



قدم به قدم، همراه دانشجو...

WWW.GhadamYar.Com

جامع ترین و به روزترین پرتال دانشجویی کشور (پرتال دانش)
با ارائه خدمات رایگان، تحصیلی، آموزشی، رفاهی، شغلی و...
برای دانشجویان

- ۱) راهنمای ارتقاء تحصیلی. (کاردانی به کارشناسی، کارشناسی به ارشد و ارشد به دکتری)
- ۲) ارائه سوالات کنکور مقاطع مختلف سالهای گذشته، همراه پاسخ، به صورت رایگان
- ۳) معرفی روش های مقاله و پایان نامه نویسی و ارائه پکیج های آموزشی مربوطه
- ۴) معرفی منابع و کتب مرتبط با کنکورهای تحصیلی (کاردانی تا دکتری)
- ۵) معرفی آموزشگاه ها و مراکز مشاوره تحصیلی معتبر
- ۶) ارائه جزوات و منابع رایگان مرتبط با رشته های تحصیلی
- ۷) راهنمای آزمون های حقوقی به همراه دفترچه سوالات سالهای گذشته (رایگان)
- ۸) راهنمای آزمون های نظام مهندسی به همراه دفترچه سوالات سالهای گذشته (رایگان)
- ۹) آخرین اخبار دانشجویی، در همه مقاطع، از خبرگزاری های پربازدید
- ۱۰) معرفی مراکز ورزشی، تفریحی و فروشگاه های دارای تخفیف دانشجویی
- ۱۱) معرفی همایش ها، کنفرانس ها و نمایشگاه های ویژه دانشجویی
- ۱۲) ارائه اطلاعات مربوط به بورسیه و تحصیل در خارج و معرفی شرکت های معتبر مربوطه
- ۱۳) معرفی مسائل و قوانین مربوط به سربازی، معافیت تحصیلی و امریه
- ۱۴) ارائه خدمات خاص ویژه دانشجویان خارجی
- ۱۵) معرفی انواع بیمه های دانشجویی دارای تخفیف
- ۱۶) صفحه ویژه نقل و انتقالات دانشجویی
- ۱۷) صفحه ویژه ارائه شغل های پاره وقت، اخبار استخدامی
- ۱۸) معرفی خوابگاه های دانشجویی معتبر
- ۱۹) دانلود رایگان نرم افزار و اپلیکیشن های تخصصی و...
- ۲۰) ارائه راهکارهای کارآفرینی، استارت آپ و...
- ۲۱) معرفی مراکز تایپ، ترجمه، پرینت، صحافی و ... به صورت آنلاین
- ۲۲) راهنمای خرید آنلاین ارزی و معرفی شرکت های مطرح
- ۲۳)



WWW.GhadamYar.Ir

WWW.PortaleDanesh.com

WWW.GhadamYar.Org

۰۹۱۲ ۳۰ ۹۰ ۱۰۸

باما همراه باشید...

۰۹۱۲ ۰۹ ۰۳ ۸۰۱

www.GhadamYar.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جزوه مدرسه دکتر شهبازی

مباحث مدرسه 3 تا 7 و وصیت و شفعه

تقدیم به همه دوستان اران جناب دکتر شهبازی

کاربر از مصحح احسانر

سال تفصیلی 89-90

موسسه فرزادنگان دادا فرین

بیع:

بیع عبارتست از تملیک **عین** به عوض معلوم (**عین، منفعت، حق، عمل**). مبیع در عقد بیع عین است ولی ثمن لازم نیست عین باشد می تواند (عین، منفعت، حق، عمل).

عین سه قسم است: عین معین، کلی (کلی فی الذمه)، کلی در معین. پس بیع سه جور است. هر سه نوع بیع از عقود تملیکی است.

در بیع عین معین بلافاصله با بیع و ایجاب و قبول **تملیک** حاصل می شود.

در بیع **کلی** و **کلی در معین** با عقد تملیک واقع نمی شود. در این نوع از بیع ها با تعیین مصداق یا تسلیم تملیک حاصل می شود.

بیع از نظر **حال** یا **موجل** بودن مبیع یا ثمن چهار قسم است. 1- بیع نقد 2- بیع نسیه 3- بیع سلم 4- بیع کالی به کالی

▪ بیع نقد: بیعی که هم مبیع و هم ثمن آن هردو حال است. **اصل در بیع نقد بودن است**. مقتضای اطلاق بیع این است که مبیع و ثمن هردو حال اند مگر اینکه خلافش اثبات شود.

▪ بیع نسیه: بیعی که ثمن آن اولاً کلی (کلی فی الذمه) است ثانیاً ثمن آن موجل است. **در بیع نسیه اجل باید کاملاً معین باشد** والا عقد **باطل** است. در عقد موجل همیشه باید اجل مشخص (مضبوط) باشد.

▪ بیع سلم یا سلف: این بیع بر عکس بیع نسیه است و **مبیع کلی و موجل** است. در این نوع بیع هم **اجل باید معین باشد**. از نظر قانون مدنی در بیع سلم قبض ثمن فی المجلس **شرط صحت نیست**.

▪ بیع کالی به کالی: بیعی که هم مبیع و هم ثمن هردو کلی و هردو موجل است.

اصطلاحی داریم به نام بیع دین به دین که 4 نفر وجود وجود دارند و قبل از بیع 2 طلب وجود دارد که با بیع این دو طلب باهم مبادله می شوند. ولی در بیع کالی به کالی اصلاً قبل از بیع طلبی وجود ندارد.

اصطلاحی داریم به نام **اجاره به شرط تملیک** که دو گونه است:

○ یک مالی برای مدت طولانی به اجاره داده می شود و در اجاره شرط می شود مستاجر آخرین قسط اجاره بها را که داد می شود مالک مال و این در واقع بیع است با دو خصوصیت 1- ثمن به اقساط داده می شود 2- تملیک مبیع (عین معین) فوری صورت نمیگیرد (در صورتیکه باید فوراً صورت گیرد) و وقتی آخرین قسط پرداخت شد تملیک صورت می گیرد.

○ یک مالی به اجاره داده می شود و در اجاره شرط می شود اگر مستاجر آخر مدت بخواهد مالک مال بشود باید مبلغی را پردازد این عقد در واقع اجاره است ولی در این اجاره یک پیشنهاد بیع وجود دارد.

1034- سوم به معنای عرضه کالا برای فروش می باشد هرگاه خریدار مبیع را اخذ کند تا آن را بررسی کند و سپس تصمیم به خرید یا عدم خرید آن بگیرد، به این مال ماخوذ بالسوم و به خریدار آن اخذ بالسوم گفته می شود.

1035- وعده متقابل بیع یا قولنامه، عقدی است که به موجب آن طرفین تعهد می کنند که در آینده، عقد بیع را منعقد نمایند. بنابراین در اثر این عقد، انتقال مالکیت صورت نمی گیرد و قولنامه در زمره عقود عهدی می باشد. همچنین چون دلیلی بر جواز این عقد وجود ندارد، مطابق اصاله الزوم باید حکم به لزوم آن داد.

1043- عقد بیع ممکن است به داد و ستد (قبض و اقباض) واقع شود اصطلاحاً به این نوع عقد معاطات گفته می شود که علی رغم نظر مشهور فقها که آنرا مفید اباحه می دانند، قانون مدنی معاطات را در عقد بیع مفید ملک دانسته و تفاوتی میان آن و سایر اقسام بیع قائل نشده و این عقد عقدی لازم است.

1044- هرگاه اشتغال ذمه شخص به دینی مسلم باشد ولی در مبلغ آن اختلاف حاصل شود، مبلغ کمتر که قدر متعین است مطابق اصاله الاشتغال ثابت می شود و نسبت بر مازاد بر آن چون شک در وجود یا عدم وجود تکلیف است، اصل بر برائت جاری بوده و ذمه مشتری تنها مشغول به اقل می باشد و اکثر، مطابق اصل برائت بر عهده او نیست. اصطلاحاً به این امر در علم اصول دوران میان اقل و اکثر استقلالی گفته می شود.

1045- از آنجا که بایع و مشتری در کم یا زیاد بودن ثمن مستقیماً ذینفع می باشند و هریک از ایشان در صدد تعیین نفع خویش است، اگر اختیار تعیین ثمن به بایع داده شود او مبلغی زاید بر ثمن المثل و اگر اختیار تعیین ثمن به مشتری داده شود او مبلغی به مراتب کمتر از ثمن المثل تعیین خواهد نمود بنابراین چون در این فرض معامله غرری می شود عقد بیع باطل است.

1046- در عقد لازم نیست نحوه اجرای تعهد معلوم گردد و اگر در عقد بیع نحوه پرداخت ثمن معلوم نباشد و اجلی برای آن تعیین نشده باشد ثمن حال بوده و بایع می تواند هر وقت بخواهد آنرا مطالبه کند.

در مبیع:

اگر در بیع **عین معین** و **کلی در معین**، معلوم شود که مبیع وجود نداشته **بیع باطل** است ولی در بیع **کلی** اگر مصداق مبیع وجود نداشت بیع **صحیح** است.

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

✓ اگر طرفین معامله برای تسلیم مبیع موعدی قرار داده باشند قدرت بر تسلیم در آن موعده شرط است نه در زمان عقد.

✓ در عقود غیر نافذ که موقوف به اجازه مالک است قدرت بر تسلیم **در زمان اجازه** معتبر است. زیرا طبق نظریه کشف حکمی تاریخ عقد را از تاریخ اجازه به حساب می آورند نه تاریخ عقد غیر نافذ.

در فرض مساله در موقع عقد قدرت بر تسلیم وجود دارد و سپس بعد از عقد و در موقع تسلیم از بین میرود که دو حالت وجود دارد:

- قدرت بر تسلیم به طور دائم از بین می رود: در این مورد **عقد منفسخ می شود** (نه باطل)
- قدرت بر تسلیم موقتاً از بین می رود:

- تسلیم وحدت مطلوب بوده: **عقد منفسخ می شود.**
- تسلیم تعدد مطلوب بوده: طرف یا صبر می کند تا قدرت برگردد یا می تواند عقد را فسخ کند به استناد خیار تعذر تسلیم.

✓ ماده 387 - اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

ماده 388 - اگر قبل از تسلیم در میبع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.

ماده 389 - اگر در مورد دو ماده فوق تلف شدن میبع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند.

بیع از روی نمونه: مشتری میبع را ندیده و از روی نمونه خریده و حالا پس از دیدن میبع، میبع مخالف نمونه است:

- میبع عین معین است: در این مورد فقط حق فسخ داریم با خیار تخلف از وصف (نه تبعض صفت) حتی اگر قسمتی از میبع متفاوت از نمونه باشد مشتری تنها می تواند تمام میبع را رد کند یا تمام آنرا قبول کند. **دقت شود** که این مورد متفاوت از ماده 353 است که می گوید: هر گاه چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد **بیع باطل است** و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد نسبت به آن بعض باطل است و نسبت به مابقی مشتری حق فسخ دارد.
- میبع کلی است: با توجه به اینکه می دانیم کلی مصداق دارد و از مصادیقی که بایع تحویل داده مخالف نمونه است، با این حال مشتری حق فسخ ندارد بایع را الزام به آوردن مصداق مورد نمونه کند و اگر باز هم نشد، مشتری نهایتاً حق فسخ دارد به استناد خیار تعذر تسلیم.
- میبع کلی در معین است: مصداق مخالف نمونه است در اینجا هم اول الزام اگر نشد فسخ با استناد به خیار تخلف از وصف.

توابع میبع:

- ✓ هر گاه دخول شیء در میبع عرفاً مشکوک باشد آن شیء داخل در بیع نخواهد بود مگر آن که تصریح شده باشد. (اصل عدم)
- ✓ هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است استثناء آن از میبع نیز جائز است ولی چیزیکه فروشش مستقلاً جایز نیست نمیتوان از میبع جدا نمود.

