

برگزیده مواد 183 تا 218 قانون مدنی

از کتاب دکتر فرهاد بیات

مشرشده دروسایت حقوقی حق جو



جهت ورود به سایت حق جو **کلیک** کنید



حق جو را در اینستاگرام

فالو کنید

اینجا

قسمت دوم: در عقود و معاملات و الزامات

باب اول: در عقود و تعهدات به طور کلی

ماده ۱۸۳: تعریف عقد

عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.

۱. تعهد مصدر باب تَفَعَّلَ از ریشه «عهد» است و در لغت به معنی برعهده گرفتن، خود را مدیون کردن و عهد و پیمان بستن است و از لحاظ اصطلاحی رابطه‌ای است حقوقی که به موجب آن شخص در برابر دیگری ملزم به امری می‌باشد.

۲. رابطه عقد و تعهد، رابطه علت و معلول است به این معنا که تعهد یکی از آثار عقد است.

۳. معمولاً دین ناشی از عقد (رابطه قراردادی) را «تعهد» و دین ناشی از حکم قانونی (رابطه غیر قراردادی) را «الزام» می‌نامند، اما قانون مدنی پایبندی به این تفکیک نداشته و گاه هر دو را به یک معنا به کار برده است؛ چنانکه مبحث سقوط تعهدات، صرفاً به دیون قراردادی اختصاص ندارد (م ۲۶۴).

۴. در حقوق روم، جنبه منفی تعهد (Obligation) را «دین» و جنبه مثبت آن را «طلب» می‌گویند.

۵. تعهد در معنای مضیق خود، به معنای «دین» است.

۶. تعهد به معنای خاص، منصرف به تعهد مالی است ولی در معنای عام مشتمل بر تعهد مالی و غیر مالی است؛ همچنین گاه به تعهد مالی «دین» و به تعهد غیرمالی «تکلیف» گفته می‌شود.

۷. تعهد به معنای دقیق و خاص خود، اثر عقد است اما گاه در معنای «پیمان و عقد» به کار می‌رود؛ چنانکه ماده ۵۶۵ مقرر می‌دارد: جعاله «تعهدی» است جایز.

۸. ارکان تعهد:

۱- طرفین تعهد: دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی تحت عنوان متعهد یا متعهدله.

۲- موضوع تعهد (متعهدبه): اعم از انجام کار^۱ (فعل) که ممکن است مادی (مانند تعهد به ساخت آپارتمان) یا حقوقی (مانند تعهد به فروش) باشد و یا خودداری از انجام کار (ترک فعل) که ممکن است مادی (مانند تعهد به عدم اشتغال به شغل پر سروصدا) یا حقوقی (مانند تعهد به عدم انتقال عین مستأجره) باشد.

۱- برخلاف آنچه شهرت یافته است، به نظر می‌رسد که «انتقال مال» از مصادیق انجام کار است و نباید آن را قسم سوم موضوع تعهد تلقی نمود زیرا اقسام یک مقسم باید قسم هم باشند یعنی رابطه آن‌ها باید تباین باشد در حالیکه رابطه انجام کار و انتقال مال، عموم و خصوص مطلق است.

- ۳- **رابطه حقوقی:** رابطه‌ای که به موجب آن متعهدله می‌تواند الزام متعهد را به ایفاء تعهد خود، درخواست کند. در حقیقت این رابطه، رابطه‌ای است که از ضمانت اجرا برخوردار است و طلبکار به واسطه تسلطی که بر اموال بدهکار پیدا می‌کند، می‌تواند با استفاده از دارایی او، وسایل اجرای تعهد را فراهم کند (کاتوزیان (۲۳)، ص ۲).
۹. تفاوت تعهدات حقوقی با تعهدات اخلاقی و دینی، وجود ضمانت اجرای قانونی در تعهدات حقوقی است.
۱۰. «تعهد طبیعی»، ما بین تعهد حقوقی و اخلاقی قرار دارد، زیرا متعهدله همانند تعهد اخلاقی، امکان الزام متعهد را ندارد، اما اگر متعهد به میل خود، آن را ایفاء نماید، امکان استرداد آن، همچون تعهدات حقوقی وجود نخواهد داشت (ر.ک. ماده ۲۶۶ ق.م.؛ مانند نفقه گذشته اقارب (قسمت اخیر ماده ۲۰۶ ق.م.)).
۱۱. در خصوص تعهد، دو نظریه عمده وجود دارد: «نظریه شخصی» که بر طرفین رابطه حقوقی تأکید دارد و بنا بر این نظر، آنچه به تعهد، چهره شخصی می‌دهد و آن را از حق عینی متمایز می‌کند این است که اجرای تعهد، اصولاً جز از طریق مدیون ممکن نیست و طلبکار حق مستقیمی بر مال معینی از بدهکار ندارد؛ در مقابل «نظریه نوعی یا مادی یا موضوعی» بر موضوع تعهد (متعهد به) تأکید دارد و بنا بر این نظر، آنچه موضوعیت دارد اجرای تعهد است و اجرا توسط متعهد اصولاً طریقت دارد؛ در حقوق کنونی تعهد هر دو چهره را داراست زیرا از یک سو تعهد ارزش مالی داشته و جزو دارایی طلبکار است (نظریه نوعی) و از سوی دیگر رابطه دینی فقط بین دو شخص قابل تصور است (نظریه شخصی) (کاتوزیان (۲۴)، صص ۲۷-۳۵)؛ بحث مطروحه صرفاً جنبه نظری ندارد. به عنوان مثال: صحت انتقال دین و طلب در نظام حقوق ما از نتایج عملی پذیرش نظریه نوعی تعهد است زیرا اصولاً آنچه مهم است اجرای تعهد است و اجرای آن توسط چه شخصی و یا به نفع چه کسی اصولاً اهمیت ندارد بنابراین می‌توان موضوع تعهد را اصولاً منتقل نمود (مواد ۲۶۷ و ۲۶۸ و ۶۸۴ ق.م.).
۱۲. واژه مدیون با مسئول پرداخت در معنای خاص، متفاوت است مسئول کسی است که پس از پرداخت دین به طلبکار، می‌تواند به مدیون مراجعه نماید ولی مدیون، مسئول نهایی بوده و پس از پرداخت حق مراجعه به شخصی را ندارد.^۱ مانند متعهدین یک سفته که صادر کننده در آن مدیون و سایر متعهدین (ضامن یا ظهرنویس)، مسئول پرداخت تلقی می‌گردند.

۱- در نظریه وحدت تعهد با یک رابطه حقوقی مواجه هستیم، اما در نظریه ثنویت با دو رابطه حقوقی؛ در واقع در نظریه ثنویت تعهد، تعهد دارای دو عنصر مجزا است: (۱) عنصر اول، شود (*Schuld*) یا دلی توم (*Delitum*) که به معنای تکلیف متعهد در اجرای «متعهد به» است و عنصر دوم، هافتونگ (*Haftung*) یا ابلیگاسیون (*Obligation*) که عبارت است از «ضمانت اجرایی»

۱۳. منظور از منبع تعهد، آن امری است که سبب ایجاد تعهد می‌گردد.
۱۴. منشأ و اسباب ایجاد تعهد به طور سنتی به تقلید از قانون ناپلئون، عبارتند از:
- عقد؛
 - شبه عقد؛
 - جرم؛
 - شبه جرم؛
 - قانون.
۱۵. در گذشته، عقد، مهمترین منبع ایجاد تعهد بوده، ولی امروزه «قانون» مهمترین منبع محسوب می‌شود، زیرا امروز بیشتر تعهدات را قانون بر اشخاص تحمیل می‌کند (کاتوزیان (۲۳)، ص ۴).
۱۶. «شبه عقد»، عمل ارادی و مشروعی است که بدون توافق اشخاص ایجاد تعهد می‌کند.
۱۷. در شبه عقد، اگر اصل عمل هم ارادی باشد، ایجاد تعهد را نباید ناشی از اراده دو طرف دانست، زیرا هدف مرتکب آن، ایجاد تعهد نبوده و این «قانون» است که تعهد را بر او تحمیل می‌کند (کاتوزیان (۲۳)، ص ۵).
۱۸. از نمونه‌های شبه عقد می‌توان به ایفاء ناروا (مواد ۳۰۱ الی ۳۰۵ ق.م)، استفاده بلاجهت و اداره مال غیر (م ۳۰۶ ق.م) اشاره کرد؛ در مثالهای فوق، ایفاء ناروا به عقد ودیعه یا عاریه و اداره مال غیر، به عقد وکالت تشبیه شده است.
۱۹. جرم، عمل نامشروعی است که مرتکب به عمد و به قصد اضرار به دیگری، انجام می‌دهد، صرف نظر از آنکه، به لحاظ قوانین کیفری جرم محسوب شود یا خیر (ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه)؛ مانند اتلاف عمدی.
۲۰. شبه جرم، عمل نامشروعی است که شخص در اثر بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی مرتکب آن شده است (م. ۱۳۸۳ ق.م. فرانسه)؛ مانند تسبیب^۱.
۲۱. در تفاوت جرم و شبه جرم می‌توان گفت که مرتکب در جرم هم قصد فعل دارد و هم قصد نتیجه، اما در شبه جرم، مرتکب تنها قصد فعل دارد.
۲۲. فایده تمییز میان جرم و شبه جرم در این است که شخص می‌تواند آثار بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی خود را در شبه جرم بیمه کند اما بیمه کردن مسئولیت‌های عمدی، امکان ندارد و شرط عدم

که متعهدله می‌تواند حق خود را به موجب آن استیفاء نماید. فایده عملی این تفکیک این است که گاه با تعهداتی مواجه می‌شویم که فاقد ضمانت اجرا هستند، مثل تعهد طبیعی یا برعکس، با تعهداتی مواجه می‌شویم که ضمانت اجرا دارند، بی‌آنکه الزام شونده، شخصاً مدیون باشد مثل ضامن چک، که در آن، دین اصلی متعلق به صادرکننده می‌باشد (درویدیان (۲۵)، ص ۸).

۱- با توجه به تعریف جرم و شبه جرم به نظر می‌رسد که «اتلاف غیرعمدی و بدون تقصیر» در هیچکدام از این دو دسته قرار نمی‌گیرد علی‌رغم اینکه طبق قانون مدنی از اسباب مسئولیت مدنی محسوب می‌شود (کاتوزیان (۲۳)، ص ۶).

- مسئولیت در تقصیرهای عمدی نیز بی‌اثر است. با وجود این تفاوت‌ها، اکثر حقوقدانان این تفاوت را ناچیز دانسته و این دو مفهوم را تحت عنوان «اعمال نامشروع» ادغام می‌کنند (کاتوزیان (۲۳)، ص ۵).
۲۳. الزامی که مستند به هیچ یک از اسباب چهارگانه اخیر الذکر (ر.ک. ش ۱۴) نیست، تعهد ناشی از قانون نامیده می‌شود، مانند تعهدات مالکان املاک مجاور در برابر یکدیگر (م.ق.م ۱۳۲م) و تعهدات مربوط به ولایت قهری و نفقه اقارب (م ۱۱۹۵ به بعد قانون مدنی).
۲۴. در تعهدات قراردادی و یا در الزامات ناشی از جرم و شبه جرم، به حرکت درآمدن روند اجرای قانون مستلزم انعقاد یک عقد و یا ارتکاب عملی نامشروع، از سوی اشخاص است، در حالیکه در تعهدات قانونی، به حرکت افتادن روند اجرای قانون نیازی به اعلام اراده و یا انجام عملی از طرف شخص متعهد ندارد (کاتوزیان (۲۳)، ص ۵).
۲۵. قانون، منبع اصلی تمام تعهدها و الزامها است و مقصود از تقسیم اسباب تعهد، طبقه بندی اموری است که قانون آنها را سبب ایجاد دین قرار داده است (کاتوزیان (۲۳)، ص ۶)؛ در واقع اگر عقد منبع تعهد است، به این خاطر است که قانون چنین نیرو و قدرتی را به عقد اعطا کرده است (م ۲۱۹ ق.م).
۲۶. قانون مدنی، اسباب ایجاد تعهد را به دو گروه تقسیم کرده است:
- تعهدات ناشی از قرارداد (م ۱۱۸۳ الی ۳۰۰ ق.م)؛
 - الزامات خارج از قرارداد (م ۳۰۱ تا ۳۳۷ ق.م).
- در واقع تقسیم بندی قانون مدنی با تقسیم منابع تعهد به وقایع حقوقی و اعمال حقوقی بسیار نزدیک است، با این تفاوت که قانونگذار در ذیل اعمال حقوقی سخنی از ایقاع به میان نیاورده است.
۲۷. «الزام» (از باب افعال) به معنای تکلیف حقوقی است که بر ذمه فرد قرار می‌گیرد و «التزام» (از باب افتعال) به معنای پذیرش ارادی تعهد است.
۲۸. عقد عبارت است از توافق دو یا چند انشاء متقابل به قصد ایجاد ماهیت حقوقی.
۲۹. از نظر حقوقدانان مکتب فردی، توافق عبارت است از هماهنگی خواست و اراده «واقعی» طرفین، درحالی که حقوقدانان مکتب اجتماعی، انطباق اراده «ظاهری» را برای حصول توافق کافی می‌دانند.
۳۰. انواع ماهیت امور (شهبیدی (۲۶)، صص ۳۱-۳۳):
- واقعی یا مادی یا عینی: امری که با یکی از حواس ظاهری درک می‌شود و فضایی را اشغال می‌کند مثل خودرو؛
 - انتزاعی: امری که وجود مادی و عینی ندارد ولی از تطبیق و مقایسه امور واقعی توسط ذهن، انتزاع و استخراج می‌شود، مثل بلندی و کوتاهی؛
 - اعتباری: امری که قابل لمس نیست و واقعیت و عینیت ندارد و از امور واقعی هم انتزاع نمی‌شود بلکه مخلوق ذهن انسان است و اراده انسان به آن اعتبار می‌بخشد. مانند: مالکیت یا قرارداد.

۳۱. انتقادات وارد بر تعریف عقد در ماده ۱۸۳ ق.م:

- شامل عقود تملیکی مانند بیع نمی‌شود، مگر آنکه گفته شود، تملیک نیز تعهدی است که پس از ایجاد، بی‌درنگ حاصل می‌شود. یا اینکه تعهد را به معنای عام، یعنی «عهد و پیمان بستن» در نظر بگیریم که در این صورت با اثر تملیکی عقد تعارض نخواهد داشت؛
- تنها از تعهد یکی از طرفین صحبت کرده است و بدین ترتیب عقد تعهدی را در بر نمی‌گیرد و فقط شامل عقد یک تعهدی می‌شود؛
- تنها عقود مجانی را در بر می‌گیرد و عقد معوض از شمول آن خارج است؛
- اثر عقد را تنها ایجاد تعهد دانسته، در حالیکه عقد می‌تواند سبب تملیک مال، انتقال و سقوط تعهد، ایجاد شخصیت حقوقی، اتحاد، شرکت، اباحه، زواج و ... گردد؛
- استفاده از واژه «شخص» به جای نفر ارجحیت دارد، چرا که نفر ظهور در شخص حقیقی دارد، در حالیکه طرف عقد می‌تواند شخص حقوقی باشد.

۳۲. با توجه به تعریف م ۱۸۳ شروط تحقق عقد عبارت است از:

- توافق دو یا چند اراده متقابل که نماینده دو نفع گوناگون باشد. برای نمونه، در فرضی که مدیران شرکت یا متولیان وقف برای رسیدن به هدف مشترک با هم توافق می‌کنند، هر چند هدف، ایجاد اثر حقوقی است اما به تصمیم آنان عقد گفته نمی‌شود، به ویژه درجایی که نظر اکثریت مناط اعتبار است و بر اقلیت تحمیل می‌شود (کاتوزیان (۲۳)، ص. ۱۸)؛ همچنین است در جایی که مبیع معیوب و خریداران متعدد هستند در این فرض اگرچه اعمال حق فسخ منوط به اتفاق نظر خریداران است (م ۴۲۲) اما تعدد اراده در اعمال حق فسخ ماهیت آن را از ایقاع به عقد تبدیل نمی‌کند زیرا بین اراده‌ها، رابطه «تقابل» وجود ندارد (شهیدی (۲۶)، ص ۴۸).
- محصول مشترک دو اراده باشد، یعنی توافق دو انشاء باید سبب ایجاد اثر حقوقی باشد، نه شرط بقای آن، به همین دلیل وصیت عهدی، عقد محسوب نمی‌شود، چون اراده وصی تنها در بقای آن موثر است و اگر وی وصیت را در زمان حیات رد نکند، وصیت بدون اعلام قبول از سوی او نیز صحیح تلقی می‌گردد؛
- جنبه انشایی داشته باشد (یعنی موجد اثر حقوقی باشد)، نه اخباری؛ ماده ۱۹۱ ق.م که مقرر می‌دارد «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء ...»، ناظر بر همین شرط است؛
- نتیجه و منظور از توافق ایجاد تعهد باشد، نه وعده دوستانه و اخلاقی؛ به عبارت دیگر تراضی آمیخته به التزام باشد. تعبیر فقها از عقد به «عقد مؤکد» هم، مفید همین معنا است

(کاتوزیان (۲۳)، ص ۱۶)؛ بنابراین توافق عام تر از عقد است و هر توافقی عقد محسوب نمی‌شود (عموم و خصوص مطلق).

۳۳. اگر بر اساس ظاهر ماده ۱۸۳، اثر عقد را تنها ایجاد تعهد بدانیم، رابطه عقد و قرارداد، عموم و خصوص مطلق خواهد بود، یعنی هر عقدی یک قرارداد است ولی هر قراردادی، عقد محسوب نخواهد شد، ولی باید دانست که از یک سو اثر عقد تنها ایجاد تعهد نیست و از سوی دیگر از نظر قانون مدنی تفاوتی میان این دو واژه نیست و می‌توان این دو را به جای یکدیگر به کار برد. ماده ۲۱۹ ق.م که به جای واژه قرارداد از عقد استفاده کرده است موید همین مطلب است.

۳۴. برخی از حقوقدانان واژه عقد به معنای خاص را ناظر بر توافقات شایع و با احکام ویژه دانسته‌اند (عقود معین) و قرارداد را ناظر بر سایر توافقات (شهادی (۲۶)، صص ۴۰-۴۲) اما با توجه به توضیح فوق (ش ۳۳)، تفاوتی میان این دو واژه نیست و عنوان باب سوم (مواد ۳۳۸ الی ۸۰۷ ق.م) در عقود معینه مختلفه، به این معناست که واژه عقد به تنهایی مفید چنین معنایی نیست.

۳۵. معامله در معنای اعم (در فقه)، در مقابل عبادات استفاده می‌شود. منظور از عبادات اعمالی است که قصد قربت شرط صحت آن‌ها است (مانند نماز) و در مقابل، در معاملات چنین امری شرط نیست؛ معامله در معنای عام مترادف عمل حقوقی (عقد و ایقاع) است (م ۲۲۳) و در معنای خاص معامله مترادف عقد و قرارداد است (ماده ۱۸۴) و در معنای اخص، منصرف به عقود مالی است و عقود غیرمالی (مانند نکاح) را در بر نمی‌گیرد.

۳۶. تعیین اجاره بها یا ثمن معامله توسط یک قاعده امری، آن اجاره یا بیع را از دایره عقود خارج نمی‌کند (کاتوزیان (۲۳)، ص ۱۷)؛ مانند قیمت فروش بنزین در جایگاه‌های سوخت یا قیمت نان.

۳۷. اسباب ایجاد اثر حقوقی را به دو دسته تقسیم می‌کنند (شهادی (۲۶)، ص ۴۵):

● اعمال حقوقی که عبارت است از انشاء (ایجاد) یک ماهیت اعتباری به اراده انسان؛ این ماهیت اعتباری، هرگاه با دو یا چند انشاء متقابل صورت گیرد، عقد نامیده می‌شود و آن که با یک انشاء تحقق می‌پذیرد، ایقاع^۱ است ولی وصف مشترک هر دو این است که جزء امور اعتباری هستند در مقابل واقعه حقوقی که امری مادی است؛

● وقایع حقوقی عبارت است از رویدادهای مادی که اثر حقوقی آن، نتیجه اراده شخص نیست و به حکم قانون ایجاد می‌شود؛ اعم از اینکه ایجاد واقعه، ارادی باشد مثل غصب و اتلاف مال غیر یا غیرارادی (طبیعی)، مثل مرگ و یا تولد شخص.

۳۸. عقد از لحاظ طبیعت اثر حقوقی:

- تملیکی: مثل بیع، معاوضه، اجاره، قرض، هبه، وصیت تملیکی؛
- عهده‌ای: مثل جعاله، ضمان، حواله، کفالت، تبدیل تعهد و نامزدی.

۱- ایقاع از باب افعال، به معنی واقع ساختن و تحقق بخشیدن است (شهادی (۲۶)، ص ۴۲) و انشاء کننده ایقاع را «موقع» می‌نامند.

