

سوکند به قلم و آنچه می نویسند

جزوه حقوق مدنی ۶

مدرس: دکتر امید ملاکریمی

(وکیل پایه یک دادگستری، مدرس دانشگاه و عضو هیأت علمی)

حیرت انگیزی که دنبالش بودید این جزوه است!

کيه که ندونه درس حقوق مدنی، مهم‌ترین درس در همه آزمون‌های حقوقی مثل وکالت، قضاوت و سردفتریه! با توجه به تدریس چندین ساله‌ی این درس در دانشگاه‌های مختلف، تصمیم گرفتم که برای این درس که داوطلبان برای فراگیری آن دچار مشکل بوده و متأسفانه به منبع جامع و ساده‌فهم دسترسی نداشته و بعضاً درگیر تشتت منابع می‌شوند کتاب کوچک جزوه‌طور کاملی رو تهیه کنم که شرح روان و بیانی ساده دارد. سعی بر آن شده که جامعیت در کنار اختصار بنشیند و مطالب به نحوی تدوین شود که نظم منطقی اوون به سردرگمی تبدیل نشه. مطالعه‌ی این جزوه به دانشجویان دوره کارشناسی (دانشگاه پیام نور، آزاد و سراسری) و کارشناسی ارشد و علی‌الخصوص داوطلبان شرکت در آزمون‌های تخصصی حقوقی مانند آزمون‌های کارشناسی ارشد، وکالت، قضاوت و سردفتری، توصیه می‌شود. ضمناً باید بگم: ده‌ها جزوه سبک و روان حقوقی که به طور شگفت‌انگیزی شیوا و گیرا و رسا توضیح دادم و قول می‌دم که اگه فقط یکی از اوونها رو از سایت www.mollakarimi.ir بگیرید و مطالعه کنید به جزواتم اعتیاد پیدا می‌کنید!



تمرکز اصلی کار من در این نوشته و بقیه جزوات گذاشته شده در وبسایتم (مثل جزوات آیین دادرسی مدنی و حقوق تجارت) اینه که مثل به گاو بنفش در بین سایر گاوها که سیاه و سفید هستند متمایز باشم!! در واقع، این، هدف من است که متفاوت باشم و در حوزه آموزش و نویسندگی در رشته حقوق، کارهای متفاوتی نسبت به دیگران انجام بدم. می‌خوام نوشته‌هام مثل گاو بنفش باشه که واقعاً در خور توجه. حتماً دیدید آدم‌هایی رو که با به ویژگی خاص، خودشون رو متفاوت و منحصر به فرد نشون می‌دن؛ مثلاً عینک زرد می‌زنن یا به مدل موی خاص خودشون رو دارن؛ من هم می‌خوام با «ساده‌نویسی» و آوردن مثال‌های ساده‌فهم متفاوت باشم و با این ویژگی، به چشم بیام. من کمترین می‌خوام که بهترین تبلیغ برای کارهام، تمایز و انجام کاری نو و جالب توجه باشه. نمی‌خوام از این جمله کلیشه‌ای‌ها بگم ولی «کلید موفقیت، متفاوت بودن». من این «متفاوت بودن» رو در جزوه‌هایی که به رایگان در دسترس دانشجویان حقوق گذاشتم، نشون دادم.

در آخر، باید بگم که جزوات سایت MollaKarimi.ir و حتی این نوشته دائماً با توجه به سرفصل‌های جدید و آخرین تغییرات قوانین و تست‌های آزمون‌های حقوقی هر سال، به روز می‌شه و چنانچه پی‌دی‌اف یا نسخه چاپ شده جزوه رو در دست دارید بهتره مجدداً از سایت، نسخه به روز رو دانلود کنید. ضمناً ما کارگاهی داریم که متفاوت از بقیه کارگاه‌هاست! اسم کارگاه ما، «کارگاه تولید محتوای حقوقی» است که می‌تونید اینستاگرام ([@vekalatyar](https://www.instagram.com/vekalatyar)) و تلگرام ما ([@omidmollakarimi](https://www.t.me/omidmollakarimi)) رو دنبال کنید تا کلی محتوای حقوقی خوب رو مشاهده و دریافت کنید. در آخر هم باید بگم کافیه نام و نام خانوادگی خودتون رو به فارسی به شماره ۰۹۳۵۲۲۱۳۱۷۵ پیامک کنید تا از آخرین تغییرات این جزوات و اخبار حقوقی و جزوات جدیدی که نگارش می‌شه مطلع‌تون کنیم.

توجه: این جزوه برای تدریس در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی توسط معلم (امید ملاکریمی) تهیه و تکثیر شده و جنبه انتفاعی نداشته و تکثیر و نسخه‌برداری از آن، بدون قصد سودجویی و «تنها با ذکر منبع» مجاز می‌باشد، در غیر این صورت، قانوناً ضمان‌آور است. نگارنده، سپاسگزار خوانندگانی خواهد بود که نظرات، پیشنهادها و انتقادات خود را پیرامون این نوشتار از راه‌های فوق یا ایمیل (mollakarimi.omid@gmail.com) بیان فرمایند.

مقدمه

به صورت چریکی، کل حقوق مدنی را آموزش خواهیم داد به گونه‌ای که به سادگی خوردن یک سوپ مرغ به صورت شیوا و رسا آن را بفهمید. مفاهیم حقوق مدنی اگر بدون مثال‌های ساده توضیح داده بشه مثل یک قورباغه زشت، تحمل اوون سخت است اما در این نوشته، کاری می‌کنیم که این قورباغه را ببوسید. ما اوون قدیم که دانشجوی کارشناسی بودیم، استادامون بهمون کتابای مرحوم کاتوزیان رو معرفی می‌کردند. وقتی کتاب‌های ایشون رو دستمون می‌گرفتیم با یک سری اصطلاحات قلمبه‌سلمبه چقر فقهی و حقوقی مواجه می‌شدیم که ارزش چیزی نمی‌فهمیدیم و نهایتاً حوصله‌مون سر می‌رفت و زده می‌شدیم؛ البته باید گفت که مشکل از خودمون بود که اوون اصطلاحات رو در سال‌های دوره کارشناسی نمی‌فهمیدیم، چون مفاهیم پایه رو نمی‌دونستیم و یکی باید اول به زبون داستانی و با مثال‌های روشن برامون قصه می‌گفت و بعد، برامون خواندن اصطلاحاتِ ثقیل و دشوار، مثل خوردن هلو می‌شد! در سال‌های اخیر که «شبکه‌های اجتماعی»، ادبیات عامیانه رو ترویج دادن و مخاطب عمده این شبکه‌ها، دهه هفتادی‌ها و هشتادی‌ها هستند، معلم حقوق باید به زبون اینستاگرامی برای اوونها تدریس کنه! اصلاً هنر معلمی یعنی «ساده‌گویی»؛ خلاصه اینکه، مدنی رو به طور کامل می‌گم و شما رو معتاد به روش خودم می‌کنم؛ قول می‌دم!

دروغله اول تقدیم به پدر و مادر عزیزم و سپس تقدیم به تمام کسانی که تا به حال هیچ به آن‌ها تقدیم نشده است؛ تقدیم به کمانان!

توجه: مطالعه مواد قانون مدنی مربوط به هر یک از عقود (اشاره شده در جزوه) و همچنین حاشیه های ذیل هر ماده از کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی تألیف مرحوم کاتوزیان و نیز قانون روابط موجر و مستأجر (مصوب ۱۳۵۶/۵/۲) و قانون روابط موجر و مستأجر (مصوب ۱۳۷۶/۵/۲) برای دانشجویان گرامی الزامی است. لازم به ذکر است، خلاصه تمام مطالب مطروحه در کلاس، در این جزوه آمده است.

عقود معین و عقود نامعین

عقود به دو دسته اند: عقود معین، عقود نامعین (ماده ۱۰ قانون مدنی)

عقود معین: عقودی که عنوان و شرایط اختصاصی و آثار آنها در قانون ذکر گردیده است. تأکید می گردد که آثار و شرایط اختصاصی عقد معین در قانون ذکر شده است ولی گاهی اوقات با عقود مختلط روبرو می شویم مثل اقامت در هتل که شامل چند عقد بیع، اجاره و ... می باشد در این صورت باید آثار کدام یک از عقود را برای آن بار نماییم؛ مثلاً فرد اتاقی را اجاره نموده و برای مثال چند وعده غذایی آنجا را خریده است (بیع). اهمیت دانستن این مورد این است که مثلاً در عقد بیع یک سری اختیارات اختصاصی مثل اختیار تأخیر ثمن، اختیار مجلس، اختیار حیوان وجود دارد که از سایر عقود وجود ندارد.

عقود نامعین: عقودی که به عنوان و شرایط اختصاصی و آثار آنها در قانون اشاره نشده و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی و قواعد عمومی قراردادها می باشد.

عقود معین را در دوره کارشناسی در دو درس «حقوق مدنی ۶» و «حقوق مدنی ۷» خواهیم خواند. به طور کلی در مدنی ۶ و ۷، عقود را به طور مستقل بررسی و شرایط اختصاصی آنها و نیز آثارشان را مورد بحث و گفتگو قرار خواهیم داد. عقود معین مجموعاً ۱۹ عقد می باشد که از ماده ۳۳۸ قانون مدنی آغاز و تا ماده ۸۰۷ قانون مدنی ادامه می یابد؛ به عبارت دیگر از عقد بیع شروع می شود و با عقد هبه پایان می پذیرد. طبق سرفصل، در این درس (مدنی ۶)، تنها عقود معین ذیل و مبحث «اختیارات و احکام راجع به آنها» بررسی خواهد شد:

۱. **بیع:**^۱ بیع بیش از همه عقود و معاملات مورد استفاده روزمره جوامع انسانی قرار می گیرد، از این رو مسائل و احکام آن خیلی گسترده تر از مسائل و احکام عقود معین دیگر است.

^۱ طبق اصل آزادی قراردادها هر کسی در خرید و فروش آزاد است و می تواند طرف مقابل خود را آزادانه انتخاب کند. این آزادی ممکنه محدود شه و این محدودیت ممکنه از قانون ناشی شود یا از نظم عمومی ناشی شود یا ممکنه از قرارداد ناشی شود. محدودیت هایی که قرارداد ایجاد می کند دو تا است: ۱. وعده دوطرفه بیع یا وعده متقابل بیع (قول نامه): در مواردی که خریدار و فروشنده قصد انجام دادن معامله را دارند ولی هنوز مقدمات آن را فراهم نکرده اند قراردادی می بندند که دو طرف تعهد می کنند که معامله را با شرایط معین و ظرف مدت خاصی انجام بدهند سندی نیز که در این باب تنظیم می شود وعده بیع است و در زبان عرف بدان قول نامه گویند؛ قول نامه، عقد عهدی و لازم است و اگر یکی از آن سر باز زند می توانیم الزامش را بخواهیم؛ اگر گذشته از تعهد به انتقال وجه التزام نیز تعیین شده باشد می شود وجه التزام را نیز گرفت؛ هر گاه با وجود قول نامه، فروشنده عهد شکنی کند و

- **خيارات:** اهميت ویژه عقد بيع، نويسندگان قانون مدنی و نويسندگان را بر آن داشته است که نهاد حقوقی مشترک بين عقد بيع و ساير عقود معين، يعنی خيارات، را در فصل بيع بياورد و ما نيز بعد از اتمام بحث بيع به مبحث «خيارات» خواهيم پرداخت.

۲. معاوضه

- ۳. **اجاره:** در بين ساير عقود معين، عقد اجاره پس از عقد بيع گسترده ترين و ظريف ترين مسائل حقوقی را به خود اختصاص داده است.

۴. قرض

۵. جعالة

۶. صلح

عقد بيع (مواد ۳۳۸ تا ۳۹۵ قانون مدنی)

وفق ماده ۳۳۸ قانون مدنی بيع عبارتست از «تمليك^۲ عین به عوض معلوم». بنابراین مبيع معمولاً عین است که می تواند غیر عین هم باشد. سابقاً در درس مدنی دو خوانده ایم که عین بر سه قسم است: عین معين، کلی و کلی در معين. بنابراین سه نوع بيع داریم: ۱. بيع عین معين (مثلاً «این» ميز را فروختم)^۳؛ ۲. بيع کلی (۱۰۰ كيلو برنج دُم سیاه فروختم)؛ ۳. بيع کلی در معين (۱۰۰ كيلو از «این هزار كيلو» را فروختم). پس تکرار می کنیم که با توجه به ماده ۳۵۰ قانون مدنی سه نوع عین وجود دارد: ۱. عین معين (عین خارجی یا عین شخصی)؛ ۲. عین کلی در معين (در حکم عین معين)؛ ۳. عین کلی (کلی فی الذمه)^۴.

۱. عین معين: مالی که در عالم خارج جدای از ساير اموال قابل اشاره باشد؛ مانند: آن خانه.
۲. کلی در معين: مقدار معين از مال متساوی الاجزاء؛ مانند: ده عدد کمر بند از صد کمر بند یک شکل داخل مغازه.
۳. کلی: مالی که صفات آن در ذهن، معين و صادق بر افراد عدیده باشد؛ مانند: ۳۰ كيلو خرمای پیارم حاجی آباد.

موضوع تعهد را به دیگری انتقال دهد خریدار، حق درخواست ابطال دارد. ۲. وعده یک طرفه بيع: گاهی یکی از دو طرف که معمولاً فروشنده است شرایط معامله و قیمتی را تعیین و اراده خود را مبنی بر انتقال مبيع اعلام می دارد و به خریدار میگوید که دوست داشتی من پا هستم! در قول نامه پیش از قبول، انتقال مبيع صورت نمی گیرد.

۲ هر تمليکی، بيع حساب نمی شود يعنی تمليك، بايد مقرون به اعاده مالکيت سابق نباشد؛ اقاله عقد است و تمليکی حساب می شود ولی بيع نيست چون مالکيت سابق را اعاده می کند. پس در اقاله اگر چه تمليك و تملك صورت می گیرد اما اقاله، بيع نيست لذا اين تمليك اشاره شده در ماده بايد یک مالکيت جديد باشد نه مالکيت سابق.

۳ اگر موضوع معامله، قیمی باشد تعيين نشدن اوصاف فرعی در سند مبطل نيست.

۴ در مبيع کلی و کلی در معين، قبض، منوط به اجازه و تعيين مبيع از سوی فروشنده است و در صورت امتناع وی می توان الزام او را از دادگاه خواست.

در بیع عین معین، بلافاصله همزمان با انعقاد عقد، تملیک واقع می‌شود. الف می‌گوید: «این میز را فروختم» و ب هم می‌گوید: «خریدم»؛ در این مثال، همزمان با بیع، ب مالک میز می‌شود. اما در بیع کلی و همچنین بیع کلی در معین همزمان با انعقاد عقد، تملیک واقع نمی‌شود بلکه تملیک با تعیین مصداق واقع می‌شود. الف می‌گوید: «صد کیلو برنج دُم سیاه فروختم» و ب هم در پاسخ می‌گوید: «خریدم»؛ در این فرض، بیع واقع شد ولی تملیک حاصل نشد. زمانی که الف می‌رود ۱۰۰ کیلو برنج دُم سیاه را بیاورد و آن را تحویل دهد تازه تعیین مصداق صورت می‌پذیرد و همین که با بیع، مصداق را مشخص کند، حتی اگر تحویل نداده باشد (مثلاً در راه باشد)، تملیک صورت می‌گیرد یعنی عین کلی، عین معین می‌شود. پس در بیع کلی و کلی در معین، تملیک با تعیین مصداق است؛ در عقدی که مورد آن کلی است در زمان عقد حاصل نمی‌شود بلکه نتیجه چنین عقدی صرفاً پیدایش تعهد یعنی تکلیف قانونی بر عهده فروشنده مال کلی است. نکته مهم اینکه بیع در هر حال عقدی تملیکی است یعنی عقد بیع در هر صورت منتهی به تملیک عین به عوض معلوم خواهد بود.^۵

نکته: ما می‌گفتیم اموال یا عین هستند یا منفعت یا ممکن است یک حق مالی باشد ولی تعریف بیع می‌گوید از بین این سه تا فقط تملیک عین است که می‌شود اسامش را گذاشت «بیع»، یعنی مبیع باید عین باشد اگر منفعت باشد بدان اجاره گویند و اگر یک حق مالی باشد بر اساس ماده ۱۰ ق.م. یا اصل آزادی قراردادهای عمل می‌شود؛ اصلاً به همین دلیل است که ما نمی‌گوییم «فروش حق سرقفلی» بلکه می‌گوییم «انتقال حق سرقفلی». پس قید «عین» در ماده ۳۳۸ قانون مدنی، انتقال منفعت و انتقال حق را از طریق بیع خارج کرده است.

توجه: قانون مدنی در مورد ثمن هیچ قیدی ندارد بنابراین هرچه مال باشد اعم از عین و منفعت و حق می‌تواند عوض قرار بگیرد ولی مبیع فقط باید عین باشد.

مطابق ماده ۳۳۹ قانون مدنی «پس از توافق با بیع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد» البته در بیع‌هایی که تنظیم سند رسمی، شرط ثبوت است، با داد و ستد واقع نمی‌شود.

اصل در بیع این است که اراده اعلام شود کافی است حالا با هر چیزی: لفظ، کتابت یا هر چیزی؛ منتها چند استثناء بر رضایی بودن عقد وارد است: بیع صرف که با ایجاب و قبول واقع نمی‌شود و قبض می‌خواهد؛ فروش اموال دولتی که با ایجاب و قبول واقع نمی‌شود و مزایده می‌خواهد؛ فروش اموال محکوم (توقیف‌شده) که با ایجاب و قبول واقع نمی‌شود و مزایده می‌خواهد؛ فروش املاک ثبت‌شده که سند رسمی می‌خواهد؛ فروش سرقفلی هم تشریفاتی است (عه! مگه نگفتی سرقفلی نمی‌تونه موضوع بیع باشه؟! منظور از فروش در اینجا همان انتقال سرقفلی

^۵ در مورد کلی فی‌الذمه باید توجه داشت که تملیک فوری و بدون قید و شرط، جوهر اساسی بیع نیست پس بیع کلی هم در زمره عقود تملیکی است با این تفاوت که اثر آن فوراً ایجاد نشده و موکول به انتخاب مصداق است. در حالی که در عین معین و بنا به نظر برخی در کلی در معین از زمان وقوع عقد، اثر می‌آید.

است؛ مسامحتاً گفتیم: «فروش» زیرا تنها با سند رسمی امکان پذیر است (انتقال سرقفلی حتماً باید به همراه انتقال منافع یا محل صورت پذیرد).

توجه: گاهی طرفین با توافق هم یک سری تشریفات در عقد می گذارند که عقد، تشریفات می شود که این می شود. مثلاً بیع ملک غیر ثبت شده است اما می گن تا زمانی که سند رسمی تنظیم نشه من این ملک را به شما منتقل نمی کنم.

توجه: توافق درباره ثمن باید قبل از عقد صورت پذیرد و معامله با ثمن نامعلوم صحیح نیست ولی این قاعده، تعدیل شده و در مزایده لازم نیست ثمن مشخص باشد.

قاطع و روشن بودن ایجاب و قبول: ماده ۳۴۰ قانون مدنی می گه: «در ایجاب و قبول، الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد.» در ایجاب و قبول، الفاظ و عبارات باید صریح باشد (به این معنا نیست که عقد بیع نمی تواند به صورت ضمنی ایجاب و قبول شود).

انواع بیع: عقد بیع از نظر حال یا مؤجل بودن ثمن و مئمن (مبیع) ۴^۶ حالت دارد:

۱. **بیع نقد:** بیعی است که مبیع و ثمن آن هر دو حال (حال یعنی نقد) است. اصل در بیع، نقد بودن است (ماده ۳۴۴) به عبارت دیگر مقتضای إطلاق بیع، نقد بودن است. مقتضای ذات بیع، تملیک است.

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

۲. **بیع سلف یا سلف:** آن بیعی است که ثمن آن باید فوراً پرداخت شود ولی برای تسلیم مبیع، آجلی، معین شده باشد. بیع سلف برعکس بیع نسیه است. مبیع، کلی و مؤجل است. به عنوان مثال «سلف خر» کسی است که نزد کشاورز می رود (یا نزد هر کسی که مال کلی دارد می رود) و می گوید: «ای کشاورز! این پول را الان بگیر و یک ماه دیگر که زمان برداشت محصول تو است، یک تن برنج به من بده» که این بیع سلف می شود. مبیع، کلی فی الذمه و مؤجل است و ثمن، حال. در اینجا اجل باید معین باشد و گرنه باطل است.

۳. **بیع نسیه:** بیعی است که ثمن آن کلی و مؤجل است. یعنی ثمن اش، هم کلی فی الذمه است و هم مؤجل است و مبیع اش حال است. در بیع نسیه، اجل باید مشخص باشد و الا عقد باطل است (البته در تمام

^۶ به مالی که به عنوان عوض در عقد بیع قرار گیرد، «ثمن» گویند. «مئمن» یا «مبیع» عبارت است از عین موجود در خارج و یا عین کلی در ذمه که به عنوان معوض و به انتظار دریافت عوض معلوم به طرف تملیک می شود. ثمن باید مال باشد و لازم نیست حتماً پول باشد هم اکنون در بیشتر معاملات، ثمن به صورت پول است.

بیع‌های مؤجل باید اینگونه باشد). علماً تأکید می‌نمایند أجل باید مضبوط (ضبط‌شده، مشخص‌شده، استوار و عاری از لغزش) باشد. یعنی فرضاً بگویند: یک ماه دیگر، ده روز دیگر و ... اما اگر برای مثال اینگونه مقرر شود: «پول وقتی داده می‌شود که زلزله بیاید»؛ این حالت، مؤجل نیست و باطل است. پول معمولاً کلی است.

۴. **بیع کالی به کالی:** بیعی است که هم مبیع‌اش و هم ثمن‌اش هر دو کلی و هر دو مؤجل باشد. لازم نیست اجل‌ها یکی باشد و مهم این است که مؤجل باشد. به عنوان مثال یک تن برنج دُم سیاه خریداری می‌شود که یک ماه دیگر تحویل شود و پول‌اش دو ماه دیگر داده شود. کالی از کال می‌آید و آن به معنی انتظار کشیدن، مراقب بودن و نگران بودن است. این بیع را از آن جهت کالی به کالی گویند که چون برای تسلیم مبیع و تأدیه ثمن، اجل معین می‌شود، هر دو طرف معامله انتظار می‌کشند تا با سپری شدن مدت به مالی که بر اثر عقد تحصیل کرده‌اند دسترسی پیدا کنند. قانون مدنی نسبت به صحت یا بطلان بیع کالی به کالی ساکت است. بیع کالی به کالی صحیح است (طبق نظر حقوقدانان) اما بیع دین به دین باطل است زیرا در عقد بیع گفتیم که مبیع باید عین باشد نه دین.

یک مدل دیگر بیع داریم به نام بیع دین به دین. بیع دین به دین به معنای فروختن کلی فی‌الذمه در برابر کلی فی‌الذمه است.

مثلاً «الف» از «ب» یک تن لوبیا (کلی یا کلی فی‌الذمه) طلب دارد (سبب یا دلیل آن طلب مهم نیست). «ج» از «د» صد میلیون تومان (کلی) طلب دارد. «الف» و «ج» طلب‌هایشان را با هم مبادله می‌کنند. «الف» طلبی که از «ب» دارد به «ج» می‌دهد و «ج» طلبی که از «د» دارد به «الف» می‌دهد (انتقال دین). این بیع را **بیع دین به دین** گویند که صحیح این است که آن را **بیع طلب به طلب** گویند؛ یعنی قبل از بیع، دو طلب وجود دارد و با بیع، این دو تا طلب جابه‌جا می‌شود.

سوال: این نوع بیع آیا همان بیع کالی به کالی است یا ارتباطی بین این دو وجود ندارد؟ هیچ ارتباطی بین این دو وجود ندارد. در «بیع کالی به کالی»، قبل از بیع هیچ چیزی نداریم اما در «بیع دین به دین» قبل از بیع، دو طلب داریم. لازم به ذکر است که فقها این استدلال را قبول نداشته و اظهار می‌دارند این دو با هم ارتباط دارند. روایتی داریم که **بیع دین به دین** را باطل اعلام نموده است و آن را نهی کرده و نهی هم دلالت بر فساد دارد؛ فقها نیز اظهار می‌دارند به استناد به این روایت، بیع کالی به کالی باطل است و اینگونه فرض می‌شود که بیع کالی به کالی یک نوع بیع دین به دین است. تأکید می‌کنیم که از نظر حقوقی هم بیع کالی به کالی درست است و هم بیع دین به دین و درست است که حقوق مدنی ریشه در فقه دارد اما ما در حقوق مدنی هیچ کاری به فقه نداریم.

انواع بیع:

بیع مساومه: در این معامله، ثمن با توافق خریدار و فروشنده تعیین می‌شود و فروشنده، قیمت خرید خود را ذکر نمی‌کند مثلاً من رفتم بازار جنس خریدم، می‌آم می‌گم می‌فروشم اصلاً هم ذکر نمی‌کنم قیمتی که اوونجا خریدم چقدر بوده.

بیع مرابحه: مرابحه از سود می‌آید؛ فرض کنید من ملاکریمی یک مغازه‌دار هستم و می‌روم از بازار یک جنس می‌خرم که قیمت آن یک میلیون است، بعد موقعی که می‌آیم به شما بفروشم می‌گم: «ببین! قیمت خریدم یک تومن بوده ولی سودی که من رویش می‌خورم دویست تومن است و می‌شه یک و دویست» یعنی در واقع، قیمت ربح را نیز به شما می‌گویم این بیع، درست است منتها می‌گه اگه داری مرابحه انجام می‌دی باید قیمت آن مبیعی را که خریده‌ای مشخص کنی، سودت رو هم مشخص کنی (الان اکثر بیع‌ها اینجوریه). در بیع مرابحه، فروشنده و خریدار باید از قیمت خرید (رأس المال)، مقدار سود، مقدار غرامت و نیز هزینه‌هایی که فروشنده برای حمل و نقل کالا و جز آن، متحمل شده است آگاهی داشته باشند. بنابراین اگر فروشنده بگوید این لباس را به مبلغی که خریده‌ام به اضافه فلان مقدار سود به تو فروختم، معامله باطل است؛ چون قیمت خرید معلوم نیست.

بیع مواضعه: اگر هنگام عقد بیع، بایع قیمت خرید را به خریدار اعلام کند و بر مبنای آن درصدی به مشتری تخفیف دهد. در این نوع بیع، فروشنده احمق است؛ قیمت را می‌گوید، هزینه‌ها را هم می‌گوید ولی از آن قیمتی که خریده کمتر می‌گه.

بیع تولیت: هرگاه فروشنده قیمت خرید کالا را به مشتری خبر دهد و به همان قیمت، بدون نفع و ضرر، آن را بفروشد، چنین بیعی را بیع تولیت گویند.

ماده ۳۴۱ قانون مدنی: «[قسمت اول ماده]: بیع ممکن است مطلق باشد یا مشروط [قسمت دوم ماده]: و نیز ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود.»

قسمت اول ماده: در این ماده، عقد مطلق در برابر عقد مشروط قرار گرفته شده است یعنی اگر در عقدی شرط نباشد بدان عقد مطلق گوئیم.

قسمت دوم ماده: اصل بر این است بیع، نقد تلقی شود و مؤجل نباشد. مجهول ماندن أجل، باعث بطلان است چون «شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود» باطل است و موجب بطلان عقد نیز می‌باشد.

اجاره به شرط تملیک: اجاره به شرط تملیک به نوعی هم با بیع ارتباط دارد و هم با اجاره؛ مصداق بارز «اجاره به شرط تملیک»، معاملات لیزینگی هستند. اجاره به شرط تملیک دو مدل است:

۱. اگر مالی با اقساط دراز مدت به تصرف دیگری داده شود که با پرداخت آخرین قسط خود به خود به ملکیت متصرف درآید، تابع عقد بیع است. شخصی مالی را به مدت طولانی (مثلاً ۳۰ سال) اجاره می‌کند. می‌دانید که این مدت، برای اجاره عادی متعارف نیست و همین نشان می‌دهد که یک جورایی نمی‌تواند این عقد، اجاره عادی باشد چرا که در این مدل از اجاره در عقد اجاره، شرط می‌شود هرگاه مستأجر در پایان مدت، آخرین قسط را داد مالک عین مستأجره شود. اما می‌دانیم در اجاره‌های متعارف، چنانچه مستأجر آخرین قسط را داد می‌رود اما در اجاره به شرط تملیک، آخرین قسط را می‌دهد و مال را می‌برد. می‌توان گفت اجاره به شرط تملیک، حال و هوای بیع دارد و یک جورایی بیع است اما با دو ویژگی: یک خصوصیت آن این است که ثمن آن، اقساط است و ویژگی بعدی این است که تملیک با عقد صورت نمی‌گیرد و وقتی مستأجر آخرین قسط را داد آن زمان تملیک صورت می‌گیرد. پس این مدل را اجاره به شرط تملیک نوع اول گویند که **ظاهر آن، اجاره و باطن آن، بیع** است.

۲. اگر سبب انتقال به وجود نیامده باشد و انتقال ملکیت، نیازمند تراضی دوباره باشد، تابع عقد اجاره است. یک نفر مالی را اجاره می‌کند و در اجاره شرط می‌شود اگر مستأجر در پایان مدت، اراده بر این داشت که مالک مال شود باید فلان مبلغ علاوه بر اجاره‌هایی که داده اضافه بدهد. یعنی آن مبالغی که بابت اجاره داده هیچ، علاوه بر آن برای اینکه مالک شود یک مبلغ مازاد دیگر بدهد. البته باید گفت در اینجا مستأجر **مُخیر** است.

این در واقع اجاره است همراه با پیشنهاد بیع (وعده بیع) یعنی اجاره‌ای است که در آخر مدت، مستأجر با یک پیشنهاد روبرو است. شما یک خوردو سراتو اجاره می‌کنید یک ساله ماهی ۳ میلیون تومان در همان عقد اجاره شرط می‌کنید اگر مستأجر در آخر مدت بخواهد مالک ماشین بشود باید ۶۰ میلیون تومان بدهد که در واقع پس از پایان مدت اجاره، ماهی ۳ میلیون‌ها را داده و در واقع می‌توان گفت مجموع این سه میلیون‌ها اجاره بوده و علاوه بر آن باید ۶۰ میلیون تومان هم بدهد. در مدل اول، آخرین قسط را می‌داد و مالک می‌شد؛ اما مدل دوم، اینگونه نیست و باید مبلغی مازاد بر آنچه داده است پرداخت کند.

تفاوت بیع و اجاره به شرط تملیک

اجاره به شرط تملیک، طبق نظر مرحوم کاتوزیان یک عقد معین است (نامعین نیست). کجا در قانون نام برده؟! در قانون نام نبرده ولی احکامش هم در بیع آمده هم در اجاره. احکام خاصی دارد. اجاره به شرط تملیک، نوعی معامله اعتباری است.

تفاوت بیع زمانی با بیع سنتی (دائمی)

در بیع سنتی، مالکیت عین به طور مطلق نه برای دوره زمانی خاص به خریدار منتقل می‌شود، در حالی که در بیع زمانی، مالکیت عین مال در یک دوره زمانی به خریدار منتقل می‌شود بنابراین ممکن است مالی در دوره‌های مختلف به مالکان مختلف، منتقل شود. مثلاً «الف»، مالک عین مال در فروردین ماه؛ «ب»، مالک آن در اردیبهشت و «ج»، در خرداد باشد.

تفاوت بیع زمانی با اجاره

در عقد اجاره، منافع مال، برای مدت معین به مستأجر تملیک می‌شود در حالی که در بیع زمانی، مالکیت عین، منتقل می‌شود. عقد اجاره، عقدی است مستمر در حالی که بیع زمانی، آنی است.

تفاوت مالکیت زمانی با مالکیت مشاع

در مالکیت زمانی، هر یک از مالکان در یک دوره خاصی، مالک مال معین یا سهم مشاعی از آن می‌شوند ولی مالکیت هریک از مالکان مشاع، در تمام دوران، مالک حصه خاصی از مال معین به طور اشاعه است.

به اعتقاد برخی، مالکیت زمانی می‌تواند نوعی مالکیت مشاع باشد با این تفاوت که در مالکیت مشاع، حصه هر یک از مالکان در تمام اجزاء مال، منتشر و از سهم دیگران افزاز نشده ولی مالکیت زمانی با استفاده از یکی از این دو راه محقق می‌گردد: ۱. دو یا چند شخص در دوره‌های معینی مالک حصه مشاعی از مال باشند، در این فرض، مالکیت چند مالک، مشاع است (هم از لحاظ مادی و هم از لحاظ زمانی)؛ ۲. دو یا چند شخص، در دوره‌های معینی، مالک تمام مال باشند؛ در این حالت، مال، از حیث اجزاء مادی، مفروض و از حیث زمان، مشاع.

تفاوت بیع با اجاره اشخاص

در فرضی که کالایی سفارش داده می‌شود و مصالح آن را صنعتگر و هنرمند تهیه می‌کنند و مجموع را انتقال می‌دهد، عقد، تابع احکام بیع است، مگر اینکه ارزش مصالح در برابر کار، چندان ناچیز باشد که اجاره خدمت غلبه کند. در این موارد باید توجه کرد که ارزش کار انجام شده بر روی محصول، بیش از مصالح به کار رفته در آن است یا خیر؛ اگر بیشتر باشد اجاره است، کمتر باشد بیع است.

پس در فرضی که ساختن کالایی سفارش داده می‌شود (مثلاً مجسمه یا تابلوی نقاشی) و مصالح آن را هنرمند یا صنعتگر تهیه می‌کند و مجموع کالای سفارش داده شده را منتقل می‌کند، عقد، تابع احکام بیع است مگر آنکه ارزش مصالحی که خریداری شده از ارزش کار که روی آن کالا انجام داده کمتر باشد که در این صورت، عقد، اجاره اشخاص محسوب می‌شود.

تفاوت بیع با قرض

در قرض، سودجویی راه نداشته (مسامحه‌ای) و مقتضای باید مثل آنچه را گرفته پس بدهد در حالی که بیع، هر طرف به دنبال افزایش سود خویش است (مغاینه‌ای).

تفاوت بیع با معاوضه

برای تشخیص معاوضه از بیع، دو راه دارید که این دو راه طولی هستند:

در مرحله اول باید قصد طرفین را نگاه کنیم که بیع خواسته‌اند یا معاوضه: یعنی یا کالا در برابر یک ثمن بوده یا کالا در مقابل کالا بوده که اگر کالا در برابر کالا بود ولی قصد من بیع بود عقد، بیع محسوب می‌شود ولو اینکه معامله، کالا به کالا محسوب شود. در مرحله دوم اگر این قصد، مشخص نبود به عرف رجوع می‌کنیم و عرف می‌گوید: «معامله کالا با کالا معاوضه است»

یک مسأله: شخصی، پوشک بچه را به **عنوان مبیع** در برابر پوشک دیگری به **عنوان ثمن** رد و بدل کردند. این معامله با وجود اینکه کالا به کالا است (پوشک در مقابل پوشک) ولی بیع محسوب می‌شود.

تشخیص اینکه قد طرفین در معامله کالا به کالا بیع است یا معاوضه معمولاً با کلمه‌های همچون «به عنوان مبیع» یا «به عنوان ثمن» مشخص می‌شود؛ پس اگر شخصی یخچال خود را به عنوان مبیع بفروشد و گاز به عنوان ثمن بخرد، با اینکه کالا به کالا است ولی بیع حساب می‌شود.

قرارداد پیش خرید و پیش فروش (قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ مهم است)

قرارداد پیش خرید و پیش فروش به عنوان یک توافق قانونی بر اساس ماده ۱۰ معتبر است، با **تنظیم قرارداد پیش‌فروش، ملکیت به خریدار منتقل می‌شود**. نظریه مشورتی می‌گوید: پیش‌فروش و پیش‌فروش آپارتمان یک توافق قانونی و معتبر است و با تنظیم این قرارداد، مالکیت آپارتمان به خریدار منتقل شده و چنانچه مالک اولیه، آن را به دیگری بفروشد **مرتکب فروش مال غیر شده** و قابل تعقیب و مجازات است (شماره نظریه ۲۱۷۴/۷ مورخ ۱۳۹۰/۴/۴).

طبق ماده ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان: «پیش‌فروش به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش‌فروش شده می‌گردد و در پایان مدت قرارداد پیش‌فروش و اتمام ساختمان، با تأیید مهندس ناظر در صورتی که تمام اقساط را پرداخت یا عوض قراردادی را تحویل داده باشد، با ارائه مدارک مبنی بر ایفاء تعهدات، می‌تواند با مراجعه به یکی از دفاتر اسناد رسمی، تنظیم سند رسمی انتقال به نام خود را درخواست نماید چنانچه پیش‌فروشنده حداکثر ظرف ده روز پس از اعلام دفترخانه از انتقال رسمی مال پیش‌فروش شده خودداری نماید، دفترخانه با تصریح مراتب مبادرت به تنظیم سند رسمی به نام پیش‌فروشنده یا قائم‌مقام وی می‌نماید. اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک مکلف است به تقاضای ذی‌نفع نسبت به تفکیک و یا افراز ملک پیش‌فروش شده اقدام نماید.»

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

اگر مورد معامله معلوم نباشد، بیع باطل است پس باید مجهول نباشد. طرق رفع جهل، در حالتی که عین معین، مورد معامله قرار می‌گیرد با حالتی که به طور کلی مورد معامله قرار می‌گیرد متفاوت است.

نحوه معلوم کردن عین معین: ۱. ذکر؛ ۲. مشاهده؛ ۳. فروش از روی نمونه.

نحوه معلوم کردن کلی: ۱. ذکر؛ ۲. فروش از روی نمونه.

فروش مبیع به شرط مقدار معین: ماده ۳۴۳ قانون مدنی: «اگر مبیع به شرط مقدار معین فروخته شود بیع واقع می‌شود اگر چه هنوز مبیع شمرده نشده یا کیل یا ذرع نشده باشد.»

مفاد این ماده فقط راجع به مقدار نیست بلکه راجع به کیفیت نیز هست اما جنس، استثناء است. نتیجه: اگر مبیع به شرط مقدار معین فروخته شود و خلاف آن ثابت شود حق فسخ وجود دارد. اگر شرط، راجع به وصف یا کیفیت باشد حق فسخ وجود دارد اما اگر شرط، راجع به جنس باشد، عقد، باطل است.

مورد معامله باید معلوم باشد و اگر معلوم نباشد باطل است پس اگر معامله‌ای کنیم که مقدار یا وصف معلوم نباشد آن معامله باطل است؛ برای فرار از بطلان می‌شود شرط مقدار یا شرط صفت کرد؛ اگر مقدار یا وصف را نمی‌دانستیم ولی به شرط، معامله کردیم عقد، صحیح است مثلاً یک گونی برنج وجود دارد که نمی‌دانم چند کیلو است در این حالت، می‌توانم شرط کنم که بیست کیلو باشد و عقد منعقد می‌شود؛ حال اگر کمتر یا بیشتر درآید، عقد باطل نیست و حق فسخ وجود دارد اما اگر جنس، معلوم نباشد و آن را شرط کنیم و بعد از عقد، خلاف آن درآید، عقد، باطل است به همین دلیل هم چیزی به عنوان شرط به جنس نداریم.

اصل حال بودن: اصل حال بودن تسلیم مبیع و ثمن، می‌گه که اگه الان بیع منعقد گردید همین الان من ثمن را بدهم و شما مبیع را؛ در ماده ۳۴۴، مشروط بودن در مقابل قطعی بودن قرار گرفت (اما در ماده ۳۴۱ به جور دیگر بود: عقد مطلق در برابر عقد مشروط قرار گرفته بود) عقد قطعی، عقدی است که نه در آن شرط است و نه أجل؛ عقد مطلق، عقدی است که در آن فقط شرط نیست.

نکته: در مورد پرداخت از طریق حواله یا اسنادی مثل چک در جایی که وسیله پرداخت است^۷، باعث انتقال دین است، پرداخت ثمن، حال حساب می‌شود حتی اگر حواله، مدت‌دار باشد. پس اگر من ملاکریمی خانه‌ام را به الف بفروشم یک میلیارد و بعد بابت ثمن‌اش حواله بدهم (و محالاً علیه قبولی بده)، این، حال حساب می‌شود و پرداخت است؛ ولو اینکه اوون حواله‌ای که بسته شده مدت‌دار باشد.

^۷ البته همواره چک، وسیله پرداخت نیست و طبق قانون تجارت چک وسیله کسب اعتبار هم هست.

نکته: استناد به مفهوم مخالف ماده ۳۴۴ ق.م و اینکه ماده مذکور مقرر داشته است: اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده باشد، بیع قطعی است، پس ذکر شرط، دلیل غیرقطعی بودن بیع است، موجه نیست. پس این استدلال که «اگر در عقد بیع، شرطی ذکر نشده باشد بیع، قطعی است» صحیح نیست.

ماده ۳۴۵ ق.م (اهلیت برای معامله و تصرف در مبیع):

ماده ۳۴۵: هر یک از بایع و مشتری باید، علاوه بر اهلیت قانونی [بلوغ؛ عقل؛ رشد] برای معامله، اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن [اختیار یا جواز تصرف] را نیز داشته باشد.

این ماده از قواعد عمومی قراردادها است؛ توضیحاً اینکه یک اصطلاح داریم تحت عنوان «اهلیت» و یک اصطلاح داریم تحت عنوان «اختیار». اهلیت را قبلاً در مدنی یک خوانده‌ایم یعنی بلوغ، عقل و رشد که به قوای دماغی^۸ بر می‌گردد. در واقع کسی اهلیت دارد که بالغ و عاقل و رشید است. اما اختیار یا اختیار تصرف یا جواز تصرف به مال بر می‌گردد. مثلاً ورشکسته اهلیت دارد اما اختیار ندارد؛ به عبارت دیگر آدم ورشکسته، بلوغ و عقل و رشد وی ایراد ندارد، مال وی ایراد دارد، به عبارت بهتر، به دلیل حمایت از طلبکاران، اختیار تصرف در اموال ورشکسته از مشارالیه گرفته شده است. در فقه، مفلس محجور است اما در حقوق، ورشکسته محجور نیست فقط اختیار تصرف در مال خود را ندارد.

مثال: کسی که مال وی توقیف شده اهلیت دارد و اختیار تصرف در سایر اموال اش را هم دارد و فقط اختیار تصرف در مال توقیف‌شده اش را ندارد. فصول، اهلیت دارد ولی اختیار تصرف در مال را ندارد چون مال خودش نیست. در عقود، طرفین باید هم اهلیت داشته باشند و هم اختیار ولی متأسفانه قانون در سه مورد به جای اختیار، به اشتباه گفته اهلیت. یعنی به جای اینکه بگوید هم اهلیت و هم اختیار لازم است گفته اهلیت و اهلیت می‌خواهیم. پس در این موارد منظورش از اهلیت دوم، اختیار است: مواد ۳۴۵، ۷۵۳، ۷۹۶

ماده ۳۴۵: هر یک از بایع و مشتری باید، علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله، اهلیت برای تصرف [منظور: اختیار تصرف] در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد.

ماده ۷۵۳: برای صحت صلح، طرفین باید اهلیت معامله و تصرف [منظور: اهلیت معامله و اختیار تصرف] در مورد صلح داشته باشند.

ماده ۷۹۶: واهب باید برای معامله [منظور: اهلیت معامله] و تصرف [منظور: اختیار تصرف] در مال خود اهلیت داشته باشد.

^۸ مغزی

ماده ۳۴۶ (بیع به اکراه) و ۳۴۷ (اهلیت نابینا برای خرید و فروش):

ماده ۳۴۶: عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست. (این ماده از قواعد عمومی قراردادها است و مقصود، اکراه معنوی است و نه اجبار)

ماده ۳۴۷: شخص کور می‌تواند خرید و فروش نماید مشروط بر اینکه شخصاً به طریقی غیر از معاینه یا به وسیله کسی دیگر ولو طرف معامله جهل خود را مرتفع نماید.

شرایط مبیع: ماده ۳۴۸ (لزوم مالیت، منفعت عقلایی، قابلیت خرید و فروش و قدرت بر تسلیم):

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

قدرت بر تسلیم: قدرت بر تسلیم، شرط صحت همه عقود است. در همه عقود بدون استثناء قدرت بر تسلیم شرط صحت معامله است اما قانونگذار فقط در عقد بیع (که در بالا اشاره شد) و عقد اجاره (که در پایین اشاره می‌شود) این موضوع را تأکید نموده است.

ماده ۴۷۰: در صحت اجاره، قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط است.

یعنی چیزی که فروخته می‌شود بتواند تحویل شود. مثالی که از قدیم برای ما می‌زدند بیع انگشتی بود که ته دریا است و می‌گفتند که نمی‌شود آن را فروخت. سؤال این است که آیا می‌توان این انگشت را تحویل داد؟ خیر؛ مگر اینکه خریدار، قدرت بر تسلیم داشته باشد؛ یعنی مثلاً غواص ماهری باشد و این توانایی را داشته باشد که انگشت را از ته آب بیاورد.

یا مثلاً کبوتر فروشنده در آسمان است و وی نمی‌تواند آن را تحویل دهد اما خود مشتری که همانا کبوتر باز توانمندی است می‌تواند کبوتر را بگیرد که در این صورت، صاحب کبوتر می‌تواند آن را بفروشد.

• اگر در زمان عقد قدرت بر تسلیم وجود داشته باشد که عقد، صحیح است. حال اگر بعد از عقد قدرت بر تسلیم از بین برود دو حالت دارد:

۱. قدرت بر تسلیم به طور دائم از بین برود.

۲. قدرت بر تسلیم به طور موقت از بین برود.

در حالت اول که قدرت بر تسلیم به صورت دائم از بین می‌رود عقد منفسخ می‌شود و نه باطل، زیرا عقدی که صحیح است محال است باطل شود (ماده ۳۸۷ قانون مدنی).

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 اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت، تلف، از مال مشتری خواهد بود.

مثال: پرنده‌ای را که الان در قفس است فروخته شود که بیع صحیح است. حال فرض کنید درب قفس باز شود تا مبیع که همانا پرنده است تحویل شود؛ در همین حین و قبل از اینکه به تصرف خریدار داده شود، پرنده می‌پرد و می‌رود که در این صورت عقد منفسخ می‌شود، در واقع این مانند تلف قبل از قبض می‌باشد.

در حالت دوم که قدرت بر تسلیم به طور موقت از بین می‌رود دوباره دو حالت وجود دارد:

۱. تسلیم وحدت مطلوب است.

۲. تسلیم تعدد مطلوب است که یعنی اگر بعداً هم تسلیم بشود اشکال ندارد. (تعدد مطلوب در مقابل وحدت مطلوب در جایی است که عملی مقید به قیدی است، لیکن آن قید در مطلوبیت نفس عمل دخالت ندارد؛ هرچند رعایت قید نیز مطلوب است)

حالت اول: اگر تسلیم وحدت مطلوب باشد عقد منفسخ می‌شود زیرا در وحدت مطلوب «از بین رفتن موقت» مثل «از بین رفتن دائمی» است. مثال معروف شام عروسی بهترین مثال برای این حالت اول است. بدین صورت که مثلاً صاحب رستوران متعهد می‌شود پنجشنبه شب (شب عروسی)، شام مهمانان را بیاورد و بعداً اظهار می‌دارد «نمی‌توانم شام را پنجشنبه تحویل دهم و به جای آن، جمعه شب (یعنی یک شب بعد از شب عروسی)، شام را می‌آورم!» که در این صورت باید به این اظهار وی اینگونه پاسخ داد: «نه!! این شام، دیگر به درد ما نمی‌خورد و برای ما مطلوبیت نخواهد داشت» (وحدت مطلوب) که در اینجا عقد منفسخ می‌شود.

حالت دوم: اگر تسلیم تعدد مطلوب باشد و قدرت بر تسلیم به طور موقت از بین برود عقد منفسخ نمی‌شود بلکه طرف، حق فسخ دارد. یعنی می‌تواند یا معامله را بر هم بزند و یا صبر کند قدرت بر تسلیم برگردد. مثلاً بین دو طرف مقرر شده است که یک کانتینر کاغذ، امروز تحویل خریدار شود که متعهد نمی‌تواند به موقع تحویل دهد در این صورت اگر برای خریدار، تحویل در موعد مقرر (امروز) خیلی اهمیت نداشته باشد، می‌تواند صبر کند تا کالا برسد البته لازم به ذکر است که این اختیار را هم دارا می‌باشد که معامله را فسخ کند. نکته این است که در تعدد مطلوب اگر متعهد صبر کند (یعنی فسخ ننمود و به عبارت دیگر، خیار را اعمال نکرد) انگار که بعداً هم به درد وی می‌خورد و مطلوبیت عمل همچنان به قوت خود باقی است. نکته اینکه اگر عقد را فسخ کند این را خیار تعذر تسلیم گویند که دو ماده مهم در قانون مدنی (مواد ۴۸۸ و ۵۲۸ قانون مدنی) به این مورد اشاره کرده است.

ماده ۴۸۸: اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستأجره یا منافع آن مزاحم مستأجر گردد در صورتی که قبل از قبض باشد مستأجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننمود [خیار را اعمال نکرد] می‌تواند برای رفع مزاحمت و

مطالبه اجرت‌المثل به خود مزاحم رجوع کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزاحم رجوع کند.

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

مثال: یک نفر خانه خود را در حالی که قدرت بر تسلیم داشت فروخت. حال، قبل از تسلیم، یک نفر خانه را غصب می‌کند (در واقع در این فرض حین بیع، قدرت بر تسلیم وجود داشت اما بعد از آن قدرت بر تسلیم به طور موقت از بین رفت) که در این صورت مشتری دو راه دارد، یا صبر کند غاصب برود یا فسخ کند.