آثار بیع:

- تملیک:

- ✓ در عقد بیع خیار مانع تملیک نیست.
- ✓ در عقد بیع اجل مانع تملیک نیست.
- ✓ در عقد بیع اگر بعد از تملیک، تملیک کننده مفلس شود اشکالی ندارد زیرا طرف مالک شده و داخل در غرما نمی شود.
- ✓ بیع فاسد اثری در **تملیک** (نه چیز دیگر) ندارد و طرفین مالک مبیع و ثمن نمی شوند. ولی اگر کسی به بیع باطل مالی را بگیرد مانند غاصب است خواه عالم باشد خواه جاهل باشد و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود. (ضمان مقبوض به عقد فاسد).
- تسلیم: دادن مبیع به مشتری (اقباض)
 - ✓ تسلیم مال منقول از دادن مال غیر منقول متفاوت است.
 - ✓ اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست و همچنین است در ثمن و تحصیل حاصل عقلاً محال است. از این مبحث می توان در یافت که تسلیم موضوعیت ندارد و طریقت دارد.
 - ✓ در حصول قبض اذن بایع شرط نیست و مشتری می تواند مبیع را بدون اذن قبض کند. یعنی مشتری برای قبض اذن بایع را نمی خواهد. این موضوع مربوط به جایی است که مشتری مالک مبیع شده باشد بنابراین در بیع عین معین چون فوراً مشتری مالک می شود می تواند قبض کند و نیازی به اذن نیست. در بیع کلی و کلی در معین هم پس از تعیین مصداق چون تملیک صورت میگیرد و مشتری می تواند مال را قبض کند. البته بایع می تواند به مشتری اذن بدهد که خودش تعیین مصداق کند.
- حق حبس: هر طرف اجرای تعهد را منوط به اجرای تعهد طرف مقابل می کند. حق حبس سه شرط دارد:
 - 1- عقد معوض باشد یا مجانی باشد با شرط عوض .
 - 2- دو تعهد ایجاد شود.
 - 3- هر دو تعهد حال باشد.
- ✓ حق حبس ویژه بیع نیست در تمام عقود معوضی که دو شرط دیگر را نیز داشته باشد اجرا می شود.

✓ اگر تعهدی حال باشد و دیگری موجب و فردیکه تعهدش حال است تعهد را انجام ندهد تا اجل دیگری برسد در اینصورت تعهدی که از ابتدا موجب بوده حق حبس خواهد داشت. همچنین اگر هر دو تعهد موجب باشند در دو تاریخ مختلف تعهدی که دیرتر است حق حبس دارد. اگر هر دو تعهد موجب بودند در یک تاریخ، قبل از تاریخ که اصلاً تعهد قابل مطالبه نیست وقتی تاریخ رسید هر دو حال می شوند و هر دو حق حبس دارند. در واقع حق حبس دفاعی است در مقابل مطالبه.

✓ اگر عقد اقاله شد طرفین باید عوضین را پس بدهند چون اقاله عقد است طرفین حق حبس دارند. ولی اگر عقد فسخ شود با اینکه طرفین باید عوضین را پس بدهند مثل اقاله ولی چون فسخ ایقاع است طرفین حق حبس ندارند.

سقوط حق حبس: اگر بایع قبل از اخذ ثمن میبعت را به میل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت مگر به موجب فسخ در مورد خیار.

1050- اگر بعد از انعقاد عقد بیع، فروشنده قدرت بر تسلیم قسمتی از میبعت را به **طور دائم** از دست بدهد، عقد بیع نسبت به آن قسمت منفسخ می شود و نسبت به بقیه مشتری حق فسخ دارد.

1055- شخصی ثلث صندوق میوه ای را خریده است و قبل از تحویل دو ثلث آن تلف شده است، باقیمانده یک ثلث به خریدار و دو ثلث به فروشنده تعلق دارد.

1056- مطابق ماده 342 مقدار و جنس و وصف و میبعت باید **معلوم باشد** این ماده ناظر بر میبعت عین معین و کلی در معین است که ممکن است مشتری میبعت را ندیده باشد و آنرا به وصف و از روی نمونه خریده باشد ولی مطابق با ماده 351 اگر میبعت کلی فی الذمه باشد مقدار و جنس و وصف میبعت باید در عقد **ذکر شود** حالا اگر مبیل سازی یک دست مبیل را با مشخصات معین به خریداری بفروشد در این معامله خواه میبعت کلی یا عین معین باشد، معامله صحیح است.

1063- هر گاه چیز معین به عنوان **جنس خاصی** فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع **باطل** است و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد نسبت به آن بعض باطل است و نسبت به مابقی مشتری حق فسخ دارد.

1069- به مجرد وقوع بیع مشتری مالک میبعت و بایع مالک ثمن می شود.

1070- تعهد به تسلیم مبیع از آثار عقد بیع است نه اثر تملیک، همچنین عقد بیع علی الاصول رضایی بوده و جز در مورد بیع صرف با ایجاب و قبول واقع می شود.

1092- از آنجاییکه به محض عقد، مبیع به ملکیت مشتری در می آید، منافع آن نیز به تبع اصل مبیع متعلق به مشتری خواهد بود و استفاده بایع از حق حبس، تاثیری در ملکیت منافع برای مشتری نخواهد داشت.

1102- اگر مبیع پیش از تسلیم بدون تقصیر بایع تلف شود، **بیع منفسخ می شود** و بایع باید ثمن دریافتی را به مشتری بازگرداند و در صورتیکه بایع ثمن را نگرفته باشد حق اخذ آنرا نخواهد داشت. اصطلاحاً به این مسئولیت بایع **ضمان معاوضی** گویند.

1109- اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.

ضمان معاوضی (معاملی):

ضمان معاوضی یعنی مسئولیت در عقود معوض مثل بیع یعنی بین دو عوض هم بستگی وجود دارد و دو عوض در مقابل یکدیگرند و از همبستگی بین دو عوض نتایج زیر حاصل می شود که این نتایج همان ضمان معاوضی است و به عبارتی ضمان معاوضی از نتایج معوض بودن عقود است:

- چیزی ندهیم چیزی نمی گیریم (تلف)
- ناقص بدهیم کامل نمی گیریم (نقص)
- معیوب بدهیم کامل نمی گیریم (عیب)

🔑 نکته: در ضمان معاوضی تقصیر نداریم یعنی تلف و نقص و عیب باید بدون تقصیر باشند. اگر

تقصیر داخل شود دیگر ضمان معاوضی نیست.

- **تلف و نقص و عیب** امکان دارد در دو مرحله رخ دهد:

▪ پیش از تسلیم:

➤ **تلف** میباید پیش از تسلیم: اگر میباید قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بائع **تلف** شود **بیع منفسخ** و **ثمن** باید به مشتری مسترد گردد چون چیزی نداده که بخواهد چیزی بگیرد.

- ✓ این قاعده مختص بیع نیست و در تمام عقود معاوضی اجرا می گردد.
- ✓ این قاعده امری نیست و طرفین می توانند توافق کنند تلف میباید پیش از قبض بر عهده مشتری باشد.
- ✓ این قاعده ویژه بیع عین معین نمی باشد، در بیع کلی و کلی در معین هم بعد از تعیین مصداق پیش می آید.

➤ **اتلاف** میباید پیش از تسلیم: فرق بین تلف و اتلاف این است که در اتلاف یک نفر می آید و تلف می کند ولی در تلف خود به خود از بین می رود. پیش از تسلیم سه نفر امکان دارد میباید را تلف کنند یا **بائع** یا **مشتری** یا **ثالث**.

* **اتلاف بائع**: اگر بائع پیش از تسلیم میباید را تلف کند در اینجا بیع منفسخ نمی شود چون اتلاف است نه تلف و مشتری مخیر است بین دو امر یا می رود و مثل یا قیمت می گیرد و یا مشتری بیع را فسخ کند به استناد خیار تعذر تسلیم.

* **اتلاف مشتری**: اگر مشتری پیش از تسلیم میباید را تلف کند اصولاً حقی بر بائع ندارد زیرا مال خود را تلف کرده و دیگر اینکه وقتی مال را تلف کرده یعنی مال را قبض کرده. استثناء: اگر بائع مشتری را فریب داده باشد و مشتری در اثر فریب بائع میباید را تلف کند بنا به قاعده غرور بائع ضامن است و بائع سبب اقوی از مشتری است.

* **اتلاف به وسیله ثالث**: اگر ثالث پیش از تسلیم میباید را تلف کند در صورتیکه بائع تقصیر نداشته باشد این هم مانند تلف بیع منفسخ می شود.

➤ **نقص و عیب** میباید پیش از تسلیم: نقص یعنی تلف جزء با تلف بعض، عیب عبارت است از، از بین رفتن وصف سلامت مال که در مقابل این وصف قیمت مشخصی وجود ندارد. اگر قبل از تسلیم در میباید **نقصی** حاصل شود مشتری حق خواهد داشت

که معامله را به استناد خیار تبعض صفت فسخ نماید و عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق (مختار در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارش یا فسخ معامله) است و مشتری خیار عیب دارد.

▪ پس از تسلیم: علی الاصول ضمان معاوضی (تلف و عیب و نقص) بعد از تسلیم برعهده مشتری است. ولی استثنائاً با جمع شدن دو شرط تلف و نقص و عیب بعد از تسلیم تا انقضای خیار بر عهده بایع است.

☑ شرط اول: یکی از سه خیار مجلس، حیوان، شرط در بیع باشد. (وجه اشتراک این سه خیار این است که هر سه مدت دارند)

☑ شرط دوم: سه خیار مجلس و حیوان و شرط فقط برای مشتری باشد.

✓ ضمان معاوضی (تلف و نقص و عیب) پس از تسلیم هم مانند پیش از تسلیم است. یعنی اگر تلف شود بیع منفسخ می شود، ناقص شود مشتری خیار تبعض صفت خواهد داشت، معیوب شود مشتری خیار عیب خواهد داشت.

✓ ضمان معاوضی بعد از تسلیم مختص بیع و مبیع (در ثمن راه ندارد) و عین معین است.

ضمان درک: ضمان درک از آثار معامله فضولی است.

برای پیدایش ضمان درک سه شرط لازم است:

♣ انعقاد معامله فضولی

♣ قبض عوض به وسیله فضول

♣ رد معامله به وسیله مالک

با جمع شدن این سه شرط می گویند بایع (فضولی) ضامن درک مبیع است. یعنی:

1. باید ثمن را پس بدهد.

2. در صورت جهل اصیل باید خسارات اصیل را هم بدهد.

نکات ضمان درک:

- ✓ ضمان درک ویژه بیع نیست و در تمام عقود معوض اجرا می شود.
- ✓ ضمان درک نوعی ضمان معاوضی است زیرا بایع باید ثمن را پس بدهد.
- ✓ در بیع فضولی معمولاً بایع فضول است یعنی میباید مال غیر است اما اگر ثمن مال غیر بود مشتری می شود فضول و مشتری فضولی ضامن درک ثمن است و باید میباید را پس دهد.
- ♦ **بایع فضولی ضامن درک میباید است و باید ثمن را پس دهد، مشتری فضولی ضامن درک ثمن است و باید میباید را پس دهد.**
- ✓ ضمان درک ویژه **عین معین** است زیرا **عین معین مال غیر می شود**. در بیع کلی اگر مصداقی را که بایع می دهد مال غیر باشد مشتری پس میدهد و ملزم میکند به دادن از مال خود.
- ✓ قواعد ضمان درک که می گوید بایع ضامن درک میباید است و باید ثمن را پس دهد **امری نیست** و می شود بر خلاف آن توافق کرد به سه صورت:
 - ♦ شرط عدم ضمان درک یعنی بایع فضولی ثمن را پس ندهد
 - ♦ شرط تخفیف ضمان درک
 - ♦ شرط تشدید ضمان درک

1131- ضمان درک میباید از جمله ضمان قهری است. از آنجا که در ضمان درک عقد باطل است، مسئولیت بایع در بازگرداندن ثمن و جبران خسارت وارد بر مشتری قراردادی نیست و به حکم قانون بر او بار می شود.

1132- چون ضمان درک تنها ناظر به رابطه فروشنده فضولی و خریدار است و فروشنده ابتدائاً باید عوض دریافتی از خریدار را به او مسترد دارد با مسامحه گفته شده است ضمان درک، ضمان معاوضی (معاملی) است.

خيارات

کليات:

در خيارات سه خيار وجود دارد که مختص بيع است: 1- خيار مجلس 2- خيار حيوان 3- تاخير ثمن
 خيار شرط با بقيه خيارات 2 فرق دارد: 1- خيار شرط ناشی از عقد و توافق طرفین است یعنی اگر
 بخواهند خيار را می گذارند و اگر نخواهند نمی گذارند و خيار شرط منشاء قراردادی دارد. ولی
 ساير خيارات ناشی از قانون است. 2- خيار شرط تنها خياری است که برای ثالث هم می توان
 گذاشت.

خيارات از نظر مدت به 3 دسته تقسیم می شوند:

* خيارات مدت دار: مجلس و حيوان و شرط

* خيارات فوری: 1- رويت 2- غبن 3- عيب 4- تدليس. خياراتی که مدت ندارند و باید
 فوری اعمال شوند. اصل بر عدم فوریت است به خاطر استصحاب و بقای خيار. بنابراین
 خيارات فوری جنبه استثنائی دارند و باید تصریح شوند.

* خيارات غير فوری: 1- تاخير ثمن 2- تبعض صفقه 3- تخلف شرط 4- تفليس 5- تعذر

تسليم

خيار يك حق مالي است و نه عيني است و نه دينی .