- اذنی: مثل ودیعه، عاریه، وکالت.
- ۳۹. ایقاع، منبعی است استثنایی و ارزش آن منوط به اذن قانونگذار است، در واقع بر خلاف عقد که به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، به عنوان یک اصل کلی در ایجاد اثر حقوقی پذیرفته شده است ایجاد اثر حقوقی یک طرفه، منوط به تصریح مقنن است (صفایی(۲۲)، ص ۲۱ و کاتوزیان (۲۳)، صص ۷-۹؛ ن.خ: لنگرودی(۲۷)، ش ۳۹۹).
- ۴۰. انواع ایقاع عبارت‌اند از:
 - ایقاع معین: ایقاعی که در قانون نام و احکام خاص دارد. مثل طلاق، اخذ به شفعه و وصیت عهدی.
 - ایقاع نیمه معین یا شبه معین: ایقاعی که در قانون عنوان خاص دارد ولی احکام آن را باید با استفاده از قواعد عمومی استخراج کرد. مثل: اذن در نهادن سرتیر یا اجازه معامله فضولی؛
 - ایقاع نامعین: ایقاعی که در قانون نام و احکام ویژه‌ای ندارد و چنین ایقاعی الزام‌آور نیست.
- ۴۱. از جهتی دیگر، ایقاع بر دو قسم است:
 - الف) یکطرفه، از قبیل: احیاء اراضی موات، حیات مباحات، تحجیر و اعراض از ملک.
 - ب) دو طرفه (اثر ایقاع علاوه بر موقع، متوجه طرف ایقاع هم می‌شود)، از قبیل: نصب متولی و وصی، فسخ عقد، ابراء، اخذ به شفعه، وصیت عهدی، طلاق، رجوع، اذن و فرزندخواندگی.
- ۴۲. اراده یک شخص ممکن است، سبب تملک حقوق عینی شود، مثل اخذ به شفعه (م. ۸۰۸) و یا مالی را از ملکیت شخص خارج کند، مثل اعراض یا آن که عقد غیر نافذ را معتبر سازد، مثل اجازه مالک در معامله فضولی (م ۲۴۸ ق. م) و یا آن که حق دینی را ساقط کند، مثل ابراء (م ۲۸۹ ق. م) یا سبب ایجاد تعهد گردد مثل وصیت عهدی.
- ۴۳. منظور از «تعهد به نتیجه یا تعهد معین یا مشخص»، مواردی است که موضوع تعهد، معین بوده و حصول نتیجه عرفاً در اختیار متعهد است، مثل تعهد متصدی حمل و نقل در قانون تجارت (م. ۳۸۶ ق. ت.)؛ در مقابل، «تعهد به وسیله یا تعهد کلی یا تعهد به احتیاط و مراقبت»، مواردی است که شخص فقط می‌تواند خود را متعهد نماید که تمام تلاش و کوشش خویش را برای رسیدن به مقصود انجام دهد، مثل تعهد وکیل یا پزشک.
- ۴۴. فایده عملی تفکیک میان تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله، در زمینه «بار اثبات دعوی» است، بدین نحو که در تعهد به نتیجه، مسئولیت بر دوش متعهد است، مگر اثبات کند که عدم اجرای تعهد منتسب به او نبوده (قوه قاهره)^۱ در حالیکه در تعهد به وسیله، بار اثبات مسئولیت بر دوش متعهدله است، به عبارت دیگر متعهد مسئول نیست، مگر اینکه متعهدله تقصیر وی را اثبات کند.

۱- البته در جایی که موضوع تعهد، ترک فعل است، اثبات عهدشکنی با متعهدله است اگرچه تعهد متعهد، تعهد به نتیجه محسوب میشود زیرا اصل عدم به نفع متعهد است؛ به عبارت دیگر، متعهدله باید «امر وجودی» یعنی نقض عهد را اثبات نماید.

۴۵. به نتیجه یا به وسیله بودن تعهد، تابع توافق طرفین است و در فرض سکوت تابع عرف؛ در صورت تردید، اصل بر «تعهد به نتیجه» است.

۴۶. قلمرو تفکیک تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله، تنها در تعهداتی است که موضوع آن انجام یک فعل باشد، در غیر این صورت، تعهد به خودداری از انجام یک فعل یا تعهد به انتقال مال، همواره تعهد به نتیجه محسوب می‌شود.

۴۷. تعهد تقسیم می‌شود به:

- تعهد پولی که عبارت است از انتقال مالکیت مبلغی پول به صورت کلی مافی‌الذمه؛
- تعهد غیر پولی که عبارت است از کلیه تعهداتی که موضوع آن انتقال مالکیت پول نباشد که عبارتند از، تعهد به انتقال مالکیت اموال یا انجام کار و یا عدم انجام کار.

۴۸. فایده عملی تفکیک فوق در این است که اولاً، به لحاظ اقتصادی، تورم و کاهش ارزش پول در تعهدات پولی موثر است (مثل مهریه‌ای که وجه نقد است)؛ ثانیاً به لحاظ حقوقی، اجرای اجباری و قهری در تعهدات پولی امکان‌پذیر است اما در تعهدات غیر پولی همواره این امکان وجود ندارد، مثلاً در انتقال مالکیت، اجرای قهری امکان‌پذیر است اما در تعهد به انجام و یا عدم انجام کار، این امر میسر نیست ثالثاً در خسارت پولی، اثبات ضرر لازم نیست.

فصل اول: در اقسام عقود و معاملات

ماده ۱۸۴: اقسام عقد

عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جایز، خیاری، منجّز و معلق.

۱. علاوه بر تقسیمات فوق^۱، تقسیم عقد به صور ذیل به طور ضمنی در قانون مدنی آمده است: معوض و مجانی؛ معین و غیرمعین؛ تملیکی و عهدی؛ رضایی و عینی و تشریفاتی؛ فوری و تدریجی؛ محقق و احتمالی؛ اصلی و تبعی؛ مغاینه‌ای و مسامحه‌ای؛ مطلق و مشروط، معاوضات و مشارکات.
۲. تقسیم عقد به فردی و جمعی، الحاقی و تراضی آزادانه نیز خارج از قانون مدنی مطرح شده است.

۱- مقنن، مبنای تقسیم‌بندی خویش را بیان نکرده و همه را در کنار هم بیان کرده است؛ حال آنکه اولاً عقد لازم و جایز و خیاری در یک گروه و منجر و معلق در گروه دیگر قراردارند و از سوی دیگر قراردادن عقد خیاری در کنار عقد لازم و جایز صحیح نیست زیرا عقد خیاری از اقسام عقد لازم است؛ به عبارت دیگر عقد لازم خود بر دو قسم است: قطعی و خیاری؛ بنابراین رابطه عقد لازم و خیاری عموم خصوص مطلق است در حالیکه اقسام یک مقسم باید قسیم هم باشند یعنی رابطه آن‌ها باید تباین باشد؛ بنابراین باید گفت عقد به لحاظ «قابلیت انحلال» به عقد لازم و جایز و به لحاظ «کیفیت انشاء» به عقد منجر و معلق تقسیم می‌شود.



۳. تقسیم عقد به لحاظ «مورد معامله»: عقد معوض، عقدی است که بر حسب طبیعت خود، دارای دو مورد (موضوع) می‌باشد، هر یک از طرفین در برابر مالی که می‌دهد یا تعهدی که بر عهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری را برای خود تحصیل می‌کند مانند بیع؛ در مقابل عقد مجانی، عقدی است که بنا به ماده ۱۸۳ ق.م.، یک یا چند نفر بر اساس آن در مقابل یک یا چند نفر دیگر متعهد به امری می‌شوند یا مالی را مجاناً به دیگری تملیک می‌کنند، بدون آنکه برای شخص یا اشخاص اخیر، التزامی ایجاد شود؛ البته برخی از عقود ذاتاً نه معوض هستند و نه مجانی مانند صلح (ماده ۷۵۸) یا حبس (ماده ۴۷) یا وکالت (ماده ۶۵۹).

۴. تفاوت‌های موجود میان عقود معوض و مجانی عبارت‌اند از:

- قابلیت تجاری عقود معوض؛
 - اثرگذاری اشتباه در شخصیت طرف معامله در صحت عقد مجانی (م. ۲۰۱ ق.م)؛
 - اعمال برخی محدودیتها از سوی قانونگذار بنا به مصالح و منافع خانواده در عقود مجانی، مانند عدم نفوذ وصیت تملیکی زاید بر ثلث (م. ۸۴۳ ق.م)؛
 - وضع مالیات بیشتر در عقود مجانی؛
 - وجود حق حبس در عقود معوض (وحدت ملاک از ماده ۳۷۷ ق.م)؛
 - وجود خیار غبن و تَبْعُصِ صَفْهه در عقود معوض؛
 - ضرورت اهلیت کامل در عقود معوض؛
 - عدم ضرورت قبض در اکثر عقود معوض.
۵. تفاوت ارزش دو عوض، مانع از معوض شناختن عقد نیست، مگر آنکه عوض چنان ناچیز و کم بها باشد که عرف آن را نادیده گرفته و ظن و گمان صوری بودن عقد معوض ایجاد شود. مانند فروش یک ملک به یک شاخه نبات (کاتوزیان (۲۳)، ص. ۲۸) در این صورت باید عقد را مجانی محسوب نمود (کاتوزیان (۱۱)، ص. ۱۱۵).
۶. درج شرط عوض در عقد مجانی اصولاً صحیح است (مگر در عقد وقف، ماده ۷۲) گنجاندن شرط عوض، تأثیری در ماهیت عقد مجانی نداشته و آن را به عقد معوض تبدیل نمی‌کند. چرا که این شرط جنبه فرعی داشته و در برابر مورد اصلی معامله قرار نمی‌گیرد (م. ۸۰۱ ق.م).
۷. تفاوت میان عقد معوض و عقد مجانی با شرط عوض (معوض ناقص) عبارت است از:
- هرگاه یکی از عوضین فاقد شرایط اساسی صحت باشد، عقد معوض باطل است (م. ۲۱۵ ق.م)
 - اما در عقد مجانی، فساد شرط به عقد تسری نیافته و تنها شرط باطل می‌باشد (م. ۲۳۲ ق.م)؛
 - تخلف از شرط در عقد مجانی، امری فرعی است و موجب حق حبس نمی‌باشد؛

• در عقد معوض تملیکی که عوض عین معین است، فقدان عوض حین انعقاد، موجب بطلان عقد است (م. ۳۶۱ ق.م) ولی در عقد مجانی، این امر تنها موجب حق فسخ برای مشروط له است (م. ۲۴۰ ق.م).

۸. تقسیم عقد به لحاظ ذکر نام و احکام آن‌ها در قوانین: عقد معین (عقد بانام)، عقدی است که در قانون (اعم از قانون مدنی و غیره) عنوان خاص دارد و قانونگذار به جهت اهمیت و رواج آن، احکام آن را معین کرده است، نظیر بیع، اجاره، بیمه، کار یا حمل و نقل؛ ولی عقد نامعین (عقد بی‌نام)، عقدی است که در قانون عنوان خاصی ندارد و احکام آن تابع قواعد عمومی قراردادها است. مثل قرارداد مربوط به تالیف کتاب؛ گاه با عقود مواجه می‌شویم که نام آن‌ها در قانون بیان شده ولی احکام آن‌ها چندان تشریح نشده است که به این دسته از عقود «شبه معین» گفته می‌شود مانند گروبندی (ماده ۶۵۵).

۹. فایده تفکیک تقسیم عقود به معین و نامعین عبارت است از:

• امکان پرکردن خلاءهای قراردادی و تکمیل اراده متعاقدين با قواعد تکمیلی پیش‌بینی شده در عقود معین؛

• وجود قواعد آمره (مثل بطلان رهن دین، م. ۷۷۴ ق.م) یا ویژه در برخی عقود معین (مثل حق شفعه در بیع).

۱۰. نامی که متعاقدين برای عقد انتخاب می‌کنند، تاثیری در ماهیت عقد ندارد و قاضی است که با بررسی ماهیت توافق، نام واقعی آن را احراز می‌کند (ن.م: کاتوزیان (۲۳)، ص. ۳۰).

۱۱. هدف از انشاء ماده ۱۰ قانون مدنی، محترم شمردن اراده طرفین در فرض سکوت قانون است (اصل آزادی قراردادها) از این رو قلمرو این ماده محدود به عقود بی‌نام نبوده و در عقود معین نیز مجری می‌باشد.

۱۲. نمی‌توان مالی را مجاناً به کسی تملیک کرد و به بهانه اینکه مقصود از این تملیک، قرارداد ویژه‌ای است، به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی از اجرای مقررات خاص هبه سرباز زد (ن.م: کاتوزیان (۲۳)، ص. ۳۳).

۱۳. گاه قراردادی مخلوط از چند عقد معین است که اصطلاحاً به آن «عقد مختلط» گفته می‌شود. تعیین قواعد حاکم بر این عقد، بستگی به قصد مشترک طرفین دارد، یعنی اگر آن عقد با یک قصد انشاء واقع شود، «عقد مستقل غیر معین» قلمداد می‌شود، به عنوان مثال اسکان در هتل، مخلوطی از چند عقد معین، شامل اجاره اشیاء از لحاظ سکونت و ودیعه به لحاظ نگهداری اشیاء مسافر و اجاره اشخاص به لحاظ خدمات و ... می‌باشد، اما خود، عقدی مستقل و ویژه محسوب می‌شود. اما صرف آمدن چند عقد ضمن یک سند، مفید این معنا نبوده و هر عقد تابع قواعد معین خود خواهد بود. (کاتوزیان (۲۳)، ص. ۳۱).

۱۴. تقسیم عقد به لحاظ «اثر حقوقی»: عقد عهدی، عقدی است که اثر آن ایجاد، انتقال یا سقوط تعهد باشد اگر تعهد برای متعاقدين ایجاد شود به آن عقد، دو تعهدی یا تعهدی گویند

(مانند قولنامه‌های رایج تعهد به فروش ملک) و چنانچه تنها تعهد برای یکی از متعاقدين ایجاد شود به آن عقد، یک تعهدی گویند^۱ (مانند تعهد به عدم فروش) اما عقد تملیکی، عقدی است که به موجب آن مالی از ملکیت یک شخص به شخص دیگر درآید که ممکن است، معوض (بیع، م ۳۳۸ ق.م) یا مجانی (هبه، م ۷۹۵ ق.م) باشد و همچنین تملیک عین باشد (بیع) یا منافع (اجاره، م ۴۶۶ ق.م).
۱۵. ممکن است عقد، تعهدی باشد ولی معوض نباشد، مثل نکاح (نائینی (۲۸)، ص ۱۸۲) زیرا مجانی و معوض بودن از اقسام عقود مالی است (ن.خ: کاتوزیان (۱۱)، ص. ۱۲۳).
۱۶. ویژگی‌های عقد تعهدی:

- در عقد تعهدی حق حبس وجود دارد؛
- در صورتی که طرف دیگر به تعهد خود عمل نکند، متعهدله حق فسخ دارد؛
- در عقد تعهدی در صورت انفساخ عقد به سبب قوه قاهره، تعهد طرف دیگر منتفی می‌شود (مواد ۲۲۷، ۲۲۹ و ۳۸۷ ق.م).

۱۷. آثار تمییز عقد به تملیکی و عهدی عبارت است از:

- بطلان عقد تملیکی که عوض آن عین معین است در صورت فقدان مورد معامله در حین انعقاد عقد (م ۳۶۱ ق.م)؛
- عقد تملیکی، اصولاً موجد حق عینی است و منتقل‌الیه از حق تعقیب و تقدم برخوردار است.
۱۸. وعده بیع می‌تواند یک طرفه باشد، یا دو طرفه، وعده یک طرفه به این معنا که مثلاً فروشنده متعهد شود که اگر خریدار تا یک ماه مبلغ ۲۰۰ میلیون به او بپردازد خانه را به وی تملیک کند، بدون آنکه خریدار تعهدی به خرید خانه داشته باشد، اما منظور از وعده دو طرفه بیع همان قولنامه رایج است.

۱۹. تقسیم عقد به لحاظ «نحوه انعقاد»: عقد رضایی، عقدی است که به صرف ایجاب و قبول واقع می‌شود، مانند عقد بیع (م ۳۳۹ ق.م)؛ به عبارت دیگر آنچه مهم است رضا و قصد طرفین است و نحوه ابراز آن طریقت دارد (م ۱۹۱)؛ در برابر آن، عقد عینی، عقدی است که علاوه بر ایجاب و قبول، نیازمند قبض نیز هست. مثل عقد موجد حق انتفاع (م ۴۷)، وقف (م ۵۹)، بیع صرف (م ۳۶۴)، رهن (م ۷۷۲) و هبه (م ۷۹۸)؛ در کنار عقد رضایی و عینی، عقد تشریفاتی قرار دارد که تحقق آن علاوه بر تراضی طرفین، نیازمند تشریفات خاصی است. مانند انتقال حق کسب و پیشه با سند رسمی

۱- طبق قسمت اخیر ماده ۶۳ قانون ثبت اسناد و املاک: «... در مورد اسنادی که برای یک طرف ایجاد تعهد می‌نماید تصدیق و امضای طرف متعهد کافی خواهد بود».

- (تبصره ۲ م ۱۹ ق. ر. م. م ۱۳۵۶)، فروش اموال توقیف شده از طریق مزایده^۱ (م ۱۱۴ ق. ا. ا. م)، انتقال سهم‌الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود با سند رسمی (م ۱۰۳ ق. ت) و عقد بیمه (ماده ۲ ق. ب) و پیمان جمعی کار (ماده ۱۴۰ ق. ک) که قرارداد باید در هر دو کتبی باشد و یا فروش اموال دولتی^۲.
۲۰. در قانون مدنی عقد تشریفاتی وجود ندارد و تنها یک ایقاع تشریفاتی یعنی طلاق، وجود دارد (م ۱۱۳۴ ق. م).
۲۱. برای احراز رضایی بودن عقد، باید شرایط «انعقاد عقد» را لحاظ کرد، نه شرایط اثبات وقوع عقد را؛ به عنوان مثال مطابق ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت (۱۳۴۷) انتقال سهام با نام، باید در «دفتر ثبت سهام شرکت» به ثبت برسد در غیر اینصورت انتقال سهام، از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است؛ بنابراین چنین انتقالی بین طرفین صحیح است و مستلزم تشریفات خاص نیست بنابراین عقد رضایی محسوب می‌شود اما اثبات وقوع این عقد در برابر شرکت و اشخاص ثالث مستلزم ثبت این انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت است؛ به عبارت دیگر ثبت در دفتر، اثر اثباتی دارد، نه ثبوتی و عقد را تشریفاتی نمی‌کند. همین حکم در خصوص وصیت خود نوشت و معاملات راجع به املاک ثبت شده نیز جاری است.
۲۲. قبض در عقود عینی «شرط صحت» (وقوع یا تحقق) است، نه شرط لزوم؛ فایده عملی تشخیص این موضوع از یک سو در تأثیر حجر و فوت متعاقدين بر روی صحت عقد است و از سوی دیگر در تعیین مالکیت منافع منفصله؛ به این معنا که اگر قبض شرط صحت باشد، تا قبل از تحقق قبض، منافع منفصله، متعلق به انتقال‌دهنده است، درحالی‌که اگر قبض شرط لزوم باشد به محض ایجاب و قبول، عقد واقع شده و منافع آن نیز متعلق به انتقال‌گیرنده خواهد بود (ر. ک. م ۸۳۰ ق. م).
۲۳. اصل بر رضایی بودن عقود است، (مستفاد از صدر ماده ۱۹۱ ق. م) و عقود عینی و تشریفاتی، محصور بوده و جنبه استثنائی دارند.
۲۴. فایده تقسیم بندی فوق، تشخیص زمان وقوع عقد و آثار مترتب بر آن است.
۲۵. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، به استناد مواد ۲۲، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، تنظیم سند رسمی شرط صحت معامله راجع به املاک با سابقه ثبتی است (کاتوزیان (۲۳)، ص ۳۷)؛ با وجود این، نظر

۱- تمام قراردادهای را می‌توان به صورت مزایده منعقد نمود مگر قراردادهایی که شخصیت طرف علت عمده عقد است؛ با وجود این، در عمل معمولاً بیع در قالب مزایده واقع می‌شود و با رعایت تشریفات خاصی میباید، به بالاترین قیمت پیشنهادی فروخته می‌شود (کاتوزیان (۱۱)، ص ۱۱۰).

۲- علی‌رغم شهرت این تقسیم‌بندی، صحیح آن است که عقد را به عقد رضایی (فصدی) و تشریفاتی (شکلی) تقسیم نمائیم زیرا عقد عینی از اقسام عقد تشریفاتی است.

غالب (شهیدی (۲۶)، ص ۱۱۸ و صفایی (۲۲)، ص ۴۲) و رویه قضایی^۱ این است که معاملات راجع به املاک با سند عادی نیز صحیح است (ر.ک به ش ۵ ماده ۳۳۹، همین کتاب).

۲۶. **تقسیم عقد، به لحاظ «نقش زمان» در تحقق مورد عقد:** عقد فوری و عقد مستمر؛ عقد نوع اول، عقدی است که به یک باره صورت می‌پذیرد، مثل عقد بیع؛ ولی عقد نوع دوم، عقدی است که مورد عقد در آن در طول زمان به تدریج صورت می‌گیرد. مثل عقد اجاره و نکاح.

۲۷. فایده تقسیم فوق در ۳ نکته است:

- ایجاد خیار عیب در عقد فوری تنها قبل از قبض ممکن است (م ۴۲۵ ق.م) اما در عقد مستمر حتی بعد از قبض نیز این حق وجود دارد (م ۴۸۰ ق.م)؛
- انفساخ عقد مستمر به واسطه از بین رفتن موضوع آن حتی پس از تسلیم نیز ممکن است (مواد ۴۸۱ و ۴۹۶ ق.م)؛
- تجدید نظر در عقود مستمر به جهت بر هم خوردن تعادل میان تعهدات طرفین در اثر حوادث ناگهانی، که نمونه آن پیش بینی تعدیل مال الاجاره در ماده ۴ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ است.

۲۸. **عقد معوض، بر دو قسم است:** عقد محقق و احتمالی؛ عقد محقق به عقدی گفته می‌شود که در آن عوضین، محقق و معلوم است و طرفین از حین انعقاد عقد، نسبت به حدود تعهدات و منافع خود، کاملاً آگاهند، مانند (بیع) اما در عقد احتمالی، (یا بختکی)، نفع و زیان ناشی از عقد منوط به امری احتمالی و اتفاقی است و در حین عقد قابل ارزیابی نیست، مانند عقد بیمه.

۲۹. رابطه عقد احتمالی با عقد مسامحه ای «عموم و خصوص من وجه» است؛ یعنی هر عقد احتمالی لزوماً یک عقد مسامحه ای نیست (مانند بیمه) و هر عقد مسامحه ای هم لزوماً یک عقد احتمالی نیست (مانند نکاح). البته از آنجا که جز در موارد نادر، هر عقد احتمالی خود یک عقد مسامحه‌ای نیز محسوب می‌شود، در عقود احتمالی نیز اصولاً خیار غبن راه ندارد.