نکته: اگر طرفین در ذهن خودشان مطمئن باشند که قدرت بر تسلیم نیست اما واقعاً باشد، چون قصد ندارند معامله باطل است. پس اگر طرفین از همان ابتدای عقد بر عدم توانایی تسلیم مبیع، آگاه باشند (یعنی یقین داشته باشند) معامله به دلیل اینکه قصد واقعی وجود ندارد معامله باطل است. ولی اگر در این خصوص تردید وجود داشته باشد (شک) باید بین دو حالت، تفکیک قائل شد: اگر به حکم عادت، دسترسی به مبیع امکان دارد بیع صحیح است ولی اگر به حکم عادت، دسترسی به مبیع امکان ندارد عقد، باطل است.

نکته: اگر طرفین مطمئن از قدرت بر تسلیم باشند اما در واقع قدرت بر تسلیم وجود نداشته باشد، باز هم معامله باطل است.

نکته: قدرت بر تسلیم مال، زمان وقوع عقد باید وجود داشته باشد؛ حال فرض کنید، زمان وقوع عقد قدرت بر تسلیم دارم اما بعدش ممتنع شود باید بین دو حالت، تفکیک قائل شد:

اگر سبب این امتناع موقتی، حادثه خارجی یا قوه قاهره باشد فروشنده معاف است و خسارتی نیز پرداخت نمی‌کند؛ یا خریدار می‌تواند به استناد خيار تعذر تسليم فسخ کند (یعنی عقد، باطل نیست چون من در زمان وقوع عقد، قدرت بر تسلیم داشتم) استثناء (یعنی حالتی که ممکنه طرف، معاف نشه): اگر این حادثه خارجی با تلف مبیع همراه باشد (یعنی خود بایع هم به فعلی انجام داده که باعث تلف شود)؛ اگر مبیع، عین معین باشد، عقد، منفسخ می‌شود. اگر کلی باشد در صورت تلف تمام مصادیق باطل می‌شود. چرا در کلی فی‌الذمه باطل می‌شود؟ چون من هنوز مصداق نداده‌ام، تملیکی هم صورت نگرفته پس باطل می‌شود.

اگر سبب این عذر، ریشه داخلی داشته باشد و مربوط به فروشنده باشد تعهد فروشنده پا برجا است ولی خریدار می‌تواند فسخ کند و خسارت بگیرد.

نکته: باید میان ناتوانی عارضی و تلف مبیع، تفاوت قائل شد و باید مورد دوم (یعنی تلف مبیع قبل از قبض) را از مصادیق ۳۸۷ دانست که از اسباب انفساخ است. توضیح: در ضمان معاوضی هم اگر مبیع، قبل از تسلیم در اثر قوه قاهره تلف شود، بیع منفسخ می‌شود.

قاعده: قدرت بر تسلیم مال، هنگام عقد باید وجود داشته باشد مگر در دو استثناء:

استثناء اول: اگر طرفین برای تسلیم، أجل (موعد) گذاشته باشند قدرت بر تسلیم در زمان أجل شرط است نه در زمان عقد.

مثال: امروز معامله واقع می‌شود و مقرر می‌شود که تسلیم، سه ماه دیگر صورت بگیرد که در این صورت، قدرت بر تسلیم امروز مهم نیست. ملاک سنجش صحت قدرت بر تسلیم سه ماه دیگر است (ماده ۳۷۰ ق.م.)

ماده ۳۷۰: اگر طرفین معامله برای تسلیم مبیع، موعدی قرار داده باشند **قدرت بر تسلیم در آن موعد شرط است نه در زمان عقد.**

استثناء دوم: طبق ماده ۳۷۱ قانون مدنی در عقود غیرنافذ، قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است نه در زمان عقد. علت آن این است که قانون در عقود غیرنافذ نظریه کشف حکمی را پذیرفته است (ماده ۲۵۸ ق.م.) طبق نظریه کشف حکمی تاریخ عقد، تاریخ اجازه است (یعنی پیش از اجازه مالک، عقد هیچ اثری ندارد، ولی بعد از آن تمام آثار یک عقد درست بر آن بار می‌شود). در عقود غیرنافذ دو تاریخ داریم، تاریخ عقد و تاریخ اجازه. در عقود غیرنافذ طبق نظریه کشف حکمی، **تاریخ اجازه معتبر است.**

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

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.

نکته: نداشتن قدرت بر تسلیم ثمن، هنگام قرارداد باعث بطلان است ولی اگر ثمن در زمان عقد قابل تسلیم بود ولی بعدش ناتوانی عارض شود، بیع باطل نیست مگر اینکه موعد پرداخت ثمن قید تعهد باشد (وحدت مطلوب) که در این صورت منفسخ می‌شود و اگر تعدد باشد، برای خریدار حق فسخ ایجاد می‌شود.

نکته: اگر نسبت به بعض مبیع، بایع قدرت به تسلیم داشته و نسبت به بعض دیگر نداشته بیع نسبت به بعض که قدرت بر تسلیم دارد صحیح و نسبت بعض دیگر باطل است که در این صورت اگر خریدار به ناتوانی فروشنده به تسلیم مبیع جاهل باشد حق فسخ به استناد تبعض دارد.

ماده ۳۵۱ ق.م: این ماده در مورد «تعیین مقدار، جنس و وصف» است که اشعار می‌دارد: «در صورتی که مبیع، کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود.» پس

چنانچه مبیع، کلی فی الذمه باشد مقدار، جنس و وصف باید در عقد ذکر شود. البته انتخاب نمونه، دو طرف عقد را از ذکر اوصاف مبیع، بی نیاز می کند.

در مورد مبیع عین معین کافی است که طرفین مقدار، جنس و وصف را بدانند یعنی مشاهده کنند و ضرورتی ندارد که ذکر شود مثلاً در فرضی که خریدار مبیع را دیده و از همه اوصافش آگاهی دارد لزومی ندارد که در سند تنظیمی دوباره قید کند؛ ولی در مبیع کلی چون فروشنده بر مبنای اوصافی که در عقد آمده مبیع را انتخاب می کند باید درباره مقدار، جنس و وصف، توافق کند یعنی ذکر شود اگر نشود عقد، باطل است.

علم به اوصاف اساسی شرط است و علم به اوصاف فرعی شرط نیست.

نکته: دو عامل، باعث انتقال ضمان معاوضی از فروشنده (بایع) به خریدار است: ۱. تسلیم؛ ۲. سقوط اختیارات (مجلس، حیوان و شرط اگر مختص مشتری باشد) که دو جور است:

۱. اسقاط توسط صاحب حق:

۲. انقضای مدت خيار:

راجع به ضمان معاوضی، دو تا ماده داریم: ۳۸۷ و ۴۵۳

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 اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت، تلف، از مال مشتری خواهد بود.

حکم ماده فوق در زمره اصول حقوقی است و اختصاص به مبیع و عقد بیع ندارد و باید آن را در مورد قبض ثمن پیش از قبض و همچنین اجاره و قرض و معاوضه و صلح نیز اجرا کرد.

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

ماده فوق دو نکته دارد:

نکته ۱: اگر مبیع در زمان وجود خيار مجلس، حیوان و شرط مختص مشتری (+) بعد از تسلیم (+) در اثر قوه قاهره تلف شود: منفسخ. بایع باید ثمن بدهد (و اگر مشتری هنوز ثمن را پرداخت نکرده باشد نیازی به پرداخت نیست و بایع، حق مطالبه ندارد).

نکته ۲: اگر مبیع در زمان سه خيار، بعد از تسلیم توسط بایع تلف شود منفسخ نمی شود؛ حق فسخ ندارد و از باب مقررات ضمان قهری، مشتری حق رجوع به مثل یا قیمت را دارد.

نتیجه این دو ماده: ضمان معاوضی قبل از تسلیم به عهده فروشنده یا همان بایع است؛ بعد از تسلیم اصولاً به عهده خریدار است اما یک استثناء دارد که اگر تو حتی تسلیم هم کنی، ضمان به عهده بایع است و آن استثناء، قسمت اخیر ماده ۴۵۳ است یعنی جایی که «خیار، مختص مشتری باشد» یعنی مثلاً در خیار شرط (که میشه من برای خودم بگذارم یا طرف مقابلم یا هردو یا ثالث): چه زمانی خیار شرط مال مشتری؟ زمانی که این خیار فقط مال مشتری باشه و برای بایع و ثالث گذاشته نشده باشد یا گذاشته شده باشد ولی مدتش گذشته باشد یا ساقط کرده باشد یعنی در حال حاضر فقط این خیار را مشتری داشته باشد و در زمان خیار مشتری، با اینکه مال را گرفته در دستش تلف شود پس در اینجا تلف، بر عهده بایع خواهد بود.

چه زمانی مطلقاً ضمان معاوضی به عهده خریدار است؟ اگر فروشنده تسلیم کرد و مشتری هم هیچ خیاری نداشت و بعد از تسلیم، تلف شد دیگه کاملاً ضمان معاوضی به خریدار منتقل می‌شود.

تلف مبیع قبل از قبض در صورتی باعث انفساخ می‌شود که شرایط ذیل موجود باشد:

۱. مبیع، عین معین یا در حکم عین معین باشد یعنی اگر مبیع، کلی فی‌الذمه باشد ضمان معاوضی محقق نمی‌شود چون می‌شود الزام طرف را خواست و بگیریم یکی دیگه بده. اگر قبل از تعیین مصداق، مصداقی که تعیین شده تلف شود می‌شود به طرف بگی: «برو یکی دیگه بیار».
 ۲. تلف مبیع، قبل از قبض به مشتری باشد (قبل از تسلیم باشد) مگر در مورد حکم ماده ۴۵۳ (خیار مختص به مشتری).
 ۳. مبیع بدون تقصیر بایع تلف شود (قوه قاهره)، زیرا اگر بایع، آن را عمداً تلف کند اتلاف نامیده می‌شود و نوعی ضمان قهری است. در موردی که مبیع به وسیله فروشنده تلف شده است (یعنی قوه قاهره نیست) عقد، منفسخ نمی‌شود ولی خریدار می‌تواند یا عقد را به استناد خیار تخلف از شرط فسخ کند یا عقد را نگه دارد ولی از باب تلف مبیع، بدلش را از فروشنده بخواهد. اگر ثالث تلف کند، خریدار حق دارد که بیع را به علت تخلف از شرط، فسخ کند یا خسارت را از ثالث بخواهد. اگر مبیع را خود مشتری تلف کند عقد، صحیح است و هیچ خسارتی هم از هیچ کس نمی‌تواند بگیرد مگر اینکه فروشنده، مشتری را برای تلف اغوا کرده باشد.
 ۴. بایع برای تسلیم به مشتری مراجعه نکرده باشد.
- در بیع کلی، همین که مصداق مبیع کلی از طرف فروشنده تعیین شد، در حکم عین معین است و تلف آن قبل از تسلیم باعث انفساخ عقد است. اگر فروشنده بعد از مطالبه خریدار از تسلیم مبیع خودداری یا وجود آن را نزد خود انکار کند یا در نگهداری مبیع، تعدی و تفریط کند و در چنین وضعی مبیع در اثر حوادث ناگهانی (قوه قاهره) از بین برود، خریدار حق دارد یا بیع را فسخ کند و ثمن بگیرد یا بدل مبیع را به عنوان ضمان قهری بگیرد. نتیجه اینکه دو حالت ممکن است پیش بیاید:

حالت اول: اگر بایع برای تسلیم مبیع نزد مشتری رفته باشد و مشتری امتناع کند و مبیع، تلف شود از مال مشتری رفته است.

حالت دوم: اگر مشتری نزد بایع برود و تسلیم را بخواهد و بایع امتناع کند یا انکار کند یا در نگهداری مبیع تقصیر کند و بعد از این موارد قوه قاهره بیاید و مبیع را تلف کند در این صورت: ۱. خریدار می‌تواند بیع را فسخ کند؛ ۲. بدل را به عنوان ضمان قهری بگیرد.

ماده ۳۵۴ ق.م: این ماده در مورد «فروش از روی نمونه» است. چه در مورد مبیع عین معین و چه در مورد مبیع کلی فی‌الذمه «فروش از روی نمونه» امکان‌پذیر است.

ماده ۳۵۴: ممکن است بیع از روی نمونه به عمل آید؛ در این صورت، باید تمام مبیع، مطابق نمونه تسلیم شود والا مشتری، خيار فسخ [خيار تخلف از وصف] خواهد داشت.

نمونه، دو طرف را از ذکر بی‌نیاز می‌کند در این صورت باید تمام مبیع مطابق تسلیم شود در غیر این صورت، عقد، فسخ می‌شود. فرض مسئله این است که مشتری، مبیع را ندیده و آن را از روی نمونه خریده و بعداً که مبیع را دیده، متوجه شده که آن، مخالف نمونه است. نمونه، خودش یک کالا است. مثلاً فرض بفرمایید گوشی تلفن همراه که در مغازه‌های موبایل فروشی است ممکن است نمونه باشد، و فروشنده به مشتری می‌گوید: «الان از این مدل یا از این نمونه برایت خواهم آورد.» این بحث سه حالت دارد:

حالت اول: مبیع عین معین است و فرض کنید مشتری مبیع را ندیده و آن را از روی نمونه خریده است و هنگامی که فروشنده، مبیع را می‌آورد، مشتری می‌فهمد که آن، مخالف نمونه است؛ در اینجا هیچ راهی وجود ندارد جز فسخ. در این حالت، مشتری حق فسخ دارد یا به عبارت بهتر، به استناد خيار تخلف از وصف می‌تواند معامله را فسخ کند. (ماده ۳۵۴ ق.م)

مثال: یک تن خرما در انبار است و درب انبار قفل است. به عبارت بهتر، امکان رویت مبیع عین معین برای خریدار وجود نداشته است (پس این امکان وجود دارد که خریدار، عین معین را نبیند). مغازه‌دار چند عدد خرما به عنوان نمونه به مشتری می‌دهد و می‌گوید: «خرماهای انبار نیز مشابه یا مثل این است.» معامله با این وصف ضمنی که خرماهای روی میز فروشنده، مثل خرماهای داخل انبار است شکل می‌گیرد و مشتری، کل خرماهای انبار را می‌خرد. می‌دانیم که درب انبار بسته بود و مشتری یک تن خرما داخل آن را بدون رویت آنها خریده بود (عین معین)؛ حال فرض کنید درب انبار باز شد و متعاقباً خریدار متوجه می‌شود خرماها، مخالف نمونه است که حق فسخ وجود خواهد داشت.

نکته ماده ۴۱۲: ماده ۴۱۲ قانون مدنی می‌خواهد بگوید: لازم نیست که همه خرماها مخالف نمونه باشد حتی اگر یک کیلو هم مخالف نمونه درآید، حق فسخ تحت عنوان «خیار تخلف از وصف» به وجود می‌آید؛ در واقع ماده ۴۱۲ ق.م به حالتی اشاره دارد که یک قسمت مبیع مخالف نمونه در آید.

ماده ۴۱۲: هر گاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعض دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض، مطابق وصف یا نمونه نباشد می‌تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول نماید.

حالت دوم: حالت دوم این است که مبیع، کلی (یا کلی فی الذمه) است و از روی نمونه فروخته شده و آن مصداقی که بایع داده مخالف نمونه است که اینجا مشتری بدو حق فسخ ندارد (خیار رویت در بیع کلی به وجود نمی‌آید)؛ اول، خریدار باید بایع را الزام کند (ماده ۴۱۴ ق.م) یعنی خریدار باید آنچه را گرفته پس بدهد و به بایع بگوید: «ای بایع! برو و یک مصداقی را که مطابق نمونه باشد بیاور.»

ماده ۴۱۴: در بیع کلی، خیار رویت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرر بین طرفین باشد. در مرحله بعد، اگر مشتری، بایع را الزام کرد (یعنی به وی اینگونه گفت که: «برو و مصداقی را بیاور که مطابق نمونه باشد») و الزام ممکن نشد آخر سر، حق فسخ دارد (به استناد **خیار تَعَذُّرِ تَسْلِیم**، که مانند شرط فعل است) (ماده ۴۸۲ ق.م)

ماده ۴۸۲: اگر مورد اجاره، عین کلی باشد و فردی که مؤجر داده معیوب در آید مستأجر [در وهله اول] حق فسخ ندارد و می‌تواند مؤجر را مجبور به تبدیل آن نماید و اگر تبدیل آن ممکن نباشد [دست آخر] حق فسخ خواهد داشت.

حالت سوم: حالت سوم حالتی است که مبیع، کلی در معین است که ماده‌ای در این خصوص در قانون مدنی وجود ندارد و از همان مواد ذکر شده باید استفاده کرد. یک جمله احمقانه وجود دارد: «کلی در معین، در حکم عین معین است.» این جمله همه جا مصداق ندارد یه جاهایی کلی در معین مثل کلی است.

مثال: یک تن برنج در انبار است و درب انبار قفل است. فرض کنید من صد کیلوی از آن یک تن را به شما می‌فروشم (کلی در معین). مقدار بسیار کمی تحت عنوان نمونه به شما می‌دهم تا تست کنید؛ سپس می‌روم داخل انبار ۱۰۰ کیلو برنج را می‌آورم و به شما می‌دهم. شما می‌بینید این صد کیلو (یا قسمتی از آن) مطابق نمونه‌ای که آزمودید نیست. در این صورت، اول فروشنده را الزام می‌کنیم که برود از آن ۹۰۰ کیلوی دیگری که داخل انبار است، ۱۰۰ کیلو مطابق نمونه‌ای که آزمایش شد بیاورد اگر در آن ۹۰۰ کیلو، ۱۰۰ کیلو مطابق نمونه نبود، من به استناد **خیار تخلف از وصف حق فسخ** خواهم داشت. که فرق «کلی در معین» با «کلی» در نوع خیار است و اثر هر دو ایجاد حق فسخ است.

نکته: در صورتی که نمونه قبل از تسلیم مبیع از بین برود و اوصاف مبیع نیز در عقد نیامده باشد یا انقدر ناقص آمده که من نمی‌تونم بگم چیه، اگر اختلاف شود که کالای تحویل شده با نمونه منطبق هست یا نیست اگر کلی

فی‌الذمه باشد، خریدار، مدعی حساب می‌شود چون اصل آزادی می‌گوید بدهکار در تعیین مصداق آزاد است و شمایمی که داری می‌گی این خلاف نمونه است شما باید آن را ثابت کنید.

نکته: توافق درباره فروش با نمونه خریدار را از استناد به عیوب پنهانی و خیار عیب محروم نمی‌کند، در فروش از روی نمونه هم ما خیار عیب داریم.

نکته: هر گاه بعضی مبیع معین از روی نمونه فروخته شود و آن بعضی مطابق نمونه نباشد، مشتری می‌تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول کند ولی حق تبعیض ندارد (ماده ۴۱۲ ق.م).

نکته: به عقیده استاد فقید کاتوزیان، بیع کالا به مقدار ضروری، صحیح است و از استثنائات ۳۴۲ محسوب می‌شود مانند فروش بنزین در جایگاه‌های پمپ بنزین که ارزش مبیع در هر لیتر، مشخص است اما مقدار از ابتدا مشخص نیست.

نکته: خریدار تا زمان متعارف مطابقت کالای تسلیم شده با نمونه می‌تواند پرداخت ثمن را به تأخیر اندازد.

فروش ملک به شرط داشتن مساحت معین: ماده ۳۵۵ ق.م مقرر نموده: «اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است، مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است، بایع می‌تواند آن را فسخ کند مگر این که در هر دو صورت، طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند.» خیار فسخ ذکر شده در این ماده خیار تخلف از وصف (شرط صفت) است نه تبعیض صفت زیرا این ماده بیانگر مبیعی است که تجزیه پذیر نمی‌باشد.

توجه: این ماده ناظر به موردی است که طرفین به مقدار مبیع، صرفاً به عنوان یکی از اوصاف توجه دارند و اینگونه نیست که ثمن را به تناسب هر واحد تعیین کرده باشند به عبارت دیگر، در این ماده، مقدار مبیع به عنوان یک شرط صفت در نظر گرفته شده است یعنی در این ماده شرط مقدار به عنوان وصف است به این معنی که اگر دو طرف به مساحت زمین به عنوان وصفی از معامله اهمیت بیشتر بدهند و معامله را به شرط داشتن مساحت، شرط مورد توافق با اینکه ناظر به مساحت است و باید بیانگر مقدار باشد اثر شرط صفت را دارد که در این صورت، حق فسخ می‌دهد.

در ماده ۱۴۹ قانون ثبت آمده است که: اگر ملک فروخته شده اضافه مساحت داشته باشد، ذینفع می‌تواند قیمت اضافی را صندوق بگذارد و فسخ هم دیگه نشه.^۹

^۹ ماده ۱۴۹ قانون ثبت بیان می‌کند: «نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته باشد و بعداً معلوم شود اضافه مساحت دارد، ذی‌نفع می‌تواند قیمت اضافی را براساس ارزش مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی معامله به صندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید». در صورتی که اضافه مساحت در محدوده سند مالکیت بوده و به مجاورین تجاوزی نشده و در عین حال بین مالک و خریدار نسبت به اضافه مذکور قراری داده نشده باشد اداره ثبت، سند را اصلاح و به ذی‌نفع اخطار می‌نماید

شرط مقدار به عنوان وصف مبیع: هر چند که مقدار مبیع به طور معمول نماینده میزان تعهد فروشنده است و به تناسب آن، ثمن، کم یا زیاد می‌شود ولی گاهی طرفین به اوصاف دیگر نظر دارند به گونه‌ای که آن اوصاف آنقدر مهم است که موضوع اصلی مبادله با مقدار مبیع بستگی ندارد و آنان به تناسب هر واحد از مقیاس اندازه‌گیری «مبیع/ثمن» را تعیین کرده‌اند و به مقدار، به عنوان اوصاف، توجه داشته‌اند؛ مثلاً روستایی از حیث آب و هوا توجه خریداری را جلب کرد او بدون آنکه به مساحت ملکی به دید مقیاس تعیین‌کننده ثمن بنگرد قیمت زمین روستا را مناسب می‌بیند و آن را می‌خرد (البته اوصاف این زمین مانند درختان، میزان آب و مساحت زمین در برانگیختن اشتیاق به معامله اثر داشته).

نتیجه: اگر طرفین به مساحت زمین به عنوان وصف، اهمیت بیشتری دهند و معامله را به شرط داشتن مساحت واقع کنند، شرط مورد نظر با اینکه ناظر به مساحت است و بیانگر مقدار مبیع است اما اثر شرط صفت را دارد و اگر مبیع آن صفت را نداشت، حق فسخ به وجود می‌آید (ماده ۳۵۵).

مقدار به عنوان خود مبیع (نه وصف): همانطور که در حالت قبلی گفته شد، مقدار مبیع معمولاً معین‌کننده میزان تعهد فروشنده است مثلاً آقای الف برای خرید هزار کیلو کاغذ به بازار می‌رود، نخستین سؤالی که از فروشنده می‌پرسد این است که: «هر کیلو چند تومن؟» فرض کنیم که در کیلویی سیصد تومان با فروشنده توافق کند؛ آقای الف هزار کیلو کاغذ خریده و چون به فروشنده اعتماد دارد از وزن کردن دوباره آن خودداری می‌کند و مبیع را به عنوان هزار کیلو می‌گیرد (در اینجا برخلاف آنچه در حالت قبل گفتیم، مقدار، نماینده میزان تعهد دو طرف، و موضوع مبادله می‌باشد) اگر هنگام تحویل به جای هزار کیلو، نهصد کیلو درآید، الف می‌تواند از ثمن بکاهد و اگر این مقدار، بیشتر باشد مالک، صد کیلو را بر می‌دارد و فروشنده حق فسخ ندارد چون تجزیه‌پذیر است. ماده ۳۸۴ ق.م این حالت را پیش‌بینی کرده است.

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

ماده ۳۸۵ قانون مدنی: «اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمی‌شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی درحین تسلیم، کمتر یا بیشتر درآید در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت.»

تا وجه تودیعی را از صندوق ثبت دریافت دارد. عدم مراجعه فروشنده برای دریافت وجه در مدتی زاید بر ۱۰ سال از تاریخ اصلاح سند، اعراض محسوب و وجه به حساب درآمد اختصاصی ثبت واریز می‌شود.

این ماده قانونی دارای تبصره ذیل می‌باشد:

تبصره: «در مواردی که تعیین ارزش اضافه‌مساحت میسر نباشد ارزش اضافه‌مساحت در زمان اولین معامله به وسیله ارزیاب ثبت معین خواهد شد»

مقایسه ۳۵۵ و ۳۸۴:

۱. در ۳۵۵، مبیع، به شرط مقدار معین فروخته شده بنابراین اختیار فسخ قرارداد، ناشی از اختیار تخلف شرط یا تخلف از وصف است. در ماده ۳۸۴، اختیار مشتری در مورد کم آمدن مبیع، تبعض صفقه است زیرا تجزیه پذیر است.
۲. در ۳۵۵، تخلف از شرط، هم به خریدار و هم به فروشنده حق فسخ می دهد اما در ۳۸۴، فقط خریدار حق فسخ دارد.
۳. در ۳۵۵، چون فرض بر این است که مقدار به عنوان وصف آمده، تخلف از شرط فقط حق فسخ می دهد یعنی در صورت کم بودن مقدار مبیع، خریدار نمی تواند از ثمن کسر کند و فروشنده هم در صورت زیاد بودن مبیع نمی تواند ادعا کند که زیاده مال او است (ولی در ۳۸۴ می شد).

مبیع، محاسبه نشده: ماده ۳۸۴، حالتی را پیش بینی کرده که مبیع، قابل تجزیه است و ۳۵۵ حالتی را پیش بینی کرده که مبیع، قابل تجزیه نیست اما قانون ثبت املاک حالت دیگری را مطرح کرده که در هیچ یک از مواد ۳۵۵، ۳۸۴ و ۳۸۵ دیده نمی شود یعنی حالتی را پیش بینی کرده که مبیع، تجزیه ناپذیر و در عین حال، عوض به تناسب اجزاء آن می باشد مثلاً فرض کنیم قطعه زمینی محصور و با ابعاد معین فروخته شده (مورد معامله، عین خارجی است که مجموع آن در محدوده خاص قطعه ای را تشکیل داده و تمام آن نیز مبیع قرار گرفته ولی بهای این قطعه به تناسب مقدار مترمربع زمین، معین می شود یعنی شرط مقدار، نمایانگر میزان بهای آن است).

در این حالت، اگر زمین، کمتر از مقدار معین درآید، خریدار، حق فسخ ندارد (چون وصف مورد نظر، یعنی مقدار، با ابعاد، معین شده نه با مساحت) ولی خریدار می تواند به همان تناسب که زمین، کسر مساحت دارد از ثمن بکاهد (در نتیجه، درحالتی هم که مساحت زمین، گذشته از مبنای محاسبه ثمن، چهره وصفی هم دارد فسخ معامله در غالب موارد، ضرر او را جبران نمی کند).

توابع مبیع:

نکته ۱: وقتی مالی فروخته می شود یک سری چیزها وجود دارد که توابع آن است، به عبارت دیگر، آن چیزها عرفاً به دنبال آن است که آنها هم به تبع مبیع، مال مشتری می شوند. به عنوان مثال، در بیع یک باب منزل، انشعابات آب و برق و گاز اصولاً از توابع مبیع به شمار می روند اما خط تلفن ممکن است این چنین نباشد و محتمل است فروشنده، منزل را بدون خط تلفن بفروشد. همچنین در فروش یک اتومبیل، جک، آچار چرخ و تایر زاپاس، جزو مبیع هستند حتی اگر بایع و مشتری هنگام عقد، صریحاً ذکری از آن نکرده باشند. اهمیت تشخیص توابع مبیع

در مواردی است که پس از انعقاد عقد و تسلیم مبیع، میان بایع و مشتری در خصوص جداکردن توابع مبیع از بیع و عدم تسلیم آن از سوی بایع یا مطالبه مبلغی اضافی از خریدار (مشتری) برای تحویل آن، اختلاف حادث می‌شود.

ماده ۳۵۶: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت، جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن، دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است، اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند.

نکته ۲: بر عکس، یک سری چیزها عرفاً به دنبال مبیع نیست.

ماده ۳۵۷: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت، جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد.

به هر حال طرفین می‌توانند عکس ترتیب فوق تراضی و توافق کنند. البته باید خاطرنشان ساخت که هیچ إشکالی ندارد که توابع بیع، هنگام عقد از بیع استثناء شود. مثل اینکه فروشنده ساختمان شرط کند که ساختمان را بدون کولرهای آن خواهد فروخت. در این حالت، به دلیل توافق طرفین، عقد هیچ ایرادی پیدا نمی‌کند. ماده ۳۶۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است استثناء آن از مبیع نیز جایز است.

فرض کنید خانه‌ای فروخته می‌شود و حین بیع تصمیمی راجع به اینکه فلان چیز، جزء بیع است یا بهمان چیز، جزء آن نیست گرفته نمی‌شود و بعد اختلاف حادث می‌شود. مثلاً عرفاً خط تلفن، جزء مبیع است؛ اما مثلاً عرفاً پرده‌ها جزء مبیع نیست، لوستر جزء مبیع نیست که این موارد به عرف بستگی دارد و می‌توانیم حین بیع، آن را شرط کنیم. ماده ۳۵۸ قانون مدنی، مثال‌های بدیهی‌ای آورده است.

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 می‌شود و بر عکس؛ زراعت، در بیع زمین و میوه، در بیع درخت و حمل، در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود مگر اینکه تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال طرفین عقد می‌توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند.

ماده ۳۵۹ قانون مدنی اینگونه اشعار می‌دارد که اگر شک کردید که فلان چیز جزء مبیع است یا بهمان چیز نیست، **اصل، عدم است^{۱۰}**. یعنی در صورت تردید، بگویید: «جزء مبیع نیست».

ماده ۳۵۹: هر گاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شیئی داخل در بیع نخواهد بود مگر آنکه تصریح شده باشد.

^{۱۰} برای اثبات عدم نیازی به دلیل نیست. این مطلبی روشن و حکمی عقلی است و آن را بدین نحو خلاصه کرده‌اند که: اصل، عدم چیزی است تا وجودش ثابت شود.

ماده ۳۶۰ قانون مدنی، آخرین ماده از مبحث «توابع مبیع» است. این ماده یک منطوق و یک مفهوم دارد.

ماده ۳۶۰: هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است استثناء آن از مبیع نیز جائز است.

منطوق: گفتیم وقتی خانه را می‌فروشیم «خط تلفن»، داخل مبیع هست؛ تلفن مستقلاً (جدا از خانه) قابل معامله هست بنابراین می‌توانیم در فروش خانه، آن را استثناء کنیم چون مستقلاً قابل معامله است (یعنی می‌توان خانه را فروخت و خط تلفن را نفروخت). منطوق ماده نیز این را می‌گوید که هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است و داخل مبیع هست، استثناء آن از مبیع جایز است. مثال: اگر اتومبیلی فروخته شود زاپاس آن، جزء ماشین است؛ آیا زاپاس خودرو به طور جداگانه قابل خرید و فروش هست؟ اگر پاسخ «مثبت» باشد؛ می‌توان آن را از مبیع استثناء کرد.

مفهوم: ماده ۳۶۰ قانون مدنی می‌گوید: «هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است، استثنای آن از مبیع نیز جایز است.» با استفاده از مفهوم مخالف این ماده می‌توان گفت: «هر چیزی که مستقلاً قابل فروش نیست، استثناء آن از مبیع جایز نیست؛ از قبیل حق ارتفاق.» گفتیم که اگر خانه‌ای فروخته شود، آب و برق و گاز هم جزء مبیع هست. حال آیا اشتراک آب و برق و گاز مستقلاً قابل معامله است؟ در این مورد چون اینها مستقلاً قابل معامله نیست؛ جزء مبیع است و نمی‌توان آنها را جدا کرد یعنی استثناء آنها از مبیع جایز نیست.

نکته: چیزی که از مبیع استثناء می‌شود باید مقدار آن مشخص باشد، در غیر این صورت، معامله باطل است.

ماده ۳۶۱ قانون مدنی مبحث دیگری را آغاز کرده است؛ این ماده در باب لزوم وجود مبیع معین و کلی در معین است. عین معین (عین خارجی) همانگونه که از نام آن مشخص است همیشه در خارج موجود است؛ عین خارجی یعنی در خارج از ذهن. کلی در معین هم همیشه در خارج موجود است (صد کیلو از این دویست کیلو)؛ وقتی گفته می‌شود از این دویست کیلو یعنی «این دویست کیلو» موجود است، اما کلی نه تنها در خارج نیست بلکه می‌تواند مصداقش هم اصلاً وجود نداشته باشد.

ماده ۳۶۱: اگر در بیع عین معین [و کلی در معین] معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.

نکته: «کلی در معین» در این ماده اشاره نشده است اما باید گفت احکام «عین معین» و «کلی در معین» بعضاً شبیه هم است. «کلی در معین» باید در زمان عقد، تمام شیء متساوی الاجزاء موجود باشد؛ نباشه باطل است.

مثال: در فصل پاییز و زمستان، توت تازه (نه توت خشک) نیست. با این حال می‌توان یک تن توت تازه تفرش را به صورت کلی فروخت (بیع سلف). «یک تن توت تازه تفرش»، کلی یا کلی فی‌الذمه است.

قاعده: در بیع عین معین و کلی در معین، مبیع باید به هنگام عقد وجود داشته باشد و الا عقد، باطل است ولی در بیع کلی، مبیع می‌تواند وجود نداشته باشد.

آثار بیع (مواد ۳۶۲ تا ۳۹۵ قانون مدنی)

۱. اولین اثر بیع تملیک است (مواد ۳۶۳ تا ۳۶۶)

نکته: طبق ماده ۳۶۳ قانون مدنی وجود خیار در عقد بیع مانع تملیک (عین معین یا کلی با تعیین مصداق) نیست؛ یعنی اگر من یک خانه به شما بفروشم و شما خیار شرط داشته باشید؛ این خیار، مانع تملیک نیست.

نکته: طبق ماده اشاره شده در عقد بیع، وجود أجل هم مانع تملیک نیست؛ یعنی مثلاً من خانه‌ام (عین معین) را به شما فروختم به شرطی که یک ماه دیگر تحویل دهم که این أجل هم مانع تملیک نیست.

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

نکته: اگر بعد از تملیک و قبل از تسلیم، تملیک‌کننده مفلس شود ایرادی در معامله به وجود نمی‌آید، به خاطر اینکه طرف دیگر مالک شده و مالک داخل غرماً نمی‌شود. طلبکار داخل غرماً می‌شود. مثلاً: من خانه‌ام را به شما فروختم و بعد از تملیک ورشکست شدم. در واقع فرض این است که فروشنده یا خریدار بعد از بیع و پیش از تسلیم مورد تعهد ورشکسته شوند؛ در این صورت چون عین معین، بعد از وقوع بیع انتقال یافته است شما مالک می‌شوید و طلبکاران من ورشکسته حقّی بر مبیع ندارند.

نکته: طرفین می‌توانند تملیک را به عقب بیندازند (در عین معین). مثلاً فرض بفرمایید عقد امروز منعقد می‌شود و من بایع (فروشنده) می‌گویم: «شمای خریدار از ماه دیگر مالک شوید» و شما هم می‌پذیرید. که این مورد بلاشکال است. بنابراین طرفین می‌توانند با توافق، تملیک را به تأخیر بیندازند.

قسمت دوم ماده ۳۶۴ نیز بیع صرف را عقدی عینی (عقدی که علاوه بر ایجاب و قبول، قبض شرط صحت آن است) می‌داند؛ همانطور که می‌دانید منظور از بیع صرف، خرید و فروش طلا و نقره در برابر هم است خواه به صورت سکه زده شده (مسکوک) یا به صورت زیورآلات یا به صورت دیگر.

مشابه قسمت اول ماده ۳۶۴ قانون مدنی را در اجاره هم خواهیم خواند.

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

ماده ۳۶۵ (بی اثر بودن بیع فاسد)

ماده ۳۶۵: بیع فاسد اثری در تملک ندارد.

طبق این ماده، بیع فاسد (باطل) اثری در تملک ندارد که بهتر بود اینگونه می‌گفت: «بیع فاسد باعث تملیک نمی‌شود.»؛ یعنی بیع فاسد اثری ندارد اما باید اشاره کرد که بیع فاسد یک اثر دارد که در ماده ۳۶۶ قانون مدنی اشاره کرده است.

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

این ماده مقرر داشته است: اگر کسی به بیع فاسد مالی را بگیرد؛ یا به عبارت دیگر، اگر بایع یا مشتری (با این توضیح که بایع ثمن را گرفته و مشتری مبیع را)، به بیع فاسد مالی را خواه عالم باشد یا جاهل بگیرد در حکم غاصب است؛ یعنی یدش ضمانی است و به آن **ضمان مقبوض به عقد فاسد** گویند و در هر صورت ضامن عین و منافع آن است. **ضمان مقبوض به عقد فاسد**، یعنی **ضمان قبض داده شده به عقد فاسد**.

۲. دومین اثر بیع، تسلیم مبیع است^{۱۱} (ماده ۳۶۷ تا ۳۸۹)

ماده ۳۶۷ قانون مدنی به تعریف «تسلیم» پرداخته است.

ماده ۳۶۷: تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که ممکن از آنجا تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع.

تسلیم یعنی «دادن مبیع به مشتری» که طرف مقابل آن، تسلّم یعنی «گرفتن مبیع از فروشنده» است؛ یعنی بایع تسلیم می‌کند و مشتری تسلّم می‌کند. تسلیم یعنی دادن و تسلّم یعنی گرفتن. مترادف تسلیم، اقباض است و مترادف تسلّم، قبض می‌شود. معمولاً **دادن را تسلیم گویند** و **اقباض نمی‌گویند** و **گرفتن را قبض می‌گویند** و تسلّم نمی‌گویند.

نکته: تسلیم همیشه هم‌زمان با انعقاد نیست، و گاهی بعدتر از انعقاد است، در این صورت، قدرت به تسلیم در زمان تسلیم شرط است نه انعقاد عقد.

آثار تسلیم:

۱. ایفای تعهد؛

۲. انتقال مالکیت، البته این اثر برای حالتی است که مبیع، کلی فی‌الذمه باشد زیرا اگر مبیع، عین معین باشد، تسلیم، باعث انتقال مالکیت نیست بلکه وفای به عهد یعنی یک عمل مادی حساب می‌شود (یادآوری:

^{۱۱} تسلیم باید شامل تسلیم اجزاء و توابع هم باشد، بنابراین، منافع مبیع اگر مبیع، عین معین باشد: این منافع از زمان انعقاد عقد متعلق به مشتری است. منافع مبیع در حالتی که مبیع، کلی باشد از زمان تعیین مبیع، متعلق به مشتری است. منافع، تابع مبیع می‌باشند اما این قاعده (تبعیت منافع از مبیع) آمره نیست، به همین دلیل هم در نظریه کشف حکمی، منافع از زمان انعقاد عقد منتقل می‌شود اما عین از روز انعقاد تنفیذ.

در مبحث وفای به عهد در مورد شخص محجور گفتیم که در مورد کلی، اهلیتش لازم است زیرا تسلیم در کلی، باعث انتقال مالکیت است و برای انتقال مالکیت، اهلیت می‌خواهیم).

نکته: تسلیم به این معنی نیست که حتماً مشتری تصرف کند، همین که مبیع، تحت اختیار وی قرار بگیرد کافی است (ماده ۳۶۸). پس برای تسلیم، تصرف مشتری شرط نیست (تصرف بالفعل شرط نیست، تصرف بالقوه کافی است).

ماده ۳۶۸: تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد اگر چه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد.

نکته: تسلیم هر مالی بنابر ماهیت آن مال است. این درست نیست که بگوییم تسلیم همه اموال، مشابه هم است. مثلاً تسلیم زمین غیر محصور با دادن سند مالکیت و رفع موانع تصرف و نهایتاً تخلیه آن زمین محقق می‌گردد یا بطور مثال تسلیم خانه و اتومبیل با دادن کلید یا سوئیچ و رفع تصرف از آن انجام می‌پذیرد. خلاصه اینکه، عرف تعیین می‌کند که اموال چگونه تسلیم بشود (ماده ۳۶۹).

ماده ۳۶۹: تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند.

ماده ۳۷۳ (فروش کالایی که در تصرف خریدار است).

ماده ۳۷۳: اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست و همچنین است در ثمن.

تسلیم برای این است که مبیع به مشتری برسد. حال فرض بفرمایید مبیع قبلاً (قبل از بیع) بنا به هر سببی دست مشتری بوده که در این صورت با وقوع بیع دیگر تسلیم لازم نیست. تحصیل حاصل، محال است. مانند اینکه الان همه شما پای‌تان کفش است. من خطاب به یکی از شما بگویم: «کفشات را پات کن!!». پس اگر مبیع قبلاً دست مشتری بوده تسلیم لازم نیست و همچنین اگر ثمن قبلاً دست بایع بوده، تسلیم ثمن نیز به بایع لازم نیست.

ماده ۳۷۴ (قبض خریدار، نیاز به اذن ندارد).

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

وقتی مبیع، عین معین است یا در مورد کلی و کلی در معین بعد از تعیین مصداق عین معین شود، مال مشتری است چون گفتیم بیع، عقدی تملیکی است. در واقع تملیک حاصل می‌شود و در این صورت چون مشتری، مالک است می‌تواند مبیع را بر دارد و نیازی به اذن بایع نیست. ولی قبل از تعیین مصداق (در بیع کلی و کلی در معین)

چون مشتری، مالک نیست نمی‌تواند مبیع را که از اموال بایع است بر دارد. پس مشتری وقتی می‌تواند مبیع را بردارد که مالک شود یعنی مبیع، عین معین باشد یا اگر کلی و کلی در معین باشد، مصداق آن تعیین شود.

مواد ۳۷۵ (محل تسلیم مبیع) و ۳۷۶ (اجبار بایع و خریدار به تسلیم) نکته خاصی ندارد.

ماده ۳۷۵: مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع، محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد.^{۱۲}

ماده ۳۷۶: در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن ممتنع اجبار به تسلیم می‌شود.

ضمانت اجرای قانونی عدم تسلیم:

۱. وجود حق حبس؛
۲. الزام به تسلیم و در صورت عدم امکان، فسخ عقد؛
۳. تغییر وضع بایع از وصف امانی به غاصب (هر گاه تسلیم کالا از وی تقاضا شد و او امتناع کرد، از آن تاریخ در حکم غاصب است و مسؤول هر نقصی است؛ قروشنده تا قبل از رسیدن مؤعد تسلیم، امین است، با رسیدن اجل و عدم مطالبه از سوی خریدار، همچنان امین باقی می‌ماند با این تفاوت که مسؤول منافع فوت شده است؛ زیرا در مواردی که موضوع تعهد، وجه نقد نیست در مبحث خسارت قراردادی گفتیم که در این صورت، متعهد بدون نیاز به مطالبه باید مبیع را تسلیم کند اما اگر مؤعد تسلیم برسد و خریدار، مطالبه کند اما قروشنده امتناع کند؛ از این تاریخ در حکم غاصب است.).

ماده ۳۷۷ (حق حبس مبیع و ثمن)

ماده ۳۷۷: هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد. در این صورت، هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود. «حق حبس» همان گرو کشی در اصطلاح عامیانه است. در عقود معوض اگر دو تعهد در برابر یکدیگر باشند و هر دو تعهد، حال باشد طرفین حق حبس دارند. اگر دو تعهد نباشد حق حبس وجود ندارد؛ پس برای حق حبس سه شرط بیان شد:

^{۱۲} با توجه به مواردی که گفتیم محل تسلیم مبیع در ابتدا اراده طرفین است اگر اراده آنها وجود نداشت (سکوت) بر اساس عرف عمل می‌کنیم و اگر عرف هم نبود، محل انعقاد عقد ملاک است؛ اگر در محل انعقاد عقد هم تسلیم ممکن نبود مثلاً محل انعقاد در کشتی یا هواپیما باشد، در این صورت اگر مال: منقول باشد در محل استقرار مبیع؛ غیرمنقول باشد در محل وقوع ملک.

۱. عقد معوض باشد.

۲. دو تا تعهد داشته باشیم.

۳. هر دو تعهد، حال باشد.

حق حبس یعنی این که هر طرف می‌تواند اجرای تعهد خود را موکول به اجرای تعهد دیگری کند.

مثال: فرض بفرمایید این ماشین را به شما پنجاه میلیون تومان فروختم؛ شما هم قبول نمودید؛ که این عقد بیع، عقد معوض است و دو تعهد هم دارد؛ فرض بفرمایید که من می‌گویم: «خودرو را نمی‌دهم تا پنجاه میلیون را بدهید!» و شما هم می‌گویید: «تا شما ماشین را ندهید من پول را نمی‌دهم!» که نهایتاً با این وضع باید من و شما نزد دادگاه برویم که در این صورت، رد و بدل را دادگاه انجام می‌دهد.

نکته: درست است که ماده مربوط به حق حبس (ماده ۳۷۷) در باب بیع آمده ولی حق حبس، مختص به بیع نیست. در هر عقد معوض که سه شرط فوق وجود داشته باشد قابل اجراء است.

نکته: اگر یک تعهد حال باشد و یکی مؤجل، فقط آنکه تعهدش مؤجل است، حق حبس دارد. اگر متعهد تعهد حال، تعهدش را انجام ندهد نمی‌تواند بگوید: «من دارم حق حبس را اعمال می‌کنم!» چراکه از ابتدا قرار بوده که متعهد تعهد حال، تعهدش را زودتر از طرف مقابلش انجام بدهد. به همین خاطر است متعهد تعهد مؤجل، حق حبس دارد.

نکته: چنانچه هر دو تعهد مؤجل باشند اما یکی زودتر و یکی دیرتر باشد، مثلاً یکی هفته دیگر است و دیگری دو هفته دیگر؛ آن یکی که دیرتر است، حق حبس دارد. پس تقریباً حکمش مانند مثال بالا شد.

نکته: اگر هر دو مؤجل و در یک تاریخ بودند؛ قبل از اینکه تاریخ برسد هیچ چیزی قابل مطالبه نیست. باید توجه نمود که همواره حق حبس، فرع بر مطالبه است یعنی اول باید مطالبه شود و در پاسخ به مطالبه، طرف مقابل بگوید: «من حق حبس دارم» و بدیهی است که تعهد، قبل از أجل، قابل مطالبه نیست تا چه برسد به اینکه به حق حبس استناد شود. در این فرض، أجل که رسید هر دو حال می‌شوند و هر دو طرف حق حبس دارند. جمع‌بندی اینکه حق حبس فقط در عقود حال و در حکم حال [مؤجلی که هم‌زمان باشد] وجود دارد.

نکته: می‌دانیم که اقاله یا تفاسخ (که مترادف هستند)، توافقی دو طرف یک قرارداد برای برهم‌زدن و از میان بردن آثار قرارداد در آینده است. اقاله خود نوعی عقد است. طبیعتاً وقتی عقدی اقاله می‌شود طرفین باید عوضین را پس بدهند. بایع باید ثمن و مشتری باید مبیع را پس بدهد. چون اقاله، عقد است طرفین حق حبس دارند یعنی طرفین در بازگرداندن عوضین حق حبس دارند. از طرف دیگر می‌دانیم برخلاف اقاله، فسخ به علت قانونی صورت می‌گیرد و اراده هر دو طرف در آن نقشی ندارد. همانطور که مستحضر هستید اگر عقد فسخ بشود نیز طرفین باید عوضین را پس بدهند ولی در بازگرداندن عوضین حق حبس ندارند چون فسخ ایقاع است؛ حق حبس مربوط به عقد است، پس به طور خلاصه اینکه اقاله، عقد است و در آن حق حبس وجود دارد اما فسخ، ایقاع است و در آن حق حبس

وجود ندارد. اگر عقد فسخ شود، درست است که طرفین باید عوضین را پس بدهند ولی حق حبس ندارند چون فسخ ایقاع است نه عقد پس حق حبس ندارند.

آخرین نکته در مورد حق حبس اینکه، طبق ماده ۳۷۸ اگر بایع به میل یا اراده خودش مبیع را قبل از اینکه ثمن را بگیرد تحویل مشتری داد، دیگر حق حبس ندارد.

موارد سقوط حق حبس:

۱. مؤجل بودن تعهد یکی از طرفین؛
۲. تسلیم اختیاری (نه از روی اکراه یا اغوا؛ چون در اینها، تسلیم، اثر ندارد)؛
۳. شرط سقوط حق حبس ضمن عقد.

ماده ۳۷۸: اگر بایع قبل از اخذ ثمن، مبیع را به میل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت مگر به موجب فسخ در مورد خیار.

سؤال: حق حبس در کدام یک از انواع مبیع وجود دارد؟ به عبارت دیگر باید حق حبس را در عین معین، کلی و کلی در معین بررسی کنیم: پاسخ: در هر سه مورد، حق حبس وجود دارد و مبحث حق حبس ارتباطی به نوع مبیع ندارد. به عبارت دیگر، از اطلاق ماده ۳۷۷ قانون مدنی استنباط می‌گردد حق حبس اختصاص به نوع خاصی از مبیع ندارد.

نکته: قسمت دوم ماده ۳۷۸ (... مگر به موجب فسخ در مورد خیار.) خیلی ارتباطی با قسمت اول ماده ندارد. در واقع قسمت دوم می‌خواهد بگوید که اگر عقد بیع فسخ شد چون عقد، انحلال می‌یابد حق حبس نیز ساقط می‌گردد.

ضمان معاوضی

ضمان یعنی «مسئولیت» و معاوضی یعنی «مربوط به عقود معوض»

«ضمان معاوضی» یعنی مسئولیت در عقود معوض.