خيار بر خلاف حقوق مالي قابل انتقال ارادی نیست مثل حق شفعه. خيار به ارث می رسد ، حق

شفعه هم به ارث می رسد. بررسی خيار و حق شفعه:

ارث خيار: خيار به ارث می رسد: اين حکم 3 استثناء دارد:

❗ خيار شرط ممکن است به قيد مباشرت و اختصاص به شخص مشروطه قرار

داده شود در اين صورت منتقل به وراث نخواهد شد.

❗ هر گاه شرط خيار برای شخصی غير از متعاملين شده باشد منتقل به ورثه نخواهد

شد. یعنی خيار شرط اگر برای ثالث باشد به ارث نمی رسد.

❗️ **خيار مجلس اگر وراث در مجلس نباشند به ارث نمی رسد يا به عبارتی اگر همه وراث در مجلس نباشند به ارث نمی رسد.**

✎ خيار وقتی به ارث رسيد باید دسته جمعی اعمال شود يا همه فسخ کنند و اگر يکنفر فسخ نکند ديگر موثر نخواهد بود.

✎ ارث حق شفعه: هر گاه يك يا چند نفر از وراث حق خود را اسقاط کند باقي وراث نمی توانند آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا نمايند. توضيح: حق شفعه با فوت شفيع می رسد به وراثش، وقتی به وراث رسيد اگر همه بخواهند حق را اعمال کنند که اعمال می کنند. ولی اگر برخی از وراث نخواهند می توانند حق خود را ساقط کنند ولطمه ای به حق ديگر وراث وارد نمی شود و بقیه وراث می توانند با پرداخت هزینه ی ديگر وراث آن را بجا آورند. (بر خلاف ارث خيار).

✎ هم خيار و هم حق شفعه حتی اگر در مورد زمین هم باشد به زوجه ميرسد.

✎ هم خيار و هم حق شفعه هر دو قابل اسقاطند. سقوط خيار: سقوط تمام يا بعضی از خيارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود. سقوط حق شفعه: حق شفعه قابل اسقاط است اسقاط به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نمايد واقع می شود. نکته ای که وجود دارد این است که دكتر کاتوزیان می فرمايند اگر شرط شود تمام خيارات ساقط شوند 3 خيار ساقط نمی شود: 1- تدليس 2- تفليس 3- تعذر تسليم.

خيار مجلس:

- ✓ اختصاص به يکطرف ندارد.
- ✓ خيار مجلس در بيع کلی هم وجود دارد.
- ✓ خيار مجلس با عقد به وجود می آيد يعنی به محض عقد بوجود می آيد.
- ✓ خيار مجلس استثناء است.

خيار حيوان:

- ✓ در بيع (نه معاوضه) هر كس حيوان بگيرد خيار دارد و مختص به مشتري نيست.
- ✓ خيار حيوان در بيع كلي نيست.
- ✓ خيار حيوان با عقد به وجود مي آيد تا سه روز.

خيار شرط:

- ✓ خيار شرط همان شرط خيار است.
- ✓ خيار شرط اختصاص به يكطرف ندارد و حتى براي ثالث مي توان شرط كرد و هفت حالت دارد.
- ✓ خيار شرط در عقد كلي هم هست.
- ✓ خيار شرط دو جور است:
- ◆ متصل: خياری که ابتدای آن زمان عقد است و اگر ابتدای خيار را نگوئيم متصل حساب مي شود.
- ◆ منفصل: اگر ابتدای خيار شرط بعد از عقد باشد مي شود منفصل.
- ✓ اگر براي خيار شرط، مدت تعيين نشده باشد، هم شرط خيار و هم بيع باطل است: انتهای خيار بايد معلوم باشد. اگر مدت خيار معلوم نباشد عقد باطل است. البته اين مورد مختص عقود معوض است در عقود مجاني عقد باطل نيست.

خيار تاخير ثمن:

- ✓ خيار تاخير ثمن مختص بيع است.
- ✓ خيار تاخير ثمن فقط براي بايع است. و تنها خياری است که براي يكطرف است.
- ✓ براي پيدایش خيار تاخير ثمن 4 شرط لازم است:
- ◆ مبيع كلي نباشد.
- ◆ مبيع و ثمن هر دو حال باشد.
- ◆ سه روز بگذرد نه اينکه سه روز باشد پس خيار تاخير ثمن از عقودي است که بعد از عقد است.

☠ یکسری کالاها فاسد شدنی هستند که در آنها مدت زمان سه روز احتیاج نیست و

هرموقع بیم فساد رفت می توان آنها را فسخ کرد. (ما یفسد لیوم)

◆ در این سه روز نه بایع تمام میباید را داده باشد نه مشتری تمام ثمن را داده باشد.

☠ یکسری چیزها هست که در حکم دادن ثمن است ، اینها هم اتفاق بیافتد بایع خیار

ندارد: 1- دادن ضامن (نقل ذمه) 2- اگر ثمن حواله شود یا بایع حواله دهد.

1137- خیار یا خیار فسخ عبارت است از حق بر هم زدن عقد لازم ، بنابراین خیار در عقد جایز راه ندارد در نتیجه

قابل اسقاط و قابل انتقال به ورثه می باشد . پس خیار حکم محسوب نمی شود

1138- فسخ و رجوع هر دو ایقاعند و موجب انحلال ماهیت حقوقی می گردند با این تفاوت که اولاً حق فسخ در

عقود لازم که خیار نام دارد به ارث می رسد زیرا در زمره ی حقوق مالی می باشند در حالیکه حق رجوع قائم به

شخص بوده و به ارث نمی رسد . ثانیاً فسخ ناظر به انحلال عقد است در حالیکه ایجاب و ایقاع نیز علاوه بر عقد قابل

رجوع می باشند. برای مثال وصیت عهدی و طلاق رجعی هر دو ایقاع بوده و قابل رجوع هستند.

1139- خیار شرط تنها خیاری است که به وسیله طرفین در عقد درج می شود.

1141- هرگاه مدت خیار معلوم نباشد اعم از اینکه برای آن اصلاً مدتی ذکر نشود و یا اینکه خیار شرط برای

همیشه و یا به مدت عمر شخص باشد چون معلوم نیست که حق فسخ تا چه زمانی ادامه دارد در صورت معوض

بودن عقد (که غالباً نیز چنین است) معامله غرری و باطل خواهد بود.

1148- هم شرط خیار و هم شرط انفساخ اگر در عقد معوض درج شده باشند باید دارای مدت باشند ، چرا که در

غیر اینصورت عقد غرری خواهد بود ولی خیار شرط و شرط انفساخ در عقد مجانی (مانند صلح بلاعوض) می تواند

بدون مدت باشد.

خیار رویت یا تخلف از وصف یا تخلف از شرط صفت:

✓ کسی مالی را ندیده و به وصف خریده باشد حالا که مال را دیده مخالف اون اوصاف است. یا کسی مالی

را قبلاً دیده الان به اعتماد همان رویت سابق خریده و بعد دیده که فرق کرده.

- ✓ خیار رویت اختصاص به یک نفر ندارد و هر طرف که مال خودش یا طرف مقابل را ندیده باشد خیار دارد.
- ✓ خیار رویت در عقد کلی نیست و به جای خیار در عقد کلی الزام است.
- ✓ خیار رویت به محض عقد به وجود می آید.

خیار غبن:

- ✓ خیار غبن اختصاص به یکطرف ندارد و هر طرف در معامله غبن فاحش (غبنی که عرفاً قابل مسامحه نباشد) داشته باشد خیار دارد.
- ✓ خیار غبن در عقد کلی هم هست.
- ✓ خیار غبن با عقد به وجود می آید زیرا ملاک عدم تعادل دو عوض زمان عقد است یعنی اگر زمان عقد دو عوض تعادل نداشته باشند خیار غبن به وجود نمی آید.
- ✓ مغبون وقتی خیار دارد که جاهل باشد (معمولاً خیارها برای جاهل است) و کسی که عالم است به دلیل قاعده اقدام خیار ندارد. در اختلاف بین غابن و مغبون، غابن مدعی محسوب می شود چرا که اصل بر این است که مغبون جاهل است و کسی که مدعی عالم بودن مغبون را می کند باید ثابت بکند.
- ✓ در تعیین غبن فقط دو عوض ملاک نیست، شرایط معامله هم ملاک است.
- ✓ برخی از اختیارات مبنا ندارند ولی اکثر خیارها مبنا دارند و مبنا آنها دفع ضرر است. هر جا ضرر برطرف شود خیار هم از بین می رود به جز خیار غبن.

☠ نکته ای که باید دقت شود: خیار رویت با دادن تفاوت قیمت ساقط نمی شود و این مورد منافاتی با نکته ی بالا ندارد، خیار رویت وقتی از بین می رود که وصف مورد نظر بیاید. در خیار غبن است که تفاوت قیمت اهمیت دارد ولی در خیار رویت که به فرض ماشین خریداری شده که باید سفید باشد و حالا نیست با دادن تفاوت قیمت وصف مورد نظر برطرف نمی گردد.

خیار عیب:

- ✓ خیار عیب اختصاص به یکطرف ندارد و هر طرف کالای معیوب بگیرد خیار دارد.

- ✓ **خيار عيب** در عقد کلی راه ندارد.
- ✓ اگر عيب زمان عقد باشد خيار عيب با عقد است. اگر عيب بعد از عقد به وجود آيد خيار هم بعد از عقد است.
- ✓ **خيار عيب** تنها خياری است که به صاحب آن دو حق می دهد: يا فسخ يا ارش (ما به التفاوت قيمت سالم و معيوب). بقيه ثمن داده شده را می گيريم $\frac{3}{5}5000000$ قيمت پرداختی ما $\frac{\text{قیمت خراب}}{\text{قیمت سالم}}$
- ✓ خيار عيب برای کسی است که جاهل است. (عيب وقتی مخفی محسوب است که مشتری در زمان بيع عالم به آن نبوده است اعم از اين که اين عدم علم ناشی از آن باشد که عيب واقعاً مستور بوده است يا اين که ظاهر بوده ولی مشتری ملتفت آن نشده است).
- ✓ در بعضی موارد مشتری حق فسخ بيع با مبيع معيوب را ندارد و فقط حق ارش دارد:
- * مشتری مبيع معيوب را گرفته و مبيع دست مشتری تلف می شود.
 - * مشتری مبيع را به ديگری منتقل کند. البته اگر مبيع معيوب به وراثت برسد ، وراثت حق فسخ دارند در واقع وقتی حق فسخ زایل می گردد که انتقال ارادی باشد.
 - * مبيع تغيير کند مهم نيست که چگونه تغيير کند به فعل مشتری باشد يا غير .
 - * در مبيع عيب ديگری به غير از عيب اول حادث شود حق فسخ از بين می رود و مشتری فقط حق گرفتن ارش دارد (فقط ارش عيب اول) مگر در 2 مورد:
 - ** عيب دوم ناشی از عيب اول باشد .
 - ** اگر عيب دوم در زمان خيار مختص مشتری رخ دهد.
- حق فسخ مشتری در صورتی است که مبيع موجود و عيب جديد به وجود نیامده باشد و به ديگری منتقل نکرده باشد، تغيير هم نکرده باشد. (زیرنویس 1 ماده 422 به زبان ساده).

خيار تدليس:

✓ عملیاتی که باعث فریب شود پس **سکوت باعث تدليس نیست**. و این عملیات دو جور است، یکی اینکه عیب کالا را می پوشانیم و دیگری اینکه کالا سالم است ولی یک وصفی در آن نشان داده می شود که کالا آن وصف را ندارد.

✓ خيار تدليس اختصاص به يك نفر ندارد و هر طرف تدليس كند طرف ديگر خيار دارد. ثالث تدليس كند كسي خيار ندارد.

✓ خيار تدليس على الاصول در كلى نیست. پس اگر تدليس در يك وصفی شود که در هيچ مصداقی يافت نشود در این حال خيار هست.

✓ خيار تدليس با عقد به وجود می آيد.

1166- خيار غبن هنگامی موجود می شود که در عقد معوض میان دو عوض تعادل نبوده و این عدم تعادل عرفاً قابل مسامحه نباشد که اصطلاحاً به این امر غبن فاحش گفته می شود بنابر این خيار غبن ویژه عقود مغابنه است و در عقود مسامحه راه ندارد.

1168- خيار غبن پس از علم به غبن **فوری** است، بنابراین اگر مغبون بلافاصله پس از آگاهی از غبن معامله را فسخ نکند دیگر خياری نخواهد داشت. این نکته را نیز نباید فراموش کرد که مغبون تنها در صورتی که غبن فاحش باشد حق فسخ معامله را دارد.

1171- **علم یا جهل فروشنده در تحقق خيار غبن تأثیری ندارد.**

از آنجاییکه خيار غبن پس از علم به غبن فوری است اگر خریدار پس از آگاهی از غبن به جای فسخ معامله عمل دیگری از جمله اقامه دعوی مطالبه مابه التفاوت علیه فروشنده نماید خيار غبن ساقط می شود.