۳۰. عقد احتمالی یا شانس‌ی اصولاً باطل و استثنائاً صحیح است (ر.ک. ماده ۶۵۴ و ۶۵۵ ق.م).

۳۱. **عقد به لحاظ «تبعیت» بر دو قسم است:** عقد مستقل، عقدی است که وجود و نفوذش قائم به خویش است و به عقد دیگری وابسته نیست، برخلاف عقد تبعی که اصالت نداشته و

۱- طبق دادنامه شماره ۱۲۵۲ مورخ ۱۳۲۶/۸/۲۷ صادره از شعبه ۴ دیوانعالی کشور: «در صورتی که خواننده در دادگاه به صدور سند عادی از ناحیه خود اقرار کند، استناد دادگاه به مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد، علیه خواهان مجوزی ندارد» همچنین طبق دادنامه شماره ۸۴۶ مورخ ۷۰/۱۰/۲۱ صادره از شعبه ۲۱ دیوانعالی کشور: بیع در فقه اسلامی و طبق ماده ۳۳۸ قانون مدنی عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم، اعم از اینکه مبیع منقول و یا غیر منقول باشد و مقررات قانون ثبت اسناد و املاک تغییری در ماهیت عقد بیع یا تخصیصی نسبت به مقررات قانون مدنی که ام‌القوانین می‌باشد نداده است.»

وجود و نفوذ آن تابع وجود عقد دیگر است. مثل عقودی که جهت تضمین منعقد می‌شوند مانند عقد رهن، ضمان، حواله و کفالت؛ یا عقودی که بصورت شرط ضمن عقد انشاء می‌شوند مانند وکالت ضمن عقد نکاح یا قراردادهایی که پیرو یک قرارداد اصلی بسته می‌شوند مانند قرارداد پیمانکار اصلی با پیمانکاران فرعی که پیرو قرارداد کارفرما و پیمانکار اصلی منعقد می‌شود (کاتوزیان (۱۱)، صص ۱۰۰-۱۰۲).

۳۲. تقسیم عقد به لحاظ «انگیزه و هدف متعاقدين»: عقد مغاینه‌ای و مسامحه‌ای. در عقد مغاینه‌ای، طرفین تلاش می‌کنند تا با بهره‌گیری از کیاست و هوش و قدرت چانه‌زنی، سود بیشتری نصیب خود کنند، به همین دلیل به آن عقد مکایسه و یا ماکسه نیز می‌گویند^۱. مانند بیع^۲ اما عقد مسامحه‌ای، مبتنی بر گذشت و چشم‌پوشی می‌باشد مثل جعاله، هبه، صلح بلاعوض، صلح محاباتی و ضمان.

۳۳. در عقد مغاینه‌ای، علم تفصیلی به مورد معامله لازم است، اما در عقود مسامحه‌ای علم اجمالی کافی است (م ۲۱۶ ق.م)؛ همچنین در عقد مسامحه‌ای اصولاً خیار غبن و در عقد مغاینه‌ای، خیار شرط مادام‌العمر یا بلند مدت وجود ندارد. (مواد ۷۶۱ و ۴۰۱ ق.م).

۳۴. معامله محاباتی، صلح معوضی است که عمداً تساوی عرفی ارزش اقتصادی بین عوضین بهم خورده باشد.

۳۵. تقسیم عقد به لحاظ «وجود شرط»: عقودی که در ضمن آن شرطی درج شده است (م ۲۳۲ تا ۲۴۶ ق.م) را مشروط و در غیر این صورت آن را مطلق گویند (م ۳۴۱ ق.م).

۳۶. عقود فردی و جمعی: عقد فردی، عقودی است که آثار آن فقط متوجه «متعاملین و قائم مقام قانونی» آنها است. لکن عقد جمعی (گروهی) استثنائاً، علاوه بر متعاملین، کسانی را که در انعقاد عقد دخالت نداشته‌اند را نیز در بر گرفته و جمع را ملزم می‌کند. مانند قرارداد ارفاقی (م ۴۷۹ و ۴۸۹ ق.ت). پیمان دسته جمعی کار و عقد وقف (م ۶۲ ق.م).

۳۷. اگر چه برخی از حقوقدانان تاثیرگذاری عقد ارفاقی بر اشخاص ثالث را استثنائی بر اصل نسبی بودن قراردادها دانسته‌اند، اما واقعیت این است که تسری اثر قرارداد ارفاقی به کسانی که آن را امضاء نکرده‌اند ناشی از اجرای قانون است، نه قرارداد؛ چنانکه ازدواج موجب ایجاد حرمت بین هر یک از زوجین با خانواده‌های طرفین می‌شود و هیچ نویسنده‌ای آن را استثناء اصل نسبی قلمداد نکرده است (کاتوزیان (۲۳)، ص ۳۹).

۱- برخی از حقوقدانان پیشنهاد کرده‌اند که به جای واژه «مغاینه» از «معامله» استفاده شود (کاتوزیان (۱۱)، ص ۱۲۸).

۲- اگر چه عقد بیع نوعاً مغاینه‌ای است ولی چنانچه بنای دو طرف بر تسامح بوده باشد، نمی‌توان اثر این توافق را در احکام حاکم بر قرارداد نادیده گرفت. بنابراین در خرید تابلوی نقاشی با هدف کمک به خیریه، خیار غبن راه ندارد (کاتوزیان (۱۱)، ص ۱۳۲).

۳۸. تقسیم عقد به لحاظ «آزادی در چانه زنی»: عقود مبتنی بر مذاکره قبلی یا تراضی آزادانه و در مقابل، عقود الحاقی. در نوع اول، طرفین آزادانه به مذاکره پرداخته و شرایط عقد را تعیین می‌کنند، اما در نوع دوم، چون یکی از طرفین در موضع برتر قرار دارد، محتوای عقد را از قبل تعیین کرده و طرف دیگر بدون آنکه بتواند در آن تغییری ایجاد کند، صرفاً به آن ملحق می‌شود. مانند قراردادهای کار.

۳۹. در قراردادهای الحاقی، قانونگذار برای جلوگیری از سوء استفاده‌های احتمالی مداخله کرده و گاه کفه ترازو را به نفع شخص ضعیف‌تر جابه‌جا می‌کند. مانند بند ۸ م ۵۴ قانون دریایی که طبق آن شرط عدم یا تحدید مسئولیت متصدی باربری، باطل است.

۴۰. دخالت دولت سبب شده تا برخی از روابط حقوقی به وضعیت حقوقی خاصی تبدیل شوند که طرفین فقط حق دارند خود را در آن وضع قرار دهند، به این عقود به جهت دخالت دولت، عقود ارشادی و به این جهت که انعقاد آن شرط اجرای قانون است، عمل حقوقی شرطی گفته می‌شود مثل نکاح (کاتوزیان (۲۳)، ص. ۳۳).

۴۱. در مقابل عقود مذکور که طرفین آزادانه آن را منعقد کرده یا بدان ملحق می‌شوند، بنابر مصالحی، قانونگذار اشخاص را ملزم به برقرارساختن روابط حقوقی خاصی میان یکدیگر می‌کند و انعقاد عقد در این خصوص را الزام‌آور می‌سازد (عقود تحمیلی)، مانند الزام به قرارداد بیمه، طبق قانون بیمه اجباری مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث، مصوب ۱۳۸۷، یا تمدید اجباری قرارداد اجاره طبق قانون اجاره ۱۳۵۶؛ بنابراین در مقام اجرای این عقود، دادرسی مجری نظر «قانونگذار» است، نه پیرو مقصود واقعی دو طرف (کاتوزیان (۱۱)، ص. ۱۱۲).

۴۲. تقسیم عقد به لحاظ «منافع و سود متعاقدين»: عقد معاوضات و مشارکات. در معاوضات هر یک از طرفین به صورت فردی در پی کسب بیشترین سود است (مانند اجاره) در حالی که در مشارکات متعاقدين به یکدیگر کمک می‌کنند تا بیشترین نفع جمعی و مشترک حاصل گردد (مانند مزارعه، مساقات، مضاربه و شرکت).

۴۳. تقسیم عقد از لحاظ «ماهیت عمل»: قراردادهای تجاری (ماده ۲ ق.ت.) و غیر تجاری (مدنی).

ماده ۱۸۵: عقد لازم

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

۱. عقد از لحاظ «دوام و نحوه انحلال» به عقد لازم و جایز تقسیم می‌شود.

۲. اصل بر لازم بودن عقد است و عقد جایز نیاز به تصریح قانونگذار دارد.

۳. عقد لازم به چند صورت منحل می‌شود:

۱- ارادی

۱-۱- «اراده یکجانبه» (خيار يا حق رجوع) که استثناء محسوب شده و محتاج نص است (ماده ۴۵۷ ق.م.).

۱-۲- اراده دو جانبه (اقاله يا تفاسخ) که قاعده عمومی محسوب شده و جز در مواردی که منع شده است (مانند نکاح) همان دو اراده که عقد را منعقد کرده‌اند می‌توانند آن را منحل نمایند.

۲- غیرارادی (قهری)، مانند فوت یکی از متعاقدين که شخصیت او علت عمده عقد بوده است (مانند نکاح) که در این صورت عقد منفسخ می‌گردد (قسمت اخیر ماده ۴۹۷ ق.م.).

۴. منظور از «موارد معینه»، «فسخ» است (ماده ۲۹۶) و تفاسخ و انفساخ را در بر نمی‌گیرد، زیرا استثناء و مستثنی منه باید از یک جنس باشند و صدر ماده از عدم امکان انحلال «ارادی یکجانبه» سخن می‌گوید و حال آنکه تفاسخ امری دو جانبه و انفساخ امری قهری است. ۵. قولنامه، عقد عهده‌ای لازم است.

۶. ایقاع لازم آن است که موقع حق رجوع و عدول از آن را ندارد مانند فسخ عقد یا تنفیذ یا رد معامله فضولی یا ابراء و در مقابل ایقاع جایز آن است که موقع می‌تواند از آن رجوع کند مانند اذن (م ۱۲۰ ق.م.).

ماده ۱۸۶: عقد جایز

عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند.

۱. طبق قانون مدنی^۱، عقود جایز عبارت‌اند از:

- حبس مطلق (طبق ظاهر ماده ۴۴ ق.م. و اعتقاد برخی حقوقدانان، ر.ک. ش ۲، ماده ۴۴)؛
- مضاربه (م ۵۵۰ ق.م)؛
- جعاله (م ۵۶۵ ق.م)؛
- ودیعه (م ۶۱۱ ق.م)؛
- عاریه (م ۶۳۸ ق.م)؛
- وکالت (م ۶۷۸ ق.م)؛
- هبه (طبق ظاهر ماده ۸۰۳ ق.م. و اعتقاد برخی حقوقدانان، ر.ک. ش ۱، ماده ۸۰۳)؛
- وصیت تملیکی (م ۸۲۹ و ۸۳۰ ق.م).

۱- با توجه به اینکه طبق مواد ۳۳۵ و ۳۵۸ و ۳۷۸ قانون تجارت، دلایلی، حق‌العمل کاری و حمل و نقل (تجاری)، در موارد سکوت قانون تجارت، تابع مقررات عقد وکالت است، بنابراین این عقود نیز جایز محسوب می‌شوند؛ با وجود این به نظر می‌رسد که ارجح آن است که حمل و نقل تجاری با توجه به عرف حاکم بر تجارت، «عقد لازم» محسوب شود به ویژه اینکه عرف بر قانون تکمیلی مقدم است (م ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م.)؛ شایان ذکر است که حمل و نقل تابع قانونی مدنی، اجاره اشخاص محسوب شده و عقد لازم است.

۲. اصولاً عدم قابلیت فسخ عقد جایز، جزء ماهیت آن نیست و حق فسخ قرارداد، قابل اسقاط است، مگر در مواردی که جواز عقد با نظم عمومی در ارتباط است. مثل وعده نکاح (م.ق.م. ۱۰۳۵) یا رجوع از وصیت (م. ۸۲۸ ق.م.).

۳. اسقاط حق فسخ در عقد جایز با ماده ۹۵۹ ق.م. تعارضی ندارد، چرا که اسقاط حق فسخ، سلب حق به صورت جزئی است و آنچه در ماده اخیر ممنوع شده، سلب حق به صورت کلی است.

۴. به طرق زیر می‌توان عقد جایز را غیرقابل فسخ نمود:

• انعقاد عقد در قالب عقد صلح (م. ۷۶۰ ق.م.);

• درج شرط عدم قابلیت فسخ یا گنجاندن خود عقد جایز ضمن عقد لازم (وحدت ملاک از ماده ۶۷۹ ق.م.);

• درج شرط عدم قابلیت فسخ ضمن خود عقد جایز (مثل وکالت بلاعزل).

۵. با گنجاندن وکالت در ذیل عقد لازم، ماهیت عقد وکالت، تغییر نمی‌کند، بلکه فقط عقد جایز از آن عقد لازم، کسب لزوم می‌کند، به این معنا که دیگر هیچ یک از طرفین نمی‌توانند هر وقت بخواهند عقد را فسخ کنند^۱، «ولی عقد وکالت فوق، به مانند سایر عقود اذنی، همچنان با فوت یا جنون یا سَفَه (اگر رشد شرط باشد) منفسخ می‌شود» (م. ۹۵۴ ق.م.).

۶. مواد ۱۰ و ۶۷۹ قانون مدنی، بیانگر یک تعارض مبنایی در قانون مدنی است، یعنی در حالی که ماده ۱۰ ق.م. لزوم قرارداد را ناشی از «اصل حاکمیت اراده» می‌داند، ماده ۶۷۹ ق.م. الزام آور بودن توافق را ناشی از قرار گرفتن آن در قالب های معین قانونی می‌داند. نتیجه اینکه، اگر قائل به حکومت ماده ۱۰ ق.م. باشیم، گنجاندن شرط عدم قابلیت فسخ ضمن خود عقد جایز هم افاده لزوم می‌کند. اما اگر قائل به حکومت ماده ۶۷۹ قانون مدنی باشیم، شرط عدم قابلیت فسخ عقد، ضمن خود عقد جایز، اثری نداشته و با وجود شرط، باز هم عقد قابل فسخ است. ظاهر ماده ۶۷۹ ق.م. مؤید نظر اخیر است، اما منطق حقوقی بی‌شک، نظر اول را تایید می‌کند زیرا آنچه اصالت دارد، خواست و اراده طرفین عقد است که می‌خواهند عقد را فی‌مابین خود، به صورت غیر قابل فسخ درآورند؛ بنابراین ماده ۶۷۹ را باید ناظر به مورد غالب دانست که عموماً برای اسقاط حق عزل از شیوه درج وکالت یا عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم استفاده می‌شود و این امر نافی الزام‌آوری شرط عدم عزل ذیل خود عقد وکالت نیست.

۷. وصیت تملیکی، عقدی است «جایز» که با قبض آن توسط موصی له «لازم» می‌گردد (م. ۸۳۰ ق.م.).

۸. تقسیم عقود به لازم و جایز از دو جهت مفید است:

• بررسی امکان فسخ قرارداد، مطابق مواد ۱۸۵ و ۱۸۶ ق.م.؛

۱- در صورتی که شرط به سود یکی از طرفین باشد مشروط له می‌تواند از عمل به آن شرط صرف‌نظر کند (م. ۲۴۴) بنابراین اگر زوج در ضمن عقد نکاح، زوجه را وکیل در طلاق نموده باشد، زوجه می‌تواند استعفا دهد ولی زوج حق عزل زوجه را ندارد.

- عقد جایز غالباً برخلاف عقد لازم، به موت و جنون یکی از طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سَفَه در مواردی که رشد معتبر است. (طبق ظاهر ماده ۹۵۴ ق.م.)
- ۹. فسخ عبارت است از انحلال عقد به اراده یکی از طرفین آن (م ۱۸۶ ق.م) و تفاسخ یا اقاله عبارت است از توافق طرفین عقد در انحلال آن (م ۲۸۳ ق.م) و انفساخ عبارت است از انحلال عقد به خودی خود و به حکم قانون بدون دخالت اراده طرفین (م ۹۵۴ ق.م).
- ۱۰. به فرضِ جایز بودن هبه، این عقد برخلاف سایر عقود جایز، به فوت، جنون یا سَفَه یکی از طرفین عقد منفسخ نمی‌شود (مستفاد از ماده ۸۰۵ ق.م) زیرا هبه موجد «حق» است. در حالیکه سایر عقود جایز^۱، منشاء اباحه هستند برای اداره یا تصرف اموال یا منشاء اباحه در انتفاع، که با از بین رفتن منشا و منبع، اباحه هم به تبع آن از بین می‌رود.
- ۱۱. علی‌الاصول می‌توان شرط کرد که عقد جایز بعد از فوت هم باقی مانده و منفسخ نشود (مستفاد از ماده ۷۷۷ ق.م).
- ۱۲. جایز بودن عقد به معنای لازم‌الاتباع نبودن آن عقد نیست؛ به عبارت دیگر، عقد ایجاد شده چه لازم باشد، چه جایز، تا زمانی که منحل نشده است، لازم‌الاتباع است (م ۲۱۹ ق.م).

ماده ۱۸۷: عقود دو وجهی

عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز.

۱. غالباً هرگاه قرارداد تنها برای یک طرف ایجاد حق نماید، قرارداد نسبت به او جایز و نسبت به طرف دیگر لازم خواهد بود؛ مانند کفالت (م ۷۳۴ و بند ۴ ماده ۷۴۶ ق.م)، رهن (م ۷۸۷ ق.م) و ضمان ضمّ ذمه به ذمه.
۲. منظور از جایز بودن عقد نسبت به یک طرف، قابل فسخ بودن عقد از سوی او است، نه به این معنا که عقد به واسطه فوت یا حجر او منفسخ شود. به عنوان مثال، مرتهن می‌تواند، عقد رهن را فسخ کند ولی فوت او، موجب انفساخ عقد نیست.

ماده ۱۸۸: عقد خیاری

عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد.

۱- وصیت نیز موجد حق است و با فوت و حجر از بین نمی‌رود.

۱- البته امکان اسقاط حق موضوع قرارداد را نباید با فسخ قرارداد اشتباه نمود زیرا امکان اسقاط حق ملازمه‌ای با زوال خود عقد ندارد به ویژه آنکه اصولاً هر صاحب حقی می‌تواند از حق خویش صرفنظر کند و اسقاط حق یک اصل است. در حالیکه فسخ قرارداد جز در موارد خاص، ممکن نیست و استثناً محسوب می‌شود. چنانکه اگر در عقد موجود حق انتفاع شرط عوض شده باشد و صاحب حق انتفاع، حق خویش را اسقاط نماید، اسقاط حق، ملازمه‌ای با زوال عقد و شرط عوض ندارد.

۱. عقد خیار، عقد لازمی است که در آن شرط خیار شده باشد.
۲. منظور از خیار، اختیار و حق فسخ معامله است.
۳. بیع شرط (م ۴۵۸ ق.م) از مصایق عقد خیار است.
۴. بر خلاف ظاهر ماده، عقدی که در آن خیار عیب یا غبن یا ... باشد، عقد خیار محسوب نمی‌شود، زیرا منبع ایجاد این خیار، قانون است (م ۳۹۶ ق.م)، نه قرارداد؛ در واقع، حق فسخ در عقد خیار، مستند به «توافق طرفین» است و تحقق آن شرط دیگری نیاز ندارد.

ماده ۱۸۹: عقد منجَز و معلق

عقد منجَز آن است که تأثیر آن بر حَسَب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود.

۱. عقد از لحاظ «کیفیت انشاء عقد» به معلق (وابسته) و منجَز تقسیم می‌شود؛ وابسته کردن عقد به امر احتمالی دیگر را تعلیق و به آن امر احتمالی که عقد به آن وابسته و معلق شده است، معلق علیه گفته می‌شود؛ به عبارت دیگر تعلیق به معنی وابسته و منوط کردن امری به امر احتمالی دیگر و تنجیز به معنی قطعی کردن امری است (شهیدی (۲۶)، ص ۶۵).
۲. در عقد معلق، طرفین اراده خود را به طور منجَز بیان می‌دارند، ولی تأثیر آن را موقوف به امر دیگری می‌کنند تا پس از وقوع شرط تحقق پیدا کند. به عبارت دیگر عقد معلق در مرحله انشاء و توافق با سایر عقود تفاوتی ندارد و تأثیر عقد است که در این گونه قراردادهای منوط به امر احتمالی می‌شود.
۳. اقسام تعلیق: ۱- تعلیق در انشاء یعنی وابسته کردن تشکیل و ایجاد معامله که باطل است؛ ۲- تعلیق در منشاء یعنی وابسته کردن وجود و تحقق ماهیت عقد که صحیح است؛ ۳- تعلیق در اثر یعنی وابسته کردن اثر عقد به امر دیگر که صحیح است؛ به عبارت دیگر انشاء، فعل ایجاد کردن عقد است و منشاء (ماهیت عقد)، محصول انشاء است و اثر عقد، نتیجه منشاء است (شهیدی (۲۶)، ص ۶۶)؛ البته برخی از حقوقدانان منشاء و اثر عقد را مترادف می‌دانند؛ (کاتوزیان (۱۱)، ص ۵۶)؛ در هر حال، تعلیق در انشاء باطل و تعلیق در منشاء (خواه به معنای ماهیت عقد یا اثر عقد) صحیح است و عقد معلقی که مشهور فقهای امامیه آن را باطل می‌دانند، عقدی است که انشاء، در آن معلق شده باشد.
۴. چنانچه منظور طرفین، تعلیق در انشاء باشد، معمولاً از زمان آینده استفاده می‌شود و در مقابل، چنانچه منظور طرفین، تعلیق در منشاء باشد، معمولاً از زمان گذشته استفاده می‌شود؛ به عنوان نمونه اگر خریدار بگوید: ملک تو را پانصد میلیون تومان «می‌خرم» اگر ظرف ۶ ماه از شهرداری جواز ساخت دریافت نمایی و مالک ملک نیز بگوید «قبول است»؛ چنین تعلیقی، تعلیق در انشاء محسوب می‌شود اما اگر خریدار بگوید: ملک تو را پانصد میلیون تومان «خریدم» اگر

ظرف ۶ ماه از شهرداری جواز ساخت دریافت نمایی و مالک ملک نیز بگوید «قبول است»، چنین تعلیقی، تعلیق در منشاء محسوب می‌شود^۱، (شهیدی (۲۶)، ص ۶۹).

