دو نفر لازم است؛

از آنجایی که تبدیل تعهد عقدی تبعی است و اگر قرارداد سابق باطل بوده باشد، تبدیل تعهد هم باطل است، حتی اگر به خودی خود تبدیل تعهد صحیح باشد؛

اگر طرفین با توافق، مقدار دین را به کمتر تغییر دهند، مشمول تبدیل تعهد نمی شود و در حقیقت طرفین دین را صلح به کمتر کرده اند؛

اگر تعهد اول درست باشد، اما تعهد دوم باطل: کشف می شود که تبدیل تعهد صورت نگرفته است؛

تبدیل تعهد مفروض نیست: یعنی در مواقع شک، اصل بر عدم تبدیل تعهد است.

ماده ۲۹۲: تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می شود:

۱. وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می شود به سببی از اسباب تراضی نمایند؛ در این صورت، متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می شود؛<sup>۱</sup>

۲. وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید؛<sup>۲</sup>

۳. وقتی که متعهدله مافی الذمه متعهد<sup>۳</sup> را به کسی دیگر منتقل<sup>۴</sup> نماید.<sup>۵</sup>

ماده ۲۹۳: در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر این که طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند.<sup>۶</sup>

## مبحث پنجم: تهاتر

تهاتر در لغت به معنای تبادل کالا، پایاپای، همدیگر را تکذیب کردن، مساوات و برابر شدن می باشد.

در اصطلاح فقه و حقوق عبارت است از سقوط تعهد به سبب بدهکار بودن طرفین معامله به همدیگر.

مثال: من به شما بدهکارم، شما هم به من بدهکارید؛ در این صورت نیازی نیست چیزی پرداخت کنیم.

<sup>۱</sup> - تبدیل موضوع - تبدیل سبب.

<sup>۲</sup> - انتقال دین.

<sup>۳</sup> - «مافی الذمه متعهد»: منظور «طلب متعهدله» است.

<sup>۴</sup> - ماده ۷۴۶ ق.م: در موارد ذیل کفیل [یک نوع تضمین است] بری می شود: ۱. .... ۵. در صورتی که حق [طلب] مکفول له به نحوی از انحاء به دیگری منتقل شود.

<sup>۵</sup> - در حقیقت انتقال طلب است، نه تبدیل تعهد.

<sup>۶</sup> - این ماده، قانون تکمیلی است: یعنی می توان خلاف آن توافق کرد.

## ماهیت و انواع تهاتر

- ⊖ تهاتر واقعه حقوقی قهری است<sup>۱</sup> و شرایط اعمال حقوقی [قصد، رضا، اهلیت و مشروعیت] را نمی خواهد.
- ⊖ اصل قهری بودن تهاتر است:<sup>۲</sup> اما اگر شرایط<sup>۳</sup> تهاتر قهری وجود نداشته باشد می توان به طرق زیر نیز تهاتر کرد؛
- ⊖ تهاتر قضایی، تهاتر قراردادی و تهاتر ایقاعی.

## زمینه تهاتر قهری

- ⊖ برای این که تهاتر صورت بگیرد، یک رکن اصلی و چند شرط لازم است وجود داشته باشد؛
- ⊖ شرایط به صورت کلی: لزوم وجود سه اتحاد در: جنس [موضوع - وصف]، زمان تأدیه [و نه پیدایش آن] و مکان تأدیه.

## رکن اصلی تهاتر قهری

- ⊖ رکن اصلی، تقابل دو دین است؛ یعنی دو نفر به هم بدهکار باشند و دین هر دو در مقابل هم دیگر قرار بگیرد؛
  - ⊖ به عبارت دیگر، ملاک اصلی، دو دین است از دو نفر که در مقابل هم قرار می گیرد.
- ماده ۲۹۴: وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند، بین دیون آنها به یکدیگر به طریقی که در مواد ذیل مقرر است تهاتر حاصل می شود.

## شرایط تهاتر قهری

- ♣ دو شخص در برابر یکدیگر هم طلبکار و هم بدهکار باشند. ماده ۲۹۴ ق.م؛
- ♣ کلی (کلی فی الذمه) بودن دو دین؛
- ♣ وحدت موضوع یا جنس دو دین. ماده ۲۹۶ ق.م؛
- ♣ وحدت زمان تأدیه دو دین. ماده ۲۹۶ ق.م؛
- ♣ وحدت مکان تأدیه دو دین. ماده ۲۹۶ ق.م؛
- ♣ آزاد بودن دو دین. ماده ۲۹۹ ق.م.

<sup>۱</sup> - در مقابل: وفای به عهد، «واقعه حقوقی ارادی» است.

<sup>۲</sup> - یعنی اگر به صورت اطلاق به کار برده شود منظور «تهاتر قهری» است.

<sup>۳</sup> - در اینجا منظور شرایط مندرج در ماده ۲۹۶ ق.م. است؛ چون شرط ماده ۲۹۹ برای همه اقسام تهاتر لازم است.

<sup>۴</sup> - توجه: دقت شود، این شرط برای تهاتر قراردادی، قضایی و ایقاعی نیز لازم است.

## وحدت موضوع یا جنس دو دین؛

- ⊖ تهاتر قهری تقابل دو دین «کلی» است؛ یعنی باید اوصاف هر دو دین یکی باشد.
- ⊖ مثال: من و شما به همدیگر یک تن برنج بدهکار هستیم.

## وحدت زمان تأدیه دو دین؛

- ⊖ برای تهاتر قهری، دو دین باید هر دو حال باشند و یا هر دو مؤجل در یک تاریخ؛
- ✍ مثال: من و شما به هم دیگر یک میلیون تومان بدهکار هستیم؛ اگر اجل هر دو دین در یک تاریخ باشد تا آن تاریخ صبر نمی کنیم؛ یعنی قبل از این که اجل آن ها سر برسد، تهاتر می شوند.

## وحدت مکان تأدیه دو دین؛

- ⊖ برای این که دو دین به صورت قهری تهاتر بشوند، باید محل تأدیه آن ها هم در یکجا باشد؛
- ✍ مثال: من و شما یک تن به برنج به هم بدهکاریم که هر دو باید در تهران<sup>۱</sup> آن ها را تحویل بدهیم؛ در اینجا به صورت قهری هر دو باهم تهاتر می شوند.

## آزاد بودن دو دین [منع تهاتر دین توقیف شده به سود ثالث]

- ⊖ علاوه بر شرایط مندرج در ماده ۲۹۶ ق.م. برای این که تهاتر صورت بگیرد، هر دو دین نیز باید آزاد باشند؛
- ✍ یعنی هر گاه یکی از دو دین به نفع شخص ثالثی توقیف شده باشد، طرفین سه نفر می شوند و از آنجایی که برای تهاتر می بایست دو نفر باشند با دو دین در مقابل هم در اینجا تهاتر صورت نمی گیرد.
- ✍ مثال: شخصی، یک واحد آپارتمان، اجاره کرده است و برای این که اجاره ندهد، بیست میلیون تومان ودیعه<sup>۲</sup> به موجر پرداخت کرده است؛ حال زوجه مستأجر، برای مطالبه مهریه اش، این بیست میلیون<sup>۳</sup> را توقیف می کند؛<sup>۴</sup> حال اگر بعداً به هر دلیلی موجر از مستأجر طلبکار بشود، مستأجر نمی تواند به تهاتر استناد کند، چون وجهی که به ودیعه به موجر پرداخته بود، از طرف زوجه او متوقف شده است: در نتیجه تهاتر بین سه نفر رخ نمی دهد.

ماده ۲۹۵: تهاتر قهری است و بدون این که طرفین در این موضوع تراضی نمایند، حاصل می گردد. بنابراین، به محض این که دو نفر در مقابل یکدیگر در آن واحد مدیون شدند، هر دو دین تا اندازه ای که باهم معادله می نماید [یعنی وحدت میزان لازم نیست] به طور تهاتر بر طرف شده و طرفین به مقدار آن در مقابل یکدیگر بری می شوند.

<sup>۱</sup> - دکتر شهبازی: محله و منطقه مهم نیست، مهم یکی بودن شهر است.

<sup>۲</sup> - در عرف، به اشتباه، به این نوع پرداخت، رهن می گویند.

<sup>۳</sup> - به این نوع توقیف، توقیف نزد شخص ثالث می گویند.

<sup>۴</sup> - مطابق قانون اجرای احکام [مواد ۸۷ به بعد]، عمل می شود.

ماده ۲۹۶: تهاتر فقط در مورد دو دینی حاصل می شود که موضوع آن ها [کلی و] از یک جنس باشد با اتحاد زمان و مکان تأدیه، ولو به اختلاف سبب [و میزان].

ماده ۲۹۹: در مقابل حقوق ثابت اشخاص ثالث تهاتر موثر نخواهد بود و بنابراین، اگر موضوع دین به نفع شخص ثالثی در نزد مدیون مطابق قانون توقیف شده باشد و مدیون بعد از این توقیف از دائن خود طلبکار گردد، دیگر نمی تواند به استناد تهاتر از تأدیه مال توقیف شده امتناع کند.

⊕ پس از مبادرت به توقیف مطابق قانون، در واقع محل اجرای حکم علیه مدیون مشخص شده است.

## وجود چه چیزی در تهاتر لازم نیست؟

⊖ وحدت سبب [منشأ] دو دین: در تهاتر وحدت سبب دو دین لازم نیست؛ مثلاً یکی بابت اجاره و دیگری بابت بیع بدهکار است که در این صورت اگر سایر شرایط گفته شده، موجود باشد، به صورت قهری، تهاتر می شوند و اگر سایر شرایط لازم، موجود نباشد، ممکن است به روش دیگری [قراردادی یا ایقاعی] تهاتر صورت بگیرد.

⊖ وحدت میزان دو دین: در تهاتر وحدت میزان دو دین لازم نیست؛ مثلاً من یک میلیون به شما بدهکارم، اما شما دو میلیون به من بدهکارید؛ در این صورت یک میلیون من، با یک میلیون از دو میلیون شما، تهاتر می شود و یک میلیون باقی می ماند.

## انواع تهاتر

⊖ همان طور که گفته شد، اصل تهاتر، قهری بودن آن است،<sup>۱</sup> با این وجود، اگر شرایط لازم برای تهاتر قهری مهیا نباشد می توان به صور زیر دیون را تهاتر کرد:<sup>۲</sup> البته شرط آزاد بودن دو دین برای اشکال زیر نیز لازم است.

👉 تهاتر قراردادی، تهاتر قضایی و تهاتر ایقاعی؛

## تهاتر قراردادی:

⊖ هر گاه یکی از شرایط تهاتر قهری وجود نداشته باشد، دو طرف باهم دیگر تراضی می کنند که بین دیون آن ها تهاتر واقع شود، ولو این که شرایط [اتحادهای سه گانه] تهاتر قهری را نیز نداشته باشد؛

⊖ یعنی آن شرطی که برای تهاتر قهری لازم بود و اکنون وجود ندارد، طرفین آن را به وجود می آورند که پس از به وجود آمدن آن، تهاتر به صورت قهری صورت می گیرد.

۱- ر.ک. ماده ۲۹۵ ق.م.

۲- دکتر شهبازی: سایر اقسام تهاتر نیز، قهری هستند؛ یعنی پس از این که شرایط لازم به وجود بیاید، در نهایت تهاتر به صورت قهری صورت می گیرد.

**مثال:** من به شما گندم بدهکارم و شما به من برنج بدهکارید: در اینجا باهم توافق می کنیم که من هم به جای گندم به شما برنج بدهم که در این صورت [در صورت توافق]، تهاتر صورت می گیرد.

## تهاتر قضایی:

این نوع تهاتر درجایی است که یکی از دو دین محل نزاع است؛

**مثال:** من و شما به همدیگر بدهکاریم؛ من دین خودم را قبول دارم، اما شما دین خود را قبول ندارید؛ بعد از این که من توانستم طلبم را از شما در دادگاه ثابت کنم، یعنی دین شما توسط دادگاه احراز بشود، نیازی نیست شما دین خود را پرداخت کنید، چون به صورت قهری تهاتر صورت می گیرد و هر دو دین باهم ساقط می شوند.

**نکته ۱:** دادگاه فقط به درخواست طلبکارها تهاتر را انجام می دهد: یعنی دادگاه راساً نمی تواند و ذی نفع باید به تهاتر استناد کند؛ البته استناد کردن ذی نفع به تهاتر، چون کاشف است، با قهری بودن آن منافاتی ندارد؛

**نکته ۲:** رأی دادگاه در این مورد اعلامی است نه تاسیسی: به همین دلیل دکتر کاتوزیان این نوع تهاتر را اعلام قضایی می نامد.<sup>۱</sup>

## ایقاعی:

این نوع تهاتر مانند تهاتر قراردادی است، با این تفاوت که در این نوع تهاتر: شرطی که برای وقوع تهاتر مورد نیاز است، وجود ندارد که با یک اراده به وجود می آید؛

**مثال:** اگر زمان دو دین یا مکان دو دین باهم متفاوت باشد و یکی از طرفین در آن زمان یا آن مکان نفعی داشته باشد، منتفع می تواند [اراده یک نفر: ايقاع] از نفع خود بگذرد که در این صورت [پس از صرف نظر منتفع] تهاتر قهراً انجام می شود.

## موارد تهاتر ايقاعی

تهاتر ايقاعی همان طور که در مثال آن ذکر شد، دو مورد دارد:

اختلاف زمان تأدیه دو دین و اختلاف مکان تأدیه دو دین.

<sup>۱</sup> - به آن «اعلام قضایی تهاتر قهری» هم می گویند.



## افتلاف زمان تأدیه دو دین:

- ❶ در این مورد، یک دین حال و دیگری مؤجل است؛ حالا آن مدیونی که دینش مؤجل است، از اجل صرف نظر می کند [با یک اراده]؛<sup>۱</sup>
- ✍ **مثال:** من و شما به هم مدیون هستیم؛ تاریخی که من باید بدهی ام را پرداخت کنم شش ماه دیگر است و تاریخی که شما باید پرداخت کنید، امروز است، حال اگر من از اجل صرف نظر کنم و بخواهم امروز پرداخت کنم، هر دو دین باهم تهاتر می شوند؛
- ❷ **نکته:** در اینجا اراده من باعث تهاتر نمی شود، من فقط از اجل صرف نظر می کنم که متعاقب آن تهاتر قهراً صورت می گیرد.

## افتلاف مکان تأدیه دو دین:

- ❶ در قالب یک مثال: من و شما به هم دیگر یک تن برنج بدهکاریم، منتها من باید برنج را در تهران تحویل بدهم و شما باید برنج را در شیراز به من تحویل بدهید؛
- ❷ **این مورد نمود بر دو نوع است: یک نوع ایقاعی و یک نوع به ظاهر قراردادی؛**
- ♠ **نوع اول:** آن طرفی که مکان به سود او است، از سود خود صرف نظر می کند: **ادامه مثال:** با این فرض که هر دوی ما ساکن تهران هستیم؛ حتماً تحویل برنج در شیراز برای من سودی داشته است که این شرط را قبلاً گذاشته ایم، حال اگر من از این شرط صرف نظر کنم، یعنی هر دوی ما برنج را باید در تهران تحویل بدهیم، زمینه تهاتر آماده می شود و قهراً صورت می گیرد؛
- ♠ **نوع دوم:** آن طرفی که مکان به زیان او است، مخارج مربوط به نقل موضوع دین به مکان تحویل، پرداخت می کند و وقتی که مخارج را پرداخت کرد و طرف مقابل هم قبول کرد،<sup>۲</sup> زمینه تهاتر آماده می شود و قهراً صورت می گیرد؛ **ادامه مثال:** من از مکان صرف نظر نمی کنم، چون در شیراز به برنج ها نیاز دارم، حال شما هزینه حمل و نقل آن ها را پرداخت می کنید که اگر من پرداخت شما را قبول کنم، زمینه تهاتر آماده می شود و قهراً صورت می گیرد.

**ماده ۲۹۸:** اگر فقط محل تأدیه دینین مختلف باشد، تهاتر وقتی حاصل می شود که با تأدیه مخارج مربوطه به نقل موضوع قرض [دین] از محلی به محل دیگری یا به نحوی از انحاء طرفین حق تأدیه در محل معین را ساقط نمایند.

★ مفاد این ماده تخصیص ماده ۲۹۶ ق.م. در مورد اختلاف محل تأدیه دو دین است؛<sup>۳</sup>

⊕ مفاد این ماده، تهاتر ایقاعی است: یعنی یکی از طرفین از بعضی از حقوق خود صرف نظر می کند.

<sup>۱</sup> - قاعده این است که آن مدیونی که دینش مؤجل است می تواند از اجل بگذرد.

<sup>۲</sup> - از اینجا می توان فهمید که این نوع، قراردادی است: چون دو اراده در آن نقش دارند.

<sup>۳</sup> - حاشیه های دکتر کاتوزیان فراموش نشود.

## نکات تکمیلی تهاتر

- تهاتر امری نسبی بوده و فقط در رابطه بین دو شخص طلبکار و بدهکار متقابل قابل استناد است؛
- در تهاتر اگر میزان دو دین باهم برابر باشند: هر دو دین ساقط می شوند؛
- در تهاتر اگر میزان دو دین باهم برابر نباشند: به میزان دین کمتر تهاتر می شود.

## اثر تهاتر

- سقوط دو دین و تضمینات آن از آثار تهاتر قهری است بدین گونه که پس از تهاتر ذمه هر دو مدیون بری می شود.

## فواید تهاتر

- تهاتر در حکم تأدیه دین است.
- تهاتر مانع پرداخت مکرر دیون و صرف وقت و هزینه ایفای تعهدات متقابل است.
- در تهاتر امنیت بیشتری برای رسیدن هر کدام از طرفین به طلب خود وجود دارد.

## انصراف از تهاتر

- ★ **دکتر کاتوزیان:** قهری بودن تهاتر با امکان انصراف از آثار آن تعارض ندارد.<sup>۱</sup> زیرا تهاتر برای آسان کردن پرداخت ها است و با نظم عمومی ارتباط ندارد. انصراف از تهاتر ممکن است پیش از وقوع آن صورت پذیرد. یا پس از تقابل دو دین؛
- ⊕ در مورد نفقه و دستمزد طرفین نمی توانند به تهاتر استناد کنند: زیرا این موارد به نظم عمومی ارتباط دارد و آنجایی که برای امرار معاش شخص می باشند تهاتر نمی شوند: زیرا تهاتر این موارد موجب اخلال در زندگی خانوادگی می گردد.

## منع تهاتر دین مضمون له به ضامن با تعهد ضامن

- ⊖ برای شرح ماده ۲۹۷ ق.م. لازم است ابتدا عقد ضمان مطالعه شود؛<sup>۲</sup>
- فرض ماده ۲۹۷ ق.م. عقد ضمان نقل ذمه می باشد؛<sup>۳</sup> چون در این نوع ضمان، مضمون عنه بری می شود و دیگر تعهدی ندارد که بخواهد تهاتر کند؛ به عبارت دیگر: مضمون عنه پس از عقد ضمان نقل، مانند شخص ثالثی است.
- ماده ۲۹۷: اگر بعد از ضمان مضمون له به مضمون عنه مدیون شود موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد.

<sup>۱</sup> - یعنی قواعد تهاتر، قانون تکمیلی است.

<sup>۲</sup> - رک. جزوه حقوق مدنی «۷»

<sup>۳</sup> - چرا که در قانون مدنی، اصل بر «ضمان نقل» می باشد.

## مبحث ششم: مالکیت مافی الذمه

### تعریف

- مالکیت مافی الذمه یعنی دو عنوان طلبکار و بدهکار در یک نفر جمع بشود؛ چون چنین چیزی امکان ندارد، دین ساقط می شود؛ به عبارت دیگر، مالکیت مافی الذمه، سبب سقوط تعهد است.
- مالکیت فی الذمه واقعه حقوقی غیرارادی است.

### دو شرط اصلی لازم

- برای تحقق مالکیت مافی الذمه دو شرط اصلی ضروری است:
  - ♣ اتحاد دو وصف طلبکار و بدهکار در یک شخص؛
  - ♣ جمع آمدن دو وصف در یک دارایی.

### منشأ مالکیت مافی الذمه

- مالکیت مافی الذمه ناشی از دو مورد است:
  - ♣ ارث: ماده ۳۰۰ ق.م.
  - ♣ قرارداد: ماده ۸۰۶ ق.م.<sup>۱</sup> عقد هبه [هبه طلب به مدیون].<sup>۲</sup>

### مثال ارث:

- ✍ مثال ۱: شخصی [تنهاوارث] به پدرش مدیون بوده که بعد از فوت پدر، به خودش بدهکار می شود؛ و مالکیت مافی الذمه رخ می دهد؛
- ✍ مثال ۲: دو پسر و یک پدر، یکی از پسران یک میلیون تومان به پدر بدهکار بوده است، بعد از فوت پدر، طلب پدر از پسر نیز نصف می شود چون اموال پدر بین دو پسر تقسیم می شود؛ حال پسری که مدیون بوده، باید نصف باقی مانده را به برادرش بپردازد.

### مثال قرارداد:

- ✍ طلبکار با بدهکار قرارداد منعقد می کند که طلبش را به او منتقل کند؛ این نمونه را، هبه طلب به مدیون می گویند؛
- ✍ مثلاً من از دوستم یک چک دارم؛ این چک را به مناسبت تولدش به او هدیه می دهم [هبه می کنم].

<sup>۱</sup> - ماده ۸۰۶ ق.م: هرگاه داین طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد.

<sup>۲</sup> - برای دیدن تفاوت «ابراء» با «هبه طلب به مدیون» رک. مبحث سوم همین فصل: «ابراء»، ذیل ماده ۲۸۹ ق.م.

ماده ۳۰۰: اگر مدیون مالک مافی الذمه خود گردد ذمه او بری می شود. مثل این که اگر کسی به مورت خود مدیون باشد، پس از فوت مورت، دین او به نسبت سهم الارث ساقط می شود.<sup>۱</sup>

## توجه

تمامی جداول و نمودارها در این جزوه و سایر جزواتی که این جانب دسته بندی و ویرایش کرده ام، برای سهولت طراحی شده است؛ هر گونه سؤال در مورد نامفهوم بودن یا انتقاد و پیشنهاد در راستای تکامل آنها را به آدرس [Pandpnu@yahoo.com](mailto:Pandpnu@yahoo.com) بفرستید. سپاسگزارم.

# حقوق مدنی «۴»

## «الزامات خارج از قرارداد»

### «فهرست»

صفحه	عنوان
۱۹۶	ایفای ناروا
۱۹۷	اداره مال غیر
۱۹۸	غصب
۲۱۰	اتلاف
۲۱۱	تسبیب
۲۱۲	استیفاء
۲۱۴	استفاده بلاجهت
۲۱۵	موادی از قانون مجازات
۲۲۴	قانون مسئولیت مدنی
۲۲۹	قانون بیمه اجباری

## موضوعات مدنی «۴» «ضمان قهری»

ایفای ناروا، اداره مال غیر، غصب، اتلاف، تسبیب و استیفاء.

<sup>۱</sup> - ماده ۷۱۲ ق.م. هرگاه مضمون له فوت شود و ضامن وارث او باشد، حق رجوع به مضمون عنه دارد.

## ضمان قهری

- ⊖ ضمان قهری یعنی مدیونیت و مسئولیتی که به مناسبت فعل ضرر بار که شخص مرتکب شده است به حکم قانون برای او پیدا می شود؛
- ⊖ ضمان قهری یا «مسئولیت مدنی به معنای اخص» در مواردی به کار می رود که رفتار یک فرد و عملکرد او موجب ورود زیان به دیگری شده باشد، بنابراین اساس مسئولیت مدنی، مسئولیت جبران خسارت است؛
- ⊖ به طور کلی هر گاه این مسئولیت [مسئولیت به جبران ضرر و زیان] به مناسبت اجرای یک قرارداد یا نقض تعهد قراردادی یا تقصیر در اجرای قرارداد بوده باشد، آن را مسئولیت مدنی قراردادی و هر گاه این مسئولیت مربوط به قرارداد نباشد، بلکه فرد صرفاً با رفتار خود در اجتماع موجب ضرر و زیان به دیگری شده باشد، آن را مسئولیت مدنی غیر قراردادی یا الزامات خارج از قرارداد یا ضمان قهری می نامیم؛
- ⊖ جمع هر دو مسئولیت [مسئولیت مدنی قراردادی + مسئولیت مدنی خارج از قرارداد] می شود مسئولیت مدنی به معنای عام کلمه؛
- ⊖ در هر حال در هر مورد که بحث مسئولیت مدنی مطرح باشد، در آن جا مسئولیت به جبران خسارت مطرح می باشد؛
- ⊖ در مسئولیت مدنی اهلیت شرط نیست، زیرا قصد انشایی مطرح نمی باشد، بنابراین در مسئولیت مدنی به معنای خاص کلمه [ضمان قهری] محجورین هم مانند سایر اشخاص مسئولیت مدنی دارند.

## تفاوت مسئولیت مدنی با مسئولیت کیفری

- ⊖ همان طور که گفته شد، در مسئولیت مدنی بحث مسئولیت فرد به جبران ضرر و زیان مطرح است و لاغیر، اما در مسئولیت کیفری، شخص کاری کرده است که فعل او از نظر قانون مجرمانه توصیف می شود؛ مانند سرقت، کلاهبرداری و...؛

## نسبت بین مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری

- ⊖ بین مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری عموم و خصوص من وجه برقرار است، به این معنا که: برخی از اعمال اشخاص مسئولیت مدنی ایجاد می کنند، اما مسئولیت کیفری ایجاد نمی کنند؛ زیرا سوءنیتی که رکن توصیف عمل به عنوان جرم باشد وجود ندارد؛ مانند اتلاف غیر عمدی مال دیگری. بالعکس برخی اعمال از آن حیث که منافی نظم اجتماع هستند جرم توصیف می شوند و از آن حیث که موجب ضرر و زیان مدعی خصوصی هستند مسئولیت مدنی تولید می کنند؛ مانند سرقت، خیانت در امانت، کلاهبرداری و تخریب عمدی اموال و...؛ و از طرف دیگر برخی از اعمال مسئولیت کیفری ایجاد می کنند اما مسئولیت مدنی ایجاد نمی کنند مانند ولگردی، تکدی گری، برخی از جرایم سیاسی و ....

## ایفای ناروا

❋ ایفای ناروا در مقابل ایفای روا؛

♣ ایفای ناروا درجایی است که کسی به دیگری مدیون نباشد، دینی را به او ادا کند؛

♣ پس دو نفر در ایفای ناروا وجود دارند؛ گیرنده مال و دهنده مال؛

♣ دهنده مال یا به تصور این که مدیون است [اشتباهاً]، دین را پرداخت کرده و یا این که می دانست که بدهکار نیست اما در اثر اجبار دین را پرداخت کرده است؛

♣ اشتباه در پرداخت: اساساً چنین دینی وجود نداشته یا وجود داشته اما ابراء شده است یا بدهکار شخص دیگری بوده و پرداخت کننده ملزم به چنین پرداختی نبوده است؛

♣ گیرنده مال یا عالم به عدم استحقاق خود است و یا جاهل.

ماده ۳۰۱: کسی که عمداً [عالم] یا اشتبهاً [جاهل] چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند.

★ مفاد ماده ۲۶۵ ق.م.ا و دلالت پرداخت بر وجود دین قبلی سبب می شود که مدعی ناچار شود اشتباه خود را در پرداخت اثبات کند، مگر این که بتواند از راه دیگری (از جمله اثبات اکراه یا حيله) به همان نتیجه برسد و دلالت پرداخت بر وجود دین را خنثی می کند.

⊕ در این ماده گیرنده مال را در دو حالت علم و جهل به عدم استحقاقش می گوید، اما در ماده بعد [۳۰۲] دهنده مال را که در حالت جهل است بیان می کند؛

⊕ گیرنده مال چه در حالت علم به عدم استحقاق و چه در حالت جهل بر این موضوع، ضامن است و ید او ید ضمانی محسوب می شود؛ احکام غضب بر آن جاری است [ماده ۳۰۳ ق.م.ا].

ماده ۳۰۲: اگر کسی که اشتبهاً خود را مدیون می دانست آن دین را تأدیه کند حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده استرداد نماید.

★ این ماده ناظر به موردی است که گیرنده طلبکار است و دینی وجود دارد اما پرداخت کننده مدیون آن نیست و از آن نباید استفاده کرد که اشتباه پرداخت کننده رکن اساسی ایجاد حق استرداد است.

⊕ در حالتی که پرداخت کننده به مدیون نبودن خود آگاه باشد؛ دو حالت دارد؛ یا قصد او تبرعی بودن پرداخت است و یا مشمول ماده ۳۰۶ ق.م.ا [اداره فضولی، به شرط جمع بودن شرایط آن] می شود؛

⊕ پرداخت دین معلق، پیش از وقوع معلق علیه، ایفای ناروا و قابل استرداد است؛

⊕ پرداخت دین مؤجل: چون دین مؤجل پیش از رسیدن اجل، دین موجودی است که تنها پرداخت آن به تعویق افتاده و در موارد شایع که اجل تنها به سود مدیون است وی می تواند از اجل بگذرد و دین را پیش

<sup>۱</sup> - ماده ۲۶۵ ق.م.ا هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر [اماره] در عدم تبرع است بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون این که مقروض [مدیون] آن چیز باشد می تواند استرداد کند.

از سررسید پرداخت کند و چنین پرداختی ناروا نیست، اما اگر پرداخت پیش از موعد به اشتباه یا در اثر تقلب و حيله صورت گرفته باشد قابل استرداد است.

**ماده ۳۰۳:** کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است، اعم از این که به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل.

- ★ معیار تعیین میزان مسئولیت متصرف ضروری است که به مالک وارد آمده، نه منفعتی که او از تصرف برده است.
- ★ طبق این ماده گیرنده چه عالم باشد و چه جاهل، مانند غاصب است و یدش ضمانی است؛ یعنی مطلقاً مسئول است و اثبات وجود حادثه خارجی و قهری در تلف مال و حسن نیت گیرنده از مسئولیت او نمی کاهد و بی فایده است. علم و جهل گیرنده فقط در ماده ۳۰۵ ق.م. در مورد مخارج نگهداری مال مؤثر است.

**ماده ۳۰۴:** اگر کسی که چیزی را من غیر حق دریافت کرده است، خود را محق می دانسته لیکن در واقع محق نبوده [جاهل برده] و آن چیز را فروخته باشد معامله فضولی و تابع احکام مربوطه به آن خواهد بود.

- ⊕ فقط منطوق این ماده درست است و مفهوم مخالف آن حجت نیست؛ گیرنده مال چه در صورت جهل و چه در صورت علم به عدم استحقاق خود، اگر مال را بفروشد معامله او فضولی و تابع احکام فضولی است.

## هزینه نگهداری مال غیر

**ماده ۳۰۵:** در مورد مواد فوق [در ایفای ناروا]، صاحب مال [دهنده مال] باید از عهده مخارج لازمه که برای نگاهداری آن شده است برآید [اصل بر جهل متصرف]، مگر در صورت علم متصرف به عدم استحقاق خود.

- ⊕ علم و جهل متصرف به عدم استحقاق خود، فقط در مورد مخارج نگهداری از مال مؤثر است؛
- ⊕ اگر متصرف عالم باشد: مخارج نگهداری از مال با خود متصرف است؛ بنا بر قاعده اقدام؛
- ⊕ اگر متصرف جاهل باشد: مخارج فوق با صاحب مال است؛
- ⊕ اصل بر جاهل بودن متصرف است و مدعی عالم بودن متصرف، باید علم او را ثابت کند؛ در همه جا بین علم و جهل، اصل بر جهل است.

- ⊕ الزاماً هر مالی هزینه نگهداری ندارد؛ این بحث فقط در اموالی مطرح می شود که برای نگهداری مخارجی لازم داشته باشد.

## اداره فضولی مال غیر

- ⊖ اداره مال غیر: نوعی استیفای صاحب مال، از اقدامات شخصی است که آن را مدیر فضولی می نامند؛
- علل نگرفتن اذن فضول از مالک: عدم دسترسی به مالک و یا این که تأخیر موجب ضرر مالک بشود و ...؛
- با جمع شدن این شرایط مدیر اگر مال را اداره کرد، می تواند مخارج را از مالک بگیرد؛ بین مالک و مدیر فضول هیچ عقدی وجود ندارد؛ که به آن واقعه حقوقی ارادی می گویند. البته ناشی از قانون [ناشی از ماده ۳۰۶ ق.م.]:

**مجموع شرایطی که مدیر فضول مستمق اجرت المثل می باشد:**

۱. مالک به عللی از قبیل محجور و یا پیر بودن، غایب بودن، ناتوان بودن و ... نمی تواند مالش را اداره کند؛
۲. ضرری بالفعل مال را تهدید کند؛
۳. مدیر فضول به صاحب مال دسترسی نداشته باشد؛
۴. عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر و زیان صاحب مال بشود.

ماده ۳۰۶: اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازه مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند، باید حساب زمان تصدی خود را بدهد، در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است حق مطالبه مخارج نخواهد داشت، ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است.

⊖ شبهه عقد: عملی ارادی و مشروع است که بی آن که اعلام توافق و دو اراده در میان باشد، تعهد ایجاد می کند.

**ضمان قهری**

ماده ۳۰۷: امور ذیل موجب ضمان قهری است:

۱. غصب و آنچه که در حکم غصب است؛ [واقعه حقوقی ارادی].
  ۲. اتلاف؛ [واقعه حقوقی ارادی].
  ۳. تسبیب؛ [واقعه حقوقی ارادی].
  ۴. استیفاء. [از کار دیگری و یا از مال دیگری] - [واقعه حقوقی ارادی].
- ⊕ در سه مورد اول شخص فعل ضرر بار انجام داده، اما در مورد استیفاء، فرد از مال دیگری استفاده کرده و یا از کار دیگری که محترم استفاده کرده و اجرت آن را پرداخت نکرده است.

**غصب**

⊖ تعریف غصب دارای سه رکن است: استیلاء، بر حق غیر و به نحو عدوان: مانند سرقت.

**استیلاء:**

⊖ استیلاء یعنی سلطه یافتن و تصرف کردن. غاصب باید مالی را تصرف کند تا غصب واقع بشود. صرف ممانعت مشمول غصب نمی شود، اما ضمان از باب تسبیب و اتلاف هم چنان باقی است. ماده ۳۰۹ ق.م؛

**حق غیر:**

⊖ طبق ماده ۳۰۸ ق.م. گستره غصب خیلی وسیع است و فقط شامل اشیاء نمی شود و حقوق مالی را نیز در بر می گیرد؛ چون حق از مال گسترده تر است؛ مانند حق انتفاع؛



## به نحو عدوان:

⊖ به نحو عدوان یعنی غاصب عالم بر بی حقی خود باشد. پس اگر فرد به تصور این که جواز تصرف دارد در مال غیر تصرف کند، غاصب نیست بلکه در حکم غاصب است.

ماده ۳۰۸: غصب استیلائی بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است. اثبات ید بر مال غیر:

⊖ «شبه غصب» یا «در حکم غصب»: مربوط به جایی است که شروع استیلا به اذن مالک باشد ولی بدون مجوز و پس از قطع اذن [انکار یا امتناع از رد] ادامه یابد. مواد ۳۱۰ و ۶۳۱ و ۲۷۸ ق.م.ا<sup>۱</sup>

- در مورد شبه غصب [در حکم غصب]: ممتنع یا منکر از زمان امتناع یا انکار در حکم غاصب است.

## نمونه های دیگری از «در حکم غصب»:

♠ در جایی است که یک معامله فضولی منعقد می شود: اگر خریدار [اصیل] جاهل باشد، ید او ضمانی و در حکم غصب است. ماده ۳۲۵ ق.م.ا<sup>۲</sup>

♠ مقبوض به عقد فاسد نیز در حکم غاصب است.

ماده ۳۱۰: اگر کسی [امین] که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آنها در دست اوست منکر گردد [یا امتناع کند]، از تاریخ انکار [یا امتناع] در حکم غاصب [شبه غصب] است.

⊕ این ماده مشمول بند دوم ماده ۳۰۸ ق.م.ا می باشد؛ در حکم غصب.

<sup>۱</sup> - مواد ۶۳۱ و ۲۷۸ ق.م.ا:

\* ماده ۶۳۱ ق.م.ا: هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین مستاجر نسبت به عین مستاجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد؛

\* ماده ۲۷۸ ق.م.ا: اگر موضوع تعهد [تسلیم] عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد [امین] می شود، اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. [عاریه طلا و نقره ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲] ولی، اگر متعهد با انقضاء اجل و مطالبه، [ماده ۳۱۰] تاخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان [حتی فورس ماژور] خواهد بود [از زمان انکار] اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۲۵ ق.م.ا: اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد، او [مشتری جاهل] نیز می تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع [فضول] رجوع کند اگر چه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد؛ و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند، بایع حق رجوع به مشتری [جاهل] را نخواهد داشت.

## ممانعت از حق

ماده ۳۰۹: هرگاه شخصی مالک [صاحب حق] را از تصرف در مال خود مانع شود، بدون آن که خود او تسلط بر آن مال پیدا کند، غاصب محسوب نمی شود لیکن در صورت اطلاق یا تسبیت ضامن خواهد بود.

⊕ علت این است که غاصب باید بر مال استیلاء داشته باشد تا عنوان غصب بر آن جاری شود و با صرف ممانعت غصب واقع نمی شود؛

• مثال: شخصی مانع صاحب خانه ای از ورود او به خانه اش می شود و ممنوع شب را در هتل به سر می برد که وی می تواند برای هزینه هتل به مانع رجوع کند.

## مسئولیت غاصب

ماده ۳۱۱: غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید؛ و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت [بدل] آن را بدهد؛ و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل [بدل حیلوله] آن را بدهد.

⊕ ید غاصب ضمانتی است و در هر حال مسئول است. به مسئولیت غاصب مسئولیت عینی، مطلق یا محض می گویند؛

⊕ در غصب، آخرین غاصب متعهد به رد عین مال و سایر غاصبین، متعهد به فعل ثالث (آخرین ثالث) هستند؛<sup>۱</sup>

⊕ غاصب نمی تواند قوه قاهره را مستند فعل خویش قرار دهد.

## حالات مسئولیت غاصب

عین مال موهود است:

⊖ غاصب باید عین مال را پس بدهد، خواه زیاد شده باشد و خواه کم. در مورد کم و زیاده، ماده ۱۱۴ و ۱۱۵ حکم می کنند؛

اگر مال تلف شده باشد:

⊖ در این حالت غاصب باید بدل<sup>۲</sup> [مثل یا قیمت] آن را بدهد؛ اگر مال مثلی بود، مثل آن و اگر مال قیمی بود، قیمت آن پرداخت می شود؛

<sup>۱</sup> - یعنی آخرین غاصب [کسی که مال در دست اوست و یا در دست او تلف شده است]، مدیون اصلی است و غاصبین سابق بر آن ضامن [متعهد به فعل ثالث] می باشند.

<sup>۲</sup> - بدل، نوعی خسارت عدم انجام تعهد است: ماده ۷۹۱ ق.م: اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود، باید تلف کننده بدل آن [مثل یا قیمت] را بدهد و بدل مزبور [خود به خود] رهن خواهد بود.

## عدم امکان رد مال:

⊖ [مال تلف نشده و موجود است، اما مفقود شده است]:<sup>۱</sup> در این حالت غاصب باید بدل حیلوله بدهد.

## بدل حیلوله

⊖ **بدل حیلوله:** برگرفته از حایل، حایل دیواری است مابین مالک و مال؛ بدل حیلوله در قانون اجرای احکام مدنی آمده است؛

⊖ **بدل حیلوله:** مالی است شبیه مال مغضوب؛ غاصب باید بدل حیلوله را به مالک بدهد و تا زمانی که مال اصلی [غصب شده] را پیدا نکرده است، بدل در ملکیت مالک مال اصلی است و ملک او محسوب شده [چون از جنس غرامت است] و می تواند هر تصرفی که بخواهد در آن انجام دهد. [ماده ۳۰ ق.م.]:<sup>۲</sup> یعنی خسارت عدم انجام تعهد است و به مالک تملیک می شود؛

- هرگاه غاصب مال گم شده را پیدا کند و به مالک برگرداند، بدل حیلوله را پس می گیرد [شرط فاسخ دادن بدل] و اگر بدل حیلوله تلف شده باشد و یا در ید مالک نباشد، مالک مال خودش را پس می گیرد و مثل یا قیمت بدل حیلوله را به غاصب می دهد؛
- امتناع مالک در رد بدل حیلوله در فرض اخیر [فرضی که مال مالک به او رد شده است]: مالک در حکم غاصب است.

## یافت نشدن و از مالیت افتادن مال مغضوب

ماده ۳۱۲: هرگاه مال مغضوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود، غاصب باید قیمت حین الاداء [یوم الرد]<sup>۳</sup> را بدهد و اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد.

- ⊕ مثل آن پیدا نشود: یعنی قیمی می شود و باید مانند مال قیمی با آن رفتار کرد؛
- ⊕ آخرین قیمت: قیمت زمانی که مال مالیت داشته است.

## فروض ماده ۳۱۲ ق.م.

- فرض اول: مال مغضوب مثلی بوده و دو حالت دارد: تلف شده و یا از مالیت افتاده و مثل آن هم پیدا نشود؛
- فرض دوم: مال قیمی بوده و تلف شده است.

<sup>۱</sup> - مالی که مفقود می شود، ممکن است تلف نشده باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۰ ق.م: هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

<sup>۳</sup> - ماده ۶۴۸ ق.م: قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال [مثلی] خود را به طرف دیگر تملیک می کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم الرد را بدهد. [قرض تنها عقدی است که مال در آن باید مثلی باشد].

**مال مغضوب مثلی بوده و تلف شده است و مثل آن هم دیگر وجود ندارد:<sup>۱</sup>**

❖ در این حالت غاصب باید قیمت زمان اداء را بدهد؛ مسئولیت اصلی غاصب رد عین است که با صدور حکم دادگاه این مسئولیت تبدیل به معادل ریالی آن می شود.

**مال مغضوب مثلی بوده و از مالیت [قیمت] افتاده باشد:<sup>۲</sup>**

❖ در این حالت غاصب باید آخرین قیمت [قیمت زمان تلف] را به عنوان ضمان ناشی از غصب و تفاوت آن با قیمت زمان غصب را به عنوان تسبیب پردازد، مشروط بر این که مقصر باشد و میان تقصیر او و ضرر و زیان ناشی از کسر قیمت رابطه سببیت موجود باشد.

**مال مغضوب قیمی بوده و تلف شده است:**

❖ در این صورت غاصب باید قیمت زمان اداء را بدهد.

**قاعده:**

⊖ در غصب، اگر قیمتی که طبق قانون از غاصب اخذ می شود خسارت مالک را جبران نکند، وی می تواند ضرر مازاد بر آن را هم بگیرد اما نه از باب غصب، از باب تسبیب.

**بنا و غرس در زمین دیگری**

ماده ۳۱۳: هر گاه کسی در زمین خود با مصالح متعلقه به دیگری بنایی بسازد یا درخت غیر را بدون اذن مالک در آن زمین غرس [کاشتن] کند صاحب مصالح یا درخت می تواند قلع [کندن] یا نزع [جدا کردن] آن را بخواهد، مگر این که به اخذ قیمت تراضی نمایند.

**بهای افزوده در نتیجه عمل غاصب**

ماده ۳۱۴: اگر در نتیجه عمل غاصب قیمت مال مغضوب زیاد شود، غاصب حق مطالبه قیمت زیادی را نخواهد داشت، مگر این که آن زیادتی عین باشد که در این صورت عین زاید متعلق به خود غاصب است.<sup>۳</sup>

⊕ کار غاصب هدر است و نمی تواند حق الزحمه بگیرد؛

⊕ مثال در مورد زیادتی که عین متعلق به غاصب باشد: مانند خرید زاپاس توسط غاصب برای ماشین غصب شده.

<sup>۱</sup> - مانند خودروی پیکان صفر که دیگر تولید نمی شود.

<sup>۲</sup> - مانند اسکناس هایی که دیگر داد و ستد نمی شوند - به عبارت دیگر، دولت آن ها را بی اعتبار دانسته است: مثل چک پول ۵۰۰ هزار تومانی.

<sup>۳</sup> - ماده ۳۳ ق.م. و محصولی که از زمین حاصل می شود مال مالک زمین است، چه به خودی خود روییده باشد یا به واسطه عملیات مالک، مگر اینکه نماء یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد، که در این صورت، درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.

## ضمان غاصب

ماده ۳۱۵: غاصب مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او به مال مغضوب وارد شده باشد، هر چند مستند به فعل او نباشد.<sup>۱</sup>

⊕ ضمان غاصب مطلق است؛ یعنی فرقی نمی کند که نقص و عیب نتیجه عمل غاصب باشد و یا دیگری. در هر صورت غاصب ضامن است؛

⊕ اگر سارقی بعد از سرقت با ماشین مسروقه تصادفی کند که راننده مقابل مقصر است: مالک می تواند از باب غصب به غاصب [سارق] رجوع کند و همچنین از باب تسبیب به راننده مقصر.

## تعاقب ایادی<sup>۲</sup>

### غصب از غاصب:

ماده ۳۱۶: اگر کسی مال مغضوب را از غاصب غصب کند، آن شخص نیز مثل غاصب سابق ضامن است، اگر چه به غاصبیت غاصب اولی جاهل باشد.

⊕ از لفظ «نیز» می فهمیم که: غاصب اولی هم همچنان ضامن باقی می ماند؛

⊕ مبنای مسئولیت مدنی ضمان غاصب: با نظریه تضمین انطباق دارد.

### تضامن غاصبان در (د عین):

ماده ۳۱۷: مالک می تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هر یک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند.

### در تعاقب ایادی دو حالت متصور است:

۱. مال در دست غاصب آخری موجود است؛

۲. مال در ید آخرین غاصب تلف شده است.

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۶۳۱ ق.م. هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین مستاجر نسبت به عین مستاجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد؛

\* ماده ۴۹۳ ق.م: مستاجر نسبت به عین مستاجر ضامن نیست [امین است] به این معنی که، اگر عین مستاجر بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی، اگر مستاجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

<sup>۲</sup> - به آن «ترتیب ایادی» نیز می گویند.

**اگر مال موجود باشد:**

⊖ غاصبی که مال در دست اوست [غاصب آخری] متعهد به رد مال است؛ و مابقی غاصبان [ضامنان] متعهد به فعل ثالث<sup>۱</sup> می باشند؛ طبق ماده ۳۱۷ ق.م. مالک می تواند بدون رعایت تقدم و تاخر به هر کدام از غاصبین که بخواهد رجوع کند؛

✓ چون دین واحد است، ایفای دین از جانب یکی از آنها، ذمه همه را در مقابل مالک بری می کند.

**اگر مال تلف شده باشد:**

⊖ همه غاصبان [اعم از مُتْلِف و غیر مُتْلِف] متعهد به رد بدل مال هستند.

**نکته:**

➡ در غصب مسئولیت ایادی متعاقب نسبت به عین مال، تضامنی عرضی است.

**رجوع غاصبان به یکدیگر:**

ماده ۳۱۸: هرگاه مالک رجوع کند به غاصبی که مال مغضوب در ید او تلف شده است [غاصب آخری]، آن شخص حق رجوع به غاصب دیگر ندارد [چون متلف مدیون اصلی است]؛ ولی اگر به غاصب دیگری به غیر آن کسی که مال در ید او تلف شده است رجوع نماید، مشارالیه نیز می تواند به کسی که مال در ید او تلف شده است رجوع کند و یا به یکی از لاحقین خود [غاصبین بعد از خود] رجوع کند تا منتهی شود به کسی که مال در ید او تلف شده است و به طور کلی ضمان [دین] بر عهده کسی مستقر است که مال مغضوب در نزد او تلف شده است [علت تلف و تلف کننده مهم نیست].

⊕ اگر مالک بدل را از مدیون اصلی [غاصب آخری] بگیرد؛ در این حالت چون مدیون اصلی دین را پرداخته، ضامنان [مابقی غاصبان] بری می شوند؛

⊕ در تعاقب ایادی هر غاصبی که به مالک خسارت می هد فقط می تواند از بعدی هایش بگیرد مگر: درجایی که روی مال مغضوب معامله فضولی رخ داده باشد: به این شرح که یکی از غاصبین مال را به شخصی که از غاصب بودن مال بی خبر بوده [جاهل باشد] بفروشد: در این حالت خریدار جاهل می تواند از قبلی اش از باب غرور خسارت بگیرد [رک. ماده ۳۲۵] و از بعدی ها هم از باب غصب. نکته این که خریدار اگر عالم باشد غاصب است و حق رجوع به ماقبل خود ندارد.

<sup>۱</sup> - ثالث: در اینجا یعنی غاصب آخری که مال در ید اوست.

## ماده ۳۱۸ در یک نگاه

(رجوع مالک به غاصب مُتَلَف؛

⊖ غاصب مُتَلَف حق رجوع به سایر غاصبین را ندارد، مگر در مورد جهل در معامله فضولی و یا مغرور شدن وی؛ که در این صورت به کسی که او را فریفته حق رجوع دارد.

(رجوع مالک به غاصب غیرمُتَلَف؛

⊖ غاصب دیگر به ایادی ماقبل خود حق رجوع دارد تا جایی که مال تلف شده است؛ در اینجا هم اگر غاصبی که دین را پرداخته مغرور بوده و یا با جهل به غصب معامله کرده است حق رجوع به مغرور کننده را نیز دارد.

گرفتن مال مغضوب از یکی از غاصبان:

ماده ۳۱۹: اگر مالک تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از یکی از غاصبین بگیرد حق رجوع به قدر ماخوذ به غاصبین دیگر ندارد.

⊕ مالک بیش از حق خود از مجموع مسئولان نمی گیرد و هر بخش از خسارت که وصول شود دیگران نیز از آن بری می شوند.

## ضمان غاصبان در مورد منافع

ماده ۳۲۰: نسبت به منافع مال مغضوب هر یک از غاصبین به اندازه منافع زمان تصرف خود و مابعد خود ضامن است، اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد؛ لیکن غاصبی که از عهده منافع زمان تصرف غاصبین لاحق خود بر آمده است می تواند به هر یک نسبت به زمان تصرف او رجوع کند.<sup>۱</sup>

⊕ نسبت به منافع مال مغضوب، هر غاصب مسئول منافع زمان تصرف خود و لاحقین خود بوده و حق رجوع به هر یک از غاصبین لاحق را فقط نسبت به منافع زمان تصرف او دارد.

۱ - مواد مرتبط:

\* ماده ۳۶۶ ق.م: هر گاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند [ضمان مقبوض به عقد فاسد - در حکم غصب است]، باید آن را به صاحبش رد کند و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع [مستوفات و غیر مستوفات] آن خواهد بود؛

\* ماده ۴۹۳ ق.م: مستاجر نسبت به عین مستاجره ضامن نیست [امین است] به این معنی که، اگر عین مستاجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی، اگر مستاجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

## شرح ماده ۳۲۰ ق.م.

قسمت اول این ماده مسئولیت تضامنی غاصبان متعدد را در مقابل مالک مطرح است؛ اما در قسمت دوم بحث تصفیه حساب بین خود غاصبان و توزیع مسئولیت در مورد عوض منافع مطرح است؛

## قسمت اول ماده ۳۲۰ ق.م:

- در مورد مسئولیت تضامنی غاصبان در مقابل مالک باید عنوان کرد که مطابق فرمول ماده، هر غاصب به اندازه زمان تصرف خود بعلاوه للاحقین خود مسئولیت دارد؛
- از این لحاظ غاصب اول سنگین ترین مسئولیت را دارد، زیرا سایر غاصبین لاحق بر او هستند؛ و غاصب آخر سبک ترین مسئولیت را دارد، چون هیچ لاحقی ندارد؛
- در مورد مسئولیت هر غاصب در مقابل مالک: مسئولیت او در مورد منافع مدت تصرف خودش مسئولیت استقلالی است که در حقیقت از جیب او باید محاسبه شود ولی مسئولیت او در مورد منافع زمان تصرف للاحقین وی، مسئولیتی تضامنی است که نهایتاً بین خود غاصبان محاسبه و توزیع می شود.

## قسمت دوم ماده ۳۲۰ ق.م:

- در مورد قسمت دوم ماده باید گفت که هر غاصبی که عوض منافع زمان تصرف للاحقین خود را هم به مالک پرداخته است، غاصبان لاحق بر او در مقام تصفیه حساب در مقابل وی [پرداخت کننده] مسئولیت تضامنی ندارند؛
- بنابراین وی ناچار است علیه هر یک از آنها به طور مستقل طرح دعوا کرده و فقط عوض منافع مدت تصرف شخص او را بخواهد.

## ضمان غاصبان در مورد منافع به طور کلی

- منافع مال مغضوب: هر غاصب ضامن منافع زمان تصرف خود و زمان تصرف للاحقین خود؛
- پرداخت کامل توسط یک غاصب [زمان تصرف خود و للاحقین]: فقط می تواند به غاصبین لاحق خود رجوع کند و به سایر غاصبین [مقابل خود] نمی تواند رجوع کند مگر در صورت اذن از جانب مالک.

## طریقه رجوع

۱. مالک حق رجوع به هر یک از غاصبین را دارد و می تواند خسارت منافع زمان او و مابعد او را به صورت یکجا بگیرد: در مقابل مالک، عالم و جاهل بودن غاصب فرقی نمی کند؛



۲. اما غاصب پرداخت کننده خسارت منافع، فقط به لاقین خود می تواند رجوع کند، آن هم به هر یک به اندازه تصرف او؛ مثلاً اگر هر غاصب یک ماه مال مغصوبه در ید او باشد، غاصب پرداخت کننده به اندازه همان یک ماه می تواند از او خسارت منافع بگیرد.

## ابراء یا انتقال و یا اسقاط حق

ماده ۳۲۱: هرگاه مالک ذمه یکی از غاصبین را نسبت به مثل یا قیمت مال مغصوب ابراء کند، حق رجوع به غاصبین دیگر نخواهد داشت؛ ولی، اگر حق خود را به یکی از آنان [ضامنان] به نحوی از انحاء انتقال دهد، آن کس قائم مقام مالک می شود و دارای همان حقی خواهد بود که مالک دارا بوده است.

### حالات متصور از این ماده

#### مالک یکی از غاصبین را نسبت به مثل یا قیمت ابراء می کند:

➤ ابراء اسقاط حق است و مستقیم به دین می خورد و چون دین واحد است و همه غاصبان ضامن یک بدل هستند، با ابراء مثل یا قیمت یا بدل، همه بری می شوند.

#### مالک حق رجوع به یکی از غاصبین را اسقاط می کند:

➤ فقط آن غاصب [ضامن] بری می شود و حق رجوع مالک به دیگر غاصبان همچنان باقی است.<sup>۲</sup>

#### مالک طلبش را به یک از غاصبین [ضامنین] [غیر از آخری] انتقال می دهد:

➤ آن غاصب [ضامن] قائم مقام مالک می شود و او همان حقی را خواهد داشت که مالک دارا بود است.<sup>۳</sup>

#### مالک طلبش را به آخرین غاصب [مدیون اصلی] انتقال می دهد:

➤ مالکیت مافی الذمه رخ می دهد<sup>۴</sup> و همه بری می شوند؛ غاصب آخری هم حق رجوع به هیچ کس را ندارد.

<sup>۱</sup> - اسقاط حق مالی، ایقاع است.

<sup>۲</sup> - اگر مالک از حق رجوع به یکی از غاصبین بگذرد، این اسقاط مانع از رجوع به دیگران نیست. دکتر کاتوزیان - حاشیه ذیل ماده ۳۲۱ ق.م.

<sup>۳</sup> - یعنی می تواند به همه غاصبین، حتی غاصبین قبل از خود نیز رجوع کند.

<sup>۴</sup> - رک. مبحث آخر از فصل آخر جزوه مدنی ۳.

## ابرای یکی از غاصبان در مورد منافع

ماده ۳۲۲: ابرای ذمه یکی از غاصبین نسبت به منافع زمان تصرف او موجب ابرای ذمه دیگران از حصه آنها نخواهد بود، لیکن اگر یکی از غاصبین را نسبت به منافع عین [خودش و بعدی هایش] ابراء کند حق رجوع به لاحقین نخواهد داشت.

### حالات متصور از این ماده

مالک یکی از غاصبین را نسبت به منافع فودش ابراء کند:

❖ فقط همان غاصب بری می شود؛ زیرا دیگران مُتَعَلِّق و مخاطب ابرای مالک نبوده اند.

مالک یکی از غاصبین را نسبت به منافع عین ابراء کند:

❖ در این حالت ابراء به غاصب مورد مخاطب و لاحقین او می خورد [خودش و بعدی هایش] و شامل غاصبین سابق بر آنها نمی شود؛ اما مسئولیت تضامنی آنها [غاصبان سابق] تقلیل پیدا می کند و مالک می تواند به آنها رجوع کند و این حق همچنان باقی است. [البته با احتساب کسانی که ابراء شده اند].

### منافع عین

❖ یعنی آن مقدار از منفعی که مالک به حکم قانون می توانست از یک غاصب وصول کند؛ به طوری که می دانیم این مقدار عبارت است از: منافع مدت تصرف شخص غاصب بعلاوه همه لاحقین او.

## شرح مواد ۳۲۳ الی ۳۲۷ ق.م.

❖ این مواد، مربوط به معاملات فضولی در غضب می باشد؛<sup>۱</sup>

❖ خریدار مال مغضوب، در صورت عالم بودن، غاصب است و در صورت جاهل بودن، در حکم غاصب است؛ بنابراین در هر دو مورد، مالک، حق مراجعه به او را دارد؛

❖ اگر خریدار، عالم به مغضوب بودن مال باشد، فقط می تواند ثمن پرداختی به مالک را از بایع بگیرد ولی اگر خریدار، جاهل به غاصب بودن فروشنده باشد، می تواند ثمن و خسارات را از غاصب بگیرد.

### ضمان خریدار مال مغضوب

ماده ۳۲۳: اگر کسی [اصیل] ملک مغضوب را از غاصب [فضول] بخرد [و آن را تصرف کند] آن کس نیز [مغضوب و هم خریدار] ضامن است و مالک می تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کرده عین و در صورت تلف شدن آن مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه نماید.

<sup>۱</sup> - رک. «حقوق مدنی ۳» - فصل پنجم: معاملات فضولی.

- ⊕ خریدار ۴ حالت دارد: جاهل باشد، عالم باشد، استیفای منفعت کرده باشد و یا استفاء منفعت نکرده باشد؛
- ⊕ جهل مشتری در مقابل مالک قابل استناد نیست؛ اما در گرفتن خسارات پرداخت شده از فضول مؤثر است. شرح در مواد ۳۲۴ و ۳۲۵ ق.م؛

### ضمان مشتری عالم به غصب

ماده ۳۲۴: در صورتی که مشتری [اصیل] عالم به غصب باشد [غاصب] حکم رجوع هر یک از بایع و مشتری به یکدیگر در آنچه که مالک از آن‌ها گرفته است حکم غاصب از غاصب بوده تابع مقررات فوق خواهد بود.

- ⊕ مقررات فوق: یعنی تابع مقررات مواد ۳۱۷ الی ۳۲۰ ق.م. می باشد؛
- ⊕ خریدار ضامن است و مالک حق رجوع به او و به غاصب را دارد و می تواند به هر کدام که بخواهد رجوع کند؛
- ⊕ حق رجوع مالک: حسب مورد جهت اخذ مال، مثل یا قیمت آن بعلاوه منافع آن.

### خریدار جاهل به غصب

ماده ۳۲۵: اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد، او [مشتری جاهل] نیز می تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع [فضول] رجوع کند اگر چه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد؛ و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند، بایع حق رجوع به مشتری [جاهل] را نخواهد داشت.

- ⊕ ید مشتری جاهل «در حکم غصب است» و مشمول ماده ۳۰۸ ق.م. می شود؛
- ⊕ مالک مال و خسارات را از مشتری جاهل اخذ کند: حق رجوع مشتری نسبت به ثمن و خسارات به بایع فضول محفوظ است؛ هر چند که مال نزد مشتری تلف شده باشد؛
- ⊕ مالک مال و خسارات را از بایع فضول اخذ کند: بایع حق رجوع به مشتری جاهل را ندارد.

### جمع بندی

✍ در جمع مواد ۳۲۴ و ۳۲۶ و مفهوم مخالف ماده ۳۲۶ ق.م: اگر مشتری عالم باشد غاصب است و اگر به مالک خسارات بدهد، حق رجوع به بایع بابت خسارات داده شده را ندارد؛ و فقط می تواند بابت ثمن به بایع رجوع کند و یا این که اگر مال در ید بایع تلف شده باشد. بابت مثل یا قیمتی که به مالک داده است به بایع رجوع کند.

رجوع خریدار به غاصب:

ماده ۳۲۶: اگر عوضی که مشتری عالم بر غضب [قاعده اقدام] در صورت تلف مبیع به مالک داده است زیاده بر مقدار ثمن باشد، به مقدار زیاده نمی تواند رجوع به بایع کند، ولی نسبت به مقدار ثمن حق رجوع دارد.

ترتیب ایادی به غیر غصب:

ماده ۳۲۷: اگر ترتب [قرار گرفتن] ایادی بر مال مغضوب به معامله دیگری غیر از بیع باشد، احکام راجعه به بیع مال غصب که فوقاً ذکر شده مجراً خواهد بود.

## اتلاف

### تلف مال دیگری:

ماده ۳۲۸: هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت [روز اداء] آن را بدهد، اعم از این که از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد [در اتلاف تقصیر لازم نیست] و اعم از این که عین باشد یا منفعت [و یا حق] و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است.

### تفاوت اتلاف و تسبیب

- اتلاف ضرر مستقیم و بی واسطه است، اما تسبیب ضرر غیر مستقیم و با واسطه است؛
- اتلاف فقط با «فعل» صورت می گیرد، اما تسبیب هم با «فعل» و هم با «ترک فعل»؛
- در اتلاف، تقصیر مُتلف شرط نمی باشد، اما در تسبیب، تقصیر باید اثبات شود و شرط مسئولیت اثبات تقصیر است؛
- نظریه خطر با نظریه اتلاف و نظریه تقصیر با نظریه تسبیب هماهنگ است.

### تخریب خانه و بنای دیگری:

ماده ۳۲۹: اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند، باید آن را به مثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد باید از عهده قیمت بر آید.

- ⊕ تا جایی که دادن مثل ممکن است [در موارد مثلی - و نه در مورد اموال قیمی]، بحث از دادن قیمت مطرح نمی شود؛
- ⊕ منظور از عهده قیمت: قیمت بنایی که خراب شده است: یعنی همان بنا قیمت گذاری می شود و نه قیمت تجدید بنا؛
- ⊕ هنگامی که بنا برای مثال دارای ارزش میراث فرهنگی می باشد، قدمت آن ارزش دارد.

### کشتن حیوان دیگری:

ماده ۳۳۰: اگر کسی حیوان متعلق به غیر را بدون اذن صاحب آن بکشد باید تفاوت قیمت زنده و کشته آن را بدهد و اگر کشته آن قیمت نداشته باشد باید تمام قیمت حیوان را بدهد و لیکن اگر برای دفاع از نفس بکشد یا ناقص کند ضامن نیست.

### نکات این ماده:

- ⊕ اگر با اذن بکشد مسئول نیست: مانند دعوت قصاب برای ذبح حیوان؛
- ⊕ تفاوت قیمت زنده و کشته: ناظر بر حیوان حلال گوشت است، به شرطی که ذبح شود؛
- ⊕ کشته آن قیمت نداشته باشد: ناظر بر حیوان حرام گوشت است و یا زمانی که حیوان حلال گوشت بوده به صورت غیر شرعی کشته شود [ذبح نشود]؛

⊕ تمام قیمت [آخرین قیمت] را بدهد؛ چون از مالیت افتاده است: تا زمانی که مال از مالیت نیفتاده است مسبب باید تفاوت قیمت را بدهد نه این که مال را به طور کامل به او تحمیل کنیم.

### دفاع عملی مباح است که:

۱. در برابر تجاوزی نامشروع باشد؛
۲. در دید عرف و قانون تعدی محسوب نشود؛
۳. دفاع باید متناسب با ضرری باشد که شخص را تهدید می کند.

### تفاوت ضمان غاصب و مسئولیت مدنی

- ❖ در مسئولیت مدنی در مواردی که به طور استثنایی، مسئولیت بدون تقصیر پذیرفته شده باشد رابطه علیت مستقیم میان عمل زیان بار و ضرر وارده باید احراز گردد؛ ولی در غصب مهم نیست که میان فعل غاصب و تلف مال، رابطه علیت مستقیم وجود دارد یا نه؛
- ❖ در غصب، تنها زیان مادی جبران می گردد در حالی که مسئولیت مدنی، جبران زیان های جسمانی و معنوی را نیز شامل می شود؛
- ❖ ضمان غاصب از استیلا به نحو عدوان بر حق غیر سرچشمه می گیرد ولی در مسئولیت مدنی لزومی ندارد که مقدمه ورود زیان حتماً استیلا به نحو عدوان بر حق غیر باشد.

### تسبیب

⊖ مبنای عمده در مسئولیت مدنی تقصیر است؛ اما اصل عدم تقصیر است که باید اثبات شود.

#### ضمان مسبب تلف:

ماده ۳۳۱: هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت [روزاداء] آن را بدهد؛ و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت بر آید.

#### اجتماع سبب و مباشر تلف:

ماده ۳۳۲: هرگاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود، مباشر مسئول است نه مسبب، مگر این که سبب اقوی باشد به نحوی که عرفاً اتلاف [خسارت] مستند به او باشد. [سبب نزدیک و بی واسطه: ماده ۳۰۵ ق.م.ا.]  
❖ در این مورد به مواد مربوطه در قانون مجازات اسلامی مراجعه شود [در همین جزوه].

<sup>۱</sup> - دکتر کاتوزیان - حاشیه ذیل ماده ۳۳۰ ق.م.

**ضمان صاحب دیوار و عمارت و کارخانه:**

ماده ۳۳۳: صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه [صاحب مر مالی] مسئول خساراتی است که از خراب شدن آن وارد می شود، مشروط بر این که خرابی در نتیجه عیبی حاصل گردد که مالک مطلع بر آن بوده [و آن را تعمیر نکرده باشد] و یا از عدم مواظبت [متعارف] او تولید شده است.

⊕ مشروط بر ... مفهوم کلی شرط: یعنی اگر تقصیر کرده باشد، مبتنی بر نظریه تقصیر؛

⊕ در حقوق ایران مسئولیت پیش بینی شده در قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در برابر اشخاص ثالث مبتنی بر نظریه خطر و مسئولیت پیش بینی شده در قانون مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تقصیر است

👉 در این مورد به مواد مربوطه [ماده ۵۱۹] در قانون مجازات اسلامی مراجعه شود [در همین جزوه].

**ضمان مالک و متصرف حیوان:**

ماده ۳۳۴: مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می شود، مگر این که در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد [از باب تقصیر]؛ لیکن در هر حال، اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد، فاعل [اعم از هر کسی] آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود.

**تصادم دو وسیله نقلیه:**

ماده ۳۳۵: در صورت تصادم بین دو کشتی یا دو قطار راه آهن یا دو اتومبیل و امثال آنها مسئولیت متوجه طرفی خواهد بود که تصادم در نتیجه عمد یا مسامحه [تقصیر] او حاصل شده باشد؛ و اگر طرفین تقصیر یا مسامحه کرده باشند؛ هر دو مسئول خواهند بود.

⊕ تصادم: بر وزن تفاعل؛ به طور متقابل به هم صدمه زدن؛

⊕ تصادف: امری خارج از اراده، باعث آن انسان ها نیستند؛

⊕ مسامحه زیر مجموعه تقصیر است.

**استیفاء**

🔴 استیفاء واقعه حقوقی و از موارد ضمان قهری است.

✍ اکثر روابط حقوقی مردم بر اساس قراردادهای حل و فصل می شود، لکن برخی از مناسبات بین مردم پیش می آید که در آن موارد شخصی از کار مشروع دیگری یا کار متعلق به غیر بهره برداری کرده و منتفع شده است؛ اما بین آنان هیچ قراردادی و یا قرارداد درستی وجود ندارد که بتوان بر اساس آن قرارداد اجرت آن منافع را خواستار شد و صرفاً یک اذن اولیه وجود دارد.

• استیفاء بر دو نوع است: استیفاء از کار دیگری [ماده ۳۳۶ ق.م.] و استیفاء از مال دیگری [ماده ۳۳۷ ق.م.].

## شرایط استیفا از عمل غیر

### ⊖ با شرایط زیر عامل مستحق اجرت المثل عمل فوید است:

۱. شخص، از عامل، اقدام به عمل را، درخواست کرده باشد؛<sup>۱</sup> یعنی، عمل، نباید خودسرانه باشد؛
۲. عرفاً برای آن عمل اجرتی باشد، یعنی کار خرد و کوچک نباشد؛
۳. اگر کار خیلی کم اهمیت باشد، شخص عادتاً متصدی انجام آن عمل باشد؛
۴. عامل قصد تبرع نداشته باشد؛ که البته قصد تبرع مفروض نیست.

## شرایط استفاده از مال غیر

### ⊖ یعنی با شرایط زیر، استفاده کننده ملزم به پرداخت اجرت المثل می باشد:

۱. صاحب مال به استفاده از مال صریحاً یا ضمناً اذن بدهد: این عامل سبب می شود که استفاده کننده غاصب تلقی نشود؛
۲. فرد استفاده کننده، در واقعیت امر، استفاده مورد نظر را از مال برده باشد؛
۳. صاحب مال قصد تبرع نداشته باشد که البته قصد تبرع مفروض نیست.

## استیفا از کار دیگری

ماده ۳۳۶: هرگاه کسی بر حسب امر [درخواست] دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد عامل مستحق اجرت [اجرت المثل] عمل خود خواهد بود، مگر این که معلوم شود قصد تبرع داشته است.

تبصره: چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می نماید (الحاقی ۱۳۸۱/۵/۹).

### نکات تکمیلی این ماده:

- ⊕ این ماده مفهوم مخالف دارد؛ و حجت است. [دلالت التزامی است]؛
- ⊕ خود را مهیای آن عمل کرده: یعنی به خود وعده اجرت داده باشد؛ به عبارت دیگر عرفاً اجرت ندارد، اما طرف قصدش عدم تبرع است و اجرت می خواهد؛
- ⊕ استیفا بر مبنای توافق و تراضی است، اما عقد نیست؛<sup>۲</sup> هر توافقی عقد نیست، اما هر عقدی توافق است. رابطه عقد و توافق: عموم و خصوص مطلق؛

<sup>۱</sup> - و اجرت تعیین نکرده باشد؛ یعنی اجرت المسمی نیست، چرا که استیفاء عقد نیست.

<sup>۲</sup> - استیفاء طبق بند ۴ ماده ۳۰۷ ق.م. از موجبات ضمان قهری است.

⊕ هر گاه طلاق به درخواست زوجه باشد و یا این که طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی باشد، زن استحقاق دریافت اجرت ندارد.

## استیفا از مال دیگری

ماده ۳۳۷: هر گاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفای منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت المثل خواهد بود مگر این که معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است.<sup>۱</sup>

- ★ مفاد این ماده ویژه استیفا از عین اموال نیست و شامل استفاده از انجام دادن کار دیگری نیز می شود.
- ★ استفاده از مال دیگری به طور معمول در دید عرف اجرت دارد. با وجود این، هر گاه به موردی که برخورد شود که ظهور در انتفاع مجانی داشته باشد [مانند دادن سه چرخه سواری به کودک]، الزامی به دادن اجرت المثل ندارد.<sup>۲</sup>

## استفاده بلاجهت

⊖ دارا شدن بلاسبب یا بلاجهت یک «عنوان حقوقی مستقل» است که قانون مدنی ایران تحت این عنوان مطلبی را بیان نکرده و ماهیت دارا شدن بلاسبب را مسکوت گذارده است.

👉 در واقع دارا شدن بلاسبب از جمله الزامات خارج از قرارداد است که تحت عنوان استیفای نامشروع نیز می تواند مطرح شود؛

⊖ این اصطلاح «استفاده بلاجهت» فقط در ماده ۳۱۹ قانون تجارت به کار رفته است.<sup>۳</sup>

👉 استفاده بلاجهت<sup>۴</sup> یعنی دارا شدن غیر عادلانه<sup>۵</sup> و فقدان سبب تملک؛

📖 شرح: دو نفر بدون این که بین آنها رابطه حقوقی وجود داشته باشد: از دارایی یکی کم می شود و به دارایی دیگری اضافه؛ در این مورد عدالت اقتضا می کند که آن کسی که دارایی اش زیاد شده، خسارات طرف مقابل را بپردازد.

📖 مثال: دانه درختی که مالک دارد، توسط باد به زمین مجاور انتقال داده می شود<sup>۱</sup> و در آنجا رشد می کند و ارزش بالایی به دست می آورد. در اینجا چون مالک حبه [دانه]، با استفاده از زمین دیگری، به دارایی او افزوده شده و بلاسبب دارا شده است، باید خسارت صاحب زمین را بپردازد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۴۹۴ ق.م. عقد اجاره به محض انقضای مدت بر طرف [منفسخ] می شود؛ و اگر پس از انقضای آن مستاجر عین مستاجر را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد، موجر برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود، اگر چه مستاجر استیفای منفعت نکرده باشد [در حکم غاصب]؛ و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد، وقتی باید اجرت المثل بدهد که استیفای منفعت کرده باشد، مگر این که مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید.

<sup>۲</sup> - یادآوری: حاشیه های دکتر کاتوزیان فراموش نشود.

<sup>۳</sup> - ماده ۳۱۹ ق.ت: اگر وجه برات یا فته طلب یا چک را نتوان به واسطه حصول مرور زمان پنج سال مطالبه کرد دارنده برات یا فته طلب یا چک می تواند تا حصول مرور زمان اموال منقوله وجه آن را از کسی که به ضرر او استفاده بلاجهت کرده است مطالبه نماید.

تبصره: حکم فوق در موردی نیز جاری است که برات یا فته طلب یا چک یکی از شرایط اساسی مقرر در این قانون را فاقد باشد.

<sup>۴</sup> - «استفاده بلاجهت»، از فرانسه ترجمه شده است.

<sup>۵</sup> - «دارا شدن غیر عادلانه»، از انگلیس ترجمه شده است.



## «مواد قانون مجازات، مرتبط با حقوق مدنی ۴»

**ماده ۱۵۶:** هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب الوقوع با رعایت مراحل دفاع مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می شود، در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی شود:

الف- رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد. ب- دفاع مستند به قرائن معقول یا خوف عقلایی باشد.

پ- خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری صورت نگرفته باشد.

ت- توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد یا مداخله آنان در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود.

تبصره ۱- دفاع از نفس، ناموس، عرض، مال و آزادی تن دیگری در صورتی جایز است که او از نزدیکان دفاع کننده بوده یا مسؤولیت دفاع از وی برعهده دفاع کننده باشد یا ناتوان از دفاع بوده یا تقاضای کمک نماید یا در وضعیتی باشد که امکان استمداد نداشته باشد.

تبصره ۲- هرگاه اصل دفاع محرز باشد ولی رعایت شرایط آن محرز نباشد اثبات عدم رعایت شرایط دفاع برعهده مهاجم است.

تبصره ۳- در موارد دفاع مشروع دیه نیز ساقط است جز در مورد دفاع در مقابل تهاجم دیوانه که دیه از بیت المال پرداخت می شود.

**ماده ۱۵۷:** مقاومت در برابر قوای انتظامی و دیگر ضابطان دادگستری در مواقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند، دفاع محسوب نمی شود لکن هرگاه قوای مزبور از حدود وظیفه خود خارج شوند و حسب ادله و قراین موجود خوف آن باشد که عملیات آنان موجب قتل، جرح، تعرض به عرض یا ناموس یا مال گردد، دفاع جایز است.

**ماده ۱۵۸:** علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتكاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست:

<sup>۱</sup> - بدون اینکه بین آنها، قراردادی در این زمینه، وجود داشته باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۳ ق.م. و ن.م. حاصل می شود مال مالک زمین است، چه به خودی خود روییده باشد یا به واسطه عملیات مالک، مگر این که ن.م. یا حاصل، از اصله [نهال] یا حبه [دانه] غیر حاصل شده باشد، که در این صورت، درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.

الف- در صورتی که ارتکاب رفتار به حکم یا اجازه قانون باشد؛ ب- در صورتی که ارتکاب رفتار برای اجرای قانون اهم لازم باشد؛

پ- در صورتی که ارتکاب رفتار به امر قانونی مقام ذی صلاح باشد و امر مذکور خلاف شرع نباشد؛  
 ت- اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و مجانین که به منظور تأدیب یا حفاظت آن‌ها انجام می‌شود، مشروط بر اینکه اقدامات مذکور در حد متعارف و حدود شرعی تأدیب و محافظت باشد؛  
 ث- عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن، مشروط بر اینکه سبب حوادث، نقض مقررات مربوط به آن ورزش نباشد و این مقررات هم مغایر موازین شرعی نباشد؛  
 ج- هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام می‌شود. در موارد فوری أخذ رضایت ضروری نیست.

**ماده ۴۹۲:** جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آن که به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آن‌ها انجام شود.

**ماده ۴۹۳:** وجود فاصله زمانی، میان رفتار مرتکب و نتیجه ناشی از آن، مانع از تحقق جنایت نیست مانند فوت ناشی از انتقال عامل بیماری کشنده، که حسب مورد موجب قصاص یا دیه است. حکم این ماده و ماده (۴۹۲) این قانون در مورد کلیه جرایم جاری است.

**ماده ۴۹۴:** مباشرت آن است که جنایت مستقیماً توسط خود مرتکب واقع شود.

**ماده ۴۹۵:** هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه أخذ براءت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل براءت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، براءت از ولی مریض تحصیل می‌شود.  
 تبصره ۱- در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هر چند براءت أخذ نکرده باشد.

تبصره ۲- ولی بیمار اعم از ولی خاص است مانند پدر و ولی عام که مقام رهبری است. در موارد فقدان یا عدم دسترسی به ولی خاص، رئیس قوه قضائیه با استیذان از مقام رهبری و تفویض اختیار به دادستانهای مربوطه به اعطای برائت به طیب اقدام می نماید.

ماده ۴۹۶: پزشک در معالجاتی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار و مانند آن صادر می نماید، در صورت تلف یا صدمه بدنی ضامن است مگر آنکه مطابق ماده (۴۹۵) این قانون عمل نماید.

تبصره ۱- در موارد مزبور، هرگاه مریض یا پرستار بداند که دستور اشتباه است و موجب صدمه و تلف می شود و باوجود این به دستور عمل کند، پزشک ضامن نیست بلکه صدمه و خسارت مستند به خود مریض یا پرستار است.

تبصره ۲- در قطع عضو یا جراحات ایجاد شده در معالجات پزشکی طبق ماده (۴۹۵) این قانون عمل می شود.

ماده ۴۹۷: در موارد ضروری که تحصیل برائت ممکن نباشد و پزشک برای نجات مریض، طبق مقررات اقدام به معالجه نماید، کسی ضامن تلف یا صدمات وارده نیست.

ماده ۴۹۸: هرگاه شیئی که توسط انسان یا وسیله نقلیه حمل می گردد به نحوی از انحاء موجب جنایت گردد حمل کننده ضامن دیه است.

ماده ۴۹۹: هرگاه کسی دیگری را بترساند و آن شخص در اثر ترس بی اختیار فرار کند یا بدون اختیار حرکتی از او سر بزند که موجب ایراد صدمه بر خودش یا دیگری گردد، ترساننده حسب تعاریف جنایات عمدی و غیر عمدی مسؤول است.

ماده ۵۰۰: در مواردی که جنایت یا هر نوع خسارت دیگر مستند به رفتار کسی نباشد، مانند این که در اثر علل قهری واقع شود، ضمان منتفی است.

ماده ۵۰۱: هرگاه کسی به روی شخصی سلاح بکشد یا حیوانی مانند سگ را به سوی او برانگیزد یا هر کار دیگری که موجب هراس او می گردد مانند فریاد کشیدن یا انفجار صوتی انجام دهد و بر اثر این ارباب، شخص بمیرد یا مصدوم گردد حسب مورد بر اساس تعاریف انواع جنایات به قصاص یا دیه محکوم می شود.

**ماده ۵۰۲:** هرگاه کسی خود را از جای بلندی پرت کند و بر روی شخصی بیافتد و سبب جنایت شود بر اساس تعاریف انواع جنایت حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم می شود لکن اگر فعلی از او سر نزند و به علل قهری همچون طوفان و زلزله پرت شود و به دیگری بخورد و صدمه به او وارد کند، کسی ضامن نیست.

**ماده ۵۰۳:** هرگاه کسی دیگری را به روی شخص ثالثی پرت کند و شخص ثالث یا شخص پرت شده بمیرد یا مصدوم گردد در صورتی که مشمول تعریف جنایت عمدی نگردد، جنایت شبه عمدی است.

**ماده ۵۰۴:** هرگاه راننده ای که با داشتن مهارت و سرعت مجاز و مطمئن و رعایت سایر مقررات در حال حرکت است در حالی که قادر به کنترل وسیله نباشد و به کسی که حضورش در آن محل مجاز نیست، بدون تقصیر برخورد نماید، ضمان منتفی و در غیر این صورت راننده ضامن است.

تبصره ۱ - در موارد فوق هرگاه عدم رعایت برخی از مقررات رانندگی تأثیری در حادثه نداشته باشد به گونه ای که تقصیر مرتکب علت جنایت حاصله نباشد، راننده ضامن نیست.

تبصره ۲ - حکم مندرج در این ماده در مورد وسایل و ابزارآلات دیگر نیز جاری است.

**ماده ۵۰۵:** هرگاه هنگام رانندگی به سبب حوادثی مانند واژگون شدن خودرو و یا برخورد آن با موانع، سرنشینان خودرو مصدوم یا تلف شوند در صورتی که سبب حادثه، علل قهری همچون زلزله و سیل نبوده و مستند به راننده باشد، راننده ضامن دیه است. چنانچه وقوع حادثه مستند به شخص حقوقی یا حقیقی دیگری باشد آن شخص ضامن است.

**ماده ۵۰۶:** تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی شد مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند.

**ماده ۵۰۷:** هرگاه شخصی در معابر و اماکن عمومی یا ملک دیگری بدون اذن مالک، گودالی حفر کند یا چیز لغزنده ای در آن قرار دهد و یا هر عملی انجام دهد که سبب آسیب دیگری گردد، ضامن دیه است مگر اینکه فرد آسیب دیده با علم به آن و امکان اجتناب، عمداً با آن برخورد نماید.

**ماده ۵۰۸:** هرگاه شخصی یکی از کارهای مذکور در ماده (۵۰۷) این قانون را در ملک خویش یا مکانی که در تصرف و اختیار اوست، انجام دهد و سبب آسیب دیگری گردد، ضامن نیست مگر اینکه شخصی را که آگاه به آن نیست به آنجا بخواند و به استناد آن، جنایتی به وی وارد گردد.

**تبصره ۱-** هرگاه شخص آسیب دیده بدون اذن مالک یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از مالک گرفته، وارد شود و صاحب ملک از ورود او اطلاع نداشته باشد، مالک ضامن نیست مگر اینکه صدمه یا تلف به علت اغواء، سهل انگاری در اطلاع دادن و مانند آن مستند به مالک باشد.

**تبصره ۲-** هرگاه کسی در ملک دیگری و بدون اذن او، مرتکب یکی از کارهای مذکور در ماده (۵۰۷) این قانون گردد و شخص ثالثی که بدون اذن وارد آن ملک شده است، آسیب ببیند، مرتکب عهده دار دیه است مگر اینکه بروز حادثه و صدمه مستند به خود مصدوم باشد که در این صورت مرتکب ضامن نیست مانند اینکه مرتکب علامتی هشداردهنده بگذارد یا درب محل را قفل کند لکن مصدوم بدون توجه به علائم یا با شکستن درب وارد شود.

**ماده ۵۰۹:** هرگاه کسی در معابر یا اماکن عمومی با رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی عملی به مصلحت عابران انجام دهد و اتفاقاً موجب وقوع جنایت یا خسارت گردد، ضامن نیست.

**ماده ۵۱۰:** هرگاه شخصی با انگیزه احسان و کمک به دیگری رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است، انجام دهد و همان عمل موجب صدمه و یا خسارت شود در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، ضامن نیست.

**ماده ۵۱۱:** کسی که در ملک خود یا در مکان یا راهی که توقف در آنجا مجاز است توقف کند یا وسیله نقلیه خود یا هر شیء مجاز دیگری را در آنجا قرار دهد و شخصی با آن‌ها برخورد کند و مصدوم گردد یا فوت کند ضامن نیست و چنانچه خسارتی بر او یا مالش وارد شود، برخوردکننده ضامن است.

**ماده ۵۱۲:** هرگاه شخصی در محلهایی که توقف در آن‌ها مجاز نیست، توقف نماید یا شیء و یا حیوانی را در این قبیل محلهای مستقر سازد یا چیز لغزنده‌ای در آن قرار دهد و دیگری بدون توجه به آن‌ها در اثر برخورد یا لغزش مصدوم شود یا فوت کند یا خسارت مالی ببیند، شخص متوقف یا کسی که آن شیء یا حیوان را مستقر نموده یا راه را لغزنده کرده است، ضامن دیه و سایر خسارات می‌باشد مگر آنکه عابر با وسعت راه و محل عمداً با آن برخورد کند که در این صورت نه فقط خسارت به او تعلق نمی‌گیرد بلکه عهده دار خسارت وارده نیز می‌شود.

**ماده ۵۱۳:** هرگاه شخصی را که شبانه و به طور مشکوکی از محل اقامتش فراخوانده و بیرون برده اند، مفقود شود، دعوت کننده، ضامن دیه اوست مگر اینکه ثابت کند که دعوت شده زنده است یا اگر فوت کرده به مرگ عادی یا علل قهری بوده که ارتباطی به او نداشته است یا اگر کشته شده دیگری او را به قتل رسانده است. این حکم در مورد کسی که با حيله یا تهديد یا هر طریق دیگری، کسی را بر باید و آن شخص مفقود گردد نیز جاری است. تبصره - هرگاه پس از دریافت دیه، مشخص شود که شخص مفقود زنده است و یا قاتل شناسایی گردد، دیه مسترد می گردد و چنانچه اثبات شود که دعوت کننده شخص مفقود را عمداً کشته است قصاص ثابت می شود.

**ماده ۵۱۴:** هرگاه در اثر علل قهری مانند سیل و زلزله مانعی به وجود آید و موجب آسیب گردد، هیچ کس ضامن نیست، گرچه شخص یا اشخاصی تمکن بر طرف کردن آن ها را داشته باشند و اگر سیل یا مانند آن، چیزی را به همراه آورد و لکن کسی آن را جایی نامناسب مانند جای اول یا در جای بدتری قرار دهد که موجب آسیب شود، عهده دار دیه است و اگر آن را از جای نامناسب بردارد و در جهت مصلحت عابران در جای مناسب تری قرار دهد ضامن نیست.

تبصره ۱ - هرگاه مانع مزبور توسط شخصی به وجود آمده باشد تغییر دهنده وضعیت به حالت مناسب تر نیز ضامن نیست.

تبصره ۲ - افراد یا دستگاههایی که مسؤولیت اصلاح یا رفع آثار این گونه حوادث را بر عهده دارند، در صورت تقصیر یا قصور قابل استناد در انجام وظیفه، ضامن می باشند.

**ماده ۵۱۵:** هرگاه قرار دادن کالا در خارج مغازه یا توقف اتومبیل در مقابل منزل و امثال آن عرف و عادت شده باشد، گذارنده کالا یا متوقف کننده اتومبیل در صورت عدم منع قانونی و عریض بودن معبر و عدم ایجاد مزاحمت برای عابران ضامن زیانهای وارده نیست.

**ماده ۵۱۶:** هرگاه کسی چیزی را در مکانی مانند دیوار یا بالکن ملک خود که قرار دادن اشیاء در آن جایز است، قرار دهد و در اثر حوادث پیش بینی نشده به معبر عام و یا ملک دیگری بیفتد و موجب صدمه یا خسارت شود ضامن منتفی است مگر آنکه آن را طوری گذاشته باشد که نوعاً مستعد صدمه یا خسارت باشد.

**ماده ۵۱۷:** اگر مالک یا کسی که عهده دار احداث ملکی است بنایی را به نحو مجاز بسازد یا بالکن و مانند آن را با رعایت نکات ایمنی و ضوابط فنی که در استحکام بنا لازم است در محل مجاز احداث کند و اتفاقاً موجب آسیب یا خسارت گردد، ضامن نیست.

تبصره - اگر عمل غیرمجاز به گونه ای باشد که نتوان آن را به مالک مستند نمود مانند آنکه مستند به مهندسان ذی ربط ساختمان باشد ضمان از مالک منتفی و کسی که عمل مذکور مستند به اوست ضامن است.

ماده ۵۱۸: هرگاه شخصی بنا یا دیواری را بر پایه محکم و با رعایت مقرراتی که در استحکام بنا و ایمنی لازم است احداث نماید لکن به علت حوادث پیش بینی نشده، مانند زلزله یا سیل، سقوط کند و موجب آسیب گردد، ضامن نیست و چنانچه دیوار یا بنا را به سمت ملک خود احداث نماید که اگر سقوط کند طبعاً در ملک خود، سقوط می کند لکن اتفاقاً به سمت دیگری سقوط نماید و موجب آسیب گردد، ضامن نیست.

ماده ۵۱۹: هرگاه دیوار یا بنایی که بر پایه استوار و غیر متمایل احداث شده است در معرض ریزش قرار گیرد یا متمایل به سقوط به سمت ملک دیگری یا معبر گردد اگر قبل از آنکه مالک تمکن اصلاح یا خراب کردن آن را پیدا کند ساقط شود و موجب آسیب گردد، ضمان منتفی است مشروط به آنکه به نحو مقتضی افراد در معرض آسیب را از وجود خطر آگاه کرده باشد. چنانچه مالک با وجود تمکن از اصلاح یا رفع یا آگاه سازی و جلوگیری از وقوع آسیب، سهل انگاری نماید، ضامن است.

تبصره - هرگاه دیوار یا بنایی که ساقط شده متعلق به صغیر یا مجنون باشد ولی او ضامن است و اگر بنای مذکور از بناهای عمومی و دولتی باشد، متولی و مسؤول آن ضامن است.

ماده ۵۲۰: هرگاه شخصی دیوار یا بنای دیگری را بدون اذن او متمایل به سقوط نماید، عهده دار صدمه و خسارت ناشی از سقوط آن است.

ماده ۵۲۱: هرگاه شخصی در ملک خود یا مکان مجاز دیگری، آتشی روشن کند و بداند که به جایی سرایت نمی کند و غالباً نیز سرایت نکند لکن اتفاقاً به جایی دیگر سرایت نماید و موجب خسارت و صدمه گردد ضمان ثابت نیست و در غیر این صورت ضامن است.

ماده ۵۲۲: متصرف هر حیوانی که از احتمال حمله آن آگاه است باید آن را حفظ نماید و اگر در اثر تقصیر او، حیوان مزبور به دیگری صدمه وارد سازد، ضامن است. ولی اگر از احتمال حمله حیوان آگاه نبوده و عدم آگاهی ناشی از تقصیر او نباشد، ضامن نیست.

تبصره ۱ - نگهداری حیوانی که شخص توانایی حفظ آن را ندارد، تقصیر محسوب می شود.

تبصره ۲ - نگهداری هر وسیله یا شیء خطرناکی که دیگران را در معرض آسیب قرار دهد و شخص قادر به حفظ و جلوگیری از آسیب رسانی آن نباشد، مشمول حکم تبصره (۱) این ماده است.

**ماده ۵۲۳:** هر گاه شخصی با اذن کسی که حق اذن دارد، وارد منزل یا محلی که در تصرف اوست، گردد و از ناحیه حیوان یا شیئی که در آن مکان است صدمه و خسارت ببیند، اذن دهنده ضامن است، خواه آن شیء یا حیوان قبل از اذن در آن محل بوده یا بعداً در آن قرار گرفته باشد و خواه اذن دهنده نسبت به آسیب رسانی آن علم داشته باشد خواه نداشته باشد.

تبصره - در مواردی که آسیب مستند به مصدوم باشد مانند آنکه وارد شونده بداند حیوان مزبور خطرناک است و اذن دهنده از آن آگاه نیست و یا قادر به رفع خطر نمی باشد، ضامن منتفی است.

**ماده ۵۲۴:** هر گاه کسی که سوار حیوان است آن را در معابر عمومی یا دیگر محلهای غیر مجاز متوقف نماید در مورد تمام خسارت هایی که آن حیوان وارد می کند و مستند به فعل شخص مزبور می باشد ضامن است و چنانچه مهار حیوان در دست دیگری باشد مهار کننده به ترتیب فوق ضامن است.

**ماده ۵۲۵:** هر گاه شخصی عملی انجام دهد که موجب تحریک یا وحشت حیوان گردد ضامن جنایت هایی است که حیوان در اثر تحریک یا وحشت وارد می کند مگر آنکه عمل مزبور مصداق دفاع مشروع باشد.

**ماده ۵۲۶:** هر گاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد به طور مساوی ضامن می باشد مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسؤول هستند. در صورتی که مباشر در جنایت بی اختیار، جاهل، صغیر غیر ممیز یا مجنون و مانند آنها باشد فقط سبب، ضامن است.

**ماده ۵۲۷:** هر گاه دو نفر بر اثر برخورد بی واسطه با یکدیگر کشته شوند یا آسیب ببینند، چنانچه میزان تأثیر آنها در برخورد، مساوی باشد در مورد جنایت شبه عمدی نصف دیه هر کدام از مال دیگری و در مورد خطای محض نصف دیه هر کدام به وسیله عاقله دیگری پرداخت می شود و اگر تنها یکی از آنها کشته شود یا آسیب ببیند، حسب مورد عاقله یا خود مرتکب، نصف دیه را باید به مجنی علیه یا اولیای دم او بپردازند.

**ماده ۵۲۸:** هر گاه در اثر برخورد دو وسیله نقلیه زمینی، آبی یا هوایی، راننده یا سرنشینان آنها کشته شوند یا آسیب ببینند در صورت انتساب برخورد به هر دو راننده، هر یک مسؤول نصف دیه راننده مقابل و سرنشینان هر دو وسیله نقلیه است و چنانچه سه وسیله نقلیه باهم برخورد کنند هر یک از رانندگان مسؤول یک سوم دیه راننده های مقابل و سرنشینان هر سه وسیله نقلیه می باشد و به همین صورت در وسایل نقلیه بیشتر، محاسبه می شود و هر گاه یکی از طرفین مقصر باشد به گونه ای که برخورد به او مستند شود، فقط او ضامن است.



**ماده ۵۲۹:** در کلیه مواردی که تقصیر موجب ضمان مدنی یا کیفری است، دادگاه موظف استناد نتیجه حاصله به تقصیر مرتکب را احراز نماید.

**ماده ۵۳۰:** هرگاه برخورد بین دو یا چند نفر یا وسیله نقلیه بر اثر عوامل قهری مانند سیل و طوفان به وجود آید، ضمان منتفی است.

**ماده ۵۳۱:** در موارد برخورد هرگاه حادثه به یکی از طرفین مستند باشد مثل اینکه حرکت یکی از طرفین به قدری ضعیف باشد که اثری بر آن مترتب نگردد، تنها درباره طرفی که حادثه مستند به او است، ضمان ثابت است.

**ماده ۵۳۲:** در برخورد دو وسیله نقلیه هرگاه رفتار هر دو یا یکی از آنها مشمول تعریف جنایات عمدی گردد حسب مورد به قصاص یا دیه حکم می شود.

**ماده ۵۳۳:** هرگاه دو یا چند نفر به نحو شرکت سبب وقوع جنایت یا خسارتی بر دیگری گردند به طوری که آن جنایت یا خسارت به هر دو یا همگی مستند باشد، به طور مساوی ضامن می باشند.

**ماده ۵۳۴:** هرگاه بر اثر ایجاد مانع یا سببی دو یا چند نفر یا وسیله نقلیه باهم برخورد کنند و به علت برخورد آسیب ببینند و یا کشته شوند، مسبب ضامن است.

**ماده ۵۳۵:** هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیرمجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است مانند آن که یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت، کسی که سنگ را گذاشته، ضامن است مگر آنکه همه قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت شرکت در جرم محسوب می شود. **[فطای کیفری همچون شرط بی واسطه].**

**ماده ۵۳۶:** هرگاه در مورد ماده (۵۳۵) این قانون عمل یکی از دو نفر غیرمجاز و عمل دیگری مجاز باشد مانند آنکه شخصی وسیله یا چیزی را در کنار معبر عمومی که مجاز است، قرار دهد و دیگری کنار آن چاهی حفر کند که مجاز نیست، شخصی که عملش غیرمجاز بوده، ضامن است. اگر عمل شخصی پس از عمل نفر اول و با توجه به اینکه ایجاد آن سبب در کنار سبب اول موجب صدمه زدن به دیگران می شود انجام گرفته باشد، نفر دوم ضامن است.

**ماده ۵۳۷:** در کلیه موارد مذکور در این فصل هرگاه جنایت منحصرأً مستند به عمد و یا تقصیر مجنی علیه باشد ضمان ثابت نیست. در مواردی که اصل جنایت مستند به عمد یا تقصیر مرتکب باشد لکن سرایت آن مستند به عمد یا تقصیر مجنی علیه باشد مرتکب نسبت به مورد سرایت ضامن نیست.

### «قانون مسؤلیت مدنی مصوب ۱۳۳۹»

**ماده ۱:** هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد.

**ماده ۲:** در موردی که عمل واردکننده زیان موجب خسارت مادی یا معنوی زیان دیده شده باشد دادگاه پس از رسیدگی و ثبوت امر او را به جبران خسارات مزبور محکوم می نماید و چنانچه عمل واردکننده زیان فقط موجب یکی از خسارات مزبور باشد دادگاه او را به جبران همان نوع خساراتی که وارد نموده محکوم خواهد نمود.

**ماده ۳:** دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد جبران زیان را به صورت مستمری نمی شود تعیین کرد مگر آن که مدیون تأمین مقتضی برای پرداخت آن بدهد یا آن که قانون آن را تجویز نماید.

☞ قاضی نمی تواند جبران زیان را به طور مستمری تعیین کند، مگر این که مدیون تأمین مقتضی برای پرداخت بدهد یا قانون آن را تجویز نماید.

**ماده ۴:** دادگاه می تواند میزان خسارت را در مورد زیر تخفیف دهد:

۱. هرگاه پس از وقوع خسارت واردکننده زیان به نحو مؤثری به زیان دیده کمک و مساعدت کرده باشد؛
۲. هرگاه وقوع خسارت ناشی از غفلی بود که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن نیز موجب عسرت و تنگدستی واردکننده زیان شود؛
۳. وقتی که زیان دیده به نحوی از انحاء موجبات تسهیل ایجاد زیان را فراهم نموده یا به اضافه شدن آن کمک و یا وضعیت وارد کننده زیان را تشدید کرده باشد.

☞ دقت شود که: به صرف این که زیان دیده از تمکن مالی برای تحمل زیان برخوردار باشد موجب تخفیف نیست؛


☞ در صورتی که خسارت وارده به نحو آشکار کمتر از میزان وجه التزام باشد، دادگاه نمی تواند میان خسارت را تخفیف دهد.

**ماده ۵:** اگر در اثر آسیبی که به بدن یا سلامتی کسی وارد شده در بدن او نقصی پیدا شود یا قوه کار زیان دیده کم گردد و یا از بین برود و یا موجب افزایش مخارج زندگانی او بشود واردکننده زیان مسئول جبران کلیه خسارات مزبور است.

دادگاه جبران زیان را با رعایت اوضاع و احوال قضیه به طریق مستمری و یا پرداخت مبلغی دفعتاً واحده تعیین می نماید و در مواردی که جبران زیان باید به طریق مستمری به عمل آید تشخیص این که به چه اندازه و تا چه میزان و تا چه مبلغ می توان از واردکننده زیان تأمین گرفت با دادگاه است.

اگر در موقع صدور حکم تعیین عواقب صدمات بدنی به طور تحقیق ممکن نباشد دادگاه از تاریخ صدور حکم تا دو سال حق تجدیدنظر نسبت به حکم خواهد داشت.

**ماده ۶:** در صورت مرگ آسیب دیده زیان شامل کلیه هزینه ها مخصوصاً هزینه کفن و دفن می باشد اگر مرگ فوری نباشد هزینه معالجه و زیان ناشی از سلب قدرت کار کردن در مدت ناخوشی نیز جزء زیان محسوب خواهد شد. در صورتی که در زمان وقوع آسیب زیان دیده قانوناً مکلف بوده و یا ممکن است بعدها مکلف شود شخص ثالثی را نگاهداری می نماید و در اثر مرگ او شخص ثالث از آن حق محروم گردد واردکننده زیان باید مبلغی به عنوان مستمری متناسب با مدتی که ادامه حیات آسیب دیده عادتاً ممکن و مکلف به نگاهداری شخص ثالث بوده به آن شخص پرداخت کند در این صورت تشخیص میزان تأمین که باید گرفته شود با دادگاه است. در صورتی که در زمان وقوع آسیب نطفه شخص ثالث بسته شده و یا هنوز طفل به دنیا نیامده باشد شخص مزبور استحقاق مستمری را خواهد داشت.

**ماده ۷:** کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا برحسب قرارداد به عهده او می باشد در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون و یا صغیر می باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران کننده نباشد.  مسئولیت نگاهداری صغیر در صورتی است که تقصیر او در نگهداری و مواظبت صغیر، توسط زیان دیده اثبات شود.

**ماده ۸:** کسی که در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورد مسئول جبران آن است.

شخصی که در اثر انتشارات مزبور یا سایر وسایل مخالف با حسن نیت مشتریانش کم و یا در معرض از بین رفتن باشد می تواند موقوف شدن عملیات مزبور را خواسته و در صورت اثبات تقصیر زیان وارده را از واردکننده مطالبه نماید.

**ماده ۹:** دختری که در اثر اعمال حیله یا تهدید و یا سوءاستفاده از زیر دست بودن برای همخوابگی نامشروع شده می تواند از مرتکب علاوه از زیان مادی مطالبه زیان معنوی هم بنماید.

**ماده ۱۰:** کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود می تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران زیان مادی معنوی خود را بخواهد هرگاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید دادگاه می تواند در صورت اثبات تقصیر علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید.

**ماده ۱۱:** کارمندان دولت و شهرداری و مؤسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند شخصاً مسئول جبران خسارت وارده می باشند ولی هر گاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات و یا مؤسسات مزبور باشد در این صورت جبران خسارت بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت هر گاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود.

✍️ **خسارت ناشی از اشتباه دادرس بر عهده دولت است و خسارت ناشی از تقصیر وی بر عهده خود اوست؛**  
 ✍️ **خسارت ناشی از بی احتیاطی کارمند دولت به عهده خود دولت است و خسارت ناشی از حاکمیت دولت به عهده دولت نیست.**

**ماده ۱۲:** کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است مگر این که محرز شود تمام احتیاط هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می نموده به عمل آورده و یا این که اگر احتیاط های مزبور را به عمل می آورند بازهم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی بود کارفرما می تواند به واردکننده خسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید.

✍️ **مسئولیت مدنی کارفرما نسبت به اعمال کارکنان و کارگران خود: منوط به آن است که حادثه در حین کار و انجام وظیفه کارگر و یا به مناسبت آن رخ داده باشد؛**  
 ✍️ **مقنن در این ماده تقصیر کارفرما را مفروض انگاشته است [اماره بر تقصیر وی] و زیان دیده از اثبات تقصیر او معاف است؛**

- ✍ زیان دیده می تواند برای جبران خسارت خود به کارگر [طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی] و کارفرما مراجعه کند و در صورتی که کارفرما جبران خسارت کند می تواند برای مطالبه آنچه که پرداخته است به کارگر رجوع کند؛
- ✍ کارفرما مسئول خسارات وارده از سوی کارگر به اشخاص ثالث می باشد، مگر این که قوه قاهره را ثابت نماید؛
- ✍ هر گاه چند کارگر که مشمول قانون کار هستند مشترکاً زبانی را به ثالث وارد آورند متضامناً مسئول جبران خسارت هستند.

### شرایط تحقق مسئولیت کارفرما در قبال زیان دیده:

۱. مشمول قانون کار بودن کارفرما؛
۲. خواهان باید ورود زیان به خویشتن رابه ثبوت برساند؛
۳. خواهان ملزم به اثبات وجود رابطه سببیت میان ضرر وارده به خود و فعل یا ترک فعل کارگران و کارکنان کارفرما می باشد.

**ماده ۱۳:** کارفرمایان مشمول ماده ۱۲ مکلفند تمام کارگران و کارکنان اداری خود را در مقابل خسارت وارده از ناحیه آن به اشخاص ثالث بیمه نمایند.

**ماده ۱۴:** در مورد ماده ۱۲ هر گاه چند نفر مجتمعاً زبانی وارد آورند متضامناً مسئول جبران خسارت وارده هستند. در این مورد میزان مسئولیت هر یک از آنان با توجه به نحوه مداخله هر یک از طرف دادگاه تعیین می شود.

**ماده ۱۵:** کسی که در مقام دفاع مشروع موجب خسارات بدنی یا مالی شخص متعددی شود مسئول خسارت نیست مشروط بر این که خسارت وارده برحسب متعارف متناسب با دفاع باشد.

**ماده ۱۶:** وزارت دادگستری مأمور اجرای این قانون است.

## برخی از نکات مهم قانون مسئولیت مدنی؛

- تعریف مسئولیت مدنی: ملزم بودن شخص به جبران خساراتی که از خطای او به دیگر وارد می شود؛
- ورود ضرر و زیان به غیر، یکی از ارکان تحقق مسئولیت مدنی است؛
- مسئولیت مدنی، زمانی تحقق می یابد که شخصی با انجام یا عدم انجام فعلی به دیگری زیان برساند، بنابراین قلمرو مسئولیت مدنی شامل پندار شخص نمی شود و پندار اشخاص در قلمرو مسئولیت اخلاقی قرار دارد؛
- مسئولیت اخلاقی عام تر از مسئولیت مدنی است: هم شامل پندار و هم شامل کردار اشخاص می شود؛
- در مسئولیت مدنی میان درجه تقصیر و میزان مسئولیت، اصولاً تناسب وجود ندارد، بلکه در مواردی که مسئولیت مبتنی بر تقصیر است (مانند تسبیب) صرف وجود تقصیر و رابطه سببیت میان آن و ورود خسارت کافی است و درجه تقصیر، تأثیری در میزان مسئولیت ندارد: مثلاً خطایی ناچیز، زبانی هنگفت به بار آورد؛
- در مسئولیت کیفری اصولاً اعمال مجازات، متناسب با تقصیر ارتكابی است و مجازات متوجه شخص مجرم است؛ اما در مسئولیت مدنی با مواردی مواجه هستیم که مسئولیت برخی از اشخاص ناشی از فعل غیر است؛
- اشخاصی که حسب مورد مسئول جبران خسارات هستند: قائم مقام عام، بیمه گر مسئولیت، صندوق تأمین خسارت های بدنی؛
- دقت شود که قائم مقام خاص عامل ورود زیان، به هیچ وجه ملزم به جبران خسارت وارده از سوی شخص مزبور به دیگران نمی باشد؛
- هرگاه مردی بر اثر حادثه ای زیان بار ببیرد، زوجه منقطعه او نمی تواند دعوای مسئولیت مدنی به عنوان وارث اقامه کند، اما می تواند دعوای شخصی علیه عامل حادثه مرگ بار اقامه کند؛
- طبق این قانون: مسئولیت مدنی بر مبنای «تقصیر» است. تقصیر یعنی تخلف از رفتار انسان متعارف در شرایط حادثه زیان بار؛
- علل موجهه در مسئولیت مدنی: اجبار یا اکراه، حکم قانون، دفاع مشروع و رضایت زیان دیده در ورود زیان به اموال جز در موارد استثنایی؛
- رضایت زیان دیده در وارد آوردن لطمه و صدمه بر تمامی جسمی او از علل موجهه نیست و وصف تقصیر را نمی زداید.
- مبنای خسارت معنوی: قانون اساسی و قانون مسئولیت مدنی است؛
- شرایط ضرر قابل جبران: حتمی و مسلم بودن باشد، شخصی باشد، مشروع باشد و قبلاً جبران نشده باشد؛
- عدم النفع به هیچ وجه قابل مطالبه نیست؛
- رأی دادگاه در حکم به جبران ضرر و زیان: اعلامی [از جهت اعلام سوء تعهد عامل ورود زیان] و تاسیسی [از جهت مشخص کردن نحوه جبران زیان].

## قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۲۰ اردیبهشت ماه ۱۳۹۵

بخش نخست - کلیات

ماده ۱ - اصطلاحات به کار برده شده در این قانون، دارای معانی به شرح زیر است:

الف - خسارت بدنی: هر نوع دیه یا ارش ناشی از هر نوع صدمه به بدن مانند شکستگی، نقص و از کار افتادگی عضو اعم از جزئی یا کلی - موقت یا دائم، دیه فوت و هزینه معالجه با رعایت ماده (۳۵) این قانون به سبب حوادث مشمول بیمه موضوع این قانون

ب - خسارت مالی: زیان‌هایی که به سبب حوادث مشمول بیمه موضوع این قانون به اموال شخص ثالث وارد شود.

پ - حوادث: هرگونه سانحه ناشی از وسایل نقلیه موضوع بند (ث) این ماده و محمولات آن‌ها از قبیل تصادم، تصادف، سقوط، واژگونی، آتش سوزی و یا انفجار یا هر نوع سانحه ناشی از وسایل نقلیه بر اثر حوادث غیرمترقبه

ت - شخص ثالث: هر شخصی است که به سبب حوادث موضوع این قانون دچار خسارت بدنی و یا مالی شود به استثنای راننده مسبب حادثه

ث - وسیله نقلیه: وسایل نقلیه موتوری زمینی و ریلی شهری و بین شهری و واگن متصل یا غیر متصل به آن و یدک و کفی (تریلر) متصل به آن‌ها

ج - صندوق: صندوق تأمین خسارت‌های بدنی

چ - بیمه مرکزی: بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران

ح - راهنمایی و رانندگی: پلیس راهنمایی و رانندگی نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران

ماده ۲ - کلیه دارندگان وسایل نقلیه موضوع این قانون اعم از اینکه اشخاص حقیقی یا حقوقی باشند مکلف‌اند وسایل نقلیه خود را در قبال خسارت بدنی و مالی که در اثر حوادث وسایل نقلیه مذکور به اشخاص ثالث وارد می‌شود حداقل به مقدار مندرج در ماده (۸) این قانون نزد شرکت بیمه‌ای که مجوز فعالیت در این رشته را از بیمه مرکزی داشته باشد، بیمه کنند.

تبصره ۱ - دارنده از نظر این قانون اعم از مالک و یا متصرف وسیله نقلیه است و هرکدام که بیمه‌نامه موضوع این ماده را تحصیل کند تکلیف از دیگری ساقط می‌شود.

تبصره ۲ - مسؤولیت دارنده وسیله نقلیه در تحصیل بیمه‌نامه موضوع این قانون مانع از مسؤولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی‌باشد. در هر حال خسارت وارد شده از محل بیمه‌نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می‌گردد.

ماده ۳ - دارنده وسیله نقلیه مکلف است برای پوشش خسارت‌های بدنی وارد شده به راننده مسبب حادثه، حداقل به میزان دیه مرد مسلمان در ماه غیر حرام، بیمه حوادث اخذ کند؛ مبنای محاسبه میزان خسارت قابل

پرداخت به راننده مسبب حادثه، معادل دیه فوت یا دیه و یا ارش جرح در فرض ورود خسارت بدنی به مرد مسلمان در ماه غیر حرام و هزینه معالجه آن می باشد. سازمان پزشکی قانونی مکلف است با درخواست راننده مسبب حادثه یا شرکت بیمه مربوط، نوع و درصد صدمه بدنی وارد شده را تعیین و اعلام کند. آیین نامه اجرائی و حق بیمه مربوط به این بیمه نامه به پیشنهاد بیمه مرکزی پس از تصویب شورای عالی بیمه به تصویب هیأت وزیران می رسد.

ماده ۴ - در صورت وقوع حادثه و ایجاد خسارت بدنی یا مالی برای شخص ثالث:

الف - در صورتی که وسیله نقلیه مسبب حادثه، دارای بیمه نامه موضوع این قانون باشد، جبران خسارت های وارد شده در حدود مقررات این قانون بر عهده بیمه گر است. در صورت نیاز به طرح دعوی در خصوص مطالبه خسارت، زیان دیده یا قائم مقام وی دعوی را علیه بیمه گر و مسبب حادثه طرح می کند. این حکم، نافی مسؤولیت های کیفری راننده مسبب حادثه نیست.

ب - در صورتی که وسیله نقلیه، فاقد بیمه نامه موضوع این قانون یا مشمول یکی از موارد مندرج در ماده (۲۱) این قانون باشد، خسارت های بدنی وارده توسط صندوق با رعایت ماده (۲۵) این قانون جبران می شود. در صورت نیاز به طرح دعوی در این خصوص، زیان دیده یا قائم مقام وی دعوی را علیه راننده مسبب حادثه و صندوق طرح می کند.

پ - در صورتی که خودرو، فاقد بیمه نامه موضوع این قانون بوده و وسیله نقلیه با اذن مالک در اختیار راننده مسبب حادثه قرار گرفته باشد، در صورتی که مالک، شخص حقوقی باشد، به جزای نقدی معادل بیست درصد (۲۰٪) و در صورتی که مالک شخص حقیقی باشد به جزای نقدی معادل ده درصد (۱۰٪) مجموع خسارات بدنی وارد شده محکوم می شود. مبلغ مذکور به حساب درآمدهای اختصاصی صندوق نزد خزانه داری کل کشور واریز می شود و با پیش بینی در بودجه های سالانه، صد درصد (۱۰۰٪) آن به صندوق اختصاص می یابد.

ماده ۵ - شرکت سهامی بیمه ایران مکلف است طبق مقررات این قانون و آیین نامه های مربوط به آن، با دارندگان وسایل نقلیه موضوع این قانون قرارداد بیمه منعقد کند. سایر شرکت های بیمه متقاضی فعالیت در رشته بیمه شخص ثالث می توانند پس از اخذ مجوز از بیمه مرکزی اقدام به فروش بیمه نامه شخص ثالث کنند. بیمه مرکزی موظف است بر اساس آیین نامه اجرائی که به پیشنهاد بیمه مرکزی و تأیید شورای عالی بیمه به تصویب هیأت وزیران می رسد، برای شرکت های متقاضی، مجوز فعالیت در رشته شخص ثالث صادر کند. در آیین نامه اجرائی موضوع این ماده مواردی از قبیل حداقل توانگری مالی شرکت بیمه، سابقه مناسب پرداخت خسارت، داشتن نیروی انسانی و ظرفیت های لازم برای صدور بیمه نامه و پرداخت خسارت باید مدنظر قرار



گیرد. شرکت هایی که مجوز فعالیت در این رشته بیمه ای را از بیمه مرکزی دریافت می کنند، موظفانند طبق مقررات این قانون و آیین نامه های مربوط به آن، با کلیه دارندگان وسایل نقلیه موضوع این قانون قرارداد بیمه منعقد کنند. ادامه فعالیت در رشته شخص ثالث برای شرکت هایی که در زمان تصویب این قانون در رشته بیمه شخص ثالث فعال هستند، منوط به اخذ مجوز از بیمه مرکزی ظرف مدت دو سال از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون می باشد.

ماده ۶ - از تاریخ انتقال مالکیت وسیله نقلیه، کلیه حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد بیمه موضوع این قانون به انتقال گیرنده منتقل می شود و انتقال گیرنده تا پایان مدت قرارداد بیمه، بیمه گذار محسوب می شود. تبصره - کلیه تخفیفاتی که به واسطه «نداشتن حوادث منجر به خسارت» در قرارداد بیمه موضوع این قانون اعمال شده باشد، متعلق به انتقال دهنده است. انتقال دهنده می تواند تخفیفات مذکور را به وسیله نقلیه دیگر از همان نوع، که متعلق به او یا متعلق به همسر، والدین یا اولاد بلا واسطه وی باشد، منتقل کند. آیین نامه اجرائی این تبصره به پیشنهاد بیمه مرکزی و تأیید شورای عالی بیمه به تصویب هیأت وزیران می رسد.

ماده ۷ - دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی که از خارج وارد ایران می شوند در صورتی که خارج از کشور وسیله نقلیه خود را در مقابل خساراتی که بر اثر حوادث ناشی از آن به موجب بیمه نامه ای که از طرف بیمه مرکزی معتبر شناخته می شود بیمه نکرده باشند، مکلفانند هنگام ورود به مرز ایران وسیله نقلیه خود را در قبال خسارت های بدنی و مالی که در اثر حوادث نقلیه مزبور یا محمولات آنها به اشخاص ثالث وارد می شود حداقل به میزان مندرج در ماده (۸) این قانون بیمه کنند.

همچنین دارندگان وسیله نقلیه ایرانی که از کشور خارج می شوند موظفانند هنگام خروج با پرداخت حق بیمه مربوط، وسیله نقلیه خود را در مقابل خساراتی که بر اثر حوادث نقلیه مذکور در خارج از کشور به اشخاص ثالث ایرانی وارد شود حداقل به میزان مندرج در ماده (۸) این قانون و نیز بیمه حوادث راننده موضوع ماده (۳) این قانون بیمه کنند. در غیر این صورت از تردد وسایل مزبور توسط مراجع ذی ربط جلوگیری می شود.

بخش دوم - حقوق و تعهدات بیمه گر و بیمه گذار

ماده ۸ - حداقل مبلغ بیمه موضوع این قانون در بخش خسارت بدنی معادل حداقل ریالی دیه یک مرد مسلمان در ماه های حرام با رعایت تبصره ماده (۹) این قانون است و در هر حال بیمه گذار موظف به اخذ الحاقیه نمی باشد. همچنین حداقل مبلغ بیمه موضوع این قانون در بخش خسارت مالی معادل دو و نیم درصد (۵/۲٪) تعهدات بدنی است. بیمه گذار می تواند برای جبران خسارت های مالی بیش از حداقل مزبور، در زمان صدور بیمه نامه یا پس از آن، بیمه تکمیلی تحصیل کند.

تبصره ۱ - در صورتی که بیمه گذار در خصوص خسارت های مالی تقاضای پوشش بیمه ای بیش از سقف مندرج در این ماده را داشته باشد بیمه گر مکلف به انعقاد قرارداد بیمه تکمیلی با بیمه گذار می باشد. حق بیمه در این مورد در چهارچوب ضوابط کلی که توسط بیمه مرکزی اعلام می شود، توسط بیمه گر تعیین می گردد.

تبصره ۲ - در صورت بروز حادثه، بیمه گر مکلف است کلیه خسارات وارد شده را مطابق این قانون پرداخت کند و مواد (۱۲) و (۱۳) قانون بیمه مصوب ۷/۲/۱۳۱۶ در این مورد اعمال نمی شود.

تبصره ۳ - خسارت مالی ناشی از حوادث رانندگی صرفاً تا میزان خسارت متناظر وارده به گران ترین خودروی متعارف از طریق بیمه نامه شخص ثالث و یا مقصر حادثه قابل جبران خواهد بود.

تبصره ۴ - منظور از خودروی متعارف خودرویی است که قیمت آن کمتر از پنجاه درصد (۵۰٪) سقف تعهدات بدنی که در ابتدای هر سال مشخص می شود، باشد.

تبصره ۵ - ارزیابان خسارات موضوع ماده (۳۹) و کارشناسان ارزیاب خسارت شرکت های بیمه و کارشناسان رسمی دادگستری در هنگام برآورد خسارت، موظفاند مطابق این ماده اعلام نظر کنند.

ماده ۹ - بیمه گر ملزم به جبران خسارت های وارد شده به اشخاص ثالث مطابق مقررات این قانون است.

تبصره - در صورتی که در یک حادثه، مسئول آن به پرداخت بیش از یک دیه به هر یک از زیان دیدگان محکوم شود، بیمه گر مکلف به پرداخت کل خسارات بدنی است، اعم از اینکه مبلغ مازاد بر دیه، کمتر از یک دیه کامل یا بیشتر از آن باشد.

ماده ۱۰ - بیمه گر مکلف است در ایفاء تعهدات مندرج در این قانون خسارت وارده به زیان دیدگان را بدون لحاظ جنسیت و دین تا سقف تعهدات بیمه نامه پرداخت کند. مراجع قضائی موظفاند در انشای حکم پرداخت دیه، مبلغ مازاد بر دیه موضوع این ماده را به عنوان بیمه حوادث درج کنند.

ماده ۱۱ - درج هرگونه شرط در بیمه نامه که برای بیمه گذار یا زیان دیده مزایای کمتر از مزایای مندرج در این قانون مقرر کند، یا درج شرط تعلیق تعهدات بیمه گر در قرارداد به هر نحوی، باطل و بلااثر است. بطلان شرط سبب بطلان بیمه نامه نمی شود. همچنین اخذ هرگونه رضایت نامه از زیان دیده توسط بیمه گر و صندوق مبنی بر رضایت به پرداخت خسارت کمتر از مزایای مندرج در این قانون ممنوع است و چنین رضایت نامه ای بلااثر است.

ماده ۱۲ - تعهد ریالی بیمه گر در قبال زیان دیدگان داخل وسیله نقلیه مسبب حادثه، برابر حاصل ضرب ظرفیت مجاز وسیله نقلیه در سقف تعهدات بدنی بیمه نامه با رعایت تبصره ماده (۹) و ماده (۱۳) این قانون است.

در مواردی که به علت عدم رعایت ظرفیت مجاز وسیله نقلیه، مجموع خسارات بدنی زیان دیدگان وسیله نقلیه مقصر حادثه بیش از سقف مذکور باشد مبلغ خسارت مورد تعهد بیمه گر به نسبت خسارت وارده به هر یک از زیان دیدگان بین آنان تسهیم می گردد و مابه التفاوت خسارت بدنی هر یک از زیان دیدگان توسط صندوق تأمین خسارت های بدنی وفق مقررات مربوط پرداخت و مطابق مقررات این قانون از مسبب حادثه بازیافت می شود.

میزان ظرفیت مجاز وسایل نقلیه با توجه به نوع و کاربری آنها به موجب آیین نامه ای خواهد بود که توسط وزارت کشور با همکاری وزارتخانه های صنعت، معدن و تجارت و راه و شهرسازی و بیمه مرکزی تهیه می شود و به تصویب هیأت وزیران می رسد.

در هر صورت تعداد جنین و اطفال زیر دو سال داخل وسیله نقلیه به ظرفیت مجاز خودرو اضافه می شود.

تبصره - تعهد ریالی بیمه گر در قبال زیان دیدگان خارج از وسیله نقلیه مسبب حادثه ده برابر سقف تعهدات بدنی بیمه نامه با رعایت تبصره ماده (۹) و ماده (۱۳) این قانون می باشد. در مواردی که مجموع خسارات بدنی زیان دیدگان خارج از وسیله نقلیه مسبب حادثه بیش از سقف مذکور باشد مبلغ خسارت مورد تعهد بیمه گر به نسبت خسارت وارد شده به هر یک از زیان دیدگان بین آنان تسهیم می گردد و مابه التفاوت خسارت بدنی هر یک از زیان دیدگان توسط صندوق تأمین خسارت های بدنی وفق مقررات مربوط پرداخت می شود.

ماده ۱۳ - بیمه گر یا صندوق حسب مورد مکلف اند خسارت بدنی تعلق گرفته به شخص ثالث را به قیمت یوم الاداء و با رعایت این قانون و سایر قوانین و مقررات مربوط پرداخت کنند. بیمه گر، در صورتی که خسارت بدنی که به زیان دیده پرداخت نموده بیشتر از تعهد وی مندرج در ماده (۸) این قانون باشد، می تواند نسبت به مازاد پرداختی، به صندوق رجوع یا در صورت موافقت صندوق در حساب های فی مابین منظور کند مشروط بر اینکه افزایش مبلغ قابل پرداخت بابت دیه منتسب به تأخیر بیمه گر نباشد.

تبصره - در صورتی که خسارت بدنی زیان دیده بیشتر از تعهد شرکت بیمه مندرج در ماده (۸) این قانون باشد، شرکت بیمه مکلف است، بلافاصله مراتب مذکور و کلیه مستندات پرونده مربوط را از طریق سامانه الکترونیک موضوع ماده (۵۵) به صندوق و بیمه مرکزی اطلاع دهد.

ماده ۱۴ - در حوادث رانندگی منجر به جرح یا فوت که به استناد گزارش کارشناس تصادفات راهنمایی و رانندگی یا پلیس راه، علت اصلی وقوع تصادف یکی از تخلفات رانندگی حادثه ساز باشد، بیمه گر مکلف است خسارت زیان دیده را بدون هیچ شرط و اخذ تضمین پرداخت کند و پس از آن می تواند به شرح زیر برای بازیافت به مسبب حادثه مراجعه کند:

الف - در اولین حادثه ناشی از تخلف حادثه ساز راننده مسبب در طول مدت بیمه نامه: معادل دو و نیم درصد (۲٪/۵) از خسارت های بدنی و مالی پرداخت شده

ب - در دومین حادثه ناشی از تخلف حادثه ساز راننده مسبب در طول مدت بیمه نامه: معادل پنج درصد (۵٪) از خسارت های بدنی و مالی پرداخت شده

پ - در سومین حادثه ناشی از تخلف حادثه ساز و حوادث بعد از آن در طول مدت بیمه نامه: معادل ده درصد (۱۰٪) از خسارت های بدنی و مالی پرداخت شده

تبصره - مصادیق و عناوین تخلفات رانندگی حادثه ساز به موجب ماده (۷) قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۸ / ۱۲ / ۱۳۸۹ تعیین می شود.

ماده ۱۵ - در موارد زیر بیمه گر مکلف است بدون هیچ شرط و اخذ تضمین، خسارت زیان دیده را پرداخت کند و پس از آن می تواند به قائم مقامی زیان دیده از طریق مراجع قانونی برای باز یافت تمام یا بخشی از وجوه پرداخت شده به شخصی که موجب خسارت شده است مراجعه کند:

الف - اثبات عمد مسبب در ایجاد حادثه نزد مراجع قضائی

ب - رانندگی در حالت مستی یا استعمال مواد مخدر یا روان گردان مؤثر در وقوع حادثه که به تأیید نیروی انتظامی یا پزشکی قانونی یا دادگاه رسیده باشد.

پ - در صورتی که راننده مسبب، فاقد گواهینامه رانندگی باشد یا گواهینامه او متناسب با نوع وسیله نقلیه نباشد.

ت - در صورتی که راننده مسبب، وسیله نقلیه را سرقت کرده یا از مسروقه بودن آن، آگاه باشد.

تبصره ۱ - در صورت وجود اختلاف میان بیمه گر و مسبب حادثه، اثبات موارد فوق در مراجع قضائی صالح صورت خواهد گرفت.

تبصره ۲ - در مواردی که طبق این قانون بیمه گر حق رجوع به مسبب حادثه یا قائم مقام قانونی وی را دارد، اسناد پرداخت خسارت از سوی بیمه گر در حکم اسناد لازم الاجراء است و از طریق دوایر اجرای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور قابل مطالبه و وصول می باشد.

تبصره ۳ - در صورتی که حادثه در حین آموزش رانندگی توسط مراکز مجاز یا آزمون اخذ گواهینامه رخ دهد، خسارت پرداخت شده به وسیله شرکت بیمه از آموزش گیرنده یا آزمون دهنده قابل باز یافت نخواهد بود و حسب مورد آموزش دهنده یا آزمون گیرنده، راننده محسوب می شود.

ماده ۱۶ - چنانچه به حکم مرجع قضائی اثبات شود، عواملی نظیر نقص راه، نبودن یا نقص علائم رانندگی و نقص تجهیزات مربوط یا عیب ذاتی وسیله نقلیه، یا ایجاد مانع توسط دستگاه های اجرائی یا هر شخص حقیقی یا حقوقی دیگر در وقوع حادثه مؤثر بوده است، بیمه گر و صندوق پس از پرداخت خسارت زیان دیده می تواند

برای بازیافت به نسبت درجه تقصیر که درصد آن در حکم دادگاه مشخص می شود به مسببان ذی ربط مراجعه کند.

دستگاه های ذی ربط مجازند مسؤولیت کارکنان خویش را در قبال مسؤولیت های موضوع این ماده از محل اعتبارات جاری و تملک دارایی های سرمایه ای تحت اختیار، بیمه کنند.

تبصره - در صورتی که حسب نظریه افسران موضوع ماده (۱۷) قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، نقص راه، وسیله نقلیه یا عامل انسانی مؤثر در بروز تصادف اعلام شود در صورت اعتراض ذی نفع، موضوع حسب مورد به کارشناس یا هیأت کارشناسان رسمی مستقل در امور مرتبط با موضوع از قبیل راه و مهندسی ترافیک، مکانیک و تصادفات با نظر دادگاه ارجاع می شود.

ماده ۱۷ - موارد زیر از شمول بیمه موضوع این قانون خارج است:

الف - خسارت وارده به وسیله نقلیه مسبب حادثه و محمولات آن

ب - خسارت مستقیم و یا غیرمستقیم ناشی از تشعشعات اتمی و رادیواکتیو

پ - جریمه یا جزای نقدی

ت - اثبات قصد زیان دیده در ایراد صدمه به خود مانند خودکشی، اسقاط جنین و نظایر آن و نیز اثبات هر نوع خدعه و تبانی نزد مراجع قضائی

تبصره - در صورتی که در موارد بندهای (الف) و (ب) اختلافی وجود داشته باشد، معترض می تواند به مرجع قضائی صالح رجوع کند.

ماده ۱۸ - آیین نامه مربوط به تعیین سقف حق بیمه موضوع این قانون و نحوه تخفیف، افزایش یا تقسیط آن توسط بیمه مرکزی تهیه می شود و پس از تأیید شورای عالی بیمه به تصویب هیأت وزیران می رسد.

در آیین نامه مذکور باید عوامل زیر مدنظر قرار گیرد:

الف - ویژگی های وسیله نقلیه از قبیل نوع کاربری، سال ساخت و وضعیت ایمنی آن

ب - سوابق رانندگی و بیمه ای دارنده شامل نمرات منفی و تخلفات ثبت شده توسط نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران موضوع قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، خسارت های پرداختی توسط بیمه گر یا صندوق، بابت حوادث منتسب به وی

پ - رایج بودن استفاده از وسیله نقلیه برای اقشار متوسط و ضعیف شامل موتورسیکلت و خودروهای سواری ارزان قیمت.

در آیین نامه موضوع این ماده باید ملاحظات اجتماعی در تعیین حق بیمه وسایل نقلیه پرکاربرد اقشار متوسط و ضعیف جامعه مدنظر قرار گیرد.

تبصره ۱ - بیمه مرکزی موظف است با همکاری نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران ترتیبی اتخاذ کند که حداکثر تا پایان برنامه پنج ساله ششم توسعه، امکان صدور بیمه نامه شخص ثالث بر اساس ویژگی های «راننده» فراهم شود. تا آن زمان، سوابق رانندگی و بیمه ای شخصی که پلاک وسیله نقلیه به نام اوست و خسارت های پرداختی بابت حوادث منتسب به وی ملاک عمل است.

تبصره ۲ - در آیین نامه موضوع این ماده نحوه تخفیف یا افزایش در حق بیمه به صورت پلکانی و متنظر به تفکیک در مورد خسارات مالی و بدنی تعیین می شود.

تبصره ۳ - نرخ نامه حق بیمه موضوع این قانون در ابتدای هر سال با رعایت آیین نامه مصوب هیأت وزیران به وسیله بیمه مرکزی محاسبه و پس از تأیید شورای عالی بیمه، ابلاغ می شود. در جلسات شورای عالی بیمه برای تعیین نرخ نامه موضوع این تبصره دبیر کل اتحادیه (سندیکای) بیمه گران و دو نفر صاحب نظر به انتخاب اتحادیه (سندیکای) بیمه گران ایران با حق رأی شرکت می کنند. همچنین رئیس کل بیمه مرکزی در جلسات مذکور حق رأی دارد.

تبصره ۴ - شرکت های بیمه می توانند تا دو و نیم درصد (۲٪ / ۵) کمتر از نرخ های مصوب شورای عالی بیمه را ملاک عمل خود قرار دهند. اعمال تخفیف بیشتر از دو و نیم درصد (۲٪ / ۵) توسط شرکت های بیمه، منوط به کسب مجوز از بیمه مرکزی است. بیمه مرکزی در اعطای این مجوز باید توانگری مالی شرکت و شرایط عمومی بازار و حفظ رقابت پذیری شرکت های بیمه را مدنظر قرار دهد. همچنین شرکت های بیمه می توانند در صورت ارائه خدمات ویژه به مشتریان، با تأیید بیمه مرکزی تا دو و نیم درصد (۲٪ / ۵) بیش از قیمت های تعیین شده توسط بیمه مرکزی، از بیمه گذار دریافت کنند.

تبصره ۵ - شرکت های بیمه موظف اند در چهارچوب ضوابط مربوط نسبت به اعطای تخفیف به رانندگانی که دوره های آموزشی رانندگی ایمن و کم خطر را سپری نموده و موفق به اخذ گواهینامه مربوط شده اند، اقدام کنند. آیین نامه مربوط به این تبصره به پیشنهاد بیمه مرکزی و نیروی انتظامی به تصویب هیأت وزیران می رسد.

ماده ۱۹ - هرگونه قصور یا تقصیر بیمه گر یا نماینده وی در صدور بیمه نامه موضوع این قانون رافع مسؤولیت بیمه گر نیست.

ماده ۲۰ - پوشش های بیمه موضوع این قانون محدود به قلمرو جمهوری اسلامی ایران است مگر آنکه در بیمه نامه به نحو دیگری توافق شده باشد.

## بخش سوم - حقوق و تعهدات صندوق

ماده ۲۱ - به منظور حمایت از زیان دیدگان حوادث ناشی از وسایل نقلیه، خسارت های بدنی وارد به اشخاص ثالث که به علت فقدان یا انقضای بیمه نامه، بطلان قرارداد بیمه، شناخته نشدن وسیله نقلیه مسبب حادثه، کسری پوشش بیمه نامه ناشی از افزایش مبلغ ریالی دیه یا تعلیق یا لغو پروانه فعالیت شرکت بیمه یا صدور حکم توقف یا ورشکستگی بیمه گر موضوع ماده (۲۲) این قانون، قابل پرداخت نباشد، یا به طور کلی خسارت های بدنی که خارج از تعهدات قانونی بیمه گر مطابق مقررات این قانون است به استثنای موارد مصرح در ماده (۱۷)، توسط صندوق مستقلی به نام «صندوق تأمین خسارت های بدنی» جبران می شود.

تبصره ۱ - میزان تعهدات صندوق برای جبران خسارت های بدنی معادل مبلغ مقرر در ماده (۸) با رعایت تبصره ماده (۹) و مواد (۱۰) و (۱۳) این قانون است.

تبصره ۲ - تشخیص موارد خارج از تعهد بیمه گر مطابق مقررات این قانون، بر عهده شورای عالی بیمه است.

تبصره ۳ - صندوق مکلف است هر شش ماه یکبار گزارش عملکرد خود را به کمیسیون اقتصادی مجلس ارائه کند.

ماده ۲۲ - در صورت تعلیق یا لغو پروانه فعالیت شرکت بیمه در رشته بیمه شخص ثالث و ناتوانی آن از پرداخت خسارت به زیان دیدگان، به تشخیص بیمه مرکزی یا شورای عالی بیمه، یا صدور حکم توقف یا ورشکستگی آن به وسیله دادگاه صالح، صندوق، خسارت بدنی که به موجب صدور بیمه نامه های موضوع این قانون به عهده بیمه گر است را پرداخته، پس از آن به قائم مقامی زیان دیدگان به بیمه گر مراجعه می کند.

تبصره ۱ - دادگاه مکلف است نسبت به صدور حکم انتقال اموال و دارایی های بیمه گر مذکور تا میزان مبالغ پرداختی و خسارات وارده به صندوق اقدام کند.

تبصره ۲ - در صورت تعلیق یا لغو پروانه فعالیت شرکت بیمه، پرداخت خسارات مالی که بر عهده شرکت بیمه مذکور است مشمول ماده (۴۴) قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه گری مصوب ۳۰/۳/۱۳۵۰ خواهد بود.

ماده ۲۳ - در صورتی که زیان دیده، جز در موارد بیمه اختیاری، تمام یا بخشی از خسارت بدنی وارد شده را از مراجع دیگری مانند سازمان بیمه های اجتماعی یا سازمان بیمه کارمندان دولت یا صندوق های ویژه جبران خسارت دریافت کند، نسبت به همان میزان حق مراجعه به صندوق را ندارد. سازمان ها و صندوق های ویژه مذکور حق مراجعه به صندوق و استرداد خسارت پرداخت شده به اشخاص ثالث را ندارند و مکلف اند اطلاعات مربوط را در اختیار صندوق قرار دهند. در هر حال در صورتی که زیان دیده علاوه بر دریافت خسارت از سازمان ها و صندوق های ویژه مذکور از صندوق نیز خسارتی دریافت کند، صندوق حق استرداد دارد.

ماده ۲۴ - منابع مالی صندوق به شرح زیر است:

الف - هشت درصد (۸٪) از حق بیمه اجباری موضوع این قانون بر مبنای نرخ نامه مذکور در تبصره (۳) ماده (۱۸) این قانون

ب - مبلغی معادل حداکثر یک سال حق بیمه اجباری که از دارندگان وسیله نقلیه ای که از انجام بیمه موضوع این قانون خودداری کنند وصول می شود.

میزان مبلغ مذکور، نحوه وصول، تخفیف، تقسیط و بخشودگی آن به پیشنهاد بیمه مرکزی به تصویب مجمع عمومی صندوق می رسد.

پ - مبالغ بازیافتی از مسببان حوادث، دارندگان وسایل نقلیه، بیمه گران و سایر اشخاصی که صندوق پس از جبران خسارت زیان دیدگان مطابق مقررات این قانون حسب مورد دریافت می کند.

ت - درآمد حاصل از سرمایه گذاری وجوه صندوق با رعایت ماده (۲۷) این قانون

ث - بیست درصد (۲۰٪) از جریمه های وصولی راهنمایی و رانندگی در کل کشور

ج - بیست درصد (۲۰٪) از کل هزینه های دادرسی و جزای نقدی وصولی توسط قوه قضائیه و تعزیرات حکومتی

چ - جریمه های موضوع بند (پ) ماده (۴)، ماده (۴۴) و بند (ت) ماده (۵۷) این قانون

ح - کمک های اعطائی از سوی اشخاص حقیقی یا حقوقی

تبصره ۱ - مدیر صندوق و هیأت نظارت مکلف اند هر سه ماه یکبار گزارش عملکرد بند (پ) را به اعضای مجمع عمومی صندوق اعلام کنند.

تبصره ۲ - کلیه درآمدهای منابع موضوع بندهای (ث) و (ج) به محض تحقق به حساب درآمدهای اختصاصی صندوق نزد خزانه داری کل کشور واریز می شود و صد درصد (۱۰۰٪) آن به صندوق اختصاص می یابد.

تبصره ۳ - در صورت کمبود منابع مالی صندوق، دولت موظف است در بودجه سنواتی سال بعد کسری منابع صندوق را تأمین کند.

تبصره ۴ - درآمدهای صندوق مشمول مالیات به نرخ صفر بوده و از هرگونه عوارض معاف است. همچنین صندوق از پرداخت هزینه های دادرسی و اوراق و حق الاجراء معاف می باشد.

تبصره ۵ - صندوق می تواند با تصویب مجمع عمومی مربوط، حداکثر تا دو درصد (۲٪) از منابع مالی خود را جهت تعمیم امر بیمه، گسترش فرهنگ بیمه، ترغیب رانندگان فاقد بیمه نامه شخص ثالث به اخذ بیمه نامه و پیشگیری از زیان های ناشی از حوادث رانندگی از طریق عقد قرارداد با وزارتخانه ها و دستگاه های اجرایی ذی ربط از قبیل سازمان صداوسیما، وزارتخانه های آموزش و پرورش، علوم، تحقیقات و فناوری، فرهنگ و ارشاد اسلامی و ورزش و جوانان اختصاص دهد.



تبصره ۶ - در آرای غیابی برای بازیافت خسارات موضوع بند (پ) این ماده، صندوق می تواند بدون سپردن تأمین یا تضمین موضوع تبصره (۲) ماده (۳۰۶) قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹/ ۱ / ۲۱ نسبت به تقاضای اجرای احکام غیابی اقدام کند.

تبصره ۷ - دولت می تواند در بودجه های سنواتی بخشی از درآمدهای ناشی از فروش حامل های انرژی را به صندوق اختصاص دهد. در صورت تصویب به تناسب سهم صندوق از محل فروش بیمه نامه موضوع بند (الف) این ماده کاهش پیدا می کند.

ماده ۲۵ - صندوق مکلف است بدون اخذ تضمین از زیان دیده یا مسبب زیان، خسارت زیان دیده را پرداخت نموده و پس از آن مکلف است به شرح زیر به قائم مقامی زیان دیده از طریق مراجع قانونی وجوه پرداخت شده را بازیافت کند:

الف - در صورتی که پرداخت خسارت به سبب نداشتن، انقضاء یا بطلان بیمه نامه باشد به مسبب حادثه رجوع می کند.

ب - در صورتی که پرداخت خسارت به سبب تعلیق یا لغو پروانه یا توقف یا ورشکستگی بیمه گر موضوع ماده (۲۲) این قانون باشد به بیمه گر و مدیران آن رجوع می کند.

پ - در صورتی که پرداخت خسارت به سبب شناخته نشدن وسیله نقلیه مسبب حادثه باشد، پس از شناخته شدن آن حسب مورد به مسبب حادثه یا بیمه گر وی رجوع می کند.

ت - در صورتی که پرداخت خسارت به سبب خارج از ظرفیت بودن سرنشینان داخل وسیله نقلیه مسبب حادثه باشد به مسبب حادثه رجوع می کند.

تبصره ۱ - در موارد زیر صندوق نمی تواند برای بازیافت به مسبب حادثه رجوع کند:

۱ - در موارد جبران کسری پوشش بیمه نامه ناشی از افزایش مبلغ ریالی دیه (پرداخت خسارت به استناد ماده (۱۳) این قانون)

۲ - تعلیق یا لغو پروانه فعالیت شرکت بیمه یا صدور حکم توقف یا ورشکستگی بیمه گر موضوع ماده (۲۲) این قانون

۳ - در مواردی که زیان دیدگان خارج از وسیله نقلیه بیش از سقف تعهدات بیمه گر موضوع تبصره ماده (۱۲) این قانون باشند.

۴ - در مواردی که صندوق به موجب قانون معادل دیه مرد مسلمان را به زیان دیده یا قائم مقام قانونی وی پرداخت می کند برای بازپرداخت مابه التفاوت دیه شرعی با دیه مرد مسلمان

تبصره ۲ - صندوق مجاز است با در نظر گرفتن شرایط و وضعیت وقوع حادثه، علت نداشتن بیمه نامه، سوابق بیمه ای مسبب حادثه، وضعیت مالی و معیشتی مسبب حادثه و سایر اوضاع و احوال مؤثر در وقوع حادثه نسبت به تقسیط یا تخفیف در بازیافت خسارت از مسبب حادثه اقدام کند. نحوه بازیافت از مسبب حادثه با رعایت

مقررات راجع به نحوه اجرای محکومیت های مالی و میزان بازیافت مطابق آیین نامه ای است که بنا به پیشنهاد هیأت نظارت صندوق و مجمع عمومی صندوق به تصویب وزیر امور اقتصادی و دارایی می رسد.

ماده ۲۶ - اسناد مربوط به مطالبات و پرداخت های خسارت صندوق در حکم اسناد لازم الاجراء است و از طریق دواير اجرای سازمان ثبت اسناد و املاک قابل مطالبه و وصول می باشد.

ماده ۲۷ - صندوق مجاز است موجودی نقدی مازاد خود را نزد بانک های دولتی سپرده گذاری و یا اوراق بهادار بدون خطر (ریسک) خریداری کند مشروط بر آنکه سرمایه گذاری های مذکور به نحوی برنامه ریزی شود که همواره امکان انجام تعهدات صندوق وجود داشته باشد.

ماده ۲۸ - صندوق، نهاد عمومی غیردولتی است و چگونگی اداره آن بر اساس اساسنامه ای است که با رعایت موارد زیر و به پیشنهاد وزیر امور اقتصادی و دارایی تهیه می شود و ظرف مهلت شش ماه پس از لازم الاجراء شدن این قانون به تصویب هیأت وزیران می رسد:

الف - ارکان صندوق عبارت اند از: مجمع عمومی، هیأت نظارت، مدیر صندوق و حسابرس

ب - اعضای مجمع عمومی صندوق عبارت از وزرای امور اقتصادی و دارایی به عنوان رئیس مجمع، تعاون، کار و رفاه اجتماعی، دادگستری و صنعت، معدن و تجارت، دادستان کل کشور (بدون حق رأی) و رئیس کل بیمه مرکزی است. مجمع عمومی صندوق حداقل یک بار در سال تشکیل می شود. مجمع عمومی عادی به طور فوق العاده نیز به تقاضای هر یک از اعضاء به دعوت رئیس مجمع تشکیل می شود.

یکی از نمایندگان عضو کمیسیون اقتصادی مجلس شورای اسلامی، به پیشنهاد کمیسیون مذکور و تصویب مجلس شورای اسلامی به عنوان عضو ناظر و بدون حق رأی در جلسات مجمع شرکت می کند. مدیر صندوق بدون حق رأی دبیر مجمع عمومی است.

پ - اعضای هیأت نظارت صندوق عبارت از نمایندگان وزرای امور اقتصادی و دارایی، تعاون، کار و رفاه اجتماعی و دادگستری، دادستان کل کشور (بدون حق رأی)، بیمه مرکزی و اتحادیه (سندیکای) بیمه گران ایران است. اعضای هیأت نظارت غیر از مدیر صندوق به صورت غیرموظف خواهند بود؛

تبصره - نماینده وزیر امور اقتصادی و دارایی در هیأت نظارت، مدیر صندوق است که دبیر هیأت نظارت نیز خواهد بود. مدیرعامل ستاد مردمی رسیدگی به امور ديه و کمک به زندانیان نیازمند بدون حق رأی در جلسات هیأت نظارت شرکت می کند.

ت - مدیر صندوق به پیشنهاد رئیس کل بیمه مرکزی و تصویب مجمع عمومی انتخاب و با حکم رئیس مجمع عمومی برای مدت چهار سال منصوب می شود. انتخاب مجدد مدیر صندوق برای یک دوره بلامانع است. مجمع عمومی می تواند نسبت به عزل مدیر صندوق قبل از پایان مدت مذکور اتخاذ تصمیم کند.

ث - مرکز اصلی صندوق، تهران است. در صورت لزوم با تصویب مجمع عمومی می تواند در مراکز استان ها شعبه ایجاد یا نمایندگی اعطاء کند. اقامه دعوی علیه صندوق در محل استقرار شعب صندوق نیز ممکن است.

وظایف و اختیارات مجمع عمومی، هیأت نظارت و مدیر صندوق و نیز نحوه انتخاب و وظایف و اختیارات حسابرس به موجب اساسنامه مصوب هیأت وزیران تعیین می شود.

ماده ۲۹ - کلیه اختلافات بین صندوق و شرکت های بیمه که ممکن است در اجرای این قانون به وجود آید به وسیله هیأتی مرکب از دو نفر حقوقدان آشنا با حقوق بیمه به انتخاب وزیر دادگستری و سه متخصص بیمه به انتخاب بیمه مرکزی، صندوق و اتحادیه (سندیکای) بیمه گران هر کدام یک نفر حل و فصل می شود. ملاک تصمیم گیری، رأی اکثریت اعضای هیأت است و رأی صادر شده لازم الاجراء می باشد. هر یک از طرفین می تواند ظرف مدت بیست روز از ابلاغ رأی در مرجع قضائی ذی صلاح اقامه دعوی کند.

ماده ۳۰ - اشخاص ثالث زیان دیده حق دارند با ارائه مدارک لازم برای دریافت خسارت به طور مستقیم حسب مورد به شرکت بیمه مربوط و یا صندوق تأمین خسارت های بدنی مراجعه کنند. همچنین مسبب حادثه می تواند با ارائه مدارک لازم جهت تشکیل پرونده پرداخت خسارت به زیان دیده حسب مورد به بیمه گر یا صندوق مراجعه کند.

آیین نامه اجرائی این ماده توسط بیمه مرکزی تهیه می شود و به پیشنهاد وزیر امور اقتصادی و دارایی ظرف مدت سه ماه از تاریخ ابلاغ این قانون به تصویب هیأت وزیران می رسد.

#### بخش چهارم - پرداخت خسارت

ماده ۳۱ - بیمه گر و صندوق حسب مورد مکلف اند حداکثر پانزده روز پس از دریافت مدارک مورد نیاز، خسارت متعلقه را پرداخت کنند.

ماده ۳۲ - در حوادث منجر به خسارت بدنی، زیان دیده، اولیای دم یا وراث قانونی موظف اند پس از قطعی شدن مبلغ خسارت برای تکمیل مدارک به منظور دریافت خسارت، به بیمه گر مراجعه کنند. بیمه گر مکلف است حداکثر ظرف مدت بیست روز از تاریخ قطعی شدن مبلغ خسارت، مبلغ خسارت را به زیان دیده پرداخت و در صورت عدم مراجعه وی در مهلت مذکور نزد صندوق تودیع و قبض واریز را به مرجع قضائی مربوط

تحويل دهد. در این صورت تعهد بیمه گر و مسبب حادثه، ایفاء شده تلقی می شود. صندوق مکلف است بلافاصله پس از درخواست زیان دیده مبلغ مذکور را عیناً به وی پرداخت نماید.

تبصره ۱ - در مواردی که صندوق مطابق مقررات این قانون رأساً مکلف به پرداخت خسارت بدنی است، پس از قطعی شدن مبلغ خسارت چنانچه زیان دیده یا قائم مقام وی تا بیست روز پس از ابلاغ اظهارنامه رسمی به وی برای دریافت خسارت به صندوق مراجعه نکند، مبلغ مذکور به عنوان امانت نزد صندوق باقی مانده و در زمان مراجعه زیان دیده یا قائم مقام قانونی وی عیناً پرداخت می شود.

تبصره ۲ - در مواردی که رأی صادر شده از دادگاه بدوی، صرفاً از جنبه عمومی مورد تجدیدنظرخواهی قرار گرفته باشد، زیان دیده یا وراث قانونی و بیمه گر یا صندوق باید طبق مفاد این ماده اقدام کنند.  
تبصره ۳ - ملاک قطعی شدن میزان خسارت موضوع این ماده، قطعیت حکم دادگاه است.

ماده ۳۳ - چنانچه بیمه گر یا صندوق به رغم کامل بودن مدارک، تکلیف مقرر در ماده (۳۱) این قانون را انجام ندهند و در پرداخت خسارت تأخیر کنند و یا بیمه گر تکلیف مقرر در ماده (۳۲) این قانون را انجام ندهد، به پرداخت جریمه ای معادل نیم در هزار به ازای هرروز تأخیر در حق زیان دیده یا قائم مقام وی محکوم می شود.

ماده ۳۴ - در حوادث رانندگی منجر به خسارت بدنی غیر از فوت، در صورت مطالبه زیان دیده، پس از دریافت گزارش کارشناس راهنمایی و رانندگی و یا پلیس راه و یا کمیسیون جلوگیری از سوانح راه آهن موضوع تبصره (۲) ماده (۲) قانون دسترسی آزاد به شبکه حمل و نقل ریلی مصوب ۶/۷/۱۳۸۴ (در خصوص حوادث مربوط به قطارهای شهری و بین شهری) و پزشکی قانونی، بیمه گر وسیله نقلیه مسبب حادثه و یا صندوق، حسب مورد مکلف اند بلافاصله حداقل پنجاه درصد (۵۰٪) از دیه تقریبی را به اشخاص ثالث زیان دیده پرداخت کرده و باقی مانده آن را پس از معین شدن میزان قطعی دیه با رعایت مواد (۳۱) و (۳۲) این قانون بپردازند.

ماده ۳۵ - هزینه های معالجه اشخاص ثالث زیان دیده و راننده مسبب حادثه در صورتی که مشمول قانون دیگری نباشد، با لحاظ ماده (۳۰) قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) حسب مورد بر عهده بیمه گر مربوط یا صندوق است.

ماده ۳۶ - در حوادث منجر به فوت، در صورت مطالبه اولیای دم یا قائم مقام متوفی یا درخواست مسبب حادثه بدون نیاز به رأی مراجع قضائی، پس از دریافت گزارش کارشناس راهنمایی و رانندگی، کمیسیون جلوگیری از سوانح راه آهن موضوع تبصره (۲) ماده (۲) قانون دسترسی آزاد به شبکه حمل و نقل ریلی (در خصوص حوادث مربوط به قطارهای شهری و بین شهری) یا پلیس راه و در صورت لزوم گزارش سایر مقامات انتظامی و پزشکی قانونی بیمه گر وسیله نقلیه مسبب حادثه و یا صندوق حسب مورد می توانند خسارت بدنی را به ورثه قانونی متوفی با رعایت ماده (۳۱) این قانون بپردازند.

در صورت عدم مطالبه نیز، بیمه گر می تواند بدون نیاز به رأی مرجع قضائی خسارت بدنی را مطابق ماده (۳۲) این قانون به صندوق تودیع کند.

تبصره - چنانچه علی رغم وجود گزارش کارشناس راهنمایی و رانندگی و یا پلیس راه و یا کمیسیون جلوگیری از سوانح راه آهن (موضوع تبصره (۲) ماده (۲) قانون دسترسی آزاد به شبکه حمل و نقل ریلی) و نظر نهائی پزشکی قانونی، شرکت بیمه پرداخت خسارات بدنی را موکول به رأی دادگاه کند، پس از صدور رأی مکلف به پرداخت خسارات بدنی به قیمت یوم الاداء بوده و نمی تواند بابت مابه التفاوت خسارت پرداختی و میزان تعهد وی (موضوع ماده (۱۳) این قانون) به صندوق رجوع کند.

ماده ۳۷ - بیمه گر، صندوق یا مسبب حادثه به میزان درصد دیه ای که به زیان دیده پرداخت شده یا مطابق ماده (۳۲) این قانون و تبصره آن به صندوق تودیع شده است، بری الذمه هستند.

ماده ۳۸ - هرگاه پس از اینکه بیمه گر یا صندوق به موجب این قانون خسارتی را پرداخت کند و به موجب حکم قطعی، برای پرداخت تمام یا بخشی از خسارت مسئول شناخته نشوند، بیمه گر یا صندوق می تواند به همان میزان به محکوم علیه حکم قطعی، رجوع کند.

ماده ۳۹ - در حوادث رانندگی منجر به خسارت مالی، پرداخت خسارت به صورت نقدی و با توافق زیان دیده و شرکت بیمه مربوط صورت می گیرد. در صورت عدم توافق طرفین در خصوص میزان خسارت قابل پرداخت، شرکت بیمه موظف است در صورت تقاضای زیان دیده، وسیله نقلیه خسارت دیده را در تعمیرگاه مجاز و یا تعمیرگاهی که مورد قبول زیان دیده باشد تعمیر نموده و هزینه های تعمیر را تا سقف تعهدات مالی مندرج در بیمه نامه مذکور پرداخت کند.

تبصره - در صورتی که اختلاف از طریق مذکور حل و فصل نشود، موضوع به یک ارزیاب خسارت (دارای مجوز ارزیابی خسارت از بیمه مرکزی) به انتخاب و هزینه زیان دیده ارجاع می شود. هریک از طرفین ظرف مدت بیست روز از تاریخ اعلام نظر کتبی ارزیاب می توانند در مرجع صالح، اقامه دعوی کنند. در صورت عدم طرح دعوی توسط طرفین در مهلت مقرر نظر ارزیاب خسارت، قطعی و لازم الاجرا است. هزینه ارزیابی خسارت بر اساس تعرفه ای است که در ابتدای هر سال توسط بیمه مرکزی پیشنهاد و به تصویب شورای عالی بیمه می رسد. بیمه مرکزی موظف است در صدور مجوز ارزیابی خسارت به گونه ای عمل کند که در تمام شهرستانها متناسب با نیاز آن شهرستان، ارزیاب خسارت وجود داشته باشد.

ماده ۴۰ - شرکت های بیمه مکلف اند خسارت مالی ناشی از حوادث رانندگی موضوع این قانون را در مواردی که وسایل نقلیه مسبب و زیان دیده در زمان حادثه دارای بیمه نامه معتبر بوده و بین طرفین حادثه اختلافی وجود نداشته باشد، حداکثر تا سقف تعهدات مالی مندرج در ماده (۸) این قانون بدون اخذ گزارش مقامات انتظامی پرداخت کنند.

## بخش پنجم - تکالیف سایر نهادها و دستگاه های مرتبط

ماده ۴۱ - به منظور ساماندهی امور مربوط به حوادث رانندگی، دولت مکلف است «سامانه جامع حوادث رانندگی» را مطابق مقررات این قانون با مشارکت همه دستگاه های ذی ربط ایجاد و نسبت به روزآمد کردن و تحلیل مستمر داده های آن اقدام کند.

نیروی انتظامی، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی (مراکز فوریت های پزشکی (اورژانس) و بیمارستان ها)، سازمان پزشکی قانونی و جمعیت هلال احمر جمهوری اسلامی ایران موظفاند اطلاعات مربوط به سوانح رانندگی را فوراً در سامانه مذکور ثبت کنند.

قوه قضائیه نیز مکلف است اطلاعات مربوط به آرای قضائی راجع به حوادث رانندگی را در سامانه مذکور قرار دهد.

دولت موظف است حداکثر ظرف مدت شش ماه پس از لازم الاجراء شدن این قانون، سامانه مزبور را راه اندازی و دسترسی برخط (آنلاین) به آن را برای کلیه واحدهای نیروی انتظامی و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، شرکت های بیمه، صندوق و واحدهای قضائی فراهم کند.

تبصره - نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران موظف است همزمان با تعویض پلاک وسیله نقلیه، مشخصات مالک جدید را در «سامانه جامع حوادث رانندگی» درج کند. همچنین سازمان ثبت اسناد و املاک کشور نیز مکلف است اسناد تنظیم شده در خصوص وسایل نقلیه مانند نقل و انتقال، وکالت و رهن را در سامانه مذکور درج کند.

ماده ۴۲ - حرکت وسایل نقلیه موتوری زمینی بدون داشتن بیمه نامه موضوع این قانون ممنوع است. کلیه دارندگان وسایل مزبور مکلف اند سند حاکی از انعقاد قرارداد بیمه را هنگام رانندگی همراه داشته باشند و در صورت درخواست مأموران راهنمایی و رانندگی و یا پلیس راه ارائه کنند. مأموران راهنمایی و رانندگی و پلیس راه موظفاند از طرق مقتضی مانند دوربین های نظارت ترافیکی ضمن شناسایی وسایل نقلیه فاقد بیمه نامه نسبت به اعمال جریمه های مربوط اقدام کنند. همچنین مأموران راهنمایی و رانندگی و پلیس راه موظفاند در صورت احراز فقدان بیمه نامه، وسایل نقلیه فاقد بیمه نامه موضوع این قانون را تا هنگام ارائه بیمه نامه مربوط در محل مطمئنی متوقف کنند. آیین نامه مربوط به نحوه توقیف وسایل نقلیه فاقد بیمه نامه شخص ثالث ظرف مدت سه ماه پس از تصویب این قانون توسط وزارت کشور با همکاری وزارتخانه های راه و شهرسازی و دادگستری و بیمه مرکزی تهیه می شود و به تصویب هیأت وزیران می رسد.

تبصره - نیروی انتظامی مکلف است هر شش ماه یکبار گزارش اجرای این ماده را به دادستانی کل کشور، بیمه مرکزی و کمیسیون های قضائی و حقوقی، اقتصادی، اجتماعی و امنیت ملی و سیاست خارجی مجلس شورای اسلامی ارسال کند.

ماده ۴۳ - بیمه مرکزی و شرکت های بیمه موظف اند ترتیبی اتخاذ کنند که با استفاده از ابزار مناسب، امکان شناسایی وسایل نقلیه فاقد بیمه نامه موضوع این قانون برای پلیس راهنمایی و رانندگی و یا پلیس راه فراهم شود.

ماده ۴۴ - دادن بار یا مسافر و یا ارائه هرگونه خدمات به دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی فاقد بیمه نامه شخص ثالث معتبر، از سوی شرکت ها و مؤسسات حمل و نقل بار و مسافر درون شهری و بیرون شهری ممنوع است. نظارت بر حسن اجرای این ماده بر عهده وزارتخانه های کشور و راه و شهرسازی می باشد تا حسب مورد، شرکت ها و مؤسسات متخلف را به مراجع مذکور در تبصره (۱) ماده (۳۱) قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی معرفی نمایند.

در صورت احراز تخلف شرکت ها و مؤسسات مذکور توسط مراجع یادشده، پروانه فعالیت آنان از یک ماه تا یک سال معلق و در صورت تکرار تخلف یادشده برای بار چهارم به صورت دائم لغو می شود.

بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران موظف است امکان احراز اصالت بیمه نامه از طریق سامانه های الکترونیکی را به صورت برخط برای وزارتخانه های راه و شهرسازی و کشور فراهم کند.

تبصره - اعتراض به هر نوع تصمیمات مراجع دولتی موضوع تبصره (۱) ماده (۳۱) قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی در دیوان عدالت اداری رسیدگی می شود.

ماده ۴۵ - ارائه هرگونه خدمات به وسایل نقلیه فاقد بیمه نامه و رفع توقیف از آنها، توسط راهنمایی و رانندگی، دفاتر اسناد رسمی و سازمان ها و نهادهای مرتبط با امر حمل و نقل از قبیل تعویض پلاک وسیله نقلیه، تنظیم اسناد رسمی معاملات وسایل مذکور ممنوع می باشد. عدم اجرای تکالیف فوق، حسب مورد تخلف اداری یا انتظامی محسوب می شود.

تبصره - انتقال وسایل نقلیه اسقاطی به مراجع و نهادهای ذی ربط و نیز انتقال وسایل نقلیه مشمول خسارت بیمه بدنه به بیمه گر مربوط، از حکم این ماده مستثنی است.

ماده ۴۶ - عقد هرگونه قرارداد حمل و نقل بار یا مسافر از سوی دستگاه های اجرائی و مؤسسات دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی و مراکز آموزشی و کلیه اشخاص حقوقی در مواردی که به موجب قوانین و مقررات مربوطه مجاز می باشد با دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی فاقد بیمه نامه شخص ثالث معتبر، ممنوع است. عدم اجرای تکالیف فوق، حسب مورد تخلف اداری یا انتظامی محسوب می شود.

ماده ۴۷ - نیروی انتظامی مکلف است ظرف مدت یک سال از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون، کلیه واحدهای ثابت و سیار راهنمایی و رانندگی و پلیس راه را به ابزار لازم برای استعمال برخط وضعیت بیمه شخص ثالث وسایل نقلیه، تجهیز و سامانه موردنیاز را طراحی یا تکمیل کند.

ماده ۴۸ - ستاد مدیریت حمل و نقل و سوخت مکلف است از صدور هرگونه کارت سوخت و تخصیص اولیه سهمیه یا ادامه آن برای وسایل نقلیه فاقد بیمه نامه خودداری کند.

تبصره - بیمه مرکزی و نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران مکلف اند اطلاعات مربوط به وسایل نقلیه مذکور را به صورت برخط در اختیار ستاد مدیریت حمل و نقل و سوخت قرار دهند.

ماده ۴۹ - مراجع قضائی مکلف اند در دعاوی مربوط به حوادث رانندگی، در صورت وجود بیمه نامه معتبر و مکفی و احراز اصالت آن، صرفاً متناسب با جنبه عمومی جرم برای راننده مسبب حادثه قرار تأمین صادر کنند.

تبصره - عدم اجرای این ماده مستوجب مجازات انتظامی درجه سه موضوع ماده (۱۳) قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰/۷/۱۷ برای متخلف است. بیمه مرکزی مکلف است با رعایت مفاد ماده (۵۶) این قانون اطلاعات مربوط به بیمه نامه و بیمه گذاران را به نحوی در اختیار قوه قضائیه قرار دهد که امکان دسترسی مراجع قضائی برای بررسی اصالت بیمه نامه وجود داشته باشد.

ماده ۵۰ - کلیه مراجع قانونی رسیدگی به دعاوی مرتبط با حوادث رانندگی از قبیل دادسرا و دادگاه های رسیدگی کننده به دعاوی ناشی از حوادث موضوع این قانون مکلف اند صندوق یا شرکت بیمه مربوط را در مواردی که صندوق یا شرکت بیمه، طرف دعوی نباشند از طرح دعوی علیه مسبب حادثه مطلع نموده، زمان تشکیل جلسات دادگاه را رسماً به آنان اطلاع دهند. همچنین دادگاه مکلف است پس از صدور رأی، نسخه ای از رأی صادر شده را به آن ها ابلاغ کند. در این موارد، بیمه گر یا صندوق می تواند با رعایت مقررات قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به خسارات بدنی و مالی در دعوی وارد شده یا پس از صدور رأی قطعی مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی اعتراض ثالث کند.

تبصره ۱ - اعتراض ثالث شرکت بیمه یا صندوق مانع از اجرای حکم نیست.

تبصره ۲ - عدم اعلام مراتب طرح دعاوی مرتبط با حوادث رانندگی موضوع این قانون حسب مورد به بیمه گر مربوط یا صندوق یا عدم ابلاغ رأی به آن ها مستوجب مجازات انتظامی درجه سه موضوع ماده (۱۳) قانون نظارت بر رفتار قضات است.

ماده ۵۱ - طرح دعوی واهی موضوع تبصره ماده (۱۰۹) قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) در دعاوی راجع به حوادث رانندگی توسط صندوق یا بیمه گر - اعم از اینکه به صورت ورود ثالث یا



اعتراض ثالث یا تجدیدنظرخواهی باشد - در صورتی که منجر به تأخیر در پرداخت خسارت شود، مشمول ماده (۳۳) این قانون می شود.

ماده ۵۲ - قوه قضائیه مکلف است تا پایان پانزدهم اسفند هر سال میزان ریالی دیه موضوع ماده (۵۴۹) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ را تعیین و برای اجراء از ابتدای سال بعد اعلام کند.

ماده ۵۳ - ادارات راهنمایی و رانندگی و پلیس راه حسب مورد مکلفاند علاوه بر ثبت جزئیات حادثه در «سامانه جامع حوادث رانندگی»، نسخه ای از آن را به زیان دیده و مسبب حادثه تسلیم نموده، رسید دریافت نمایند.

عدم اجرای تکلیف مذکور مستوجب مجازات مقرر برای لغو دستور موضوع ماده (۳۸) قانون جرائم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۹ است.

ماده ۵۴ - نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران مکلف است ظرف مدت سه ماه از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون ترتیبی اتخاذ کند که امکان دسترسی به بانک های اطلاعاتی آن نیرو در ارتباط با موضوعات موردنیاز از قبیل مشخصات وسایل نقلیه و دارندگان آنها و گواهینامه های صادرشده و همچنین سوابق تخلفات و تصادفات رانندگان، از طریق سامانه های الکترونیکی به صورت برخط برای مراجع قضائی، صندوق و بیمه مرکزی فراهم شود. اخذ گواهینامه نیازمند کارت پایان خدمت و معافیت سربازی نیست.

ماده ۵۵ - شرکت های بیمه مجاز به فعالیت در رشته بیمه موضوع این قانون مکلفاند ظرف مدت سه ماه از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون با استفاده از سامانه های الکترونیکی امکان دسترسی به کلیه اطلاعات موردنیاز بیمه مرکزی در رابطه با بیمه نامه های صادرشده و خسارت های مربوط به آنها را به صورت برخط برای بیمه مرکزی فراهم کنند.

ماده ۵۶ - بیمه مرکزی مکلف است ظرف مدت شش ماه از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون ترتیبی اتخاذ کند که امکان دسترسی به اطلاعات مذکور در مواد (۵۴) و (۵۵) این قانون برای کلیه مراجع قضائی، شرکت های بیمه ذی ربط، نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران و صندوق فراهم شود.

ماده ۵۷ - بیمه مرکزی بر حسن اجرای این قانون نظارت نموده و در صورت قصور یا تخلف هر یک از شرکت های بیمه در اجرای قانون، اقدامات زیر را به عمل می آورد. اعمال موارد زیر متناسب با نوع قصور یا تخلف و تعدد و تکرار آن به موجب آیین نامه ای است که به پیشنهاد بیمه مرکزی و تأیید شورای عالی بیمه به تصویب هیأت وزیران می رسد:

الف - توییح کتبی مدیران شرکت بیمه

ب - سلب صلاحیت حرفه ای مسئول فنی یا مدیر یا معاون فنی یا مدیرعامل یا هیأت مدیره شرکت بیمه، برای حداکثر پنج سال با تأیید شورای عالی بیمه

پ - سلب صلاحیت افراد موضوع بند (ب) به طور دائم با تأیید شورای عالی بیمه

ت - محکوم نمودن شرکت بیمه به پرداخت جریمه نقدی حداکثر تا مبلغ بیست برابر حداقل تعهدات بدنی موضوع ماده (۸) این قانون در زمان پرداخت

ث - تعلیق فعالیت شرکت بیمه در یک یا چند رشته بیمه برای حداکثر یک سال با تأیید شورای عالی بیمه

ج - لغو پروانه فعالیت در یک یا چند رشته بیمه به طور دائم با تأیید شورای عالی بیمه

تبصره ۱ - در مورد بندهای (ت)، (ث) و (ج) این ماده، بیمه مرکزی نظر مشورتی و تخصصی اتحادیه بیمه گران ایران را قبل از اتخاذ تصمیم، اخذ می کند. چنانچه اتحادیه ظرف مدت پانزده روز از تاریخ دریافت نامه بیمه مرکزی، کتباً نظر خود را اعلام نکند بیمه مرکزی رأساً اقدام می کند.

تبصره ۲ - در صورت سلب صلاحیت اکثریت هیأت مدیره شرکت بیمه حسب اعلام بیمه مرکزی، بیمه مرکزی با تأیید شورای عالی بیمه می تواند برای اداره امور شرکت فرد واجد شرایطی را به عنوان سرپرست شرکت بیمه تا زمان تعیین و تأیید اعضای جدید هیأت مدیره منصوب کند. صاحبان سهام شرکت بیمه (مجمع) موظف اند حداکثر ظرف مدت یک ماه اعضای هیأت مدیره جدید خود را معرفی کنند تا پس از تأیید توسط بیمه مرکزی جایگزین اعضای قبلی سلب صلاحیت شده شوند و بر اساس قانون تجارت شرکت را اداره کنند. سرپرست جدید منصوب تا زمان جایگزینی اعضای هیأت مدیره جدید دارای اختیارات هیأت مدیره شرکت است و مسؤولیت کلیه اقدامات او بر عهده بیمه مرکزی است. حقوق و مزایای سرپرست منصوب تا تعیین مدیرعامل که حداکثر سه ماه می باشد توسط بیمه مرکزی پیشنهاد و پس از تصویب مجمع شرکت به سرپرست منصوب پرداخت می شود.

تبصره ۳ - جریمه موضوع بند (ت) این ماده به حساب اختصاصی صندوق نزد خزانه داری کل واریز و با پیش بینی در بودجه های سنواتی به صندوق مذکور تخصیص داده می شود. عدم پرداخت جریمه از سوی شرکت بیمه در حکم تصرف غیرقانونی در وجوه عمومی است.

تبصره ۴ - نحوه وصول، تخفیف و یا بخشودگی جریمه موضوع بند (ت) این ماده به موجب آیین نامه ای است که ظرف مدت شش ماه از تاریخ ابلاغ این قانون به پیشنهاد بیمه مرکزی پس از تأیید شورای عالی بیمه به تصویب وزیر امور اقتصادی و دارایی می رسد.

تبصره ۵ - رسیدگی به اعتراض شرکت های بیمه در خصوص تصمیم بیمه مرکزی یا شورای عالی بیمه مبنی بر اعمال مجازات های مندرج در این ماده (به جز بند «الف») بر عهده کمیسیون متشکل از یک نفر قاضی دادگستری با انتخاب رئیس قوه قضائیه (به عنوان رئیس کمیسیون)، نماینده بیمه مرکزی و یک نفر نماینده اتحادیه (سندیکای) بیمه گران می باشد. تصمیم گیری کمیسیون مذکور با اکثریت آرای اعضاء، لازم الاجراء و

ظرف مدت بیست روز از تاریخ ابلاغ حسب مورد قابل اعتراض در مرجع قضائی ذی صلاح است. دبیرخانه این کمیسیون در بیمه مرکزی مستقر می باشد.

ماده ۵۸ - بیمه مرکزی مکلف است مطابق مقررات مربوط بر اجرای تعهدات شرکت های بیمه و نحوه محاسبه ذخایر آن ها در رشته بیمه شخص ثالث نظارت نموده و از کفایت ذخایر مذکور جهت ایفای تعهدات آتی شرکت های بیمه اطمینان حاصل کند.

شرکت های بیمه مکلف اند ذخایر تأیید شده از سوی بیمه مرکزی را در دفاتر و صورت های مالی خود، مطابق دستورالعمل بیمه مرکزی ثبت کنند.

بخش ششم - مقررات کیفری

ماده ۵۹ - عدم پرداخت حقوق قانونی صندوق از سوی بیمه گر یا نمایندگی آنان، مصرف درآمدهای صندوق در غیر از موارد مصرح قانونی و همچنین عدم اجرای تکالیف مقرر در مواد (۴۵) و (۴۶) و (۴۸) این قانون علاوه بر تخلف اداری یا انتظامی در حکم دخل و تصرف در وجوه عمومی است.

ماده ۶۰ - فروش هر نوع بیمه نامه یا مبادرت به عملیات بیمه گری یا نمایندگی بیمه بدون مجوز قانونی، در حکم کلاه برداری است و مرتکب علاوه بر مجازات کلاه برداری، ضامن جبران خسارت وارده حسب مورد به زیان دیده یا صندوق به نرخ روز جبران می باشد.

ماده ۶۱ - هر کس با انجام اعمال متقلبانه مانند صحنه سازی صوری تصادف، تعویض خودرو یا ایجاد خسارت عمدی، وجوهی را بابت خسارت دریافت کند، به حبس تعزیری درجه شش و جزای نقدی معادل دو برابر وجوه دریافتی محکوم می شود. شروع به جرم مندرج در این ماده علاوه بر مجازات مقرر برای شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی، مستوجب جزای نقدی درجه پنج می باشد.

ماده ۶۲ - هرگاه شخصی برخلاف واقع خود را به عنوان راننده وسیله نقلیه مسبب حادثه معرفی کند به مجازات حبس درجه هفت محکوم می شود؛ راننده نیز چنانچه در این امر تبانی کرده باشد به مجازات مذکور محکوم می شود.

ماده ۶۳ - در صورتی که مسؤولیت مسبب حادثه مشمول تعهدات بیمه گر باشد، جز در موارد مصرح در ماده (۱۵) این قانون، مقررات مربوط به نحوه اجرای محکومیت های مالی در خصوص وی قابل اجراء نیست.

## بخش هفتم - مقررات نهائی

ماده ۶۴ - کلیه آیین نامه های اجرائی این قانون جز در مواردی که به نحو دیگری مقرر شده است، ظرف مدت یک سال از تاریخ ابلاغ آن توسط بیمه مرکزی و شورای عالی بیمه تهیه می شود و پس از تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی به تصویب هیأت وزیران می رسد. مادامی که آیین نامه های مذکور، تهیه و تصویب نشده است، آیین نامه های اجرائی موجود، در حدودی که مغایر این قانون نباشد معتبر است.

ماده ۶۵ - بیمه نامه های صادره پیش از لازم الاجراء شدن این قانون مشمول قانون زمان صدور خود هستند لکن در هر حال احکام بندهای (الف) و (ب) ماده (۴)، مواد (۱۱)، (۱۹)، (۲۲)، (۲۵)، (۳۰) و ماده (۳۲) و تبصره های آن، مواد (۳۶)، (۳۷)، (۳۸)، (۴۹)، (۵۰) و (۶۰) در مورد بیمه نامه هایی که هنوز خسارات تحت پوشش آنها پرداخت نشده نیز لازم الرعایه است.

ماده ۶۶ - از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون، «قانون اصلاح قانون بیمه مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷، نسخ می شود. هرگونه نسخ یا اصلاح مواد این قانون باید صریحاً در قوانین بعدی قید شود.

قانون فوق مشتمل بر شصت و شش ماده و پنجاه و پنج تبصره در جلسه علنی روز دوشنبه مورخ بیستم اردیبهشت ماه یک هزار و سیصد و نود و پنج مجلس شورای اسلامی تصویب شد و در تاریخ ۲۹ / ۲ / ۱۳۹۵ به تأیید شورای نگهبان رسید.

## یادداشت:

«این جزوه به صورت کاملاً رایگان در وبلاگ  
(baladii.blogfa.com) و اکثر سایت ها و  
کانال های حقوقی منتشر شده است و هیچ شخص  
حقیقی یا حقوقی حق فروش آن را ندارد»

# حقوق مدنی «۶»

## «عقود معین (۱)»

### «فهرست»

صفحه	عنوان
۲۵۲	بیع
۲۶۳	آثار بیع
۲۷۰	ضمان معاوضی
۲۷۶	ضمان درک
۲۸۰	خيارات
۳۰۶	بیع شرط
۳۱۳	معاوضه
۳۱۵	اجاره
۳۳۲	مقایسه اجاره اشخاص با جعاله
۳۳۴	قوانین روابط موجر و مستأجر

من هرگز خسته  
نمی شوم؛  
به هر تعداد که لازم  
باشد قدم بر می دارم.

# فصل نخست:

## «بیع»

### تعریف بیع

ماده ۳۳۸: بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.

### خصوصیات عقد بیع

عقد بیع در هر حال عقدی تملیکی است؛  
عقد بیع، معوض است؛ یعنی تبرعی [رایگان] نیست؛  
عوض در عقد بیع از ذاتیات عقد است؛  
بیع عقدی لازم است.<sup>۱</sup>

### نتیجه معوض بودن بیع

چون تبرعی نیست علم تفصیلی نیاز دارد و اگر علم تفصیلی نباشد غرری است و باطل؛  
حق حبس در آن وجود دارد؛  
تعادل نسبی عوضین لازم است و اگر نباشد غرری و باطل است؛  
اگر یکی از عوضین باطل باشد، آن یکی هم باطل است. اگر چه به خودی خود صحیح باشد.

### مبیع

مبیع عین است، اما ثمن می تواند غیر عین باشد؛  
سه نوع عین وجود دارد: عین معین، کلی و کلی در معین؛<sup>۲</sup>  
بنابراین سه نوع بیع وجود دارد: بیع عین معین، بیع کلی و بیع کلی در معین.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۵۷ ق.م. هر بیع لازم است مگر این که یکی از خيارات در آن ثابت شود.

<sup>۲</sup> - برای دیدن توضیحات بیشتر، رک. حقوق مدنی ۲.

## تملیک در بیع

در بیع عین معین، بلافاصله با عقد، «تملیک» واقع می شود؛  
در بیع کلی و بیع کلی در معین، با عقد تملیک واقع نمی شود؛ بلکه تملیک، با تعیین مصداق صورت می گیرد.  
اما در هر صورت، بیع عقد تملیکی است.

## حالات بیع از نظر حال یا مؤجل بودن

چهار حالت دارد:

نقد، نسبه، سلم یا سلف و کالی به کالی.

### بیع نقد؛

بیعی که مبیع و ثمن آن هر دو حال [نقد] می باشد؛ اصل بر نقدی بودن بیع است؛  
به عبارت دیگر: مقتضای اطلاق بیع نقد بودن است؛<sup>۱</sup>

ماده ۳۴۴: اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده [یعنی عقد مطلق بوده] یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت موعدی [اجل] معین نگشته باشد، بیع قطعی و ثمن [و مبیع] حال محسوب است، مگر این که بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارته وجود شرط یا موعدی معهود [معمول] باشد، اگر چه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد.

سکوت [اطلاق و عدم شرط] یعنی: پذیرفتن عرف و عادت؛<sup>۲</sup>

حال محسوب می شود؛ اطلاق عقد ایفای فوریت دارد؛

به ترتیب بر یکدیگر مقدم هستند: قانون آمره، حاکمیت اراده، عرف، قانون تفسیری.

### بیع نسبه

بیعی که ثمن آن کلی و مؤجل است؛

یعنی ثمن آن هم کلی<sup>۳</sup> است و هم مؤجل؛

در بیع نسبه، اجل باید مشخص باشد، در غیر این صورت، عقد غرری و باطل است.

### بیع سلم یا سلف

بیع سلف یا سلف دقیقاً عکس بیع نسبه است، یعنی مبیع کلی و مؤجل است؛

در این نوع بیع هم اجل باید مشخص باشد، در غیر این صورت، عقد غرری و باطل است؛

<sup>۱</sup> - مقتضای ذات بیع تملیک است.

<sup>۲</sup> - ماده ۲۲۵ ق.م. متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است.

<sup>۳</sup> - پول معمولاً کلی است، مگر این که پولی مد نظر باشد که برای مثال: امضای فرد مشهوری بر روی آن باشد.

در این نوع بیع، ثمن می تواند پرداخت بشود و می تواند پرداخت هم نشود.  
مثال بیع سلف یا سلم: پیش خرید محصولات کشاورزی.

### بیع کالی به کالی<sup>۱</sup>

بیعی که مبیع و ثمن آن، هر دو کلی و هر دو مؤجل باشند؛  
لزومی ندارد که اجل هر دو در یک زمان باشد، مهم این است که هر دو مؤجل باشند.

ماده ۳۴۱ ق.م.؛ مربوط به بیع نسبی، بیع سلم یا سلف و بیع کالی به کالی:

ماده ۳۴۱: بیع ممکن است مطلق باشد یا مشروط و نیز ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود.  
مطلق یا مشروط بودن مختص عقد بیع نیست.

### اصطلاح «بیع دین به دین»:

به نظر دکتر شهبازی این اصطلاح، یک غلط فاحش است؛  
چرا که در اصل دو نفر طلب هایشان را باهم مبادله می کنند، نه دین خود را...؛  
از نظر فقهی هم بیع کالی به کالی و هم بیع دین به دین باطل است، اما از نظر قانون مدنی<sup>۲</sup> هر دو بیع صحیح است؛

### تفاوت «بیع دین به دین» با بیع کالی به کالی:

در بیع دین به دین، از قبل دو طلب وجود دارد، اما در بیع کالی به کالی، هیچ چیزی از ابتدا وجود ندارد!

### اصطلاح «اجاره به شرط تملیک»

دو نوع دارد:

#### اجاره به شرط تملیک نوع نخست:

عقد اجاره ای به مدت خیلی طولانی<sup>۳</sup> منعقد می شود و در آن قید می شود که مستأجر با پرداخت آخرین قسط [اجاره] مالک می شود؛<sup>۴</sup>

این نوع اجاره به شرط تملیک، در حقیقت «بیع» است با دو خصوصیت: اولاً ثمن آن اقساطی است، ثانیاً تملیک با عقد صورت نمی گیرد، بلکه با پرداخت آخرین قسط انجام می شود.

<sup>۱</sup> - کالی یعنی مراقبت: یعنی طرف مراقب است تا اجل فرا برسد.

<sup>۲</sup> - رک. ماده ۳۴۱ ق.م.

<sup>۳</sup> - وقتی مدت آن متعارف نباشد، نشان می دهد که در حقیقت اجاره نیست.

<sup>۴</sup> - روش معمول در عقد اجاره این است که با پرداخت آخرین قسط اجاره، مستأجر باید تخلیه کند.



**اجاره به شرط تملیک نوع دوم:**

عقد اجاره ای منعقد می شود و در آن شرط می شود که اگر مستأجر خواست، می تواند با پرداخت مبلغی مضاف بر اجاره، مالک بشود؛

درواقع این عقد، اجاره ای است همراه با پیشنهاد بیع [وعده بیع]؛  
یعنی اجاره ای که در آخر مدت آن، مستأجر با پیشنهاد بیع روبرو است.

**بیع به ایجاب و قبول و دادوستد (معاطات)**

ماده ۳۳۹: پس از توافق بائع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به [با] ایجاب و قبول واقع می شود.  
ممکن است بیع به دادوستد نیز واقع گردد.<sup>۱</sup>

**صراحت ایجاب و قبول**

ماده ۳۴۰: در ایجاب و قبول الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد.  
ایجاب و قبول طریقت دارد.

**معلوم بودن مبیع**

ماده ۳۴۲: مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل [پیمانه] یا عدد یا زرع [معیار مساحت سستی] یا مساحت یا مشاهده [رویتی - چشمی] تابع عرف بلد است.<sup>۲</sup>  
بیع بر اساس مشاهده یا رویتی، مانند فروش زمین در روستاهای دور دست که معمولاً میلیمتری حساب نمی کنند.

**مبیع به شرط مقدار معین**

ماده ۳۴۳: اگر مبیع به شرط مقدار [یا وصف] معین فروخته شود، بیع واقع می شود اگر چه هنوز مبیع شمرده نشده یا کیل یا زرع نشده باشد.<sup>۳</sup> این ماده بیانگر «بیع بر مبنای شرط» است.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۹۳ ق.م: انشای معامله ممکن است به وسیله عملی [فعل، نوشته و اشاره] که مبین قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض [داد و ستد]، حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۳۵۱ ق.م: در صورتی که مبیع کلی (یعنی صادق بر افراد عدیده) باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود؛  
ماده ۳۵۴ ق.م: ممکن است بیع از روی نمونه [بیع کلی فی الذمه] به عمل آید در این صورت، باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود، والا مشتری خیار فسخ [خیار تخلف از شرط «وصف»] خواهد داشت.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۳۵ ق.م: هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت. [و یا با همان وضعیت قبول کند]؛  
ماده ۳۵۵ ق.م: اگر ملکی [تجزیه ناپذیر] به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت؛ و اگر معلوم شود که بیشتر است، بائع می تواند آن را فسخ کند، مگر این که در هر دو صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند؛  
ماده ۳۸۴ ق.م: هر گاه در حال معامله مبیع [تجزیه پذیر] از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار در آید، مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تادیه حصه ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد زیاده مال بائع است.

## دو اصطلاح

### اهلیت:

یعنی بلوغ و عقل و رشد؛ به قوای دماغی بر می گردد؛

### اختیار، اختیار تصرف یا جواز تصرف:

اختیار تصرف به مال بر می گردد؛ ورشکسته محجور نیست،<sup>۱</sup> اما اختیار تصرف ندارد.

### مثال:

کسی که مالش توقیف شده باشد، اهلیت دارد و اختیار تصرف در سایر اموال خود را هم دارد؛ اما فقط اختیار تصرف در مال توقیف شده را ندارد؛  
فضول اهلیت دارد؛ ولی اختیار تصرف در مال دیگران ندارد.

## اشتباه قانون

در عقود طرفین باید هم اهلیت داشته باشند و هم اختیار؛

اما متأسفانه قانون در سه مورد به جای اختیار از اهلیت سخن گفته است؛

یعنی به جای این که از اهلیت و اختیار [هر دو] حرف بزند، فقط اهلیت را بیان و تکرار کرده است؛

**ماده ۳۴۵:** هر یک از بایع و مشتری باید، علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله، اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد.<sup>۲</sup>

مست و بی هوش و خواب نیز در حکم محجوراند و معامله با آن‌ها باطل است؛<sup>۳</sup>

منظور از اهلیت قانونی برای معامله: عقل و بلوغ و رشد است؛

منظور از اهلیت تصرف: اهلیت تصرف در آن مال خاص است؛ یعنی مال توقیف نشده باشد، اختیار تصرف.

## بیع به اکراه

**ماده ۳۴۶:** عقد بیع باید مقرون [همراه] به رضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست.

منظور اکراه معنوی است؛ چون اگر اکراه مادی [اجبار] باشد، عقد باطل است. رک. مواد ۲۰۲ تا ۲۰۹ ق.م.م.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - در فقه، مَقْلَس محجور است.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۷۵۳ ق.م. برای صحت صلح، طرفین باید اهلیت معامله و [اختیار] تصرف در مورد صلح داشته باشند؛

ماده ۷۹۶ ق.م. واهب باید برای معامله [اهلیت] و [اختیار] تصرف در مال خود اهلیت داشته باشد.

<sup>۳</sup> - ماده ۱۹۵ ق.م. اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است.

<sup>۴</sup> - رک. حقوق مدنی<sup>۳</sup>؛ فصل دوم، شرایط اساسی صحت معاملات.

## اهلیت نابینا برای خرید و فروش

ماده ۳۴۷: شخص کور می تواند خرید و فروش نماید مشروط بر این که شخصاً به طریقی غیر از معاینه<sup>۱</sup> یا به وسیله کسی دیگر ولو طرف معامله جهل خود را مرتفع نماید.

منظور این ماده: معین کردن مبیع و ثمن برای شخص نابینا است که او می تواند به طریقی از غیر از دیدن [چون دیدن برای او ممکن نیست]. مثلاً لامسه توسط خود یا شرح دادن توسط دیگری اعم از خود طرف معامله، جهل خود را مرتفع نماید.

## قدرت بر تسلیم

وقتی چیزی را می فروشیم یا وقف یا هبه می کنیم، باید بتوانیم آن را تحویل بدهیم؛

انگشتی که در ته دریا افتاده، یا پرنده ای که در آسمان است و امثالهم را نمی توان فروخت. مگر درجایی که خریدار خود می تواند مال را به دست بیاورد که در این صورت، خرید و فروش آن جایز است. مثلاً خریدار غواص است و می تواند ته دریا برود و انگشت را تسلّم<sup>۲</sup> کند و ...

### اصل کلی:

قدرت بر تسلیم شرط صحت همه عقود است، (اما قانون گذار فقط در برخی مواد به آن اشاره کرده است.)<sup>۳</sup> و<sup>۴</sup> و اگر هنگام وقوع عقد، هیچ یک از طرفین قادر به تسلیم یا تسلّم<sup>۵</sup> مال نباشند، عقد باطل است؛ و اگر از ابتدا قدرت بوده و بعداً از بین رفته، عقد منفسخ می شود.<sup>۶</sup>

ماده ۳۴۸: بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد<sup>۷</sup> یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است، مگر این که مشتری خود قادر بر تسلّم باشد.

### دو نکته مهم:

اگر طرفین مطمئن باشند که قدرت بر تسلیم وجود ندارد، اما واقعاً وجود داشته باشد: چون قصد ندارند معامله باطل است. در فرضی هم که طرفین مطمئن باشند که قدرت بر تسلیم وجود دارد اما در واقع وجود نداشته باشد، باز هم معامله باطل است؛ قدرت بر تسلیم اگر بعد از وقوع عقد از بین برود، عقد را منفسخ می کند نه باطل.

<sup>۱</sup> - معاینه: برگرفته شده از لفظ «عین»، به معنای بررسی با چشم، دیدن.

<sup>۲</sup> - تسلّم: معنای مقابل تسلیم است و به معنای قبض است؛ قبض و اقباض، تسلیم و تسلّم.

<sup>۳</sup> - ماده ۶۷ ق.م. مالی که قبض و اقباض آن ممکن نیست وقف آن باطل است لیکن، اگر واقف تنها قادر بر اخذ و اقباض آن نباشد و موقوف علیه قادر به اخذ آن باشد، صحیح است.

<sup>۴</sup> - ماده ۴۷۰ ق.م. در صحت اجاره قدرت بر تسلیم عین مستاجر شرط است.

<sup>۵</sup> - تسلیم به متعهد بر می گردد و تسلّم به متعهدله.

<sup>۶</sup> - عقدی که از ابتدا صحیح واقع شده است، محال است که باطل شود و اگر قرار است که به هم بخورد، باید به یکی از این سه روش از بین برود: فسخ (وجود حق فسخ و اعمال آن)، تفاسخ (اقاله - تراضی طرفین - که خود یک عقد است) و منفسخ (انفساخ - قهری).

<sup>۷</sup> - ماده ۲۱۵ ق.م. مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.

## از بین رفتن قدرت بر تسلیم بعد از عقد

قدرت بر تسلیم به طور دائم از بین می‌رود:	هرگاه قدرت بر تسلیم به طور دائم از بین برود، عقد منفسخ می‌شود نه باطل؛ زیرا محال است که عقدی صحیح واقع و سپس باطل بشود؛ حکم آن همانند تلف قبل از قبض است؛ <sup>۱</sup>
قدرت بر تسلیم به طور موقت از بین می‌رود:	تسلیم وحدت مطلوب است: عقد منفسخ می‌شود؛ زیرا در وحدت مطلوب مانند از بین رفتن دائمی است؛
	تسلیم تعدد مطلوب است: عقد منفسخ نمی‌شود؛ اما طرف معامله حق فسخ <sup>۲</sup> پیدا می‌کند.

## قدرت بر تسلیم در موعد

اگر طرفین برای تسلیم اجل گذاشته باشند، قدرت بر تسلیم در زمان اجل شرط است، نه در زمان عقد؛

ماده ۳۷۰: اگر طرفین معامله برای تسلیم مبیع موعدی قرار داده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعد شرط است نه در زمان عقد.

## قدرت بر تسلیم در عقود غیر نافذ:

در عقود غیر نافذ، قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است نه در زمان عقد؛

ماده ۳۷۱: در بیعی که موقوف به اجازه مالک است [بیع فضولی]، قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است.<sup>۳</sup>

فقه، بیع غیر نافذ را بیع موقوف می‌نامند؛

قدرت تسلیم در زمان اجازه: برای این که معلوم است که فضول در زمان عقد قدرت بر تسلیم ندارد.

## قدرت بر تسلیم نسبت به بعضی از مبیع:

ماده ۳۷۲: اگر نسبت به بعضی مبیع بایع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعضی دیگر نداشته باشد، بیع نسبت به بعضی که

قدرت بر تسلیم داشته صحیح است و نسبت به بعضی دیگر باطل است.

در فرض این ماده برای این که از تجزیه مبیع زبانی متوجه خریدار نشود، قانون به او اختیار داده است که معامله را در بخش درست نیز فسخ کند.<sup>۴</sup>

## خيار تبعض صفقه: انحلال عقد واحد به عقود متعدد:

منظور این است که عقد را به دو بخش صحیح و باطل تقسیم می‌کنیم: و به استناد خيار تبعض صفقه، نسبت به قسمت صحیح

عقد، خيار فسخ داریم؛

یعنی بر قسمت باطل اثری مترتب نمی‌شود [ماده ۳۶۵ ق.م] و عقد باطل قابل فسخ نمی‌باشد؛ باطل صفر است.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۳۸۷ ق.م: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

<sup>۲</sup> - خيار تعذر تسلیم. رک. مبحث دوم همین جزوه (مدنی ۶): «خيارات»

<sup>۳</sup> - ماده ۲۵۸ ق.م: نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و هم چنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود.

<sup>۴</sup> - ماده ۴۴۱ ق.م: خيار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعضی مبیع به جهتی از جهات باطل باشد؛ در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند.

<sup>۵</sup> - رک. مبحث دوم همین جزوه (مدنی ۶): «خيارات»

## بیع مال وقف

اصولاً مال موقوفه را نمی توان فروخت، چون در وقف، مال حبس می شود و نمی توان آن را انتقال<sup>۱</sup> داد، منتها از آنجایی که هر اصلی استثنائاتی نیز دارد، استثنائات فروش مال موقوفه هم از قرار زیر است:

**موارد استثنایی فروش مال موقوفه؛ مواد ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ ق.م:**

**ماده ۸۸:** بیع وقف،<sup>۲</sup> در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، در صورتی جایز است که عمران آن متعذر<sup>۳</sup> باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.

**ماده ۸۹:** هرگاه بعض موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، همان بعض فروخته می شود، مگر این که خرابی بعض سبب سلب انتفاع قسمتی که باقی مانده است بشود؛ در این صورت تمام فروخته می شود.

**ماده ۳۴۹:** بیع<sup>۴</sup> مال وقف صحیح نیست [باطل است]، مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف [دعوا شود] شود، به نحوی که بیم سَفْکِ دماء<sup>۵</sup> رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد؛ و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف<sup>۶</sup> مقرر است.

متعذرالمصرف؛ اقرب به غرض واقف در محل یا مطلق امور خیریه به مصرف می رسد؛ <sup>۷</sup>	مال وقف
مجهولالمصرف؛ صرف تحقیق و تبلیغ و نشر کتب در زمینه معارف اسلامی و عمران موقوفات.	

## اقسام مبیع

**ماده ۳۵۰:** مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیئی متساوی الأجزاء و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد.

منظور از مبیع: عین است، مبیع همیشه عین است. در حقیقت این ماده اقسام عین را گفته است که ایراداتی دارد؛

<sup>۱</sup> - انتقال؛ اعم از هبه، صلح و ...

<sup>۲</sup> - بیع وقف یعنی: بیع مال وقف؛ کلماتی مانند وقف، رهن، ودیعه و عاریه دو معنا دارند، یکی به معنای عقد و دیگری به معنی مال مورد عقد.

<sup>۳</sup> - تبصره ماده ۸ قانون اوقاف: درآمد موقوفات متعذرالمصرف و موقوفاتی که عواید آن ها به سبب قلت گرچه با پس انداز چند سال برای اجرای نظر واقف کافی نباشد با تشخیص تحقیق اوقاف در موارد اقرب به غرض واقف در محل به مصرف می رسد. آن قسمت از درآمد موقوفاتی که به علت کثرت عواید زاید بر مصرف متعارف باشد حتی الامکان در موارد اقرب به نظر واقف صرف می گردد و در صورت نبودن مورد اقرب در مطلق امور خیریه به مصرف خواهد رسید.

منظور از متعذرالمصرف آن است که صرف درآمد موقوفه در مصارف مقرر به علت فراهم نبودن وسایل و یا انتفاء موضوع و یا عدم احتیاج به مصرف مقدور نباشد.

<sup>۴</sup> - رهن گذاردن مال وقف نیز جایز نیست، زیرا وقف را در معرض زوال قرار می دهد و این اقدام با مفهوم حبس عین منافات دارد. وانگهی، مالی قابل رهن گذاردن است که قابل نقل و انتقال قانونی باشد.

<sup>۵</sup> - مقصود از «سَفْکِ دماء» قتل نفس است نه هر خون ریزی، خواه قتل نفس فوری باشد یا جرح منتهی به آن.

<sup>۶</sup> - منظور: مواد ۸۸ و ۸۹ ق.م. مدنی است.

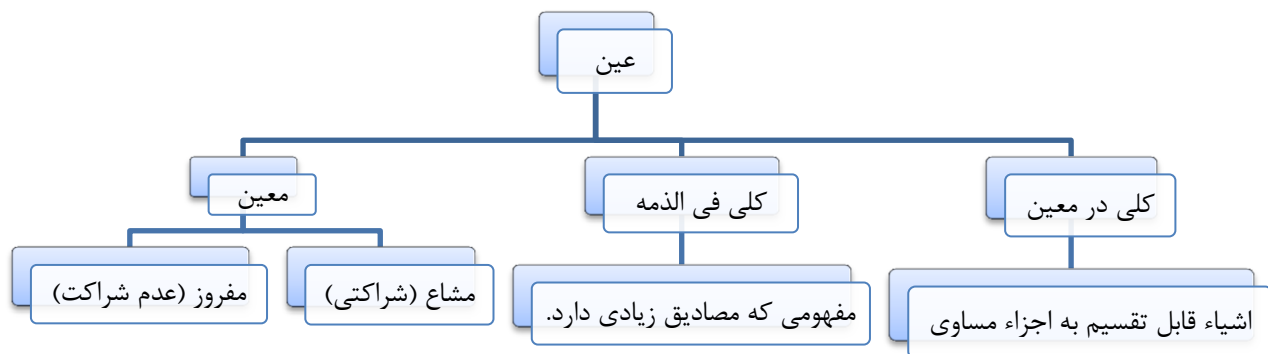
<sup>۷</sup> - این دو [اقرب به غرض واقف و مطلق امور خیریه] در صول هم قرار دارند. رک. ماده ۸ قانون اوقاف و تبصره آن.

مفروز باشد یا مشاع؛ منظور عین معین است که به این دو تقسیم می شود؛  
منظور از متساوی الأجزاء؛ یعنی تجزیه پذیر است؛ و بهتر بود بعد از لفظ متساوی الأجزاء، لفظ «معین» نوشته می شد؛ یعنی یک عین معین تجزیه پذیر (برای تعریف قسم سوم عین، یعنی کلی در معین).

## لزوم تعیین مقدار و جنس و وصف مبیع کلی

ماده ۳۵۱: در صورتی که مبیع کلی (یعنی صادق بر افراد عدیده) باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود.<sup>۱</sup>

ذکر مقدار و جنس و وصف در قرارداد؛ جهت حصول علم تفصیلی است تا موجب غرر نشود.



## بیع فضولی

ماده ۳۵۲: بیع فضولی نافذ نیست، مگر بعد از اجازه مالک به طوری که در معاملات فضولی مذکور است.  
رک. حقوق مدنی ۳ - فصل پنجم، مبحث معاملات فضولی - مواد ۲۴۷ تا ۲۶۳ ق.م.

## اشتباه و تدلیس در جنس مبیع

ماده ۳۵۳: هرگاه چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد، بیع باطل است؛ و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد، نسبت به آن بعضی باطل است و نسبت به مابقی مشتری حق فسخ دارد.  
منظور از جنس خاصی: خود موضوع معامله است؛ وصف اساسی یا جانشین ذات؛  
جنس از موارد تلاقی اراده ها است؛ جنس ماده سازنده و ماهیت عرفی است؛  
حق فسخ در این ماده: خیار تبعض صفقه [انحلال عقد واحد به عقود متعدد].

## فروش از روی نمونه

فرض این است که یک نفر مالی را ندیده و به وصف، یا از روی نمونه و یا این که به اعتبار رویت و شناخت قبلی خریداری کرده است، اما پس از دیدن اصل مبیع، متوجه می شود که مبیع، اوصاف گفته شده یا دیده شده قبلی را ندارد؛

<sup>۱</sup> - یعنی در بیع کلی لازم نیست مرغوبیت مبیع هم ذکر بشود؛ حال اگر ذکر شده بود، طبق توافق و اگر ذکر نشده بود، طبق ماده ۲۷۹ ق.م. عمل می شود؛  
ماده ۲۷۹ ق.م: اگر موضوع تعهد عین شخصی [عین معین] نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد [مصدق] اعلاای آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب [ادنی] محسوب است نمی تواند بدهد.

فروش از روی نمونه اگر مطابق نمونه نباشد،<sup>۱</sup> سه حالت دارد:

در این حالت هیچ راهی جز فسخ وجود ندارد: خیار تخلف از وصف؛ ماده ۳۵۴ ق.م.	مبیع «عین معین» است:
در این حالت مشتری ابتدا به ساکن حق فسخ ندارد؛ باید ابتدا بایع را الزام کند؛ <sup>۲</sup> اگر این الزام کارساز نشد، طبق ماده ۴۸۲ ق.م. عمل می شود: حق فسخ به استناد خیار تعذر تسلیم.	مبیع «کلی» است:
در این حالت بایع ابتدا الزام <sup>۳</sup> می شود [از طریق دادگاه] که از سایر افراد مجموعه بدهد، اگر الزام مؤثر واقع نشد، حق فسخ برای مشتری ثابت است؛ خیار تخلف از وصف.	مبیع «کلی در معین» است:

ماده ۳۵۴: ممکن است بیع از روی نمونه [بیع کلی فی الذمه] به عمل آید در این صورت، باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود، والا مشتری خیار فسخ [خیار تخلف از شرط «وصف»] خواهد داشت.<sup>۴</sup>

## فروش ملک به شرط داشتن مساحت معین

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

ماده ۱۴۹ ق.ث. این ماده و ماده ۳۸۵ را در مورد «فروش ملک با سند رسمی با ذکر مساحت» تخصیص زده است؛<sup>۵</sup> خیار فسخ هر دو طرف، خیار تخلف از وصف (شرط صفت) است.

## توابع مبیع

وقتی چیزی را می فروشیم، توابع آن را عرف تعیین می کند و ما باید به کمک عرف و قراین موجود دریابیم که چه چیزهایی باید همراه مبیع به مشتری تحویل دهیم و چه چیزهایی را ندهیم، در آخر این که: این یک قاعده تکمیلی است که می توان خلاف آن توافق نمود؛

ماده ۳۵۶: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت [عرف و عادت محل] جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قراین 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.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> - لازم نیست که همه مبیع مخالف نمونه باشد؛ بلکه حتی اگر یک واحد از آن مخالف نمونه باشد حق فسخ به وجود می آید.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۱۴ ق.م. در بیع کلی خیار رؤیت [تخلف از وصف] نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرر بین طرفین باشد.

<sup>۳</sup> - الزام در حدود مال.

<sup>۴</sup> - ماده ۴۱۲ ق.م. هرگاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعض دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض [بعض تسلیم شده] مطابق وصف یا نمونه نباشد، می تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول نماید. [این ماده حالتی است که یک قسمت از مبیع مخالف نمونه در آید].

<sup>۵</sup> - برای دیدن توضیحات کامل در مورد تخصیص این ماده، رک. ذیل ماده ۳۸۵ ق.م. در همین جزوه (مدنی ۶).

<sup>۶</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۲۵ ق.م. متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است؛

فلسفه دخول توابع مبیع: جهت کمال استفاده از مال؛

❶ فرق توابع با اجزاء؛ مال بدون تابع استفاده از آن نامطلوب می شود، اما مال بدون اجزا ناقص می شود و استفاده از آن گاهاً غیرممکن است؛

❷ لوستر از توابع در فروش خانه نیست؛ چون اکثر خانه ها لوستر ندارند.

## قلمرو بیع اصل عدم انتقال ملک

ماده ۳۵۷: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی شود، مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد.

### توابع عرفی مبیع در فروش باغ و زمین و خانه

ماده ۳۵۸: نظر به دو ماده فوق، در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد، به طوری که نتوان [مانند در و پنجره] آن را بدون خرابی نقل نمود، متعلق به مشتری می شود؛ و برعکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی شود، مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود.<sup>۱</sup> در هر حال، طرفین عقد می توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند. [قانون تکمیلی است].

اماره تصرف: مواد ۳۵ تا ۳۹ ق.م؛

اماره: یعنی اوضاع و احوالی که دلالت بر امری می کند؛

اماره تصرف (قاعده ید): طبق ماده ۳۵ ق.م: تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است؛

در قانون پنج تا دلیل وجود دارد: اقرار، سند، شهادت، اماره و سوگند؛

تصرف به عنوان مالکیت: یعنی متصرف به شکلی رفتار کند که همه فکر کنند او مالک است؛

یعنی هر کس او (متصرف) را می بیند می گوید متصرف مالک است.

## اصل عدم دخول در مبیع

ماده ۳۵۹: هرگاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد، آن شیئی داخل در بیع نخواهد بود، مگر آن که تصریح شده باشد.

### استثنای کالایی که فروش آن جایز است:

ماده ۳۶۰: هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است، استثنای آن از مبیع نیز جایز است.<sup>۲</sup>

استثنای آب و برق از خانه ممکن نیست، ولی فروشنده می تواند وام آب و برق را برای خود محفوظ کند و انتقال ندهد.

ماده ۶۸ ق.م: هر چیزی که طبعاً یا بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می شود داخل در وقف است، مگر این که واقف آن را استثناء کند، به نحوی که در فصل بیع مذکور است؛

ماده ۷۸۵ ق.م: هر چیزی که در عقد بیع بدون قید صریح به عنوان متعلقات، جزء مبیع محسوب می شود در رهن نیز داخل خواهد بود.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۴ ق.م: نتایج [محصول و نتیجه] حیوانات در ملکیت، تابع مادر است و هر کس مالک مادر شد، مالک نتایج آن هم خواهد شد.

<sup>۲</sup> - مثال ۱: خط تلفن را می توان در فروش خانه، از آن جدا کرد و مستقلاً فروخت. مثال ۲: لاستیک زاپاس در بیع ماشین.



## لزوم وجود مبیع معین

در بیع عین معین و کلی در معین، مبیع باید به هنگام عقد وجود داشته باشد والا عقد باطل است، اما در بیع کلی، مبیع می تواند وجود نداشته باشد؛

**ماده ۳۶۱:** اگر در بیع عین معین [و کلی در معین] معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.<sup>۱</sup>

بطران بیع در صورتی مسلم است که عین معین به عنوان تملیک مال موجود فروخته شود. ولی در نفوذ بیع عینی که در آینده ساخته شود (مانند آپارتمان و مبلی که سفارش داده شده) تردید شده و صحت آن ترجیح دارد.  
بیع سلف: پیش خرید کردن میوه های باغ «کلی»، درست است و مشمول این ماده نمی شود.

## آثار بیع

**ماده ۳۶۲:** آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است:

به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می شود؛

عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می دهد؛<sup>۲</sup>

عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می نماید؛

عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می کند.

منظور «وقوع بیع» از بند یک: انتقال مالکیت به مجرد ایجاب و قبول است.

## اولین اثر بیع تملیک است

طبق ماده ۳۶۳ ق.م. وجود خیار و اجل، در عقد بیع، مانع تملیک نمی باشد؛<sup>۳</sup>

**ماده ۳۶۳:** در عقد بیع، وجود خیار فسخ برای متبایعین یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن مانع انتقال

[انتقال مالکیت] نمی شود. بنابراین، اگر ثمن یا مبیع عین معین بوده و قبل از تسلیم [بعد از تملیک] آن احد متعاملین مَفْلَس<sup>۴</sup>

شود، طرف دیگر [مالک] حق مطالبه آن عین را خواهد داشت.

در بند دوم ماده: فرض بر این است که فروشنده یا خریدار بعد از بیع و پیش از تسلیم مورد تعهد ورشکسته شود. در این

صورت، چون عین مبیع یا ثمن پیش از آن انتقال یافته است، طلبکاران ورشکسته حقی بر آن ندارند.<sup>۵</sup>

## تملیک در بیع خیاری و صرف

**ماده ۳۶۴:** در بیع خیاری<sup>۱</sup> [بیع با شرط خیار] مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار و در بیعی که قبض شرط

صحت است (مثل بیع صرف) انتقال از حین حصول شرط [قبض] است نه از حین وقوع بیع [ایجاب و قبول].

<sup>۱</sup> - ماده ۷۶۷ ق.م. اگر بعد از صلح معلوم گردد که موضوع صلح منتفی بوده است صلح باطل است.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۹۷ ق.م. ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن آن جایز است.

<sup>۳</sup> - البته در کلی و کلی در معین، «تملیک» با تعیین مصداق صورت می پذیرد.

<sup>۴</sup> - کسی که حکم افلاس او صادر شده است؛

<sup>۵</sup> - چون طلبکاران در غرما داخل می شود نه مالک.

**ماده ۳۶۵: بیع فاسد [باطل] اثری در تمّلك ندارد.<sup>۲</sup>**

یعنی اثری که از عقد صحیح انتظار می رود [تملیک]، در عقد باطل وجود ندارد؛ بر باطل اثری نیست.

**تکلیف به رد عین و ضمان**

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

قبض به بیع فاسد: ضمان مقبوض به عقد فاسد - در حکم غصب است؛ فرقی بین جاهل و عالم بودن متصرف نمی باشد؛  
به صاحبش رد کند: یعنی معلوم می شود که متصرف مالک نیست؛  
منافع: اعم از مستوفات و غیرمستوفات.

**دومین اثر بیع «تسلیم مبیع» است****تعریف تسلیم و قبض:**

**ماده ۳۶۷:** تسلیم [اقباض] عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری، به نحوی که ممتکّن [قادر بر] از انحصار [انواع] تصرفات و انتفاعات [بهره برداری] باشد؛ و قبض [تسلم] عبارت است از استیلا [تسلط] مشتری بر مبیع.  
تسلیم به این معنا نیست که حتماً مشتری باید در مبیع تصرف کند: خیر، همین که تحت اختیارش قرار بگیرد کافی است.<sup>۳</sup>

**ماده ۳۶۸:** تسلیم وقتی حاصل می شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگرچه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد.

قبض عمل حقوقی مستقل نیست و نیاز به اذن و اراده فروشنده ندارد. ماده ۳۷۴ ق.م.؛  
در فرضی که مبیع کلی است و فروشنده یا حادثه ای (مانند تلف بقیه گندم هایی که صد کیلوی آن فروخته شده است) فرد و مصداق آن را تعیین کرده است، خریدار بدون نیاز به اذن فروشنده می تواند آن را قبض کند.

**چگونگی عرفی تسلیم**

تسلیم هر مالی بنا بر ماهیت آن مال است؛ عرف در این مورد حکم فرما است؛

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۸۱۴ ق.م. خیار بودن بیع مانع از اخذ به شفعه نیست؛

ماده ۵۰۰ ق.م. در بیع شرط مشتری می تواند مبیع را برای مدتی [خیار شرط منفصل] که با بیع حق خیار ندارد اجاره دهد؛ و اگر اجاره منافی با خیار با بیع باشد، به وسیله جعل خیار یا نحو آن [شرط فاسخ] حق با بیع را محفوظ دارد، والا اجاره تا حدی که منافی با حق با بیع باشد باطل [غیرنافذ] خواهد بود.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۵۹ ق.م. هرگاه معامل فضولی مالی را که موضوع معامله بوده است به تصرف متعامل داده باشد و مالک آن معامله را اجازه نکند، متصرف ضامن عین و منافع است؛  
ماده ۳۲۳ ق.م. اگر کسی [اصیل] ملک مغضوب را از غاصب [فضول] بخرد [و آن را تصرف کند] آن کس نیز [هم غاصب و هم خریدار] ضامن است و مالک می تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هر یک از با بیع و مشتری رجوع کرده عین و در صورت تلف شدن آن مثل یا قیمت مال و هم چنین منافع آن را در هر حال مطالبه نماید.

<sup>۳</sup> - به عبارت دیگر: تصرف بالفعل شرط نیست؛ بلکه تصرف بالقوه کفایت می کند.

**ماده ۳۶۹:** تسلیم به اختلاف [انواع] مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند.

کیفیات مختلفه: تسلیم هر شیء با اشیای دیگر متفاوت است؛ مثلاً مال منقول را به خود طرف می دهیم، ملک و املاک را سند می زنیم، خانه را سند می زنیم و تخلیه می کنیم و کلید می دهیم؛ معیار قضاوت عرف است و قدر مشترک همه تسلیمات در اختیار قرار گرفتن است.

**فروش کالایی که در تصرف خریدار است:**

هدف از تسلیم این است که مبیع به مشتری برسد؛ حال اگر [به هر سبب]، مبیع قبلاً در دست مشتری بوده، دیگر نیازی به تسلیم نیست؛

**ماده ۳۷۳:** اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست و همین است در ثمن.<sup>۱</sup>

قبلاً: منظور قبل از بیع در تصرف طرف بوده؛

قبض جدید: تحصیل حاصل است؛ تحصیل حاصل هم لغو است.

**قبض خریدار نیاز به اذن ندارد:**

وقتی مبیع عین معین است و یا با تعیین مصداق، عین معین می شود، تملیک صورت می پذیرد و برای قبض توسط مشتری، نیازی به اذن بایع نیست؛

**ماده ۳۷۴:** در حصول قبض اذن بایع شرط نیست و مشتری می تواند مبیع را بدون اذن قبض کند.

حکم این ماده در مورد عین معین است، در کلی و کلی در معین زمانی می تواند قبض کند که تعیین مصداق شده باشد؛

تعیین مصداق فعل بایع است؛ قبل از تعیین مصداق، هیچ مصداقی ملک مشتری نیست؛

قبض بدون تعیین مصداق، غصب است؛

چون عین معین به صرف انعقاد عقد ملک مشتری است، مشتری در واقع مال خود را قبض می کند.

## محل تسلیم مبیع

**ماده ۳۷۵:** مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آن جا واقع شده است، مگر این که عرف و عادت، مقتضای تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۸۰۰ ق.م. در صورتی که عین موهوبه در ید متهب باشد محتاج به قبض نیست. [البته به شرطی که واهب از این موضوع (تصرف قبلی متهب) مطلع باشد].

<sup>۲</sup> - ماده ۲۸۰ ق.م. انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید، مگر این که بین متعاملین قرار داد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضاء نماید.

## به طور خلاصه، محل تسلیم میباید:

- محل مورد توافق طرفین در قرارداد؛
- در صورت سکوت، محلی که عرف اقتضاء می کند؛
- در صورتی که عرف ساکت باشد، محل انعقاد عقد.

## اجبار بایع و خریدار به تسلیم

ماده ۳۷۶: در صورت تأخیر<sup>۱</sup> در تسلیم میباید یا ثمن ممتنع اجبار<sup>۲</sup> به تسلیم می شود.<sup>۳</sup>  
برای اجبار کردن فروشنده، باید دادخواست الزام قضایی داد؛ الزام به انجام تعهد.