1173- تشخیص عیب معیار ثابتی ندارد بلکه بر اساس عرف تعیین می گردد که ممکن است بر حسب زمان یا مکان متفاوت باشد.

1175- از آنجاییکه در خیار عیب غالباً عیب به هنگام عقد موجود است، معیار تعیین قیمت مبیع، زمان وقوع عقد است، ولی اگر عیب بعد از عقد و قبل از قبض و یا بعد از قبض و در زمان خیار مختص به مشتری حادث شود، معیار تعیین قیمت مبیع زمان حدوث عیب است.

خیار تبعض صفقه:

در جایی که بخشی از عقد **باطل** است و بخش دیگر آن صحیح است و ما بخشی را که صحیح است را فسخ می کنیم. (خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند.) ماده 441 ناقص است و حقوقدانان 3 مورد دیگر را نیز افزوده اند:

انفساخ بخشی از عقد

فسخ بخشی از عقد: هرگاه یکی از طرفین بخشی از عقد را فسخ کند، طرف دیگر خیار تبعض صفقه دارد.

اخذ به شفعه نسبت به بعض از مبیع

❗ اگر بخشی از عقد اقاله شود چون توافق طرفین است دیگر خیار تبعض صفقه نداریم.

* خیار تبعض صفقه اختصاص به یکطرف ندارد و هرطرف که عقد نسبت به او دو قسمت شود خیار دارد.

* خیار تبعض صفقه در عقد کلی هم هست.

* اگر خیار تبعض صفقه در مورد **بطلان** بخشی از عقد باشد این خیار با عقد است ولی در مورد 3 مورد دیگر خیار تبعض صفقه بعد از عقد است.

* تبعض صفقه وقتی باعث خیار است که طرف **جاهل** باشد اگر طرف عالم باشد خیار تبعض صفقه ندارد ولی در هر حال می تواند ثمن قسمت باطل را بگیرد.

خیار شرکت: همان خیار تبعض صفقه است ولی فقها جدا کرده اند. فرق فقط در یک کالا بودن است. مثلاً مورد معامله فقط یک ماشین است که دو نفر مالک آن هستند به صورت سه دانگ، سه دانگ.

خيار تخلف از شرط:

- ✓ اين خيار اختصاص به يكطرف ندارد و هر طرف از شرط تخلف كند طرف مقابل خيار دارد (مشروطاً له)
- ✓ خيار تخلف از شرط سه جور است: 1- خيار تخلف از شرط صفت 2- خيار تخلف از شرط نتيجه 3- خيار تخلف از شرط فعل.

- خيار تخلف از شرط صفت در كلي راه ندارد.
- خيار تخلف از شرط نتيجه در كلي راه دارد.
- خيار تخلف از شرط فعل در كلي راه دارد.

- ✓ خيار تخلف از شرط صفت و خيار تخلف از شرط نتيجه با عقد به وجود مي آيد ولي خيار تخلف از شرط فعل بعد از عقد است.

خيار تفليس: در صورتی که مشتری مفلس شود و عين مبيع نزد او موجود باشد بايع حق فسخ و استرداد آن را دارد و اگر مبيع هنوز تسليم نشده باشد می تواند از تسليم آن امتناع کند.

برای پيدایش خيار تفليس سه شرط لازم است:

- 1- یکی از دو عوض عين معين باشد و ديگری كلي باشد. (در نتيجه خيار تفليس برای عقود معوض است).
- 2- طرفی که می خواهد كلي را بدهد مفلس شود.
- 3- عين معين موجود است.

با جمع شدن اين سه شرط ،طرفی که عين معين را داده (تمليک کرده) خيار تفليس دارد و عقد را فسخ می کند و عين معين را پس می گيرد که داخل غرما نشود.

- ✓ خيار تفليس اختصاص به يکنفر ندارد و هر طرف که 3 شرط بالا برایش جمع بود خيار دارد.
- ✓ خيار تفليس بعد از عقد به وجود می آيد. چون اگر موقع عقد مفلس باشد اصلاً عقد درست نيست.

خيار تعذر تسليم:

- ✓ خيار تعذر تسليم اختصاص به يكطرف ندارد و هرطرف که تسليم نسبت به او متعذر بشود خيار دارد.

- ✓ خیار تعذر تسلیم در عقد کلی هم هست.
- ✓ خیار تعذر تسلیم بعد از عقد بوجود می آید.
- ♥ خیارات زیر در کلی راه ندارند: خیار حیوان، خیار تاخیر ثمن، خیار رویت، خیار عیب، خیار تدلیس
- ♥ خیاراتی که در کلی راه دارند در کلی در معین نیز راه دارند و در آنها بحثی نیست
- ♥ همه خیارات در عین معین هستند.
- ♥ خیار حیوان مطلقاً در کلی در معین نیست.
- ♥ خیار تاخیر ثمن مطلقاً در کلی در معین هست.
- ♥ خیار رویت، خیار عیب و خیار تدلیس در صورتی در کلی در معین است که تمام مال ایراد داشته باشد.

موسسه فرزانتخاب داد افارین

پس از عقد	به محض عقد	در عین معین	در کلی در معین	در عقد کلی	مختص هر دو طرف	مختص یکطرف عقد	
	⌘	⌘	⌘	⌘	⌘		خيار مجلس
	⌘ تا 3 روز	⌘			⌘		خيار حيوان
⌘ منفصل	⌘ متصل	⌘	⌘	⌘	⌘ حتى ثالث		خيار شرط
⌘		⌘	⌘ مطلقاً هست			⌘ فقط بايع	خيار تاخير ثمن
	⌘	⌘	⌘ بايد تمام مال ايراد داشته باشد		⌘		خيار رويت
	⌘ غبن فاحش باشد	⌘	⌘	⌘	⌘		خيار غبن
⌘ اگر عيب پس از عقد به وجود آيد	⌘ اگر عيب زمان عقد باشد	⌘	⌘ بايد تمام مال ايراد داشته باشد		⌘		خيار عيب
	⌘	⌘	⌘ بايد تمام مال ايراد داشته باشد	⌘ على الاصول در كلى نيست	⌘		خيار تدليس
⌘ در مورد انفساخ بخشى ⌘ در مورد فسخ بخشى ⌘ اخذ به شفعه بخشى	⌘ در مورد بطلان	⌘	⌘	⌘	⌘		خيار تبعض صفقه
⌘ شرط فعل	⌘ شرط صفت ⌘ شرط نتيجه	⌘	⌘ شرط نتيجه ⌘ شرط فعل	⌘ شرط نتيجه ⌘ شرط فعل	⌘ مشروط له		خيار تخلف از شرط
⌘		⌘	⌘	⌘	⌘		خيار تعذر تسليم
⌘		⌘			⌘		خيار تفليس

1192-خيار تبعض صفة با قاعده ی انحلال عقد واحد به عقود متعدد در ارتباط است.

1194- در مورد تبعض صفة قسمتی از ثمن که باید به مشتری بر گردد به طریق ذیل حساب می شود:

آن قسمت از مبيع که به ملکیت مشتری قرار گرفته منفرداً قیمت می شود و هر نسبتی که بین قیمت مزبور و قیمتی که مجموع مبيع در حال اجتماع دارد پیدا شود به همان نسبت از ثمن را بايع نگاهداشته و بقیه را باید به مشتری رد نماید.

1198- هر يك از خيارات بعد از فوت منتقل به وراث می شود. اما خيار شرط ممکن است به قید مباشرت و اختصاص به شخص مشروطه قرار داده شود در این صورت منتقل به وراث نخواهد شد و هر گاه شرط خيار برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد منتقل به ورثه نخواهد شد. مورد دیگر که ممکن از به وراث نرسد خيار مجلس خواهد بود زیرا به نظر می رسد بعد از مرگ از یکدیگر جدا می شوند ولی اگر تمام ورثه در جلسه حضور داشته باشند خيار به ارث خواهد رسید.

1201- خيار شخص ثالث در صورت موت شخص ثالث به ارث نمی رسد.

عقد معاوضه: تفاوت بیع و معاوضه به **قصد طرفین** بر می گردد یعنی اگر دو طرف دو مال را بدون هیچ امتیازی مبادله کنند یعنی هیچکدام بیانگر قیمت دیگری نباشد. ولی اگر یکی از دو مال بیانگر قیمت مال دیگر باشد آنچه واقع شده بیع است و مالی که بیانگر قیمت بوده ثمن است.

✓ اگر قصد طرفین را نفهمیدیم می رویم سراغ عرف، عرف می گوید مبادله کالا به کالا معاوضه و با پول بیع است. ممکن است قصد طرفین از مبادله کالا با پول معاوضه باشد یا مبادله کالا با کالا بیع باشد که باید دقت کرد ابتدا **قصد طرفین** را در نظر بگیریم سپس **عرف** را.

✓ بیع و معاوضه دقیقاً مثل یکدیگرند و تمام احکام بیع در معاوضه جاری می شود جز 5 مورد که فقط در بیع است و در هیچ عقد دیگری نیست.

- خيار مجلس

- خيار حیوان

- خيار تاخیر ثمن

- حق شفعه

- ضمان معاوضی بعد از تسلیم (قبل از تسلیم در عقود دیگر هم هست).

عقد اجاره: تملیک منفعت به عوض معلوم است و از ظاهر ماده بر می آید اجاره عقدی تملیکی است.

اجاره سه نوع است: 1- اجاره اشیاء 2- اجاره حیوان 3- اجاره اشخاص

از این سه نوع، اجاره اشیاء و حیوان عقدی تملیکی است ولی اجاره اشخاص عقدی عهدهی است.

✓ در اجاره اشیاء اگر مدت مشخص نباشد عقد باطل است این مورد کمی مبالغه دارد زیرا مدت در اجاره موضوعیت ندارد و مهم نیست، در واقع مدت برای این است که مقدار منفعت معلوم باشد و مدت یک راه است و راههای دیگری نیز وجود دارد.

✓ مدت اجاره 2 جور است یا متصل یا منفصل و اگر مدت مشخص نباشد متصل است یا منفصل اصل بر این است که مدت متصل است.

✓ در اجاره آنچه که تملیک می شود منفعت است پس موجر باید مالک منفعت باشد (نه مالک عین) و اگر حق انتفاع داشته باشد و اجاره دهد اجاره فضولی است.

✓ موارد مهمی که شخص مالک منفعت است و مالک عین نیست در نتیجه می تواند مال را اجاره دهد:

- اجاره: در اجاره مستاجر مالک منفعت می شود و می تواند مال را اجاره دهد.
- صلح منافع: متصالح مالک منافع است و می تواند مال را اجاره دهد
- هبه منفعت: شخصی منافع مال خود را هبه می کند.
- وصیت منفعت: شخصی وصیت می کند پس از مرگش منافع ملکش برای مدتی برای شخصی باشد.
- صلح عمری: مالکی عین مال را به دیگری منتقل می کند و مالکیت منافع را تا مدتی برای خود نگه می دارد.

✓ مستاجر علی الاصول می تواند مال را اجاره دهد مگر اینکه خلافش شرط شده باشد.

این شرط (شرط خلاف ماده 474) دو جور است:

* به صورت شرط نتیجه: موجر اجاره می دهد و ضمن اجاره حق اجاره دادن را از مستاجر سلب می کند (سلب حق). و حالا مستاجر اگر اجاره دهد اجاره دوم باطل است.

* به صورت شرط فعل (منفی): موجر مال را اجاره می دهد و شرط می کند که مستاجر متعهد باشد که مال را اجاره ندهد که در اینجا مستاجر حق اجاره دادن را دارد و اجاره بدهد اجاره صحیح است ولی چون از شرط تخلف کرده است موجر می تواند اجاره خود را با مستاجر (یعنی اجاره

اول) فسخ کند نه اینکه منفسخ شود (قاعده تلف مبیع مانع از فسخ نیست و متلف باید بدل بدهد در اینجا بدل همان اجرت المثل است) و اگر اجاره اول فسخ شود اجاره دوم فسخ نمی شود. مستاجر اول تا آخر مدت از مستاجر دوم اجرت المثل می دریافت می کند و به موجر اجرت المثل (بدل) می دهد. البته باید مدت اجاره دوم از مدت اجاره اول بیشتر نباشد.

خيار عيب در اجاره: **خيار عيب در اجاره استثنائاً ارزش ندارد** هر گاه معلوم شود عين مستأجره در حال اجاره معيوب بوده مستأجر می تواند اجاره را فسخ کند يا به همان نحوی که بوده است اجاره رابا تمام اجرت قبول کند .

✓ عيب در اجاره با عيب در بيع فرق می کند ،هر ایرادی در بيع عيب محسوب می شود اما در اجاره ایرادی عيب است که به منفعت خللی وارد کند.