۵. عقد معلق با عقد مؤجل متفاوت است، زیرا در عقد نخست، قبل از وقوع شرط، تعهد به وجود نیامده است؛ ولی در عقد مؤجل، اثر آن به طور کامل به وجود می‌آید و فقط اجرا و مطالبه دین تا سر رسید (اجل) به تاخیر می‌افتد (کاتوزیان (۲۳)، ص ۲۴).

۶. عقد معلق با عقد مشروط متفاوت است، زیرا اولاً اثر عقد مشروط منوط به تحقق شرط نیست ثانیاً شرط در عقد مشروط جنبه تبعی و فرعی دارد در حالیکه در عقد معلق، شرط جزء ارکان عقد است؛ تشخیص اینکه منظور انشاء کننده از شرط، شرط تقییدی (شرط ضمن عقد) بوده است یا شرط تعلیقی، باید از اوضاع و احوال و به ویژه اهمیت شرط در نظر طرفین استنباط گردد زیرا اصولاً اهمیت شروط تعلیقی بیش از شروط تقییدی است؛ برخی از حقوقدانان نیز معیار لفظی ارائه داده‌اند؛ بدین توضیح که برای ارائه مفهوم تعلیق معمولاً از واژه «اگر» و برای مفهوم شرط از عبارت «به شرط اینکه» استفاده می‌شود. به عنوان مثال در عبارت «خانه‌ام را فروختم، «اگر» ظرف یکسال برای من خانه بسازی». مفهوم جمله این است که تملیک خانه متوقف بر ساختن خانه است و تا قبل از ساخت، تملیکی صورت نمی‌گیرد اما در عبارت «خانه‌ام را فروختم» به شرط اینکه» ظرف

۱- اگر چه تفکیک در انشاء و منشاء و اثر عقد حکایت از دقت فقها و حقوقدانان دارد اما عرف تفاوت این امور و علت بطلان یکی و صحت دیگری را درک نمی‌کند و تفکیک‌های فوق گاه تنها به پیچیده شدن یک موضوع ساده می‌انجامد؛ برای تشخیص عقد معلق از منجر، باید دید دو طرف چه خواسته‌اند و سببی را که ساخته‌اند چه اقتضا دارد. در عقد منجر، قصد مشترک آنان ایجاد فوری اثر عقد است. یعنی از ابتدا نقل مالکیت یا ایجاد تعهد را انشاء می‌کنند و این آثار حقوقی نیز با انشاء به وجود می‌آید. ولی، در عقد معلق، با آنکه مقصود نهایی تفاوتی با عقود منجر ندارد، طرفین نمی‌خواهند به‌طور مستقیم اثر عادی عقد را انشاء کنند، بلکه مایلند رابطه‌ای بین خود ایجاد کنند که در صورت وقوع شرط، منجر به نقل مالکیت یا ایجاد تعهد شود، پس آنچه به طور مستقیم موضوع انشاء قرار می‌گیرد، وجود این رابطه مقدماتی است که بیدرنگ نیز محقق می‌شود (کاتوزیان (۱۱)، ص ۵۶).

۲- مضافاً بر اینکه در مثال اول (تعلیق در انشاء) اگر چه قصد طرفین بر وقوع بیع دلالت ندارد و تحقق معلق‌علیه نیز موجب تشکیل بیع نمی‌شود لکن می‌توان آن را تعهد به بیع محسوب نمود به این معنا که اگر مالک ظرف ۶ ماه جواز ساخت دریافت نماید، پیشنهاد دهنده متعهد به خرید به قیمت پانصد میلیون تومان است و در صورت استنکاف می‌توان وی را الزام به اجرای تعهد نمود (شهیدی (۲۶)، ص ۷۶) بنابراین اگر چه تعلیق در انشاء بیع به فرض تحقق معلق‌علیه نیز موجب تشکیل بیع نمی‌شود اما چنانچه از قصد مشترک طرفین احراز شود می‌توان آن را تعهد به بیع محسوب نمود؛ به عبارت دیگر واژه بطلان به این معنی نیست که ابراز اراده شرط هیچ اثری ندارد بلکه منظور از بطلان تعلیق در انشاء بیع این است که هنوز بیعی انشاء نشده و حتی در فرض وقوع معلق‌علیه نیز بیعی محقق نمی‌شود زیرا شخص در زمان ابراز اراده، قصد انشاء بیع را نداشته است ولی این امر مانع از این نیست که ابراز اراده شخص را وعده انشاء بیع یا به عبارت دیگر تعهد به بیع تلقی نماییم. چنانکه از ظاهر مثال هم چنین بر می‌آید که شخص «قول خرید» می‌دهد.

یکسال برای من خانه بسازی». مفهوم جمله این است که تملیک محقق شده است و در مقابل خریدار نیز متعهد است که مبادرت به ساخت خانه نماید؛ با وجود این به نظر می‌رسد علیرغم مفید بودن قراین مطرح شده، ملاک لفظی ارائه شده چندان قاطع نیست و معمولاً وقتی انشاء کننده بلافاصله بعد از انشاء عقد برای آن قید و شرط می‌گذارد حاکی از اهمیت شرط برای وی و ظهور در تعلیق دارد مگر خلاف آن استنباط شود؛ به هر حال آنچه ملاک است «قصد مشترک» است و اینکه آیا آن‌ها می‌خواسته‌اند تحقق تأثیر عقد را منوط به تحقق شرط کنند یا خیر.

۷. عقد معلق با عقد احتمالی متفاوت است، زیرا عقد احتمالی، عقد معوضی است که وجود یا حدود تعهد یکی از طرفین وابسته به واقعه‌ای است که زمان تحقق آن نامعلوم می‌باشد در حالیکه در عقد معلق، کل آثار مترتب بر عقد، منوط به واقعه‌ای است که زمان آن نامعلوم است مضافاً بر اینکه احتمالی بودن عقد احتمالی، به ذات و ماهیت این عقد بر می‌گردد، در حالی که شرط تعلیق آثار عقد، امری عارضی است که می‌توان از آن صرف نظر کرد.

۸. دلایل صحت عقد معلق عبارت‌اند از:

- ذکر عقد معلق در قانون مدنی در کنار سایر عقود (م ۱۸۹ق.م)؛
- طبق ماده ۱۰ق.م (اصل آزادی قراردادها) و ماده ۲۲۳ق.م اصل بر صحت معامله است، مگر آنکه فساد آن معلوم باشد، در نتیجه در مقام شک باید به اصل رجوع کرد؛
- بطلان عقد معلق در ضمان (م ۶۹۹ق.م) و نکاح (م ۱۰۶۸ق.م) جنبه استثنائی داشته و باید آن را به صورت مضیق تفسیر نمود و از تسری آن به سایر موارد خودداری کرد؛
- آنچه در ماده ۱۸۹ق.م، معلق گشته، «منشا یعنی تأثیر عقد» است نه انشاء؛
- استقراء در مواد قانونی هم مؤید صحت عقد معلق است، از جمله ماده ۷۲۳ق.م و یا ماده ۳۵۰ق.ت؛ ماده اخیر الذکر مقرر می‌دارد: هرگاه معامله به شرط تعلیق باشد، دلال پس از حصول شرط، مستحق اجرت خواهد بود؛ امری که در فقه نیز سابقه داشته و برخی از فقها تعلیق در منشا را بر خلاف تعلیق در انشاء، صحیح دانسته‌اند (نائینی (۲۸)، ص ۱۱۳).

۹. مشهور فقها، تعلیق در وقف را موجب بطلان می‌دانند ولی طبق ظاهر قانون مدنی، وقف معلق صحیح است.

۱۰. تعلیق در ایقاع هم، علی‌الوصول، صحیح است مگر در موارد خاص مثل طلاق معلق (م ۱۱۳۵ق.م).

۱۱. شرایط معلق علیه، عبارت است از:

- «استقبالی بودن»، یعنی شرط تعلیق باید مربوط به آینده باشد، نه گذشته یا حال، پس اگر خریدار، اثر عقد را معلق به برنده شدن خود در قرعه کشی بانک نموده باشد در حالیکه او یک هفته پیش برنده شده و به دلایلی از این موضوع مطلع نشده است، عقد، معلق محسوب نمی‌شود؛

- احتمالی و نامعلوم باشد یا به عبارت دیگر مشکوک‌الحصول یا «محمتمل الوقوع» باشد نه حتمی‌الوقوع، بنا بر این نظر، اگر کسی فوت را شرط تعلیق قرار دهد، عقد معلق نیست. بلکه به اعتقاد برخی مؤجل است^۱ زیرا فوت، امری حتمی است، اما اگر فوت قبل از تاریخ معین یا در شرایط خاصی، شرط شود، عقد، معلق محسوب خواهد شد؛
 - «خارجی بودن»، یعنی شرطی که عقد بدون وجود آن هم امکان تحقق داشته باشد، به همین دلیل، شرط صحت یا شرط‌کردن تحقق ارکان اصلی و اساسی عقد نوعی تاکید بی‌فایده است که تعلیق به معنای واقعی محسوب نمی‌شود. (م. ۷۰۰ ق. م).
۱۲. شروطی که بروز آثار عقد معلق ممکن است منوط به تحقق آن شود، به ۳ دسته تقسیم می‌شوند:
- شروط اتفاقی: شروطی که تحقق آن بستگی به اتفاق و حادثه دارد و خارج از اراده طرفین عقد است، مانند تعلیق بیع چتر به آمدن باران؛
 - شروط اختیاری: شروطی که تحقق آن در اختیار یکی از طرفین عقد است، که خود بر دو نوع است:
 - الف) شرط اختیاری نسبی: شروطی که علاوه بر اراده شخص نیاز به انجام یک امر خارجی از سوی او دارد. مثل تعلیق بیع به خروج بایع از کشور؛
 - ب) شروط اختیاری مطلق: شروطی که تنها منوط به اراده یکی از طرفین عقد است. مانند تعلیق بیع بر رضایت بایع؛
 - شروط مرکب: شروطی که علاوه بر اراده یکی از طرفین منوط به اراده شخص ثالث یا وقوع یک حادثه خارجی خارج از کنترل طرفین است. مثل تعلیق بیع به فروش مال معین از سوی فروشنده به ثالث که علاوه بر اراده فروشنده به اراده شخص ثالث نیز بستگی دارد.

۱- اگر چه تعلیق بر امر قطعی، تعلیق به معنای مورد نظر در عقد معلق نیست اما آن را تبدیل به عقد موجب هم نمی‌کند زیرا عقد موجب عقدی است که تأثیر آن محقق شده است و صرفاً اجرای قرارداد پس از اتمام مدت صورت خواهد گرفت در حالیکه در عقدی که معلق به امر قطعی شده هنوز تأثیر عقد محقق نشده است اگرچه مسلم است که برخلاف عقد معلق، در آینده تأثیر آن محقق خواهد شد؛ به عنوان مثال در بیع موجب، خریدار به مجرد وقوع بیع، مالک مبیع می‌شود ولی تسلیم آن پس از مدتی صورت می‌گیرد در حالیکه در بیع معلق بر امر حتمی تا قبل از وقوع معلق علیه، خریدار مالک مبیع نمی‌شود و پس از تحقق معلق علیه مالک می‌گردد؛ بنابراین تعلیق عقد به امر قطعی، ماهیتی ما بین عقد معلق و موجب دارد؛ ماده ۴۶۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «مدت اجاره از روزی شروع می‌شود که بین طرفین مقرر شده است...» نمونه‌ای از امکان درج شرط تأخیر در انتقال مالکیت منافع است و نشان می‌دهد که تعلیق عقد بر زمان (که امر قطعی تلقی می‌شود) صحیح است.

۱۳. عقد معلق در موارد زیر باطل است^۱:

- عقد ضمان (م.ق.م) و نکاح (م.ق.م)؛
 - تعلیق عقد به شرط اختیاری مطلق؛ زیرا منوط کردن تحقق اثر عقد تنها به اراده یکی از طرفین با قصد انشاء منافات دارد؛
 - تعلیق عقد به شرط خلاف مقتضای عقد یا شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین شود (م.ق.م)؛
 - تعلیق عقد به امر غیر مقدور و یا نامشروع (م.ق.م)؛ زیرا، در عقود معلق تأثیر عقد وابسته به این شروط است به عبارت دیگر، شرط در عقد معلق جنبه اصلی دارد و از ارکان عقد است، در حالی که در عقد مشروط، شرط جنبه تبعی و فردی دارد (م.ق.م) و دوم آنکه اگر شروط را باطل و عقد را صحیح بدانیم، اثر عقد معلق فوراً محقق می‌شود که این با اراده طرفین منافات دارد.
۱۴. تعلیق در انحلال عقد نیز ممکن است که این اقاله معلق را در اصطلاح «شرط فاسخ» می‌گویند.
۱۵. برخلاف شرط خیار که برای انحلال عقد نیاز به اعلام ذینفع دارد، شرط فاسخ به محض وقوع شرط، عقد را به خودی خود منحل می‌کند.
۱۶. قبل از تحقق معلق علیه، عقد وجود نهایی خود را نیافته است و فاقد اثر اصلی است بنابراین مالک (فروشنده)، حق دارد در ملک خود هر تصرفی که منافی حق خریدار نباشد انجام دهد. طلبکاران مالک نیز می‌توانند آن را در شمار سایر اموال بدهکار، توقیف کنند، همچنین حتی اگر خریدار متصرف مالی باشد که به طور معلق به او فروخته شده است فروشنده حق دارد خلع ید او را از دادگاه بخواهد؛ با وجود این، عقد منعقد شده قبل از تحقق معلق علیه نیز، در حدود مقتضای خود دارای آثار حقوقی است به عبارت دیگر طرف عقد معلق، دارای «حق خاص و قابل حمایت» است؛ بنابراین فروشنده یا خریدار هیچکدام حق فسخ عقد معلق را ندارند ثانیاً خریدار می‌تواند در دعوی بین فروشنده (مالک) و اشخاص دیگر به عنوان ثالث، وارد دعوی شود (م.ق.ا.د.م) ثالثاً حقوق ناشی از عقد معلق اصولاً به ارث می‌رسد رابعاً طلبکار می‌تواند در تصفیه ورشکستگی بدهکار دخالت کرده و از اداره تصفیه بخواهد که طلب او را تا تحقق معلق علیه تأمین کند (ماده ۴۷ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی) (کاتوزیان (۱۱)، ص ۶۲ و ۶۵ و ۶۶).
۱۷. برخلاف اجازه مالک در عقد فضولی که در گذشته نیز سرایت می‌کند و عقد را از آغاز انعقاد مؤثر می‌کند (م.ق.م)، اثر تحقق معلق علیه، ناظر به «آینده» است و از تاریخ وقوع شرط، اثر می‌گذارد؛ در واقع وقوع شرط، اثر «نقلی» دارد، نه کشفی و قهقراپی، مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد^۲.

۱- قانون تجارت در برخی از موارد به لزوم منجز بودن عمل حقوقی تصریح نموده است از جمله در قبولی برات (م.ق.ت.م) و صدور چک (م.ق.ص.ج)؛ متنها قانون تجارت، ضمانت اجرای قبولی معلق برات و صدور معلق چک را بطلان این اعمال نمی‌داند.

۲- امکان شرط خلاف و کاشف بودن شرط، مستلزم ایجاد دو مالکیت در آن واحد نیست زیرا اگر شرط محقق شود معلوم می‌گردد که در حد فاصل عقد تا تحقق شرط، خریدار مالک بوده است، نه فروشنده (کاتوزیان (۱۱)، ص ۷۰).

۱۸. دلایل ناقل بودن اثر معلق علیه، این است که اولاً معلق کردن اثر عقد در ظاهر به این معناست که طرفین خواسته‌اند تأثیر عقد را تا هنگام تحقق شرط به تأخیر بیندازند، یعنی از آن پس تأثیر عقد محقق گردد؛ ثانیاً، حمایت از حقوق طلبکار نیز با اثر قهقراایی شرط ملازمه ندارد، چون پیش از تحقق شرط نیز رابطه حقوقی خاصی بین طرفین وجود دارد و احترام به همین رابطه، برای حفظ حقوق احتمالی طلبکار، کافی است (کاتوزیان (۲۳)، ص ۲۷)؛ ثالثاً اصل بر «ناقل» بودن است، زیرا اصولاً اثر هر واقعه‌ای پس از آن ایجاد می‌شود و کاشف بودن، امری خلاف اصل است که نیاز به دلیل دارد.

۱۹. بحث فوق و ناقل تلقی کردن اثر معلق علیه، چند فایده عملی دارد اول اینکه منافع مال تملیک شده، قبل از تحقق معلق علیه، متعلق به تملیک کننده است، نه تملک کننده؛ به عنوان مثال پدری باغ گردوی خود را به دخترش صلح نمود اگر دختر با پسرعمویش ازدواج نماید؛ حال چنانچه بعد از یکسال از وقوع عقد صلح، دختر با پسرعمویش ازدواج نماید، منافع باغ در فاصله وقوع صلح تا تحقق معلق علیه (ازدواج) متعلق به پدر (مصالح) خواهد بود، نه دختر (متصالح)؛ دوم اینکه تأثیر عقد معلق، تابع قانون زمان وقوع معلق علیه است؛ به عبارت دیگر رابطه مقدماتی شکل گرفته بین متعاقدين در حدود آثاری که دارد تابع زمان انعقاد عقد است اما «تأثیر» عقد (وجود نهایی) تابع زمان وقوع معلق علیه است زیرا تا قبل از تحقق معلق علیه، نمی‌توان حق متعاقدين در این خصوص را «حق مکتسب» محسوب نمود؛ بنابراین اگر طبق قانون حاکم در زمان انعقاد عقد، محل تسلیم کالا «محل انعقاد عقد» باشد، سپس این قانون تغییر نماید و در زمان تحقق معلق علیه، محل تسلیم کالا، اقامتگاه فروشنده باشد، فروشنده باید کالا را طبق قانون جدید، در اقامتگاه خود تسلیم کند مگر اینکه صریحاً یا ضمناً شرط خلاف شده باشد.

۲۰. اگر فروشنده در عقد معلق، مبیع را قبل از وقوع معلق علیه به شخص ثالثی فروخته باشد، پس از وقوع معلق علیه، معامله دوم، فضولی تلقی شده و خریدار اولی می‌تواند معامله را قبول یا رد نماید، زیرا فروشنده نمی‌توانسته است چیزی بیش از آنچه که خود دارد به خریدار دومی منتقل کند (فاقد شیء نمی‌تواند معطی شیء باشد)، در واقع بعد از وقوع معامله معلق، مالکیت فروشنده ناقص می‌شود و حق مالکیت در معامله دوم با همان نقص منتقل می‌شود و آن نقص این است که اگر معلق علیه به وقوع بپیوندد، مبیع، متعلق به خریدار اول خواهد بود (ن.و: کاتوزیان (۱۱)، ص ۷۰؛ ن.خ: شهیدی (۲۶)، صص ۱۰۱ و ۱۰۲).

فصل دوم: در شرایط اساسی برای صحت معامله

ماده ۱۹۰: شرایط صحت معامله

برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

۱- قصد طرفین و رضای آنها.

۲- اهلیت طرفین.

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد.

۴- مشروعیت جهت معامله.

۱. ماده ۱۹۰، متضمن شرایط عمومی کلیه عقود است که باید در همه عقود رعایت شود اعم از اینکه معین باشد یا نامعین؛ اما شرایط اختصاصی عقود معین در ذیل مباحثه مربوطه و در بخش‌های بعدی قانون مدنی آمده است؛ مانند لزوم تعیین مدت برای عقد نکاح موقت (م ۱۰۷۶) یا قابلیت بقای مال مورد استفاده در عقد وقف (م ۵۸)، اجاره (م ۴۷۱) و عاریه (م ۶۳۷)؛ بنابراین عبارت «شرایط اساسی» در برابر «شرایط غیراساسی» قرار ندارد بلکه منظور از شرایط اساسی، «شرایط عمومی» است که در برابر «شرایط خصوصی» قرار دارد.

۲. اگر چه ماده ۱۹۰ در مقام بیان شرایط عمومی و مشترک اعتبار عقود است اما همه شرایط لازم را بیان نکرده است چنانکه مورد معامله، علاوه بر معین بودن، باید مالیت داشته باشد، مقدور و مشروع باشد و ... (ر.ک. ش ۲ ماده ۲۱۶).

۳. ضمانت اجرای فقدان قصد (م ۱۹۵ق.م) یا تردید و مبهم بودن موضوع و یا عدم مشروعیت جهت معامله (م ۲۱۷ق.م) و فقدان اهلیت در مورد مجنون و صغیر غیر ممیز، «بطلان»، و ضمانت اجرای اکراه (م ۲۰۳ق.م) و فقدان اهلیت در مورد صغیر ممیز و سفیه، «عدم نفوذ» است (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ق.م)؛ بنابراین واژه «صحت» در صدر ماده ۱۹۰ در معنای عام بکار رفته است و همیشه در برابر واژه بطلان قرار ندارد زیرا ضمانت اجرای عدم وجود شرایط، گاه بطلان و گاه عدم نفوذ است؛ به همین دلیل شایسته بود که مقنن به جای واژه «صحت» از «اعتبار» استفاده می نمود (برای اعتبار هر معامله شرایط ذیل اساسی است) تا هم شرط صحت و هم شرط نفوذ هر دو را شامل شود (شهیدی (۲۶)، ص ۱۲۶).