در عقود معوض تملیکی، انتقال مالکیت، اثر مستقیم عقد است که با وقوع عقد و بدون واسطه تحقق می‌یابد؛ اما تسلیم، تعهدی است که باید ایفا شود. به عنوان مثال، تملیک عین در عقد بیع و تملیک منافع در عقد اجاره، اثر مستقیم عقد است و تعهد به تسلیم مبیع از سوی بایع و نیز تعهد به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت از جانب موجر، اثر تبعی و غیرمستقیم آن می‌باشد. در عقود معوض، تعهد هریک از دو طرف عقد در مقابل عین

دریافتی، تعهد به دادن عَوْضِ معین است و به این تعهد «ضمان معاوضی» گویند. در عقود معوض، دو عَوْض در مقابل یکدیگر وجود دارد. در واقع چیزی داده می‌شود و چیزی گرفته می‌شود که اصطلاحاً می‌گویند: «دو عَوْض، به هم پیوسته است یا با هم همبستگی دارند یا به هم ربط دارند»؛ حالیه از این وابستگی سه نتیجه می‌گیریم:

نتیجه اول: اگر چیزی داده نشود چیزی گرفته نخواهد شد. حال چگونه ممکن است چیزی داده نشود؟ مثلاً می‌تواند تلف شده باشد. به این حالت تلف می‌گویند.

نتیجه دوم: اگر عَوْض ناقص داده شود، عَوْضِ دیگر کامل گرفته نخواهد شد. بایستی عَوْض کامل داده شود تا کامل گرفته شود که به این حالت نقص می‌گویند.

نتیجه سوم: اگر معیوب داده شود کامل گرفته نخواهد شد. اگر عَوْضی را که داده شده معیوب باشد، عَوْضِ دیگر را کامل دریافت نخواهد کرد که به این حالت عیب می‌گویند.

این سه حالت را که «ضمان معاوضی» گویند در دو بازه زمانی بررسی خواهیم کرد. پس در ضمان معاوضی یا تلف یا نقص و یا عیب اتفاق می‌افتد.

ضمان معاوضی دو مرحله است:

۱. قبل از تسلیم

۲. بعد از تسلیم

قبل از تسلیم:

اگر قبل از اینکه مبیع تسلیم گردد تلف اتفاق افتد، یا قبل از اینکه مبیع تسلیم شود ناقص گردد و یا قبل از اینکه مبیع تحویل داده شود معیوب شود.

بعد از تسلیم:

اگر مبیع تحویل مشتری گردد و دست مشتری تلف شود، یا مبیع تحویل مشتری گردد و دست مشتری ناقص شود یا مبیع تحویل مشتری گردد و در دست مشتری معیوب شود.

پس ضمان معاوضی سه حالت است در دو مرحله، یکی قبل از تسلیم و یکی بعد از تسلیم.

نکته: در ضمان معاوضی کسی تقصیر ندارد یعنی تلف، بدون تقصیر صورت می‌پذیرد؛ نقص، بدون تقصیر صورت می‌پذیرد و عیب، هم بدون تقصیر صورت می‌گیرد، چه قبل از تسلیم و چه بعد از تسلیم. پس در ضمان معاوضی کسی مقصر نیست و اگر کسی مقصر باشد ضمان معاوضی نیست.

مواد ۳۸۷، ۳۸۸، ۳۸۹، ۴۲۵ و ۴۵۳ مواد مربوط به ضمان معاوضی هستند که چهار ماده اول یعنی ۳۸۷، ۳۸۸، ۳۸۹ و ۴۲۵ مربوط به مرحله قبل از تسلیم است و ماده ۴۵۳ مربوط به مرحله بعد از تسلیم است. که ما آنها را با توجه به دو مرحله‌ای که فوقاً اشاره کردیم می‌خوانیم، مرحله اول «قبل از تسلیم» و مرحله دوم «بعد از تسلیم».

مرحله اول: ضمان معاوضی قبل از تسلیم

که لازم است در مرحله قبل از تسلیم چهار مورد ذیل را بررسی کنیم:

۱. تلف (از بین رفتن عین یا منافع مال، خودبه‌خود یا به سبب حادثه‌ای)
۲. اتلاف (فعل یا ترک فعل شخص که مستقیماً و بدون واسطه موجب تلف مال می‌گردد)
۳. نقص (تلف جزء)
۴. عیب (از میان رفتن وصف سلامت)

۱. تلف

مطابق ماده ۳۸۷ هرگاه مبیع پیش از تسلیم بدون تقصیر بایع (در ضمان معاوضی همانگونه که در بالا اشاره کردیم همواره کسی تقصیر ندارد) تلف شود، بیع منفسخ می‌شود و بایع هم باید ثمن را پس بدهد منطقی است چون بایع، مبیع را نداده است که بخواهد ثمن را دریافت کند. پس اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شود، به عهده بایع است. این ماده ۵ نکته دارد:

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 اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

نکته اول: در ماده ۳۸۷ ق.م. مقرر گردیده بعد از اینکه بیع منسخ شد بایع باید ثمن دریافتی را به مشتری بازگرداند و در صورتی که بایع، ثمن را نگرفته باشد حق اخذ آن را نخواهد داشت. اصطلاحاً به این مسؤولیت بایع «ضمان معاوضی» گویند. منظور از ضمان معاوضی این است که اگر مبیع، قبل از تسلیم تلف شود این تلف از مال فروشنده محسوب خواهد شد. در حالت کلی، مقصود از ضمان معاوضی در عقد بیع تحمّل خطر تلف مال است.

نکته دوم: این ماده در بیع آمده اما مختص به بیع نیست بلکه مربوط به تمام عقود معوض است چون اسم آن ضمان معاوضی است. به نظر مرحوم کاتوزیان، حکم ماده ۳۸۷ ق.م. حکمی استثنایی و خلاف اصل نیست و با طبیعت عقود معوض سازگار است؛ در واقع قانون مدنی این مقرر را به عنوان یک قاعده در نظر گرفته چراکه علاوه بر عقد بیع، در اجاره (ماده ۴۸۳) و در قرض (ماده ۶۴۹) نیز این حکم را بیان نموده است که این نشان می‌دهد یک قاعده کلی است.

ماده ۴۸۳: اگر در مدت اجاره، عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف، نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود و در صورت تلف بعضی آن، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره نماید.

ماده ۶۴۹: اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم، تلف یا ناقص شود از مال مُقْتَرَض است.^{۱۳}

نکته سوّم: قاعده معروف عدالت معاوضی یا ضَمَان معاوضی، امری نیست بلکه تکمیلی است و می توان برخلافش توافق نمود. در واقع قانون گفته تلف مبیع قبل از قبض از کیسه بایع است که طرفین می توانند شرط کنند تلف مبیع قبل از قبض از کیسه مشتری باشد.

نکته چهارم: این قاعده (ماده ۳۸۷ ق.م.) هم در عین معین، هم در کلی و هم در کلی در معین اجراء می شود. بدیهی است که چرا این قاعده در عین معین اجراء می شود و بحثی نیست ولی در کلی و کلی در معین این قاعده بعد از تعیین مصداق اجراء می شود. چون کلی تلف نمی شود، تلف برای عین معین است. در بیع کلی اگر بایع مصداق را تعیین کرد و تبدیل شد به عین معین و تملیک هم صورت پذیرفت و پس از آن، مال تلف شد، این قاعده اجراء می شود. پس در موردی نیز که مبیع، کلی فی الذمه یا کلی در معین است، هر گاه بعد از تعیین مصداق، مصداق تعیین شده تلف شود، عقد منفسخ می گردد و بایع باید ثمن را به مشتری بازگرداند.

مثال: من به شما به طور کلی «۱۰۰ کیلو برنج طارم» فروختم. می دانیم که «کلی فی الذمه» تلف نمی شود. حال شما می گوید: «برو برنج را بیاور» یا «برو تعیین مصداق کن» که من می روم یک وانت می گیرم و سر زمینم می روم ۱۰۰ کیلو برنج را می گذارم داخل وانت تا برای شما بیاورم. در میانه راه، ماشین تصادف می کند و مشتعل می شود و برنج ها از بین می رود و چون در این مثال تعیین مصداق صورت پذیرفته نمی شود رفت ۱۰۰ کیلوی دیگر آورده شود چون تملیک انجام شده است؛ در این فرض من باید پول شما را بازگردانم؛ لذا نتیجه می گیریم این قاعده در کلی و کلی در معین بعد از تعیین مصداق اجراء می شود.

نکته پنجم: ایرادی در این ماده وجود دارد: قانون اشعار داشته است که «اگر در بیع، مبیع تلف بشود به عهده بایع است.» که بایستی اشعار می داشت: «اگر چنانچه ثمن هم تلف بشود به عهده مشتری است.»

۲. اتلاف

فرق تلف و اتلاف: تلف یعنی خودبه خود از بین می رود و کسی هم مقصر نیست. مثلاً سیل می آید و مال از بین می رود، زلزله می آید و مبیع از بین می رود. اتلاف یعنی یک نفر مال را از بین ببرد (ضرر زدن مستقیم) قبل از تسلیم مبیع، سه شخص ممکن است آن را تلف کنند (بایع، مشتری، ثالث)؛ یعنی بیع واقع شده است و مبیع هنوز

^{۱۳} مفهوم مخالف این ماده همان قاعده معروف «عدالت معاوضی» است.

دست بایع است و یک نفر (یا خود بایع یا مشتری و یا ثالث) آمده مبیع را تلف کرده است؛ که هر سه را بررسی می‌کنیم:

بایع: هرگاه بایع قبل از تسلیم، خودش مبیع را تلف کند چون تقصیر دارد بیع منفسخ نمی‌شود یعنی ضامن معاوضی نیست چون که در ضامن معاوضی نباید تقصیر وجود داشته باشد. حال در این صورت مشتری دو راه دارد؛ راه اول این است که سراغ بایع برود و مثل یا قیمت مبیع را بگیرد چراکه پول را هم داده است. چون بیع واقع شد و تملیک هم صورت پذیرفته است و بایع، مال مشتری را تلف کرد اگر قیمتی بود قیمت روز اداء را می‌دهد. در اتلاف و تسبیب مانند غصب باید قیمت روز اداء را داد.

راه دوم اینکه مشتری بیع را به استناد خيار تَعَذُّر تسلیم فسخ می‌کند، چون وقتی بایع، مبیع را تلف کرد دیگر نمی‌تواند تسلیم کند. مشتری ثمن را پس می‌گیرد که ثمن همیشه ثابت است. حال اگر شما وکیل مشتری باشید اگر قیمت بالا رفته بود، راه اول و اگر قیمت پائین رفته بود، راه دوم را اختیار می‌کنید. زیرا اختیار دست مشتری است.

پس اگر مبیع پیش از تسلیم در اثر تقصیر بایع تلف شود، بیع منفسخ نمی‌گردد بلکه مشتری می‌تواند به استناد خيار تعذر تسلیم عقد را فسخ کند و یا از بایع، مثل یا قیمت را مطالبه نماید.

مشتری: بیع واقع شد و مبیع مال مشتری است ولی هنوز دست بایع است (قبل از تسلیم). حالا مشتری می‌رود مبیع خودش را تلف می‌کند. طبق ماده ۳۸۹ اگر مشتری خودش مبیع را تلف کند حقی بر بایع ندارد چون مال خودش بوده است. اما یک استثناء دارد که حقوقدانان می‌گویند اگر بایع مشتری را گول زده باشد و مشتری در اثر غرور (واژه غرور در لغت به معنای فریب خوردن و فریفته شدن و گول خوردن می‌باشد) مبیع را تلف کرده باشد بایع سبب اقوی از مباشر می‌شود و بایع مسئول است؛ در واقع بایع، مسئول بدل است.

ماده ۳۸۹: اگر در مورد دو ماده فوق، تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند.

مثال: من یک گوسفند دارم و شما گوسفند من را می‌خرید (به صورت عین معین) با هم توافق می‌کنیم که من، گوسفند را فردا تحویل دهم. امشب شما خانه من مهمانی می‌آید. من به شما می‌گویم برو آن گوسفند را بکش تا با هم بخوریم. گوسفند منظور همان گوسفند فروخته شده است. شما نیز بی‌خبر از اینکه دارید مال خودتان را تلف می‌کنید می‌روید گوسفند را می‌کشید و سپس گوسفند خورده می‌شود. در واقع کشتن گوسفند شما به خواست من بود و من گفتم (دستور دادم). اینجا درست است شما مبیع را تلف کردید ولی به دستور من که در واقع نوعی فریب دادن و گول زدن بود گوسفند شما تلف شد بنابراین من باید ثمن را بدهم.

ثالث: بیع واقع شد و مبیع مال مشتری ولی دست بایع است. حال فرض بفرمایید شخص ثالثی غیر از بایع و مشتری (هر کسی را غیر از بایع و مشتری، ثالث گویند) مبیع را تلف می‌کند مثل سرقت (سرقت در حکم تلف

است) که اینجا بیع منفسخ می‌شود چون که بایع تقصیر ندارد. (ماده ۳۸۷ تأکید کرده هر عملی «بدون تقصیر بایع» یعنی زلزله، سرقت، آتش‌سوزی) بیع منفسخ می‌شود و بایع ثمن را پس می‌دهد و بعد بایع از باب تسبیب سراغ ثالث می‌رود و از آنجا که ثالث با کارش به بایع ضرر زده باید جبران کند. اما در فرضی که برای مثال زلزله می‌آید به عهده خود بایع است.

۳. نقص

نقص یعنی تلف بعض (تلف جزء) یعنی قسمتی از مبیع از بین می‌رود که آن قسمت مستقلاً خودش قیمت مشخص دارد.

مثال ۱: صد کیلو برنج فروخته (عین معین) که قبل از تسلیم ۳۰ کیلو آن از بین رفت (که این نقص است) مبیع ناقص شد.

مثال ۲: یک میز و صندلی خریدم (در یک عقد). هر وقت چند مال، یک ثمن داشته باشد (به یک ثمن فروخته بشوند) می‌شود یک عقد، و اگر چند تا ثمن داشته باشند می‌شوند چند عقد. حال یک میز و صندلی را با هم یک میلیون تومان خریدیم که قبل از تسلیم میز از بین رفت؛ این حالت باز هم نقص است چون صندلی کاملاً سالم است.

هرگاه مبیع قبل از تسلیم ناقص شود (بدون تقصیر) طبق ماده ۳۸۸ قانون مدنی مشتری حق فسخ دارد (حق فسخ این ماده به استناد بند ۲ ماده ۴۸۳ ق.م. خیار تبعض صفا می‌باشد)

ماده ۳۸۸: اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.

نکته: اگر نقص، ناشی از عمل مشتری باشد مشتری حقّی بر بایع ندارد مگر بایع، وی را اغوا کرده باشد.

۴. عیب

عبارت است از «از بین رفتن وصف سلامت مال که در مقابل این وصف، قیمت مشخصی وجود ندارد».

مثال: یک صندلی خریده می‌شود و آن صندلی همیشه صدا می‌دهد که این عیب است. همه اجزایش (پایه‌ها، پُشتی، دسته ...) هست ولی ایراد دارد. یک ماشین خریده می‌شود که فرض کنید این ماشین همیشه خاموش می‌شود. خلاصه اینکه «عیب» یعنی کالا سالم نیست.

طبق ماده ۴۲۵ اگر مبیع قبل از تسلیم معیوب شود مشتری خیار عیب دارد. به عبارت بهتر، مشتری دو راه خواهد داشت: (۱) قبول بیع با اخذ ارش؛ (۲) فسخ معامله.

ماده ۴۲۵: عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است. (یعنی خیار عیب می‌دهد).

اگر بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع عیبی حادث شود و مبیع، تجزیه‌ناپذیر باشد، مشتری نمی‌تواند به خاطر عیب از ثمن بکاهد و به خاطر عیب حادث‌شده در مبیع (تجزیه‌ناپذیر) بیع به دو بخش منفسخ و صحیح تقسیم نمی‌شود لذا در این حالت که مبیع تجزیه‌ناپذیر است مشتری به استناد ماده ۴۲۵ یا فسخ کند یا قبول به همراه ارش.

• جمع‌بندی: ضمان معاوضی قبل از تسلیم

تلف: بیع منفسخ می‌شود و بایع باید ثمن را در صورت دریافت به مشتری بازگرداند (ماده ۳۸۷ ق.م.)

نقص: مشتری می‌تواند به استناد خيار تبعض صفقه معامله را فسخ کند (ماده ۳۸۸ ق.م.)

عیب: اگر قبل از تسلیم در مبیع عیبی حادث شود مشتری خيار عیب خواهد داشت (ماده ۴۲۵ ق.م.)

نکته: حکم ماده ۳۸۷ مختص بیع نیست و در سایر عقود معوض مانند اجار، قرض و معاوضه و ... راه دارد.

نکته: این ماده اختصاص به تلف مبیع قبل از قبض ندارد بلکه اگر ثمن نیز قبل از قبض تلف گردد بیع منفسخ می‌شود؛ اگر مشتری، مبیع را قبض کرده باشد باید به بایع برگرداند و اگر قبض نکرده باشد حق مطالبه ندارد.

نکته: حکم ماده ۴۵۳ به دلیل استثنائی بودنش فقط مختص بیع است.

نکته: حکم ماده ۴۵۳ اختصاص به تلف مبیع، بعد از تسلیم دارد در زمان خيار مختص مشتری دارد لذا اگر ثمن، بعد از تسلیم در زمان خيار مختص به بایع تلف شود بیع، منفسخ نمی‌شود.

نکته: حکم ماده ۴۵۳ در جایی قابلیت اعمال دارد که مبیع، عین معین باشد پس اگر مبیع، کلی باشد، بعد از تسلیم، در زمان خيار مختص به مشتری تلف شود، هزینه تلف به عهده مشتری است.

نکته: حکم ماده ۴۵۳ ناظر به جایی است که مبیع عین معین در زمان خيار مختص مشتری تلف شود پس اگر تلف، در زمان: ۱. خيار مختص بایع ۲. خيار مختص به هر دوی آنها باشد هزینه تلف به عهده مشتری است.

بررسی چند نکته در مورد قوه قاهره:

۱. تلف مبیع عین معین قبل از قبض در اثر قوه قاهره: باعث انفساخ بیع است.

۲. تلف مبیع کلی قبل از قبض (قبل از قبض یعنی مصداق، تعیین شده ولی قبض نشده) در اثر قوه قاهره: منفسخ می‌شود.

۳. تلف مبیع کلی در معین قبل از قبض در اثر قوه قاهره: چنانچه کلّ مصادیق کلی در معین، تلف شود، باعث انفساخ بیع است. اگر در کلی در معین، با وجود تلف شدن بخشی از آن، مقداری از آن هنوز باقی باشد، تلف، اثری در بیع ندارد. در همین کلی در معین اگر بخش تلف‌شده به اندازه‌ای باشد که مبیع (مبیع مورد معامله قرار گرفته)

را در بر گیرد مثلاً دو تُن از ده تُن گندم موجود در انبار، مورد معامله قرار گیرد و نه تُن آن در اثر قوه قاهره تلف شود. عقد، دو قسمت می‌شود به اندازه یک تُن صحیح است و نسبت به یک تُن منفسخ می‌شود؛ عقد، بعض بعض می‌شود و طبق نظر مرحوم کاتوزیان، مشتری خیار تبعض صقیه دارد.

نکته: اگر برای تسلیم مبیع، اجل، تعیین شده باشد و بدون اینکه بایع تعدی و تفریط کرده باشد در اثر قوه قاهره مبیع از بین برود بیع، منفسخ خواهد شد.

نکته: اگر برای تسلیم مبیع، اجل، تعیین شده باشد و مهلت، سپری شود و با وجود آن هنوز تسلیم صورت نگرفته باشد اگر با وجود مطالبه مشتری، بایع از تسلیم خودداری کند، ید امانی بایع به ید ضمانی تبدیل می‌شود و اگر تلف در اثر قوه قاهره، بعد از مطالبه مشتری، بیاید باعث انفساخ عقد نیست و بایع باید مثل یا قیمت بدهد.

نکته: اگر مهلت پایان یابد و مشتری، مطالبه نکند (تأخیر در تسلیم صورت گیرد) و تلف در اثر قوه قاهره در مدت تأخیر تحقق گردد در این صورت، بیع منفسخ می‌شود ولی ید بایع همچنان امانی است زیرا با وجود پایان یافتن مهلت، مشتری مبیع را مطالبه نکرده است.

نکته: اگر قبل از پایان یافتن مهلت، بایع در نگهداری مبیع، تعدی و تفریط کند ید امان او به ید ضمانی تبدیل می‌گردد و مبیع در اثر قوه قاهره تلف گردد، بیع، منفسخ نخواهد شد و بایع باید مثل یا قیمت بدهد. اگر عدم تسلیم از طرف بایع به منظور استفاده از حق حبس باشد و در مدت استفاده از حق حبس، مرتکب تعدی و تفریط شود و بعد از تبدیل شدن ید امانی به ید ضمانی، مبیع در اثر قوه قاهره تلف شود بیع، منفسخ نمی‌شود، باید باید مثل یا قیمت بدهد؛ ولی اگر در همان مثال قبلی، بایع، مرتکب تعدی و تفریط نشده باشد با تلف مبیع در اثر قوه قاهره منفسخ می‌شود.

نکته: اگر بایع نه حق حبس داشته و نه بر اساس توافق طرفین، مهلتی برای تسلیم تعیین شده باشد و با مطالبه مشتری بایع از تسلیم خودداری کند و مبیع در اثر قوه قاهره تلف شود؛ منفسخ نمی‌شود.

اتلاف مبیع توسط مشتری: بیع منفسخ نمی‌شود، خریدار حق مطالبه مثل یا قیمت ندارد، حق فسخ به استناد تعدر تسلیم هم ندارد مشروط بر اینکه اغوا نشده باشد اما اگر توسط فروشنده اغوا شود، بابت مثل یا قیمت حق مراجعه به بایع را دارد.

مرحله دوم: ضمان معاوضی بعد از تسلیم

پس از تسلیم، تلف، نقص و عیب علی‌الاصول به عهده مشتری است چون بایع مبیع را فروخته و سالم هم تحویل داده ولی با جمع شدن دو شرط، تلف و نقص و عیب بعد از تسلیم به عهده بایع است که بایستی خاطر نشان ساخت این مورد مختص عقد بیع است.

شرط اول: اگر در عقد بیع یکی از سه خیار مجلس، حیوان یا خیار شرط باشد بایع بعد از تسلیم هم مسئول است. تنها وجه اشتراک این سه خیار این است که اعمال آنها مدت دارد پس بایع بعد از تسلیم می‌داند تا چه وقت مسئول است. در خیار حیوان سه روز، در خیار مجلس تا زمانی که از هم جدا نشده‌اند و در خیار شرط تا زمانی که مدت شرط تمام بشود.

شرط دوم: آن سه تا خیار فقط مختص مشتری باشد یعنی بایع خیار نداشته باشد و اگر بایع هم آن خیار را داشت مسئول نیست. اگر فقط بایع خیار داشته باشد بایع مسئول نیست.

با جمع شدن این دو شرط بعد از تسلیم، بایع مسئول است یعنی اگر مبیع تلف بشود (بدون تقصیر، درحالی که مبیع دست مشتری است)، بیع منفسخ می‌شود و اگر ناقص بشود خیار تبعض صفقه دارد علاوه بر آن سه تا خیار اگر مبیع هم معیوب بشود مشتری خیار عیب دارد (ماده ۴۵۳) این قاعده فقط در بیع است و فقط مختص عین معین است.

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

• جمع‌بندی: ضمان معاوضی بعد از تسلیم

هرگاه مبیع پس از تسلیم به خریدار تلف یا ناقص و یا معیوب شود، علی‌الاصول به عهده مشتری است مگر در سه خیار مجلس، حیوان و شرط آن هم در صورتی که این سه خیار، مختص مشتری باشد که در این صورت تلف، نقص و عیب به عهده بایع است. (ماده ۴۵۳ ق.م.) در مانحن‌فیه چون طرفین، خیار شرط دارند و خیار مختص به مشتری نیست تلف به عهده مشتری است. خلاصه آنکه بعد از تسلیم، تلف به عهده کسی است که خیار ندارد.

ضمان دَرک^{۱۴}:

ضمان یعنی «مسئولیت» و دَرک (که از تدارک می‌آید) یعنی «جبران». ضمان دَرک مربوط به مبحث معامله فضولی است. ضمان دَرک یعنی مسئولیت جبران. مطابق مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ ق.م، هرگاه مبیع، مستحق‌لغیر درآید بایع (فضول)، ضامن دَرک مبیع است (اگرچه به ضمان اشاره نشده باشد)؛ یعنی باید ثمنی را که از مشتری (اصیل)

^{۱۴} معمولاً در تعریف ضمان درک می‌گویند مبیع کلاً یا جزئاً مستحق‌لغیر درآید یعنی معامله‌ای فضولی واقع شده باشد (من ماشین الف را فضولاً به ب فروخته باشم و ب این معامله فضولی را رد کند)

توجه شود که ضمان دَرک در حقوق ایران از مصادیق ضمان قهری است زیرا در اثر بطلان بیع به وجود می‌آید. این ضمان، نتیجه فضولی بودن عقد بیع است؛ با وجود این، نباید همه معاملات فضولی رد شده را موجب ضمان دَرک تلقی کرد و آن معامله فضولی‌ای ضمان دَرک است که معوض و تملیک عین باشد.

دریافت نموده مسترد دارد و در صورت جهل مشتری باید از عهده خسارات وارد به مشتری نیز برآید (مثلاً من و الف در صد کیلو برنج که تجزیه پذیر است با هم شریک هستیم، الف، صد کیلو را به ب می فروشد من نسبت به سهم خودم آن را رد می کنم پس قسمتی از مبیع مستحق لغیر درآمد اگر ب جاهل باشد می تواند عقد را فسخ کند). ضمان درک ویژه موردی است که مبیع، عین معین باشد و در مورد مبیع کلی، ضمان درک متصور نیست زیرا تسلیم مبیع کلی به عهده بایع است و بایع باید برای ایفاء تعهد، مالی را که مالک و یا از قبل مالک، مأذون می باشد تأدیه کند؛ در صورتی که پس از تأدیه معلوم شود که آن مال، متعلق به دیگری بوده، کشف می شود که بایع، تعهد خود را انجام نداده و تعهد، باقی می ماند و الزام او را می خواهیم.

مفاد ضمان درک: در صورت مستحق لغیر درآمدن کل یا بعض بایع، باید ثمن را پس بدهد و در صورت جهل مشتری غرامات را هم باید بدهد.

برای تحقق ضمان درک سه شرط لازم است:

۱. انعقاد معامله فضولی (همیشه ضمان درک مربوط به معامله فضولی است).
۲. گرفتن عوض به وسیله فضول: فضول باید عوض را از اصیل بگیرد.
۳. رد معامله توسط مالک: یعنی مالک، معامله را رد کند؛ به عبارت دیگر معامله باطل باشد. پس اگر مالک، معامله فضولی را قبول کند ضمان درک پیش نمی آید چون که در ضمان درک، عقد، باطل است، مَثَبِ این امر نیز واژه «فساد» است که در ماده ۳۹۱ ق.م. آمده است.

با جمع شدن این سه شرط می گویند بایع «فضولی»، ضامن درک مبیع است، که متأسفانه بعد از کلمه «بایع» واژه «فضولی» را نمی گویند و معمولاً می گویند «بایع، ضامن درک مبیع است» و این یعنی:

۱. بایع فضولی باید ثمن را به اصیل پس بدهد.
۲. بایع فضولی اگر اصیل، جاهل به فضولی بودن معامله بود خسارات وی را هم باید بدهد ولی اگر اصیل، عالم بود فقط ثمن را پس می دهد.

نکته: ضمان درک تنها ناظر به رابطه فروشنده فضولی و خریدار (اصیل) است و فروشنده ابتدائاً باید عوض دریافتی از خریدار را به او مسترد دارد؛ پس ضمان درک از آثار معامله فضولی است یعنی رابطه فضول و اصیل. فضول، مال غیر را فروخته پول آن را هم گرفته؛ حالا باید پول را پس بدهد. این را ضمان درک گویند.

ماده ۳۹۰ ق.م. می خواهد تأکید کند ضمان درک را در قراردادهای تنویدی؛ به عبارت دیگر ضمان درک، یک ضمان قهری (ضمان غیر قراردادی) است.

ماده ۳۹۰: اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق لغیر درآمد بایع ضامن است اگر چه تصریح به ضمان نشده باشد.

ماده ۳۹۱ قانون مدنی در مقام بیان این موضوع است که: حال که می‌گوییم بایع ضامن است باید چه کار کند: ماده ۳۹۱: در صورت مستحق‌لغیر درآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده گرامات وارده بر مشتری نیز برآید. نکته ۱: بایع فضولی باید در هر حال ثمن را بدهد چه اصیل، جاهل باشد چه عالم. نکته ۲: ضامن درک در مبحث بیع آمده ولی مختص بیع نیست و در تمام عقود معوض وجود دارد. نکته ۳: قانون مدنی در ضامن درک اشاره داشته: بایع، ضامن درک مبیع است، ولی همیشه این‌طور نیست. معمولاً (و نه همیشه) در بیع فضولی، بایع فضول است، یعنی مبیع، مال غیر است ولی 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؛ پس در صورت مستحق‌لغیر درآمدن ثمن، مشتری (فضول) ضامن درک ثمن است و باید مبیع را به بایع مسترد دارد و در صورت جهل بایع، خسارات او را جبران نماید. در قانون مدنی دو ماده داریم که گفته مشتری، ضامن درک است. (بند ۲ ماده ۳۶۲ و ماده ۶۹۷ ق.م): ماده ۳۶۲: آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است:

۱. به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود.^{۱۵ ۱۶}
۲. عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد.
۳. عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید.

^{۱۵} انتقال مالکیت در بیع کلی همیشه با تسلیم نیست گاهی تعیین مصداق، بدون تسلیم نیز، موجب انتقال مالکیت است، مانند مشخص کردن کالا و تحویل آن به متصدی حمل و نقل. طبق بند یک این ماده به مجرد وقوع بیع، مالکیت منتقل می‌شود البته این اصل دارای استثنائات قانونی و قراردادی می‌باشد: استثنائات قراردادی: ۱. شرط تأخیر مالکیت؛ ۲. شرط تعلیق مالکیت؛ در بحث عقد معلق، شرط تأخیر مالکیت را بررسی کردیم و این شرط، کاملاً صحیح بود. تفاوت این شرط با عقد مؤجل: در عقد مؤجل مالکیت حاصل می‌شود اما در شرط تأخیر، تا قبل از مؤعد، مالکیت منتقل نمی‌شود و در این شرط، بعد از گذشتن مؤعد، مبیع تسلیم می‌شود. تفاوت این شرط با عقد معلق: در عقد معلق مانند شرط تأخیر مالکیت، مالکیت با انعقاد عقد منتقل نمی‌شود با این تفاوت که در شرط تأخیر، مالکیت بعد از انقضای مدت خود به خود منتقل می‌شود و منوط به حادثه احتمالی و خارجی و استقبالی نیست در حالی که در معلق، منوط به وقوع معلق‌علیه است. استثنائات قانونی: ۱. در بیع صرف، انتقال مالکیت از زمان قبض است. ۲. در بیع شرط، طبق قانون ثبت، ناقل مالکیت نیست و رهنی حساب می‌شود. ^{۱۶} فروشنده یا خریدار بعد از عقد بیع و قبل از تسلیم مبیع ورشکسته شود در این صورت، انتقال مالکیت به موجب عقد بیع، طلبکاران ورشکسته، حق مطالبه آن را نخواهند داشت.

۴. عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند.^{۱۷}

ماده ۶۹۷: ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق‌الغیر درآمدن آن جایز است. [ضمن عهده از بایع به این معنی است که اگر مبیع، مستحق‌الغیر درآید، ثمن به خریدار بازگردانده می‌شود و همچنین، ضمان عهده خریدار نسبت به بازگرداندن مبیع در صورت فساد عقد]

ضمن درک را نباید با ضمان عهده اشتباه گرفت. در ضمان درک، مبیع، مستحق‌الغیر درمی‌آید و فروشنده باید ثمن را به خریدار پس بدهد؛ همچنین ممکن است ثمن، مستحق‌الغیر درآید که خریدار باید مبیع را به فروشنده پس بدهد. ضمان عهده یعنی ضمان از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق‌الغیر درآمدن. من خانه‌ام را یک میلیارد به الف می‌فروشم؛ بعد، این مبیع، مستحق‌الغیر درآید یعنی مال شخص دیگری بوده و آن شخص معامله بین من و الف را رد می‌کند و اینجاست که معامله، باطل می‌شود؛ حال که معامله باطل شد من باید به الف ثمن‌اش را پس بدم (به این می‌گویند: ضمان درک مبیع^{۱۸}) اگر ب بیاید از من ضمانت کند که ثمن را بدهم، به این، ضمانت عهده گویند. برعکس، اگر ثمن مستحق‌الغیر درآید شما باید مبیع را برگردانید اگر به شخصی بیاید و ضامن اوون کسی بشه که باید مبیع را برگرداند بهش می‌گویند ضامن عهده ثمن^{۱۹}.

خلاصه اینکه بایع، ضامن درک مبیع است پس باید ثمن را پس بدهد. مشتری، ضامن درک ثمن است پس باید مبیع را پس بدهد یعنی فصول هر چه گرفته باید پس بدهد. فصول، ضامن درک است و باید عوض را پس بدهد بایع، ثمن می‌گیرد و مشتری، مبیع که باید اینها را برگردانند.

نکته ۴: در ضمان درک، بایع باید ثمن را پس بدهد. در ضمان معاوضی وقتی مبیع تلف می‌شد باید ثمن را پس می‌داد. پس ضمان درک و ضمان معاوضی یک شباهت دارند و گفته‌اند که «ضمن درک» نوعی «ضمن معاوضی» است چون در هر دو باید ثمن را پس بدهند. اسم دیگر ضمان معاوضی، «ضمن معاملی» است پس اگر سؤال شد «آیا ضمان درک یک نوع ضمان معاوضی است؟» پاسخ، مثبت است. با مسامحه گفته شده است ضمان درک، ضمان معاوضی (معاملی) است.

نکته ۵: ضمان درک ویژه عین معین است. در کلی اگر بایع مال غیر را به مشتری بدهد این معامله فضولی نیست، در واقع بایع وفای به عهد نکرده است که در این صورت مشتری، آن مال را پس می‌دهد و به بایع می‌گوید: «لطفاً

^{۱۷} به رأی وحدت رویه‌ای که به موجب آن در صورت بطلان عقد، کاهش ارزش ثمن نیز قابل مطالبه می‌باشد توجه کنید.

^{۱۸} درک یعنی «از بین رفتن»، «به درک واصل شدن» وقتی می‌گوییم درک مبیع یعنی مبیع از بین رفته، حالت عکسش هم ممکنه اتفاق بیافته که ثمن هم مال کسی دیگه باشد.

^{۱۹} به ضمان ثمن هم داریم: به این شکل که عقد، صحیح است و مشکلی ندارد و شما می‌آیید ضامن می‌شوید که ثمن را مشتری به بایع بدهد؛ همین!

برو مصداقی را بیاور که مال خودت باشد». پس جایی که معامله فضولی نیست ضمان درک هم نیست؛ اصلاً در کلی، معامله، فضولی نیست. پس مشتری، آن برنج را پس می‌دهد و طرف مقابل، برنج خودش را می‌دهد.

نکته ۶: قواعد ضمان درک امری نیست و تکمیلی است و طرفین می‌توانند بر خلاف آن تراضی کرده و مسئولیت ناشی از آن را تشدید، تخفیف و یا حذف (رفع) نمایند^{۲۰} (البته این نکته لازم به تأکید است که نفوذ شرط بر خلاف حکم ماده ۳۹۰ قانون مدنی اختلافی است ولی مرحوم کاتوزیان و نیز رویه قضایی این نظر را تأیید می‌کنند که شرط بر خلاف ضمان درک، مخالف مقتضای ذات عقد بیع نیست و درست است). با این حال ما می‌گوییم می‌شود به سه صورت بر خلاف قواعد ضمان درک توافق کرد که هر یک را به همراه احکام آن بررسی می‌کنیم:

صورت اول: شرط عدم ضمان درک (شرط عدم مسئولیت) که یک نوع شرط عدم مسئولیت است. مثال: فروشنده شرط می‌کند که به شرطی می‌فروشد که اگر معلوم شد این مال که می‌فروشد مال وی نبود، پول مشتری را پس ندهد. طرف مقابل هم قبول می‌کند و این را شرط عدم ضمان درک گویند.

صورت دوم: شرط تخفیف ضمان درک. مثال: بایع می‌گوید اگر معلوم شد معامله فضولی بوده و من فضولم (یعنی اگر معلوم شد این مال، مال غیر است) من به طور کامل ضامن درک نباشم (مثلاً بخشی از پول را برگردانم) و خریدار (اصیل) هم قبول می‌کند.

• در مورد شرط سقوط یا تخفیف ضمان درک بایستی تأکید کرد: هرگاه ثابت شود که فروشنده با آگاهی به وضع خود، ملک دیگری را فروخته باشد باید ثمن معامله را پس بدهد و در این حالت، شرط سقوط یا تخفیف ضمان درک با وجود این اقدام متقلبانه بایع (فروشنده) اثری ندارد.

صورت سوم: عکس صورت دوم است یعنی شرط تشدید ضمان درک. مثلاً بایع می‌گوید: «شما این مال را از من بخرید و اگر مال غیر درآمد دو برابر ثمن را به تو می‌دهم». این شرط به نظر بلاشکال است.

چند نکته راجع به ضمان درک:

نکته: طبق نظر برخی اگر ثمن هم مستحق‌الغیر درآید ضمان درک وجود دارد (ثمن، زمانی باعث ضمان درک می‌شود که خرید فضولی باشد و مبیع، زمانی باعث ضمان درک می‌شود که فروش فضولی باشد).

^{۲۰} شرط تشدید ضمان معاوضی از جهتی شبیه شرط فاسخ است زیرا باعث منفسخ شدن عقد بیع می‌شود. شرط تشدید ضمان معاوضی یعنی اینکه مثلاً طرفین، شرط کنند که بعد از تسلیم هم ضمان، به عهده بایع باشد.

نکته: اگر تعیین انفساخ بدون تشدید ضمان معاوضی باشد و معلق‌علیه نیز تلف شدن مبیع در اثر قوه قاهره باشد: حادث شدن معلق‌علیه (تلف مبیع در اثر قوه قاهره) باعث انفساخ بیع می‌گردد و در اثر انفساخ، بایع باید ثمن را به مشتری برگرداند و مشتری هم باید مثل یا قیمت آن را به بایع بدهد در حالی که شرط تشدید ضمان معاوضی باعث انفساخ بیع می‌گردد یعنی مشتری را از تعهد دادن مثل یا قیمت معاف می‌دارد.

خيارات (مواد ۳۹۶ تا ۴۵۷)

خيار يعنى حق فسخ عقد لازم. به عبارت بهتر، خيار يا خيار فسخ، عبارت است از حق برهم زدن عقد لازم. خيار فقط در عقد لازم است (ماده ۴۵۶ ق.م.)؛ خيار در عقد جايز راه ندارد و اصلاً بهتر است بگويم: إعمال خيار در عقد جايز معنا ندارد؛ چرا كه ماده ۱۸۶ قانون مدنى در تعريف عقد جايز مى‌گويد: «عقد جايز آن است كه هر يك از طرفين بتواند هر وقتى بخواهد، آن را فسخ كند.»

ماده ۴۵۶: تمام انواع خيار در جميع معاملات لازمه ممكن است موجود باشد مگر خيار مجلس و حيوان و تأخير ثمن كه مخصوص بيع است.

ماده ۳۹۶ قانون مدنى، ده خيار را برشمرده كه مطلوب است خيار تفليس و خيار تَعَدُّر تسليم را بر شمارِ خيارها افزود.

مبنای خيارات: ممكنه قراردادی باشد مثل خيار شرط؛ ممكنه قانونی باشد مثل ساير خيارات.

به ارث رسيدن خيار: همانطور كه گفتيم حق فسخ در عقود لازم «خيار» نام دارد و مطابق ماده ۴۴۵ ق.م. به ارث مى‌رسد، زيرا در زمره حقوق مالی مى‌باشد.

ماده ۴۴۵: هر يك از خيارات بعد از فوت منتقل به وراث مى‌شود.

این قاعده سه استثناء دارد كه دو مورد این استثنائات در قانون ذكر شده و يك مورد اشاره‌ای نشده است. مواد ۴۴۶ و ۴۴۷ ق.م. دو مصداق از خيار شرط را قابل توارث نمى‌داند. بنابراین مطابق قانون مدنى تنها خيارى كه ممكن است به ارث نرسد خيار شرط است آن هم در دو موردی كه در مواد فوق بيان شده است ولى به نظر مى‌رسد خيار مجلس نیز على‌الاصول به ارث نمى‌رسد؛ زيرا مرگِ يکى از طرفين در حكم جدایی است.

• اگر خيار شرط به قيدِ مباشرتِ طرف باشد به ارث نمى‌رسد (ماده ۴۴۶)

ماده ۴۴۶: خيار شرط ممكن است به قيد مباشرت و اختصاص به شخص مشروطاً له قرار داده شود در این صورت منتقل به وراث نخواهد شد.

• خيار شرط اگر برای ثالث باشد و ثالث بميرد به وراثش نمى‌رسد و از بين مى‌رود (ماده ۴۴۷). خيار شرطی كه برای ثالث در عقد درج مى‌شود، چون برای نامبرده ایجاد حق نمى‌نماید، پس از فوتِ ثالث به ورثه او منتقل نمى‌شود؛ چراكه در این فرض، خودِ ثالث، داور و معتمدِ طرفين است نه صاحب حق.

ماده ۴۴۷: هرگاه شرط خيار برای شخصى غير از متعاملين شده باشد منتقل به ورثه نخواهد شد.

• به استثناء سوم در قانون اشاره‌ای نشده و حقوقدانان آن را نام برده‌اند؛ بدین شرح که: خیار مجلس موقعی به ارث می‌رسد که وقتی طرف می‌میرد اگر تمام وراثش در مجلس باشند خیار مجلس به همه می‌رسد اما اگر حتی یکی از وراث در مجلس نباشد خیار از بین می‌رود و به هیچ کس نمی‌رسد؛ پس اگر تمام یا بعض وراث در مجلس نباشند، مرگ مورث در حکم جدایی است و خیار مجلس از بین می‌رود.

نکته: وقتی خیار به ارث رسید وراث باید دسته جمعی فسخ کنند (همه با هم) که به این حالت ایقاع جمعی می‌گویند (می‌دانیم که فسخ، ایقاع است). اگر یکی از وراث مخالف باشد بقیه وراث هیچ کاری نمی‌توانند بکنند.

نکته: در معامله‌ی اموال غیرمنقول اگر برای متوفی خیار باشد، این خیار به زن می‌رسد.

مقایسه خیار با حق شفعه:

۱. هر دو حق مالی‌اند ولی خیار نه حق عینی است و نه حق دینی. حق شفعه، حق عینی است.
۲. هر دو قابل اسقاط هستند.
۳. هیچکدام قابل انتقال ارادی نیستند. خیار قابل انتقال ارادی نیست و حق شفعه هم قابل انتقال ارادی نیست. یعنی مثلاً من نمی‌توانم خیارِ عَبنم را منتقل کنم و مبیع بماند. در شفعه هم نمی‌توانم زمین را نگه دارم، شفعه را منتقل کنم.
۴. نحوه ارث خیار و قیاس با حق شفعه: هر دو به ارث می‌رسند (یعنی قابل انتقال قهری هستند). خیار به ارث می‌رسد و حق شفعه هم به ارث می‌رسد. هنگامی که خیار به ارث می‌رسد، همه وراث باید با آن موافق باشند و اگر یکی با اِعمالِ خیار مخالفت کند فسخ نمی‌شود. اگر یک یا چند نفر از وراث، حق خودشان (حق شفعه) را اسقاط کنند باقی وراث نمی‌توانند آن را نسبت به سهم خود اجرا کنند؛ یا کلاً صرف نظر کنند یا شفعه را نسبت به کل مبیع اِعمال کنند.
- نکته: در حق شفعه، زن ارث می‌برد. در مورد معامله زمین، زن از خیار زمین ارث می‌برد (از زمین نه ولی از خیارش می‌برد).

ماده ۳۹۶: خیارات از قرار ذیل‌اند:

۱. **خیار مجلس** (اختیار برهم‌زدن بیع تا زمانی که دو طرف در کنار هم هستند و از هم جدا نشده‌اند)
۲. **خیار حیوان** (اختیار فسخ معامله خرید حیوان برای مشتری تا سه روز پس از عقد)
۳. **خیار شرط** (شرطی در قرارداد که به یکی از دو طرف یا شخص ثالثی در مدت معینی اختیار فسخ قرارداد را می‌دهد)

۴. **خيار تأخير ثمن** (اختيار در فسخ معامله بر اثر عدم پرداخت ثمن در ظرف سه روز از تاريخ بيع)
۵. **خيار رؤيت و تخلف [از] وصف** (خيار بر هم زدن قرارداد برای شخصی که مالی را ندیده و فقط به اعتبار اوصافی که برای آن ذکر شده خریده باشد و موضوع معامله دارای اوصافی که ذکر شده نباشد)
۶. **خيار غبن** (اختيار فسخ معامله برای کسی که دچار غبن فاحش شده است)
۷. **خيار عيب** (اختيار فسخ معامله به دليل عيبی که در مبيع بوده و مشتری در هنگام عقد از آن اطلاع نداشته)
۸. **خيار تدليس** (اختيار فسخ برای کسی که فریب خورده باشد)
۹. **خيار تبعض صفقه** (خيار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد نسبت به بعضی از جهات باطل باشد، در این صورت مشتری حق خواهد داشت معامله را فسخ کند یا به نسب قسمتی که معامله واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که باطل بوده است عوض را استرداد کند)
۱۰. **خيار تخلف شرط** (هرگاه شرطی ضمن عقد به نفع یکی از متعاملین شده باشد، در صورت تخلف شرط، مشروط له - کسی که شرط به نفع اوست - با حدود و شرایطی می‌تواند معامله را فسخ کند. این نوع حق فسخ در فقه «خيار اشتراط» هم نامیده شده است. احکام خيار تخلف شرط همانگونه است که در مواد ۲۳۴ الی ۲۴۵ قانون مدنی ذکر شده است و در مدنی ۳ خواندید).
- **خيار تعذر تسليم** یکی از انواع خيار فسخ است که بر پایه آن در صورت ناممکن شدن انجام تعهد برای یکی از طرفین عقد، طرف دیگر حق برهم زدن قرارداد را به دست می‌آورد. قانون مدنی از خيار تعذر تسليم به صراحت سخن نگفته، لیکن علاوه بر منابع فقهی می‌توان در این خصوص به مواد ۲۳۹، ۲۴۰، ۳۸۰، ۴۷۶ و ۵۳۴ قانون مدنی استناد کرد.
- **خيار تفليس** عبارت است از صدور حکم دادگاه به اینکه اموال شخص، کمتر از دیون اوست. به دیگر سخن تفليس عبارت از منع شخص مدیون از تصرف در اموال خود به حکم دادگاه برای حفظ حقوق بستانکاران است. شخصی که دادگاه چنین حکمی درباره او صادر کرده و بدین ترتیب عدم قدرت او را به پرداخت دیونش احراز نموده مُفلس نامیده می‌شود. قانونگذار خيار تفليس را در زمره خيارات مذکور در ماده ۳۹۶ قانون مدنی نام نبرده، ولی ماده ۳۸۰ را به این خيار اختصاص داده. در این ماده می‌خوانیم: در صورتی که مشتری مُفلس شود و عین مبيع نزد او موجود باشد، بايع حق استرداد آن را دارد و اگر مبيع هنوز تسليم نشده باشد می‌تواند از تسليم آن امتناع کند. استرداد مبيع از مشتری مُفلس، جز با فسخ عقد امکان ندارد (خيار تفليس).

از این ۱۲ خيار، سه موردش فقط در بيع وجود دارد:

۱. **خيار مجلس** (اختيار برهم زدن بيع تا زمانی که دو طرف در کنار هم هستند و از هم جدا نشده‌اند)
۲. **خيار حيوان** (اختيار فسخ معامله خرید حيوان برای مشتری تا سه روز پس از عقد)

۳. **خيار تأخير ثمن** (اختيار در فسخ معامله بر اثر عدم پرداخت ثمن در ظرف سه روز از تاريخ بيع)

این سه خيار فقط ویژه بيع است که به آنها «**خيارات مختص بيع**» گویند و بقیه خيارات را «**خيارات مشترک**» گویند (ماده ۴۵۶ ق.م.ا).

ماده ۴۵۶: تمام انواع خيار در جميع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خيار **مجلس و حيوان و تأخير ثمن** که مخصوص بيع است.

نکته: با وجود عبارت فوق نباید اینگونه تصور کرد که آن ۹ خيار دیگر در همه عقود هست. اینگونه نیست! یک فرمول وجود دارد: «**خيار بايد با ماهيت عقد، سازگار باشد.**» مثلاً خيار غبن مربوط به عقود معوض است (مثلاً خيار غبن در صلح نمی‌آد) و یا مثلاً خيار شرط در سه عقد وجود ندارد یکی نکاح (ماده ۱۰۶۹ ق.م.ا) یکی ضمان و یکی وقف و برای دو مورد اخير ماده‌ای وجود ندارد.

ماده ۱۰۶۹: شرط خيار فسخ نسبت به عقد نکاح، باطل است ولی در نکاح دائم، شرط خيار نسبت به صداق^{۲۱} جایز است مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد.