✓ سه فرض در مورد عيب در اجاره وجود دارد:

✚ عيب بعد از اجاره و قبل از قبض به وجود آيد مستأجر خيار عيب دارد.

✚ عيب در طول مدت حادث شود در اينصورت خيار عيب نسبت به بقيه مدت است.

✚ عين مستأجره از اول معيوب بوده و مستأجر متوجه عيب نشده است. در اينصورت مستأجر می تواند

اجاره را از ابتدا فسخ کند. در اينصورت می تواند مبالغ اضافی را مسترد دارد.

خيار تبعض صفة در اجاره: اگر یکی از دو مال اجاره شده در طول مدت تلف شود (نقص پيش می آيد) و به ما خيار تبعض صفة می دهد و دو راه داریم 1- میتوان عقد را نسبت به مال موجود فسخ کنیم 2- يا فقط مطالبه تقليل نسبتی مال الاجاره را نماییم (دقت شود که ارزش نیست زیرا اصلا عيب نیست که ارزش داشته باشد)

مستأجر امين است و اگر تقصير کند مسئول است و اگر تقصير نکند مسئول نیست. مستأجر تقصير می کند و موجر ابتدا باید او را منع کند اگر منع ممکن نشد موجر حق فسخ دارد. و این حق فسخ جزو هیچکدام از خيارات نیست و این خيار، **خيار تخلف از شرط ضمنی** است.

مزاحمت اشخاص ثالث **بدون ادعا**: عقد اجاره منعقد می شود و موجر باید عين مستأجره رو تسليم کند و قبل از تسليم شخص ثالثی آنرا غصب می کند در اینجا مستأجر **خيار تعذر تسليم** دارد. ولی اگر فسخ نکرد باید برود سراغ غاصب و دو چیز را بخواهد 1- خلع يد 2- اجرت المثل مال را در آن ایام می خواهد. ولی اگر بعد از تسليم شخص ثالثی غصب کرد مستأجر ديگر خياری ندارد و مستأجر فقط می تواند به مزاحم رجوع کند و خلع يد و اجرت المثل مال را بخواهد.

منفعت در اجاره دو جور است: 1- خصوصیت دارد 2- خصوصیت ندارد.

▪ خصوصیت دارد: اگر منفعت خصوصیت داشت مستاجر نمی تواند آنرا تغییر دهد و اگر تغییر دهد می شود تقصیر.

▪ منفعت خصوصیت ندارد: مستاجر می تواند تغییر دهد به منفعتی که از حیث ضرر یا مساوی باشد یا کمتر.

قاعده ای وجود دارد که می گوید عقودی که مدت دارند با انقضای مدت منحل می شوند که این انحلال نوعی انفساخ است. پس عقد اجاره با انقضای مدت منفسخ می شود. پس از انقضای مدت دو حال پیش می آید:

قاعده: اجاره که تمام شود موجر باید برود سراغ مستاجر و تقاضای تخلیه کند.

* موجر سراغ مستاجر نمی رود: در این حالت مثل این است که اذن داده است و رابطه ی طرفین می شود استیفاء و تابع احکام استیفاء است. در این حالت اگر مستاجر استفاده کند باید اجرت المثل دهد به نرخ روز و اگر استفاده نکند که هیچی.

* موجر سراغ مستاجر می رود: موجر تقاضای تخلیه می کند و مستاجر تخلیه نمی کند و می شود در حکم غاصب و باید اجرت المثل دهد به نرخ روز چه استفاده کند چه نکند.

اجاره ی از قرار: اجاره ای که مدت مشخص نیست ولی مال الاجاره از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ تعیین شده.

✓ اولاً با اینکه مدت مشخص نیست اجاره از قرار باطل نیست .

✓ ثانیاً در این نوع از اجاره 3 مرحله زمانی داریم :

* مرحله اول: مدت اجاره در این نوع از اجاره همان حداقل است (مثلاً: 1سال) و آنچه موجر در این مدت می گیرد اجرت المسمی است.

* مرحله دوم: مدت که تمام شد موجر سراغ مستاجر نرفت (رابطه استیفاء می شود) مستاجر باید اجرت المثل بدهد ولی استثنائاً به اندازه اجرت المسمی (نه به نرخ روز).

* موجر تقاضای تخلیه کرد مستاجر تخلیه نکرد مستاجر در حکم غاصب است و باید به نرخ روز اجرت المثل دهد.

اجاره با فوت از بین نمی رود نه با فوت موجر نه با فوت مستاجر: این مورد 2 استثناء دارد:

* اگر موجر به مدت عمر خود مالک منافع باشد و مال را اجاره دهد بعد از فوت اجاره از بین می رود.

* دو اصطلاح داریم به نام **قید مباشرت** و **شرط مباشرت** که **قید جنبه ی اصلی** دارد و **شرط جنبه فرعی** دارد یک موقع موجر مال را به قید مباشرت مستاجر اجاره می دهد و یک موقع موجر مال را به شرط مباشرت مستاجر اجاره می دهد و فرق ایندو در این است که اگر اجاره به قید مباشرت باشد با فوت مستاجر **منفسخ می شود** ولی اگر اجاره به شرط مباشرت مستاجر باشد با فوت مستاجر منحل نمی شود با فوت مستاجر اجاره به وراثت منتقل می شود ولی چون شرط ممتنع شده موجر حق فسخ دارد.

در عقودی که خودشان مدت (مثل اجاره) دارند می توان خیار شرط را بدون مدت قرار داد که در اینصورت مدت خیار شرط می شود مدت عقد.

در عقودی که با فوت از بین می رود نماینده اگر فوت کند تاثیری ندارد به طریق اولی در عقودی که با فوت از بین نمی رود نماینده فوت کند تاثیری ندارد.

• بیع شرط و بیع خیاری یک چیز است یعنی بایع مال را می فروشد و برای خود خیار می گذارد طبق قانون مدنی ماده 364 بند 1 و 459 مشتری مالک می شود ولی مالکیتش محدود و مقید است (460) زیرا بایع خیار دارد پس در بیع شرط مشتری نمی تواند اعمالی را که منافی با خیار است انجام دهد (460) (در بیع شرط مشتری نمی تواند **غیر نافذ**) در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید). حالا ماده 500 می گوید بیع شرطی را تصور کنید که بایع خیار شرط دارد و خیار بایع از نوع **منفصل** است و از 1 ماه دیگر خیار دارد. طبق این ماده مشتری می تواند مبیع را یک ماهه اجاره دهد زیرا بایع در این یکماه خیار ندارد. ولی مشتری اگر بیش از یکماه اجاره دهد قانونگذار مشتری را نصیحت می کند اگر میخواهی اجاره بدهی بده ولی حق بایع رو حفظ کن، یا از طریق گذاشتن خیار شرط که اگر بایع خواست بیع رو فسخ کند ابتدا تو بیع خودت را فسخ کن، راه دیگر حفظ حق بایع شرط فاسخ است یعنی به محض اینکه بایع بیع را فسخ کرد بلافاصله اجاره منحل شود. قسمت سوم ماده می گوید اگر مشتری حق بایع را حفظ نکرد و مال را بیشتر از یکماه اجاره داد و بایع بیع را فسخ کرد اجاره از آن زمان به بعد می شود فضولی زیرا منافع برای بایع می شود و بایع می تواند تنفیذ کند و می تواند رد کند.

اجاره اشخاص و مقایسه آن با جعاله:

اجاره اشخاص با جعاله 4 شباهت و 4 تفاوت دارند:

شباهت:

- هر دو عقدند

- هر دو عقد عهدهی هستند
- هر دو معوضند
- در هر دو یکطرف کار می کند و طرف دیگر اجرت می دهد. در اجاره اشخاص کسی که کار می کند اجیر نام دارد و کسی که اجرت می دهد یا مستاجر یا موجر !!!!!!! در جعاله کسی که کار می کند عامل و کسی که اجرت می دهد جاعل نام دارد.

تفاوت ها:

- در اجاره اشخاص اجیر همیشه مشخص است ولی در جعاله عامل می تواند معین (جعاله خاص) و یا نامعین (جعاله عام) باشد .
- اجاره اشخاص از زمان انعقاد عقد لازم است ولی جعاله در ابتدا جایز با انجام عمل لازم می شود .
- در اجاره اشخاص به محض عقد هر دو تعهد ایجاد می شود پس طرفین حق حبس دارند ولی در جعاله اول باید عامل انجام دهد تمام که شد جاعل متعهد به جعل است پس عامل حق حبس ندارد.
- اجاره اشخاص مبتنی بر مغایبه است علم تفصیلی در آن لازم است. ولی جعاله مبتنی بر مسامحه است و علم اجمالی کافی است و حتی می تواند مورد معامله مردد باشد ، تنها عقدی که عمل در آن میتواند مردد باشد جعاله است. (در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است **عمل هم مردد** و کیفیات آن نامعلوم باشد.) (در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هر کس گم شده او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن مال او خواهد بود جعاله صحیح است.)

1214- قبض در عقد اجاره نقشی جز استیلائی مستاجر بر منفعت ندارد.

1217- مستاجر چون مالک منفعت است علی الاصول می تواند عین مستاجر را به دیگری اجاره دهد مگر در صورتیکه این حق از او سلب شده باشد.

1220- هریک از شرکاء می تواند بدون رضایت شرکاء دیگر در سهم خود **هرگونه تصرف حقوقی** بنماید ولی **تصرف مادی** شریک در مال مشاع بدون اذن شریک دیگر مجاز نیست.

1221- اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستاجر موقوف به اذن شریک است.

1229- اگر عین مستاجر به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شود و نتوان رفع عیب نمود اجاره باطل می شود.

1244- صرف تعدی یا تفریط مستاجر به موجر حق فسخ نمی دهد و تنها ید مستاجر را **ضمانی** می کند، موجر به هنگام تقصیر مستاجر زمانی حق فسخ دارد که قادر بر منع آن نباشد.

1246- اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستاجره یا منافع آن مزاحم مستاجر شود اگر این مزاحمت قبل از قبض باشد مستاجر می تواند اجاره را فسخ کند یا برای رفع مزاحمت و دریافت اجرت المثل به مزاحم رجوع کند ولی اگر مزاحمت بعد از قبض باشد مستاجر حق فسخ ندارد و فقط می تواند به مزاحم رجوع کند.

1256- هر چند ید مستاجر امانی می باشد ولی چون شرط ضمان با مقتضای ذات امانت تعارضی ندارد می توان بر امین در هر عقدی (حتی عقد ودیعه) شرط ضمان نمود.

1270- اگر موجر در اثنای مدت اجاره عین مستاجره را به دیگری منتقل کند اجاره به حال خود باقی است مگر اینکه موجر در عقد اجاره حق فسخ آنرا در صورت نقل برای خود شرط کرده باشد.

1278- اقساط مال الاجاره که به علت نرسیدن موعد پرداخت آن بر ذمه مستأجر مستقر نشده است به موت او حاصل نمی شود.

1307- **اثر جعاله ایجاد التزام می باشد** بنابراین جعاله در زمره ی عقود عهدی می باشد، جعاله عقدی جایز است که پس از انجام عمل از سوی عامل لازم می گردد. همچنین در انعقاد جعاله رعایت تشریفات خاصی لازم نیست پس جعاله را باید در زمره ی عقود ساده (رضایی) آورد. **النهاییه چون در قانون منعی برای تعلیق در جعاله پیش بینی نشده است جعاله می تواند معلق باشد.**

1310- اگر عمل مورد جعاله **دارای اجزای مختلف نباشد** و جاعل قبل از انجام عمل عقد جعاله را فسخ کند باید **اجرت المثل** عمل عامل را به او بدهد ولی اگر عامل، پیش از انجام عمل عقد را فسخ کند مستحق چیزی نیست.

هر گاه در جعاله عمل **دارای اجزاء متعدد بوده** و هر یک از اجزاء مقصود بالاصاله جاعل بوده باشد و جعاله فسخ گردد عامل از **اجرت المسمی** به نسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود اعم از این که فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل.

شرکت:

احکام شرکت:

واژه شرکت در قانون مدنی دو معنا دارد: 1- اشاعه (571-574) 2- عقد شرکت

❖ اشاعه: اشاعه یعنی جمع شدن (اجتماع حقوق) چند حق (چه عینی چه دینی) در یکجا، معمولاً اشاعه در مالکیت است ولی اشاعه در تمام حقوق مالی می توان فرض کرد.

❖ عقد شرکت: اصطلاح عقد شرکت در قانون وجود ندارد، عقد شرکت عقدی است که بین شرکاء بسته می شود و به موجب آن شرکا به یکدیگر اذن در اداره مال مشاع و تقسیم سود و زیان می دهند.