۴. انواع ضمانت اجرا در قوانین موضوعه در خصوص عقود، عبارت‌اند از:

• بطلان (م ۲۱۸ق.م)؛

• عدم نفوذ (م ۶۵ق.م)؛

• قابل فسخ بودن (م ۴۲۴ق.ت)؛

• قابل ابطال بودن (م ۱۳۱ق.ت)؛

• غیر قابل استناد بودن (م ۱۱۸ق.ت. و م ۱۰۰ق.ت).

۵. عقد غیرنافذ در حالت عدم نفوذ مانند عقد باطل است و موجب انتقال مالکیت یا تعهد و ... نیست با این تفاوت که سبب عدم نفوذ آن قابل رفع است، به همین خاطر برخی عقد باطل را به مرده و عقد غیرنافذ را به بیمار تشبیه کرده‌اند (عدل السلطنه (۷)، ص ۱۱۲).

۶. معامله غیرنافذ قابل رد است که در اینصورت باطل می‌شود اما قابل فسخ نیست. چرا که قابلیت فسخ، صفت معامله صحیح و نافذ است و فسخ برای قطع جریان اثر عقد است در حالیکه معامله غیرنافذ به مانند معامله باطل اثری ندارد (م ۲۵۲).

۷. عدم رعایت اساسنامه از سوی هیأت مدیره در فروش اموال غیر منقول شرکت «سهامی»، در مقابل اشخاص ثالث با حسن نیت قابل استناد نیست (م ۱۱۸ ل.ا.ق.ت.) و خدشه‌ای به صحت معامله وارد نمی‌کند؛ اگرچه مدیران در برابر سهام‌داران مسئول خسارات وارده هستند.

مبحث اول: در قصد طرفین و رضای آنها

ماده ۱۹۱: قصد انشاء - اصل رضایی بودن قراردادها

عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.

۱. اراده در قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه و برخلاف حقوق فرانسه، مفهومی بسیط^۱ نیست، بلکه متشکل از دو عنصر رضا و قصد است. این تفکیک به خوبی در ماده ۱۰۷۰ در باب نکاح مشخص است؛ به موجب ماده اخیرالذکر: «رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال گره عقد را اجازه نافذ است مگر اینکه اکراه به درجه‌ای بوده که عاقد فاقد قصد باشد».

۲. انشاء به معنای «ایجاد امر معدوم» و در برابر اخبار قرار دارد که به معنی «اعلام امر موجود» است؛ بنابراین اقرار به وقوع معامله، عمل حقوقی محسوب نمی‌شود زیرا اقرار معامله‌ای را ایجاد نمی‌کند بلکه از وقوع معامله در گذشته خبر می‌دهد.

۳. مراحل شکل‌گیری اراده (شهیدی (۲۶)، ص ۱۲۹):

- ۱- خطور/ ادراک/ تصور: در این مرحله شخص به فکر انعقاد عقد می‌افتد که مرحله‌ای «غیرارادی» است؛
- ۲- سنجش/ تدبیر/ اندیشه: در این مرحله شخص معایب و محاسن انعقاد عقد را بررسی می‌کند؛ «داعی یا محرک یا انگیزه» انعقاد عقد در این مرحله مطرح می‌شود و مهم‌ترین داعی و محرک که شخص را به انعقاد عقد جلب می‌نماید «جهت» نامیده می‌شود (م ۲۰۱)؛
- ۳- رضا/ اشتیاق: اگر نتیجه ارزیابی و سنجش مثبت باشد، شخص شوق انجام معامله را پیدا می‌کند که این اشتیاق درونی جهت انعقاد عقد «رضا» نام دارد؛ در این مرحله شخص تصمیم می‌گیرد که در آینده عقد را انشاء نماید ولی هنوز عقدی را انشاء نکرده است؛ به عبارت دیگر، رضا، برخلاف قصد، جنبه خلاقیت نداشته و چیزی را خلق و ایجاد نمی‌کند؛ به همین دلیل ماده ۱۹۱ مقرر داشته است که عقد «محقق» می‌شود به «قصد انشاء».
- ۴- قصد: در این مرحله شخص، تصمیم خویش را اجرا می‌کند و عقد را انشاء می‌کند؛ مثلاً با امضای قرارداد قصد انشاء خویش را ابراز می‌کند؛ بنابراین قصد با رضا متفاوت بوده و رضا مبنا و پایه قصد محسوب می‌شود.

۱- «بسیط» در لغت به معنی گسترده، ساده (غیر مرکب) و تجزیه ناپذیر است و در برابر «مرکب» قرار دارد.

۴. مراحل شکل‌گیری اراده در طول هم قرار دارند و در صورتی که یکی از این مراحل وجود نداشته باشد مرحله بعدی هم وجود نخواهد داشت؛ به عبارت دیگر، فقدان رضا با فقدان قصد ملازمه دارد، به همین دلیل است که در مبحث اکراه، از «معیوب بودن» رضا سخن گفته می‌شود و نه فقدان آن (م ۲۰۰) (کاتوزیان (۱۱)، ص ۲۲۰).
۵. «قصد انشاء» (اراده باطنی) رکن اساسی و سازنده عقد است و ابراز قصد انشاء (اراده ظاهری) شرط تحقق آن است؛ بنابراین ابراز اراده جنبه اثباتی ندارد بلکه جنبه ثبوتی دارد یعنی اگر اراده باطنی ابراز نشود، در عالم حقوق، اثری ندارد؛ منتها به نظر می‌رسد که لزوم ابراز قصد، به منظور اطلاع طرفین بر اراده یکدیگر و همکاری اراده ایشان در ایجاد عقد است؛ بنابراین در جایی که عقد توسط یک نفر و به نیابت از طرفین انشاء می‌شود استثنائاً، قصد انشاء شخص نماینده برای ایجاد عقد کافی است (شهیدی (۲۶)، ص ۱۴۳).
۶. قصد، به معنای اعلام اراده نیست، بلکه موجد عقد است، زیرا اعلام، اخبار است ولی قصد جنبه انشایی دارد.
۷. اصولاً برای تحقق عقد، بیان و اعلان اراده کافی است و نیازی به ابلاغ اراده به طرف مقابل نیست (کاتوزیان (۵)).
۸. نحوه بیان اراده، علی‌الاصول، «طریقیت» دارد، نه موضوعیت.
۹. در عقد رضایی، اراده به هر نحوی ابراز شود برای تحقق عقد کافی است.
۱۰. عقد اصولاً با ایجاب و قبول کتبی هم واقع می‌شود مگر در موارد خاص مثل نکاح (م ۱۰۶۲ ق.م).
۱۱. منظور از «اراده باطنی»، قصد واقعی طرفین است که اظهار نشده است و منظور از «اراده ظاهری»، قصد ابراز شده‌ای است که از ظواهر امر (مثل متن قرارداد) استنباط می‌شود.
۱۲. مقایسه نظریه اراده باطنی با اراده ظاهری:
- طبق نظریه اراده باطنی قاضی به هنگام تفسیر باید به قصد واقعی طرفین توجه کند و طبق نظریه اراده ظاهری به ظواهر الفاظ و مکتوبات؛
 - طبق نظریه اول، قاضی باید معانی الفاظ در زمان انعقاد عقد را ملاک قرار دهد اما در نظریه دوم، معانی الفاظ در زمان تفسیر ملاک است؛
 - در نظریه اول، برخلاف نظریه دوم، عیوب اراده و جهت معامله، نقش مؤثری در صحت عقد دارد.
۱۳. قانون مدنی ایران بیشتر با نظریه اراده باطنی سازگار است (م ۱۹۱ و ۴۶۳ ق.م). به همین دلیل در صورت تعارض، اراده باطنی بر اراده ظاهری ترجیح دارد؛ البته نظریه اراده ظاهری نیز در برخی مواد به چشم می‌خورد (صدر ماده ۱۹۶ و مواد ۲۱۷ و ۲۲۴ و ۷۵۸).
۱۴. اراده‌ای که با وسایل متعارف و به منظور انعقاد عقد، بیان می‌شود «صریح» محسوب می‌شود؛ در مقابل هرگاه اراده شخص از طریق عملی که به منظور دیگری انجام می‌دهد استنباط شود، یعنی این اراده لازمه عرفی یا عقلی عمل وی باشد، اعلام اراده وی ضمنی محسوب می‌شود

(کاتوزیان (۱۱)، ص ۲۵۶)؛ مانند اینکه الف مالی را به ب پیشنهاد کند و ب همان مال را به ج بفروشد که عمل شخص ب در فروش مال، «قبول ضمنی» محسوب می‌شود.^۱

۱۵. اراده ضمنی از همان اعتبار اراده صریح برخوردار است و فایده تفکیک این دو اراده در جایی است که قانونگذار صراحت اراده را شرط کرده است. مانند عقد نکاح (م ۱۰۶۲ق.م).

ماده ۱۹۲: اعلام اراده با اشاره

در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود.

۱. اشاره در صورت قدرت بر تکلم نیز معتبر است و ماده فوق ناظر بر مورد اغلب است و تقدم لفظ بر اشاره، عرفی است نه قانونی؛ به عبارت دیگر ماده فوق، صرفاً در مقام نشان دادن راه ابراز اراده در موارد عدم امکان تلفظ بوده است و قصد منحصر کردن ابراز اراده از طریق اشاره به شخص لال را نداشته است (شهیدی (۲۶)، ص ۱۴۴ و کاتوزیان (۱۱)، ص ۲۵۸؛ ن.خ: امامی (۲۰)، ص ۸۱)

۲. نکاح در صورتی به اشاره واقع می‌شود که قاصد لال باشد (م ۱۰۶۶ق.م).

۳. «اشاره» در ماده فوق موضوعیت ندارد و هر عملی که مبین قصد و رضا باشد برای تحقق عقد کافی است مثل کتابت (م ۱۹۱ و ۱۹۳ق.م).

ماده ۱۹۳: معاطات

انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.

۱. معاطات، معامله‌ای است که با «داد و ستد» انجام می‌شود (لنگرودی (۲۹)، ص ۱۲۱)

۲. در برخی عقود، بیان اراده در قالب «لفظ» الزامی است و معاطات در آن راه ندارد مانند عقد وقف (م ۵۶)، نکاح (م ۱۰۶۲ق.م) و به اعتقاد برخی، عقد وقف (م ۵۶).

۳. سکوت اصولاً اثری ندارد مگر به حکم قانون (مانند عدم رد ترکه که قبولی محسوب می‌شود، ماده ۲۵ ق.ا.ح) و یا سکوتی که با قرینه همراه باشد مانند سکوتی که متکی بر روابط معاملاتی سابق باشد که عرفاً ممکن است به منزله قبولی تلقی شود.

ماده ۱۹۴: توافق دو اراده (تراضی)

الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشاء معامله می‌نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشته است والا معامله باطل خواهد بود.

۱- طبق ماده ۲۴۲ ق.ا.ح: قبول صریح آن است که به موجب سند رسمی یا عادی به دادگاه اطلاع داده شود و قبول ضمنی آن است که «عملیاتی» در ترکه نمایند که کاشف از قبول ترکه و اداء دیون باشد.

۱. انطباق اراده طرفین در عقد، هم در خصوص نوع عقد صادق است و هم موضوع عقد. به عنوان مثال، اگر مالک عقد بیع را انشاء کند و مخاطب عقد هبه را، به دلیل عدم توافق در نوع عقد، عقدی واقع نمی‌شود؛ همچنین اگر کسی فروش ۱۰ کیلو گندم را به ارزش ۱۰ هزار تومان پیشنهاد کند و طرف مقابل خرید ۵ کیلو به قیمت ۵ هزار تومان را قبول کند، عقد باطل است.

۲. برای تحقق تراضی، توافق بر ارکان عقد کافی است و در سایر موضوعات در فرض سکوت، به حکم عرف و قانون تکمیلی مراجعه می‌شود؛ چنانکه ماده ۳۳۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: پس از توافق بایع و مشتری در «مبیع» و «قیمت آن»، عقد بیع، به ایجاب و قبول واقع می‌شود. بنابراین صرف توافق در مبیع و ثمن کافی است و عدم تعیین محل یا زمان تحویل عوضین خللی به صحت توافق وارد نخواهد نمود.

۳. ایجاب پیشنهادی کامل و قاطع است؛ به این معنا که از یک سو حاوی تمام ارکان اساسی قرارداد مورد نظر است، مثلاً در عقد بیع، مبیع و ثمن در آن معلوم است و از سوی دیگر قاطع است به این معنا که پیشنهاد دهنده قصد دارد تا در صورت انشاء قبولی از سوی مخاطب، عقد واقع گردد و نیازی به تأیید مجدد وی نباشد؛ در صورتی که پیشنهاد، فاقد یکی از شرایط فوق باشد ایجاب محسوب نشده بلکه «دعوت به معامله» است مانند اینکه مالک ملکی به شخصی بگوید ملک خود را به قیمت مناسبی به تو می‌فروشم که در این فرض، پیشنهاد مالک، دعوت به معامله است، نه ایجاب؛ زیرا پیشنهاد وی فاقد یکی از شرایط اساسی صحت بیع (قیمت) است.

۴. برای مطابقت ایجاب و قبول و نتیجتاً تحقق عقد، لازم است که در سه امر مطابقت وجود داشته باشد: ۱- نوع عقد؛ بنابراین اگر مالک پیشنهاد فروش دهد و مخاطب به تصور هبه قبول کند، عقدی واقع نمی‌شود؛ ۲- موضوع عقد؛ بنابراین اگر شخص الف پیشنهاد فروش خانه خود را بدهد و خریدار به تصور فروش خودرو آن را قبول کند عقدی واقع نمی‌شود؛ در فرضی که فروشنده پیشنهاد فروش ده کیلو گندم به مبلغ صد هزار تومان را می‌دهد و خریدار پنج کیلو گندم به مبلغ پنجاه هزار تومان را قبول می‌کند، نیز همین حکم جاری است ۳- مخاطب ایجاب؛ بنابراین اگر مردی پیشنهاد ازدواج به دختر کوچک خانواده‌ای بدهد و دختر بزرگ خانواده اعلام قبولی کند، عقدی واقع نمی‌شود؛ زیرا تنها مخاطب ایجاب است که اصولاً می‌تواند با پذیرش ایجاب، آن را تبدیل به عقد نماید؛ باید دقت نمود که علت بطلان عقد در سه فرض اخیر الذکر، «عدم مطابقت ایجاب با قبول» است و فرقی نمی‌کند که دو طرف می‌دانند که باهم توافق ندارند و یا اینکه به اشتباه تصور می‌کنند که توافق محقق شده است و در صورت تردید، اصل عدم تحقق عقد جریان دارد^۱؛ در حالیکه در مبحث اشتباه اراده طرفین ظاهراً با هم

۱- اصل عدم در جایی جریان دارد که مخالف ظاهر نباشد: بنابراین اگر مالک ملکی جهت پرداخت قسمتی از بدهی خویش به طلبکار، ملک خود را به وی بفروشد و ذیل عنوان فروشنده در مبیعه نامه را امضاء کند و سپس مدعی گردد که

منطبق است اما به دلیل تصور خلاف واقع، توافق طرفین فاقد اثر حقوقی است، به عبارت دیگر عدم مطابقت ایجاب و قبول به منزله عدم وجود سبب و مقتضی است در حالیکه در بحث اشتباه، سبب عقد موجود است اما اشتباه جلوی تأثیر اراده را می‌گیرد و مانع تشکیل عقد می‌شود؛ به همین دلیل یعنی (وقوع ظاهری عقد)، در مبحث اشتباه، اصل بر «صحت» عقد است و مدعی اشتباه باید وجود آن را اثبات نماید.^۱

۵. اعلان مالک در مزایده و حراج ایجاب محسوب می‌شود، چرا که با برنده شدن شرکت کننده در مزایده یا حراج، مالک (فروشنده) باید بدان پای بند باشد مگر خلاف آن شرط شده باشد.

۶. مدت اعتبار ایجاب، در صورت تعیین مدت، محدود به زمان تعیین شده است. چنانچه بدون تعیین وقت دقیق، لفظ «بی‌درنگ و فوراً» برای قبول شرط شده باشد، تشخیص فوری بودن قبول با عرف است و در صورتی که ایجاب، مطلق بوده و محدود به زمان خاصی نشده باشد باز هم اعتبار همیشگی ندارد و محدوده اعتباری آن بسته به مهلت متعارفی است که برای ارزیابی ایجاب و قبول آن لازم است و ملاک تشخیص آن نیز عرف می‌باشد؛ در تعیین مدت اعتبار ایجاب باید وضعیت خاص موجب (نظیر اضطرار در فروش)، وسیله بیان اراده (به لحاظ سرعت انتقال اراده نظیر نامه) نوع کالا (به لحاظ سرعت نوسانات قیمت) را نیز لحاظ نمود. به عنوان نمونه: در کالاهای با نوسان بالا مانند (نرخ دلار یا طلا) مدت اعتبار ایجاب بسیار کوتاه است.

۷. ایجاب کننده، می‌تواند پیش از قبول مخاطب، از ایجاب خود رجوع کند، مگر آنکه صریحاً یا ضمناً این حق را از خود سلب کرده و یا متعهد عدم رجوع شده باشد که در این صورت تا پایان اعتبار ایجاب، رجوع از آن ممکن نیست.

قصد وی دادن وثیقه بوده است نه فروش مال و مدعی گردد که به دلیل عدم تطابق قصد انشاء در نوع عقد، عقد باطل است؛ چنین ادعایی محتاج دلیل است و مالک نمی‌تواند به اصل عدم تحقق عقد متوسل شود چون اظهار وی مخالف ظاهر و امارات قضایی حاکم بر موضوع است. اصل استحکام معاملات نیز موید همین نظر است.

۲- تفکیک اشتباه مانع تراضی از اشتباه مانع تأثیر تراضی (اشتباه به معنای خاص) فایده عملی دیگری نیز دارد و آن اینکه اشتباه به معنای خاص (موضوع مواد ۲۰۰ و ۲۰۱) در صورتی مانع تأثیر تراضی است و عقد را باطل می‌کند که اشتباه صریحاً یا ضمناً (م ۲۲۵ ق.م.) وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد و تصور و گمان درونی و ابراز نشده یکی از طرفین تأثیری در صحت عقد ندارد در حالیکه در اشتباه مانع تراضی (موضوع ماده ۱۹۴)، همین که یکی از طرفین عقدی را انشاء کرده است که با قصد دیگری مطابقت ندارد برای بطلان عقد کافی است و ورود اشتباه در قلمرو تراضی شرط نیست؛ به عبارت دیگر در اشتباه به معنای خاص، اگر وقوع اشتباه، اثبات هم شود ولی در زمان انعقاد عقد وارد قلمرو تراضی طرفین نشده باشد تأثیری ندارد. چنانکه خریداری کالایی را به تصور اینکه ژاپنی و اصل است بخرد و سپس متوجه شود که کالا چینی و غیراصل است و اصل بودن کالا را شرط نکرده باشد و عرف هم دلالتی بر چنین شرطی نداشته باشد (م ۲۲۵) قرارداد صحیح و معتبر است.

۸. در صورتی که ایجاب، همراه با التزام به حفظ آن برای مدت معین باشد، به اعتقاد برخی، مبنای التزام ایجاب‌کننده به حفظ ایجاب مدت‌دار، نظریه «پیش‌قرارداد» است؛ طبق این نظریه چون پیشنهاد مهلت، کاملاً به سود طرف مقابل است سکوت او، قبول ضمنی تلقی می‌شود و چون این قرارداد پیش از انعقاد عقد اصلی محقق می‌شود به آن «پیش‌قرارداد» می‌گویند (کاتوزیان (۱۱)، ص. ۳۱۲).

۹. چنانچه پس از ایجاب، ایجاب‌کننده، قبل از قبولی فوت کند، ایجاب زایل می‌شود؛ اعم از اینکه موجب اصیل باشد یا نماینده؛ اعم از اینکه ایجاب ساده باشد یا همراه با التزام به حفظ آن.

۱۰. قبولی در صورتی معتبر است که اولاً مطلق باشد یعنی رضایی بی‌قید و شرط به مفاد ایجاب باشد؛ ثانیاً توالی عرفی بین ایجاب و قبول در آن رعایت شود (ملاک م ۱۰۶۵ ق.م.)؛ یعنی قبول در مهلت تعیین شده یا متعارف به ایجاب ملحق شود؛ ثالثاً به روش تعیین شده در ایجاب یا به روش متعارف اظهار گردد؛ رابعاً مسبوق به رد نباشد؛ یعنی مخاطب ایجاب قبلاً ایجاب را رد نکرده باشد زیرا با رد ایجاب دیگر ایجابی وجود ندارد که قبول به آن ببیوندد (ملاک ۲۵۰ ق.م.) در صورتی که قبول فاقد شرایط اخیرالذکر باشد، مثلاً چنانچه قبول مشروط باشد یا بعد از زوال اعتبار ایجاب، اظهار گردد، خود، ایجاب جدیدی است که تحقق عقد، مستلزم قبول این ایجاب جدید از سوی مخاطب است.

۱۱. علل زوال ایجاب عبارتند از:

- انقضاء مدت اعتبار ایجاب؛
- فوت یا حجر موجب؛ اعم از اینکه اصیل باشد یا نماینده؛
- فوت یا حجر مخاطب ایجاب؛ مگر در ایجاب عام که فوت یا حجر یکی از مخاطبین، ایجاب را به کلی از بین نمی‌برد و سایرین می‌توانند ایجاب را قبول نمایند.
- رد ایجاب؛
- رجوع از ایجاب، مگر این که ایجاب همراه با التزام (ایجاب ملزم) باشد که رجوع مؤثر نیست^۱؛
- تلف موضوع ایجاب (سالبه به انتفاء موضوع).