## حق حبس

حق حبس یعنی این که هر طرف می تواند اجرای تعهد خود را موقوف به اجرای تعهد دیگری کند که به آن «گروکشی»<sup>۴</sup> هم گفته می شود.

## شرایط ایجاد حق حبس

در عقود معوض اگر دو تعهد وجود داشته باشد و هر دو تعهد هم حال باشند طرفین حق حبس دارند؛ پس برای ایجاد حق حبس سه شرط وجود دارد: عقد معوض باشد، دو تعهد وجود داشته باشد و هر دو تعهد حال باشند؛

ماده ۳۷۷: هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم میباید یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر این که میباید یا ثمن مؤجل باشد، در این صورت، هر کدام از میباید یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود.

## نکات مهم حق حبس

حق حبس در بحث بیع آمده است، اما مختص بیع نیست؛ در تمام عقود معوض که شرایط مذکور را داشته باشد وجود دارد؛

اگر یکی از دو تعهد حال و دیگری مؤجل باشد: آن تعهدی که مؤجل است حق حبس دارد؛ و هرگاه متعهد تعهد حال تا زمان سررسید تعهد مؤجل، تعهدش را انجام ندهد و باهم مساوی بشوند؛ متعهد تعهد حال نمی تواند حق

<sup>۱</sup> - بهتر بود به جای لفظ «تأخیر»، از لفظ «امتناع» استفاده می شد: دکتر شهبازی.

<sup>۲</sup> - اگر اجبار کارساز نشد، دیگری انجام می دهد و اگر انجام آن توسط دیگری ممکن نباشد یا مقید به مباشرت یا وابسته به شخصیت او باشد، حق فسخ ثابت است.

<sup>۳</sup> - ماده ۳۹۵ ق.م.ا: اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر تادیه نکند بایع حق خواهد داشت که بر طبق مقررات راجعه به خیار تأخیر ثمن معامله را فسخ یا از حاکم اجبار مشتری را به تادیه ثمن بخواهد.

<sup>۴</sup> - دکتر کاتوزیان از آن به عنوان «گروکشی» نام برده است.

حبس را اعمال کند، چون زمان انجام تعهد وی زودتر از تعهد طرف مقابل بوده، بنابراین فقط متعهد تعهد مؤجل حق حبس دارد؛

**بر همین اساس:** اگر هر دو تعهد مؤجل باشند، [یکی زودتر و یکی دیرتر] آن که دیرتر است حق حبس دارد؛ اگر هر دو تعهد مؤجل باشند و اجل هر دو در یک تاریخ باشد، هر دو متعهد در تاریخ اجل حق حبس دارند؛ حق حبس فرع بر مطالبه است؛ یعنی باید ابتدا حق، مطالبه<sup>۱</sup> بشود که در دفاع به حق حبس استناد می شود؛ حق حبس فقط در **عقد** وجود دارد و در ایقاعات نیست؛ بنابراین در اقاله حق حبس وجود دارد،<sup>۲</sup> اما در فسخ خیر؛ نوع مبیع [عین معین، کلی و کلی در معین] در ایجاد حق حبس تأثیری ندارد؛ به عبارتی حق حبس ربطی به نوع مبیع ندارد؛ حق حبس قابل اسقاط است؛ یعنی اگر بایع قبل از اخذ ثمن، به میل خودش مبیع را تسلیم کند، حق حبس وی از بین می رود.

**ماده ۳۷۸:** اگر بایع قبل از اخذ ثمن مبیع را به میل خود [نه به اجبار] تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت، مگر به موجب فسخ در مورد خیار.

حق استرداد نخواهد داشت: گویای اصل صحت ایفای تعهد است؛

پس گرفتن مال به طور کلی یا با خیار امکان پذیر است و یا با اجرای ماده ۲۷۰ ق.م.ا.<sup>۳</sup>

### تخلف از شرط دادن رهن و ضامن

**ماده ۳۷۹:** اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند، بایع حق فسخ خواهد داشت؛ و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند، مشتری حق فسخ دارد.

در این ماده شرط انفساخ پیش بینی نشده است، اما شرط انفساخ نیز در صورت تخلف از شرط فعل نافذ است.

تخلف از شرط در این ماده: منظور شرط فعل حقوقی است؛<sup>۴</sup>

خیار فسخ در این ماده: خیار تخلف از شرط فعل حقوقی است؛

در مورد شرط دادن ضامن: الزامی وجود ندارد؛ زیرا پذیرش ضامن به صورت الزامی امکان پذیر نمی باشد؛

در این ماده اگر مال رهنی به صورت کلی باشد پروسه الزام وجود ندارد و مستقیم حق فسخ به وجود می آید؛

اگر شرط شود که مال معینی رهن داده شود، طبق قاعده، ابتدا متعهد الزام می شود و سپس اگر الزام میسر نشد، حق فسخ به وجود می آید.

<sup>۱</sup> - تعهد قبل از اجل، قابل مطالبه نمی باشد و متعاقباً در این زمان هم نمی توان به حق حبس استناد کرد.

<sup>۲</sup> - زیرا در اقاله طرفین باید عوضین را پس بدهند که در بازگرداندن عوضین حق حبس دارند.

<sup>۳</sup> - ماده ۲۷۰ ق.م.ا. اگر متعهد در مقام وفای به عهد مالی تادیه نماید، دیگر نمی تواند به عنوان این که در حین تادیه مالک آن مال نبوده استرداد آن را از متعهدله بخواهد، مگر این که ثابت کند که مال غیر و با مجوز قانونی در ید او بوده بدون این که اذن در تادیه داشته باشد.

<sup>۴</sup> - ماده ۲۴۳ ق.م.ا. هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام نگیرد، مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت.

## خيار تفليس<sup>۱</sup>

### شرایط به وجود آمدن خيار تفليس

باید یکی از دو عوض عین معین و دیگری کلی باشد؛<sup>۲</sup>

شخصی که باید کلی را بدهد مُفَلِّس بشود؛

عین معین موجود باشد؛

با جمع این شرایط [عام مجموعی]، آن طرفی که عین را داده است، خيار تفليس دارد و عقد را می تواند فسخ کند و عین را پس بگیرد و به این صورت در غرما داخل نشود.

**ماده ۳۸۰:** در صورتی که مشتری مُفَلِّس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق [فسخ و] استرداد آن را دارد؛ و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می تواند از تسلیم آن امتناع کند.

### نکات دیگر:

خيار تفليس با این که در مبحث بیع آمده است، مختص بیع نیست و در همه عقود معوض اجرا می شود؛

خيار تفليس اختصاص به یک طرف عقد ندارد: آن طرفی که عین را داده است خيار تفليس دارد؛

خيار تفليس بعد از وقوع عقد به وجود می آید: زیرا اگر طرف در زمان عقد مفلس باشد، عقد باطل است.

## مخارج تسلیم

**ماده ۳۸۱:** مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت نقل آن به محل تسلیم، اجرت شمردن و وزن کردن و غیره به عهده بایع است؛ مخارج تسلیم ثمن بر عهده مشتری است.

بر هر امری که تعهد کنیم به تمام مقدمات آن هم متعهدیم؛ تعهد به شیء، تعهد به لوازم آن است؛

این ماده قانون تکمیلی است و می توان خلاف آن توافق کرد.

## حکومت عرف و تراضی

**ماده ۳۸۲:** هر گاه عرف عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد که ذکر شده [ماده ۳۸۱] و یا در عقد برخلاف آن شرط شده باشد، باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود؛ و همچنین متبایعین می توانند آن را به تراضی تغییر دهند.

در این ماده، حکومت تراضی و عرف بر قانون تکمیلی به عنوان قاعده اعمال شده است و در سایر موارد مشابه باید رعایت شود.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - مابقی خيارات در فصل جداگانه ای تحت عنوان «خيارات» به آن ها پرداخته شده است، خيار تفليس چون در بیع آمده است، در اینجا توضیح داده شده است.

<sup>۲</sup> - اگر هر دو عین معین باشند خيار تفليس امکان ندارد؛ چرا که مالکیت انتقال یافته است!

<sup>۳</sup> - یادآوری: حاشیه های دکتر کاتوزیان در قانون مدنی در نظم کنونی فراموش نشود.

## ترتیب تقدم قوانين و عرف و تراضى طرفین

قانون امری بر همه مقدم است؛

تراضى بر عرف و قانون تکمیلی مقدم است؛

عرف بر قانون تکمیلی مقدم است.

### و طرفین می توانند:

می توانند قانون تکمیلی را تغییر بدهند؛

می توانند اقتضای عرف را تغییر بدهند؛

می توانند آنچه را که توافق کرده اند، دوباره تغییر بدهند؛ توافق جدید.

## تسليم اجزا و توابع مبيع

ماده ۳۸۳: تسليم بايد شامل آن چیزی هم باشد که اجزاء و توابع مبيع شمرده می شود.<sup>۱</sup>

### التزام بايع به تسليم مبيع شامل

خود مال [اصل مبيع]؛

اجزای مال [تمام اجزا: اگر اجزا به طور کامل نباشد، مال ناقص است]؛

توابع مال [منظور توابع عرفی است].

### كسر و فرونى مبيع به هنگام تسليم

ماده ۳۸۴: هرگاه در حال معامله مبيع [تجزیه پذیر] از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسليم کمتر از آن مقدار در آید، مشتری حق دارد که ببع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبيع زیاده از مقدار معین باشد زیاده مال بايع است.

### كسر و فرونى مبيع تجزیه ناپذیر

ماده ۳۸۵: اگر مبيع از قبیل خانه یا فرش باشد [تجزیه ناپذیر] که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمی شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسليم کمتر یا بیشتر در آید، در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بايع حق فسخ خواهد داشت.

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۳۵۶ ق.م: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت [عرف و عادت محل] جزء یا از توابع مبيع شمرده شود یا قراین دلالت بر دخول آن در مبيع نماید داخل در ببع و متعلق به مشتری است، اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند؛

ماده ۳۶۰ ق.م: هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است، استثنای آن از مبيع نیز جایز است.

تخصیص<sup>۱</sup>

ماده ۱۴۹ قانون ثبت، این ماده [۳۸۵] و ماده ۳۵۵ ق.م. را در مورد «فروش ملک با سند رسمی با ذکر مساحت»<sup>۲</sup> تخصیص زده است.

به این شرح: زمینی که دارای سند رسمی است،<sup>۳</sup> اگر بعد از بیع مشخص بشود که بیشتر<sup>۴</sup> از مقدار شرط شده است، مشتری باید علاوه بر رد ثمن<sup>۵</sup> اضافه به بایع،<sup>۶</sup> سند زمین را نیز اصلاح کند [درخواست اصلاح سند بنماید].

## جبران ضرر خریدار

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

جبران ضرر خریدار: زیرا در دو صورت علت فسخ مستند با خریدار نبوده است.

ضمان معاوضی<sup>۷</sup>

در عقود معاوضی، دو عوض در مقابل هم قرار دارند و باهم همبستگی و ارتباط دارند؛ از ارتباط دو عوض سه نتیجه به دست می آید:

نتیجه نخست: اگر عوض را تحویل ندهیم، عوض دیگر را دریافت نمی کنیم: تلف؛

نتیجه دوم: اگر عوض را ناقص تحویل بدهیم، عوض دیگر را کامل دریافت نمی کنیم: نقص؛

نتیجه سوم: اگر عوض را معیوب تحویل بدهیم، عوض دیگر را کامل نمی گیریم: عیب؛

پس ضمان معاوضی سه اتفاق است: تلف، نقص و عیب؛

ضمان معاوضی در دو مرحله است: قبل از تسلیم و بعد از تسلیم.

ضمان معاوضی قبل از تسلیم: مواد ۳۸۷ تا ۳۸۹ و ۴۲۵ ق.م.؛

هرگاه قبل از تسلیم، مال تلف یا ناقص و یا معیوب شد، ضمان معاوضی قبل از تسلیم است.

<sup>۱</sup> - برای دیدن توضیح بیشتر در این مورد به جزوه مدنی سه، فصل چهارم، رجوع شود.

<sup>۲</sup> - شامل زمین با سند عادی نمی شود؛ اگر سند عادی باشد، مشمول مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م. است.

<sup>۳</sup> - که در آن سند، مساحت زمین نیز نوشته باشد؛ چون در برخی از اسناد، مساحت ذکر نشده است.

<sup>۴</sup> - شامل کمتر درآمدن مبیع نمی شود؛ اگر کمتر از مقدار شرط شده باشد، مشمول مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م. است.

<sup>۵</sup> - پرداخت ثمن بر اساس قیمت روز معامله.

<sup>۶</sup> - اگر بایع از گرفتن ثمن خودداری کند، مشتری آن را به صندوق اداره ثبت تودیع می کند. - یعنی در این صورت بایع حق فسخ ندارد.

<sup>۷</sup> - ضمان معاوضی یعنی مسئولیت در عقود معاوضی. نام دیگر آن، «ضمان معاملی» است.



ضمان معاوضی بعد از تسلیم: ماده ۴۵۳ ق.م.

هرگاه بعد از تسلیم، مال تلف یا ناقص یا معیوب شد، ضمان معاوضی بعد از تسلیم است.

## توجه

در ضمان معاوضی کسی تقصیری ندارد؛ یعنی تلف یا نقص یا عیب بدون تقصیر رخ داده است، چه قبل از تسلیم و چه بعد از تسلیم؛  
اگر در اینجا، کسی مقصر باشد ضمان معاوضی نیست و مُتَلَف یا مُنْقَص و یا معیوب کننده مسئول است.

## مرحله نخست: ضمان معاوضی قبل از تسلیم

در این مرحله ۴ موضوع بررسی می شود: تلف، اتلاف، نقص و عیب؛

## تلف

هرگاه قبل از تسلیم، مال بدون تقصیر هیچ کسی تلف بشود، بیع منفسخ می شود و بایع متضرر تلف است؛

ماده ۳۸۷: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد<sup>۱</sup> که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.<sup>۲</sup>

سه نکته مهم از ماده ۳۸۷ ق.م.

## نکته نخست:

هر چند این ماده در بیع مطرح شده است، اما مختص بیع نیست و مربوط به تمام عقود معوض است؛ زیرا همان طور که از معنای اسم آن معلوم هم است مربوط به مسئولیت در عقود معوض است؛

<sup>۱</sup> - ماده ۲۷۳ ق.م: اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند، متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۷۸ ق.م: اگر موضوع تعهد [تسلیم] عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد [امین] می شود، اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. [عاریه طلا و نقره ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲] ولی، اگر متعهد با انقضاء اجل و مطالبه، [ماده ۳۱۰] تاخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان [حتی فورس ماژور] خواهد بود [از زمان انکار] اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد؛

ماده ۶۴۹ ق.م: اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقتضی است؛

ماده ۴۸۳ ق.م: اگر در مدت اجاره، عین مستاجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود، اجاره از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود؛ و در صورت تلف بعضی آن [نقص]، مستاجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی [نسبت به عین مستاجره موجود] مال الاجاره نماید.

قانون گذار در اجاره<sup>۱</sup> و در قرض<sup>۲</sup> به آن پرداخته است و از این طریق نیز می توان فهمید که ضمان معاوضی یک قاعده کلی است؛ حکم این ماده شامل ثمن هم می شود: یعنی اگر ثمن هم پیش از قبض تلف بشود، به عهده مشتری است و فرقی بین بیع و غیر و بیع نمی باشد.

### نکته دوم:

این قاعده، قانون تکمیلی است و می توان خلاف آن توافق کرد: یعنی برای مثال می توان شرط کرد که تلف قبل از قبض به عهده مشتری باشد.

### نکته سوم:

این قاعده هم در عین معین و هم در کلی و کلی در معین اجرا می شود؛ در عین معین بدون هیچ مشکلی اجرا می شود: اما در کلی و کلی در معین فقط بعد از تعیین مصداق اجرا می شود؛ زیرا کلی تلف نمی شود: تلف مربوط به عین معین است، کلی بعد از تعیین مصداق، عین معین می شود و در این صورت اگر تلف شود، قاعده مذکور اجرا می شود؛ پس این قاعده ویژه بیع عین معین نیست.

## اتلاف

### تفاوت تلف و اتلاف:

در تلف مال خود به خود از بین می رود و کسی هم مقصر نیست: مانند تلف به وسیله سیل، زلزله و...؛ اما در اتلاف، مال به طور مستقیم توسط فردی تلف شده است.

### اتلاف توسط چه کسی؟

قبل از تسلیم سه نفر ممکن است مبیع را تلف کنند: بایع، مشتری و یا ثالث؛ یعنی بیع واقع شده و مبیع در دست بایع است: حال خود او و یا مشتری و یا دیگری ممکن است آن را تلف کند.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۸۳ ق.م: اگر در مدت اجاره، عین مستاجر به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود، اجاره از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود؛ و در صورت تلف بعضی آن [نقص]، مستاجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ [خیار تبعض صفت] کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی [نسبت به عین مستاجر موجود] مال الاجاره نماید.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۴۹ ق.م: اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقتضی است.

**تلف توسط بایع:**

هرگاه بایع قبل از تسلیم، خودش مال را تلف کند، چون تقصیر کرده است، بیع منفسخ نمی شود و ضمان معاوضی رخ نمی دهد، زیرا در ضمان معاوضی تقصیر وجود ندارد؛

**در اینجا [تلف مبیع قبل از قبض توسط بایع] مشتری دو راه دارد:**

**الزام به رد مثل یا قیمت مال:** چون بیع واقع شده و تملیک هم صورت گرفته است و بایع مال مشتری را

تلف کرده است؛ اگر مال مثلی بود، مثل آن و اگر قیمی بود، قیمت [روز ادا] آن را باید به مشتری بدهد؛<sup>۱</sup>

**مق فسخ و امد ثمن:** هرگاه مبیع تلف بشود، تسلیم همان مبیع، بی مورد است.<sup>۲</sup> خیار فسخ در اینجا: خیار تعذر

تسلیم.<sup>۳</sup>

**تلف توسط مشتری:**

هرگاه بعد از انعقاد بیع و قبل از تسلیم مبیع به او، مبیع را تلف کند، حقی بر بایع ندارد؛

**این قاعده یک استثناء دارد:** اگر بایع مشتری را فریب داده باشد و مشتری در اثر غرور مبیع را تلف کرده باشد،

بایع سبب اقوا از مباشر و مسئول بدل است؛ ماده ۳۸۹ ق.م.

**تلف توسط ثالث:**

هرگاه بعد از انعقاد بیع و قبل از تسلیم مبیع، شخص ثالثی مبیع را تلف کند،<sup>۴</sup> از آنجایی که بایع تقصیر نکرده

است، بیع منفسخ می شود؛

هرگاه بایع تقصیری نکرده باشد، بیع منفسخ می شود و فرقی بین تلف توسط زلزله و یا به وسیله ثالث نمی باشد؛

در اینجا بایع باید ثمن را به مشتری پس بدهد و از باب تسبیب به ثالث رجوع کند.<sup>۵</sup>

**نقص**

نقص یعنی تلف بعض [تلف جزء]: یعنی یک قسمت از مبیع از بین رفته است که این قسمت خودش یک قیمت

مشخص دارد؛

**مثال:** از صد کیلو برنجی که فروخته ام، پنجاه کیلوی آن از بین رفته است - یک میز و صندلی خریدم [در یک عقد]،<sup>۱</sup>

که میز از بین رفته است؛ و از این مثال ها...

<sup>۱</sup> - در اتلاف و تسبیب، همانند غصب، باید «قیمت روز اداء» پرداخته بشود.

<sup>۲</sup> - سالبه به انتفاء موضوع.

<sup>۳</sup> - از آنجایی که اختیار یکی از این دو مورد در دست مشتری است؛ بهتر است وکیل مشتری، اگر قیمت بالا رفته باشد راه اول و اگر قیمت پایین رفته باشد راه دوم را برگزیند.

<sup>۴</sup> - اگر مبیع توسط ثالثی سرقت بشود؛ باز هم در حکم تلف است.

<sup>۵</sup> - اما اگر تلف به واسطه زلزله و امثالهم باشد، کسی مسئول نیست و تلف از مال بایع است.

حکم نقص قبل از تسلیم: هر گاه مبیع قبل از تسلیم [بدون تقصیر]، ناقص بشود، مشتری حق فسخ [خيار تبعض صفقه] دارد.

ماده ۳۸۸: اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.<sup>۲</sup>

نکته مهم در مورد ماده ۳۸۸ ق.م:

دکتر شهبازی خيار موجود در این ماده را خيار تبعض صفقه و دکتر برادران آن را خيار عیب می داند؛  
دکتر کاتوزیان: تمییز این که مبیع ناقص است یا معیوب با دادرس است و آنگاه که مشخص شد یکی از خيارات [عیب و یا تبعض صفقه] را بر آن اعمال می کند.

## عیب

عیب عبارت است از: از بین رفتن سلامت مال که در مقابل این وصف، قیمت مشخصی وجود ندارد: معیوب بودن

یعنی عدم سلامت مال؛

مثال: یک صندلی خریدیم که همه اجزای آن وجود دارد، اما صدا می دهد و معیوب است - یک ماشین خریدیم که

همیشه خاموش می شود؛

حکم عیب مبیع قبل از تسلیم: هر گاه مبیع قبل از تسلیم [بدون تقصیر] معیوب بشود، مشتری حق فسخ [خيار عیب] دارد.

ماده ۴۲۵: عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است.<sup>۳</sup>

از این ماده چنین برمی آید که: قانون گذار معنای «موجود بودن حین العقد» را تفسیر مضیق نکرده و آن را مقداری

توسعه داده است؛ و علت توسعه هم قیاس اولویت است: یعنی از آنجایی که تلف مبیع قبل از قبض بر عهده بایع

است، عیب آن هم بر عهده بایع است.<sup>۴</sup>

به طور خلاصه: ضمان معاوضی قبل از تسلیم:

تلف	بیع منفسخ می شود: ماده ۳۸۷ ق.م.
نقص	مشتری حق فسخ دارد: خيار تبعض صفقه - ماده ۳۸۸ ق.م.
عیب	مشتری حق فسخ دارد: خيار عیب - ماده ۴۲۵ ق.م.

<sup>۱</sup> - هر گاه چند مبیع به یک ثمن فروخته شوند، یک عقد منعقد شده است و اگر به چند ثمن فروخته بشوند، چند عقد صورت گرفته است.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۸۳ ق.م: اگر در مدت اجاره، عین مستاجر به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود، اجاره از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود؛ و در صورت تلف بعضی آن [نقص]، مستاجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ [خيار تبعض صفقه] کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی [نسبت به عین مستاجر موجود] مال الاجاره نماید.

<sup>۳</sup> - ماده ۴۲۲ ق.م: اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارش یا فسخ معامله.

<sup>۴</sup> - ماده ۳۸۷ ق.م: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

## مرحله دوم: ضمان معاوضی بعد از تسلیم

بعد از تسلیم مبیع، تلف و نقص و عیب به عهده مشتری است: زیرا بایع مبیع را فروخته و به صورت سالم به مشتری تحویل داده است؛

**ماده ۳۸۹:** اگر در مورد دو ماده فوق [ماده ۳۸۷ و ۳۸۸ ق.م.] تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد، مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند.

اقدام مشتری به تلف و نقص مبیع به منزله قبض است، اما باید موردی را که در اثر اغوای بایع به اتلاف دست می زند استثناء کرد.

⊕ تلف مبیع قبل از قبض توسط مشتری: «قاعده اقدام» است؛

⊕ نتیجه این ماده: یعنی در این صورت عقد صحیح و محفوظ است.

## استثنای ضمان معاوضی بعد از تسلیم

همان طور که گفته شد، بعد از تسلیم مبیع به مشتری، ضمانت بایع در قبال تلف و نقصان و عیب از بین می رود و مشتری خود مسئول است؛ اما دو شرط وجود دارد [مختص بیع] که اگر این دو شرط بعد از تسلیم باهم جمع بشوند، تلف و نقص و عیب بعد از تسلیم هم به عهده بایع است؛

### شرط نخست:

اگر در عقد بیع، یکی از سه خیار مجلس، حیوان و یا خیار شرط باشد، بایع بعد از تسلیم هم مسئول است؛ خصوصیت این سه خیار این است که هر سه مدت دارند و این نتیجه را می دهد که مدت مسئولیت بایع مشخص است؛ در خیار حیوان تا سه روز از حین عقد، خیار مجلس تا زمانی که از هم جدا نشده اند و خیار شرط تا مدت مندرج در آن؛

### شرط دوم:

سه خیار مذکور در شرط نخست باید مختص مشتری باشند: یعنی بایع هیچ کدام از این اختیارات را نداشته باشد؛ اگر بایع هم آن سه خیار را داشته باشد، مسئول نیست؛

با جمع شدن این دو شرط بعد از تسلیم تا زمانی که مشتری خیار دارد، تلف و نقص و عیب بر عهده بایع می باشد؛ یعنی اگر مبیع تلف بشود بیع منفسخ و اگر ناقص بشود مشتری خیار تبعض صفا و اگر معیوب بشود خیار عیب دارد.

**ماده ۴۵۳:** در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص [یا معیوب] شود بر عهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص [یا عیب] به عهده بایع است.

منظور بند دوم ماده از خیار مختص مشتری، خیار مجلس، حیوان و شرط است؛

حکم این ماده ویژه تلف مبیع و ناظر به ضمان فروشنده در زمان خیار مختص به خریدار است و در مورد تلف ثمن اجرا نمی شود؛

حکم این ماده استثناء و مختص بیع عین معین است؛ [یعنی مختص زمانی است که عقد بیع منعقد شده و فقط در مورد مبیع عین معین است]؛

عده بایع در بند دو ماده ناظر به بازگرداندن ثمن (بهای قراردادی) است نه بهای واقعی مبیع و در صورتی به وجود می آید که تلف مبیع در اثر حادثه خارجی باشد؛  
در مورد نقص مبیع در زمان اختیار مختص به مشتری، ملاک ماده ۳۸۸ ق.م. اجرا می شود، مگر این که بخش تلف شده بهای خاص داشته باشد.

## ضمان درک

ضمان یعنی مسئولیت و درک [تدارک] یعنی جبران: به طور کلی ضمان درک یعنی مسئولیت جبران؛  
ضمان درک در مبحث بیع آمده است، اما مختص بیع نیست، یعنی در تمام عقود معوض وجود دارد؛  
ضمان درک به معامله فضولی مربوط است؛  
یعنی ضمان درک از آثار معامله فضولی است: رابطه فضول و اصیل؛  
فضول مال غیر را فروخته و ثمن آن را هم گرفته است، حال باید ثمن را به اصیل پس بدهد.

## شرایط تحقق ضمان درک

انعقاد معامله فضولی [ضمان درک همیشه به معامله فضولی مربوط است]؛  
گرفتن عوض به وسیله فضول: یعنی فضول باید از اصیل عوض را گرفته باشد؛  
رد معامله توسط مالک: یعنی مالک معامله را رد کند، یعنی معامله باطل باشد.<sup>۱</sup>

## با جمع شدن سه شرط فوق، بایع فضولی<sup>۲</sup> ضامن درک مبیع است، یعنی:

بایع فضولی باید ثمن را به اصیل پس بدهد؛  
اگر اصیل جاهل بود، خسارات او را هم بدهد، اما اگر اصیل عالم بود، فقط ثمن را به او پس می دهد.  
نکته: طبق ماده ۳۹۰ ق.م. نیازی به ذکر «ضمان درک» در قرارداد نیست.

ماده ۳۹۰: اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزاً مستحق لغیر در آید، بایع [بایع فضولی] ضامن است، اگر چه تصریح به ضمان نشده باشد.

ضمان درک ویژه عین معین است و در موردی که فروشنده مال کلی مصداقی از مال غیر را به خریدار تسلیم کند، وفای به عهد نکرده است و باید الزام شود؛<sup>۳</sup>

منظور ماده این است که معامله فضولی رخ داده: یعنی بایع فضول است.

<sup>۱</sup> - اگر مالک معامله را تنفیذ کند، معامله صحیح و ضمان درک پیش نمی آید.

<sup>۲</sup> - معمولاً لفظ «فضولی» را در این جمله به کار نمی برند، چرا که ضمان درک خود معلوم کننده معامله فضولی است: به جای آن می گویند «بایع ضامن درک مبیع است».

<sup>۳</sup> - یعنی ضمان درک در بیع «کلی» وجود ندارد.

## مفاد ضمان

**ماده ۳۹۱:** در صورت مستحق<sup>۱</sup> للغير بر آمدن کل یا بعض از مبیع، بایع [بایع فضولی] باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری [اصیل] به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز بر آید.

در موردی که تنها بخشی از مبیع از آن دیگری بوده است، بیع تنها نسبت به همان بخش باطل است و برای محاسبه ثمنی که به آن اختصاص دارد؛<sup>۱</sup> علم و جهل فروشنده در مسئولیت مربوط به خسارات وارد بر خریدار اثر ندارد؛ در صورت جهل خریدار به فساد بخشی از مبیع، او می تواند بیع را نسبت به بخش درست آن نیز به استناد خیار تبعض صفقه فسخ کند. بایع فضول باید در هر حال ثمن را بدهد، چه اصیل جاهل باشد و چه عالم.

## ضمان در صورت کسر قیمت مبیع

**ماده ۳۹۲:** در مورد ماده قبل بایع باید از عهده تمام ثمنی که اخذ نموده است نسبت به کل یا بعض بر آید، اگر چه بعد از عقد بیع به علتی از علل در مبیع کسر قیمتی حاصل شده باشد.

## زیادتی ناشی از عمل مشتری

**ماده ۳۹۳:** راجع به زیادتی که از عمل مشتری در مبیع حاصل شده باشد مقررات ماده ۳۱۴ ق.م.ا<sup>۲</sup> مجری خواهد بود.<sup>۳</sup> خریدار در بیع فاسد در هر حال غاصب است و از بابت کاری که انجام داده نه می تواند اجرت بخواهد و نه اضافی قیمتی که از این راه ایجاد شده است به او می رسد، ولی اگر افزوده ای که در نتیجه کار او به وجود آمده عین مستقل و جدای از مبیع باشد (مانند میوه درخت و مجسمه نصب شده در باغ) به او تعلق دارد.

## ضمان درک ثمن

قانون مدنی در ضمان درک، بایع را ضامن درک مبیع دانسته است؛ اما همیشه اینطور نیست؛ معمولاً [و نه همیشه] در بیع فضولی، بایع فضول است؛ یعنی مبیع مال غیر است؛ اما امکان دارد مشتری فضول باشد، یعنی ثمن مال غیر باشد؛

پس اگر ثمن مال غیر باشد مشتری فضولی، ضامن درک ثمن است و باید مبیع را پس بدهد؛

**به عبارت دیگر:** فضول ضامن درک است و باید عوضی که گرفته است را پس بدهد؛ بایع ثمن می گیرد و مشتری مبیع؛ دو ماده وجود دارد که مشتری ضامن درک است: بند دوم ماده ۳۶۲ و ماده ۶۹۷ ق.م.ا؛

<sup>۱</sup> - ماده ۴۴۲ ق.م.ا در مورد تبعض صفقه قسمتی از ثمن که باید به مشتری برگردد به طریق ذیل حساب می شود: آن قسمت از مبیع که به ملکیت مشتری قرار گرفته منفرداً قیمت می شود و هر نسبتی که بین قیمت مزبور و قیمتی که مجموع مبیع در حال اجتماع دارد پیدا شود به همان نسبت از ثمن را بایع نگاه داشته و بقیه را باید به مشتری رد نماید.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۱۴ ق.م.ا: اگر در نتیجه عمل غاصب قیمت مال مقصوب زیاد شود، غاصب حق مطالبه قیمت زیادی را نخواهد داشت، مگر این که آن زیادتی عین باشد که در این صورت عین زاید متعلق به خود غاصب است.

<sup>۳</sup> - کار غاصب هدر است و حق الزحمه نمی تواند بگیرد. مثال در مورد زیادتی که عین متعلق به غاصب باشد: مانند خرید زاپاس توسط غاصب برای ماشین غصب شده.

ماده ۳۶۲: آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است:  
 به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می شود؛  
 عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می دهد؛  
 عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می نماید؛  
 عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می کند.

ماده ۶۹۷: ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن آن جایز است.

### شباهت ضمان معاوضی با ضمان درک

در ضمان درک بایع [فضولی] باید ثمن را پس بدهد؛  
 در ضمان معاوضی هرگاه مبیع قبل از تسلیم تلف می شد، بایع می بایست ثمن را پس بدهد؛  
 پس ضمان درک یکی از اقسام ضمان معاوضی است: چون در هر دو مورد بایع باید ثمن را پس بدهد.

### ضمان درک ویژه عین معین است

اگر بایع مال کلی را به مشتری تحویل بدهد، وفای به عهد نکرده و به عبارتی معامله فضولی رخ نداده است؛  
 درجایی که معامله فضولی رخ نداده است، ضمان درک نیز وجود ندارد؛  
 در این صورت مشتری مال گرفته شده را پس می دهد و بایع ملزم است از مال خود به مشتری بدهد.

ماده ۲۶۹: وفای به عهد وقتی محقق می شود که متعهد چیزی را که می دهد مالک و یا مأذون از طرف مالک باشد و شخصاً هم اهلیت داشته باشد.

فرض این ماده این است که موضوع تعهد، تملیک یک مال [کلی] به متعهدله باشد، مانند بیع کلی؛ نه رد مال امانی؛

اگر پرداخت کننده مأذون از طرف مالک نباشد، متعهد باید مال را به صاحب اصلی آن [مالک] بدهد: و حق ندارد مال را به فضول تحویل بدهد.

### قواعد ضمان درک امری نیست

می توان به سه صورت برخلاف قواعد ضمان درک، توافق کرد: شرط عدم مسئولیت، شرط تخفیف و شرط تشدید؛

شرط عدم ضمان درک [شرط عدم مسئولیت در وجه التزام]:

در قالب یک مثال: بایع به شرطی می فروشد که اگر بعداً معلوم شود این مال، مال او نبوده است، ثمن را به مشتری پس نمی دهد؛ در این صورت اگر مشتری این شرط را قبول کند، بایع مسئولیتی ندارد.



**شرط تخفیف ضمان درک:**

در قالب یک مثال: بایع به شرطی می فروشد که اگر بعداً معلوم شود این مال، مال او نبوده است، به صورت کامل ضامن نباشد؛ در این صورت اگر مشتری این شرط را قبول کند، مسئولیت بایع در «حدود مشخص شده» است.

**شرط تشدید ضمان درک:**

این شرط، عکس صورت دوم است: به این صورت که بایع برای تضمین و راضی کردن مشتری، ضمانت خود را بیشتر از حد معمول شرط می کند؛

مثال: بایع به شرطی می فروشد که اگر بعداً معلوم شود این مال، مال او نبوده است، دو برابر ثمن ضامن باشد.

**تأدیه ثمن****الزام به تأدیه در موعد و محل قرارداد:**

**ماده ۳۹۴:** مشتری باید ثمن را در موعد و در محل و بر طبق شرایطی که در عقد بیع مقرر شده است تأدیه نماید.<sup>۱</sup>

در موردی که موعد و محل تأدیه ثمن در عقد بیع معین نشده است، عرف حاکم بر رابطه دو طرف است. ماده ۲۲۰ ق.م.؛

در فرضی که عرف نیز حکم معین ندارد، خریدار باید ثمن را نقد بپردازد. (بند ۳ ماده ۴۹۰ ق.م.؛)

در بیع نسبه، ظاهر این است که مهلت و اقساط به سود خریدار مقرر شده است و او می تواند از این امتیاز بگذرد و ثمن را نقد بپردازد؛

محل تأدیه در صورت سکوت دو طرف و فقد و ابهام عرف محل وقوع عقد است. (مواد ۲۸۰ و ۳۷۵ ق.م.).

**اجبار خریدار و فسخ بیع:**

**ماده ۳۹۵:** اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر تأدیه نکند بایع حق خواهد داشت که بر طبق مقررات راجعه به خيار تأخیر ثمن

معامله را فسخ یا از حاکم اجبار مشتری را به تأدیه ثمن بخواهد.<sup>۲</sup>

تأخیر در پرداخت ثمن، در صورتی سبب خيار فسخ می شود که شرایط ایجاد خيار تأخیر ثمن محقق شود؛ بنابراین، هرگاه ثمن مؤجل باشد، بایع

خيار فسخ ندارد. در این صورت، بایع می تواند اجبار مشتری را به تأدیه ثمن بخواهد که یکی از گزینه های پیش بینی شده در ماده ۳۹۵ ق.م.

است، اصل لزوم قراردادها (ماده ۲۱۹ ق.م.). نیز این نتیجه را تأیید می کند.

<sup>۱</sup> - بند ۴ ماده ۳۶۲ ق.م: آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است: ۱. ... ۲. ... ۳. ... ۴. عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می کند.

<sup>۲</sup> - رک. مبحث دوم همین جزوه (مدنی ۶): «خيارات» - شرح کامل خيار تأخیر ثمن + مواد ۴۰۲ تا ۴۰۹ ق.م.

# فصل دهم: خیارات

## خیار

خیار یعنی اختیار فسخ معامله در عقود لازم؛<sup>۱</sup>

خیارات همانند حقوق معنوی نه حق عینی هستند و نه حق دینی؛

خیار، مانند حق شفعه، یک حق مالی است؛

مبنای اکثر خیارات «ضرر» است؛

اکثر خیارات مربوط به کسی است که جاهل است.<sup>۲</sup>

## تعداد خیارات

ماده ۳۹۶ ق.م. از ۱۰ خیار نام برده است: اما در واقع در قانون مدنی ۱۲ نوع خیار وجود دارد؛<sup>۳</sup> یعنی علاوه بر خیارات مندرج در این ماده، دو خیار دیگر نیز وجود دارند که در آن ذکر نشده اند: خیار تفلیس: ماده ۳۸۰ ق.م؛ و خیار تعذر تسلیم: مواد ۲۳۹، ۲۴۰، ۴۸۲، ۴۸۸ و ۵۲۸ ق.م.

ماده ۳۹۶: خیارات از قرار ذیلند:

خیار مجلس؛

خیار حیوان

خیار شرط؛

خیار تأخیر ثمن؛

خیار رویت و تخلف وصف؛

خیار غبن؛

خیار عیب؛

خیار تدلیس؛

خیار تبعض صفقه؛

خیار تخلف شرط.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۵۶ ق.م: تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۱۶ ق.م: هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند.

<sup>۳</sup> - تعداد خیارات در فقه، در نوسان است و مانند قانون مدنی نیست؛ دلیل آن هم این است که برخی فقها، دو خیار «تفلیس» و «تعذر تسلیم» را یک خیار می دانند.

اگر در قانون یک حق فسخ پیش‌بینی شده باشد و مشخص نشود که از کدام یک از خيارات مذکور است: آن را خيار تخلف از شرط ضمنی می‌نامیم: مانند خيار مندرج در مواد: ۴۸۷<sup>۱</sup> و ۴۹۲ ق.م. ۲<sup>۲</sup>

## خيارات مختص

خيار مجلس، حيوان و تأخير ثمن،<sup>۳</sup> مختص عقد بيع می‌باشند؛ مابقی خيارات می‌توانند با توجه به سازگاری آن خيار با ماهیت عقد در همه عقود موجود باشند؛ این خيارات [یعنی ۹ خيار باقی‌مانده] را خيار مشترک می‌گویند.

ماده ۴۵۶: تمام انواع خيار در جميع معاملات لازمه<sup>۴</sup> ممکن است موجود باشد، مگر خيار مجلس و حيوان و تأخير ثمن که مخصوص بيع است.

## سازگاری خيار با عقد

وجود هر خيار در هر عقدی، متناسب با آن عقد است؛ یعنی خيار باید با ماهیت عقد سازگار باشد.

### برای مثال:

خيار غبن مربوط به عقود معوض [عقد مبادیه‌ای] است؛  
خيار شرط در سه عقد نکاح<sup>۵</sup>، وقف و ضمان نقل<sup>۶</sup> وجود ندارد.

## تفاوت خيار شرط با سایر خيارات

### خيار شرط با سایر خيارات دو تفاوت اساسی دارد؛

اولاً: خيار شرط منشأ قراردادی دارد، ولی مابقی خيارات منشأ قانونی دارند؛ یعنی خيار شرط ناشی از عقد است، به این صورت که اگر طرفین بخواهند شرط می‌گذارند و اگر نخواهند شرط نمی‌گذارند، اما وجود یا عدم وجود مابقی خيارات در هر عقدی، طبق قانون است و اختیاری نیست؛

<sup>۱</sup> - ماده ۴۸۷ ق.م: هرگاه مستاجر نسبت به عین مستاجره تعدی یا تفریط نماید و موجر قادر بر منع آن نباشد موجر حق فسخ دارد.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۹۲ ق.م: اگر مستاجر عین مستاجره را در غیر موردی که درج شده ذکر شده باشد یا از اوضاع و احوال استنباط می‌شود استعمال کند و منع آن ممکن نباشد [تقصیر کند] موجر حق فسخ [خيار تخلف از شرط ضمنی و تصریحی] اجاره را خواهد داشت.

<sup>۳</sup> - نکته مهم: خيار تاخیر ثمن، مختص بايع می‌باشد؛

<sup>۴</sup> - معاملات لازمه: خيارات فقط در عقود لازم به وجود می‌آیند.

<sup>۵</sup> - ماده ۱۰۶۹ ق.م: شرط خيار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است [فقط شرط باطل است]، ولی در نکاح دایم شرط خيار نسبت به صداق جایز است، مشروط بر این که مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد.

<sup>۶</sup> - خيار شرط به خاطر این که به ضرر مدیون اصلی است، در ضمان نقل راه ندارد؛ اما در «ضمان ضم ذمه» می‌توان خيار شرط گذاشت.

ثانیاً: خیار شرط تنها خیاری است که ثالث هم می تواند داشته باشد، اما مابقی خیارات مربوط به طرفین است.

## تقسیم بندی خیارات از نظر مدت

### خیارات مدت دار:

سه خیار نخست [مجلس، حیوان و شرط]، خیارات مدت دارند؛

خیار مجلس تا زمان جدایی طرفین؛

خیار حیوان تا سه روز از زمان عقد؛

خیار شرط تا سررسید مدت شرط شده.

### خیارات فوری:

خیارات فوری خیاراتی هستند که مدت ندارند و صاحب خیار از تاریخ علم باید آن را اعمال کند؛<sup>۱</sup>

اگر در خیارات فوری، فوراً فسخ صورت نگیرد، خیار ساقط می شود مگر این که صاحب خیار به حق فسخ و یا به فوریت آن آگاه نباشد؛<sup>۲</sup>

اصل بر عدم فوریت در اعمال خیار است؛ یعنی خیارات فوری استثناء هستند و استثناء هم نیاز به تصریح دارد.

## خیارات فوری تصریح شده در قانون

❶ خیار رویت و تخلف از وصف، تصریح در ماده ۴۱۵ ق.م؛

❷ خیار غبن، تصریح در ماده ۴۲۰ ق.م؛

❸ خیار عیب، تصریح در ماده ۴۳۵ ق.م؛

❹ خیار تدلیس، تصریح در ماده ۴۴۰ ق.م.

## خیارات غیر فوری و بدون مدت

❶ خیار تأخیر ثمن؛

❷ خیار تبعض صفت؛

❸ خیار تخلف از شرط؛

❹ خیار تفلیس؛

❺ خیار تعذر تسلیم.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۱۳۱ ق.م: خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط می شود، به شرط این

که علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است.

<sup>۲</sup> - صاحب خیار باید ثابت کند که به اصل حق و یا به فوری بودن آن آگاه نبوده است: زیرا جهل به قانون مسموع نیست.

## مقایسه

### تشابه خیار با حق شفعه

حق خیار، همانند حق شفعه، حق مالی است؛  
هیچ کدام قابل انتقال ارادی نیستند؛  
هر دو [خیار و حق شفعه] به ارث می رسند [انتقال قهری]؛  
هر دو قابل اسقاط هستند.

### به ارث رسیدن خیار

ماده ۴۴۵: هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل به وراث می شود.<sup>۱</sup>

### استثنائات به ارث رسیدن خیار

ماده ۴۴۵ ق.م. سه استثناء دارد: یعنی در **سه مورد** حق خیار به ارث نمی رسد؛

#### استثنای نخست: قید مباشرت

اگر خیار شرط به «قید مباشرت طرف عقد» باشد، به ارث نمی رسد؛

ماده ۴۴۶: خیار شرط ممکن است به قید مباشرت و اختصاص به شخص مشروط له قرار داده شود؛ در این صورت منتقل به وراث نخواهد شد.

«قید مباشرت» خیلی محکم تر و قوی تر از «شرط مباشرت» است و خلاف آن نمی توان عمل کرد؛  
به وراث نمی رسد: یعنی حق خیار ساقط می شود.

#### استثنای دوم: خیار شخص ثالث

هرگاه خیار شرط برای ثالث باشد و ثالث فوت کند، این حق به وارث او نمی رسد؛

ماده ۴۴۷: هرگاه شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد منتقل به ورثه نخواهد شد.

ثالث در اینجا نقش یک داور را دارد؛

تنها خیاری که ثالث هم می تواند داشته باشد «خیار شرط» است: بقیه خیارات فقط مربوط به طرفین است؛  
خیار شرط منشأ قراردادی دارد اما مابقی خیارات منشأ قانونی دارند؛

<sup>۱</sup> - ماده ۸۲۳ ق.م. حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می شود.

منظور از ورثه: هم شامل ورثه ثالث می شود و هم شامل ورثه طرفین معامله؛  
به خیار شرط ثالث «**اشتراط مؤامره**» هم می گویند: یعنی امر ثالث.

### استثنای سوم: خیار مجلس

در صورتی که همه وراثت در مجلس عقد حضور نداشته باشند، خیار مجلس به ارث نمی رسد؛  
خیار مجلس زمانی به ارث می رسد که وقتی طرف فوت می کند، تمام وراثت وی در مجلس عقد حاضر باشند؛  
یعنی اگر حتی یکی از وراثت، حین عقد حاضر نباشد، این خیار از بین می رود؛  
و اگر وراثت همه حاضر باشند، اما یکی از آنها مخالف باشد، بقیه وراثت هیچ کاری نمی توانند بکنند؛  
زمانی که خیار به ارث رسیده، وراثت باید دسته جمعی فسخ کنند [همه باهم]: به این اقدام، ایقاع جمعی  
می گویند.

### به ارث رسیدن حق شفعه

حق شفعه یک حق مالی است؛  
تمام حقوق مالی بعد از فوت به ارث می رسند؛  
پس حق شفعه نیز به ارث می رسد.

### ماده ۸۲۳: حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراثت او منتقل می شود.

انتقال [ارادی] حق شفعه به دیگری امکان ندارد حتی اگر همراه با سهم شریک باشد. در ارث همراه با مالکیت انتقال می یابد و وارثان شخصیت  
حقوقی او را ادامه می دهند؛  
تعدد وراثت مانع از اجرای حق شفعه یا سقوط آن نمی شود؛  
وارثان حق شفعه را به نسبت سهم خود ارث می برند، منتها اجرای این حق باید به طور جمعی صورت پذیرد تا تبعیضی رخ ندهد (ماده ۸۱۸  
ق.م)؛

زن نیز از حق شفعه **ارث می برد**، هر چند که موضوع تملک زمین باشد، زیرا محروم ماندن زوجه از ارث زمین منافاتی با تملک او به وسیله حق  
شفعه ندارد.

### قابل اسقاط بودن خیار و حق شفعه

خیار و حق شفعه هر دو قابل اسقاط هستند؛

### اسقاط خیار

ماده ۴۴۸: سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود.

**اسقاط کافه خیارات:**

در عقد می توان شرط کرد که تمام خیارات ساقط بشوند؛  
 اما این شرط [سقوط خیارات] را نمی توان در مورد سه خیار اعمال کرد؛ زیرا با نظم عمومی مخالف است؛  
 خیار تدلیس: چون شخص، طرف معامله را فریب داده است و خیارش را هم ساقط کرده است؛  
 سقوط خیار تَفلیس و خیار تعذر تسلیم را نیز نمی توان در عقد شرط کرد.

**نکته مهم:**

اگر پس از این که خیار برای طرف به وجود آمد و وی هم از داشتن خیار مطلع باشد، سپس آن را ساقط کند، بر اساس قاعده اقدام، ایرادی ندارد.

**اسقاط حق شفعه**

حق شفعه یک حق مالی است و هر حق مالی هم قابل اسقاط است: با لفظ یا هر عملی؛  
 حق شفعه را بعد از بیع می توان ساقط کرد، نه قبل از بیع؛  
 زیرا قبل از بیع حق شفعه به وجود نیامده است که بتوان آن را ساقط کرد؛  
 به عبارت دیگر: حتی اگر شریک قبل از فروش سهم خود، به شریک دیگر پیشنهاد فروش داده باشد و شریک دیگر پیشنهاد را قبول نکند، باز هم حق شفعه پابرجاست.<sup>۱</sup>

ماده ۸۲۲: حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می شود.

**تفاوت خیار با حق شفعه**

حق خیار نه عینی است و نه دینی، اما حق شفعه یک حق عینی است؛  
 اعمال حق شفعه با اعمال خیار توسط وراث متفاوت است.

**تفاوت اعمال حق شفعه با اعمال خیار، توسط وراث:**

اگر همه وراث بخواهند اخذ به شفعه بکنند، هیچ مشکلی به وجود نمی آید؛ یعنی همه باهم ثمن را به مشتری پرداخت می کنند و حصه مبیعه را تملک می کنند؛  
 حال اگر برای مثال یکی از آن ها نخواهد اخذ به شفعه بکند، وارث دیگر می تواند این حق را اعمال کند، در این صورت باید تمام حصه مبیعه را تملک کند و حق تبییض ندارد؛ یعنی نمی تواند فقط نسبت به سهم خود اخذ به شفعه بکند.

<sup>۱</sup> - یعنی فروش سهم، با رضایت شریک دیگر، مسقط حق شفعه نیست: رک. حقوق مدنی ۸.

اما در اعمال حق خیار، اگر ورثه متعدد باشند، باید همه باهم فسخ کنند؛ یعنی برخلاف اخذ به شفعه، یکی از وراثت به تنهایی نمی تواند حق خیار را اعمال کند.

ماده ۸۲۴: هرگاه یک یا چند نفر از وراثت حق خود را اسقاط کند، باقی وراثت نمی توانند آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا نمایند و باید یا از آن صرف نظر کنند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نمایند.

## «شرح خیارات به تفکیک»

### خیار مجلس

ماده ۳۹۷: هر یک از متبایعین بعد از عقد فی المجلس و مادام که متفرق نشده اند اختیار فسخ معامله را دارند.

قید «مجلس» در این ماده ناظر به مورد غالب است که خروج از آن وسیله جدا شدن دو طرف می شود. آنچه اهمیت دارد جدایی واقعی است، خواه در مجلس عقد رخ دهد یا خارج از آن؛

مرگ یکی از دو طرف بیع در حکم جدایی است و وارثان متوفی نمی توانند در مجلس عقد حاضر شوند و بیع را فسخ کنند؛ مگر هم زمان با وقوع عقد بیع، همه در آن جا حضور داشته باشند؛

در معامله با خود [زمانی که یک نفر وکیل دو طرف عقد است]، خیار مجلس وجود ندارد؛

خیار مجلس در بیع صرف وجود ندارد؛

در عقود با مکاتبه [نامه و اینترنت] خیار مجلس وجود ندارد و در عقدی که با تلفن انجام می شود هم خیار مجلس راه ندارد؛

در بیع فضولی، خیار مجلس با مالک است، مشروط بر این که در مجلس عقد حاضر باشد.

### نکات دیگر:

خیار مجلس برای هر دو نفر [متبایعین] به وجود می آید و اختصاص به یک نفر ندارد؛

خیار مجلس در «بیع کلی» نیز وجود دارد؛

خیار مجلس، بلافاصله و هم زمان با وقوع عقد به وجود می آید؛

خیار مجلس استثناء و مختص بیع است؛

یعنی هر کجا شک شود، باید تفسیر مضیق بشود و اصل بر عدم وجود آن است؛

برای مثال: در بیع با تلفن، بیع اینترنتی و امثالهم، وجود یا عدم وجود خیار مجلس مورد اختلاف است، اما با توجه به

استثناء بودن خیار مجلس، باید گفت که در این موارد خیار مجلس وجود ندارد.

<sup>۱</sup> - ماده ۸۱۵ ق.م. حق شفعه را نمی توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود؛ صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید.



## خيار حيوان

ماده ۳۹۸: اگر مبيع حيوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد.

خيار حيوان در بيع حيوان زنده به وجود می آید و نه حيوان مرده؛ به حيوان مرده، حيوان نمی گویند!  
 خيار حيوان ویژه موردی است که مبيع عین معین باشد: یعنی این خيار در «کلی» وجود ندارد؛  
 اگر ثمن حيوان باشد، بايع نیز خيار حيوان دارد: بحث بر حيوان بودن هر دو و يا یکی از دو عوض است؛  
 یعنی خيار حيوان مختص مشتری نیست؛  
 به عبارت دیگر: در بيع هر کدام که مالک حيوان بشود، خيار حيوان دارد؛  
 خيار حيوان، همزمان با وقوع عقد به وجود می آید: از لحظه وقوع به مدت سه روز.

## خيار شرط

ماده ۳۹۹: در عقد بيع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بايع يا مشتری يا هر دو يا شخص خارجی اختيار فسخ معامله باشد.

در صورت وجود قوه قاهره که مانع از حق خيار شرط شود، این مهلت تا رفع مانع ادامه پیدا می کند؛  
 شخص خارجی که خيار فسخ پیدا می کند معتمد و داور دو طرف است و نه نماینده آنان؛  
 خيار شرط ناظر به موردی است که اعمال آن منوط به تخلف از انجام تعهد نباشد؛  
 در عقد نکاح،<sup>۱</sup> وقف و ضمان خيار شرط راه ندارد؛  
 در معامله با حق استرداد تمليک ناقص و ناپایدار است و مفهومی شبیه رهن دارد و در صورتی که فروشنده نخواهد، هیچ گاه به تمليک قطعی تبدیل نمی شود: رک. مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ت؛  
 دو طرف می توانند شرط کنند که قرار داد پس از مدتی پایان پذیرد يا در اثر رویداد ویژه ای منحل شود:  
 شرط فاسخ.

## نکات دیگر خيار شرط:

«خيار شرط» و «شرط خيار»، هر دو یکی هستند؛  
 وقتی که خيار شرط برای شخصی غير از متعاملین [ثالث] گذاشته می شود به آن «**اشتراط مؤامره**» می گویند؛  
 خيار شرط قراردادی است: به همین علت است که می توان برای ثالث خيار شرط گذاشت؛  
 خيار شرط اختصاص به یک طرف ندارد: برای هر دو طرف يا ثالث می توان خيار شرط گذاشت؛<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۱۰۶۹ ق.م: شرط خيار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است [فقط شرط باطل است]، ولی در نکاح دائم شرط خيار نسبت به صداق جایز است، مشروط بر این که مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد.

خيار شرط در معامله «کلی» هم وجود دارد؛

وجود خيار شرط، مانع از تمليک مبيع نيست؛

دو نوع خيار شرط وجود دارد: متصل و منفصل؛

اگر ابتدای خيار با وقوع عقد باشد: خيار شرط متصل و اگر ابتدای خيار بعد از وقوع عقد باشد: خيار شرط منفصل؛

و اگر ابتدای خيار شرط بيان نشود، طبق ماده ۴۰۰ ق.م. متصل فرض می شود؛

**ماده ۴۰۰:** اگر ابتدای مدت خيار ذکر نشده باشد، ابتدای آن از تاريخ عقد محسوب است والا تابع قرار داد متعالمين است.<sup>۲</sup>

مدت مجهولی که در آن احتمال بيش و کم برود در حکم نبودن مدت است و هم چنین است ابتدای مدت خيار.

والا: يعنی اگر ابتدای مدت خيار شرط ذکر نشده باشد؛

به عبارت ديگر، اگر مطلق باشد: متصل محسوب است.

### لزوم تعیین مدت در خيار شرط

اگر انتهای خيار شرط مشخص نشود، طبق ماده ۴۰۱ ق.م. هم شرط و هم عقد باطل است؛

**ماده ۴۰۱:** اگر برای خيار شرط مدت معين نشده باشد هم شرط خيار و هم بيع باطل است.

علت بطلان: غرری شدن عقد است؛

تعیین ساعت آغاز و پایان ضروری نيست؛

در عقودي که مدت دارند: مانند اجاره و مزارعه، می توانيم خيار شرط بدون مدت بگذاريم: حق فسخ در ماده

۴۹۸ ق.م. مدت ندارد و درست است.<sup>۳</sup>

### نکته مهم در مورد ماده ۴۰۱ ق.م.:

بر اساس این ماده، در صورتی که انتهای مدت خيار شرط معلوم نباشد، هم شرط و هم عقد باطل است؛

لازم به ذکر است که این قاعده مربوط به عقود معوض است: زیرا در این عقود احتمال ورود غرر وجود دارد؛

<sup>۱</sup> - این که خيار شرط را چه کسی داشته باشد، هفت حالت احتمالی دارد: (۱) فقط بايع داشته باشد، (۲) فقط مشتری داشته باشد، (۳) فقط ثالث داشته باشد، (۴) هم بايع و هم مشتری داشته باشند، (۵) هم بايع و هم ثالث داشته باشند، (۶) هم مشتری و هم ثالث داشته باشند، (۷) و یا این که هر سه [هم مشتری، هم بايع و هم ثالث] داشته باشند.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۶۹ ق.م. مدت اجاره از روزی شروع می شود که بين طرفين مقرر شده است و اگر در عقد اجاره ابتدای مدت ذکر نشده باشد، از وقت عقد محسوب است.

<sup>۳</sup> - ماده ۴۹۸ ق.م. اگر عين مستاجره [توسط موجر] به ديگری منتقل شود اجاره به حال خود باقی است، مگر این که موجر حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد.

اما در عقود مجانی [مانند هبه و صلح بلاعوض]، از آنجایی که غرر وجود ندارد، اندراج خيار شرط بدون تعیین مدت بدون اشکال است و غرری نیست.

## خيار تأخير ثمن

خيار تأخير ثمن فقط مربوط به بايع است؛

تنها خياری است که اختصاص به یک طرف معامله دارد و طرف دیگر به هیچ وجه این خيار را ندارد؛ مابقی خيارات را همه به نوعی و تحت شرایطی می توانند داشته باشند، اما این خيار مختص یک طرف [بايع] است؛

پس خيار تأخير ثمن، مختص بيع و مختص بايع است؛

**ماده ۴۰۶:** خيار تأخير مخصوص بايع است و برای مشتری از جهت تأخير در تسليم مبيع این اختيار نمی باشد.

«خيار تأخير»: عنوان خلاصه شده «خيار تأخير ثمن» است.

**برای این که بايع خيار تأخير ثمن داشته باشد، به وجود هم زمان<sup>۱</sup> چهار شرط نیاز است:**

### مبيع کلی نباشد؛

یعنی مبيع یا باید عین معین باشد و یا کلی در معین.

### مبيع و ثمن هر دو حال باشند؛

یعنی مبيع یا ثمن، هیچ کدام مؤجل نباشند.

### سه روز از بيع بگذرد؛<sup>۲</sup>

یعنی این خيار بعد از عقد به وجود می آید.

### هیچ کدام تمام مبيع یا ثمن را پرداخت نکرده باشد؛

یعنی پرداخت جزئی مبيع یا ثمن [بیعانه] تأثیری در وجود و عدم این خيار ندارند.

**ماده ۴۰۲:** هرگاه مبيع عین خارجی [عین معین] و یا در حکم آن [کلی در معین] بوده و برای تأدیه ثمن یا تسليم مبيع بین

متایعین اجلی معین نشده باشد [حال باشد]، اگر سه روز از تاریخ بيع بگذرد و در این مدت نه بايع مبيع [تمام مبيع] را تسليم

مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بايع بدهد بايع مختار در فسخ معامله می شود.

هرگاه خریدار پس از گذشتن سه روز و پیش از اعمال خيار ثمن را بپردازد، سقوط خيار ترجیح دارد. [البته اختلافی است].

<sup>۱</sup> - اصولین به آن عام اجتماعی می گویند: یعنی همه شرایط باید با هم و یکجا مهیا باشند.

<sup>۲</sup> - دقت شود: نباید گمان برد که خيار تأخير ثمن از جمله خيارات مدت دار است و مدت آن سه روز است؛ بلکه خيار تأخير ثمن بدون مدت و نامحدود است.

## موارد سقوط خیار تأخیر ثمن

### هرگاه بایع ثمن را مطالبه کند؛

ماده ۴۰۳: اگر بایع به نحوی از انحاء مطالبه ثمن نماید و به قراین معلوم گردد که مقصود التزام به بیع بوده است خیار او ساقط خواهد شد.<sup>۱</sup>

مطالبه ثمن: منظور این است که بایع ثمن را بعد از گذشتن سه روز مطالبه کند: چون قبل از اتمام سه روز هنوز خیاری ایجاد نشده است و تا سه روز بایع ملزم است که به بیع پایبند باشد؛  
ساقط خواهد شد: قبل از ایجاد نمی توان ساقط کرد: پس منظور بعد از سه روز است که خیار ایجاد شده است؛  
التزام به بیع بوده: یعنی اسقاط ضمنی خیار.

### هرگاه میبایع یا ثمن به طور کامل تسلیم شود؛

ماده ۴۰۴: هرگاه بایع در ظرف سه روز از تاریخ بیع تمام میبایع را تسلیم مشتری کند یا مشتری ثمن را به بایع بدهد، دیگر برای بایع اختیار فسخ نخواهد بود اگر چه ثانیاً به نحوی از انحاء میبایع به بایع و ثمن به مشتری برگشته باشد.

اگر بایع تمام میبایع را تسلیم کند، قاعده اقدام است: و به طور ضمنی از خیار خود صرف نظر کرده است؛  
هرگاه مشتری ثمن را تمام و کمال پرداخت کند: زمینه ایجاد خیار را از بین می برد؛  
میبایع یا ثمن به نحوی به بایع و مشتری برگشته باشد: مانند این که به او امانت داده شود.

ماده ۴۰۷: تسلیم بعضی ثمن یا دادن آن به کسی که حق قبض ندارد خیار بایع را ساقط نمی کند.

اگر مشتری جزئی از ثمن را به بایع بدهد، خیار تأخیر ثمن ساقط نمی شود: یعنی دادن بیعانه تأثیری ندارد؛<sup>۲</sup>  
عدم تأثیر بیعانه: چون در عقد بیع به صرف ایجاب و قبول مالکیت انتقال می یابد، دادن بیعانه تأثیری در این انتقال ندارد، هم چنان که ندادن آن هم همین طور است: پس بیعانه بی تأثیر است؛  
کسی که حق قبض ندارد: منظور کسی که سمت ندارد.<sup>۳</sup>

### هرگاه فروشنده از گرفتن ثمن امتناع ورزد؛

ماده ۴۰۵: اگر مشتری ثمن را حاضر کرد که بدهد و بایع از اخذ آن امتناع نمود خیار فسخ نخواهد داشت.  
منظور از حاضر کردن ثمن توسط مشتری: در داخل سه روزی است که هنوز خیار بایع ایجاد نشده است؛  
اگر مشتری بعد از سه روز، ثمن را بپردازد، بایع حق دارد که نگیرد و خیار خود را اعمال کند.

<sup>۱</sup> - یعنی بایع به صورت ضمنی از اعمال خیار انصراف داده است.

<sup>۲</sup> - در حکم عدم پرداخت است.

<sup>۳</sup> - ماده ۲۷۱ ق.م.دین باید به شخص داین یا به کسی که از طرف او وکالت [وکالت در قبض، نه هر وکالتی] دارد تادیه گردد یا به کسی که قانوناً حق قبض را دارد.

**هرگاه مشتری ضامن بدهد؛**

هرگاه مشتری برای ثمن ضامن بدهد و با بایع عقد ضمان [نقل ذمه] را بپذیرد، از آنجایی که ذمه مشتری بری شده است، حتی اگر ضامن ثمن را پرداخت نکند، بایع خیار تأخیر ثمن ندارد؛ یعنی دادن ضامن، در حکم پرداخت ثمن است.

**هرگاه ثمن حواله بشود؛**

**حواله توسط مشتری:** هرگاه مشتری برای پرداخت ثمن، با رضای بایع، حواله بدهد، یعنی دستور پرداخت به محال علیه بدهد و وی نیز قبول کند، در حکم پرداخت ثمن است و خیار تأخیر ثمن ساقط می شود؛  
**حواله توسط بایع:** هرگاه بایع حواله بدهد؛ یعنی از مشتری بخواهد که ثمن را به دیگری پرداخت کند، باز هم در حکم پرداخت ثمن است و خیار تأخیر ثمن ساقط می شود.

**ماده ۴۰۸:** اگر مشتری برای ثمن ضامن [نقل ذمه] بدهد یا بایع [یا مشتری] ثمن را حواله دهد، بعد از تحقق حواله [و ضمان] خیار تأخیر ساقط می شود.  
منظور از ضمان: ضمان نقل ذمه است؛ چون در قانون، اصل بر ضمان نقل است.

**نکته:**

دادن وثیقه [رهن] و ضمان ضم ذمه، موجب سقوط خیار تأخیر ثمن نمی شود؛ یعنی اگر مشتری، برای ثمن، مالی را رهن بگذارد باعث سقوط حق فروشنده نمی شود.

**خیار تأخیر ثمن در مبیع فاسد شدنی**

**ماده ۴۰۹:** هرگاه مبیع از چیزهایی باشد که در کمتر از سه روز فاسد و یا کم قیمت می شود، ابتدای خیار از زمانی است که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت می گردد.

استثنای سه روزی که برای خیار تأخیر ثمن لازم بود در این ماده (۴۰۹ ق.م.) آمده است؛  
خیار تأخیر ثمن در فقه: خیار «ما یفسد لیومه» نام دارد.<sup>۱</sup>

**خیار رویت و تخلف وصف**

خیار رویت این است که یک نفر مالی را ندیده و به وصف، یا از روی نمونه و یا این که به اعتبار رویت و شناخت قبلی خریده است، اما پس از دیدن اصل مبیع، متوجه می شود که مال [مبیع]، اوصاف گفته شده یا دیده شده قبلی را ندارد؛

<sup>۱</sup> - یعنی آن چه که در مدت یک روز فاسد می شود.

خيار رویت، موضوع همان فروش از روی نمونه است که در بیع مطرح شده است؛

### فروش از روی نمونه اگر مطابق نمونه نباشد، سه حالت دارد:

در این حالت هیچ راهی جز فسخ وجود ندارد: خيار تخلف از وصف؛ <sup>۲</sup>	مبیع عین معین است؛
در این حالت مشتری ابتدا به ساکن حق فسخ ندارد؛ باید ابتدا بایع را الزام کند؛ <sup>۳</sup> اگر این الزام کارساز نشد، طبق ماده ۴۸۲ ق.م. عمل می شود: حق فسخ به استناد خيار تعذر تسلیم.	مبیع کلی است؛
در این حالت بایع ابتدا الزام می شود [از طریق دادگاه] که از سایر افراد مجموعه بدهد، اگر الزام مؤثر واقع نشد، حق فسخ برای مشتری ثابت است؛ خيار تخلف از وصف. <sup>۴</sup>	مبیع کلی در معین است؛

ماده ۴۱۰: هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف [یا از روی نمونه] بخرد بعد از دیدن، اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد، مختار می شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید.  
در این ماده اگر همان اوصاف را داشته باشد، اما معیوب باشد، خيار عیب به وجود می آید.  
**خيار رویت هم زمان با وقوع عقد، به وجود می آید.**

ماده ۴۱۳: هرگاه یکی از متبایعین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رویت سابق معامله کند و بعد از رویت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت.  
سابقاً مال را دیده: یعنی عین معین بوده؛  
مال مزبور: همان مال دیده شده.

### خيار رویت اختصاص به یک طرف ندارد:

هرکدام از طرفین که مال را ندیده است، حق خيار خواهد داشت؛

۴ حالت دارد: «مشتری مبیع را ندیده»، «بایع مبیع را ندیده»، «بایع ثمن را ندیده» و «مشتری ثمن را ندیده» است؛

ماده ۴۱۱: اگر بایع مبیع را ندیده [و به وصف بفروشد] ولی مشتری آن را دیده باشد و مبیع غیر اوصافی که ذکر شده است دارا باشد، فقط بایع خيار فسخ خواهد داشت.

### خيار رویت در کلی وجود ندارد؛

اگر مورد معامله «کلی» باشد: ابتدا الزام به ابدال می شود و اگر الزام کارساز نشود: خيار تعذر تسلیم دارد؛<sup>۵</sup>

ماده ۴۱۴: در بیع کلی خيار رویت [تخلف از وصف] نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرر بین طرفین باشد.

<sup>۱</sup> - لازم نیست که همه مبیع مخالف نمونه باشد؛ بلکه حتی اگر یک واحد از آن مخالف نمونه باشد حق فسخ به وجود می آید.  
<sup>۲</sup> - ماده ۳۵۴ ق.م. ممکن است بیع از روی نمونه [بیع کلی فی الذمه] به عمل آید در این صورت، باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود، والا مشتری خيار فسخ [خيار تخلف از شرط «وصف»] خواهد داشت.  
<sup>۳</sup> - ماده ۴۱۴ ق.م. در بیع کلی خيار رویت [تخلف از وصف] نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرر بین طرفین باشد.  
<sup>۴</sup> - اگر مال مورد نظر در سایر افراد مجموعه موجود باشد، خيار تعذر تسلیم است؛ اما اگر در مجموعه چنین مالی نباشد، خيار تخلف از وصف ثابت است!  
<sup>۵</sup> - این قاعده فقط مربوط به این خيار نیست؛ بلکه هر خياری که در «کلی» وجود ندارد، مانند خيار عیب، ابتدا الزام و اگر الزام کارگر نیفتاد، خيار تعذر تسلیم.

## فوریت در خیار رویت:

ماده ۴۱۵: خیار رویت و تخلف وصف بعد از رویت فوری است.<sup>۱</sup>

اصل عدم فوریت: فوریت در قانون استثناء است و باید تصریح شود: به همین علت در این ماده فوریت ذکر شده است.

## منع تبعیض در فسخ:

ماده ۴۱۲: هرگاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعض دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض [بعض

تسلیم شده] مطابق وصف یا نمونه نباشد، می تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول نماید.<sup>۲</sup>

مشتری اختیار بین دو امر دارد: قبول مبیع خارج از وصف مورد توافق و یا فسخ معامله.

## خیار غبن

خیار غبن، اختیاری است که قانون در اثر عدم تعادل ارزش معاوضه مبیع با ثمن به متضرر داده است که می تواند معامله را فسخ یا به همان نحو قبول نماید؛<sup>۳</sup>

خیار غبن اختصاص به یک طرف ندارد: هرکدام از طرفین که غبن فاحش<sup>۴</sup> داشته باشد خیار دارد؛ یعنی اگر مشتری گران بخرد، خیار دارد و اگر بایع ارزان بفروشد، خیار دارد؛

ماده ۴۱۶: هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند.

زمان ارزیابی دو عوض و مقایسه آن دو و تمییز غبن فاحش تاریخ قرارداد است؛

ادعای غبن در قول نامه فروش مال نیز پذیرفته می شود؛

غبن ویژه معاملات معوض است و در صلحی که بر مبنای مسامحه یا به منظور رفع تنازع واقع می شود راه ندارد؛

در عقد رایگان با شرط عوض نیز خیار غبن راه ندارد؛ یعنی، اگر بهای شرط معادل با تملیک یا تعهد اصلی نباشد، خیار غبن ایجاد نمی شود؛

عقد احتمالی نیز به طور معمولی تسامحی است و در آن خیار غبن ایجاد نمی شود، مگر این که معلوم شود تسامح وجود ندارد. (مانند بیمه خطر).

## تعریف غبن فاحش:

ماده ۴۱۷: غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۱۳۱ ق.م: خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط می شود، به شرط این که علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۵۴ ق.م: ممکن است بیع از روی نمونه [بیع کلی فی الذمه] به عمل آید در این صورت، باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود، والا مشتری خیار فسخ [خیار تخلف از شرط «وصف»] خواهد داشت.

<sup>۳</sup> - دکتر حسن امامی.

<sup>۴</sup> - غبن فاحش یعنی: ضرر آشکار.

در اختلاف نسبت به قابل مسامحه بودن غبن، اصل لزوم قرارداد است و مدعی غبن باید فاحش بودن آن را **ثابت** کند؛ رجوع به کارشناس شایع ترین وسیله احراز فاحش بودن غبن است و دادگاه می تواند خود به این ابتکار دست زند، ولی هزینه اجرای قرار به عهده مدعی است؛

اگر ثابت شود که مغبون چنان به معامله رغبت داشته که در هر حال آن را انجام می داده است، (مانند خرید تمبری که مجموعه تمبرهای خریدار را کامل می کند) غبن اثر ندارد، هر چند فاحش باشد.

### نکات دیگر:

خيار غبن در معامله «کلی» هم وجود دارد؛

خيار غبن هم زمان با وقوع عقد به وجود می آید، زیرا از آنجایی که قیمت ها همیشه در نوسان است ملاک عدم تعادل دو عوض در زمان عقد است؛

خيار غبن اختصاص به کسی که دارد که به قیمت عادلانه روز جاهل باشد و اصل بر عدم علم است؛ کسی که به **قیمت عادلانه روز** عالم باشد، مشمول قاعده اقدام است و خيار غبن ندارد.

**ماده ۴۱۸:** اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده است خيار فسخ نخواهد داشت.

قانون فرض می کند که مغبون به قیمت واقعی جاهل است و دلیل علم مغبون به قیمت عادلانه را طرف قرارداد باید ثابت کند:

**یعنی اصل بر جاهل بودن خریدار است که غابن [مدعی عالم بودن] باید علم مغبون را ثابت کند؛**

در اثبات علم مغبون قرینه و اوضاع و احوال و تخصص مغبون نقش مهم و اساسی دارد؛

در صورتی که مغبون درباره ارزش واقعی موضوع و نابرابری دو عوض تردید داشته باشد، غبن تحقق می یابد.

### اهمیت شرایط معامله:

برای تشخیص غبن، علاوه بر مقایسه دو عوض، باید به شرایط معامله نیز توجه کرد؛

برای مثال: شروط ضمن عقد - شرایط معاملات اقساطی<sup>۱</sup> و ...؛

**ماده ۴۱۹:** در تعیین مقدار غبن شرایط معامله نیز باید منظور گردد.

### فوریت در خيار غبن:

**ماده ۴۲۰:** خيار غبن بعد از علم به غبن فوری است.<sup>۲</sup>

### قاعده مهم:

مبنای اکثر اختیارات دفع ضرر است و منطق اقتضاء می کند که اگر ضرر جبران بشود، خيار هم باید از بین برود؛ این قاعده در تمام اختیارات مجرا است، به جز خيار غبن؛

<sup>۱</sup> - مربوط به قاعده «الاجل قسط من الثمن»: یعنی اجل در مقابل بخشی از ثمن قرار می گیرد.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۱۳۱ ق.م.خ: خيار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ نکاح را فسخ نکند، خيار او ساقط می شود، **به شرط این** که علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خيار لازم بوده به نظر عرف و عادت است.



یعنی خیار غبن استثنای این قاعده است و با دفع ضرر، از بین نمی رود؛  
 قاعده منطقی ماده ۴۷۸ ق.م؛ که تفسیر موسع می شود و استثنای آن ماده ۴۲۱ ق.م؛ که تفسیر مضیق می شود؛

ماده ۴۷۸: هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده، مستأجر می تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند؛ ولی اگر موجر رفع عیب کند، به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد.

فسخ اجاره از همان آغاز مدت اجاره را منحل می سازد، هر چند که مدتی پس از آن اعمال شود.

ماده ۴۲۱: اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است [یعنی غابن] تفاوت قیمت را بدهد، خیار غبن ساقط نمی شود، مگر این که مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی گردد.

مبنای این ماده، استصحاب بقای خیار است و مفاد حکم با نظری تناسب دارد که خیار غبن را به «خیار تخلف از شرط ضمنی» دربارۀ تعادل بهای دعوای تحلیل می کند.

همان طور که بیان شد، این ماده خلاف اصل است؛ اصل این است که با جبران ضرر، خیار ساقط بشود.

## خیار عیب

در صورت معیوب بودن شیء مورد معامله، خریدار حق بر هم زدن معامله را دارد؛  
 خیار عیب اختصاص به یک طرف ندارد و هر طرف که کالای معیوب بگیرد خیار دارد؛  
 اگر مبیع معیوب باشد، مشتری و اگر ثمن معیوب باشد، بایع خیار عیب دارد.

ماده ۴۳۷: از حیث احکام عیب، ثمن شخصی [ثمن معین] مثل مبیع شخصی است.

خیار عیب در کلی وجود ندارد؛

از مواد ۴۳۷ و ۴۸۲ ق.م. برمی آید که: خیار عیب در «کلی» راه ندارد؛ این خیار در ثمن معین و در عین معین است؛

ماده ۴۸۲: اگر مورد اجاره عین کلی باشد و فردی [مصدق] که موجر داده معیوب در آید، مستأجر حق فسخ [خیار عیب] ندارد و می تواند موجر مجبور به تبدیل آن نماید و اگر تبدیل آن ممکن نباشد حق فسخ [تعذر تسلیم] خواهد داشت.

زمان به وجود آمدن خیار عیب:

دو حالت برای زمان به وجود آمدن خیار عیب، وجود دارد؛

حالت نخست: اگر عیب در زمان عقد موجود باشد، خیار عیب با وقوع عقد به وجود می آید: ماده ۴۲۳ ق.م؛

حالت دوم: اگر عیب بعد از عقد به وجود بیاید، خیار عیب بعد از عقد به وجود می آید: مواد ۴۲۵ و ۴۵۳ ق.م؛

**خيار عيب هم زمان با عقد:**

**ماده ۴۲۳:** خيار عيب وقتى براى مشتری ثابت مى شود که عيب مخفى و موجود در حين عقد باشد.

**خيار عيب بعد از وقوع عقد:**

**ماده ۴۲۵:** عيبى که بعد از بيع و قبل از قبض در مبيع حادث شود در حکم عيب سابق است.

از اين ماده چنين بر مى آيد که: قانون گذار معنای «موجود بودن حين العقد» را تفسير مضيق نکرده و آن را مقداری توسعه داده است؛ و علت توسعه هم قياس اولويت است: يعنى از آنجايى که تلف مبيع قبل از قبض بر عهده بايع است، عيب آن هم بر عهده بايع است.<sup>۱</sup>

**ماده ۴۵۳:** در خيار مجلس و حيوان و شرط اگر مبيع بعد از تسليم و در زمان خيار بايع يا متعاملين تلف يا ناقص [يا معيوب] شود بر عهده مشتری است و اگر خيار مختص مشتری باشد تلف يا نقص [يا عيب] به عهده بايع است. حکم اين ماده استثناء و مختص بيع عين معين است.

**مخفى بودن عيب:**

خيار عيب مربوط به کسی است که از عيب خبر نداشته باشد: يعنى جاهل باشد؛

ملاک و معيار مخفى ماندن عيب از ديد، شخصی و نسبی است؛

يعنى ممکن است عيب از ديد یک نفر [متخصص] واضح باشد، اما از ديد شخص ديگری [عادی] مخفى مانده باشد؛

**ماده ۴۲۴:** عيب وقتى مخفى محسوب است که مشتری در زمان بيع عالم به آن نبوده است اعم از اين که اين عدم علم ناشی از آن باشد که عيب واقعاً مستور بوده است يا اين که ظاهر بوده ولی مشتری ملتفت آن نشده است. هر گاه مشتری عالم بر عيب باشد: قاعده اقدام؛ ملاک در التفات مشتری: شخصی است، نه نوعی.

**وجود دو حق در خيار عيب:**

خيار عيب، تنها خياری است که به صاحب آن دو حق می دهد: فسخ عقد يا قبول + آرش؛

**ماده ۴۲۲:** اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبيع معيوب بوده مشتری مختار است در قبول مبيع معيوب يا اخذ آرش يا فسخ معامله.

**ماده ۴۲۶:** تشخيص عيب بر حسب عرف و عادت می شود و بنا بر اين ممکن است بر حسب از مننه و امکنه مختلف شود.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۸۷ ق.م: اگر مبيع قبل از تسليم بدون تقصير و اهمال از طرف بايع تلف شود، بيع منفسخ و ثمن بايد به مشتری مسترد گردد، مگر اين که بايع برای تسليم به حاکم يا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در اين صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

**تعریف و طریقه حساب آرش:**

ارش مابه التفاوت مبیع سالم و معیوب است؛

**طریقه مساب:**

ابتدا مال معیوب را [با کمک کارشناس] قیمت می کنیم؛

بعد قیمت همین مال را در حالت بی عیبی جویا می شویم؛

بعد قیمت معیوب را بر قیمت بی عیبی تقسیم می کنیم و بر ثمن داده شده ضرب می کنیم؛

در موردی هم که قیمت سالم با ثمن داده شده برابر باشد، نیازی به تقسیم نیست و آن را فقط منها می کنیم؛

**ماده ۴۲۷:** اگر در مورد ظهور عیب مشتری اختیار آرش کند تفاوتی که باید به او داده شود به طریق ذیل معین می گردد: قیمت حقیقی مبیع در حال بی عیبی و قیمت حقیقی آن در حال معیوبی به توسط اهل خبره معین می شود. اگر قیمت آن در حال بی عیبی مساوی با قیمتی [ثمن] باشد که در زمان بیع بین طرفین مقرر شده است تفاوت [منها کردن] بین این قیمت و قیمت مبیع در حال معیوبی مقدار آرش خواهد بود؛ و اگر قیمت مبیع در حال معیوبی کمتر یا زیادتر از ثمن معامله باشد، نسبت [کسر] بین قیمت مبیع در حال معیوبی و قیمت آن در حال بی عیبی معین شده و بایع باید از ثمن مقرر به همان نسبت نگاهداشته و بقیه را به عنوان آرش به مشتری رد کند.

معیار تعیین قیمت مبیع سالم و معیوب زمان عقد است، ولی در موردی که عیب بعد از عقد و پیش از قبض یا زمان خیار مختص به مشتری عارض می شود، ملاک تعیین آرش قیمت زمان حدوث عیب است.

**افتلاف (کارشناسان):**

**ماده ۴۲۸:** در صورت اختلاف بین اهل خبره حد وسط قیمت ها معتبر است.

**مواردی که مشتری فقط می تواند آرش بگیرد:****مبیع دست مشتری تلف شود:**

هرگاه مبیع معیوب که در دست مشتری بوده است، تلف شود، حق فسخ از بین می رود. خلاف قاعده ای است که می گوید: تلف مانع فسخ نیست.

**مشتری<sup>۱</sup> مبیع معیوب را به دیگری انتقال دهد [انتقال ارادی]:**

به این تلف حکمی می گویند؛ و در این صورت مشتری حق فسخ ندارد؛

**مبیع در دست مشتری تغییر کند:**

تغییر ماهیت اعم از قهری یا به فعل مشتری؛

**در دست مشتری یک عیب دیگر در آن ایجاد شود:**

<sup>۱</sup> - البته بدون اطلاع از عیب: چرا که اگر مشتری از عیب مطلع باشد، از ابتدا حقی ندارد؛ یعنی خیار عیب مربوط به کسی است که جاهل به عیب بوده باشد.

**به شرط این که:** عیب جدید ناشی از عیب قدیم نباشد، یا عیب جدید در زمان خیار مختص<sup>۱</sup> [مجلس، حیوان و شرط] مشتری نباشد.<sup>۲</sup>

**ماده ۴۲۹:** در موارد ذیل مشتری نمی تواند بیع را فسخ کند و فقط می تواند ارش بگیرد:  
در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل [تلف حکمی] کردن آن به غیر.  
در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود اعم از این که تغییر به فعل مشتری باشد یا نه.  
در صورتی که بعد از قبض مبیع عیب دیگری در آن حادث شود، مگر این که در زمان خیار مختص به مشتری حادث شده باشد که در این صورت مانع از فسخ و رد نیست.

**ماده ۴۳۰:** اگر عیب حادث بعد از قبض در نتیجه عیب قدیم باشد مشتری حق رد [حق فسخ] را نیز خواهد داشت.  
در نتیجه عیب قدیم باشد یعنی: در حکم عیب حین العقد است.

**تعدد مبیع:**

**ماده ۴۳۱:** در صورتی که در یک عقد چند چیز فروخته شود<sup>۳</sup>، بدون این که قیمت هر یک علی حده معین شده باشد و بعضی از آن ها معیوب در آید، مشتری باید تمام آن را رد کند و ثمن را مسترد دارد یا تمام را نگاه دارد و ارش بگیرد و تبعیض نمی تواند بکند مگر به رضای بایع.

**تعدد خریدار:**

**ماده ۴۳۲:** در صورتی که در یک عقد، بایع یک نفر و مشتری متعدد باشد و در مبیع عیبی ظاهر شود یکی از مشتری ها نمی تواند سهم خود را به تنهایی رد کند و دیگری سهم خود را نگاه دارد مگر با رضای بایع و بنابراین، اگر در رد مبیع [فسخ] اتفاق نکردند، فقط هر یک از آن ها حق ارش خواهد داشت.  
یکی از مشتری ها نمی تواند: یعنی ادعای فسخ او قبول نمی شود.

**تعدد فروشنده:**

**ماده ۴۳۳:** اگر در یک عقد بایع متعدد باشد مشتری می تواند سهم یکی را رد و دیگری را به اخذ ارش قبول کند.

**مالیت نداشتن تمام و بعض مبیع:**

**ماده ۴۳۴:** اگر ظاهر شود که مبیع اصلاً مالیت و قیمت نداشته بیع باطل است<sup>۴</sup> و اگر بعض مبیع قیمت نداشته باشد بیع نسبت به آن بعض باطل است و مشتری نسبت به باقی از جهت تبعض صفقه<sup>۵</sup> اختیار فسخ دارد.

<sup>۱</sup> - به عبارت دیگر: جایی که مشتری خیار مختص دارد، ضمان معاوضی بایع هنوز بابرجا است.

<sup>۲</sup> - یعنی اگر عیب جدید ناشی از عیب قدیم باشد و یا عیب در زمان خیار مختص مشتری رخ داده باشد، حق فسخ یا قبول با ارش ثابت است.

<sup>۳</sup> - مانند عیب در یک پکیج.

<sup>۴</sup> - ماده ۲۱۵ ق.م.مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.

<sup>۵</sup> - انحلال عقد واحد به عقود متعدد: رک. خیار تبعض صفقه.

**فوریت در خیار عیب:**

ماده ۴۳۵: خیار عیب بعد از علم به آن فوری است.<sup>۱</sup>

**تبری از عیوب:**

ماده ۴۳۶: اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد، به این که عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد، مشتری در صورت ظهور عیب حق رجوع به بایع نخواهد داشت و اگر بایع از عیب خاصی تبری کرده باشد فقط نسبت به همان عیب حق مراجعه ندارد.

شرط تبری باعث سقوط خیار تدلیس نمی شود.

**خیار تدلیس<sup>۲</sup>**

ماده ۴۳۸: تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود.

**عملیات فریبنده:**

دو نوع عملیات فریبنده وجود دارد؛

گاهی این عملیات عیب کالا را می پوشاند؛

اما گاهی کالا عیبی ندارد، ولی از وصف یا اوصافی نام برده می شود که کالا آن اوصاف را ندارد.

**تدلیس بایع و مشتری:**

خیار تدلیس اختصاص به یک طرف ندارد؛ یعنی هر طرف که تدلیس کند، طرف دیگر خیار تدلیس دارد؛

ماده ۴۳۹: اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی [عین معین] در صورت تدلیس مشتری.

**خیار تدلیس در «کلی»:**

خیار تدلیس اصولاً در معامله «کلی» راه ندارد؛ و به جای آن باید الزام به ابدال بشود و در صورتی که الزام مؤثر

واقع نیفتاد در نهایت طرف «خیار تعذر تسلیم» دارد؛

استثنایی وجود دارد که تدلیس در کلی هم هست: هرگاه تدلیس در صفتی بشود که آن صفت در هیچ یک از

مصادیق «کلی» وجود نداشته باشد؛ چون از ابتدا امکان الزام وجود ندارد، خیار تدلیس [حق فسخ] به وجود

می آید.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۱۳۱ ق.م: خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط می شود، به شرط این که علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است.

<sup>۲</sup> - تدلیس در لغت یعنی تاریکی.

**مثال:** از آنجایی که هیچ اتومبیلی در هر ساعت نمی تواند ۱۰۰۰ کیلومتر برود، اگر کسی به طور کلی و به این شرط، اتومبیل بفروشد، برای مشتری ابتدائاً حق فسخ (خيار تدلیس) به صورت فوری به وجود می آید. چرا که الزام بایع به وجود چنین صفتی در اتومبیل امکانپذیر نمی باشد.

**نکته:**

خيار تدلیس هم زمان با وقوع عقد به وجود می آید.

### فوریت در خيار تدلیس:

ماده ۴۴۰: خيار تدلیس بعد از علم به آن فوری است.<sup>۱</sup>

منظور فوریت عرفی است.

### خيار تبعض صَفَقه

تَبْعُض: یعنی بعض بعض شدن، تکه تکه شدن؛

صَفَقَه: یعنی معامله، کالا؛

این خيار درجایی به وجود می آید که مال تجزیه پذیر باشد و یا دو مال<sup>۲</sup> مورد معامله قرار گرفته باشد.

**خيار تبعض صَفَقه در مواردی به وجود می آید که قسمتی از عقد به جهتی:**

**باطل باشد:** در این صورت خيار هم زمان با عقد به وجود می آید [ماده ۴۴۱ ق.م.ا.].

**منفسخ بشود:** در این صورت خيار بعد از عقد به وجود می آید: یعنی زمانی که عقد منفسخ می شود؛<sup>۳</sup>

**فسخ بشود:** در این صورت خيار بعد از عقد به وجود می آید: یعنی زمانی که عقد فسخ می شود؛

**اخذ به شفعه بشود:** در این صورت خيار بعد از عقد به وجود می آید: یعنی زمانی که شفیع اخذ به شفعه کند.

بنابراین خيار تبعض صَفَقه ویژه بطلان نیست و در هر مورد که عقد نسبت به بعض منحل شود قابل اجراء است؛

ماده ۴۴۱ ق.م. فقط به یک مورد [باطل شدن بعض عقد] اشاره کرده اند؛

<sup>۱</sup> - ماده ۱۱۳۱ ق.م.ا: خيار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ نکاح را فسخ نکند، خيار او ساقط می شود، به شرط این که علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خيار لازم بوده به نظر عرف و عادت است.

<sup>۲</sup> - فقها این خيار را فقط در موردی می دانند که «دو مال» مورد معامله واقع شده باشد و در موردی که فقط یک مال باشد، معتقدند خيار شرکت به وجود می آید.  
<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۳۸۸ ق.م.ا: اگر قبل از تسلیم در مبيع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید؛

ماده ۴۸۳ ق.م.ا: اگر در مدت اجاره، عین مستاجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود، از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود؛ و در صورت تلف بعض آن [نقص]، مستاجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ [خيار تبعض صَفَقه] کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی [نسبت به عین مستاجره موجود] مال الاجاره نماید.

ماده ۴۴۱: خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل<sup>۱</sup> باشد؛ در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند.<sup>۲</sup>

### نکات دیگر:

خیار تبعض صفقه در معامله «کلی» هم وجود دارد؛

خیار تبعض صفقه، اختصاص به یک نفر ندارد. هر طرف که عقد نسبت به او دو تکه شود خیار دارد؛ صاحب خیار تبعض صفقه دو حق دارد: یا فسخ معامله به طور کلی و یا قبول و عدم فسخ قسمت صحیح عقد.

### انحلال عقد واحد به عقود متعدد:

منظور این است که عقد را به دو بخش صحیح و باطل تقسیم می کنیم؛ و به استناد خیار تبعض صفقه، نسبت به قسمت صحیح عقد،<sup>۳</sup> خیار فسخ داریم؛ یعنی بر قسمت باطل عقد، اثری مترتب نمی شود و عقد باطل قابل فسخ نمی باشد؛ باطل صفر است.

### محاسبه ثمن بخش باطل:

ابتدا آن قسمت از مال که به ملکیت مشتری درآمده است را قیمت می کنیم؛ بعد قیمت مزبور را بر قیمت مبیع در حال اجتماع تقسیم می کنیم؛ حال حاصل به دست آمده را به بایع می دهیم و مابقی مال خریدار است.

ماده ۴۴۲: در مورد تبعض صفقه قسمتی از ثمن که باید به مشتری برگردد به طریق ذیل حساب می شود: آن قسمت از مبیع که به ملکیت مشتری قرار گرفته منفرداً قیمت می شود و هر نسبتی که بین قیمت مزبور و قیمتی که مجموع مبیع در حال اجتماع دارد پیدا شود به همان نسبت از ثمن را بایع نگاه داشته و بقیه را باید به مشتری رد نماید. (ر.ک. شرح ماده ۴۲۷).

### لزوم جهل مشتری:

خیار تبعض صفقه مختص به جاهل است؛

ماده ۴۴۳: تبعض صفقه وقتی موجب خیار است که مشتری در حین معامله عالم به آن نباشد ولی در هر حال ثمن تقسیط می شود.

اگر مشتری عالم باشد: قاعده اقدام؛

<sup>۱</sup> - ماده ۳۵۳ ق.م. هرگاه چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد، بیع باطل است؛ و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد، نسبت به آن بعض باطل است و نسبت به مابقی مشتری حق فسخ دارد.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۷۲ ق.م. اگر نسبت به بعض مبیع بایع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعض دیگر نداشته باشد، بیع نسبت به بعض که قدرت بر تسلیم داشته صحیح است و نسبت به بعض دیگر باطل است.

<sup>۳</sup> - برای این که از تجزیه مبیع زبانی متوجه خریدار نشود، قانون به صاحب حق اختیار داده است که معامله را در بخش درست نیز فسخ کند.

در هر حال ثمن تقسیط می شود: یعنی مشتری در هر حال می تواند پول قسمت باطل را پس بگیرد؛  
تقسیم می شود: یعنی با مبیع موجود برابری می شود؛  
علت تقسیط: جلوگیری از اکل مال به باطل.

## خيار تخلف شرط

ماده ۴۴۴: احکام خيار تخلف شرط به طوری است که در مواد ۲۳۴ الی ۲۴۵ ذکر شده است.

طبق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.م. بر فرض که ثابت شود مدعی علیه تخلف از شرط کرده است، ابتدا بایستی اجبار او بر وفای به شرط تقاضا شود و مادام که تعذر به اجبار معلوم نباشد برای مدعی حق فسخ نخواهد بود؛

### نکات:

خيار تخلف شرط اختصاص به یک نفر ندارد؛  
یعنی هر یک از طرفین که مشروط له قرار بگیرد ممکن است این خيار را داشته باشد؛  
خيار تخلف از شرط سه مورد است: خيار تخلف از شرط صفت، نتیجه و فعل؛  
خيار شرط صفت و نتیجه هم زمان با وقوع عقد به وجود می آیند؛  
خيار تخلف از شرط فعل بعد از وقوع عقد به وجود می آید.

### شرط فعل

در شرط فعل اگر مشروط علیه به تعهد خود عمل نکند: ابتدا الزام می شود؛  
اگر الزام مؤثر واقع نشد توسط دیگری<sup>۱</sup> انجام می شود و یا خود مشروط له انجام می دهد؛  
اگر توسط دیگری انجام بشود، هزینه آن عمل از مشروط علیه اخذ می شود؛  
در صورتی که دیگری یا مشروط له هم نتواند انجام دهد، حق فسخ به وجود می آید.

### استثنائات شرط فعل که مستقیم حق فسخ ایجاد می کند و الزام و انجام توسط دیگری در آن راه ندارد:

ماده ۴۹۶ ق.م: تخلف از شرایط بین موجر و مستأجر، مستقیماً حق فسخ ایجاد می کند؛<sup>۲</sup>  
ماده ۳۹۵ ق.م: در خيار تأخیر تأدیه ثمن، اگر مبیع تسلیم نشده باشد، مستقیماً حق فسخ ایجاد می شود؛<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - البته این در صورتی است که موضوع تعهد وابسته به شخصیت و یا به قید مباشرت متعهد نباشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۹۶ ق.م: عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل [منفسخ] می شود و نسبت به تخلف از شرایطی [شامل شرط فعل هم می شود] که بین موجر و مستأجر مقرر است، خيار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد [الزامی ندارد].

<sup>۳</sup> - ماده ۳۹۵ ق.م: اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر تأدیه نکند بایع حق خواهد داشت که بر طبق مقررات راجعه به خيار تأخیر ثمن معامله را فسخ یا از حاکم اجبار مشتری را به تأدیه ثمن بخواهد.



ماده ۳۵۴ ق.م: فروش مبیع از روی نمونه و عدم تسلیم مطابق نمونه، مستقیماً حق فسخ ایجاد می کند [مختص عین معین!]<sup>۱</sup>

ماده ۳۷۹ ق.م: تخلف از شرط سپردن رهن یا ضامن در خصوص تأدیه ثمن یا درک مبیع، مستقیماً حق فسخ ایجاد می کند.<sup>۲</sup>

### شرط صفت

خيار تخلف از شرط صفت در معامله «کلی» وجود ندارد: ابتدا متعهد اجبار می شود، اگر مؤثر واقع نشد، تعذر تسلیم؛

در خيار تخلف از شرط صفت، اگر وصف موردنظر، قبل از فسخ، به وجود آید، حق فسخ را از بین می برد؛ اگر شرط صفت مربوط به عین معین باشد: مستقیماً حق فسخ ایجاد می کند.

### شرط نتیجه

ضمانت اجرای شرط نتیجه: مستقیماً حق فسخ ایجاد می کند؛

به صورت کلی در شرط نتیجه و شرط صفت [در مال معین] مشروط له دو راه دارد: یا قبول باهمان وضعیت و یا مستقیماً فسخ.

### خيار تفليس

شرایط به وجود آمدن خيار تفليس:

باید یکی از دو عوض «عین معین» و دیگری «کلی» باشد؛

شخصی که باید «کلی» را بدهد مُفلس بشود؛

«عین معین» موجود باشد.

با جمع این شرایط [عام مجموعی]، آن طرفی که «عین معین» را داده است، خيار تفليس دارد و می تواند عقد را فسخ کند و عین را پس بگیرد تا در غرما داخل نشود.

ماده ۳۸۰: در صورتی که مشتری مُفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق فسخ [استرداد آن را دارد؛ و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می تواند از تسلیم آن امتناع کند.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۵۴ ق.م: ممکن است ببع از روی نمونه [ببع کلی فی الذمه] به عمل آید در این صورت، باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود، والا مشتری خيار فسخ [خيار تخلف از شرط «وصف»] خواهد داشت.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۷۹ ق.م: اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند، بایع حق فسخ خواهد داشت؛ و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند، مشتری حق فسخ دارد.

## نکات دیگر:

خيار تفليس با اين كه در مبحث بيع آمده است، مختص بيع نيست و در همه عقود معوض اجرا مي شود؛  
 خيار تفليس اختصاص به يك طرف عقد ندارد: آن طرفي كه عين را داده است خيار تفليس دارد؛  
 خيار تفليس بعد از عقد وقوع به وجود مي آيد: زيرا اگر طرف در زمان عقد مفلس باشد، عقد باطل است.

## خيار تعذر تسليم

در صورتي كه تسليم يا تاديه هر يك از عوضين ممكن نباشد حق فسخي ايجاد مي شود كه به آن تعذر تسليم  
 مي گويند؛<sup>۱</sup>

اين خيار در قانون ماده مستقل ندارد و به طور پراكنده در مواد زيادي به آن اشاره شده است؛<sup>۲</sup>  
 خيار تعذر تسليم اختصاص به يك طرف ندارد: هر طرف كه تسليم نسبت به او متعذر بشود، خيار دارد؛  
 خيار تعذر تسليم بيشتر در «معاملات كلي» به وجود مي آيد؛  
 در **خيارات: حيوان، رويت و تخلف از شرط، عيب و تاخير ثمن كه در «كلي» وجود ندارند: ابتدا الزام و سپس  
 خيار تعذر تسليم؛**

خيار تعذر تسليم بعد از عقد به وجود مي آيد: چون اگر زمان عقد تسليم مقدور نباشد عقد باطل است.

<sup>۱</sup> - البته اگر تسليم به طور دائمي غير ممكن شود و يا در حالي كه موقتي غير ممكن شده اما وحدت مطلوب وجود دارد، عقد منفسخ مي شود.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۳۹ ق.م: هرگاه اجبار مشروط عليه براي انجام فعل مشروط ممكن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد كه ديگري بتواند از جانب او  
 واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

ماده ۲۴۰ ق.م: اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود يا معلوم شود كه حين العقد ممتنع بوده است، كسي كه شرط بر نفع او شده است اختيار فسخ  
 معامله را خواهد داشت، مگر اين كه امتناع مستند به فعل مشروطه له [قاعده اقدام] باشد.

ماده ۴۸۲ ق.م: اگر مورد اجاره عين كلي باشد و فردي [مصدق] كه موجد داده معيوب در آيد، مستاجر حق فسخ [خيار عيب] ندارد و مي تواند موجد  
 مجبور به تبديل آن نمايد و اگر تبديل آن ممكن نباشد حق فسخ خواهد داشت. [خيار تعذر تسليم].

ماده ۴۸۸ ق.م: اگر شخص ثالثي بدون ادعای حقی [غاصب] در عين مستاجره يا منافع آن مزاحم مستاجر گردد [يعني غصب كند]، در صورتي كه قبل از  
 قبض باشد، مستاجر حق فسخ [تعذر تسليم] دارد و اگر فسخ نمود مي تواند [دو حق دارد] براي رفع مزاحمت و مطالبه اجرت المثل به خود مزاحم  
 رجوع كند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود، حق فسخ ندارد و فقط [يك حق دارد] مي تواند به مزاحم رجوع كند.

ماده ۵۲۸ ق.م: اگر شخص ثالثي قبل از اين كه زمين مورد مزارعه تسليم عامل شود آن را غصب كند، عامل مختار بر فسخ مي شود؛ ولي اگر غصب بعد  
 از تسليم واقع شود حق فسخ ندارد.

## «نکات دیگر خیارات»

اعلام فسخ:

ماده ۴۴۹: فسخ [اعمال حق فسخ] به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می شود.  
فسخ قابل رجوع و برگشت نیست؛<sup>۱</sup>

بقای عقد:

ماده ۴۵۰: تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد امضای فعلی است مثل آن که مشتری که خیار دارد با علم به خیار مبيع را بفروشد یا رهن بگذارد.  
کاشف از رضای معامله: یعنی به عقد متعهد بماند. التزام به عقد؛  
امضای فعلی: بقای عقد و عدم فسخ.

فسخ فعلی:

ماده ۴۵۱: تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد فسخ فعلی است.  
ترجیح فسخ بر امضا:

ماده ۴۵۲: اگر متعاملین هر دو خیار داشته باشند و یکی از آن ها امضاء کند و دیگری فسخ نماید معامله منفسخ می شود.  
ترجیح فسخ بر امضاء: یعنی فسخ قوی تر است: فسخ ایقاع است و با یک اراده انجام می شود؛  
منفسخ می شود در این ماده: یعنی معامله فسخ شده تلقی می شود.

اجاره مبيع و فسخ ببع:

ماده ۴۵۴: هرگاه مشتری مبيع را اجاره داده باشد و ببع فسخ شود اجاره باطل نمی شود، مگر این که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.  
اگر موجر بر مستأجر شرط کند [شرط نتیجه] که نباید مال را اجاره بدهد، اگر اجاره دهد، اجاره دوم باطل است.

اثر فسخ در حق غیر:

ماده ۴۵۵: اگر پس از عقد ببع مشتری تمام یا قسمتی از مبيع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل این که نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد، مگر این که شرط خلاف شده باشد.  
اثر فسخ در حق غیر: یعنی اگر مورد معامله خانه ای باشد و خریدار آن را رهن گذارد، اگر معامله اصلی [خرید و فروش خانه] با اعمال خیار شرط فروشنده فسخ شود، موجب زوال حق مرتهن نخواهد شد؛  
مثال دیگر: مشتری برای کسی حق انتفاع یا ارتفاق قرار بدهد.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۵۰ ق.م. اجازه در صورتی موثر است که مسبوق به رد نباشد والا اثری ندارد.

## اصل لزوم بیع:

ماده ۴۵۷: هر بیع لازم است مگر این که یکی از اختیارات در آن ثابت شود.

در موردی که در وجود اختیار به عنوان قاعده عمومی قراردادها تردید وجود دارد (مانند تفلیس یا تخلف از اجرای تعهد) اصل عدم وجود اختیار است.<sup>۱</sup>

# فصل سوم:

## بیع شرط

## تعریف

بیع شرط بیعی است که در آن شرط می شود هرگاه فروشنده در مدت معین تمام یا قسمتی از ثمن را به خریدار مسترد نماید حق فسخ معامله را نسبت به تمام یا قسمتی از مبیع داشته باشد؛

البته هرگاه، به این که برای فسخ، تمام ثمن باید داده شود یا بخشی از آن، اشاره نشده باشد، اختیار فسخ تنها با دادن تمام ثمن قابل اعمال خواهد بود؛

بازگشت مبیع به مالکیت فروشنده در صورتی است که فروشنده به شرایطی که بین او و مشتری برای پس دادن مبیع مقرر شده عمل نماید و در غیر این صورت بیع قطعی شده و مالکیت مشتری بر مبیع ثابت می شود؛

ویژگی شرط بیع در بیع شرط، این است که اختیار برای فروشنده شرط می شود و استفاده از اختیار مشروط به پرداخت ثمن توسط فروشنده در مدت معین است.

ماده ۴۵۸: در عقد بیع متعاملین می توانند شرط نمایند که، هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند، اختیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و همچنین می توانند شرط کنند که، هرگاه بعضی مثل ثمن را رد کرد، اختیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعضی مبیع داشته باشد؛ در هر حال حق اختیار تابع قرار داد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعضی نشده باشد اختیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن.

ماده ۳۹۹ ق.م: در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۱۹ ق.م: عقود که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن ها لازم الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

ماده ۴۰۰ ق.م: اگر ابتدای مدت خیار ذکر نشده باشد، ابتداء آن از تاریخ عقد محسوب است و الا تابع قرار داد متعاملین است.<sup>۱</sup>  
 ماده ۴۰۱ ق.م: اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است.

### قصد انعقاد بیع شرط

برای این که اشخاص از بیع شرط برای مقاصد دیگر به جز بیع استفاده نمایند قانون گذار در ماده ۴۶۳ ق.م. در مورد قصد طرفین مقرر می دارد در صورتی که فروشنده در بیع شرط واقعاً قصد انعقاد بیع را نداشته باشد احکام عقد بیع اجرا نخواهد شد؛  
 یعنی اگر معلوم شود قصد فروشنده مثلاً استقراض بوده احکام بیع جاری نخواهد شد.

**ماده ۴۶۳:** اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود.  
 مقررات مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث. انحراف قصد بایع از حقیقت بیع را به صورت «فرض قانونی» در آورده و نهاد «معامله با حق استرداد» را تاسیس کرده است. پس نه تنها الفاظ بیع حمل بر معانی عرفیه نمی شود (ماده ۲۲۴ ق.م.). اثبات قصد بایع بر این که بیع واقعی را انشاء کرده است امکان ندارد یا مؤثر در حکم نیست.

### شرایط صحت بیع شرط

شرایط بیع شرط، همان شرایط اساسی معاملات است که در ماده ۱۹۰ ق.م. آمده است؛

**ماده ۱۹۰:** برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

- قصد طرفین و رضای آنها؛
- اهلیت طرفین؛
- موضوع معین که مورد معامله باشد؛
- مشروعیت جهت معامله.

### شرایط شرط، در بیع شرط

شرطی که در ضمن چنین بیعی قرار می گیرد در صورتی صحیح خواهد بود که خود، دو شرط را داشته باشد:  
**همزمانی شرط و عقد؛**  
 ایجاد شرط باید همزمان با انعقاد عقد بیع باشد. در صورتی که زمان ایجاد شرط با زمان انعقاد بیع متفاوت باشد؛  
 بیع شرطی ایجاد نمی گردد.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۶۹ ق.م: مدت اجاره از روزی شروع می شود که بین طرفین مقرر شده است و اگر در عقد اجاره ابتدای مدت ذکر نشده باشد، از وقت عقد محسوب است.