✓ ماده 571 - شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین (صاحبان حق) متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه.

▪ در این ماده شرکت به معنای اشاعه به کار رفته است.

✓ ماده 572 - اسباب + شرکت اختیاری است یا قهری.

▪ شرکت در اینجا یعنی اشاعه، یعنی اسباب اشاعه دو جور است یا اختیاریست یا قهری

* اسباب اختیاری اشاعه: 1- در نتیجه عقدی از عقود 2- عمل شرکاء (مزج

اختیاری) 3- ایقاع

* اسباب قهری اشاعه: 1- امتزاج (مخلوط شدن بدون اراده مالکین) 2- ارث

✓ ماده 573 - شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می شود یا در نتیجه عمل شرکاء از قبیل مزج (مخلوط کردن) اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازاء عمل چند نفر (568) و نحو اینها.

▪ در این ماده شرکت به معنای اشاعه به کار رفته است.

▪ در این ماده ایقاع را نام نبرده مثلاً دو نفر باهم زمین مواتی را احیاء می کنند. یعنی مشاعی که ناشی از ایقاع است.

✓ ماده 574 - شرکت قهری اجتماع حقوق مالکین است که در نتیجه امتزاج (مخلوط شدن) یا ارث حاصل می شود.

✓ ماده 576 - طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرره بین شرکاء (عقد شرکت) خواهد بود.

- این ماده در مورد عقد شرکت است.
- ✓ ماده 577 - شریکی که در ضمن عقد (عقد شرکت) به اداره کردن اموال مشترک مأذون شده است (یعنی شرکت عقدیست اذنی) می‌تواند هر عملی را که لازمه اداره کردن است انجام دهد و به هیچوجه مسئول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود مگر در صورت تفریط یا تعدی.
 - شرکت عقدی اذنی است.
 - در قانون مدنی 5 عقد اذنی وجود دارد: 1- مضاربه 2- شرکت 3- ودیعه 4- عاریه 5- وکالت
 - عقود اذنی (5) همگی جایزند و همه آنها با فوت و حجر بر هم می‌خورند.
- ماده 954 - کلیه عقود جائزه (اذنی) به موت (و جنون) احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سَفَه در مواردی که رشد معتبر است (یعنی در امور مالی).
 - جعاله، حبس مطلق، هبه، نامزدی از عقود جایز غیر اذنی اند.
- ✓ ماده 578 - شرکاء همه وقت می‌توانند از اذن خود رجوع کنند (شرکت عقدی جایز است) مگر این که اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت مادام که شرکت (در اینجا شرکت یعنی اشاعه) باقی است حق رجوع ندارند.
 - معنی ماده: شرکت عقدی جایز است مگر اینکه ضمن عقد لازمی بیاید که در اینصورت می‌شود لازم و تا موقعی که مال مشاع باقی است نمی‌توان عقد را بر هم زد.
- ✓ ماده 581 - تصرفات (تصرفات حقوقی در سهم سایرین) هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد **فصولی بوده و تابع مقررات معاملات فصولی** خواهد بود.
 - تصرف حقوقی یعنی انجام اعمال حقوقی
 - تصرف حقوقی در سهم سایرین فصولی و غیر نافذ است.
- ✓ ماده 583 - هر یک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند (تصرف حقوقی)
 - تصرف حقوقی در سهم خود صحیح است.
- ✓ ماده 582 - شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف (مادی) در اموال شرکت نماید ضامن است.
 - تصرف مادی اذن می‌خواهد.

- ✓ ماده 475 - اجاره (تصرف حقوقی) مال مشاع جائز است لیکن تسلیم (تصرف مادی) عین مستأجره موقوف است به اذن شریک.
- ✓ ماده 586 - اگر برای شرکت (عقد شرکت که عقدی جایز است) در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد هر یک از شرکاء هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند.
- ☠ مفهوم ماده 586: اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین شده باشد هیچ یک از شرکاء نمی‌توانند رجوع کنند.
- قاعده اول: اگر در عقد جایز مدت قرار دهیم عقد جایز تبدیل به عقد لازم نمی‌شود. (مستند به ماده 552) تنها فایده مدت در عقد جایز این است که مدت تمام شود عقد منفسخ می‌شود.
 - قاعده دوم: اگر مدت عقد جایز را ببریم در عقد لازم، عقد جایزه در آن مدت لازم می‌شود. (با استناد به ماده 586 و مفهوم آن نه منطوق)
- ✓ ماده 587 - شرکت (اشاعه) به یکی از طرق ذیل مرتفع می‌شود:
- (1) در صورت تقسیم.
 - (2) در صورت تلف شدن تمام مال شرکت.
- ✓ ماده 588 - در موارد ذیل شرکاء، مأذون در تصرف اموال مشترک نمی‌باشند:
- (1) در صورت انقضاء مدت مأذونیت یا رجوع از آن در صورت امکان رجوع.
 - (2) در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء.
- معنی ماده: در موارد ذیل عقد شرکت از بین می‌رود.
- ✓ ماده 575 - هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهم می‌باشد مگر این که برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد.
- می‌توان شرط کرد سود بیشتر در مقابل عمل نباشد. (استناد به ماده 520 - در مزارعه جائز است شرط شود که یکی از دو طرف علاوه بر حصه از حاصل مال دیگری نیز به طرف مقابل بدهد.)

✓ ماده 579 - اگر اداره کردن شرکت به عهده شرکاء متعدد باشد به نحوی که هر یک به طور استقلال مأذون در اقدام باشد هر یک از آنها می‌تواند منفرداً به اعمالی که برای اداره کردن لازم است اقدام کند.

ماده 580 - اگر بین شرکاء مقرر شده باشد که یکی از مدیران نمی‌تواند بدون دیگری اقدام کند مدیری که به تنهایی اقدام کرده باشد در صورت عدم امضاء شرکاء دیگر در مقابل شرکاء ضامن خواهد بود اگر چه برای مأذونین دیگر امکان فعلی برای مداخله در امر اداره کردن موجود نبوده باشد.

⊙ فرض مساله بر این است که چند نفر می‌خواهند باهم کاری را انجام دهند و چهار حالت پیش می‌آید:

* اجتماع: اجتماع یعنی اون چند نفر باید باهم انجام دهند و اگر یکی از آنها نباشد کار بقیه صحیح نیست (غیر نافذ است) و حالا برای نفوذ معامله یا مالک باید تنفیذ کند یا همان یک نفر.

* استقلال: یعنی هر کدام مستقلاً می‌تواند انجام دهد. حالا اگر اولی انجام دهد کار تمام است و کار بعدی‌ها درست نیست.

* در استقلال اگر همه همزمان معامله کرده باشند همه معاملات باطل است.

* در حالت استقلال اگر تاریخ‌ها مشخص نباشد باز هم همگی باطل است.

* ترتیب: یعنی افراد به ترتیب سمت پیدا می‌کنند.

* اطلاق: یعنی سکوت، در این حالت اطلاق به اجتماع بر می‌گردد. (طبق مواد

669 و 854)

✓ ماده 670 - در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل (منحل) می‌شود.

▪ در حالت اجتماع اگر چند وکیل باشند و یکی از آنها فوت کند وکالت بقیه منحل می‌شود.

✓ ماده 77 - هر گاه واقف برای دو نفر یا بیشتر به طور استقلال تولیت قرار داده باشد هر یک از آنها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلاً تصرف می کنند و اگر به نحو اجتماع قرار داده باشد تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها **حاکم** شخصی را ضمیمه آن که باقیمانده است می نماید که مجتمعاً تصرف کنند.

▪ اگر چند متولی باشند و یکی فوت کند، حاکم ضم امین می کند.

✓ در بحث **وصایت و شرکت** قانونگذار ساکت است. که شرکت می شود مانند وکالت و وصایت می شود مانند تولیت.

تقسیم:

عبارت است از تقسیم شدن مال مشاع به مال مفروز، تقسیم تمیز حق است یعنی حق هر شریک مشخص می شود، تقسیم فقط تمیز حق نیست بلکه مبادله هم در آن صورت می گیرد یعنی مبادله حق مشاع با حق مفروز، پس تقسیم تمیز حق همراه مبادله است.

انواع تقسیم: تقسیم به دو جور است 1- به تراضی 2- به اجبار

- به تراضی: یعنی شرکاء باهم بر تقسیم توافق می کنند. تقسیم بر تراضی در دو جا نمی شود 1- با عمل تقسیم مال از مالیت بیفتد اگر چه شرکاء تراضی نمایند. 2- جائیکه بین شرکاء غایب یا محجور باشد (که در این صورت باید تقسیم در دادگاه صورت بگیرد با حضور نماینده غایب و محجور).
- تقسیم به اجبار: یعنی شرکاء با یکدیگر توافق نمی کنند. تقسیم به اجبار **توسط دادگاه** صورت می گیرد و 4 نوع است و در طول یکدیگرند:

- ترتیب تقسیم آن است که اگر مال مشترک **مثلی** (تجزیه پذیر) باشد به نسبت سهام شرکاء **افراز** می شود و اگر **قیمتی** (تجزیه ناپذیر) باشد بر حسب قیمت **تعدیل** می شود و بعد از افراز یا تعدیل در صورت عدم تراضی بین شرکاء حصص آنها به قرعه معین می گردد.

▪ **افراز**: در جائیکه مال مشاع تجزیه پذیر است و به همه شرکاء می رسد و نیازی به تقویم نیست.

▪ **تعدیل**: در جائیکه افراز ممکن نیست یعنی مال تجزیه ناپذیر است. در اینجا اول قیمت می

کنیم (تقویم می کنیم) بر حسب قیمت تقسیم می کنیم.

- رد: در جائیکه تعدیل هم نمی شود، که در اینصورت یکی از شرکاء بیشتر می برد و دیگری کمتر و کسی که بیشتر برده مابه التفاوت را به دیگری می دهد.
- فروش: اگر رد هم نشد راه حل آخر فروش است.

مهائیات: یعنی تقسیم **منافع** بین شرکاء، خواه مالک عین باشند یا نباشند. مهائیات دو جور است:

1- بر حسب زمان 2- بر حسب مکان یا اجزاء

- ✓ ماده 599 - تقسیم بعد از آن که صحیحاً واقع شد لازم است و هیچ یک از شرکاء نمی تواند بدون رضای دیگران از آن رجوع کند.
- طبق این ماده می توان گفت مهائیات عقدی است لازم ضمن اینکه اصل لزوم هم داریم.

1315- هرگاه چند مدیر برای اداره اموال شرکت تعیین شده باشند اصل بر این است که باید مجتمعاً اقدام به اداره نمایند مگر در صورت تصریح به استقلال هریک. بنابراین مدیری که در حالت اجتماع به تنهایی اقدام کرده است ضامن می باشد خواه برای سایر مدیران امکان فعلی مداخله وجود داشته باشد یا نداشته باشد.

1319- هرگاه قنات مشترک یا امثال آن خرابی پیدا کرده و محتاج به تنقیه یا تعمیر شود و یک یا چند نفر از شرکاء بر ضرر شریک یا شرکاء دیگر از شرکت در تنقیه یا تعمیر امتناع نمایند شریک یا شرکاء متضرر می توانند به حاکم رجوع نمایند در این صورت اگر ملک قابل تقسیم نباشد حاکم می تواند برای قلع ماده نزاع و دفع ضرر شریک ممتنع را به اقتضای موقع به شرکت در **تنقیه یا تعمیر یا اجاره یا بیع** سهم خود اجبار کند.

1323- تقسیم ملک از وقف جایز است ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست.

1325- هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که مقدار معینی از اموال تقسیم شده مال غیر بوده است در صورتی که مال غیر در تمام حصص مفروزابه تساوی باشد تقسیم صحیح و الا باطل است.

1327- هرگاه ترکه میت قبل از اداء دیون تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است طلبکار باید به هر یک از وراثت **به نسبت سهم او** رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از وراثت **معسر** شده باشد طلبکار

می تواند برای سهم **معسر یا معسرین نیز به وارث دیگر رجوع نماید.**

امانت: یعنی یک نفر با مجوز مال دیگری را در تصرف دارد، امانت دارای 2 تقسیم است:

1- امانت مالکانه و امانت قانونی 2- امانت اولی و امانت ثانوی

❖ امانت مالکانه (قراردادی): در جایی است که مالک خودش مالش را به امین می دهد یعنی اراده مالک وجود دارد. امانت مالکانه غالباً ناشی از قرارداد است ولی می تواند ناشی از ایقاع هم باشد. تمام عقود امانی امانتشان مالکانه است. عقود 2 دسته اند که یکسری از عقد را عقود امانی گویند عقود هستند که در آنها امانت وجود دارد. یکسری عقود هم وجود دارد که در آنها امانت وجود ندارد که غیر امانی اند. **در امانت مالکانه تصریح قانون لازم نیست و اراده مالک کافیست.**

❖ قانونی (شرعی): در جایی که اراده مالک وجود ندارد و قانون یک نفر را امین قرار داده است مانند ولی و قیم.