۱۲. تعیین زمان انعقاد عقد تابع اراده طرفین است که در صورت سکوت، بنا بر نظریه اراده باطنی که در حقوق ایران رجحان دارد (م ۱۹۱ ق.م.)، ملاک زمان و مکان عقد «اعلان قبول» می‌باشد که به موجب آن تحقق عقد زمانی است که نیت درونی به وسیله‌ای اعلان شود.

۱- اگر چه صرف «ابراز» ایجاب برای «تحقق» آن کافی است ولی «التزام» به مفاد ایجاب منوط به «رسیدن» نامه ایجاب به مخاطب است زیرا از این لحظه است که با حقوق مخاطب ارتباط پیدا می‌کند؛ بنابراین اگر موجب به وسیله‌ای رجوع خود از ایجاب را قبل از رسیدن نامه حاوی ایجاب یا همزمان آن به مخاطب برساند ایجاب بی اعتبار است ولو ایجاب همراه با التزام باشد. موضوع اخیر الذکر در خصوص «قبولی» صادق نیست به این معنی که با اعلان قطعی قبولی، عقد واقع شده و دیگر قبول‌کننده نمی‌تواند از قبولی خویش عدول کند ولو اینکه نامه قبولی هنوز به مخاطب نرسیده باشد (کاتوزیان (۱۱)، ص ۲۵۱).

۱۳. نظریه مورد قبول در عقد مکاتبه‌ای یا عقود میان غائبین (عقودی که متعاقدين در حضور هم نیستند و ارتباط همزمان (*on-line*) هم ندارند)، نظریه «اعلان قبول» است و ارسال نامه قبولی، اماره آن محسوب می‌شود یعنی زمان انعقاد عقد، زمان «تحقق قبول» است که ارسال می‌تواند کاشف از آن باشد، نتیجه آنکه، اصولاً عقد در محل قبول بسته می‌شود و زمان انعقاد آن، تاریخ اعلام قطعی قبولی است؛ باید توجه داشت که صرف انشاء نامه قبولی را نمی‌توان به منزله اعلان قبولی دانست زیرا هنوز قبولی تحت اراده و کنترل کامل شخص قرار دارد و ممکن است وی از ارسال نامه منصرف شود به همین دلیل، ارسال نامه که حاکی از اعلان «قطعی» قبولی است اصولاً، ملاک عمل قرار می‌گیرد.

۱۵. قانون تجارت الکترونیکی ایران، در خصوص زمان انعقاد قرارداد الکترونیکی ساکت است ولی مفهوم ارائه شده از ارسال در ماده ۲۶ این قانون، نظریه ارسال را به نظریه وصول نزدیک نموده است. زیرا طبق این ماده، ارسال داده پیام زمانی تحقق می‌یابد که به یک سیستم اطلاعاتی خارج از کنترل اصل ساز (سازنده یا صادر کننده پیام) یا قائم مقام وی وارد شود. بنابراین اگرچه در این قراردادها هم، هنوز نظریه سنتی ارسال قابل اعمال است ولی مفهوم ارائه شده از ارسال و فاصله کم ارسال و دریافت پیام، از اهمیت این موضوع کاسته است.

۱۴. تعیین زمان تحقق عقد، در موارد زیر مؤثر است:

- عدول از قبول یا ایجاب؛
- تأثیر ورشکستگی یا حجر یا فوت طرفین؛
- زمان التزام به آثار عقد؛
- تعارض قوانین در زمان؛
- محل وقوع عقد.

۱۵. تعیین مکان تحقق عقد، در موارد زیر مؤثر است:

- تعیین قواعد تکمیلی (م ۳۷۵ ق.م.)؛
- تعیین قانون حاکم (م ۹۶۸ ق.م.)؛
- تعیین دادگاه صالح (م ۱۳ ق.آ.د.م.).

۱۶. وعده قرارداد (پیش قرارداد) پیمانی مقدماتی است درباره انعقاد قرارداد مطلوب که میان طرفین بسته می‌شود و هردو یا یکی از آنها را ملتزم به تراضی نهایی می‌کند که شایعترین آن قولنامه خرید و فروش ملک است

۱۷. وعده قرارداد، عمل حقوقی الزام آور و متمایز از وعده اخلاقی است. تنها استثناء آن وعده نکاح است که طرفین را ملزم به اجرا کردن صیغه عقد نمی‌کند. (م ۱۰۳۵ ق.م.)

۱۸. وعده قرارداد، ماهیتاً قراردادی است مستقل از قراردادی که وعده آن داده شده است و اوصاف ویژه خود را دارد؛ به عنوان مثال، وعده قرارداد عقد رضایی محسوب می‌شود ولو عقد نهایی که وعده آن داده شده است تشریفات باشد.

ماده ۱۹۵: فقدان قصد

اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است.

۱. از ملاک ماده فوق چنین بر می‌آید که علاوه بر موارد مذکور، معامله مجنون، صغیر غیرممیز، ساهی (کسی که سهواً کاری را انجام می‌دهد) هازل (شوخی)، مجبور (در اثر اکراه مادی) و معامله صوری نیز به دلیل فقدان قصد باطل است.
۲. معامله شخص معتاد یا بیمار صحیح است مگر اینکه اثبات شود در زمان انعقاد عقد، فاقد اراده بوده‌اند که چنین عقدی معتبر نیست.

ماده ۱۹۶: اصل اصیل بودن متعاقدين - تعهد به نفع ثالث

کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود مع ذلک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.

۱. اصل بر اصیل بودن طرف معامله است و در صورت اختلاف، فرد مدعی نمایندگی، باید اقامه دلیل کند.
۲. با توجه به اصل آزادی قراردادها و امنیت در معاملات، فرض اصالت طرفین، عادلانه به نظر می‌رسد و ماده ۱۹۶ نیز این اصل را مفروض دانسته اما قسمت اخیر آن در امکان اثبات خلاف فرض، «بعد» از انعقاد عقد، ناعادلانه است و برای رفع این ایراد می‌توان چنین برداشت کرد که اثبات اراده باطنی، فقط در ارتباط نماینده و اصیل، قابل استناد است، یعنی برای رجوع نماینده به اصیل (م ۳۵۷ و ۳۷۵ ق.ت. و م ۶ ق بیمه) (کاتوزیان (۳۰)، ش ۳۱۴)؛ اما از «ظاهر» ماده چنین استنباط می‌شود که معامله برای اصیل واقع شده است و طرف مقابل عقد، تنها می‌تواند برای جبران خسارت احتمالی به نماینده‌ای که نمایندگی خود را پنهان کرده رجوع کند؛ در مجموع، پذیرش نظر اول، منطقی‌تر است.
۳. نمایندگی، عبارت است از اینکه شخصی تحت عنوان نماینده در انجام یک عمل حقوقی، به نام و به حساب شخص دیگر اقدام کند، به گونه‌ای که آثار آن عمل حقوقی، به طور مستقیم متوجه آن فرد باشد، نه نماینده.
۴. رابطه نمایندگی و وکالت، عموم و خصوص مطلق است زیرا وکالت از اقسام نمایندگی است.

۵. برای اینکه آثار عقد منعقد شده از سوی نماینده، متوجه منوب عنه گردد، سه شرط لازم است:
- وجود رابطه نمایندگی؛
 - عدم تجاوز نماینده از حدود اختیارات؛
 - اعلام قصد نیابت.
۶. نمایندگی را بر اساس منبع نصب و انتخاب و تعیین حدود اختیارات، می‌توان به نمایندگی قانونی، قضایی و قراردادی و ایقاعی تقسیم کرد:
- الف) نمایندگی قانونی، که در آن منبع اختیارات نماینده قانون است، مثل ولی قهری؛
- ب) نمایندگی قضایی، که در آن، اختیارات نماینده طی حکم دادگاه به وی اعطا می‌شود، مثل امین (۶۴۰ ق.ا.ج.)؛
- ج) نمایندگی قراردادی، که در آن اختیارات نماینده، ناشی از قرارداد است مثل وکیل.
- د) نمایندگی ایقاعی، که در آن اختیارات نماینده، ناشی از اراده اعطا کننده نمایندگی است مانند وصی.
۷. برخی از حقوقدانان به خاطر تعیین قییم از سوی دادگاه، آن را نمایندگی قضایی می‌دانند (صفایی (۳۱)، ص. ۲۲۳).
۸. دادگاه زمانی مبادرت به تعیین نماینده می‌کند که قانون آن را پیش بینی کرده باشد.
۹. در فرض نمایندگی، از آنجا که اراده نماینده، عقد را به وجود می‌آورد، اهلیت وی برای انشاء، شرط اعتبار عقد است و موارد عیوب اراده چون اکراه و اشتباه نیز، نفوذ و اعتبار عقد را از بین می‌برد. فوت یا حجر نماینده پیش از قبول هم، ایجاب را زائل کرده و مانع تشکیل عقد است.
۱۰. ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث، تعهد مستقیم ناشی از قرارداد است، به این معنا که قرارداد، با ایجاب و قبول مشروط‌علیه و مشروط‌له منعقد می‌شود (قرارداد پایه) ولی رابطه‌ای مستقیم بین مشروط‌علیه و ثالث نیز ایجاد می‌کند که رضایت ثالث تنها در بقای آن موثر است؛ به عبارت دیگر تعهد به نفع ثالث، دارای ماهیت ویژه‌ای است که از حیث مبنا و منشا عقد است ولی نسبت به ثالث شبیه ایقاع است (کاتوزیان (۲۳)، ص ۱۸۲).
۱۱. مستنبط از قسمت اخیر ماده ۲۳۱ قانون مدنی، این است که تعهد به نفع شخص ثالث، استثنائی بر اصل نسبی بودن قراردادهای است، بنابراین، ایجاد آن نیاز به قبول ندارد مثل بیمه عمر.
۱۲. «تملیک مال» به سود ثالث، حتی اگر مجانی هم باشد مشمول ماده فوق نیست، و در حکم ایجاب هبه‌ای است که نیاز به قبول و قبض دارد؛ زیرا قسمت اخیر ماده ۱۹۶ استثنا محسوب شده و باید تفسیر محدود شود (م ۲۳۱ ق.م.).
۱۳. قسمت اخیر ماده ۱۹۶، عقد نکاح را در بر نمی‌گیرد و تحقق نکاح نیازمند قبولی ثالث است.
۱۴. تعهد به نفع ثالث در ضمن عقد وقف ممکن نیست زیرا شرط عوض در وقف، باطل است.

۱۵. در تعهد به سود ثالث، قبول وی شرط نیست، اما می‌تواند از پذیرفتن آن امتناع کند. اما اگر قبول کرد، دیگر حق رد نخواهد داشت. به عبارت دیگر، قبول تعهد از سوی ثالث، شرط لزوم و استقرار تعهد است، نه شرط ایجاد آن.
۱۶. برخلاف تعهد به نفع ثالث، تعهد به «فعل» ثالث منوط به قبول ثالث است زیرا صرف توافق متعاقدين الزامی برای ثالث ایجاد نمی‌کند و در صورت تخلف ثالث، مشروط علیه باید جبران خسارت کند.
۱۷. اگر چه طرفین عقد، مجاز به ایجاد تعهد به نفع ثالث می‌باشند، اما نمی‌توانند حتی به واسطه اقاله، حق طرف ثالث را از میان ببرند. یعنی اگر چه اقاله صحیح است ولی خللی به شرط وارد نمی‌کند و ثالث می‌تواند اجرای شرط را از مشروط‌علیه بخواهد (کاتوزیان (۳۲)، ش ۶۴۹). البته مواد ۲۵ و ۲۶ قانون بیمه ۱۳۱۶ استثنائاً به بیمه‌گذار حق می‌دهد که ذینفع در قرارداد بیمه عمر را تغییر داده و یا وجه بیمه را به دیگری منتقل کند.
۱۸. مشروط له نمی‌تواند، مشروط علیه را از اجرای شرط، ابراء کند زیرا چنین عملی مغایر حق ثالث است ولی فسخ عقد پایه اشکالی ندارد و با فسخ عقد پایه، اگر تعهد اجرا نشده باشد، تعهد مشروط علیه از بین می‌رود و چنانچه قبل از فسخ، تعهد اجرا شده باشد و موضوع تعهد، انجام کار باشد، مشروط له باید، اجرت‌المثل آن کار را به مشروط علیه بپردازد و اگر موضوع تعهد تسلیم مال باشد، ثالث باید آن مال را مسترد نماید و در صورتی که آن مال تلف یا منتقل شده باشد، دادن بدل بر عهده مشروط له است، نه شخص ثالث.
۱۹. اگر چه در این ماده، تعهد به نفع شخص ثالث به صورت شرط ضمن عقد آمده است ولی مانع از آن نیست که تعهد به نفع ثالث یکی از عوضین اصلی قرارداد باشد مثل عقد بیمه عمر (وحدت ملاک از ماده ۷۶۸ ق.م).
۲۰. اگر تعهد به نفع ثالث، یکی از عوضین اصلی قرارداد باشد، متعهدله نسبت به اجرای شرط، حق حبس خواهد داشت.
۲۱. در تعهد به نفع ثالث، شخص ثالث به استناد عدم اجرای تعهد، حق فسخ قرارداد را ندارد، چون طرف قرارداد نبوده است و تنها می‌تواند متعهد را به اجرای شرط الزام کند و در صورت عدم امکان الزام، مطالبه خسارت نماید؛ مشروط له هم می‌تواند مانند ثالث، الزام مشروط علیه به اجرای شرط را خواسته و یا مطالبه خسارت کند و برخلاف ثالث، حتی می‌تواند در صورت عدم امکان الزام مشروط علیه به اجرای شرط، قرارداد را فسخ نماید.
۲۲. تعهد به نفع ثالث، ممکن است مجانی باشد یا معوض.
۲۳. متعهد می‌تواند در برابر ثالث به همه ایراداتی که در مقابل متعهدله، قابل استناد بوده، استناد کند. مثلاً اگر بیمه‌گذار حق بیمه را نپرداخته باشد، بیمه‌گر نیز می‌تواند مبلغ شرط شده را به ثالث نپردازد.
۲۴. لزومی ندارد که در تعهد به نفع شخص ثالث، وی در زمان وقوع عقد، وجود داشته و معین شده باشد، کافی است در زمان تحقق طلب موجود و قابل تعیین باشد (م ۷۶۹ ق.م).

۲۵. شخص ثالثی که تعهد به نفع او شده، می‌تواند مستقیماً به متعهد رجوع کند، البته صرف رسیدن سود و نفع از اجرای قرارداد، این حق را برای ثالث به وجود نمی‌آورد، مگر آن که طرفین «قصد ایجاد تعهد» به سود وی را کرده باشند (کاتوزیان (۳۲)، ش. ۶۵۰)؛ به عنوان مثال اگر الف و ب در خصوص آسفالت نمودن راهی توافق نمایند که همسایگان نیز از اجرای این قرارداد سود برند و سپس شخص ب (پیمانکار) از اجرای قرارداد امتناع نماید همسایه شخص الف (کارفرما) نمی‌تواند طرح دعوی نموده و الزام پیمانکار را بخواهد زیرا طرفین قرارداد قصد ایجاد تعهد به سود وی را نداشته‌اند اگر چه همسایه از اجرای قرارداد سود می‌برد.

۲۶. در تعهد به نفع ثالث، با فوت منتفع، حق به ورثه او منتقل نمی‌شود مگر شرط خلاف شده باشد (ر.ک.ش ۲، م ۷۶۹ ق.م.).

۲۷. در صورتی که امکان اجرای تعهد به سود ثالث، منتفی گردد، این شرط ضمنی وجود دارد که متعهد باید شرط را به سود «مشروطه» ایفاء کند (م ۲۴ ق.بیمه) (کاتوزیان (۳۲)، ش. ۶۹۹)؛ بنابراین در صورت عدم قبول حق از سوی ثالث یا موجود نشدن او در زمان تحقق حق یا عدم امکان تعیین ثالث، حق به نفع مشروطه اجرا می‌شود؛ منتها اگر ثالث حق را قبول کند و سپس آن را ساقط نماید یا فوت نماید حق به مشروطه منتقل نمی‌شود.

ماده ۱۹۷: معامله برای صاحب عین

در صورتی که ثَمَن یا مَثْمَن معامله عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود.

۱. معامله فضولی در ظاهر بین فضول و اصیل منعقد می‌شود ولی در واقع رابطه قراردادی بین اصیل و مالک (صاحب مال) ایجاد می‌شود.
۲. منظور از عبارت «آن معامله برای صاحب عین خواهد بود» این است که اختیار رد یا تنفیذ معامله با صاحب عین است.

ماده ۱۹۸: وکالت در انعقاد عقد

ممکن است طرفین یا یکی از آنها به وکالت از غیر اقدام بنمایند و نیز ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به عمل آورد.

۱. ماده فوق، اختصاص به وکالت و نمایندگی قراردادی ندارد، بلکه نمایندگی قانونی و قضایی را نیز در برمی‌گیرد؛ قرار گرفتن ماده فوق در بخش قواعد عمومی نیز این نظر را تقویت می‌کند و به نظر می‌رسد ذکر واژه «وکالت» به جای نمایندگی، به واسطه رواج بیشتر آن نسبت به سایر نمایندگی‌ها است (اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند).

۲. قسمت اخیر ماده مبین کافی بودن تعدد اعتباری در ایجاب و قبول است؛ یعنی یک نفر می‌تواند به اعتباری بیان کننده ایجاب و به اعتبار دیگری بیان کننده قبول باشد و نیازی به تعدد فیزیکی موجب و قابل نیست.
۳. اگر چه قسمت اخیر ماده ۱۹۸ ناظر به معامله با خود دانسته شده است اما واقعیت این است که مصداق واقعی معامله با خود در فرضی است که شخص از یک طرف اصیل و از سوی دیگر به عنوان نماینده عمل می‌کند.
۴. طبق نظر مشهور فقهای امامیه، در وکالت مطلق، معامله با خود صحیح نیست زیرا اصل بر عدم جواز تصرف در مال غیر است، مگر اینکه خود موکل اذن داده باشد (شهیدی (۳۳)، ص. ۳۸۵؛ طباطبایی (۳۴)، ص. ۱۴۹).
۵. از مواد قانونی از جمله ماده ۱۹۸ قانون مدنی، چنین برمی‌آید که انعقاد قرارداد با خود، علی‌الاصول معتبر است، مگر با منع قانونی مواجه باشد مانند معامله قیّم با مولی علیه خویش که باطل است، (مواد ۱۲۴۰، ۱۲۴۱ ق.م.) یا آنکه قانون آنرا مشروط به رعایت شرایطی کرده باشد مانند معامله مدیران شرکت‌های سهامی با شرکت (ماده ۱۲۹ ل.ا.ق.ت. مصوب ۱۳۴۷) یا طرف معامله قرار گرفتن حق العمل کار که مشروط بر این است که کالای موضوع معامله مظنه بورسی یا بازاری داشته باشد (م ۳۷۳ ق.ت.) و یا از جمله قراردادهایی باشد که شخصیت طرف عقد در آن اهمیت عمده‌ای داشته باشد مانند نکاح (م ۱۰۷۲ ق.م.).
۶. طبق ظاهر قانون مدنی، معامله با خود در امور مالی اصولاً مجاز و در امور غیر مالی اصولاً غیر مجاز است (ملاک ماده ۱۰۷۲ ق.م.).
۷. طبق ظاهر قانون مدنی، برخلاف قیّم (م ۱۲۴۰ ق.م.) معامله با خود، از سوی وصی و ولی قهری اصولاً صحیح است.

ماده ۱۹۹: اثر اشتباه و اکراه

رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست.

۱. عیوب اراده در نظام حقوق ما، محدود به اشتباه و اکراه است و قانون مدنی تدلیس و غبن را از عیوب اراده ندانسته و عقد را در این موارد، صحیح و البته قابل فسخ می‌داند.
۲. اشتباه به معنای تصور یا پندار خلاف واقعی است که در انجام یک عمل حقوقی وجود دارد (ما وَقَعَ لَمْ يُقْضَ و ما قُضِيَ لَمْ يَقَعْ).
۳. اگر چه واژه «اشتباه» در ماده ۱۹۹ مطلق است ولی هر نوع اشتباهی عقد را باطل نمی‌کند و مستنبت از مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون مدنی این است که اشتباه در صورتی موجب بطلان عقد است که ناشی از اشتباه در خود موضوع معامله (م ۲۰۰) یا در شخصیت طرف معامله‌ای که شخصیت وی علت عمده عقد است (م ۲۰۱) باشد.