**مدت معین؛**

برای ایجاد شرط به صورت صحیح، بایستی برای شرط مدت معینی قرار داد؛ در غیر این صورت شرط صحیح نیست زیرا در صورت مجهول بودن مدت شرط، انتقال مالکیت نیز مجهول می ماند و معلوم نیست که بیع در چه زمانی قطعیت می یابد.

**آثار بیع شرط****نخست: انتقال مالکیت**

در بیع شرط با انعقاد عقد مالکیت مبیع به خریدار منتقل می شود البته با شرط خیار فسخ برای فروشنده؛ در صورتی که مبیع عین خارجی [عین معین] باشد به وسیله عقد بیع به خریدار منتقل می شود و وجود خیار مانع از انتقال مبیع به مشتری نمی گردد؛<sup>۱</sup> بلکه تنها اثر خیار فسخ برای فروشنده، تزلزل مالکیت مشتری نسبت به مبیع است چرا که فروشنده می تواند با فسخ عقد بیع مجدداً مالک مبیع شود؛ در صورتی که فروشنده از حق فسخ خود استفاده ننماید بیع قطعی شده و مالکیت مشتری بر مبیع استقرار می یابد اما فروشنده پس از انعقاد چنین بیعی به طور قطعی مالک ثمن می گردد زیرا مشتری در حالت عادی نمی تواند بیع را فسخ نماید و حق فسخ فروشنده هم تأثیری در انتقال مالکیت ثمن به او ندارد.

**دوم: منافع مبیع**

در بیع شرط منافع مبیع از آن خریدار است و بنابراین خریدار حق دارد در زمانی هم که با بیع خیار دارد در مبیع تصرف نماید و مثلاً مبیع را به خود فروشنده و یا شخص دیگری اجاره بدهد. مطابق ماده ۴۵۹ ق.م. در صورتی که فروشنده بیع شرط را فسخ نماید اثر فسخ از زمان اعمال حق فسخ است نه از زمان انعقاد عقد بیع؛ بنابراین پس از فسخ عقد بیع منافع حاصله از مبیع از زمان انعقاد عقد تا زمان فسخ عقد بیع متعلق به مشتری می باشد؛ البته با توجه به ماده ۲۸۷ ق.م. [نمات متصل و منفصل پس از اقاله] باید بین منافع متصل و منفصل مبیع تفاوت قائل شد؛ یعنی منافع منفصل مبیع که از زمان عقد تا زمان فسخ بیع شرط ایجاد شده است متعلق به مشتری و منافع متصل متعلق به فروشنده است.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۶۳ ق.م. در عقد بیع، وجود خیار فسخ برای متبایعین یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا تادیه ثمن مانع انتقال [انتقال مالکیت] نمی شود. بنابراین، اگر ثمن یا مبیع عین معین بوده و قبل از تسلیم [بعد از تملیک] آن احد متعاملین مُقَلَّس شود، طرف دیگر حق مطالبه آن عین را خواهد داشت.

**سوم: تصرف در مبیع**

مشتری نمی تواند در مبیع تصرفاتی بنماید که با حق خیار بایع منافات داشته باشد؛ مثلاً نمی تواند مبیع را به دیگری منتقل نماید. (ماده ۴۶۰ ق.م) زیرا مالکیت خریدار بر مبیع تا زمانی که حق خیار فسخ فروشنده باقی است قطعی نمی باشد و تصرفاتی که فروشنده می نماید باید به گونه ای باشد که در صورت اعمال فسخ توسط فروشنده، مبیع بدون وجود هیچ مانعی مسترد گردد.

**ماده ۴۶۰: در بیع شرط مشتری نمی تواند [غیرنافذ است] در مبیع تصرفی که منافای خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید.**

تصرفات خریدار که با حق خیار بایع منافات دارد و بایع باید از انجام آنها پرهیزد عبارت اند از:

**اتلاف مبیع:**

خریدار نباید مبیع را از بین ببرد یا موجب از بین رفتن آن بشود؛ مثلاً در صورتی که مورد معامله یک گاو باشد خریدار نباید آن را بکشد زیرا با کشتن آن فروشنده نمی تواند پس از فسخ بیع به مبیع دست پیدا کند؛ هم چنین تخریب و معیوب نمودن بیع نیز در صورتی که موجب از بین رفتن ارزش مبیع شود مانند اتلاف است و با حق خیار بایع منافات دارد.

**تغییر کاربری مبیع:**

خریدار نمی تواند در مبیع تصرفاتی نماید که موجب تغییر وضعیت و کاربرد مبیع گردد زیرا قصد فروشنده از قرار دادن حق فسخ برای خود در ضمن عقد بیع، باز گرداندن مبیع به خود، به همان نحوی که فروخته، می باشد و تصرفاتی که موجب تغییر وضعیت مبیع گردد با قصد بایع از شرط نمودن حق فسخ در بیع منافات دارد؛ مثلاً در صورتی که مبیع در بیع شرطی زمین زراعی باشد خریدار نمی تواند با از بین بردن زراعت، مبیع را به زمین مسکونی تغییر دهد.

**نقل و انتقال مبیع:**

خریدار حق ندارد مبیع را به دیگری انتقال دهد زیرا مبیع مشروط به وجود خیار برای فروشنده به خریدار منتقل شده است؛

خریدار می تواند با قید وجود حق فسخ برای فروشنده مبیع را به شخص دیگری انتقال دهد؛ یعنی فروشنده (خریدار بیع شرطی) شرط نماید که در صورت حصول شرط در مدت معین عقد خود به خود از بین برود.

## واگذاری منافع مبیع پیش از مدت فیا):

برای مثال: مشتری نباید برای مبیعی که تا دو ماه برای فروشنده حق فسخ وجود دارد به مدت شش ماه اجاره دهد؛

ماده ۵۰۰: در بیع شرط مشتری می تواند مبیع را برای مدتی [خيار شرط مفصل] که بايع حق خيار ندارد اجاره دهد؛ و اگر اجاره منافی با خيار بايع باشد، به وسيله جعل خيار<sup>۱</sup> یا نحو آن [شرط فاسخ] حق بايع را محفوظ دارد، والا اجاره تا حدی که منافی با حق بايع باشد باطل [غیر نافذ] خواهد بود.<sup>۲</sup>

## رهن گذاشتن مبیع:

خریدار در بیع شرطی، نباید مبیع را رهن بگذارد؛ زیرا در عقد رهن مالی که به رهن گذاشته می شود (عین مرهونه) در صورت عدم پرداخت دین طلبکار (مرتهن)، او می تواند عین مرهونه را بفروشد در حالی که این امر با حق خيار بايع منافات دارد.<sup>۳</sup>

## چهارم: انتقال خيار فسخ

در صورت مرگ فروشنده، حق خيار او در بیع شرط به ورثه اش منتقل می گردد؛<sup>۴</sup> البته در صورت تعدد ورثه، آن ها نمی توانند در اعمال حق خيار تبعیض نمایند؛ یعنی امکان این که بعضی از آن ها خواهان فسخ بیع شرط باشند و بعضی دیگر خواهان فسخ بیع، وجود ندارد؛ زیرا خود مورث (فروشنده) نمی توانست در اعمال خيار تبعیض نماید؛ بنابراین همه ورثه یا باید عقد بیع را فسخ کنند و یا همگی فسخ نمایند؛ یعنی اگر فروشنده در مدت معین ثمن را به ورثه مشتری رد نماید حق فسخ بیع را خواهد داشت.

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

<sup>۱</sup> - مشتری می تواند خيار شرط را برای بايع بگذارد.

<sup>۲</sup> - شرح مفصل ماده ۵۰۰ ق.م. در جزوه «اجاره» آمده است.

<sup>۳</sup> - ماده ۴۵۵ ق.م: اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل این که نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد، مگر این که شرط خلاف شده باشد.

<sup>۴</sup> - ماده ۴۴۵ ق.م: هر یک از خيارات بعد از فوت منتقل به وراثت می شود.



## رد ثمن در بیع شرط

منظور از رد ثمن، دادن ثمن به خریدار است به نحوی که بتواند هر نوع تصرفی را که می خواهد در آن انجام دهد؛

چنانچه خریدار از گرفتن ثمن در مدتی که فروشنده حق خیار دارد امتناع نماید مطابق ماده ۴۶۱ ق.م. فروشنده می تواند با مراجعه به حاکم یا قائم مقام او و پرداخت ثمن، بیع را فسخ نماید.

**ماده ۴۶۱:** اگر مشتری در زمان خیار از اخذ ثمن خودداری کند، با بیع می تواند با تسلیم ثمن به حاکم یا قائم مقام او معامله را فسخ کند.

امتناع خریدار از گرفتن ثمن: رجوع مشتری به دادگاه و تسلیم ثمن به صندوق دادگستری و متعاقباً فسخ معامله.

## ماهیت رد ثمن

رد ثمن می تواند به یکی از چهار صورت زیر باشد:

رد ثمن شرط ایجاد خیار فسخ برای فروشنده می باشد؛ بنابراین خیار فسخ پس از رد ثمن ایجاد می شود؛

رد ثمن شرط برای اعمال خیار فسخی است که قبلاً به وسیله عقد ایجاد شده بود؛

رد ثمن فسخ فعلی است یعنی نشانه اعمال فسخ از جانب فروشنده است؛

با دادن ثمن عقد خودبه خود منفسخ می گردد.

در بیع شرط، رد ثمن شرط اعمال خیار فسخ است؛

یعنی خیار هم زمان با انعقاد بیع شرط ایجاد می شود اما شرط اعمال آن پس دادن ثمن به خریدار است؛

البته در صورت توافق طرفین هر یک از این اقسام که باشد صحیح است و اگر در ضمن بیع شرط به یکی از

این اقسام تصریح شود به همان عمل می گردد.

## وضعیت «بیع شرط» با توجه به مقررات قانون ثبت

برابر ماده ۴۶۳ ق.م. اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد با بیع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن معامله

جاری نخواهد بود. به دلیل این که از بیع شرط بیشتر برای قرض گرفتن استفاده می شد؛

یعنی خریدار، قرض دهنده و فروشنده، قرض گیرنده بود و در صورتی که قرض گیرنده (فروشنده) نمی توانست

پولی را که قرض دهنده (خریدار) پرداخته است را در مدت معین پس بدهد؛ بیع قطعی می شد؛

در حال حاضر با توجه به مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک بیع شرط به عنوان معامله با حق استرداد

محسوب می شود و در نتیجه مالکیت مبیع به خریدار انتقال پیدا نمی کند حتی اگر مال در تصرف او باشد؛

بنابراین خریدار در بیع شرطی مانند طلبکار با وثیقه است یعنی وثیقه طلب او مبیع است و او برای گرفتن طلبش تنها می تواند آن مال را بفروشد.

برطبق مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد، مشتری را در بیع خیار می توان مالک دانست. (حکم شعبه سوم دیوان عالی کشور)؛

مقررات مواد ۳۵ و ۳۶ ق.ث. انحراف قصد بایع از حقیقت بیع را به صورت یک فرض قانونی در آورده است؛ در ماده ۳۴ ق.ث. وضع خریدار مانند وضع طلبکار رهنی است با این تفاوت که تا زمان اجرای خیار مالک منافع است؛

باید دانست که در حال حاضر نمی توان با اثبات قصد واقعی بر تملیک مبیع، انتقال مالکیت را قبول نمود؛ یعنی در بیع شرط نیز خریدار، طلبکارِ فروشنده محسوب می شود و فقط می تواند برای گرفتن طلب خود و ضرر که از تأخیر پرداخت وجه توسط فروشنده به او رسیده است، تقاضای صدور اجرائیه را برای فروش آن ملک بنماید و از محل فروش آن ملک، وجهی را که از فروشنده طلبکار است پس بگیرد.

### بیع شرط اموال منقول و غیر منقول

در صورتی که بیع شرطی نسبت به مال منقول نیز صورت بگیرد اگرچه قانون گذار در معاملات با حق استرداد بیشتر به معاملات اموال غیر منقول اشاره نموده اما با توجه به ماده ۳۴ ق.ث. معاملات با حق استرداد نسبت به مال منقول نیز مشمول این مقررات است؛

در صورتی که بیع شرط نسبت به مال منقول نیز واقع شود باز هم اثر تملیکی ندارد؛ ماده ۳۴ ق.ث. مقرر می دارد: «... در مورد اموال منقول... هرگاه بدهکار ظرف چهار ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید مال مورد معامله به وسیله اجرای ثبت به حراج گذاشته می شود...»

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

همان طور که شرح داده شد: این ماده به موجب مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ث. تخصیص یافته است؛ در ماده ۳۳ حق تقاضای ثبت با فروشنده است و در ماده ۳۴ وضع خریدار مانند طلبکار رهنی است، با این تفاوت که تا زمان اجرای خیار مالک منافع است.

# فصل چهارم: معاوضه

## تعریف:

معاوضه در لغت مبادله کردن و در اصطلاح به مبادله کالا و خدمات گفته می شود؛ در اصطلاح حقوقی معاوضه به مبادله کالا به کالا گفته می شود و بیع که ویژه مبادله کالا با پول است در حقیقت تکامل یافته معاوضه می باشد.

## تفاوت بیع با معاوضه

قانون مدنی در تعریف بیع (تملیک عین به عوض معلوم) فرق بین معاوضه و بیع قائل نشده است، با این که تمییز این دو دارای آثار مهمی است؛ برای مثال: بعضی از خیارها مثل خیار تأخیر ثمن، ویژه بیع است و در معاوضه راه ندارد و در صورتی که معامله ای انجام شود، مثلاً اتومبیلی در مقابل فرش مبادله شود نمی توان طبق این تعریف تشخیص داد که آیا معاوضه است یا بیع و آثار خاص آن را بار کرد.

## راه شناخت:

برای شناخت ماهیت بیع و معاوضه باید به قصد طرفین و عرف مراجعه کرد و باید گفت در مواردی که طرفین بخواهند دو چیز را بی هیچ امتیازی باهم مبادله کنند این تبادل، تابع عقد معاوضه است؛ و هرگاه قصدشان این باشد که یکی از آن دو چیز مبیع و دیگری ثمن [بیانگر ارزش] باشد، باید تابع احکام بیع قرار داد. تفاوت دیگر عقد معاوضه و بیع این است که در بیع، مبیع باید عین باشد ولی در معاوضه می تواند عین یا منفعت یا حق مالی، باشد.

## معاوضه عقدی است معین

در فقه، معاوضه به عنوان عقد معین محسوب نشده، در حالی که قانون مدنی آن را جزو عقود معین آورده است؛

**ماده ۴۶۴:** معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می کند بدون ملاحظه [قصد] این که یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد.

در موردی که کالایی با پول مبادله می شود، قاعده عرفی آن را بیع می داند نه معاوضه؛ در فرضی که مبادله دو کالا با مبلغی سرانه انجام می شود، معیار تمییز معاوضه از بیع قصد مشترک دو طرف است؛ در معاوضه ممکن است یکی از دو عوض یا هر دو عین باشند یا منفعت یا حق مالی؛ در معاوضه نیز خیار غبن ایجاد می شود؛ حکم ماده ۳۸۷ ق.م. در مورد تلف مبیع قبل از قبض در معاوضه نیز اجرا می شود و تلف هر یک از دو عوض عقد را منفسخ می کند.

مالی می دهد: یعنی مالی تملیک می کند، یعنی عقد معاوضه تملیکی است؛ تفاوت بیع با معاوضه، به قصد طرفین بر می گردد؛ پس اراده مشترک طرفین مشخص کننده ماهیت قرارداد است.

**اوصاف معاوضه:** عقدی معوض است؛ از عقود لازم است؛ از عقود تملیکی است.

### قواعد حاکم بر معاوضه

معاوضه شباهت زیادی با بیع دارد تا جایی که امکام کلی بیع مثل حق مبیع، لزوم تسلیم مورد معامله و قدرت بر تسلیم آن و اهلیت طرفین و ... در معاوضه جاری است؛ ولی با این همه طبق ماده ۴۶۵ قانون مدنی احکام خاصه بیع، در معاوضه جاری نمی شود؛ احکام خاص بیع مثل خیاراتی که مختص بیع است مانند خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن در معاوضه جاری نیست؛ بنابراین با این خیارات نمی توان عقد معاوضه را بر هم زد؛ هم چنین در معاوضه نمی توان حق شفعه برای شریک قائل شد چرا که حق شفعه از احکام خاص بیع است و در معاوضه جاری نیست.

**ماده ۴۶۵:** در معاوضه احکام خاصه بیع جاری نیست.

خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن از جمله مقررات ویژه عقد بیع است که در معاوضه راه ندارد؛ معاوضه سهم شریک ملک با مال دیگر سبب ایجاد حق شفعه نمی شود.

ضمان معاوضی بعد از تسلیم نیز مختص بیع است و شامل معاوضه نمی شود؛ اما ضمان معاوضی قبل از تسلیم مربوط به همه عقود معوض است و مختص بیع نیست.

# فصل پنجم:

# اجاره

«به انضمام فاصله ای مفید از قوانین روابط موجر و مستأجر»

## تعریف اجاره

تعریف عقد اجاره در قانون مدنی:

ماده ۴۶۶ ق.م. اجاره را تعریف کرده است که این تعریف دو ایراد اساسی دارد؛

اولاً: در مورد عوض سخنی نگفته است؛ اجاره عقدی معوض است و منافع به رایگان تملیک نمی شود؛

ثانیاً: مدت را بیان نکرده است؛ مالکیت مستأجر بر منافع عین موقت است، برخلاف مالکیت عین که دائمی است؛

ماده ۴۶۶: اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می شود، اجاره دهنده را موجر و اجاره کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره گویند.

حق مستأجر بر منافع عین مستأجره از سنخ مالکیت و در زمره حقوق عینی است و در برابر اشخاص ثالث نیز اعتبار دارد.

«اجاره تملیک منفعت است به عوض معلوم».

🔴 تعریف حقوق دانان از عقد اجاره:

## اقسام اجاره

اجاره اشیاء: عقدی تملیکی است؛

اجاره حیوان: عقدی تملیکی است؛

اجاره انسان: عقدی عهدی است.

ماده ۴۶۷: مورد اجاره ممکن است اشیاء یا حیوان یا انسان باشد.

اگر اجاره به صورت مطلق مورد بحث باشد: باید گفت عقدی تملیکی است؛ زیرا اکثر اجاره ها تملیکی اند.

## اجاره اشیاء

### اهمیت مدت در اجاره:

ماده ۴۶۸ ق.م. به اغراق، از «مدت» سخن گفته است؛ اما در واقع مدت موضوعیت ندارد؛ در اجاره مهم این است که میزان منفعت تعیین شده باشد؛ و تعیین میزان منفعت محدود به گذاشتن مدت نیست؛ یعنی مدت طریقت دارد؛

ماده ۴۶۸: در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است.

### اجاره های بدون مدت<sup>۱</sup>

#### تعیین منفعت در اجاره اشیاء:

ماده ۵۰۱: اگر در عقد اجاره مدت به طور صریح ذکر نشده و مال الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد، اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدت های مزبوره در تصرف خود نگاه دارد و موجر هم تخلیه ید او را نخواهد آ، موجر به موجب مُراضات حاصله [توافق ضمنی طرفین] برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف، مستحق و اجرت مقرر [اجرت المثل به میزان اجرت المسمی] بین طرفین خواهد بود.

#### تعیین منفعت در اجاره حیوان:

ماده ۵۰۷: در اجاره حیوان تعیین منفعت یا به تعیین مدت اجاره است یا به بیان مسافت و محلی که راکب یا محمول باید به آن جا حمل شود.

#### تعیین منفعت در اجاره اشخاص:

ماده ۵۱۴: خادم یا کارگر نمی تواند اجیر شود مگر برای مدت معینی یا برای انجام امر معینی.

ماده ۵۱۵: اگر کسی بدون تعیین انتهای مدت اجیر شود، مدت اجاره محدود خواهد بود به مدتی که مزد از قرار آن معین شده است؛ بنابراین، اگر مزد اجیر از قرار روز یا هفته یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد، مدت اجاره محدود به یک روز یا یک هفته یا یک ماه یا یک سال خواهد بود و پس از انقضای مدت مزبور اجاره بر طرف می شود. ولی، اگر پس از انقضای مدت اجیر به خدمت خود دوام دهد و موجر او را نگاه دارد اجیر نیز به مُراضات حاصله به همان طوری که در زمان اجاره بین او و موجر مقرر بود مستحق اجرت [اجرت المثل به میزان اجرت المسمی] خواهد شد.

<sup>۱</sup> - مثال نقض ماده ۴۶۸ ق.م؛ که بیان کرده است اجاره بدون مدت، باطل است.

<sup>۲</sup> - رابطه استیفا است؛ و اگر موجر تقاضای تخلیه کند و مستأجر تخلیه نکند، مستأجر در حکم غاصب است و باید اجرت المثل به نرخ روز پرداخت کند.

## آغاز مدت

ماده ۴۶۹: مدت اجاره از روزی شروع می شود که بین طرفین مقرر شده است و اگر در عقد اجاره ابتدای مدت ذکر نشده باشد، از وقت عقد محسوب است.<sup>۱</sup>

<b>ماده ۴۶۹ ق.م.</b>	
طبق قرارداد فی مابین؛	اگر بین طرفین مقرر شده است:
اگر ابتدای مدت ذکر نشده باشد:	اطلاق در زمان وقوع عقد دارد.

## قدرت بر تسلیم

ماده ۴۷۰: در صحت اجاره قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط است.<sup>۲</sup>  
در کلیه عقود تملیکی مقدورالتسلیم بودن شرط صحت قرارداد است.

## قابلیت بقای مورد اجاره

ماده ۴۷۱: برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقای اصل آن ممکن باشد.<sup>۳</sup>

## معلوم و معین بودن مورد اجاره

ماده ۴۷۲: عین مستأجره باید [معلوم و] معین باشد و اجاره عین مجهول یا مردد باطل است.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۴۰۰ ق.م: اگر ابتدای مدت خیار ذکر نشده باشد، ابتداء آن از تاریخ عقد محسوب است والا تابع قرار داد متعاملین است.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۳۴۸ ق.م: بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است، مگر این که مشتری خود قادر بر تسلّم باشد؛

ماده ۶۷ ق.م: مالی که قبض و اقباض آن ممکن نیست وقف آن باطل است لیکن، اگر واقف تنها قادر بر اخذ و اقباض آن نباشد و موقوف علیه قادر به اخذ آن باشد، صحیح است.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۴۶ ق.م: حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد، اعم از این که مال مزبور منقول باشد یا غیرمنقول و مشاع باشد یا مفروز؛

ماده ۵۸ ق.م: فقط وقف مالی جایز است که با بقای عین بتوان از آن منتفع شد، اعم از این که منقول باشد یا غیرمنقول، مشاع باشد یا مفروز؛

ماده ۶۳۷ ق.م: هر چیزی که بتوان با بقای اصلش از آن منتفع شد، می تواند موضوع عقد عاریه گردد. منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلایی باشد.

<sup>۴</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۱۶ ق.م: مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است؛

ماده ۳۴۲ ق.م: مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل [پیمانه] یا عدد یا ذرع [معیار مساحت سنتی] یا مساحت یا مشاهده [رویتی - چشمی] تابع عرف بلد است؛

ماده ۳۵۱ ق.م: در صورتی که مبیع کلی (یعنی صادق بر افراد عدیده) باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود؛

## مالک منفعت<sup>۱</sup> بودن موجر

ماده ۴۷۳: لازم نیست که موجر مالک عین مستأجره باشد ولی باید مالک منافع آن باشد.

### اجاره توسط مالک منفعت

در چند مورد که یک نفر مالک عین نیست، اما مالک منفعت است، می تواند مال را اجاره بدهد؛

#### اجاره به وسیله متصالح:

متصالح، کسی است که مالی به او صلح شده است؛  
اگر این مال، منفعت باشد،<sup>۲</sup> وی می تواند آن را اجاره بدهد.

#### اجاره به وسیله متهب:

متهب کسی است که مالی به او هبه شده است؛  
اگر این مال منفعت باشد، وی می تواند آن را اجاره بدهد.

#### اجاره به وسیله موصی له:

موصی له کسی است که موصی مالی را برای او وصیت می کند؛  
اگر این مال منفعت باشد، وی می تواند آن را اجاره بدهد.

#### اجاره به وسیله انتقال دهنده:

شرح در قالب مثال: یک نفر عین مال خود را می فروشد، اما منافع آن را برای مدتی برای خود نگه می دارد؛ وی می تواند تا زمانی که مالک منفعت است، آن را اجاره بدهد.

#### اجاره به وسیله مستأجر:

ماده ۴۷۴: مستأجر می تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره بدهد، مگر این که در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد.

## منظور از شرط خلاف، در ماده ۴۷۴ ق.م.

در اجاره دو نوع شرط می تواند وجود داشته باشد که مستأجر مال را اجاره ندهد: شرط نتیجه و شرط فعل؛

ماده ۶۹۴ ق.م: علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می نماید شرط نیست، بنابراین، اگر کسی ضامن دین شخص شود بدون این که بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است؛ لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.

<sup>۱</sup> - صاحب حق انتفاع نمی تواند مال مورد انتفاع را اجاره بدهد.

<sup>۲</sup> - فرقی نمی کند که منافع، معوض و یا غیر معوض به او صلح شده باشد.



**به صورت شرط نتیجه:**

در اجاره یک شرط نتیجه گذاشته می شود که به موجب آن، حق اجاره دادن از مستأجر سلب می شود؛ حال اگر مستأجر که حق اجاره دادن را ندارد، عین مستأجره را اجاره بدهد، اجاره [اجاره دوم] باطل است؛

**ماده ۴۵۴:** هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی شود، مگر این که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده [به صورت شرط نتیجه] که در این صورت اجاره باطل است.

**به صورت شرط فعل منفی:**

در اجاره مستأجر تعهد می کند<sup>۱</sup> که مال را به دیگری اجاره ندهد؛

حال اگر مستأجر، عین مستأجره را اجاره بدهد سه نکته دارد؛

**اولاً:** اجاره دوم صحیح است؛

**ثانیاً:** از آنجایی که مستأجر از تعهد [فعل] خود تخلف کرده است، موجر حق دارد اجاره اول را فسخ کند؛

**ثالثاً:** اگر اجاره اول فسخ بشود، اجاره دوم اصلاً به هم نمی خورد؛ بلکه از تاریخ فسخ اجاره اول، مستأجر اول

[چون نمی تواند مال را به موجر پس بدهد]<sup>۲</sup>، باید به موجر اجرت المثل<sup>۳</sup> بدهد؛

**خيار عيب در اجاره**

خيار عيب، تنها خياری بود که به صاحب آن دو حق می داد: حق فسخ + ارش؛

نکته قابل توجه این است که خيار عيب در اجاره ارش ندارد و به صاحب آن فقط حق فسخ می دهد؛

**ماده ۴۷۸:** هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معيوب بوده، مستأجر می تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند؛ ولی اگر موجر رفع عيب کند، به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد.

فسخ اجاره از همان آغاز مدت اجاره را منحل می سازد، هر چند که مدتی پس از آن اعمال شود؛

مبنای اکثر خيارات دفع ضرر است و منطق اقتضاء می کند که اگر ضرر برود، خيار هم باید از بین برود؛

این ماده یک قاعده منطقی است [با دفع ضرر، خيار هم از بین برود] و استثنای آن ماده ۴۲۱ ق.م. است.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - دقت شود که: تعهد کردن همیشه «شرط فعل» است.

<sup>۲</sup> - زیرا مال در دست مستأجر دوم است.

<sup>۳</sup> - حتی اگر اجرت المثل، بیش از اجرت المسمی باشد، مشمول قاعده اقدام است و باید پرداخته بشود.

<sup>۴</sup> - ماده ۴۲۱ ق.م: اگر کسی [غابن] که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد، خيار غبن ساقط نمی شود، مگر این که مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی گردد.

## اوصاف عیب در اجاره

در بیع، هر ایرادی، حتی کوچک، عیب است و به مشتری حق فسخ و یا حق ارش می دهد؛<sup>۱</sup> اما در اجاره، هر عیبی نمی تواند به مستأجر حق فسخ بدهد؛ مثال: بخاری ماشین مورد اجاره در تابستان خراب باشد. یعنی ممکن است عین مستأجره دارای عیوب متعدد باشد، اما این عیوب تأثیری در انتفاع مستأجر، نداشته باشند؛

ماده ۴۷۹: عیبی که موجب فسخ اجاره می شود عیبی است که موجب نقصان منفعت یا صعوبت در انتفاع باشد.

<b>ماده ۴۷۹ ق.م.</b>	
عیبی که موجب فسخ اجاره می شود:	عیبی است که موجب نقصان منفعت باشد؛
	یا عیبی که موجب صعوبت در انتفاع باشد.

ماده ۴۸۰: عیبی که بعد از عقد و قبل از قبض منفعت در عین مستأجره حادث شود موجب خیار است و اگر عیب در اثنای مدت اجاره حادث شود نسبت به بقیه مدت خیار ثابت است.

### زمان ورود عیب در عین مستأجره

**فرض نخست: اگر عین مستأجره قبل از تسلیم معیوب بشود.<sup>۲</sup>**

یعنی عین مستأجره، هنگام عقد سالم بوده است، اما بعد از عقد و قبل از تسلیم معیوب می شود؛ در اینجا مستأجر فقط حق فسخ دارد و ارش ندارد.<sup>۳</sup>

**فرض دوم: اگر عین مستأجره در اثنای مدت اجاره معیوب بشود.**

یعنی عین مستأجره در زمان عقد و زمان تسلیم سالم بوده است، اما در اثنای مدت اجاره معیوب می شود؛ در اینجا مستأجر نسبت به بقیه مدت اجاره، خیار فسخ دارد.<sup>۴</sup>

**فرض سوم: اگر عین مستأجره از ابتدا معیوب بوده اما مستأجر در اثنای مدت متوجه عیب بشود.**

یعنی عین مستأجره در زمان عقد و زمان تسلیم معیوب بوده است، اما مستأجر در اثنای مدت متوجه عیب می شود؛ در اینجا مستأجر می تواند، اجاره را نسبت به تمام مدت آن فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۲۲ ق.م. اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارش یا فسخ معامله.

<sup>۲</sup> - فروض اول و دوم در ماده ۴۸۰ ق.م. ذکر شده و فرض سوم مفهوم مخالف فرض دوم است.

<sup>۳</sup> - ماده ۴۲۵ ق.م. عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است.

<sup>۴</sup> - زیرا تا آن موقع عین مستأجره سالم بوده و مستأجر از آن منتفع می شده است.

اگر در اینجا مستأجر بخواهد فسخ کند، باید نسبت به مدتی که از عین مستأجره [در حال معیوب و به تناسب عیب آن] استفاده کرده است، اجرت المثل [بدرج منفعت] بدهد.

### سه ماده مرتبط در اجاره<sup>۱</sup>

ماده ۴۸۱: هرگاه عین مستأجره به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود [در حکم تلف] اجاره باطل [منفسخ] می شود.

ماده ۴۸۳: اگر در مدت اجاره، عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود، اجاره از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود؛ و در صورت تلف بعضی آن [نقص]، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ [خيار تبعض صفقه] کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی [نسبت به عین مستأجره موجود] مال الاجاره نماید.

ماده ۴۹۶: عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل [منفسخ] می شود و نسبت به تخلف از شرایطی [شامل شرط فعل هم می شود] که بین موجر و مستأجر مقرر است، خيار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد [الزامی ندارد].<sup>۲</sup>

### خيار تبعض صفقه در اجاره

در قالب یک مثال: اگر موضوع اجاره دو مورد [مثلاً دو تا ماشین] باشد و یکی از آنها در اثنای اجاره تلف بشود، اجاره نسبت به مورد تلف منفسخ و مستأجر نسبت به موردی که تلف نشده است خيار تبعض صفقه دارد؛ بند دوم ماده ۴۸۳ ق.م؛

ماده ۴۸۳: .....؛ و در صورت تلف بعضی آن [نقص]، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ [خيار تبعض صفقه] کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی [نسبت به عین مستأجره موجود] مال الاجاره نماید.<sup>۳</sup>

### امین بودن مستأجر

ماده ۴۹۳: مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست؛ به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسؤل نخواهد بود. ولی، اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

<sup>۱</sup> - قانونگذار در مواد ۴۸۱ و ۴۹۶ ق.م. به جای لفظ «منفسخ»، به اشتباه از «بطلان» سخن گفته است. دقت شود: عقدی که صحیح واقع شده باشد، محال است که باطل بشود.

<sup>۲</sup> - این ماده و ماده ۲۴۳ ق.م. از استثناعات شرط فعل برای فسخ «بدون امکان اولیه الزام» می باشند.

<sup>۳</sup> - ماده ۳۸۸ ق.م: اگر قبل از تسلیم در مبيع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.

## خيار تخلف از شرط ضمنی در اجاره

طبق ماده ۴۹۳ ق.م. مستأجر امین است و در صورت تعدی و تفریط، موجر باید او را منع کند و در صورتی که منع کارساز نباشد، وی [موجر] حق فسخ دارد؛

حال نام این حق فسخ چیست؟ در مواد ۴۷۸ و ۴۹۲ ق.م. نیز با چنین حق فسخی مواجه هستیم؛

ماده ۴۸۷: هرگاه مستأجر نسبت به عین مستأجره تعدی<sup>۱</sup> یا تفریط<sup>۲</sup> نماید و موجر قادر بر منع آن نباشد موجر حق فسخ [؟] دارد.

ماده ۴۹۲: اگر مستأجر عین مستأجره را در غیر موردی که در اجاره ذکر شده باشد [تقصیر کند] یا از اوضاع و احوال استنباط می شود استعمال کند و منع آن ممکن نباشد [تقصیر کند] موجر حق فسخ<sup>۳</sup> اجاره را خواهد داشت.

نتیجه گیری:

اگر در قانون یک حق فسخ پیش بینی شده باشد و مشخص نشود که از کدام یک از خيارات مذکور است: آن را خيار تخلف از شرط ضمنی می نامیم؛ مانند حق فسخ در دو ماده مذکور.

## تسليم عين مستأجره

ماده ۴۷۶: موجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و در صورت امتناع، مؤجر اجبار می شود و در صورت تعذر اجبار، مستأجر خيار فسخ دارد.

ماده ۴۷۷: موجر باید عین مستأجره را در حالی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفاده مطلوبه از آن را بکند.<sup>۴</sup> استفاده مطلوبه: یعنی استفاده مورد نظر در اجاره - برای مثال معیوب نباشد. رک. ماده ۴۸۲ ق.م.

## تسليم مال مشاع

ماده ۴۷۵: اجاره مال مشاع جایز است، لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک.<sup>۵</sup> اجاره دادن، تصرفی حقوقی است، اما تسلیم مورد اجاره، تصرفی مادی است.

<sup>۱</sup> - ماده ۹۵۱ ق.م. تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری.

<sup>۲</sup> - ماده ۹۵۲ ق.م. تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.

<sup>۳</sup> - خيار تخلف از شرط ضمنی: [عرفی] و تصریحی: [موردی که در قرارداد باشد].

<sup>۴</sup> - ماده ۳۶۷ ق.م. تسلیم [اقباض] عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری، به نحوی که مَتَمَكِّن [قادر بر] از انحاء [انواع] تصرفات و انتفاعات [بهره برداری] باشد؛ و قبض [تسلم] عبارت است از استیلا [تسلط] مشتری بر مبیع.

<sup>۵</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۵۸۱ ق.م. تصرفات [حقوقی در سهم سایرین] هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد، فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود؛

ماده ۵۸۲ ق.م. شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف [مادی] در اموال شرکت نماید ضامن است؛

ماده ۵۸۳ ق.م. هر یک از شرکاء می تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل [تصرف حقوقی] کند.

## خيار تعذر تسليم در اجاره

ماده ۴۸۲: اگر مورد اجاره عين کلی باشد و فردی [مصادق] که موجر داده معيوب در آيد، مستأجر حق فسخ [خيار عيب]<sup>۱</sup> ندارد و می تواند موجر را مجبور به تبديل آن نماید و اگر تبديل آن ممکن نباشد حق فسخ [تعذر تسليم] خواهد داشت.<sup>۲</sup>

ماده ۴۷۶ ق.م: موجر باید عين مستأجره را تسليم مستأجر کند و در صورت امتناع، مؤجر اجبار می شود و در صورت تعذر اجبار، مستأجر خيار فسخ دارد.

ماده ۴۸۸: اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی [غاصب] در عين مستأجره یا منافع آن مزاحم مستأجر گردد [يعنی غصب کند]، در صورتی که قبل از قبض باشد، مستأجر حق فسخ [خيار تعذر تسليم]<sup>۳</sup> دارد و اگر فسخ نمود می تواند [يعنی دو حق دارد] برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت المثل به خود مزاحم رجوع کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود، حق فسخ ندارد و فقط [یک حق دارد] می تواند به مزاحم رجوع کند.<sup>۴</sup>

اگر مزاحم مذکور در ماده ۴۸۸ ق.م. غاصب نباشد:

ماده ۴۸۹: اگر شخصی که مزاحمت می نماید مدعی حق نسبت به عين مستأجره یا منافع آن باشد [يعنی غاصب نیست]، —مزاحم نمی تواند عين مزبور را از يد مستأجر انتزاع [جدا کردن] نماید مگر بعد از اثبات حق [در دادگاه] با طرفیت مالک و مستأجر هر دو.

مزاحمت شخص ثالث		
غاصب است:	قبل از قبض:	مستأجر دو حق دارد: حق فسخ یا رجوع به غاصب؛
	بعد از قبض:	مستأجر خيار فسخ ندارد و فقط می تواند به غاصب رجوع کند.
مدعی حق است:		وی حق انتزاع عين مستأجره را از يد مستأجر را ندارد و برای مطالبه حق خود باید به طرفیت موجر و مستأجر اقامه دعوا کند.

## منع موجر از تغيير منافی با مقصود اجاره

ماده ۴۸۴: موجر نمی تواند در مدت اجاره در عين مستأجره تغییری [تصرف] دهد که منافی مقصود مستأجر از استیجار [اجاره گرفتن] باشد.

## تعمیرات ضروری برای حفظ عين

ماده ۴۸۵: اگر در مدت اجاره در عين مستأجره تعمیراتی لازم آید که تأخیر در آن موجب ضرر موجر باشد، مستأجر نمی تواند مانع تعمیرات مزبوره گردد اگر چه در مدت تمام یا قسمتی از زمان تعمیر نتواند از عين مستأجره کلاً یا بعضاً استفاده نماید در این صورت حق فسخ اجاره را خواهد داشت.

<sup>۱</sup> - خيار عيب در «کلی» راه ندارد.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۳۷ ق.م: از حیث احکام عيب، ثمن شخصی [ثمن معين] مثل مبيع شخصی است.

<sup>۳</sup> - دکتر برادران این خيار را تخلف از شرط بنایی می داند؛

<sup>۴</sup> - ماده ۵۲۸ ق.م: اگر شخص ثالثی قبل از این که زمین مورد مزارعه تسليم عامل شود آن را غصب کند، عامل مختار بر فسخ می شود؛ ولی اگر غصب بعد از تسليم واقع شود حق فسخ ندارد.

## تعمیر لازم برای انتفاع مستأجر

ماده ۴۸۶: تعمیرات و کلیه مخارجی که در عین مستأجره برای امکان انتفاع از آن لازم است به عهده مالک است، مگر آن که شرط خلاف شده یا عرف بلد برخلاف آن جاری باشد؛ و همچنین است آلات و ادواتی که برای امکان انتفاع از عین مستأجره لازم می باشد.

## تکالیف مستأجر

ماده ۴۹۰: مستأجر باید:

اولاً: در استعمال عین مستأجره به نحو متعارف رفتار کرده و تعدی یا تفریط نکند؛ [تقصیر نکرده باشد].  
ثانیاً: عین مستأجره برای همان مصرفی که در اجاره مقرر شده و در صورت عدم تعیین در منافع مقصوده که از اوضاع و احوال استنباط می شود استعمال نماید؛ [تقصیر نکرده باشد].  
ثالثاً: مال الاجاره را در مواعیدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعد نقداً [حال] باید پردازد.

## انتفاع مشابه از عین

منفعت در اجاره دو نوع است: گاهی منفعت برای موجر خصوصیت دارد و گاهی ندارد؛

در حالت اول که خصوصیت دارد، مستأجر نمی تواند منفعت را تغییر دهد: اگر تغییر دهد، تقصیر کرده است؛

اما در حالت دوم که منفعت خصوصیتی ندارد، مستأجر می تواند منفعت مورد اجاره را به منفعتی که برابر با منفعت مشخص شده و یا کمتر از آن باشد تغییر دهد؛

برای مثال: ماشینی را برای رفتن به مقصد مشخصی [برای مثال کرج] اجاره می کنیم، در اینجا اگر کرج برای موجر خصوصیت داشته باشد، نمی توانیم با آن به جای دیگری برویم، اما اگر کرج، خصوصیتی برای موجر نداشته باشد، می توانیم مقصد را تغییر داده و به اندازه مسافت تا کرج و یا کمتر از آن مسافت، از ماشین استفاده کنیم.

ماده ۴۹۱: اگر منفعتی که در اجاره تعیین شده است به خصوصیت آن منظور نبوده مستأجر می تواند استفاده منفعتی کند که از حیث ضرر مساوی یا کمتر از منفعت معینه باشد.

## پایان مدت اجاره

عقود مدت دار؛ مانند اجاره، پس از انقضای مدت آن ها، منفسخ می شوند؛

ماده ۴۹۴: عقد اجاره به محض انقضای مدت برطرف [منفسخ] می شود؛ و اگر پس از انقضای آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد، موجر برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود، اگر چه مستأجر استیفای منفعت نکرده باشد [در حکم غاصب]؛ و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد، وقتی باید اجرت المثل [به نرخ روز] بدهد که استیفای منفعت کرده باشد، مگر این که مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید.

ماده ۴۹۴ ق.م. پایان مدت اجاره	
مستأجر در حکم غاصب است و باید اجرات المثل <sup>۱</sup> بدهد.	موجر سراغ مستأجر می رود، اما مستأجر تخلیه نمی کند:
اگر مستأجر از مورد اجاره استفاده کند: باید به نرخ روز اجرت المثل پردازد.	موجر سراغ مستأجر نمی رود؛ «رابطه به استیفاء تبدیل می شود»
اگر مستأجر از مورد اجاره استفاده نکند و وسیله ای هم در آن جا نداشته باشد: چیزی پرداخت نمی کند.	

ادامه ماده ۴۹۴ ق.م. با ماده ۵۰۱ ق.م. مرتبط است؛ اجاره از قرار:

اجاره از قرار این است که: در اجاره مدت معلوم نباشد، اما مال الاجاره از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ تعیین شده است؛

مثال: خانام را اجاره دادام، ماهی فلان مبلغ: یا به سالی فلان مبلغ و ....

ماده ۵۰۱: اگر در عقد اجاره مدت به طور صریح ذکر نشده و مال الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد، اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدت های مزبوره در تصرف خود نگاه دارد و موجر هم تخلیه ید او را نخواهد<sup>۲</sup>، موجر به موجب مُراضات حاصله [توافق ضمنی طرفین] برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف، مستحق و اجرت مقرر [اجرت امثل به میزان اجرت المسمی] بین طرفین خواهد بود.<sup>۳</sup>

در اجاره از قرار، سه مرحله وجود دارد و هر مرحله یک حکم دارد؛

مرحله نخست:

مدت اجاره همان حداقل مدتی است که مال الاجاره از قرار آن تعیین شده است: یعنی قدر متیقن؛

برای مثال: اگر گفته شده است ماهی فلان مقدار، منظور یک ماه بوده است و آنچه مستأجر در این مدت می پردازد اجرت المسمی است.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۳۷ ق.م. هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت المثل خواهد بود مگر این که معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است.

<sup>۲</sup> - یعنی رابطه استیفاء است؛ و اگر موجر تقاضای تخلیه کند و مستأجر تخلیه نکند، مستأجر در حکم غاصب است و باید اجرت المثل به نرخ روز پرداخت کند.

<sup>۳</sup> - ماده ۵۱۵ ق.م. اگر کسی بدون تعیین انتهای مدت اجیر شود، مدت اجاره محدود خواهد بود به مدتی که مزد از قرار آن معین شده است؛ بنابراین، اگر مزد اجیر از قرار روز یا هفته یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد، مدت اجاره محدود به یک روز یا یک هفته یا یک ماه یا یک سال خواهد بود و پس از انقضای مدت مزبور اجاره بر طرف می شود. ولی، اگر پس از انقضای مدت اجیر به خدمت خود دوام دهد و موجر او را نگاه دارد اجیر نیز به مراضات حاصله به همان طوری که در زمان اجاره بین او و موجر مقرر بود مستحق اجرت [اجرت المثل به میزان اجرت المسمی] خواهد شد.

**مرحله دوم:**

مدت اجاره تمام شده است؛ یعنی یک ماه تمام شده و موجر تقاضای تخلیه نکرده است؛  
به عبارتی موجر اذن داده و رابطه به استیفاء تبدیل شده است؛  
در این صورت مستأجر باید اجرت المثل بدهد، اما اجرت المثل به اندازه اجرت المسمی؛  
قاعده این است که اجرت المثل باید به نرخ روز باشد، اما در اینجا استثناء است و باید به اندازه  
اجرت المسمی باشد؛

ماده ۴۹۴ ق.م. اجرت المثل به نرخ روز، اما ماده ۵۰۱ اجرت المثل به اندازه اجرت المسمی است؛  
در این مرحله [مرحله دوم]، مستأجر اجرت المثل می پردازد و احکام آن نیز احکام اجرت المثل است - فقط  
میزان آن به اندازه اجرت المسمی است.

**مرحله سوم:**

مدت اجاره تمام شده و موجر تقاضای تخلیه می کند، اما مستأجر تخلیه نمی کند؛  
در اینجا مستأجر در حکم غاصب است و باید اجرت المثل به نرخ روز بپردازد؛ خواه استفاده کرده باشد، خواه  
استفاده نکرده باشد.

**حدود مسئولیت ضامن اجاره بها**

ماده ۴۹۵: اگر برای تأدیه مال الاجاره ضامنی داده شده باشد، ضامن مسئول اجرت المثل مذکور در ماده فوق [۴۹۴ ق.م.]  
نخواهد بود.  
ضامن فقط مسئول پرداخت مال الاجاره در قرارداد است.

**اجاره عقدی لازم است**

از آن جایی که اجاره عقد لازمی است، با فوت احد طرفین از بین نمی رود؛

ماده ۴۹۷: عقد اجاره به واسطه فوت موجر یا مستأجر باطل نمی شود [چون لازم است]، ولیکن اگر موجر فقط برای مدت عمر  
خود مالک منافع عین مستأجره بوده است، اجاره به فوت موجر باطل<sup>۱</sup> می شود و اگر شرط مباشرت [منظور قید مباشرت است]  
مستأجر شده باشد به فوت مستأجر باطل می گردد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - در اجاره، تمام موادی که گفته است: «باطل می شود - باطل نمی شود»، منظور منفسخ شدن یا منفسخ نشدن است.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۲۹ ق.م. عقد مزارعه به فوت متعاملین یا احد آن ها باطل نمی شود، مگر این که مباشرت عامل شرط شده باشد در این صورت به فوت او منفسخ می شود.



## استثناء

در دو مورد، با فوت، اجاره منفسخ می شود؛

**استثنای نخست:** فوت موجر؛ هرگاه موجر به مدت عمر خود مالک منفعت باشد، اجاره با فوت او منفسخ می شود؛  
**استثنای دوم:** فوت مستأجر؛ هرگاه اجاره به قید مباشرت مستأجر باشد، با فوت مستأجر، اجاره منفسخ می شود.

## دو اصطلاح

### قید مباشرت:

قید جنبه اصلی دارد و اگر قید از بین برود، مقید هم از بین می رود؛  
به طوری که شرح داده شد: با فوت مستأجر [در صورتی که با قید مباشرت باشد]، اجاره منفسخ می شود.

### شرط مباشرت:

شرط جنبه فرعی دارد و تخلف از آن به مشروط له حق فسخ می دهد؛  
یعنی اگر اجاره به شرط مباشرت باشد، با فوت مستأجر، اجاره منفسخ نمی شود، اما موجر حق فسخ دارد؛<sup>۱</sup>  
لازم به ذکر است که در ماده ۴۹۷ ق.م. منظور از شرط مباشرت، قید مباشرت است و قانون گذار اشتباه کرده است.

## انتقال عین مستأجره

هرگاه در اثنای اجاره، موجر عین مستأجره را به دیگری انتقال دهد<sup>۲</sup> [برای مثال بفروشد]، مشتری اگر از اجاره بدون اطلاع باشد، حق فسخ [خيار تخلف از شرط ضمنی] دارد؛  
البته موجر می تواند، در اجاره با توافق مستأجر برای خودش خيار شرط [بدون مدت] بگذارد که هرگاه بخواهد عین مستأجره را به دیگری انتقال دهد، بتواند اجاره را فسخ کند؛

**ماده ۴۹۸:** اگر عین مستأجره [توسط موجر] به دیگری منتقل شود اجاره به حال خود باقی است، مگر این که موجر حق فسخ<sup>۳</sup> در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۲۴۰ ق.م: اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر این که امتناع مستند به فعل مشروطه له [قاعدۀ اقدام] باشد.

<sup>۲</sup> - موجر می تواند در هر زمان عین مستأجره را به دیگری انتقال دهد و منافاتی با اجاره ندارد.

<sup>۳</sup> - حق فسخ در این ماده خيار شرط است که مدت ندارد: چون خود اجاره مدت دارد. رک. مبحث دوم همین جزوه (مدنی ۶) «خيارات» - ماده ۴۰۱ ق.م.

<sup>۴</sup> - ماده ۵۳ ق.م: انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی شود، ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

## اجاره وقف

فوت نماینده، پس از انعقاد عقد [لازم یا جایز فرقی نمی کند]، تأثیری در تداوم عقد ندارد؛ طبق ماده ۴۹۷ ق.م. [که شرح داده شد] عقد با فوت احد طرفین منفسخ نمی شود: پس به طریق اولی، با فوت نماینده هم منفسخ نمی شود؛

ماده ۴۹۹: هرگاه متولی با ملاحظه صرفه وقف مال موقوفه را اجاره دهد، اجاره به فوت او باطل نمی گردد.

## ماده ۵۰۰ ق.م.

### مقدمه اول:

برای توضیح ماده ۵۰۰ ق.م. ابتدا باید بدانیم بیع شرط چیست؛<sup>۱</sup>

### بیع شرط در قانون مدنی:<sup>۲</sup>

در بیع شرط، بایع برای خود خیار شرط می گذارد؛ به این شرح که تا مدت معینی اگر ثمن را به مشتری بازگرداند، بتواند مبیع را پس بگیرد؛

در بیع شرط، هدف تملیک مال نیست؛ بلکه هدف قرض است؛ اما طبق قانون مدنی بیع شرط اثر تملیک دارد؛<sup>۳</sup> از آنجایی که از بیع شرط سوءاستفاده زیادی می شد، قانون ثبت [مواد ۳۳ و ۳۴]، اثر بیع شرط را تغییر داده است؛

### بیع شرط در قانون ثبت:

بیع شرط تملیکی نیست، بلکه اثر رهن را دارد؛ به این صورت که مشتری مانند مرتهن است و برای استرداد ثمن خود، باید از طریق دادگاه، مبیع [که در اینجا عین مرهونه شده است] را به فروش برساند و از آن طلب خود را بردارد؛<sup>۴</sup>

### نتیجه گیری:

بیع شرط در قانون مدنی تملیکی است اما در قانون ثبت اثر رهن دارد و تملیکی نیست.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> - برای توضیحات بیشتر در مورد بیع شرط، رک. فصل سوم همین جزوه (مدنی ۶).

<sup>۲</sup> - به آن «معامله با حق استرداد» نیز می گویند.

<sup>۳</sup> - ماده ۴۵۹ ق.م. در بیع شرط، به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می شود با قید خیار برای بایع؛ بنابراین، اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده عمل ننماید، بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل ننماید و مبیع را استرداد کند، از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.

<sup>۴</sup> - یعنی مشتری نمی تواند مبیع را تملیک کند؛ چون در اینجا اثر بیع شرط تغییر کرده است.

<sup>۵</sup> - البته دقت شود که: در بیع شرط قانون ثبت لازم الاجراست؛ زیرا قانون ثبت در این زمینه قانون مدنی را تخصیص زده است.

**مقدمه دوم:**

برای این که ماده ۵۰۰ ق.م. را بهتر متوجه بشویم باید بیع شرط را طبق قانون مدنی بررسی کنیم؛ در بیع شرط [طبق قانون مدنی]، مشتری مالک مبیع می شود، اما مالکیت وی محدود است؛ چون بایع قصد دارد در آن مدت، مبیع را پس بگیرد؛ به همین دلیل ماده ۴۶۰ ق.م. بیان می کند که: در بیع شرط مشتری نمی تواند تا موقعی که بایع حق خیار دارد، مال را منتقل کند؛ زیرا اگر منتقل کند، با خیار بایع منافات دارد و این انتقال غیرنافذ است.<sup>۱</sup>

**شرح ماده ۵۰۰ ق.م:**

ماده ۵۰۰ ق.م. به سه قسمت تقسیم می شود و هر کدام جداگانه توضیح داده می شود:

**ماده ۵۰۰:** در بیع شرط مشتری می تواند مبیع را برای مدتی [خیار شرط منفصل] که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد؛ و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد، به وسیله جعل<sup>۲</sup> خیار یا نحو آن [شرط فاسخ] حق بایع را محفوظ دارد، والا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد باطل [غیرنافذ] خواهد بود.

به نظر می رسد که اجاره در هر حال تا زمان اعمال خیار از طرف فروشنده نافذ باشد و پس از آن غیرنافذ و منوط به رضای مالک جدید (فروشنده) است.

**قسمت نخست ماده ۵۰۰ ق.م:**

هرگاه در بیع شرط، خیار بایع منفصل باشد، در مدت زمانی که بایع خیار ندارد، مشتری می تواند بدون هیچ مشکلی مبیع را اجاره بدهد؛ برای مثال: خیار بایع بعد از دو ماه شروع می شود [منفصل]، در این صورت مشتری تا دو ماه می تواند مبیع را اجاره بدهد که اگر اجاره بدهد با حق بایع تزاممی ندارد.

**قسمت دوم ماده ۵۰۰ ق.م:**

هرگاه مدت خیار بایع برای مثال بعد از دو ماه شروع بشود و مشتری بخواهد بیش از مدت دو ماه مبیع را اجاره بدهد، اشکالی ندارد، اما باید به طریقی حق بایع را در نظر بگیرد؛ دو روش برای جلوگیری از حق بایع وجود دارد: گذاشتن خیار شرط در اجاره و یا گذاشتن شرط فاسخ؛ گذاشتن خیار شرط در اجاره: مشتری در اجاره شرطی می گذارد به این شکل که: اگر بایع بخواهد بیع را فسخ کند، ابتدا مشتری اجاره را، سپس بایع بیع را فسخ کند.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۶۰ ق.م: در بیع شرط مشتری نمی تواند [غیرنافذ است] در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید.

<sup>۲</sup> - یعنی گذاشتن خیار شرط؛ مشتری می تواند خیار شرط را برای بایع بگذارد. مرتبط با بیع شرط و مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ت.

گذاشتن شرط فاسخ؛ مشتری در اجاره شرط فاسخی به این مضمون می گذارد که: اگر بایع بیع را فسخ کرد، اجاره نیز خودبه خود منفسخ بشود.<sup>۱</sup>

قسمت سوم ماده ۵۰۰ ق.م:

هر گاه مشتری بدون در نظر گرفتن حق بایع، مبیع را اجاره بدهد و از قضا در مدت اجاره، بایع، بیع را فسخ کند، اجاره غیرنافذ می شود؛

اجاره از ابتدا تا لحظه اعمال فسخ بیع، صحیح است و از لحظه فسخ بیع، چون مال متعلق به بایع است، اجاره صورت گرفته از طرف مشتری، غیرنافذ می شود؛

یعنی اجاره از ابتدا صحیح بوده [چون مشتری مالک منافع بوده است]، اما با فسخ از جانب بایع، منافع دیگر به مشتری تعلق ندارد و بایع می تواند رد و یا تنفیذ کند؛

قسمت آخر ماده ۵۰۰ ق.م به فرض این که بایع در هر صورت اجاره را رد می کند از بطلان اجاره سخن گفته است که صحیح نیست و باید گفت غیرنافذ است.

### تعمیر بدون اذن موجر

ماده ۵۰۲: اگر مستأجر در عین مستأجره بدون اذن موجر تعمیراتی نماید حق مطالبه قیمت آن را نخواهد داشت.<sup>۲</sup> این ماده مفهوم مخالف دارد و مفهوم آن نیز حجت است.

### وضع بنا و غرس اشجار بدون اذن موجر

ماده ۵۰۳: هر گاه مستأجر بدون اجازه موجر در خانه یا زمینی که اجاره کرده وضع بنا یا غرس اشجار کند، هر یک از موجر و مستأجر حق دارد هر وقت بخواهد بنا را خراب یا درخت را قطع نماید؛ در این صورت، اگر در عین مستأجره نقصی حاصل شود، بر عهده مستأجر است.

### بنا و غرس مجاز

ماده ۵۰۴: هر گاه مستأجر به موجب عقد اجاره مجاز در بنا یا غرس بوده، موجر نمی تواند مستأجر را به خراب کردن یا کندن آن اجبار کند؛ و بعد از انقضای مدت، اگر بنا یا درخت در تصرف مستأجر باقی بماند، موجر حق مطالبه اجرت المثل زمین را خواهد داشت و اگر در تصرف موجر باشد، مستأجر حق مطالبه اجرت المثل بنا یا درخت را خواهد داشت.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - در حق خیار، یک نفر باید فسخ را اعمال کند تا موثر واقع بیفتد، اما در شرط فاسخ، نیازی به اعمال آن نیست و خود به خود عقد منفسخ می شود.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۸۶ ق.م: تعمیرات و کلیه مخارجی که در عین مستأجره برای امکان انتفاع از آن لازم است به عهده مالک است، مگر آن که شرط خلاف شده یا عرف بلد بر خلاف آن جاری باشد؛ و هم چنین است آلات و ادواتی که برای امکان انتفاع از عین مستأجره لازم می باشد.

<sup>۳</sup> - ماده ۵۴۰ ق.م: هر گاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را به اخذ اجرت المثل ابقاء نماید.

## حال نشدن اقساط اجاره بها با مرگ مستأجر

ماده ۵۰۵: اقساط مال الاجاره که به علت نرسیدن موعد پرداخت آن بر ذمه مستأجر مستقر نشده است به موت او حال نمی شود.<sup>۱</sup>

## آفت زراعت در اجاره عقار

ماده ۵۰۶: در اجاره عقار، آفت زراعت از هر قبیل که باشد به عهده مستأجر است، مگر این که در عقد اجاره طور دیگری شرط شده باشد.

عقار: اسباب و اثاث خانه - ملک و زمین زراعتی. ج. عقارات: برگرفته از فرهنگ معین.

## اجاره حیوانات

### تعیین منفعت

ماده ۵۰۷: در اجاره حیوان تعیین منفعت یا به تعیین مدت اجاره است یا به بیان مسافت و محلی که راکب یا محمول باید به آن جا حمل شود.

ماده ۵۰۷ ق.م.	
تعیین منفعت در اجاره حیوان:	یا به تعیین مدت اجاره است: موافق ماده ۴۶۸ ق.م. <sup>۲</sup> یا به بیان مسافت و محلی که راکب یا محمول باید به آن جا حمل شود.

### تعیین راکب یا محمول

ماده ۵۰۸: در موردی که منفعت به بیان مدت اجاره معلوم شود تعیین راکب یا محمول لازم نیست ولی مستأجر نمی تواند زیاده بر مقدار متعارف حمل کند و اگر منفعت به بیان مسافت و محل معین شده باشد تعیین راکب یا محمول لازم است.

### شرط تغییر اجاره بها در صورت تأخیر

ماده ۵۰۹: در اجاره حیوان ممکن است شرط شود که، اگر موجر در وقت معین محمول را به مقصد نرساند، مقدار معینی از مال الاجاره کم شود.<sup>۳</sup>

## اجاره حیوان کلی

ماده ۵۱۰: در اجاره حیوان لازم نیست که عین مستأجره حیوان معینی باشد بلکه تعیین آن به نوع معینی کافی خواهد بود.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۳۱ قانون امور حسبی: دیون مؤجل متوفی بعد از فوت حال می شود.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۶۸ ق.م: در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است.

<sup>۳</sup> - ماده ۵۱۷ ق.م: مفاد ماده ۵۰۹ در مورد متصدیان حمل و نقل نیز مجری خواهد بود.

## استفاده از منفعت مقصود

ماده ۵۱۱: حیوانی که مورد اجاره است باید برای همان مقصودی استعمال شود که قصد طرفین بوده است؛ بنابراین حیوانی که برای سواری اجاره داده شده است نمی‌توان برای بارکشی استعمال نمود.<sup>۱</sup>

## اجاره اشخاص

ماده ۵۱۲: در اجاره اشخاص کسی که اجاره می‌کند مستأجر و کسی که مورد اجاره واقع می‌شود اجیر و مال الاجاره اجرت نامیده می‌شود.

### مقایسه

#### وجه اشتراک اجاره اشخاص و جعاله:

هر دو عقد می‌باشند؛  
 هر دو عقد عهده می‌باشند؛  
 هر دو عقد معوض می‌باشند؛  
 در هر دو یک نفر کار می‌کند و دیگری اجرت می‌دهد.

#### وجه افتراق اجاره اشخاص و جعاله:

در اجاره، اجیر همیشه مشخص است، اما در جعاله، عامل در مواقعی مشخص است [جعاله خاص] و در مواقعی عامل مشخص نیست [جعاله عام]؛  
 در اجاره اشخاص، عقد از ابتدا لازم است، اما جعاله پس از انجام عمل لازم می‌شود؛  
 در اجاره برای دو طرف به محض انعقاد عقد، تعهد ایجاد می‌شود [حق حبس] اما در جعاله پس از انجام عمل تعهد ایجاد می‌شود؛  
 اجاره مبتنی بر مغاینه است اما جعاله مبتنی بر مسامحه.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۴۹۰ ق.م.م: مستأجر باید:

اولاً: در استعمال عین مستأجره به نحو متعارف رفتار کرده و تعدی یا تفریط [تقصیر] نکند؛

ثانیاً: عین مستأجره برای همان مصرفی که در اجاره مقرر شده و در صورت عدم تعیین در منافع مقصوده که از اوضاع و احوال استنباط می‌شود استعمال نماید؛

ثالثاً: مال الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر است تادیه کند و در صورت عدم تعیین موعد نقداً [حال] باید بپردازد.

ماده ۴۹۱ ق.م.م: اگر منفعتی که در اجاره تعیین شده است به خصوصیت آن منظور نبوده مستأجر می‌تواند استفاده منفعتی کند که از حیث ضرر مساوی یا کمتر از منفعت معینه باشد.

ماده ۴۹۲ ق.م.م: اگر مستأجر عین مستأجره را در غیر موردی که در اجاره ذکر شده باشد یا از اوضاع و احوال استنباط می‌شود استعمال کند و منع آن ممکن نباشد [تقصیر کند] موجر حق فسخ اجاره را خواهد داشت.

<sup>۲</sup> - برای توضیحات بیشتر، رک. جزوه مدنی «۷».

## اقسام اجاره اشخاص

ماده ۵۱۳: اقسام عمده اجاره اشخاص از قرار ذیل است:

اجاره خدمه و کارگران از هر قبیل؛

اجاره متصدیان حمل و نقل اشخاص یا مال التجاره، اعم از راه خشکی یا آب یا هوا.

## اجاره خدمه و کارگر

### لزوم تعیین مدت یا کار موضوع قرارداد

ماده ۵۱۴: خادم یا کارگر نمی تواند اجیر شود مگر برای مدت معینی یا برای انجام امر معینی.

ماده ۱۹۰ ق.م: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱. ... ۲. ... ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴. ...؛

ماده ۲۱۶ ق.م: مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه<sup>۱</sup> که علم اجمالی به آن کافی است.

### اجاره بدون تعیین انتهای مدت

ماده ۵۱۵: اگر کسی بدون تعیین انتهای مدت اجیر شود، مدت اجاره محدود خواهد بود به مدتی که مزد از قرار آن معین شده است؛ بنابراین، اگر مزد اجیر از قرار روز یا هفته یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد، مدت اجاره محدود به یک روز یا یک هفته یا یک ماه یا یک سال خواهد بود و پس از انقضای مدت مزبور اجاره بر طرف می شود. ولی، اگر پس از انقضای مدت اجیر به خدمت خود دوام دهد و موجر او را نگاه دارد اجیر نیز به مرضات حاصله به همان طوری که در زمان اجاره بین او و موجر مقرر بود مستحق اجرت [اجرت المثل به میزان اجرت المسمی] خواهد شد.

### اجاره متصدی حمل و نقل

#### مسئولیت متصدی

ماده ۵۱۶: تعهدات متصدیان حمل و نقل، اعم از این که از راه خشکی یا آب یا هوا باشد، برای حفاظت و نگاهداری اشیایی که به آن ها سپرده می شود، همان است که برای امانت داران مقرر است، بنابراین، در صورت تفریط یا تعدی مسئول تلف یا ضایع شدن اشیایی خواهند بود که برای حمل به آن ها داده می شود و این مسئولیت از تاریخ تحویل اشیاء به آنان خواهد بود. مسئولیت اجیر متصدی حمل و نقل نیز به عهده او است.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۷۶۱ ق.م: صلحی که در مورد تنازع یا مبنی به تسامح باشد قاطع بین طرفین است و هیچ یک نمی تواند آن را فسخ کند اگر چه به ادعای غبن باشد، مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار [خیار شرط].

<sup>۲</sup> - ماده ۳۸۶ قانون تجارت: اگر مال التجاره تلف یا گم شود، متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود؛ مگر این که ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره یا مستند به تقصیر ارسال کننده و یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آن ها داده اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی توانست از آن جلوگیری نماید قرارداد طرفین می تواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیادتر از قیمت کامل مال التجاره معین نماید.

## کاستن از اجاره بها در صورت تأخیر

ماده ۵۱۷: مفاد ماده ۵۰۹ در مورد متصدیان حمل و نقل نیز مجری خواهد بود.

ماده ۵۰۹ ق.م: در اجاره حیوان ممکن است شرط شود که، اگر موجر در وقت معین محمول را به مقصد نرساند، مقدار معینی از مال الاجاره کم شود.

## خلاصه ای از قوانین روابط موجر و مستأجر

### قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶

#### شمول این قانون

این قانون ناظر بر املاک تجاری، یا املاک محل کسب و پیشه است؛ املاک تجاری، یا محل کسب و پیشه یعنی: مغازه ها، انبارها، پارکینگ ها، گاراژها، بنگاه ها، سردخانه ها، زیر پله ها، آرایشگاه ها، آپارتمان های اداری [دفتر شرکت ها]، باشگاه ها، مدارس غیرانتفاعی، میدان های میوه و تره بار و ...؛ از نظر این قانون وجود رابطه استیجاری الزاماً نیازمند سند رسمی یا عادی نیست و رابطه استیجاری طرفین می تواند مبتنی بر عمل آنها باشد و نه صرفاً قرارداد؛ این یعنی حمایت از مستأجر؛ در صورتی که محل تجاری یا کسب پیشه به کسی واگذار شود، اما سندی که بین طرفین تنظیم شده، مثلاً حاکمی از حق انتفاع، وکالت، عاملیت و مواردی از این قبیل باشد، تمام این عناوین بلااثرند، یعنی محمول بر اجاره تلقی می شود؛ فرار از الزامات این قانون ممکن نیست: قانون گذار برای حمایت از مستأجر این امر را خواسته است تا به این صورت حقوق مستأجر رعایت بشود؛ اجاره هایی قبلاً با عناوینی غیر از اجاره وجود داشته است [برای سوءاستفاده از مستأجر]: اما قانون گذار برای حمایت از مستأجر، با این قانون آنها را نیز اجاره قلمداد کرده است.

#### حق کسب و پیشه

از نظر این قانون به صرف اجاره مغازه برای مستأجر، به مقتضای نحوه عمل خود در آن محل و در طول زمان، حق کسب و پیشه پیدا می شود، حتی اگر مستأجر هیچ مبلغی به موجر پرداخت نکرده باشد؛

<sup>۱</sup> - این قانون به طور افراطی از مستأجر حمایت کرده است.



منظور از حق کسب و پیشه: یک حق مالی و قابل تقویم به پول است که در اثر موقعیت محلی مغازه، نحوه عمل مستأجر، نوع فعالیت وی، ظواهر و آراستگی عمل، استمرار عمل مستأجر و مرغوبیت عمومی محل از حیث جذب مشتریان دائمی یا گذری برای مستأجر حاصل می شود.

### مدت اجاره

از نظر این قانون قرارداد اجاره به مدت یک سال منعقد می شود، اما بعد از انقضای مدت به حکم قانون، عقد خودبه خود تمدید می شود و اجاره بها، اجرت المثل معادل اجرت المسمی خواهد بود؛ تخلیه مستأجر در این قانون به صرف انقضای مدت امکان ندارد، بلکه فقط در موارد خاص و معین امکان پذیر است.

### تعدیل مال الاجاره

دادخواست افزایش مال الاجاره، به اصطلاح قضایی تعدیل مال الاجاره نامیده می شود؛ تعدیل مال الاجاره صرفاً هر سه سال یک بار امکان پذیر است؛ یعنی در روز تقدیم دادخواست، باید دقیقاً سه سال گذشته باشد، در غیر این صورت، دادخواست رد می شود؛ تعدیل مال الاجاره، صرفاً بر مبنای مال الاجاره قبلی [یک نسبت تعادلی] اضافه می شود؛ گاهی این افزایش مال لاجاره، آن قدر ناچیز است که بعد از سه سال هم نمی توان آن را افزایش داد؛ زیرا حق الزحمه کارشناس و هیات کارشناسی را هم کفاف نمی دهد.

### موارد فسخ اجاره یا تقاضای تخلیه از طرف موجر

#### انتقال به غیر:

برخلاف قانون مدنی، در این قانون، اصولاً مستأجر حق انتقال منافع به غیر را ندارد؛ حال اگر مستأجر منافع را انتقال بدهد، موجر حق دارد تخلیه وی را از دادگاه بخواهد؛ پس یا باید رضای مالک را به دست آورد و یا به حکم دادگاه تخلیه کند؛ اگر تخلیه بر این مبنا [انتقال منافع به غیر] صورت بگیرد، نصف حق کسب و پیشه به مستأجر تعلق می گیرد.

#### تغییر شغل:

در قرارداد اجاره، محل برای شغل خاصی اجاره داده شده است: یعنی نوع شغل در اجاره نامه ذکر می شود؛

حال اگر مستأجر نوع شغل را تغییر بدهد، موجر حق دارد تخلیه وی را از دادگاه بخواهد؛<sup>۱</sup>  
مگر این که شغل جدید، عرفاً مشابه شغل نخست باشد؛  
اگر تخلیه بر این مبنا [تغییر شغل] صورت بگیرد، حق کسب و پیشه به مستأجر تعلق نمی گیرد.  
**تعدی و تفریط؛**

هر گونه تغییر [توسط مستأجر] در فیزیک و محل کسب و کار که به اساس محل [مغازه] لطمه بزند، مصداق تعدی و تفریط است و از اسباب تخلیه به شمار می رود؛ و موجر حق دارد تخلیه وی را از دادگاه بخواهد؛  
مانند این که: مستأجر جلوی مغازه بالکن بزند، یا بالکنی که قبلاً وجود داشته را از بردارد - داخل مغازه سقف بزند، یا سرویس بهداشتی دایر کند - وسط مغازه تیغه بکشید - و از این قبیل؛  
پارتیشن را نباید تغییر و تعدی و تفریط دانست؛ زیرا فیلی (زود باز می شود) و به اساس محل لطمه نمی زند؛  
زیبا سازی [بمخصوص طلا فروشان] را نباید تعدی و تفریط دانست؛<sup>۲</sup>  
اگر تخلیه بر این مبنا [تعدی و تفریط] صورت بگیرد، حق کسب و پیشه به مستأجر تعلق نمی گیرد.

#### فودداری از اجاره بها؛

اگر مستأجر در ظرف مدت قانونی از پرداخت اجاره بها خودداری کند و با ابلاغ اخطاریه دفترخانه یا اظهار نامه ظرف ده روز اقساط معوقه را نپردازد، موجر حق تخلیه او را دارد؛  
اگر تخلیه بر این مبنا [خودداری از اجاره بها] صورت بگیرد، حق کسب و پیشه به مستأجر تعلق نمی گیرد.

#### تخلیه به منظور امداد ساختمان جدید؛

موجر به منظور احداث ساختمان جدید، می تواند [حق دارد] تخلیه مستأجر را از دادگاه بخواهد؛  
تخلیه به این منظور به صرف ادعا امکان پذیر نیست؛  
یعنی موجر باید علاوه بر پروانه ساختمانی، گواهی شهرداری را نیز ارائه کند؛  
هر گاه تخلیه به این منظور صورت بگیرد، حق کسب و پیشه به صورت کامل به مستأجر تعلق می گیرد.

#### تخلیه به منظور امتیاج شخصی موجر؛

هر گاه موجر محل مورد نظر را برای خود نیاز داشته باشد، می تواند [حق دارد] تخلیه مستأجر را از دادگاه بخواهد؛  
احتیاج شخصی موجر برای کسب و پیشه و تجارت است و نه امر دیگری؛

<sup>۱</sup> - در این مورد اگر وکیل موجر باشیم؛ ابتدا باید از طریق شورا تامین دلیل کنیم؛ زیرا به ممض این که مستأجر متوجه شکایت بشود، مطمئناً اوضاع را به حال سابق اعاده و بساط شغل اول را پهن می کند؛ که اگر چنین کند و از قبل تامین دلیل نشده باشد هزینه دادخواست هدر می رود. - تامین دلیل یعنی مفاصحه وضعیت فیزیکی موجود.

<sup>۲</sup> - دقت شود: قضات در بیشتر موارد سخت گیری می کنند و کوچکترین تغییر را تعدی و تفریط می دانند.

احتیاج شخصی موجر، شامل احتیاج شخصی بستگان او [حتی فرزند او] نمی شود؛ البته در اینجا مستأجر می تواند در مقابل موجر دلیل مخالف ارائه کند: یعنی ادعای موجر را با دلایل قوی رد<sup>۱</sup> کند؛

هر گاه تخلیه به این منظور صورت بگیرد، حق کسب و پیشه به صورت کامل به مستأجر تعلق می گیرد.

### تخلیه به منظور سکونت:

هر گاه محل مورد نظر، مناسب برای سکونت باشد و موجر به این محل برای سکونت خود یا همسر یا پدر و مادر و یا اولاد خود نیازمند باشد می تواند [حق دارد] تخلیه مستأجر را از دادگاه بخواهد؛ این مصداق فقط در مورد آپارتمان ها و خانه ها صدق می کند و شامل زیر پله، مغازه، گاراژ، پارکینگ، سردخانه، انبار و از این قبیل نمی شود؛ در اینجا هم مستأجر می تواند در مقابل موجر دلیل مخالف ارائه کند که در صورت اثبات دلیل وی، حکم تخلیه صادر نمی شود؛

هر گاه تخلیه به این منظور صورت بگیرد، حق کسب و پیشه به صورت کامل به مستأجر تعلق می گیرد.

### دادخواست تجویز انتقال منافع به غیر از طرف مستأجر

این امر در مواردی به کار می رود که:

خود مستأجر نمی تواند این کار را ادامه بدهد؛ مستأجر نمی خواهد به دیگری انتقال بدهد؛ زیرا در صورت انتقال حق فسخ به نفع موجر ایجاد می شود؛ مستأجر نمی تواند تغییر شغل بدهد؛ زیرا در صورت تغییر شغل برای موجر حق فسخ ایجاد می شود؛ موجر حق کسب و پیشه را به مستأجر نمی پردازد. به عبارتی راه های مثبتی که مستأجر بتواند بدون ضرر تخلیه کند، به روی وی بسته شده است.

### مسئله:

هر گاه در اجاره نامه حق انتقال به غیر از مستأجر سلب شده باشد و یا در صورتی که اجاره نامه ای وجود نداشته باشد و مالک در هر حال راضی به انتقال به غیر نبوده باشد، مستأجر می تواند ضمن توافق با مالک و ضمن دریافت حق کسب و پیشه خود، محل را تخلیه کند؛ حال هر گاه موجر آمادگی برای این کار نداشته باشد، چه راه حلی برای مستأجر وجود دارد؟

<sup>۱</sup> - این امر [ارایه دلیل مخالف توسط مستأجر] به سختی صورت می گیرد و گاهی غیر ممکن است.



## قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶

### شمول این قانون

این قانون ناظر بر همه اماکن است، اعم از مسکونی، تجاری، خوابگاه ها، ساختمان های دولتی و ...؛ تفاوتی نمی کند که قرارداد اجاره عادی و یا رسمی باشد؛ اگر قرارداد عادی باشد، دو نفر شاهد باید آن را گواهی کنند.<sup>۲</sup>

### نوآوری های این قانون

#### نوآوری ۱:

در انقضای مدت اجاره لازم نیست موجر طرح دعوا کند و دادخواست تخلیه بدهد؛ بلکه درخواست تخلیه کافی است؛

مقام قضایی، پس از رسیدگی، حکم صادر نمی کند،<sup>۳</sup> بلکه دستور صادر می کند؛ مانند سایر دستورات اداری؛ البته اگر اجار نامه عادی باشد و دو نفر شاهد آن را گواهی نکرده باشند، موجر باید دادخواست بدهد؛<sup>۴</sup>

#### نوآوری ۲:

در این قانون، حق کسب پیشه تجارت به رسمیت شناخته نشده است؛ البته در آن به جای حق کسب و پیشه، از حقی به عنوان «سرقفلی» نام برده شده است.

#### نوآوری ۳:

در این قانون، قواعد اجاره به قانون عام مدنی بازگشته است؛ یعنی: پس از انقضای مدت اجاره، در هر حال مستأجر باید تخلیه کند؛ حتی اگر حق سرقفلی داشته باشد؛<sup>۵</sup> البته اگر مستأجر حق سرقفلی داشته باشد، سرقفلی خود را در هنگام تخلیه به قیمت روز دریافت می کند؛ اگر مستأجر مبالغی تحت عنوان قرض الحسنه، ودیعه، تضمین، اسناد تعهدآور و یا مواردی از این قبیل به موجر سپرده باشد، هنگام تخلیه باید، این اموال به وی بازگردانده شود و یا به دایره اجرا سپرده شود؛

<sup>۱</sup> - این قانون به طور افراطی از موجر حمایت کرده است.

<sup>۲</sup> - دقت شود: بنگاه املاک، شاهد محسوب نمی شود.

<sup>۳</sup> - حکم صادر نمی شود؛ یعنی موضوعاتی از جمله: رسیدگی حضوری، غیابی، بدوی و تجدید نظر مطرح نمی باشد.

<sup>۴</sup> - یعنی دعوای تخلیه مطرح کند.

<sup>۵</sup> - یعنی حق حبس ندارد.

حال چنانچه موجر مدعی حقوقی از قبیل هزینه های پرداخت نشده گاز، برق، تلفن یا آب و ... باشد؛ باید در مرجع قضایی صلاحیت دار طرح دعوا کند، سپس گواهی لازم را به مرجع قضایی [دایره اجرا] ارائه دهد؛ در این صورت دایره اجرا معادل آن مبالغ را از پول «پیش پرداخت» مستأجر کم و مابقی را به وی پرداخت می کند؛<sup>۱</sup>

اگر مستأجر هم مدعی حقوقی باشد، ادعای وی مانع تخلیه نیست،<sup>۲</sup> و مستأجر می تواند در دادگاه درباره حقوق ادعایی خود طرح دعوا نماید.

### سرقتی:

در پرتو این قانون ممکن است مستأجر هنگام انعقاد عقد اجاره در کنار مال الاجاره مبلغی هم تحت عنوان سرقتی به موجر داده باشد و ممکن است چنین مبلغی را نداده باشد؛ حال اگر مبلغی تحت عنوان سرقتی از ناحیه مستأجر به موجر پرداخت نشده باشد، مستأجر در پایان مدت اجاره محل را تخلیه می کند و نمی تواند ادعایی داشته باشد؛ اما هرگاه مبلغی تحت عنوان سرقتی در هنگام عقد اجاره به موجر پرداخت شده باشد، هر چند تخلیه صورت می گیرد اما مستأجر آن سرقتی را به قیمت روز از موجر دریافت می کند.

### تفاوت سرقتی با پول پیش:

پول پیش را می توان تحت عنوان سرقتی و یا عنوان قرض الحسنه به موجر پرداخت کرد؛ اگر عنوان مبلغ پرداختی قرض الحسنه باشد؛ مستأجر همان مبلغ پرداختی را پس می گیرد؛ اما اگر تحت عنوان سرقتی باشد؛ موقع تخلیه سرقتی باید به نرخ روز به مستأجر برگردانده شود.

### تفاوت قانون ۷۶ با قانون ۵۶

در قانون ۱۳۵۶ حتی اگر مستأجر پولی هم پرداخت نکرده باشد، حق کسب و پیشه به او تعلق می گرفت؛ اما در قانون ۱۳۷۶ فقط در صورتی سرقتی به مستأجر تعلق می گیرد که قبلاً وجه آن را پرداخته باشد؛ اگر مالکی مغازه ای منافع کسبی و تجاری مغازه را به کسی صلح کرده باشد، متصالح صاحب حق سرقتی است و او در این مورد دو قرارداد با مالک دارد؛ قرارداد صلح منافع و قرارداد اجاره (که در مورد اعیانی های مغازه است)؛

چنین مستاجری هم در فرض تخلیه، حق سرقتی را به نرخ روز دریافت می کند؛

<sup>۱</sup> - این یعنی حمایت از مالک.

<sup>۲</sup> - یعنی تخلیه صورت نمی گیرد.

در قانون ۵۶ تخلیه نشدن مستأجر به صرف انقضای مدت اجاره و نیز ایجاد حق کسب و پیشه برای وی (به صرف انعقاد عقد و اجاره) جنبه آمره داشته است؛<sup>۱</sup> یعنی موجر نمی تواندسته است این دو حق مستأجر را نادیده بگیرد.

و لیکن در قانون ۷۶ این دو امر صرفاً در قالب شرط ضمن عقد ممکن است.<sup>۲</sup> یعنی قانون ۷۶، قانون آمره ۵۶ را در این دو مورد اختیاری و تکمیلی دانسته و طرفین در قالب شرط می توانند باهم توافق کنند.<sup>۳</sup>

#### نکته:

ملکی که طبق قرارداد ۵۶ یا ۷۶ اجاره شده باشد، اگر فروخته شود، طبق قاعده، خریدار قائم مقام خاص موجر می شود و باید حقوق مستأجر را رعایت کند.

### شمول سرقفلی در قانون ۷۶

پولی که موجر هنگام عقد اجاره از مستأجر تحت عنوان سرقفلی دریافت می دارد؛ اگر مالک حقوق کسبی و تجاری مغازه را به مستأجر صلح کرده باشد، مستأجر صاحب حق سرقفلی است؛ اگر مستأجر بر موجر شرط کرده باشد که موجر متعهد باشد محل تجاری را هر ساله به همین مستأجر متصرف اجاره دهد و او را تخلیه نکند در اینجا، پولی که مستأجر از باب اسقاط حق خود از موجر می گیرد که در ازای دریافت این پول محل را تخلیه کند سرقفلی نامیده می شود؛ چون مستأجر بر طبق قانون مدنی حق انتقال به غیر در مدت اجاره را دارد، هرگاه این حق از مستأجر سلب نشده باشد، وی می تواند برای اسقاط حق خود مبلغی تحت عنوان سرقفلی از موجر دریافت نماید؛ از آنجایی که قانون ماهوی عطف به ماسبق نمی شود، قانون مصوب سال ۷۶ به هیچ کدام از قراردادهای اجاره ای که قبل از ۱۳۷۶/۰۷/۰۱ منعقد شده اند تسری پیدا نمی کند؛

بنابراین: کلیه قراردادهای اجاره ای که قبل از تاریخ مذکور در شهرهای بزرگ یا شهرهایی که وزارت دادگستری اعلام کرده است، منعقد شده اند، مشمول قانون مصوب سال ۱۳۵۶ خواهند بود.

<sup>۱</sup> - یعنی خلاف آن نمی توانستند توافق کنند.

<sup>۲</sup> - البته هیچ مالک عاقلی به چنین شرط ضمن عقدی مبادرت نمی ورزد. در هر حال اگر چنین شرطی به نفع مستأجر شده باشد او می تواند برای اسقاط حق خود مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از موجر دریافت کند.

<sup>۳</sup> - المومنون عند الشروطهم.

## جدول مقایسه قوانین موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و سال ۱۳۷۶

R	قانون مصوب ۱۳۵۶	قانون مصوب ۱۳۷۶
۱	این قانون آمره و مربوط به نظم عمومی می باشد و به اراده طرفین اهمیت چندانی نمی دهد.	در این قانون به اراده طرفین توجه کرده و به آن احترام گذاشته است.
۲	این قانون تنها در شهرهایی که لیست آنها آگهی شده باشد، اجرا می گردد.	این قانون بدون استثناء در تمام شهرها اجرا می گردد.
۳	این قانون مطلقاً به وجود قرارداد اعم از عادی و رسمی توجه نکرده و قانون گذار صرفاً به رابطه استیجاری توجه کرده است.	در این قانون، به نوع قرارداد نیز توجه شده است.
۴	این قانون وابستگی چندانی به قانون مدنی نداشته و احکام خاص خود را بیان نموده است.	در این قانون، به قانون مدنی توجه شده است.
۵	این قانون به اصل حاکمیت اراده ها توجه چندانی نداشته است.	این قانون به حاکمیت اراده ها نیز توجه نموده است.
۶	در حال حاضر این قانون تنها نسبت به محل های کسب پیشه کاربرد دارد.	در این قانون علاوه بر محل های کسب پیشه به محله های مسکونی نیز توجه نموده است.
۷	در مواردی که در این قانون درخواست تخلیه می شود و دادگاه حکم به تخلیه می دهد، حکم می تواند قابل تجدیدنظر باشد.	در این قانون دادگاه با احراز شرایط لازم حکم به تخلیه می دهد و این حکم قطعی و لازم الاجرا می باشد.
۸	در این قانون از حق سرقتی حرفی به میان نیامده است.	فصل دوم این قانون کلاً در مورد حق سرقتی می باشد.
۹	در این قانون انقضا مدت اجاره از موارد درخواست تخلیه نمی باشد.	در این قانون انقضای مدت اجاره از موارد درخواست تخلیه می باشد.
۱۰	طبق این قانون در صورت اتمام مدت اجاره و عدم تخلیه آن، مستأجر بایستی اجرت المثل اضافه مدت را بر مبنای اجرت المسمی تعیینی بدهد.	با انقضای مدت اجاره و عدم تخلیه، اجرت المثل مدت اضافی بایستی بر مبنای نظر کارشناس پرداخت گردد.

«این جزوه به صورت کاملاً رایگان در وبلاگ  
 (baladii.blogfa.com) و اکثر سایت ها و  
 کانال های حقوقی منتشر شده است و هیچ شخص  
 حقیقی یا حقوقی حق فروش آن را ندارد»



# حقوق مدنی «۷»

## «عقود معین (۲)»

### «فهرست»

صفحه	عنوان
۳۴۴	مزارعه و مساقات
۳۶۲	مغارسه
۳۶۳	مضاربه
۳۶۷	جعاله
۳۷۱	شرکت
۳۸۷	ودیعه و عاریه
۳۹۹	قرض
۴۰۲	قمار و گروبندی
۴۰۳	وکالت
۴۱۵	ضمان
۴۲۶	حواله
۴۳۰	کفالت
۴۳۴	صلح
۴۳۹	رهن
۴۴۹	هبه

# فصل نخست:

## مزارعه و مساقات

### مبحث نخست: مزارعه

مزارعه در لغت به معنی همکاری در کشت و زرع است. طرفین در این عقد: مالک [مزارع] و عامل؛ مزارعه در قانون مدنی؛

ماده ۵۱۸: مزارعه عقدی است که به موجب آن احد طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می دهد که آن را زراعت کرده و حاصل را تقسیم کند. سهم طرفین از محصول به صورت مشاع بوده و تعهد و التزام هر یک به آوردن سایر موارد زرع به تراضی مشخص می شود.

### نکات مهم در تعریف مزارعه:

مزارعه معامله [عقد] است؛

مزارعه از زرع گرفته شده و زرع به معنی زراعت گیاهانی است که عمر کوتاهی دارند مثل گندم، برنج، خیار و...؛

مزارع می تواند مالک عین یا منافع زمین باشد؛

در مزارعه مدت باید ذکر شود؛

حصه مشاع طرفین باید به تراضی مشخص شود؛

التزام هر یک به آوردن سایر موارد و عوامل زرع به تراضی مشخص می شود.

### خصوصیات و شرایط مزارعه

#### مزارعه عقد است:

بنابراین باید شرایط اساسی صحت معاملات [ماده ۱۹۰ ق.م.] را داشته باشد.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۱۹۰ ق.م: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱. قصد طرفین و رضای آن ها؛ ۲. اهلیت طرفین؛ ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴. مشروعیت جهت معامله.

**مزارعه معامله است:**

معامله به معنی اخص عقدی است که موضوع آن مال است. معامله با عقد رابطه عموم و خصوص مطلق دارند، یعنی هر معامله ای عقد است ولی هر عقدی معامله نیست. مثل عقد نکاح که عقد است و معامله نیست.

**مزارعه از عقود معوض است:**

عوضین در این عقد عبارت است از: مالک [مزارع]، حق انتفاع زمین را در برابر سهمی از محصول احتمالی زرع قرار می دهد؛ و متقابلاً عامل منفعت عمل خویش را در برابر سهمی از محصول احتمالی زرع قرار می دهد.

**مزارعه از عقود لازم است:**

یعنی برای هر دو طرف لازم الاجرا است و با فسخ یک طرف، منحل نمی شود، مگر در صورتی که یکی از دو طرف حق خیار داشته باشد؛

به فوت و جنون طرفین عقد فسخ نمی شود؛ بنابراین با مرگ صاحب زمین یا زراع، قرار داد مزارعه منحل نمی شود، بلکه به ورثه منتقل می شود؛

پس اگر صاحب زمین بمیرد به ورثه او منتقل می شود و سهم حاصل به آن ها می رسد؛

اگر زارع بمیرد و ورثه ترکه را قبول کرده باشد مؤظف به انجام تعهد می باشند، یا این که از محل ترکه کسی را اجیرکنند که زراعت کند؛

اگر هیچ یک از این اقدامات میسر نبود، مالک می تواند با توجه به قاعده لاضرر، عقد مزارعه را بر هم بزند زیرا در اینجا قاعده لاضرر الزام عقد را بر می دارد.

**موضوع مزارعه، زراعت است:**

بنابراین زمین برای درختکاری و ... مزارعه نیست. زراعت به کشاورزی اطلاق می شود که در آن بذر گیاهان طی یک دوره کوتاه کاشته و برداشت می شود مثل گندم و جو و برنج خیار و ...؛

البته در گیاهانی که طی چند دوره برداشت می شوند نیز زراعت است، مثل یونجه که چند دوره رشد و چیده می شود. سهم طرفین از محصول به صورت مشاع و به تراضی طرفین است:

در مزارعه طرفین در محصول شریک بوده و بدین طریق ریسک بین عامل و مالک تقسیم می شود؛

ماده ۵۱۹: در عقد مزارعه حصه هر یک از مزارع و عامل باید به نحو اشاعه، از قبیل ربع یا ثلث یا نصف و غیره، معین گردد و اگر به نحو دیگر باشد احکام مزارعه جاری نخواهد شد.

## بنابراین

اگر بگوید محصول شمال زمین مال من و بقیه مال تو. این عقد مزارعه نیست و دلیلش را گفته اند خلاف مقتضای ذات عقد مزارعه است؛

فلسفه اش این است که در این صورت عامل در قسمت خودش بهتر کار می کند و در قسمت مالک کمتر.

## شروط ضمن عقد مزارعه

### شرط افزوده بر صمه:

در مزارعه اگر طرفین توافق کنند که علاوه بر سهم مشاع مالی نیز خارج از قرارداد اصلی و ضمن آن به طرف دیگر داده شود، این شرط صحیح است؛

مثلاً مزارع [مالک] به عامل بگوید این زمین را بکار و محصول نصف باشد و علاوه بر آن یک میلیون به من بده.

ماده ۵۲۰: در مزارعه جایز است شرط شود که یکی از دو طرف، علاوه بر حصه ای از حاصل، مال دیگری نیز به طرف مقابل بدهد.<sup>۱</sup>

### شرط تعلق تمام ثمره به یکی از دو طرف:

ماده ۵۳۲: در عقد مزارعه، اگر شرط شود که تمام ثمره مال مزارع یا عامل تنها باشد، عقد باطل است.

## لزوم داشتن حق تصرف در زمین

ماده ۵۲۲: در عقد مزارعه لازم نیست که متصرف زمین مالک آن هم باشد، ولی لازم است که مالک منافع بوده باشد یا به عنوانی از عناوین، از قبیل ولایت و غیره، حق تصرف در آن را داشته باشد.

### توضیح:

ماده ۵۲۲ ق.م. فقط دو مورد از حالات رابطه مالک با زمین را بیان نموده است. (مالک عین و مالک منفعت) و گفته عناوینی از قبیل ولایت... که این غلط است؛

زیرا ولایت و وکالت نیابتی هستند و آثار عقد به مولی علیه و موکل بر می گردد نه به ولی و وکیل؛ در آخر ماده نیز گفته حق تصرف، که از این «حق تصرف» چهار امر دیگر استنباط می شود، عاریه، حق انتفاع، حق تحجیر و عامل در عقد مزارعه؛

البته در ادامه خواهیم دید که در عاریه اذن تصرف است و نه حق تصرف.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۲۵ ق.م: هر یک از شرکاء به نسبت [مانند شرکت نسبی] سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشد، مگر این که برای یک یا چند نفر از آن ها در مقابل عملی [مدیر موظف] سهم زیادتری منظور شده باشد.

## حالات رابطه مالک با زمین

زمین باید از طرف مزارع داده شود، چند حالت ممکن است در رابطه با زمین و مالک باشد:

### حالت اول:

شخص مالک زمین است که تبعاً مالک منافع نیز می باشد.

### حالت دوم:

شخص مالک منفعت زمین است، یعنی زمین را اجاره کرده است. در این صورت نیز عقد مزارعه اشکالی ندارد.

### حالت سوم:

شخص مالک حق انتفاع می باشد: یعنی نه مالک عین و نه مالک منفعت زمین است؛ در اینجا نیز مالک حق انتفاع می تواند زمین را به مزارع بدهد. زیرا عامل در مزارعه مالک منافع نمی شود؛ عامل فقط از منافع بهره برداری می کند و دارنده حق انتفاع (مزارع) نیز حق امتیاز استفاده از منافع را طبق عقد مزارعه به عامل واگذار می نماید؛ ولی مالک حق انتفاع، نمی تواند مورد انتفاع را به دیگری اجاره دهد؛ زیرا اجاره تملیک منفعت به عوض و مدت معین است.

### تفاوت مالک حق انتفاع و مالک منفعت:

حق انتفاع حقی است برای شخص در ملک دیگری یا مالی که مالک خاص ندارد؛ صاحب حق انتفاع مالک منافع نمی شود، بلکه لحظه به لحظه می تواند از آن بهره برداری کند. از این رو منافع مال بخشی از دارایی او را تشکیل نمی دهد، زیرا از آنچه بهره برده، نابود شده است و از آنچه بهره نبرده است، ملک مالک است، نه ملک دارنده حق انتفاع؛ در حالی که منافع برای مالک آن، بخشی از دارایی وی را تشکیل می دهد؛ مالک منافع حق دارد آن را به دیگری اجاره دهد، هر چند که مالک عین نباشد، اما صاحب حق انتفاع این حق را ندارد؛ با مرگ مالک منافع، منافع به ورثه او می رسد، اما با مرگ صاحب حق انتفاع، حق انتفاع قطع می شود.

**حالت چهارم:**

شخص به عنوان عامل مزارعه اول است. در این حالت عامل می تواند با دیگری عقد مزارعه دوم منعقد نماید. البته به اندازه سهم خودش؛ یعنی اگر عامل سهم مشاع دو سوم داشته باشد، عقد مزارعه دوم به میزان این سهم صحیح است؛ لازم به ذکر است که در تسلیم زمین اذن مالک لازم است.

ماده ۵۴۱: عامل می تواند برای زراعت اجیر بگیرد یا با دیگری شریک شود، ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین به دیگری رضای مزارع لازم است.

**حالت پنجم:**

شخص مستعیر است (کسی که زمین را عاریه گرفته است)؛ در این که آیا مستعیر می تواند زمین را به مزارعه بدهد، نظرات مختلفی بیان شده است؛ عده ای معتقدند که اشکالی ندارد، چون در مزارعه منافع را که به دیگری واگذار نمی کند بلکه فقط حق بهره برداری را به دیگری می دهد؛ اما به این نظریه چند ایراد وارد است: اولاً، در عاریه برای مستعیر اذن تصرف ایجاد می شود نه حق انتفاع. ثانیاً، مزارعه از عقود لازم است در حالی که عاریه عقد جایز است، در اینجا عقد لازمی را بر پایه سستی بنیان می شود و هر لحظه امکان منحل شدن آن و رجوع مالک به مورد عاریه وجود دارد. ثالثاً، ماده ۶۴۷ ق.م. می گوید «مستعیر نمی تواند مال عاریه را به هیچ نحوی به تصرف غیر دهد ...».

**تفاوت حق انتفاع و عاریه:**

حق انتفاع یک حق عینی است یعنی منتفع بر مال سلطه دارد، اما در عاریه برای مستعیر اباحه تصرف و انتفاع ایجاد می شود یعنی اجازه انتفاع نه حق انتفاع؛ هم چنین حق انتفاع اعم از سکنی و رقبی لازم است؛ یعنی مالک حق رجوع<sup>۱</sup> ندارد مگر این که حق انتفاع به صورت مطلق باشد که در این صورت برای مالک حق رجوع وجود دارد؛ اما عاریه جایز است و معیر (مالک) حق فسخ عقد و رجوع دارد، زیرا عاریه اذن در انتفاع است نه حق انتفاع.

<sup>۱</sup> - رجوع با فسخ فرق دارد، فسخ حق است و منتقل می شود ولی رجوع حکم است و قابل ارث و انتقال نیست و بعد از مرگ منتقل نمی شود.

**حالت ششم:**

شخص دارای حق تحجیر باشد. در این حالت نیز می تواند زمین تحجیر شده را به مزارعه بدهد؛ وقتی عامل زمین را آباد کرد، این آباد کردن برای صاحب حق تحجیر<sup>۱</sup> است.

**خصوصیات زمین**

مدود زمین باید مشخص باشد:

زمین مورد مزارعه، از نظر مکان، حدود و مقدار باید معلوم و معین باشد. در غیر این صورت، مزارعه باطل است؛

زمین معین باشد یعنی مردد نباشد و معلوم باشد یعنی مبهم نباشد.

**زمین باید قابل کشت باشد:**

مزارعه بر زمینی که به دلیلی قابلیت کشت ندارد، صحیح نیست، مگر این که مشکل آن به روشی معقول حل شدنی باشد؛

گاهی زمین استعداد کشت دارد، اما نیاز به برخی عملیات و فعالیت مقدماتی دارد تا قابل کشت شود؛ که در این صورت اگر عامل جاهل به این امر باشد حق فسخ دارد.

ماده ۵۲۳: زمینی که مورد مزارعه است باید برای زرع مقصود قابل باشد، اگرچه محتاج به اصلاح یا تحصیل آب باشد؛ و اگر زرع محتاج به عملیاتی باشد (از قبیل حفر نهر یا چاه و غیره) و عامل در حین عقد جاهل به آن بوده باشد، حق فسخ معامله را خواهد داشت.

**نکته:**

ممکن است زمین مفروز باشد یا مشاع، اگر زمین مشاع باشد و یکی از شرکاء زمین را به مزارعه بدهد، عقد مزارعه نسبت به شرکاء غیرنافذ است و فضولی است ولی نسبت به خودش نافذ است؛ اگر شرکاء عقد را اذن ندادند عقد نسبت به سهم مزارع صحیح و نسبت به سهم شرکاء باطل است و عامل حق فسخ دارد، مبنای فسخ خیار تبعض صفقه است.

اگر یکی از شرکاء زمین مشاعی را نسبت به سهم خودش به مزارعه بدهد، قانون مدنی در این خصوص ساکت است، اما از ماده ۴۷۵ ق.م.ا در خصوص اجاره، وحدت ملاک می گیریم؛ که در اینجا عقد درست

<sup>۱</sup> - مقدمات آباد کردن را تحجیر می گویند. حق تحجیر حقی عینی است. مثلاً در زمینی چاه بکند ولی هنوز به آب نرسیده باشد. تا قبل از رسیدن به آب، حق تحجیر دارد که نوعی حق الویت است.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۷۵ ق.م.ا اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستاجر موقوف است به اذن شریک.

است و اشکالی ندارد، ولی با توجه به این که یکی از آثار مزارعه تسلیم زمین به عامل است و این تسلیم طبق ماده ۴۷۵ ق.م. نیاز به اذن سایر شرکاء دارد؛ و اگر شرکا اذن به تسلیم ندهند عامل به استناد خیار تعدّر تسلیم حق فسخ دارد.

### مشخص بودن هزینه ها در مزارعه

طبق ماده ۵۲۱ ق.م. باید مشخص شود که تهیه بذر و وسایل کشت به عهده چه کسی می باشد؛ اگر مخارج کشت از قبیل کود، بذر، شخم زدن و چیزهای دیگر در عرف محل معلوم نباشد، باید در قرارداد تعیین شود؛ عوامل زرع می تواند برعهده هریک از عامل و یا مزارع و یا شخص ثالث قرار گیرد.

ماده ۵۲۱: در عقد مزارعه ممکن است هر یک از بذر و عوامل مال مزارع باشد یا عامل، در این صورت نیز حصه مشاع هر یک از طرفین بر طبق قرار داد یا عرف بلد خواهد بود.

### مالکیت عامل پس از ظهور ثمره

بعد از ظهور ثمره زرع، عامل مالک سهم خود از آن می شود؛ یعنی اطلاق عقد مزارعه بر این اقتضاء می کند که عامل بعد از ظهور ثمره زرع، مالک سهم خود شود؛

ماده ۵۳۱: بعد از ظهور ثمره زرع، عامل مالک حصه خود از آن می شود.

بنابراین:

اگر فقط برگ و ساقه به وجود آمده باشد و هنوز ثمره زرع ظاهر نشود، با توجه به مالکیت تبعی از آن مالک زمین است و عامل از آن سهمی نخواهد داشت. ولی شرط خلاف آن با مقتضای ذات عقد مزارعه منافاتی ندارد.

ماده ۵۳۸: هرگاه مزارعه در انهای مدت قبل از ظهور ثمره فسخ شود، حاصل مال مالک بذر است و طرف دیگر مستحق اجرت المثل خواهد بود.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۳۳ ق.م: نماء و محصولی که از زمین حاصل می شود مال مالک زمین است، چه به خودی خود روییده باشد یا به واسطه عملیات مالک، مگر این که نماء یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد، که در این صورت، درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.



## معین بودن مدت مزارعه

تعیین مدت از ارکان عقد مزارعه است.<sup>۱</sup>

مدت مزارعه باید به قدری باشد که در آن مدت حاصل زمین به دست آید. زمان آغاز زراعت و مدتش باید به وسیله ماه یا سال تعیین شود. این مدت نباید از زمان معمول برای به دست آمدن محصول کمتر باشد؛ مدت عقد ممکن است متصل به عقد یا منفصل از آن باشد و منفصل بودن مدت از عقد موجب بطلان آن نمی شود.

## تأخیر عامل و انقضای مدت

ممکن است عامل در شروع به کار تأخیر کند و به علت تغییر آب و هوا محصول دیر برسد؛ در نتیجه مالک نتواند از زمین خود به موقع استفاده کند که این امر موجب غرر است؛

ماده ۵۳۵: اگر عامل زراعت نکند و مدت منقضی شود مزارع مستحق اجرت المثل است. در این ماده مبنای استحقاق اجرت المثل، از باب مسئولیت قهری (قاعده تسبیب) است.

ماده ۵۴۰: هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را به اخذ اجرت المثل ابقاء نماید.

## مشخص بودن نوع زرع

نوع زراعت و بذر هنگام قرارداد، باید معلوم شود؛

البته اگر در آن محل یک نوع زراعت مرسوم باشد، پتانیه نامش را نیز نبرند، همان زراعت معین می شود.

ماده ۵۲۴: نوع زرع باید در عقد مزارعه معین باشد، مگر این که بر حسب عرف بلد معلوم و یا عقد برای مطلق زراعت بوده باشد؛ در صورت اخیر، عامل در اختیار نوع زراعت مختار خواهد بود.

## تعیین نوع زرع گاهی به صورت شرط است و گاهی به صورت قید؛

مثلاً گاهی شخص هدفش پخش زرع اصلاح شده است و برای این منظور با یک کشاورز مجرب عقد مزارعه منعقد می کند؛

یعنی مالک زمین هم هدفش زراعت است و هم زرع نوع خاص و یعنی اراده مالک زمین به یک موضوع که شامل زراعت و زرع نوع خاصی است تعلق گرفته است و اراده شامل یک قید است؛ که در صورت عدم انجام آن معامله باطل می شود؛

<sup>۱</sup> - ماده ۵۱۸ ق.م: مزارعه عقدی است که به موجب آن احد طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می دهد که آن را زراعت کرده و حاصل را تقسیم کند.

در حالت تعیین نوع زرع به صورت شرط، مثلاً می گوید زمین را به مزارعه به تو می دهم به شرط این که در آن گندم بکاری. در اینجا دو مقصود برای مالک است، یکی زراعت کردن و دیگری زراعت گندم. در این حالت عامل نیز دو تعهد دارد و اگر زراعت گندم نکند مزارع به استناد خیار تخلف از شرط حق فسخ دارد.

### منظور از «برمسب عرف بلد» در ماده ۵۲۴ ق.م.:

منظور این است که اگر از مجموع مذاکرات عامل و مزارع، استنباط شود که تعیین نوع زرع از باب تمثيل بوده است؛

در این صورت و عامل می تواند زرعی دیگری که در عرف محل رایج است را زراعت کند.

### اگر زراعت به صورت مطلق باشد:

در این صورت عامل می تواند هر نوع زرعی را انتخاب نماید؛

البته در اینجا نیز باید طبق عرف محل، زرعی را انتخاب کند که ضررش به زمین بیشتر از سایر زرع ها نباشد؛

هم چنین عامل نمی تواند از این امر سوءاستفاده کند و برای بطلان معامله زرعی را انتخاب کند که زمین قابلیت کشت آن را ندارد.

### هنگام مالک اختیار تام به عامل بدهد:

(به وسیله ادات و صحبت هایی باهم نموده اند): مثلاً بگوید زمینم را به تو می دهم که هر چه خواهی در آن بکاری؛

در این حالت برخی می گویند عامل حتی می تواند زرعی بکارد که ضررش بیشتر از سایر زرع هاست.

## حقوق و تکالیف طرفین عقد مزارعه

### حقوق و تکالیف مزارع:

#### تسلیم زمین مورد مزارعه به عامل:

اگر مزارع از تسلیم زمین امتناع کند، عامل می تواند اجبار او را از دادگاه بخواهد و اگر اجبار وی ممکن نباشد، عامل حق دارد عقد را فسخ نماید.

**پرسش ۱:**

اگر به علت امتناع مزارع از تسلیم زمین، عامل عقد مزارعه را فسخ کند و یا مدت آن منقضی شود، آیا عامل می تواند خسارات وارده را از مالک مطالبه نماید؟

**پاسخ:**

طبق نظر حقوقدانان که به مواد ۲۲۶ و ۲۳۸ ق.م؛ و ماده ۱ ق.م.م. استناد می کنند، باید مالک به عامل خسارت وارده را بدهد؛ البته اگر وجه التزامی بوده باشد همین وجه التزام کافی است.

**پرسش ۲:**

عامل چه چیز را باید به عنوان خسارت مطالبه نماید؟

**پاسخ:**

اگر بر حسب مسئولیت قراردادی باشد، با توجه به عوضین چنانچه مالک زمین را در اختیار عامل قرار می داد، منفعتی که از طریق آن به عامل می رسید را محاسبه و به عنوان خسارت به او می دهند؛ یعنی با توجه به متن قرارداد آن سهم از محصول احتمالی را محاسبه و به عامل می دهند. اگر بنابر مسئولیت قهری باشد از باب تسبیب عامل می تواند به مالک مراجعه نماید.