● در تفاوت امانت مالکانه و قانونی باید گفت: 1- در امانت مالکانه یا قراردادی اراده مالک وجود دارد اما در امانت قانونی این اراده وجود ندارد. 2- در امانت مالکانه مالک باید برود سراغ امین و مال خود را بگیرد مانند اجاره که موجر باید برود سراغ مستاجر، ولی در امانت قانونی یا شرعی امین باید برود سراغ مالک و مال را بدهد.

❖ امانت اولاً و به الذات (اولی): جوهر امانت حفظ و نگهداری از مال است یعنی امین مال را می گیرد تا حفظ کند. بعضی مواقع امین مال را میگیرد فقط برای حفظ که این را گویند امانت اولاً و بالذات. در عقد ودیعه امانت اینگونه است. ودیعه عقدیست که کسی مال را به دیگری می سپارد برای نگهداری. ودیعه گذار را مودع گویند و ودیعه گیر را مستودع یا امین گویند. فقط در ودیعه امانت اولاً و بالذات است. در این امانت حفظ جنبه اصلی دارد.

❖ ثانیاً و بالعرض (ثانوی): امین مال را گرفته اما نه برای حفظ برای امر دیگری مثل استفاده اما در عین حال باید مال را حفظ نیز کند. در این نوع از امانت حفظ جنبه فرعی دارد. به جز ودیعه در سایر عقود امانی امانت ثانیاً و بالعرض است.

مسئولیت امین:

امین مسئول نیست مگر اینکه تقصیر کند. تقصیر در قانون مدنی شامل دو چیز است یا تعدی یا تفریط. اگر تقصیر فعل باشد می شود تعدی و اگر ترک فعل باشد می شود تفریط. تقصیر یا تعدی است یا تفریط. تقصیر یا عمد است یا غیر عمد است. **تقصیر چه عمد و چه غیر عمد در مسئولیت امین فرقی ندارد.**

* اگر امین تقصیر کند 3 حالت پیش می آید:

** امین تقصیر می کند و تقصیرش باعث خسارت می شود یعنی بین تقصیر و خسارت رابطه سببیت وجود دارد در اینجا امین مسئول است.

** امین تقصیر می کند و تقصیرش باعث خسارت نمی شود بلکه در دوران تقصیر قوه قاهره خسارات را به بار می آورد در اینجا هم امین مسئول است زیرا در دوران تقصیر یدش ضمانتی است.

** امین تقصیر می کند در دوران تقصیر هیچ اتفاقی نمی افتد (تقصیر با خسارت ملازمه ندارد) امین دست از تقصیر می کشد حالا قوه قاهره بیاید امین مسئول نیست زیرا وقتی امین دست از تقصیر می کشد یدش دوباره امانی می شود.

نکته: می توان بر امین شرط ضمان کرد یعنی می توان شرط کرد امین ضامن باشد حتی بدون تقصیر (شرط ضمان بر امین). قانون مدنی در عقد عاریه این مساله را پذیرفته که می گوید: اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود اگر چه مربوط به عمل او نباشد (عاریه مضمونه). در عاریه طلا و نقره خود به خود حالت عاریه مضمونه پیش آمده و ید مستعیر از ابتدا ضمانتی است بدون اینکه شرط شود. دقت شود که این مورد قانون تکمیلی است.

ماده 558- اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است.

دقت شود که قانونگذار در این ماده شرط ضمان در عقد مضاربه را باطل و مبطل می داند. اما دکتر کاتوزیان بر خلاف نظر فوق را صریحا در زیر نویس ماده 642 بیان نموده اند.

می توان شرط کرد با تقصیر هم مسئول نباشد این مورد از مصادیق شرط عدم مسئولیت است که جز در 3 مورد صحیح است: 1- تقصیر عمدی 2- خسارات بدنی 3- خسارات معنوی

وکالت: وکالت عقدیست که یک نفر دیگری را برای انجام امری (عمل حقوقی) نایب خود می کند.

- موضوع وکالت عملی حقوقی (یا عقد یا ایقاع) است. بنابراین موضوع وکالت عمل مادی نمی تواند باشد. اگر کسی به دیگری بگوید برای من عمل مادی انجام بده این مورد وکالت نیست. باید بینیم معوض است یا مجانی که اگر معوض باشد می شود اجاره اشخاص یا جعاله اگر مجانی باشد می شود ماده 10. وضعیت معوض یا مجانی بودن وکالت:
- ماده 659- وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت (معوض).
 ماده 677- اگر در وکالت، مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد محمول بر این است که با اجرت باشد. به خاطر اصل عدم تبرع
 ماده 676- حق الوکاله (اجرت) وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود (اجرت المسمی) و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد تابع عرف و عادت است (عرف همان اراده طرفین و به منزله ذکر در عقد است در نتیجه می شود همان اجرت المسمی) اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است.
 • اهلیت در وکالت:
 اهلیت در وکالت تابع اهلیت در عمل حقوقی موضوع وکالت است.
 فرمول: هر کس اهلیت هر کاری را دارد می تواند وکالت در آن کار بدهد یا وکالت بگیرد.
مجنون و صغیر غیر ممیز چون اهلیت هیچ کاری را ندارند در **هیچ** کاری نه می توانند وکالت بدهند نه وکالت بگیرند.
صغیر ممیز در مورد **تملکات بلاعوض** می تواند وکالت بدهد یا وکالت بگیرد.
سفیه هم در **امور غیر مالی** (نکاح و طلاق) هم در **تملکات بلاعوض** می تواند وکالت بدهد یا بگیرد.
 ورشکسته محجور نیست و فقط اختیار ندارد. موکل هم باید اهلیت داشته باشد هم باید اختیار داشته باشد بنابراین ورشکسته چون اختیار ندارد نمی تواند در اموالش به دیگری وکالت بدهد ولی وکیل اهلیتش کافی است و اختیار نمی خواهد چون در اموال خودش تصرف نمی کند در نتیجه ورشکسته می تواند در تمام موارد وکیل دیگران باشد، ورشکسته در امور غیر مالی خود (نکاح و طلاق) میتواند وکالت دهد. در قیاس با ورشکسته شخصی است که مالش توقیف شده در مورد آن مال اختیار ندارد و نمی تواند وکالت دهد.
- ماده 663- وکیل نمی تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد.

ماده 667- وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آن چه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار او است تجاوز نکند.

ماده 674- در مورد آن چه که در خارج از حدود وکالت انجام داده شده است موکل هیچگونه تعهد نخواهد داشت مگر این که اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.

ماده 1073- اگر وکیل از آن چه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود.

ماده 1074- حکم ماده فوق در موردی نیز جاری است که وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد.

خلاصه مواد بالا: وکیل باید غبطه و مصلحت موکل را رعایت نماید. اگر وکیل مصلحت را رعایت نکند معامله اش **غیر نافذ** است.

- ماده 664 - وکیل در محاکمه وکیل در قبض حق نیست مگر این که قرائن دلالت بر آن نماید و همچنین وکیل در اخذ حق، وکیل در مرافعه نخواهد بود (و نمی تواند به دادگاه رجوع کند).

- ماده 665- وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست مگر این که قرینه قطعی دلالت بر آن کند.

ماده 260- در صورتی که معامل فضولی عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد و مالک با اجازه معامله قبض عوض را نیز اجازه کند دیگر حق رجوع به طرف دیگر نخواهد داشت.

ماده 666 سه تا شیش داره (☺)- هر گاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که **عرفاً** وکیل مسبب آن محسوب می گردد مسئول خواهد بود.

وکیل امین است.

- ماده 671 - وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست (**مگر مورد قبض ثمن**) مگر

این که تصریح به عدم وکالت باشد.

✓ مقدمه واجب واجب است.

✓ اذن در شیء اذن در مقدمات آن هم هست.

✓ موضوع وکالت عمل حقوقی است، برای تمام اعمال حقوقی نمی توان وکالت داد و یکسری

اعمال حقوقی است که در آنها وکالت امکان ندارد که در دو مورد می توان آنها خلاصه کرد.

● وصیت: وصیت قائم به شخص است و قابل توکیل نیست.

● احیاء اراضی موات، تحجیر، حيازت مباحات: در این اعمال حقوقی (که ایقاعند) عمل مادی خیلی

مهم است و باید یکسری اعمال مادی انجام داد.

● ماده 672 - وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر این که صریحاً یا به دلالت قرائن، وکیل در توکیل باشد.

✓ وکالت در توکیل: توکیل یعنی وکیل اول می رود یک وکیل می گیرد و خودش هم هست. وکیل دوم، هم وکیل موکل است هم وکیل وکیل اول. و وکیل باید حتماً حق توکیل داشته باشد تا بتواند وکیل بگیرد.

✓ تفویض: وکیل می رود یک وکیل می گیرد و خودش دیگر نیست یعنی سمت خود را می دهد. این مورد در جایی کاربرد دارد که مثلاً کسی مالی را با وکالت می فروشد.

این بحث (توکیل و تفویض) در جایی دیگر مثل اجاره نیز کاربرد دارد.

انتقال قرارداد: مستاجر، مستاجر بودنش را به دیگری می دهد و می رود (مثل تفویض). در مزارعه نیز چنین

بحثی وجود دارد که عامل مزارعه را به دیگری منتقل کند. در مساقات نیز چنین امری وجود دارد. در

مزارعه نیز وجود دارد.

توکیل مثل وکالت فرعی است و تفویض مانند انتقال قرارداد.

☑ توکیل فضولی: اگر وکیل حق توکیل نداشته باشد و به دیگری وکالت دهد (توکیل فضولی) به

وکیل گویند فضول و به دیگری اصیل. و موکل می تواند برای جبران خسارت به هر کدام رجوع

کند و مسئولیتشان تضامنی است و هر کدام که کل خسارت را به موکل تادیه کرد به نسبت

مسئولیت دیگری به او رجوع می کند.

● ماده 678 - وکالت به طریق ذیل مرتفع می شود:

1 - به عزل (فسخ) موکل.

2 - به استعفای (فسخ) وکیل.

3 - به موت یا به جنون وکیل یا موکل.

✓ این ماده طرق انحلال وکالت را می گوید. وکالت عقدی است اذنی و چون اذنی است جایز است

و چون اذنی است (نه چون جایز است) با فوت و حجر به هم می خورد.

✓ بند 3 سفته (682 بیان نموده) را بیان نموده در صورتیکه عقد وکالت با سفته نیز از بین می رود جز

در امور غیر مالی و تملکات بلاعوض.

- ماده 682 - محجوریت (سفه) موکل موجب بطلان (انفساخ) وکالت می شود مگر در اموری که حجر (سفه) مانع از توکیل در آنها نمی باشد و همچنین است محجوریت (سفه) وکیل مگر در اموری که حجر (سفه) مانع از اقدام در آن نباشد (مقصود تملکات بلاعوض و امور غیر مالی).
- ✓ عنوان محجوریت در این ماده شامل جنون نمی شود و مقصود سفه است.
- ✓ خلاصه ماده: وکالت با سفه از بین می رود چه با سفه موکل چه وکیل مگر در امور غیر مالی و تملکات بلاعوض.
- ماده 679 - موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر این که وکالت وکیل با عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.
- ✓ این ماده 2 استثناء را بیان نموده: 1- عدم عزل (اسقاط حق عزل) یا عدم استعفاء (اسقاط حق استعفاء) ضمن عقد لازم برود 2- وکالت ضمن عقد لازم برود.
- ✿ **حق فسخ عقد لازم قابل اسقاط است و لازم نیست ضمن عقد لازم اسقاط شود.** یعنی می توان حق فسخ را از عقد جایز برداشت.
- ماده 680 - تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است.
- وکالت ظاهری: موکل وکیل را عزل کرده و هنوز خبر عزل به وکیل نرسیده است و در نتیجه کارهایی را که وکیل انجام می دهد صحیح است.
- ✓ این ماده راجع به عزل است اما از حکم آن می توان در مورد فوت و حجر نیز استفاده نمود. یعنی اگر موکل فوت کند تا خبر به وکیل نرسیده وکالت صحیح است و یا تا وقتی خبر حجر به وکیل نرسیده وکالت صحیح است.
- ماده 681 - بعد از این که وکیل استعفا داد مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است می تواند در آن چه وکالت داشته اقدام کند.
- ✓ اگر وکیل استعفا دهد و خبر به موکل نرسیده است پس موکل به اذن خود باقی است. و وکیل هر کاری انجام دهد صحیح است.
- ماده 683 - هر گاه متعلق وکالت از بین برود یا موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا به طور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد به جا آورده مثل این که مالی را که برای فروش آن وکالت داده بود خود بفروشد وکالت منفسخ می شود.