۴. واژه «رضا» در ماده ۱۹۹ در معنای عام و مترادف «اراده» است که هم «قصد» را در بر می‌گیرد و هم «رضا» به معنای خاص کلمه را؛ زیرا «اشتباه» به «قصد» شخص ضربه می‌زند و «اکراه» به «رضای» او.
۵. عبارت «موجب نفوذ معامله نیست»، در معنای عام یعنی «عدم صحت» معامله به کار رفته است که اعم از بطلان و عدم نفوذ است؛ زیرا اشتباه به معنای خاص موجب بطلان عقد و اکراه به معنای خاص موجب عدم نفوذ عقد است.
۶. اشتباهاتی که مانع تشکیل عقد می‌گردد و در این فروض عقد باطل است:
- اشتباه در ماهیت و نوع عقد، که مانع از تراضی است، مثل اینکه مخاطب تصور کند که عقد هبه است در حالیکه در واقع بیع باشد (م ۱۹۴)؛
 - اشتباه در ماهیت و ذات مورد (موضوع) عقد که به دلیل عدم تطابق ایجاب و قبول باطل است. مثل اینکه شخص قصد فروش خانه را دارد و طرف مقابل تصور می‌کند او قصد فروش اتومبیل خود را دارد؛
۷. اشتباهاتی که مانع تأثیر اراده شده و عقد در این فروض باطل است (اشتباه به معنای خاص):
- اشتباه در صورت عرفی موضوع معامله یا اوصاف جوهری آن، یعنی اوصافی که در «عرف»، موضوع معامله را از سایر اشیاء متمایز می‌کند، مثل طلا یا نقره بودن برای انگشتر (م ۳۵۳ ق.م)؛
 - اشتباه در کمیت مورد معامله در صورتی که کمیت جنبه اصلی داشته و جزء مبیع باشد (م ۳۸۴ ق.م)؛
 - اشتباه در خود موضوع معامله که منظور اشتباه در وصف ذاتی و «اساسی» موضوع معامله است که مورد نظر شخص «معامله‌کننده» بوده است؛ البته طبق ظاهر قانون مدنی اشتباه در خود موضوع معامله، موجب عدم نفوذ است، اما «بطلان» آن با منطبق حقوقی سازگارتر است؛ (ملاک مواد ۳۵۶ و ۷۶۲ ق.م)؛
 - اشتباه در طرف معامله، اعم از اینکه اشتباه در هویت مدنی باشد یا در اوصاف اساسی، مشروط بر اینکه شخصیت طرف، علت عمده عقد بوده باشد (ر.ک.ش ۵۰۴، م ۲۰۱ ق.م)؛
۸. اشتباهاتی که سبب پیدایش حق فسخ می‌گردند عبارت‌اند از:
- اشتباه در اوصاف مهم عقد؛ مشروط بر اینکه وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد؛
 - اشتباه در اوصاف عَرَضی یا غیر مهم یا فرعی موضوع معامله؛ مشروط بر این که وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد، مثل اینکه گفته شود، رنگ فرش طبیعی است در حالیکه شیمیایی است (م ۲۳۵ و ۴۱۰ ق.م)؛
 - اشتباه فاحش در قیمت و ارزش مورد معامله که سبب ایجاد خیار غبن می‌گردد (مواد ۱۱۴۱۶ و ۴۲۶)؛ البته اگر اشتباه در ارزش و بها ناشی از خود موضوع معامله باشد (مانند عتیقه بودن مال) معامله باطل است و یا اگر این اشتباه مانع تراضی باشد مانند زمانی که قیمت به تومان گفته می‌شود و مخاطب آن را به ریال تصور می‌کند؛ این اشتباه سبب بطلان خواهد بود.

- اشتباه در کمیت مورد معامله در صورتی که کمیت جنبه فرعی داشته و «وصف» مبیع باشد (م.۳۵۵.ق.م.)؛
- اشتباه ناشی از تدلیس (م.۴۳۸) به شرط غیر اساسی بودن، حق فسخ ایجاد می‌کند، اما اگر علت عمده عقد باشد، چون اراده فرد آگاهانه شکل نگرفته است، موجب بطلان خواهد بود؛ به عبارت دیگر در تعارض اشتباه در وصف اساسی با تدلیس یا غبن، «اشتباه» مقدم است و عقد باطل می‌باشد.
- ۹. اشتباهات بی تاثیر در سرنوشت عقد:
 - اشتباه جزئی (غیرفاحش) در قیمت؛
 - اشتباه در اوصاف به شرط آنکه وارد قلمرو تراضی طرفین نشده باشد؛
 - اشتباه در طرف معامله، چنانچه علت عمده عقد نبوده باشد؛
 - اشتباه در اغراض و انگیزه‌ها.
- ۱۰. در صورتی که اراده انشایی طرفین با اراده حقیقی آنها یکسان باشد ولی نتیجه حاصله از عقد، با داعی و انگیزه آنها منطبق نباشد، عقد صحیح است؛ به عنوان مثال، چنانچه شخصی خانه‌ای را جهت تحصیل در شهر تهران اجاره کند و بعداً به دلیل عدم قبولی در دانشگاه‌های تهران، نیازی به آن خانه نداشته و نتواند از آن استفاده کند، این امر تأثیری در عقد اجاره ندارد مگر خلاف آن شرط شده باشد.

ماده ۲۰۰: اشتباه در خود موضوع معامله

اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد.

۱. شرایط تاثیر اشتباه عبارت است از:

- اشتباه مربوط به علت عمده عقد باشد به طوری که در لحظه انشاء عقد، شخص آن وصف را مد نظر خود قرارداده و اگر شخص فقدان آن وصف را می‌دانست، آن عقد را منعقد نمی‌کرد؛
- اشتباه یکی از طرفین کافی است، مشروط بر اینکه این اشتباه وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد. خواه به طور ضمنی یا صریح؛ به عنوان مثال اگر کسی چوبی را به قصد ساختن مبل بخرد در حالی که ساخت مبل از آن چوب ممکن نیست اگر این قصد وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد و فروشنده از آن مطلع باشد، عقد به واسطه اشتباه در وصف اساسی، باطل است و گرنه عقد صحیح بوده و خریدار هیچ حقی ندارد زیرا در مبحث اشتباه، استثنائاً، اراده ظاهری بر اراده باطنی مقدم است؛
- اشتباه قابل عفو باشد و ناشی از غفلت عمده فرد نباشد؛ در تشخیص این امر، سن، تجربه و حرفه فرد، ملاک قرار داده می‌شود.

۲. در تاثیرگذاری اشتباه، تفاوتی ندارد که اشتباه، ناشی از جهل به حکم (قانون) یا موضوع باشد و یا بر اثر تدلیس مخاطب و یا آنکه این اشتباه از سوی خریدار باشد یا فروشنده.
۳. اشتباه در اوصاف مهم (ولی غیراساسی) عقد موجب حق فسخ است، نه بطلان.
۴. غبن فاحش در نتیجه اشتباه در خود موضوع معامله موجب بطلان است، نه حق فسخ.
۵. «خود» ترجمه کلمه «*substance*» در ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه است که در لغت به معنی ذات هم آمده است و مطابق نظریه نوعی، «خود» معادل «جنس» است یعنی ماده‌ای که کالا از آن ساخته می‌شود (م ۳۵۳ ق.م.)؛ به عنوان مثال اگر مجسمه‌ای به عنوان طلا فروخته شود و بعد کشف شود که آب طلا بوده است، بیع باطل است منتها در جایی که وصف دیگری از نظر طرفین جنبه اساسی دارد مانند مجسمه‌ساز معروف آن مجسمه، بنابر نظریه شخصی، دیگر جنس، خود موضوع معامله محسوب نمی‌شود و ساخته شدن آن مجسمه توسط هنرمند معروف وصف اساسی است که جانشین ذات گشته و در صورتی که معلوم شود مجسمه توسط هنرمند معروف اعلام شده ساخته نشده است بیع باطل است ولو مجسمه از طلا باشد؛ بنابراین رابطه «جنس» با «خود موضوع معامله» رابطه عموم و خصوص من وجه است به این معنا که گاه خود موضوع معامله، همان جنس مورد معامله است و گاه نیز منظور از خود موضوع معامله، وصف اساسی دیگری است که به آن «وصف جانشین ذات» می‌گویند.
۶. در تعیین وصف اساسی، ابتدا باید اراده واقعی طرفین اعم از صریح یا ضمنی را کشف نمود و در صورت فقدان آن، اراده مفروض طرفین (عرف) ملاک عمل است؛ با این تفاوت که اگر شخصی مدعی شود که وصف خاصی مد نظر بوده است (وصف اساسی شخصی) باید ورود آن در قلمرو تراضی طرفین را اثبات کند در حالیکه، وصف اساسی عرفی نیازی به اثبات ندارد زیرا امر متعارف به منزله ذکر در عقد است (م ۲۲۵)؛ به عنوان مثال اگر شخص وارد بدل فروشی شود و انگشتری را به قیمت ارزانی خریداری کند و سپس مدعی شود که تصور می‌کرده است که انگشتر طلا است، تصور اشتباه وی تأثیری در صحت عقد ندارد اما اگر شخصی وارد طلا فروشی شود و انگشتری را به قیمت تقریبی معادل طلا بخرد و بعداً معلوم شود که بدل است بیع باطل است ولو در معامله ذکر نشده باشد که جنس انگشتر طلا است زیرا متعارف آن است که طلا فروشی، انگشتر طلا می‌فروشد، نه بدل و همین امر متعارف به منزله ذکر در عقد است.
۷. ظاهر ماده، اشتباه در خود موضوع معامله را موجب عدم نفوذ عقد دانسته است در حالیکه اشتباه خدشه به قصد وارد می‌کند و نه رضا؛ بنابراین با توجه به مبنای اشتباه و با وحدت ملاک از مواد ۳۵۳ و ۷۶۲ ق.م، ضمانت اجرای اشتباه در خود موضوع معامله «بطلان» عقد است.

ماده ۲۰۱: اشتباه در شخصیت طرف معامله (اشتباه در عاقد)

اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد.

۱. واژه «خلل» در این ماده، به معنای «بطلان» است (وحدت ملاک از ماده ۷۶۲ ق.م).
۲. اشتباه در شخص طرف، اعم از اشتباه در هویت مادی (جسمی)، مدنی یا اوصاف اساسی فرد است.
۳. اثبات عمده و اساسی بودن اشتباه با مشتبه است؛ نحوه نگارش ماده که اصل را بر عدم تأثیر اشتباه قرار داده است نیز موید همین برداشت است؛ به ویژه این که غالباً عوضین رکن قرارداد به شمار می‌آیند، نه متعاقدین. با وجود این، اصل «علت عمده نبودن شخصیت طرف قرارداد» تا جایی اعتبار دارد که مخالف ظواهر حاکم بر قضیه نباشد بنابراین در قراردادهای رایگان و یا قراردادهایی که نیاز به مهارت و تخصص بالا دارد (وکیل، پزشک، هنرمند) و یا شراکت در شرکت‌های تضامنی یا نسبی، ظاهر بر این است که شخصیت طرف، علت عمده عقد است.
۴. اشتباه در اوصاف اساسی همسر در عقد نکاح حتی اگر شرط شده باشد، موجب «خیار فسخ» است، نه بطلان (م ۱۱۲۸ ق.م) مگر اینکه اشتباه در «هویت مادی» طرف باشد که مانع تراضی است.
۵. اشتباه در هویت جسمی و مادی مانع تحقق عقد است ولو در قراردادهایی که شخصیت طرف اهمیتی ندارد (م ۱۹۴ ق.م). زیرا قبول باید از مخاطب ایجاب صادر شود و فقط مخاطب ایجاب می‌تواند این موجود اقتضایی را به مرحله نهایی برساند (لنگرودی).
۶. واژه «علت» در این ماده به معنای علت «غایی» است، نه علت فاعلی (کاتوزیان (۵)، ص ۲۰۱)، برخلاف مستفید بلا جهت که در آنجا علت به معنای علت فاعلی است^۱ (م ۷۶۵ ق.م).

ماده ۲۰۲: موضوع اکراه - شرط موثر بودن اکراه

اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که موثر در هر شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبرو خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود.

۱. اکراه عبارت است از ایجاد بیم و هراس و فشار غیرعادی و غیرقابل تحمل و نامشروع در یک شخص که وی برخلاف رضای خود به انجام معامله‌ای که مورد نظر اکراه‌کننده است، تن دهد، به گونه‌ای که در اثر این فشار، آزادی تصمیم گرفتن از فرد سلب شود.

۱. انجام اعمال تهدید کننده و اکراه آمیز (م ۲۰۸ ق.م).
۲. شرایط تحقق اکراه:
 ۱. نامشروع بودن وسیله یا هدف اکراه (م ۲۰۷ ق.م).
 ۲. رابطه سببیت و موثر افتادن اکراه (م ۲۰۲ و ۲۰۵ ق.م).

۱- منظور از علت غایی، هدف و انگیزه اصلی معامل از انعقاد عقد است و در مقابل منظور از علت فاعلی، سبب و علت ایجاد اثر حقوقی است؛ به عنوان مثال هر تملکی باید مستند به یک سبب و علت قانونی باشد که از آن‌ها با عنوان اسباب تملک یاد می‌شود (م ۱۴۰ ق.م) مانند ارث یا قرارداد که این موارد علت فاعلی محسوب می‌شوند.

۳. برای تحقق اکراه، باید اعمال تهدید کننده و اکراه آمیز از سوی مُکرِه اعم از اینکه طرف معامله باشد یا «نباشد»، (م ۲۰۳ ق.م)، نسبت به جان، مال یا آبروی اکراه شونده (مکره) و یا نزدیکانش صورت بگیرد و این اکراه در «فرد مُکره» موثر واقع شود (م ۲۰۲ و ۲۰۵ ق.م).
۴. قید عادتاً قابل تحمل نباشد، بیانگر ملاک «نوعی» است و توجه به سن، شخصیت، اخلاق و مرد یا زن بودن، بیانگر ملاک «شخصی» است، در تعارض این دو بند، ملاک «شخصی» ارجح است و فایده ملاک نوعی در «تحمل بار اثبات دعوی» است.
۵. منظور از واژه «باشعوری» در عبارت «مؤثر در هر شخص باشعوری»، «شخص متعارف» (Reasonable Person) است.
۶. وسیله هنگامی مشروع و مباح است که شخص به موجب قانون حق به کار بردن آن را داشته باشد، مثل تهدید به رجوع به دادگاه.
۷. تهدید مشروع، تهدیدی است که بنا به آن امتیازی خارج از حدود، و زیاده بر حق به دست نیامده باشد.
۸. باید میان اعمال فشار و یا ایجاد بیم و هراس و رضای به عقد، رابطه سببیت وجود داشته باشد.
۹. اکراه زمانی موثر است که به منظور وادار ساختن فرد به انعقاد عقد باشد.
۱۰. در اکراه، اراده متعامل «آزادانه» شکل نمی‌گیرد و در اشتباه، اراده متعامل «آگاهانه».

ماده ۲۰۳: اثر اکراه - اکراه از طرف خارجی

- اکراه موجب عدم نفوذ معامله است اگر چه از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین واقع شود.
۱. اکراه در اصل به واسطه «معیوب بودن رضا»، غیر نافذ است.
۲. چنانچه اکراه به درجه‌ای باشد که قصد را زایل کند، به واسطه «فقدان قصد»، عقد باطل خواهد بود (م ۱۰۷۰ ق.م).
۳. اکراه از حیث «درجه شدت» به مادی و معنوی تقسیم می‌شود: اکراه معنوی «رضا» را معیوب می‌کند و اکراه مادی موجب «زوال قصد» می‌گردد؛ چنانچه اکراه کننده، متعاقد را با تهدید به انتشار عکس‌هایی از وی به انعقاد عقد مجبور کند، اکراه «معنوی» محسوب شده و عقد «غیر نافذ» است، اما اگر اکراه کننده دست متعاقد را بگیرد و به اجبار، برگه عقد را امضا کند، اکراه «مادی» بوده (اجبار) و عقد «باطل» است.
۴. طبق نظر مشهور فقها، اکراه در ایقاع موجب «بطلان» است، نه عدم نفوذ.
۵. اگر ایقاع را تابع قواعد عمومی قراردادها و به تبع آن ایقاع اکراهی را هم اصولاً غیر نافذ بدانیم باز هم بی شک ایقاع اکراهی در موارد زیر باطل است:
- مواردی که «مباشرت» شخص شرط است، مانند رجوع؛
 - طلاق؛
 - مواردی که اعمال حق «فوری» است، مثل خیار غبن و اخذ به شفعه.



۶. اگر چه از جمع مواد ۲۵۷ و ۲۵۸ ق.م کشف حقیقی استنباط می‌شود ولی غالب حقوقدانان با وحدت ملاک از ماده ۲۵۸ ق.م در باب عقد فضولی، اثر اجازه در اکراه را «کشف حکمی» دانسته‌اند (کاتوزیان(۱۱)، ص. ۵۴۰).

ماده ۲۰۴: تهدید نزدیکان

تهدید طرف معامله در نفس یا جان یا آبروی اقوام نزدیک او از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد موجب اکراه است. در مورد این ماده تشخیص نزدیکی درجه برای مؤثر بودن اکراه بسته به نظر عرف است.

۱. تهدید در نزدیکان فرد، باید به گونه‌ای باشد که در اراده «فرد متعامل» مؤثر واقع شود، نه اراده نزدیکان.
۲. ماده فوق جنبه «تمثیلی» دارد و چنانچه تأثیر تهدید دوستان و سایر نزدیکان و یا حتی تهدید به خودکشی در اراده فرد متعامل ثابت شود، معامله غیرنافذ خواهد بود.^۱
۳. اگرچه نفس در لغت به معنای جان است، اما به نظر می‌رسد در ماده فوق، منظور از نفس، مال بوده است (اذا اجتماعاً افتراقاً)؛

۴. تهدید نسبت به اموال نزدیکان نیز اگر در فرد متعامل مؤثر افتد، اکراه محسوب می‌شود؛ منتها برخی از حقوقدانان تهدید به مال نزدیکان را در صورتی اکراه تلقی می‌کنند که منتج به صدمه بدنی یا آبرویی گردد (کاتوزیان(۵)، ص. ۲۰۶)؛ مانند تهدید به سرقت یا اتلاف مخزن اکسیژن بیمار.

ماده ۲۰۵: شرط مؤثر بودن اکراه

هرگاه شخصی که تهدید شده است بداند که تهدید کننده نمی‌تواند تهدید خود را به موقع اجرا گذارد و یا خود شخص مزبور قادر باشد بر اینکه بدون مشقت اکراه را از خود دفع کند و معامله را واقع نسازد آن شخص مکره محسوب نمی‌شود.
۱. ماده فوق بیانگر شرط «مؤثر بودن» اکراه است یعنی باید بین اکراه و انجام عمل، رابطه سببیت وجود داشته باشد.

ماده ۲۰۶: اثر اضطرار

اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود.

۱. معامله مضطر، برخلاف مکره، «مطلقاً صحیح» است. زیرا اولاً اگر معامله مضطر را صحیح ندانیم، به ضرر خود مضطر است؛ ثانیاً اجبار مضطر در نتیجه اوضاع و احوالی است که او را مجبور به انعقاد قرارداد «معینی» نمی‌کند، بلکه مضطر برای رفع ضرر بیشتر، خود آزادانه ضرر کمتر را بر می‌گزیند و بدان رضایت می‌دهد. اصل استحکام معاملات نیز مؤید صحت معامله مضطر است.

۱- طبق «ظاهر» قانون مدنی، تهدید نسبت به «مال» اقوام نزدیک و تهدید نسبت به «دوست» و «اقوام دور» موجب اکراه نیست.

۲. سوء استفاده از اضطرار یا ایجاد آن به منظور اجبار طرف معامله «اکراه» محسوب می‌شود (کاتوزیان (۵)، ص ۲۰۳)، مثل پزشکی که از وضعیت نامناسب بیمار سوء استفاده کرده و درمان او را منوط به پرداخت دستمزد گراف می‌نماید. به همین دلیل ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران مقرر می‌دارد که: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین بوسیله دادگاه باطل یا تغییر داده شود...»

ماده ۲۰۷: اکراه مشروع

ملزم شدن شخص به انشاء معامله به حکم مقامات صالحه قانونی اکراه محسوب نمی‌شود.

ماده ۲۰۸: شرط انجام اعمال اکراه آمیز

مجرد خوف از کسی بدون آنکه از طرف آن کس تهدیدی شده باشد اکراه محسوب نمی‌شود.

۱. اگر خوف مقدمه‌ای برای ارباب و وادار کردن فرد به معامله باشد، تهدید ضمنی محسوب شده و از موارد اکراه می‌باشد (کاتوزیان (۱۱)، ص ۵۰۶).
۲. اگر مبنای خوف، اخلاقی و معنوی باشد، اکراه محسوب نمی‌شود. مثل ترس از ناراحت شدن والدین.

ماده ۲۰۹: امضاء معامله اکراهی

امضاء معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است.

۱. منظور از «امضاء معامله»، «تنفیذ یا اجازه معامله» است.
۲. اجازه موجب نفوذ معامله است (م ۲۰۹)، مگر آن که مسبوق به رد باشد (ملاک م ۲۵۰ ق.م).
۳. از وحدت ملاک ماده ۲۵۸ ق.م. چنین استنباط می‌شود که تأثیر تنفیذ در «منافع» نسبت به «گذشته» و در «ملکیت» نسبت به «آینده» است (نظریه کشف حکمی).
۴. امضای مکره زمانی موجب نفوذ عقد است که رضا به واسطه اکراه معنوی خدشه دار شده باشد و در اکراه مادی که قصد زایل شده است، موثر نمی‌باشد. مثل انعقاد عقد در حالت هیپنوتیزم.
۵. اگر وکیل تحت تأثیر اکراه مال موضوع وکالت را بفروشد، عقد بیع هم توسط وکیل قابل تنفیذ است و هم موکل.
۶. در صورت فوت مکره، اجازه یا رد معامله اکراهی با ورثه است؛ اعم از اینکه عقد عهدی باشد یا تملیکی.
۷. اگر چه تا قبل از تنفیذ عقد اکراهی، عقد غیرنافذ است ولی طرف قرارداد، حق بر هم زدن آن را اصولاً ندارد (ملاک ماده ۲۵۲ ق.م.) و حتی فوت وی نیز قرارداد را منحل نمی‌کند.
۸. اگر در عقد بیع فروشنده و خریدار تحت تأثیر اکراه شخص ثالثی، وادار به انعقاد بیع شوند، عقد از هر دو طرف غیرنافذ محسوب شده و نفوذ آن منوط به تنفیذ هر دو طرف است و رد عقد از سوی هر یک از طرفین، عقد را باطل می‌کند.

مبحث دوم: در اهلیت طرفین

ماده ۲۱۰: شرط اهل بودن متعاقدين

متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند.