**انتقال ملک مورد مزارعه:**

مزارع حق دارد ملک مورد مزارعه را منتقل کند، و این انتقال لطمه ای به عقد مزارعه وارد نمی کند و ملک مسلوب المنفعه در مدت معین به دیگری منتقل شده است؛ بنابراین اگر منتقل الیه نسبت به مزارعه جاهل باشد حق فسخ معامله را خواهد داشت. (ملاک ماده ۵۳ ق.م.).<sup>۱</sup>

**مالیات و عوارض زمین:**

عوارض و مالیات زمین اصولاً بر عهده مالک است مگر خلاف آن شرط شده باشد، که در این صورت شرط معتبر و لازم الاجراء است ولی مالیات محصول بر عهده مالکین محصول خواهد بود. هزینه های مربوط به ملک که تأثیر مستقیم در زراعت نداشته باشد علی الاصول به عهده مالک است، مگر آن که خلاف آن شرط شود یا عرف محل برخلاف آن باشد.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۳ ق.م: انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی شود، ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

ماده ۵۴۲: خراج زمین به عهده مالک است، مگر این که خلاف آن شرط شده باشد، سایر مخارج زمین بر حسب تعیین طرفین یا متعارف است.

### حقوق و تکالیف عامل

ید عامل بر زمین و لوازم آن امانی است، بنابراین مسئول تلف یا نقص و عیب آن نخواهد بود مگر این که تعدی و تفریط کرده باشد؛ (مستنبط از مواد ۴۸ و ۴۹۳ ق.م.ا).

عامل باید هر عملی را که برای کشت زرع ضروری است در موعد خود انجام دهد، البته وظایف قبل از کاشت یعنی شیارکشی و تسطیح زمین و ... اصولاً بر عهده عامل نیست؛ مگر این که در قرارداد بر این امر تصریح گردد؛

وظیفه عامل از زمان کاشت تا برداشت است، از قبیل کاشتن زرع، آبیاری و ... حال اگر عامل از انجام این امور امتناع کرد و یا در اثنای عمل آن را ترک نمود، مزارع می تواند الزام او را بخواهد و اگر الزام وی ممکن نبود، با حکم دادگاه از ناحیه اموال عامل کسی اجیر می شود تا اعمال مربوطه را انجام دهد و اگر عامل مالی نداشت یا کسی حاضر نبود آن کار را انجام دهد، عامل حق دارد عقد را فسخ نماید.

چنانچه مزارع عقد مزارعه را فسخ نکرد، می تواند از باب تسبیب اجرت المثل زمین و اجرت سایر عواملی را که در اختیار عامل گذاشته را بگیرد. در این صورت حق مطالبه سهم محصول یا خسارت را ندارد. اگر عامل در اثنای عمل آن را ترک کند و این اقدام باعث نقصان محصول گردد مزارع حق دارد تفاوت قیمت را به عنوان خسارت دریافت دارد.

### پرسش:

اگر مزارع عقد مزارعه را فسخ کرد و یا صبر نمود تا مدت آن منقضی شود، آیا مزارع می تواند خسارات وارده را از عامل مطالبه نماید؟

### پاسخ:

از ماده ۵۳۵ ق.م.ا این گونه استفاده می شود که قبل از انقضای مدت اگر فسخ کند ظاهراً چیزی به مالک تعلق نمی گیرد، اما بالاخره مدتی افادت منفعت صورت گرفته است و عامل باید خسارت بدهد. در این ماده مبنای استحقاق اجرت المثل، از باب مسئولیت قهری (قاعده تسبیب) است.<sup>۳</sup>

۱ - ماده ۴۸ ق.م.ا: منتفع باید از مالی که موضوع حق انتفاع است سوء استفاده نکرده و در حفاظت آن تعدی یا تفریط ننماید.

۲ - ماده ۴۹۳ ق.م.ا: مستاجر نسبت به عین مستاجره ضامن نیست؛ به این معنی که اگر عین مستاجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول خواهد بود. ولی، اگر مستاجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

۳ - ماده ۵۳۵ ق.م.ا: اگر عامل زراعت نکند و مدت منقضی شود مزارع مستحق اجرت المثل است.

**مواظبت و نگهداری متعارف:**

عامل باید از زراعت مواظبت و نگهداری متعارف نماید، اگر این کار را انجام ندهد و از این حیث محصول کم شود و یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد، ضامن تفاوت خواهد بود؛ یعنی کمبود محصول و خسارات دیگر وارده را بدهد. (ماده ۵۳۶ ق.م.ا.؛)

لازم به توضیح است که هزینه کاشت و برداشت (مثل آبیاری، کندن علفهای هرز و...) به عهده عامل است مگر این که خلاف آن شرط شود و یا عرف محل خلاف آن را ایجاب کند.

**ماده ۵۳۶:** هر گاه عامل به طور متعارف مواظبت در زراعت ننماید و از این حیث حاصل کم شود یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد، عامل ضامن تفاوت خواهد بود.

**تکلیف به کاشت زرع تعیین شده:**

عامل مکلف به کاشت زرع تعیین شده است، مگر این که تعیین کشت مذکور در عقد از باب بیان سنخیت کشت باشد که در این صورت بنا بر مستنبط از ماده ۴۹۱ ق.م.ا. در باب اجاره،<sup>۱</sup> عامل حق دارد زرع دیگری که از حیث ضرر به مزارع کمتر یا مساوی باشد، کشت کند؛ و اگر عامل زرع تعیین شده را نکارد باید خسارت را بدهد و مالک نیز به استناد تخلف از شرط حق فسخ دارد. اگر تعیین زرع بصورت قید باشد، در صورت عدم انجام آن معامله باطل است و عامل مسئول خسارات وارده است.

**ماده ۵۳۷:** هر گاه در عقد مزارعه زرع معینی قید شده باشد و عامل غیر آن را زرع نماید، مزارعه باطل و بر طبق ماده ۵۳۳ رفتار می شود.<sup>۲</sup>

**گرفتن اجیر:**

عامل می تواند برای زراعت اجیر بگیرد و یا با دیگری شریک شود، ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین به دیگری اذن مزارع لازم است. (مواد ۵۴۱ و ۵۴۵ ق.م.ا.)<sup>۳</sup> و<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۴۹۱ ق.م.ا. اگر منفعتی که در اجاره تعیین شده است به خصوصیت آن منظور نبوده مستاجر می تواند استفاده منفعتی کند که از حیث ضرر مساوی یا کمتر از منفعت معینه باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۳۳ ق.م.ا. اگر عقد مزارعه به علتی باطل شود، تمام حاصل مال صاحب بذر است و طرف دیگر که مالک زمین یا آب یا صاحب عمل بوده است به نسبت آن چه که مالک بوده مستحق اجرت المثل خواهد بود. اگر بذر مشترک بین مزارع و عامل باشد حاصل و اجرت المثل نیز به نسبت بذر بین آن ها تقسیم می شود.

<sup>۳</sup> - ماده ۵۴۱ ق.م.ا. عامل می تواند برای زراعت اجیر بگیرد یا با دیگری شریک شود، ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین به دیگری رضای مزارع لازم است؛

<sup>۴</sup> - ماده ۵۴۵ ق.م.ا. مقررات راجعه به مزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مساقات نیز مرعی خواهد بود، مگر این که عامل نمی تواند بدون اجازه مالک معامله را به دیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید.

اصولاً گرفتن اجیر برای کشت و داشت و برداشت و مواظبت از زراعت از طرف عامل اشکالی ندارد، مگر این که مباشرت عامل در مزارعه قید و یا در ضمن عقد شرط شده باشد. بدیهی است مزد اجیر و کارگر برای امور مربوط به زراعت با عامل است مگر این که خلاف آن شرط شود.

نکته: پرداخت مالیات محصول نسبت به سهم عامل به عهده عامل است.

## انحلال عقد مزارعه

### انفساخ عقد مزارعه:

گاهی ممکن است عقد مزارعه به سببی از اسباب منفسخ شود؛ برای مثال اگر انجام معامله و عمل زراعت با قید مباشرت عامل باشد، با فوت عامل و اگر دادن زمین به قید مباشرت مزارع (مثلاً عقد به مدت عمر مزارع باشد) با فوت مزارع عقد منفسخ می شود.

همچنین اگر به سبب خشکسالی و نبود آب و یا به سبب سیل و آب گرفتگی و یا جنگ زمین قابلیت کشت را از دست بدهد، عقد منفسخ می شود؛

ماده ۵۲۷: هر گاه زمین به واسطه فقدان آب یا علل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد، عقد مزارعه منفسخ می شود.

ماده ۵۲۹: عقد مزارعه به فوت متعاملین یا احد آن ها باطل نمی شود، مگر این که مباشرت عامل شرط شده باشد؛ در این صورت به فوت او منفسخ می شود.<sup>۱</sup>

ماده ۵۳۰: هر گاه کسی به مدت عمر خود مالک منافع زمینی بوده و آن را به مزارعه داده باشد، عقد مزارعه به فوت او منفسخ می شود.

در مورد این ماده نیز احتمال بطلان عقد نسبت به آینده داده می شود، چنان که در مورد مشابه (اجاره) قانون گذار حکم به بطلان داده است.<sup>۲</sup>

### فسخ عقد مزارعه:

عقد مزارعه عقدی لازم است، بنابراین هیچ یک از طرفین نمی توانند به دلخواه آن را فسخ کند، مگر با وجود اختیارات قانونی؛

<sup>۱</sup> - ماده ۴۹۷ ق.م. عقد اجاره به واسطه فوت موجر یا مستاجر باطل نمی شود [چون لازم است]؛ ولیکن اگر موجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستاجره بوده است، اجاره به فوت موجر باطل می شود و اگر شرط مباشرت [منظور قید مباشرت است] مستاجر شده باشد به فوت مستاجر باطل می گردد.

<sup>۲</sup> - ر.ک. ماده ۴۹۷ ق.م. در ضمن حاشیه های دکتر کاتوزیان در «قانون مدنی در نظم کنونی» فراموش نشود.

**ماده ۵۲۵: عقد مزارعه عقدی است لازم.**

طبق ماده ۴۵۶ ق.م. جمیع اختیارات در همه عقود لازم وجود دارد، به استثنای اختیارات مختص بیع (تأخیر ثمن، مجلس و حیوان)؛

در قانون مدنی برای مزارعه در ماده ۵۲۶ ق.م. خیار غبن تصریح شده و چند خیار نیز بدون آن که با اسم خاصی از آن‌ها نام برده شود، بیان شده است؛

ماده ۵۲۳ ق.م. خیار عیب؛<sup>۱</sup> ماده ۵۲۸ ق.م. خیار تعذر تسلیم که عامل یا می‌تواند فسخ کند و یا علیه غاصب اقامه دعوی کند زیرا حق عینی بر زمین دارد. البته اگر زمین بعد از تسلیم غصب شود، عامل حق فسخ ندارد زیرا در این صورت تکلیفی بر مالک نیست و او در این غصب که موجب ضرر عامل شده مسئولیتی ندارد و عامل فقط می‌تواند به غاصب مراجعه و بر علیه او اقامه دعوی نماید.

با توجه به اینکه عقد مزارعه شبیه عقد اجاره است می‌توان از نظر وحدت ملاک حکم موارد تلف و معیوب شدن قبل از قبض یا در اثنای مدت مزارعه را از مواد مربوط به اجاره استنباط کرد.

**ماده ۵۳۴:** هر گاه عامل در اثناء یا در ابتدای عمل آن را ترک کند و کسی نباشد که به جای او عمل را انجام دهد، حاکم به تقاضای مزارع عامل را اجبار به انجام می‌کند و یا عمل را به خرج عامل ادامه می‌دهد و در صورت عدم امکان مزارع حق فسخ دارد.

رک. جزوه مدنی ۳: مواد ۲۳۳ تا ۲۳۹ ق.م. و جزوه مدنی «۶» مبحث اختیارات.

**ماده ۵۲۶:** هر یک از مالک و زارع می‌تواند در صورت غبن معامله را فسخ کند.

**ماده ۵۲۸:** اگر شخص ثالثی قبل از این که زمین مورد مزارعه تسلیم عامل شود آن را غصب کند، عامل مختار بر فسخ می‌شود؛ ولی اگر غصب بعد از تسلیم واقع شود حق فسخ ندارد.<sup>۲</sup>

**اثر فسخ عقد مزارعه:**

چنانچه عقد مزارعه فسخ شود، عقد از زمان فسخ منحل شده و زمین و لوازم آن به مزارع مسترد می‌گردد.

**عقد مزارعه ممکن است در یکی از حالات زیر فسخ شود:**

**فسخ قبل از عمل زراعت و کشت:** در این صورت زمین و لوازم آن به مالک مسترد می‌گردد. در این حالت چون نه مالک و نه عامل کاری انجام داده‌اند مستحق چیزی نیستند. ولی اگر عامل کاری انجام داده که موجب مرغوبیت زمین شده است از باب استیفاء ماده ۳۳۶ ق.م. می‌تواند خسارت را مطالبه نماید.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۲۳ ق.م. زمینی که مورد مزارعه است باید برای زرع مقصود قابل باشد، اگر چه محتاج به اصلاح یا تحصیل آب باشد؛ و اگر زرع محتاج به عملیاتی باشد (از قبیل حفر نهر یا چاه و غیره) و عامل در حین عقد جاهل به آن بوده باشد، حق فسخ معامله را خواهد داشت.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۸۸ ق.م. اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی [غاصب] در عین مستاجر یا منافع آن مزاحم مستاجر گردد [یعنی غصب کند]، در صورتی که قبل از قبض باشد، مستاجر حق فسخ [تعذر تسلیم] دارد و اگر فسخ نمود می‌تواند [یعنی دو حق دارد] برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت المثل به خود مزاحم رجوع کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود، حق فسخ ندارد و فقط [یک حق دارد] می‌تواند به مزاحم رجوع کند.

فسخ پس از عمل زراعت و قبل از ظهور ثمره: در این حالت آنچه از برگ و ساقه روییده مال صاحب بذر است و طرف دیگر مستحق اجرت المثل می باشد. اگر صاحب بذر عامل باشد مزارع مستحق اجرت المثل زمین است و چنانچه صاحب بذر مزارع باشد، عامل مستحق دریافت اجرت المثل کار بر روی زمین است؛ و اگر صاحب بذر شخص ثالث باشد، باید اجرت المثل زمین را به مزارع و اجرت المثل عمل زراعت را به عامل پردازد و بعد آنچه روییده است را تصاحب نماید.

پرسش:

آیا مزارع در صورت فسخ می تواند ازاله محصول نارس را درخواست کند (به صاحب بذر بگوید بکن بیر)؟!

پاسخ:

قانون مدنی در این خصوص ساکت است و تنها در ماده ۵۴۰ ق.م. چنین مقرر کرده است که مالک می تواند زراعت را ازاله کند یا اجرت المثل بگیرد و اجازه دهد که محصول باقی بماند.<sup>۱</sup>

### فسخ پس از عمل زراعت و بعد از ظهور ثمره:

طبق مواد ۵۳۱ و ۵۳۹ ق.م. طرفین در محصول شریک بوده و مالکیت مشاع دارند؛ بنابراین هیچ یک نمی توانند به این حق تعرض کنند و مالک نمی تواند درخواست ازاله نماید و از زمان فسخ تا زمان رسیدن و برداشت محصول هر یک باید به دیگری اجرت المثل بدهد؛ مثلاً اگر سهم عامل یک سوم است باید یک سوم اجرت المثل محصول را به مالک بدهد و مالک نیز باید به نسبت دو سوم اجرت المثل عمل عامل را به او بدهد.

نکته: آثار و احکام اقاله همانند آثار و احکام فسخ است و از این حیث تفاوتی بین فسخ و اقاله نیست.

ماده ۵۳۹: هرگاه مزارعه بعد از ظهور ثمره فسخ شود، هر یک از مزارع و عامل به نسبتی که بین آنها مقرر بوده شریک در ثمره هستند، لیکن از تاریخ فسخ تا برداشت حاصل هر یک به اخذ اجرت المثل زمین و عمل و سایر مصالح الاملاک خود که به حصه مقرر به طرف دیگر تعلق می گیرد مستحق خواهد بود.

### بطلان عقد مزارعه:

مواردی مثل عدم اهلیت، عدم قابلیت کشت زمین و نداشتن زمین از موارد بطلان است؛ در هر مرحله ای بطلان کشف شد، اگر در زمین کشت نشده بود، زمین و عوامل دیگر به صاحبانشان مسترد می شود؛

<sup>۱</sup> - ماده ۵۴۰ ق.م. هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را به اخذ اجرت المثل ابقاء نماید.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۳۱ ق.م. بعد از ظهور ثمره زرع، عامل مالک حصه خود از آن می شود.



اما اگر در زمین کشت شده باشد، طبق ماده ۵۳۳ قانون مدنی، تمام محصول مال صاحب بذر است و طرف های دیگر مستحق اجرت‌المثل هستند؛

چنانچه بذر مشترکاً مال عامل و مزارع باشد محصول بین آنها تقسیم و اجرت‌المثل هر یک به طرف دیگر پرداخت می‌شود. اگر بذر مال ثالث باشد تمام محصول مال وی بوده و او اجرت‌المثل عامل و مزارع را باید پرداخت نماید؛

مزارع با بطلان عقد می‌تواند هر وقت بخواهد صاحب بذر را اجبار کند که کشت را قلع کند و حق دارد با اخذ اجرت اجازه دهد که کشت تا برداشت محصول در زمین بماند.

ماده ۵۳۳: اگر عقد مزارعه به علتی باطل شود، تمام حاصل مال صاحب بذر است و طرف دیگر که مالک زمین یا آب یا صاحب عمل بوده است به نسبت آنچه که مالک بوده مستحق اجرت‌المثل خواهد بود. اگر بذر مشترک بین مزارع و عامل باشد حاصل و اجرت‌المثل نیز به نسبت بذر بین آنها تقسیم می‌شود.<sup>۱</sup>

#### انقضای مدت عقد مزارعه:

بعد از پایان مدت معینه، زمین و عوامل مربوطه به صاحبان آن مسترد می‌گردد؛ اصولاً مدتی که تعیین می‌کنند باید برای کشت و برداشت نوع زرع باید کفایت کند و کمتر از آن نباشد.

#### ممکن است چند حالت در مورد «مدت» پیش بیاید:

گاهی مدتی که تعیین می‌شود آن قدر زیاد است که چندین بار می‌توان کشت و برداشت کرد (مثلاً پنج سال) و محصول را بین طرفین تقسیم کرد. در اینجا با انقضای مدت عقد نیز منحل می‌شود؛ گاهی مدت تا پایان رسیدن محصول است که عامل باید بعد از رسیدن محصول زمین را به مالک برگرداند؛ گاهی مدت عقد کمی بیشتر از رسیدن محصول است، مثلاً مدت یک سال است و محصول در نه ماه می‌رسد.

#### پوشش:

در اینجا سؤال این است که آیا عامل می‌تواند از برگرداندن زمین خودداری کند؟ دو نظر وجود دارد: عده ای معتقدند چون هدف از تعیین مدت در مزارعه کاشت زرع و رسیدن محصول است، بنابراین بعد از رسیدن محصول عامل باید زمین را به مالک برگرداند هر چند مدتی از عقد مانده باشد؛ برخی دیگر می‌گویند باید صبر کرد تا مدت معینه منقضی شود، زیرا مدت جزء ارکان عقد است.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۳ ق.م.نماء و محصولی که از زمین حاصل می‌شود مال مالک زمین است، چه به خودی خود روییده باشد یا به واسطه عملیات مالک، مگر این که نماء یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد، که در این صورت، درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.

گاهی مدت معین می شود ولی مدت پایان می پذیرد درحالی که محصول هنوز نرسیده است. (مثلاً به دلیل تغییر آب و هوا)، در این صورت مزارع حق دارد زراعت را ازاله کند و یا با اخذ اجرت‌المثل آن را ابقاء کند تا برسد؛<sup>۱</sup>

توجه:

این که گفته می شود حق دارد ازاله کند با ماده ۵۳۹ ق.م. مغایر است یعنی بر اساس ظاهر ماده ۵۴۰ مالک حتی اگر بعد از ظهور ثمره هم باشد و مدت منقضی شود می تواند تقاضای ازاله کند. در اینجا باید گفت که حکم ماده ۵۴۰ برای قبل از ظهور ثمره است؛ اما برداشت دیگر این است که قانون گذار در اینجا عقد را باطل دانسته و حکم ماده ۵۳۳ را اجرا کرده است. ولی این برداشت نیز صحیح نیست، زیرا در ماده ۵۳۹ از کلمه اتفاقاً استفاده شده است که اگر بعد از ظهور ثمره باشد حکم ماده ۵۳۹ و اگر قبل از ظهور ثمره باشد ماده ۵۴۰ را در نظر می گیریم.

پرسش؟

اگر محصول را کنند و ریشه های آن در زمین باقی ماند تکلیف چیست؟

پاسخ:

در این صورت ریشه ها مال صاحب بذر است و او باید اجرت‌المثل را به صاحب زمین بدهد.

## مبحث دوم: مساقات

تعریف:

مساقات از کلمه سقی (آبیاری کردن) گرفته شده است و مساقات یعنی باهمکاری یکدیگر آبیاری کردن؛

در اصطلاح حقوقی، مساقات عقدی است میان مالک درخت و باغدار، برای درختان مثمر، مبنی بر این که باغدار در مدتی معین درختان را آبیاری و مراقبت کند و سهم هریک از طرفین از محصول به صورت مشاع مشخص می شود.

ماده ۵۴۳: مساقات معامله ای است که بین صاحب درخت و امثال آن یا عامل در مقابل حصه مشاع معین از ثمره واقع می شود و ثمره اعم است از میوه و برگ گل و غیره آن. عقد مساقات، عقدی لازم است.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۴۰ ق.م: هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را به اخذ اجرت المثل ابقاء نماید.

**نوع درختان در عقد مسابقات:**

عقد مسابقات در درختهایی که مثل بید و چنار میوه نمی دهد صحیح نیست؛  
اما در درختانی مثل درخت حنا یا چای که از برگ آن استفاده می کنند یا درختی که از گل آن استفاده می کنند، صحیح است؛

البته باید اعمالی برای نگهداری باشد و اگر فقط چیدن برگ یا ثمره باشد، عقد مسابقات صحیح نیست؛  
زیرا چیدن جزء اعمال نگهداری محسوب نمی شود و این قرارداد مشمول ماده ۱۰ ق.م. می باشد.

**مدت در عقد مسابقات:**

مدت مسابقات باید معلوم بوده و برای رسیدن محصول کافی باشد و اگر مدت کمی در نظر بگیرند عقد مسابقات صحیح نیست؛  
اگر اول آن را معین کنند و آخر آن را موقعی قرار دهند که میوه آن سال به دست می آید صحیح است.

**زمان انعقاد عقد مسابقات:**

مسابقات پیش از آشکار شدن محصول صحیح است و پس از آشکار شدن آن صحیح نیست؛  
اما پس از آشکار شدن و پیش از رسیدن محصول، در صورتی که درختان نیاز به آبیاری یا کارهایی دیگر داشته باشند و کار باعث فزونی یا رشد و مرغوبیت گردد، صحیح است.

**نکته:**

در صورتی که بوستان مشتمل بر انواع درختان میوه باشد، می توان برای هر نوع، سهمیه ای متفاوت از نوع دیگر قرار داد؛ مثلاً برای درختان خرما، ۱ به ۲ و برای درختان انگور، ۱ به ۳ و برای درختان انار، ۱ به ۴ مقرر کرد.

**آنچه مورد نیاز بوستان و درختان و آبیاری است بر دو نوع است:**

الف) کارهایی که هر سال تکرار می شود؛ مانند لایروبی نهرها، اصلاح راه آب، هرس و بارور کردن درختان؛  
ب) کارهایی که غالباً تکرار نمی شود؛ مانند احداث نهر آب، دیوار کشی و نصب تلمبه.  
به ظاهر، در صورتی که این کارها در قرارداد شرط نشده باشند، کارهای دسته دوم برعهده مالک باغ و کارهای دسته اول، تابع عرف و عادت است و باید طبق آن عمل شود.

**مباشرت باغدار:**

در مساقات، مباشرت باغدار شرط نیست، بلکه باغدار می تواند برای کارهایی که باید انجام گیرد، کارگر استخدام کند و به وی دستمزد دهد یا کسی به طور مجانی به او کمک کند.

**مغارسه**

مغارسه، این است که کسی زمین خود را برای درختکاری به کسی دیگر بدهد و قرار بگذارد که درخت های کاشته شده، میان آنان تقسیم شود.

**بطالان مغارسه:**

مغارسه در اسلام، باطل است و اگر کسی دست به مغارسه بزند، حکم آن به قرار زیر است:

اگر اصل درختان از غارس است، درختان از آن خود اوست و باید اجرت المثل زمین را پردازد؛

اگر اصل درختان از آن صاحب زمین است، درختان نیز ملک او خواهد بود و باید اجرت درختکاری غارس را پردازد؛

اگر هر دو بر ابقای غرس تراضی داشته باشند که مانعی ندارد، ولی اگر تراضی نکردند مالک زمین می تواند غارس را امر به قلع کند و چنانچه نقضی وارد شد ارش آن را به غارس پردازد. چنان که خود غارس هم می تواند قلع کند و حفره هایی که به خاطر کاشتن درختان ایجاد شده را پر کند. صاحب زمین نیز نمی تواند او را به ابقای درختان مجبور کند حتی بدون دریافت اجرت زمین.

**نکته:**

مساقات آبیاری و نگهداری درختان است ولی مغارسه، غرس کردن درختان است. مساقات از عقود معین است ولی مغارسه از عقود معین نیست.

**مقایسه مساقات و مزارعه و مضاربه:**

در مساقات آثار فسخ و بطلان یکی است، یعنی اگر عقد در هر مرحله ای فسخ شود یا کشف شود که باطل بوده تمام ثمره مال صاحب درخت است و عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود (ماده ۵۴۲ ق.م.)<sup>۱</sup>

- هم چنین در مساقات وقتی میوه ها چیده شدند، عامل مالک سهم خودش می شود؛
- در مساقات عامل نمی تواند درختانی که به مساقات گرفته را به دیگری به مساقات دهد چون مالک منافع نیست (ماده ۵۴۵ ق.م) ولی در مزارعه می تواند به دیگری مزارعه دهد؛
- در مزارعه عامل می تواند با دیگری شریک شود و در مساقات نمی تواند شریک شود؛
- در مساقات و مزارعه مدت از ارکان عقد است ولی در مضاربه مدت از ارکان عقد نیست.

**اثر بطلان در عقد مساقات:**

در صورت باطل شدن قرارداد، محصول متعلق به صاحب باغ است و او به عامل اجرت المثل کارش را می پردازد.

ماده ۵۴۴: در هر مورد که مساقات باطل باشد یا فسخ شود، تمام ثمره مال مالک است و عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود.

ماده ۵۴۵: مقررات راجعه به مزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مساقات نیز مرعی خواهد بود، مگر این که عامل نمی تواند بدون اجازه مالک معامله را به دیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید.

## فصل دهم:

# مضاربه

ماده ۵۴۶: مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید این که طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه، مالک؛ و عامل، مضارب نامیده می شود.

عقد مضاربه از جمله عقود است که تعیین مدت در آن شرط نمی باشد.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۴۲ ق.م: خراج زمین به عهده مالک است، مگر این که خلاف آن شرط شده باشد، سایر مخارج زمین بر حسب تعیین طرفین یا متعارف است.

## سرمایه در مضاربه

سرمایه و به اصطلاح فقهی «رأس المال»، مضاربه حتماً باید نقدی و عین باشد و یکجا تأمین شود؛ بدین ترتیب مضاربه به منفعت یا دین صحیح نمی باشد.

ماده ۵۴۷: سرمایه [در عقد مضاربه] باید وجه نقد باشد.

## لزوم تعیین حصه به نحو اشاعه

ماده ۵۴۸: حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل، از قبیل ربع یا ثلث و غیره، باشد.

## لزوم تعیین حصه و حکومت عرف

ماده ۵۴۹: حصه های مزبوره در ماده فوق باید در عقد مضاربه معین شود، مگر این که در عرف منجزاً معلوم بوده و سکوت در عقد منصرف به آن گردد.

ماده ۲۲۰ ق.م: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند.

## جواز عقد مضاربه

مضاربه از جمله عقود جایز است و از این رو هر یک از طرفین اختیار فسخ قرارداد را دارند؛ مگر این که در قرارداد شرط دیگری تعیین شده باشد؛ در معاملات بانکی معمول است متن قراردادهای مضاربه را به ترتیبی تنظیم نمایند که عامل با امضای قرارداد شرط ترک فسخ قرار داد را تا زمان تسویه کامل آن از جانب خود بپذیرد.

ماده ۵۵۰: مضاربه عقدی است جایز.

درباره نفوذ شرطی که حق بر هم زدن عقد را از دو طرف می گیرد اختلاف است و ملاک ماده ۶۷۹ ق.م.<sup>۱</sup> نفوذ آن را تأیید می کند.

## انفساخ عقد مضاربه

از آنجایی که عقد مضاربه جایز [اذنی] است، مشمول حکم ماده ۹۵۱ ق.م. می باشد؛

ماده ۹۵۴: کلیه عقود جایزه [اذنی] به موت احد طرفین منفسخ می شود و همچنین به سَفَه در مواردی که رشد معتبر است.

<sup>۱</sup> - ماده ۶۷۹ ق.م: موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر این که وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

**نکته:** همه عقود اذنی جایز هستند، اما همه عقود جایز، اذنی نمی باشند؛ [عموم و خصوص مطلق] - [در قانون مدنی ۵ عقد اذنی وجود دارد: مضاربه، شرکت، ودیعه، عاریه و وکالت] که با اراده طرف و فوت و حجر از بین می روند؛ اما عقود جایز غیر اذنی با فوت احد طرفین از بین نمی روند؛ البته هبه [جایز غیر اذنی] استثنا است.

**ماده ۵۵۱:** عقد مضاربه به یکی از علل ذیل منفسخ می شود:

در صورت موت یا جنون یا سفه احد طرفین؛

در صورت مفلس شدن مالک [نه مضارب]؛

در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ربح؛

در صورت عدم امکان تجارتي که منظور طرفین بوده.

### مدت در عقد مضاربه

مدت هر قرارداد مضاربه باید برابر زمانی باشد که عامل از تاریخ عقد قرار داد تا تسویه حساب، لازم دارد و در این رابطه باید وضعیت بازار کالای مورد معامله امکانات و توان عامل شرایط تحویل و حمل کالا مدنظر قرار گرفته و مدت قرارداد به تریبی تعیین گردد که ظرف آن معامله مورد نظر قابل انجام و قرارداد منعقدہ قابلیت تسویه داشته باشد؛

### اثر تعیین مدت

**ماده ۵۵۲:** هرگاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد، تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی شود، لیکن پس از انقضای مدت مضارب نمی تواند معامله بکند مگر با اجازه جدید مالک.

### اطلاق عقد نسبت به نوع تجارت

**ماده ۵۵۳:** در صورتی که مضاربه مطلق باشد (یعنی تجارت خاصی شرط نشده باشد) عامل می تواند هر قسم تجارتي را که صلاح بداند بنماید، ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند. اطلاق عقد نسبت به نوع تجارت: اختیار با عامل است با رعایت عرف.

### انتقال مضاربه و سرمایه

**ماده ۵۵۴:** مضارب نمی تواند نسبت به همان سرمایه با دیگری مضاربه کند یا آن را به غیر واگذار نماید، مگر با اجازه مالک.

### اعمال عرفی لازم برای تجارت

**ماده ۵۵۵:** مضارب باید اعمالی را که برای نوع تجارت متعارف و معمول بلد و زمان است به جا آورد، ولی اگر اعمالی را که بر طبق عرف بایستی به اجیر رجوع کند خود شخصاً انجام دهد مستحق اجرت آن نخواهد بود.

## امانت و ضمان مضارب

**ماده ۵۵۶:** مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تفریط یا تعدی.

ماده ۶۱۴ ق.م: امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط؛

ماده ۶۳۱ ق.م: هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین، مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگرچه مستند به فعل او نباشد.

### شرط تعلق تمام منافع به مالک

**ماده ۵۵۷:** اگر کسی مالی برای تجارت بدهد و قرار گذارد که تمام منافع مال مالک باشد، در این صورت معامله مضاربه محسوب نمی شود و عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود، مگر این که معلوم شود که عامل عمل را تبرعاً انجام داده است.

ماده ۳۳۶ ق.م: هر گاه کسی بر حسب امر [درخواست] دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهبیای آن عمل باشد عامل مستحق اجرت [اجرت المثل] عمل خود خواهد بود، مگر این که معلوم شود قصد تبرع داشته است.

تبصره: چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده ی وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می نماید؛

ماده ۵۱۹ ق.م: در عقد مزارعه حصه هر یک از مزارع و عامل باید به نحو اشاعه، از قبیل ربع یا ثلث یا نصف و غیره، معین گردد و اگر به نحو دیگر باشد احکام مزارعه جاری نخواهد شد.

### شرط ضمان مضارب نسبت به تلف سرمایه و خسارت

**ماده ۵۵۸:** اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است، مگر این که به طور لزوم [در ضمن عقد لازم] شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.

طبق نظر دکتر کاتوزیان [مستنبط از حاشیه شماره یک این ماده]، اندراج شرط ضمان در مضاربه نیز جایز است و مشکلی ندارد؛

اما طبق قانون مدنی [همین ماده]، در عقد مضاربه، اگر شرط ضمان وجود داشته باشد، مبطل و باطل است.



## حساب جاری و به مدت

ماده ۵۵۹: در حساب جاری یا حساب به مدت، ممکن است، با رعایت شرط قسمت اخیر ماده قبل، احکام مضاربه جاری و حق المضاربه به آن تعلق بگیرد. [رک قانون عملیات بانکی بدون ربا، مواد ۳ تا ۶].<sup>۱</sup>

## حکومت تراضی در عقد مضاربه

ماده ۵۶۰: به غیر از آن که فوقاً مذکور شد مضاربه تابع شرایط و مقرراتی است که به موجب عقد بین طرفین مقرر است.

# فصل سوم: جعاله

ماده ۵۶۱: جعاله عبارت است از التزام [تعهد] شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از این که طرف معین باشد<sup>۱</sup> یا غیر معین.<sup>۲</sup>

## اصطلاحات در جعاله

ماده ۵۶۲: در جعاله ملتزم را جاعل و طرف را عامل و اجرت را جُعَل [حق الجعاله] می گویند.

ماده ۵۶۲: اصطلاحات		
جاعل؛	ملتزم (متعهد):	اصطلاحات در جعاله:
عامل؛	طرف:	
جُعَل [حق الجعاله].	اجرت:	

## اقسام جعاله

جعاله به اعتبار چگونگی ایجاب و پیشنهاد آن، بر دو قسم است:

### جعاله خاص؛

در جعاله خاص، ایجاب برای شخص معین است و طرف خطاب یک یا چند نفر خاص هستند مثل این که پدر به فرزند خود بگوید، اگر فلان مسأله را حل کنی هزار تومان به تو خواهم داد.

<sup>۱</sup> - طرف معین باشد: جعاله خاص - طرف معین نباشد: جعاله عام. برخلاف جعاله، در اجاره اشخاص، اجیر همیشه معین است؛

<sup>۲</sup> - برای مثال شخصی می گوید اگر کسی حیوان یا ماشین را پیدا کرد، صد هزار تومان به او اجرت می دهم، به این عمل جعاله گفته می شود.

**جعاله عام؛**

در جعاله عام، هدف جاعل، رسیدن به مقصود خود است و برای او فرقی ندارد که توسط چه کسی انجام پذیرد، مثلاً می گوید، هر کس فلان کار را انجام دهد، این قدر پاداش می دهم.

**ماهیت حقوقی جعاله**

در این که جعاله عقد است یا ایقاع، یعنی آیا نیاز به دو توافق دارد یا با اراده جاعل منعقد می شود؟ بین حقوقدانان اختلاف است، ولی در مورد عقد بودن جعاله خاص، کمتر تردید وجود دارد. به نظر دکتر کاتوزیان، جعاله (چه خاص و چه عام) عقد است چرا که هدف جاعل، رسیدن به مقصود است فرقی نمی کند که نیل به آن قبل از قبول باشد، یا بعد از قبول.

**انقضاء جعاله**

در جعاله، ایجاب از طرف جاعل می باشد. ایجاب یا به صورت عام است یا خاص؛ در ایجاب عام، همواره این امر مفروض است که التزام به پرداخت عوض یا اجرت، در مقابل اولین کسی است که عمل را انجام داده است؛ قبول در جعاله ممکن است صریح باشد و ممکن است ضمنی باشد، همان طور که در جعاله عام چنین است.

**لزوم تسلیم نتیجه در استحقاق اجرت**

ماده ۵۶۷: عامل وقتی مستحق جعل می گردد که متعلق [موضوع] جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد.

**جواز عقد جعاله**

طبق قانون، جعاله تعهدی جایز است و مادامی که عمل به اتمام نرسیده باشد هر یک از طرفین می توانند رجوع نمایند، ولی اگر جاعل، در اثنای عمل عامل از جعاله رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.

ماده ۵۶۵: جعاله تعهدی [عقد عهدی] است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هر یک از طرفین می توانند رجوع کنند؛ ولی اگر جاعل در اثنای عمل [قبل از انجام] رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.

**علم اجمالی به موضوع**

جعاله دارای این مزیت است که در آن معلوم بودن تفصیلی کار لازم نیست و موضوع التزام می تواند مجهول باشد، همان طور که قانون مدنی هم به آن تصریح دارد چنان که در مورد اجرت هم همین مطلب ثابت است.

ماده ۵۶۴: در جعاله، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.<sup>۱</sup> در جعاله، کیفیت عمل مردد است. نه مورد جعاله.

ماده ۵۶۳: در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات [تفصیلی] لازم نیست. بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هر کس گم شده او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن مال او خواهد بود، جعاله صحیح است.

### انجام دادن عمل به شرکت عاملان

ماده ۵۶۸: اگر عاملین متعدد به شرکت<sup>۲</sup> [با هم] هم عمل را انجام دهند، هر یک به نسبت مقدار عمل خود مستحق جُعل می گردد.

### امانت عامل

ماده ۵۶۹: مالی که جعاله برای آن واقع شده است، از وقتی که به دست عامل می رسد تا به جاعل رد کند در دست او امانت است.

### آثار جعاله

جعاله با این که عقد جایزی است ولی بدین معنی نیست که هیچ اثری نداشته باشد، بلکه الزام جاعل، اثری دارد که در صورت فسخ جعاله، بر آن مترتب می شود:

کار تجزیه پذیر نیست و انجام کل کار منظور جاعل می باشد در این صورت انجام مقدمات کار، بدون رسیدن به نتیجه، بدون اجرت خواهد بود. زمانی عامل مستحق اجرت است که کار مورد نظر را انجام و تحویل و تسلیم به جاعل نماید؛

کار مورد درخواست، مرکب از اجزایی بوده که هر کدام مستقلاً منظور جاعل بوده و پاداش دارد، در این صورت اگر پس از انجام قسمتی از کار، جعاله فسخ شود،<sup>۳</sup> عامل به نسبت عملی که انجام داده است، مستحق اجرت خواهد بود.

ماده ۵۶۶: هرگاه در جعاله عمل دارای اجزای متعدد [مرکب] بوده و هر یک از اجزاء مقصود بالاصاله جاعل بوده باشد و جعاله فسخ گردد، عامل از اجرت المسمی به نسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود، اعم از این که فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۱۶ ق.م.مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

<sup>۲</sup> - واژه «شرکت» در اینجا ربطی به «عقد شرکت» ندارد.

<sup>۳</sup> - در این فرض؛ از طرف هر کدام که فسخ بشود فرقی ندارد.

**پرسش:**

در صورتی که انجام کار قبل از جعاله بوده مثلاً برای پیدا کردن ماشین، جایزه تعیین شده ولی شخص قبل از اطلاع از این جعاله، ماشین را پیدا کرده است، آیا مستحق اجرت است یا نه؟

**پاسخ:**

در این مورد اگر توافق صریح یا ضمنی، بین دو طرف نباشد، نمی توان گفت که مستحق خواهد بود.

**جعاله بر عمل نامشروع و غیر عقلایی**

کاری که به موجب جعاله، درخواست می شود، باید مشروع و عقلایی باشد؛ اگر شخصی، برای ارتکاب جرم یا کاری برخلاف اخلاق حسنه، ملتزم به دادن اجرت شود، جعاله باطل است.

ماده ۵۷۰: جعاله بر عمل نامشروع و یا بر عمل غیر عقلایی باطل است.<sup>۱</sup>

**مقایسه****اشتراک اجاره اشخاص و جعاله**

هر دو عقد می باشند؛

هر دو عقد عهدی می باشند؛

هر دو عقد معوض می باشند؛

در هر دو یک نفر کار می کند و دیگری اجرت می دهد.

**افتراق اجاره اشخاص و جعاله**

در اجاره، اجیر همیشه مشخص است، اما در جعاله، عامل در مواقعی مشخص است [جعاله خاص] و در مواقعی عامل مشخص نیست [جعاله عام]؛

در اجاره اشخاص، عقد از ابتدا لازم است، اما جعاله پس از انجام عمل لازم می شود؛

در اجاره برای دو طرف به محض عقد تعهد ایجاد می شود [+ حق حبس] اما در جعاله پس از انجام عمل تعهد ایجاد می شود؛

اجاره مبتنی بر مغایه است اما جعاله مبتنی بر مسامحه.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۱۵ ق.م.مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.

# فصل چهارم: شرکت

## دو اصطلاح

واژه «شرکت» در قانون مدنی، با دو معنا به کار رفته است: اشاعه و عقد شرکت؛

## اشاعه

اشاعه یعنی جمع شدن چند حق در یکجا؛

اشاعه فقط در مالکیت نیست؛ در تمام حقوق، امکان به وجود آمدن اشاعه وجود دارد؛ مانند اشاعه در حق انتفاع، اشاعه در حق ارتفاق، اشاعه در حق تحجیر و ... .

## شرکت:

شرکت عقدی است که بین شرکای مال بسته می شود و آن ها برای اداره مال و تقسیم سود و زیان به همدیگر اذن می دهند؛

بنابراین برای انعقاد عقد شرکت، ابتدا باید مال مشاعی وجود داشته باشد.

## تفاوت شرکت تجاری با شرکت مدنی<sup>۱</sup>

تشکیل شرکت تجاری برخلاف شرکت مدنی [که ممکن است قهری باشد]، همیشه اختیاری است؛

در شرکت تجاری قصد همکاری و هدف، جلب منفعت اقتصادی است؛ اما در شرکت مدنی الزاماً چنین نیست؛

در شرکت تجاری به سبب داشتن شخصیت حقوقی، تصمیمات راجع به شرکت عمداً با اکثریت آراء اتخاذ می شود، ولی در شرکت مدنی برای انجام دادن هر عمل مادی یا حقوقی راجع به مال مشاع اتفاق نظر و رأی کلیه شرکا الزامی است؛

در شرکت تجاری ورود و خروج شرکا تابع مقررات مخصوص و در برخی از موارد منوط به رضایت سایر شرکا است در حالی که در شرکت مدنی هر یک از مالکین مشاع اختیار فروش و واگذاری سهم مشاعی خود را دارد؛

در شرکت تجاری اصل اختصاص دارایی وجود دارد؛ یعنی آن که دارایی شرکت و شرکا از یکدیگر مجزا است ولی در شرکت مدنی چنین اصلی وجود ندارد؛

<sup>۱</sup> - دکتر فرشید فرحناکیان - کتاب ساده ساز حقوق تجارت - ذیل ماده ۲۰ قانون تجارت.

شرکت تجارتي مشمول مقررات ورشکستگي است ولي شرکت مدني چنين نمي باشد؛  
شرکت های تجارتي بر طبق مقررات قانون تجارت انحلال و تصفيه مي يابند. در صورتي که در شرکت مدني از آنجا که شخصيت شخصيت جداگانه اي از شرکا ندارد، اصولاً موضوع انحلال و تصفيه در بين نيست.

## تعريف اشاعه

ماده ۵۷۱: شرکت [اشاعه]<sup>۱</sup> عبارت است از اجتماع حقوق مالکين [صاحبان حق]<sup>۲</sup> متعدد در شئي واحد به نحو اشاعه.

## اسباب اشاعه

ماده ۵۷۲: شرکت [اشاعه] اختياري است يا قهري.

منظور اين ماده: اسباب اشاعه است: اسباب در تقدير است.

## اسباب اختياري اشاعه

اولين سبب اختياري اشاعه، عقد است؛ در اینجا، عقد، منحصر به عقد شرکت نيست؛  
زيرا اکثر عقود در قانون مدني مي توانند باعث اشاعه بشوند؛ مانند بيع،<sup>۳</sup> اجاره، قرض، مزارعه، صلح، هبه، مساقات و ...

دومين سبب اختياري اشاعه، مزج است؛ «مزج» يعني مخلوط کردن: عملي اختياري است: مانند اين که دو نفر باهم و به اختيار گندم های خود را باهم در آميزند.

سومين سبب اختياري اشاعه، قبول مال در ازاي عمل است؛ مانند اين که به چند تا کارگر در ازاي عمل آنها، یک فرش بدهيم.

چهارمين سبب اختياري اشاعه، ايقاع است؛ در ماده ۵۷۳ ق.م. به ايقاع اشاره اي نکرده است، اما منظور از «نحو اين ها» ايقاع است: مانند حيازت مباحات: مثلاً دو نفر باهم یک ماهی را از دريا می گیرند.

## اسباب قهري اشاعه

اسباب قهري اشاعه دو مورد است: امتزاج<sup>۴</sup> و ارث؛

امتزاج: يعني مخلوط شدن بدون اراده مالکين: مانند اين که یک دزد از دو نفر گندم می دزدد و در يکجا جمع می کند؛ در اینجا مالکان در مخلوط شدن گندم ها اراده اي نداشته اند، اما باهم شريك شدند؛  
ارث: هرکسي که بميرد، اموالش به طور مشاع به وراث او می رسد.

۱ - از ماده ۵۷۱ تا ماده ۵۷۴ ق.م. واژه «شرکت» به معنای «اشاعه» است.

۲ - زيرا اشاعه فقط در مالکيت نيست: بلکه در تمام حقوق، امکان به وجود آمدن اشاعه وجود دارد.

۳ - برای مثال: من یک مال را به دو نفر می فروشم: اين دو نفر در مبيع شريك می شوند.

۴ - دقت شود: مزج اختياري، اما امتزاج قهري است.

**ماده ۵۷۳:** شرکت [اشاعه] اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود [هر عقدی] حاصل می شود یا در نتیجه عمل شرکا، از قبیل مزج [مخلوط کردن] اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازای عمل چند نفر<sup>۱</sup> و نحو این ها. نحو این ها: مانند ایقاع جمعی است.

**ماده ۵۷۴:** شرکت [اشاعه] قهری اجتماع حقوق مالکین است که در نتیجه امتزاج [مخلوط شدن] یا ارث حاصل می شود. یعنی اشاعه ای که سبب آن قهری است.

## عقد شرکت

از اینجا به بعد عقد شرکت شروع می شود:

**ماده ۵۷۶:** طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرره بین شرکاء خواهد بود.<sup>۲</sup> منظور از «شرایط مقرره بین شرکاء»: در اینجا منظور «عقد شرکت» است.

## اذنی بودن عقد شرکت

**ماده ۵۷۷:** شریکی که در ضمن عقد [عقد شرکت] به اداره کردن اموال مشترک مأذون شده است می تواند هر عملی را که لازمه اداره کردن است انجام دهد و به هیچ وجه مسئول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد، بود مگر در صورت تفریط یا تعدی.<sup>۳</sup>

رابطه حقوقی شریکی که مأذون در اداره مال مشاع می شود با دیگر شریکان تابع احکام رابطه وکیل و موکل است. منظور از عبارت «مأذون شده است» در ماده فوق یعنی، شرکت، عقدی اذنی است.<sup>۴</sup> (ک. جزوه مقهوق مدنی ۳)

## رجوع از اذن

**مفاده ماده ۵۷۸ ق.م. به زبان ساده:** شرکت عقدی است جایز، مگر این که ضمن عقد لازم شرط شده باشد و اگر ضمن عقد لازم شرط بشود تا موقعی که مال مشاع است، شرکت قابل فسخ نمی باشد؛

<sup>۱</sup> - ماده ۵۶۸ ق.م: اگر عاملین متعدد به شرکت [با هم] هم عمل را انجام دهند، هر یک به نسبت مقدار عمل خود مستحق جُعل می گردد.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۶۱۴ ق.م: امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط؛

ماده ۶۳۱ ق.م: هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین، مستاجر نسبت به عین مستاجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد؛

ماده ۶۶۶ ق.م: هرگاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مُسبب آن محسوب می گردد، مسئول خواهد بود.

<sup>۴</sup> - در قانون مدنی ۵ عقد اذنی وجود دارد: مضاربه، شرکت، ودیعه، عاریه و وکالت: همه این عقود جایز هستند و با فوت یا حجر هر کدام از طرفین، منفسخ می شوند.

ماده ۵۷۸: شرکاء همه وقت می توانند از اذن خود رجوع کنند [یعنی شرکت عقدی است جایز]، مگر این که اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت، مادام که شرکت [اشاعه] باقی است، حق رجوع ندارند.<sup>۱</sup>

## سه قاعده در عقد شرکت

### قاعده نخست:

هر شریک می تواند در سهم خود، تصرف حقوقی بکند و نیازی به اذن شرکاء ندارد؛

ماده ۵۸۳: هر یک از شرکاء می تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل [تصرف حقوقی] کند.

### قاعده دوم:

تصرف حقوقی شریک در سهم دیگران، بدون اذن آن ها فضولی و غیرنافذ است؛

ماده ۵۸۱: تصرفات [حقوقی در سهم سایرین] هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد، فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.<sup>۲</sup>

### قاعده سوم:

شریک نمی تواند بدون اذن سایر شرکاء، تصرف مادی بکند؛

ماده ۵۸۲: شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف [مادی] در اموال شرکت نماید ضامن است.<sup>۳</sup>

## امانت و ضمان شریک مأذون

ماده ۵۸۴: شریکی که مال الشرکه در ید اوست در حکم امین است و ضامن تلف و نقص آن نمی شود، مگر در صورت تفریط یا تعدی.

### مواد مرتبط با ماده ۵۸۴ ق.م.:

ماده ۶۱۴: امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط.

<sup>۱</sup> - ماده ۶۷۹ ق.م. موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر این که وکالت وکیل و یا عدم عزل [یا عدم استعفا] در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

<sup>۲</sup> - رک. حقوق مدنی ۳ - مقررات معاملات فضولی: مواد ۲۴۷ به بعد ق.م. و ماده ۶۲۷ ق.م.

<sup>۳</sup> - ماده مرتبط با سه قاعده فوق در اجاره: ماده ۴۷۵ ق.م. اجاره [تصرف حقوقی] مال مشاع جایز است، لیکن تسلیم [تصرف مادی] عین مستاجر موقوف است به اذن شریک.



ماده ۶۳۱: هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین، مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن‌ها ضامن نمی‌باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگرچه مستند به فعل او نباشد.<sup>۱</sup>

### ضمان شریک غیر ماذون در برابر طرف معامله

ماده ۵۸۵: شریک غیر ماذون در مقابل اشخاصی که با آن‌ها معامله کرده مسئول بوده و طلبکاران فقط حق رجوع به او دارند.

## دو قاعده عمومی<sup>۲</sup>

### قاعده نفست:

هرگاه در یک عقد جایز، مدت گنجانده بشود، عقد جایز در آن مدت لازم نمی‌شود و عقد جایز هم چنان جایز است:

تنها فایده این کار [گذاشتن مدت] این است که اگر مدت تمام بشود، عقد به هم می‌خورد.<sup>۳</sup>

### ۱- مواد مرتبط:

ماده ۳۱۰ ق.م: اگر کسی [امین] که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آن‌ها در دست اوست منکر گردد [یا امتناع کند]، از تاریخ انکار [یا امتناع] در حکم غاصب [شبه غصب] است:

ماده ۴۹۳ ق.م: مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست؛ به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی، اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد؛

ماده ۵۵۶ ق.م: مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌شود مگر در صورت تفریط یا تعدی؛

ماده ۶۴۰ ق.م: مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛

ماده ۷۸۹ ق.م: رهن در ید مرتهن امانت محسوب است و بنابراین مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود، مگر در صورت تقصیر؛

ماده ۲۷۸ ق.م: اگر موضوع تعهد [تسلیم] عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد [امین] می‌شود، اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. [عاریه طلا و نقر ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲] ولی، اگر متعهد با انقضای اجل و مطالبه، [ماده ۳۱۰] تاخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان [حتی فورس ماژور] خواهد بود [از زمان انکار] اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

<sup>۲</sup> - این دو قاعده مختص شرکت نمی‌باشند.

<sup>۳</sup> - ماده ۵۵۲ ق.م: هرگاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد، تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی‌شود، لیکن پس از انقضای مدت مضارب نمی‌تواند معامله بکند مگر با اجازه جدید مالک.

**قاعده دهم:**

اگر مدت عقد جایز [نه خود عقد] را در ضمن عقد لازم گنجانده شود، عقد جایز در آن مدت لازم می شود؛

برای مثال: من به شما بدون مدت وکالت [عقد جایز] می دهم؛ روز بعد ما باهم یک عقد بیع [عقد لازم] منعقد می کنیم و ضمن بیع مدت وکالت منعقد شده را تعیین می کنیم؛ اگر چنین بشود وکالت در مدت تعیین شده به هم نمی خورد؛ یعنی در مدت تعیین شده لازم می شود.<sup>۱</sup>

مفهوم مخالف ماده ۵۸۶ ق.م. این قاعده را بیان می کند؛

ماده ۵۸۶: اگر برای شرکت [عقد شرکت] در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد، هر یک از شرکاء هر وقت بخواهد می تواند رجوع کند.<sup>۲</sup>

مفهوم مخالف ماده: اگر برای عقد شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین شده باشد، عقد شرکت قابل رجوع نیست.

**نتیجه گیری:**

نتیجه (۱): اگر مدت عقد جایز، در همان عقد [عقد جایز] معین باشد، عقد در آن مدت لازم نمی شود، اما اگر مدت عقد جایز ضمن عقد لازم تعیین بشود، عقد جایز در مدت تعیین شده لازم است.

نتیجه (۲): دادن اذن یا شرط مدت ضمن عقد لازم معین تنها راه سقوط حق رجوع از اذن نیست؛ شایع ترین راهها است. از مفاد ماده ۱۰ ق.م. چنین برمی آید که دو طرف عقد می توانند در رابطه خود پیمان اداره مال مشاع را برای مدت معین یا تا زمان بقای اشاعه الزام آور سازند.<sup>۳</sup>

**انحلال اشاعه**

ماده ۵۸۷: شرکت [اشاعه] به یکی از طرق ذیل مرتفع می شود:

در صورت تقسیم؛

در صورت تلف شدن تمام مال شرکت.

در صورتی که بخشی از مال شرکت تلف شود، اشاعه بر هم نمی خورد و آنچه تلف می شود از حق همه آنان است.

<sup>۱</sup> - دقت شود: عقود جایز اذنی [مانند وکالت]، در صورت فوت و حجر به هم می خورند و تعیین مدت در آنها، بر فوت و حجر بی تاثیر است.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۷۸ ق.م: شرکاء همه وقت می توانند [یعنی شرکت عقدی است جایز] از اذن خود رجوع کنند، مگر این که اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت، مادام که شرکت [اشاعه] باقی است، حق رجوع ندارند.

<sup>۳</sup> - حاشیه شماره یک ذیل ماده ۵۸۶ ق.م. دکتر کاتوزیان.

## نکات ماده ۵۸۷:

شرکت در این ماده یعنی اشاعه؛ هر گاه مال تقسیم بشود، اشاعه هم از بین می رود؛ در این ماده، «شرکت» می تواند به معنی «عقد شرکت» هم باشد؛ یعنی تقسیم و یا تلف ابتدا اشاعه را از بین می برند، سپس عقد شرکت را؛ زیرا اشاعه که از بین برود، عقد شرکت، سالبه به انتفاء موضوع می شود.

## انحلال شرکت

ماده ۵۸۸: در موارد ذیل شرکاء، مأذون در تصرف اموال مشترک نمی باشند:<sup>۱</sup>  
در صورت انقضای مدت ماذونیت یا رجوع از آن در صورت امکان رجوع؛  
در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء.

## نکات ماده ۵۸۸ ق.م:

در صورت انقضای مدت ماذونیت: منظور این است که اگر عقد مدت داشته و مدت آن تمام شده باشد؛  
در صورت امکان رجوع: منظور این است که ممکن است در ضمن عقد لازمی باشد و نتوان از آن رجوع کرد؛  
در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء: چون شرکت عقدی اذنی است و با فوت و حجر از بین می رود.

## شرکت در نفع و ضرر

طبق ماده ۵۷۵ ق.م. هر یکی از شرکاء به نسبت [مانند شرکت نسبی] سهم خود در سود و زیان سهیم هستند؛  
مگر این که برای یک یا چند نفر از آنها، در مقابل عمل یا اعمالی سود زیادتری قرار داده بشود؛  
البته اشکالی ندارد که سهم زیادتر در مقابل عمل باشد:<sup>۲</sup> به زیر نویسی ماده ۵۷۵ ق.م. توجه شود.

ماده ۵۷۵: هر یک از شرکاء به نسبت [مانند شرکت نسبی] سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشد، مگر این که برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی [مدیر موظف] سهم زیادتری منظور شده باشد.

در نفوذ شرطی که سهم زیادتری از سود را برای یکی از شریکان مقرر می دارد، بدون این که در برابر عملی باشد، اختلاف وجود دارد و نفوذ آن بر

مبنای ماده ۱۰ ق.م. ترجیح دارد.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - یعنی در موارد ذیل عقد شرکت منحل می شود.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۲۰ ق.م: در مزارعه جایز است شرط شود که یکی از دو طرف، علاوه بر حصه ای از حاصل، مال دیگری نیز به طرف مقابل بدهد.

<sup>۳</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

## شرح مواد ۵۷۹ و ۵۸۰ ق.م.

ماده ۵۷۹: اگر اداره کردن شرکت به عهده شرکای متعدد باشد، به نحوی که هر یک به طور استقلال مأذون در اقدام باشد، هر یک از آنها می توانند منفرداً به اعمالی که برای اداره کردن لازم است اقدام کنند.<sup>۱</sup>

ماده ۵۸۰: اگر بین شرکاء مقرر شده باشد که یکی از مدیران نمی تواند بدون دیگری اقدام کند، مدیری که به تنهایی اقدام کرده باشد، در صورت عدم امضای شرکای دیگر در مقابل شرکاء ضامن خواهد بود، اگرچه برای ماذونین دیگر امکان فعلی برای مداخله در امر اداره کردن موجود نبوده باشد.<sup>۲</sup>

قاعده ای که در این دو ماده آمده است، مختص شرکت نیست و در موارد بسیاری کاربرد دارد؛ بحث این است که چند نفر می خواهند کاری را انجام بدهند؛ مثلاً چند وکیل، چند وصی، چند متولی و ...؛ حالاتی که می توانند کار مربوطه را انجام دهند چهار مورد است؛ اجتماع، استقلال، ترتیب و اطلاق؛

## اجتماع:

اجتماع یعنی افراد باید باهم عمل مورد نظر را انجام بدهند و اگر یکی از آنها نباشد، عمل مابقی غیر نافذ است؛

مثلاً برای فروش خانه، اگر سه وکیل به طور اجتماع داشته باشیم و دو تا از آنها خانه را بفروشند، معامله غیر نافذ و منوط به تنفیذ وکیل سوم یا تنفیذ موکل است؛

لازم به ذکر است که وکیل سوم نمی تواند رد کند، فقط می تواند عدم موافقت خود را اعلام کند!

## سه نکته در مورد اجتماع:

اگر چند وکیل در حالت اجتماع، داشته باشیم و یکی از آنها فوت کند، وکالت بقیه هم منحل می شود؛<sup>۳</sup>

## ۱- مواد مرتبط:

ماده ۶۶۹ ق.م: هر گاه برای انجام یک امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آنها نمی تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید، مگر این که هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد؛ در این صورت هر کدام می تواند به تنهایی آن امر را بجا آورد؛

ماده ۸۵۴: موصی می تواند یک یا چند نفر وصی معین نماید. در صورت تعدد، اوصیاء باید مجتمعاً عمل به وصیت کنند، مگر در صورت تصریح به استقلال هر یک؛

ماده ۸۵۵ ق.م: موصی می تواند چند نفر را به نحو ترتیب وصی معین کند؛ به این طریق که اگر اولی فوت کرد [فروض مختلف مثلاً غیبت] دومی وصی باشد و اگر دومی فوت کرد سومی باشد و هکذا.

<sup>۲</sup> - مرتبط با معاملات فضولی: رک. فصل پنجم حقوق مدنی ۳ و ماده ۵۸۱ ق.م. در همین جزوه (مدنی ۷).

<sup>۳</sup> - ماده ۶۷۰ ق.م: در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می شود [منفسخ می شود].

اگر چند متولی در حالت اجتماع داشته باشیم و یکی از آن‌ها بمیرد، تولیت مابقی از بین نمی‌رود و حاکم ضم امین می‌کند؛<sup>۱</sup>

اگر چند وصی در حالت اجتماع داشته باشیم و یکی از آن‌ها بمیرد، در این مورد قانون ساکت است؛ اما حقوق دانان اجرای حکم ماده ۷۷ ق.م. را در این مورد نیز لازم می‌دانند.<sup>۲</sup>

## استقلال:

یعنی هر کدام از افراد به تنهایی می‌توانند آن کار را انجام بدهند؛

به این صورت که هر کدام زودتر انجام داد، عمل انجام شده است و عمل بعدی‌ها درست نیست.<sup>۳</sup> مثلاً برای فروش خانه، اگر سه وکیل به طور استقلال داشته باشیم و یکی از آن‌ها خانه را بفروشند، کار تمام است و اگر وکیل دوم، خانه را بفروشد، معامله دوم فصولی و غیرنافذ است. مثال دوم: یک خانم سه وکیل به طور استقلال دارد که او را به عقد یک نفر در بیاورند: حال اگر یکی از وکلا خانم را به عقد یک نفر در بیاورد، عمل وکیل دوم باطل است!

## سه نکته در مورد استقلال:

اگر چند نفر که به استقلال مامور انجام امری هستند، همه همزمان عمل مورد نظر را انجام بدهند، عمل همه آن‌ها باطل است؛<sup>۴</sup>

اگر چند نفر که به استقلال مامور انجام امری هستند، همگی عمل مورد نظر را انجام بدهند و تاریخ عمل همه آن‌ها مشخص نباشد، باز هم عمل همه آن‌ها باطل است؛

اگر دو نفر که به استقلال مامور انجام امری هستند، هر دو امر مورد نظر را انجام بدهند و تاریخ یکی معلوم و دیگری مجهول باشد، معامله معلوم درست است.<sup>۵</sup> طبق اصل تاخر حادث.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۷۷ ق.م. هرگاه واقف برای دو نفر یا بیش تر به طور استقلال تولیت قرار داده باشد، هر یک از آن‌ها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلاً تصرف می‌کنند و اگر به نحو اجتماع قرار داده باشد، تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها حاکم شخصی را ضمیمه آن که باقی مانده است، می‌نماید که مجتمعاً تصرف کنند.

<sup>۲</sup> - استدلال حقوق دانان: چون در وکالت، موکل هست [نمُرده است] و می‌تواند وکیل جدید بگیرد؛ اما در وصایت، وصی دیگر وجود ندارد که تصمیم بگیرد.

<sup>۳</sup> - حسب مورد، باطل و یا غیرنافذ است.

<sup>۴</sup> - «الدلیلان اذا تعارضا تساقطا».

<sup>۵</sup> - ماده ۸۷۴ ق.م: اگر اشخاصی که بین آن‌ها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آن‌ها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تاخر مجهول باشد، فقط آن که تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد.

<sup>۶</sup> - طبق «اصل تاخر حادث»: اگر دو حادثه داشته باشیم که تاریخ یکی معلوم و دیگری مجهول باشد، آن که مجهول است را باید بعد از معلوم فرض کرد.

**ترتیب:**

یعنی چند نفر به ترتیب سمت پیدا می کنند؛

**مثال:** سه وکیل برای فروش خانه داریم که قرار را بر این می گذاریم که وکیل اول خانه را بفروشد و مثلاً اگر غایب بود وکیل دوم بفروشد و به همین ترتیب وکیل سوم. در اینجا اگر وکیل نخست حضور داشته باشد، دو وکیل دیگر در فروش خانه سمت ندارند و عمل آنها فضولی است.

**ماده ۸۵۵ ق.م:** موصی می تواند چند نفر را به نحو ترتیب وصی معین کند: به این طریق که اگر اولی فوت کرد [ + فروض مختلف مثلاً غیبت] دومی وصی باشد و اگر دومی فوت کرد سومی باشد و هکذا.

**اطلاق:**

اطلاق یعنی سکوت؛ یعنی به استقلال یا اجتماع و یا ترتیب اشاره ای نشده باشد؛ به علت اصل عدم زیاده، اطلاق به اجتماع بر می گردد، [ماده ۸۵۴ ق.م.] و عمل آنها فقط در صورت باهم بودن نافذ است [ماده ۶۶۹ ق.م.]؛

**برای مثال:** همان سه وکیل برای فروش خانه؛ برای این که عمل آنها نافذ باشد باید به اجتماع انجام داده بدهند.

**ماده ۸۵۴ ق.م:** موصی می تواند یک یا چند نفر وصی معین نماید. در صورت تعدد، اوصیاء باید مجتمعاً عمل به وصیت کنند، مگر در صورت تصریح به استقلال هر یک.

**ماده ۶۶۹ ق.م:** هر گاه برای انجام یک امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آنها نمی تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید، مگر این که هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد؛ در این صورت هر کدام می تواند به تنهایی آن امر را بجا آورد.

**تقسیم اموال شرکت****معنای تقسیم:**

تقسیم یعنی تبدیل شدن مال مشاع به مال مفروز؛

در مال مشاع، هر شریک در همه جای مال، حق دارد، اما بعد از تقسیم [که در واقع تمییز حق است]؛ حق هر شریک در مال مشخص می شود؛

تقسیم، علاوه بر تمییز حق، در آن «مبادله» نیز صورت می گیرد؛ مبادله حق مشاع با حق مفروز؛ یعنی هر شریک، مال مشاع را از دست می دهد و به جای آن مال مفروز را به دست می آورد؛ این را تقسیم می گویند؛

پس به تقسیم هم مبادله می گویند و هم تمییز حق: اما تمییز حق بیشتر در مورد آن به کار می رود.

## انواع تقسیم:

تقسیم به تراضی و تقسیم به اجبار.

## تقسیم به تراضی

در این نوع تقسیم، شرکاء باهم توافق می کنند که مال مشاع را تقسیم کنند؛

ماده ۵۹۱: هرگاه تمام شرکاء به تقسیم مال مشترک راضی باشند، تقسیم به نحوی که شرکاء تراضی نمایند به عمل می آید؛ و در صورت عدم توافق بین شرکاء حاکم اجبار به تقسیم می کند، مشروط بر این که تقسیم مشتمل بر ضرر نباشد که در این صورت اجبار جایز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد.

ماده ۵۹۲: هرگاه تقسیم برای بعضی از شرکاء مضر و برای بعض دیگر بی ضرر باشد، در صورتی که تقاضا از طرف متضرر باشد [قاعده اقدام]، طرف دیگر اجبار می شود؛ و اگر برعکس، تقاضا از طرف غیرمتضرر بشود، شریک متضرر اجبار بر تقسیم نمی شود. [قاعده لاضرر].

## موارد ممنوع تقسیم به تراضی:

در دو مورد تقسیم به تراضی ممنوع است؛

### مورد نخست:

درجایی که مال در صورت تقسیم از مالیت بیفتد؛  
برای مثال یک فرش را نمی توان تقسیم کرد، حتی به تراضی.

ماده ۵۹۵: هرگاه تقسیم متضمن افتادن تمام مال مشترک یا حصه یک یا چند نفر از شرکاء از مالیت باشد، تقسیم ممنوع است اگرچه شرکاء تراضی نمایند.

### مورد دوم:

درجایی که بین شرکاء، محجور و یا غایب باشد؛  
دقت شود: حتی با نماینده های غایب و محجور نمی توان تراضی کرد؛ بلکه باید در دادگاه و با حضور نماینده غایب یا محجور صورت بگیرد.

## امکان تقاضای تقسیم

ماده ۵۸۹: هر شریک المال می تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم [تقسیم به اجبار] مال مشترک را بنماید، مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون [ماده ۵۹۵: مال از مالیت بیفتد] ممنوع یا شرکاء به وجه ملزومی [ضمن عقد لازم] ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند.

### تقسیم نسبت به سهم بعضی از شریکان:

اگر شرکاء بیش از دو نفر باشند، دادگاه می تواند سهم بعضی ها را جدا کند و سهم بقیه را مشاع باقی بگذارد؛ برای مثال اگر شرکاء ده نفر باشند و یکی از آن ها با بقیه دعوا داشته باشد، دادگاه فقط سهم او را مشخص می کند؛

ماده ۵۹۰: در صورتی که شرکاء بیش از دو نفر باشند، ممکن است تقسیم فقط به نسبت سهم یک یا چند نفر از آن ها به عمل آید و سهام دیگران به اشاعه باقی بماند.

### نکته:

شریکی که می خواهد تقاضای تقسیم بکند، باید دعوای تقسیم را به طرفیت تمام شرکاء اقامه کند؛<sup>۱</sup>

### منع تقسیم ضرری:

شریکی که تقاضای تقسیم می کند، ممکن است خودش از تقسیم ضرر کند، اما دیگران متحمل ضرر نشوند؛ چنین شخصی اگر متقاضی تقسیم بشود، دادگاه دیگران را به تقسیم اجبار می کند؛ اما اگر غیر متضرر متقاضی تقسیم باشد، دادگاه دیگران را متضرر را اجبار به تقسیم نمی کند.

ماده ۵۹۲: هرگاه تقسیم برای بعضی از شرکاء مضر و برای بعضی دیگر بی ضرر باشد، در صورتی که تقاضا از طرف متضرر باشد [قاعدۀ اقدام]، طرف دیگر اجبار می شود؛ و اگر برعکس، تقاضا از طرف غیر متضرر بشود، شریک متضرر اجبار بر تقسیم نمی شود [قاعدۀ لاضرر].

### ضرر مانع از تقسیم:

ضرر این است که اگر مال تقسیم بشود، سهم یکی یا بعضی از شرکاء افت قیمت پیدا می کند؛

ماده ۵۹۳: ضرری که مانع از تقسیم می شود عبارت است از نقصان فاحش قیمت به مقداری که عادتاً قابل مسامحه نباشد.

<sup>۱</sup> - این مشکل بیشتر در مورد وراثت پیش می آید: وراثت معمولاً دو دسته می شود - وند و یک گروه علیه گروه دیگر که مخالف هم هستند دادخواست می دهند؛ اما این کار اشتباه است و باید علیه همه وراثت دادخواست داد.



## امکان تقسیم بعضی از اموال مشترک:

اگر اموال مشترک زیاد باشند، ممکن است فقط برخی از آنان به اجبار تقسیم بشود؛ مثلاً وراثت باغ، زمین و ماشین دارند، حال یکی از آنها فقط متقاضی تقسیم زمین است؛ در این صورت دادگاه نمی تواند باغ و ماشین را هم تقسیم کند؛

ماده ۵۹۶: در صورتی که اموال مشترک متعدد باشد، قسمت [تقسیم] اجباری در بعضی از آنها ملازم با تقسیم باقی اموال نیست.

دادگاه به دادخواست توجه می کند و به آنچه طرفین قصد افراز دارند.

## تقسیم ملک از وقف:

تقسیم ملک از وقف اشکالی ندارد؛ اما تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم امکان پذیر نیست؛ علت: زیرا موقوف علیهم حق انتفاع دارند و مالک نیستند که بخواهند مال موقوفه را تقسیم بکنند.

ماده ۵۹۷: تقسیم ملک [طلق، آزاد] از وقف [حبس] جایز است، ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست.

## تقسیم به اجبار

تقسیم به اجبار توسط دادگاه صورت می گیرد و ۴ نوع است که این ۴ نوع در طول یکدیگرند؛ یعنی دادگاه ابتدا باید سراغ راه اول برود، اگر ممکن نبود راه دوم را انتخاب کند و همین طور تا راه آخر.

## نخست: افراز

درجایی صورت می گیرد که مال مشاع تجزیه پذیر باشد؛ مثال: اگر مال مشاع ۱۰۰ کیلو برنج باشد؛ خیلی راحت می توان آن را بین شرکاء تقسیم کرد.

## دوم: تعدیل

درجایی صورت می گیرد که مال تجزیه پذیر نباشد؛ و نتوان آن را افراز کرد؛ در این صورت ابتدا مال را قیمت می کنند، سپس تقسیم؛ یعنی برحسب قیمت تقسیم می شود؛

مثال: اگر اموال مشاع عبارت باشند از: یک ماشین، یک فرش و یک یخچال؛ در این صورت ابتدا اموال توسط کارشناس قیمت می شود، مثلاً ماشین ده میلیون، یخچال شش میلیون و فرش هم چهار میلیون: حال اگر شرکاء دو نفر باشند، یکی از آنها ماشین را بر می دارد و دیگری فرش و یخچال را.

نکته: در مثال فوق اگر هر دو شریک ماشین را بخواهند، یا هر دو شریک یخچال و فرش را بخواهند، بین آنها قرعه می اندازند.

**سوم: (د)**

تقسیم به رد درجایی صورت می گیرد که تعدیل امکان ندارد؛ یعنی: اول افراز، اگر افراز ممکن نشد، تعدیل و اگر تعدیل هم امکانپذیر نبود، رد؛ در تقسیم به رد: یکی از شرکا اموال بیشتری می برد و دیگری اموال کمتر؛ در اینجا کسی که مال بیشتری می برد، مابه التفاوت را به شریک دیگر می پردازد؛ مثال: اگر اموال مشاع عبارت باشند از: یک ماشین و یک فرش؛ مثلاً قیمت ماشین ده میلیون و فرش ۴ میلیون؛ در این صورت از آنجایی که مال تجزیه پذیر نیست، افراز هم ممکن نیست و از آنجایی که ارزش این دو مال باهم برابر نمی باشد تعدیل هم امکان پذیر نمی باشد؛ برای حل این معما یکی از شرکاء ماشین را بر می دارد و مابه التفاوت قیمت را به شریک دیگر که فرش را برداشته است می پردازد. به این روش تقسیم به «رد» می گویند. در اینجا هم اگر شرکاء باهم توافق نکنند، از قرعه استفاده می شود؛ قرعه درجایی است که طرفین به «افراز» و «تعدیل» و یا «رد» رضایت ندهند.

**چهارم: فروش مال**

درجایی که تقسیم به رد امکان پذیر نباشد، مال را می فروشند و پول آن را تقسیم می کنند؛ برای مثال: اگر اموال مشاع همان ماشین و فرش باشند؛ مثلاً قیمت ماشین ده میلیون و فرش ۴ میلیون؛ همان طور که گفته شد: چون مال تجزیه پذیر نیست، افراز ممکن نیست و چون ارزش این دو مال باهم برابر نمی باشد تعدیل هم امکان پذیر نمی باشد؛ حال اگر تقسیم به رد هم امکان پذیر نباشد: مثلاً هیچ کدام از شرکاء توان پرداخت مابه التفاوت را نداشته باشند؛ اموال مشاع را به فروش می رسانند و بین شرکاء تقسیم می کنند.

ماده ۵۹۸: ترتیب تقسیم آن است که، اگر مال مشترک مثلی [تجزیه پذیر] باشد به نسبت سهام شرکاء افراز می شود و اگر قیمتی [تجزیه ناپذیر] باشد، بر حسب قیمت [توسط کارشناس] تعدیل می شود؛ و بعد از افراز یا تعدیل، در صورت عدم تراضی بین شرکاء، حصص [جمع حصه] آن ها به قرعه معین می گردد.

قانون مدنی فقط دو نوع از تقسیم به اجبار را بیان کرده است: افراز و تعدیل؛

رد و فروش در قانون امور حسبی مطرح شده است: مواد ۳۱۶ و ۳۱۷.

مواد ۳۱۶ و ۳۱۷ قانون امور حسبی:

ماده ۳۱۶: تقسیم طوری به عمل می آید که برای هر یک از ورثه از هر نوع اموال حصه ای معین شود و اگر بعضی از اموال بدون زیان قابل قسمت نباشد ممکن است آن را در سهم بعضی از ورثه قرارداد و برابر بهای آن از سایر اموال در سهم دیگران منظور نمود و اگر تعدیل محتاج به ضمیمه پول به اموال باشد به ضمیمه آن تعدیل می شود.

ماده ۳۱۷: در صورتی که مالی اعم از منقول یا غیر منقول قابل تقسیم و تعدیل نباشد ممکن است فروخته شده بهای آن تقسیم شود. فروش اموال به ترتیب عادی به عمل می آید مگر آنکه یکی از ورثه فروش آن را به طریق مزایده درخواست کند.

## مهایات<sup>۱</sup>

### تعریف:

مهایات یعنی تقسیم منافع بین شرکاء؛ خواه شرکاء مالک عین باشند و خواه نباشند؛<sup>۲</sup> فقط کافی است مالک منفعت باشند و یا حق انتفاع داشته باشند.

### انواع مهایات:

مهایات بر حسب زمان و مهایات بر حسب مکان.

#### مهایات بر حسب زمان:

توضیح در قالب مثال: مال مشاعی یک ماشین است؛ هر هفته در دست یکی از شرکا باشد، یا هر ماه در دست یکی از شرکاء باشد.<sup>۳</sup>

#### مهایات بر حسب مکان:

توضیح در قالب مثال: مال مشاعی یک ساختمان ۴ اتاقه است؛ اگر ۲ نفر مالک این ساختمان باشند، می توانند به هم توافق کنند که هر شریک از منافع دو اتاق آن استفاده کند.

### به دو دلیل مهایات عقدی لازم است:

مهایات توافق است<sup>۵</sup> و این توافق یک عقد است و طبق اصل لزوم،<sup>۶</sup> باید گفت مهایات عقدی لازم است؛ مهایات یک نوع تقسیم است و طبق ماده ۵۹۹ ق.م. هر تقسیمی لازم است. پس مهایات نیز لازم است.

ماده ۵۹۹: تقسیم بعد از آن که صحیحاً واقع شد لازم است و هیچ یک از شرکاء نمی تواند بدون رضای دیگران از آن رجوع کند.

<sup>۱</sup> - مهایات از ریشه هیات. هیات یعنی صورت - شیء.

<sup>۲</sup> - یعنی ممکن است شرکاء، مالک عین باشند و نخواهند که عین را تقسیم کنند: فقط می خواهند منافع را تقسیم کنند.

<sup>۳</sup> - Time sharing.

<sup>۴</sup> - نام دیگر این نوع مهایات: مهایات بر حسب اجزاء.

<sup>۵</sup> - ماده ۱۰ ق.م. قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

<sup>۶</sup> - ماده ۲۱۹ ق.م. عقود که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن ها لازم الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

## تنقیه و تعمیر قنات مشترک

ماده ۵۹۴: هرگاه قنات مشترک یا امثال آن [هر مال مشاعی] خرابی پیدا کرده و محتاج به تنقیه [تعمیر قنات] یا تعمیر شود و یک یا چند نفر از شرکاء بر ضرر شرکای دیگر از شرکت در تنقیه یا تعمیر امتناع نمایند، شریک یا شرکای متضرر می توانند به حاکم رجوع نمایند؛ در این صورت اگر ملک قابل تقسیم نباشد [اگر قابل تقسیم باشد، افراز می کنند]، حاکم می تواند، برای قلع ماده نزاع و دفع ضرر [قاعده لاضرر]، شریک ممتنع را به اقتضای موقع به شرکت در تنقیه یا تعمیر یا اجاره یا بیع سهم خود اجبار [اجبار به فروش مال سایر شرکا] کند.<sup>۱</sup>

## اثر عیب در تقسیم

ماده ۶۰۰: هرگاه در حصه یک یا چند نفر از شرکاء عیبی ظاهر شود که در حین تقسیم عالم به آن نبوده، شریک یا شرکای مزبور حق دارند تقسیم را به هم بزنند.

## بطلان تقسیم غلط

ماده ۶۰۱: هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که قسمت به غلط واقع شده است، تقسیم باطل می شود.<sup>۲</sup>

## وجود مال غیر در تقسیم

ماده ۶۰۲: هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که مقدار معینی از اموال تقسیم شده مال غیر بوده است، در صورتی که مال غیر در تمام حصص مفروزاً به تساوی باشد تقسیم صحیح والا باطل است.

## ممر و مجراهای قسمت ها

ماده ۶۰۳: ممر و مجرای هر قسمتی که از متعلقات آن است بعد از تقسیم مخصوص همان قسمت می شود.

ماده ۱۰۳ ق.م: هرگاه شرکای ملکی دارای حقوق و منافع باشند و آن ملک مابین شرکاء تقسیم شود، هر کدام از آنها به قدر حصه، مالک آن حقوق و منافع خواهد بود: مثل اینکه اگر ملکی دارای حق عبور در ملک غیر بوده و آن ملک که دارای حق است بین چند نفر تقسیم شود، هر یک از آنها حق عبور از همان محلی که سابقاً حق داشته است خواهد داشت.

## بقای حق ارتفاق در تقسیم

ماده ۶۰۴: کسی که در ملک دیگری حق ارتفاق دارد نمی تواند مانع از تقسیم آن ملک بشود ولی بعد از تقسیم حق مزبور به حال خود باقی می ماند.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۱۴ ق.م: هیچ یک از شرکاء نمی تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید، مگر این که دفع ضرر، به نحو دیگر ممکن نباشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۳ ق.آ.د.م: وکلای متداعیین باید دارای شرایطی باشند که به موجب قوانین راجع به وکالت در دادگاهها برای آنان مقرر گردیده است.

ماده ۶۰۵: هرگاه حصه بعضی از شرکاء مجرای آب یا محل عبور حصه شریک دیگر باشد، بعد از تقسیم حق مجری یا عبور ساقط نمی شود، مگر این که سقوط آن شرط شده باشد و همچنین است سایر حقوق ارتفاقی.

ماده ۱۰۲ ق.م: هرگاه ملکی کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق ارتفاقی در ملک دیگر یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد، آن حق به حال خود باقی می ماند، مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد.

ماده ۱۰۳ ق.م: هرگاه شرکاء ملکی دارای حقوق و منافع باشند و آن ملک مابین شرکاء تقسیم شود، هر کدام از آنها به قدر حصه، مالک آن حقوق و منافع خواهد بود: مثل اینکه اگر ملکی دارای حق عبور در ملک غیر بوده و آن ملک که دارای حق است بین چند نفر تقسیم شود، هر یک از آنها حق عبور از همان محلی که سابقاً حق داشته است خواهد داشت.

### تقسیم ترکه قبل از ادای دیون

ماده ۶۰۶: هرگاه ترکه میت قبل از ادای دیون تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است، طلبکار باید به هر یک از وراثت به نسبت سهم او رجوع کند؛ و اگر یک یا چند نفر از وراثت معسر شده باشد طلبکار می تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراثت دیگر رجوع نماید.

## فصل پنجم:

# ودیعه و عاریه

### امانت به صورت عام

امانت دو نوع تقسیم بندی دارد؛

تقسیم نفست امانت؛

امانت مالکانه یا امانت قراردادی؛

در این نوع، امانت با اراده مالک صورت می گیرد: مانند ودیعه، عاریه، اجاره و در تمام عقود که امانی هستند، امانت مالکانه است؛

در این نوع امانت، تصریح قانون لازم نیست و هر زمان که مالک مالش را به دیگری بدهد، دیگری امین است؛ در امانت مالکانه، مالک باید سراغ امین برود و مال را از او بگیرد.

**امانت قانونی یا امانت شرعی:**

در این نوع امانت اراده مالک وجود ندارد: قانون گذار کسی که مال در ید او است را امین قرار داده است: مانند امین، قیم و کسی که مالی را پیدا می کند؛ در امانت قانونی، عکس امانت مالکانه است و امین باید مال را به مالک برگرداند.

**تقسیم دوام امانت:****امانت اولی [اولاً و بالذات]:**

امین مال را می گیرد و فقط نگه می دارد: یعنی هدف فقط نگهداری مال است. عقد ودیعه: ماده ۶۰۷ ق.م.

**امانت ثانوی [ثانیاً و بالعرض]:**

یک نفر مالی را به منظور استفاده می گیرد و علاوه بر استفاده باید از آن هم نگهداری کند. عقد عاریه: ماده ۶۳۵ ق.م.

**نکته:**

هرگاه حفظ مال در درجه اول قرار داشت؛ یعنی مال بیشتر برای نگهداری از آن به امانت سپرده شده باشد، امانت اولاً و بالذات است؛ و هرگاه حفظ در درجه دوم قرار داشت، یعنی مال بیشتر برای استفاده از آن به امانت سپرده شده باشد، امانت ثانیاً و بالعرض است. به جز ودیعه که امانت بالذات است، در سایر عقود امانی، امانت ثانیاً و بالعرض می باشد.

**مسئولیت امین**

تعهد امین، تعهد به وسیله است و برای همین امین مسئول نیست، مگر این که تقصیر کند؛ تقصیر اعم است تعدی<sup>۱</sup> یا تفریط<sup>۲</sup> [ماده ۹۵۳ ق.م.] و از این دو حالت خارج نیست؛ اگر تقصیر فعل باشد، تعدی و اگر ترک فعل باشد تفریط می گویند.

**حالات بعد از تقصیر****حالت نقص است:**

تقصیر امین موجب خسارت شده است؛ یعنی بین تقصیر و خسارت، رابطه علیت یا سببیت وجود دارد؛ در اینجا امین مسئول است، چون خسارت معلول تقصیر امین است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۹۵۱ ق.م: تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری.

<sup>۲</sup> - ماده ۹۵۲ ق.م: تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.

<sup>۳</sup> - دقت شود: تقصیر، لزوماً باعث خسارت نمی شود.

**حالت دوم:**

امین تقصیر می کند، اما این تقصیر باعث خسارت نمی شود، بلکه در مدت تقصیر وی، توسط قوه قاهره خسارتی به مال مورد امانت وارد می آید؛ در اینجا بازهم امین مسئول است؛ چون در دوران تقصیر، ید امین از امانی به ضمانی تبدیل می شود؛ یعنی ید امین در دوران تقصیر، مانند غاصب است.

**حالت سوم:**

امین تقصیر می کند، در دوران تقصیر هم هیچ اتفاقی برای مال نمی افتد؛ حال امین دست از تقصیر بر می دارد و دوباره مانند امین رفتار می کند، در این صورت اگر بعد از آن [یعنی در دورانی که امین تقصیر نمی کند]، مال توسط قوه قاهره خسارت ببیند، امین مسئول نمی باشد. زیرا بعد از این که امین دست از تقصیر بر می دارد، دوباره یدش به امانی تبدیل می شود و ضمانی ندارد.

**شرط ضمان در امانت**

می توان بر امین شرط ضمان کرد؛ یعنی می توان شرط کرد که امین حتی بدون تقصیر هم ضامن باشد؛ قانون مدنی در عاریه در ماده ۶۴۲ ق.م. شرط ضمان را پذیرفته است.<sup>۱</sup> ماده ۶۴۲ ق.م. را عاریه مضمونه می گویند؛ یعنی عاریه ای که در آن شرط ضمان شده باشد؛ البته این حکم مختص عاریه نیست؛ یعنی می توان در تمام عقود امانی شرط ضمان گنجاند.

**ضمان عاریه طلا و نقره**

عاریه ای که بدون شرط ضمان، بازهم ید مستعیر ضمانی است؛ عاریه مضمونه بدون شرط؛ البته: این ماده [۶۴۴ ق.م.] قانون تکمیلی است و می توان خلاف آن شرط کرد.

ماده ۶۴۴: در عاریه طلا و نقره، اعم از مسکوک و غیر مسکوک، مستعیر ضامن است هر چند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد.

**استثنای شرط ضمان:**

قانون مدنی در یک مورد، شرط ضمان را نپذیرفته است: در عقد مضاربه؛

<sup>۱</sup> - ماده ۶۴۲ ق.م. اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگر چه مربوط به عمل او نباشد.

ماده ۵۵۸: اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است، مگر این که به طور لزوم [در ضمن عقد لازم] شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند؟

نکته در مورد این ماده:

طبق نظر دکتر کاتوزیان [مستنبط از حاشیه شماره یک این ماده]، اندراج شرط ضمان در مضاربه نیز جایز است و مشکلی ندارد؛

اما طبق قانون مدنی [همین ماده]، در عقد مضاربه، اگر شرط ضمان وجود داشته باشد، مبطل و باطل است.

## شرط عدم ضمان

در عقود امانی می توان شرط کرد، در صورتی که ید امین به ضمانی تغییر کرد، وی مسئولیتی نداشته باشد؛ البته در این مورد باید: تقصیر عمدی، خسارات بدنی و لطمه به حیثیت و شرافت را استثناء کرد.

## مقایسه ودیعه با عاریه

هر دو عقد اذنی می باشند؛ با این تفاوت که در ودیعه اذن برای نگهداری، اما در عاریه، اذن برای انتفاع است؛

هر دو عقد امانی هستند؛ با این تفاوت که ودیعه امانت اولی، اما عاریه، امانت ثانوی است؛

هر دو عقد جایز هستند؛

هر دو با فوت و حجر منفسخ می شوند؛

هر چند که هر دو عقد نسبت به یک طرف مجانی هستند، اما در هر دو عقد، هر دو طرف باید اهلیت کامل داشته باشند؛

هر دو عقد رضایی هستند؛ یعنی با ایجاب و قبول واقع می شوند و برای وقوع نیازی به قبض ندارند؛

در ودیعه نوع مال مهم نیست: خواه مصرف شدنی، خواه مصرف نشدنی؛ اما در عاریه، مال باید مصرف نشدنی باشد.<sup>۱</sup>

## اخذ بالسوم

تعریف:

اخذ بالسوم این است که یک نفر مالی را می گیرد تا معاینه کند؛ به این منظور که اگر مورد پسند واقع شد، آن را بخرد و اگر مورد پسند نبود، آن را برگرداند؛

<sup>۱</sup> - ماده ۶۳۷ ق.م: هر چیزی که بتوان با بقای اصلش از آن منتفع شد، می تواند موضوع عقد عاریه گردد. منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلایی باشد.



**دید در آخذ بالسوم:**

در این که دید «آخذ بالسوم» امانی است یا ضمانی، مورد اختلاف است؛  
**نظر دکتر کاتوزیان:** دید آخذ بالسوم نه امانی است و نه ضمانی؛ بلکه تعهد به نتیجه است؛<sup>۱</sup>  
 این نظر [نظر دکتر کاتوزیان]، با دید امانی و ضمانی خیلی تفاوت دارد؛  
 زیرا اگر دید را امانی بدانیم: تعهد طرف، تعهد به وسیله است؛  
 و اگر دید وی را ضمانی بدانیم، ثابت کردن قوه قاهره تأثیری بر ضمان وی ندارد.

**نتیجه:**

اگر مال در دید آخذ بالسوم، خسارت ببیند، وی مسئول است، مگر این که قوه قاهره را ثابت نماید.  
 یعنی آخذ بالسوم یا باید مال را بخرد و یا آن را پس بدهد؛ حال اگر قبل از این که طرف مال را پس بدهد به  
 آن خسارتی وارد آید، آخذ بالسوم مسئول است، اما می تواند قوه قاهره را ثابت کند و ...

**مواد ودیعه [امانت]<sup>۲</sup>****تعریف:**

ماده ۶۰۷: ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد برای آن که آن را مجاناً نگاه دارد.  
 ودیعه گذار مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین می گویند.<sup>۳</sup>

**لزوم قبول:**

ماده ۶۰۸: در ودیعه قبول امین لازم است اگرچه به فعل باشد.<sup>۴</sup>

**مالکیت مودع:**

ماده ۶۰۹: کسی می تواند مالی را به ودیعه گذارد که مالک یا قائم مقام مالک باشد و یا از طرف مالک صراحتمناً یا ضمناً مجاز  
 باشد.

<sup>۱</sup> - در تعهد به نتیجه، متعهد مسئول است، مگر این که قوه قاهره را ثابت کند.

<sup>۲</sup> - امانت اولاً و بالذات.

<sup>۳</sup> - این ماده، امانت اولاً و بالذات را بیان می کند.

<sup>۴</sup> - ماده ۶۳۲ ق.م: کاروانسرادار و صاحب مهمانخانه و حمامی و امثال آن ها نسبت به اشیاء اسباب یا البسه واردین وقتی مسئول می باشند که اشیاء و اسباب یا البسه نزد آن ها ایداع شده باشد و یا این که بر طبق عرف بلد در حکم ایداع باشد.

**اهلیت دو طرف:**

ماده ۶۱۰: در ودیعه طرفین باید اهلیت برای معامله داشته باشند؛ اگر کسی مالی را از کسی دیگر که برای معامله اهلیت ندارد به عنوان ودیعه قبول کند، باید آن را به ولی او رد نماید و اگر درید او ناقص یا تلف شود ضامن است.<sup>۱</sup>

**جواز ودیعه:**

ماده ۶۱۱: ودیعه عقدی است جایز.

**تعهد به حفاظت و شیوه آن:**

ماده ۶۱۲: امین باید مال ودیعه را به طوری که مالک مقرر نموده حفظ کند و اگر ترتیبی تعیین نشده باشد آن را به طوری که نسبت به آن مال متعارف است حفظ کند، والا ضامن است.

**تغییر ترتیب مالک:**

ماده ۶۱۳: هرگاه مالک برای حفاظت مال ودیعه ترتیبی مقرر نموده باشد و امین از برای حفظ مال تغییر آن ترتیب را لازم بداند، می تواند تغییر دهد، مگر این که مالک صریحاً نهی از تغییر کرده باشد که در این صورت ضامن است.<sup>۲</sup>

**ضمان امین:**

ماده ۶۱۴: امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط.

**قوه قاهره:**

ماده ۶۱۵: امین در مقام حفظ، مسؤل وقایعی نمی باشد که دفع آن از اقتدار او خارج است.

ماده ۲۲۹ ق.م.ا: اگر متعهد [تعهد به نتیجه] به واسطه حادثه ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده

تعهد خود برآید، محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود.

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

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

ماده ۳۰۳ ق.م.ا: کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است، ضامن عین و منافع آن است اعم از این که به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۱۸ ق.م.ا: اگر مال ودیعه در جعبه سر بسته یا پاکت مختوم به امین سپرده شده باشد، حق ندارد آن را باز کند والا ضامن است.

**اثر امتناع از رد مال ودیعه:**

ماده ۶۱۶: هرگاه رد مال ودیعه مطالبه شود و امین از رد آن امتناع کند، از تاریخ امتناع احکام امین به او مترتب نشده و ضامن تلف و هر نقص یا عیبی است که در مال ودیعه حادث شود، اگرچه آن عیب یا نقص هستند به فعل او نباشد.<sup>۱</sup>

• برای دیدن حکم مشابه در اجاره. رک ماده ۴۹۳ ق.م.<sup>۲</sup>

**منع امین از تصرف و انتفاع:**

ماده ۶۱۷: امین نمی تواند غیر از جهت حفاظت تصرفی در ودیعه کند یا به نحوی از انحاء از آن منتفع گردد، مگر با اجازه صریح یا ضمنی امانت گذار، والا ضامن است.

**بازگردن و پاکت سر بسته:**

ماده ۶۱۸: اگر مال ودیعه در جعبه سر بسته یا پاکت مختوم به امین سپرده شده باشد، حق ندارد آن را باز کند والا ضامن است.

**تعهد رد عین:**

ماده ۶۱۹: امین باید عین مالی را که دریافت کرده است رد نماید.

**تکلیف رد عین با حالت موجود:**

ماده ۶۲۰: امین باید مال ودیعه را به همان حال که موقع پس دادن موجود است مسترد دارد و نسبت به نواقصی که در آن حاصل شده و مربوط به عمل امین نباشد ضامن نیست.

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۷۸ ق.م: اگر موضوع تعهد [تسلیم] عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد [امین] می شود، اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. [عاریه طلا و نقره ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲] ولی، اگر متعهد با انقضای اجل و مطالبه، [ماده ۳۱۰] تاخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان [حتی فورس مائور] خواهد بود [از زمان انکار] اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد؛

ماده ۳۱۰ ق.م: اگر کسی [امین] که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آنها در دست اوست منکر گردد [یا امتناع کند]، از تاریخ انکار [یا امتناع] در حکم غاصب [شبه غصب] است؛

ماده ۶۳۱ ق.م: هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین مستاجر نسبت به عین مستاجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۹۳ ق.م: مستاجر نسبت به عین مستاجر ضامن نیست؛ به این معنی که اگر عین مستاجر بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی، اگر مستاجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

**ماده ۲۷۸ ق.م:** اگر موضوع تعهد [تسلیم] عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد [امین] می شود، اگرچه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. [عاریه طلا و نقره ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲] ولی، اگر متعهد با انقضاء اجل و مطالبه، [ماده ۳۱۰] تأخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان [حتی فورس ماژور] خواهد بود [از زمان انکار] اگرچه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

### تعهد به رد عوض مال:

**ماده ۶۲۱:** اگر مال ودیعه قهراً از امین گرفته شود و مشارالیه قیمت یا چیز دیگری به جای آن اخذ کرده باشد، باید آنچه را که در عوض گرفته است به امانت گذار بدهد، ولی امانت گذار مجبور به قبول آن نبوده و حق دارد مستقیماً به قاهر رجوع کند.

ماده ۶۲۱ ق.م: تعهد به رد عوض مال	
اگر مال ودیعه قهراً از امین گرفته شود و مشارالیه قیمت یا چیز دیگری به جای آن اخذ کرده باشد:	باید آنچه را که در عوض گرفته است به امانت گذار بدهد؛
	ولی امانت گذار مجبور به قبول آن نبوده و حق دارد مستقیماً به قاهر رجوع کند.

### تلف مال به وسیله وارث امین:

**ماده ۶۲۲:** اگر وارث امین مال ودیعه را تلف کند، باید از عهده مثل یا قیمت آن برآید، اگرچه عالم به ودیعه بودن مال نبوده باشد.

ماده ۶۲۲ ق.م: تلف مال به وسیله وارث امین	
اگر وارث امین مال ودیعه را تلف کند:	باید از عهده مثل یا قیمت آن برآید؛
	اگرچه عالم به ودیعه بودن مال نبوده باشد.

### تعلق منافع به مالک:

**ماده ۶۲۳:** منافع حاصله از ودیعه مال مالک است.

### لزوم رد عین به مودع و قائم مقام او:

**ماده ۶۲۴:** امین باید مال ودیعه را فقط به کسی که آن را از او دریافت کرده است یا قائم مقام قانونی او یا به کسی که مأذون در اخذ می باشد مسترد دارد و اگر به واسطه ضرورتی بخواهد آن را رد کند و به کسی که حق اخذ دارد دسترس نداشته باشد باید به حاکم رد نماید.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۷۱ ق.م: دین باید به شخص داین یا به کسی که از طرف او وکالت دارد تادیه گردد یا به کسی که قانوناً حق قبض را دارد؛

ماده ۲۷۲ ق.م: تادیه به غیر اشخاص مذکور در ماده فوق وقتی صحیح است که داین راضی شود.

**لزوم رد مال به مالک واقعی:**

ماده ۶۲۵: هرگاه مستحق للغیر بودن مال و دیعه محقق گردد، باید امین آن را به مالک حقیقی رد کند و اگر مالک معلوم نباشد تابع احکام اموال مجهول المالک است.<sup>۱</sup>

**انحلال و دیعه به فوت امانتگذار:**

ماده ۶۲۶: اگر کسی مال خود را به و دیعه گذارد و دیعه به فوت امانت گذار باطل و امین و دیعه را نمی تواند رد کند مگر به وراثت او.<sup>۲</sup>

**رد و دیعه در صورت تعدد وارث مودع:**

ماده ۶۲۷: در صورت تعدد وراثت و عدم توافق بین آنها مال و دیعه باید به حاکم رد شود. وراثت مالکان مشاع مال مورد امانت هستند و قبل از تقسیم ترکه تا زمانی که حق مالکیت آنان بر آن مال به نحو اشاعه است، هیچ یک حق ندارد بدون اجازه دیگران در مال تصرف کند یا آن را تحویل بگیرد.<sup>۳</sup>

**حجر امانتگذار:**

ماده ۶۲۸: اگر در احوال شخص امانت گذار تغییری حاصل گردد، مثلاً اگر امانت گذار محجور شود، عقد و دیعه منفسخ و و دیعه را نمی توان مسترد نمود، مگر به کسی که حق اداره کردن اموال محجور را دارد.<sup>۴</sup>

**ودیعه مال محجور:**

ماده ۶۲۹: اگر مال محجوری به و دیعه گذارده شده باشد، آن مال باید پس از رفع حجر به مالک مسترد شود.

**رد و دیعه به قیم یا ولی:**

ماده ۶۳۰: اگر کسی مالی را به سمت قیمومت یا ولایت و دیعه گذارد، آن مال باید پس از رفع سمت مزبور به مالک آن رد شود، مگر این که از مالک رفع حجر نشده باشد که در این صورت به قیم یا ولی بعدی مسترد می گردد.

ماده ۶۳۰ ق.م.م: رد و دیعه به قیم یا ولی	
آن مال باید پس از رفع سمت مزبور به مالک آن رد شود؛	اگر کسی مالی را به سمت
مگر این که از مالک رفع حجر نشده باشد که در این صورت به قیم یا ولی بعدی مسترد می گردد.	قیمومت یا ولایت و دیعه گذارد:

<sup>۱</sup> - ماده ۲۸ ق.م. اموال مجهول المالک با اذن حاکم یا مأذون از قبل او به مصارف فقرا می رسد.

<sup>۲</sup> - ماده ۹۵۴ ق.م. کلیه عقود جایزه [اذنی] به موت احد طرفین منفسخ می شود و هم چنین به سقه در مواردی که رشد معتبر است؛ رک. ماده ۶۲۸ ق.م.

<sup>۳</sup> - ماده ۵۸۱ ق.م. تصرفات [حقوقی در سهم سایرین] هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد، فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.

<sup>۴</sup> - ماده ۲۷۴ ق.م. اگر متعهدله اهلیت قبض نداشته باشد تادیه در وجه او معتبر نخواهد بود.

**ضمان امین:**

ماده ۶۳۱: هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین، مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.<sup>۱</sup>

**مسئولیت کاروانسرادار و صاحب مهمانخانه:**

ماده ۶۳۲: کاروانسرادار و صاحب مهمانخانه و حامی و امثال آنها نسبت به اشیاء و اسباب یا البسه واردین وقتی مسئول می باشند که اشیاء و اسباب یا البسه نزد آنها ایداع شده باشد و یا این که بر طبق عرف بلد در حکم ایداع باشد.

**هزینه حفاظت:**

ماده ۶۳۳: امانت گذار باید مخارجی را که امانت دار برای حفظ مال ودیعه کرده است به او بدهد.

**هزینه رد مال:**

ماده ۶۳۴: هرگاه رد مال مستلزم مخارجی باشد بر عهده امانت گذار است.

**۱- مواد مرتبط:**

ماده ۳۱۰ ق.م: اگر کسی [امین] که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آنها در دست اوست منکر گردد [یا امتناع کند]، از تاریخ انکار [یا امتناع] در حکم غاصب [شبه غصب] است؛

ماده ۴۹۳ ق.م: مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست؛ به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی، اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد؛

ماده ۵۵۶ ق.م: مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تفریط یا تعدی؛

ماده ۶۴۰ ق.م: مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛

ماده ۷۸۹ ق.م: رهن در ید مرتهن امانت محسوب است و بنابراین مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود، مگر در صورت تقصیر؛

ماده ۲۷۸ ق.م: اگر موضوع تعهد [تسلیم] عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد [امین] می شود، اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. [عاریه طلا و نقره ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲] ولی، اگر متعهد با انقضای اجل و مطالبه، [ماده ۳۱۰] تاخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان [حتی فورس ماژور] خواهد بود [از زمان انکار] اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

## مواد عاریه<sup>۱</sup>

### تعریف:

ماده ۶۳۵: عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه [اذن] می دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود.

عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند.

### اهلیت و مالکیت معیر:

ماده ۶۳۶: عاریه دهنده علاوه بر اهلیت باید مالک منفعت مالی باشد که عاریه می دهد، اگر چه مالک عین نباشد.

### موضوع عاریه:

ماده ۶۳۷: هر چیزی که بتوان با بقای اصلش از آن منتفع شد، می تواند موضوع عقد عاریه گردد.<sup>۲</sup>  
منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلایی باشد.<sup>۳</sup>

### انفساخ عاریه به فوت:

ماده ۶۳۸: عاریه عقدی است جایز و به موت هر یک از طرفین منفسخ می شود.<sup>۴</sup>

### زیان ناشی از عیب مال:

ماده ۶۳۹: هرگاه مال عاریه دارای عیوبی باشد که برای مستعیر تولید خسارتی کند، معیر مسئول خسارت وارده نخواهد بود، مگر این که عرفاً مسبب محسوب شود. همین حکم در مورد مودع و موجر و امثال آنها نیز جاری می شود.

### ضمان مستعیر:

ماده ۶۴۰: مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی.

<sup>۱</sup> - امانت ثانیاً و بالعرض.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۵۸ ق.م: فقط وقف مالی جایز است که با بقای عین بتوان از آن منتفع شد، اعم از این که منقول باشد یا غیرمنقول، مشاع باشد یا مفروز؛

ماده ۴۶ ق.م: حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد، اعم از این که مال مزبور منقول باشد یا غیرمنقول و مشاع باشد یا مفروز.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۱۵ ق.م: مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد؛

ماده ۲۱۶ ق.م: مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

<sup>۴</sup> - ماده ۹۵۴ ق.م: کلیه عقود جایزه [اذنی] به موت احد طرفین منفسخ می شود و هم چنین به سَفَه در مواردی که رشد معتبر است.

## نقص ناشی از استعمال:

ماده ۶۴۱: مستعیر مسئول منقصت ناشی از استعمال مال عاریه نیست، مگر این که در غیر مورد اذن استعمال نموده باشد و اگر عاریه مطلق بوده و برخلاف متعارف استفاده کرده باشد.

شرط ضمان بر مستعیر [عاریه مضمونه]:

ماده ۶۴۲: اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگر چه مربوط به عمل او نباشد.

شرط ضمان نقص ناشی از استعمال:

ماده ۶۴۳: اگر بر مستعیر شرط ضمان منقصت ناشی از صرف استعمال نیز شده باشد، ضامن این منقصت خواهد بود.

ضمان عاریه طلا و نقره:

ماده ۶۴۴: در عاریه طلا و نقره، اعم از مسکوک و غیر مسکوک، مستعیر ضامن است هر چند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد.  
رد مال مورد عاریه:

ماده ۶۴۵: در رد عاریه باید مفاد مواد ۶۲۴ و ۶۲۶ تا ۶۳۰ رعایت شود.

ماده ۶۲۴ ق.م: امین باید مال ودیعه را فقط به کسی که آن را از او دریافت کرده است یا قائم مقام قانونی او یا به کسی که مأذون در اخذ می باشد مسترد دارد و اگر به واسطه ضرورتی بخواهد آن را رد کند و به کسی که حق اخذ دارد دسترس نداشته باشد باید به حاکم رد نماید.

ماده ۶۲۶ ق.م: اگر کسی مال خود را به ودیعه گذارد و ودیعه به فوت امانت گذار باطل و امین ودیعه را نمی تواند رد کند مگر به وراثت او.

ماده ۶۲۷ ق.م: در صورت تعدد وراثت و عدم توافق بین آن ها مال ودیعه باید به حاکم رد شود.

ماده ۶۲۸ ق.م: اگر در احوال شخص امانت گذار تغییری حاصل گردد، مثلاً اگر امانت گذار محجور شود، عقد ودیعه منفسخ و ودیعه را نمی توان مسترد نمود، مگر به کسی که حق اداره کردن اموال محجور را دارد.