نکته: خيار شرط دو ویژگی دارد که آن را از باقي خيارات متمایز می‌کند:

۱. خيار شرط ناشی از عقد است یعنی اینکه خيار شرط باشد یا نباشد بستگی به اراده طرفین دارد؛ طرفین بخواهند شرط می‌گذارند و اگر نخواهند شرط نمی‌گذارند. اما بقیه خيارات ناشی از قانون است و به اراده طرفین نیست. خيار شرط منشأ قراردادی دارد و بقیه خيارات منشأ قانونی دارند. پس خيارات همه به حکم قانون ایجاد می‌شوند جز خيار شرط که با تراضی طرفین ایجاد می‌شود.
۲. خيار شرط تنها خياری است که ثالث هم حق اعمال آن را دارد. بقیه خيارات مربوط به طرفین عقد است. به عبارت دیگر، خيار، حق طرفین عقد یا یکی از آنها است به جز خيار شرط که می‌تواند برای ثالث هم باشد.

• **خيارات از نظر مدت سه گروه می‌باشند:**

گروه اول: خيارات مدت‌دار که سه تا است:

۱. **خيار مجلس:** تا پایان مجلس عقد یا به عبارت دیگر، تا زمان جدایی متبایعین (دو طرف عقد بيع)
۲. **خيار حيوان:** تا سه روز از حین عقد

^{۲۱} قرآن کریم از مهریه، به «صداق» تعبیر کرده است. چنانکه می‌فرماید: (وَاتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) (نساء: آیه ۴) «و مهر و کابین زنان را، به صورت هدیه و با رغبت بدهید». از اینکه قرآن از مهریه به صداق تعبیر می‌کند شاید نکته‌اش آن باشد که مهریه، نشانه صداقت مرد در علاقه و دوستی به همسر است.

۳. خيار شرط: تا سررسيد مدت معيني که با تراضي طرفين مشخص مي‌شود

گروه دوم: خيارات فوري خياراتي هستند که مدت ندارند ولي فوري‌اند. اينکه مي‌گوييم فوري هستند يعني از تاريخ علم به وجود خيار بايستي فوراً اعمال شوند. به عبارت بهتر، هر وقت فهميدند خيار دارند، فوري بايد آن را اعمال کنند. اصل اين است که خيار، فوري نيست (اصل بر عدم فوريت خيار است) پس خيارهاي فوري استثناء هستند و نياز به تصريح دارند.

خيارات فوري چهار مورد است که در قانون مصرح گرديده:

۱. خيار رؤيت (ماده ۴۱۵: خيار رؤيت و تخلف وصف بعد از رؤيت فوري است).

۲. خيار غبن (ماده ۴۲۰: خيار غبن بعد از علم به غبن فوري است).

۳. خيار عيب (ماده ۴۳۵: خيار عيب بعد از علم به آن فوري است).

۴. خيار تدليس (ماده ۴۴۰: خيار تدليس بعد از علم به آن فوري است).

گروه سوم: خيارات غير فوري که نه مدت دارند و نه فوري هستند. از آنجا که گفتيم اصل بر عدم فوريت است بنابر اين اصل بر اين است که خيار فوري نباشد، به عبارت ديگر، خيارات فوري خلاف اصل مي‌باشد در نتيجه نياز به تصريح قانونگذار دارد اما خيارات غيرفوري نياز به تصريح قانونگذار ندارند؛ و عبارتند از:

۱. خيار تأخير ثمن

۲. خيار تبعض صفة

۳. خيار تخلف شرط (يا تخلف از شرط)

۴. خيار تفليس

۵. خيار تعذر تسليم

اينجوري ياد بگيرين: هر خياري که اولش «ت» داشت غيرفوري است به جز خيار تدليس و تخلف وصف.

نکته: از حيث موضوع، بعضی از خيارات در کلی در معين نيستند. در عين معين، کلیه خيارات در عقود با موضوع عين معين وجود دارد اما در کلی فی‌الذمه اصولاً خيارات وجود دارد اما استثنائاً چند تا خيار وجود دارد که اين خيارات در کلی فی‌الذمه راه ندارد: ۱. خيار حيوان؛ ۲. خيار عيب؛ ۳. خيار تدليس؛ ۴. خيار رويت و تخلف وصف؛ ۵. خيار تأخير ثمن.

خيارات:

۱. خيار مجلس (ماده ۳۹۷ ق.م.)

ماده ۳۹۷: هر يك از متبايعين بعد از عقد في المجلس و مادام كه متفرق نشده‌اند اختيار فسخ معامله را دارند.
نکته: خيار مجلس اختصاص به يك طرف عقد بيع ندارد و براي هر دو طرف آن به وجود مي‌آيد، هم بايع و هم مشتري؛ پس اين خيار مختص به بيع و طرفيني است.

نکته: خيار مجلس در عقد بيع كلي هم هست در حالي كه بعداً خواهيم گفت بعضي از خيارات در كلي نيست.
نکته: خيار مجلس با عقد به وجود مي‌آيد. بعضي از خيارات بلافاصله با عقد به وجود مي‌آيند. بعضي از خيارات هم بعد از عقد به وجود مي‌آيند.

نکته: خيار مجلس استثناء است و مبنای آن يك روايت است. اينكه مي‌گوئيم استثناء است يعني اصل، عدم وجود خيار مجلس است. پس وقتي استثناء است بايد تفسير مضيق بشود و هر جا شك كرديم خيار مجلس داريم يا نداريم، بايد بگوئيم نداريم.

نکته: در بيع به وسيله تلفن بعضي گفته‌اند خيار مجلس هست و بعضي گفته‌اند نيست كه بايد گفت در بيع به وسيله تلفن خيار مجلس وجود ندارد.

نکته: در بيع به وسيله مكاتبه (تلفني، اينترنتي)، خيار مجلس نيست.

نکته: در معامله با خود (يعني معامله‌اي كه يك نفر، وكيل دو طرف عقد باشد)، خيار مجلس وجود ندارد.

نکته: اگر معامله به وكالت منعقد شده باشد، وكيل خيار ندارد مگر اينكه وكالت در فسخ نيز به او داده شده باشد.

نکته: مرگ يكي از طرفين در حكم جدائي است و وارثان متوفي نمي‌توانند در مجلس عقد حاضر شوند و بيع را فسخ كنند.

نکته: در بيع صرف، خيار مجلس وجود ندارد.

۲. خيار حيوان (ماده ۳۹۸ ق.م.)

ماده ۳۹۸: اگر مبيع حيوان باشد مشتري تا سه روز از حين عقد اختيار فسخ معامله را دارد.

توجه: به اعتقاد برخي، خيار حيوان از مصاديق خيار عيب است با اين تفاوت كه در خيار حيوان، قانونگذار، عيب مبيع را مفروض دانسته و خريدار را از اثبات آن معاف کرده و چون خيار عيب، ويژه عين معين است؛ لذا خيار حيوان هم در كلي راه ندارد.

نکته: طبق ظاهر ماده، خيار حيوان فقط مخصوص مشتري است.

نکته: خيار حيوان در بيع كلى وجود ندارد (يعنى فقط در بيع عين معين و بيع كلى در معين وجود دارد).

نکته: خيار حيوان با عقد به وجود مى آيد (مبدأ آن عقد است) تا سه روز. فرض كنيد الان شنبه ساعت ۹ صبح است و حيوان را خريده ايد: تا ۹ صبح فردا، يك روز تا ۹ صبح دوشنبه، دو روز و تا ۹ صبح سه شنبه كه مى شود سه روز، خيار داريم يعنى از لحظه عقد به مدت سه روز.

نکته: خيار حيوان در بيع حيوان زنده وجود دارد؛ «حى» يعنى «زنده»، حيوان مرده كه ديگر حيوان محسوب نمى شود.

۳. خيار شرط (مواد ۳۹۹ تا ۴۰۱ ق.م.)

ماده ۳۹۹: در عقد بيع ممكن است شرط شود كه در مدت معين براى بايع يا مشتري يا هر دو يا شخص خارجى اختيار فسخ معامله باشد. [شرط فاسخ هم بايد مدت داشته باشد وگرنه مبطل عقد است]

«خيار شرط» با «شرط خيار» مترادف است. «خيار اشتراط» يا «حق عدول از معامله» يا «اختيار انصراف از معامله» نيز نامهاى ديگر اين خيار است.

توجه: تعيين وجه التزام يا پشيمانى به معنای خيار شرط نيست.

خيار شرط اختصاص به يك طرف ندارد؛ براى هر دو طرف يا براى ثالث مى توان شرط كرد. خيار شرط ۷ حالت مى تواند داشته باشد: (۱) فقط بايع خيار داشته باشد، (۲) فقط مشتري خيار داشته باشد، (۳) فقط شخص ثالث خيار داشته باشد، (۴) بايع و مشتري هر دو خيار داشته باشند^{۲۲}، (۵) بايع و شخص ثالث هر دو خيار داشته باشند، (۶) مشتري و شخص ثالث هر دو خيار داشته باشند، (۷) بايع و مشتري و شخص ثالث هر سه خيار داشته باشند.

نکته: خيار شرط در عقد كلى هم هست.

نکته: خيار شرط بر دو قسم است، متصل و منفصل. خيار شرط متصل، خيار شرطى است كه ابتدای آن، زمان عقد است و اگر در عقد، ابتدای مدت خيار شرط ذكر نشود اين خيار، متصل محسوب مى گردد. خيار شرط منفصل، خيار شرطى است كه ابتدای آن بعد از عقد مى باشد.

ماده ۴۰۰: اگر ابتداء مدت خيار ذكر نشده باشد، ابتداء آن از تاريخ عقد محسوب است و الا تابع قرارداد متعاملين است. [اصل بر متصل بودن است]

^{۲۲} اگر خيار شرط براى ثالث باشد، بعد از فوت طرفين، خيار شرط ساقط نمى شود. اگر خيار شرط براى ثالث باشد، بعد از فوت صاحب ثالث، خيار به وراثت نمى رسد زيرا به او حقی تعلق نمى گيرد.

^{۲۳} اگر خيار شرط براى طرفين باشد، بعد از فوت صاحب خيار، خيار به ارث مى رسد چون خيار حق مالی است.

الف و ب عقدی را جاری می‌سازند، مقرر می‌شود الف از امروز (شنبه) به مدت یک هفته اختیار داشته باشد، این مثال اختیار شرط متصل می‌شود؛ اما اگر با فرض اینکه امروز شنبه است بین الف و ب مقرر شود الف از سه‌شنبه به مدت یک هفته اختیار داشته باشد، این مثال اختیار شرط منفصل می‌شود. الف و ب عقدی را منعقد می‌کنند و مقرر می‌شود الف تا یک هفته اختیار داشته باشد، که این مثال اختیار شرط متصل می‌شود.

نکته: اختیار شرط انتهایش باید مشخص باشد یا به عبارت دیگر مدت آن باید مشخص باشد و اگر مدتش مشخص نباشد طبق ماده ۴۰۱ هم شرط باطل است و هم عقد؛ چون شرط مجهولی است که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود.

هرگاه مدت اختیار معلوم نباشد، اعم از اینکه برای آن اصلاً مدتی ذکر نشود و یا اینکه اختیار شرط برای همیشه و یا به مدت عمر شخصی باشد، چون معلوم نیست که حق فسخ تا چه زمانی ادامه دارد، در صورت معوض بودن عقد (که غالباً نیز همین طور است) معامله، غرری^{۲۴} و باطل خواهد بود.

مثلاً من خطاب به شما می‌گویم: «خانه‌ام را فروختم ۵۰۰ میلیون و برای خودم اختیار گذاشتم!»؛ شما هم می‌پذیرید. این معامله غرری و باطل است چراکه مدت اختیار بواسطه اینکه اصلاً مدتی ذکر نشده است معلوم نیست؛ در واقع چون معلوم نیست که من تا چه زمانی می‌توانم از این اختیار استفاده کنم شرط اختیار و معامله باطل است زیرا موجب جهل به عوضین می‌شود.

ماده ۴۰۱: اگر برای اختیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط اختیار و هم بیع باطل است.

نکته: ماده ۴۰۱ که مقرر داشته اگر اختیار، مدت نداشته باشد عقد باطل است، مربوط به عقود معوض است. در عقود مجانی چون غرر وجود ندارد می‌توان بدون تعیین مدت، اختیار شرط گذاشته شود (مانند صلح بلاعوض و هبه) که مشکلی ندارد و غرری نیست. پس به اطلاق ماده ۴۰۱ ق.م. نمی‌توان اعتماد نمود.

نکته: ماده ۴۰۱، مخصوص عقود مغایه است و اصولاً در عقود مسامحه‌ای اجرا نمی‌شود، بنابراین در عقود مسامحه‌ای اصولاً اختیار شرط می‌تواند دائمی باشد.

توجه: اختیار شرط، تنها خیاری است که می‌تواند برای ثالث ایجاد شود، در این صورت، ثالث، داور حساب می‌شود نه نماینده.

توجه: در کلیه عقود لازم می‌توان شرط اختیار کرد به استثناء نکاح، وقف، ضمان، ایقاع، اقاله و عقد اجاره سال ۵۶ به نفع موجر.

^{۲۴} منظور از معامله غرری معامله‌ای است که توأم با خطر بوده و متعاملین در زمان انجام آن، توان تشخیص سودمند یا زیانبار بودن معامله را ندارند.

ارث رسیدنِ خیارِ شرط: اصولاً به ارث می‌رسد چون حقّ مالی است استثنائاً در حالتی که خیارِ شرط برای ثالث گنجانده شده باشد با فوتِ ثالث، خیار به ورثه او نمی‌رسد مگر شرطِ خلاف شده باشد؛ دومین استثناء: با فوتِ طرفین، خیار به ورثه می‌رسد مگر شرطِ خلاف شده باشد.

۴. خیار تأخیر ثمن (موادّ ۴۰۲ تا ۴۰۹ ق.م.)

ماده ۴۰۲ قانون مدنی: «اگر مبیع، عین خارجی یا در حکم آن بوده و برای تأدیّه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین، آجلی معین نشده باشد اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد، بایع، مختار در فسخ معامله می‌شود.» خیار تأخیر ثمن فقط مربوط به بایع است. این خیار، خیاری است که مختص به یک طرف است و طرف دیگر به هیچ وجه حقّ اعمال آن را ندارد. پس خیار تأخیر ثمن، مختصّ بیع است و مختصّ بایع است (ماده ۴۰۶ ق.م.).

ماده ۴۰۶: خیار تأخیر ثمن، مخصوص بایع است و برای مشتری از جهت تأخیر در تسلیم مبیع این اختیار نمی‌باشد. برای تحقق خیار تأخیر ثمن جمع شدن این چهار شرط لازم است یا به عبارت دیگر برای اینکه خیار تأخیر ثمن بوجود بیاید، چهار شرط به شرح زیر لازم است:

- مبیع کلی نباشد یعنی خیار تأخیر ثمن در بیع کلی راه ندارد و صرفاً در بیع عین معین و کلی در معین ایجاد می‌شود. پس اگر مبیع «کلی» باشد، خیار تأخیر ثمن بوجود نمی‌آید؛ پس برای تحقق این خیار، لازم است مبیع، عین معین و یا کلی در معین باشد.
- مبیع و ثمن هر دو حال باشند یعنی هیچ کدام مؤجل نباشند.
- سه روز از تاریخ بیع بگذرد. پس این خیار بعد از عقد به وجود می‌آید یعنی بعد از سه روز. توجه داشته باشید که خیار حیوان با عقد به وجود می‌آید تا سه روز ولی خیار تأخیر ثمن بعد از سه روز تازه بوجود می‌آید و بعد از آن هم هست. به خاطر دارید که خیار شرط هم متصل و هم منفصل بود که متصل آن با عقد بود و منفصل آن بعد از عقد. پس اصل بر این است که باید از بیع سه روز بگذرد استثنائاً در اموالی که کمتر از سه روز فاسد می‌شوند خیار از زمانی است که خیار در شُرْفِ فساد قرار می‌گیرد (در فقه به این خیار، خیار «ما یفسد لیومه» گویند) استثناء دوم: در اموالی که دارای نوسان قیمت است خیار از زمانی است که مال، در نوسان قیمت قرار می‌گیرد.
- ماده ۴۰۹: «هر گاه مبیع از چیزهایی باشد که در کمتر از سه روز، فاسد و یا کم‌قیمت می‌شود ابتدای خیار از زمانی است که مبیع مُشْرِف به فساد یا کسر قیمت می‌گردد.»
- در این سه روز نه بایع تمام مبیع را داده باشد و نه مشتری تمام ثمن را داده باشد. پس اگر بایع تمام مبیع را تسلیم نماید و مشتری تمام ثمن را تأدیه نماید دیگر خیار وجود نخواهد داشت. باید توجه داشت که تسلیم بعض از مبیع یا تأدیّه بعض از ثمن، مانع ایجاد خیار نیست. پس اگر قسمتی از مبیع یا ثمن تسلیم شده، خیار وجود دارد.

مثال: من اینگونه ایجاب می‌دهم: «این میز را فروختم یک میلیون تومان» و شما قبول می‌کنید. در این مثال، شرط اول (مبیع، عین معین باشد) هست و شرط دوم هم هست (مبیع و ثمن هر دو حال هستند). شما به من می‌گویید: «اجازه بدهید بروم پول را بیاورم»، من هم می‌گویم: «من میز را نمی‌دهم (حق حبس) تا پول را بیاورید». یعنی در زمان انعقاد عقد، میز تملیک شده است و در صورتی که شما رفتید و تا سه روز نیامدید در واقع شما ضرر نکردید چرا که میز، مال شما شده و اساساً این میز شما است که دست من است و با توجه به مواردی که در ضمان معاوضی خواندیم می‌دانید اگر مبیع تلف شود من باید پاسخگو باشم. با این وجود، قانونگذار جلوی تضرر بایع را با وضع خیار تأخیر ثمن گرفته و اینگونه مقرر داشته: فرصت مشتری برای آوردن ثمن تا سه روز است و بعد از سه روز من بایع حق دارم بیع را فسخ کنم. فلسفه وجودی این خیار جلوگیری از ضرر بایع است.

ماده ۴۰۷: «تسلیم بعضی ثمن یا دادن آن به کسی که حق قبض ندارد خیار بایع را ساقط نمی‌کند.»

نکته: اگر مشتری ثمن را بدهد بایع دیگر خیار ندارد. یک سری موارد وجود دارد که در حکم دادن ثمن است. یعنی دادن ثمن نیست ولی اگر اینها اتفاق بیفتد بایع، خیار ندارد:

- دادن ضامن: وقتی که مشتری برای ثمن، ضامن بدهد و بایع، عقد ضمان را بپذیرد چون ذمه مشتری در این صورت بری می‌شود، بایع خیار تأخیر ثمن ندارد (پس ضامن دادن، در حکم دادن ثمن است).
- اگر ثمن حواله بشود: مثلاً مشتری به بایع می‌گوید: «برو ثمن را از فلانی بگیر» یا بایع به مشتری می‌گوید: «پول را به جای اینکه به من بدهی به فلانی بده چون من به او بدهکارم.» پس اگر ثمن توسط هر کدام از طرفین حواله شود، بایع خیار تأخیر ثمن ندارد.

ماده ۴۰۸: «اگر مشتری برای ثمن، ضامن بدهد یا بایع ثمن را حواله دهد بعد از تحقق حواله، خیار تأخیر ساقط می‌شود.» چون حواله هم نوعی پرداخت حساب می‌شود و پرداخت حتماً نباید نقدی باشد؛ البته باید توجه داشت که ضمان تضامنی در حکم وثیقه است و نه پرداخت، و باعث سقوط خیار نمی‌شود؛ پس دادن ضامن، زمانی در حکم پرداخت است که بدون قید و شرط و موجب نقل ذمه باشد.

موارد سقوط خیار تأخیر ثمن:

۱. التزام بایع به بیع: یعنی خیار خود را ساقط کند. ماده ۴۰۳ قانون مدنی: «اگر بایع به نحوی از انحاء مطالبه ثمن نماید و به قرائن معلوم گردد که مقصود، التزام به بیع بوده است خیار او ساقط خواهد شد»؛

۲. اگر بایع در ظرف سه روز از تاریخ بیع تمام مبیع را تسلیم مشتری کند و مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد دیگر برای بایع، اختیار فسخ نیست اگر چه ثانیاً نحوی از انحاء مبیع به بایع و ثمن به مشتری برگشته باشد؛

۳. دادن ضامن برای ثمن از طرف مشتری؛

۳. حواله دادن.

۵. خیار رؤیت و تخلف وصف^{۲۵} (مواد ۴۱۰ تا ۴۱۵ ق.م.)

خیار رؤیت را در بحث «بیع از روی نمونه» خوانده‌ایم. خیار رؤیت این است که یک نفر مالی را ندیده و به وصف خریده یا از روی نمونه خریده یا اینکه مال را قبلاً دیده و به اعتبار شناخت قبلی خریده و پس از معامله می‌بیند فرق کرده است؛ این را خیار رؤیت گویند که حالت اول را ماده ۴۱۰ گفته و حالت دوم را ماده ۴۱۳.

ماده ۴۱۰: هر گاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید.

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

خیار رؤیت اختصاص به یک طرف ندارد. هر طرف که مال را ندیده باشد (حتی مال خودش) خیار دارد؛ که از چهار حال خارج نیست:

- مشتری مبیع را ندیده است.
- بایع مبیع را ندیده است.
- بایع ثمن را ندیده است.
- مشتری ثمن را ندیده است.

مثال: فرض کنید شما مغازه‌ای در بازار اصفهان دارید. این مغازه به شما ارث رسیده و شما تاکنون اصلاً مغازه را ندیده‌اید. من یک بار می‌روم اصفهان و مغازه شما را می‌بینم؛ زمانی که برمی‌گردم به شما اوصاف دروغ می‌گویم؛ مثلاً می‌گویم مغازه شما تخریب شده و در حال حاضر در آن قابلیت کسب وجود ندارد و شما که من را امین خود می‌دانید در پاسخ می‌گویید: «با این توصیف بهتر است چه کار کنم؟» و من به شما پیشنهاد می‌کنم که مغازه شما را به قیمت پایین می‌خرم و متعاقباً ایجاب من، قبولی از ناحیه شما صورت می‌گیرد. پس از معامله شما به اصفهان می‌روید و می‌بینید که مغازه از شرایط مساعدی برخوردار است؛ در این صورت شما به استناد خیار رؤیت، حق فسخ معامله را دارید. خیار رؤیت در عقد کلی نیست یعنی این خیار صرفاً در عین معین و کلی در معین راه دارد. قاعده: در مواردی که در کلی خیار نیست (مثل خیار رؤیت)، به جای آن الزام است آن وقت اگر الزام نشد، حق فسخ وجود دارد منتها این حق فسخ، خیار تعدُّر تسلیم است نه رویت. یعنی در بیع کلی، خیار رؤیت نیست و به جایش الزام است؛ خیار عیب نیست و به جایش الزام است و اگر الزام نشد خیار تعدُّر تسلیم. این قاعده فقط مخصوص این خیار نیست و به طور کلی وجود دارد.

^{۲۵} در تخلف وصف، مشتری نه می‌تواند بایع را ملزم به ایجاد وصف موردنظر کند و نه می‌تواند از میزان ثمن بکاهد زیرا تمام مبیع در مقابل تمام ثمن قرار دارد.

نکته: اگر وصفی که از آن تخلف شده، خود موضوع باشد معامله باطل است.

نکته: این خیار، غیر از بیع، در سایر عقود نیز راه دارد و مختصّ بیع نیست هم برای مشتری است و هم برای بایع (طرفینی است).

نکته: خیار رؤیت با عقد به وجود می‌آید.

۶. خیار غبن (مواد ۴۱۶ تا ۴۲۱ ق.م.)

خیار غبن اختصاص به یک طرف ندارد، هر طرفی که در معامله غبن فاحش داشته باشد خیار دارد (ماده ۴۱۶ ق.م.) یعنی اگر مشتری گران بخرد خیار دارد و اگر بایع ارزان بفروشد خیار دارد. پس هر طرفی که در معامله، غبن فاحش داشته باشد اختیار فسخ دارد به متضرر، مغبون گویند و به ضررزننده، غابن گویند.

ماده ۴۱۶: هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند.

هر غبنی موجب پیدایش خیار برای مغبون نمی‌گردد؛ بلکه به موجب ماده ۴۱۶ ق.م.، مغبون به هنگامی حق فسخ دارد که غبن، «فاحش» باشد. فاحش در لغت به معنای «بسیار»، «زیاد»، «آن چه از حد بگذرد» آمده است.

ماده ۴۱۷: غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.

نکته: غبن باید فاحش باشد؛ مدعی غبن باید فاحش بودن را اثبات کند.

نکته: تعادل میان ارزش دو عوض در زمان عقد مهم است یعنی تاریخ تراضی حتی در عقد معلق یا عینی.

نکته: اگر مغبون به تصور خود یا اینکه طرف معامله او را فریب داده باشد گمان کند که تفاوت قیمت فاحش نیست و خیار را ساقط کند و بعد، تفاوت فاحش آشکار گردد، خیار ساقط نشده است.

نکته: ناآگاهی از وجود خیار یا ناآگاهی نسبت به فوری بودن آن در حکم جهل به غبن است.

نکته: خیار غبن، تنها ویژه عین معین نیست و در کلی در معین و کلی فی‌الذمه نیز راه دارد.

نکته: خیار غبن با عقد به وجود می‌آید چون ملاک، عدم تعادل دو عوض زمان عقد است زیرا قیمت‌ها همواره بالا و پایین می‌شود.

نکته: خیار غبن در عقود معوض راه دارد نه در عقود غیرمعوّضی که شرط عوض شده باشد.

نکته: صلحی که در مقام مسامحه باشد خیار غبن ندارد. اصولاً خیار غبن در عقود مسامحه‌ای نیست البته استثنائاً در برخی از عقود مسامحه‌ای، خیار غبن وجود دارد.

نکته: خيارِ غبن مختصّ به جاهل است؛ به عبارت بهتر مغبون در صورتی خيارِ غبن دارد که در حین معامله از قیمت عادله آگاه نباشد.

قاعده: اکثر خيارات (اکثر یعنی نه همه) مختص به جاهل است. عالم، خيار ندارد (به خاطر قاعده اقدام)

نکته: اگر معلوم شود مغبون در هر شرایطی به انعقاد بیع تمایل داشته و آن را منعقد می‌ساخته غبن، ولو فاحش باشد موجب حق فسخ نیست.

نکته: خيارِ غبن در قولنامه راه دارد زیرا خيار غبن، در عقود معوض راه دارد، حال، آن عقد معوض ممکن است عهدي باشد یا تمليکي، قولنامه هم عقدي تعاهدي حساب می‌شود لذا خيارِ غبن در آن وجود دارد.

ماده ۴۱۸: اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادله بوده است خيار فسخ نخواهد داشت.

قاعده: اصل بر جهل است (یعنی اصل، عدم علم است) و جهل، کافی است و نیازی نیست که غابن او را فریفته باشد در حالی که در تدلیس باید فریب وجود داشته باشد.

پس مدعی کسی است که ادعا می‌کند طرف مقابلش عالم بوده است. بین غابن و مغبون چه کسی مدعی است؟ غابن، و باید ثابت کند. بنابراین غابن اگر مدعی باشد که مغبون قیمت را می‌دانسته باید ثابت کند.

نکته: طبق ماده ۴۱۹ ق.م. برای تشخیص غبن فقط تعادل دو عوض را نباید دید (یعنی فقط دو عوض ملاک نیست) و باید تمام شرایط معامله را لحاظ کنیم اعم از شروط ضمن عقد.

ماده ۴۱۹: در تعیین مقدار غبن، شرایط معامله نیز باید منظور گردد.

مثال: معامله نقد گرانتر است یا اقساط؟ مسلماً اقساط. به فرض ماشینی را که نقدی ۶۰ میلیون می‌خرید اگر بخواهید به اقساط بخرید باید ۹۰ میلیون پول بدهید. حال به نظر شما آیا می‌شود همین ماشین را به اقساط بخرید و بعد از معامله بگویید: چون قیمت این مدل ماشین، ۶۰ میلیون تومان است مغبون شدم؟ مسلماً نه؛ چون قیمت مبيع را بایستی با توجه به شرایط معامله (قسطی بودن و ...) در نظر گرفت. قاعده: «للعجل قسط من الثمن» یعنی «عجل بخشی از ثمن در مقابلش است».

نکته: این نکته‌ای که می‌خواهیم بگوییم در خيار غبن است اما ما می‌خواهیم به عنوان یک قاعده بگوییم. بعضی از خيارات مبنای منطقی ندارد مثل خيار مجلس و خيار حیوان. ولی اکثر خيارات مبنا دارد و مبنای آن نیز دفع ضرر است. مثل رؤیت، غبن، عیب، تخلف شرط و ... حال منطق اقتضاء می‌کند اگر ضرر دفع شود، خيار هم دیگر وجود نداشته باشد. به عبارت دیگر «چرا قانون در یک عقد لازم خيار پیش‌بینی می‌کند؟» پاسخ روشن است: «چون ضرری به وجود آمده و برای رفع ضرر به صاحب خيار، اختیار فسخ معامله داده می‌شود» حال منطق اقتضاء دارد بعد از بوجود آمدن خيار، چنانچه ضرر جبران شود، باید خيار هم از بین برود.

در این باب دو ماده داریم که با هم تعارض دارند. ماده ۴۷۸ ق.م.مقرر می‌دارد: ضرر برود خیار هم می‌رود و ماده ۴۲۱ ق.م.اشعار می‌دارد ضرر برود خیار نمی‌رود. حال چه کنیم؟! راه حل این است که ماده ۴۷۸ را چون منطقی است تفسیر موسع کنیم و به صورت یک قاعده در نظر بگیریم.

ماده ۴۲۱: اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی‌شود مگر اینکه مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی گردد.

ماده ۴۷۸: هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره، معیوب بوده مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر مؤجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد.

قاعده: قاعده این است که ضرر برود خیار می‌رود بجز خیار غبن. تأکید می‌شود قاعده این است که در همهٔ خیارات اگر ضرر برود خیار از بین می‌رود بجز خیار غبن که استثناء است.

نکتهٔ مهم: در اکثر خیارات اگر مبنای خیار که ضرر است از بین برود خیار هم از بین می‌رود اما استثنائاً در خیار غبن اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده تفاوت قیمت را بدهد، باز خیار غبن ساقط نمی‌شود مگر اینکه مغبون هم راضی شود.

۷. خیار عیب (مواد ۴۲۲ تا ۴۳۷ ق.م.)

خیار عیب اختصاص به یک طرف ندارد و هر طرفی که کالای معیوب بگیرد خیار دارد (ماده ۴۳۷ ق.م.). اگر مبیع معیوب باشد مشتری خیار دارد و اگر ثمن معیوب باشد بایع خیار دارد.

ماده ۴۳۷: از حیث احکام عیب، ثمن شخصی مثل مبیع شخصی است.

نکته: خیار عیب در کلی نیست (ماده ۴۳۷ و ۴۸۲)؛ می‌دانیم که در کلی الزام هست یعنی متعهدله می‌تواند الزام متعهد به تحویل فرد دیگر از موضوع تعهد را بخواهد. مطابق ماده فوق‌الذکر، خیار عیب ویژهٔ عین معین و کلی در معین است و در بیع کلی راه ندارد؛ بنابراین اگر در بیع کلی، بایع، مصداق معیوبی را تسلیم نماید، مطابق ملاک ماده ۴۸۲ ق.م. مشتری ابتدا باید بایع را الزام کند (الزام به دادن غیرمعیوب یا همان تبدیل آن به سالم) و اگر تبدیل، ممکن نشد مشتری می‌تواند به استناد خیار تعدّر تسلیم، عقد را فسخ کند.

ماده ۴۸۲: اگر مورد اجاره عین کلی باشد و فردی که مؤجر داده معیوب در آید مستأجر حق فسخ ندارد و می‌تواند مؤجر را مجبور به تبدیل آن نماید و اگر تبدیل آن ممکن نباشد حق فسخ خواهد داشت.

توجه شود که در اجاره ارش نداریم.

نکته: خیار عیب چه وقت به وجود می‌آید؟ با عقد یا بعد از عقد که دو حالت دارد:

حالت اول: اگر عیب، زمان عقد باشد، خیار عیب با عقد است (عیب موجود در زمان عقد: ماده ۴۲۳ ق.م.)

حالت دوم: اگر عیب بعد از عقد به وجود بیاید، خیار بعد از عقد است (مواد ۴۲۵ و ۴۵۳ ق.م.)

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

ماده ۴۲۵: عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است.

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

نکته: خیار عیب مربوط به جاهل است. جاهل کسی است که عیب را ندیده؛ یا عیب مخفی بوده و ندیده یا عیب آشکار بوده و مشتری نفهم بوده و نفهمیده. ملاک تشخیص، شخصی است (ماده ۴۲۴ ق.م.) به عبارت دیگر، مشتری هنگامی خیار عیب دارد که ملتفت به عیب نباشد، خواه عیب واقعاً مستور (پوشیده) بوده و یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری از آن آگاه نباشد. در این صورت مشتری می‌تواند عقد را فسخ کند یا مطالبه ارجش نماید.

پس خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت می‌شود که عیب، مخفی و در حین عقد باشد؛ معیار تشخیص عیب عرف است که ممکن است بر حسب زمان و مکان متفاوت باشد. خیار عیب، هم برای بایع و هم مشتری (طرفینی) است. شرط ایجاد خیار عیب مخفی بودن عیب است و ملاک برای مخفی بودن عیب این نیست که عیب به صورت پنهانی باشد و آشکار نباشد بلکه منظور از مخفی بودن، جهل طرف به عیب است، خواه عیب، آشکار باشد یا نباشد؛ بنابراین آگاهی یا عدم آگاهی فروشنده اثری بر خیار عیب ندارد. حال هر گاه فروشنده با علم به وجود عیب، خریدار را ترغیب به معامله کند نوعی فریب در کار وی وجود دارد و خریدار حق دارد به استناد تدلیس هم معامله را فسخ کند. در خصوص علم خریدار به عیب و معلوم بودن آن در زمان معامله باید این نکته را افزود که علم خریدار و مؤثر بودن عیب لازم است. مثلاً اگر خریدار ناآگاهی شکافی را در دستگاه برق مشاهده کند و به فرض ناچیز بودن آن ادعای عیب نکند ولی بعداً معلوم شود که عیب، مانع اساسی در استفاده از کالا ایجاد کرده او را از خیار، محروم کرده است چون مؤثر بودن عیب لازم است.

خیار عیب تنها خیار است که به صاحبش دو تا حق می‌دهد یا فسخ یا ارجش (ماده ۴۲۲ ق.م.). مستحضرید که تمامی اختیارات فقط حق فسخ به صاحبش می‌دهند.

ماده ۴۲۲: اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع، معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارجش یا فسخ معامله.

ارجش، مابه‌التفاوت مبیع سالم و معیوب است. برای محاسبه ارجش یک فرمول وجود دارد که در ماده ۴۲۷ ق.م. آمده است.

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

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

مثال: یک خودرو ۵۰ میلیون تومان معامله می‌شود که در واقع این ۵۰ میلیون تومان، ثمن است. فرض کنید این خودرو معیوب است که در این صورت خریدار خیار عیب دارد. با این فرض که خریدار نمی‌خواهد فسخ کند بلکه می‌خواهد ارش بگیرد، ارش باید چگونه تعیین شود؟ کارشناس ضمن احراز این موضوع که ماشین معیوب است آن را قیمت‌گذاری می‌کند. توجه داشته باشیم که به کارشناس گفته نمی‌شود که خودرو چقدر خریده شده است و صرفاً خودرو با حال موجود (قیمت معیوب)، توسط وی قیمت‌گذاری می‌شود. فرض بفرمایید کارشناس ۴۰ میلیون تومان تعیین می‌کند. سپس از وی می‌خواهیم قیمت سالم این ماشین را بگویید که برای مثال می‌گوید: ۶۰ میلیون تومان. سپس عدد کوچک را «صورت کسر» قرار می‌دهیم و عدد بزرگ را «مخرج کسر» قرار می‌دهیم (۴۰ بر روی ۶۰) که اگر این کسر را ساده کنیم می‌شود دوسوم. دوسوم پنجاه میلیون قیمت ماشین می‌شود. پس باید یک‌سوم آن پس گرفته شود و دوسوم به بایع داده شود. نتیجه اینکه بایع باید از ثمن مقرر به همان نسبت نگاه داشته و بقیه را به عنوان ارش به مشتری رد کند.

پس نحوه محاسبه ارش اینجوریه که به نسبت قیمت کالای معیوب و بی‌عیب در بازار از ثمن معامله کسر می‌کنیم؛ معیار؛ تعیین قیمت کالای بی‌عیب و معیوب در زمان وقوع عقد است نه در زمان مطالبه ارش.

نکته: در بعضی از موارد مشتری حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند ارش بگیرد^{۲۶} که عبارت‌اند از^{۲۷}:

- مبیع، دست مشتری تلف شود: می‌دانیم که اگر مبیع معیوب باشد مشتری دو حق دارد یا فسخ یا ارش. حال فرض بفرمایید مبیع دست مشتری تلف شد؛ در این صورت فسخ از بین می‌رود و فقط ارش وجود خواهد داشت؛ یعنی تلف، مانع فسخ است. برخلاف قاعده که می‌گوید تلف مانع فسخ نیست، در اینجا اینگونه نیست.
- مشتری، مبیع معیوب را به دیگری منتقل کند (انتقال ارادی): که در این صورت حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند ارش بگیرد که این را تلف حکمی می‌گویند. منظور از انتقال، انتقال قراردادی است و نه قهری.

^{۲۶} در مواردی فقط حق فسخ دارد و حق ارش ندارد مثلاً عقد اجاره.

^{۲۷} طرفین می‌توانند بر خلاف ماده ۴۲۹ تراضی کنند.

توجه: در صورتی که انتقال به غیر بدون آگاهی از عیب صورت گرفته باشد (در این صورت، حق فسخ ساقط می‌شود ولی حق ارجاع باقی می‌ماند)، اگر به دلیلی آن انتقال (مثل بیع)، فسخ یا اقاله شود و مبیع به نزد خریدار بازگردد، او حق فسخ را به استناد عیب دارد ولی اگر انتقال به غیر با آگاهی از عیب باشد انتقال در این شرایط به معنای اسقاط خیار عیب و رضای به معامله است.

توجه: انتقال مبیع به وراثت در اثر مرگ خریدار مشمول ماده ۴۲۹ قانون مدنی نمی‌شود و وارثان به ارث خیار عیب اعم از حق فسخ یا ارجاع پیدا می‌کنند. البته با توجه به ملاک مواد ۴۳۱^{۲۸} و ۴۳۲ قانون مدنی، اعمال حق فسخ در صورتی ممکن است که تمام وارثان در فسخ عقد اتفاق نظر داشته باشند.

- مبیع، دست مشتری تغییر کرد: مثلاً مبیع، گندم بود و تبدیل به آرد شد در این حالت، مشتری، حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند ارجاع بگیرد یا مثلاً دوختن پارچه معیوب.

نکته: اگر تغییر به گونه‌ای باشد که بتوان آن را به صورت نخست برگرداند خریدار می‌تواند بعد از بازگشت مبیع به وضع قراردادی از حق فسخ استفاده کند مگر اینکه تغییر با علم به عیب به نشانه اسقاط حق فسخ باشد.

- در دست مشتری یک عیب دیگر در مبیع ایجاد شد: در این صورت نیز مشتری، حق فسخ ندارد و می‌تواند ارجاع بگیرد و اما با وجود آنکه که عیب جدید به وجود آمده، سه استثناء وجود دارد:

الف) عیب جدید ناشی از عیب قدیم (سابق) باشد (ماده ۴۳۰): که مشتری علاوه بر اختیار اخذ ارجاع، حق فسخ هم دارد. ایجاد نقص فنی در زمان تضمین سلامت کالای فروخته شده عیب نیست اما فقدان وصف دوام سلامت ممکن است خیار فسخ ایجاد کند.

^{۲۸} نکته: این ماده (این حالت) در موردی است که چند کالا به یک عقد فروخته شود ولی اگر چند کالا با بهای معین فروخته شود یا بخش مفروزی از یک ملک به یکی از خریداران و بخش مفروز دیگر به خریدار دوم فروخته شود؛ باید طبق ۴۳۱ عمل کنیم (حاشیه ۲ ذیل ماده ۴۳۱ کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی؛ تألیف مرحوم کاتوزیان).

نکته: در حالتی که چند مال که مثل هم هستند، مثلاً چند یخچال از یک نوع، فروخته شده اگر یکی از آنها معیوب درآید خریدار می‌تواند نسبت به کالای معیوب، عقد را فسخ کند.

نکته: اگر چند چیز با قیمت جداگانه فروخته شود، قرارداد، تبدیل به چند عقد می‌شود و فسخ درباره هر کدام از آنها امکان‌پذیر است.

ماده ۴۳۳: در اول این ماده می‌گه اگر بایع، متعدد باشد، یعنی مشتری واحد باشد در این صورت، مشتری می‌تواند نسبت به همه بایعیها فسخ کند؛ نسبت به همه بایعیها ارجاع بگیرد یا بیع را تبعیض کند و مبیع را نسبت به برخی بایعیها فسخ کند و از بقیه ارجاع بگیرد. اگر خریداران نیز متعدد باشند: در این صورت، اگر خریدار هر بایع تنها یک نفر باشد همان ۴۳۳ اجرا می‌شود ولی اگر چند خریدار با یک فروشنده معامله کرده باشد حکم ماده ۴۳۲ اجرا می‌شود.

ب) عیب جدید، در زمان خیار مختصّ مشتری (مجلس، حیوان و شرط) باشد: مبيع معیوب بوده مثلاً حیوان بوده یک عیبی داشته و حالیه در دست مشتری یک عیب دیگر ایجاد می‌شود که عیب دوّم حق فسخ مشتری را از بین نمی‌برد. در این دو مورد علاوه بر ارش، مشتری حقّ فسخ هم دارد.

ج) عیب جدید بعد از عقد و قبل از قبض حادث شده باشد.

نکته: اگر عیب اضافی و حادث، بعد از عقد رفع شود مانع فسخ به استناد عیب سابق نیست.

نکته: اگر عیب، قبل از تسلیم مبيع به خریدار عارض شود، مانع فسخ نیست.

۸. خیار تدلیس (موادّ ۴۳۸ تا ۴۴۰ ق.م.)

تدلیس یعنی عملیاتی که باعث فریب بشود (تدلیس در لغت یعنی تاریکی). عملیات فریبنده باید قبل از معامله باشد و به کار رود تا رغبت به انجام معامله ایجاد کند. این عملیات فریبنده دو نوع است:

الف) گاهی عیب کالا را می‌پوشاند.

ب) گاهی کالا عیب ندارد و با عملیات یک وصفی در آن نشان داده می‌شود که کالا آن وصف را ندارد.

خیار تدلیس اختصاص به یک طرف معامله ندارد یعنی هر طرف تدلیس کند طرف دیگر خیار تدلیس دارد (ماده ۴۳۹ ق.م.)

نکته: یکی از مصادیق تدلیس، دروغی است که وصف موهومی را به طور قاطع به کالا نسبت دهد و خارج از امور تبلیغاتی باشد.

ماده ۴۳۸: تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود.

نکته: بی‌مبالائی خریدار در احراز وصف واقعی مبيع و حفظ منافع خود مانع از تدلیس نیست.

ماده ۴۳۹: اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حقّ فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری.

ولی اگر ثالث تدلیس کند کسی خیار ندارد. پس برای خیار تدلیس حتماً باید طرف عقد تدلیس کند.

آیا خیار تدلیس در کلی هست یا خیر؟ قبلاً گفتیم که خیار حیوان در کلی راه ندارد و استثنائی هم ندارد؛ خیار تأخیر ثمن در کلی راه ندارد و استثنائی هم ندارد؛ خیار رؤیت در کلی راه ندارد و استثنائی هم ندارد؛ و خیار عیب در کلی راه ندارد و استثنائی هم ندارد و در تمام اینها به جای خیار، الزام می‌باشد. اما خیار تدلیس علی‌الاصول در کلی نیست (یعنی استثناء دارد) یعنی به جای اختیار فسخ علی‌الاصول الزام می‌باشد. پس خیار تدلیس استثنائاً در کلی راه دارد: «هرگاه تدلیس در یک وصفی بشود که در هیچ مصداقی از کلی نباشد یعنی وصفی را تدلیس

کند که محال است». پس وقتی محال است الزام ممکن نیست و این مورد تنها موردی است که در کلی، خيار تدلیس راه دارد.

اگر در متن سؤالات، مطلق گفتند بر اساس این می‌رویم که ناظر به یک مصداق بوده و در نتیجه، فسخ وجود ندارد زیرا اصل بر این است که تدلیس در یک مصداق صورت گرفته و نه همه مصادیق.

مثال: فردی ماشینی را تدلیس کرده و می‌گوید ماشینی را به تو می‌فروشم (به صورت بیع کلی) که ۷۵۰ کیلومتر در ساعت راه می‌رود. حالیه فرد، مصداقی به فروشنده می‌دهد که واقعاً ۷۵۰ کیلومتر در ساعت نمی‌رود. الزام هم ممکن نیست چون محال است (چرا که چنین خودرویی تاکنون ساخته نشده است) پس خيار تدلیس در این حالت وجود دارد. در نتیجه علی‌الاصول خيار تدلیس در کلی نیست ولی استثنائاً اگر وصفی محال تدلیس شود در کلی هم راه دارد. در واقع در این مثال، تدلیس در وصفی شده که در هیچ یک از مصادیق کلی وجود ندارد.

نکته: خيار تدلیس با عقد به وجود می‌آید نه بعد از عقد.

ماده ۴۴۰: خيار تدلیس بعد از علم به آن فوری است.

۹. خيار تبعض صفقه (ماده ۴۴۱ تا ۴۴۳ ق.م.)

ماده ۴۴۱: خيار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود 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.

صَفَقَه یعنی «معامله» و «عقد» و معنای دیگر آن «کالا» است.

تَبْعُض یعنی بعض بعض شدن، تکه تکه شدن. تَبْعُض صَفَقَه یعنی یک عقد، دو تکه می‌شود و یک تکه از عقدی دارای مشکل می‌شود.

مثال: «الف» به «ب» دو ماشین را با یک عقد و در برابر یک ثمن می‌فروشد. خيار تبعض صفقه مربوط به یک عقد است یعنی حتماً در یک عقد باید باشد، هرگاه در عقدی چند کالا در برابر یک ثمن بود، یک عقد است. پس در تعداد عقد، تعداد ثمن مهم است. حال فرض کنید یکی از ماشین‌ها مال «الف» است و دیگری مال غیر می‌باشد و فرض بفرمایید «غیر» معامله را رد می‌کند. در این صورت معامله نسبت به قسمتی باطل و نسبت به قسمتی صحیح است. شخص «ب» می‌تواند ماشین «الف» را پس بدهد و از خيار تبعض صفقه استفاده کند؛ البته «ب» می‌تواند از خيار تبعض صفقه هم استفاده نکند ولی پول قسمت باطل را بگیرد و این کار اصلاً ربطی به خيار تَبْعُض صفقه ندارد. در خيار تبعض صفقه قسمتی از عقد که باطل است، قسمت صحیح را هم می‌توان فسخ کرد. پس فسخ در خيار تبعض صفقه نسبت به قسمت صحیح عقد است.

مطابق ماده ۴۴۱ ق.م. ۲۹ خیار تَبْعُضِ صَفَقَه هنگامی ایجاد می‌شود که بخشی از عقد باطل باشد؛ همچنین هرگاه بخشی از قرارداد، منفسخ یا فسخ شود یا أخذ به شفعه اتفاق بیافتد (یعنی به هر شکل، منحل شود) خیار تَبْعُضِ صَفَقَه پدید می‌آید. ماده ۴۴۱ ق.م. فقط یک موردِ خیارِ تَبْعُضِ صَفَقَه (اینکه بخشی از عقد باطل باشد) را مقرر داشته است. اما خیار تَبْعُضِ صَفَقَه سه مورد دیگر هم دارد؛ پس خیار تَبْعُضِ صَفَقَه در اصل چهار مورد است:

مورد اول (اگر قسمتی از عقد منفسخ بشود): باز هم خیار تَبْعُضِ صَفَقَه وجود دارد. پس هرگاه بخشی از عقد منفسخ بشود، فرد خیار تَبْعُضِ صَفَقَه دارد که در نقص مبیع قبل از قبض این مورد را خواندیم (ماده ۳۸۸ ق.م.).

ماده ۳۸۸: اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.

مثال: شخص «الف» دو ماشین را طی یک عقد به شخص «ب» می‌فروشد که هر دو ماشین هم مال شخص «الف» است و عقد صحیح می‌باشد. حال قبل از تسلیم یکی از ماشین‌ها تلف می‌شود. این می‌شود نقص (می‌دانیم که نقص، تلف جزء است). حال عقد نسبت به قسمتی صحیح است و نسبت به قسمتی منفسخ می‌شود نه باطل چون هرگاه عقدی از ابتدا صحیح نباشد می‌شود «باطل» ولی هرگاه عقد از ابتدا صحیح باشد و سپس از بین برود می‌شود «منفسخ».

مورد دوم (اگر قسمتی از عقد فسخ شود): هرگاه یکی از طرفین قسمتی از عقد را با خیاری غیر از تَبْعُضِ صَفَقَه فسخ کند، طرف دیگر خیار تَبْعُضِ صَفَقَه دارد چون بخشی از عقد فسخ شده است.

مثال: من یک موتور سیکلت و یک نفر شتر را باهم در یک عقد به شما می‌فروشم. شما فردا با استفاده از خیار حیوان، شتر را پس می‌دهید (یعنی بخشی از عقد را با توجه به خیار حیوان فسخ می‌کنید) حال من خیار تَبْعُضِ صَفَقَه دارم و می‌توانم موتور سیکلت را هم از شما بگیرم. اما در حالت عادی، شما نمی‌توانستید موتور سیکلت را پس بدهید چون خیاری نداشتید و فقط نسبت به حیوان خیار داشتید.