۱. به اعتقاد برخی عدم اهلیت برای معامله ممکن است عام باشد (مانند عدم اهلیت صغیر) یا خاص باشد (مانند عدم اهلیت قیّم برای معامله با مولی علیه خویش) و اهلیت در این ماده ناظر به «اهلیت عام» است (کاتوزیان (۵)، ص. ۲۰۸)؛ با وجود این، به نظر می‌رسد چنین تقسیم بندی دقیق نباشد زیرا عدم امکان معامله قیّم با مولی علیه خویش (م. ۱۲۴) به دلیل فقدان اهلیت «تمتع» است و ارتباطی به حجر (عدم اهلیت استیفا) ندارد؛ به عبارت دیگر، موارد فوق الذکر از یک سنخ نیستند، توضیح آنکه عدم اهلیت تمتع وضعیت شخصی است که فاقد حق بوده و نتیجتاً نمی‌تواند به طور مستقیم یا توسط نماینده خود، در مقام اعمال حق قرار گیرد زیرا اجرای حق، فرع بر داشتن حق است؛ در مقابل عدم اهلیت استیفا (حجر) وضعیت شخصی است که نمی‌تواند به طور مستقیم حق خویش را اجرا کند اما می‌تواند این حق را از طریق نماینده قانونی خود اجرا کرده و طرف معامله قرار گیرد.
۲. کارمندان دولت صلاحیت معامله با دولت را ندارند (لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲).

ماده ۲۱۱: اشخاص اهل

برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند.

۱. سن بلوغ در پسران ۱۵ سال و در دختران ۹ سال تمام «قمری» است (تبصره ۱ ماده ۲۱۰ ا.ق.م).
۲. قانون مدنی در خصوص سن رشد ساکت است ولی رویه قضایی و اداری اثبات رشد را برای افراد ۱۸ سال تمام لازم نمی‌داند و آن را به افراد بالغ کمتر از ۱۸ سال اختصاص داده است؛ لذا اصولاً سن لازم برای انعقاد معامله ۱۸ سال شمسی است (نظریه مشورتی (۶)، ش. ۷۰/۲/۱۱-۷/۹۳۴).

ماده ۲۱۲: معامله با مجبورین

معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است.

۱. اگر چه ماده ۲۱۲ ضمانت اجرای معامله مجبورین را «بطال» دانسته است ولی از مواد ۱۲۰۷ تا ۱۲۱۴ چنین استنباط می‌شود که در برخی موارد عدم اهلیت، موجب بطلان و در برخی موارد موجب عدم نفوذ و گاه تأثیری بر اعتبار قرارداد ندارد؛ چنانکه معامله مجنون و صغیر غیرممیز، همیشه «باطل» و معامله صغیر ممیز و غیر رشید، غالباً «غیر نافذ» و در مورد تملکات «مجانی»، «نافذ» است^۱ (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴).

۱- آنچه مسلم است، ضرورت اصلاح و بازنگری در مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ است که هم در موضوع (مفهوم مجبور) و هم در حکم (ضمانت اجرای معامله مجبورین) مجمل و متعارض است.

۲. از آنجا که حجر صغیر ممیز جنبه حمایتی دارد، به نظر قانونگذار، اعمال حقوقی صغیر ممیز باطل نیست و نفوذ آن منوط به اراده ولی یا قیم کودک است.
۳. تصرف سفیه در اموال و حقوق مالی اش بدون اذن ولی یا قیم، غیرنافذ بوده و با تنفیذ نماینده قانونی او معتبر خواهد بود اما تملکات رایگان از جانب سفیه مانند قبول هبه، وصیت و صلح بی عوض، یا اعطای وکالت به دیگران در این امور و یا اعمال و اقدامات او در امور غیرمالی مانند نکاح، نافذ است.
۴. در خصوص مجنون ادواری که شخص در آن، مدتی در حال جنون است و مدت دیگر افاقه پیدا می کند و باز دچار جنون می شود، در صورت صدور حکم جنون از سوی دادگاه، این حکم «اماره ای» بر بطلان همه معاملات مجنون خواهد بود و فردی که افاقه مجنون در حالت انعقاد عقد را ادعا می کند باید اقامه دلیل کند و نمی تواند با وجود این اماره به اصل صحت (م ۲۲۳ ق.م) استناد نماید.

ماده ۲۱۳: معامله با محجورین

معامله محجورین نافذ نیست.

۱. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، واژه محجور در این ماده به معنای «مفلس» و «ورشکسته» می باشد (کاتوزیان (۵)، ص. ۲۰۹).

مبحث سوم: در مورد معامله

ماده ۲۱۴: مورد معامله

- مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می کنند.
۱. منظور از «مورد معامله» در ماده فوق، «متعلق موضوع تعهد» است که متمایز از موضوع عقد و موضوع تعهد است؛ به عبارت دیگر، مورد معامله در معنای دقیق خود که همان ماهیت اعتباری عقد است به کار نرفته است که در این معنا مترادف با «موضوع عقد» است:
- «موضوع عقد»، عمل و فرایند حقوقی است که طرفین عقد به منظور محقق ساختن آن به انعقاد عقد با یکدیگر مبادرت می کنند. مثلاً اگر هدف طرفین تملیک عین معین به عوض معلوم باشد، موضوع عقد بیع است؛
 - «موضوع تعهد» (متعهدبه)، آن چیزی است که ذمه متعهد را در برابر متعهدله مشغول می کند که می تواند انتقال مالکیت یا تسلیم مال، انجام کار یا خودداری از انجام کار باشد در واقع موضوع تعهد، از آثار عقد است.
 - «متعلق موضوع تعهد»، همان شیئی است که باید منتقل یا تسلیم شود یا آن کاری است که انجام یا ترک آن خواسته شده است.
۲. ویژگی های مورد معامله، عبارت است از:
- مالیت داشته باشد (مواد ۲۱۵ و ۲۴۸)؛

- مشروع باشد (م۲۱۵)؛
 - معلوم و معین باشد (مواد ۲۱۶ و ۳۴۲)؛
 - ملک متعهد باشد؛ این شرط ناظر به فرضی است که موضوع تعهد تملیک یا تسلیم «مال کلی» باشد؛ (م۲۶۹)؛
 - قابل نقل و انتقال باشد (م۳۴۸)؛
 - مقدور یا مقدورالتسلیم باشد (م۳۴۸)؛
 - موجود باشد (م۳۶۱)؛ شرط «موجود بودن» ناظر به معامله عین معین است و در معامله عین کلی، لازم نیست آن عین، در زمان انعقاد عقد موجود باشد بلکه کافی است در زمان تسلیم موجود باشد.
۳. اگر مورد معامله از اموال «قیمی» باشد، حتماً باید «عین معین» باشد (ر.ک. به ش ۴ م ۲۱۶).

ماده ۲۱۵: شرط مالیت و مشروع بودن مورد معامله

مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.

۱. چنانچه مورد معامله، به لحاظ عرفی مالیت نداشته باشد (ملاک نوعی) اما از نظر متعاملین، ارزش مالی و معنوی داشته باشد (ملاک شخصی) و معامله کردن آن معقول باشد صحیح است. (مانند یادگاریهای خانوادگی). (رأی اصراری، شماره ۵۸۹۲-۱۳۳۸/۱۱/۱۰ هیئت عمومی دیوانعالی کشور) (کاتوزیان، ص ۲۰۶).
۲. فروش اعضای بدن بعضاً صحیح است مثل فروش خون یا مو^۱.
۳. به اعتقاد برخی، مورد معامله در صورتی دارای «منفعت عقلایی» است که نیازی (اعم از مادی یا معنوی) را برآورده کند و سود آن بیش از زیان آن باشد (شهیدی، ص ۳۵). ش. ۲۴۲.

ماده ۲۱۶: شرط معلوم بودن مورد معامله (اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله)

مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

۱- در صحت انتقال اعضای بدن، پس از فوت تردیدی نیست و در زمان حیات نیز در صورتی که انتقال، موجب خاتمه حیات انتقال دهنده نشود و انتقال، متضمن منفعت عقلایی باشد اصولاً صحیح است؛ در خصوص اینکه آیا علاوه بر این دو شرط، لازم است که انتقال مجانی نیز باشد یا انتقال معوض اعضا هم صحیح است اختلاف نظر وجود دارد؛ توضیح آنکه انتقال اعضای بدن در زمان حیات، اگر مجانی باشد (مثلاً در قالب هبه یا صلح بلاعوض) تردیدی در صحت آن وجود ندارد ولو در آن شرط عوض شده باشد ولی در بیع و فروش اعضای بدن تردید شده است چرا که ممکن است فروش اعضای بدن، جهت کسب عوض، خلاف اخلاق حسنه محسوب شود. لکن به نظر می‌رسد، دست کم در بعضی از موارد، فروش اعضای بدن صحیح است چنانکه فقها بر جواز بیع شیر مادر و خون، به دلیل داشتن منفعت عقلایی، حکم نموده‌اند (شهید اول، لمعه، ص ۷۳؛ امام خمینی، المکاسب المحرمه، ج ۱، ص ۵۷).

۱. مبهم در معنای خاص در برابر کلمه معلوم قرار دارد. برای معلوم بودن مورد معامله، باید مقدار، جنس و وصف آن مشخص باشد؛ ولی در معنای عام در مقابل معلوم و معین قرار دارد؛ به عبارت دیگر منظور ماده ۲۱۶ این است که مورد معامله باید «معلوم و معین» باشد.
۲. معین بودن با معلوم بودن متفاوت است و منظور از معین بودن، تعیین مصداق آن، در خارج است و تردید در مورد معامله، مانند ضمانت چند دین به نحو تردید، باطل است (م. ۶۹۴ ق. م) مگر در «عقد جعاله» (م. ۵۶۴ ق. م)؛ مضافاً بر اینکه مورد معامله باید معلوم باشد خواه مورد تعهد عین معین باشد یا کلی؛ در حالیکه معین بودن تنها در عقدی که موضوع آن، عین معین باشد، شرط صحت است و در معامله عین کلی، معلوم بودن کافی است.
۳. تعیین مقدار، جنس و وصف اساسی مورد معامله کافی است و سایر امور مثل ارزش مورد معامله یا وصف مرغوبیت آن می‌تواند در قرارداد مبهم باشد البته در صورتی که مورد معامله کلی باشد، منتخب نباید عرفاً معیوب باشد (م. ۲۷۹ ق. م). (کاتوزیان (۱۴)، ش ۳۹۶).
۴. فروش مال قیمی به صورت کلی یا کلی در معین باطل است زیرا اختلاف در بین افراد و مصادیق مال قیمی موجب مجهول شدن مورد معامله و غرر می‌شود.
۵. دادن اختیار تعیین مورد معامله به یکی از طرفین قرارداد یا ثالث، موجب غرر و بطلان معامله است.
۶. در صورت عدم توافق طرفین در مقدار ثمن، عقد باطل است اما اگر ثمن معامله تعیین شود و سپس به دلایلی در میزان آن اختلاف شود، طبق اصل عدم زیاده، معامله با کمترین ثمن صحیح خواهد بود.
۷. به اعتقاد برخی از حقوقدانان مواردی که علم اجمالی کافی است را «قانون» تعیین می‌کند (کاتوزیان (۵)، ذیل ماده ۲۱۶). نظیر جعاله (م. ۵۶۴)، ضمان (م. ۶۹۴)، کفالت (م. ۷۳۶)، صلح (م. ۷۶۶) و به اعتقاد برخی حواله (م. ۷۲۷)؛ اما به نظر می‌رسد در مواردی که «عرفاً» ماهیت عقد هم چنین اقتضا می‌کند باید علم اجمالی را برای صحت عقد کافی دانست. مثل عقد بیمه.
۸. منظور از «موارد خاصه» در ماده فوق، «عقود مسامحهای و احتمالی» است.

مبحث چهارم: در جهت معامله

ماده ۲۱۷: شرط مشروع بودن جهت معامله

در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و آلاً معامله باطل است.

۱. انگیزه نامشروع، زمانی سبب بطلان خواهد بود که اولاً جهت معامله باشد (یعنی انگیزه اصلی و مستقیم از انعقاد عقد باشد) ثانیاً وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد و طرفین از آن آگاه باشند؛ به عنوان مثال اگر الف از شخص ب پولی را قرض کند تا از شخص ج خانه‌ای را خریداری کرده و آن را به فعالیت شرکت‌های هرمی که ممنوع است اختصاص دهد. عقد قرض

بین الف و ب صحیح است ولو شخص ب از انگیزه شخص الف مبنی بر اختصاص خانه به فعالیت‌های ممنوعه مطلع باشد زیرا جهت عقد قرض (انگیزه اصلی) خرید یک باب خانه است که امر مشروعی است و انجام فعالیت ممنوعه در آن، هدف غیرمستقیم محسوب می‌شود؛ اما عقد بیع، فی ما بین الف و ج باطل است مشروط بر اینکه ج از انگیزه الف مطلع باشد زیرا هدف مستقیم الف از خرید خانه، اختصاص آن به فعالیت‌های نامشروع است؛ اصل استحکام معاملات نیز، موید ضرورت وجود هر دو شرط است.

۲. «جهت تعهد» (علت یا سبب تعهد)، امری نوعی و «جهت معامله» امری شخصی است. بدین معنا که تعهد هر یک از طرفین، جهت تعهد طرف دیگر را تشکیل می‌دهد و در معاملات مشابه جهت تعهد برای همه در هر زمان یکسان است اما «جهت معامله» انگیزه اصلی و بدون واسطه هر یک از طرفین در انعقاد عقد است، مانند خرید خانه برای سکنی یا ساختمان سازی.
۳. شیوه و وسیله بیان جهت، موضوعیتی ندارد و می‌تواند به صورت شرط ضمن عقد باشد یا با توجه به اوضاع و احوال، به نظر عرف، در حکم تصریح باشد.
۴. شرط «تصریح» جهت، به معنای محصور کردن وسیله اعلام نیست، بلکه اعلام بی‌اثر بودن انگیزه‌های پنهانی و لزوم آگاه ساختن طرف عقد است؛ پس صرف اطلاع از انگیزه نامشروع معامله برای بطلان عقد کافی است ولو در عقد بدان تصریح نشده باشد (کاتوزیان، ۲۳، ص ۱۴۴).
۵. چنانچه شرط نامشروع، علت اصلی و جهت عقد باشد، باطل و مبطل عقد خواهد بود.

ماده ۲۱۸: معامله صوری با قصد فرار از دین

هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده آن معامله باطل است.

۱. در ماده ۲۱۸ سابق (مصوب ۱۳۰۷) اولاً قید «صوری بودن معامله» وجود نداشت؛ ثانیاً معامله به قصد فرار از دین غیرنافذ تلقی شده بود.
۲. قانونگذار با افزودن قید «صوری بودن معامله» در اصلاحات سال ۷۰، ابهام ایجاد کرده است. در واقع حکم معامله به قصد فرار از دین که به طور صوری انجام نشده است، مسکوت گذاشته شده است.
۳. به نظر می‌رسد که بطلان در این ماده مستند به «صوری بودن معامله» و تعارض صورت با قصد است. در نتیجه معامله صوری اعم از اینکه به قصد فرار از دین باشد یا نباشد، باطل است. اما معامله به قصد فرار از دین بین دو طرف نافذ و در برابر اشخاص ثالث «غیرقابل استناد» می‌باشد (اصل ۴۰ ق.ا. و ماده ۴ ق.ن.ا.م.ا.^۱ (کاتوزیان، ۲۳)، صص. ۱۴۶ و ۱۴۷).

۱- با توجه به ماهیت حق طلبکاران و حق انتقال گیرنده مال موضوع معامله به قصد فرار از دین و تعارض میان منافع این دو گروه، بهتر است از منظر تحلیل اقتصادی، میان فروض مختلف قائل به تفکیک شویم: ۱- اگر معامله به قصد فرار از دین، رایگان و مجانی باشد، انتقال گیرنده از یک سو عوضی را پرداخت ننموده است و از سوی دیگر باید از اوضاع و احوال و

۴. معامله صوری بر دو گونه است: گاه طرفین عقد، قصد انجام هیچگونه عمل حقوقی را ندارند در این صورت عقد باطل است اما گاه طرفین قصد انجام عمل حقوقی خاصی را دارند اما عمداً ماهیت مورد نظر خود را پنهان کرده و عقد را در قالب دیگری واقع می‌سازند مثلاً در حالیکه نیت پدر هبه مال خود به یکی از فرزندان است، جهت جلوگیری از ایجاد اختلافات میان فرزندان، انتقال را در قالب بیع واقع می‌سازد؛ در این فرض عقد واقع شده صحیح است منتها در صورت اثبات قصد مشترک آنچه واقع شده است تابع احکام هبه است نه بیع (ملاک ماده ۴۶۳ ق.م.م.).
۵. برای تحقق معامله به قصد فرار از دین شرایط زیر لازم است (کاتوزیان(۲۳)، صص ۱۴۹-۱۵۴):
- انجام یک عمل حقوقی از سوی مدیون خواه معوض باشد یا مجانی، عقد باشد یا ایقاع؛
 - به قصد فرار از دین باشد؛
 - موجب اضرار به طلبکاران باشد؛ این شرط باید در زمان انعقاد عقد وجود داشته باشد یعنی ثابت شود که خروج مال از مالکیت بدهکار به ضرر طلبکاران بوده است؛ بنابراین اگر این شرط حین العقد وجود نداشته و بعداً ایجاد شود کافی نیست؛
 - طلبکاران در طرح دعوی نفع داشته باشند؛ بنابراین اگر معامله در زمان انعقاد مضر به حال طلبکاران باشد ولی بعداً به واسطه تحصیل مال از سوی بدهکار، مابقی اموال وی کفاف بدهی‌ها را بدهد صرف قصد اضرار کفایت نمی‌کند (مستفاد از ماده ۴ ق.ن.م.ا).
 - دیون طلبکاران متضرر باید مسلّم و منجز باشد.
۶. اگر ثابت شود که مدیون پیش از تحقق طلب برای فرار از دین آتی، مقدمه‌سازی کرده و معامله بدین منظور واقع شده، معامله با قصد فرار از دین محسوب خواهد شد (کاتوزیان(۲۳)، صص ۱۵۱).
۷. در معامله به قصد فرار از دین که به طور رایگان صورت گرفته باشد، ضرر مفروض بوده و طلبکار بی‌نیاز از اثبات آن خواهد بود.

مجانی بودن معامله از انگیزه بدهکار مطلع می‌بود بنابراین طلبکاران را باید مقدم دانست و به آن‌ها حق داد که طلب خود را از مال موضوع انتقال استیفا نمایند و در تأیید این برداشت می‌توان از وحدت ملاک ماده ۶۵ ق.م. حکم به عدم نفوذ معامله رایگان به قصد فرار از دین نمود. ۲- اما اگر معامله به قصد فرار از دین معوض باشد به نظر می‌رسد که باید حق را به خریدار با حسن نیت داد؛ به عبارت دیگر چون حق طلبکاران بر بدهکار «حق دینی» است و لذا فروش مال از سوی بدهکار - ولو به قصد فرار از دین - خللی به حق خریدار وارد نمی‌کند؛ اصل استحکام معاملات و حذف ماده ۲۱۸ قانون مدنی سابق نیز موید همین برداشت است مگر اینکه خریدار با حسن نیت نبوده و از انگیزه فروشنده مطلع باشد که در اینصورت شایسته حمایت نبوده و طلبکاران می‌توانند، با اثبات این موضوع، معامله را نادیده گرفته و به عنوان استثنایی بر اصل قابلیت استناد عقد، عین مال فروخته شده را به عنوان مال فروشنده (بدهکار) تلقی کرده و طلب خود را از آن استیفا نمایند؛ آنچه موید این برداشت و لزوم تفکیک عقد مجانی از معوض است اطلاق ماده ۶۵ ق.م (عدم تفکیک میان موقوف علیهم با حسن نیت و با سوء نیت) و قید لزوم اطلاع خریدار در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی است.

۸. در معامله به قصد فرار از دین، ملاک، وجود دین واقعی در موقع انجام معامله است، نه ثبوت آن در دادگاه (رأی شماره ۷۲۳۶، مورخ ۱۳۱۰/۸/۸ دیوانعالی تمیز).
۹. وقف به قصد فرار از دین غیرنافذ است (م.ق.م. ۶۵).
۱۰. معامله به قصد فرار از دین با احراز شرایط مندرج در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی جرم تلقی می‌شود.
۱۱. در صورتی که مودیان مالیاتی به قصد فرار از پرداخت مالیات اقدام به نقل و انتقال اموال خود به همسر یا فرزندان نمایند سازمان امور مالیاتی کشور می‌تواند نسبت به ابطال اسناد مذکور از طریق مراجع قضایی اقدام نماید (تبصره ماده ۲۰۲ قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحی ۱۳۸۰/۱۱/۲۷).

ماده ۲۱۸ مکرر: تأمین خواسته

- هر گاه طلبکار به دادگاه دادخواست داده، دلایل اقامه نماید که مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه می‌تواند قرار توقیف اموال وی را به میزان بدهی او صادر نماید که در این صورت بدون اجازه دادگاه حق فروش اموال را نخواهد داشت.
۱. ماده ۲۱۸ مکرر متضمن قواعد شکلی راجع به تأمین خواسته است که باید در قانون آیین دادرسی مدنی مطرح شود، نه در قانون مدنی که متضمن قواعد ماهوی است (عابدیان (۳۶)، ص ۸۴).
۲. حکم این ماده، صرفاً ناظر به فروش اموال نیست و هر عمل حقوقی که مالکیت مدیون را به زیان طلبکاران از بین ببرد، اعم از صلح، هبه، وقف و ابراء را نیز در بر می‌گیرد (کانونزبان (۵)، ص ۲۰۹؛ به عبارت، فروش ناظر به مورد غالب است.
۳. تأمین در مورد طلب موجّل و مستند به سند عادی نیز امکان پذیر است (کانونزبان (۲۴)، ص ۱۳۳؛ ن.خ: شمس (۳۷)، ش. ۷۱۶).

فصل سوم: در اثر معاملات

مبحث اول: در قواعد عمومی

ماده ۲۱۹: اصل لزوم عقد – اصل الزام آوری عقد

- عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.
۱. قدرت الزام آوری منابع حقوقی (مستنبط از مواد ۱۰، ۵۴، ۹۷۵ ق.م.) به ترتیب عبارت است از:

- قوانین امری؛
- قرارداد؛