ماده ۶۲۹ ق.م: اگر مال محجوری به ودیعه گذارده شده باشد، آن مال باید پس از رفع حجر به مالک مسترد شود.

ماده ۶۳۰ ق.م: اگر کسی مالی را به سمت قیمومت یا ولایت ودیعه گذارد، آن مال باید پس از رفع سمت مزبور به مالک آن رد شود، مگر این که از مالک رفع حجر نشده باشد که در این صورت به قیم یا ولی بعدی مسترد می گردد.

## مخارج انتفاع و نگهداری:

ماده ۶۴۶: مخارج لازمه برای انتفاع از مال عاریه بر عهده مستعیر است و مخارج نگهداری آن تابع عرف و عادت است، مگر این که شرط خاصی شده باشد.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۴۹ ق.م: مخارج لازمه برای نگهداری مالی که موضوع انتفاع است بر عهده منتفع نیست، مگر این که خلاف آن شرط شده باشد.



## ماده ۶۴۶ ق.م.م: مخارج انتفاع و نگهداری

مخارج لازمه برای انتفاع از مال عاریه:	بر عهده مستعیر است.
مخارج نگهداری از مال عاریه:	تابع عرف و عادت است؛
	مگر این که شرط خاصی شده باشد.

## تسلیط غیر بر مال عاریه:

ماده ۶۴۷: مستعیر نمی تواند مال عاریه را به هیچ نحوی به تصرف غیر دهد، مگر به اذن معیر.

## فصل ششم:

## قرض

## تعریف

ماده ۶۴۸: قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال [مثلی] خود را به طرف دیگر تملیک می کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و صف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم الرد را بدهد.

## خصوصیات عقد قرض

## تملیکی بودن عقد قرض:

قرض عقدی تملیکی است؛ و مهم ترین تفاوت قرض با عاریه نیز در همین است؛ در این که در قرض، مقترض مالک می شود، اما در عاریه مستعیر مالک نمی شود؛ چون عاریه عقدی اذنی است؛

در عاریه، مستعیر عین مال را پس می دهد، اما در قرض، مقترض مثل مال را پس می دهد؛ یعنی در قرض، مقترض مالک می شود و بعداً مثل آن را بر می گرداند؛ اما در عاریه مستعیر همان عین را بر می گرداند.

**مثلی بودن مال موضوع عقد قرض:**

تنها عقدی که در قانون موضوع آن باید مال «مثلی» باشد، عقد قرض است؛ و مثلی بودن مال، در زمان عقد معتبر است؛

یعنی اگر کسی یک مال قیمی را به دیگری تملیک کند که بعداً قیمت آن را بگیرد، این عقد قرض نیست و می تواند بیع باشد؛

اگر هنگام عقد قرض، مال مثلی باشد، اما موقع پس دادن قیمی بشود [یعنی مثل آن پیدا نشود]، طبق قانون مقتضی باید «قیمت زمان ادا» را بپردازد. ماده ۶۴۸ ق.م. درست مانند غصب.

اگر مال قرض مثلی بوده و بعداً مثل آن مالیت نداشته باشد، مقتضی باید آخرین قیمت را بپردازد.<sup>۱</sup>

**یک تفاوت**

در قرض مال باید مثلی باشد؛ اعم از مصرف شدنی و یا مصرف نشدنی؛

اما در عاریه مال حتماً باید مصرف نشدنی باشد؛ خواه مثلی باشد، خواه قیمی؛

ماده ۶۵۰: مقتضی باید مثل مالی را که قرض کرده است رد کند، اگر چه قیمتاً ترقی یا تنزل کرده باشد.

یک قاعده حقوقی: در همه جا تا زمانی که «مثل مال» را می توان ادا کرد، تعهد تبدیل به «قیمت» نمی شود.

**آیا عقد قرض معوض است؟**

در قرض، مقتضی مثل مال را پس می دهد، یعنی مال را می گیرد و بعداً مثل آن را پس می دهد؛ بنابراین قرض مجانی نیست؛

مبادله ای که در بیع وجود دارد، در قرض وجود ندارد، پس قرض معوض نیست؛

درواقع قرض شبه معوض [معوض ناقص] است؛

نکته: الزاماً تعهد مقتضی مؤجل نیست؛ هم می تواند مؤجل باشد و هم می تواند حال<sup>۲</sup> باشد.

**آیا عقد قرض رضایی است؟**

عقد قرض را برخی رضایی و برخی عینی می دانند؛ هر دو گروه هم به مفهوم مخالف ماده ۶۴۹ ق.م. استناد می کنند؛

منظور دو گروه این است که: اگر ضمان معاوضی را در قرض نپذیریم، قرض عقدی عینی است و اگر ضمان

معاوضی را در آن بپذیریم، عقد قرض رضایی است؛

<sup>۱</sup> - ماده ۳۱۲ ق.م: هرگاه مال مغضوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود، غاصب باید قیمت حین الاداء [یوم الرد] را بدهد و اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد.

<sup>۲</sup> - البته معمولاً حال است: یعنی هر وقت مقرض مطالبه کرد، مقتضی باید قرض خود را برگرداند. مگر این که مؤجل منعقد شده باشد.

**دکتر کاتوزیان:** مشهور تملیک موضوع قرض را به قبض آن می داند. با وجود این، رضایی بودن عقد قرض ترجیح دارد و دلیلی بر این که قبض شرط صحت آن باشد در قوانین وجود ندارد؛ حاشیه شماره یک، ذیل ماده ۶۴۸ ق.م.

**ماده ۶۴۹:** اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقترض است. از مفهوم مخالف این ماده چنین برمی آید که تلف مال قرض پیش از تسلیم از آن وام دهنده است (ماده ۳۸۷ ق.م) و بعضی از آن استفاده کرده اند که پیش از تسلیم هنوز وام دهنده مالک است و تملیک صورت نپذیرفته. رک. ماده ۶۴۸ ق.م.

**ضمان معاوضی در قرض:** ضمان معاوضی با تسلیم انتقال پیدا کرده است.

### آیا عقد قرض لازم است؟

برخی قرض را به این دلیل که «مقرض می تواند هر وقت که بخواهد مثل را طلب کند» جایز می دانند؛ اما در واقع با درخواست مقرض مبنی بر رد مثل، عقد اجرا می شود نه این که فسخ بشود؛<sup>۲</sup> بنابراین: عقد قرض نسبت به مقرض و مقترض [هر دو] لازم است و مطالبه مثل و دادن آن، به منزله فسخ نمی باشد.

### نکته:

عقود جایز [مانند مضاربه، ودیعه و ...]، برای این که لازم بشوند، قانون گذار با این بیان آن ها را مستحکم می کند؛ «شرط به وجه ملزم» منظور این است که عقود جایز وقتی ضمن عقد لازم منعقد بشوند، لازم می شوند؛ حال از آنجایی که عقد قرض، خود، لازم است، استفاده از «وجه ملزم» در ماده ۶۵۱ ق.م. اضافه و اشتباه است.

**ماده ۶۵۱:** اگر برای ادای قرض به وجه ملزمی اجلی معین شده باشد، مقرض نمی تواند قبل از انقضای مدت طلب خود را مطالبه کند.

### مهلت عادل و اقساط

**ماده ۶۵۲:** در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقترض مهلت یا اقساطی قرار می دهد.<sup>۳</sup>

**ماده ۶۵۳:** (به موجب قانون اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴ حذف شد).

<sup>۱</sup> - ماده ۳۸۷ ق.م: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

<sup>۲</sup> - یعنی این استدلال رد می شود.

<sup>۳</sup> - ماده ۲۷۷ ق.م: متعهد نمی تواند متعده را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند [بدون رضایت متعهد له] نظر به وضعیت مدیون مهلت عادل یا قرار اقساط قرار دهد.

## فصل هفتم:

# قمار و گروبندی

### بطلان قمار و گروبندی و تعهد های نامشروع

ماده ۶۵۴: قمار و گروبندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع [روابط حقوقی نامشروع] تولید شده باشد جاریست.

قمار و گروبندی از مصداق های بارز «استفاده بدون جهت است» و نه تنها دعاوی مطالبه آن مسموع نیست، اگر مالی پرداخته شده باشد، قابل استرداد است: یعنی دعاوی استرداد مالی که از این بابت پرداخته شده است مسموع است؛

بخت آزمایی از مصداق های قمار است، خواه در مقام بازی انجام شود یا فروش مالی (مانند این که فروشندۀ کالایی بلیت بخت آزمایی سازد و آن را به قید قرعه به یکی از خریداران تملیک کند)؛

اعطای جایزه به قید قرعه، مانند این که بانک یا فروشگاه برای تشویق پس انداز کنندگان یا مشتریان جایزه ای به قید قرعه بدهد، قمار یا گروبندی نیست؛

هرگاه بازنده ای برای تأدیۀ مبلغ باخته یا براتی صادر کند، پس از اثبات جهت نامشروع آن، دادگاه حکم بطلان آن را می دهد ولی اگر ورقه به شخص ثالثی واگذار شده باشد، صادر کننده باید وجه آن را به دارنده کنونی بپردازد، منتها می تواند برنده را به دادرسی جلب کند و از دادگاه بخواهد که مجلوب را به بازگرداندن نفعی که ناروا به دست آورده است محکوم سازد.

ایراد ارتباط چک و سفته و برات به قمار در برابر دارنده ای که از آن آگاه نبوده [دارنده با حسن نیت] مسموع نیست؛

اگر مدیر قمارخانه به یکی از بازیکنان مبلغی وام دهد تا او بتواند به بازی ادامه دهد، عقد قرض به دلیل جهت نامشروع باطل است.

منظور از دعاوی ناشی از قمار: یعنی به منظور ترتیب اثر دادن به قمار مسموع نمی باشند.

## گروبندی در مسابقه سواری و تیراندازی و شمشیرزنی

ماده ۶۵۵: در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیرزنی گروبندی جایز و مفاد ماده قبل در مورد آن ها رعایت نمی شود.

در این که آیا گروبندی در ورزش های مفید اجتماعی دیگر، مانند شنا و اتومبیل رانی، نیز مشروع است یا این ماده اختصاص به تیراندازی و شمشیر زنی و دوانیدن حیوانات سواری دارد، اختلاف است. ولی به نظر می رسد اجرای این ماده تنها در ورزش های مشابه (مانند شنا و اعمال هوابرد و نشانه گیری با موشک و ضد هوایی) قابل اعمال است، ولی در تنیس و فوتبال نتوان گروبندی را مشروع دانست؛

این ماده اختصاص به گروبندی میان شرکت کنندگان در مسابقه دارد و شامل گروبندی اشخاص با تماشا کنندگان یا قماربازان نیست؛

شرایط و آثار عقد مسابقه را با توجه به ماده ۱۰ ق.م. باید بررسی کرد و بعضی آن را نوعی جعاله و جایز دانسته اند؛

الزام شخص به اجرای مسابقه امکان ندارد، ولی در صورتی که عوضی به گرو داده شده باشد تا به برنده داده شود باید به طرف مقابل ممتنع داد، چون خودداری از شرکت در حکم باخت است. به نظر می رسد که باید این ماده را ویژه فنون رزمی کنونی و ورزش های وابسته بدان، مانند گذر از موانع و اعمال هوابرد و شنا، ساخت؛

- مباح بودن گروبندی و شمشیر بازی و تیراندازی برای شرکت کنندگان است نه سوداگران حرفه ای که بر سر تیم با قهرمان یا اسب خاصی به گرو بندی می پردازند.

## فصل هشتم:

# وکالت

### تعریف وکالت<sup>۱</sup>

وکالت عقدی است که یک طرف، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می کند؛ این امر قطعاً باید عمل حقوقی باشد، چرا که عمل مادی نمی تواند موضوع وکالت قرار بگیرد؛

<sup>۱</sup> - وکالت مانند عقود مضاربه، ودیعه، شرکت و عاریه، عقدی اذنی می باشد و با فوت و حجر از بین می رود.

هر گاه کسی از دیگری بخواهد که برای او، یک امر مادی انجام بدهد، این وکالت نیست؛ اگر معوض باشد ممکن است اجاره اشخاص و یا جعاله باشد و اگر مجانی باشد ممکن است موضوع ماده ۱۰ ق.م. باشد.<sup>۱</sup>

ماده ۶۵۶: وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری<sup>۲</sup> نایب خود می نماید.

### تعریف حقوق دانان از وکالت

وکالت استنباه در تصرف است: یعنی موضوع وکالت اعطای نیابت است: اقدام وکیل به نام و به حساب موکل است؛

نیابت: یعنی اقدام وکیل به منزله اقدام موکل است؛ یعنی اراده وکیل، اراده موکل است. پس هر اقدامی که وکیل انجام می دهد به حساب موکل گذاشته می شود.

### اعمال غیر قابل توکیل

وصیت؛ هر کسی باید خودش وصیت کند، چون وصیت قائم به شخص است؛  
حیازت مباحات و احیای اراضی موات؛ هر چند این دو عمل، عمل حقوقی هستند اما چون عمل مادی در آنها بیشتر نمود پیدا می کند، قابل توکیل نمی باشند؛  
به طور کلی: اموری قابل توکیل است که انجام آنها مقید به مباشرت خود شخص نباشد؛ و قاعده این است که امور حقوقی مقید به مباشرت نیست، لذا قابلیت وکالت را دارند؛ اما امور معدودی هستند که مقید به مباشرت هستند و قابل توکیل نمی باشند: مانند لعان، وصیت، اقرار، شهادت و سوگند؛  
توجه: شهادت بر شهادت، وکالت محسوب نمی شود.

### لزوم قبول

وکالت عقد است و هر عقدی نیاز به ایجاب و قبول دارد؛

ماده ۶۵۷: تحقق وکالت منوط به قبول وکیل است.

اگر وکیل بدون اعلام قبولی وکالت مفاد آن را اجرا کند، این اقدام حاوی قبول نیز هست، مشروط بر این که از وکالت آگاه باشد. [قبول ضمنی].<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون [امری] نباشد نافذ است.

<sup>۲</sup> - امر: عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع.

<sup>۳</sup> - ماده ۶۰۸ ق.م: در ودیعه قبول امین لازم است اگر چه به فعل باشد.

## بیان ایجاب و قبول

ماده ۶۵۸: وکالت ایجاباً و قبولاً به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند واقع می شود.

## اجرت وکیل

ماده ۶۵۹: وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت.

عقود از لحاظ عوض داشتن به سه دسته منقسم می شوند: عقود معوض مانند بیع، اجاره، معاوضه و.. عقود بلاعوض مانند وقف، حق انتفاع و... و عقودی که که هم می تواند معوض منعقد بشوند و هم بلاعوض، مانند وکالت و صلح؛

ماده ۶۷۷: اگر در وکالت مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد، محمول بر این است که با اجرت باشد. با استناد به اصل عدم تبرع: اصل بر با اجرت بودن وکالت است.

ماده ۶۷۶: حق الوکاله [اجرت] وکیل تابع قرارداد [اجرت المسمی] بین طرفین خواهد بود؛ و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد، تابع عرف و عادت است [اجرت المسمی]؛<sup>۱</sup> و اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است.<sup>۲</sup>

## اقسام وکالت

وکالت دو نوع تقسیم بندی دارد: «وکالت عام و خاص» و «وکالت مطلق و مقید».

### تقسیم بندی نفیست:

#### وکالت عام و وکالت خاص

هرگاه موضوع وکالت همه اموال موکل باشند، وکالت عام است؛

اگر موضوع وکالت اموال بخصوصی باشند، وکالت خاص است.

عام و خاص بودن وکالت مربوط به موضوع وکالت است و نه حدود و اختیارات وکیل.

### تقسیم بندی دوم:

#### وکالت مطلق و وکالت مقید

اگر اختیارات وکیل بدون قید و شرط باشد، وکالت مطلق است: چه درباره یک مال باشد و چه درباره چند مال؛

اگر اختیارات وکیل محدودی داشته باشد، وکالت مقید است.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۲۵ ق.م. متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است.

<sup>۲</sup> - ماده ۸۴ ق.م. جایز است واقف از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولی قرار دهد و اگر حق التولیه معین نشده باشد متولی مستحق اجرت المثل عمل است.

مطلق و مقید بودن وکالت مربوط به حدود و اختیارات وکیل است و ربطی به موضوع وکالت ندارد؛ اگر وکالت مطلق باشد، صرفاً مربوط به اداره اموال خواهد بود، یعنی آنچه که اداره مال موکل اقتضا می کند.

ماده ۶۶۰: وکالت ممکن است به طور مطلق و برای تمام امور موکل باشد یا مقید و برای امر یا امور خاصی.

ماده ۶۶۱: در صورتی که وکالت مطلق باشد فقط مربوط به اداره کردن اموال موکل خواهد بود.

در موردی که اراده وکیل در شرایط عقد اثر ندارد و بهای کالا معین است، نفوذ معامله وکیل با خود ترجیح دارد.<sup>۱</sup>

## اهلیت در وکالت

### قاعده:

اهلیت وکیل و موکل تابع یک قاعده است: هر کس هر امری را کس شخصاً و مباشرتاً برای خود انجام

می دهد و عمل وی صحیح توصیف بشود، در آن عمل می تواند موکل باشد، یعنی وکیل بگیرد؛

و هر کس اگر راساً عملی را که برای خود انجام می دهد، غیر نافذ توصیف بشود، در آن عمل اگر وکیل یا

موکل باشد، وکالت غیر نافذ است؛

یعنی اهلیت در وکالت، تابع موضوع وکالت است؛

هر کس اهلیت هر کاری [عمل حقوقی] را داشته باشد، در همان کار می تواند وکالت بدهد و یا وکالت بگیرد؛

و اگر در آن امر، اهلیت نداشته باشد، نه می تواند وکالت بدهد و نه وکالت بگیرد.

مجنون و صغیر غیر ممیز:

این دو، در هیچ کاری نه می توانند وکالت بدهند و نه وکالت بگیرند؛ چون خودشان اهلیت انجام هیچ کاری را ندارند.

صغیر ممیز:

وی فقط می تواند در تملکات بلاعوض وکالت بدهد و یا وکالت بگیرد؛ چون او قانوناً می تواند تملک بلاعوض بکند.

سفیه:

سفیه فقط در امور غیر مالی و در تملکات بلاعوض می تواند وکالت بدهد و یا وکالت بگیرد.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۷۳ قانون تجارت: اگر حق العمل کار مأمور به خرید یا فروش مال التجاره یا اسناد تجارتي و یا سایر اوراق بهاداری باشد که مظنه بورسی یا بازاری دارد، می تواند چیزی را که مأمور به خرید آن بوده خود شخصاً به عنوان فروشنده تسلیم بکند و یا چیزی را که مأمور به فروش آن بوده شخصاً به عنوان خریدار نگاه دارد مگر این که آمر دستور مخالفی داده باشد.



## ورشکسته:

ورشکسته چون نمی تواند عملی [اعمال ممنوعه مالی] را برای خود انجام دهد، طبیعتاً نمی تواند در آن عمل هم وکالت بدهد؛ اما وکیل قرار گرفتن ورشکسته تابع این قاعده نیست و وی می تواند وکیل قرار بگیرد؛ زیرا حجر ورشکسته، مانند مابقی محجوران، دماغی نیست و به مناسبت حفظ حقوق طلبکاران است؛ به عبارت دیگر: موکل که می خواهد وکالت بدهد، باید هم اهلیت داشته باشد و هم اختیار اموالش؛ یعنی اموالش توقیف نشده باشد و ورشکسته هم نباشد؛ اما برای وکیل شدن، داشتن اهلیت کافی است و نیازی به اختیار در اموال ندارد؛ چون قرار نیست در اموال خودش تصرف کند.

## پند نکته در مورد اهلیت ورشکسته:

ورشکسته از آنجایی که اهلیت دارد، در تمام امور می تواند وکیل بشود؛ زیرا ورشکسته اختیار تصرف در اموال خود را ندارد و برای وکیل شدن، نیازی به چنین اختیاری نیست؛ ورشکسته از آنجایی که اختیار تصرف ندارد، در امور مالی خود نمی تواند وکالت بدهد؛ چون موکل هم نیاز به اهلیت دارد و هم اختیار تصرف؛ اختیار در اینجا یعنی جواز تصرف در مال؛ از آنجایی که در امور غیرمالی نیازی به چنین اختیاری نداریم، ورشکسته نیز می تواند در این امور، وکالت بدهد. درجایی که ورشکسته می تواند وکیل شود: اگر وی باعث متضرر شدن موکل خود بشود، موکل در غرما داخل نمی شود.

ماده ۶۶۲: وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند [اهلیت و اختیار] آن را به جا آورد. وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد.

## اهلیت در وکالت

امور غیرمالی		امور مالی		افراد
موکل بشود	وکیل بشود	موکل بشود	وکیل بشود	
نمی تواند	نمی تواند	نمی تواند	نمی تواند	مجهنون و صغیر غیرممیز
نمی تواند	نمی تواند	فقط در تملکات بلاعوض	فقط در تملکات بلاعوض	صغیر ممیز
می تواند	می تواند	فقط در تملکات بلاعوض	فقط در تملکات بلاعوض	سفییه
می تواند	می تواند	نمی تواند	می تواند	ورشکسته

## رعایت مصلحت موکل

وکیل باید مصلحت موکل را رعایت کند و از حدود وکالت خارج نشود؛ اگر رعایت نکند، عمل وی فضولی است؛<sup>۱</sup>

به عبارت دیگر: رعایت مصلحت موکل، شرط ضمنی عقد وکالت است؛

ماده ۶۶۳: وکیل نمی‌تواند [غیرناپذ] عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد.

ضمانت اجرای تجاوز از حدود وکالت، فضولی بودن اقدام وکیل و عدم نفوذ معامله‌ای است که کرده.<sup>۲</sup>

ماده ۶۶۷: وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا برحسب قراین و عرف و عادت داخل اختیار اوست تجاوز نکند.<sup>۳</sup>

ماده ۶۷۴: موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است، انجام دهد.

در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام داده شده است موکل هیچ گونه تعهد نخواهد داشت. مگر این که اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.

## وکالت برای محاکمه و قبض و اخذ حق

ماده ۶۶۴: وکیل در محاکمه، وکیل در قبض حق [محکوم به] نیست. مگر این که قراین دلالت بر آن نماید و همچنین وکیل در اخذ حق، وکیل در مرافعه نخواهد بود.

ماده ۳۶ آ.د.م: وکیل در دادرسی، در صورتی حق درخواست صدور برگ اجرایی و تعقیب عملیات آن و اخذ محکوم به و وجوه ایداعی به نام موکل را خواهد داشت که در وکالت‌نامه تصریح شده باشد.

## لوازم و مقدمات وکالت

ماده ۶۷۱: وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم [بعد از عمل] و مقدمات [قبل از عمل] آن نیز هست، مگر این که تصریح به عدم وکالت باشد.

دقت شود: مقدمات، قبل و لوازم بعد از عمل است.

<sup>۱</sup> - وکیل در حدود وکالت، وکیل و خارج از آن، فضول است.

<sup>۲</sup> - ماده ۲۴۷ ق.م: معامله به مال غیر [فضولی] جز به عنوان ولایت [اذن شارع] یا وصایت یا وکالت [اذن مالک] + [قیمومت] نافذ نیست ولو این که صاحب مال باطناً راضی باشد؛ ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجاره نمود، در این صورت معامله صحیح و نافذ می شود.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۱۰۷۳ ق.م: اگر وکیل از آنچه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود؛

ماده ۱۰۷۴ ق.م: حکم ماده فوق در موردی نیز جاری است که وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد.

## وکالت در بیع و قبض ثمن

ماده ۶۶۵ ق.م. استثنای ماده ۶۷۱ ق.م. است؛

ماده ۶۶۵: وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست، مگر این که قرینه قطعی دلالت بر آن کند.

ماده ۲۶۰ ق.م: در صورتی که معامل فضولی عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد و مالک با اجازه معامله قبض عوض را نیز اجازه کند، دیگر حق رجوع به طرف دیگر [اصیل] نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

## امین بودن وکیل

ماده ۶۶۶: هرگاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب می گردد، مسئول خواهد بود.<sup>۲</sup>

آخر ماده ۸۲ ق.م. امین بودن وکیل را بیان می کند؛

ماده ۸۲: هرگاه واقف برای اداره کردن موقوفه ترتیب خاصی معین کرده باشد، متولی باید به همان ترتیب رفتار کند؛ و اگر ترتیبی قرار نداده باشد، متولی باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید.

## وظایف متقابل وکیل و موکل

ماده ۶۶۸: وکیل باید حساب مدت وکالت خود را به موکل بدهد و آنچه را که به جای او دریافت کرده است به او رد کند.<sup>۳</sup>

ماده ۶۷۵: موکل باید تمام مخارجی را که وکیل برای انجام وکالت خود نموده است و همچنین اجرت<sup>۴</sup> وکیل را بدهد، مگر این که در عقد وکالت طور دیگر مقرر شده باشد.

<sup>۱</sup> - در معامله فضولی، با تنفیذ مالک، فضول، وکیل محسوب می شود، اما نمی تواند ثمن را بگیرد. مگر در صورت اجازه قبض مطابق ماده ۲۶۰ ق.م.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۳۱ ق.م: هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت [روز اداء] آن را بدهد؛ و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت بر آید.

<sup>۳</sup> - ماده ۶۳۱ ق.م: هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است؛ بنابراین، مستاجر نسبت به عین مستاجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.

<sup>۴</sup> - مواد مرتبط با «اجرت»:

ماده ۶۵۹ ق.م: وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت؛

ماده ۶۷۷ ق.م: اگر در وکالت مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد، محمول بر این است که با اجرت باشد؛

ماده ۶۷۶ ق.م: حق الوکاله وکیل تابع قرارداد [اجرت المسمی] بین طرفین خواهد بود؛ و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرار داد نباشد تابع عرف و عادت است [اجرت المسمی] اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است.

## استقلال و اجتماع و کیلان

ماده ۶۶۹: هر گاه برای انجام یک امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آن ها نمی تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید، مگر این که هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد؛ در این صورت هر کدام می تواند به تنهایی آن امر را بجا آورد.

### نوع وکالت، در زمان تعدد وکیل

اجتماعی:	عمل باید به اتفاق نظر یکدیگر صورت بگیرد، عمل جداگانه غیر نافذ است و موکل می تواند ابطال آن را از دادگاه بخواهد؛
استقلالی:	نقطه مقابل اجتماعی: یعنی هر وکیل به تنهایی می تواند عمل مورد نظر را انجام بدهد؛
عدم تصریح:	هر گاه تصریح نشود، اصل بر اجتماعی بودن است و صحت عمل انفرادی نیاز به تصریح دارد؛
نکته:	وقتی که وکلا متعدد هستند و تصریح به عمل استقلالی نشده است، با فوت یک از آنان، سمت وکالت از مابقی هم زایل می شود؛ اما اگر استقلالی باشند، وکالت مابقی پابرجا است.

ماده ۶۷۰: در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آن ها وکالت دیگری باطل می شود [منسوخ می شود].<sup>۱</sup>

## چند اصطلاح

### توکیل

در توکیل، وکیل یک وکیل یا وکلای دیگری می گیرد؛ یعنی با خودش دو یا چند وکیل می شوند؛<sup>۲</sup> اصل این است که وکیل، حق توکیل ندارد، مگر این که این حق به او داده شده باشد؛ به عبارت دیگر: وکیل اذن توکیل به غیر را ندارد، زیرا وکالت از عقود است که شخصیت وکیل موضوعیت دارد.

ماده ۶۷۲: وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد، مگر این که صریحاً یا به دلالت قراین وکیل در توکیل باشد.

<sup>۱</sup> - ماده ۷۷ ق.م. هر گاه واقف برای دو نفر یا بیش تر به طور استقلال تولیت قرار داده باشد، هر یک از آن ها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلاً تصرف می کنند و اگر به نحو اجتماع قرار داده باشد، تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آن ها حاکم شخصی را ضمیمه آن که باقی مانده است، می نماید که مجتمعاً تصرف کنند.

<sup>۲</sup> - دقت شود: وکیل دوم را وکیل اول گرفته است و نه موکل. - نکته: وکیل دوم، هم وکیل وکیل اول و هم وکیل موکل است.

## تفویض

در تفویض، وکیل اول، تمام اختیارات خود را به وکیل دوم واگذار می کند و خود، دیگر سمتی ندارد؛ به طریق اولی، وکیل، حق تفویض نیز ندارد مگر این که این حق به او داده شده باشد.<sup>۱</sup>

## انتقال قرارداد

انتقال قرارداد در عقودی که مستمر هستند [مانند اجاره، مزارعه، مساقات و مضاربه]، امکان دارد؛ یعنی عقودی که طرفین تا مدتی در مقابل هم وظایفی دارند: مثلاً اجاره اگر یک سال باشد، طرفین تا یک سال وظایفی در مقابل هم دارند؛ اگر مستأجر، طبق ماده ۴۷۴ ق.م. مال را اجاره بدهد،<sup>۲</sup> این کار او مشابه توکیل است و اگر قرارداد را به دیگری انتقال دهد، کار او [انتقال قرارداد] مانند تفویض است؛ در عقود دیگر مانند مزارعه [با رعایت شرایط ماده ۵۴۱ ق.م.]،<sup>۳</sup> در مساقات [با رعایت ماده ۵۴۵ ق.م.]،<sup>۴</sup> و در مضاربه [با رعایت ماده ۵۵۴ ق.م.]<sup>۵</sup> امکان توکیل و همچنین انتقال قرارداد وجود دارد.

## توکیل فضولی

هر گاه وکیل با این که حق توکیل ندارد، وکیل دیگری بگیرد، توکیل فضولی می گویند؛ در این صورت هم وکیل و شخص ثالث [وکیل دوم]، به طور تضامنی در مقابل موکل مسئول هستند، هر چند ماده ۶۷۳ ق.م. به تضامن آنها اشاره ای نکرده است.

ماده ۶۷۳: اگر وکیل که وکالت در توکیل نداشته انجام امری را که در آن وکالت دارد به شخص ثالثی واگذار کند، هر یک از وکیل و شخص ثالث در مقابل موکل نسبت به خساراتی که مسبب محسوب می شود [به صورت تضامنی] مسئول خواهد بود.

<sup>۱</sup> - ماده ۸۳ ق.م. متولی نمی تواند تولیت را به دیگری تفویض کند، مگر آن که واقف در ضمن وقف به او اذن داده باشد؛ ولی اگر در ضمن وقف شرط مباشرت نشده باشد می تواند وکیل بگیرد.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۷۴ ق.م. مستاجر می تواند عین مستاجره را به دیگری اجاره بدهد، مگر این که در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد. رک. ماده ۱۹ ق.م.م. مصوب ۱۳۷۶.

<sup>۳</sup> - ماده ۵۴۱ ق.م. عامل می تواند برای زراعت اجیر بگیرد یا با دیگری شریک شود، ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین به دیگری رضای مزارع لازم است.

<sup>۴</sup> - ماده ۵۴۵ ق.م. مقررات راجعه به مزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مساقات نیز مَرعی خواهد بود، مگر این که عامل نمی تواند بدون اجازه مالک معامله را به دیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید.

<sup>۵</sup> - ماده ۵۵۴ ق.م. مضارب نمی تواند نسبت به همان سرمایه با دیگری مضاربه کند یا آن را به غیر واگذار نماید، مگر با اجازه مالک.

**نکته:** تمام اقدامات هر وکیل مقید به حفظ مصلحت موکل است، حتی اگر تصریح نشده باشد؛  
یعنی: اقدام خارج از مصلحت، غیر نافذ و قابل ابطال است.

## اختیار عزل وکیل

ماده ۶۷۹: موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل<sup>۱</sup> کند، مگر این که وکالت وکیل و یا عدم عزل [و یا عدم استعفا] در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

<b>وکیل بلاعزل</b>	
وکالت ضمن عقد لازم شرط شود؛	<b>وکالت در دو فرض بلاعزل می شود:</b>
عدم عزل ضمن عقد لازم به صورت شرط نتیجه شرط شود؛	
در این موارد صرفاً حق عزل وکیل از موکل گرفته می شود- اما در همین وکالت اگر وکیل یا موکل بمیرد یا مجنون شود و یا سفیه شود [در امور مالی]، وکالت منفسخ می شود.	
اگر وکالت بلاعزل باشد، برای رهایی از دست وکیل، موکل می تواند خودش مورد وکالت را انجام دهد یا عملی انجام دهد که منافعی با هدف وکالت باشد؛ که در این صورت وکالت منفسخ می شود. [البته اگر این حقوق در ضمن عقد از وی سلب نشده باشد]. رک. جدول ذیل ماده ۶۸۳ ق.م.	

## طرق انحلال وکالت

### عزل از سوی موکل

عزل همان فسخ است؛ وکالت عقدی اذنی است و به راحتی می توان از اذن خود رجوع کرد. ماده ۶۷۸ ق.م.

### استعفای وکیل

استعفای وکیل، همان فسخ است؛ در قانون، فسخ موکل، عزل و فسخ وکیل استعفاء نام دارد. ماده ۶۷۸ ق.م.

### فوت یا جنون وکیل یا موکل

وکالت عقدی اذنی است و عقود اذنی با فوت و حجر از بین می روند؛

وکالت حتی اگر در ضمن عقد لازمی هم منعقد شود، با فوت و یا حجر [البته سفته فقط در امور مالی] هر کدام از طرفین مرتفع می شود. مواد ۶۷۸ و ۶۸۲ ق.م.

<sup>۱</sup> - وکیل هم می تواند هر وقت بخواهد استعفا دهد.

## سفه

وکالت اصولاً با سفه از بین می‌رود؛ مگر در دو مورد:

وکالت در امور غیرمالی و وکالت در تملکات بلاعوض. ماده ۶۸۲ ق.م.ا<sup>۱</sup>

## از بین رفتن موضوع وکالت

از بین رفتن مادی: هرگاه مال موضوع وکالت از بین برود، وکالت منفسخ می‌شود؛ مانند تلف ماشینی که قرار بود وکیل آن را بفروشد.

از بین رفتن حقوقی: از بین رفتن حقوقی موضوع وکالت، سه حالت دارد:

الف: وکیل موضوع وکالت را انجام بدهد؛

ب: موکل، زودتر از وکیل موضوع وکالت را انجام بدهد؛ چون اعطای وکالت در هیچ موردی سلب اهلیت از خود موکل نمی‌کند؛ قاعده این است که موکل می‌تواند قبل از وکیل خودش موضوع وکالت را انجام بدهد، مگر این که این حق از او سلب شده باشد که اگر سلب شده باشد، عمل موکل باطل است.

ج: موکل، قبل از این که وکیل موضوع وکالت را انجام بدهد، کاری می‌کند که با موضوع وکالت منافات دارد؛ مانند هبه کردن ماشینی که قرار بود وکیل آن را بفروشد؛

قاعده این است که موکل می‌تواند عملی انجام بدهد که با موضوع وکالت منافات داشته باشد، مگر این که این حق از او سلب شده باشد که اگر سلب شده باشد، عمل وی باطل است. ماده ۶۸۳ ق.م.ا

## انقضای مدت:

پایان یافتن مدت وکالت را نیز باید بر سایر موارد انحلال آن افزود.<sup>۲</sup>

ماده ۶۷۸: وکالت به طرق ذیل مرتفع می‌شود:

۱. به عزل موکل؛ ۲. به استعفای وکیل؛ ۳. به موت یا به جنون وکیل یا موکل.

ماده ۶۸۲: محجوریت [در اینجا یعنی سفه] موکل موجب بطلان [منفسخ] وکالت می‌شود، مگر در اموری [غیرمالی + تملکات بلاعوض] که حجر [سفه] مانع از توکیل در آنها نمی‌باشد؛ و همچنین است محجوریت [سفه] وکیل مگر در اموری [غیرمالی + تملکات بلاعوض] که حجر [سفه] مانع از اقدام در آن نباشد.

ماده ۶۸۳: هرگاه متعلق [موضوع] وکالت از بین برود [مادی یا حقوقی] یا موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا به طور کلی عملی که منافای با وکالت وکیل باشد به جا آورد، مثل این که مالی را که برای فروش آن وکالت داده بود خود بفروشد، وکالت منفسخ می‌شود.

<sup>۱</sup> - رک. جدول اهلیت در وکالت، ذیل ماده ۶۶۲ ق.م.

<sup>۲</sup> - دکتر کاتوزیان - قانون مدنی در نظم کنونی - حاشیه شماره دو - ذیل ماده ۶۸۳ ق.م.

از بین رفتن موضوع وکالت:	مادی:	وکالت منفسخ می شود؛ مانند تلف ماشینی که قرار بود وکیل بفروشد؛
	حقوقی:	وکیل موضوع وکالت را انجام بدهد: منفسخ می شود؛
		موکل قبل از وکیل، موضوع وکالت را انجام بدهد: منفسخ می شود؛ <sup>۱</sup>
		موکل کاری انجام بدهد که با موضوع وکالت منافات دارد مثلاً: موضوع «فروش مال» باشد و موکل آن مال را هبه کند.

## وکالت ظاهری

در وکالت ظاهری، به دلیل حفظ حقوق اشخاص ثالث که از وضعیت به وجود آمده خبر ندارند، وکیل، ظاهراً وکیل است.<sup>۲</sup>

### انواع وکالت ظاهری

گاهی موکل، وکیل را عزل می کند، اما وکیل خبر ندارد؛ و به وظایف خود ادامه می دهد؛  
گاهی موکل فوت می کند، اما وکیل از فوت موکل خبر ندارد و به وظایف خود ادامه می دهد؛  
گاهی موکل محجور می شود؛ اما وکیل از حجر موکل خبر ندارد و به وظایف خود ادامه می دهد.  
در چنین مواردی تا وقتی که خبر عزل یا فوت یا حجر، به وکیل نرسیده است، کارهای وکیل در حدود وکالت در حق موکل نافذ است.

ماده ۶۸۰: تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل [یا فوت یا حجر] به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است.

#### وکالت ظاهری در مقابل وکالت واقعی

موکل وکیل را عزل کرده، اما هنوز خبر عزل به وکیل نرسیده است: ماده ۶۸۰ ق.م.

وکیل استعفا داده ولی موکل به اذن خود باقی است. وکیل دوباره می تواند وکالت کند: ماده ۶۸۱ ق.م.

ماده ۶۸۱: بعد از این که وکیل استعفا داد، مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند.

مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است: یعنی تا زمانی که وکیل خبردار نشده است.

<sup>۱</sup> - موکل اصولاً اختیار انجام موضوع وکالت را دارد، مگر این که در عقد وکالت، صریحاً این حق از او سلب شده باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۸۰ ق.م. فقط در مورد «عزل وکیل توسط موکل»، وکالت ظاهری را بیان کرده است، اما می توان حجر و فوت موکل را نیز بر آن افزود.



# فصل نهم:

# ضمان

## انعقاد ضمان<sup>۱</sup>

عقد ضمان بین ضامن و طلبکار بسته می شود؛ اراده بدهکار دخالتی در آن ندارد.

ماده ۶۸۵: در ضمان رضای [اراده] مدیون اصلی شرط نیست.<sup>۲</sup>

## انواع ضمان

دو نوع ضمان وجود دارد: ضمان نقل ذمه و ضمان ضم ذمه؛

### ضمان نقل ذمه:

در ضمان نقل: با انعقاد عقد، مدیون بری می شود و دین وی بر ذمه ضامن انتقال می یابد.

### ضمان ضم ذمه:

در ضمان ضم: مدیون اصلی هم چنان مدیون باقی می ماند و ضامن به او اضافه می شود: بدهکار اصلی + ضامن؛

ضمان ضم بر دو نوع است: عرضی و طولی؛

ضمان عرضی [تضامنی]: این است که طلبکار و بدهکار در عرض همدیگر هستند و در رجوع طلبکار به آنها تقدم و تاخیری وجود ندارد؛

ضمان طولی [وثیقه ای]: در این نوع ضمان [عرف و بازار]، طلبکار ابتدا به مدیون اصلی رجوع می کند و اگر نتوانست طلب خود را وصول کند، به ضامن رجوع می کند.

<sup>۱</sup> - عقد ضمان هم مانند عقود رهن، کفالت و حواله، عقدی تبعی است.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۶۷ ق.م.ا: ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ ولیکن کسی که دین دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [داین جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد؛

ماده ۶۸۷ ق.م.ا: ضامن شدن از محجور و میت صحیح است.

**نکته:**

قانون مدنی، صریحاً ضمان نقل ذمه را پذیرفته است، اما عرف و بازار بر مبنای ضمان طولی قرار دارد؛ در نتیجه: ضمانتِ ضمِ ذمه نیاز به تصریح دارد و در صورت عدم تصریح [یعنی در صورت اطلاق]، ضمانت، نقل است.

ماده ۶۸۴: عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی [دین] را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.

متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه [که طرف قرارداد نیست] یا مدیون اصلی می گویند.

ماده ۶۹۸: بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.<sup>۱</sup>

**ضمان، عقدی عهدی است**

ضمان عقدی عهدی است: و از این لحاظ تفاوتی نمی نماید که نقل باشد یا ضم؛

علت عهدی بودن ضمان: چون اثر ضمان تعهد است، یعنی ضامن متعهد می شود....

**آیا ضمان معوض است؟**

ضمان نقل ذمه عقدی معوض است، اما ضمان ضم ذمه، مجانی است.

**اهلیت در ضمان**

قاعده این است که: در عقود مجانی اصولاً [نه همیشه] آن کسی که در عقد منتفع می شود، می تواند اهلیت کامل نداشته باشد؛

از آنجایی که ضمان نقل ذمه معوض است، طرفین باید اهلیت کامل داشته باشند؛ اما در ضمان ضم ذمه، چون

مجانی و به سود طلبکار است، فقط ضامن باید اهلیت داشته باشد و اهلیت طلبکار اهمیتی ندارد؛

در ضمان نقل به این علت که مدیون اصلی به طور کامل بری می شود، باید در انعقاد این نوع ضمان حساسیت

بیشتری به خرج داد و اهلیت طرفین بسیار اهمیت دارد.

ماده ۶۸۶: ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد.

ماده ۶۸۵ ق.م: در ضمان رضای [اراده] مدیون اصلی شرط نیست.

ماده ۶۸۷: ضامن شدن از محجور [ماده ۶۸۵ ق.م.] و میت [ماده ۲۹۱ ق.م.] صحیح است.

ماده ۲۹۱ ق.م: ابراء ذمه میت از دین صحیح است؛

علت صحت ضمانت از محجور: چون اراده مدیون در عقد ضمان دخالتی ندارد، پس وی می تواند محجور باشد؛

علت صحت ضمانت از میت: چون ترکه شخصیت حقوقی دارد. «دکتر کاتوزیان».

<sup>۱</sup> - ماده ۷۳۰ ق.م: پس از تحقق حواله ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه محال علیه مشغول می شود.

ماده ۶۸۸: ممکن است از ضامن ضمانت کرد.

## دو اصطلاح

ترامی و دور: مفصل ضمان نقل ذمه می‌باشند:

ترامی و دور	
ترامی:	شبيه به تسلسل است: من به حسن بدهکارم، حسین ضامن من می‌شود و من بری می‌شوم، سپس، علی ضامن حسین می‌شود و حسین بری می‌شود و این روند همین‌طور ادامه می‌یابد... ماده ۶۸۸ ق.م.
دور:	من به حسن بدهکارم، حسین ضامن من می‌شود و من بری می‌شوم، سپس، من ضامن حسین می‌شوم و حسین بری می‌شود! ماده ۷۲۲ ق.م.
تفاوت:	در «ترامی» یک نفر دیگر ضامن می‌شود، اما در «دور»، خود مدیون دوباره ضامن ضامن و مدیون می‌شود.

ماده ۷۲۲: ضامن ضامن [ترامی] حق رجوع به مدیون اصلی ندارد و باید به مضمون‌عنه خود رجوع کند و به همین طریق هر ضامنی به مضمون‌عنه خود رجوع می‌کند تا به مدیون اصلی برسد.

## شرح ماده ۶۸۹ ق.م.

ماده ۶۸۹: هرگاه چند نفر ضامن شخصی شوند [حاضر به ضمانت بشوند]، ضمانت هر کدام که مضمون له قبول کند صحیح است.

### فرض ماده ۶۸۹ ق.م. بعلاوه یک فرض دیگر؛

فرض نخست:	
چند نفر به سراغ طلبکار رفته و حاضر به عقد ضمان می‌شوند که طلبکار یکی از آنها را قبول می‌کند؛ مانند این که چند ایجاب آمده و طلبکار یکی را قبول کرده است و عقد با او منعقد شده است و در اینجا تفاوتی بین ضمان نقل و ضمان ضم هم وجود ندارد؛	
فرض دوم:	چند نفر به سراغ طلبکار رفته و همگی باهم می‌خواهند عقد ضمان را با طلبکار منعقد نمایند و طلبکار هم همه را می‌پذیرد؛ در این فرض دو حالت وجود دارد:
در اینجا دین از مدیون منتقل و به همه ضامنین و بین آنها به نحو مساوی یا متفاوت تسهیم می‌شود. <sup>۱</sup> در اینجا طلبکار به هر ضامن به نسبت سهم او به وی مراجعه می‌نماید؛ ماده ۷۲۱ ق.م.	<b>نقل ذمه:</b>
در این حالت چند نفر حاضر به ضمانت تضامنی [ضم ذمه] می‌شوند، حال اگر طلبکار آنها را بپذیرد، بدهکار بری نمی‌شود و علاوه بر وی، همه ضامنین نیز مسئول پرداخت تمام دین او [بدهکار] هستند. [شبهت زیادی به تعاقب ایادی در غصب دارد].	<b>ضم ذمه:</b>

ماده ۷۲۱: هرگاه اشخاص متعدد از یک شخص و برای یک فرض [دین] به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند، مضمون له به هر یک از آنها فقط به قدر سهم او حق رجوع دارد؛ و اگر یکی از ضامنین تمام قرض [دین] را تأدیه نماید به هر یک از ضامنین دیگر که اذن تأدیه داده باشد<sup>۱</sup> می‌تواند به قدر سهم او رجوع کند.

<sup>۱</sup> - به این نوع ضمان، «ضمان به طور تسهیم» می‌گویند.

## اعسار ضامن

ماده ۶۹۰: در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار [مَلّی - ملائت] باشد؛ لیکن، اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد، می تواند عقد ضمان را فسخ کند. ولی، اگر ضامن بعد از عقد غیر مَلّی [مُعسر] شود مضمون له خیاری نخواهد داشت.<sup>۲</sup>

اگر ضامن ابتدا به ساکن مالدار باشد، اما بعد از عقد، نادر شود، مضمون له خیار فسخ ندارد.

## شرح ماده ۶۹۱ ق.م.

موضوع عقد ضمان، دین است؛

بعضی از دیون در دو مرحله به وجود می آیند: یعنی ابتدا سبب آن به وجود می آید و سپس خود دین به وجود می آید؛

طبق ماده ۶۹۱ ق.م. ضمانت از دینی که فقط سبب آن به وجود آمده است درست است، حتی اگر خود دین هنوز به وجود نیامده باشد؛

مثال: دین مربوط به نفقه، پس از تمکین ایجاد می شود و به صرف عقد نکاح به وجود نمی آید، اما چون سبب آن نکاح است و این عقد صورت گرفته است [سبب ایجاد شده است]، به موجب این ماده می توان از آن ضمانت کرد؛<sup>۳</sup>

مثال دوم: جعاله سبب تعهد است و انجام عمل شرط به وجود آمدن دین. حال می توان قبل از انجام عمل، از جاعل ضمانت کرد.<sup>۴</sup>

ماده ۶۹۱: ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است.

## دو نکته مهم:

فقط از دینی می توان ضمان کرد که موضوع آن «کلی» باشد و نیز قائم به شخص نباشد؛

<sup>۱</sup> - ماده ۲۶۷ ق.م: ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ ولیکن کسی که دین دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [داین جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۷۲۸ ق.م: در صحت حواله ملائت محال علیه شرط نیست.

ماده ۷۲۹ ق.م: هرگاه در وقت حواله محال علیه معسر بوده و محتال جاهل به اعسار او باشد، محتال می تواند حواله را فسخ و به محیل رجوع کند.

<sup>۳</sup> - در اینجا، تمکین، شرط ایجاد دین و عقد نکاح، سبب دین است.

<sup>۴</sup> - ماده ۵۶۷ ق.م: عامل وقتی مستحق جعل می گردد که متعلق [موضوع] جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد. [جعاله: سبب - انجام کار: شرط مدیون شدن].

ضمانت از اعیان مضمونه، چون موضوع «عین» است، ضمان محسوب نمی شود و در حقیقت نوعی «تعهد به فعل ثالث» است.

### شش ماده مرتبط که بهتر است باهم مطالعه شوند:

ماده ۶۹۲: در دین حال ممکن است ضامن برای تأدیه آن اجلی معین کند و همچنین می تواند در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنماید.

ماده ۶۹۳: مضمون له می تواند در عقد ضمان از ضامن مطالبه رهن [وثیقه] کند، اگر چه دین اصلی رهنی نباشد. [ضمان با وثیقه عینی].

ماده ۷۰۲: هرگاه ضمان مدت داشته باشد، مضمون له نمی تواند قبل از انقضای مدت مطالبه طلب خود را از ضامن کند، اگر چه دین حال باشد.

ماده ۷۰۳: در ضمان حال، مضمون له حق مطالبه طلب خود را دارد، اگر چه دین مؤجل باشد. این ماده و ماده ۷۰۲ ق.م. رابطه طلبکار و ضامن را بیان می کنند. در اینجا «عقد ضمان» ملاک است نه دین.

ماده ۷۱۵: هرگاه دین مدت داشته و ضامن قبل از موعد آن را بدهد، مادام که دین حال نشده است نمی تواند از مدیون [مضمون عنه] مطالبه کند.

ماده ۷۱۶: در صورتی که دین حال باشد، هر وقت ضامن ادا کند می تواند رجوع به مضمون عنه نماید، هر چند ضمان مدت داشته و موعد آن فرسیده باشد، مگر آن که مضمون عنه اذن به ضمان مؤجل داده باشد.

این ماده و ماده ۷۱۵ ق.م. رابطه ضامن و بدهکار [مدیون اصلی] را بیان می کنند: در اینجا «دین» ملاک است و نه ضمان.

نتیجه: در رابطه طلبکار و ضامن، «عقد ضمان» ملاک است نه دین؛ و در رابطه ضامن و بدهکار، «دین» ملاک است نه عقد ضمان.

### فلاصه مواد فوق

ضمان عقدی است تبعی که تابع «وجود» دین است؛

درست است که ضمان تابع وجود دین است، اما تابع شرایط و اوصاف دین نمی باشد؛

برای مثال: اگر دین حال باشد، ضمان می تواند مؤجل و یا حال منعقد شود؛ و اگر دین وثیقه داشته باشد،

ضمان می تواند وثیقه داشته و یا نداشته باشد؛

به عبارت دیگر: ضمان می تواند خصوصیات خود را داشته باشد و الزاماً تابع شرایط و اوصاف دین نمی باشد.

## اصل حال بودن ضمان [اصل حال بودن دین]<sup>۱</sup>

ماده ۷۰۴: ضمان مطلق محمول به حال است، مگر آن که به قراین معلوم شود که مؤجل بوده است.<sup>۲</sup>

### حال شدن ضمان به فوت ضامن

ماده ۷۰۵: ضمان مؤجل به فوت ضامن حال می شود.<sup>۳</sup>

از آنجایی که عقد ضمان، عقدی تبعی است، اگر در این عقد، دین از بین برود، عقد خودبه خود منفسخ می شود.

ماده ۷۰۶: به موجب قانون اصلاحی آزمایشی (۶۱/۱۰/۸) حذف شد.

## شرح مواد ۶۹۴ و ۶۹۵ ق.م.

این مواد مسامحه ای بودن ضمان را بیان می کنند و علم اجمالی را برای انعقاد آن کافی می دانند؛

ماده ۶۹۴: علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می نماید شرط نیست، بنابراین، اگر کسی ضامن دین شخص شود بدون این که بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است؛ لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.<sup>۴</sup>

تنها عقدی که مردد بودن آن، صحیح است، جعاله است.

ماده ۶۹۵: معرفت [شناخت] تفصیلی ضامن به شخص مضمون له یا مضمون عنه لازم نیست.

## ضمان از دین متزلزل

دین متزلزل، دینی است که ناشی از یک عقد باشد،<sup>۵</sup> و آن عقد قابل فسخ است، یعنی ممکن است عقد فسخ بشود و دین از بین برود. در این حالت، اگر دین از بین برود، به تبع آن،<sup>۶</sup> ضمانت نیز از بین می رود.

ماده ۶۹۶: هر دینی را ممکن است ضمانت نمود، اگر چه شرط [حق نسخ] فسخی در [سبب] آن موجود باشد.<sup>۷</sup>

یعنی هم دین خیاری و هم دین غیرخیاری را می توان ضمانت کرد؛

۱ - ماده ۳۴۴ ق.م: اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده [یعنی عقد مطلق بوده] یا برای تسلیم مبیع یا تادیه قیمت موعدی [اجل] معین نگشته باشد، بیع قطعی و ثمن [و مبیع] حال محسوب است، مگر این که بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتي وجود شرطی یا موعدی معهود [معمول] باشد، اگر چه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد.

۲ - ماده ۴۹۰ ق.م: مستاجر باید: اولاً: ... ثانیاً: ... ثالثاً: مال الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر است تادیه کند و در صورت عدم تعیین موعد نقداً [حال] باید پردازد.

۳ - ماده ۲۳۱ ق.ا.ح: دیون مؤجل متوفی بعد از فوت حال می شود.

۴ - ماده ۲۱۶ ق.م: مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

۵ - دیون می توانند ناشی از عقد نباشند.

۶ - چون ضمانت عقد تبعی است.

۷ - ماده ۷۷۵ ق.م: برای هر مالی که در ذمه باشد [دین] ممکن است رهن داده شود، ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.

از آنجایی که دین را فسخ نمی کنند، بلکه سبب عقد را فسخ می کنند، در اینجا واژه «سبب» در تقدیر است.

## ضمان عهده

از آنجایی که هر گاه عقدی باطل باشد، طرفین باید عوضین را پس بدهند، «ضمان عهده» منعقد می شود؛ مثال: در یک عقد، یکی از طرفین از طرف دیگر ضامن می خواهد که اگر روزی معلوم بشود عقد مذکور باطل بوده، بتواند عوضی را که به او داده است از ضامن بگیرد، به این نوع ضمانت، «ضمان عهده» می گویند؛ ضمان عهده در ماده ۶۹۷ ق.م.آ آمده و به ظاهر مختص معاملات فضولی است: اما حقیقت این است که دایره «ضمان عهده» خیلی وسیع تر از معاملات فضولی است؛ و باید گفت در هر جایی و به هر دلیلی که عقد باطل است، می توان ضمان عهده گرفت.

اگر ضمان عهده به طور اطلاق منعقد شود، فقط شامل بطلان می شود و انحلال [بر فرض مثال: اقاله] را در بر نمی گیرد؛

یعنی اگر بخواهیم که ضمان عهده شامل انحلال [فسخ، انفساخ و تفاسخ] نیز بشود، باید در عقد تصریح بشود.

ماده ۶۹۷: ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغیر در آمدن آن جایز است.<sup>۱</sup>

ماده ۷۰۸: کسی که ضامن درک [عهده] مبیع است در صورت فسخ بیع به سبب اقاله یا خیار از ضمان بری می شود.<sup>۲</sup>

## تعلیق در ضمان

تعلیق در ضمان بر دو قسم است: تعلیق در ضمان نقل ذمه و تعلیق در ضمان ضم ذمه؛

### تعلیق در ضمان نقل ذمه:

اثر حقوقی ضمان نقل ذمه: انتقال دین است؛ و این انتقال باید منجز باشد نه معلق؛

طبق بند یک ماده ۶۹۹ ق.م.آ این نوع تعلیق باطل است؛

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۳۶۲ ق.م.آ: آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است: ۱. ... ۲. عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می دهد؛

ماده ۳۶۶ ق.م.آ: هر گاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند، باید آن را به صاحبش رد کند؛ و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.

<sup>۲</sup> - ماده ۷۳۳ ق.م.آ: اگر در بیع بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد، حواله باطل می شود [است] و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد. ولی، اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ [منحل] شود حواله باطل نبوده [ولی منفسخ می شود] لیکن محال علیه بری [یعنی حواله تمام شده است] و بایع یا مشتری می تواند به یکدیگر رجوع کند. مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات [همه عقود] نیز جاری خواهد بود.

ماده ۶۹۹: تعلیق در ضمان [نقل]، مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است؛ ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.

### شرح بند دوم ماده ۶۹۹ ق.م.:

در مورد بند دوم ماده ۶۹۹ ق.م. باید گفت که در حقیقت عقد ضمان منعقد می شود و ضامن کاملاً مدیون می شود؛ اما وی از مضمون له درخواست می کند که در زمان اخذ دین، ابتدا به مضمون عنه [مدیون اصلی که بری شده است] رجوع کند و اگر وی دین مضمونه را پرداخت کرد که عقد ضمان در همین جا تمام می شود، اما اگر مضمون عنه، دین مضمونه را پرداخت نکند، ضامن مکلف است آن را پرداخت کند. در واقع این روش، یک نوع ارفاق در حق ضامن است.<sup>۱</sup>

ماده ۷۰۰: تعلیق ضمان به شرایط صحت آن، مثل این که ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد. من ضامنم، موجب بطلان آن نمی شود.

از آنجایی که در عقود معلق، معلق علیه باید خارج از ارکان عقد باشد، در اینجا عقد معلق نشده و ضمان صحیح است و بطلان ضمان معلق مشمول این فرض نمی شود.

از نظر علم اصول: این ماده ۶۹۹ را تخصیص نزده است [خروج موضوعی نیست]، بلکه این ماده تخصص [اخراج حکمی است] است.

در عقد نکاح هم مانند ضمان، تعلیق عقد به شرایط صحت آن [که در حقیقت تعلیق نیست] صحیح است و اشکالی ندارد.

### تعلیق در ضمان ضم ذمه:

در اینجا باید بین ضمان عرضی و طولی تفاوت گذاشت؛

ضمان عرضی همیشه منجز است و تعلیق در ضمان ضم ذمه، همیشه در ضمان ضم ذمه طولی است؛

اثر حقوقی ضمان ضم ذمه، انتقال دین نمی باشد، بلکه اثر آن التزام ضامن است؛

در ضمان طولی ضمان معلق است و ضامن می تواند به مضمون له بگوید که ابتدا به مضمون عنه رجوع کند و

اگر وی دین خود را نپرداخت، من ملتزم هستم؛

ماده ۷۲۳ ق.م.، تعلیق در ضمان ضم ذمه طولی را بیان می کند؛<sup>۲</sup>

ماده ۷۲۳: ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی [شرط ضمن عقد] به تأدیه دین دیگری ملتزم شود [ضم ذمه]. در این صورت،

تعلیق به التزام مبطل نیست: مثل این که کسی التزام [ضم ذمه] خود را به تأدیه دین مدیون معلق به عدم تأدیه او [مدیون] نماید.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - در نهایت، پس از پرداخت دین از طرف ضامن، وی می تواند به مضمون عنه رجوع کند؛ و دلیل رجوع ابتدایی طلبکار به مضمون عنه نیز همین موضوع است.

<sup>۲</sup> - در حقیقت، تعلیق در ضمان ضم ذمه، همان ضمان طولی است.

<sup>۳</sup> - تنها ماده ای که ضمان ضم ذمه را پذیرفته است، همین ماده است؛ چون همانطور که گفته شد، در قانون مدنی، اصل بر ضمان نقل است.



## لزوم عقد ضمان [نقل ذمه]

طبق ماده ۷۰۱ ق.م. ضمان نقل ذمه، عقدی است لازم – البته این ماده سه استثناء به شرح زیر دارد:  
اعسار ضامن: در ماده ۶۹۰ ق.م. [غیر مملی بودن ضامن و جاهل بودن طلبکار بر این امر]؛  
وجود حق فسخ نسبت به سبب دین: همان دین متزلزل که اگر از بین برود، ضمان نیز به تبع آن زایل می شود؛  
خيار تخلف از شرط.

ماده ۷۰۱: ضمان [نقل ذمه] عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی توانند آن را فسخ کنند، مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است، یا در صورت بودن حق فسخ [دین متزلزل] نسبت به [سبب] دین مضمون به و یا در صورت تخلف از مقررات [شرط] عقد.

**ضمان نقل ذمه، قابل اقاله نیست:**

به این علت که در ضمان نقل، مدیون اصلی بری شده و در حقیقت ثالث تلقی می شود و با توجه به اصل نسبی بودن قراردادها نمی توان بدون اذن ثالث بر عهده وی دین قرار داد؛  
البته اقاله کردن ضمان نقل ذمه باطل نیست، بلکه غیر نافذ و منوط به تنفیذ «مدیون اصلی بری شده» است.

**خيار شرط و شرط فاسخ در ضمان نقل راه ندارد:**

خيار شرط هم به خاطر این که مانند اقاله به ضرر مدیون اصلی است در ضمان نقل راه ندارد؛  
شرط فاسخ نیز، به علت مضر بودن برای مدیون اصلی، قابل اندراج در عقد نمی باشد.

**جواز عقد ضمان [ضم ذمه]**

ضمان ضم ذمه در قانون مدنی صراحتاً وجود ندارد: یعنی اصل بر ضمان نقل است؛  
برخلاف ضمان نقل ذمه، ضمان ضم ذمه همانند عقود رهن و کفالت و با توجه به ماده ۱۸۷ ق.م. از یک طرف لازم و از طرف دیگر جایز هستند: البته در سایر احکام تابع عقود لازم هستند؛  
ضمان ضم ذمه، به این علت که مدیون اصلی بری نشده است می توان آن را اقاله کرد و یا در آن خيار شرط گذارد؛

گذاشتن خيار شرط و شرط فاسخ در ضمان ضم ذمه اشکالی ندارد و صحیح است.

**ابرای مضمون عنه**

ماده ۷۰۷: اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی شود، مگر این که مقصود، ابرای از اصل دین [ضامن] باشد.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> – ماده ۲۹۷ ق.م: اگر بعد از ضمان مضمون له به مضمون عنه مدیون شود موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد.

ضمان در این ماده مانند سایر مواد عقد ضمان، ضمان نقل ذمه می باشد؛ در حقیقت این ماده تحصیل حاصل است: چون مدیون اصلی [مضمون عنه] از قبل بری شده است و اکنون ثالث تلقی می شود؛ یعنی در ضمان نقل ذمه، چنین امکانی معنا ندارد؛ هر چند ممکن است این طور برداشت شود که منظور این ماده ضمان نقل نباشد - زیرا اگر مفاد آن را در مورد ضمان ضم ذمه اعمال کنیم تا حدودی صحیح می شود؛ اما دکتر شهبازی این ماده را [طبق ماده ۷۱۸ ق.م.ا.براء ضامن] کلاً اشتباه و غلط می داند، چرا که قانون مدنی به طور قطع «ضمان ضم ذمه» را نپذیرفته است و اگر حتی بخواهیم در مورد ضمان ضم هم این ماده را اعمال کنیم، این ماده نمی تواند صحت داشته باشد.

## ابرای ضامن

**ماده ۷۱۸:** هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هر دو بری می شوند. چون ضامن در مقابل مضمون له بری شده و چیزی هم نپرداخته است، عملاً مضمون عنه هم در مقابل او ابراء می شود.

## رجوع ضامن به مدیون پس از ادای دین

ضامن وقتی می تواند به مدیون رجوع نماید که سه شرط زیر توأمأ وجود داشته باشند:

**اولاً:** دین را پرداخت کرده باشد؛ ماده ۷۰۹ ق.م.

**ثانیاً:** اذن در ضمانت و پرداخت داشته باشد؛ همانند ثالث در ماده ۲۶۷ ق.م.<sup>۱</sup>

**ثالثاً:** قصد تبرع نداشته باشد؛ ماده ۷۲۰ ق.م.

**ماده ۷۰۹:** ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر بعد از ادای دین، ولی می تواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی برائت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد، رجوع کند.<sup>۲</sup> بند دوم ماده زمانی است که مضمون عنه متعهد شده است تا زمان معینی، دینی که به گردن ضامن افتاده است را پرداخت کند و از این طریق مدیونیت ضامن را قبل از سررسید دین زایل کند، اما اگر مضمون عنه در مدت معلوم شده فی مابین نتواند و یا نخواهد دین را پرداخت کند، ضامن حق رجوع را به او دارد، حتی اگر هنوز [ضامن] دین را پرداخت نکرده باشد.

**ماده ۷۲۰:** ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده باشد [رلر با اذن] حق رجوع به مضمون عنه ندارد.

## مواردی که در حکم پرداخت است:

در سه مورد زیر، با این که دین پرداخت نشده است، ضامن می تواند به مضمون عنه رجوع کند: چون این موارد، در حکم پرداخت هستند:

<sup>۱</sup> - ماده ۲۶۷ ق.م.ا.یفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ ولیکن کسی که دین دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [داین جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

<sup>۲</sup> - ماده ۷۳۱ ق.م.ا. در صورتی که محال علیه مدیون محیل نبوده، بعد از ادای وجه حواله می تواند به همان مقداری که پرداخته است رجوع به محیل نماید.

**حواله:** ضامن یا طلبکار دین و طلب خود را حواله کنند؛ ماده ۷۱۰ ق.م.ت.ه  
**تهاتر:** اگر ضامن از طلبکار، طلبکار بشود دینش با دین طلبکار تهاتر می شود؛  
**مالکیت مافی الذمه:** در صورتی که ضامن وارث طلبکار باشد و طلبکار بمیرد و یا طلبکار، طلب خود را به بدهکار منتقل کند مالکیت فی الذمه رخ می دهد. ماده ۷۱۲ ق.م.ت.ه

**ماده ۷۱۰:** اگر ضامن با رضایت مضمون له حواله کند به کسی که دین را بدهد و آن شخص قبول نماید، مثل آن است که دین را اداء کرده است و حق رجوع به مضمون عنه دارد و همچنین است حواله مضمون له به عهده ضامن. در این ماده عمل حقوقی جای عمل مادی را می گیرد.

**ماده ۷۱۲:** هرگاه مضمون له فوت شود و ضامن وارث او باشد حق رجوع به مضمون عنه دارد. وقتی طلب مضمون له به به ضامن برسد، یعنی ضامن پرداخت کرده است. ماده ۳۰۰ ق.م.ت.ه<sup>۱</sup>

### تکرار پرداخت به وسیله مضمون عنه

**ماده ۷۱۱:** اگر ضامن دین را تأدیه کند و مضمون عنه آن را ثانیاً بپردازد [ایفای ناروا]، ضامن حق رجوع به مضمون له نخواهد داشت و باید به مضمون عنه مراجعه کند و مضمون عنه می تواند [از باب ایفای ناروا] از مضمون له آنچه را که گرفته است مسترد دارد.

### پرداخت کمتر از دین

**ماده ۷۱۳:** اگر ضامن به مضمون له کمتر از دین داده باشد، زیاده بر آنچه داده نمی تواند از مدیون [مضمون عنه] مطالبه کند، اگر چه دین را صلح به کمتر کرده باشد.<sup>۲</sup>  
 یکی از احتمالات این است که ممکن است دائن، دین را به قیمت کمتر صلح کند؛  
 علت حکم این ماده این است که: ضمان مبتنی بر مسامحه است و این عقد برای کسب درآمد نیست.

### پرداخت زیادتر از دین

اگر ضامن بیشتر از دین پرداخت کند، حق رجوع به مضمون عنه ندارد، مگر این که مضمون عنه اذن داده باشد؛  
**ماده ۷۱۴:** اگر ضامن زیادتر از دین به دائن بدهد، حق رجوع به زیاده ندارد مگر در صورتی که به اذن مضمون عنه داده باشد.

### پرداخت از سوی مضمون عنه

**ماده ۷۱۷ ق.م.ت.ه:** در حقیقت تکرار ماده ۲۶۷ ق.م.ت.ه است و دقیقاً با این ماده کاربرد دارد؛

<sup>۱</sup> - ماده ۳۰۰ ق.م.ت.ه: اگر مدیون مالک مافی الذمه خود گردد ذمه او بری می شود. مثل این که اگر کسی به مورت خود مدیون باشد، پس از فوت مورت دین او به نسبت سهم الارث ساقط می شود.

<sup>۲</sup> - ماده ۷۸۱ ق.م.ت.ه: اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود، مازاد مال مالک آن است؛ و اگر بر عکس حاصل فروش کمتر باشد، مرتهن باید برای نقیصه به راهن رجوع کند.

**ماده ۲۶۷ ق.م:** ایفای دین از جانب غیر مدیون [ثالث] هم جایز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ و لیکن کسی که دین دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [دائن جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

**ماده ۷۱۷:** هرگاه مضمون عنه دین [دین ضامن] را ادا کند ضامن بری می شود، هر چند ضامن به مضمون عنه اذن در اداء نداده باشد.<sup>۱</sup>

### ابرای ضامن

اگر طلبکار ضامن را ابراء کند، هم ضامن و هم مضمون عنه بری می شوند؛ یعنی وقتی طلبکار ضامن را ابراء می کند ضامن در مقابل طلبکار و مضمون عنه در مقابل ضامن بری می شوند - چون دیگر ضامن حق رجوع ندارد.

**ماده ۷۱۸:** هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هر دو بری می شوند. چون ضامن در مقابل مضمون له بری شده و چیزی هم نپرداخته است، عملاً مضمون عنه هم در مقابل او ابراء می شود.

### پرداخت ثالث مُتَبَرِّع

اگر ضامن چیزی پرداخت نکند، بالتبع حق رجوع ندارد، اما بالعکس در صورت پرداخت حق رجوع دارد؛

**ماده ۷۱۹:** هرگاه مضمون له ضامن را ابراء یا دیگری مجاناً دین را بدهد، ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد. ملاک رجوع ضامن به مضمون عنه تحمل غرامت است نه تحصیل براءت؛ علت حکم این ماده نیز این است که: ضمان مبتنی بر مسامحه است و این عقد برای کسب سود نیست.

## فصل دهم:

# حواله

**ماده ۷۲۴:** حواله عقدی است که به موجب آن طلب [دین]<sup>۲</sup> شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می گردد. مدیون را محیل، طلبکار را محتال، شخص ثالث را محال علیه می گویند.

<sup>۱</sup> - ماده ۷۴۶ ق.م: در موارد ذیل کفیل بری می شود: ۱..... ۲. در صورتی که مکفول در موقع مقرر شخصاً حاضر شود.

<sup>۲</sup> - اشتباه در قانون: در حواله، دین منتقل می شود نه طلب.

## خصوصیات حواله

حواله همانند عقود ضمان، رهن و کفالت، عقدی تبعی است؛ حواله بسیار شبیه ضمان است، با این تفاوت که در حواله اراده مدیون نیز دخالت دارد و بدون اراده وی انعقاد حواله ممکن نیست، اما در ضمان، اراده مدیون به هیچ وجه در آن عقد مؤثر نمی باشد؛ حواله تنها عقدی است که برای «انعقاد» و «اقاله» آن و همچنین برای درج «خیار شرط» و «شرط فاسخ» در آن، به وجود سه اراده نیازمندیم:

مدیون اول [محیل - مدیون اصلی]؛  
مدیون دوم [محال علیه - شخص ثالث]؛  
طلبکار [محتال یا محال له].

ماده ۷۲۵: حواله محقق نمی شود مگر با رضای محتال و قبول محال علیه. [و ایجاب محیل].  
در انعقاد عقد حواله، ابتکار عمل با مدیون اول [محیل] است؛ در واقع اوست که دین خود را حواله می کند.

## رابطه محیل و محتال

برای صحت حواله، باید محیل حتماً به محتال بدهکار باشد. در غیر این صورت عقد حواله صورت نگرفته است، اما این نوع رابطه باطل نمی باشد و طبق نظر دکتر کاتوزیان ممکن است قرض، یا هبه و یا اعطای نیابت برای وصول باشد؛

ماده ۷۲۶: اگر در مورد حواله محیل مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود.

## رابطه محیل و محال علیه

در رابطه این دو، دو حالت وجود دارد:

محیل از محال علیه طلب دارد و به این دلیل حواله می دهد: به این نوع حواله، «حواله کامل» یا «حواله بر مدیون» می گویند؛

گاهی محیل از محال علیه طلب ندارد: به این گونه حواله دادن، «حواله بر - بری» می گویند.

در هر دو حالت فوق، محال علیه می تواند قبول نکند و مانع انعقاد عقد حواله بشود؛ در «حواله بر - بری»، محال علیه در حکم ضامن است و تنها زمانی که دین را پرداخت کند، حق رجوع به محیل را دارد.

ماده ۷۲۷: برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه مدیون به محیل باشد. در این صورت، محال علیه پس از قبولی در حکم ضامن است.

ماده ۷۲۸: در صحت حواله ملائمت محال علیه شرط نیست.

ماده ۷۲۹: هرگاه در وقت حواله محال علیه معسر بوده و محتال جاهل به اعسار او باشد، محتال می تواند حواله را فسخ و به محیل رجوع کند.

### رجوع محال علیه بری به محیل

ماده ۷۳۱: در صورتی که محال علیه مدیون محیل نبوده، بعد از ادای وجه حواله می تواند به همان مقداری که پرداخته است رجوع به محیل نماید.

ماده ۷۰۹ ق.م: ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر بعد از ادای دین، ولی می تواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی بَرَأْت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد، رجوع کند؛

ماده ۷۱۳ ق.م: اگر ضامن به مضمون له کمتر از دین داده باشد، زیاده بر آنچه داده نمی تواند از مدیون [مضمون عنه] مطالبه کند، اگرچه دین را صلح به کمتر کرده باشد؛

ماده ۷۱۴ ق.م: اگر ضامن زیادتر از دین به دائن بدهد، حق رجوع به زیاده ندارد مگر در صورتی که به اذن مضمون عنه داده باشد؛

ماده ۷۱۵ ق.م: هرگاه دین مدت داشته و ضامن قبل از موعد آن را بدهد، مادام که دین حال نشده است نمی تواند از مدیون [مضمون عنه] مطالبه کند؛

ماده ۷۱۶ ق.م: در صورتی که دین حال باشد، هر وقت ضامن ادا کند می تواند رجوع به مضمون عنه نماید، هر چند ضمان مدت داشته و موعد آن نرسیده باشد، مگر آن که مضمون عنه اذن به ضمان مؤجل داده باشد.

### اثر حواله

اثر حواله مانند ضمان، انتقال دین است و در آن دین به محال علیه منتقل می شود؛ اما این حکم، قانون تکمیلی است و می توان خلاف آن را در عقد شرط کرد: یعنی شرط شود که علاوه بر محال علیه، محیل نیز هم چنان مدیون باقی بماند؛

ماده ۷۳۰: پس از تحقق حواله ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه محال علیه مشغول می شود.

ماده ۶۹۸ ق.م: بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.

### لزوم عقد حواله

طبق ماده ۷۳۲ ق.م. هواله عقدی است لازم - البتّه این ماده سه استثناء به شرع زیر دارد:

اعسار محال علیه: در ماده ۷۲۹ ق.م. [غیر مّلی بودن محال علیه و جاهل بودن محتال بر این امر]؛

وجود حق فسخ نسبت به سبب دین: همان دین متزلزل که اگر از بین برود، حواله نیز به تبع آن زایل می شود؛

**خيار تخلف از شرط.**

ماده ۷۳۲: حواله عقدی است لازم [نسبت به سه طرف آن] و هیچ یک از محیل و محتال و محال علیه نمی تواند آن را فسخ کند، مگر در مورد ماده ۷۲۹ و یا در صورتی که خيار فسخ [خيار شرط] شرط شده باشد.

**اثر انحلال بيع منشأ دین در حواله**

حواله عقدی است لازم و تنها با اراده طرفین آن [محیل، محتال و محال علیه] قابل اقاله می باشد. خيار شرط و درج شرط فاسخ نیز در عقد حواله با اراده طرفین آن [همان سه نفر] میسر است؛ عقد حواله همان طور که در ابتدا شرح داده شد، همانند ضمان، کفالت و رهن عقدی تبعی است و تابع وجود دین است.

ماده ۷۳۳: اگر در بيع بايع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بايع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بيع معلوم گردد، حواله باطل می شود [است] و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد. ولی، اگر بيع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ [منحل] شود حواله باطل نبوده [ولی منفسخ می شود] لیکن محال علیه بری [یعنی حواله تمام شده است] و بايع یا مشتری می تواند به یکدیگر رجوع کند. مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات [مهم عقود] نیز جاری خواهد بود.<sup>۱</sup>

از تبعی بودن این عقود، دو نتیجه گرفته می شود که این نتایج در ماده ۷۳۳ ق.م. آمده است؛

**نتیجه نخست:**

اگر بعد از انعقاد این عقود، معلوم بشود اصلاً دینی وجود نداشته است، عقد باطل است: زیرا این عقود تابع دین هستند و اگر دینی وجود نداشته باشد، بالتبع وقوع این عقود بی اساس و باطل است؛

**نتیجه دوم:**

اگر دین موجود بوده و بعداً از بین برود، این عقود [عقود تبعی] منفسخ می شوند.

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۷۰۸ ق.م: کسی که ضامن درک [عهده] میباید است در صورت فسخ بيع به سبب اقاله یا خيار از ضمان بری می شود؛  
ماده ۷۶۵ ق.م: صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است ولی صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است.

# فصل یازدهم:

# کفالت

کفالت در لغت مشتق از کفل و به معنای به عهده گرفتن می باشد؛

در اصطلاح حقوقی نیز عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل دیگری احضار شخص ثالثی را تعهد می کند. به شخص متعهد کفیل و به متعهدله مکفوله و به شخص ثالث مکفول گفته می شود.

ماده ۷۳۴: کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می کند. متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول له می گویند.

نکته: کفالت هم مانند عقود ضمان، رهن و حواله، عقدی تبعی است.

## تفاوت کفالت با ضمان

فرق کفالت با ضمان در این است که در ضمان تعهد بر دین است ولی در کفالت، تعهد بر حضور مکفول است و در صورت تخلف او کفیل ملزم به پرداخت دین است. به همین دلیل به کفالت عناوین دیگری مثل کفالت تن و کفالت نفس نیز گفته شده است.

## وقوع عقد کفالت

عقد کفالت، برخلاف حواله [که با سه اراده منعقد می شود]، با دو اراده تشکیل می شود و اراده مکفول در انعقاد بی تأثیر است؛

ماده ۷۳۵: کفالت به رضای کفیل و مکفول له واقع می شود.

## کفایت دعوی حق بر مکفول له

در عقد کفالت، علم کفیل به تعهدات مکفول شرط نیست بلکه همین که بداند از چه کسی کفالت می کند برای عقد کفالت کافی می باشد؛

در مورد مکفول نیز اهلیت شرط نیست و می توان از دیوانه نیز کفالت کرد.



ماده ۷۳۶: در صحت کفالت علم کفیل به ثبوت حقی بر عهده مکفول شرط نیست، بلکه دعوی حق از طرف مکفول له کافی است، اگرچه مکفول منکر آن باشد.

## انواع کفالت

ماده ۷۳۷: کفالت ممکن است مطلق باشد یا موقت و در صورت موقت بودن باید مدت آن معلوم باشد.

## تقاضای احضار در کفالت مطلق و موقت

ماده ۷۳۹: در کفالت مطلق مکفول له هر وقت بخواهد می تواند احضار مکفول را تقاضا کند، ولی در کفالت موقت قبل از رسیدن موعد حق مطالبه ندارد.

## وظایف کفیل

ماده ۷۴۰: کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است حاضر نماید والا باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت شود بر آید.

ماده ۷۴۴: اگر کفیل مکفول را در غیر زمان و مکان مقرر یا برخلاف شرایطی که کرده اند تسلیم کند، قبول آن بر مکفول له لازم نیست، لیکن اگر قبول کرد کفیل بری می شود؛ و همچنین، اگر مکفول له برخلاف مقرر بین طرفین تقاضای تسلیم نماید، کفیل ملزم به قبول نیست.

ماده ۲۷۵ ق.م: متعهد له را نمی توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید اگرچه آن شیء قیمتاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد. [اصل ایفای تعهد به طور یکپارچه].

## نکته:

مکفول له غیر از موارد توافق شده، نمی تواند کفیل را ملزم کند. مثلاً بگوید: باید مکفول له را هر روز بیاوری؛ در حالی که در عقد کفالت چنین توافقی نکرده باشند.

## امتناع مکفول له از تسلّم

در صورتی که کفیل، مکفول را طبق قرارداد حاضر نماید ولی مکفول له از قبول آن امتناع کند: کفیل می تواند با شهادت معتبر، احضار مکفول و امتناع مکفول له را نزد حاکم ثابت نماید و یا این که مکفول را نزد حاکم احضار نماید و تبرئه شود؛

ماده ۷۴۷: هرگاه کفیل مکفول خود را مطابق شرایط مقررہ حاضر کند و مکفول له از قبول آن امتناع نماید، کفیل می تواند احضار مکفول و امتناع مکفول له را با شهادت معتبر نزد حاکم و یا احضار نزد حاکم اثبات نماید.<sup>۱</sup>

## وجه التزام

ماده ۷۴۱: اگر کفیل ملتزم شده باشد که مالی در صورت عدم احضار مکفول بدهد، باید به نحوی که ملتزم شده است عمل کند.<sup>۲</sup>

## محل تسلیم مکفول

ماده ۷۴۲: اگر در کفالت محل تسلیم معین نشده باشد، کفیل باید مکفول را در محل عقد تسلیم کند، مگر این که عقد منصرف به محل دیگر باشد.<sup>۳</sup>

## دادن مهلت به کفیل

ماده ۷۴۳: اگر مکفول غایب باشد، به کفیل مهلتی که برای حاضر کردن مکفول کافی باشد داده می شود.  
ماده ۲۷۷ ق.م: متعهد نمی تواند متعده را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند [بدون رضایت متعهد له] نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط قرار دهد.  
ماده ۶۵۲ ق.م: در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساطی قرار می دهد.

## کفیل قهری و حکمی

ماده ۷۴۵: هر کس شخصی را از تحت اقتدار ذی حق یا قائم مقام او بدون رضای او خارج کند در حکم کفیل است و باید آن شخص را حاضر کند و الا باید از عهده حقی که بر او ثابت شود بر آید.

## کفالت در برابر چند بدهکار

ماده ۷۴۹: هرگاه یک نفر در مقابل چند نفر از شخصی کفالت نماید، به تسلیم او به یکی از آنها در مقابل دیگران بری نمی شود.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۷۳ ق.م: اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.

<sup>۲</sup> - ماده ۲۳۰ ق.م: اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که، در صورت تخلف متخلف، مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید، حاکم [دادگاه] نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن چه که ملزم شده است محکوم کند. [برخلاف حقوق انگلیس].

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۸۰ ق.م: انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید مگر این که بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضاء نماید. [قانون تکمیلی]؛

ماده ۳۷۵ ق.م: بیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آن جا واقع شده است، مگر این که عرف و عادت، مقتضای تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد.

## کفالت از کفیل

ماده ۷۳۸: ممکن است شخص دیگری کفیل کفیل شود.

ماده ۷۵۰: در صورتی که شخصی کفیل کفیل باشد و دیگری کفیل او و هکذا، هر کفیل باید مکفول خود را حاضر کند؛ و هر کدام از آنها که مکفول اصلی را حاضر کرد او و سایرین بری می شوند؛ و هر کدام که به یکی از جهات مزبوره در ماده ۷۴۶ بری شد، کفیل های ما بعد او هم بری می شوند.

## موارد برائت کفیل

در موارد ذیل کفیل بری می شود [مفاد ماده ۷۴۶ ق.م.ا]؛

معرفی به موقع کفیل: چنان چه (اگر) در زمان و مکان خاصی که قرار بوده مکفول را معرفی نماید. حضور به موقع مکفول: اگر مکفول شخصاً حاضر شود کفیل نیز بری می شود. برائت ذمه مکفول: اگر ذمه مکفول که موجب کفالت شده به نحوی بری شود. کفیل نیز بری می شود. انصراف مکفول له از تعهد کفیل: به هر دلیلی اگر مکفول له تعهد کفیل را نخواهد، کفیل بری می شود. انتقال حق مکفول له: اگر دین و طلب مکفول له به دیگری منتقل شود، مثلاً کسی دین مدیون را ضمانت کند و در نتیجه دین منتقل شود، جایی برای کفالت باقی نمی ماند. فوت مکفول: کفیل متعهد به حاضر کردن مکفول است و اگر بمیرد دیگر امکانی برای اجرای تعهد باقی نمی ماند؛ و چنان چه دین مکفول له بدون پرداخت بماند، کفیل مسئولیتی ندارد.

ماده ۷۴۶: در موارد ذیل کفیل [کفیل، یک نوع تضمین است] بری می شود:

در صورت حاضر کردن مکفول به نحوی که متعهد شده است؛  
در صورتی که مکفول در موقع مقرر شخصاً حاضر شود؛  
در صورتی که ذمه مکفول به نحوی از انحاء از حقی که مکفول له بر او دارد بری شود؛  
در صورتی که مکفول له کفیل را بری نماید؛  
در صورتی که حق [طلب] مکفول له به نحوی از انحاء به دیگری منتقل شود؛  
در صورت فوت مکفول.

## فوت مکفول له

ماده ۷۴۸: فوت مکفول له موجب برائت کفیل نمی شود.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۹۲ ق.م.ا: تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می شود: ۱. .... ۲. .... ۳. وقتی که متعهد له مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید. [انتقال طلب]؛ علت: چون در انتقال طلب، تضمینات آن هم از بین می روند.

## رجوع کفیل به مکفول

مباشرت مکفول اگر شرط نباشد، کفیل می تواند، به جای احضار مکفول، حقی را که بر عهده مکفول است ادا نماید و خود از احضار مکفول بری شود. در این صورت، اگر کفالت به اذن مکفول باشد، کفیل می تواند به او مراجعه نماید و آنچه پرداخته، مطالبه کند. ماده ۷۵۱: هرگاه کفالت به اذن مکفول بوده و کفیل، با عدم تمکن از احضار، حقی را که به عهده او است اداء نماید و یا به اذن او ادای حق کند، می تواند به مکفول رجوع کرده آنچه را که داده اخذ کند و اگر هیچ یک به اذن مکفول نباشد حق رجوع نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

## فصل دوازدهم:

# صلح

### صلح<sup>۲</sup>

صلح در مورد دعوا و صلح در مورد معاملات.

### صلح در مورد دعوا

این نوع صلح بیشتر مربوط به آیین دادرسی مدنی است؛ و خود به دو نوع تقسیم می شود؛ گاهی، دعوای به وجود آمده را، به صلح ختم می دهند؛ گاهی با عقد صلح، از دعوای احتمالی، جلوگیری می کنند.

ماده ۷۵۲: صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.

ماده ۷۶۶: اگر طرفین به طور کلی تمام دعوای واقعیه [موجود] و فرضیه [احتمالی] خود را به صلح خاتمه داده باشند، کلیه دعوای، داخل در صلح محسوب است اگرچه منشأ دعوی در حین صلح معلوم نباشد، مگر این که صلح به حسب قراین شامل آن نگردد.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۶۷ ق.م.ا: ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ و لیکن کسی که دین دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [داین جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

<sup>۲</sup> - طرفین صلح: مصالح و متصالح.

**صلح در مورد دعوا عقدی است معوض:**

زیرا طرفین از ادعاهای خود [حق اقامه دعوی] می گذرند.

**صلح در مورد دعوا، توسط منکر هم امکان پذیر است:**

یعنی کسی که دعوا را انکار می کند نیز می تواند تقاضای صلح کند؛ ایــــن تقاضا اقرار محسوب نمی شود.

ماده ۷۵۵: صلح با انکار دعوی نیز جایز [مجاز] است، بنابراین در خواست صلح اقرار محسوب نمی شود.

ماده ۷۵۶: حقوق خصوصی که از جرم تولید می شود ممکن است مورد صلح واقع شود.

در اینجا جرم رخ داده است و زیآن هم وارد شده است، زیان دیده صلح می کند؛ خود جرم جنبه عمومی دارد و جنبه عمومی آن قابل صلح نمی باشد.

**طرفین صلح باید اهلیت و اختیار داشته باشند:**

ماده ۷۵۳: برای صحت صلح طرفین باید اهلیت معامله و تصرف در مورد صلح داشته باشند.<sup>۱</sup>

هر صلمی صمیم است، الا صلح بر امر غیر مشروع:

ماده ۷۵۴: هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد.<sup>۲</sup>

**صلح در مورد معاملات**

نام های دیگر این نوع صلح: صلح در مقام معامله یا صلح بدوی یا ابتدایی است؛ صلح در مورد معامله، عقدی است که به جای بعضی از اعمال حقوقی می آید و اثر آن همان اثر عمل حقوقی مورد نظر را دارد، اما احکام خاصه آن را ندارد؛ مثلاً اثر بیع تملیک است که بیع یک سری احکام خاص دارد؛ اما می توان با صلح مالی را به دیگری تملیک کرد بدون احکام خاصه بیع.

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۳۴۵ ق.م: هر یک از باع و مشتری باید، علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد؛

ماده ۷۹۶ ق.م: واهب باید برای معامله [اهلیت] و [اختیار] تصرف در مال خود اهلیت داشته باشد؛

ماده ۲۱۰ ق.م: متعاملین باید برای معامله اهلیت [استیفا] داشته باشند.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون [امری] نباشد، نافذ است.

**ماده ۷۵۸:** صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد؛ بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود، بدون این که شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.<sup>۱</sup>

**ماده ۷۵۹:** حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام بیع باشد.

**ماده ۱۸۲ آ.د.م:** هرگاه سازش در دادگاه واقع شود، موضوع سازش و شرایط آن به ترتیبی که واقع شده در صورت مجلس منعکس و به امضای دادرس و یا دادرسان و طرفین می رسد.

تبصره: چنانچه سازش در حین اجرای قرار واقع شود، سازش نامه تنظیمی توسط قاضی مجری قرار در حکم سازش به عمل آمده در دادگاه است؛

**ماده ۱۸۳ آ.د.م:** هرگاه سازش خارج از دادگاه واقع شده و سازش نامه غیر رسمی باشد طرفین باید در دادگاه حاضر شده و به صحت آن اقرار نمایند. اقرار طرفین در صورت مجلس نوشته شده و به امضای دادرس دادگاه و طرفین می رسد در صورت عدم حضور طرفین در دادگاه بدون عذر موجه دادگاه بدون توجه به مندرجات سازش نامه دادرسی را ادامه خواهد داد.

### انواع صلح، از نظر معوض یا مجانی بودن

صلح در مورد معامله ممکن است معوض باشد یا مجانی؛ اما صلح در مورد دعوا همیشه معوض است؛ صلح در معاملات بستگی به نوع عقد دارد: اگر صلح به جای عقود معوض منعقد بشود، معوض است و آنگه به جای عقود مجانی منعقد بشود، مجانی است.

**ماده ۷۵۷:** صلح بلاعوض نیز جایز [مُجاز] است.

### صلح، عقدی لازم است<sup>۲</sup>

موارد فسخ صلح عبارتند از: خیارات + یا اقاله؛

**ماده ۷۶۰:** صلح عقد لازم است اگرچه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و بر هم نمی خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله.

صلح در دعوا در دو مورد به هم می خورد: خیار شرط و خیار تخلف از شرط.

**ماده ۷۶۱:** صلحی که در مورد تنازع یا مبنی به تسامح باشد قاطع [لازم] بین طرفین است و هیچ یک نمی تواند آن را فسخ کند اگرچه به ادعای غبن باشد مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار [خیار شرط].

<sup>۱</sup> - ماده ۸۰۸ ق.م. هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالث منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبعه را تملک کند. - این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می گویند.

<sup>۲</sup> - صلح اعم از معوض و بلاعوض، عقدی لازم است و منظور از جایز در ماده ۷۵۷ ق.م، جواز عقد نیست، بلکه منظور مباح بودن صلح بلاعوض است؛ حکم تکلیفی.

صلح:	در دعاوی:	این نوع صلح همیشه معوض است: علم اجمالی در آن کفایت می کند؛
	در معاملات:	صلح در معاملات بستگی به معامله مورد نظر دارد: اگر مغایره ای باشد، علم معوض:
		تفصیلی در آن مورد نیاز است و اگر مسامحه ای باشد علم اجمالی کافی است.

### اشتباه در صلح

از آنجایی که صلح از عقود است که در آن شخصیت طرف، مهم و علت عمده عقد است، اشتباه در آن، باعث بطلان صلح است؛

اشتباه در سایر موارد [از جمله مورد معامله و ...] نیز تابع حقوق مدنی ۳ است؛<sup>۱</sup>

ماده ۷۶۲: اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است.

### اکراه در صلح

به مبحث اکراه در جزوه حقوق مدنی ۳ مراجعه شود.

ماده ۷۶۳: صلح به اکراه نافذ نیست.

منظور از اکراه در این ماده، اکراه معنوی است؛

ماده ۲۰۳ ق.م. اکراه [معنوی] موجب عدم نفوذ معامله است اگرچه از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین واقع شود.

### تدلیس در صلح

ماده ۷۶۴: تدلیس در صلح موجب خیار فسخ است.

ماده ۴۳۸ ق.م.: تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود.

شرح ماده ۷۶۵ ق.م.

ماده ۷۶۵: صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است [سالبه به انتفاء موضوع]، ولی صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است.

<sup>۱</sup> - رک. فصل دوم حقوق مدنی ۳.

## شرح ماده ۷۶۵ ق.م.

بند اول:	صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله، باطل است: مثال: معامله ای باطل است، اما طرفین تصور می کنند که معامله صحیح است و در حال انجام تعهدات خود هستند که در این هنگام بین آن ها دعوا رخ می دهد؛ حال اگر چنین دعوایی را به صلح ختم کنند، باطل است: زیرا معامله مبنا، باطل بوده است. بند اول ماده ۷۶۵ ق.م. از مصادیق ماده ۷۶۷ ق.م. است.
بند دوم:	صلح دعوی ناشی از بطلان معامله، صحیح است: مثال: معامله ای باطل است و طرفین هم بر این بطلان آگاهی دارند و می دانند که باید عوضین را پس بدهند، حال در حین پس دادن عوضین اگر دعوایی رخ بدهد و این دعوا را در نهایت به صلح ختم کنند، این صلح صحیح است.

ماده ۷۶۷: اگر بعد از صلح معلوم گردد که موضوع صلح منتفی بوده است صلح باطل است.<sup>۱</sup>

## استثنا بر اصل نسبی بودن قراردادها

ماده ۷۶۸: در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می گیرد متعهد شود که نفقه معینی [پول] همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تأدیه کند این تعهد ممکن است به نفع طرف مصالحه یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود.<sup>۲</sup>

ماده ۷۶۹: در تعهد مذکوره در ماده قبل به نفع هر کسی که واقع شده باشد ممکن است شرط نمود که بعد از فوت منتفع نفقه به وراث او داده شود.

چون تعهد به نفع ثالث قائم به شخص است و به ارث [ثالث] نمی رسد. مگر این که خلاف آن شرط شده باشد. یعنی: اگر ثالث تعهد مزبور را رد کند، [یا فوت کند، یا ثالث موجود نباشد و ...] و یا به هر دلیلی تعهد به نفع ثالث اجرا نشود، این تعهد از بین نمی رود و باید به نفع طرف دیگر معامله [طرفی که به سود ثالث شرط کرده است] اجرا شود؛ و اگر طرف معامله فوت کرده باشد به سود وراثش [وارث طرف معامله، نه وارث ثالث] اجرا می گردد؛ تعهد به نفع ثالث یک استثناء است و استثناء باید تفسیر مضیق بشود؛ یعنی نمی توان آن را به موارد مشابه سرایت داد؛ هر چیزی به نفع ثالث قبول می خواهد، بجز تعهد به نفع ثالث. پس تملیک به نفع ثالث نیاز به قبول ثالث دارد.<sup>۳</sup>

ماده ۷۷۰: صلحی که بر طبق دو ماده فوق واقع می شود به ورشکستگی یا افلاس متعهد نفقه فسخ نمی شود مگر این که شرط شده باشد.

## نکته پایانی

در بیشتر جاهایی که عقدی نامعین باشد، حقوق دانان به ماده ۱۰ ق.م. و فقها به صلح [سید العقود] استناد می کنند.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۶۱ ق.م: اگر در بیع عین معین [و کلی در معین] معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۳۱ ق.م: معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آن ها موثر است، مگر در مورد [بند دوم] ماده ۱۹۶ [تعهد به نفع ثالث]؛ ماده ۱۹۶ ق.م: کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر این که در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود. مع ذلک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.

<sup>۳</sup> - برای دیدن توضیحات بیشتر، رک. فصل دوم حقوق مدنی ۳.

<sup>۴</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون [امری] نباشد، نافذ است.



## فصل سیزدهم:

# رهن

### تعریف رهن<sup>۱</sup>

ماده ۷۷۱: رهن عقدی است که به موجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می دهد. رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند.

وثیقه دادن برای دین آینده در حقوق ما ممکن نیست و دست کم باید سبب (مقتضی) دین ایجاد شده باشد.<sup>۲</sup>

### وثیقه

وثیقه یعنی تضمین، یعنی چیزی که طلب شخص را تضمین می کند؛

وثیقه بر دو نوع است: شخصی و عینی؛

در وثیقه شخصی، یک شخص، طلب دائن را تضمین می کند؛

سه عقد «ضمان، حواله و کفالت» وثیقه شخصی ایجاد می کنند.

اما در وثیقه عینی، یک مال، طلب دائن را تضمین می کند؛ وثیقه عینی، همان حق عینی تبعی است؛

وثیقه عینی بر سه نوع است: قراردادی، قضایی و قانونی؛

عقد رهن، وثیقه عینی قراردادی است.

### رهن عقد عینی است

عقد عینی، عقدی است که قبض (تسلیم) در آن ها شرط صحت عقد است و اگر مال تسلیم نشود عقد صورت نگرفته است؛

یعنی عقود عینی سه رکن دارند: ایجاب، قبول و قبض، در نتیجه وقوع عقد عینی زمانی است که قبض واقع می شود؛<sup>۳</sup>

اگر عقد رهن با سند رسمی منعقد بشود، سند رسمی قائم مقام قبض است و قبض واقع شده تلقی می شود؛

<sup>۱</sup> - رهن نیز مانند عقود ضمان، کفالت و حواله، عقدی تبعی است.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۹۱ ق.م: ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است.

<sup>۳</sup> - عقود عینی: عقد موجد حق انتفاع، وقف، بیع صرف، رهن و هبه.

ماده ۷۷۲: مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

### یک تفاوت

تفاوت رهن با سایر عقود عینی این است که اگر مال تسلیم بشود و دوباره به دست رهن بیفتد، عقد همچنان پابرجاست و لازم نیست که عین مرهونه در ید مرتهن استمرار یابد؛ یعنی امکان دارد که مال در ید رهن، اما در وثیقه مرتهن باشد.

### شرایط مال مرهون

مالی که رهن داده می شود، باید قابل نقل و انتقال باشد؛ زیرا هدف واقعی از رهن این است که اگر رهن دین خود را پرداخت نکند، مرتهن بتواند از محل فروش مال مرهونه، طلب خود را بردارد؛ یعنی مال مرهونه باید قابلیت تملک و فروش را داشته باشد؛ در نتیجه نمی توان مال موقوفه را به رهن گذاشت؛ چرا که فروش مال موقوفه با هدف وقف منافات دارد؛

ماده ۷۷۳: هر مالی که قابل نقل و انتقال قانونی نیست نمی تواند مورد رهن واقع شود.<sup>۱</sup>

### رهن دین و منفعت

ماده ۷۷۴: مال مرهون باید عین معین [و کلی در معین] باشد و رهن دین و منفعت [و کلی] باطل است.

#### مال «کلی» و «دین» و «منفعت» را نمی توان رهن گذاشت؛

«کلی»	رهن «کلی» باطل است؛ چون «کلی» قابل قبض نیست.
دین:	رهن برای وقوع به قبض نیاز دارد و از آنجایی که دین قابل قبض نیست، رهن آن نیز ممکن نیست.
منفعت:	چون منفعت مانند عین نیست که باقی بماند؛ بلکه در طول زمان از بین می رود.

### شرایط دین

خیاری بودن دین منافاتی با رهن گذاشتن برای آن ندارد؛ اگر عقد مبنا فسخ بشود، رهن هم خودبه خود مرتفع می شود.

ماده ۷۷۵: برای هر مالی که در ذمه باشد [دین] ممکن است رهن داده شود، ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۳۴۸ ق.م.ب: بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که با بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است، مگر این که مشتری خود قادر بر تسلیم باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۹۶ ق.م.ب: هر دینی را ممکن است ضمانت نمود، اگر چه شرط [حق فسخ] فسخی در آن موجود باشد.

## تعداد راهن و مرتهن

اشاعه فقط در مالکیت نیست، بلکه در تمام حقوق متصور است: بند اول ماده ۷۷۶ اشاره به اشاعه در حق عینی تبعی دارد؛ مثال ماده این است که: چند نفر از یک نفر طلب دارند و آن یک نفر یک مال را به همه طلبکارها به عنوان وثیقه می دهد، در این صورت طلبکاران بر روی مال مذکور به طور مشاع حق عینی تبعی دارند.

ماده ۷۷۶: ممکن است یک نفر مالی را در مقابل دو یا چند دین<sup>۱</sup> که به دو یا چند نفر دارد رهن بدهد، در این صورت مرتهنین باید به تراضی معین کنند که رهن در تصرف چه کسی باشد؛ و همچنین ممکن است دو نفر یک مال<sup>۲</sup> را به یک نفر در مقابل طلبی که از آنها دارد رهن بدهند.<sup>۳</sup>

### «رهن مکرر» و «رهن مازاد»

بند اول این ماده [۷۷۶ ق.م.]، رهن مکرر را بیان کرده که با رهن مازاد تفاوت دارد: رهن مازاد مبتنی بر ترتیب در استیفای طلب است: یعنی ابتدا مرتهن نخست طلب خود را از ثمن مال مرهونه بر می دارد و اگر چیزی باقی ماند به مرتهن دوم می رسد و به همین ترتیب... .

### قبض مال در فرض تعدد مرتهنین

در فرض تعدد مرتهنین از آنجایی که مال به هر کدام که داده شود، ترجیح بلامرغ است، باید همه بر این تراضی کنند که مال در ید یکی از آنان باشد و یا این که توافق کنند که مال به شخص ثالثی داده شود؛ هر کسی که مرتهنین برای نگهداری مال معین کنند، وکیل آنان در قبض است و از آنجایی که اراده وکیل و اراده موکل یکی است، هرگاه مال به وکیل داده شود، مثل این است که مال را همه مرتهنین قبض کرده اند.

### توکیل برای فروش مال مرهون

رویه از این قرار است که در عقد رهن، اگر راهن دین خود را نپردازد، مرتهن باید به دادگاه مراجعه کرده و تقاضای فروش مال مرهونه را از مرجع فوق بنماید [ماده ۷۷۹ ق.م.]؛ اما راهن می تواند به مرتهن وکالت بدهد که اگر دین خود را به وی نپرداخت، مرتهن خود مال را بی واسطه و بدون رجوع به دادگاه بفروشد و طلب خود را از این فروش بردارد.

<sup>۱</sup> - چه با رقم یکسان و چه با رقم متفاوت.

<sup>۲</sup> - که ممکن است مشاع باشد و یا مال یکی از آنها.

<sup>۳</sup> - ماده ۵۷۱ ق.م: شرکت [اشاعه] عبارت است از اجتماع حقوق مالکین [صاحبان حق] متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه.

### شرط استثنایی در این نوع وکالت:

وکالت عقدی اذنی است و با فوت هر یک از طرفین به هم می خورد؛ اما استثنائاً در وکالتی که برای فروش مال مرهونه داده می شود می توان شرط کرد که با فوت، وکالت به هم نخورد؛<sup>۱</sup> حال در این نوع وکالت اگر چنین شرطی گنجانده شود، بعد از فوت مرتهن، ورثه وی حق دارند که مال مرهونه را بفروشند؛ یعنی وکالت در فروش مال مرهونه به ورثه مرتهن می رسد و با فوت وی زایل نمی شود؛ و اگر راهن بمیرد، مرتهن یا ورثه او حسب الامر می توانند مال مرهونه را بفروشند و طلب خود را از این راه به دست بیاورند.

### پند نکته:

در وکالتی که برای فروش مال به مرتهن داده می شود، می توان شرط کرد که این وکالت به ورثه او [مرتهن] نرسد؛

این نوع وکالت لازم نیست که حتماً در ضمن عقد رهن داده شود، بلکه می توان آن را جدای از عقد رهن منعقد کرد؛

هرگاه مرتهن که وکیل در فروش مال بوده، مال را به خودش بفروشد، می گوئیم مرتهن از عین مرهونه حق خود را استیفا کرده است و نه از قیمت آن؛

وکالتی که برای فروش مال به مرتهن داده می شود، معلق است بر عدم ایفای دین از جانب راهن؛ در نتیجه هرگاه راهن دین خود را بپردازد، وکالت داده شده، خودبه خود منفسخ می شود.

وکالت در فروش مال مرهونه:	در فروش مال به خود به جای طلب: مرتهن از عین مرهونه طلب خود را بر می دارد؛
مال مرهونه:	در فروش مال به دیگری و دریافت طلب: مرتهن از ثمن مرهونه طلب خود را اخذ می کند.
وکالت در فروش مال مرهونه با شرط نتیجه، به صرف اشتراط حاصل می شود: یعنی با عقد به وجود می آید.	

ماده ۷۷۷: در ضمن عقد رهن یا به موجب عقد علی حده [جداگانه] ممکن است راهن مرتهن را وکیل کند [شرط نتیجه] که، اگر در موعد مقرر راهن قرض [دین] خود را اداء ننمود، مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفاء کند؛ و نیز ممکن است قرار دهد [شرط ضمن عقد] وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد؛ و بالاخره ممکن است که وکالت [از همان ابتدا و یا معلق بر فوت] به شخص ثالث داده شود.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - البته اگر شرط نشود، تابع قواعد عمومی وکالت است و با فوت زایل می شود.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۷۹۱ ق.م: اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود، باید تلف کننده بدل آن [مثل یا قیمت] را بدهد و بدل مزبور [خود به خود] رهن خواهد بود؛

ماده ۷۹۲ ق.م: وکالت مذکور در ماده ۷۷۷ شامل بدل مزبور در ماده فوق نخواهد بود.

## اجبار رهن به فروش

وکالت در فروش مال مرهونه ابتدا به ساکن [به طور طبیعی] وجود ندارد؛ یعنی اگر وکالت در فروش داده نشود [شرط نشود]، چنین حقی برای مرتهن وجود ندارد و باید طبق رویه [ماده ۷۷۹ ق.م. عمل بشود؛

**ماده ۷۷۹:** هرگاه مرتهن برای فروش عین مرهونه وکالت نداشته باشد و رهن هم برای فروش آن و آدای دین حاضر نگردد مرتهن به حاکم رجوع می نماید تا اجبار به بیع یا آدای دین به نحو دیگر کند.

## ماده ۷۷۸ ق.م: ماده ای مهم، مجمل و البته اختلافی!

دکتر برادران «پیرو نظرات دکتر شهیدی و امامی»: شرطی که در این ماده آمده، شرط خلاف مقتضای ذات عقد و باطل و مبطل است؛ چرا که هدف غایی وثیقه بودن مال این است که مرتهن بتواند از فروش مال مرهونه طلب خود را به دست بیاورد؛<sup>x</sup>

دکتر شهبازی «پیرو نظرات دکتر کاتوزیان»: شرط «به دلیل نامشروع بودن» باطل، اما عقد صحیح است.<sup>۱</sup>

**ماده ۷۷۸:** اگر شرط شده باشد که مرتهن حق [تقاضای] فروش<sup>۲</sup> عین مرهونه را ندارد [عقد یا شرط؟] باطل است. شرطی که در این ماده آمده است، ناظر بر وکالت در فروش مال نمی باشد، بلکه منظور حق تقاضای فروش مال است.

## تقدم مرتهن بر سایر طلبکاران

طلبکاری که حق عینی تبعی دارد [مرتهن]، «طلبکار با وثیقه» و طلبکاری که چنین حقی را نداشته باشد، «طلبکار عادی» نامیده می شود؛

طلبکار با وثیقه فقط تا حد وثیقه بر سایر غرما مقدم است و هرگاه مال مرهونه کفاف طلب او را ندهد و وی نتواند دین خود را تمام و کمال از این راه به دست بیاورد، نسبت با مابقی طلب خود، طلبکار عادی محسوب می شود؛

البته لازم به ذکر است که طلبکار با وثیقه [مرتهن] بر طلبکاری که حقوق ممتازه دارد مقدم نیست: یعنی ابتدا نفقه پرداخت می شود و سپس حقوق مرتهن؛<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - این نظر ملاک آزمون های وکالت و قضاوت است.