مورد سوم (اخذ به شفعه نسبت به بخشی از مبیع): فرض کنید دو نفر در یک مزرعه شریک هستند. یکی از این دو نفر قدرالسهم خویش را از این مزرعه همراه با یک تراکتور در یک عقد می‌فروشد. شریک دیگر می‌آید با اخذ به شفعه مزرعه را از خریدار می‌گیرد و برای خریدار خیار تَبْعُضِ صَفَقَه به وجود می‌آید و می‌گوید تراکتور تنها به درد من نمی‌خورد و می‌تواند از خیار تَبْعُضِ صَفَقَه استفاده کند و عقد را بر هم زند.

نکات خیار تَبْعُضِ صَفَقَه:

نکته ۱: این خیار مختص به یک نفر نیست، هر طرف که عقد نسبت به او دوتکه شود خیار دارد.

^{۲۹} ماده ۴۴۱ در جایی قابل اجرا است که بخش تلف‌شده قابل تجزیه و انتقال جداگانه باشد نه غیرقابل تجزیه. این خیار، ویژه بیع نیست.

نکته ۲: خيار تَبْعُضِ صَفَقه در کُلّی فی الذمه هم راه دارد.

نکته ۳: خيار تَبْعُضِ صَفَقه با عقد به وجود می‌آید یا بعد از عقد؟ خيار تَبْعُضِ صَفَقه در مورد اول که قانون گفته بود، با عقد است چون گفته قسمتی از عقد باطل بوده و بطلان از اول عقد می‌باشد. ولی خيار تَبْعُضِ صَفَقه در سه مورد دیگر بعد از عقد به وجود می‌آید چون بخشی از عقد، فسخ یا انفساخ یا اخذ به شفعه می‌شود که این حالات بعد از عقد به وجود می‌آیند.

نکته ۴: در موردی که بخشی از عقد، باطل باشد، خيار، با عقد است (زیرا اثر بطلان از گذشته است)؛ در موردی که بخشی از عقد، فسخ یا منفسخ یا اخذ به شفعه شود (زیرا اثر فسخ یا منفسخ یا اخذ به شفعه از آینده است)، خيار، بعد از عقد حساب می‌شود.

نکته ۵: خيار تَبْعُضِ صَفَقه مختص به جاهل است. مثلاً در مثالی که من دو ماشین فروختم که یکی از آنها مال غیر است، اگر شما بدانید که یکی از این دو ماشین، مال دیگری است و یکی مال من است شما خيار تَبْعُضِ صَفَقه نداری و فقط می‌توانی ثمن داده شده را نسبت به ماشین غیر پس بگیری. از این بحث می‌توان نتیجه گرفت که اگر خریدار جاهل باشد هم خيار تَبْعُضِ صَفَقه دارد و هم می‌تواند عقد را نگه دارد و ثمن پرداختی را بگیرد. اما اگر خریدار عالم بود خيار تَبْعُضِ صَفَقه ندارد و فقط می‌تواند ثمن را بگیرد.

نکته ۶: خيار تَبْعُضِ صَفَقه معمولاً در جایی است که دو کالا در یک عقد و در برابر یک ثمن وجود داشته باشد. اما این خيار (تَبْعُضِ صَفَقه) می‌تواند در یک کالا هم باشد. مثلاً من یک ماشین را به شما فروختم که سه دانگ ماشین مال من است و سه دانگ دیگرش مال دیگری (غیر) که این هم خيار تَبْعُضِ صَفَقه می‌باشد. فقها می‌گویند اگر دو کالا بود تَبْعُضِ صَفَقه داریم اما اگر یک کالا بود خيار شرکت به وجود می‌آید. اما قانون مدنی می‌گوید برای هر دو حالت، خيار تَبْعُضِ صَفَقه وجود دارد.

نکته ۷: اگر نقص بعضی مبیع حاصل شود، خيار تَبْعُضِ ايجاد نمی‌شود.

نکته ۸: ۱. اگر بخشی باطل به علّت مالیت نداشتن بود و آن بخش در رابطه بین دو طرف مالیت نداشته ولی در بازار دارای ارزش باشد مثل مشروب الکلی در رابطه دو مسلمان. بخش باطل با فرض مالیت داشتن، تقویم می‌شود و در مجموع، حساب می‌شود و در نتیجه، ثمن، تقسیط می‌شود؛ ۲. اگر مالیت نداشتن بخشی باطل مطلق باشد (نه در رابطه بین طرفین مالیت دارد)، نه در بازار، به ترتیب فوق عمل نخواهیم کرد.

نکته ۹: مشتری باید در حین معامله عالم به تَبْعُضِ نباشد ولی در هر حال می‌تواند قسمت باطل را مطالبه کند و در هر حال، ثمن تقسیط شود؛ درباره علم فروشنده به وجود سبب انحلال در صورت فسخ قرارداد، مانند موردی که فروشنده نسبت به بخشی از مبیع، تدلیس کند و خریدار درباره همان بخش قابل تجزیه بیع را فسخ کند: علم فروشنده مانع اعمال خيار خریدار نیست.

۱۰. خيار تخلف شرط یا تخلف از شرط (ماده ۴۴۴ ق.م.).

ماده ۴۴۴: احکام خیار تخلف شرط به طوری است که در مواد ۲۳۴ الی ۲۴۵ ذکر شده است.

ماده ۲۳۴: شرط بر سه قسمت است:

شرط صفت

شرط نتیجه

شرط فعل اثباتاً یا نفیاً

شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله.

شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود.

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

ماده ۲۳۵: هرگاه 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.

این خیار اختصاص به یک طرف ندارد و هر طرف که از شرط تخلف کند طرف دیگر خیار دارد. به طور کلی مشروط‌الّه خیار دارد. ولی مهم نیست مشروط‌الّه چه کسی باشد (بایع باشد یا مشتری)

نکته: همانگونه که در درس مدنی سه خواندید خیار تخلف از شرط سه مورد است:

خیار تخلف از شرط صفت

خیار تخلف از شرط نتیجه

خیار تخلف از شرط فعل

خیار تخلف از شرط صفت در کلی نیست چون شرط صفت در کلی راه ندارد. ولی خیار تخلف از شرط نتیجه و خیار تخلف از شرط فعل در عقد کلی هست.

نکته: خیار تخلف از شرط صفت و خیار تخلف از شرط نتیجه با عقد به وجود می‌آید چون تا عقد منعقد شود، یا صفت هست و یا صفت نیست و تا عقد منعقد شود یا نتیجه هست یا نتیجه نیست؛ ولی خیار تخلف از شرط فعل بعد از عقد به وجود می‌آید چون باید ببینیم بعد از عقد، طرف مقابل به شرط فعل عمل می‌کند یا نه؛ اگر عمل نکرد باید الزام شود و اگر الزام هم نشد نهایتاً فسخ.

نکته: اگر اوصاف مورد معامله به صورت شرط ضمن عقد باشد و تخلفی صورت بگیرد خیار، تخلف از شرط صفت است نه تخلف وصف. در خیار تخلف از شرط صفت شما صفت را به صورت شرط ضمن عقد می‌آورید یعنی آن را شرط می‌کنید ولی خیار وصف اینجوریه که شما اوصاف را در عقد ذکر می‌کنید و نه به صورت شرط.

نکته: خیار تخلف از شرط در شرطِ صفتِ مخصوص عین معین است ولی در نتیجه و فعل در کلی هم راه دارد.

نکته: طبق نظر دکتر کاتوزیان شرطِ صفت ممکن است در کلی فی‌الذمه هم وجود داشته باشد؛ مثلاً شخصی مقداری آهن می‌خرد به شرط آنکه زنگ نزد البته طبق نظر غالب، خیار شرط صفت در کلی فی‌الذمه وجود ندارد.

۱۱. خیار تفلیس (ماده ۳۸۰ ق.م.)

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

برای پیدایش خیار تفلیس (تفلیس از افلاس می‌آید) سه تا شرط لازم است:

۱) یکی از دو عوض، عین معین باشد و آن دیگری، کلی باشد (جفت نباید عین معین باشد). آیا خیار تفلیس در کلی هست؟ این سؤال در مابقی خیارات مطرح است اما در مورد خیار تفلیس این سؤال منتفی است چون در تفلیس اصلاً یکی از دو عوض باید کلی باشد. ۲) آن طرفی که می‌خواهد مصداق کلی را بدهد قبل از اینکه بدهد مُفَلَّس شود (بعد از عقد و قبل از تسلیم). ۳) عوضی که عین معین است موجود باشد، خواه تسلیم شده باشد یا نشده باشد.

با جمع شدن این سه شرط، آن کسی که عین معین را تملیک کرده (که ممکن است تسلیم کرده باشد یا تسلیم نکرده باشد) خیار تفلیس دارد و می‌تواند عقد را فسخ کند و عین معین را پس بگیرد (چون عین معین موجود است) و داخل غُرْمَا نشود.

مثال: این میز را فروختم یک میلیون تومان که شرط اول وجود دارد (میز، عین معین و یک میلیون تومان، کلی می‌باشد) و تملیک صورت گرفت. حال فرض کنید قبل از این که شما یک میلیون تومان را بدهید مُفَلَّس می‌شوید. من میز را بر می‌دارم و می‌روم، یعنی اگر میز را تسلیم کرده باشم پس می‌گیرم و اگر تسلیم نکرده باشم، دیگر تسلیم نمی‌کنم.

ماده ۳۸۰ قانون مدنی که راجع به خیار تفلیس است هیچ اشاره‌ای به فسخ نکرده و باید خودمان از آن استنباط کنیم. ماده اشعار داشته است: مشتری مُفَلَّس بشود؛ ماده اینگونه فرض کرده مبیع عین معین است و ثمن کلی است که معمولاً در تمام بیع‌ها همیشه همین‌طور است؛ چون پول کلی است. در قسمت آخر ماده گفته استرداد که بین کلمه «حق» و «استرداد» یک کلمه «فسخ» در تقدیر است (یعنی بهتر است با گذاشتن آبرو، اضافه شود).

نکته: با اینکه خیار تفلیس در عقد بیع آمده ولی مختص بیع نیست و در همه عقود معوض اجراء می‌شود (معاوضه، اجاره و قرض)

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

۱۲. به طور غیر مستقیم **خيار تعذر تسليم** در قانون مدنی بدون اینکه صراحتاً به عنوان این خيار اشاره‌ای شده باشد ماده زیاد دارد اما دو ماده برجسته دارد ۴۸۸ و ۵۲۸ که در عقد مبحث عقد اجاره خواهیم خواند. لازم به ذکر است خيار تعذر تسليم اختصاص به یک طرف ندارد.

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

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

فرمول: هر طرف که تسليم نسبت به او **مُتَعَذِّر** بشود، خيار دارد.

نکته: خيار تعذر تسليم در کلی هم هست و بیشترش در کلی است. قاعده کلی این بود، اول الزام و اگر نشد خيار تعذر تسليم اعمال می‌شود.

نکته: خيار تعذر تسليم بعد از عقد به وجود می‌آید چون اگر زمان عقد تسليم مقدور نباشد، عقد باطل است.

ماده ۴۴۸: سقوط تمام یا بعضی از خيارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود.

در عقد می‌توانیم شرط کنیم که همه خيارات ساقط بشوند (اسقاط کافه‌ی خيارات). پس در عقد می‌توانیم تمام خيارات را ساقط کنیم اما یک نکته دارد. اگر در عقد بگوییم تمام خيارات ساقط بشود، شامل سه خيار نمی‌شود:

۱. خيار تدلیس (چون شخص، طرف معامله را فریب داده رفته و خيارش را هم ساقط کرده است که با نظم عمومی تعارض دارد).

۲. خيار تفلیس

۳. خيار تعذر تسليم که با نظم عمومی تعارض دارد.

اگر طرف بداند که این خيارات را دارد و ساقط کرده ایرادی ندارد (طبق قاعده‌ی اقدام)

وقتی کسی خيار دارد یا خيار را اعمال می‌کند که به آن فسخ گویند یا خيار را اعمال نمی‌کند که به آن امضاء گویند. فسخ ممکن است فعلی یعنی ضمنی یا صریح باشد؛ امضاء هم ممکن است صریح یا فعلی یعنی ضمنی باشد. فسخ فعلی: تصرفاتی که نوعاً کاشف از برهم زدن معامله باشد مانند استرداد مورد معامله، من زمینم را به آقای الف فروخته‌ام و گفتم تا ده روز حق فسخ دارم، حالا می‌خواهم فسخ کنم: یک موقع داد می‌زنم می‌گم:

«فسخ!» یه موقع هم هست می‌گم: «آقا مبیع رو بده» یعنی به طور ضمنی دارم فسخ می‌کنم. امضا هم یا لفظی است یا فعلی؛ امضای فعلی یعنی تصرفاتی کنیم که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد مثلاً مشتری که خیار دارد با علم به خیار، مبیع را بفروشد.

نکته: خیار از حقوق مالی هستند و به ارث می‌رسند، البته می‌توان شرط کرد به ارث منتقل نشوند، درباره ارث رسیدن خیار باید گفت که همین که سبب خیار به وجود آید به ارث می‌رسد هر چند که فعلیت نیافته مانند خیار تأخیر ثمن پیش از پایان سه روز.

نکته: مثال یک: مثلاً شخصی با دیگری عقد بیع منعقد می‌کند و ضمن آن شرط می‌کند که خریدار، خیار تدلیس نداشته باشد؛ در این حالت، خیار، قابل اسقاط نیست. مثال دو: شخصی دیگری را تدلیس کند و برای طرف مقابل، خیار تدلیس به وجود آید؛ در این حالت، صاحب خیار می‌تواند خیار خود را اسقاط کند.

عقد معاوضه (مواد ۴۶۴ و ۴۶۵ قانون مدنی)

معاوضه در لغت به معنای «مبادله کردن» و در اصطلاح به «مبادله کالا و خدمات» گفته می‌شود. در عهد باستان، هر تولیدکننده، آنچه که زیاده‌تر از احتیاج خود داشت را با کالا یا خدمات تولیدکننده دیگری که کالا یا خدماتی غیر از تولید خودش داشت، مبادله می‌کرد که بدین عمل معاوضه گفته می‌شود. در اصطلاح حقوقی، معاوضه به «مبادله کالا به کالا» گفته می‌شود و در حقیقت، بیع که ویژه «مبادله کالا با پول» است، شکل تکامل یافته معاوضه محسوب می‌شود. اگر کسی گندم‌های مزرعه خود را با تخته فرشی مبادله کند، گفته می‌شود که این دو نفر فرش و گندم را «معاوضه» کرده‌اند و بر چنین معامله‌ای، نام «بیع» یا خرید و فروش را نمی‌گذارند. همچنین اگر شخصی اتومبیل خود را در برابر مبلغی پول به دیگری انتقال دهد، گفته نمی‌شود که او اتومبیل را با پول معاوضه کرده است.

عقد معاوضه بسیار شبیه عقد بیع است و مرز بسیار باریکی بین این دو است. از نظر تاریخی، ابتدا معاوضه بوده بعداً با ابداع پول، بیع آمده است. قبل از بیع معاملات اینگونه بوده که شخص، گندم داشته و برنج می‌خواسته؛ باید می‌گشته تا یک نفر را پیدا کند که برنج داشته و گندم می‌خواسته تا با هم معاوضه کنند. وقتی پول اختراع شد بیع هم آمد کنار معاوضه قرار گرفت که در حال حاضر هم معاوضه و هم بیع داریم.

فرق بیع و معاوضه:

تشخیص این موضوع صرفاً به قصد طرفین برمی‌گردد. هرگاه دو طرف، دو مال را باهم مبادله کنند بدون هیچ امتیازی، یعنی هیچ‌کدام بیانگر ارزش آن دیگری نباشد این را معاوضه گویند. ولی اگر یکی از دو مال (که معمولاً پول است. وقتی می‌گوییم «معمولاً» یعنی در «بیشتر اوقات»؛ به عبارت بهتر می‌تواند پول نباشد)، بیانگر ارزش و قیمت آن یکی باشد عقد را بیع گویند و آن مالی که بیانگر ارزش است، ثمن نام دارد.

یک مثال برای معاوضه: من یک سمند دارم و شما یک پژو ۴۰۵ دارید که هم قیمت‌اند. من می‌گویم: سمند را برمی‌داری که من به شما پژو ۴۰۵ را بدهم؟ شما می‌گویید: قبول.

یک مثال برای بیع: من یک سمند دارم. شما می‌گویید: «سمند را می‌فروشید به من؟» من می‌گویم: «بله ولی چند؟» شما می‌گویید: «۳۰ میلیون تومان اما در حال حاضر پول ندارم ولی یک پژو ۴۰۵ دارم که کارشناس قیمت آن را ۳۰ میلیون تومان گذاشته؛ حالا با این وضع، پژو را برمی‌داری؟» من می‌گویم: «بله» در این صورت پژو ۴۰۵، ثمن محسوب می‌شود و خودروی سمند، مبیع است. حال اگر در مقام تشخیص بیع و معاوضه قصد طرفین احراز نشد که مثلاً بفهمیم که در آخر، فلان معامله بیع است یا معاوضه، به سراغ عرف می‌رویم، و نهایتاً عرف می‌گوید: «مبادله کالا به کالا» معاوضه است و «مبادله کالا با پول» بیع است، مگر اینکه خلاف این ثابت شود. به عبارت بهتر، اگر یک کالا را بدهید و از آن طرف، یک کالا بگیرید با یک مقدار پول باز هم می‌شود بیع. نتیجه این که عرف مقرر می‌دارد چون پول به میان آمد، عقد بیع می‌شود.

سؤال: حال چرا باید بدانیم که یک معامله فرضاً بیع است یا معاوضه؟ اینکه تشخیص دهیم فلان معامله بیع است و یا بهمان معامل، معاوضه چه فرقی با هم دارند؟ ماده ۴۶۵ قانون مدنی اشعار داشته که در معاوضه، احکام خاصه بیع، جاری نیست.

ماده ۴۶۵: در معاوضه، احکام خاصه بیع جاری نیست.

پنج تا حکم وجود دارد که فقط مختص به بیع است و فرق بیع و معاوضه صرفاً در همین پنج مورد است:

۱. خيار مجلس
۲. خيار حيوان
۳. خيار تأخير ثمن
۴. حق شفعه
۵. ضمان معاوضی بعد از تسلیم، چون ضمان معاوضی قبل از تسلیم مربوط به بیع نیست و در تمام عقود معوض است.

در پایان، علاوه بر تأکید بر این موضوع که دو ماده مربوط به این عقد با دقت خوانده شود اوصاف معاوضه نیز بدین شرح است:

- ۱) معاوضه عقدی معوض است؛ ۲) معاوضه از عقود لازم است؛ ۳) معاوضه از عقود تملیکی است.

عقد اجاره (مواد ۴۶۶ تا ۵۱۷ قانون مدنی، قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲ و قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۵)

ماده ۴۶۶ ق.م. اجاره را تعریف کرده ولی تعریف مقرر در این ماده، کامل نیست. این ماده مقرر داشته است که «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر، مالک منافع عین مستأجره^{۳۰} می‌شود.» این ماده، دو ایراد دارد:

۱. این ماده به عوض اشاره نداشته است بر خلاف عقد بیع که می‌گفت «بیع، تملیک عین است به عوض معلوم»؛ اما باید تأکید کرد که اجاره، مجانی نیست و معوض است؛ منافع به رایگان تملیک نمی‌شود بلکه مستأجر مکلف به پرداخت اجاره‌بها است. وجود عوض در برابر تملیک منافع، مقتضای ذات عقد اجاره است. لذا عدم تعیین اجاره‌بها یا توافق درباره بی‌عوض بودن اجاره، عقد اجاره را باطل می‌کند. نکته: دادگاه عقد را بر اساس مفاد تراضی توصیف می‌کند نه عنوان انتخابی طرفین. لذا اگر اجاره رایگان باشد و از مفاد تراضی این برداشت شود که طرفین قصد انعقاد عقد هبه را داشته‌اند، تملیک مجانی منفعت تابع مقررات هبه خواهد بود؛ زیرا با توجه به م ۷۹۵ ق.م. موضوع هبه ممکن است منفعت باشد؛ وانگهی ممکن است تراضی طرفین، منتفع ساختن رایگان دیگری یعنی عاریه توصیف شود و دادگاه آن را تملیک منفعت نشمارد. در هر صورت، بطلان اجاره رایگان ناظر به فرضی است که طرفین واقعاً اجاره رایگان را قصد کرده باشند نه اشتباه در بکارگیری عنوان عقد.

نکته: عوض تملیک منافع یعنی اجاره‌بها، ممکن است پول، عین، منفعت، حق یا دین باشد هرچند به طور معمول پول است.

مثال‌ها: تملیک منافع در برابر تملیک عین معین، تملیک منافع در برابر انتقال طلب مستأجر از ثالث به موجر، تملیک منافع در برابر تملیک منافع مال دیگر مانند تملیک منافع خانه در برابر تملیک منافع اتومبیل. عوض (اجاره بها) در مثال‌ها به ترتیب عین معین، طلب، منفعت است.

نکته: عوضی که طرفین درباره اجاره اشیاء نسبت به آن توافق کرده‌اند، در اصطلاح، اجرت‌المسمی یا اجاره‌بها و در اجاره اشخاص اجرت می‌نامند.

نکته: اجرت‌المثل یا بهره‌بها، بهای واقعی منفعت است که ریشه قراردادی ندارد و به حکم قانون و به عنوان بدل استیفا یا تفویت منفعت پرداخته می‌شود. وانگهی میزان آن توسط کارشناس با توجه به اجاره امثال و نظایر مال تعیین می‌شود نه اینکه عقد خاصی درباره میزان آن وجود داشته باشد.

۲. در این ماده به «مدت اجاره» که یک رکن اساسی است اشاره نشده، چه‌آنکه اجاره معمولاً مدت دارد. مالکیت مستأجر بر منافع عین، موقت است، برخلاف مالکیت عین که دائمی است؛ یعنی تملیک منافع

^{۳۰} مالکیت منافع با حق انتفاع با اذن در انتفاع با اباحه در انتفاع متفاوت است. حق انتفاع درجه‌ای ضعیف‌تر از مالکیت منفعت است زیرا کسی که حق انتفاع دارد نمی‌تواند آن را اجاره دهد زیرا مالک منفعت نیست اما در عقد اجاره، چون مستأجر، مالک منافع است، می‌تواند آن را اجاره دهد.

باید در مدت معین یا برای انجام کار معینی صورت گیرد. طبق مواد ۴۶۸ و ۵۱۴ ق.م، تعیین مدت یکی از شرایط صحت عقد اجاره است. مقدار منفعت معمولاً به وسیله تعیین مدت معلوم می‌شود. لذا در برخی موارد که می‌توان منفعت را به طریق دیگر معلوم ساخت، تعیین مدت ضرورت ندارد. در اجاره اشیاء تعیین مدت شرط صحت عقد اجاره است (م ۴۶۸ ق.م) ولی در اجاره اشخاص، خادم یا کارگر نمی‌تواند اجیر شود مگر برای مدت معینی یا برای انجام امر معینی (م ۵۱۴ ق.م) و در اجاره حیوان تعیین منفعت، یا به تعیین مدت اجاره است یا به بیان مسافت و محلی که راکب یا محمول باید به آنجا حمل شود (م ۵۰۷ ق.م)

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

طبق ماده‌ی ۴۶۷ اجاره سه قسم است:

۱. اجاره‌ی اشیاء
۲. اجاره‌ی حیوان
۳. اجاره‌ی انسان یا اشخاص^{۳۱}

ماده ۴۶۷: مورد اجاره ممکن است اشیاء یا حیوان یا انسان باشد.

از این سه قسم، اجاره‌ی اشیاء و حیوان، عقد تملیکی‌اند و اجاره‌ی اشخاص، عقد عهدی است. با این حال، اگر به طور مطلق سؤال دادند (مطلق اجاره مورد سؤال قرار گرفت) باید گفت اجاره، عقدی تملیکی است چون اکثر اجاره‌ها تملیکی هستند (غلبه با اجاره اشیاء است)؛ اما اگر به طور خاص، اجاره اشخاص مورد سؤال قرار گرفت باید گفت این نوع از اجاره، عقدی عهدی است.

نکته: طبق ماده ۴۶۸ ق.م. در اجاره اشیاء، مدت باید مشخص باشد والا عقد باطل است^{۳۲}. این ماده کمی مبالغه کرده است؛ دو ماده در قانون مدنی وجود دارد که این موضوع را تعدیل نموده است. یکی ماده ۵۰۷ ق.م. (در اجاره حیوان) و دیگری ۵۱۴ ق.م. (در اجاره اشخاص) که این دو ماده نشان می‌دهد که ماده‌ی ۴۶۸ ق.م. مبالغه کرده یعنی در اجاره حیوان و اشخاص، مدت به خودی خود مهم نیست؛ مدت، راهی برای تعیین میزان منفعت مورد اجاره است. اگر میزان منفعت از راه دیگری غیر از مدت (مثلاً مسافت) هم تعیین شود اجاره درست است. نتیجه اینکه

^{۳۱} اجاره اشخاص به طور کلی از حقوق مدنی جدا شد و حقوق کار به وجود آمد. قرارداد کار، عقد اجاره بر مبنای قانون مدنی است ولی شرایط دستمزد و مرخصی و بیمه کارگران و مسئولیت مدنی ناشی از کار از طرف مقنن معین می‌شود یعنی قانون است که آثار قرارداد کار را مشخص می‌کند نه اراده طرفین.

^{۳۲} اجاره به مدت عمر مؤجر یا مستأجر باطل است زیرا غرری است.

مدّت در اجاره، موضوعیت ندارد. موضوعیت چیزی است که خودش مهم است (مسیری که به هدف می‌رسید مهم است) و طریقت چیزی است که به هدفتان برسید (مهم نیست از کدام مسیر و به چه وسیله‌ای به هدفتان برسید). مثلاً شما ماشین، کرایه می‌کنید که به مقصد برسید و مهم نیست ماشین مدل بالا باشد یا مدل پایین.

ماده ۴۴۸: در اجاره اشیاء، مدّت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است.

ماده ۵۰۷: در اجاره حیوان، تعیین منفعت یا به تعیین مدّت اجاره است یا به بیان مسافت و محلی که راکب یا محمول باید به آنجا حمل شود.

ماده ۵۱۴: خادم یا کارگر نمی‌تواند اجیر شود مگر برای مدّت معینی یا برای انجام امر معینی.

جمع‌بندی ماده ۴۶۸:

نکته: طبق م ۴۶۸ ق.م، اجاره دائمی باطل است. زیرا مرز میان بیع و اجاره برهم می‌خورد.

نکته: اجاره به مدت عمر یکی از طرفین باطل است. زیرا مدت چنین اجاره‌ای معین نیست.

نکته: قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، با اینکه مالکیت منافع را دائمی نساخته اما اجاره را محدود به مدتی که در عقد آورده شده است نکرده است؛ یعنی، مستأجر پس از پایان مدت اجاره نیز می‌تواند به انتفاع از عین ادامه دهد و تخلیه و فسخ اجاره جنبه استثنایی دارد.

نکته: مفاد قانون مزبور را می‌توان به صورت شرط در سایر اجاره‌ها نیز آورد. بدین مضمون که پس از پایان مدت معلوم، مستأجر حق تمدید اجاره را برای مدت معین دیگر (یک سال) دارد. امکان تمدید اجاره هرچند به درازا کشد منافاتی با موقت بودن آن ندارد.

نکته: ماده ۴۶۹ ق.م با ماده ۴۰۰ ق.م. ارتباط دارد.

ماده ۴۶۹: مدّت اجاره از روزی شروع می‌شود که بین طرفین مقرر شده و اگر در عقد اجاره ابتدای مدّت ذکر نشده باشد از وقت عقد [زمان انعقاد عقد] محسوب است. (بنابراین مدّت اجاره باید معین باشد البته ممکن است ابتدای شروع مدت را نگوییم که در این صورت، ابتدای شروع مدت تعیین شده از تاریخ انعقاد عقد است؛ پس عدم ذکر ابتدای شروع مدت تعیین شده موجب بطلان نیست زیرا اگر ابتدا را ذکر نکنیم این ابتدا، قابلیت تعیین دارد ولی اگر انتهای اجاره را ذکر نکنیم چون قابلیت تعیین ندارد عقد، باطل است.)

ماده ۴۰۰: اگر ابتداء مدّت خیار ذکر نشده باشد ابتداء آن از تاریخ عقد محسوب است والا تابع قرارداد متعاملین است.

قبلاً گفتیم که طبق ماده ۴۰۰ ق.م. خیار شرط، دو نوع است: متصل و منفصل. اشاره کردیم که اگر ابتدای مدت ذکر نمی‌شد خیار متصل بود. مدت اجاره مثل خیار شرط است یا متصل است و یا منفصل است. اگر ابتدای مدت اجاره در عقد مشخص نشد، متصل حساب می‌شود. مثلاً اگر امروز (ششم آذر ماه) عقد اجاره را بستیم و بگوییم از ششم بهمن، مدت اجاره شروع بشود؛ اثر این عقد، دو ماه دیگر می‌آید یعنی عقد مؤجل است که می‌شود منفصل. اما اگر امروز عقد را ببندیم مدت از امروز شروع می‌شود که عقد، متصل می‌شود.

ماده ۴۷۰ ق.م. با ماده ۳۴۸ ق.م. ارتباط دارد:

ماده ۴۷۰: در صحت اجاره، قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط است.

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

ماده ۴۷۱ ق.م. با مواد ۴۶ و ۵۸ ق.م. ارتباط دارد:

ماده ۴۷۱: برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقاء اصل آن ممکن باشد. [یعنی مال، مصرف‌نشدنی باشد. در برخی از عقود، مورد معامله باید مال مصرف‌نشدنی باشد که عبارتند از: اجاره، عاریه، وقف، حق انتفاع]

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

ماده ۵۸: فقط وقف مالی جائز است که با بقاء عین بتوان از آن منتفع شد اعم از اینکه منقول باشد یا غیرمنقول، مشاع باشد یا مفروز.

ماده ۴۷۲ ق.م. با ماده ۳۴۲ ق.م. ارتباط دارد که قبلاً در مدنی ۳ خوانده‌ایم:

ماده ۴۷۲: عین مستأجره باید معین^{۳۳} باشد و اجاره عین مجهول یا مردد باطل است.^{۳۴}

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

طبق ماده ۴۷۳ ق.م. در اجاره، مؤجر منفعت را تملیک می‌کند پس مؤجر باید مالک منفعت باشد و لازم نیست مالک عین باشد.

ماده ۴۷۳: لازم نیست که مؤجر، مالک عین مستأجره باشد ولی باید مالک منافع آن باشد.

چند مورد که یک نفر، مالک منفعت است و مالک عین نیست و می‌تواند اجاره بدهد:

۱. **اجاره:** در عقد اجاره، مستأجر، مالک منفعت است و همانطور که فوقاً اشاره شد مالک عین نیست و می‌تواند مال را اجاره بدهد (مطابق ماده ۴۷۴ ق.م.).

نکته: مطابق ماده ۴۷۴ ق.م. و ماده ۱۵ آیین‌نامه قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، مستأجر چه در مورد محل‌های مسکونی و چه در مورد اماکن تجاری، علی‌الاصول حق اجاره‌دادن عین مستأجره را دارد، مگر اینکه این حق از او سلب شده باشد. ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، اجاره محل پیشه و تجارت را به دیگری علی‌الاصول به رسمیت نشناخته است؛ به عبارت دیگر، این قانون به مستأجر حق انتقال به غیر را نداده است مگر اینکه مکتوباً جواز این امر از موجر اخذ شده باشد.

ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶: مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید مگر اینکه کتباً این اختیار به او داده شده باشد.

ماده ۴۷۴: مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد مگر اینکه در عقد اجاره، خلاف آن شرط شده باشد.

^{۳۳} منظور، عین معین نیست (اجاره مال کلی صحیح است چون قابلیت تعیین مصداق دارد) یعنی مردد نباشد؛ اجاره مجهول یا مردد باطل است. انتقال منفعت مال کلی به این شکل است: مثلاً اجاره یک اتومبیل به صورت کلی؛ در این مثال، مستأجر، مالک منفعت هیچ اتومبیل معینی از موجر نمی‌شود بلکه موجر مدیون مستأجر می‌شود تا اتومبیل سواری را به انتخاب خود و برای مدت معین تعیین و در اختیار مستأجر بگذارد و بعد از این انتخاب است که تملیک منفعت محقق می‌شود. پس اثر اولیه عقد، تعهد موجر به تعیین و تسلیم مصداقی از مورد اجاره کلی است و از زمان تعیین است که حق عینی مستأجر یعنی مالکیت منفعت محقق می‌شود. ^{۳۴} علاوه بر عین مستأجره، نوع منفعت نیز باید معین باشد چرا که موضوع این عقد، منفعت است. معین بودن عین مستأجره به این دلیل است که منفعت باید مشخص باشد بنابراین در عقد اجاره، دو چیز باید معین شود: ۱. عین مستأجره؛ ۲. نوع منفعت.

۲. **صلح منافع:** یک نفر منافع مالش را به دیگری صلح می‌کند؛ البته لازم به ذکر است که معوض یا غیرمعوض بودن صلح در این مورد اهمیت ندارد. کسی که صلح می‌کند را مُصالح و طرفش را مُتصالح گویند. مُتصالحی که مالک عین نیست و مالک منفعت است می‌تواند مال را اجاره دهد (ماده ۷۵۸ ق.م).
- ماده ۷۵۸: صلح در مقام معاملات هرچند نتیجه معامله را که به‌جای آن واقع شده است می‌دهد 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 اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.
۳. **هبه منفعت:** یک نفر منافع مالش را به دیگری هبه می‌کند؛ مثلاً من به شما می‌گویم: «دو سال منافع خانه‌ام را به شما هبه می‌کنم»، حالا مُتَّهَب (یعنی شما)، مالک منفعت خانه‌ای هستید که عین آن، مال من است و در واقع، مالک عین نیستید و می‌توانید مال را در همین بازه دوساله اجاره بدهید (ماده ۷۹۵ ق.م).
- ماده ۷۹۵: هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می‌کند؛ تملیک‌کننده را واهب طرف دیگر را مُتَّهَب، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می‌گویند.
۴. **وصیت منفعت:** یک نفر منافع مالش را برای مدتی به دیگری وصیت می‌کند. در این فرض، بعد از فوت موصی (وصیت‌کننده)، کسی که وصیت به نفعش شده (موصی‌له) مالک منفعت گردیده و مالک عین نیست و می‌تواند مال را اجاره بدهد (مواد ۸۲۶ و ۸۴۶ ق.م).
- ماده ۸۲۶: وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند. وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می‌نماید. وصیت‌کننده موصی، کسی که وصیت تملیکی به نفع او شده است موصی‌له، مورد وصیت موصی‌به و کسی که به‌موجب وصیت عهدی ولی بر مورد ثلث یا بر صغیر قرار داده می‌شود وصی نامیده می‌شود.
- ماده ۸۴۶: هرگاه موصی‌به [مورد وصیت]، منافع ملکی باشد دائماً یا در مدت معین به طریق ذیل از ثلث اخراج می‌شود: بدو عین ملک با منافع آن تقویم می‌شود سپس ملک مزبور باملاحظه مَسْلُوبِ الْمَنْفَعَةِ بودن در مدت وصیت تقویم شده تفاوت بین دو قیمت از ثلث حساب می‌شود. اگر موصی‌به، منافع دائمی ملک بوده و بدین جهت عین ملک قیمتی نداشته باشد قیمت ملک باملاحظه منافع از ثلث محسوب می‌شود.
۵. فرض کنید یک نفر مالک مالی است و سپس عین مالش را به دیگری منتقل می‌کند و منافعی را برای مدتی برای خودش نگاه می‌دارد (لازم به ذکر است که این مورد با حق انتفاع تفاوت دارد). در این صورت چون منافع را برای بازه مشخص زمانی برای خود نگاه داشته می‌تواند آن را به اجاره واگذار کند. مثلاً پدری عین مالش را به نام فرزندش می‌کند و به جهت پیشگیری از سوءاستفاده فرزند، منافع را تا زمان

حیاتِ خودش برای خودش نگه دارد در واقع با این کار تا زنده است می‌تواند از آن مال استفاده کند. هر کس مالک منافع باشد چه مالک عین باشد یا چه نباشد، می‌تواند اجاره بدهد.

جمع‌بندی: مطابق ماده ۴۷۳ ق.م. موجر باید مالک منفعتِ عین مستأجره باشد و لازم نیست مالک عین نیز باشد. بنابراین به صرف اینکه موجر، مالک منفعت نباشد اجاره، فضولی بوده حتی اگر موجر، مالک عین نیز باشد.

نکته: متولی با اینکه مالکِ عینِ موقوفه نیست می‌تواند آن را اجاره دهد البته اجاره‌بهای آن صرفِ امور موقوفه می‌شود.

گفتیم که ماده ۴۷۴ ق.م. اشعار داشته مستأجر می‌تواند عین مستأجره را اجاره بدهد مگر اینکه خلافش شرط شده باشد^{۳۵}. اگر مستأجری که حق انتقال به غیر ندارد آن را اجاره دهد، اجاره باطل است، مگر اینکه مفاد شرط، التزام به خودداری از اجاره باشد که تخلف از آن به موجر حق فسخ می‌دهد. در اجاره دو نوع شرط ممکن است بشود که مستأجر، مال را اجاره ندهد:

۱. به صورت شرط نتیجه: مثلاً در اجاره یک شرط نتیجه می‌آید که به موجب آن، حق اجاره دادن از مستأجر سلب می‌شود، یعنی مستأجر دیگر حق اجاره دادن ندارد. حال اگر مستأجری که حق واگذاری ندارد اجاره بدهد (طبق ماده ۴۵۴ ق.م. اجاره باطل است)، گفته اگر بر مشتری شرط کنیم که اجاره ندهد اجاره بدهد باطل است. اگر در اجاره به صورت شرط نتیجه، حق اجاره دادن را از مستأجر بگیریم، اجاره دادن مستأجر باطل است.

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

۲. به صورت شرط فعل منفی: در اجاره، مستأجر تعهد می‌کند (تعهد همیشه شرط فعل است) که به دیگری اجاره ندهد. حق اجاره دادن دارد ولی تعهد کرده اجاره ندهد. حالا اگر مستأجر اجاره دهد، سه نکته وجود دارد: اولاً اجاره دوم صحیح است؛ ثانیاً چون مستأجر اول از شرط فعلش تخلف کرده فلذا مؤجر حق دارد اجاره اول را فسخ کند؛ ثالثاً وقتی اجاره اول فسخ شد، اجاره دوم اصلاً به هم نمی‌خورد بلکه از تاریخ فسخ اجاره اول، مستأجر اول چون نمی‌تواند مال را به مؤجر پس بدهد به مؤجر اجرت‌المثل می‌دهد. از تاریخ

^{۳۵} در مورد اجاره محل کسب و پیشه ماده ۱۰ قانون ۱۳۵۶ به مستأجر، حق انتقال به غیر را نداده مگر اینکه به وسیله نوشته این اجاره از موجر گرفته شده باشد.

فسخ تا پایان اجاره اگر اجرت‌المثل بیشتر از اجرت‌المُسَمی باشد چون خودش علیه خودش اقدام کرد باید آن را تأمین کند.

جمع‌بندی: در یک عقد بیع بعد از اینکه تملیک به طور صحیح واقع شد مشتری، مالک مبیع می‌شود. حال چون مشتری، مالک است می‌تواند هر تصرفی در ملک خود بنماید و فسخ بیع، علی‌الاصول هیچ تأثیری بر اقدامات انجام شده توسط مشتری از قبیل اجاره‌دادن مبیع یا فروش آن ندارد ولی اگر در عقد بیع، حق انتقال (عین یا منفعت) از مشتری به صورت شرط نتیجه سلب شده باشد اقدامات مشتری باطل و بلااثر خواهد بود.

تعهد به عدم انتقال: خلاف آن انجام شود: حق فسخ وجود دارد.

سلب حق انتقال: خلاف آن انجام شود: بطلان.

نکته: باید میان اجاره مستأجر و انتقال اجاره تفاوت قائل شد؛ در مورد نخست (اجاره مستأجر)، رابطه میان مستأجر جدید و قدیم مانند رابطه موجر و مستأجر است یعنی من که مستأجر اول بودم و به تو اجاره دادم عین اینه که من می‌شم مؤجر و شما می‌شوید مستأجر. بنابراین مستأجر اول از رابطه حذف نمی‌شود از طرف دیگر رابطه‌ای میان موجر اصلی و مستأجر جدید وجود ندارد (در عقد وکالت هم در توکیل، بین موکل و وکیل دوم هیچ رابطه‌ای وجود ندارد و وکیل دوم نمی‌توانست حق‌الوکاله‌اش را از موکل بگیرد) بنابراین موجر اصلی نمی‌تواند اجاره‌بها را از مستأجر دوم بگیرد زیرا با او قراردادی ندارد. در حالی که در مورد دوم (انتقال اجاره)، مستأجر نخستین از میدان بیرون رفته و مستأجر جدید، عقد سابق را ادامه می‌دهد؛ بنابراین در اینجا موجر اصلی می‌تواند اجاره‌بها را از مستأجر بگیرد. نتیجه: در موردی که مستأجر، تمام یا بخشی از عین مستأجره را اجاره بدهد، رابطه قراردادی‌اش برقرار است و همه حقوق و تکالیف موجر را دارد (موجر حساب می‌شود) در برابر مالک، همچنان مستأجر است و باید اجاره بپردازد ممکن است در صورتی که مستأجر، منافع را اجاره دهد در مورد تسلیم‌اش اختلاف شود. در این خصوص باید گفت هنگامی که قانونگذار به مستأجر، اجازه اجاره را داده یعنی به طور ضمنی لوازم آن نیز اجازه داده شده و تسلیم نیز جزء لوازم است و نیازی به اذن مالک ندارد؛ پس برای تسلیم، نیازی به اذن مالک نیست مگر در موردی که انتفاع از عین، ملازمه با قبض آن ندارد.

نتیجه: تسلیم مورد اجاره به مستأجر جدید در فرضی که مستأجر در انتقال منفعت مأذون است نیازی به اذن مالک نیست با وجود این، در مواردی انتفاع از عین ملازمه با قبض ندارد (یعنی نیاز به تسلیم نیست) مانند اجاره اتومبیل، حیوان برای حمل بار که ممکن است به وسیله موجر هدایت شود؛ تسلیم آن به مستأجر جدید بدون اذن مالک، ضمان آور است.

یادآوری:

۱. وکالت: در عقد وکالت، وکیل: الف. اگر توکیل کند، از رابطه وکالت خارج نمی‌شود و وکیل دوم، حق الوکاله را باید از وکیل اول بگیرد چون رابطه قراردادی با موکل اصلی ندارد اما اگر وکیل، وکالت را تفویض کند، از رابطه وکالت خارج می‌شود و حق الوکاله وکیل جدید با موکل است.

۲. در وقف، متولی می‌توانست وکیل بگیرد و از رابطه وقف، خارج نمی‌شد و حق الوکاله وکیل با متولی بود اما متولی نمی‌توانست تولیت را منتقل کند (تفویض).

اجاره مال مشاع: اجاره مال مشاع جایز است اما تسلیم آن نیاز به اذن شریک دارد زیرا در اموال مشاعی، تصرفات حقوقی (اجاره) بدون اذن شرکاء امکان‌پذیر است اما تصرفات مادی (تسلیم) بدون اذن شریکان جایز نیست.

نکته: در صورتی که مستأجر، جاهل به اشاعه باشد می‌تواند به استناد خیار عیب یا تدلیس (اگر موجر سوءنیت داشته باشد) فسخ کند.

ماده ۴۷۶ می‌خواهد این رو بگه: موجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و اگر نکند موجر اجبار می‌شود و در صورتی که الزام نیز امکان نداشت در مرحله آخر، مستأجر حق فسخ دارد، این ماده ۴۷۶ که در آن الزام وجود دارد و اگر ملزم نشد در وهله آخر، حق فسخ وجود دارد با ماده ۴۹۶ که در مورد تخلف از شرط فعل است و الزام و فسخ در عرض هم قرار گرفته‌اند اشتباه نگیرید. اگر موجر به التزام خود درباره تسلیم مورد اجاره و توابع آن (تسلیم مورد اجاره باید همراه با تسلیم توابع باشد) عمل نکند، مستأجر علاوه بر فسخ می‌تواند از تسلیم اجاره‌بها امتناع کند و از حق حبس استفاده کند زیرا اجاره عقدی است معوض.

تأمین استفاده مطلوب: وفق ماده ۴۷۷ قانون مدنی «موجر باید عین مستأجره را در حالتی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفاده مطلوبه را بکند.» هر گاه به علت یک مانع یا یک عذر عام، نتوان مورد اجاره را استفاده کرد اجاره باطل می‌شود؛ مثلاً اجاره برای رفتن اتومبیلی به مقصد معین (مثلاً اصفهان) اجاره شود ولی در روز مورد نظر، راه رسیدن به آن در اثر برف و بوران مسدود شود. ولی هر گاه عذر شخصی و مربوط به مستأجر باشد اجاره صحیح است مگر شرط مباشرت شده باشد.

ماده ۴۷۶: موجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و در صورت امتناع، موجر اجبار می‌شود و در صورت تعذر اجبار، مستأجر خیار فسخ دارد.

ماده ۴۹۶: عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف، باطل می‌شود [در این حالت استثنائی، اثر بطلان از روز انعقاد عقد نیست و به آینده سرایت کرد] و نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد [استثناء ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل].

اگر مورد اجاره را موجر خراب کرده باشد باید آن را به حالت اول برگرداند ولی اگر اتلاف عین چنان باشد که با تعمیر نتوان آن را حفظ کرد اجاره باطل می‌شود و مستأجر می‌تواند خسارت بگیرد. عده‌ای معتقدند منظور از واژه باطل در اینجا منفسخ می‌باشد اما طبق قانون مدنی همان واژه باطل است.

خیار عیب در اجاره (مواد ۴۷۸ تا ۴۸۲ ق.م.)

نکته: خیار عیب در اجاره ارش ندارد. اگر خاطرتان باشد گفتیم خیار عیب تنها خیاری است که دو حق به طرف می‌داد، یا فسخ یا ارش. در اجاره استثنائاً خیار عیب، فقط حق فسخ می‌دهد.

ماده ۴۷۸: هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره، معیوب بوده مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند [به استناد خیار عیب] یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر مؤجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد. [ازیرا ضرر مستأجر دفع شده است]

ماده ۴۷۸: از دو کلمه «تمام اجرت» که در ماده آمده است معلوم می‌شود مستأجر نمی‌تواند ارش بگیرد.

نکته: هر عیبی باعث فسخ اجاره نیست. عیب در اجاره با عیب در بیع تفاوت دارد. در عقد بیع، هر ایرادی عیب است ولو خیلی کوچک اما در عقد اجاره، عیبی باعث فسخ است که به منفعت صدمه بزند. ممکن است مورد اجاره هزار تا ایراد داشته باشد ولی به منافع خللی وارد نکند. آیا شما وقتی ماشینی را Rent (اجاره) می‌گیرید ماشین را بررسی می‌کنید که مثلاً از نظر فنی ایراد دارد یا خیر؟ مسلماً خیر؛ شما صرفاً به این توجه می‌کنید که ماشین روشن شود و شما را به مقصدتان برساند.

ماده ۴۷۹: عیبی که موجب فسخ اجاره می‌شود عیبی است که موجب نقصان منفعت یا صعوبت در انتفاع باشد.

صعوبت یعنی دشواری

ماده ۴۸۰: عیبی که بعد از عقد و قبل از قبض منفعت در عین مستأجره حادث شود موجب خیار است و اگر عیب در اثناء مدت اجاره حادث شود نسبت به بقیه مدت خیار ثابت است.

ماده ۴۸۰: دو تا فرض را گفته است و یک فرض را نگفته:

فرض اول: عین مستأجره قبل از تسلیم معیوب بشود، یعنی عین مستأجره هنگام عقد سالم بوده و بعد از عقد و قبل از تسلیم معیوب می‌شود (ماده ۴۷۸ می‌گفت: «در حال اجاره») که اینجا مستأجر حق فسخ دارد و ارش

ندارد. این فرض با ماده ۴۲۵ ارتباط دارد. در جایی که عیب از ابتدا وجود داشته باشد، فسخ از همان آغاز، اجاره را منحل می کند (استثنائاً در این حالت، اثر فسخ به گذشته هم سرایت کرد در حالی که می دانیم اثر فسخ از آینده است).

ماده ۴۲۵: عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است.

فرض دوم: عین مستأجره سالم بوده و موقع تسلیم هم سالم بوده اما در اثنای مدت (در طول مدت) معیوب می شود اینجا مستأجر نسبت به بقیه مدت، خیار دارد چون تا آن موقع مال سالم بوده است.

مثال: شما خانه ای را با اجاره بهای ماهی ۱ میلیون تومان اجاره می کنید. خانه بدواً سالم است، اما بعد از ۶ ماه معیوب می شود که در ۶ ماه اول مشکلی نبود اما به محض اینکه معیوب شد می توانید فسخ کنید.

فرض سوم: این فرض در ماده اشاره نشده است. علما می گویند فرض سوم که در قانون بدان اشاره نشده مفهوم مخالف فرض دوم است. عین مستأجره از اول معیوب بوده و مستأجر متوجه نبوده و نفهمیده، ۶ ماه گذشته بعد متوجه شده است. فقها می گویند الان که فهمیده می تواند تمام اجاره را فسخ کند.

فرض کند فردی خانه ای را با اجاره بهای ماهی ۱ میلیون تومان به مدت یکسال اجاره کرده ولی چون معیوب است ماهی ۷۰۰،۰۰۰ تومان بیشتر نمی ارزد. حالا اگر بعد از ۶ ماه بخواهد کل عقد را فسخ کند آن ۶ تا ۳۰۰،۰۰۰ تومان اضافه را پس می گیرد (بدل منفعت اجرت المثل است)

سه ماده در باب اجاره وجود دارد که به هم ربط دارند. ماده ۴۸۱ و بند اول ماده ۴۸۳ و بند اول ماده ۴۹۶:

ماده ۴۸۱: هرگاه عین مستأجره به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود، اجاره باطل می شود. [حواستون باشه! اینجا گفت: «باطل می شود» در صورتی یه جا گفت حق فسخ داره؛ این حکم در خصوص عیب خود عین است نه موقعیت خارجی آن ولی اگر امکان انتفاع از عین وجود داشته باشد؛ مانند اینکه مکانی برای احداث بیمارستان، اجاره داده می شود ولی چندی بعد، کنار آن، میدان تیر ارتش دایر می شود؛ در این فرض نیز قابلیت انتفاع مال مورد اجاره از بین می رود. اگر عین مستأجره از قابلیت انتفاع خارج شود و نتوانیم رفع عیب کنیم، اجاره باطل است؛ اگر عین، معیوب نباشد اما موقعیت خارجی عین باعث شود که از قابلیت انتفاع خارج شود باطل است. اگر عین، معیوب باشد اما بتوان رفع عیب کرد اجاره باطل نیست.]

ماده ۴۸۳: اگر در مدت اجاره، عین مستأجره 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، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره نماید. [اگر قبل از تسلیم، مورد اجاره تلف شود سبب انفساخ عقد است و باعث می شود که در برابر تلف منافع تملیک شده تعهد مستأجر در پرداخت اجاره بها از بین برود، اگر عین در اثر حوادث

قهري تلف شود اجاره باطل است؛ اگر شخصِ موجر يا ديگري (ثالث) سببِ تلف شود اجاره به حالتِ خود باقى است و مستأجر مى‌تواند بر مبنای قواعد اتلاف و تسبیب به كسى كه ضرر زده رجوع كند و اجرت‌المثل آن را بگیرد.]

ماده ۴۹۶: عقد اجاره به واسطهٔ تلف شدن عین مستأجره از تاريخ تلف باطل مى‌شود و نسبت به تخلف از شرايطى كه بين مؤجر و مستأجر مقرر است خيار فسخ از تاريخ تخلف ثابت مى‌گردد.

از اين سه ماده، بند اول مادهٔ ۴۸۳ صحيح است. اگر عین مستأجره در اثنای مدت تلف بشود، اجاره منفسخ مى‌شود. بند اول مادهٔ ۴۹۶ خواسته كه همين مطلب را بگويد منتها اشتباه گفته است كه: عین مستأجره تلف بشود اجاره باطل مى‌شود. در مادهٔ اخير به غلط از واژهٔ «بطلان» استفاده شده است كه به نظر مى‌رسد منظور مقنن همان انفساخ بوده است. مادهٔ ۴۸۱ هم نادرست گفته، گفته: اگر عین مستأجره به واسطهٔ عيب از قابليت انتفاع خارج بشود و نتوان رفع عيب كرد، اجاره باطل مى‌شود. به نظر مى‌رسد در اين ماده مقنن با مسامحه به جای انفساخ از ابطال استفاده كرده است. اين مسامحه با عنايت به فعلِ «شدن» بعد از واژهٔ «باطل»، قابل توجيه است. با توجه به سه مادهٔ فوق در صورتى كه عيب حادث، قابل رفع باشد اجاره درست است ولي مستأجر حق فسخ دارد.

ماده ۴۸۲ ق.م با ماده ۴۳۷ ق.م. ارتباط دارد. گفتيم كه كلى فى‌الذمه هم مى‌تواند مورد اجاره واقع شود. مطابق مادهٔ ۴۸۲ ق.م، اگر مورد اجاره، عین كلى باشد و فردى كه موجر مى‌دهد، معيوب درآيد، مستأجر حق فسخ ندارد و بايد موجر را الزام به تبديل فرد معيوب نمايد. هرگاه الزام ممكن نشد، مستأجر به موجب خيار تعذر تسليم، حق فسخ اجاره را دارد. پس در كلى، خيار عيب نيست اول الزام و اگر نشد، خيار تعذر تسليم. پس خيار اين ماده، تعذر تسليم است. مستأجر علاوه بر اجبار موجر به تبديل مصداق مستأجر مى‌تواند از پرداخت اجاره‌بها خوددارى كند (حق حبس).

ماده ۴۸۲: اگر مورد اجاره عین كلى باشد و فردى كه مؤجر داده معيوب درآيد مستأجر حق فسخ ندارد و مى‌تواند مؤجر را مجبور به تبديل آن نمايد و اگر تبديل آن ممكن نباشد حق فسخ خواهد داشت.

ماده ۴۳۷: از حيث احكام عيب، ثمن شخصى مثل مبيع شخصى است.

مادهٔ ۴۸۴ قانون مدنى اشعار مى‌دارد: «موجر نمى‌تواند در مدت اجاره، در عین مستأجره تغييرى دهد كه منافی مقصود مستأجر از استيجار باشد» منظور از تغييرى كه مادهٔ ۴۸۴ ق.م از آن نام برده، تغيير مادى است و نه حقوقى، بنابراين موجر مى‌تواند عین مستأجره را به ديگري بفروشد كه در اين صورت نافی حق مستأجر كه قبلاً به وجود آمده نيست اما اگر خريدار، جاهل به اجاره باشد حق فسخ بيع را دارد.

تعمیر عین مستأجره و حق فسخ مستأجر: ماده ۴۸۵ قانون مدنی مقرر داشته: «اگر در مدت اجاره، در عین مستأجره تعمیراتی [اساسی یا ضروری] لازم آید که [مشروط بر اینکه] تأخیر در آن موجب ضرر موجر باشد مستأجر نمی‌تواند مانع تعمیرات مزبوره گردد [اگر مانع شود ابتدا دادگاه، الزام وی را می‌خواهد و در صورت ممانعت می‌تواند حکم تخلیه موقت بدهد] اگرچه در مدت تمام یا قسمتی از زمان تعمیر نتواند از عین مستأجره کلاً یا بعضاً استفاده نماید، در این صورت، حق فسخ اجاره را خواهد داشت»

خيار تبعض صَفقه در اجاره:

مثال: من به شما در یک عقد به مدت یک سال دو تا ماشین اجاره می‌دهم. بعد از ۶ ماه یکی از ماشین‌ها تلف می‌شود. این نقص است و هر وقت نقص بوجود آمد خياری که به دنبالش می‌آید تبعض صَفقه است ولی اگر عیب بود خيار عیب است. شما روی آن ماشینی که هست خيار تبعض صَفقه دارید. اجاره نسبت به آن ماشینی که تلف شده منفسخ می‌شود اما نسبت به ماشینی که هست صحيح است اما خيار تبعض صَفقه پيش می‌آید یا می‌توانید ماشینی که موجود است را پس بدهید (فسخ کنید) یا فسخ نکنید و از این به بعد، اجاره یک ماشین را بدهید این را تقليل نسبي مال الاجاره گویند. پس تقليل نسبي مال الاجاره مربوط به خيار تبعض صَفقه است. مطابق قسمت دوم ماده ۴۸۳ ق.م.، هرگاه بعض از عین مستأجره تلف شود، مستأجر خيار تبعض صَفقه دارد؛ بدین معنی که می‌تواند بخش باقی مانده را به استناد خيار مزبور فسخ کند یا تقليل نسبي مال الاجاره را از باب انفساخ بخشی از اجاره درخواست نماید.

ماده ۴۸۳: اگر در مدت اجاره، عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود، از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود و در صورت تلف بعضی آن، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقليل نسبي مال الاجاره نماید.

نکته: یک خيار در مبحث اجاره وجود دارد که مشخص نیست چه خياری است یا اسمش چیست (برخی معتقدند اسمش «خيار تخلف از شرط فعل» است). مستأجر طبق ماده ۴۹۳ ق.م. امین است یعنی مسئول نیست مگر اینکه تقصیر کند. حال فرض بفرمایید مستأجر تقصیر می‌کند؛ در این صورت، مؤجر باید ابتدا منعش کند اگر منع ممکن نشد مؤجر حق فسخ دارد و این حق فسخ معلوم نیست اسمش چیست که قانون‌گذار بر این موضوع، دو بار به فاصله ۵ ماده تأکید نموده است (یکی ۴۸۷ ق.م. و دیگری ۴۹۲ ق.م.). این دو ماده، مشابه هم هستند در یکی گفته «اگر مستأجر تعدی یا تفریط کند ...» و در دیگری گفته «اگر مستأجر برخلاف چیزی که مؤجر گفته عین مستأجره را استفاده کند ...» که همان تعدی و تفریط است. قابل ذکر است که مطابق ماده ۴۸۷ قانون مدنی،

صرف تعدی یا تفریطِ مستأجر، به موجر حق فسخ نمی‌دهد و تنها یدِ مستأجر را ضمانی می‌کند (ماده ۴۹۳ ق.م.م). موجر به هنگام تقصیرِ مستأجر زمانی حق فسخ دارد که قادر بر منع آن نباشد.

ماده ۴۸۷: هرگاه مستأجر نسبت به عینِ مستأجره تعدی یا تفریط نماید و موجر قادر بر منع آن نباشد مؤجر حق فسخ دارد.

ماده ۴۹۲: اگر مستأجر عینِ 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 مؤجر حق فسخ اجاره را خواهد داشت.

ماده ۴۹۳: مستأجر نسبت به عینِ مستأجره ضامن نیست؛ به این معنی که اگر عینِ مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسؤول نخواهد بود ولی اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است اگرچه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

قاعده: مرحوم کاتوزیان بر این اعتقاد بودند که هر وقت اختیار فسخ را در ماده‌ای دیدید و ندانستید اسمِ آن خيار چیست، آن را خيارِ تخلف از شرط ضمنی فرض نمایید. یعنی فرض کنید یک شرط ضمنی در عقد بوده و از آن شرط تخلف شده است و سپس این خيار بوجود آمده است. فرض بر این است که در عقد اجاره این شرط ضمنی وجود دارد که مستأجر نباید تقصیر کند؛ حال اگر تقصیر کرد به استناد خيار تخلف از شرط ضمنی، قابل فسخ است.

مستأجر مطابق ماده ۴۹۳ ق.م.م. امین می‌باشد و تنها هنگامی مسؤول خسارات وارده به عینِ مستأجره است که مرتکب تقصیر شده باشد. بنابراین در هر اجاره‌ای به دلیل یدِ امانیِ مستأجر، این شرط ضمنی وجود دارد که مستأجر مرتکب تقصیر نگردد. بدیهی است به هنگام تخلف از این شرط و ارتکاب تعدی یا تفریط از سوی مستأجر، موجر پس از عجز از منع مستأجر، خيار تخلف از شرط خواهد داشت.

خيار تعذر تسليم در اجاره:

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

ماده ۴۸۸ قانون مدنی با ۵۲۸ قانون مدنی ارتباط دارد (نظیر حکم فوق در عقد مزارعه نیز وجود دارد).

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

فرض کنید عقد اجاره‌ای منعقد شد. قبل از این که مؤجر، عین مستأجره را تسلیم کند یک نفر می‌آید آن را غصب می‌کند و از مؤجر می‌گیرد و نمی‌گذارد به مستأجر بدهد. حالا مستأجر دو راه دارد یا به استناد خیار تَعَذُّر تسلیم، عقد اجاره را فسخ کند یا به جنگ با غاصب برود و خروج غاصب و اجرت‌المثل را بخواهد.

اگر بعد از تسلیم عین مستأجره یک نفر آمد غصب کرد مستأجر دیگر خیار ندارد فقط یک راه دارد، برود به جنگ غاصب و خروج غاصب و اجرت‌المثل را بخواهد. بنابراین بعد از تسلیم، دیگر خیار تعذر تسلیم وجود ندارد.

موارد فوق در جایی است که شخصی که مزاحمت ایجاد کرده است غاصب است یعنی ادّعی حقّی ندارد. مقصود م ۴۸۸ ق.م. از ذکر «مزاحمت بدون ادّعی حق»، این نیست که اگر شخص ثالث، مدعی حقّی در عین مستأجره باشد، مستأجر حقّ مراجعه به مزاحم برای تصرف عین و مطالبه عوضِ منافع را ندارد.

ماده ۴۸۹ ق.م. مختص کسی است که ادّعی حقّی دارد؛ ماده ۴۸۸ مختص کسی است که ادّعی حقّی ندارد و غاصب است.

ماده ۴۸۹: اگر شخصی که مزاحمت می‌نماید مدعی حق نسبت به عین مستأجره یا منافع آن باشد مزاحم نمی‌تواند عین مزبور را از ید مستأجر انتزاع نماید مگر بعد از اثبات حق با طرفیت مالک و مستأجر هر دو.

ماده ۴۹۱: انتفاع مشابه از عین

ماده ۴۹۱: 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.

منفعت در اجاره دو نوع است گاهی منفعت برای مؤجر خصوصیت دارد و گاهی منفعت خصوصیت ندارد. در حالت اول که خصوصیت دارد مستأجر نمی‌تواند منفعت را عوض کند، اگر عوض کند تقصیر کرده است ولی در حالت دوم که منفعت برای مؤجر خصوصیتی ندارد مستأجر می‌تواند عوضش کند به منفعتی که ضررش یا مساوی باشد یا کمتر باشد.

مثال: من ماشینم را به شما اجاره می‌دهم که بروید کرج و برگردید که از دو حالت خارج نیست: یکی اینکه کرج رفتن تو برای من (مؤجر) خصوصیت دارد یعنی راه کرج برای من خصوصیت دارد (راه کرج اتوبان است و ماشین من آسیب نمی‌بیند) و شما نمی‌توانید جای دیگر بروید. حالا همین که من می‌گویم «کرج» یک زمانی برای من خصوصیت ندارد یعنی اگر می‌گویم کرج منظورم این است که مسافت، ۶۰ کیلومتر باشد. پس شما نمی‌توانید ۵۰ کیلومتر بروید و ۵۰ کیلومتر برگردید. اما ۳۰ کیلومتر را می‌توانید بروید و ۳۰ کیلومتر برگردید.

ماده ۴۹۴: پایان یا انقضای اجاره

ماده ۴۹۴: عقد اجاره به محض انقضای مدت برطرف می شود و اگر پس از انقضای آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد، مؤجر برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود اگرچه مستأجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت المثل بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید.

عقد اجاره با انقضای مدت منفسخ می شود. باید توجه داشت که اجرت المثل مذکور در ماده ۴۹۴ ق.م.، چه در فرضی که مستأجر اذن دارد و چه در فرضی که مأذون نمی باشد، به نرخ روز است.

اگر با اذن بود، اصولاً اجرت المثل منافع مستوفات مگر موجر اجازه داده باشد مجانی استفاده نماید.

اگر بدون اذن بود، اجرت المثل منافع مستوفات و غیر مستوفات (در حکم غاصب، به شرط آنکه موجر، مال را مطالبه کرده باشد).

قاعده: عقود که مدت دارند مثل اجاره، با انقضای مدت منفسخ می شوند ولی قانون گفته برطرف می شوند.

وقتی مدت اجاره تمام شد دو حالت است:

۱. مؤجر سراغ مستأجر نمی رود.

۲. مؤجر سراغ مستأجر می رود.

قاعده: این قاعده از مصادیق یک قاعده کلی تر است. وقتی مدت اجاره تمام شد قاعده این است که مؤجر برود سراغ مستأجر بگوید: «بلند شو؛ مال را به من بده».

حالت اول: مدت تمام شده و مؤجر سراغ مستأجر نرفته یعنی سکوت می کند^{۳۶} (البته بعد از انقضای مدت، مالک اصلاً مؤجر نیست). حالا که مؤجر نرفته به طور ضمنی اذن داده که مستأجر بنشیند که رابطه آنها می شود استیفاء (ماده ۳۳۷ ق.م.) و نه اجاره (چون اجاره با انقضای اجاره تمام می شود). قاعده این است که در اجاره، مؤجر برود سراغ مستأجر و تقاضای تخلیه کند. در این حالت اگر مستأجر استفاده بکند باید اجرت المثل را بدهد (از واژه اجرت المثل می فهمیم که دیگر عقد اجاره نیست) اگر استفاده نکند هیچ چیزی نباید بدهد و البته نباید اثاثی هم داخل آن داشته باشد.

ماده ۳۳۷: هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است.

پس اگر در پایان اجاره، مستأجر سابق به انتفاع خود ادامه دهد و موجر سابق تخلیه ملکش را نخواهد، باید او را مأذون به حساب آورد نه غاصب و قانون مدنی سکوت موجر را دلیل رضای او به ادامه انتفاع دانسته است.

^{۳۶} منظور از سکوت، سکوت محض نیست بلکه سکوت همراه با قرینه است.

حالت دوم: این است که مدت تمام شده و مؤجر سراغ مستأجر رفته و می‌گوید خانه‌ام را می‌خواهم مستأجر هم بلند نمی‌شود. در این حالت، مستأجر در حکم غاصب است و باید اجرت‌المثل بدهد، چه استفاده بکند و چه استفاده نکند.

فرق بین حالت اخیر و حالت قبل این است که در حالت اول ید مستأجر امانی است (و رابطه استیفاء است) ولی در حالت دوم ید مستأجر ضمانی است. در ماده ۴۹۴ چه در حالت اول (که مستأجر اذن دارد) و چه در حالت دوم (که مستأجر اذن ندارد) اجرت‌المثل به نرخ روز است.

نکته: طبق ماده ۴۹۵ قانون مدنی: «اگر برای مال‌الاجاره [اجرت‌المسمی]، ضامنی داده شده باشد ضامن مسئول اجرت‌المثل مذکور در ماده فوق [۴۹۴ ق.م] نخواهد بود.»

در ماده ۴۹۴ ق.م. «برطرف» یعنی «منفسخ». ادامه ماده ۴۹۴ می‌شود ماده ۵۰۱ که به ماده ۴۹۴ ربط دارد.

ماده ۴۹۴: عقد اجاره به محض انقضاء مدت برطرف می‌شود و اگر پس از انقضاء آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد مؤجر برای مدت مزبور مستحق اجرت‌المثل خواهد بود اگرچه مستأجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت‌المثل بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید.

ماده ۵۰۱: اگر در عقد اجاره مدت به طور صریح ذکر نشده و مال‌الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدت‌های مزبوره در تصرف خود نگاه دارد و مؤجر هم تخلیه ید او را نخواهد مؤجر به موجب مراضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود.

ماده ۵۰۱: اجاره بدون مدت از قرار روز یا ماه یا سال

نام این ماده «اجاره از قرار» است. اجاره از قرار این است که یک اجاره داریم که مدتش معلوم نیست. ولی مال‌الاجاره از قرار روز یا ماه یا سالی مبلغ تعیین شده که هفته‌ای هم می‌شود تعیین کرد. پس مدت، مشخص نیست و مال‌الاجاره از قرار است. پی طبق نظر غالب، چنانچه من بگویم: «خانه‌ات را روزانه به مبلغ فلان قدر اجاره می‌کنم» و شما هم بپذیرید این اجاره، صحیح است؛ منتها در خصوص این اجاره (اجاره از قرار) باید بین دو مرحله تفکیک قائل شد:

مرحله ۱: مدت زمانی که نسبت به آن توافق شده است: تابع توافق و عقد اجاره (اجرت‌المسمی) است.

مرحله ۲: زمانی که مدت توافق شده پایان یافته باشد ولی مستأجر همچنان به سکونت ادامه می‌دهد و موجر نیز با سکوت راضی است، این حالت را نمی‌توان عقد اجاره نامید و همانگونه که قانون نیز بیان کرده، نوعی مراضات

حاصله (توافق ضمنی) است و در زمره قراردادهای خصوصی (ماده ۱۰) است؛ لذا تابع تشریفات عقد اجاره نیست و برای مثال، هر دو طرف می‌توانند در هر زمان به این توافق، خاتمه دهند زیرا تابع عقد اجاره که عقدی لازم است نمی‌باشد. اجرت، اجرت‌المثل است زیرا مربوط به مرحله دوم است.

یکی از نتایجی که از ماده ۵۰۱ به دست می‌آید این است که در خصوص مراضات مذکور در ماده، هیچ یک از طرفین، ملزم به عقد اجاره نیستند زیرا عقد اجاره به معنای واقعی (عقد معین) نیست همچنین مستأجر موظف نیست، اجاره ماهیانه را به محض ورود در ماه بپردازد بلکه در پایان مدت استفاده، ملزم به پرداخت است زیرا این عقد، عقد اجاره به عنوان یکی از عقود معین نمی‌باشد.

مثال: خانه‌ام را به شما ماهی ۱,۰۰۰,۰۰۰ تومان اجاره دادم یا خانه‌ام را به شما اجاره دادم سالی ده میلیون تومان یا خانه‌ام را به شما اجاره دادم روزی ۵۰,۰۰۰ تومان. اجاره از قرار باطل نیست.

در اجاره از قرار از نظر زمانی سه مرحله داریم. ماده‌ی ۵۰۱ از سه مرحله دو مرحله را گفته که ما هر سه را می‌گوییم و هر مرحله‌ای حکم خاص خود را دارد:

مرحله اول: مدت اجاره همان حداقل مدتی است که مال‌الاجاره از قرار آن تعیین شده یعنی قدر متیقن. اگر گفته ماهی اینقدر یعنی منظورش یک ماه بوده و آنچه مستأجر در این مدت می‌دهد اجرت‌المسمی است. بدانید: هر وقت عقد باطل بود اجرت‌المثل و هر وقت صحیح بود، اجرت‌المسمی است.

مرحله دوم: حال فرض بفرمایید مدت تمام شد یعنی آن یک روز که اجاره از قرار آن تعیین شده بود تمام شد، یا مثلاً یک ماه تمام شد یا یکسال تمام شد. مؤجر سراغ مستأجر نمی‌آید. این حالت، تقریباً حالت اول ماده ۴۹۴ ق.م. می‌شود که البته یک فرق با آن دارد. چون مالک با عدم مراجعه و مطالبه عین مستأجره به طور ضمنی به مستأجر اذن داده، رابطه بین آنها استیفاء می‌شود. فرقی که با ماده‌ی ۴۹۴ دارد این است که در این مرحله (قسمت دوم ۵۰۱) مستأجر باید اجرت‌المثل بدهد ولی استثنائاً به اندازه اجرت‌المسمی. به خاطر دارید که قاعده این بود که اجرت‌المثل به نرخ روز باشد و توسط کارشناس تعیین شود اما در این مورد اینگونه نیست.

در امتحان چطور بفهمیم که ماده‌ی ۴۹۴ ق.م. است یا ۵۰۱ ق.م. : اصل با ۴۹۴ است اگر راجع به ۵۰۱ سوال بدهند به جوری می‌فهمانند (مثلاً تأکید می‌کنند «از قرار فلان مبلغ») اما اگر مطلق گفتند، اصل، ماده‌ی ۴۹۴ است.

ماده ۵۰۱: اگر در عقد اجاره، مدت به طور صریح ذکر نشده و مال‌الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدت‌های مزبوره در تصرف خود نگاه دارد و مؤجر هم تخلیه ید او را نخواهد مؤجر به موجب مراضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود.

ماده ۴۹۴: عقد اجاره به محض انقضاء مدت برطرف می شود و اگر پس از انقضاء آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد مؤجر برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود اگرچه مستأجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت المثل بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید.

در مرحله دوم ماده ۵۰۱ آنچه مستأجر می دهد اجرت المثل است و احکامش هم اجرت المثل است فقط میزانش اجرت المسمی است. می دانیم که اجرت المسمی، منقول است و اجرت المثل، غیر منقول است.

مرحله سوم: مرحله سوم ماده ۵۰۱ دقیقاً حالت دوم ماده ۴۹۴ است. مؤجر تقاضای تخلیه می کند و مستأجر تخلیه نمی کند که مستأجر می شود در حکم غاصب و باید اجرت المثل بدهد به نرخ روز. چه استفاده کرده باشد و چه استفاده نکرده باشد.

مرحله اول اجرت المسمی، مرحله دوم اجرت المثل به اندازه اجرت المسمی و مرحله سوم اجرت المثل به نرخ روز.

ماده ۵۰۱ با ق.م. ماده ۵۱۵ ارتباط دارد:

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 مؤجر هم تخلیه ید او را نخواهد مؤجر به موجب مراضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود.

ماده ۵۱۵: اگر کسی بدون تعیین انتهاء 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 انقضاء مدت مزبور اجاره برطرف می شود ولی اگر پس از انقضاء مدت اجیر به خدمت خود دوام دهد و مؤجر او را نگاه دارد اجیر نیز به مراضات حاصله به همانطوری که در زمان اجاره بین او و مؤجر مقرر بود مستحق اجرت خواهد شد.

ماده ۴۹۷: اثر فوت موجر یا مستأجر

ماده ۴۹۷: عقد اجاره بواسطه فوت مؤجر یا مستأجر باطل نمی شود و لیکن [۱]: اگر مؤجر فقط برای مدت عمر خود، مالک منافع عین مستأجره بوده است اجاره به فوت مؤجر باطل می شود [برخلاف عقود اذنی که منفسخ می شوند، اجاره با فوت باطل می شود زیرا اجاره، مستمر می باشد] و [۲]: اگر شرط مباشرت مستأجر شده باشد به فوت مستأجر باطل می گردد.

منظور از واژه باطل (باطل دومی) در ماده ۴۹۷، منفسخ است.

اجاره عقدی است لازم به همین دلیل با فوت از بین نمی‌رود. این قاعده (که اجاره با فوت از بین نمی‌رود) دو استثناء دارد:

استثناء اول فوت مؤجر: هرگاه کسی به مدت عمرش مالک منافع باشد (مثل پدر در مثالی که چند صفحه قبل گفتیم) و آن مال را اجاره بدهد با فوت مؤجر منفسخ می‌شود. اگر کسی به مدت عمرش مالک منافع باشد (نه عمری) و مال را اجاره بدهد با فوت منتفع اجاره منفسخ می‌شود.

نکته: منتفع در حق انتفاع نمی‌تواند مال را اجاره بدهد چون مالک منافع نیست.

استثناء دوم فوت مستأجر: دو تا اصطلاح داریم که قانون‌گذار نادرست به جای هم به کار برده است اولی قیدِ مباشرت و دومی شرطِ مباشرت.

تفاوت: «قید» جنبه اصلی دارد. اگر قید از بین برود مقید هم از بین می‌رود. اگر اجاره به قید مباشرت مستأجر باشد معنی آن این است که فقط، فقط و فقط مستأجر بنشیند؛ مستأجر بمیرد اجاره منفسخ می‌شود. چون وقتی مستأجر نیست اذن انتفاع هم نیست. ولی شرط مباشرت این است که مستأجر تعهد کند که خودش استفاده کند (شرط، جنبه فرعی و قید، جنبه اصلی دارد) اگر اجاره به شرط مباشرت مستأجر باشد و مستأجر بمیرد اجاره درست است ولی شرط، ممتنع شده و مؤجر طبق ماده ۲۴۰ ق.م. حق فسخ دارد.

ماده ۲۴۰: اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروطه‌له باشد.

ماده ۴۹۷ ق.م. به جای «قید» به نادرستی گفته «شرط». باید به این نکته توجه کرد که مباشرت، اگر قید باشد و منافع، به طور مطلق به مستأجر تملیک نشده باشد آن اجاره باطل است ولی اگر شرط شده باشد و مستأجر، آن نباشد حق فسخ می‌دهد. اگر شخصیتِ مستأجر، قیدِ مباشرت باشد و خلافِ آن درآید اجاره باطل است؛ اگر شرط شده باشد و خلافِ آن درآید حق فسخ وجود خواهد داشت.

ماده ۴۹۷: عقد اجاره بواسطه فوت مؤجر یا مستأجر باطل نمی‌شود و لیکن اگر مؤجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستأجره بوده است اجاره به فوت مؤجر باطل می‌شود اگر شرط مباشرت مستأجر شده باشد به فوت مستأجر باطل می‌گردد. [در این ماده، شرط، به معنای عام است].

در فرضی که مستأجر برای مدت عمر خود، صاحب منافع باشد منتفی است زیرا مدت اجاره باید معین باشد در نتیجه کسی نمی‌تواند به مدت عمر خود عینی را اجاره کند یا عینی را اجاره دهد.

نتیجه:

۱. اگر موجر به مدت عمر خود اجاره دهد: اجاره، باطل است؛ زیرا مربوط به عقد اجاره است

۲. اگر مستأجر به مدت عمر خود اجاره کند: اجاره، باطل است؛ زیرا مربوط به عقد اجاره است.

۳. اگر موجر به مدتِ عمر، مالکِ عینِ مستأجره باشد؛ اجاره، صحیح است؛ زیرا ربطی به عقد اجاره ندارد.

ماده ۴۹۸ ق.م. با ماده‌ی ۵۳ ق.م. ارتباط دارد:

ماده ۴۹۸: اگر عینِ مستأجره به دیگری منتقل شود اجاره به حال خود باقی است مگر اینکه موجر، حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد. [شرطِ خيار به سودِ موجر ممنوع است و تنها در موردی امکان دارد که مورد اجاره، محلّ سکنی باشد (نه کسب و پیشه) و در اجاره‌نامه، حق فسخِ اجاره درج شده باشد (بند ب ماده ۸ قانون سال ۱۳۶۲)] در صورت انتقالِ عینِ مستأجره به خودِ مستأجر در خصوص اینکه اجاره منفسخ می‌شود یا نمی‌شود، اختلافِ نظر است، عده‌ای عقد اجاره را منفسخ دانسته‌اند به علت مالکیتِ مافی‌الذمه ولی مرحوم کاتوزیان می‌گفت من ادعای این دسته را رد نمی‌کنم و این در جایی درسته که طرفین، قصدِ انتقالِ اجاره را داشته باشند. نتیجه این‌که: اگر موجر، عینِ مستأجره را منتقل کند در این صورت اجاره منفسخ می‌شود و اگر عینِ مستأجره را منتقل نکند مثلاً نسبت به عین، حق انتفاع برقرار کند (یا رهن یا عاریه یا ...) عقد اجاره به حال خود باقی می‌ماند. ماده ۵۳: انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود ولی اگر منتقل‌إلیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

مؤجر وسط اجاره، مال را می‌فروشد. چون مالکِ عین است می‌تواند بفروشد ولی اگر خریدار، جاهل بود که اجاره‌ای هست، حق فسخ دارد. مؤجر می‌تواند برای خودش در اجاره شرط بگذارد با توافق مستأجر و بدون مدت که اگر خواست مال را بفروشد اول اجاره را فسخ کند به مستأجر بگوید «بلند شوید» و بعد بفروشد.

قاعده: در عقود که مدت دارند مثل اجاره و مثل مزارعه می‌توانیم خيار شرط بدون مدت بگذاریم؛ در این صورت خيار شرط می‌شود تا پایان عقدِ مدت‌دار.

حق فسخ در ماده‌ی ۴۹۸ یعنی خيار شرط که مدت ندارد و درست است.

ماده ۴۹۹: اجاره وقف

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

^{۳۷} موجر می‌تواند در موارد زیر اجاره را فسخ و حکم تخلیه را از دادگاه درخواست کند: ... ب - در صورتی که در اجاره‌نامه حق فسخ اجاره هنگام انتقال قطعی شرط شده باشد.

قاعده: هرگاه نماینده بعد از اینکه عقد را منعقد نمود فوت کند هیچ تأثیری در عقد ندارد؛ چه عقد جایز باشد چه لازم بلا تأثیری است. مثلاً متولی مال را اجاره می‌دهد و می‌میرد. اگر خود مؤجر یا مستأجر بمیرند اجاره به هم نمی‌خورد پس به طریق اولی اگر نماینده نیز بمیرد اجاره به هم نمی‌خورد.

ماده ۵۰۰: اجاره مبیع در بیع شرط (اجاره مبیع شرطی به وسیله خریدار)

ماده ۵۰۰: در بیع شرط، مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد [منظور، خیار شرط مفصل است] اجاره دهد و اگر اجاره منافعی با خیار بایع باشد به وسیله جعل خیار یا نحو آن، حق بایع را محفوظ دارد والا اجاره تا حدی که منافعی با حق بایع باشد باطل خواهد بود.

این ماده راجع به بیع شرط است: شخص الف پولی را به شخص ب قرض می‌دهد و چون واهمه دارد که بازپرداخت آن توسط ب صورت نگیرد، به او می‌گوید: خانه‌ات را به مبلغ اندکی به من بفروش و در آن بیع، شرط می‌کند که از بیست روز بعد، شخص ب حق فسخ داشته باشد مشروط بر اینکه بتواند بازپرداخت قرض را بدهد. حال سوال این است که در این مدت بیست روز که ب خیار ندارد مشتری (مقرض) می‌تواند مبیع را اجاره دهد؟ امکان‌پذیر است.

اگر مشتری، خیار فروشنده را رعایت نکند تا وقتی که فروشنده یعنی «ب» بیع را فسخ نکرده هر چند، حق او نیز محفوظ نباشد اجاره، صحیح است زیرا مبیع شرطی در حکم ملک مستتری است و منافع آن هم به او تعلق دارد و می‌تواند اجاره دهد (این حکم در جایی است که بیع شرط، تابع قانون مدنی باشد و اگر آن تابع قانون ثبت باشد، چون طبق قانون ثبت، بیع شرط، ناقل مالکیت عین نیست بنابراین این احکام جاری نمی‌شود).

توضیح بیع شرط: یک بحث داریم به نام بیع شرط یا بیع خیاری. مواد ۳۶۴ بند ۱ و ۴۵۸ تا ۴۶۳ و ۵۰۰ و ۸۱۴. بیع شرط خیلی مفصل است. بیع شرط این است که یک نفر مالش را می‌فروشد و بایع برای خودش خیار شرط می‌گذارد و می‌گوید: «ای مشتری اگر تا ۲ ماه دیگر پول را به تو دادم، مال را پس بده» که هدفش بیع نیست و قرض است.

- ما یک بیع خیاری داریم یک بیع شرط. بیع خیاری بیعی بود که در آن خیار شرط گنجانده شده بود؛ خیار شرط ممکن است برای خریدار باشد یا برای فروشنده یا برای ثالث.

اگر خیار شرط فقط برای خریدار باشد، بیع شرط تلقی نمی‌شود و به آن بیع خیاری (یا به عبارتی، بیع غیرشرط) گویند. اگر خیار شرط برای ثالث گذاشته شده باشد، بیع شرط تلقی نمی‌شود و به آن بیع خیاری (یا بیع غیرشرط) گویند. اگر خیار شرط برای بایع (فروشنده) باشد، دو حالت وجود دارد: اگر برای اعمال خیار شرط، شرط خاصی پیش‌بینی نشده باشد به آن بیع خیاری یا بیع غیر شرط گویند؛ اگر برای اعمال خیار شرط، شرط خاصی پیش‌بینی شده باشد به این حالت **بیع شرط** گویند.

برای مثال: من خانه‌ام را به آقای الف می‌فروشم؛ اگر من برای خریدار، شرط بگذارم بیع خیار می‌شود. فرض دیگر: من خانه‌ام را به آقای الف می‌فروشم؛ اگر من برای ثالث، شرط بگذارم بیع خیار می‌شود. فرض دیگر: من خانه‌ام را به آقای الف می‌فروشم؛ اگر من برای خودم، شرط بگذارم یعنی مثلاً بگم تا ده روز حق فسخ آن را دارم دو حالت دارد: یا اعمال این خیار شرط یا اعمال فسخ مشروط است یا مشروط نیست. اگر مشروط نبود، بیع خیار است اگر مشروط بود، بیع شرط است. این «شرط خاصی که پیش‌بینی شده یا نشده باشد» چیست؟ شرط تأدیّه ثمن: فرض کن من به آقای الف صد میلیون وام دادم بعد قراره که الف بازپرداخت کنه این صد میلیون را؛ من احتمال می‌دهم که الف نتواند بازپرداخت کند؛ از این رو به وی پیشنهاد می‌دهم که خانه‌اش را به من بفروشد؛ الف می‌شود فروشنده و من می‌شوم خریدار؛ بعد برای آقای الف، دو حالت می‌شود فرض کرد: یا ده روز حق فسخ می‌گذاریم (مشروط نیست و خیار است) یا من می‌گم: ده روز حق فسخ می‌گذاریم منتها به شرطی می‌تونی حق فسخ را اعمال کنی که اوون وام رو که گرفتی بازپرداخت کنی. پس شرط، تأدیّه اوون قرض یا ثمن است.

- ماده ۴۵۸ قانون مدنی: «در عقد بیع، متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن^{۳۸} را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و همچنین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بعض مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد در هر حال حق خیار، تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن، قید تمام یا بعض نشده باشد خیار، ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن.»
- انتقال مالکیت در بیع شرط: طبق ماده ۴۵۹ قانون مدنی در بیع شرط به مجرد وقوع بیع، مبیع، ملک مشتری می‌شود اما قانون ثبت به اعتقاد غالب حقوقدانان، این ماده قانون مدنی را تخصیص زده است زیرا طبق ماده ۳۳ قانون ثبت، حق تقاضای ثبت را با فروشنده می‌داند و خریدار، مانند طلبکار رهنی می‌باشد با این تفاوت که خریدار تا زمان اجرای خیار، مالک منافع است. در قانون مدنی: ناقل مالکیت است؛ در قانون ثبت: ناقل مالکیت عین نیست؛ ناقل مالکیت منافع است.
- ماده ۴۵۹ قانون مدنی راجع به منافع متصل و منفصل صحبت کرده است ولی ماده ۲۸۷ قانون مدنی (بحث اقاله و فسخ) بین منافع متصل و منفصل قائل به تفکیک شده است. نتیجه اینکه ماده ۴۵۹ بین منافع متصل و منفصل هیچگونه تفکیکی قائل نشده، در حالی که در ۲۸۷ در بحث اقاله و فسخ بین منافع متصل و منفصل تفاوت قائل شده است.

^{۳۸} نکته در مورد «مثل ثمن» در متن ماده ۴۵۷:

۱. این واژه ناظر به امور غالب است که ثمن پول است اما در حالتی که ثمن پول نباشد مثلاً عین خارجی باشد، با انحلال عقد، همان عین باید مسترد شود.

۲. رد مثل ثمن در جایی است که ثمن، مثلی است اما اگر ثمن قیمی تلف شده باشد، فروشنده باید قیمت روز فسخ آن را بپردازد.

- در بیع شرط خریدار نمی‌تواند در مبیع تصرفی کند که منافای با خیار باشد، حال اگر تصرف حقوقی ناقل انجام دهد که منافای خیار فروشنده باشد و فروشنده، بیع را فسخ کند، تصرف حقوقی خریدار، غیر نافذ می‌شود.
- ماده ۴۶۳ (بیع شرط صوری): «اگر در بیع شرط، معلوم شود که قصد بایع، حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود.» طبق ماده اشاره شده اگر در بیع شرط، معلوم شود که قصد بایع، در حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن جاری نیست (قانون مدنی)
- قانون ثبت: قانون ثبت در مورد بیع شرط، حقیقی نبودن بیع را فرض قانونی می‌داند و می‌دانیم که خلاف فرض قانونی قابل اثبات نیست.
- یک مثال: فرضاً من ده میلیون به آقای ج قرض می‌دهم و برای تضمین بازپرداخت آن به او می‌گویم که خانه‌اش را به مبلغ اندک به من بفروشد؛ پس آقای ج می‌شود فروشنده و برای این فروشنده ده روز حق فسخ می‌گذاریم؛ اگر اعمال حق فسخ او را مشروط به تأدیة ثمن قرض کنم بیع شرط است.

در قانون مدنی بیع شرط، اثر بیع را دارد (باعث تملیک است، ماده ۴۵۹ ق.م.)

ماده ۴۵۹: در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع، ملک مشتری می‌شود 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 می‌گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید 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.

ولی قانون ثبت که بعداً به تصویب رسید جهت جلوگیری از سوءاستفاده از بیع شرط دو ماده پیش‌بینی نمود. مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت که خلاصه این دو ماده این است که بیع شرط، تملیکی نیست و اثر رهن را دارد که فایده آن این است که اگر ۶ ماه بگذرد و طرف مقابل پول را ندهد دیگر نمی‌تواند خانه را بر دارد؛ باید برود دادگاه و تقاضای فروش خانه را بدهد و دادگاه خانه را بفروشد و پول طرف مقابل را بدهد. که مشتری مانند مرتهن است که به «بیع شرط»، «معامله با حق استرداد» هم می‌گویند.

پس بیع شرط در قانون مدنی، ناقل مالکیت است؛ در قانون ثبت، ناقل مالکیت نیست یک نوع معامله رهنی یا با وثیقه حساب می‌شود در قانون ثبت بدان «معامله رهنی یا وثیقه» گویند. عقد رهن در قانون مدنی عینی است (قبض می‌خواهد) ولی معاملات رهنی که در قانون ثبت آمده است عینی حساب نمی‌شود. در قانون دریایی، رهن کشتی، عینی نیست (تشریفاتی حساب می‌شود).

تفاوت بیع شرط با معامله رهنی:

۱. بیع شرط از مصادیق معامله با حق استرداد است.

۲. معامله با حق استرداد نسبت به بیع شرط عام‌تر است زیرا بیع شرط فقط در مورد بیع است اما معامله با حق استرداد شامل صلح هم می‌شود البته معامله با حق استرداد فقط راجع به املاک است اما بیع شرط می‌تواند راجع به املاک نباشد.

۳. در بیع شرط، منافع متعلق به خریدار است اما در معاملات رهنی، مرتهن، مالک منافع نیست.

۴. برخلاف رهن که قبض شرط صحت آن است (عینی است) در بیع شرط، قبض شرط صحت نیست.

۵. در بیع شرط، مورد معامله ممکن است کلی باشد در حالی که در رهن، مرهونه باید عین معین باشد.

ما در اینجا برآنیم که فقط بیع شرط را در قانون مدنی بخوانیم. اگر در آزمون سؤال دادند آیا در قانون مدنی، بیع شرط تملیکی است؟ پاسخ، مثبت است و اگر سؤال دادند آیا در قانون ثبت، بیع شرط تملیکی است؟ پاسخ، منفی است ولی اگر به صورت مطلق سؤال دادند بیع شرط، تملیکی نیست.

ماده ۴۶۰: در بیع شرط، مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید. حال ما می‌خواهیم بیع شرط را در قانون مدنی بخوانیم. در بیع شرط، مشتری مالک مبیع می‌شود ولی مالکیتش محدود است چون بایع می‌خواهد در آن مدت مبیع را پس بگیرد. به همین دلیل ماده ۴۶۰ می‌گوید در بیع شرط مشتری نمی‌تواند تا موقعی که بایع خیار دارد مال را منتقل کند چون اگر منتقل کند با خیار بایع منافات دارد پس ضمانت اجرای ماده ۴۶۰ عدم نفوذ است. این ماده زیرنویس هم ندارد. پس اگر مشتری در بیع شرط مال را منتقل کند معامله غیر نافذ است.

ماده ۵۰۰ سه قسمت دارد که توضیح داده می‌شود:

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

قسمت اول: بیع شرطی واقع شده که خیار بایع منفصل است. مثلاً بایع مال را فروخته و از یک ماه دیگر خیار شرط دارد (به چه مدت مهم نیست) پس بیع شرطی منعقد شده است.

قسمت دوم: مشتری می‌خواهد بیشتر از یک ماه اجاره بدهد که قانون گفته اشکال ندارد ولی به مشتری یک توصیه می‌کند. قانون گفته: «مشتری اگر می‌خواهی بیشتر از یک ماه اجاره بدهی حق بایع را حفظ کن!». حال مشتری چطور باید حق بایع را حفظ کند؟ خود قانون برای مشتری یک مثال می‌زند و حقوقدانان هم یک مثال زده‌اند.

اولین راهی که مشتری می‌تواند حق بایع را حفظ کند این است که وقتی که اجاره می‌دهد یک خیار شرط در اجاره بگذارد که اگر بایع خواست بیع را فسخ کند اول مشتری اجاره را فسخ کند بعد بایع بیع را فسخ کند؛ یعنی مشتری که باید یک ماه اجاره می‌داد به مدت یک سال اجاره می‌دهد و بعد برای خودش خیار شرط می‌گذارد حال بایع

بعد از یک ماه حق فسخ دارد ولی مستأجر داخل آن است. بایع به مشتری می‌گوید تو که خیار شرط داری اجاره را فسخ کن تا مشتری برود و بعد من هم بیع را فسخ می‌کنم. مشتری می‌تواند در اجاره برای بایع خیار شرط بگذارد. پس مشتری می‌تواند بیش از یک ماه اجاره بدهد ولی باید حق بایع را حفظ کند.

راه دوم: که حقوقدانان گفته‌اند مثالش هم شرط فاسخ است که قبلاً خوانده‌ایم.

مثال: مشتری، ملک را یک ساله اجاره می‌دهد (که البته صرفاً می‌توانست یک ماهه اجاره بدهد)؛ بعد، این شرط را می‌گذارد، می‌گوید: «مستأجر هر وقت بایع بیع را فسخ کرد بلافاصله اجاره خودبه‌خود منفسخ بشود». توجه داشته باشید که تفاوت مثال اول با دوم این است که: در خیار، یک نفر باید فسخ کند ولی در شرط فاسخ، خودبه‌خود منفسخ می‌شود.

قسمت سوم: فرض کنید مشتری یک ساله اجاره می‌دهد و حق بایع را حفظ نمی‌کند. در این حالت هر وقت بایع بیع را فسخ کند از آن تاریخ به بعد اجاره می‌شود غیر نافذ (فضولی). در واقع اجاره ابتدائاً عقدی صحیح است بعد از مدتی می‌شود غیر نافذ که این تنها موردی است که عقد مثلاً دو ماه صحیح است و بعد می‌شود غیر نافذ چون تا بایع فسخ نکند منافع مال مشتری است. وقتی بایع فسخ کرد اجاره، غیر نافذ می‌شود چون بایع مالک منافع می‌شود که قانون سهواً واژه باطل را به کار برده است که تنها توجیه آوردن لفظ «باطل» این است که قانون جلودار رفته و فرض کرده که بایع، این معامله غیر نافذ را رد می‌کند و اجازه نمی‌دهد، از همین رو است که گفته چنین معامله‌ای باطل است.

حال نشدن اقساط اجاره به با فوت مستأجر: وفق ماده ۵۰۵ قانون مدنی «اقساط مال الاجاره که به علت نرسیدن موعد پرداخت آن، بر ذمه مستأجر مستقر نشده است به موت او حال نمی‌شود.» دینی که بر ذمه باشد حال می‌شود چون دین بر عهده مستأجر مستقر نیست به موت او حال نمی‌شود. فلسفه این ماده این است که امکان تلف یا معیوب شدن مال مورد اجاره، بعد از فوت مستأجر وجود دارد و در صورت حال شدن اجرت‌المسمی، مستأجر موظف به پرداخت دینی می‌شود که واقعاً به عهده او نیست. فرض کنید من ملاکریمی یک ساله خانه آقای الف را اجاره کرده‌ام و سه ماه بعد فوت شدم، در این صورت، و شما بگویید دیون، حال می‌شود ممکنه چهارمین ماه در اثر حادثه قهری تلف شده باشد؛ مگه نه اینکه چنانچه تلف می‌شد، اجاره باطل می‌شد؟ بله؛ خب بعد از تلف، من باید باز هم اجاره‌بها بدم؟ بی‌معناست.

توضیح کامل‌تر: ماده ۵۰۵ در مورد منافع آینده است که به موت مستأجر حال نمی‌شود علت اینکه حال نمی‌شود این است که مثلاً فرض کنیم که قبول نماییم با فوت مستأجر، دیون (اجاره‌بها) حال شود، نتیجه‌اش این می‌شود که: مثلاً من ملاکریمی، خانه آقای الف را یک ساله اجاره کرده‌ام و بعد از سه ماه فوت می‌کنم (دور از جونم!) و اگر قرار باشد اجاره‌بهای هفت ماه دیگر که بر ذمه‌ام مستقر نشده حال گردد، ممکن است در ماه چهارم عین مستأجره در اثر قوه قاهره تلف شود (می‌دانیم که اگر عین مستأجره در اثر قوه قاهره تلف شود اجاره باطل است

و مستأجر مکلف به دادن اجاره‌بها نیست) در این صورت اگر بدانیم نسبت به بقیه مدت، دیون، حال شده یعنی مستأجر اجاره‌بهایی را که بعد از تلف هم به عهده‌اش نبوده باید پرداخت کند که این صحیح نیست، بنابراین ماده ۵۰۵ نمی‌تواند ناظر به منافع آینده باشد.

اما این ماده می‌تواند ناظر به منافع گذشته باشد مثلاً من ملاکریمی خانه الف را یک ساله اجاره کردم و یازده ماه اجاره‌بهایی که بر ذمه‌ام مستقر شده را نپرداختم، با فوتم این دیون حال می‌شود زیرا بر ذمه مستقر شده است.

تاریخچه عقد اجاره:

اجاره مانند بیع از حیث شرایط انعقاد و آثار، تابع قواعد عمومی قراردادها است، با وجود این، به دلیل اهمیت اجاره در روابط اجتماعی، اقتصادی قانونگذار به موجب قوانین روابط موجر و مستأجر، مقرراتی در باب اجاره اموال، وضع کرده است در قوانین مربوط به موجر و مستأجر سه گروه اجاره به چشم می‌خورد: ۱. محل سکونت: قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۶۲، اجاره‌های محل سکونت را تابع قانون مدنی (اصل) و قواعد استثنایی آن قانون (استثناء) و تراضی طرفین، قرار داد. ۲. محل کسب، پیشه و تجارت: در مورد اینگونه اجاره‌ها، قانون سال ۱۳۵۶ حکمفرما است ولی اجاره اراضی مزروعی و توابع آن و باغ‌هایی که به منظور بهره‌برداری از محصولش انجام می‌شود مشمول این قانون نیستند. ۳. اجاره به منظورهای دیگر: در صورتی که مورد اجاره به منظور غیر از کسب و پیشه و تجارت اجاره شود از هر حیث (نه فقط از حیث صلاحیت دادگاه و توقیف) تابع مقررات مربوط به اجاره محل سکونت خواهد بود. تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶.