<sup>۲</sup> - تبلور عینی بودن وثیقه در امکان فروش مستتر است که از آن طریق مرتهن به حق خود برسد.

<sup>۳</sup> - ماده ۱۴۰۶ ق.م: زوجه در هر حال می تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوی نماید و طلب او از بابت نفقه مزبور طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر زن مقدم بر غرما [اعم از مرتهن] خواهد بود، ولی اقارب فقط نسبت به آتیه می توانند مطالبه نفقه نمایند.

ماده ۷۸۰: برای استیفای طلب خود از قیمت رهن، مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت.<sup>۱</sup>

### اولویت در پرداخت دیون

ابتدا: طلبکار دارای حقوق ممتازه؛ دوم: طلبکار دارای حق وثیقه؛ سوم: سایر طلبکاران [عادی].

### فزونی و نقص قیمت مال مرهون

ماده ۷۸۱: اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود، مازاد مال مالک آن است؛ و اگر برعکس، حاصل فروش کمتر باشد، مرتهن باید برای نقیصه به رهن رجوع کند.

### اعسار و ورشکستگی رهن

ماده ۷۸۲: در مورد قسمت اخیر ماده قبل اگر رهن مَفْلَس شده باشد، مرتهن با غرماء شریک می شود.

### پرداخت بخشی از دین

رهن تجزیه ناپذیر است؛ یعنی اگر رهن بخشی از دین خود را بدهد و مرتهن هم قبول کند، وی نمی تواند با این پرداخت، تقاضای آزاد کردن بخشی از مال مرهونه را بنماید، مگر این که مرتهن به این کار رضایت بدهد.

ماده ۷۸۳: اگر رهن مقداری از دین را ادا کند [مرتهن نیز قبول کند]،<sup>۲</sup> حق ندارد مقداری از رهن را مطالبه نماید و مرتهن می تواند تمام آن را تا تأدیه کامل دین نگاه دارد، مگر این که بین رهن و مرتهن ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

### علت حکم ماده فوق:

چون هر جزئی از عین مرهونه وثیقه تمام دین است؛ بنابراین اگر مدیون بخشی از دین را ادا کند [هر مقدار، ولو بیشترین درصد آن را]، هیچ جزئی از مال مرهونه آزاد نمی شود؛

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۲۷ ق.ا.ح: اگر چیزی از ترکه در مقابل دینی رهن باشد مرتهن نسبت به مال مرهون بر سایر بستانکاران مقدم است و اگر بهای مال مرهون از طلب مرتهن زاید باشد مقدار زاید مابین بستانکاران تقسیم می شود و اگر کمتر باشد مرتهن نسبت به باقیمانده طلب خود مانند سایر بستانکاران خواهد بود؛

ماده ۱۴۸ ق.ا.م: در هر مورد که اجرائیه متعدد به قسمت اجراء رسیده باشد، دادورز (مأمور اجرا) باید حق تقدم هر یک از محکوم لهم را به ترتیب زیر رعایت نماید: ۱. اگر مال منقول یا غیر منقول محکوم علیه نزد محکوم له رهن یا وثیقه یا مورد معامله شرطی و امثال آن یا در توقیف تأمینی یا اجرائی باشد محکوم له نسبت به مال مزبور به میزان محکوم به بر سایر محکوم لهم حق تقدم خواهد داشت. ۲. ... ۳. ... ۴. ...

<sup>۲</sup> - ماده ۲۷۷ ق.م: متعهد نمی تواند متعده را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند [بدون رضایت متعهد له] نظر به وضعیت مدیون مهلت عادله یا قرار اقساط قرار دهد.

اگر رهن از بخشی از دین ابراء بشود، باز هم همچنان تمام مال مرهونه برای آن بخش از طلب که باقی مانده است، رهن باقی می ماند؛  
اگر رهن فوت کند و ورثه مقداری از دین را آداء کنند و مقداری از آن باقی مانده باشد، در این صورت نیز همچنان تمام مال مرهونه برای مقدار باقی مانده دین، رهن باقی می ماند.

## تبدیل مال رهن

اصل حاکمیت اراده ها اقتضا می کند که طرفین بتوانند مال مرهونه را عوض کنند و یا این که بخشی از آن را آزاد کنند و ...؛

**ماده ۷۸۴:** تبدیل رهن [عین مرهونه] به مال دیگر به تراضی طرفین جایز است.  
هر گاه کسی عین مرهونه را تلف کند، عوض [بدل] آن خود به خود رهن قرار می گیرد.

## توابع و متعلقات رهن

**ماده ۷۸۵:** هر چیزی که در عقد بیع بدون قید صریح به عنوان متعلقات، جزء مبیع محسوب می شود در رهن نیز داخل خواهد بود.<sup>۱</sup>  
اگر چیزی صریحاً از مال مرهونه استثناء شده باشد، جزء رهن محسوب نمی شود.

## ثمره و زیادتی حاصل در رهن

**ماده ۷۸۶:** ثمره رهن و زیادتی که ممکن است در آن حاصل شود، در صورتی که متصل باشد جزء رهن خواهد بود و در صورتی که منفصل باشد متعلق به رهن است،<sup>۲</sup> مگر این که ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۶۸ ق.م: هر چیزی که طبعاً یا بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می شود داخل در وقف است، مگر این که واقف آن را استثناء کند، به نحوی که در فصل بیع مذکور است؛

ماده ۳۵۶ ق.م: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت [عرف و عادت محل] جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قراین 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؛  
ماده ۳۵۷ ق.م: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی شود، مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد. [اصل عدم انتقال ملک]؛

ماده ۳۵۸ ق.م: نظر به دو ماده فوق، در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد، به طوری که نتوان [مانند در و پنجره] آن را بدون خرابی نقل نمود، متعلق به مشتری می شود؛ و بر عکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی شود، مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود؛

ماده ۳۵۹ ق.م: هر گاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد، آن شیئی داخل در بیع نخواهد بود، مگر آن که تصریح شده باشد؛

ماده ۳۶۰ ق.م: هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است، استثناء آن از مبیع نیز جایز است.

<sup>۲</sup> - یعنی جزو رهن نیست.

منافع متصل:	جزء رهن محسوب می شود: زیرا از عین قابل تفکیک نمی باشد.
منافع منفصل:	جزء رهن نیست: و متعلق به راهن است، مگر این که شرط خلاف شده باشد.

## رهن تصرف

رهنی است که در آن راهن به مرتهن اذن می دهد که از منافع مال استفاده نماید؛ زیرا اگر قرار است منافع به مرتهن برسد، لازمه اش این است که مال در تصرف او باشد.

## رهن مستعار یا رهن مال غیر

جایی که راهن مالی برای رهن گذاردن ندارد و به همین دلیل مالی را از دیگری عاریه می گیرد و به اذن مُعیر به رهن می گذارد.

## لزوم و جواز رهن

مرتهن مانند هر صاحب حقی، می تواند از حق خود بگذرد؛ اما گذشتن از حق خود به منزله این نیست که از طلب خود گذشته است، بلکه وی فقط از داشتن حق مرهونه خود گذشته و طلب او به طلب عادی و بدون وثیقه تبدیل شده است.

ماده ۷۸۷: عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین، مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی راهن نمی تواند، قبل از این که دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد.

اگر رهن از ناحیه راهن فسخ بشود، نقض غرض است و قانون امکان چنین چیزی را نمی دهد؛ رهن عقدی دوجوهی است: <sup>۱</sup> نسبت به راهن لازم و نسبت به مرتهن جایز است؛ <sup>۲</sup> عقود کفالت و ضمان ضم ذمه نیز دوجوهی می باشند و نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایزند.

## فوت راهن و مرتهن

حفظ اهلیت راهن تا این که مال به قبض مرتهن برسد خیلی مهم است؛ اگر راهن قبل از تسلیم مال به مرتهن، بمیرد رهن باطل است؛ و اگر راهن قبل از تسلیم مال به مرتهن، محجور شود، عقد رهن منعقد نمی شود.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۸۷ ق.م: عقد ممکن است به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز.

<sup>۲</sup> - نکته: عقود دو وجهی از حیث احکام لزوم و جواز مشمول قواعد عقد لازم است.



ماده ۷۸۸: به موت [یا حجر] رهن یا مرتهن رهن منفسخ نمی شود<sup>۱</sup> ولی در صورت فوت مرتهن، رهن می تواند [به منظور صدمه ندیدن مال] تقاضا نماید که رهن به تصرف شخص ثالثی [وکیل در قبض] که به تراضی او و ورثه معین می شود داده شود. در صورت عدم تراضی، شخص مزبور از طرف حاکم معین می شود.

### علت حکم این ماده:

از آنجایی که عین مرهونه در ید مرتهن امانت است، ممکن است وراثت او شرایط امین بودن را نداشته باشند؛ یعنی خود مرتهن مورد قبول رهن بوده، اما وراثت وی مورد قبول رهن نیست.

### مسئولیت و امانت مرتهن

ماده ۷۸۹: رهن در ید مرتهن امانت محسوب است و بنابراین مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود، مگر در صورت تقصیر.<sup>۲</sup>

این نوع امانت، امانت مالکانه است؛ یعنی امانت با اراده مالک صورت می گیرد، مانند عاریه، ودیعه، اجاره و تمام عقودی که در آنها به این صورت مال امانت داده می شود؛ به این نوع امانت، امانت قراردادی نیز می گویند؛ برخلاف امانت قانونی، در امانت مالکانه، برای استرداد مال، مالک باید به سراغ امین برود و مال خود را پس بگیرد؛ امانت مالکانه نیاز به تصریح قانون گذار ندارد و در هر جایی که کسی مال خود را به دیگری بدهد، امانت صورت می گیرد.

### بقای امانت پس از انحلال رهن

ماده ۷۹۰: بعد از برائت ذمه مدیون، رهن در ید مرتهن امانت [ردیبه] است، لیکن، اگر با وجود مطالبه آن را رد ننماید، ضامن آن خواهد بود اگر چه تقصیر نگرده باشد.

این ماده از بین رفتن رابطه مبنای رهن را بیان می کند؛ اگر با وجود مطالبه رهن، مرتهن مال را رد ننماید، وی در حکم ضامن است؛ چون در اینجا امانت مالکانه است؛ پس از این که ید امین به ضمانتی تبدیل شد، وی مسئول هر عیب و نقصی خواهد بود، حتی اگر تقصیری مرتکب نشده باشد؛ یعنی احراز تقصیر وی لازم نیست و استناد به فورس ماژور نیز مسموع نمی باشد.

<sup>۱</sup> - آنچه مسلم است: رهن عقدی ادنی نمی باشد؛ چون با فوت رهن یا مرتهن به هم نمی خورد. - اما به تملیکی یا عهدی بون رهن، هیچ کس پاسخ نداده است.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۳۱ ق.م.م. هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است؛ بنابراین، مستاجر نسبت به عین مستاجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.

## رهن قهری بدل عین

ماده ۷۹۱: اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود، باید تلف کننده بدل آن [مثل یا قیمت] را بدهد و بدل مزبور [خردبه‌خود] رهن خواهد بود.

## عدم شمول وکالت در فروش بر بدل

ماده ۷۹۲: وکالت مذکور در ماده ۷۷۷ شامل بدل مزبور در ماده فوق نخواهد بود.

دلیل صدور حکم این ماده: چون اصل، عدم توسعه اختیارات وکیل است.

## تصرف منافی حق مرتهن

مال مرهونه متعلق به راهن است، اما چون مرتهن روی مال حق عینی دارد، راهن از یک سری تصرفات ممنوع شده است؛

ماده ۷۹۳: راهن نمی‌تواند [غیرنافذ] در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن.

## نکته:

منظور دکتر کاتوزیان در حاشیه شماره سه این است که: فروش مال مرهونه منافی با حق مرتهن نیست و مال در هر کجا و در ملکیت هر کسی که باشد، حق مرتهن محفوظ و بر حق مالک آن رجحان دارد.<sup>۱</sup>

## نتیجه فروش مال مرهونه

از نظر تحلیلی فروش مال مرهونه منافاتی با حق مرتهن ندارد؛ زیرا حق مرتهن حق عینی است و می‌دانیم که حق عینی با دست به دست شدن مال از بین نمی‌رود؛ اما رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخه ۱۳۷۶/۰۸/۲۰ فروش عین مرهونه بدون کسب نظر مرتهن را غیرنافذ می‌داند و مرتهن باید دادخواست ابطال معامله را از دادگاه بخواهد.

## اختیار راهن در تصرف

ماده ۷۹۴: راهن می‌تواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری که برای رهن نافع باشد و منافی حقوق مرتهن هم نباشد به عمل آورد، بدون این که مرتهن بتواند او را منع کند [زیرا نفع هر دو لحاظ شده است]، در صورت منع اجازه با حاکم است.

<sup>۱</sup> - یعنی حق بر روی مال است، نه شخص! البته ملاک آزمون‌ها رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ است.

## نکات تکمیلی رهن

منشأ دین در عقد رهن اهمیتی ندارد؛

گرو گذاشتن یک عین برای رد یک عین دیگر، رهن محسوب نمی شود، زیرا مبنای وثیقه دین است و نه عین؛

اصولاً رهن به مرتهن بدهکار است و بابت دین خود مالی را رهن می گذارد، اما چون بر طبق ماده ۲۶۷ ق.م.ا<sup>۱</sup> ایفای دین از جانب غیر مدیون نیز جایز است، شخص ثالث نیز می تواند برای دین مدیون رهن بدهد؛ حال یا مؤجل بودن دین، از باب رهن گذاشتن فرقی ندارد و برای هر دینی [حال یا مؤجل] می توان مالی را رهن گذارد؛

هر گاه مال مورد وثیقه سند رسمی داشته باشد، نیازی به مراجعه به دادگاه و تقدیم دادخواست و صدور حکم ندارد و همان سند رسمی در اداره ثبت در دایره اجراییه به اجرا گذاشته می شود: یعنی سند رسمی به منزله حکم دادگاه است.

## فصل چهاردهم:

### هبه

ماده ۷۹۵: هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کسی دیگری تملیک می کند. تملیک کننده واهب، طرف دیگر را متهب، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می گویند.

#### چه اموالی را که می توان هبه کرد؟

عین را می توان هبه کرد: مانند هبه کردن خانه، ماشین و ...؛  
منفعت را می توان هبه کرد: هبه منفعت حتماً باید مدت داشته باشد؛ مانند هبه کردن منافع یک سال یک خانه؛  
حقوق عینی «به جز مالکیت» نمی توانند موضوع عقد هبه باشند: حق انتفاع و حق ارتفاق و حق تحجیر که از حقوق عینی می باشند قابل هبه نیستند و انتقال آنها می تواند از طریق صلح یا ماده ۱۰ قانون مدنی صورت بگیرد؛

<sup>۱</sup> - ماده ۲۶۷ ق.م.ا: ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ ولیکن کسی که دین دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [داین جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

**هبه طلب:** طلب را می توان هم ابراء کرد و هم هبه؛ طلبکار می تواند طلبش را به مدیون ببخشد، در این صورت [پس از قبول متهب یا همان بدهکار] مالکیت مافی الذمه رخ می دهد.<sup>۱</sup>

**ماده ۸۰۶:** هرگاه دائن طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد.

## یک تفاوت

تفاوت هبه طلب با ابراء مدیون: هبه طلب، عقد است و نیاز به قبول بدهکار دارد، اما ابراء، ایقاع است و نیازی به قبول مدیون ندارد و با یک اراده [اراده دائن] دین ساقط می شود.

## اهلیت واهب

واهب باید برای معامله اهلیت و برای تصرف اختیار داشته باشد؛

**ماده ۷۹۶:** واهب باید برای معامله [اهلیت] و [اختیار] تصرف در مال خود اهلیت داشته باشد.<sup>۲</sup>

## لزوم مالکیت واهب

**ماده ۷۹۷:** واهب باید مالک مالی باشد که هبه می کند.

## اثر قبض در هبه

برای انعقاد عقد هبه اراده متهب نیز لازم است؛ یعنی علاوه بر قبض، ایجاب واهب نیز باید توسط متهب قبول بشود؛ در ماده ۷۹۸ ق.م. اراده متهب مفروض است؛

**ماده ۷۹۸:** هبه واقع نمی شود مگر با قبول و قبض متهب، اعم از این که مباشر قبض خود متهب باشد یا وکیل او؛ و قبض بدون اذن واهب [و اراده متهب] اثری ندارد.

## عقود عینی

عقد عینی: عقدی که قبض (تسلیم) در آن شرط صحت عقد است؛ یعنی اگر مال تسلیم نشود عقد صورت نگرفته است؛

<sup>۱</sup> - ماده ۳۰۰ ق.م: اگر مدیون مالک مافی الذمه خود گردد ذمه او بری می شود. مثل این که اگر کسی به مورت خود مدیون باشد، پس از فوت مورت دین او به نسبت سهم الارث ساقط می شود.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۷۵۳ ق.م: برای صحت صلح طرفین باید اهلیت معامله و تصرف در مورد صلح داشته باشند؛

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

طبق ماده ۷۹۸ ق.م. هبه عقدی عینی است؛ زیرا قبض یکی از ارکان آن است؛ عقود عینی سه رکن دارند: ایجاب، قبول و قبض؛ وقوع عقد عینی زمانی است که قبض واقع می شود؛ در عقود عینی ۴ اراده وجود دارد: ایجاب، قبول، اراده به اقباض و اراده به قبض؛ در قانون مدنی پنج عقد عینی وجود دارد: عقد موجد حق انتفاع<sup>۱</sup>، وقف<sup>۲</sup>، بیع صرف<sup>۳</sup>، رهن<sup>۴</sup> و هبه؛ بیع صرف: بیع صرف یعنی بیعی که مبیع و ثمن آن، هر دو طلا یا نقره باشند [بدون جریان پول]؛ بیع صرف از این ۴ حالت خارج نیست: طلا به طلا - طلا به نقره - نقره به نقره - نقره به طلا. در عقود عینی اگر یکی از طرفین محجور یا فوت شود، ایجاب و قبول از بین می رود؛<sup>۵</sup> با این تفاوت که در هبه؛

هبه	فوت:	با فوت هر یک از طرفین [واهب یا متهب]، هبه باطل می شود؛
قبل از قبض:	حجر:	قبض داخل در مفهوم عقد و موکول به اذن واهب می باشد، لذا حجر واهب مانع انعقاد هبه می شود؛
	متهب:	حجر متهب [سفاهت] اثری ندارد و قبض با ولی اوست.

**ماده ۸۰۲:** اگر قبل از قبض واهب یا متهب فوت کند هبه [ایجاب و قبول] باطل می شود.

باید حجر [سفه]<sup>۶</sup> واهب را بر فوت او افزود، زیرا اگر قبض داخل در مفهوم عقد و موکول به اذن واهب باشد، برحسب قاعده، حجر واهب نیز باید مانع انعقاد هبه شود، برعکس حجر متهب اثری در وقوع هبه ندارد و قبض مال موهوب یا ولی او است. (ماده ۷۹۹ ق.م.)

### هبه به محجور

از آنجایی که هبه عقدی مجانی است؛ صغیر ممیز و سفیه می توانند هبه را قبول کنند، اما نمی توانند قبض کنند و قبض با نماینده آن ها است؛

**ماده ۷۹۹:** در هبه به صغیر یا مجنون یا سفیه قبض ولی [نماینده] معتبر است.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۷ ق.م. در حبس [عقد موجد حق انتفاع]، اعم از عمری و غیره [رقبی و سکنی] قبض شرط صحت است.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۹ ق.م. اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد، وقف محقق نمی شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می کند.

<sup>۳</sup> - ماده ۳۶۴ ق.م. در بیع خیاری، مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است (مثل بیع صرف)، انتقال از حین حصول شرط [قبض] است نه از حین وقوع بیع [ایجاب و قبول].

<sup>۴</sup> - ماده ۷۷۲ ق.م. مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

<sup>۵</sup> - و همچنین این ایجاب و قبول قابل رجوع هم می باشد.

<sup>۶</sup> - ماده ۶۸۲ ق.م. محجوریت [در اینجا یعنی سفه] موکل موجب بطلان [منفسخ] وکالت می شود، مگر در اموری [غیر مالی + تملکات بلاعوض] که حجر [سفه] مانع از توکیل در آن ها نمی باشد؛ و هم چنین است محجوریت وکیل مگر در اموری [غیر مالی + تملکات بلاعوض] که حجر [سفه] مانع از اقدام در آن نباشد.

<b>هبه به محجورین</b>		
<b>قبض با نمایندگی آن‌ها.</b>	<b>قبول با خودشان؛</b>	<b>هبه به صغیر ممیز و سفیه؛</b>
<b>هم قبول و هم قبض با نمایندگی آن‌ها است.</b>		<b>هبه به صغیر غیر ممیز و مجنون؛</b>

**قبض پیش از هبه**

ماده ۸۰۰: در صورتی که عین موهوبه در ید متهب باشد [و اهب هم بداند] محتاج به قبض نیست.<sup>۱</sup>

<b>قبض پیش از هبه</b>		
<b>واهب می‌داند که مال مورد نظر در دست متهب است:</b>	<b>به طور ضمنی اراده اقباض آن را هم داده است و عقد با ایجاب و قبول واقع می‌شود. ماده ۸۰۰ ق.م.</b>	<b>شخصی مال خود را هبه کرده و مال در دست متهب است:</b>
<b>واهب نمی‌داند که مال مورد نظر در دست متهب است:</b>	<b>هبه با ایجاب و قبول واقع نمی‌شود و نیاز به اقباض جدید دارد.</b>	

**شرط عوض در هبه**

در عقود مجانی [به جز وقف] می‌توانیم شرط عوض بگذاریم، در این صورت عقد مجانی، معوض نمی‌شود چون شرط، جنبه فرعی دارد و به آن عقد مجانی با شرط عوض گفته می‌شود؛ یعنی: شرط فرعی بر عقد است؛

هبه یک عقد مجانی است، شخصی مالی به دیگری می‌بخشد به شرط این که گیرنده هم مالی را به واهب ببخشد؛ مانند کتاب در برابر خودکار: کتاب عین موهوبه و خودکار عین مورد شرط است، به این عقد، عقد مجانی با شرط عوض می‌گویند نه عقد معوض؛

ماده ۸۰۱: هبه ممکن است معوض<sup>۲</sup> باشد و بنابراین واهب می‌تواند شرط<sup>۳</sup> کند که متهب مالی را به او هبه کند<sup>۴</sup> یا عمل مشروعی را مجاناً<sup>۵</sup> بجا آورد.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۷۳ ق.م: اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست و هم چنین است در ثمن.

<sup>۲</sup> - معوض باشد: منظور شرط عوض داشته باشد. هبه همیشه مجانی است و به هیچ وجه امکان ندارد که معوض باشد.

<sup>۳</sup> - از لفظ «شرط» می‌توان فهمید که منظور قانونگذار شرط عوض بوده و نه معوض بودن هبه.

<sup>۴</sup> - هبه کند و یا بفروشد: شرط عوض می‌تواند مجانی باشد یا معوض. مثال: خانه ام را به تو هبه می‌کنم به شرطی که ماشینت را به من هبه کنی - یا بفروشی.

<sup>۵</sup> - مجاناً و یا با اجرت؛ شرط غالباً مجانی است، اما گاهی ممکن است با اجرت باشد. مثال: ماشینم را به تو هبه می‌کنم به شرطی که خانه ام را نقاشی کنی - با اجرت یا بی اجرت.

## لزوم و جواز عقد هبه

عقد هبه، پس از قبض اصولاً نسبت به واهب جایز است، جز در ۸ مورد زیر که هبه لازم است و واهب نمی‌تواند از آن رجوع کند؛

در صورتی که مال در دست متهب تلف شده باشد؛ یعنی عین موهوبه از بین رفته باشد [صدر ماده ۸۰۳ ق.م.ا.؛

در صورتی که متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد. [بند ۱ ماده ۸۰۳ ق.م.ا.؛<sup>۱</sup>

در صورتی که هبه با شرط عوض بوده و شرط هم اجرا شده باشد [بند ۲ ماده ۸۰۳ ق.م.ا.؛

در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده [بفرشد] یا مُتَعَلِقِ حَقِّ غَيْرِ وَاقِعِ شُودِ، خواه قهراً مثل این که متهب به واسطه فلس محجور شود خواه اختیاراً مثل این که عین موهوبه به رهن داده شود [بند ۳ ماده ۸۰۳ ق.م.ا.؛

در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود [بند ۴ ماده ۸۰۳ ق.م.ا.؛

در صورت فوت [ونه حجر] واهب یا متهب رجوع ممکن نیست [ماده ۸۰۵ ق.م.ا.؛

هرگاه دائن طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد: [ماده ۸۰۶ ق.م.ا.؛ زیرا با این کار، مالکیت مافی‌الذمه رخ می‌دهد و طلب از بین می‌رود [این مورد با مورد نخست تقریباً برابر است؛

اگر کسی مالی را به عنوان صدقه به دیگری بدهد حق رجوع ندارد [ماده ۸۰۷ ق.م.ا.].

**ماده ۸۰۳:** بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقای عین موهوبه از هبه رجوع کند، مگر در موارد ذیل:

در صورتی که متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد؛

در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد؛

در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا مُتَعَلِقِ حَقِّ غَيْرِ وَاقِعِ شُودِ، خواه قهراً مثل این که متهب به واسطه فلس محجور شود خواه اختیاراً مثل این که عین موهوبه به رهن داده شود؛

در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود.

**ماده ۸۰۵:** بعد از فوت واهب یا متهب رجوع ممکن نیست.

## تأثیر فوت و حجر بر رجوع

تأثیر فوت و حجر بر رجوع	
فوت:	طبق ماده ۸۰۵ ق.م.ا. فوت هر کدام از طرفین عقد هبه، مانع رجوع می‌شود؛
حجر:	مهر واهب: هرگاه واهب محجور شود، حق رجوع وی از بین نمی‌رود؛ اما تا زمانی که از حجر خارج نشده است حق رجوع ندارد و نماینده وی هم حق رجوع ندارد؛ زیرا رجوع قائم به شخص است؛
	مهر متهب: حجر متهب مانع رجوع نیست و متهب می‌تواند از آن رجوع کند.

<sup>۱</sup> - نکته: هبه «بین زن و شوهر» و هبه «بین خواهر و برادر» قابل رجوع است.

ماده ۸۰۶: هرگاه دائن طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد.

صدقه

ماده ۸۰۷: اگر کسی مالی را به عنوان صدقه به دیگری بدهد، حق رجوع ندارد.

صدقه یک نوع هبه است، اما نسبت به واهب لازم است با دو توجیه مختلف:

توجیه فقها:	فقها صدقه را «هبه با شرط عوض» می دانند؛ به عقیده آنان با دادن صدقه، عوض آن را همان موقع خداوند می دهد و از این رو آن را قابل رجوع نمی دانند.
توجیه حقوق دانان:	حقوق دانان صدقه را «تعهد طبیعی» می دانند و طبق ماده ۲۶۶ ق.م.ا.پس از ایفای تعهد طبیعی، به میل و اختیار پرداخت کننده، دعوای استرداد آن مسموع نمی باشد.

تملک نمائات متصل و منفصل

وقتی واهب از هبه رجوع کند، منافع متصل به او بر می گردد، اما منافع منفصل مال متهد است؛

ماده ۸۰۴: در صورت رجوع واهب، نمائات عین موهوبه اگر متصل باشد مال واهب و اگر منفصل باشد مال متهد خواهد بود.<sup>۲</sup>

یادداشت:

.....

.....

.....

.....

.....

.....

<sup>۱</sup> - ماده ۲۶۶ ق.م.ا.پس در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی باشد، اگر متعهد به میل خود آن را ایفاء نماید دعوای استرداد او مسموع نخواهد بود.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۸۷ ق.م.ا.پس: نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می شود مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است [خریدار] ولی نمائات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله [فروشنده] مالک می شود؛

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

ماده ۸۱۹ ق.م.ا.پس: نمائاتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می شود، در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.



# حقوق مدنی «۸»

## «شفعه، وصیت و ارث»

### «فهرست»

صفحه		عنوان
۴۵۶	.....	اخذ به شفعه
۴۶۱	.....	وصایا
۴۷۱	.....	ارث

«این جزوه به صورت کاملاً رایگان در وبلاگ  
(baladii.blogfa.com) و اکثر سایت ها و  
کانال های حقوقی منتشر شده است و هیچ شخص  
حقیقی یا حقوقی حق فروش آن را ندارد»

# فصل نخست:

## اخذ به شفعه

### پیدایش حق شفعه

برای پیدایش حق شفعه ۵ شرط لازم است که در ماده ۸۰۸ ق.م.آ آمده است؛

ماده ۸۰۸: هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالث منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می گویند.

### شروط پیدایش حق شفعه

#### یک: مال غیرمنقول باشد:

مال غیرمنقول ۴ نوع است که حق شفعه فقط در دو نوع آن وجود دارد: در غیرمنقول ذاتی [زمین] و غیرمنقول به واسطه عمل انسان؛ البته در غیرمنقول به واسطه انسان زمانی حق شفعه به وجود می آید که بنا و درخت با زمین فروخته شود؛

ماده ۸۰۹: هرگاه بنا و درخت [غیرمنقول به واسطه انسان] بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود.

#### دو: مال قابل تقسیم باشد:

حق شفعه فقط در مال غیرمنقول قابل تقسیم به وجود می آید؛ منظور از قابل تقسیم یعنی مال قابل افراز باشد،<sup>۱</sup> یعنی اگر مالی قابل افراز نباشد حق شفعه در آن نیست؛ مانند آپارتمان، چرا که آپارتمان قابل تقسیم نیست؛

#### سه: مال مشاع باشد:

در ایجاد حق شفعه مهم نیست که سهم هر کدام در مال چقدر است، مهم مشاع بودن و شراکت دونفره بودن آنهاست. البته این شرط یک استثناء دارد: ماده ۸۱۰ ق.م؛

<sup>۱</sup> - در وضع کنونی ما، «افراز» با اداره ثبت است: برای این که بدانیم مالی قابل افراز می باشد یا نه باید از اداره ثبت استعلام گرفت.

**ماده ۸۱۰:** اگر ملک دو نفر در ممر [محل عبور و مرور] یا مجرا [محل جریان چیزی] مشترک باشد و یکی از آن ها ملک [نه حصه] خود را یا حق ممر یا مجری بفروشد، دیگری [صاحب ملک مجاور] حق شفعه دارد، اگر چه در خود ملک مشاعاً شریک نباشد؛ ولی اگر ملک را بدون ممر یا مجری بفروشد، دیگری حق شفعه ندارد.

### چهار: شرکاء دو نفر باشند:

مال غیر منقول باید مشاع بین دو نفر باشد؛ ملاک دو نفر بودن زمانی است که شریک حصه خود را می فروشد، یعنی هنگامی که بیع انجام می شود باید شرکا دو نفر باشند؛<sup>۱</sup>

### پنج: انتقال حصه در قالب بیع باشد:

حق شفعه فقط زمانی به وجود می آید که یکی از دو شریک سهم خود را در قالب بیع به دیگری انتقال داده باشد و لاغیر؛<sup>۲</sup>

**ماده ۸۱۱:** اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد، [و شریک دیگر حصه خود را بفروشد] متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارد. هر گاه وقف [در موارد مجاز] سهم خود را بفروشد، طلق حق شفعه دارد.

### اجرای حق در مبیع متعدد

**ماده ۸۱۲:** اگر مبیع متعدد بوده [اما بیع واحد بوده] و بعضی آن قابل شفعه و بعضی دیگر قابل شفعه نباشد، حق شفعه را می توان نسبت به بعضی که قابل شفعه است به قدر حصه آن بعضی از ثمن اجرا نمود. در فرض این ماده خریدار خیار تبعض صفت دارد؛ با این توضیح که هر گاه شفیع اخذ به شفعه کند، خریدار می تواند نسبت به آن قسمت از مبیع که اخذ شفعه در آن نبوده تبعیض کند و معامله را فسخ کند.

### بیع فاسد

از آنجایی که اخذ به شفعه فرع بر بیع است، هر گاه بیع فاسد باشد اثری هم بر آن مترتب نیست؛ در حقیقت بیع فاسد، بیع نیست که در آن حق شفعه وجود داشته باشد.

**ماده ۸۱۳:** در بیع فاسد حق شفعه نیست.

### عدم امکان تبعیض در تملک

اخذ به شفعه ایقاعی معوض است؛ از آنجایی که در امور معوض امکان تبعیض وجود ندارد، در اینجا نیز شفیع نمی تواند بخشی از سهم خود را بگیرد؛ یعنی اجرای حق، یا باید نسبت به تمام مبیع باشد یا هیچ؛

<sup>۱</sup> - منظور قبل از بیع تا زمان انعقاد بیع است - اما بعد از بیع، دیگر مهم نیست شرکا چند نفر باشند.

<sup>۲</sup> - مهم نیست شریک چه مقدار از سهم خود را بفروشد، چه همه آن را بفروشد و چه بخشی از آن - در هر دو صورت، شریک دیگر، حق شفعه دارد.

ماده ۸۱۵: حق شفعه را نمی توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود؛ صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید.

توجه: در امور غیر معوض [مجانی] امکان تبعیض وجود دارد؛ مثلاً موصلی له می تواند قسمتی از موصلی به را قبول نکند.<sup>۱</sup>

## اثر اخذ به شفعه در ابطال معاملات

ماده ۸۱۶: اخذ به شفعه، هر معامله<sup>۲</sup> را که مشتری<sup>۳</sup> قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل<sup>۴</sup> می نماید.<sup>۵</sup>

### سه نکته مهم

#### نکته نخست:

منشأ ایجاد حق شفعه بیع است؛ یعنی سبب انتقال نخست باید بیع باشد و هرگاه سبب انتقال نخست بیع بوده و قبل از «اخذ به شفعه»، معاملات متعددی بر روی مال انجام بشود و یا به اسبابی غیر از بیع مال به دیگری منتقل بشود، چنین انتقالی صحیح هستند اما در حق شفیع مؤثر و قابل استناد نیست؛ و شفیع می تواند به هر کدام که بخواهد رجوع کند و مال را تملک کند؛ به این صورت که: شفیع به هر کدام که رجوع کند، در همان لحظه تمام انتقالات بعد از آن به هم می خورند و اگر شفیع سراغ آخرین نفر برود هیچ انتقالی منحل نمی شود.

#### نکته دوم:

هرگاه قبل از «اخذ به شفعه»، بیع اقاله بشود، اقاله در مقابل شفیع قابل استناد نیست و او هم چنان می تواند با دادن ثمن، حصه مبیعه را تملک کند.

#### نکته سوم:

هرگاه قبل از «اخذ به شفعه»، بیع، با یکی از خيارات، فسخ بشود، دو حالت متصور است؛

<sup>۱</sup> - ماده ۸۳۲ ق.م.م. موصلی له می تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصلی به قبول کند؛ در این صورت وصیت نسبت به قسمتی که قبول شده صحیح و نسبت به قسمت دیگر باطل می شود [است].

<sup>۲</sup> - مانند اقاله و یا هر عقد دیگری.

<sup>۳</sup> - از لفظ «مشتری» می توان فهمید که بر روی آن مال بیع صورت گرفته است.

<sup>۴</sup> - منظور این است که در مقابل شفیع قابل استناد نیست؛ در حقیقت منحل می شوند.

<sup>۵</sup> - دلیل ماده: منشأ ایجاد حق، بیعی است [معامله نخست] که روی مال انجام شده و سبب انتقالات بعدی مهم نیست؛ یعنی تاثیری بر حق شفیع ندارد.

**حالت نخست:** هرگاه بیع، با خیار فسخ بشود که این خیار «همزمان با عقد» ایجاد شده باشد [مانند خیار مجلس]، حق شفعه هم از بین می‌رود و تنها چیزی که حق شفعه را از بین می‌برد همین است و بس.

**حالت دوم:** هرگاه بیع، با خیار فسخ بشود که این خیار بعد از عقد ایجاد شده باشد [مانند خیار تأخیر ثمن]، حق شفعه از بین نمی‌رود؛ چون حق شفعه همزمان با عقد به وجود می‌آید و در اینجا خیار بعد از عقد به وجود آمده است؛ پس «فسخ با خیار بعد از عقد» در مقابل شفیع قابل استناد نمی‌باشد.

**ماده ۸۱۴:** خیار بودن بیع مانع از اخذ به شفعه نیست.<sup>۱</sup>

## ضمان درک

ضمان درک فقط درجایی پیش می‌آید که بیعی فضولی انجام شده باشد؛

**ماده ۸۱۷:** در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می‌کند مشتری ضامن درک است نه بایع [بایع فضولی]؛ لیکن اگر در موقع اخذ به شفعه مورد شفعه هنوز به تصرف مشتری داده نشده باشد، شفیع حق رجوع به مشتری نخواهد داشت.

**بند نخست ماده ۸۱۷ ق.م.** [ضمان درک در شفعه]:

هرگاه بیع فضولی بر حصه یکی از دو شریک انجام شده باشد و شریک دیگر به خیال این که حق شفعه دارد، اخذ به شفعه بکند و شریکی که سهم او به فضولی فروخته شده است، معامله فضولی را تنفیذ نکند [رد کند]، شفیع [که در واقع شفیع نبوده است]<sup>۲</sup> باید بابت ثمنی که به مشتری داده است به خود مشتری مراجعه کند؛ و مشتری نیز باید به بایع فضول رجوع کند.<sup>۳</sup>

**ماده ۸۲۰:** هرگاه معلوم شود که مبیع حین البیع معیوب بوده و مشتری ارش گرفته است، شفیع در موقع اخذ به شفعه مقدار ارش را از ثمن کسر می‌گذارد. حقوق مشتری در مقابل بایع [بایع فضولی] راجع به درک مبیع همان است که در ضمن عقد بیع مذکور شده است.

**بند دوم ماده ۸۱۷ ق.م.** [تسلیم مبیع]:

قبل از این که شریک حصه مبیعه را به مشتری بدهد، شفیع حق رجوع به مشتری و مجبور کردن وی را ندارد؛ و باید برای تملک حصه مبیعه به شریک [فروشنده] رجوع کند.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۶۴ ق.م: در بیع خیار [بیع با شرط خیار] مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است (مثل بیع صرف) انتقال از حین حصول شرط [قبض] است نه از حین وقوع بیع [ایجاب و قبول].

<sup>۲</sup> - بیع باطل - شفعه هم باطل.

<sup>۳</sup> - در اینجا هر کس به هر کسی پول داده باشد، باید برود از همان کس پس بگیرد.

## ضمان عیب و تلف مبیع

ماده ۸۱۸ ق.م.مسئولیت خریدار در سه مرحله در «اخذ به شفعه»

ماده ۸۱۸: مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلفی که قبل از اخذ به شفعه در ید او حادث شده باشد ضامن نیست؛<sup>۱</sup> و همچنین است<sup>۲</sup> بعد از اخذ به شفعه و [قبل از] مطالبه در صورتی که تعدی یا تفریط نکرده باشد.

مسئولیت خریدار در سه مرحله «در اخذ به شفعه»		
مرحله نخست:	قبل از «اخذ به شفعه»:	در این مرحله خریدار مسئول نیست، زیرا مالک است و طبق ماده ۳۰ قانون مدنی [اصل تسلیط] هر مالکی حق همه گونه تصرف در مال خود را دارد؛
مرحله دوم:	بعد از «اخذ به شفعه» و قبل از مطالبه:	در این مرحله، مال در ید خریدار به صورت امانت است [امین است] که امین فقط در صورتی مسئول است که تقصیری مرتکب شود؛
مرحله سوم:	بعد از «اخذ به شفعه» و مطالبه شفیع و امتناع خریدار:	در این مرحله خریدار در حکم غاصب و مطلقا مسئول است، حتی اگر تقصیری مرتکب نشود.

## نمات مبیع

ماده ۸۱۹: نماتی [منافع] که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می شود، در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است [می شود] ولی مشتری می تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.<sup>۳</sup>

## فوریت اخذ به شفعه

ماده ۸۲۱: حق شفعه فوری است.

## اسقاط حق

ماده ۸۲۲: حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می شود.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - چون مالک بوده است.

<sup>۲</sup> - یعنی ضامن نیست...

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

ماده ۲۸۷ ق.م: نمات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می شود مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است [خریدار] ولی نمات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله [فروشنده] مالک می شود؛

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

ماده ۸۰۴ ق.م: در صورت رجوع واهب، نمات عین موهوبه اگر متصل باشد مال واهب و اگر منفصل باشد مال متهب خواهد بود.

<sup>۴</sup> - زیرا حق شفعه یک حق مالی است و حق مالی قابل اسقاط است: با لفظ یا هر عملی.

## ارث حق شفعه

حق شفعه یک حق مالی است: تمام حقوق مالی بعد از فوت به ارث می رسند و توسط وارث نیز قابل اسقاط می باشند؛  
ماده ۸۲۳: حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می شود.<sup>۱</sup>

## اسقاط حق شفعه از سوی بعضی از وارثان

ماده ۸۲۴: هرگاه یک یا چند نفر از وراث حق خود را اسقاط کند، باقی وراث نمی توانند [ماده ۸۱۵ ق.م.ا] آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا نمایند و باید یا از آن صرف نظر کنند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نمایند.

# فصل دوم:

# وصایا

## تعریف وصیت از نظر حقوق دانان<sup>۲</sup>

وصیت یک عمل حقوقی است که اثر آن معلق به فوت است؛  
یعنی وصیت یک عمل حقوقی مستقل نمی باشد، بلکه اعمال حقوقی زمان حیات است که به فوت معلق شده است.

## اقسام وصیت

ماده ۸۲۵: وصیت بر دو قسم است: تملیکی و عهدی.

وصیت تملیکی: بند اول و وصیت عهدی بند دوم ماده ۸۲۶ ق.م.ا؛

ماده ۸۲۶: وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند.<sup>۳</sup>

وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مامور می نماید.  
وصیت کننده موصی، کسی که وصیت تملیکی به نفع او شده است موصی له، مورد وصیت موصی به و کسی که به موجب وصیت عهدی ولی [سرپرست] بر مورد ثلث یا بر صغیر قرار داده می شود وصی نامیده می شود.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۴۵ ق.م.ا هر یک از خيارات بعد از فوت منتقل به وراث می شود.

<sup>۲</sup> - توجه: قانون مدنی، وصیت را تعریف نکرده است.

<sup>۳</sup> - ماده ۷۹۵ ق.م.ا: هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می کند. - تملیک کننده واهب، طرف دیگر را متبهب، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می گویند.

## وصیت تملیکی

وصیت تملیکی همان هبه است اما معلق بر فوت؛ به این صورت که در هبه هر دو طرف زنده اند، اما در وصیت تملیکی، تملیک بعد از فوت موصی صورت می گیرد.

ماده ۸۲۷: تملیک به موجب وصیت محقق نمی شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی.

سه نکته:

تملیک در وصیت، از تاریخ قبول صورت می گیرد: یعنی موصی له بعد از قبول مالک می شود. «ناقل»؛  
قبض در وصیت تملیکی شرط لزوم است، اما در عقود عینی شرط صحت؛  
از آنجایی که وصیت تملیکی نیاز به قبول موصی له دارد: [یعنی با دو اراده صورت می گیرد]، عقد است؛

## وصیت عهدی

وصیت عهدی همان وکالت است، اما معلق بر فوت. وصیت عهدی [وصایت] قبول نمی خواهد، پس ایقاع است؛

ماده ۸۳۴: در وصیت عهدی قبول شرط نیست، لیکن وصی می تواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند؛ و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد، بعد از آن حق رد ندارد اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد.

نکته: تنها جایی که ماهیت عقد عوض می شود، وکالت در وصیت است: عقد وکالت اگر معلق بر فوت باشد ایقاع می شود.

## وصیت بر غیر محصور و جهت<sup>۱</sup>

ماده ۸۲۸: هرگاه موصی له غیر محصور باشد مثل این که وصیت برای فقرا یا امور عام المنفعه شود قبول شرط نیست.

## وصیت به ابراء

ابراء ایقاع است و با یک اراده صورت می گیرد: در نتیجه وصیت به ابراء [ابراء معلق بر فوت] نیز ایقاع است و نیازی به قبول ندارد؛

«وصیت به ابراء» با «هبه طلب به مدیون» فرق دارد: هبه طلب به مدیون عقد است و نیاز به قبول دارد و اگر معلق بر فوت باشد، باز هم نیاز به قبول دارد؛ زیرا یک نوع وصیت تملیکی است.

## وصیت به وقف

وقف معلق بر فوت، چه خاص باشد و چه عام، عقد است: اگر خاص باشد قبول با موقوف علیهم و اگر عام باشد با حاکم است؛

<sup>۱</sup> - وصیت بر غیر محصور و جهت، وصیتی عهدی است و ایقاع است؛ هر چند موضوع این نوع وصیت مال است اما باید آن را عهدی و ایقاع دانست. چرا که نیاز به قبول ندارد.



نکته: فقط «هبه، وکالت، ابراء و وقف» را می توان معلق بر فوت کرد و مابقی عقود را از باب این که غرری می شوند، وصیت به آنها صحیح نیست.

«قبول» یا «رد» مختص وصیت تملیکی است: یعنی فقط در وصیت تملیکی بحث «قبول» یا «رد» مطرح می شود، البته «قبول» یا «رد» باید بعد از فوت موصی صورت بگیرد؛

ماده ۸۲۹: قبول موصی له قبل از فوت موصی مؤثر نیست و موصی می تواند از وصیت خود رجوع کند، حتی در صورتی که موصی له موصی به را قبض کرده باشد.

ماده ۸۳۰: نسبت به موصی له رد یا قبول وصیت بعد از فوت موصی معتبر است، بنابراین اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیت را رد کرده باشد، بعد از فوت می تواند آن را قبول کند و اگر بعد از فوت آن را قبول و موصی به را قبض کرد، دیگر نمی تواند آن را رد کند، لیکن اگر قبل از فوت قبول کرده باشد بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست. [قبول اول استصحاب می شود].

### چند نکته

«قبول» یا «رد» بعد از فوت موصی مؤثر است: یعنی «قبول» یا «رد» موصی له در زمان حیات موصی، بی فایده است و تنها «قبول» وی استصحاب می شود اما «رد» وی استصحاب نمی شود و اگر در زمان حیات موصی «رد» کرده باشد، بعد از فوت او، موصی له می تواند دوباره قبول کند؛ بعد از فوت موصی، با توجه به قبول موصی له، تملیک واقع می شود اما تا زمانی که موصی له، «موصی به» را قبض نکرده باشد، عقد نسبت به موصی له جایز است: یعنی قبض در وصیت تملیکی شرط لزوم است، اما رد عقود عینی قبض شرط صحت است؛

- هر گاه قبل از این که موصی له تملیک را قبول کند، خود نیز فوت کند، در این صورت وصیت باطل است و حق «قبول» یا «رد» به ورثه وی نمی رسد: زیرا وصیت تملیکی قائم به شخص است؛
- هر گاه بعد از این که موصی له تملیک را قبول کرد، فوت نماید، مالکیت صورت گرفته است و مال به ورثه وی می رسد؛
- انتقال مالکیت از زمان قبول موصی له صورت می پذیرد، نه زمان فوت موصی؛ زیرا اصل بر ناقل بودن است، مگر این که قانون گذار آن را کاشف بداند.<sup>۱</sup>

### خلاصه بحث:

اگر «موصی له» «قبول» یا «رد» کند بی تأثیر است؛ فقط می توان بعد از فوت «موصی»، قبول وی را استصحاب کرد؛	زمان حیات موصی:
اگر «موصی له» در زمان حیات «موصی» «رد» کرده باشد، در این زمان می تواند دوباره «قبول» کند و اگر بعد از فوت «موصی» «رد» کند، تملیک واقع نمی شود، اما اگر «قبول» کند و یا «قبول» او در زمان حیات موصی استصحاب شود، تملیک واقع می شود.	زمان فوت موصی:

<sup>۱</sup> - ماده ۸۲۷ ق.م: تملیک به موجب وصیت محقق نمی شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی.

**«قبول» یا «رد» موصی له محجور**

از آنجایی که «وصیت تملیکی» همان «هبه» است و تنها معلق بر فوت می باشد و از آنجایی که هبه «مجانی» است، صغیر ممیز و سفیه می توانند «قبول» کنند، اما صغیر غیر ممیز و مجنون نمی توانند و «قبول» با ولی آنان خواهد بود؛ بنابراین منظور ماده ۸۳۱ ق.م. از صغیر، صغیر غیر ممیز است.

**ماده ۸۳۱:** اگر موصی له صغیر [غیر ممیز] یا مجنون باشد رد یا قبول وصیت با ولی خواهد بود.

همان طور که گفته شد وصیت تملیکی، هبه معلق بر فوت است، پس رعایت ماده ۷۹۹ ق.م. در این مورد لازم است؛

شرح ماده ۷۹۹ ق.م: هبه به محجورین		
قبول با خودشان؛	قبض با نماینده آنها.	هبه به صغیر ممیز و سفیه؛
هم قبول و هم قبض با نماینده آنها است.		هبه به صغیر غیر ممیز و مجنون؛

**تبعیض در «رد» و «قبول»**

بر خلاف امور معوض [که امکان تبعیض وجود ندارد]:<sup>۱</sup> در امور غیر معوض مانند وصیت تملیکی، ذی نفع [موصی له] می تواند تبعیض کند؛

**ماده ۸۳۲:** موصی له می تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصی به قبول کند؛ در این صورت وصیت نسبت به قسمتی که قبول شده صحیح و نسبت به قسمت دیگر باطل می شود [باطل است].

**ترتیب ادای دیون و رعایت وصیت**

زمانی که موصی فوت می کند، ابتدا دیون وی را می پردازند، سپس به وصیت عمل می کنند و در نهایت آنچه باقی می ماند بین وراثت به نسبت سهم الارث تقسیم می شود؛  
مواد ۸۶۹ و ۸۷۰ ق.م. به این مقرره پرداخته اند؛

**ماده ۸۶۹:** حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق می گیرد و باید قبل از تقسیم آن اداء شود از قرار ذیل است:  
قیمت کفن میت و حقوقی که متعلق است به اعیان ترکه، مثل عینی که متعلق رهن است؛  
دیون و واجبات مالی متوفی؛  
وصایای میت تا ثلث ترکه بدون اجازه ورثه و زیاده بر ثلث با اجازه آنها.

**ماده ۸۷۰:** حقوق مزبوره در ماده قبل باید به ترتیبی که در ماده مزبوره مقرر است تأدیه شود و مابقی، اگر باشد بین وراثت تقسیم گردد.

<sup>۱</sup> - ماده ۸۱۵ ق.م: حق شفعه را نمی توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود؛ صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید.

## وضع ترکه پیش از اعلام «رد» یا «قبول»

هر گاه بعد از فوت موصی، موصی له تصمیم خود را مبنی بر «رد» یا «قبول» نگرفته باشد، ورثه برای جلوگیری از هر گونه ضرر و تقسیم هر چه سریع تر ترکه، می توانند اجبار موصی له را از دادگاه بخواهند؛

ماده ۸۳۳: ورثه موصی نمی تواند در موصی به تصرف کند، مادام که موصی له رد یا قبول خود را به آن ها اعلام نکرده است. اگر تأخیر این اعلام موجب تضرر ورثه باشد، حاکم موصی له را مجبور می کند که تصمیم خود را معین نماید.

## اهلیت و جواز تصرف موصی

وصیت، فقط به اهلیت نیاز دارد؛ بنابراین وصیت مجبورین اعم از سفیه و مجنون و صغیر باطل است؛ نماینده مجبورین نمی تواند برای او وصیت کند؛ زیرا وصیت قائم به شخص است و قابل توکیل نمی باشد؛ هر گاه موصی بعد از وصیت مجبور [سفیه و یا مجنون] بشود، وصیت او نافذ است؛ از آنجایی که وصیت نیازی به اختیار ندارد، وصیت ورشکسته نافذ است و منافی حقوق طلبکاران نمی باشد؛ زیرا ابتدا دیون وی را می پردازند و سپس اگر چیزی باقی ماند، به وصیت وی عمل می کنند.

ماده ۸۳۵: موصی باید نسبت به مورد وصیت جایز التصرف [دارای اهلیت] باشد.

## وصیت مجبورین

وصیت تملیکی، یعنی تملیک مال خود به صورت رایگان و معلق بر موت؛ از آنجایی که مجبورین نمی توانند مال خود را به دیگران تملیک کنند، وصیت آنان و متعاقباً تملیک مال خود به دیگران بعد از فوت آنان نیز معتبر نیست.

## وصیت بعد از اقدام به خودکشی

ماده ۸۳۶: هر گاه کسی به قصد خودکشی خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگر از این قبیل، که موجب هلاکت است، مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید، آن وصیت در صورت هلاکت باطل است و هر گاه اتفاقاً منتهی به موت نشد، وصیت نافذ خواهد بود.

### وصیت و خودکشی<sup>۱</sup>

اگر به همان خودکشی بمیرد: این وصیت باطل <sup>۲</sup> است؛	ابتدا خودکشی می کند، سپس وصیت می کند؛
اگر همان خودکشی منتهی به موت نشود، این وصیت نافذ است.	
این وصیت نافذ است.	ابتدا وصیت می کند، سپس خودکشی می کند؛

<sup>۱</sup> - یکی از سوالات مطرح شده در آزمون وکالت ۱۳۹۴.

<sup>۲</sup> - علت: علما معتقدند: کسی که خودکشی می کند، عقل ندارد و متعاقباً قصد هم ندارد و فقدان قصد باعث بطلان می شود: البته این نظریه تایید نمی شود: زیرا اگر دلیل فقدان قصد باشد، وصیت باید در هر صورت باطل باشد، چه موصی بمیرد و چه نگیرد.

## محروم کردن وارث

قواعد ارث امری است و نمی توان برخلاف آن وصیت کرد؛ یعنی اگر خلاف قواعد ارث وصیت بشود، وصیت در آن قسمت باطل است؛

ماده ۸۳۷: اگر کسی به موجب وصیت یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند، وصیت مزبور نافذ نیست. [باطل است].

## رجوع از وصیت

«رجوع از وصیت»، جز ذات وصیت است؛ یعنی موصی در هر زمان می تواند از وصیت رجوع کند و نمی توان کاری کرد که موصی نتواند از وصیت خود رجوع کند؛ حتی اگر موصی حق رجوع خود را ساقط کند و یا در ضمن عقد لازمی وصیت کند، باز هم قابل رجوع است؛

ماده ۸۳۸: موصی می تواند از وصیت خود رجوع کند.<sup>۱</sup>

### انواع رجوع از وصیت

موصی صریحاً اعلام می کند که از وصیتش رجوع کرده است؛	(رجوع صریح)؛
موصی [با آگاهی و یا بدون آگاهی از وصیت] کاری می کند که با وصیت تعارض داشته باشد، یا یک وصیت دیگری خلاف آن وصیت تنظیم می کند، یا مالی را که وصیت کرده است، بفروشد و از این قبیل.	(رجوع ضمنی)؛ ماده ۸۳۹ ق.م.
در رجوع ضمنی، علم موصی، به وصیت شرط نمی باشد؛ یعنی موصی اگر فراموش کرده باشد که قبلاً وصیت کرده است و کاری کند که با وصیت تعارض داشته باشد، رجوع ضمنی محسوب می شود.	

ماده ۸۳۹: اگر موصی ثانیاً وصیتی [یا مرعی دیگری] برخلاف وصیت اول نماید، وصیت دوم [یا عمل ثانوی او] صحیح است.

## وصیت نامشروع

ماده ۸۴۰: وصیت به صرف مال در امر غیر مشروع باطل است.

ماده ۹۷۵ ق.م: محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

## وصیت به مال غیر

ماده ۸۴۱: «موصی به» باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر [برای خود]، ولو با اجازه مالک، باطل است.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۰۳۵ ق.م: وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی کند، اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخت شده باشد. بنابراین، هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می تواند از وصیت امتناع کند و طرف دیگر نمی تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید.

وصیت به مال غیر [وصیت فضولی]	
«وصیت برای غیر»	«فضول» وصیت می کند که مال شخصی بعد از مرگ «همان شخص [مالک]» به «شخص دیگری» برسد؛ این نوع وصیت غیر نافذ است؛ <sup>۱</sup>
«وصیت برای خود»	«فضول» وصیت می کند که بعد از مرگ خودش [مرگ خود فضول]، مال شخصی به «شخص دیگری» برسد؛ این نوع وصیت باطل است: حتی اگر مالک آن را تنفیذ کند: ماده ۸۴۱ ق.م.

### وصیت به مال آینده

ماده ۸۴۲: ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود.

### وصیت زاید بر ثلث

وصیت تا یک سوم اموال صحیح است و زیادتر بر آن منوط به تنفیذ وراث است؛ منظور از یک سوم: یک سوم دارایی خالص است بعد از کسر دیون متوفی؛ منظور از تنفیذ وراث: تنفیذ آن‌ها بعد از فوت موصی است؛ «تنفیذ» یا «رد» وراث قبل از فوت موصی اثری ندارد و فقط می توان تنفیذ را استصحاب کرد.

ماده ۸۴۳: وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست، مگر به اجازه وراث؛ و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است.

➔ تعیین ثلث: ملاک یک سوم اموال، زمان فوت «موصی» است نه در زمان وصیت؛

ماده ۸۴۵: میزان ثلث به اعتبار دارایی [خالص] موصی در حین وفات معین می شود نه به اعتبار دارایی او در حین وصیت.

### تقویم «موصی به»

ماده ۸۴۴: هرگاه «موصی به» مال معینی باشد، آن مال تقویم می شود؛ اگر قیمت آن بیش از ثلث ترکه باشد، مازاد مال ورثه است مگر این که ورثه زیاده را اجازه کنند.

انواع «موصی به» و طریقه تقویم آن	
«موصی به» «عین معین» است:	عین موردنظر توسط کارشناس قیمت می شود و اگر زیاده بر ثلث باشد، زیاده به ورثه می رسد.
«موصی به» «منفعت» است:	مالی که منفعت آن موردنظر است همراه با منافع موردنظر قیمت می شود و دوباره همان مال منهای منفعت وصیت شده قیمت می شود که از حاصل تفریق آن‌ها «موصی به» به دست می آید و اگر زاید بر ثلث باشد، زیاده به ورثه می رسد. ماده ۸۴۶ ق.م.
«موصی به» «کلی» است:	در این صورت تعیین مصداق با ورثه است: ماده ۸۴۷ ق.م.
«موصی به» جزء مشاع است:	در این صورت «موصی له» با ورثه در همان مقدار از ترکه مشاعاً شریک خواهد شد: ماده ۸۴۸ ق.م.

<sup>۱</sup> - این نوع وصیت، مانند معامله فضولی بر روی مال غیر است که با «تنفیذ» و یا «رد» مالک، تکلیف آن مشخص می شود. رک. حقوق مدنی سه - فصل پنجم - معاملات فضولی.

## تقویم منافع

ماده ۸۴۶: هرگاه «موصی به» منافع ملکی باشد دائماً یا در مدت معین به طریق ذیل از ثلث اخراج می شود: بدو اَین ملک با منافع آن تقویم می شود، سپس ملک مزبور باملاحظه مسلوب المنفعه بودن در مدت وصیت تقویم شده تفاوت بین دو قیمت از ثلث حساب می شود. اگر «موصی به» منافع دایمی ملک بوده و بدین جهت عین ملک قیمتی نداشته باشد، قیمت ملک باملاحظه منافع از ثلث محسوب می شود.

حکم این ماده شامل وصایای به حقوق انتفاعی و ارتفاقی نیز می شود.<sup>۱</sup>

## وصیت به «کلی»

ماده ۸۴۷: اگر «موصی به» «کلی» باشد تعیین فرد با ورثه است، مگر این که در وصیت طور دیگر مقرر شده باشد.

## «موصی به» مشاع

ماده ۸۴۸: اگر «موصی به» جزء مشاع ترکه باشد، مثل ربع یا ثلث، موصی له با ورثه در همان مقدار از ترکه که مشاعاً شریک خواهد بود.

## ترتیب اخراج ثلث

ماده ۸۴۹: اگر موصی زیاده بر ثلث به ترتیب معینی وصیت به اموری کرده باشد ورثه زیاده بر ثلث را اجازه نکنند، به همان ترتیبی که وصیت کرده است از ترکه خارج می شود تا میزان ثلث و زاید بر ثلث باطل خواهد شد [باطل خواهد بود] و اگر وصیت به تمام یک دفعه باشد، زیاده از همه کسر می شود.

ترتیب اخراج ثلث	
موصی چند وصیت کرده است و جمع آنها بیش از ثلث است که دو حالت دارد:	
به ترتیب وصیت کرده است:	در این حالت، بر اساس ترتیبی که گفته است به وصیت عمل می شود تا مرز ثلث؛
به یکباره وصیت کرده است:	در این حالت، از همه به یک نسبت کم می شود تا به مرز ثلث برسد.

## وجود و اهلیت موصی له

ماده ۸۵۰: موصی له باید موجود باشد و بتواند مالک چیزی بشود که برای او وصیت شده است.<sup>۲</sup>

## وصیت برای حمل

وصیت برای حمل صحیح است اما باید زنده به دنیا بیاید و نماینده او هم قبول کند، نماینده حمل یا ولی [پدر و جد پدری] اوست یا وصی و یا امین.

<sup>۱</sup> - حاشیه های دکتر کاتوزیان ذیل مواد در نظم کنونی فراموش نشود.

<sup>۲</sup> - ماده ۹۵۶ ق.م.ا: اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می شود.

**ماده ۸۵۱:** وصیت برای حمل صحیح است، لیکن تملک او منوط است بر این که زنده متولد شود.<sup>۱</sup>  
این ماده استثناء دارد و استثنای آن ماده ۸۵۲ ق.م. است.

### سقط موصی له

**ماده ۸۵۲:** اگر حمل در نتیجه جرمی سقط شود [و مرده متولد شود] «موصی به» به ورثه او می رسد مگر این که جرم مانع ارث باشد.<sup>۲</sup>

### تعدد موصی له

**ماده ۸۵۳:** اگر موصی لهم<sup>۳</sup> متعدد و محصور باشند «موصی به» بین آنها بالسویه تقسیم می شود مگر این که موصی طور دیگر مقرر داشته باشد.<sup>۴</sup>

### تعدد اوصیاء

**ماده ۸۵۴:** موصی می تواند یک یا چند نفر وصی معین نماید. در صورت تعدد، اوصیاء باید مجتمعاً عمل به وصیت کنند، مگر در صورت تصریح به استقلال هر یک.<sup>۵</sup>

### وصایت به ترتیب

**ماده ۸۵۵:** موصی می تواند چند نفر را به نحو ترتیب<sup>۶</sup> وصی معین کند: به این طریق که اگر اولی فوت کرد دومی وصی باشد و اگر دومی فوت کرد<sup>۷</sup> سومی باشد و هکذا.<sup>۸</sup>

### وصی صغیر

صغیر [به جز مجنون] را می توان به ضمیمه کبیر وصی قرار داد؛ در این صورت، بعد از فوت موصی، وصی کبیر به تنهایی انجام وظیفه می کند و به محض این که صغیر رشید بشود، هر دو باهم وظایف مربوطه را انجام می دهند؛

<sup>۱</sup> - ماده ۹۵۷ ق.م: حمل از حقوق مدنی متمتع می گردد، مشروط بر این که زنده متولد شود.

<sup>۲</sup> - جرم مانع ارث باشد: مانند این که خود مادر، فرزند را سقط کند.

<sup>۳</sup> - «موصی لهم» جمع «موصی له» می باشد.

<sup>۴</sup> - ماده ۱۵۳ ق.م: هر گاه نهی مشترک مابین جماعتی باشد و در مقدار نصیب هر یک از آنها اختلاف شود، حکم به تساوی نصیب آنها می شود مگر این که دلیلی بر زیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد.

<sup>۵</sup> - ماده ۶۶۹ ق.م: هر گاه برای انجام یک امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آنها نمی تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید، مگر این که هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد؛ در این صورت هر کدام می تواند به تنهایی آن امر را بجا آورد.

<sup>۶</sup> - مفاد کلی این ماده در همه جا استفاده می شود و مختص وصی نمی باشد.

<sup>۷</sup> - یا غایب باشد و یا هر فرض دیگری.

<sup>۸</sup> - ماده ۷۵ ق.م: واقف می تواند تولیت، یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام الحیات یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند. تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر دیگر غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا منضمماً اداره کنند و هم چنین واقف می تواند شرط کند که خود او یا متولی که معین شده است نصب متولی کند و یا در این موضوع هر ترتیبی را که مقتضی بداند قرار دهد.

ماده ۸۵۶: صغیر را می توان به اتفاق یک نفر کبیر وصی قرار داد. در این صورت اجرای وصایا با کبیر خواهد بود تا موقع بلوغ و رشد صغیر.

### نظارت بر وصی

ماده ۸۵۷: موصی می تواند یک نفر را برای نظارت در عملیات وصی معین نماید. حدود اختیارات ناظر به طریقی خواهد بود که موصی مقرر داشته است یا از قراین معلوم شود.<sup>۱</sup>

### امانت وصی

امانت وصی، امانت مالکانه می باشد: زیرا امانت با اراده مالک صورت می گیرد؛

ماده ۸۵۸: وصی نسبت به اموالی که بر حسب وصیت در ید او می باشد حکم امین را دارد و ضامن نمی شود مگر در صورت تعدی یا تفریط.<sup>۲</sup>

### مسئولیت وصی

هر گاه وصی، وظایف خود را انجام ندهد، ضامن خساراتی است که به بار آورده است و منعزل می شود، ابتدا خسارات از وی اخذ و سپس منعزل می شود؛ و بعد از انعزال حاکم امینی را نصب می کند؛

ماده ۸۵۹: وصی باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند<sup>۳</sup> و الا ضامن و منعزل<sup>۴</sup> است.

ماده ۱۱۹۱ ق.م: اگر وصی منصوب از طرف ولی قهری به نگاهداری یا تربیت مولی علیه و یا اداره امور او اقدام نکند یا امتناع از انجام وظایف خود نماید منعزل می شود.

### اختیار تعیین وصی

موصی، وصی را برای دو منظور انتخاب می کند: اداره ثلث اموال موصی و اداره محجورینی که تحت ولایت موصی هستند؛ برای اداره ثلث هر کسی می تواند وصی بگیرد، اما برای اداره محجورین فقط دو نفر می توانند وصی بگیرند: پدر و جد پدری.

ماده ۸۶۰: غیر از پدر و جد پدری کسی دیگر حق ندارد بر صغیر [محجور] وصی معین کند.<sup>۵</sup>

ماده ۱۱۸۸ ق.م: هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می تواند برای اولاد خود، که تحت ولایت او می باشند وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگاهداری و تربیت آن ها مواظبت کرده و اموال آن ها را اداره نماید.

ماده ۱۱۸۹ ق.م: هیچ یک از پدر و جد پدری نمی تواند با حیات دیگری برای مولی علیه خود وصی معین کند.

<sup>۱</sup> - ماده ۷۸ ق.م: واقف می تواند بر متولی ناظر قرار دهد که اعمال متولی به تصویب یا اطلاع او باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۳۱ ق.م: هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین، مستاجر نسبت به عین مستاجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.

<sup>۳</sup> - زیرا وصیت عهدی ایقاع است و یک اراده در آن دخالت دارد.

<sup>۴</sup> - ابتدا ضامن - سپس منعزل.

<sup>۵</sup> - چون صرفاً پدر و جد پدری ولایت دارند. - یعنی مادر نمی تواند ....



# فصل سهوم: آموزش کامل ارث



بر اساس آموزش اساتید بزرگ حقوق مدنی؛

«نظم کاتوزیان، جزوه شهبازی، آموزش پوربلاسی و نکات برادران»

از دوست خوبم «حمزه علیپور» بابت همکاری در گردآوری «جزوه ارث» صمیمانه تشکر می کنم.

«این جزوه به صورت کاملاً رایگان در وبلاگ  
([baladii.blogfa.com](http://baladii.blogfa.com)) و اکثر سایت ها و  
کانال های حقوقی منتشر شده است و هیچ شخص  
حقیقی یا حقوقی حق فروش آن را ندارد»

معنای لغوی ارث: یعنی میراث، مالی که از متوفی به جای می ماند - معادل ماترک - ترکه؛  
معنای اصلاحی ارث: یعنی انتقال قهری اموال و حقوق مالی متوفی به وارث.

### شخصیت حقوقی ترکه

برخی از حقوقدانان معتقدند<sup>۱</sup> که ترکه شخصیت حقوقی دارد و برخی در مقابل این نظر را رد می کنند؛

### نمونه بحث:

اگر برای ترکه شخصیت حقوقی قائل بشویم، دیون و مطالبات به ترکه تعلق می گیرد و شخصیت ترکه با فوت متوفی شروع شده و با تصفیه ترکه پایان می پذیرد و باقی مانده قهراً در اموال وارث داخل می شود؛ اما مطابق نظر مقابل، با فوت متوفی، همه دیون و حقوق به وارث منتقل می شود.

### رد و قبول ترکه

در خصوص رد یا قبول ترکه باید متذکر شد که رد و قبول ترکه به مالکیت ورثه ارتباطی ندارد؛ به عبارتی تصور نشود که اگر وارث ترکه را قبول کنند مالک می شوند و اگر رد کنند مالک نمی شوند؛ قبول و رد ترکه فقط در دیون متوفی مؤثر و متصور است.

### قبول ترکه به دو طریق

#### قبول مطلق - قبول مشروط

در قبول مطلق، ورثه باید کلیه دیون متوفی را پرداخت کنند و اگر دیون بیش از ترکه باشد، هر کدام به نسبت سهم الارث مازاد را پرداخت خواهند کرد؛

مگر این که ثابت کنند ترکه کمتر از دیون بوده یا بدون تقصیر آن ها تلف شده است.

اما در قبول مشروط ترکه در حدود صورت تحریر پذیرفته می شود.

رد ترکه هم مانع مالکیت وارث نمی باشد؛ چرا که مالکیت آن ها قهری است و بعد از تأدیه دیون، وارث قهراً مالک باقیمانده می شوند و اگر در این حال باقیمانده را نپذیرفتند با جمع شرایطی می توان آن را اعراض دانست.

### مالکیت بر ترکه از چه زمانی؟

اگر برای ترکه شخصیت حقوقی قائل بشویم، با پایان پذیرفتن امر تصفیه ترکه و انحلال شخصیت حقوقی آن، مالکیت برای وارث ایجاد می شود؛ اما اگر بگوییم ترکه شخصیت حقوقی ندارد، با فوت مورث، مالکیت به ورثه منتقل می شود اما این مالکیت متزلزل است.

<sup>۱</sup> - مستند به صدر ماده ۸۶۹ ق.م.

## مواد ۸۶۷ الی ۸۷۳

## موت حقیقی یا فرضی

ماده ۸۶۷: ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می کند.

موت فرضی اشاره به مواردی است که غایب مرده فرض می شود. احراز این امر نیز تنها با صدور حکم موت فرضی ممکن است که با انجام دادن تشریفات خاص درباره غایب مفقود الاثر صادر می شود.<sup>۱</sup>

## استقرار مالکیت وارثان

ماده ۸۶۸: مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی مستقر نمی شود، مگر پس از ادای حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق گرفته. مقصود از استقرار مالکیت وارثان، الحاق قطعی سهم هر وراث از ترکه به دارایی او و انحلال شرکتی است که از مال وارثان و طلبکاران و موصلی لهم تشکیل شده و به «ترکه» تعبیر می شود؛

در صورتی که ترکه کافی برای ادای دیون نباشد، حق وراث بر آن از بین نمی رود. شخصیت حقوقی این دارایی به خوبی وجود این حق را توجیه می کند و بعضی ترکه را همانند با عین مرهون کرده اند که ملکیت آن به وارثان تعلق دارد و در رهن طلبکاران است - ولی این تحلیل مالکیت موصلی له را در این دارایی توجیه نمی کند و طلبکاران عادی و با وثیقه را باهم مخلوط می سازد؛ رد و قبول ترکه در انتقال قهری آن به وارثان اثر ندارد. در واقع رد و قبول تصفیه آن است و در مالکیت اثر ندارد.

## حقوق و دیون بر ترکه

ماده ۸۶۹: حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق می گیرد و باید قبل از تقسیم آن اداء شود، از قرار ذیل است:

قیمت کفن میت و حقوقی که متعلق است به اعیان ترکه، مثل عینی که متعلق رهن است؛

دیون و واجبات مالی متوفی؛

وصایای میت تا ثلث ترکه بدون اجازه ورثه و زیاده بر ثلث با اجازه آن ها.

ترتیبی که در این ماده رعایت شده است، ترتیب حق تقدم دیون و حقوق است؛ بنابراین، قیمت کفن میت مقدم بر هر گونه هزینه و دینی است (ماده ۲۲۵ ق.ا.ح.)؛ و پس از آن دیونی که وثیقه دارد (ماده ۲۲۷ ق.ا.ح.) و همچنین، ادای دیون و واجبات مالی مقدم بر اجرای وصایای میت است؛

اگر برای واجبات مالی وصیت شده باشد، اجرای آن مقدم بر سایر وصایا است؛

در موردی که عین ترکه رهن دینی باشد و مال دیگری برای تأمین هزینه کفن نداشته باشد، ظاهر از این ماده، این است که هزینه کفن باید از عین وثیقه برداشته شود و بعضی از مولفان اجرای این ترتیب را بعید دانسته اند.

## ترتیب تأدیه

ماده ۸۷۰: حقوق مزبوره در ماده قبل باید به ترتیبی که در ماده مزبوره مقرر است تأدیه شود و مابقی، اگر باشد بین وراث تقسیم گردد.

<sup>۱</sup> - توجه: صرفاً در این فصل، حاشیه های دکتر کاتوزیان، ذیل مواد قانونی آمده است.

## عدم نفوذ معامله وارثان

**ماده ۸۷۱:** هرگاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معاملاتی نمایند، مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است، معاملات مزبوره نافذ نبوده [غیرنافذ] و دیان می‌توانند آن را بر هم زنند [رد کنند].

حکم عدم نفوذ ناظر به تصرفات ناقل از قبیل فروش و صلح و هبه است که از وثیقه عمومی طلبکاران می‌کاهد و شامل قراردادهای مربوط به اداره ترکه (مانند اجاره و تعمیر) نمی‌شود؛ بنا به ظاهر این ماده، عدم نفوذ مشروط به عدم پرداخت دین است. پس از پرداخت دین، طلبکار نفعی در اقامه دعوی بطلان معاملات وارثان ندارد و به این استناد که معامله قبل از پرداخت دین انجام شده است نمی‌توان حکم به بطلان داد. به بیان دیگر، پرداخت دین معامله را نافذ می‌کند؛ دعوی عدم نفوذ تنها از طلبکار پذیرفته می‌شود و هیچ‌یک از دو طرف معامله نمی‌توانند به این بطلان استناد کند. بدین ترتیب، باید گفت معامله انجام شده بین دو طرف نافذ و در برابر طلبکاران «غیرقابل استناد» است.

## تقسیم اموال غایب مفقودالاثر

**ماده ۸۷۲:** اموال غایب مفقودالاثر تقسیم نمی‌شود، مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضای مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند.

موت فرضی نیز در حکم موت حقیقی است و اموال غایب بین وارثان تقسیم می‌شود، با این تفاوت که اگر خلاف آن فرض اثبات و غایب پیدا شود، همه چیز به جای خود باز می‌گردد و «کسانی که اموال او را به عنوان وراثت تصرف کرده‌اند، باید آنچه را که از اعیان یا عوض و یا منافع اموال مزبور حین پیدا شدن غایب موجود می‌باشد مسترد دارند»؛ نسبت به آنچه در اثر تصرف وارثان تلف یا به دیگران منتقل شده است، آنان مسئولیتی ندارند و معاملات باطل نمی‌شوند و تنها عوض اخذ شده به غایب داده می‌شود.

## عدم توارث اشخاص در صورت مجهول بودن تاریخ فوت

**ماده ۸۷۳:** اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می‌برند مجهول و تقدم و تاخر هیچ‌یک معلوم نباشد، اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند، مگر آنکه موت به سبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث می‌برند.

در اجرای قاعده توارث دو تن از یکدیگر، آنچه یکی از آن دو به ارث برده، از ترکه استثناء می‌شود.

اگر تاریخ موت هر دو مجهول باشد: هیچ‌یک ارث نمی‌برند، مگر غرق و هدم؛

اگر تاریخ موت هر دو معلوم باشد: اما تقدم تاخر معلوم نباشد، هیچ‌یک ارث نمی‌برند، حتی غرق و هدم؛

زیرا حکم ماده ۸۷۳، استثنایی است و مختص مجهول بودن؛ بنابراین باید تفسیر مضیق بشود؛

در صورتی که موت در یک روز باشد، تعیین ساعت موت برای تعیین ارث بری کافی است.

## اصل تاخر حادث

**ماده ۸۷۴:** اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تاخر مجهول باشد، فقط آن که تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد.

وراثت آن که تاریخ فوتش مجهول است نتیجه استصحاب حیات او بعد از مرگ کسی است که از او ارث می برد و در تاریخ معین فوت کرده است. از اصل تاخر حادث (مرگ) نیز همین نتیجه به دست می آید؛ از آنجا که حیات وارث نتیجه اجرای اصل است، خلاف آن را همیشه می توان اثبات کرد و این ماده موردی را فرض کرده است که تقدم و تاخر فوت مورث مجهول بماند و به هیچ دلیلی مقرون نباشد.

## ارث حمل

ماده ۸۷۵ ق.م. دو شرط برای وراثت حمل ذکر کرده است:

شرط نخست: انعقاد نطفه حین الموت؛

شرط دوم: زنده متولد شدن حمل.

### در مورد شرط نخست باید گفت:

در صورت جهل به زمان انعقاد نطفه، با توجه به این که تاریخ فوت از طریق پزشکی قانونی قابل تعیین است، بنا بر اصل تاخر حادث، انعقاد نطفه پس از فوت فرض می شود. در نتیجه شرط نخست موجود نبوده و حمل محروم از ارث خواهد بود، هر چند منتسب به متوفی بوده باشد. انعقاد نطفه قابل استصحاب نمی باشد چرا که این استصحاب قهقرایی بوده و حجیت ندارد.

### در مورد شرط دوم باید گفت:

مطابق ماده ۹۷۵ ق.م. زنده متولد شدن حمل کاشف از آن است که او از زمان انعقاد نطفه اهلیت تمتع داشته است. (شرط متاخر بر وجه کشف).

زنده به دنیا آمدن برای توارث کفایت می کند و قابلیت بقا شرط نیست (مستنبط از قسمت اخیر ماده ۸۷۵ ق.م.).

### شک در تحقق شرط وراثت

اگر شک شود که حمل زنده به دنیا آمده یا نه به عبارتی دیگر آیا شرط وراثت محقق شده است یا نه؟ اصل عدم تحقق شرط است، یعنی اصل عدم زنده به دنیا آمدن است. عده ای در پاسخ گفته اند اگر یقین به زنده بودن حمل داشته باشیم می توان زنده به دنیا آمدن او را هم استصحاب کرد.

در رد این استدلال باید گفت در استصحاب موضوعی که به سابقه آن یقین داریم و موضوعی که فی الحال به آن شک داریم باید واحد باشد؛ حال آن که در ما نحن فیه حمل و نوزاد دو موضوع متفاوت می باشند و محل جریان استصحاب نیست.

**فروض ماده ۸۷۸ ق.م.ع:**

هر گاه در حین فوت مورث، حملی باشد ماده ۸۷۸ ق.م. فرضی را بیان کرده است که همه آن‌ها منطقی به نظر نمی رسند؛

**فرض نخست:** اگر حمل مانع ارث همه بشود، باید تا به دنیا آمدن او تقسیم ارث به عمل نیاید؛  
**فرض دوم:** اگر حمل مانع ارث بردن بعضی از وراث بشود، قانون گفته تقسیم به عمل نمی آید، اما منطقی تر آن است که قدر متیقن سهم وراث را به آن‌ها بدهیم تا حال حمل معلوم شود. مثل فرضی که متوفی فوت کرده است و بازماندگانش عبارت‌اند از: همسر دائمی که باردار است، پدر، مادر و چند نوه.  
 در این صورت هر کدام از ابویین حداقل یک ششم و زوجه یک‌هشتم خواهد برد و بهتر است این قدر متیقن به آن‌ها داده شود و مابقی تقسیم نشده بماند.

**فرض سوم:** اگر حمل مانع هیچ‌یک از وراث نباشد: مقصود این نیست که سهم بقیه هیچ تغییری نکند. در این صورت سهم حمل را معادل دو پسر کنار می گذارند و سپس از تولد تکلیف سهم او مشخص می شود. مثل فرضی که از متوفی یک زن باردار و یک پسر مانده است.

**توارث بین هم مرگ ها**

به تصریح ماده ۸۷۵ ق.م. زنده بودن وارث حین فوت مورث شرط وراثت است؛ حال اگر دو نفر که از یکدیگر ارث می برند، بمیرند، چند فرض پیش می آید؛

اگر تقدم فوت یکی بر دیگری معلوم باشد؛ آنکه تاریخ فوتش موخر است، از دیگری ارث می برد؛  
 اگر تاریخ فوت یکی معلوم و تاریخ فوت دیگری مجهول باشد؛ بنابر اصل تاخر حادث آنکه تاریخ فوتش مجهول است، موخر فرض شده و از دیگری ارث می برد. ماده ۸۷۴ ق.م.ع؛  
 اگر اقتران فوت آن‌ها معلوم باشد، یعنی محرز شود که هر دو در یک تاریخ فوت کرده‌اند، هیچ‌یک از دیگری ارث نمی برد؛

اگر تاریخ فوت هر دو مجهول باشد، هیچ‌یک از دیگری ارث نمی برد؛ زیرا اصل تاخر حادث در هر یک با اصل تاخر حادث در دیگری تعارض کرده و هر دو ساقط می شوند. ماده ۸۷۳ ق.م.ع.

**نکته:**

مورد چهارم مطابق قاعده می باشد ولی بر آن استثنایی وارد است؛ از این قرار که اگر مرگ بر اثر غرق یا هدم باشد، در فرض چهارم، متوفی ها از هم ارث می برند. ذیل ماده ۸۷۳ ق.م.ع.

## مصادیق هدم

با این که هدم استثنا است و نباید آن را گسترش داد، دکتر کاتوزیان: مصادیق هدم را تصادف اتومبیل، سقوط هواپیما، تصادم کشتی و سقوط آسانسور می داند.  
در هدم و غرق، واحد بودن حادثه مهم است، به این شرح که:  
اگر هر دو در دو خیابان متفاوت، اما بر اثر زلزله بمیرند؛ مشمول هدم است؛  
اگر دو نفر در دو استخر متفاوت غرق بشوند، حتی در یک روز و یک ساعت، مشمول غرق نمی باشد.

## نحوه ارث بری در مورد این استثناء

### در قالب یک مثال؛

فرض کنید مردی (پدری) دارای همسر، یک پسر و یک دختر می باشد. پسر او دارای همسر و یک فرزند می باشد؛ که پدر و پسر همزمان غرق می شوند. برای تقسیم ماترک به شرح زیر عمل می کنیم.  
مرحله نخست: فرض می کنیم پدر زودتر از پسر مرده است؛ وراثت پدر عبارتند از: زوجه، پسر و دختر که همگی از ماترک می برند.  
مرحله دوم: فرض می کنیم پسر زودتر از پدر مرده است؛ وراثت پسر عبارتند از: پدر، مادر، زوجه و فرزند؛ که همگی از ماترک می برند.  
مرحله سوم: هر آنچه در مرحله اول از پدر به پسر رسیده است؛ در مرحله سوم به وراثت پسر، غیر از پدر داده می شود (به مادر، زوجه و فرزند او).  
مرحله چهارم: آنچه در مرحله دوم از پسر به پدر رسیده است؛ در مرحله چهارم به وراثت پدر غیر از پسر داده می شود. (به زوجه پدر و دختر).

## موانع ارث

در فقه امور متعددی از جمله رقیبت از موانع ارث می باشد؛ اما در قانون مدنی موانع ارث عبارتند از:

قتل: ماده ۸۸۰ ق.م.

کفر: ماده ۸۸۱ مکرر ق.م.

لعان: ماده ۸۸۲ ق.م.

ولادت از زنا: مستنبط از جمع مواد ۸۶۱، ۸۸۴ و ۱۱۶۷ ق.م.

## مقدمه:

پیش از توضیح موارد مذکور، طرح یک بحث اصولی مفید به نظر می رسد؛

در بحث علت و معلول، علت گاه ساده است و گاه مرکب. علت مرکب دارای سه جزء: مقتضی، شرط و عدم مانع می باشد؛

مقتضی یا سبب مهم ترین جزء علت می باشد، اما به تنهایی قادر به ایجاد معلول نیست. شرط باید باشد تا مقتضی اثر کرده، معلول را به وجود آورد. عدم مانع ماهیتاً نوعی شرط است و برخی از آن به شرط منفی یاد می کنند، پس مانع هم باید مفقود باشد تا مقتضی اثر کند؛

بنابراین عبارت ماده ۸۶۱ ق.م؛ که موجب ارث را قرابت معرفی می کند علت تامه نیست، بلکه مقتضی است چرا که برای تحقق ارث نیاز به وجود شرایط و فقد موانع دیگر هم هست؛

[اهمله؛ فوت مورث [مقیقی یا فرضی] و میات وراثت [مین فوت مورث] و وجود اموال [ماترک].

اگر معلول به وجود نیامده، باید ابتدا دید که آیا مقتضی موجود بوده یا خیر. اگر مقتضی موجود باشد آنگاه باید سراغ شرط و مانع رفت اما اگر مقتضی موجود نباشد بحث پیرامون شرط یا مانع، عقلایی نیست. یعنی در صورت فقد مقتضی، به وجود نیامدن معلول را باید به آن نسبت بدهیم نه عدم وجود شرط یا وجود مانع.

### پس از ذکر این مقدمه موانع ارث را جداگانه مطرح می کنیم:

#### قتل

در بحث قتل، مقتضی که قرابت است و شرط که فوت مورث و حیات وارث است وجود دارد اما قاتل ارث نمی برد، چرا که قتل مانع است.

#### کفر

در خصوص کفر، هم مقتضی و هم شرط وجود دارد؛ اما کافر ارث نمی برد. چرا که کفر مانع است.

#### در ماده ۸۸۱ مکرر دو بحث مطرح است:

متوفی مسلمان است، وراثت کافر از او ارث نمی برند، حتی اگر تمام وراثت کافر باشند؛ گویی وراثت ندارد؛

اگر مسلمانی بمیرد و در بین وراثت او تنها یک نفر مسلمان باشد، ماترک به او می رسد، حتی اگر بلافاصله پس از فوت مورث، وراثتی که کافر هستند مسلمان شوند؛ اما اگر وراثت مسلمان متوفی، مسلمان واحد نباشد و ورثه کافر متوفی مسلمان پس از فوت او اسلام آوردند، اگر ماترک قبل از اسلام آوردن آنها تقسیم نشده باشد آنها هم از ماترک حصه خود را می برند؛ اما اگر ماترک قبل از اسلام آوردن وراثت کافر تقسیم شده باشد، آنها چیزی از ترک نمی برند.

متوفی کافر است. در این حالت چند فرض پیش می آید:

فرض نخست: اگر در بین وراثت متوفی کافر، تنها یک مسلمان باشد، تمام ماترک به او می رسد، حتی اگر وراثت کافر بعد از فوت متوفی اسلام بیاورند.



فرض دوم: اگر وراثت مسلمان متوفای کافر متعدد باشند، وراثت کافر در صورتی ارث می برند که پیش از تقسیم ترکه اسلام بیاورند.

فرض سوم: اگر متوفای کافر فقط ورثه کافر داشته باشد دو حالت پیش می آید:

حالت نخست: اگر متوفی کافر اصلی باشد، ورثه او مطابق مذهب خود ارث می برند.

حالت دوم: اگر متوفی مرتد باشد، ماترک به امام می رسد.

## لعان

لعان از سوی مرد به دو طریق صورت می گیرد: با نسبت ناروای زنا روی می دهد یا با نفی ولد؛ بدون ارائه دلایل اثبات زنا؛

با تفرقی که با لعان حاصل می شود، نکاح منحل شده و مرد و زن دیگر قرابتی باهم ندارند؛ بنابراین عدم وجود توارث به موجب لعان به علت فقد مقتضی است نه وجود مانع. بدین استدلال لعان را نباید از موانع ارث بر شمرد.<sup>۱</sup>

## ولادت از زنا

در مورد ولادت از زنا باید گفت قانون گذار نباید آن را از موانع ارث بر می شمرد. در واقع در ولادت از زنا، مقتضی [نسب] موجود نیست و چنانچه که گفتیم وقتی مقتضی موجود نیست، عدم وجود معلول [توارث] را باید به آن نسبت دهیم نه به نبود شرط یا وجود مانع. در ولادت از زنا اگرچه طفل به طور طبیعی و خونی [نسبی] وابسته به زانی و زانیه است و از نسب آنها می باشد، اما باید متذکر شد که نسبی مورد حمایت قانون گذار است که آن را شناسایی کرده و آثار حقوقی بر آن بار کرده باشد. تنها اثر بار شده بر نسب ناشی از زنا در بحث موانع نکاح مطرح است. ماده ۱۰۴۵ ق.م.

## نکته:

بیشتر علما موانع ارث را محدود به کفر و قتل می دانند؛

یعنی لعان و ولادت از زنا را از شمار موانع ارث نمی دانند.

<sup>۱</sup> - به عبارت دیگر: در صورتی که زوج زناي زوجه را ثابت کند و همچنین ثابت کند که فرزند متولد از زنا است، هیچگاه بین او و فرزند رابطه توارث به وجود نیامده است. (پس نمی توان گفت: پس از اثبات رابطه توارث قطع می شود - چرا که از ابتدا به وجود نیامده بود).

## نکات تکمیلی قتل

اگر وارثی مورث خود را عمداً و به ناحق بکشد، از او ارث نمی‌برد؛ فرقی نمی‌کند قتل منفرداً باشد یا با شرکت دیگری، مباشرتاً باشد یا تسبیحاً. ماده ۸۸۰ ق.م.

شریک در جرم، در اصل تحقق ارکان مادی جرم با شریک دیگر همدست است؛ یعنی شریک، معاون نیست! اگر قتل به حکم قانون باشد [به ناحق نباشد]، مثلاً فرزند مامور اجرای حکم اعدام باشد یا برای دفاع [مشروع] باشد، محرومیت از ارث جاری نمی‌شود؛

قانون مدنی در مورد قتل و محرومیت قاتل از ارث عمداً معاون را در ماده نیاورده است؛ اما دکتر کاتوزیان آن را مانند قتل و مانع ارث می‌داند؛ [حاشیه شماره ۱۱ ذیل ماده ۸۸۰ ق.م.].<sup>۱</sup>

طبیعی است که اگر قتل مورث عمدی توصیف نشود [غیر عمدی باشد؛ مانند شبه عمد، خطای محض]، محرومیت از ارث را ندارد؛

قتل در فراش، قتل عمدی است و مانع ارث بری می‌شود؛<sup>۲</sup>

قتل مورث توسط مجنون، چون مجنون فاقد مسئولیت کیفری است، ارث می‌برد؛

چون اصل بر شخصی بودن مجازات‌ها است، بنابراین خود قاتل از ارث محروم است و اگر نوبت به فرزند او برسد، این فرزند از ارث جد خود محروم نمی‌شود. ماده ۸۸۵ ق.م. همچنان که مجازات کیفری هم فقط متوجه خود مرتکب است.

## مواد ۸۷۵ الی ۸۸۵ قانون مدنی

### زنده بودن در زمان فوت - وراثت حمل

**ماده ۸۷۵:** شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد، در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود، اگرچه فوراً پس از تولد بمیرد.

مفاد این ماده، در مورد وصیت نیز، برای احراز شرط وجود موصی‌له در زمان انشای وصیت، اجرا می‌شود؛ شرط اصلی وراثت حمل، وجود او در زمان فوت مورث است و زنده به دنیا آمدن شرطی است که دلالت بر همان شرط اصلی می‌کند؛ به نظر می‌رسد که برای ارث بردن، حمل باید به صورت و هیات انسان به دنیا آید، هر چند ناقص باشد؛ زیرا تنها انسان از حقوق مدنی بهره می‌برد و شخص است. پس حملی که در زمان تولد به صورت حیوان است ارث نمی‌برد، هر چند زنده باشد؛ لزومی ندارد که حمل پس از زنده متولد شدن به زندگی ادامه دهد، ولی باید قابل زیستن باشد و زنده متولد شدن نشانه همین قابلیت است. با وجود این، امکان ادامه زندگی ضرورت ندارد.

### شک در حیات حمل

**ماده ۸۷۶:** با شک در حین ولادت، حکم وراثت نمی‌شود.

<sup>۱</sup> - نظر مخالف: معاونت در قتل، مانع ارث بری نمی‌باشد؛ زیرا معاون مجازات قاتل را ندارد.

<sup>۲</sup> - نظر مخالفان: قتل در فراش مانع ارث بری نمی‌شود؛ زیرا انگیزه او دست یافتن به میراث در آن اوضاع و احوال منتفی است و وقتی قانونگذار او را از مجازات اصلی معاف می‌کند، آثار تبعی و مدنی آن را هم نمی‌خواهد - دکتر کاتوزیان حاشیه شماره ۱۰ ذیل ماده ۸۸۰ ق.م.

**اماره قانونی انعقاد نطفه**

**ماده ۸۷۷:** در صورت اختلاف در زمان انعقاد نطفه، امارات قانونی که برای اثبات نسب مقرر است رعایت خواهد شد.

نطفه ای منعقد شده محسوب است که حمل ناشی از آن ظرف ده ماه از تاریخ فوت به دنیا آید، مگر این که ثابت شود از تاریخ آخرین نزدیکی (امکان آخرین نزدیکی) بیش از ده ماه گذشته است.

**تقسیم ترکه با وجود حمل**

**ماده ۸۷۸:** هرگاه در حین موت مورث حملی باشد که اگر قابل وراثت متولد شود<sup>۱</sup> مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت دیگر می گردد، تقسیم ارث به عمل نمی آید تا حال او معلوم شود؛ و اگر حمل مانع از ارث هیچ یک از سایر وراثت نباشد و آن ها بخواهند ترکه را تقسیم کنند، باید برای حمل حصه ای که مساوی حصه دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصه هر یک از وراثت مراعات<sup>۲</sup> است تا حال حمل معلوم شود.

در مورد بند ۲ این ماده، برای جنین امین معین می شود. (ماده ۱۰۳ ق.ا.ح.) مگر این که ولی یا وصی داشته باشد. تقسیم ترکه نیز باید در دادگاه و با شرکت ولی یا وصی یا امین جنین انجام شود (ماده ۳۱۳ ق.ا.ح.)؛ مقصود از مانع در این ماده حجب حرمانی است که به موجب آن وارث نزدیک تر به متوفی در طبقه و درجه مانع از وراثت وارث دورتر می شود (الاقرب یمنع الابعاد). مواد ۸۸۶ به بعد قانون مدنی؛ اگر با سونوگرافی از رحم زن جنس و شمار حمل معلوم شود، دیگر کنار گذاردن سهم دو پسر نامعقول است.

**تقسیم ترکه در صورت غیبت یکی از وراثت**

**ماده ۸۷۹:** اگر بین وراثت غایب مفقود الاثری باشد، سهم او کنار گذارده می شود تا حال او معلوم شود. در صورتی که محقق گردد قبل از مورث مرده است، حصه او به سایر وراثت بر می گردد و الا به خود او یا به ورثه او می رسد. در تقسیم ترکه باید نماینده غایب (اعم از وکیل یا ولی یا وصی یا قیم یا امین) شرکت داشته باشد و تقسیم نیز در دادگاه انجام می شود؛ و تراضی وارثان کافی نیست. ماده ۳۱۳ ق.ا.ح.

**قتل مورث (نامشروع)**

**ماده ۸۸۰:** قتل از موانع ارث است. بنابراین کسی که مورث خود را عمداً بکشد از ارث او ممنوع می شود اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا بالتسبیب و منفرداً باشد یا به شرکت دیگری.

اگر به دستور و تلقین وراثت، دیوانه یا حیوانی مورث را بکشد، اثر آن مانند مباشرت است. ولی اگر مامور عاقل و کبیر باشد، در قوت سبب تردید می شود و همیشه یکسان نیست؛

قتلی که به دستور مورث و برای رهایی از درد و رنج و بدنامی صورت پذیرد یا در اثر قطع عضوی باشد که به امید بهبود مورث انجام شده است، سبب حرمان از ارث نیست؛

قتل حاجب به انگیزه ارث بردن محجوب را نیز می توان از موانع ارث بری قلمداد کرد؛

قتل موصی به انگیزه رسیدن هرچه زودتر به موصی به موصی له را از وصیت محروم می کند؛

سقط حمل نیز از جهت ممنوع ساختن از ارث، در حکم قتل است؛

قتل موضوع این ماده «قتل عمدی» است؛ بنابراین باید طبق قانون مجازات اسلامی تفاوت قتل عمدی را از سایر انواع آن دریابیم.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - یعنی زنده متولد بشود.

<sup>۲</sup> - مراعات: یعنی وضع حقوقی مجهول در رابطه با مالی معین؛ ترمینولوژی دکتر لنگرودی.

<sup>۳</sup> - رک. مواد: ۲۹۰، ۲۹۱ و ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی.

**قتل مشروع و خطایی**

**ماده ۸۸۱:** در صورتی که قتل عمدی مورث به حکم قانون یا برای دفاع باشد، مفاد ماده فوق مجری نخواهد بود.

قتل عمدی در صورتی مانع از ارث است که نامشروع باشد. پس قتلی که به حکم قانون و در دفاع مشروع صورت پذیرد مباح است و اثر متعارف در حرمان از ارث را ندارد. منتها لزوم تناسب میان تجاوز و دفاع باشد در نظر گرفته شود؛ اگر پدری پسر را به قصد تادیب بزند و پسر در اثر ضربه ناگهانی بمیرد، پدر از ارث او محروم نمی شود، مشروط به این که ضربه نوعاً کشنده نباشد؛ عمد طفل و مجنون در حکم غیرعمد است؛ قتل موضوع ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (قتل به دلیل یا به تصور مهدورالدم بودن)، مانع ارث نیست.

**کافر**

**ماده ۸۸۱ مکرر:** کافر از مسلم ارث نمی برد و اگر در بین ورثه متوفای کافری مسلم باشد، وراثت کافر ارث نمی برند، اگر چه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.

در مواردی که از میان وارثان کافری یک تن ادعای مسلمان شدن کند، اقرار او به اسلام برای محروم ساختن سایر وارثان کافی نیست (ماده ۱۲۷۸ ق.م.) و دادگاه با توسل به قراین و شهادت گواهان باید اسلام مدعی را احراز کند؛ کافر در ماده ۸۸۱ ق.م. اعم از ذمی و حربی است، کفر و ایمان در زمان تحقق ارث معیار است. پس اگر وارثی بعد از تملک ترکه و پیش از تقسیم آن کافر شود، از ارث محروم نیست. در فقه، اگر خویشاوندی کافر پیش از تقسیم ترکه اسلام آورد، به زمره وارثان می پیوندد و در همان مقام قرار می گیرد که سزاوار وارث مسلمان است؛ مسلم از کافر ارث می برد. همچنین وارثان کافر از مورث کافر ارث می برند؛ اگر فرزند مسلمانی کافر شود و نواده های او مسلمان باشند، نواده ها از پدر بزرگ ارث می برند و صاحب ترکه خویشان دورتر می شوند، هر چند به قائم مقامی از پدر کافر باشند.

**لعان**

**ماده ۸۸۲:** بعد از لعان زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی برند و همچنین فرزندی که به سبب انکار او لعان واقع شده از پدر و پدر از او ارث نمی برد، لیکن فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و همچنین مادر و خویشان مادری از او ارث می برند.

دلیل ارث نبردن: چون دیگر رابطه زوجیت برقرار نمی باشد و عنوان همسری صدق نمی کند.

**رجوع پدر از لعان**

**ماده ۸۸۳:** هرگاه پدر بعد از لعان رجوع کند، پسر [فرزند] از او ارث می برد، لیکن از ارحام پدری و همچنین پدر و ارحام پدری از پسر ارث نمی برند. حکم این ماده نشانه ای از فرضی بودن عدم انتساب فرزند به پدر است.

## ولادت از زنا

**ماده ۸۸۴:** ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی برد،<sup>۱</sup> لیکن اگر حرمت رابطه که طفل ثمره آن است نسبت به یکی از ابویین ثابت و نسبت به دیگری به واسطه اکراه یا شبهه زنا نباشد طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می برد و بالعکس. فرزند طبیعی مقتضی توارث را با خود ندارد و به همین جهت ولادت از زنا را نباید از موانع ارث شمرد؛ نزدیکی به شبهه، اگر با یکی از محارم صورت پذیرد، فرزند ناشی از آن در حکم فرزند طبیعی است و ارث نمی برد؛ در مورد لقاح مصنوعی بین دو بیگانه، فرزندی که به وجود می آید طبیعی است نه مشروع و از پدر و مادر ارث نمی برد. مگر این که بدون آگاهی باشد که در حکم ولد به شبهه است؛ فرزند ناشی از لقاح مصنوعی زن و شوهر مشروع است؛ فرزند ناشی از آمیزش نامشروع زن و مرد در حکم ولادت از زنا است، هرچند زنا نیز تحقق نیافته باشد.

## ارث اولاد و اقوام قاتل مورث

**ماده ۸۸۵:** اولاد و اقوام کسانی که به موجب ماده ۸۸۰ از ارث ممنوع می شوند محروم از ارث نمی باشند، بنابراین اولاد کسی که پدر خود را کشته باشد از جد مقتول خود ارث می برد، اگر وارث نزدیکتری باعث حرمان آنان نشود.

در قتلی که مانع ارث نیست (خطایی و شبه عمد)، قاتل از دیه ارث نمی برد؛ زیرا ارث باعث مالکیت مافی الذمه سقوط تمام یا بخشی از مجازات قاتل می شود؛

در فرضی که فرزندان قاتل به قائم مقامی او ارث می برند (مانند موردی که مقتول پدر دارد، ماده ۹۱۱ ق.م.ا)، اجرای حکم ماده ۸۸۵ ق.م.ا با این اشکال روبرو است که نسل واسطه آنان ممنوع از ارث است و قائم مقام کسی شده اند که خود از ارث بی بهره است. ولی شخصی بودن آثار قتل ایجاب می کند که فرزندان و خویشان قاتل از مکافات کار او مصون بمانند و حکم ماده ۸۸۰ ق.م.ا قاتل را از زمره خویشان حذف نمی کند، ممنوع از ارث می سازد و نظم توارث در سایر اعضای خانواده بر هم نمی خورد.

موجبات ارث<sup>۲</sup>

**ماده ۸۶۱:** موجب ارث دو امر است: نسب و سبب؛<sup>۳</sup>

به عبارت دیگر موجب ارث فقط یک چیز است: قرابت.<sup>۴</sup>

واژه «دو» در این ماده عدد بوده و به علت وجود قرینه دارای مفهوم می باشد.<sup>۵</sup>

## موجب سببی

**ماده ۸۶۴ ق.م.ا:** به شکلی موجب ارث سببی را تعریف می کند که انگار غیر از نکاح (سبب) اشخاص دیگری را هم شامل می شود؛

<sup>۱</sup> - از اقوام آنان، به طریق اولی ارث نمی برد.

<sup>۲</sup> - از این صفحه به بعد، آموزش استاد پوربلاسی شروع می شود.

<sup>۳</sup> - نسب به خون بر می گردد و سبب به نکاح (دایم)؛ در فرزند خواندگی به سبب فقد رابطه نسبی یا سببی، بحث ارث موضوعیت ندارد.

<sup>۴</sup> - ماده ۱۰۳۱ ق.م.ا: قرابت بر دو قسم است: قرابت نسبی و قرابت سببی.

<sup>۵</sup> - قرینه در این ماده عبارت است از نبود مورد دیگر در قانون که موجب توارث باشد.

ماده ۸۶۴: از جمله اشخاصی که به موجب سبب ارث می برند هر یک از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد.

در واقع عبارت «از جمله» در این ماده را باید با عبارت «تنها کسانی که» جایگزین کرد و ماده ۸۶۴ را این طور خلاصه کرد: «تنها اشخاصی که به موجب سبب ارث می برند زوجین هستند».

### ارث در کدام نکاح؟

طبق ماده ۹۴۰ در نکاح دائم توارث وجود دارد؛

ماده ۹۴۰ ق.م. زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند، از یکدیگر ارث می برند.

قید دائم در این ماده احترازی است یا تقییدی؟

یعنی آیا قید دائم بابت غلبه وجود دارد و یا اینکه اصل ماده بر مبنای قید است؟

طبق نظر دکتر کاتوزیان این قید احترازی است (حاشیه ۱) و اصل ماده بر مبنای همین قید می چرخد. بدین معنا که فقط در نکاح دائم توارث وجود دارد.

### ماده ۹۴۰ امری است یا تکمیلی؟

آیا امکان گذاشتن شرط توارث در نکاح موقت وجود دارد یا نه؟

با توجه به حاشیه ۲ ماده فوق، به دلیل تعارض با قواعد امری، نمی توان شرط توارث گذاشت.

### شرط توارث در نکاح منقطع؛ باطل یا مبطل؟

در صورت درج شرط توارث در نکاح منقطع، شرط باطل است یا شرط و عقد هر دو؟

طبق حاشیه ۲ فقط شرط باطل است و مبطل عقد نمی باشد؛

چون خلاف مقتضای ذات عقد نکاح نمی باشد.<sup>۱</sup>

### ظابطه، تشفیص قانون امری با قانون تکمیلی

اصل بر امری بودن است و ظابطه مشخصی ندارد.

اصولاً قواعدی که به نظم عمومی، اخلاق حسنه، احوال شخصیه، اهلیت، شرایط اساسی صحت معاملات (شرایط

عمومی و اختصاصی) و عقود غیرمالی مربوط باشد، امری است؛

و قواعدی که به اموال یا آثار مالی عقود مالی مربوط باشد، اصولاً تکمیلی است و می توان خلاف آنها توافق کرد.

### امری بودن ارث

ارث جز احوال شخصیه است و احوال شخصیه امری است و نمی توان خلاف آن تراضی کرد.

<sup>۱</sup> - مقتضای ذات نکاح: ایجاد رابطه زوجیت است.

یعنی نمی توان کسی را از ارث محروم و یا کسی را در ارث داخل کرد.

**در نتیجه:**

شرط توارث در نکاح موقت باطل است، اما مبطل نیست.  
شرط عدم توارث در نکاح دائم باطل است، اما مبطل نیست.

## اجتماع موجبات ارث در شخص واحد

یعنی یک نفر در آن واحد به دو موجب بتواند ارث ببرد؛  
نسب و سبب دو موجبی هستند که تعریف آنها ابتدای جزوه آمده است.

**مال اجتماع آنها:**

الف) سبب + نسب ب) نسب + نسب ج) سبب + سبب  
از این سه مورد، مورد آخر منتفی است: یعنی چنین چیزی امکان ندارد؛  
چون سبب (نکاح) با یک زن فقط یک بار اتفاق می افتد.

## فروض بالا همراه با مثال

**فرض اول: سبب + نسب**

وراث: یک مرد اگر هیچ فامیل نسبی به جز دختر عمو نداشته باشد: ارث او به دختر عمو می رسد؛  
وراث: یک مرد دختر عمو دارد و زوجه هم دارد: ارث به هر دوی آنها می رسد (باهم تعارضی ندارند).  
یک مرد دختر عمویش زن اوست:

زن او یک بار به علت زوجه بودن و یک بار هم به علت دختر عمو بودن ارث می برد؛  
یعنی ما این طور فرض می کنیم که او هم زوجه دارد و هم یک دختر عمو.  
در نتیجه: موجب نسبی و سببی هیچگاه باهم تعارضی ندارند.

**فرض دوم: نسب + نسب**

این فرض دو شق دارد:  
یا باهم تعارض ندارند و یا تعارض دارند.

**ابتدا فرض بدون تعارض:**

فرض اجتماع عمو و دایی در یک نفر؛

فرض مثال (مثال خیالی) از این قرار است: حاصل ازدواج پدر بزرگ پدری با مادر بزرگ مادری یک فرزند پسر است! این فرزند نسبت به کسی که این مثال در مورد او صدق می کند هم عمو و هم دایی است. یعنی یک نفر دو وصف دارد.