در قانون ۱۳۵۶ در صورت اتمام مورد اجاره، موجر ملزم به تمدید عقد اجاره است بنابراین از ۵۶ تا ۷۶ هر قرارداد اجاره راجع به امکان تجاری به صرف انقضای مدت، موجر حق تخلیه ندارد به همین دلیل هم به قراردادهای سال ۵۶ قرارداد تحمیلی می‌گوید؛ اما قراردادهای اجاره سال ۷۶ به بعد از طرف موجر، قابل تخلیه است.

نکته: اگر اجاره‌ای راجع به امکان تجاری، قبل از ۷۶ منعقد شود و بعد از ۷۶ به دلیل انقضای مدت، تمدید شود، اجاره تمدید شده تابع قانون ۵۶ است ولو آنکه در زمان قانون ۷۶ تمدید شده باشد مثلاً عقد اجاره‌ای راجع به امکان تجاری، سال ۵۵ منعقد شده (که مشمول قانون ۵۶ است) و بعد از سی سال می‌خواهیم اجاره را تمدید کنیم، اگر تمدید کنیم باز هم مشمول قانون ۵۶ است.

نکته: در صورتی که عقد اجاره‌ای راجع به امکان تجاری قبل از سال ۷۶ منعقد شود و به هر طریقی از بین برود (فسخ شود یا اقاله شود) و بعد از انحلال آن عقد، قرارداد اجاره بعد از ۷۶ دوباره منعقد شود، تجدید شود، این قرارداد، تابع قانون سال ۷۶ است.

نکته: اجاره اماکن مسکونی منعقد از تاریخ ۶۲ تا ۷۶، تابع قانون مدنی و قانون ۶۲ و توافق طرفین است.

نکته: اجاره اماکن تجاری منعقد از سال ۵۶ تا ۷۶، تابع قانون ۵۶ و قانون مدنی است.

نکته: اجاره کلیه اماکن اعم از مسکونی و تجاری از ۷۶ به بعد تابع قانون ۷۶ و قانون مدنی و توافق طرفین است مشروط بر اینکه دارای شروط زیر باشد (یعنی تشریفات رعایت شده باشد و اگر این تشریفات یا همان شروط، رعایت نشود، از لحاظ ماهوی تابع قانون مدنی است و توافق طرفین و از لحاظ شکلی تابع قانون آ.د.م است):

تشریفات: در دو نسخه تنظیم شود (+) به تأیید دو شاهد رسیده باشد.

نکات راجع به حق کسب و پیشه

وقتی یک نفر جایی را اجاره می‌کند برای وی حق عینی به وجود می‌آید لذا به همین سبب دادگاه صالح برای رسیدگی به تخلیه دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول یا عین مستأجره است اما حقی که برای موجر ایجاد می‌شود حق دینی است کما اینکه ماده ۲۰ قانون مدنی مفید این امر است. اینکه مستأجر مقدم بر هر فرد دیگری باشد بعد از انقضای مدت این سرقفلی است. از نظر علمی یک حق سرقفلی داریم و یک حق کسب و پیشه. سرقفلی با تراضی طرفین اما حق کسب و پیشه با نظر محکمه تعیین می‌شود. ممکنه حتی حق کسب و پیشه‌ای بوجود نیاید. حق سرقفلی با قرارداد بوجود می‌آید اما حق کسب و پیشه با فعالیت مستأجر در راستای اعتلای قیمت مکان بوجود می‌آید. هر وقت پرونده‌ای در روابط موجر و مستأجر به شما مراجعه شد باید بدو قانون حاکم را تشخیص داد.

اهم قوانینی که در حال حاضر ممکن است بر قرارداد اجاره حاکم باشند عبارتند از:

۱. مقررات قانون مدنی در باب اجاره (مواد ۴۶۶ تا ۵۱۷ ق.م.).
۲. قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ (ناظر بر اماکن کسبی): علی‌رغم تصویب و اجرای قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، قانون مصوب سال ۱۳۵۶ هنوز کاربرد وسیعی دارد و بیشتر دعاوی موجر و مستأجر در محل‌های کسبی، مشمول قانون ۱۳۵۶ است.
۳. قانون روابط موجر و مستأجر (لازم‌الاجرا از ۱۳۷۶/۷/۱) و آیین‌نامه اجرایی قانون سال ۱۳۷۶ (مصوب ۱۳۷۸): این قانون ناظر است بر هر مکان استیجاری مگر آنچه در ماده دو آیین‌نامه فوق‌الذکر اشاره شده است.

نکته: قانون مدنی به عنوان اصل بر تمام اجاره‌ها حاکم است جز در موارد استثنایی که قانون حکم ویژه‌ای دارد و ق.م. را به طور ضمنی تخصیص می‌زند.

حق کسب یا پیشه یا تجارت: هر چند ظاهر اصطلاح حق کسب یا پیشه یا تجارت دلالت بر تفکیک سه مفهوم دارد، ولی واقعیت بر خلاف این ظهور است: حق کسب، حق پیشه و حق تجارت و ماهیت و اوصاف اصلی حق در همه موارد یکسان است بنابراین حق کسب یا پیشه یا تجارت در واقع اقسام یک مفهوم هستند.

در مورد تعریف حق کسب یا پیشه یا تجارت تعاریف مختلفی ارائه شده که مهم‌ترین آنها عبارتند از:

- حقی که تاجر یا صنعت‌گر در نتیجه جلب مشتری و شهرت و فعالیت خود برای محل کارش قائل می‌شود.
- حقی که تاجر و کاسب، نسبت به محلی پیدا می‌کند؛ این حق، ناشی از تقدم در اجاره، حسن شهرت، جمع‌آوری مشتری و رونق کسی است که بر اثر عملکرد مستأجر محل به وجود آمده است.
- حق کسب یا پیشه یا تجارت، مبلغ و میزان سرقفلی با توجه به موقعیت محلی، کیفیت بنا و تجهیزات عین مستأجره تعیین می‌شود و مبلغ نهایی را موجر تعیین می‌کند.

فرق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت:

۱. سرقفلی در هنگام انعقاد عقد اجاره به صاحب ملک پرداخت می‌شود پس در واقع، کسب اعتبار و شهرت هیچ تأثیری در آن ندارد.
۲. فقها فقط با سرقفلی ملک موافق هستند و حق کسب و پیشه و تجارت را شرعی نمی‌دانند.
۳. مبلغ و میزان سرقفلی با توجه به موقعیت محل ملک، کیفیت و تجهیزات مورد اجاره تعیین می‌شود و مبلغ آن را هم موجر، معین می‌کند در حالی که حق کسب و پیشه و تجارت بر اساس ضوابط و از سوی کارشناسان دادگستری معین می‌شود.
۴. قانونگذار در سال ۵۶، حرفی از سرقفلی نزده بنابراین اگر پولی که داده بابت سرقفلی باشد با پایان عقد اجاره می‌تواند مطالبه کند، در غیر این صورت (به عنوان سرقفلی نداده باشد)، نمی‌تواند مطالبه کند البته برخی از حقوقدانان معتقدند که هر چند در قانون ۵۶، نامی از سرقفلی نیامده، مستأجر مشمول قانون سال ۵۶، به واسطه ماهیت الی‌الابد قرارداد استیجاری، صاحب تمام منافع ملک اعم از حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت می‌باشد حتی اگر سرقفلی در ابتدای قرارداد نداده باشد.
- قانونگذار در سال ۷۶ از واژه سرقفلی استفاده کرده و تا قبل از آن از حق کسب یا پیشه یا تجارت استفاده می‌شد یعنی قانونگذار تا قبل از تصویب قانون ۷۶ معتقد بود که سرقفلی همان حق کسب یا پیشه یا تجارت است در حالی که عده‌ای معتقد بودند این دو با یکدیگر متفاوت هستند.

نکات سرقفلی:

۱. هنگام انعقاد عقد اجاره موجر می‌تواند از مستأجر سرقفلی بگیرد یا از گرفتن آن امتناع کند.
۲. در پایان مدت قرارداد اجاره اگر موجر سرقفلی نگرفته باشد، هنگام تخلیه به مستأجر سرقفلی نمی‌پردازد و برعکس.

۳. چنانچه موجر از مستأجر سرقفلی گرفته باشد در هنگام تخلیه باید به مستأجر سرقفلی به نرخ عادلۀ روز بپردازد.

۴. اگر مالک، سرقفلی نگرفته و مستأجر با دریافت سرقفلی، ملک را به دیگری واگذار کند که مشروط به آن است که حق انتقال به غیر از وی سلب نشده باشد، پس از پایان مدت اجاره، مستأجر اخیر نیز حق دریافت سرقفلی را از موجر ندارد.

۵. تأدیه یا عدم تأدیه سرقفلی میان موجر و مستأجر اساساً ربطی به ودیعه، تضمین، قرض الحسنه و سند تعهدآور ندارد، اینگونه وجوه یا از بابت تضمین تخلیه گرفته می‌شود و یا از بابت جبران خسارت‌های وارده به عین مستأجره از طرف مستأجر.

۶. از مفهوم مخالف تبصرۀ یک ماده ۶ استنباط می‌گردد چنانچه مالک، سرقفلی گرفته باشد (مستأجر اول) و مستأجر (مستأجر اول) با دریافت سرقفلی، ملک را به دیگری واگذار کند بعد از پایان مدت اجاره، مستأجر دوم حق گرفتن سرقفلی ندارد (این حالت، ناظر به جایی است که شرط انتقال نشده باشد یعنی مستأجر اول، حق انتقال اجاره را نداشته باشد) که در این مثال، مستأجر اول از رابطه خارج نمی‌شود.

۷. اگر مالک، سرقفلی گرفته باشد و مستأجر اول با دریافت سرقفلی، ملک را به دیگری واگذار کند (ناظر به حالتی که مستأجر اول این حق را داشته باشد) پس از پایان مدت اجاره، مستأجر دوم، حق مطالبۀ سرقفلی را دارد.

۸. همچنین مستأجر می‌تواند در اثنای مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دوم به عنوان سرقفلی دریافت کند مگر آنکه در ضمن عقد اجاره، حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد. نتایج این حکم عبارتند از: الف. مستأجر در اثنای مدت اجاره یعنی مثلاً پنج سال قرارداد اجاره منعقد شده، سه سال آن گذشته و دو سال باقی مانده؛ برای واگذاری حق خود یعنی دو سال باقی مانده می‌تواند از موجر سرقفلی بگیرد. به ظاهر، این ماده حکایت از آن دارد که مستأجر اعم از آنکه سرقفلی به موجر داده یا نداده باشد با تخلیه در اثنای مدت می‌تواند سرقفلی بگیرد. واژه «می‌تواند» مبین این امر است که قانون به او اختیار داده و ربطی به توافق و تراضی با موجر ندارد. ب. در اثنای مدت اجاره اگر حق انتقال به غیر از مستأجر، سلب نشده باشد، وی می‌تواند ملک را به مستأجر دیگر واگذار کند و از او سرقفلی بگیرد و مستأجر دوم نیز در پایان مدت اجاره با توجه به حکم مندرج در تبصرۀ یک ماده ۶ نمی‌تواند از مالک، سرقفلی بگیرد (یعنی مستأجر دوم هم سرقفلی داده و هم در پایان اجاره نمی‌تواند از کسی سرقفلی بگیرد).

نکته: موجر می‌تواند سرقفلی بگیرد که در صورت دریافت، در پایان مدت اجاره باید به نرخ عادلۀ روز، سرقفلی را به مستأجر بدهد.

نکته: مستأجر می‌تواند در اثنای مدت اجاره برای واگذاری حق خود از مستأجر دوم یا موجر، سرقفلی دریافت کند.

نکته: تبصره ۱ ماده ۶ مقرر می‌دارد: «چنانچه مالک، سرقفلی نگرفته باشد و مستأجر با دریافت سرقفلی ملک را به دیگری واگذار نماید پس از پایان مدت اجاره مستأجر اخیر حق مطالبه سرقفلی از مالک را ندارد.»

انتقال منافع عین مستأجره توسط مستأجر به غیر:

۱. اگر عقد اجاره، تابع قانون مدنی باشد، اصل بر امکان انتقال منافع است یعنی مستأجر می‌تواند منافع را به دیگری انتقال دهد مگر شرط خلاف شده باشد.
۲. اگر عقد اجاره، تابع قانون ۷۶ باشد مانند قانون مدنی امکان پذیر است (ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی قانون موجر و مستأجر ۱۳۷۶): «مستأجر اماکن تجاری در مدت اجاره، چنانچه حق انتقال به غیر از او سلب نشده باشد، می‌تواند با اخذ مبلغی به عنوان سرقفلی، مورد اجاره را برای همان شغل و در صورتی که منع قانونی وجود نداشته باشد و با قرارداد اجاره منافع نداشته باشد، برای مشاغل دیگر با رعایت سایر شرایط مندرج در اجاره‌نامه، به دیگری منتقل نماید.»
۳. اگر عقد اجاره، تابع قانون ۵۶ باشد: اصل بر عدم امکان انتقال منافع به غیر است یعنی مستأجر نمی‌تواند منافع را به دیگری اجاره دهد مگر این اختیار کتباً به او داده شده باشد.

نکاتی در باب قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶

نکته: عقود اجاره‌ای که قبل از ۱۳۷۶/۷/۱ منعقد شده و راجع به اماکن تجاری یا به عبارت بهتر اماکن کسبی می‌باشد، ابتدائاً مشمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ است. بنابراین هر قرارداد اجاره‌ای که قبل از تاریخ ۱۳۷۶/۷/۱ منعقد شده باشد، مشمول قانون سال ۱۳۵۶ می‌باشد (با در نظر گرفتن موارد خاص ماده واحده ۱۳۶۵). البته هر قراردادی که قبل از سال ۵۶ نیز منعقد گشته است تابع قانون سال ۵۶ می‌باشد.

نکته: هر قرارداد اجاره‌ای که بعد از سال ۱۳۷۶ منعقد شده است، اما تمدید اجاره‌ای باشد که انعقاد ابتدایی آن قبل از سال ۷۶ بوده، چون تمدید اجاره قبلی است، مشمول قانون سال ۱۳۵۶ خواهد بود (با توجه به رأی هیات عمومی دیوان عدالت اداری). پس هر وقت پس از سال ۷۶/۷/۱، مستأجر جدیدی که حقوق کسبی را از مستأجر قبلی خریده است به شرط آنکه رابطه استیجاری مستأجر اول، دوران حاکمیت قانون سال ۱۳۵۶ باشد باز هم هر چند اجاره بعد از ۷۶/۷/۱ منعقد شده باشد اما چون استمرار اجاره مشمول سال ۱۳۵۶ است، قانون حاکم، قانون سال ۱۳۵۶ است.

نظریه شماره ۷/۴۸۱۹ اداره کل حقوقی قوه قضاییه مورخ ۱۳۷۶/۸/۱۹: احراز رابطه استیجاری قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون ۱۳۷۶ موجب خروج رابطه استیجاری از شمول این قانون می‌شود و در واقع موجب شمول قانون

لازم‌الاجرای قبلی در خصوص مورد می‌شود ولو اینکه بعد از لازم‌الاجرا شدن قانون جدید، سند رسمی یا عادی فی‌مابین طرفین تنظیم گردیده باشد.

نکته: قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ صرفاً بر اجاره اماکن به منظور کسب یا پیشه یا تجارت حاکم است.

نکته: کلیه طرق مستقیم یا غیر مستقیم که طرفین به منظور جلوگیری از اجرای مقررات این قانون اتخاذ نمایند پس از اثبات در دادگاه بلااثر و باطل اعلام خواهد شد.

نکته: غرفه‌های واقع در پایانه‌های مسافربری که به منظور تأمین رفاه و آسایش عامه مردم از طرف شهرداری به اشخاص واگذار می‌شود، همانند غرفه‌های مربوط به شرکت‌های مسافربری از شمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ خارج بوده و حقوق استیجاری و کسب و پیشه برای مستأجرین و متصرفین آنها ایجاد نخواهد کرد. همچنین مطب پزشکان و دفاتر وکلای دادگستری را نمی‌توان از مصادیق محل کسب و پیشه و تجارت و مشمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ دانست چون افراد به اعتبار شخصیت برتر آن وکیل یا پزشک به آنها مراجعه می‌کنند و نه به جهت شناخته شدن در آن محل.

نکته: اگر محلی به منظور نگهداری کالا، وسایل و لوازم اضافه کسب یا پیشه یا تجارت و یا به عنوان انبار تجاری اجاره داده شود مورد، مشمول مقررات حاکم بر اماکن کسب، پیشه یا تجارت است اما اگر اجاره انبار به منظور نگهداری وسایل اضافه محل مسکونی باشد مورد مشمول مقررات قانونی مدنی و قانون روابط موجر و مستأجر در مورد اماکن مسکونی خواهد بود.

نکته: در قانون سال ۵۶ کلمه «سرقفلی» وجود ندارد و فقط به «حق کسب و پیشه و تجارت» اشاره شده است. در دادگستری دو مفهوم یکی سرقفلی و یکی حق کسب و پیشه نداریم. در دادگستری و در عمل تعیین حق کسب و پیشه و تجارت با توجه به مبلغ سرقفلی توسط کارشناس صورت می‌پذیرد. نتیجه عملی: مستأجر اگر تخلفی کرد حق کسب و پیشه ساقط می‌شود و حق سرقفلی هم ساقط می‌شود؛ ما در دادگستری دو چیز نداریم؛ یعنی اگر حق کسب و پیشه و تجارت موکل ساقط شد در دل آن، حق سرقفلی هم ساقط شده محسوب می‌شود.

نکته: پیش از تصویب قانون ۱۳۷۶ حقی قانونی و قابل مطالبه و حمایت به نام «سرقفلی» وجود نداشته و پس از این تاریخ هم - در مورد اجاره‌های مشمول قانون ۱۳۷۶ - چیزی به عنوان «حق کسب و پیشه و تجارت» وجود ندارد. پیش از سال ۱۳۷۶ «سرقفلی» عرفاً - اما نه به عنوان یک عرف مستقر موجد حق - وجود داشته و حداکثر تأثیر پرداخت اولیه آن به موجر - افزایش نسبی حق کسب و پیشه و تجارت در زمان تخلیه است، مشروط به آنکه علت تخلیه، تخلفات مُسَقَطِ حق کسب و پیشه و تجارت نباشد.

نکته: در مورد اماکن کسبی که پس از ۱۳۷۶ در ابتدا و با رعایت ضوابط قانون اخیر اجاره داده شده باشد، به طور مطلق بحثی از «حق کسب و پیشه و تجارت» نمی‌توان و نباید کرد. آنچه دوران امر بین وجود و عدم آن است

فقط «سرقفلی» است و پرداخت آن به مستأجر در موقع تخلیه و به قیمت روز صرفاً وقتی ممکن است که مستأجر در ابتدا چیزی به عنوان سرقفلی پرداخت کرده باشد.

نکته: وفق ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ در موارد زیر موجر می‌تواند حسب مورد صدور حکم فسخ اجاره یا تخلیه را از دادگاه درخواست کند دادگاه ضمن حکم فسخ اجاره، دستور تخلیه مورد اجاره را صادر می‌نماید و این حکم علیه مستأجر یا متصرف اجرا و محل، تخلیه خواهد شد (در برخی از موارد، موجر می‌تواند مستأجر را مجبور به تخلیه ملک نماید مشروط بر اینکه حق کسب، پیشه و تجارت بپردازد):

۱. در موردی که مستأجر، حق انتقال به غیر نداشته با این وجود، مستأجر، مورد اجاره را منتقل می‌کند (تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون ۵۶): در مورد اماکن اجاره‌ای مشمول قانون فوق‌الذکر، مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید مگر اینکه کتباً این اختیار به او داده شده باشد. در موردی که مستأجر، بدون داشتن حق انتقال به غیر در اجاره‌نامه و یا موردی که اجاره‌نامه‌ای در بین نباشد مورد اجاره را کلاً یا جزئاً به هر صورتی که باشد به غیر واگذار نموده یا عملاً از طریق وکالت یا نمایندگی و غیره در اختیار و استفاده دیگری جز اشخاص تحت‌الکفاله قانونی خود قرار داده باشد.

باید توجه کرد که مستأجر نمی‌تواند مورد اجاره را به هر کسی که می‌خواهد واگذار کند مثلاً اگر مستأجر، مغازه‌ای را بابت کتابفروشی اجاره کرده نمی‌تواند برای احداث آهنگری به دیگری اجاره دهد. هرگاه در اجاره‌نامه حق انتقال به غیر سلب شده یا اجاره‌نامه‌ای در بین نبوده و مالک، راضی به انتقال به غیر نباشد باید در مقابل تخلیه مورد اجاره، حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر را بپردازد والا مستأجر می‌تواند برای تنظیم سند انتقال به دادگاه مراجعه کند، در این صورت دادگاه، حکم به تجویز انتقال منافع مورد اجاره به غیر و تنظیم سند انتقال در دفترخانه تنظیم‌کننده سند اجاره‌نامه سابق یا دفترخانه نزدیک ملک (اگر اجاره‌نامه رسمی در بین نباشد) صادر و رونوشت آن را به دفترخانه مربوط ارسال می‌نماید و مراتب را به موجر نیز اعلام خواهد نمود، مستأجر جدید از هر حیث نسبت به تمام شرایط اجاره، قائم‌مقام مستأجر سابق خواهد بود.

در صورتی که مستأجر بدون رعایت مقررات فوق، مورد اجاره را به دیگری واگذار نماید موجر حق درخواست تخلیه را خواهد داشت و حکم تخلیه علیه متصرف یا مستأجر اجرا خواهد شد و در این مورد مستأجر یا متصرف حسب مورد استحقاق دریافت نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت را خواهد داشت.

۲. تخلیه در موردی که مستأجر، بدون موافقت با موجر، تغییر شغل نامتشابه می‌دهد: در مورد محل کسب و پیشه و تجارت هرگاه مورد اجاره برای شغل معینی اجاره داده شده و مستأجر بدون رضای موجر، شغل خود را تغییر دهد مگر اینکه شغل جدید عرفاً مشابه شغل سابق باشد. مطابق بند ۷ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ اگر مستأجر، شغلی را که در اجاره‌نامه تعیین شده تغییر دهد و شغل جدید، عرفاً مشابه شغل پیشین نباشد، موجر می‌تواند بدون پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت،

تقاضای تخلیه عین مستأجره را بنماید. مثلاً اگر شغلی که تغییر یافته (شغل جدید) و شغل پیشین، هر دو زیر مجموعه یک صنف باشند رویه قضایی این دو را شغل مشابه فرض می‌کند؛ حتی اگر شغلی که جدیداً تغییر یافته به لحاظ مسائلی چون ایجاد سر و صدا، تولید بو، ایجاد آلودگی و مورد پسند بودن عامه، بهتر و مناسب‌تر از شغل سابق باشد، باز موجد اختیار تخلیه را خواهد داشت (مثلاً کله‌پزی به فروشگاه لوازم آرایشی و بهداشتی تبدیل شود).

در این مورد، موجد هوشیار ابتدائاً تأمین دلیل می‌کند چون باید این احتمال را بدهد که مستأجر با ابلاغ اخطاریه وقت رسیدگی به همراه دادخواست و ضmann آن، اعاده به وضع سابق کند؛ چراکه مستأجر عاقل نیز فوراً شغل جدید را جمع می‌کند و به شغل سابق رجوع خواهد کرد. به محض تخلف مستأجر (مثلاً تغییر شغل از آهنگری به بستنی‌فروشی) حق فسخ برای مستأجر ایجاد می‌شود و اعاده به وضع سابق، حق را ساقط نمی‌کند.

۳. در صورتی که مستأجر در مورد اجاره تعدی یا تفریط کرده باشد موجد می‌تواند صدور حکم فسخ اجاره یا تخلیه را از دادگاه درخواست کند دادگاه ضمن حکم فسخ اجاره دستور تخلیه مورد اجاره را صادر می‌نماید. مثلاً اگر مستأجر دیوار بیست و پنج سانتی را ۱۵ سانت بتراشد و یا در مغازه بالکن احداث کند. لازم به ذکر است مواردی چون گذاشتن پارتیشن و تعبیه کانال کولر یا دریچه هواکش عرفاً تعدی و تفریط محسوب نمی‌شود. توجه داشته باشید که مطابق بند ۸ ماده ۱۴ قانون روابط موجد و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ هرگاه مستأجر در ملک تجاری مرتکب تقصیر شود، موجد بلافاصله حق فسخ اجاره را خواهد داشت و نیازی نیست مطابق قانون مدنی ابتدا مستأجر را از تقصیر منع کند. در این مورد، **ریالی حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر تعلق نخواهد گرفت.**

۴. در صورتی که مستأجر در موعد مقرر از پرداخت مال الاجاره یا اجرت‌المثل خودداری نموده و با ابلاغ اخطار دفترخانه تنظیم‌کننده سند اجاره یا اظهارنامه (در موردی که اجاره‌نامه عادی بوده یا اجاره‌نامه‌ای در بین نباشد) ظرف ده روز قسط یا اقساط عقب افتاده را نپردازد. البته لازم به ذکر است هرگاه مستأجر قبل از صدور حکم دادگاه، اضافه بر اجاره‌بهای معوقه، بیست درصد اجاره‌بهای معوقه را به نفع موجد در صندوق دادگستری تودیع نماید حکم به تخلیه صادر نمی‌شود و مستأجر به پرداخت خسارت دادرسی محکوم و مبلغ تودیع شده نیز به موجد پرداخت می‌گردد. مستأجر فقط یکبار می‌تواند از این ارفاق قانونی استفاده کند. در صورتی که مستأجر دوبار ظرف یکسال در اثر اخطار یا اظهارنامه اقدام به پرداخت اجاره‌بها نکرده باشد و برای بار سوم اجاره‌بها را در موعد مقرر به موجد نپردازد و یا در صندوق ثبت تودیع ننماید موجد می‌تواند با تقدیم دادخواست مستقیماً از دادگاه درخواست تخلیه عین مستأجره را بنماید.

نکته: جایی که مستأجر، اجاره‌بها نپرداخته است **بدون پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت**، تخلیه داده می‌شود.

نکته: در موارد صدور حکم تخلیه به استناد عدم پرداخت اجاره‌بها (ماده ۶ و بند ۹ ماده ۱۴ قانون ۵۶) مهلت تخلیه ۱۵ روز (تبصره ۲ ماده ۲۷) و در سایر موارد (یعنی اوون موارد دیگه غیر از عدم پرداخت

اجاره‌بها؛ صدر ماده ۲۷) بین ده روز الی دو ماه می‌باشد، بدیهی است که شروع مهلت‌های مذکور، از تاریخ پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت است (ماده ۲۷ قانون ۵۶ + تبصره ۲).

یادآوری: در قانون مدنی نمی‌توان به استناد اینکه اجاره‌بها پرداخت نشده است، درخواست تخلیه کرد.

۵. تخلیه به منظور احداث ساختمان (بند ۱ ماده ۱۵ قانون ۵۶): درخواست تخلیه محل کسب یا پیشه یا تجارت از دادگاه به جهت احداث بنای جدید امکان‌پذیر است. تخلیه به منظور احداث ساختمان جدید مشروط بر این است که پروانه ساختمانی یا گواهی شهرداری ارائه شود و شهرداری‌ها مکلفند در صورت مراجعه مالک با رعایت مقررات مربوط، پروانه ساختمان و یا گواهی مورد نظر را صادر و به مالک تسلیم نمایند. در این مورد، دادگاه ضمن صدور حکم تخلیه، به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت متعلقه به مستأجر به طور کامل حکم خواهد داد.

۶. تخلیه به منظور احتیاج شخص موجر برای کسب یا پیشه یا تجارت (بند ۲ ماده ۱۵ قانون ۵۶): درخواست تخلیه محل کسب یا پیشه یا تجارت از دادگاه به جهت نیاز شخصی (شخص موجر نه مثلاً فرزند و اعضای خانواده وی) جاز است. تخلیه به منظور احتیاج شخص موجر برای کسب یا پیشه یا تجارت همچون مورد فوق منوط به پرداخت کامل حق کسب یا پیشه یا تجارت متعلقه به مستأجر از سوی موجر است. تکرار می‌شود که طبق این بند، این احتیاج باید احتیاج شخصی باشد یعنی احتیاج شخص موجر نه مثلاً زوجه یا پدر یا مادر موجر.

۷. تخلیه محل کسب به دلیل احتیاج موجر یا نزدیکان او به سکونت در آن مشروط بر اینکه محل کسب، مناسب برای سکونت باشد. در اینجا نیز، پرداخت کامل حق کسب یا پیشه یا تجارت متعلقه به مستأجر از سوی موجر است ضروری است.

قاضی باید به کارشناس پارامتر بدهد و مثلاً این‌گونه مقرر دارد:

اشکال بزرگ قضات این است که می‌گویند: «آقای کارشناس برو به این آدرس در خیابان ولیعصر ببین حق سرقفلی‌اش به نرخ روز چقدر است» که این غلط است.

باید قاضی به کارشناس پارامتر بدهد:

باید بروید و با توجه به مبلغ سرقفلی‌ای که این فرد پرداخته و با توجه به سنواتی که آن فرد در آن محل کسب است و اینکه چه نوع کاری می‌کند؛ حسن شهرت او، موقعیت مکانی آن مغازه و سایر عوامل فنی دیگر مثلاً این راسته، راسته چوب‌فروش‌ها است و وسط آن یک طلافروشی نیز هست. حالا کارشناس قیمت روز سرقفلی یا حق کسب و پیشه و تجارت چقدر است. مثلاً اگر دو مغازه در خیابان ولیعصر در کنار هم باشند و مثل هم باشند یکی ممکن مستحق کسب و پیشه بشود ۵۰۰ و یکی بشود ۳۰۰.

نکته: منفعت مورد اجاره طبق قواعد عمومی قراردادها باید مشروع باشد حال اگر منافع مشروع مالی به دیگری اجاره داده شود ولی آن شخص از منافع نامشروع آن استفاده نماید طبق بند ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر موجر می‌تواند اجاره را فسخ و تخلیه عین مستأجره را بخواهد.

نکاتی در باب قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶

نکته: بعد از ۱۳۷۶/۷/۱، هر قرارداد اجاره‌ای که منعقد شده باشد، تابع مقررات مندرج در قانون سال ۱۳۷۶ و مقررات قانون مدنی و شرایط مقرر بین طرفین است (مواد ۱ و ۱۱ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶)

نکته: بعد از سال ۱۳۷۶/۷/۱، هر قرارداد اجاره‌ای که منعقد شده باشد، اگر فاقد شرایط مقرر در قانون سال ۱۳۷۶ باشد، تابع مقررات قانون مدنی و شرایط مقرر بین طرفین است.

نکته: قراردادهای اجاره منعقد شده بعد از سال ۱۳۷۶ چه راجع به اماکن تجاری باشند و چه مسکونی و غیرتجاری، تابع قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ و مقررات قانون مدنی و شرایط مقرر بین طرفین هستند مگر اینکه فاقد شرایط مقرر در قانون سال ۱۳۷۶ باشند، که در این صورت، تابع مقررات قانون مدنی و شرایط مقرر بین طرفین می‌باشند.

ماده ۱ قانون ۷۶: «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، اجاره کلیه اماکن اعم از مسکونی، تجاری، محل کسب و پیشه، اماکن آموزشی، خوابگاه‌های دانشجویی و ساختمان‌های دولتی و نظایر آن که با قرارداد رسمی یا عادی منعقد می‌شود تابع مقررات قانون مدنی و مقررات مندرج در این قانون و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر خواهد بود.»

نکته: قانون سال ۷۶ در خصوص تشریفات تنظیم اجاره‌نامه عادی مقرر داشته: قراردادهای عادی اجاره باید با قید مدت اجاره در دو نسخه تنظیم شود و به امضای موجر و مستأجر برسد و به وسیله دو نفر از افراد مورد اعتماد طرفین، به عنوان شهود گواهی شود. بنابراین باید تشریفات (مثلاً گواهی) انجام شده باشد.

نکته: بنا به تقاضای موجر، تخلیه عین مستأجره در اجاره با سند رسمی توسط اجرای ثبت ظرف یک هفته و در اجاره با سند عادی ظرف یک هفته بعد از تقدیم تقاضای تخلیه به دستور مقام قضایی در مرجع قانونی توسط ضابطین قوه قضاییه انجام خواهد گرفت.

نکته: قانون سال ۷۶ مفهوم سرقفلی را وارد روابط استیجاری کرده است که مفهومی به مراتب محدودتر از حق کسب، پیشه و تجارت است.

نکته: ماده آخر قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ اشعار می‌دارد: کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون لغو می‌شود.

یک مسأله: عقد اجاره‌ای در سال ۱۳۵۵ به مدت سی سال منعقد می‌شود، بنابراین قانون سال ۷۶، حاکم بر این عقد اجاره نیست.

مقابله‌ها:

- ماده ۴۹۰ قانون مدنی: «مستأجر باید: اولاً - در استعمال عین مستأجره به نحو متعارف رفتار کرده و تعدی یا تفریط نکند. ثانیاً - عین مستأجره را 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 مواعیدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعد، نقداً باید بپردازد.»
- ۱. بند سوم ماده ۴۹۰: طبق بند ۹ ماده ۱۴ قانون ۵۶، به موجب این حق را داده که در صورت عدم پرداخت اجرت‌المسمی توسط مستأجر در مؤعد معین با انجام تشریفات معاملی را فسخ کند.
- ۲. در قانون موجر و مستأجر از آنجایی که روابط طرفین عقد، نامحدود است و معلوم نیست تا کی ادامه دارد در خصوص تعدیل اجاره‌بها تدابیری اندیشیده شده؛ چنانچه ماده ۴ قانون ۵۶ با در نظر گرفتن شرایطی از جمله انقضای مدت اجاره و گذشتن سه سال از تاریخ استفاده مستأجر از مال مورد اجاره حکم قطعی دادگاه در باب تعدیل اجاره‌بها به طرفین عقد این امکان را داده که تقاضای تجدیدنظر بنمایند؛ دادگاه نیز با توجه به شاخص کل بهای کالاها و خدمات مصرفی منتشر شده از سوی بانک مرکزی، رأی مقتضی صادر می‌کند.
- ماده ۴۹۲ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «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 موجر، حق فسخ اجاره را خواهد داشت.»
- ۳. در قانون ۶۲، مواردی که موجر حق فسخ دارد ذکر شده، در میان این موارد آمده که اگر مستأجر، خلاف موردی که در اجاره‌نامه آمده از مورد اجاره استفاده کند، موجر حق فسخ دارد بدون آنکه صحبتی از توانایی یا عدم توانایی موجر بر منع مستأجر وجود داشته باشد، این رویه در بند ۶ و ۷ ماده ۱۴ قانون ۵۶ هم پیگیری شده است^{۳۹}، تنها با این تفاوت که در خصوص محل کسب و پیشه گفته شده که اگر شغل جدید عرفاً مانند شغل قید شده در قرارداد باشد، مشکلی پیش نمی‌آید.

^{۳۹} در موارد زیر موجر می‌تواند حسب مورد صدور حکم فسخ اجاره یا تخلیه را از دادگاه درخواست کند دادگاه ضمن حکم فسخ اجاره دستور تخلیه مورد اجاره را صادر می‌نماید و این حکم، علیه مستأجر یا متصرف اجرا و محل تخلیه خواهد شد. ... ۶ - در صورتی که از مورد اجاره محل سکونی بر خلاف منظوری که در اجاره‌نامه قید شده استفاده گردد. ۷ - در مورد محل کسب و پیشه و تجارت هرگاه مورد اجاره برای شغل معینی اجاره داده شده و مستأجر بدون رضای موجر شغل خود را تغییر دهد مگر اینکه شغل جدید عرفاً مشابه شغل سابق باشد.

- ماده ۴۹۴ قانون مدنی گفته: «عقد اجاره به محض انقضای مدت برطرف می‌شود و اگر پس از انقضای آن، مستأجر، عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد موجب برای مدت مزبور مستحق اجرت‌المثل خواهد بود اگر چه مستأجر استیفای منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت‌المثل بدهد که استیفای منفعت کرده باشد مگر این که مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید.»
- ۴. در مورد اینکه آیا با پایان مدت اجاره، مستأجر باید عین مستأجره را تخلیه کند یا نه، در قوانین، راه‌های گوناگونی پیش‌بینی شده است:
در قانون ۷۶، اصل بر این است که با انقضای مدت اجاره مستأجر باید تخلیه کند و هرگونه ادعایی از طرف او علیه موجر مانع این کار نیست، البته طبق قسمت اخیر ماده یک همین قانون، شرط خلاف این مورد پذیرفتنی است، یعنی می‌توان شرط کرد مستأجر، بعد از انقضای مدت، مال مورد اجاره را در تصرف داشته باشد.
- ماده ۴۹۷ قانون مدنی: «عقد اجاره به واسطه فوت موجر یا مستأجر باطل نمی‌شود لیکن اگر موجر فقط برای مدت عمر خود، مالک منافع عین مستأجره بوده است اجاره به فوت موجر باطل می‌شود و اگر شرط مباشرت مستأجر شده باشد به فوت مستأجر باطل می‌گردد.»
- ۵. در ماده ۱۴ سال ۵۶، که موارد حق فسخ را نام برده صحبتی از امکان فسخ به علت فوت مستأجر که مباشرت او شرط شده نیامده به همین دلیل باید قائل به آن شد که طبق این قانون اگر مستأجر فوت کند و مباشرتش شرط شده باشد عین مستأجره به وراثت تعلق می‌گیرد؛ حال اگر تمامی وراثت توافق کنند، می‌توانند اجاره را فسخ کنند (ماده ۱۲): در موارد زیر مستأجر می‌تواند صدور حکم به فسخ اجاره را از دادگاه درخواست کند: ... ۴. در صورت فوت مستأجر در اثنا مدت اجاره و درخواست فسخ اجاره از طرف کلیه ورثه).
- ماده ۴۹۸ قانون مدنی: «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.»
- ۶. بند ۳ ماده ۱۴ قانون ۵۶: «در صورتی که در اجاره‌نامه محل سکنی، حق فسخ اجاره هنگام انتقال قطعی شرط شده باشد مشروط به اینکه خریدار بخواهد شخصاً در مورد اجاره سکونت نماید و یا آن را برای سکونت اولاد یا پدر یا مادر یا همسر خود تخصیص دهد. در این صورت، اگر خریدار تا سه ماه از تاریخ انتقال ملک برای تخلیه مراجعه ننماید درخواست تخلیه به این علت تا انقضای مدت اجاره پذیرفته نمی‌شود.» در بند ۳ ماده ۱۲ قانون ۵۶، یکی از موارد فسخ مستأجر، در صورتی است که مطابق شرایط اجاره حق فسخ او محقق شود، می‌توان قسمت دوم ماده ۴۹۸ را مصداقی برای این مورد دانست یعنی هرگاه در قرارداد، شرط شده باشد مستأجر می‌تواند، در صورت انتقال عین مستأجره به دیگری اجاره را فسخ کند.

۷. ماده ۴۹۸ بیانگرِ خيارِ شرط به سودِ مستأجر است، شبیه این ماده را می‌توان در بند ۳ ماده ۱۴ قانون ۵۶ و بند ۲ ماده ۶ قانون ۶۲ یافت: «ماده ۶. در موارد زیر مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ نماید: ... ۲. در مواردی که مطابق شرایط اجاره، حق فسخ مستأجر تحقق یابد.» جایی که مستأجر می‌تواند در مواردی که در قرارداد پیش‌بینی شده اجاره را فسخ کند ولی باید به این نکته توجه داشت که اصولاً خيارِ شرط به نفع موجر وجود ندارد و تنها مورد آن در ماده ۸ قانون ۶۲ ذکر شده است: «ماده ۸ - موجر می‌تواند در موارد زیر اجاره را فسخ و حکم تخلیه را از دادگاه درخواست کند: الف - در موردی که مستأجر با سلب حق انتقال به غیر مورد اجاره را کلاً یا جزئاً به هر صورتی که باشد به غیر واگذار نموده و یا عملاً از طریق وکالت و یا نمایندگی و غیره در اختیار و استفاده دیگری جز اشخاص تحت‌الفکاله قانونی خود قرار داده باشد. ب - در صورتی که در اجاره‌نامه حق فسخ اجاره، هنگام انتقال قطعی شرط شده باشد. ج - در صورتی که از مورد اجاره برخلاف منظور و جهتی که در قرارداد اجاره قید شده استفاده گردد. د - در صورتی که مستأجر با تعهد به پرداخت اجاره‌بها در مهلت مقرر از آن شرط تخلف نماید.»

• ماده ۵۰۱: «اگر در عقد اجاره، مدت به طور صریح ذکر نشده و مال‌الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدت‌های مزبوره در تصرف خود نگاه دارد و مؤجر هم تخلیه ید او را نخواهد مؤجر به موجب مُراضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود.»

۸. در بند ۷ ماده ۱۱ قانون ۵۶ گفته است که دفاتر اسناد مکلفند در اجاره‌نامه‌ها قید کنند که اجرت‌المثل در صورت انقضای مدت یا فسخ اجاره تا زمان تجدید آن یا تخلیه به میزان اجرت‌المُسمی است. این مسأله از ماده ۵۰۱ برداشت می‌شود.

۹. در قانون سال ۶۲، قانونگذار به دلیل تمایل به اجرای قواعد عمومی، در خصوص محل سکونت از مفاد قانون ۵۶ عدول کرده لذا راه‌حل قانون مدنی انجام می‌شود.

در ماده ۶ قانون ۵۶^{۴۰}، مستأجر محل کسب و پیشه بعد از انقضای مدت اجاره در تخلیه ملک یا ادامه سکونت و پرداخت اجرت‌المُسمی یا اجرت‌المثل، مخیر است در حالی که موجر، حق تقاضای تخلیه مورد اجاره را تنها به بهانه پایان یافتن مدت اجاره ندارد.

۱۰. حکم ماده ۵۰۱ در قانون سال ۵۶، تنها در خصوص مستأجر قابل اعمال است زیرا او است که می‌تواند در پایان مدت اجاره عین مستأجره را تخلیه کرده و طبق ماده ۶ قانون ۵۶ به میزان اجرت‌المُسمی، آخر هر ماه اجرت‌المثل بپردازد در غیر این صورت، موجر اجازه تقاضای تخلیه عین را به بهانه اتمام مورد عقد ندارد.

^{۴۰} «مستأجر مکلف است در موعد معین در اجاره‌نامه اجرت‌المُسمی و پس از انقضای مدت اجاره اجرت‌المثل را به میزان اجرت‌المُسمی آخر هر ماه اجاری ظرف ده روز به موجر یا نماینده قانونی او بپردازد ...»

۱۱. حکم ماده ۵۰۱ (بر خلاف قانون سال ۵۶) در قانون سال ۶۲ جاری است.

۱۲. قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶، راه دیگری را برای تعیین میزان اجاره بها پیش بینی کرده و به دلیل اصل عدم زیاده، گفته مستأجر را مقدم نمی داند، در ماده سۀ این قانون^{۴۱} مقرر شده که دادگاه، میزان اجاره بها را به نرخ عادلۀ روز تعیین می کند، علت این حکم هم ظهور و غلبه است چرا که طرفین، اصولاً میزان اجاره بها را بر پایه نرخ روز تعیین می کنند به عبارت دیگر، در این قانون، اجرت المثل، جایگزین اجرت المسمی شده است.

• ماده ۴۹۰ قانون مدنی: «مستأجر باید: اولاً - در استعمال عین مستأجره به نحو متعارف رفتار کرده و تعدی یا تفریط نکند. ثانیاً - عین مستأجره را 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. ثالثاً - مال الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعد، نقداً باید بپردازد.»

۱۳. در قانون مدنی یکی از وظایف مستأجر، استفاده از مال مورد اجاره برای مصرفی است که ذکر شده، با این حال در بند ۵ ماده ۱۱ قانون ۵۶ برای جلوگیری از هرگونه اختلافی آمده است که دفاتر اسناد رسمی در اجاره نامه باید تصریح نمایند که عین مستأجره برای چه منظوری اجاره داده شده: «ماده ۱۱: دفاتر اسناد رسمی مکلفند علاوه بر نکاتی که به موجب قوانین و مقررات باید رعایت شود نکات زیر را در اجاره نامه تصریح بنمایند: ... ۵ - اجاره به منظور سکنی یا کسب یا پیشه یا تجارت با تعیین نوع کسب و پیشه و تجارت و هرگاه به منظور دیگری باشد قید آن به طور صریح.»

۱۴. در بند ۲ ماده ۱۲ قانون ۵۶، یکی از موارد تقاضای فسخ اجاره توسط مستأجر، زمانی است که عین مستأجره به واسطۀ عیبی حادث از قابلیت انتفاع خارج شود: «فصل چهارم: موارد فسخ اجاره و تخلیه عین مستأجره: ماده ۱۲ - در موارد زیر مستأجر می تواند صدور حکم به فسخ اجاره را از دادگاه درخواست کند: ... ۲ - اگر در اثنای مدت اجاره عیبی در عین مستأجره حادث شود که آن را از قابلیت انتفاع خارج نموده و رفع عیب مقدور نباشد.»

• ماده ۴۷۴: «مستأجر می تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد مگر این که در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد.»

۱۵. در خصوص امکان اجاره فرعی یعنی حالتی که مستأجر، مال مورد اجاره را به دیگری اجاره دهد، در قوانین رویۀ واحدی وجود ندارد، طبق قواعد عمومی، لزومی به تصریح اختیار مستأجر در انتقال یا اجاره منفعت، وجود نداشته و خود عقد اجاره، موجد این حق است.

۱۶. آیین نامه اجرایی سال ۷۶ هم بیان کرده که باید طبق قواعد عمومی عمل کنیم (ماده ۱۵ آیین نامه).

^{۴۱} ماده ۳: در مواردی که اجاره نامه تنظیم شده باشد میزان اجاره بها همان است که در اجاره نامه قید شده و هرگاه اجاره نامه تنظیم نشده باشد به میزانی است که بین طرفین مقرر یا عملی شده است و در صورتی که میزان آن معلوم نشود با رعایت مقررات این قانون از طرف دادگاه میزان اجاره بها به نرخ عادلۀ روز تعیین می شود.

۱۷. طبق ماده ۱۰ قانون ۵۶، این حق وجود ندارد مگر تصریح شود.

- طبق نظر مرحوم دکتر شهیدی در قانون مدنی صحبتی از لزوم تنظیم سند برای عقد اجاره نشده و گویا این عقد به طور شفاهی هم منعقد می‌شود در حالی که مواد یک قوانین ۵۶، ۶۲ و ۷۶ هر سه، قراردادهایی را مشمول این قانون‌ها می‌دانند که یا به صورت سند رسمی و یا عادی تنظیم شده باشند. پس اگر قرارداد اجاره شفاهی باشد، عقد، باطل نیست و تابع قانون مدنی می‌باشد.
- ماده ۴۶۶: در قانون سال ۵۶، مالکیت منافع عین مستأجره، دائمی شمرده نشده ولی اجاره، محدود به مدت ذکر شده در عقد هم نمی‌باشد یعنی مستأجر می‌تواند بعد از پایان اجاره نیز به کسب خود ادامه داده و موجر، جز در موارد معین، حق فسخ یا تخلیه ندارد.

عقد قرض (مواد ۶۴۸ تا ۶۵۲ قانون مدنی)

ماده ۶۴۸ ق.م اشعار می‌دارد: قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین، مقدار معینی از مال [مثلی] خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف، رد نماید و در صورت تعذر ردِ مثل، قیمت یوم‌الرد را بدهد. قرض‌دهنده را مُقَرِّض و قرض‌گیرنده را مُقْتَرِض می‌نامند.

عقد بودن قرض در این ماده به صراحت بیان شده است. در طبیعت عقد قرض مباحثی وجود دارد: عقد قرض از یک طرف مبتنی بر تَبَرُّع و احسان است ولی تبرع محض (مانند هبه غیر معوض) هم نیست بلکه همانطور که ماده ۶۴۸ ق.م نشان می‌دهد یک عقد معاوضی است. اما آیا یک عقد معاوضی شبیه عقد بیع و عقد اجاره است که مالی را در مقابل مالی بدهند؟ نه؛ زیرا قرض‌دهنده، مالی را در مقابل مالی نمی‌دهد بلکه مالی می‌دهد که مُقْتَرِض، رفع حاجت به آن کند و بعداً آن را بدهد و در واقع به وام‌گیرنده، اذن تصرف در مال خود با شرط ضمان می‌دهد؛ نهایت اینکه این کار به صورت عقدی است که آن را عقد قرض می‌گویند. از همین رو گفته‌اند: قرض، از سنخ ضمانات است یعنی قرض برای قرض‌گیرنده، مسئولیت ناشی از عقد بوجود می‌آورند. در عقد بیع در قدم اول قصد طرفین به مبادله و معاوضه است و حال اینکه در عقد قرض، چنین قصدی در بین نیست؛ قصد مهم مُقْتَرِض، تحصیل مال برای رفع حاجت است و قصد قارض، بر آوردن نیاز اوست. نهایت اینکه طرفین نظر به رایگان ندارند بالنتیجه مقترض تعهد می‌کند که بدل مال قارض را به او بدهد.