حال کسی که با این فرد دو وصفی (عمو و دایی) نسبت دارد، اگر بمیرد، چون این دو (عمو + دایی) باهم تعارضی ندارند و هر دو ارث می برند هیچ مشکلی پیش نمی آید و فرد مورد نظر (عمو دایی) به دو موجب ارث می برد:

یک بار می آید و ادعای عمو بودن می کند و یک بار هم مدعی دایی بودن است. در نتیجه: اگر دو موجب نسبی در یک نفر جمع باشند و باهم تعارضی نداشته باشند فرد مورد نظر به هر دو موجب ارث می برد.

**دوم: فرض متعارض:**

فرض اجتماع برادر و پسر عمو در یک نفر؛

یک نفر پدر او می میرد و مادرش با عموی او ازدواج می کند. (زنی با برادر شوهر خود ازدواج می کند)؛ حاصل این ازدواج یک پسر است، حال پسر دوم چه نسبتی با پسر اول دارد؟ از طرف مادر نگاه کنیم: برادر اوست - و از طرف پدر نگاه کنیم: پسر عموی اوست.

حال اگر پسر اول بمیرد، پسر دوم، دو نسبت (پسر عمو + برادر) با او دارد و با دو ادعا!

یعنی این طور فرض کنیم: متوفی یک پسر عمو دارد و یک برادر؛

در این صورت چون باهم تعارض دارند، فقط از باب برادر بودن ارث می برد؛

یعنی برادر مانع ارث بردن پسر عمو است. برادر: مانع پسر عمو: ممنوع

یعنی: برادر از جهت مانع بودن ارث می برد؛

در نتیجه: اگر دو موجب نسبی در یک نفر جمع باشند و باهم تعارضی داشته باشند فرد مورد نظر تنها به یک موجب ارث می برد.

ماده ۸۶۵: اگر در شخص واحد موجبات متعدده ارث جمع شود، به جهت تمام آن موجبات ارث می برد، مگر این که بعضی از آنها مانع دیگری باشد که در این صورت فقط از جهت عنوان مانع می برد.

**دو اصطلاح در ارث**

دسته: در قانون مدنی نیامده است، یعنی لفظی غیر مذکور در قانون مدنی؛

درجه: لفظی مذکور در قانون مدنی.



## دو قاعده و دو گام اساسی

ترتیب: گام نخست - دو قاعده - گام دوم

### گام نخست:

اقرابای متوفی را طبقه بندی می کنیم: طبقه طولی است و تقدم و تاخر در آن مهم است. هر طبقه را دسته بندی می کنیم: دسته ها در عرض هم قرار دارند و تقدم و تاخر آنها مهم نیست. و در نهایت هر دسته را درجه بندی می کنیم.

### طبقات ارث:

طبقه اول: دسته A + دسته B؛ (ابوین و اولاد متوفی)  
 طبقه دوم: دسته A + دسته B؛ (اجداد و اخوه متوفی)  
 طبقه سوم: یک دسته دارد؛ (اعمام و احوال و عمات و خالات)

### نکته:

همان طور که گفته شد دسته ها در عرض هم قرار دارند و تقدم و تاخر در آنها مهم نیست و این طور نیست که ابوین حتماً باید دسته اول باشند، اما در این جزوه برای سهولت دسته ها را به A و B نام گذاری می کنیم؛ و هیچ اولویتی مدنظر نمی باشد.

### محتوی دسته ها:

در انجام این کار باید متوفی را معیار قرار داد: مثلاً پدر متوفی، اولاد متوفی ...

طبقه نخست: دسته ابوین: پدر، مادر و هر چه بالاتر برود.  
 دسته اولاد: اولاد، اولاد اولاد و هر چه پایین تر برود.

طبقه دوم: دسته اجداد: پدر بزرگ، مادر بزرگ، ابوین آنها و هر چه بالاتر برود.  
 دسته اخوه: برادر، خواهر، اولاد آنها و هر چه پایین تر برود.

طبقه سوم: دسته اعمام و احوال و عمات و خالات: عمو، دایی، خاله و عمه و اولاد آنها و هر چه پایین تر برود.

<sup>۱</sup> - از آنجایی که طبقات در طول هم هستند و تقدم و تاخر دارند، به آن ها عدد [اول، دوم و سوم] نسبت می دهیم.

## حال باید هر دسته را درجه بندی کنیم:

در طبقه نخست: پدر و مادر و اولاد درجه یک، اولاد اولاد درجه دو و هرچه پایین تر برود درجات بعدی است؛  
در طبقه دوم: اجداد و برادر و خواهر درجه یک، ابویین اجداد و اولاد اخوه درجه دو و هرچه بالا و پایین تر  
برویم به درجات بعدی می‌رسیم؛  
در طبقه سوم: اعمام و احوال و عمات و خالات درجه یک و اولاد آن‌ها درجه دو و به همین منوال هر چه پایین  
تر برود درجه بندی می‌شود.  
ما باید هر دسته را درجه بندی کنیم و در هر دسته، درجه از یک شروع شده و با تغییر نسل با آن اضافه  
می‌شود.

## دو ماده تقریباً متشابه

ماده ۸۶۲: اشخاصی که به موجب نسب ارث می‌برند سه طبقه اند:

پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد؛

اجداد و برادر و خواهر و اولاد آن‌ها؛

اعمام و عمات و احوال و خالات و اولاد آن‌ها.

ماده ۱۰۳۲: قرابت نسبی به ترتیب طبقات ذیل است:

طبقه اول: پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد؛

طبقه دوم: اجداد و برادر و خواهر و اولاد آن‌ها؛

طبقه سوم: اعمام و عمات و احوال و خالات و اولاد آن‌ها.

در هر طبقه درجات قُرب و بُعد قرابت نسبی به عده نسل‌ها در آن طبقه معین می‌گردد: مثلاً در طبقه اول، قرابت پدر و مادر با اولاد در درجه اول و نسبت به اولاد اولاد در درجه دوم خواهد بود؛ و هکذا در طبقه دوم، قرابت برادر و خواهر و جد و جده در درجه اول از طبقه دوم و اولاد برادر و خواهر و جد پدر در درجه دوم از طبقه دوم خواهد بود؛ و در طبقه سوم، قرابت عمو و دایی و عمه و خاله در درجه اول از طبقه سوم و درجه اولاد آن‌ها در درجه دوم از آن طبقه است.

## نکات:

ماده ۱۰۳۲ مکمل ماده ۸۶۲ می‌باشد؛

دقت شود: این مواد فقط در مورد قرابت نسبی است و شامل زوج و زوجه [قرابت سببی] نمی‌شود؛

در این مواد صحبتی از دسته نکرده‌اند و بدین ترتیب ثابت می‌شود که عنوان دسته در قانون مدنی غیرمذکور است.

## قاعده های اساسی ارث

**قاعده اول:** هر طبقه مانع ارث بری طبقه بعد است؛

یعنی اگر طبقه اول موجود باشد طبقه دوم ارث نمی برد و اگر طبقه دوم باشد، طبقه سوم ارث نمی برد؛ یعنی طبقات در طول هم قرار دارند.

**ماده ۸۶۳:** وارثین طبقه بعد وقتی ارث می برند که از وارثین طبقه قبل کسی نباشد.

**قاعده دوم:** در هر دسته درجه نزدیک مانع درجه دور همان دسته است.

**مفهوم قاعده:** درجه نزدیک یک دسته مانع درجه دور دسته دیگر نیست.

اگر در یک دسته حرکت کنیم و یک نفر از درجه یک داشته باشیم و یکی از درجه دو، درجه یک مانع ارث بری درجه دو می شود.

### نکات

طبقه یک و دو، دودسته دارند و طبقه سه فقط یک دسته دارد و هر دسته ممکن است چند درجه داشته باشد؛ و یادآوری می شود دسته ها در یک طبقه نسبت به هم اولویت ندارند؛

اگر در یک دسته حرکت کنیم و در این دسته یک درجه نزدیک داشته باشیم و یک درجه دور، درجه نزدیک ارث می برد و درجه دور ممنوع از ارث می باشد. چون هر دو از یک دسته اند؛ در طبقه دو، دودسته داریم، زمانی که در دسته ها حرکت می کنیم به یک درجه نزدیک در یک دسته و یک درجه دور در دسته دیگر روبرو می شویم، در این حالت درجه نزدیک مانع ارث بری درجه دور نمی شود، چون هر کدام از یک دسته جداگانه هستند.

### مثال:

پدر بزرگ + برادر زاده که این دو هیچکدام مانع و ممنوع نیست و هر دو ارث می برند، چون پدر بزرگ درجه اول از طبقه دوم و از دسته **A** و برادر زاده هم از درجه دوم طبقه دوم و از دسته **B** است. یعنی دودسته در عرض هم ارث می برند و هیچ کدام مانع دیگری نیست و درجات هر کدام هم ربطی به درجات دسته دیگر ندارند و درجه دور و نزدیک هم بی تأثیر است.

## مسائل گوناگون

## مسئله (۱)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر + نوه؛  
ابتدا باید طبقه بندی کنیم: هر دو از طبقه اول هستند؛  
حال دسته بندی: پدر دسته A و نوه دسته B.  
حال چون هر کدام در دسته ای متفاوتند، متفاوت بودن درجات بی تأثیر است و هر دو ارث می‌برند. چرا که  
برای مانع و ممنوع شدن باید از یک دسته باشند.

## مسئله (۲)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر + مادر + نبیره؛  
پدر و مادر: درجه یک از طبقه اول و از دسته A؛  
نبیره: درجه چهار از طبقه اول و از دسته B.  
همه ارث می‌برند و مانند مثال قبل هیچکدام مانع ارث بری دیگری نیست.

## مسئله (۳)

وراث متوفی عبارت‌اند از: برادر + خواهر زاده؛  
هر دو از طبقه دوم، برادر درجه یک از دسته B و خواهر زاده درجه دو از دسته B؛  
چون هر دو از یک دسته‌اند و از دو درجه دور و نزدیک، درجه نزدیک ارث می‌برد و درجه دور ممنوع از  
ارث می‌باشد.  
در نتیجه: درجه نزدیک هر دسته مانع ارث بری درجه دور همان دسته است.

## مسئله (۴)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر بزرگ + برادر زاده؛  
پدر بزرگ: درجه یک از دسته A - طبقه دوم؛  
برادر زاده: درجه دو از دسته B - طبقه دوم.  
چون هم دسته نیستند و هر دو از یک طبقه‌اند: هر دو ارث می‌برند.

**مسئله (۵)**

وراث متوفی عبارت‌اند از: عمو + دختر خاله؛

عمو: درجه یک از طبقه سه؛

دخترخاله: درجه دو از طبقه سه.

چون طبقه سه فقط یک دسته دارد و این دو نفر هر دو از یک دسته‌اند و از دو درجه متفاوت، درجه مقدم ارث می‌برد، یعنی در این مثال فقط عمو ارث می‌برد.

**مسئله (۶)**

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر بزرگ + مادر پدر بزرگ + برادر زاده؛

پدر بزرگ: درجه یک از طبقه دو و از دسته A؛

مادر پدر بزرگ: درجه دو از طبقه دو و از دسته A؛

برادر زاده: درجه دو از طبقه دو و از دسته B.

از دسته A فقط پدر بزرگ ارث می‌برد، چون درجه نزدیک تر است و مانع ارث بری درجه دو همان دسته (مادر پدر بزرگ) می‌شود.

و برادر زاده چون از دسته دیگر است و مانعی ندارد ارث می‌برد.

**گام دوم: [مداسازی فرض برها از قرابت برها]**

مقدمه:

وراث به سه طریق ارث می‌برند:

برخی به فرض، برخی به قرابت و برخی گاه به فرض و گاه<sup>۱</sup> به قرابت.<sup>۲</sup>

**قانون‌گذار در تعریف سه گروه این چنین می‌گوید:****فرض بر**

کسی که سهم معین قانونی دارد: مانند یک سوم و یک ششم - یک چهارم و یک هشتم - یک دوم و یک چهارم؛

سهم فرض برها دو گونه است: فرض اعلی و فرض ادنی؛

کسانی که همیشه فرض می‌برند: زوجه، زوج و مادر.

<sup>۱</sup> - جهت خلاصه گویی می‌گوییم: گاه گاه.

<sup>۲</sup> - باید از یک اشتباه لبی پرهیز شود؛ اشتباهی که معمولاً همه حقوق دانان و حقوق خوانان آن را مرتکب می‌شوند و باید اصلاح بشود: یادمان باشد که گاه گاه به معنی این است که فرد مورد نظر یا فرض بر است و یا قرابت بر و به هیچ وجه نمی‌شود هر دو را باهم ببرد و اینکه برخی می‌گویند: (هم فرض بر و هم قرابت بر) اشتباه است و دیگران را هم به اشتباه می‌اندازند.

**سهم ادنی:**

اگر متوفی اولاد داشته باشد به فرض برها فرض ادنی می رسد؛  
مثال: در صورت وجود اولاد از متوفی: سهم مادر یک ششم، سهم زوج یک چهارم، سهم زوجه یک هشتم.

**سهم اعلی:**

در صورتی است که متوفی اولادی نداشته باشد؛  
مثال: در صورت عدم وجود اولاد از متوفی: سهم مادر یک سوم، سهم زوج یک دوم، سهم زوجه یک چهارم.

**نکته:**

فرض اعلی دو برابر فرض ادنی است.

وقتی بخواهیم سهم الارث را تخصیص بدهیم [یعنی تشخیص سهم اعلی و ادنی] با وارثان کاری نداریم و باید سراغ متوفی برویم؛

اگر اولاد نداشت: فرض بیشتر (اعلی) است؛

اگر اولاد داشت: فرض کمتر (ادنی) است.

**به عبارت دیگر:**

با خود فرض برها کاری نداریم و متوفی مد نظر است.

اگر متوفی فرزند داشته باشد: فرض متأثر از آن می شود و نصف می شود، یعنی فرض ادنی را برای ارث او قرار می دهیم.

**نکته:**

فرزند متولد از نکاح موقت: ارث می برد ولی زوجه موقت ارث نمی برد.

**قرابت بر**

کسی است که سهم معین قانونی ندارد؛<sup>۱</sup>

قرابت بر، به قرابت ارث می برد؛

یعنی ابتدا سهم فرض برها را داده می شود، بعد هر چه باقی ماند به قرابت بر می رسد.

قرابت برها قابل شمارش نیستند؛ پسر متوفی، مصداق بارز قرابت بر است.

<sup>۱</sup> - قرابت بر کسی است که فرض بر و یا گاه گاه نباشد.

## گاه گاه

پدر متوفی از جمله افرادی است<sup>۱</sup> که گاهی به فرض و گاهی به قرابت ارث می برد. (به فرض می برد و یا به قرابت) و هر دو باهم جمع نمی شوند.  
پدر متوفی در صورتی که فرض بر بشود فرض او یک ششم است.  
متوفی یا اولاد دارد و یا ندارد؛ اگر اولاد داشته باشد، پدر فرض بر است و فرض او یک ششم است،<sup>۲</sup> و اگر متوفی اولاد نداشته باشد، پدر قرابت بر است.

## نکته

اولاد داشتن متوفی مؤثر است و نه اولاد داشتن پدر متوفی.

## شرح گام دوم

برای حل مسئله باید تشخیص بدهیم چه کسی فرض بر است و چه کسی قرابت بر؟

## مسئله (۷)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر و مادر؛  
باید ابتدا فرض بر و قرابت بر را از هم جدا کنیم؛  
پدر: در این مثال قرابت بر است، چون متوفی فرزندی ندارد؛  
مادر: فرض بر است، چون او همیشه فرض بر است؛  
مادر در این مثال فرض اعلی را می برد: چون متوفی اولادی ندارد؛  
یعنی مادر یک سوم ارث را می برد؛ و مابقی به پدر می رسد: یعنی دو سوم.  
لازم به ذکر است: که پدر و مادر هر دو درجه یک از طبقه اول هستند و هر دو ارث می برند.  
پس باید: ابتدا فرض بر را تعیین تکلیف کنیم، سپس به قرابت بر سهم می دهیم، یعنی ابتدا سهم فرض بر و سپس سهم قرابت بر.

## نکته:

در هنگام تقسیم ماترک بین فرض بر ها اولویتی در جهت پرداخت نداریم.  
یعنی اگر در یک موردی مادر و زوجه متوفی موجود باشند، فرض سهم آن‌ها را از کل ماترک حساب می کنیم و اولویت بی تأثیر است.  
یعنی: در فرض اعلی، فرض مادر یک سوم و زوجه یک چهارم از کل ماترک ارث است.

<sup>۱</sup> - مابقی افرادی که گاه گاه هستند، به تدریج در جزوه نام برده می شوند.

<sup>۲</sup> - این فرض، اعلی و ادنی ندارد؛ اعلی و ادنی مربوط به دو فرضی ها است؛ یعنی آنهایی که گاه فرض برند و گاه قرابت بر، اگر در شرایطی قرار بگیرند که فرض بر باشند، فقط یک فرض دارند؛ در این حالت فرض اعلی یا ادنی متصور نیست.

**مسئله (۸)**

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر + پسر؛

پدر: درجه یک از طبقه اول و از دسته A؛

پسر: درجه یک از طبقه اول و از دسته B.

حال تفکیک فرض بر از قرابت بر:

پدر: در این مثال فرض بر است، چون متوفی اولاد دارد؛

پسر: قرابت بر است؛

فرض پدر: یک ششم و باقی مانده برای پسر.

پدر گاه گاه است: و وقتی که فرض بر است، فرض اعلی و ادنی ندارد، چون فقط یک فرض دارد؛ و آن هم یک

ششم است.

**مسئله (۹)**

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر + مادر + زوجه؛

توجه: هیچ کدام مانع ارث بری دیگری نیستند.

پدر: گاه گاه است و در این مثال قرابت بر است، چون متوفی اولادی ندارد؛

مادر: فرض بر است و فرض او یک سوم است (فرض اعلی): چون متوفی اولاد ندارد؛

زوجه: فرض بر است و فرض او یک چهارم است (فرض اعلی): به دلیل نبودن فرزند از متوفی.

یعنی اگر متوفی اولادی داشت بر سهم هر سه بازمانده تأثیر می گذاشت و مادر و زوجه سهم ادنی را

می بردند و پدر هم فرض بر می شد.

**پاسخ تملیلی:**

فرض کنیم ماترک دوازده میلیون تومان است؛

ابتدا سهم فرض برها را می دهیم، سپس قرابت برها؛

از جهت پرداخت، بین فرض برها، تقدم و تاخیری وجود ندارد. چون هرکسی فرض خود را از اصل (کل)

ماترک می برد؛

یعنی: تعیین تکلیف فرض برها بر قرابت برها مقدم است، اما بین فرض برها تقدم و تاخیری وجود ندارد.

سهم مادر: یک سوم از کل ماترک: یعنی چهار میلیون تومان.

سهم زوجه: یک چهارم از کل ماترک: یعنی سه میلیون تومان.

سهم پدر متوفی: مابقی ماترک که بعد از تقسیم سهم فرض برها باقی می ماند.

یعنی سهم پدر: پنج میلیون تومان می شود.



**بحث «رد»**

از میان ورثه ابتدا فرض بر و قرابت بر را از هم جدا می کنیم، اگر میان آن ها قرابت بری وجود نداشته باشد،<sup>۱</sup> یعنی همه فرض بر باشند و بعد از تقسیم، ارث زیادی بیاید، بحث رد پیش می آید؛ در این صورت باقی مانده به صاحبان فروض رد می شود. (بحث رد).  
 بحث رد: تنها زمانی پیش می آید که چیزی از ترکه بعد از تقسیم باقی بماند و همه هم فرض بر باشند.  
 یعنی: برای اینکه بحث رد پیش بیاید باید همه فرض بر باشند و چیزی هم اضافه بیاید.

**نکات «رد»****به زوجه هیچگاه رد نمی شود؛ حتی اگر وارث منحصر باشد؛**

مثال: اگر وراثت عبارت باشند از: زوجه و مادر؛  
 زوجه یک چهارم و مادر یک سوم می برد؛ اگر ماترک ۱۲ میلیون تومان باشد، ۵ میلیون باقی می ماند که باید رد شود؛ در اینجا باقی مانده به زوجه رد نمی شود و ۵ میلیون تومان به مادر رد می شود.  
 اگر زوجه وارث منحصر باشد: زوجه یک چهارم می برد؛ مابقی به زوجه نمی رسد؛ ۹ میلیون تومان!

**به زوج اصولاً رد نمی شود، مگر وارث منحصر باشد؛**

مثال: اگر وراثت عبارت باشند از: زوج + مادر  
 هر دو فرض برند؛ زوج یک دوم و مادر یک سوم؛ برای مثال اگر ماترک ۱۲ میلیون تومان باشد و هر کدام فرض خود را ببرند، ۲ میلیون تومان باقی مانده به مادر رد می شود؛ و به زوج نمی رسد.  
 اما اگر زوج منحصر باشد: یک دوم به فرض و مابقی را به رد می برد.

ماده ۹۴۹: در صورت نبودن هیچ وارث دیگر به غیر از زوج یا زوجه، شوهر تمام ترکه زن متوفات خود را می برد، لیکن زن فقط نصیب خود را و بقیه ترکه شوهر در حکم مال اشخاص بلاوارث و تابع ماده ۸۶۶ خواهد بود.<sup>۲</sup>

**به مادر اصولاً رد می شود، مگر حاجب داشته باشد؛****مهمب چیست؟**

ماده ۸۸۶: حجب حالت وراثتی است که به واسطه بودن وارث دیگر از بردن ارث کلاً یا جزئاً محروم می شود.

<sup>۱</sup> - اگر بین وراثت، قرابت بری وجود داشته باشد، بحث «رد» پیش نمی آید.

<sup>۲</sup> - ماده ۸۶۶ ق.م: در صورت نبودن وارث، امر ترکه متوفی راجع به حاکم است.

## ماهیچ؟

حاجب یعنی مانع؛ بر دو نوع حرمانی و نقصانی تقسیم می شود.  
**حاجب حرمانی:** باعث می شود که محجوب چیزی از ارث نبرد؛  
مانند طبقات نسبت به همدیگر؛ و درجات نزدیک یک دسته نسبت به درجات دورتر همان دسته.  
**حاجب نقصانی:** باعث می شود که سهم محجوب، کم بشود.  
تعریف دقیق: حاجبی است که به واسطه وجود او، فرض اعلائی فرض برها به فرض ادنی سقوط می کند؛  
مثال: اولاد نسبت به زوج - اولاد نسبت به زوجه - اولاد نسبت به مادر.

## دو نکته:

فقط افراد دو فرضی [فرض اعلائی و فرض ادنی] حاجب نقصانی دارند؛  
طبقه اول، حاجب از اصل تر که ندارند؛ یعنی غیرممکن است از ترکه به آن ها چیزی نرسد.

## سؤال؟

حاجب مادر چه کسی است و تحت چه شرایطی چه تأثیری بر ارث مادر می آورد؟  
حاجب مادر، اخوه متوفی است؛  
وراث: مادر (طبقه اول) + اخوه (طبقه دوم)  
در اینجا خودِ اخوه ارث نمی برد، اما ارث مادر را تحت تأثیر قرار می دهد.

## دو تأثیر:

مادر فرض ادنی را می برد؛  
اگر چیزی قرار است رد بشود،<sup>۱</sup> به مادر رد نمی شود؛ بدون اینکه خود اخوه چیزی ببرد.<sup>۲</sup>

## تأثیر تمت چه شرایطی؟

- ۴ شرط است که باید توامان وجود داشته باشند؛
۱. تعداد: اخوه ها باید حداقل دو برادر یا معادل<sup>۳</sup> دو برادر باشند؛
  ۲. پدر زنده باشد؛
  ۳. اخوه ها [به سبب کفر] ممنوع از ارث نباشند، به عبارت دیگر کافر نباشند؛
  ۴. اخوه ها باید یا همه ابوینی یا ابی باشند.

<sup>۱</sup> - البته ممکن است اصلاً بحث رد پیش نیاید. اگر پیش بیاید، در صورت وجود اخوه به مادر رد نمی شود.

<sup>۲</sup> - یک تفاوت: اولاد متوفی فقط باعث می شود که مادر متوفی، فرض ادنی را ببرد؛ اما اخوه هم باعث ادنی شدن و هم عدم رد به مادر می شود.

<sup>۳</sup> - یعنی با یک برادر و دو خواهر یا چهار خواهر هم امکانپذیر است.

ماده ۸۹۲: حجب از بعضی فرض در موارد ذیل است:

الف: وقتی که برای میت اولاد یا اولاد اولاد باشد: در این صورت، ابویین میت از بردن بیش از یک ثلث محروم می شوند، مگر در مورد ماده ۹۰۸ و ۹۰۹ که ممکن است هر یک از ابویین به عنوان قرابت یا رد بیش از یک سدس ببرد؛ و همچنین زوج از بردن بیش از یک ربع و زوجه از بردن بیش از یک ثمن محروم می شود.  
ب: وقتی که برای میت چند برادر یا خواهر باشد، در این صورت مادر میت از بردن بیش از یک سدس محروم می شود، مشروط بر این که:

اولاً: لااقل دو برادر یا یک برادر با دو خواهر یا چهار خواهر باشند؛

ثانیاً: پدر آنها زنده باشد؛

ثالثاً: از ارث ممنوع نباشد، مگر به سبب قتل؛

رابعاً: ابویینی یا ابی تنها باشند.

شرح شرط سوم:

مقدمه:

موانع ارث: قتل و کفر

هر کس مورث خود را بکشد، از ارث محروم می شود؛

چه قاتلی ارث نمی برد؟ قاتلی که مورث خود را بکشد. کافر از مسلمان ارث نمی برد [قاعدۀ نفی سبیل]، اما

کافر از کافر و مسلمان هم از کافر ارث می برد.

ماده ۸۸۱ مکرر: کافر از مسلم ارث نمی برد و اگر در بین ورثه متوفای کافری مسلم باشد، وراثت کافر ارث نمی برند، اگر چه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.

اگر مسلمانی فوت کند و فقط دو فرزند داشته باشد که یکی از آنها کافر باشد، می گوئیم مسلمان فوق یک وارث دارد.

اگر مسلمانی فقط دو فرزند داشته باشد و به دست یکی از فرزندان خود به قتل برسد، می گوئیم مسلمان فوق یک وارث دارد.

شرع:

در مورد بند سوم: یعنی اگر اخوه به سبب قتل، از ارث ممنوع باشد، کماکان می توانند حاجب مادر قرار بگیرند؛

به عبارت دیگر، به فرضی که بتوان به آنها ارث داد، نباید به سبب کفر محروم شده باشند. اگر به سبب کفر محروم باشند، نمی توانند حاجب مادر باشند.

## معرفی یک «گاه گاه» دیگر<sup>۱</sup>

دختر متوفی، گاهی فرض بر است و گاهی قرابت بر؛  
اگر دختر تنها باشد، [یعنی اگر متوفی پسر نداشته باشد]، فرض بر است؛  
و اگر تنها نباشد، یعنی اگر متوفی پسر داشته باشد، دختر قرابت بر است.

### مسئله (۱۰)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر و مادر و یک دختر؛  
پدر: در اینجا پدر فرض بر است؛ زیرا متوفی فرزند دارد؛ و فرض او یک ششم است؛  
مادر: همیشه فرض بر است، از آنجایی که متوفی فرزند دارد، فرض ادنای خود را می‌برد؛ یعنی یک ششم؛  
دختر: از آنجایی که متوفی پسر ندارد، فرض بر است و فرض او  $\frac{1}{4}$  است. برای ادامه رک. مسئله شماره ۱۲.

### مسئله (۱۱)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر و مادر، یک پسر و یک دختر؛  
پدر: در اینجا پدر فرض بر است؛ زیرا متوفی فرزند دارد؛ و فرض او یک ششم است؛  
مادر: همیشه فرض بر است، از آنجایی که متوفی فرزند دارد، فرض ادنای خود را می‌برد؛ یعنی یک ششم؛  
دختر: از آنجایی که متوفی پسر دارد، قرابت بر است؛  
پسر: همیشه قرابت بر است.

### مسئله (۱۲)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر و مادر و یک دختر؛  
فرض پدر:  $\frac{1}{6}$  فرض مادر:  $\frac{1}{6}$  فرض دختر:  $\frac{1}{3}$ ؛  
 $\frac{1}{6} + \frac{1}{6} + \frac{1}{3}$  برابر است با  $\frac{5}{6}$ ؛  
 $\frac{1}{6}$  از ترکه باقی می‌ماند و اگر بخواهیم باهمین روش ادامه بدهیم، همچنان  $\frac{1}{6}$  از آن باقی می‌ماند؛  
راه حل این است که: سهام را باهم جمع کنیم: سه سهم دختر + یک سهم پدر و یک سهم مادر = ۵ سهم؛  
باقی‌مانده ترکه را بر ۵ تقسیم می‌کنیم [حاصل جمع صورت فروض پدر و دختر] و از آن، سه سهم به دختر،  
یک سهم به پدر و یک سهم به مادر می‌دهیم؛ یعنی  $\frac{1}{5}$  از  $\frac{1}{6}$  را به پدر، همین مقدار را به مادر و  $\frac{3}{5}$  آن را به  
دختر ده می‌کنیم.

<sup>۱</sup> - تا به اینجا پدر به عنوان گاه گاه معرفی شده بود؛ پدر در صورت وجود فرزند، فرض بر می‌شود.

## مسئله (۱۳)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر و دختر و زوجه؛

پدر: در اینجا فرض بر است؛ چرا که متوفی فرزند دارد؛ فرض پدر:  $\frac{1}{6}$

دختر: در اینجا فرض بر است؛ چرا که متوفی پسر ندارد؛ فرض دختر:  $\frac{1}{3}$

زوجه: در اینجا فرض ادنای خود را می‌برد، چرا که متوفی فرزند دارد:  $\frac{1}{8}$

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{3} + \frac{1}{8} = \frac{4 + 12 + 3}{24} = \frac{19}{24}$$

از آنجایی که چیزی به زوجه رد نمی‌شود؛ باقی‌مانده به پدر و دختر و به نسبت سهم آن‌ها، رد می‌شود؛

یعنی  $\frac{5}{24}$  از ارث باقی می‌ماند که باید به نسبت فرض بین پدر و دختر تقسیم شود.

باقی‌مانده ۱۶ قسمت می‌شود [حاصل جمع صورت فروض پدر و دختر]: ۴ قسمت برای پدر و ۱۲ قسمت برای

دختر؛

یعنی  $\frac{4}{16}$  از  $\frac{5}{24}$  سهم پدر و  $\frac{12}{16}$  از  $\frac{5}{24}$  سهم دختر است.

## مسئله (۱۴)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر، مادر و دختر - مادر حاجب دارد؛

فرض پدر:  $\frac{1}{6}$  فرض مادر:  $\frac{1}{6}$  فرض دختر:  $\frac{1}{3}$ ؛

$\frac{1}{6} + \frac{1}{6} + \frac{1}{3}$  برابر است با  $\frac{5}{6}$ ؛

$\frac{1}{6}$  باقی‌مانده در اینجا باید به نسبت فرض بین پدر و دختر تقسیم می‌شود؛ چون مادر حاجب دارد و از

باقی‌مانده چیزی به او رد نمی‌شود؛

باقی‌مانده باید به چهار قسمت تقسیم بشود [حاصل جمع صورت فروض پدر و دختر] تا بتوان به نسبت کسرهای

پدر و دختر تقسیم کرد و سهم آن‌ها را بر همین فرض رد کرد؛ چرا که سهم پدر و دختر روی هم ۴ تا

است؛

یعنی در اینجا  $\frac{1}{6}$  از  $\frac{1}{6}$  به پدر و  $\frac{3}{6}$  از  $\frac{1}{6}$  به دختر رد می‌شود.

## مسئله (۱۵)

وراث متوفی عبارت است از: فقط پدر؛

چون متوفی فرزندی ندارد، پدر قرابت بر است؛ و همه ارث را به قرابت می‌برد.

**مسئله (۱۶)**

وارث متوفی عبارت است از: فقط مادر؛  
 مادر فرض بر است و فرض اعلی را می برد:  $\frac{1}{3}$  چون متوفی فرزند ندارد؛  
 مادر حاجب ندارد، اگر هم داشته باشد، [چون متوفی پدر ندارد]، تأثیری ندارد، پس مابقی به او رد می شود؛  
 یعنی مادر مابقی ترکه  $\frac{2}{3}$  را به رد می برد.

**مسئله (۱۷)**

وارث متوفی عبارت است از: فقط یک دختر؛  
 از آنجایی که متوفی پسر ندارد، دختر فرض بر است؛  
 در اینجا  $\frac{1}{2}$  به فرض و مابقی ماترک  $\frac{1}{2}$  را به رد می برد.

**مسئله (۱۸)**

وارث متوفی عبارت است از: فقط یک پسر؛  
 همه ماترک را به قرابت می برد.

**مسئله (۱۹)**

وارث متوفی عبارت اند از: پدر و مادر؛  
 فرض نخست: اگر مادر حاجب داشته باشد؛  
 فرض دوم: اگر مادر حاجب نداشته باشد؛  
 پدر در اینجا قرابت بر است، زیرا متوفی فرزند ندارد؛  
 مادر هم که همیشه فرض بر است.  
 فرض نخست: مادر سهم ادنی را می برد: و سهم او  $\frac{1}{2}$  است. چون حاجب دارد؛  
 سهم پدر هم مابقی ماترک است که به قرابت می برد؛  
 در این فرض، بحث رد پیش نمی آید، چون پدر قرابت بر است و درجایی که قرابت بر وجود دارد، بحث رد پیش نمی آید.  
 فرض دوم: مادر سهم اعلی را می برد و سهم او  $\frac{1}{3}$  است، چرا که حاجب ندارد و متوفی نیز فرزندی ندارد؛  
 سهم پدر هم مابقی ماترک است که به قرابت می برد.

**مسئله (۲۰)**

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر و یک دختر؛

از آنجایی که متوفی فرزند دارد، پدر فرض بر است و فرض او  $\frac{1}{6}$  است؛

و از آنجایی که متوفی پسر ندارد، دختر هم فرض بر است و فرض او  $\frac{1}{6}$  است.

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{2} = \frac{1+3}{6} = \frac{4}{6} = \frac{2}{3}$$

$\frac{1}{3}$  از ترکه باقی می‌ماند که باید به هر دو وارث رد شود؛

مابقی ماترک را بر ۴ تقسیم می‌کنیم و  $\frac{1}{4}$  از  $\frac{1}{3}$  را به پدر و  $\frac{3}{4}$  از  $\frac{1}{3}$  را به دختر رد می‌کنیم.

**مسئله (۲۱)**

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر و یک پسر؛

پدر در اینجا فرض بر است؛ زیرا فرزند دارد و فرض او  $\frac{1}{6}$  است؛

پسر همیشه قرابت بر است.

ابتدا سهم پدر را می‌دهیم، سپس باقی‌مانده، یعنی  $\frac{5}{6}$  را به پسر می‌دهیم.

**مسئله (۲۲)**

وراث متوفی عبارت‌اند از: مادر و دختر؛

مادر فرض بر است و فرض ادنای خود را می‌برد، چون متوفی فرزند دارد؛ یعنی  $\frac{1}{6}$ ؛

دختر فرض بر است، چرا که متوفی پسر ندارد و فرض او  $\frac{1}{6}$  است؛

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{2} = \frac{1+3}{6} = \frac{4}{6}$$

$\frac{2}{6}$  از ترکه باقی می‌ماند که باید رد بشود؛

در اینجا، مادر، حاجبی که باعث عدم امکان رد به وی بشود، ندارد؛ رک. نکات مبحث «رد»

باقی‌مانده ترکه باید بر ۴ تقسیم بشود که  $\frac{1}{4}$  از  $\frac{2}{6}$  به مادر و  $\frac{3}{4}$  از  $\frac{2}{6}$  به دختر تعلق می‌گیرد.

**مسئله (۲۳)**

وراث متوفی عبارت‌اند از: مادر و پسر؛

پسر قرابت بر است؛

مادر فرض ادنی را می‌برد، چرا که متوفی فرزند دارد؛ یعنی یک ششم؛

در اینجا، حاجب داشتن یا نداشتن مادر اهمیتی ندارد؛ چرا که وراث همه فرض بر نیستند و هرچه باقی بماند،

پسر به قرابت می‌برد.

## مسئله (۲۴)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر، مادر، دختر و پسر؛  
در اینجا، مادر فرض ادنی را می‌برد؛ یعنی یک ششم؛ زیرا متوفی فرزند دارد؛  
حاجب داشتن یا نداشتن مادر هم اهمیتی ندارد، زیرا درجایی که قرابت بر وجود دارد، بحث رد پیش  
نمی‌آید؛

پدر: در اینجا فرض بر است و فرض او یک ششم است؛  
دختر: قرابت بر است؛ زیرا متوفی پسر دارد. پسر هم که همیشه قرابت بر است.  
در نتیجه:  $\frac{1}{6}$  به پدر،  $\frac{1}{6}$  به مادر و مابقی، یعنی  $\frac{4}{6}$  به پسر و دختر می‌رسد؛  
سپس باید طوری تقسیم شود که بتوان دو قسمت به پسر و یک قسمت به دختر داد؛ یعنی باقیمانده بر سه  
تقسیم می‌شود؛

از این سه قسمت،  $\frac{1}{3}$  از  $\frac{4}{6}$  به دختر و  $\frac{2}{3}$  از  $\frac{4}{6}$  به پسر می‌رسد.

## مسئله (۲۵)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر، مادر، دختر، دختر، دختر، پسر و پسر؛  
در این مثال، بحث رد پیش نمی‌آید؛ زیرا برخی از وراث، قرابت برند؛  
پدر فرض بر است؛ زیرا متوفی فرزند دارد. فرض پدر یک ششم است؛  
مادر فرض ادنای خود را می‌برد، زیرا متوفی فرزند دارد. فرض او یک ششم است؛

دختران قرابت‌برند، زیرا متوفی پسر دارد؛

پسران هم که همیشه قرابت برند.

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{6} = \frac{2}{6}$$

باقی مانده:  $\frac{4}{6}$  که باید به عدد هفت تقسیم شود، زیرا جمع سهام دختران و پسران در اینجا می‌شود ۷؛

هر دختر یک سهم و هر پسر دو سهم دارد؛

در نتیجه: به هر دختر یک هفتم از  $\frac{4}{6}$  و به هر پسر دو هفتم از  $\frac{4}{6}$  می‌رسد.



## مسئله (۲۶)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر، زوج و دختر؛

پدر، فرض بر است، زیرا متوفی فرزند دارد و فرض او یک ششم است؛

زوج، فرض ادنای خود را می‌برد، یعنی یک‌چهارم؛ زیرا متوفی فرزند دارد؛

دختر در اینجا فرض بر است، زیرا متوفی پسر ندارد؛ فرض او یک دوم است؛

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{4} + \frac{1}{2} = \frac{2 + 3 + 6}{12} = \frac{11}{12}$$

با این حساب،  $\frac{1}{12}$  از ارث باقی می‌ماند که بحث رد پیش می‌آید؛

از باقی‌مانده به زوج رد نمی‌شود؛ زیرا شرط رد کردن به وی، منحصر بودن اوست که در اینجا چنین نیست؛

بنابراین مابقی فقط به پدر و دختر رد می‌شود؛

در اینجا، با توجه به صورت کسر بالا، عدد مربوط به پدر و دختر باهم جمع می‌شود؛ یعنی عدد ۶ و ۲؛

با توجه به جمع این دو عدد که می‌شود ۸، باقی‌مانده را به ۸ قسمت تقسیم می‌کنیم؛ که دو هشتم از  $\frac{1}{12}$  را به

پدر و شش هشتم از  $\frac{1}{12}$  را به دختر رد می‌کنیم.

## مسئله (۲۷)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر، زوج و دختر؛

پدر: فرض بر است زیرا متوفی فرزند دارد و فرض او یک ششم است؛

زوج: فرض ادنای خود را می‌برد، زیرا متوفی فرزند دارد؛ یعنی یک‌هشتم؛

دختر، فرض بر است، زیرا متوفی پسر ندارد؛ یعنی یک دوم.

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{8} + \frac{1}{2} = \frac{4 + 3 + 12}{24} = \frac{19}{24}$$

$\frac{5}{24}$  از ارث باقی می‌ماند که باید فقط به پدر و دختر رد شود؛ زیرا در مواقع رد، چیزی به زوج رد نمی‌شود،

حتی اگر وارث منحصر باشد؛

مجموع صورت فروض پدر و دختر می‌شود ۱۶؛ یعنی باید باقی‌مانده را به عدد ۱۶ تقسیم کنیم و از آن ۱۲

قسمت به دختر و ۴ قسمت به پدر رد کنیم.

یعنی به دختر  $\frac{12}{24}$  از  $\frac{5}{24}$  و پدر  $\frac{4}{24}$  از  $\frac{5}{24}$  رد می‌شود.

## معرفی یک «گاہ گاہ» دیگر<sup>۱</sup>

چند دختر تنها، گاهی فرض بر است و گاهی قرابت بر؛  
 چند دختر تنها، فرض بر است و فرض آن‌ها روی هم دو سوم از کل ماترک است؛  
 چند دختر باشد، یعنی بیش از یک دختر باشد؛  
 تنها باشد، یعنی متوفی پسر نداشته باشد؛  
 اگر تنها نباشد، یعنی اگر متوفی پسر داشته باشد، دختر قرابت بر است.

### مسئله (۲۸)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر، مادر، دختر، دختر، دختر، دختر، دختر و دختر؛  
 پدر فرض بر است، زیرا متوفی فرزند دارد و فرض او یک ششم است؛  
 مادر فرض ادنای خود را می‌برد، چرا که متوفی فرزند دارد و فرض او یک ششم است؛  
 دختران، فرض برند، زیرا متوفی پسر ندارد و فرض آن‌ها از آنجایی که بیش از یک نفرند، دو سوم<sup>۲</sup> است؛  

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{6} + \frac{2}{3} = \frac{1+1+4}{6} = \frac{6}{6} = 1$$
  
 در این مثال، چیزی از ترکه باقی نمی‌ماند و متعاقباً بحث رد هم پیش نمی‌آید و در نتیجه بحث حاجب داشتن یا نداشتن مادر هم اهمیتی ندارد.

### مسئله (۲۹)

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر، دختر و دختر؛  
 پدر، فرض بر است، زیرا متوفی فرزند دارد؛ و فرض او یک ششم است؛  
 دختران، فرض برند، زیرا متوفی پسر ندارد و فرض آن‌ها دو سوم است؛  

$$\frac{1}{6} + \frac{2}{3} = \frac{1+4}{6} = \frac{5}{6}$$
  
 یک ششم از ترکه باقی می‌ماند که باید بر ۵ [مجموع صورت فروض پدر و دختران] تقسیم شود که یک پنجم آن به پدر و چهار پنجم آن به دختران رد می‌شود.

<sup>۱</sup> - تا به اینجا پدر و دختر تنها معرفی شده بودند؛ پدر در صورت وجود فرزند و دختر در صورت عدم وجود پسر، فرض بر می‌شوند.

<sup>۲</sup> - دو سوم، فرض همه دختران است و باید بین همه آنها [هر چند نفر که باشند] تقسیم شود.

**مسئله (۳۰)**

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر، زوجه، دختر و دختر؛

پدر: فرض بر است، زیرا متوفی فرزند دارد و فرض او یک ششم است؛

زوجه: فرض ادنای خود را می‌برد، زیرا متوفی فرزند دارد و فرض او یک‌هشتم است؛

دختران: فرض برند، زیرا متوفی پسر ندارد و فرض آن‌ها دو سوم است؛

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{8} + \frac{2}{3} = \frac{4 + 3 + 16}{24} = \frac{23}{24}$$

$\frac{1}{24}$  از ترکه باقی می‌ماند که فقط بین پدر و دختران رد می‌شود، چرا که هیچگاه از باقی‌مانده به زوجه رد نمی‌شود؛

مجموع صورت فروض پدر و دختران می‌شود ۲۰؛ یعنی باید مابقی ماترک را بر ۲۰ تقسیم کرده، ۱۶ قسمت

از آن را به دختران و ۴ قسمت از آن را به پدر رد کنیم؛ یعنی ۱۶ قسمت از یک بیست و چهارم و ۴

قسمت از یک بیست و چهارم.

**مسئله (۳۱)**

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر، مادر، زوج، پسر، پسر و دختر؛

پدر فرض بر است، زیرا متوفی فرزند دارد؛ فرض او یک ششم است؛

مادر فرض ادنای خود را می‌برد، زیرا متوفی فرزند دارد؛ فرض او یک ششم است. حاجب داشتن یا نداشتن

مادر در این مسئله اهمیتی ندارد، زیرا به دلیل وجود قرابت بر، بحثی از رد به میان نمی‌آید؛

زوج، فرض ادنای خود را می‌برد، زیرا متوفی فرزند دارد؛ فرض او یک‌چهارم است؛

پسران و دختر هر دو قرابت برند؛ و مجموع سهم آن‌ها ۵ است؛ یعنی هر پسر دو و هر دختر یک سهم؛

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{6} + \frac{1}{4} = \frac{2 + 2 + 3}{12} = \frac{7}{12}$$

$\frac{5}{12}$  از ترکه باقی می‌ماند که باید بر ۵ [تعداد سهام دختر و پسران] تقسیم شود؛ به دختر  $\frac{1}{5}$  و به هر پسر  $\frac{2}{5}$  از  $\frac{5}{12}$  رد

می‌شود.

**مسئله (۳۲)**

وراث متوفی عبارت‌اند از: پدر، زوجه، پسر و دختر؛

پدر: فرض بر است و فرض او یک ششم است، زیرا متوفی فرزند دارد؛

زوجه: فرض ادنای خود را می‌برد، یعنی یک‌هشتم، زیرا متوفی فرزند دارد؛

پسر و دختر هر دو قرابت برند و مجموع سهام آن‌ها سه سهم است؛

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{8} = \frac{4 + 3}{24} = \frac{7}{24}$$

$\frac{17}{24}$  باقیمانده بین پسر و دختر به نسبت سهم آن‌ها تقسیم می‌شود؛ یک سوم از آن برای دختر و دو سوم از

آن برای پسر.

## چند اصطلاح

## رد، نقص، عول و تعصیب

رد: همان طور که قبلاً شرح داده شد، مربوط به زمانی بود که همه وراث فرض بر باشند و پس از دادن فرض آن ها، چیزی از ارث باقی بماند که باید به وراث رد بشود. البته به علاوه استثنائات آن؛  
 نقص: مربوط به زمانی است که همه وراث فرض برند و در حین دادن فرض آن ها، مقداری از ارث کم باشد که در این صورت، اگر در طبقه اول باشد، آن را به حساب دختر می گذارند.  
 این دو مورد [رد و نقص]، در فقه شیعه کاربرد دارند؛ اما بحث عول و تعصیب که مانند رد و نقص مشکلات ارث را رفع می کنند، در فقه سنی کاربرد دارد.  
 تعصیب: همانند بحث رد است، زیاده را به عصبه می دهند؛ یعنی خویشان ذکور پدری که عاقله در آن ها موضوعیت دارد؛  
 عول: اگر موقع دادن فروض، از ارث چیزی کم بیاید، به همان نسبت از همه فروض آن را کم می کنند.

## دو نکته:

\*۱\* نقص در طبقه دوم بر خواهر یا خواهران ابوینی وارد می شود؛ \*۲\* نقص در طبقه سوم پیش نمی آید.

## مسئله (۳۳)

وراث متوفی عبارت اند از: پدر، مادر، زوج و دختر؛

پدر، فرض بر است و فرض او یک ششم است، زیرا متوفی فرزند دارد؛

مادر، فرض ادنای خود را می برد، یعنی یک ششم؛ زیرا متوفی فرزند دارد؛<sup>۱</sup>

زوج، فرض ادنای خود را می برد، یعنی یک چهارم؛ زیرا متوفی فرزند دارد؛

دختر، فرض بر است، زیرا متوفی پسر ندارد. فرض او یک دوم است.

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{6} + \frac{1}{4} + \frac{1}{2} = \frac{2+2+3+6}{12} = \frac{13}{12}$$

برای مثال اگر مادر ۱۲ میلیون تومان باشد، ما در اینجا برای اینکه ارث همه فروض را بدهیم، یک میلیون

تومان کم می آوریم: یعنی نقص!

سهم دختر در این مثال، یک دوم، یا همان شش دوازدهم است؛ که آن را به  $\frac{5}{12}$  تقلیل می دهیم؛ یعنی نقص را

بر دختر وارد می کنیم؛

به عبارت دیگر، در طبقه اول، هر گاه ترکه کم بیاید، نقص را بر دختر یا دختران وارد می کنیم: به عبارتی مانند

قرابت برها با آن ها رفتار می شود.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - در این مسئله، داشتن یا نداشتن حاجب برای مادر اهمیتی ندارد؛ زیرا برخلاف بحث رد، در اینجا، ارث، کمتر از فروض در می آید.

<sup>۲</sup> - دقت شود: در جایی که متوفی پسر نداشته باشد، دختر قطعاً فرض بر است؛ و این که گفته می شود «با او مثل قرابت بر رفتار می شود»، یک اصطلاح است.

## چند نکته

اگر متوفی شیعه باشد، ارث او مطابق مذهب شیعه تقسیم می شود؛

اگر متوفی شیعه باشد، اما فرزندان او شیعه نباشند، مطابق مذهب شیعه رفتار می شود؛ زیرا مذهب متوفی ملاک است؛

اگر متوفی مسیحی باشد، اما بازماندگان زرتشتی باشند، مطابق دین مسیح رفتار می شود؛ زیرا مذهب متوفی ملاک

است؛

قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه مطالعه شود.

## مسئله (۳۴)

وراث متوفی عبارت اند از: پدر، مادر، زوجه، دختر، دختر، دختر، دختر، دختر و دختر؛

پدر: فرض بر و فرض او یک ششم است؛ زیرا متوفی فرزند دارد؛

مادر: فرض ادنای خود را می برد، یعنی یک ششم، زیرا متوفی فرزند دارد؛<sup>۱</sup>

زوجه: فرض ادنای خود را می برد، یعنی یک هشتم، زیرا متوفی فرزند دارد؛

دختران: فرض برند، زیرا متوفی پسر ندارد. فرض آنها جمعاً دو سوم است.

$$\frac{1}{6} + \frac{1}{6} + \frac{1}{8} + \frac{2}{3} = \frac{4 + 4 + 3 + 16}{24} = \frac{27}{24}$$

در این مسئله،  $\frac{3}{24}$  کم آمده است که باعث می شود سهم دختران از  $\frac{16}{24}$  به  $\frac{13}{24}$  نزول کند، یعنی به هر نفر  $\frac{1}{7}$  از  $\frac{13}{24}$

می رسد.

## «پایان طبقه اول»

<sup>۱</sup> - در این مسئله هم داشتن یا نداشتن حاجب برای مادر اهمیتی ندارد؛ زیرا برخلاف بحث رد، در اینجا، ارث، کمتر از فروض در می آید [نقص].

## سهم الارث طبقه دوم

طبقه دوم: شامل دسته اجداد و اخوه است؛

اجداد: پدر بزرگ پدری + پدر بزرگ مادری + مادر بزرگ پدری + مادر بزرگ مادری؛

اخوه: برادران و خواهران ابوینی + برادران و خواهران آبی + برادران و خواهران اُمی.<sup>۱</sup>

جد: یعنی پدر پدر و پدرِ مادر؛

جده: یعنی مادر پدر و مادرِ مادر.

به طور کلی می توان گفت، اجداد عبارت اند از: جد و جده.

### سهم الارث اجداد – فرض بر یا قرابت بر؟

برخی بر این باورند که: اجداد، قائم مقام پدر و مادر متوفی هستند، یعنی هرگاه متوفی پدر و مادر نداشته

باشد، اجداد او به قائم مقامی فرزند بلاواسطه خود، ارث می برند؛

در نتیجه، ارث اجداد، همان ارث پدر و مادر متوفی است؛

یعنی: اجداد پدری از طرف پدر متوفی و به همان اندازه ارث می برند و اجداد مادری وی نیز از طرف مادر

متوفی و به همان اندازه ارث می برند؛

این که اجداد به سبب قائم مقامی ارث می برند، مورد قبول همگان نمی باشد، اما این که آنها، به اندازه پدر و

مادر متوفی، ارث می برند، طبق قانون درست است؛

یعنی اجداد مادری یک سوم و اجداد پدری باقیمانده [دو سوم]؛

### یک سؤال؟

این که اجداد پدری، سهم خود را به قرابت می برند شکی نیست؛ سؤال این است که اجداد مادری، یک سوم

را به فرض می برند یا به قرابت؟

تفاوت اینجا است که: اگر به قرابت ببرند، یک سوم را از باقی مانده ماترک، ارث می برند، اما اگر ارث آنها

به فرض باشد [فرض بر باشند]، یک سوم را از کل ماترک می برند.

### پاسخ!

درباره اجداد اُمی [مادری].

سهم اجداد اُمی یک سوم از ترکه است؛

بحث این است که اجداد اُمی فرض برند یا قرابت بر؟

در پاسخ به این نظر دو نظر وجود دارد؛

<sup>۱</sup> - ابوینی: پدر و مادر آنها مشترک است - آبی: فقط پدر آنها مشترک است - اُمی: فقط مادر آنها مشترک است.

با توجه مواد ۸۹۶ تا ۸۹۸ ق.م. عده ای بر این نظر هستند که اجداد اُمی قرابت برند؛ اما همین عده می گویند یک سوم اجداد اُمی از اصل ترکه حساب می شود؛ در مقابل، عده ای با توجه به ماده ۹۲۷ ق.م. بر این نظر هستند که اجداد اُمی فرض برند و فرض آنان یک سوم از اصل ترکه است. فارغ از هر دو جبهه، مهم این است که مشخص بشود، از اصل ترکه می برند، یا از باقیمانده؛ همان طور که دیدیم، از اصل ماترک ارث می برند و بدین وسیله مسئله حل شده است.

### سهم الارث اقوه (خواهر و برادر)

اخوه به سه صنف تقسیم می شوند؛

صنف ابوینی؛

صنف اُبی؛

صنف اُمی.

به دو صنف اول، اخوه و به صنف اخیر، کلاله می گویند.

### سه اصل مهم

اخوه ابوینی، حاجب [حرمانی] اخوه اُبی است؛

اخوه ابوینی [یا اُبی]، حاجب کلاله اُمی نیست؛

احکام اخوه اُبی، کاملاً شبیه احکام اخوه ابوینی است.

### چند مثال:

متوفی: برادر ابوینی، برادر اُبی و برادر اُمی دارد: برادر اُبی ارث نمی برد.

متوفی: برادر ابوینی، خواهر اُمی دارد: هر دو ارث می برند.

متوفی: خواهر ابوینی و برادر اُبی دارد: برادر اُبی ارث نمی برد.

متوفی: خواهر اُبی و برادر اُمی دارد: هر دو ارث می برند.

### معرفی یک «گاہ گاہ» دیگر<sup>۱</sup>

کلاله اُمی؛ اگر تنها باشد،<sup>۲</sup> یعنی بدون اجداد اُمی باشد، فرض بر است و فرض او یک سوم است؛

اما اگر با اجداد اُمی همراه باشد، قرابت بر است.

<sup>۱</sup> - تا به اینجا پدر و دختر تنها و چند دختر معرفی شده بودند؛ پدر در صورت وجود فرزند و دختر یا دختران در صورت عدم وجود پسر، فرض بر می شوند.

<sup>۲</sup> - اگر هم تنها باشد [یعنی بدون اجداد اُمی] و هم واحد [یعنی یک نفر]، فرض او یک ششم است. توضیحات آن در ادامه جزوه آمده است.

ماده ۸۹۷: اشخاصی که گاه به فرض و گاهی به قرابت ارث می برند عبارت اند از: پدر، دختر و دخترها، خواهر و خواهرهای ابی یا ابوینی و کلاله امی.

این موضوع که کلاله امی فرض برند، مورد اختلاف است؛ یادآور می شویم در خصوص اجداد امی، دو نظر وجود داشت: عده ای بر این نظر بودند که اجداد امی فرض برند؛ به نظر این عده، کلاله امی همیشه فرض بر است؛ در مقابل عده ای بر این نظر بودند که اجداد امی قرابت برند. به نظر عده اخیر، کلاله امی، گاه گاه است. به این شرح که اگر کلاله امی همراه با اجداد امی باشند، قرابت بر و در غیر این صورت فرض برند؛ به عبارت آخری، این عده می گویند: اجداد امی قرابت برند و کلاله امی را نیز قرابت بر می کنند. به هر حال همان طور که گفته شد و به شرحی که در مثال ها خواهیم دید، کلاله امی، گاه گاه است؛ یعنی اگر تنها باشد، [بدون اجداد امی باشد]، فرض بر است و فرض او یک سوم است؛ اما اگر با اجداد امی همراه باشد، قرابت بر است.

#### افراد طبقه دوم

مادری [یک سوم به فرض]		پدری [دو سوم به قرابت]	
تعداد سهام	اضراد	تعداد سهام	اضراد
۱	جد امی	۲	جد ابی
۱	جده امی	۱	جده ابی
۱	برادر امی	۲	برادر ابی
۱	خواهر امی	۱	خواهر ابی
خواهر و برادر ابوینی ۱ و ۲			
<p><b>نکته ۱:</b> جد و جده ابوینی نداریم!</p> <p><b>نکته ۲:</b> اخوه ابوینی حاجب اجداد امی نیست؛</p> <p><b>نکته ۳:</b> در تمام مثال ها، فقط ارث اخوه ابوینی و امی را حساب می کنیم؛ یعنی ارث اخوه ابی را حساب نمی کنیم؛ زیرا اخوه ابوینی حاجب اخوه ابی است و در صورتی هم که ابوینی ها نباشند، ابی همان احکام ابوینی را دارد.</p> <p><b>نکته ۴:</b> در امی ها، ارث ذکور و اناث باهم برابر است؛ ۴ سهم. هر کدام <math>\frac{1}{3}</math> از <math>\frac{1}{3}</math>؛</p> <p><b>نکته ۵:</b> در ابی ها، ارث ذکور دو برابر ارث اناث است. ۶ سهم. ذکور <math>\frac{2}{3}</math> از <math>\frac{2}{3}</math> و اناث <math>\frac{1}{3}</math> از <math>\frac{2}{3}</math>؛</p>			



## مسئله (۳۵)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + جده اُمی + جد اَبی + برادر اُمی + فواهر ابوینی + برادر ابوینی؛

زوج: فرض اعلاى خود را می‌رسد: یعنی یک دوم؛

ابتدا اُمی ها را از اَبی و ابوینی جدا می‌کنیم:

اُمی ها: جده و برادر: فرض آن‌ها یک سوم است؛

اَبی و ابوینی: جد، خواهر و برادر: باقی‌مانده را به قرابت می‌برند یعنی دو سوم.

برادر و خواهر ابوینی، حاجب جد اَبی نیستند؛ زیرا اخوه ابوینی فقط حاجب اخوه اَبی است، نه حاجب جد اَبی.

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{2} + \frac{1}{3} = \frac{3+2}{6} = \frac{5}{6}$$

پس از دادن سهم فرض بر ها،  $\frac{1}{6}$  از ترکه باقی ماند که به قرابت به ابوینی ها می‌رسد؛

از آنجایی که در تقسیم داخلی ابوینی ها نسبت ذکور به اناث، دو به یک است: در اینجا ۵ سهم داریم: جد و

برادر هر کدام دو سهم، خواهر یک سهم؛

در نهایت: دو پنجم از یک ششم به جد و همین مقدار به برادر ابوینی و نصف آن، یعنی یک پنجم هم به

خواهر ابوینی می‌رسد.

## مسئله (۳۶)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + جده اُمی + جد اَبی؛

زوجه، فرض اعلاى خود را می‌برد: یک چهارم؛

جده اُمی، یک سوم به فرض می‌برد؛

جد اَبی، مابقی را به قرابت می‌برد؛

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{4} + \frac{1}{3} = \frac{3+4}{12} = \frac{7}{12}$$

باقی‌مانده، یعنی  $\frac{5}{12}$ ؛ به جد اَبی می‌رسد.

## کلاله اُمی واحد

در طبقه دوم، سهم خویشان مادری [اعم از اجداد و کلاله اُمی]، یک سوم از کل ماترک است؛ مگر این که

خویش مادری منحصر به یک برادر و یا یک خواهر اُمی [کلاله اُمی واحد] باشد؛ که در این صورت سهم او

از ترکه یک ششم خواهد بود.

## مسئله (۳۷)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + برادر اُمی + جد اَبی؛

زوجه، فرض اعلاى خود را می‌برد: یک چهارم؛

برادر اُمی [کلاله اُمی واحد]، یک ششم می برد؛

جد اَبی هم که قرابت بر است و مابقی را می برد؛

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{6} + \frac{1}{4} = \frac{2+3}{12} = \frac{5}{12}$$

باقی می ماند که به قرابت به جد اَبی می رسد.

### مسئله (۳۷)

وراث متوفی عبارت اند از: زوجه + فوهر اُمی + جد اَبی + برادر ابوینی؛

زوج، فرض اعلاى خود را می برد: یک دوم؛

خواهر اُمی [کلاله اُمی واحد]، فرض یک ششم را می برد؛

جد اَبی و برادر ابوینی، مابقی را به قرابت می برند؛ یعنی دو ششم.

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{2} + \frac{1}{6} = \frac{3+1}{6} = \frac{4}{6}$$

دو ششم پس از دادن فروض باقی می ماند که به قرابت به جد اَبی و برادر ابوینی می رسد.

### معرفی چند «گاہ گاه» دیگر

آخرین نفراتی که به عنوان گاه گاه معرفی می شوند عبارت اند از:

خواهر ابوینی تنها: یعنی برادر ابوینی، جد اَبی و جده اَبی موجود نباشد؛ فرض او یک دوم است.

چند خواهر ابوینی تنها: یعنی برادر ابوینی، جد اَبی و جده اَبی موجود نباشد؛ فرض او دو سوم است.

خواهر اَبی تنها: یعنی برادر اَبی، جد اَبی و جده اَبی موجود نباشد؛ فرض او یک دوم است.

چند خواهر اَبی تنها: یعنی برادر اَبی، جد اَبی و جده اَبی موجود نباشد؛ فرض او دو سوم است.

افراد بالا اصولاً قرابت برند، مگر اینکه تنها [به شرح فوق] باشند؛ که در این صورت فرض بر می شوند.

### چند مثال:

خواهر اَبی + جد اُمی + جده اُمی = خواهر فرض بر است: یک دوم؛

خواهر ابوینی + برادر اُمی = خواهر فرض بر است: یک دوم؛

خواهر ابوینی + برادر ابوینی = خواهر قرابت بر است؛

خواهر ابوینی + برادر اَبی = در اینجا اخوه اَبی ارث نمی برد و خواهر ابوینی فرض بر است. یک دوم؛

خواهر ابوینی + برادر ابوینی + جد اُمی + برادر اَبی + خواهر اَبی = دو نفر اخیر ارث نمی برند و خواهر ابوینی قرابت بر است -

برادر ابوینی هم قرابت بر است - جد اُمی هم فرض بر و فرض او یک سوم.

## مسئله (۳۹)

وراث متوفی عبارت‌اند از: خواهر ابوینی + خواهر ابوینی + جد اُمی؛  
خواهران ابوینی فرض بر و فرض آن‌ها دو سوم است؛  
جد اُمی فرض بر و فرض او یک سوم است؛  
ترکه کامل بین آن‌ها تقسیم می‌شود و چیزی کم نمی‌آید و یا زیاد نمی‌ماند.

## مسئله (۴۰)

وراث متوفی عبارت‌اند از: برادر ابوینی + برادر ابوینی + جد اُمی؛  
جد اُمی، یک سوم به فرض می‌برد؛  
برادران ابوینی، دو سوم به قرابت می‌برند.

## مسئله (۴۱)

مسئله ای مهم و پرتکرار در آزمون‌های وکالت؛  
وراث متوفی عبارت‌اند از: خواهر ابوینی + برادر اُمی؛  
خواهر ابوینی، فرض بر است و فرض او یک دوم است؛  
برادر اُمی، [کلاله اُمی واحد]، فرض بر است و فرض او یک ششم است؛

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{2} + \frac{1}{6} = \frac{3+1}{6} = \frac{4}{6}$$

$\frac{2}{6}$  از ترکه باقی می‌ماند که باید رد کرد؛ به چه کسی؟

هر چند در رد کردن به کلاله اختلاف وجود دارد، اما معیار آزمون‌ها بر این است که باید به او هم رد بشود؛  
در نتیجه:  $\frac{2}{6}$  را بین کلاله و خواهر ابوینی به نسبت مجموع صورت فروض آن‌ها تقسیم می‌کنیم؛ یعنی ۴؛  
سه سهم از باقی‌مانده را به خواهر ابوینی و یک سهم را به کلاله رد می‌کنیم.

## مسئله (۴۲)

وراث متوفی عبارت‌اند از: خواهر ابوینی + جد اُمی؛  
خواهر ابوینی، فرض بر است و فرض او یک دوم است؛  
فرض جد اُمی، یک سوم است.

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{2} + \frac{1}{3} = \frac{3+2}{6} = \frac{5}{6}$$

یک ششم باقی‌مانده، بر ۵ تقسیم و به نسبت سهم رد می‌شود: دو سهم به جد اُمی و سه سهم به خواهر ابوینی.

## مسئله (۴۳)

وراثة متوفى عبارت‌اند از: زوجه + فواهر ابوينى + فواهر اُمى؛

زوجه، فرض اعلاى خود را مى‌برد: يعنى يك چهارم؛

خواهر ابوينى، فرض بر است و فرض او يك دوم است؛

فرض خواهر اُمى هم يك ششم است؛ زيرا او كلاله اُمى واحد است؛<sup>۱</sup>

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{4} + \frac{1}{2} + \frac{1}{6} = \frac{3+6+2}{12} = \frac{11}{12}$$

$\frac{1}{12}$  از ارث باقى مى‌ماند؛ كه به نسبت صورت فروض خواهر ابوينى و خواهر اُمى تقسيم مى‌شود و به زوجه

چيزى رد نمى‌شود؛

يعنى باقى‌مانده به ۸ قسمت تقسيم مى‌شود؛ شش قسمت از آن به خواهر ابوينى و دو قسمت به خواهر اُمى

مى‌رسد.

مسئله (۴۴)<sup>۲</sup>

وراثة متوفى عبارت‌اند از: زوجه + فواهر ابوينى + فواهر اُمى؛

زوج، فرض اعلاى خود را مى‌برد: يعنى يك دوم؛

خواهر ابوينى، فرض بر است و فرض او يك دوم است؛

فرض خواهر اُمى هم يك ششم است؛ زيرا او كلاله اُمى واحد است؛

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{2} + \frac{1}{2} + \frac{1}{6} = \frac{6+6+2}{12} = \frac{14}{12}$$

$\frac{2}{12}$  كم مى‌آيد؛ نقص در طبقه دوم بر خواهر يا خواهران ابوينى وارد مى‌شود؛ كه در اينجا فرض خواهر ابوينى

به  $\frac{4}{12}$  نزول پيدا مى‌كند.

## مسئله (۴۵)

وراثة متوفى عبارت‌اند از: زوجه + فواهر ابوينى + جد اَبى + برادر ابوينى؛

زوج، فرض اعلاى خود را مى‌برد: يعنى يك دوم؛

مابقى بين خواهر ابوينى، جد اَبى و برادر ابوينى تقسيم مى‌شود؛

خواهر يك سهم، جد دو سهم و برادر هم دو سهم.

<sup>۱</sup> - اگر واحد نباشد، فرض او يك سوم است.

<sup>۲</sup> - از مسئله ۴۴ تا مسئله ۵۹ تمرين در منزل [مشق شب] بوده و توسط استاد حل نشده است!

## مسئله (۴۶)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + خواهر ابوینی + جد آبی + برادر ابوینی؛  
 زوجه، فرض اعلاى خود را می‌برد: یعنی یک‌چهارم؛  
 مابقی بین خواهر ابوینی، جد آبی و برادر ابوینی تقسیم می‌شود؛  
 خواهر یک سهم، جد دو سهم و برادر هم دو سهم.

## مسئله (۴۷)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + جد اُمی؛  
 زوج، فرض اعلاى خود را می‌برد: یعنی یک دوم؛  
 فرض اُمی ها، یک سوم؛ یعنی جد اُمی یک سوم می‌برد؛  
 در نتیجه:  $\frac{1}{2} + \frac{1}{3} + \frac{3+2}{6} = \frac{5}{6}$   
 یک ششم باقی می‌ماند که به جد اُمی می‌رسد؛ زیرا به زوج رد نمی‌شود، مگر این که وارث منحصر باشد.

## مسئله (۴۸)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + جد اُمی؛  
 زوجه، فرض اعلاى خود را می‌برد: یعنی یک‌چهارم؛  
 فرض اُمی ها، یک سوم؛ یعنی جد اُمی یک سوم می‌برد؛  
 در نتیجه:  $\frac{1}{4} + \frac{1}{3} + \frac{3+4}{12} = \frac{7}{12}$   
 پنج دوازدهم باقی می‌ماند که به جد اُمی می‌رسد؛ زیرا به زوجه رد نمی‌شود، حتی اگر وارث منحصر باشد.

## مسئله (۴۹)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + جد اُمی + جده اُمی + خواهر اُمی؛  
 زوج، فرض اعلاى خود را می‌برد، یک دوم؛  
 فرض اُمی ها، یک سوم؛ یعنی جد اُمی، جده اُمی و خواهر اُمی یک سوم می‌برد؛  
 در نتیجه:  $\frac{1}{2} + \frac{1}{3} + \frac{3+2}{6} = \frac{5}{6}$   
 یک ششم باقی می‌ماند که به اُمی ها می‌رسد؛ زیرا به زوج رد نمی‌شود، مگر این که وارث منحصر باشد.

## مسئله (۵۰)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + جد اُمی + جده اُمی + خواهر اُمی؛

زوجه، فرض اعلای خود را می‌برد، یک چهارم؛

فرض اُمی ها، یک سوم؛ یعنی جد اُمی، جده اُمی و خواهر اُمی یک سوم می‌برد؛

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{4} + \frac{1}{3} + \frac{3+4}{12} = \frac{7}{12}$$

پنج دوازدهم باقی می‌ماند که به اُمی ها می‌رسد؛ زیرا به زوجه رد نمی‌شود، حتی اگر وارث منحصر باشد.

## مسئله (۵۱)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + برادر اُمی؛

زوج، فرض اعلای خود را می‌برد، یک دوم؛

برادر اُمی (کلاله اُمی واحد) یک ششم می‌برد؛

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{2} + \frac{1}{6} = \frac{3+1}{6} = \frac{4}{6}$$

دو ششم باقی می‌ماند که به برادر اُمی می‌رسد؛ زیرا به زوج رد نمی‌شود، مگر اگر وارث منحصر باشد.

## مسئله (۵۲)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + برادر اُمی؛

زوجه، فرض اعلای خود را می‌برد، یک چهارم؛

برادر اُمی (کلاله اُمی واحد) یک ششم می‌برد؛

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{4} + \frac{1}{6} + \frac{3+2}{12} = \frac{5}{12}$$

هفت دوازدهم باقی می‌ماند که به برادر اُمی می‌رسد؛ زیرا به زوجه رد نمی‌شود، حتی اگر وارث منحصر باشد.

## مسئله (۵۳)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + برادر اُمی + برادر اُمی؛

زوج، فرض اعلای خود را می‌برد، یک دوم؛

برادران اُمی یک سوم می‌برند؛

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{2} + \frac{1}{3} + \frac{3+2}{6} = \frac{5}{6}$$

یک ششم باقی می‌ماند که به برادران اُمی می‌رسد؛ زیرا به زوج رد نمی‌شود، مگر این که وارث منحصر باشد.

## مسئله (۵۴)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + برادر اُمی + برادر اُمی؛

زوجه، فرض اعلاى خود را می‌برد، یک‌چهارم؛

فرض برادران اُمی، یک سوم؛

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{4} + \frac{1}{3} + \frac{3+4}{12} = \frac{7}{12}$$

پنج دوازدهم باقی می‌ماند که به برادران اُمی می‌رسد؛ زیرا به زوجه رد نمی‌شود، حتی اگر وارث منحصر باشد.

## مسئله (۵۵)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + جد اُمی + جده اُمی + خواهر ابوینی؛

زوج، فرض اعلاى خود را می‌برد، یک دوم؛

خواهر ابوینی [تنها]، یک دوم می‌برد.

اُمی‌ها هم یک سوم می‌برند؛

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{2} + \frac{1}{2} + \frac{1}{3} = \frac{3+3+2}{6} = \frac{8}{6}$$

$\frac{2}{6}$  کم می‌آید؛ نقص در طبقه دوم بر خواهر یا خواهران ابوینی وارد می‌شود. در نتیجه در اینجا فرض خواهر ابوینی به  $\frac{1}{6}$  نزول پیدا می‌کند.

## مسئله (۵۶)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + جد اُمی + جده اُمی + خواهر ابوینی؛

زوجه، فرض اعلاى خود را می‌برد، یعنی یک‌چهارم؛

خواهر ابوینی [منحصر]، یک دوم می‌برد؛

اُمی‌ها هم یک سوم می‌برند.

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{4} + \frac{1}{2} + \frac{1}{3} = \frac{3+6+4}{12} = \frac{13}{12}$$

یک دوازدهم کم می‌آید؛ نقص در طبقه دوم بر خواهر یا خواهران ابوینی وارد می‌شود. در نتیجه فرض خواهر ابوینی در اینجا به  $\frac{5}{12}$  نزول پیدا می‌کند.

**مسئله (۵۷)**

وارث متوفی عبارت‌اند از: زوج + جد اُمی + فواهر ابوینی + فواهر ابوینی؛

زوج، فرض اعلاى خود را می‌برد، یک دوم؛

جد اُمی یک سوم می‌برد؛

خواهران ابوینی هم دو سوم.

$$\frac{1}{2} + \frac{1}{3} + \frac{2}{3} = \frac{3+2+4}{6} = \frac{9}{6}$$

سه ششم کم می‌آید؛ که فرض خواهران ابوینی در اینجا به  $\frac{1}{6}$  نزول پیدا می‌کند.

**مسئله (۵۸)**

وارث متوفی عبارت‌اند از: زوج + جد اُمی + فواهر ابوینی + فواهر ابوینی؛

زوج، فرض اعلاى خود را می‌برد، یک چهارم؛

جد اُمی یک سوم می‌برد؛

خواهران ابوینی هم دو سوم.

$$\frac{1}{4} + \frac{1}{3} + \frac{2}{3} = \frac{3+4+8}{12} = \frac{15}{12}$$

سه دوازدهم کم می‌آید؛ که فرض خواهران ابوینی در اینجا به  $\frac{5}{12}$  نزول پیدا می‌کند.

**مسئله (۵۹)**

وارث متوفی عبارت است از: جد اَبی؛

وی قرابت بر است و همه ارث را به قرابت می‌برد.

**مسئله (۶۰)**

وارث متوفی عبارت است از: جده اَبی؛

وی نیز قرابت بر است و همه ارث را به قرابت می‌برد.

**مسئله (۶۱)**

وارث متوفی عبارت‌اند از: جد اَبی و جده اَبی؛

همه ارث را به قرابت می‌برند؛ دو سهم به جد و یک سهم به جده می‌رسد.

**مسئله (۶۲)**

وارث متوفی عبارت است از: فواهر ابوینی؛

یک دوم به فرض و مابقی را به رد می‌برد.



## مسئله (۶۳)

وارث متوفی عبارت است از: جد اُمی؛

یک سوم به فرض و دو سوم به رد می برد.

## مسئله (۶۴)

وارث متوفی عبارت است از: جده اُمی؛

یک سوم به فرض و مابقی را به رد می برد.

## مسئله (۶۵)

وارث متوفی عبارت اند از: زوجه + جد اُمی + خواهر ابوینی؛

زوج با فرض اعلی: یک دوم؛

جد اُمی با فرض یک سوم؛

خواهر ابوینی: فرض بر و فرض او یک دوم.

$$\frac{1}{2} + \frac{1}{3} + \frac{1}{2} = \frac{3+2+3}{6} = \frac{8}{6}$$

با این حساب، دو ششم کم می آید: که در این طبقه [طبقه دوم]، نقص را بر خواهر یا خواهران ابوینی یا آبی وارد می کنیم؛

یعنی در اینجا سهم خواهر ابوینی را از  $\frac{3}{6}$  به  $\frac{1}{6}$  تبدیل می کنیم.

## مسئله (۶۶)

وارث متوفی عبارت اند از: زوجه + خواهر اُمی + خواهر ابوینی؛

زوجه، با فرض اعلی: یک چهارم؛

خواهر اُمی [کلاله اُمی واحد]، یک ششم؛

خواهر ابوینی، فرض بر و فرض او یک دوم.

$$\frac{1}{4} + \frac{1}{6} + \frac{1}{2} = \frac{3+2+6}{12} = \frac{11}{12}$$

از ارث باقی می ماند که بین کلاله اُمی واحد و خواهر ابوینی تقسیم می شود؛ زیرا به زوجه هیچگاه رد

نمی شود، حتی اگر وارث منحصر باشد؛

مجموع صورت فروض خواهر اُمی و خواهر ابوینی می شود ۸؛

پس یک دوازدهم را بر ۸ تقسیم و شش قسمت از آن را به خواهر ابوینی و دو قسمت را به خواهر اُمی رد

می کنیم.

## مسئله (۶۷)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + فواهر اُمی + فواهر اُمی + فواهر ابوینی؛

زوجه، با فرض اعلی: یک چهارم؛

خواهران اُمی: یک سوم؛

خواهر ابوینی، فرض بر و فرض او یک دوم.

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{4} + \frac{1}{3} + \frac{1}{2} = \frac{3+4+6}{12} = \frac{13}{12}$$

در اینجا  $\frac{1}{12}$  کم می‌آید: که باید نقص بر خواهر ابوینی وارد شود: یعنی فرض او از  $\frac{6}{12}$  به  $\frac{5}{12}$  نزول می‌یابد.

## مسئله (۶۸)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + فواهر اُمی + فواهر اُمی + فواهر ابوینی؛

زوجه، با فرض اعلی: یک چهارم؛

خواهران اُمی: یک سوم؛

خواهران ابوینی، فرض بر و فرض آن‌ها دو سوم.

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{4} + \frac{2}{3} + \frac{1}{4} = \frac{4+8+3}{12} = \frac{15}{12}$$

$\frac{3}{12}$  کم می‌آید که  $\frac{8}{12}$  خواهران ابوینی به  $\frac{5}{12}$  نزول پیدا می‌کند.

مسائل ۶۷ و ۶۸ را با جایگزینی زوج  
به جای زوجه، نیز حل کنید.

«پایان طبقه دوم»

## سهم الارث طبقه سوم

## افراد طبقه سوم

مادری: خال و خاله: احوال [فرض بر: یک سوم]	پدري: عمه و عمو: اعمام [قرابت بر]
ابوینی، آبی و اُمی	ابوینی، آبی و اُمی
احوال ابوینی حاجب احوال آبی هستند؛	اعمام ابوینی حاجب اعمام آبی هستند؛
احوال ابوینی یا آبی حاجب احوال اُمی نیستند؛	اعمام ابوینی یا آبی حاجب اعمام اُمی نیستند؛
احکام احوال آبی، کاملاً شبیه احکام احوال ابوینی است.	احکام اعمام آبی، کاملاً شبیه احکام اعمام ابوینی است.

## چند مثال:

عمه ابوینی + عموی آبی: دومی ارث نمی برد؛  
 عموی ابوینی + عمه اُمی: هر دو ارث می برند؛  
 عمه آبی + عموی اُمی: هر دو ارث می برند؛  
 دایی ابوینی + خاله آبی: دومی ارث نمی برد؛  
 دایی آبی + خاله اُمی: هر دو ارث می برند؛  
 عموی ابوینی + خاله آبی: هر دو ارث می برند.

## چند نکته:

احوال مطلقاً فرض برند و فرض آنها یک سوم است؛  
 اعمام مطلقاً قرابت برند؛ باقی مانده [دو سوم] به قرابت.  
 در تقسیم بین احوال، اعم از اُمی یا آبی یا ابوینی، نسبت ذکور و اناث باهم برابر است؛<sup>۱</sup>  
 در تقسیم بین اعمام، اُمی ها: نسبت ذکور و اناث باهم برابر اما بین آبی یا ابوینی ها: نسبت ذکور دو برابر نسبت اناث است.

افوال «فرض بر: $\frac{1}{3}$ »	اُمی	ابوینی یا آبی
وحدت	$\frac{1}{6}$ از $\frac{1}{3}$	وحدت
متعدد	$\frac{1}{3}$ از $\frac{1}{3}$	متعدد
مابقی؛ حسب مورد: $\frac{5}{6}$ از $\frac{1}{3}$ یا $\frac{2}{3}$ از $\frac{1}{3}$ .		
اعمام «قرابت بر»	اُمی	ابوینی یا آبی
وحدت	$\frac{1}{6}$ از $\frac{2}{3}$	وحدت
متعدد	$\frac{1}{3}$ از $\frac{2}{3}$	متعدد
مابقی؛ حسب مورد: $\frac{5}{6}$ از $\frac{2}{3}$ یا $\frac{2}{3}$ از $\frac{2}{3}$ .		

<sup>۱</sup> - به عبارت دیگر: احوال در هر تیره، ذکور معادل اناث.

## چند نکته:

برای حل مسایل طبقه سوم، ابتدا باید اعمام را از احوال جدا کرده و سپس هر کدام را به دو گروه ابوینی (یا آبی) و اُمی تقسیم کرده و بعد از آن، بنا بر فروض و قرابت حساب کرد.

دکتر شهبازی: احوال را در گونی ریخته! و یک سوم از ارث را روی سر آن‌ها خراب می‌کنیم! یعنی احوال در هر صورت یک سوم از ارث را می‌برند؛

اُمی واحد: به جز اجداد در طبقه دوم، در هر جایی که اُمی واحد باشد، فرض او یک ششم است؛ البته در طبقه سوم تحت شرایطی است؛ به این شرح که:  $\frac{1}{6}$  یا  $\frac{1}{3}$  اُمی وقتی موضوعیت دارد که در مجموعه ابوینی آن‌ها افرادی وجود داشته باشند؛ به عبارت دیگر، اگر در مجموعه ابوینی آن‌ها کسی نباشد، بحث  $\frac{1}{6}$  و  $\frac{1}{3}$  اُمی منتفی است و اُمی به طور کلی اگر از احوال باشد تمام یک سوم و اگر از اعمام باشد مابقی ارث را به قرابت می‌برد.

## مسئله (۶۹)

وراث متوفی عبارت‌اند از: دایی آبی + دایی اُمی + دایی اُمی + فاله اُمی + فاله اُمی + عمه ابوینی + عموی اُمی؛

$\frac{2}{3}$ از $\frac{1}{3}$	ابوینی یا آبی؛ دایی آبی؛	احوال
$\frac{1}{3}$ از $\frac{1}{3}$	اُمی؛ دایی اُمی + دایی اُمی + خاله اُمی + خاله اُمی؛ <sup>۱</sup>	«فرض بر» <sup>۱</sup>
$\frac{5}{6}$ از $\frac{1}{3}$	ابوینی یا آبی؛ عمه ابوینی؛	اعمام
$\frac{1}{6}$ از $\frac{1}{3}$	اُمی؛ عموی اُمی؛	«قرابت بر»

## مسئله (۷۰)

وراث متوفی عبارت‌اند از: عمه ابوینی + فاله ابوینی + فاله اُمی؛

$\frac{5}{6}$ از $\frac{1}{3}$	ابوینی یا آبی؛ خاله؛	احوال
$\frac{1}{6}$ از $\frac{1}{3}$	اُمی؛ خاله [اُمی واحد = یک ششم]؛	«فرض بر» <sup>۱</sup>
دو سوم به قرابت.	ابوینی یا آبی؛ عمه؛	اعمام
---	اُمی؛ وجود ندارد.	«قرابت بر»

<sup>۱</sup> - در این گروه، فرض بین آن‌ها به صورت مساوی تقسیم می‌شود.

## مسئله (۷۱)

وراث متوفی عبارت‌اند از: عمه ابوینی + عموی اُمی + دایی اُمی؛

---	ابوینی یا اَبی: وجود ندارد.	احوال
$\frac{1}{3}$	اُمی: دایی؛	«فرض بر: $\frac{1}{3}$ »
$\frac{5}{6}$ از $\frac{2}{3}$	ابوینی یا اَبی: عمه؛	اعمام
$\frac{1}{6}$ از $\frac{2}{3}$	اُمی: عمو؛	«قرابت بر»

همان‌طور که مشاهده می‌شود: از آنجایی که در گروه احوال، اَبی یا ابوینی وجود ندارد، سهم اُمی واحد همچنان همان یک سوم است؛ اما اگر در این گروه ابوینی یا اَبی موجود بود [مانند گروه اعمام در همین مسئله] سهم اُمی واحد به یک ششم کاهش می‌یافت.

## مسئله (۷۲)

وراث متوفی عبارت‌اند از: عموی ابوینی + عمه اُمی + دایی ابوینی + دایی اُمی؛

$\frac{5}{6}$ از $\frac{1}{3}$	ابوینی یا اَبی: دایی؛	احوال
$\frac{1}{6}$ از $\frac{1}{3}$	اُمی: دایی: [اُمی واحد = یک ششم]؛	«فرض بر: $\frac{1}{3}$ »
$\frac{5}{6}$ از $\frac{2}{3}$	ابوینی یا اَبی: عمو؛	اعمام
$\frac{1}{6}$ از $\frac{2}{3}$	اُمی: عمه: [اُمی واحد = یک ششم]؛	«قرابت بر»

## مسئله (۷۳)

وراث متوفی عبارت است از: عموی ابوینی؛

وی همه ارث را به قرابت می‌برد.

## مسئله (۷۴)

وراث متوفی عبارت است از: عمه اَبی؛

وی نیز همه ارث را به قرابت می‌برد.

## مسئله (۷۵)

وراث متوفی عبارت است از: دایی ابوینی؛

یک سوم به فرض و مابقی را به رد می‌برد.

## مسئله (۷۶)

وارث متوفی عبارت است از: فاله اُمی؛  
یک سوم به فرض و مابقی را به رد می برد.

## مسئله (۷۷)

وارث متوفی عبارت‌اند از فقط احوال: فاله ابوینی + دایی اُمی + دایی اُمی؛  
یک سوم را به فرض و مابقی را به رد می برند؛ یعنی همه ارث را می برند؛

اُخوال	ابوینی یا اُبی: خاله؛	$\frac{2}{3}$ از کل ارث؛
«فرض بر: $\frac{1}{3}$ »	اُمی: دایی + دایی؛	$\frac{1}{3}$ از کل ارث
اعمام	ابوینی یا اُبی: <b>ندارد.</b>	---
«قرابت بر»	اُمی: <b>ندارد.</b>	---

یادآوری: احوال در هر تیره، ذکور معادل اناث.

## چند ایراد از قانون مدنی

**ایراد نخست:** در طبقه سوم، زوجه یا زوجه فرض اعلاى خود را می برد، بعلاوه این که احوال فرض مشخص یک سوم را می برد و اعمام هم که قرابت بر است؛ در این طبقه هر طور که حساب کنیم نقصی به وجود نمی آید. باین حال بند آخر ماده ۹۳۸ قانون مدنی از نقص در طبقه سوم سخن به میان آورده است که غلطی فاحش است.

ماده ۹۳۸: در تمام موارد مزبوره در این مبحث [یعنی طبقه سوم]، هر یک از زوجین که باشد فرض خود را از اصل ترکه می برد و این فرض عبارت است از: نصف اصل ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه.  
متقرب به مادر [احوال] هم نصیب خود را از اصل [ظهور در فرض بر بودن] ترکه می برد. باقی ترکه مال متقرب به پدر [اعمام] است و اگر نقصی هم باشد بر متقربین به پدر وارد می شود!

**ایراد دوم:** بند آخر ماده ۹۲۷ ق.م. نیز اجداد اُبی را در گروهی قرار می دهد که نقص بر آنها وارد می شود؛ این در حالی است که اجداد اُبی قرابت برند.

ماده ۹۲۷: در تمام مواد مذکور در این مبحث [طبقه دوم]، هر یک از زوجین که باشد، فرض خود را از اصل ترکه می برد و این فرض عبارت است از نصف اصل ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه.  
متقربین به مادر هم اعم از اجداد یا کلاله فرض خود را از اصل ترکه می برند.

هرگاه به واسطه ورود زوج یا زوجه نقصی موجود گردد، نقص بر کلاله ابوینی یا اُبی یا بر اجداد اُبی وارد می شود!

**ایراد سوم:** به ماده ۹۰۹ ق.م. و حاشیه ذیل آن رجوع شود.

## مسئله (۷۸)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + فاله اُمی + عمه اُمی؛  
زوجه فرض اعلاى خود را می‌برد؛ یعنی یک‌چهارم.

---	ابوینی یا اَبی: ندارد؛	احوال
$\frac{1}{3}$ از کل ماترک.	اُمی: خاله؛	«فرض بر: $\frac{1}{3}$ »
---	ابوینی یا اَبی: ندارد؛	اعمام
مابقی را می‌برد.	اُمی: عمه.	«قرباب بر»

در نتیجه:  $\frac{1}{4} + \frac{1}{3} = \frac{3+4}{12} = \frac{7}{12}$   
پنج دوازدهم باقی مانده به عمه اُمی می‌رسد.

## مسئله (۷۹)

بازماندگان متوفی عبارت‌اند از: زوجه + فاله اُمی + عمه ابوینی + عمه اُمی؛  
زوجه فرض اعلاى خود را می‌برد؛ یعنی یک‌چهارم.

---	ابوینی یا اَبی: ندارد؛	احوال
$\frac{1}{3}$ از کل ماترک.	اُمی: خاله؛	«فرض بر: $\frac{1}{3}$ »
$\frac{5}{6}$ از باقی مانده.	ابوینی یا اَبی: عمه؛	اعمام
$\frac{1}{6}$ از باقی مانده.	اُمی: عمه.	«قرباب بر»

در نتیجه:  $\frac{1}{4} + \frac{1}{3} = \frac{3+4}{12} = \frac{7}{12}$   
پنج دوازدهم باقی مانده به نسبتی که در جدول است بین عمه اُمی و عمه ابوینی تقسیم می‌شود.

## مسئله (۸۰)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + دایی ابوینی؛  
زوجه فرض اعلاى خود را می‌برد؛ یعنی یک‌چهارم.

$\frac{1}{3}$ از کل ماترک + اضافه ای که باید به او رد بشود.	ابوینی یا اَبی: دایی؛	احوال
---	اُمی: ندارد.	«فرض بر: $\frac{1}{3}$ »
---	ابوینی یا اَبی: ندارد.	اعمام
---	اُمی: ندارد.	«قرباب بر»

در نتیجه:  $\frac{1}{4} + \frac{1}{3} = \frac{3+4}{12} = \frac{7}{12}$ ؛  
پنج دوازدهم باقی مانده به دایی ابوینی می‌رسد؛ زیرا به زوجه چیزی رد نمی‌شود حتی اگر وارث منحصر باشد.

## مسئله (۸۱)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + عموی ابوینی؛  
زوجه فرض اعلاى خود را می‌برد؛ یعنی یک چهارم.

---	ابوینی یا اَبی: ندارد.	اِخْوَال
---	اُمی: ندارد.	«فرض بر: $\frac{1}{3}$ »
مابقی به قرابت.	ابوینی یا اَبی: عمو.	اعمام
---	اُمی: ندارد.	«قرابت بر»

## مسئله (۸۲)

وراث متوفی عبارت‌اند از: زوجه + خاله اُمی؛  
زوجه فرض اعلاى خود را می‌برد؛ یعنی یک چهارم.

---	ابوینی یا اَبی: ندارد.	اِخْوَال
$\frac{1}{3}$ از کل ماترک + اضافه ای که باید به او رد بشود.	اُمی: خاله؛	«فرض بر: $\frac{1}{3}$ »
---	ابوینی یا اَبی: ندارد.	اعمام
---	اُمی: ندارد.	«قرابت بر»

$$\text{در نتیجه: } \frac{1}{4} + \frac{1}{3} = \frac{3+4}{12} = \frac{7}{12}$$

پنج دوازدهم باقی مانده به خاله اُمی می‌رسد؛ زیرا به زوجه چیزی رد نمی‌شود حتی اگر وارث منحصر باشد.

## سؤال؟

منظور از اعمام و اِخْوَال در طبقه سوم، اعمام و اِخْوَال چه کسی هستند؟  
پاسخ: طبق حاشیه شماره ذیل ماده ۸۶۲: یعنی اعمام و اِخْوَال متوفی - اعمام و اِخْوَال ابوین متوفی - اعمام و اِخْوَال اجداد متوفی و ...

## قائم مقامی در ارث

اگر متوفی اولاد داشته باشد [حتی یک نفر]، اولاد اولاد او ارث نمی‌برند. این حکم بر اساس قاعده ای استوار است که مطابق آن خویشاوند نزدیک تر مانع از ارث بردن خویشاوند دورتر می‌گردد (الاقرب یمنع الابدع)؛ در بحث قائم مقامی، موضوع در فرضی است که متوفی اصلاً خویشاوند درجه نزدیک ندارد؛ در غیر این صورت موضوع قائم مقامی پیش نمی‌آید و خویشاوند نزدیک مانع ارث بری خویشاوند دورتر می‌شود.



## ارث قائم مقام

قائم مقامی از درجه دو [از هر طبقه] شروع می شود؛  
 برای حل مسئله، درجه یک ها را زنده فرض کرده، مسئله را با درجه یک حل کرده و سپس سهم درجه یک را به درجه دو می دهیم؛ تا به اینجا میزان سهم الارث درجه دو مشخص می شود؛  
 اما برای ادامه مسئله باید تیپ ارث بردن درجه یک را نیز مشخص کرد؛ به عبارت دیگر درجه دو قائم مقام درجه یک است؛ هم در میزان و هم در تیپ؛  
 بدین توضیح که: تیپ درجه یک به درجه دو هم سرایت می کند و برای تشخیص تیپ درجه یک، باید جنس مخالف او را در ذهن فرض کنیم؛ یعنی تصور کنیم که اگر جنس مخالف او با وی همراه می شد، چه نوع سهم الارثی به وی [شخص درجه یک] می رسید. که به همین نسبت، سهم قائم مقام او را می دهیم؛  
 یعنی تیپ قائم مقام او را مشخص می کنیم.  
 تیپ ارث بری A: ذکور معادل اناث ارث می برند؛  
 تیپ ارث بری B: ذکور دو برابر اناث ارث می برند.

## مسئله (۸۳)

وراث متوفی عبارت اند از: پسر پسر + دختر پسر + پسر دختر + دختر دختر؛ یعنی اولاد اولاد متوفی؛  
 ابتدا باید سهم درجه اول آن ها را حساب، سپس سهم مشخص شده را به قائم مقامی به اولاد آن ها بدهیم؛  
 پسر و دختر اگر خودشان زنده بودند، قرابت بر بوده و نسبت بین آن ها دو به یک می بود؛  
 حال قائم مقام آن ها همین سهام را از ارث می برد، اما در رابطه با تقسیم داخلی؟  
 برای تقسیم داخلی: هر دو گروه تیپ B هستند؛ زیرا جنس مخالف هر کدام را که در مقابل دیگری قرار بدهیم، سهم الارث وی به صورت تیپ B می شود؛ یعنی نسبت دو به یک.

## مسئله (۸۴)

وراث متوفی عبارت اند از: پسر دختر + دختر دختر + پسر دختر + دختر فوق از دو دخترند؛  
 دختران فرض برند، یعنی دو سوم؛ و مابقی را به رد می برند؛  
 در نتیجه تمام ارث بالسویه بین دو دختر تقسیم می شود؛  
 حال باید یک دوم از ارث را به قائم مقام یکی از دختران و همین مقدار را به قائم مقام دختر دیگر داد؛  
 برای تشخیص تیپ: فرض می کنیم که در برابر دختر، یک پسر [جنس مخالف] قرار است ارث ببرد؛ که در این صورت تیپ آن ها می شود B؛  
 در نتیجه، بین فرزندان تقسیم به صورت دو به یک است.

## وراث متوفی عبارت‌اند از:

از دایی ابوینی؛	یک پسر و یک دختر
از خاله اُمی؛	یک پسر
از عمه ابوینی؛	یک پسر و یک دختر
از عموی اُمی.	یک پسر و یک دختر

ابتدا سهم خود افراد صنف را حساب می‌کنیم، سپس سهم قائم‌مقامان را می‌دهیم؛

احوال	ابوینی یا اَبی؛ دایی؛	اُمی؛ خاله؛ [اُمی واحد = یک ششم]؛	ابوینی یا اَبی؛ عمه؛	اُمی؛ عمو؛ [اُمی واحد = یک ششم]؛
«فرض بر: $\frac{1}{3}$ »	$\frac{1}{3}$ از $\frac{5}{6}$	$\frac{1}{3}$ از $\frac{1}{6}$		
اعمام			$\frac{2}{3}$ از $\frac{5}{6}$	
«قرابت بر»				$\frac{2}{3}$ از $\frac{1}{6}$

## تشخیص تیپ:

اگر دایی ابوینی با خاله ابوینی همراه می‌بود، تیپ وی A می‌شد، در نتیجه فرزندان او هم بر اساس همین تیپ

ارث می‌برند؛

قائم‌مقام خاله اُمی، یک نفر است؛ نیازی به تعیین تیپ ندارد.

اگر عمه ابوینی با عموی ابوینی همراه می‌بود، تیپ وی B می‌شد، در نتیجه فرزندان او هم بر اساس همین

تیپ ارث می‌برند؛

اگر عموی اُمی با عمه اُمی همراه می‌بود، تیپ وی A می‌شد، در نتیجه فرزندان او هم بر اساس همین تیپ

ارث می‌برند.

## یک قاعده و یک استثناء

## قاعده:

قاعده این است که: درجه بر صنف مقدم است؛ یعنی؛

باوجود دایی اَبی، پسر دایی ابوینی ارث نمی‌برد؛

باوجود عموی ابوینی، پسر عموی ابوینی ارث نمی‌برد؛

باوجود عموی ابوینی، پسر عموی اَبی ارث نمی‌برد.

**استثنا:**

هر گاه وراثت منحصر به عموی آبی و پسر عموی ابوینی باشد، استثناعاً پسر عموی ابوینی، عمو را از ارث محروم می کند و فقط پسر عموی ابوینی ارث می برد.

ماده ۹۳۶: با وجود اعمام یا احوال، اولاد آن ها ارث نمی برند مگر در صورت انحصار وراثت به یک پسر عموی ابوینی با یک عموی آبی تنها، که فقط در این صورت پسر عمو، عمو را از ارث محروم می کند، لیکن اگر با پسر عموی ابوینی خال یا خاله باشد یا اعمام متعدد باشند، ولو آبی تنها، پسر عمو ارث نمی برد.

**مثال:**

عموی آبی + عموی ابوینی + پسر عموی ابوینی: فقط عموی ابوینی ارث می برد؛  
عموی آبی + پسر عموی ابوینی: فقط عمو ارث می برد؛ زیرا در هر دو مثال: وراثت منحصر نیست.

**ارث خنثی**

با توجه به نظر پزشکی قانونی در مورد مایل به کدام جنس بودن، ارث وی معلوم می شود؛  
مایل به دختر: دختر محسوب می شود و سهم الارث مونث را می برد؛  
مایل به پسر: پسر محسوب می شود و سهم الارث مذکر را می برد.  
خنثی مشکل: یعنی هیچ یک از علایم غلبه را نداشته باشد؛ نصف مجموع سهم الارث یک مذکر و یک مونث از آن طبقه را می برد.

ماده ۹۳۹: در تمام موارد مذکوره در این بحث و دو بحث قبل، اگر وارث خنثی بوده و از جمله وراثی باشد که از ذکور آن ها دو برابر اناث می برند سهم الارث او به طریق ذیل معین می شود:  
اگر علایم رجولیت غالب باشد، سهم الارث یک پسر از طبقه خود و اگر علایم انانیت غلبه داشته باشد، سهم الارث یک دختر از طبقه خود را می برد و اگر هیچ یک از علایم غالب نباشد، نصف مجموع سهم الارث یک پسر و یک دختر از طبقه خود را خواهد برد.

**سهم الارث زوجین****نکته (۱)**

فرض هر یک از زوجین را در موردی که میت اولاد دارد یا ندارد همان طور که گفته شد به شرح زیر است:  
میت اولاد دارد: زوج یک چهارم - زوجه یک هشتم؛  
میت اولاد ندارد: زوج یک دوم - زوجه یک چهارم.

## نکته (۲)

زوج از عین تمام اموال زوجه ارث می برد ولی زوجه در مورد اموال منقول از عین اموال و در مورد اموال غیرمنقول [عرصه و اعیان] از قیمت آن ها ارث می برد، نه از عین آن ها؛  
اگر وراثت زوج از ادای قیمت امتناع کنند، زوجه می تواند حق خود را از عین این اموال استیفا کند. ماده ۹۴۸ ق.م.

## نکته (۳)

از سال ۸۹ به این طرف، زوجه دیگر از قیمت عرصه محروم نیست.

## نکته (۴)

ملاک در قیمت، قیمت زمان تقسیم است.

## نکته (۵)

در مورد وراثت متوفی ای که قبلاً فوت کرده اما ماترک او تقسیم نشده است، قاعده وراثت زوجه از قیمت زمین اعمال می شود. تبصره ماده ۹۴۶ ق.م.

## نکته (۶)

فرض زوجه ها اگر متعدد باشند، همان فرض زوجه است که بالسویه بین خود تقسیم می کنند؛

## نکته (۷)

مطلقه رجعیه در مدت عده در حکم زوجه است؛ بنابراین اگر در مدت عده هر کدام از زوجین بمیرد، دیگری از او ارث می برد؛  
یعنی در این مورد؛ زوجیت به عنوان موجب ارث هنوز قطع نشده است. ماده ۹۴۳ ق.م؛  
بدیهی است که اگر عده منتفی شود یا طلاق رجعی نبوده [باین باشد]، از هم ارث نمی برند. ماده ۹۴۳ ق.م؛

## نکته (۸)

اگر شوهری در مرض متصل به موت زن خود را طلاق دهد و ظرف یک سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد،<sup>۱</sup> زوجه از او ارث می برد؛ حتی اگر طلاق باین باشد.<sup>۲</sup> ماده ۹۴۴ ق.م؛

<sup>۱</sup> - مرض متصل به موت.

<sup>۲</sup> - برای مبارزه با تقلب نسبت به قانون.

اگر مردی در حال مرض متصل به موت، زنی را عقد کند یا این انگیزه که سهم الارث زوجه خود یا سایر وراث را تقلیل بدهد، اگر در همان مرض قبل از انجام فعل زناشویی بمیرد، زن از او ارث نمی برد. لکن اگر بین آنان بنا به فرض فعل زناشویی واقع شود یا شوهر بعد از صحت یافتن از آن بیماری به عامل دیگری بمیرد، زوجه جدید از او ارث می برد.

در دو فرض اخیر معلوم می شود که آن مرض، در حقیقت مرض متصل به موت نبوده است. ماده ۹۴۵ ق.م.

### مواد ۹۴۲ الی ۹۴۸ قانون مدنی

#### سهم زوجهات

ماده ۹۴۲: در صورت تعدد زوجات ربع یا ثمن ترکه که تعلق به زوجه دارد بین همه آنان بالسویه تقسیم می شود.

#### اثر زوجیت در زمان عده (جمعی)

ماده ۹۴۳: اگر شوهر زن خود را به طلاق رجعی مطلقه کند، هر یک از آنها که قبل از انقضای عده بمیرد دیگری از او ارث می برد، لیکن اگر فوت یکی از آنها بعد از انقضای عده بوده و یا طلاق باین باشد، از یکدیگر ارث نمی برند.

#### اثر طلاق در مال مرض

ماده ۹۴۴: اگر شوهر در حال مرض، زن خود را طلاق دهد و در ظرف یک سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد، زوجه او ارث می برد، اگرچه طلاق باین باشد، مشروط بر این که زن شوهر نکرده باشد.

هرگاه زن ظرف یک سال از تاریخ طلاق بمیرد، شوهر از او ارث نمی برد و ارث زن در این دوران حکم استثنایی است که باید تفسیر محدود شود؛

بیماری شوهر باید متصل به مرگ باشد تا زن بتواند از او ارث ببرد. پس اگر مرد از آن مرض شفا یابد، میراث زن منتفی است، هرچند دوباره به همان مرض مبتلا شود و در نتیجه این مبتلا ظرف یک سال بمیرد؛

اگر ابتلای مجدد به همان مرض اتفاقی نباشد و از نظر پزشکی قابل پیش بینی و معمول باشد، زن ارث می برد و اطلاق ماده ۹۴۴ شامل آن می شود؛

دلیل واقعی ارث بردن زن، عدم نفوذ اطلاق در ارث به دلیل حرمت یا کراهت طلاقی است که شوهر در واپسین بیماری می دهد.

#### نکاح در مال مرض متصل به مرگ

ماده ۹۴۵: اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند و در همان مرض قبل از دخول بمیرد، زن از او ارث نمی برد، لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد، زن از او ارث می برد.

مقصود از «در همان مرض» در سطر نخست، مُردن «از همان مرض» است و باید علت مرگ همان بیماری باشد؛

در فرض این ماده، هرگاه زن بمیرد، شوهر از او ارث می برد.

ماده ۹۴۶: زوج از تمام اموال زوجه ارث می برد و زوجه در صورت فرزند دار بودن زوج یک هشتم از عین اموال منقول و یک هشتم از قیمت اموال غیر منقول اعم از عرصه و اعیان ارث می برد در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می باشد.

**تبصره: مفاد این ماده در خصوص وارث متوفایی که قبل از تصویب آن فوت کرده ولی هنوز ترکه او تقسیم نشده است نیز لازم الاجراست.**

ملاک اولاد داشتن و یا نداشتن شوهر است و نه زوجه، حتی اگر از زن دیگری باشد؛

استاد شهبازی: جای لفظ «زمین بیاض» در ماده بالا بعد از لفظ اعیان خالی است. (جا افتاده)!

منظور از تبصره این ماده: این که حکم این ماده (قانون ماهری) عطف بماسبق می شود.

**ماده ۹۴۸: هرگاه ورثه از ادای قیمت امتناع کنند، زن می تواند حق خود را از عین اموال استیفاء کند.**

منظور همان روش قانونی حق وثیقه زن است که تعریف شد.

**مثال:** شخصی (یک مرد) فوت کرده و یک خانه از دارایی او به جای مانده است، زن از این خانه ارث نمی برد، بلکه از قیمت آن ارث می برد. به این صورت که کارشناس خانه را قیمت گذاری می کند و از این قیمت، حسب مورد زن یک هشتم و یا یک چهارم طلبکار می شود؛

یعنی خانه به سایر وراث می رسد و زن سهم خود را از قیمت آن می برد. به این صوت که: این خانه ای که مال بدهکار است (منظور در این مثال سایر وراث بدهکار زن می شوند)، وثیقه طلب زن می شود (به حکم قانون)؛  
یعنی مال غیر منقول به جامانده از زوج وثیقه طلب زوجه می شود. (قهری)؛  
در نتیجه: «خود به خود» مال وثیقه زن می شود و دادگاه خانه را می فروشد و طلب زوجه را می دهد.

## توجه

تمامی جداول و نمودارها در این جزوه و سایر جزواتی که این جانب دسته بندی و ویرایش کرده ام، برای سهولت طراحی شده است؛ هر گونه سؤال در مورد نامفهوم بودن یا انتقاد و پیشنهاد در راستای تکامل آن ها را به آدرس [Pandpnu@yahoo.com](mailto:Pandpnu@yahoo.com) بفرستید. سپاسگزارم.

### «راه حل پاسخگویی سریع به تست های مبحث ارث»

برای حل تست های ارث بهترین راه:

با مهندسی معکوس است؛ یعنی ابتدا گزینه های غلط را از سؤال حذف کنیم، سپس به راحتی گزینه درست را تشخیص دهیم؛

سؤال به خوبی خوانده شود و قبل از خواندن گزینه ها، فرض برها و قرابت برها را شناسایی کنیم؛

**دقت شود:** با وجود قرابت بر، هیچ گاه باقی مانده به فرض برها نمی رسد بلکه به قرابت برها می رسد. البته باید توجه داشت که در بحث رد [همه فرض بر] موضوع چیز دیگری است؛

**یادآوری:** اگر شخصی فرض بیشتری دارد، نهایتاً سهم بیشتری می برد - این موضوع در گزینه ها بسیار روشن است.

**نکته:** اگر در یک تست مشخص نباشد که وراث ابوینی، آبی و یا آمی هستند، باید آن ها را ابوینی فرض کرد؛ زیرا مطلق منصرف به فرد اجلی است.