اوصاف عقد قرض

- (۱) تملیکی بودن؛ یعنی پس از توافق طرفین، موضوع عقد به ملکیت طرف مقابل درمی‌آید. اثر تملیکی بودن قرض این است که مال تملیک می‌شود و منظور از مال در اینجا مُنَصَرَف به مال مثلی و عین است و مال مال قیمی و منفعت و دین را در بر نمی‌گیرد (اما در عقد هبه، تملیک مال شامل عین، دین و منفعت است).

۲) معوض بودن؛ بدین معنا که طرف مقابل متعهد است مثل آن و یا قیمت آن را به قرض‌دهنده پرداخت کند. اگر چه عقد قرض معوض است ولی مفهوم داد و ستد در قرض راه ندارد بنابراین به عقیده مرحوم دکتر کاتوزیان، قرض، مسامحه‌ای است.

۳) لازم بودن؛ یعنی این که وام‌دهنده نمی‌تواند، عقد را فسخ کند (و عین مال را از مالکیت مُقْتَرِض دریاورد). اگر چه عده‌ای به خاطر فوری بودن تعهد مُقْتَرِض (مال‌گیرنده) به پرداخت مثل یا قیمت، اعتقاد به جائز بودن عقد قرض دارند.

برخلاف آن‌چه که در فقه است، در قانون مدنی، قبض موضوع دین، شرط تملیک نیست و به اصطلاح از عقود رضائی است نه عینی که قبض در آن شرط صحت باشد.

تلف یا نقص مورد قرض:

اگر قبل از تسلیم، موضوع قرض تلف یا ناقص شود، جبران آن به عهده قرض‌دهنده است؛ چرا که عقد قرض تملیکی بوده و در این گونه عقود، تلف قبل از قبض، موجب انفساخ عقد می‌شود.

ارائه مهلت به مدیون:

«در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقترض، مهلت یا اقساطی قرار می‌دهد. این در صورتی است که دائن مطالبه کرده اما مدیون عاجز از پرداخت باشد و دادرس با علم به اوضاع و احوال، مهلتی را جهت پرداخت می‌دهد.» (مفاد ماده ۶۵۲ قانون مدنی)

افزایش یا کاهش ارزش پول:

در عقد قرض، افزایش یا کاهش ارزش پول اثری ندارد و قانون، مُقْتَرِض را مکلف به ردّ مثل از جهت مقدار، جنس و وصف می‌داند.

«مُقْتَرِض باید مثل مالی را که قرض کرده است، رد کند، اگر چه قیمتاً ترقی یا تنزل کرده باشد»^{۴۲} (ماده ۶۵۰ قانون مدنی)؛ بنابراین خسارت تأخیر تأدیه نیز ارتباطی با افزایش یا کاهش ارزش پول ندارد، چرا که پس از مطالبه و تمديد و پس از گذشت مدت تعهد است که حکم به خسارت تأخیر تأدیه داده می‌شود و اگر در موعد باشد مثلاً یک میلیون ظرف مدت یک سال بوده و در سر موعد، پرداخته شده، خسارتی نخواهد بود.

^{۴۲} تعهد مُقْتَرِض در قرض، بازگرداندن مثل است؛ ممکن است مال قیمی در بین دو طرف مثلی تلقی شود؛ در این صورت، قرض آن مال صحیح است و وام‌گیرنده تعهد به ردّ مثل دارد؛ اگر قرض‌گیرنده تعهد کند در برابر مال مثلی، بهای آن را بپردازد عقد قرض نیست و مشمول ماده ۱۰ است. اگر در اثر حادثه‌ای مثل مال از قیمت بیافتد آخرین قیمت به قرض‌دهنده پرداخت می‌شود، اگر ردّ مثل متعذر شود، قیمتِ یوم‌الرَد پرداخت می‌شود.

جمع‌بندی عقد قرض:

۱. **قرض عقدی تملیکی است.** در ماده ۶۴۸ قانون مدنی، کلمه «تملیک» آمده است (یعنی قرض موجب تملیک است). مهمترین فرق «قرض» با «عاریه» این است که در قرض، گیرنده مال، مالک می‌شود ولی در عاریه، عاریه‌گیرنده، مالک نمی‌شود. چون عاریه عقدی است «اذنی» ولی قرض عقدی است «تملیکی». در عاریه، طرف (مستعیر) **عین مال** را پس می‌دهد ولی در قرض، طرف (مُقترض) **مثل مال** را پس می‌دهد، یعنی گیرنده مال در قرض، مالک می‌شود و بعداً مثل آن را پس می‌دهد اما گیرنده مال در عاریه، مالک مال نمی‌شود و عین آن را پس می‌دهد.

۲. **مال موضوع قرض باید مثلی باشد** (مال مثلی: به طور کلی مالی که مانند بسیار دارد، مانند اشیاء ساخت کارخانه‌ها که نو هستند و یا مثلاً گندم که مثلی است). تنها عقدی که در قانون، مال موضوع آن باید مثلی باشد، عقد قرض است. مثلی بودن در زمان عقد معتبر است. اگر کسی یک مال قیمی به دیگری تملیک کند که گیرنده مال بعداً قیمت آن را بدهد این قرض نیست و می‌تواند بیع باشد. اگر هنگام عقد قرض، مال «مثلی» بود ولی بعداً مثل آن مال دیگر وجود نداشت؛ به عبارت بهتر، دیگر هنگام پس دادن، قیمی شده بود قانون مدنی در ماده ۶۴۸ اشعار داشته است مُقترض «قیمت زمان اداء» را بدهد (دقیقاً مانند غصب). مثلاً: کسی پراید صفر را به شما قرض داده و شما مالک آن می‌شوید. بعداً شما یک پراید صفر برای طرف می‌گیرید به وی تحویل می‌دهی؛ اما این فرض که حالیه صادق نیست را تصوّر بفرمایید که اگر پراید صفر دیگر وجود نداشته باشد (مثلاً اگر بر فرض محال، سایپا تولید پراید را متوقف کند !!) قیمت زمان اداء [قیمت یوم‌الرد] را می‌دهید.

اگر مال مورد قرض مثلی باشد و بعداً مثل آن باشد ولی مالیت نداشته باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد (با توجه به ماده ۳۱۲ قانون مدنی؛ لازم به توضیح است که در باب قرض ماده‌ای وجود ندارد ولی این ماده در باب غصب آمده است). برای مثال فرض کنید سکه پهلوی را کسی به عنوان قرض أخذ نموده است که الان باید آخرین قیمت را بدهد.

نکته: در قرض، مال باید مثلی باشد، خواه «مصرف شدنی» باشد و خواه «مصرف نشدنی». خوراکی را می‌شود قرض داد مثلاً همسایه از همسایه‌اش سیب زمینی قرض می‌گیرد بعداً می‌خرد و به همسایه‌اش برمی‌گرداند. شیر، نان و کتاب نو را می‌شود قرض داد که گیرنده، مالک می‌شود و بعداً یک کتاب نو می‌خرد و برمی‌گرداند؛ ولی در عاریه، مال باید مصرف نشدنی باشد چه مثلی باشد و چه قیمی. من یک کتاب نو دارم، آیا می‌توانم عاریه بدهم؟ بله؛ که طرف استفاده می‌کند و بعد از استفاده پس می‌دهد که ایرادی ندارد کهنه هم بشود. من یک ماشین کهنه دارم، آیا می‌توانم عاریه بدهم؟ بله؛ طرف استفاده می‌کند و کارش را انجام می‌دهد و بعداً پس می‌دهد.

۳. خصوصیت اول و دوم اختلافی نبود و قانون در مورد آنها صریح بود اما در خصوصیت‌های بعدی اختلاف هست. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا عقد قرض «معوض» است؟ عده‌ای بر این عقیده هستند در قرض، مُقْتَرِض (گیرنده)، مثل مال را پس می‌دهد یعنی مال را می‌گیرد و مثلش را بعداً پس می‌دهد و بنابراین قرض «مجانی» نیست.

در پاسخ به سؤال فوق، بعضی گفته‌اند که قرض، «معوض» است چون مال را که مُقَرِض (دهنده) می‌دهد این می‌شود یک عَوْض، و بعداً مثل آن را می‌گیرد که این هم می‌شود یک عَوْض. این نظر غلط نیست اما یک نکته دارد: می‌گویند «قرض» مثل «بیع» معوض نیست، در بیع که معوض است مبادله بین مبیع و ثمن صورت می‌گیرد، مبیع را می‌دهی و ثمن را می‌گیری که این مبادله می‌تواند هم‌زمان باشد.

اما در قرض خیلی بی‌معنا است که مُقَرِض مال را بدهد و همان موقع مثل آن را بگیرد. اگر چنین شود مُقْتَرِض، نادان است که چنین کاری کند؟! اگر مثل را داشت چرا قرض گرفت؟! فلسفه قرض این است که مُقْتَرِض مال را بگیرد نیازش رفع شود و بعداً مثل آن را بدهد. بنابراین پیشنهاد می‌شود که بگوییم قرض «شبه معوض» است یا «معوض ناقص» است چون با عقود معوض دیگر یک فرق دارد. البته تصور نکنید تعهد مُقْتَرِض همیشه مؤجل است یعنی مُقْتَرِض مال را می‌گیرد و باید در اجلی پس بدهد، (نه! اینگونه نیست!) این که می‌گوییم در قرض، طرف مالی را می‌گیرد باید «بعداً» پس بدهد این «بعداً» الزاماً آجل نیست.

مثال: یک نفر از دیگری پول قرض می‌گیرد مثلاً ده میلیون تومان. حال سؤال این است که تعهد مُقْتَرِض چیست؟ حال است (هر وقت مُقَرِض خواست می‌تواند مطالبه کند) یا که اینگونه نیست؛ ولی مُقَرِض نیز می‌داند که فوری نمی‌تواند مطالبه کند. نتیجتاً در حالت کلی اینکه تعهد مُقْتَرِض، می‌تواند مؤجل باشد.

۴. آیا قرض «رضائی» است؟ یک عده می‌گویند قرض «رضائی» است و با ایجاب و قبول واقع می‌شود و یک عده می‌گویند قرض «عینی» است یعنی علاوه بر ایجاب و قبول، با قبض واقع می‌شود. در قانون مدنی یک ماده داریم که از مفهوم مخالفش طوری برداشت می‌شود که هر دو نظر را تأیید می‌کند یعنی از مفهوم مخالف این ماده هم برمی‌آید که قرض «رضائی» است و هم برمی‌آید که «عینی» است که باید خاطر نشان کرد عینی بودن آن کمی قوی‌تر است. (ماده مورد اشاره، ماده ۶۴۹ قانون مدنی است.)

ماده ۶۴۹: اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم، تلف یا ناقص شود از مال مُقْتَرِض است.

مفهوم مخالف این ماده آن است که اگر مال موضوع قرض پیش از تسلیم، تلف یا ناقص بشود از مال مُقَرِض است (فرض این است که عین معین است). آنهایی که می‌گویند قرض، عینی است تأکید می‌کنند که دلیل ما همین مفهوم مخالف این ماده است. چون قبل از تسلیم، مُقَرِض مالک است، پس تلف هم به عهده اوست (تلف هر مال به عهده مالک است) و با تسلیم، تملیک صورت می‌گیرد و بنابراین قرض عینی است. ولی آنهایی که می‌گویند

قرض رضائی است می‌گویند قبل از تسلیم، مُقْتَرِض، مالک است چون تملیک صورت گرفته است ولی دلیل اینکه تلف از مال مُقَرِّض است به خاطر «ضمان معاوضی» است. می‌گویند در بیع (جائیکه اختلاف نیست) قبل از تسلیم، مشتری مالک است ولی تلف به عهده بایع است که به خاطر «ضمان معاوضی» است. اگر ضمان معاوضی را در قرض نپذیریم قرض، عینی می‌شود ولی اگر ضمان معاوضی را در قرض بپذیریم رضائی می‌شود.

پس بر اساس مفهوم مخالف ماده ۶۵۰ اگر مالی که موضوع قرض است قبل از تسلیم، تلف یا ناقص شود از مال مُقَرِّض است.

۵. آیا قرض «عقد لازم» است؟ یک عده گفته‌اند قرض «جایز» است چون مُقَرِّض هر زمان می‌تواند مثل را بخواهد و مُقْتَرِض هم هر زمان می‌تواند مثل را بدهد پس قرض «جایز» است البته اگر تعهد حال باشد. این استدلال خیلی بی‌معنا است. اینکه مُقَرِّض می‌تواند مثل را بخواهد فسخ عقد نیست اجرای عقد است (تا اینکه بگوییم قرض «جایز» است).

سؤال: مُقَرِّض می‌تواند «عین» را بخواهد؟ اگر مُقَرِّض، «عین» را بخواهد می‌شود فسخ که نمی‌تواند و فقط می‌تواند «مثل» را بخواهد، مُقْتَرِض هم می‌تواند «مثل» را بدهد که این هم باز اجرای عقد است، پس این استدلال رد می‌شود.

باید اشاره کرد که یک ماده داریم که از آن برمی‌آید که قرض «جایز» است. عقود داریم که جایزاند مثل مضاربه، ودیعه و ... قانون وقتی می‌خواهد بگوید یک شرط ضمن اینها بیاوریم می‌گوید: «شرط را به وجه ملزم (ضمن عقد لازم) بیاوریم». برای اینکه اگر شرط را «ضمن عقد جایز» بیاوریم و عقد جایز به هم بخورد شرط هم باطل می‌شود (پس اگر شرط را «ضمن عقد جایز» بیاوریم فایده ندارد و شرط را باید «ضمن عقد لازم» آورد به وجه ملزم و به طور لزوم). هر جا قانون این اصطلاحات را به کار می‌برد قصد آن داشته که تأکید کند عقد جایز است. اما متأسفانه قانون در قرض عبارت «به وجه ملزمی» را به کار برده است؛ اینگونه برداشت می‌شود که شاید قرض «جایز» است دیگر اینکه قانونگذار مقرر داشته: «اگر می‌خواهی برای تعهد مُقْتَرِض اجل بگذاری به وجه ملزم بگذار» (یعنی اجل را در ضمن عقد لازم بیاور). اگر قرض «عقد لازم» بود نیازی به گفتن «وجه ملزم» نبود پس وقتی گفته «وجه ملزم» شاید مقنن بر این نظر بوده است عقد قرض «عقد جایز» است؛ اما قرض لازم است. اگر در امتحان آمد، بنویسید: «قرض لازم است؛ هم نسبت به مُقَرِّض و هم نسبت به مُقْتَرِض». مطالبه مثل و دادن مثل هم فسخ نیست.

ماده ۶۵۱: اگر برای اداء قرض به وجه ملزمی اجلی معین شده باشد، مُقَرِّض^{۴۳} نمی‌تواند قبل از انقضاء مدت طلب خود را مطالبه کند. [به وجه ملزمی: ضمن عقد لازم]

^{۴۳} در ماده واژه «مُقْتَرِض» آمده است اما به عقیده دکتربین منظور از «مُقْتَرِض» در این ماده «مُقَرِّض» است که من ماده را اصلاح کردم.

نکته: فوت و ورشکستگی مُقْتَرِض باعث حال شدن دیون او می‌شود.

ماده ۶۵۲ قانون مدنی با ماده ۲۷۷ قانون مدنی ارتباط دارد:

ماده ۶۵۲: در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مُقْتَرِض مهلت یا اقساطی قرار می‌دهد.

ماده ۲۷۷: متعهد نمی‌تواند متعذله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد.

مدت در قرض:

قرض ممکن است مدت داشته باشد یا بدون مدت باشد. اگر قرض، بدون مدت باشد مُقَرِض هر زمان می‌تواند به مُقْتَرِض رجوع کند چون حال حساب می‌شود اما در موقع مطالبه، حاکم می‌تواند مهلت یا اقساط قرار دهد.

اگر در قرض، اجل تعیین شده باشد: ۱. اگر اجل به سود مُقَرِض باشد او می‌تواند از این اجل بگذرد (یعنی قبل از انقضاء مدت بگیرد)؛ ۲. اگر اجل به سود هر دو باشد در این صورت مُقَرِض نمی‌تواند قبل از انقضای اجل رجوع کند؛ ۳. اگر اجل تنها به سود مُقْتَرِض باشد مُقَرِض قبل از انقضای اجل نمی‌تواند رجوع کند.

توجه: شرط مدت در عقد قرض باید ضمن عقد لازم باشد؛ طبق نظر مرحوم کاتوزیان قرض عقدی است لازم بنابراین، ضمن قرض هم می‌توان شرط مدت کرد.

عقد جعالة (مواد ۵۶۱ تا ۵۷۰ قانون مدنی)

جعالة عبارت است از التزام شخصی، به پرداخت اجرت و پاداش معلوم در مقابل عملی، اعم از این که عامل، معین باشد یا نه. در جعالة، شخص متعهد را جاعل و طرف مقابل را عامل، و اجرت را جُعَل می‌گویند. برای مثال شخصی می‌گوید اگر کسی فلان حیوان یا ماشین را پیدا کرد، یک میلیون تومان به او اجرت می‌دهم، به این عمل جعالة گفته می‌شود.

اقسام جعالة

جعالة به اعتبار چگونگی ایجاب و پیشنهاد آن، بر دو قسم است:

۱- جعالة خاص؛ که 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 صد هزار تومان به تو خواهم داد.

۲- جعالة عام؛ که در آن، هدف جاعل رسیدن به مقصود خود است و برای او فرقی ندارد که توسط چه کسی انجام پذیرد، مثلاً می‌گوید، هر کس فلان کار را انجام دهد، این قدر پاداش می‌دهم.

ماهیت حقوقی جعالة

در این که جعالة 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 جعالة خاص، کمتر تردید وجود دارد. به نظر مرحوم کاتوزیان، جعالة (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.

انعقاد جعالة

در جعالة، 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 جعالة ممکن است صریح باشد و ممکن است ضمنی باشد، همان طور که در جعالة عام چنین است.

جواز عقد جعالة

طبق قانون، جعالة تعهدی جائز است و مادامی که عمل به اتمام نرسیده باشد هر یک از طرفین می توانند رجوع نمایند، ولی اگر جاعل، در اثناء عمل عامل از جعالة رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.

جعالة 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 چنانکه در مورد اجرت هم همین مطلب ثابت است.

کاری که به موجب جعالة، درخواست می شود، باید مشروع و عقلانی باشد، اگر شخصی، برای ارتکاب جرم یا کاری برخلاف اخلاق حسنه، ملتزم به دادن اجرت شود، جعالة باطل است.

آثار جعالة

جعالة با این که عقد جائزی است ولی بدین معنی نیست که هیچ اثری نداشته باشد، بلکه الزام جاعل، اثری دارد که در صورت فسخ جعالة، بر آن مترتب می شود:

۱- کار مورد درخواست، مرکب از اجزائی بوده که هر کدام مستقلاً منظور جاعل بوده و پاداش دارد، در این صورت اگر پس از انجام قسمتی از کار، جعالة فسخ شود، عامل به نسبت عملی که انجام داده است، مستحق اجرت خواهد بود.

۲- 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 اجرة است که کار مورد نظر را انجام و تحویل و تسلیم به جاعل نماید.

در صورتی که انجام کار قبل از جعالة بوده مثلاً برای پیدا کردن ماشین، جایزه تعیین شده ولی شخص قبل از اطلاع از این جعالة، ماشین را پیدا کرده است، آیا مستحق اجرة است یا نه؟ در این مورد اگر توافق صریح یا ضمنی، بین دو طرف نباشد، نمی توان گفت که مستحق خواهد بود.

اجاره‌ی اشخاص و مقایسه‌ی آن با جُعالة:

اجاره اشخاص خیلی شبیه جعالة است. این دو، چهار شباهت دارند و چهار تفاوت:

شباهت‌ها:

۱. هر دو عقد می‌باشند: اجاره اشخاص عقد است و جعالة هم عقد است. در عقد بودن جعالة به شدت بین فقها و حقوقدانان اختلاف است. همانطور که گفتیم بعضی گفته‌اند جعالة عقد است چه عام و چه خاص و بعضی می‌گویند جعالة ایقاع است چه عام و چه خاص و بعضی‌ها می‌گویند جعالة عام، ایقاع است و جعالة خاص، عقد.

۲. هر دو عقد عهدی هستند.

۳. هر دو عقد معوض هستند.

۴. در هر دو یک طرف کار می‌کند و طرف دیگر اجرت آن را می‌دهد: در اجاره اشخاص آن کسی که کار می‌کند اسمش اجیر است و آن کسی که اجرت می‌دهد، مستأجر است (ماده ۵۱۲ ق.م.) و هم می‌گویند مؤجر (ماده ۵۱۵ ق.م.).

ماده ۵۱۲: در اجاره اشخاص کسی که اجاره می‌کند، مستأجر و کسی که مورد اجاره واقع می‌شود، اجیر و مال‌الاجاره، اجرت نامیده می‌شود.

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 انقضاء مدت مزبور اجاره برطرف می‌شود ولی اگر پس از انقضاء مدت، اجیر به خدمت خود دوام دهد و مؤجر او را نگاه دارد اجیر نیز به مراضات حاصله همانطوری که در زمان اجاره بین او و مؤجر مقرر بود مستحق اجرت خواهد شد.

در جعالة آنکه کار می‌کند، عامل و آنکه اجرت می‌دهد، جاعل است. پاداش در جعالة را جُعَل یا حق‌الجُعالة می‌گویند.

تفاوت‌ها:

۱. در اجاره اشخاص آنکه کار می‌کند (اجیر) همیشه مشخص است یا مشخصاً آقای الف است یا مثلاً مشخصاً خانم ب؛ ولی در جعالة، عامل (آنکه کار می‌کند) یک‌وقت مشخص است (به آن جعالة خاص می‌گویند) و یک‌وقت نامشخص است (جعالة عام).

مثال: من می‌گویم: «فلانی! این کار را بکن؛ من فلان مبلغ در ازای آن به تو می‌دهم» که این جعالة خاص می‌شود یا من می‌گویم: «ای جمع دانشجویان! تلفن همراه من گم شده هر کس پیدا کرد ۱,۰۰۰,۰۰۰ تومان بهش

می‌دهم» که این جعالة عام می‌شود. ماده ۵۶۱ مقرر داشته: «جعالة عبارت است از ...» اما مثلاً نگفته: «جعالة عقدی است که ...» چون می‌دانسته در این موضوع، اختلاف است.

۲ مخاطب معین، جعالة خاص و مخاطب نامعین، جعالة عام.

ماده ۵۶۱: جعالة عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف، معین [جعالة خاص] باشد یا غیر معین [جعالة عام].

۳ در اجاره‌ی اشخاص عقد از اول لازم است زیرا اجاره عقدی است لازم در تمام انواع آن (چه اجاره اشخاص و چه حیوان و ...) که ماده‌ای هم به این موضوع اشاره نکرده است و از یک سری مواد استنباط می‌شود ولی جعالة طبق ماده ۵۶۵ ق.م. اول (یعنی وقتی منعقد می‌شود) جایز است و عمل که انجام شد لازم می‌شود.

ماده ۵۶۵: جعالة تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هر یک از طرفین می‌توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل، رجوع نماید باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد.

۴ در اجاره اشخاص به محض عقد هر دو تعهد ایجاد می‌شود. اجیر باید کار کند و مستأجر باید اجرت بدهد. پس طرفین حق حبس دارند. در اجاره اشخاص هر دو حال باشند هر دو حق حبس دارند ولی در جعالة طبق ماده ۵۶۷ ق.م. اول باید عامل، عمل را انجام بدهد و بعداً جاعل، جُعل را بدهد. تا عامل انجام ندهد مستحق جُعل نیست پس عامل حق حبس ندارد.

ماده ۵۶۷: عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعالة را تسلیم کرده یا انجام داده باشد.

در اجاره اشخاص عقد مبتنی بر مغاینه است پس علم تفصیلی لازم است ولی جعالة مبتنی بر مسامحه است پس علم اجمالی کافی است. حتی موردش هم می‌تواند مردد باشد مواد ۵۶۳ ق.م. و ۵۶۴ ق.م.

ماده ۵۶۳: در جعالة معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات 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 جعالة صحیح است.

ماده ۵۶۴: در جعالة گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.

نکته: در جعالة عمل دو نوع است (عملی که قرار است انجام شود) یا ساده (بسیط) است یا مرکب است.

اول: عمل ساده: مثلاً مورد جعالة پیدا کردن ماشین است که ساده است و اجزاء ندارد دیگر نمی‌توان نصفش را پیدا کرد و نصف دیگرش را نه. پس در صورتی که عمل ساده است اگر قبل از انجام عمل (که جعالة جایز است) عامل، فسخ کند، هیچ چیزی به او نمی‌دهند. ولی اگر جاعل، فسخ کند طبق ماده ۵۶۵ باید یک اجرت‌المثلی به او بدهند (توجه داشته باشید که جعل، اجرت‌المسمی است)، چون یک سری کارها کرده و جاعل فسخ کرده پس باید به او اجرت‌المثل بدهد. بعد از انجام عمل هم که می‌دانید: جعالة قابل فسخ نیست.

ماده ۵۶۵: جعالة تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هر یک از طرفین می توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.

دوم: عمل مرکب: حالت دوم، عمل مرکب است، یعنی عمل دارای چند جزء است که هر کدام به تنهایی برای جاعل مفید است و به دردش می خورد. این چیزی که ما گفتیم را قانون اینگونه گفته: «هر یک از اجزاء، مقصود بالاصالة جاعل است» (ماده ۵۶۶) یعنی هر کدام از اجزاء کاری که کرده به تنهایی به درد می خورد. مثلاً سه مغازه داریم و به آقای الف می گوییم: «این سه تا مغازه را نقاشی کن، ۵ میلیون تومان بگیر». آقای الف، مغازه اول را نقاشی می کند در این صورت اگر یک جزء از سه تا انجام شد و بعد، جعالة فسخ شد (از سوی هر کدام باشد فرقی ندارد) طبق ماده ۵۶۶ ق. عامل، اجرت المسمی آن جزء را می گیرد و بقیه اجرت را هم نمی گیرد. چون آقای الف، مغازه اول را رنگ کرد پس جعالة دیگر نسبت به این مغازه لازم است و قابل فسخ نیست اما نسبت به آن دو مغازه دیگر جعالة جایز است پس می توان فسخ کرد.

ماده ۵۶۶: هرگاه در جعالة عمل دارای اجزاء متعدد بوده و هر یک از اجزاء، مقصود بالاصالة جاعل بوده باشد و جعالة فسخ گردد عامل از اجرت المسمی به نسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود اعم از اینکه فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل.

عقد صلح (مواد ۷۵۲ تا ۷۷۰)

۱. صلح در مورد دعوا (صلح بر دعوا): این نوع از صلح با بحث «سازش» در درس آیین دادرسی ارتباط دارد. صلح در مورد دعوا یا اینگونه است که دعوایی که بوجود آمده به صلح ختم می شود و یا اینگونه است که از دعوایی که ممکن است در آینده بوجود آید جلوگیری می شود (مواد ۷۵۲ و ۷۶۶). در این صلح، خیار تدلیس، شرط و تخلف شرط راه دارد.

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 بطور کلی تمام دعاوی واقعیّه و فرضیّه^{۴۴} خود را به صلح خاتمه داده باشند، کلیه دعاوی داخل در صلح محسوب است اگر چه منشاء دعوی در حین صلح معلوم نباشد مگر اینکه صلح به حسب قرائن شامل آن نگردد. [مورد معامله باید حین العقد موجود باشد اما استثنائاً در صلح در مقام دعوا نیاز نیست که دعوا حین العقد موجود باشد]

^{۴۴} فرض یعنی هنوز به وجود نیامده است.

نکته: صلح در مورد دعوا عقدی است معوض زیرا طرفین از ادعاهای خود (حق اقامه دعوا) می‌گذرند. در هر دعوایی هر دو طرف ادعا دارند یک طرف می‌گوید من فلان چیز را می‌خواهم و آن دیگری می‌گوید من فلان چیز دیگری را می‌خواهم پس نتیجه می‌گیریم که هر وقت بین طرفین صلح شکل بگیرد هر دو طرف از تمام یا بخشی از ادعا یا ادعاهای خود می‌گذرند پس صلح در مورد دعوا عقد است و عقدی است معوض.

نکته: صلح در مورد دعوا توسط منکر هم می‌شود یعنی کسی که دعوا را منکر است می‌تواند تقاضای صلح بکند و تقاضای صلح اقرار محسوب نمی‌شود (ماده ۷۵۵).

ماده ۷۵۵: صلح با انکار دعوی نیز جایز است [یعنی کسی که مُنکِر دعوا است می‌تواند درخواست صلح کند]، بنابراین درخواست صلح اقرار محسوب نمی‌شود.

مثالی برای ماده ۷۵۵: یک نفر علیه دیگری اقامه دعوا کرده و می‌گوید از آن شخص ده میلیون تومان طلب دارد، خوانده منکر می‌شود؛ حال فرض بفرمایید وسط دادگاه، منکر به مدعی می‌گوید: «می‌آیی با هم صلح کنیم؟» وقتی منکر به مدعی می‌گوید می‌آیی صلح کنیم، به جورایی می‌شود اقرار محسوب شود چون ممکن است چیزی بین طرفین وجود داشته باشد که خوانده پیشنهاد صلح و سازش کرده است، اما قانون این پیش‌فرض ذهنی را که «هر کس پیشنهاد صلح می‌دهد انگار که اقرار نموده» را رد می‌کند و قانون گفته «نه! اقرار محسوب نیست» اصلاً شاید طرف نخواستنه مأمور و اخطار برود در خانه‌اش یا نمی‌خواهد پایش به دادگاه کشیده شود یا اصلاً حوصله نزاع ندارد و وقتش برایش مهم‌تر است.

نکته: برای صلح طبق ماده ۷۵۳ طرفین باید اهلیت (اهلیت برای معامله) و اختیار (اهلیت برای تصرف در مورد معامله) داشته باشند. اهلیت برای معامله: در مورد صلح غیرمعوض که مالی به دیگری تملیک می‌شود، شخص مقابل می‌تواند سفیه یا صغیر ممیز باشد زیرا صرفاً نافع است یعنی سفیه و صغیر ممیز می‌تواند صلح بلاعوض را قبول کند اما صغیر ممیز و سفیه نمی‌توانند صلح بلاعوض را اقاله کنند زیرا صرفاً مُضِر است. اهلیت تصرف: صلح ورشکسته صحیح نیست (صلح محاباتی و تأدیۀ دین در قالب صلح قبل از ورشکستگی و بعد از توقف نیز باطل است). صلح نسبت به مال غیر در حکم معامله فضولی است. مورد صلح اگر در رهن دیگری باشد به صلح دادنش فضولی است.

ماده ۷۵۳ با ماده ۳۴۵ ارتباط دارد:

ماده ۷۵۳: برای صحت صلح، طرفین باید اهلیت معامله و [اختیار] تصرف در مورد صلح داشته باشند.

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.

نکته: طبق ماده ۷۵۴ هر صلحی درست است جز صلح بر امر غیر مشروع. ماده ۷۵۴ با ماده ۱۰ قانون مدنی ارتباط دارد (ماده ۱۰ ق.م. به «اصل آزادی قراردادهای» اشاره دارد) ولی ماده ۷۵۴ یک ماده فقهی است. منظور از عبارت «قانون» در ماده ۱۰ قانون مدنی «قانون امری» است نه «تکمیلی».

ماده ۷۵۴: هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد.

ماده ۱۰: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

جالب است که حقوقدانان هر جا نمی‌خواهند از قالب‌ها و چارچوب‌های عقود معین تبعیت نکنند به سمت ماده ۱۰ ق.م. می‌روند و فقها هر کجا بخواهند از قالب‌های عقود معین خارج شوند عقد صلح (سید العقود) را بنا می‌کنند.

۲. صلح در مورد معاملات: که نام دیگر آن «صلح در مقام معامله» یا «صلح بدوی» و «صلح ابتدائی» است.

صلح در مورد معامله عقدی است که به جای بعضی از اعمال حقوقی می‌آید و اثر همان عمل حقوقی را دارد ولی احکام خاص آن را ندارد^{۴۵}. بیع اثرش تملیک است و یک سری احکام خاص خود دارد؛ حال فرض کنید که دو نفر «بیع» را می‌خواهند و به عبارت بهتر، اثر بیع که همانا «تملیک» است را هم می‌خواهند ولی آن پنج حکم مخصوص بیع را نمی‌خواهند که راهش این است که به جای بیع، صلح با هم ببندند. یعنی بگویند «صلح در مقام بیع» که در واقع همان اثر بیع را دارد ولی پنج تا حکم خاص بیع را ندارد. باید توجه داشت که صلح به جای همه عقود نمی‌آید (مثلاً به جای نکاح نمی‌آید) اما مثلاً به جای بیع، معاوضه، اجاره، هبه، عاریه و ابراء می‌آید که اثر همان عقد (عقدی که به جای آن آمده) را دارد ولی احکام خاص آن عقد را ندارد. صلح عقد جایز را لازم می‌کند. مواد ۷۵۸، ۷۵۹ و ۷۶۰:

«صلح در مورد معامله» ممکن است معوض باشد یا مجانی، اما خاطرتان هست که «صلح در مورد دعوا» معوض بود. مثلاً بیع، «معوض» است؛ صلح به جای بیع بیاید «معوض» است. یا مثلاً می‌دانیم که هبه، «مجانی» است؛ صلح به جای هبه بیاید «مجانی» است.

پس نتیجه اینکه «صلح در مورد دعوا» همیشه معوض است، ولی «صلح در مورد معامله» بستگی دارد به عقدی که به جای آن می‌آید و می‌تواند معوض یا مجانی باشد.

^{۴۵} اصولاً صلح در مقام معاملات، نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده می‌دهد اما شرایط و احکام خاص آن معامله را ندارد؛ بنابراین اگر مورد، صلح عین در مقابل عوض (صلح در مقام بیع) باشد؛ نتیجه بیع را خواهد داشت اما شرایط و احکام خاص بیع را ندارد (حق شفعه در آن نیست؛ خيارات مختص بیع نیز در آن نیست) صلح در مقام اجاره‌های سال ۵۶، صلح در مقام بیع شرط و صلح در مقام نکاح، تابع شرایط و احکام خودشون هستند.

در ماده ۷۵۷ قانون مدنی جایز یعنی مجاز (صحیح)، نه جایزی که در مقابل لازم است. نتیجه اینکه صلح بلاعوض، عقدی لازم است.

ماده ۷۵۷: صلح بلاعوض نیز جائز (مجاز، صحیح) است. [عقد صلح اصولاً معوض است؛ صلح در مورد دعوا عقدی است معوض؛ صلح در مورد معاملات ممکن است معوض باشد یا غیر معوض یعنی بستگی به معامله‌ای دارد که صلح در مقام آن می‌آید؛ پس صلح در مقام عاریه، غیرمعوض است و صلح در مقام بیع، معوض. صلح عقد لازم است اگر چه در مقام عقود جایز اتفاق افتاده باشد]

ماده ۷۶۰ قانون مدنی مقرر داشته است که صلح، عقد لازم است که باید تصریح کرد این مقرر در مورد «صلح در مورد معاملات» است. این ماده با فسخ به خیار و به اقاله نیز به هم می‌خورد. توضیحاً اینکه «خیار»، مطلق است یعنی به هر خیار می‌تواند فسخ صورت پذیرد.

ماده ۷۶۰: صلح عقد لازم است اگر چه در مقام عقود جائزه واقع شده باشد و بر هم نمی‌خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله.

ماده ۷۶۱ قانون مدنی «صلح در مورد دعوا» را بحث نموده است و «قاطع» در این ماده یعنی «لازم». در این دو ماده منظور این است که «صلح در مورد دعوا» به دو شکل به هم می‌خورد:

۱. خیار شرط

۲. خیار تخلف از شرط

«صلح در مورد دعوا» با دیگر خیارها به هم نمی‌خورد و با اقاله نیز به هم نمی‌خورد.

ماده ۷۶۱: صلحی که در مورد تنازع یا مبنی به تسامح باشد قاطع بین طرفین است [یعنی لازم است] و هیچ یک نمی‌تواند آن را فسخ کند اگر چه به ادعای غبن باشد مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار.

ماده ۷۶۲ قانون مدنی در مورد «اشتباه» است. در صلح معمولاً و نه همیشه شخصیت طرف مهم است (به عبارت دیگر، اصولاً در صلح، شخصیت طرف، علت عمده است). می‌دانیم که افراد با هر کسی صلح نمی‌کند، پس اگر در شخص طرف اشتباه شود صلح باطل است. در خود موضوع معامله (وصف اساسی) هم اشتباه شود، باز صلح باطل است.

ماده ۷۶۲: اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است.

توضیحات مربوط به ماده ۷۶۵: ماده ۷۶۵ ق.م. دو قسمت دارد

قسمت اول: صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است.

فرض کنید یک معامله‌ای باطل است و طرفین فکر می‌کنند صحیح است؛ چون تصورشان این است که معامله صحیح است دارند تعهدات خود را اجرا می‌کنند؛ حالا فرض کنید در خصوص همین معامله دعوایشان می‌شود، فرض کنید که این دعوا را صلح می‌کنند (یا یک فرض دیگر: من با الف یک عقد می‌بندیم؛ من می‌گویم این عقد باطل است؛ الف می‌گوید صحیح است؛ با هم اختلاف داریم؛ در واقع نیز این عقد باطل بوده؛ آیا میتونیم راجع به این با هم صلح کنیم؟)؛ در اینجا می‌گوییم صلح، باطل است. عبارت «مبتنی» همان «مبنا» است و وقتی مبنا باطل است تمام کارهای بعدی نیز باطل است. یعنی معامله باطل است، دعوا باطل است و صلح هم باطل است. بند ۱ ماده ۷۶۵ از مصادیق ماده ۷۶۷ قانون مدنی است با این توضیح که ماده ۷۶۷ عام‌تر از قسمت اول ماده ۷۶۵ ق.م. است (بند اول ۷۶۵ خاص است و ماده ۷۶۷ عام است). یکی از مواردی که موضوع صلح باطل است همان معامله باطل است.

ماده ۷۶۵: صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است ولی صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است.

ماده ۷۶۷: اگر بعد از صلح معلوم گردد که موضوع صلح منتفی بوده است صلح باطل است.

قسمت دوم: صلح دعوی [آثار] ناشی از بطلان معامله صحیح است.

فرض کنید معامله‌ای باطل است و طرفین می‌دانند که معامله خودشان باطل است؛ در این صورت آگاه هستند که باید عوضین را پس بدهند؛ حال که چنین است و می‌دانند که باید عوضین را پس بدهند؛ می‌خواهند عوضین را پس بدهند که دعوایشان می‌شود مثلاً فرض کنید که یک طرف می‌گوید: «فلانی! تو کم دادی!» که حال این اختلاف یا دعوا را می‌آیند با هم صلح می‌کنند و اینجا ما می‌گوییم صلح، صحیح است. البته با این فرض که بر سر بطلان معامله اختلاف ندارند؛ همانطور که گفتیم یکی از این اختلافات، استرداد عوضین است. مثلاً عوضین مسترد شده اما شما می‌گویید عوض معیوب شده و یا ناقص شده و خلاصه بر سر عوضین اختلاف می‌شود.

مثال حالت اول: عقدی منعقد شده و این عقد، باطل است، خریدار می‌گوید باطل است اما فروشنده می‌گوید صحیح است یعنی در صحت و بطلان عقد باطل اختلاف است؛ این اختلاف، قابل صلح نیست زیرا عقد، باطل بوده و در مورد چیزی که باطل است نمی‌توان صلح کرد.

مثال حالت دوم: عقدی منعقد شده و در واقع باطل است و خریدار و فروشنده هر دو معتقدند که باطل است و می‌خواهند آثار باطل بودن این عقد را (عقدی که باطل است دارای برخی آثار است مانند برگرداندن عوضین، پرداخت خسارت و غیره) صلح کنند و این صحیح است.

نکته: در صلح، علم اجمالی کافی است زیرا مسامحه‌ای است.

امور غیر قابل صلح:

بطلان نکاح: مثلاً نکاح با محارم باطل است؛ آیا میشه رفت و این بطلان را صلح کرد؟ خیر.

طلاق باطل: طلاق باطل قابل صلح نیست.

احوال شخصیه و اهلیت و روابط خانوادگی قابل صلح نیست.

صلح بین دادستان و متهم مؤثر نیست مگر در مواردی که قانون اجازه داده است؛ مثل جرائم مالیاتی.

امور قابل صلح:

احوال شخصیه، اهلیت و روابط خانوادگی را نمی‌توان صلح کرد اما آثار مالی اینها را می‌شود صلح کرد.

سقوط دعوای مربوط به احوال شخصیه به صلح ممکن است.

طرفین می‌توانند درباره الزام انفاق به زوجه و خویشان صلح کنند ولی نباید در خصوص نفقه آینده این صلح، کمتر از هزینه‌های متعارف باشد به گونه‌ای که به سقوط حق نفقه منجر شود همچنین میزان نفقه نمی‌تواند دائمی باشد و تغییر هزینه زندگی و شرایط، دادگاه را مجاز به تجدیدنظر می‌کند.

صلح درباره حقوق خصوصی ناشی از جرم، بعد از وقوع جرم و ورود ضرر نافذ است و قبل از وقوع جرم، صلح امکان‌پذیر نیست زیرا موضوعی وجود ندارد.

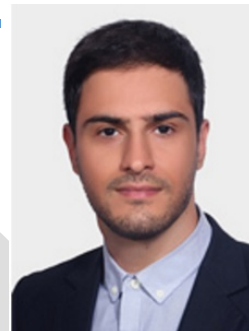
حقوق خصوصی که از جرم تولید می‌شود قابل صلح است؛ البته بعد از وقوع جرم.

انواع مال و حقوق هم قابل صلح است.

نکته: صلح اگر در مقام دعوا باشد مسامحه‌ای است و اگر در مقام معامله باشد چنانچه آن معامله، مسامحه‌ای باشد صلح نیز مسامحه‌ای است و چنانچه مغایره‌ای باشد صلح، مغایره‌ای است. اگر مطلق به شما سؤال دادند که صلح در مقام معامله، مسامحه‌ای است یا مغایره‌ای؟ باید بگویید مسامحه‌ای است.

یه توصیه مخلصانه: از بهترین راه‌های دستیابی به اهداف این است که انرژی‌مان را در بخشش به دیگران متمرکز کنیم. اگر می‌خواهیم اعتماد به نفس خودمان بیشتر شود، سعی کنیم اعتماد به نفس اطرافیان‌مان را بالا ببریم. اگر حس امیدواری و مثبت‌اندیشی می‌خواهیم باید در شخص دیگری این‌ها را القا کنیم و **اگر موفقیت را برای خودمان می‌خواهیم برای دیگران هم بخواهیم.** این «اثر دیگران» است بر زندگی ما! اثر موجی کمک به دیگران و بخشیدن سخاوت‌مندانه وقت و انرژی‌مان به آنها این است که خودمان بزرگ‌ترین ذینفع این «نوع دوستی» خواهیم بود. وقتی هم آموختیم یکی از تأثیرگذارترین بخش‌ها بر زندگی هر کس اطرافیانش می‌باشد، لذا با بهبود وضع اطرافیان در واقع زندگی خودمان را به سمت خوبی تغییر داده‌ایم. اثر دیگران یعنی اینکه اگر دوستم جزوه حقوق مدنی را خوانده است و از آن متأثر شده، آن را به من هدیه کند، **من به دیگری هدیه کنم یا با نوشتن مطلبی درباره این جزوه، دیگران را تشویق به خواندن آن کنم تا هم خودم لذت ببرم، هم جامعه و اطرافیانم هم موجی از لذت و تغییر مثبت را احساس کنند.** من متوجه شده‌ام بهترین راه برای به دست آوردن چیزهایی که در زندگی‌ام می‌خواهم این است که انرژی‌ام را روی بخشش به دیگران متمرکز کنم. اگر این جزوه به تو کمک کرده اوون رو برای پنج نفر بفرست؛ چون بدون تو حتی ممکن نبود آن را پیدا کند.

اگر در حین مطالعه با موارد سهو قلم و یا خطاهای انسانی دیگر که ما از آن غافل مانده‌ایم، مواجه شدید؛ از طریق ایمیل mollakarimi.omid@gmail.com با ما در میان بگذارید تا اصلاح نماییم.



امید ملاکریمی هستیم؛ به حواسِ پرتِ متولد دهه ۶۰ توو تهران! ارزشِ اصلی من در زندگی، کمک به دیگران و تأثیرگذاری بر زندگی آنهاست. به یادگیری و اشتراک‌گذاری آموخته‌هایم با دیگران علاقه‌ی زیادی دارم. البته همه تلاش‌م را می‌کنم تا روش‌هایی را که به افزایش کیفیت یادگیری کمک می‌کنند یاد بگیرم و بعد از افزودن تجربیات خودم، آنها را به دیگران هم انتقال بدهم. در حوزه آموزش و نویسندگی در رشته حقوق با روش «ساده‌نویسی» و «به کار بردن مثال‌های روان» متفاوتم! من به این جمله ایمان دارم: «اگر موفقیت بیشتری می‌خواهی باید به دیگران کمک کنی تا به موفقیت بیشتری دست یابند.»

اینستاگرام شخصی نویسنده: [omid_mollakarimi](https://www.instagram.com/omid_mollakarimi)

آخرین بروزرسانی بهمن ۹۸

داستان نویسنده: بعد از اینکه لیسانس رو گرفتیم مثل خیلی از دانش آموخته‌های حقوق وارد دوره کارشناسی ارشد شدیم؛ البته باید بگم که به کار ثابت هم داشتم که ماهانه به حقوق ثابت از اوون می‌گرفتم. رفته رفته به این نتیجه رسیدم که اگه بخوام اینجوری ادامه بدم دست آخر بعد از دریافت مدرک کارشناسی ارشد و یا حتی دکتری در بهترین حالت می‌خوام به کارمند سطح بالا توو به اداره بشم که نهایتاً به حقوق خوب دریافت کنم. شاید برای خیلی‌ها رسیدن به به حقوق کارمندی خوب نقطه اوج آرزوهاشون محسوب بشه اما من رسیدن به به حقوق ثابت خوب رو مطلوب نمی‌دیدم. همیشه دوست داشتم مثل قهرمانای این فیلما به آدمایی که توو موقعیت‌های بد قرار گرفتن کمک کنم و با کلی غرور و کمال رضایت از مفید بودن خودم به نفس عمیق بکشم و بگم «تونستم!». از این فیلما که بگذریم ذات زندگی آدمیزاد اینه که باید بجنگه و از «یه جا نشستن» یا همون «صبح به صبح کارت زدن توو به محیط اداری» فراری باشد. خلاصه اواخر اسفند ماه بود که تصمیم گرفتم عطای حقوق ثابت را به لقایش ببخشم و از اول فروردین شروع کنم به خوندن! البته این اشتیاق سوزان باید اول اول توو خود آدم ایجاد بشه و حتی اگه دوستان و اطرافیان با تمسخر بهت بگن: «تو که کار ثابت داری، می‌خوای بشینی و بخونی که چی!»، یا بگن: «صد و ده هزار تا شرکت می‌کنن و نهایتاً سه هزار تا ور می‌دارن و تو بدون سهمیه عمراً شانس نداری!» اطمینان داشتم که به موفقیت برسم اما با خودم عهد کردم که اول فروردین «بسمه‌الله» بگم و با همه توانم پیش برم؛ البته قبلش از خانواده‌ام خواستم که توو این مسیر کمکم کنن و این هشت ماه به کم توقع و انتظارشون رو از من کم کنن. من ریسک شیرین بلندپروازانه‌ای رو آغاز کرده بودم؛ خلاصش کنم برات: «با وجود تمام ترسی که از شکست داشتم، از تصمیم‌ام راضی بودم!». جمله یه بنده‌ی خدا اوومد توو ذهنم که می‌گفت اگر آرزوت اینه که به ماشین بخری، اول برو به جاسوییچی برای ماشینی که توو روایته تهیه کن و یقین داشته باش که به ماشینه می‌رسی! منم بدون معطلی، رفتم یک سنجاق سینه کوچولو که رووش آرم کانون رو داره و وکیل‌های کانون همیشه روی کت یا مانتوشون می‌زنن تهیه کردم. تا شروع کردم کمک‌های خدا رو دیدم که یکی یکی برام می‌اومد. مثلاً با مسوول یه کتابخونه صحبت کردم و با وجود اینکه ساعت کار اوونجا تا ۶ بعد از ظهر بود بهم گفت: می‌تونی با نگرهبان مجموعه هماهنگ کنی و تا ۱۱ شب هم از کتابخونه استفاده کنی! خلاصه اینکه ایمان داشتم اگر امروز زحمت بکشم فردا از نتیجه و میوه شیرین اوون زحمات بهره‌مند می‌شم؛ به فرموده قرآن: «فان مع العسر، یُسرا». خوشحالم از اینکه که امروز که این متن رو نوشتم در وضعیتی هستیم که در تمامی آزمون‌های حقوقی (وکالت، قضاوت، ارشد، دکتری) قبول شدم و به عضویت «هیأت علمی» رسیدم و می‌خوام متنم رو با یه جمله تموم کنم: «تووی سکوت تلاش کن و اجازه بده صدای موفقیت همه جا پییچه!»

چشم‌انتظار خواندن داستان موفقیت‌تان هستیم. به امید موفقیت تو؛ امید ملاکریمی (پایان گفتار ما: حمد و سپاس مخصوص پروردگار جهانیان است.)

Telegram Channel: [@OmidMollakarimi](https://t.me/OmidMollakarimi) E-mail: mollakarimi.omid@gmail.com Instagram: [@vekalatyar](https://www.instagram.com/vekalatyar) web: mollakarimi.ir

به شماره همراه ۰۹۳۵۲۲۱۳۱۷۵ نام، نام خانوادگی و ایمیل‌تان را پیامک یا واتس‌آپ کنید و جزوات ارزنده‌ای را از ما دریافت کنید.