✓ از بین رفتن متعلق وکالت: وکالت با از بین رفتن متعلقش **منفسخ** می شود. و از بین رفتن متعلق وکالت 2 جور است:

➤ مادی: یعنی مال مورد وکالت از بین برود که در اینصورت وکالت منفسخ می شود.

➤ حقوقی: از بین رفتن متعلق وکالت 3 جور است:

* وکیل کار را انجام دهد.

* موکل کار را انجام دهد: موکل می تواند خود کار موضوع وکالت را انجام

دهد (حتی در وکالت بلا عزل) مگر اینکه این حق از او سلب شده باشد. اگر

شرط شده باشد که موکل حق انجام مورد وکالت را نداشته باشد و انجام

دهد **باطل** است.

* موکل کاری منافی کار وکالت انجام دهد.

1369- وکالت یا مطلق است و یا مقید، مطلق یا مقید بودن وکالت مربوط است به تصرفاتی که وکیل در موضوع

وکالت انجام می دهد، اگر وکالت به طور **مطلق** باشد فقط مربوط به **اداره کردن اموال** موکل است و وکیل جز

اعمال اداری نمی تواند تصرف دیگری در موضوع وکالت بنماید.

1379- هرگاه دو نفر به نحو اجتماع وکیل شخصی باشند با فوت یکی از آنها وکالت دیگری منحل می شود این

حکم ویژه وکالت است ولی در **تولیت** و **وصایت** حاکم ضم امین می نماید.

1391- وکالت در زمره ی عقود اذنی است، اذن وابسته به اراده اذن دهنده و ماذون می باشد، بنابراین کلیه عقود

اذنی (1- مضاربه 2- شرکت 3- ودیعه 4- عاریه 5- وکالت) خواه **مستقل** باشند و یا در **زمره ی عقود لازم** با فوت و یا

حجر یکی از طرفین **منحل** می شود.

1395- هرگاه عقد اذنی در ضمن یک عقد لازم شرط شده باشد، در صورتیکه عقد اذنی تنها به سود یک نفر باشد

نسبت به آن طرف جایز باقی می ماند و تنها نسبت به طرف دیگر غیر قابل فسخ می گردد ولی اگر عقد اذنی شرط

شده در ضمن عقد لازم، به سود هر دو طرف باشد نسبت به هر دو طرف غیر قابل فسخ می گردد.

1410- مطابق ماده 681 بعد از این که وکیل استعفا داد مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است

می تواند در آن چه وکالت داشته اقدام کند. این حکم مطابق با نظری است که وکالت را ترکیبی از یک عقد و یک

ایقاع می داند.

عقد ضمان:

عقد ضمان بین ضامن و طلبکار بسته می شود و بدهکار دخالت ندارد. وقتی ضامن با طلبکار عقد را می بندد 2 حالت پیش می آید: 1- بدهکار بری می شود و دین بر عهده ضامن می آید (ضمان نقل ذمه) 2- بدهکار بری نمی شود و ضامن به او ضمیمه می شود (ضمان ضم ذمه)

❖ ضمان نقل ذمه به ذمه: ضامن با طلبکار (مضمون له) عقد را می بندد، بدهکاری که دخالت نداشته بری می شود و دین به عهده ضامن می آید (اثر حقوق ضمان نقل ذمه انتقال دین است)، قانون مدنی به پیروی از فقهای امامیه ضمان نقل ذمه را پذیرفته.

❖ ضمان ضم ذمه: مدیون همچنان مدیون باقی می ماند ضامن فقط ملتزم به تادیه می شود. در ضمان ضم ذمه ضامن مدیون نیست و یا میگویند **مسئول به پرداخت دین یا ملتزم به تادیه دین**. ضمان ضم ذمه دو جور است:

* **عرضی**: ضمان عرضی (تضامنی) ضامن و بدهکار در عرض هم قرار دارند و طلبکار می تواند به هر کدام رجوع کند.

* **طولی**: ضمان طولی (وثیقه ای) در جایی که بدهکار و ضامن در طول یکدیگر قرار دارند یعنی طلبکار ابتدا باید سراغ بدهکار رود و اگر بدهکار نداد سپس سراغ ضامن می رود.

✓ در عرف صریحاً ضمان طولی پذیرفته شده است بر خلاف قانون. در سوالات اصل را بر نقل ذمه قرار می دهیم.

نکات:

☑ ضمان عقدیست **عهدی**، چون اثرش تعهد ضامن است و **ضمان نقل ذمه معوض است** زیرا از یکسو ضامن تعهد می کند و از سوی دیگر طلبکار طلب خود را از بدهکار نمی گیرد ولی ضمان ضم ذمه **عقدیست مجانی** است و دیگر طلبکار از بدهکار ساقط نمی شود. در نتیجه در ضمان نقل ذمه چون **عقدیست معوض** طلبکار باید اهلیت کامل داشته باشد زیرا در عقود معوض اهلیت کامل لازم است. اما در ضمان ضم ذمه که عقدیست مجانی و 100٪ به سود طلبکار پس طلبکار می تواند **سفیه یا صغیر ممیز** باشد.

☑ ماده 687- ضامن شدن از محجور و میت صحیح است.

* ضامن شدن از محجور درست است زیرا رضای محجور لازم نیست و ضامن شدن از

میت مثل ابرای میت است مثل ضامن شدن از ترکه.

ماده 291- ابراء ذمه میت از دین صحیح است.

ماده 685- در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست.

ماده 688 - ممکن است از ضامن ضمانت کرد.

ماده 722 - ضامن ضامن حق رجوع به مدیون اصلی ندارد و باید به مضمون‌عنه خود رجوع کند و به همین طریق

هر ضامنی به مضمون‌عنه خود رجوع می‌کند تا به مدیون اصلی برسد.

✓ ترامی: یک نفر ضامن مدیون می‌شود (در نقل ذمه) و مدیون بری می‌شود و کسی دیگر می‌آید و

ضامن ضامن می‌شود و ضامن اول بری می‌شود.

دور: ماده 688 شامل دور هم می‌شود، کسی ضامن مدیون می‌شود و مدیون بری می‌شود و مدیون قبلی دوباره

ضامن ضامن می‌شود.

ماده 689 - هر گاه چند نفر ضامن شخصی شوند ضمانت هر کدام که مضمون‌له قبول کند صحیح است.

✓ چند نفر سراغ طلبکار می‌آیند و می‌گویند ما حاضریم ضامن بدهکار بشویم و طلبکار یک نفر را

انتخاب می‌کند.

✓ چند نفر سراغ طلبکار می‌آیند و می‌گویند ما حاضریم ضامن بدهکار بشویم و طلبکار هم همگی

را می‌پذیرد و در اینجا دو حالت پیش می‌آید:

○ نقل ذمه: در این حالت چند نفر سراغ طلبکار می‌آیند و می‌گویند ما ضامن می‌شویم به

صورت نقل ذمه و طلبکار هم همگی را می‌پذیرد و دین از بدهکار به همه ضامن‌ها

منتقل می‌شود و هر کدام بخشی از دین را ضامن می‌شوند و اگر ندانیم هر کدام چقدر،

اصل بر تساوی است. که به این گویند **ضمان به طور تسهیم** (721): ماده 721 - هر گاه

اشخاص متعدد از یک شخص و برای یک قرض به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند

مضمون‌له به هر یک از آنها فقط به قدر سهم او حق رجوع دارد و اگر (267) یکی از

ضامنین تمام قرض را تأدیه نماید به هر یک از ضامنین دیگر که اذن تأدیه داده باشد

می‌تواند به قدر سهم او رجوع کند.

○ ضم ذمه: چند نفر سراغ طلبکار می روند و می گویند ما ضامن طلبکار می شویم و طلبکار همگی را قبول می کند و این می شود ضم ضمه و طلبکار می تواند به هر کدام بابت کل طلب رجوع کند.

ماده 690 - در ضمان شرط نیست (شرط صحت نیست) که ضامن مالدار باشد لیکن اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد می تواند عقد ضمان را فسخ کند ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملی شود مضمون له خیاری نخواهد داشت.

✓ این ماده با ماده های 728 و 729 ارتباط دارد: ضامن برای اینکه عقد را ببندد لازم نیست مالدار باشد یعنی اگر مالدار هم نبود عقد صحیح است و مالدار بودن طرف شرط صحت نیست بلکه شرط لزوم است یعنی مالدار هم نباشد عقد صحیح است ولی قابل فسخ است. ضامن اگر مالدار نبود و طلبکار هم جاهل بود می تواند عقد را فسخ کند ولی اگر ضامن مالدار باشد و بعداً معسر شود دیگر طرف خیاری ندارد. اگر ضامن معسر باشد طرف خیار دارد و اگر بعداً مالدار شود خیار از بین می رود.

ماده 691 - ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است.

✓ موضوع ضمان دین است بنا براین موقع ضمان، دین باید موجود باشد، قانونگذار سخت گیری نکرده و وجود دین را لازم ندانسته و گفته سبب هم ایجاد شده باشد ضمان صحیح است.

✓ این دین که موضوع ضمان است باید دین مالی باشد و از دیون غیر مالی نمی توان ضمانت نمود.

✓ دین موضوع ضمان باید کلی باشد تا بر عهده ی ضامن برود و از عین معین نمی توان ضمانت

نمود، اصطلاحی به نام عین مضمونه داریم که محل بحث ماست و عینی است که در نزد شخصی است که ید او ضمانتی است و باید عین را به مالک پس بدهد مانند غاصب و کسی نمی تواند ضامن غاصب در رد مال بشود زیرا مال در دست غاصب است و عین معین است پس ضمانت از اعیان مضمونه ضمانت نیست و این تعهد به فعل ثالث است.

خلاصه: موضوع ضمان، دینی مالی (نه غیر مالی) و کلی و قابل ایفا به وسیله دیگری باشد و به قید مباشرت نباشد.

ماده 692- در دین حال ممکن است ضامن برای تأدیه آن اجلی معین کند و همچنین می تواند در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنماید.

ماده 693- مضمون له می تواند در عقد ضمان از ضامن مطالبه رهن کند اگر چه دین اصل رهنی نباشد.

ماده 702- هر گاه ضمان مدت داشته باشد مضمون له نمی تواند قبل از انقضاء مدت مطالبه طلب خود را از ضامن کند اگر چه دین حال باشد.

ماده 703- در ضمان حال مضمون له حق مطالبه طلب خود را دارد اگر چه دین مؤجل باشد.

ماده 704- ضمان مطلق محمول به حال است مگر آن که به قرائن معلوم شود که مؤجل بوده است.

ماده 715- هر گاه دین مدت داشته و ضامن قبل از موعد آن را بدهد مادام که دین حال نشده است نمی تواند از مدیون مطالبه کند.

ماده 716- در صورتی که دین حال باشد هر وقت ضامن ادا کند می تواند رجوع به مضمون عنه نماید هر چند ضمان مدت داشته و موعد آن نرسیده باشد مگر آن که مضمون عنه اذن به ضمان مؤجل داده باشد.

خلاصه مواد بالا: ضمان تابع دین است ولی تابع وجود دین است و الزاماً تابع شرایط دین نیست یعنی دین حال است، ضمان می تواند مؤجل باشد، دین مؤجل است، ضمان می تواند حال باشد، دین وثیقه دارد، ضمان می تواند وثیقه نداشته باشد، دین وثیقه ندارد ضمان می تواند وثیقه داشته باشد در هر صورت ضمان تابع وجود دین است.

ماده 694- علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می نماید شرط نیست بنا بر این اگر کسی ضامن دین شخص بشود بدون این که بداند آن دین چه مقدار است ضمان صحیح است لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.

ماده 695- معرف تفصیلی ضامن به شخص مضمون له یا مضمون عنه لازم نیست.

✓ از این دو ماده برداشت می شود ضمان مبتنی بر مسامحه است و علم اجمالی کافی است.

ماده 696- هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگر چه شرط فسخی (حق فسخ) در آن (سبب آن) موجود باشد.

ماده 775- برای هر مالی که در ذمه باشد (یعنی هر دینی) ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.

✓ اصطلاحی داریم به نام دین متزلزل در مقابل دین مستقر، دین متزلزل دینی است که ناشی از یک عقد است که آن عقد قابل فسخ است، طبق ماده 696 **ضمان از دین متزلزل درست است**. در نهایت اگر دین از بین رفت ضمان نیز از بین می رود زیرا ضمان تبعی است.

ماده 697 - ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق‌الغیر در آمدن آن جایز است.

ماده 708 - کسی که ضامن درک مبیع است در صورت فسخ بیع به سبب اقاله یا خیار از ضمان بری می‌شود.

✓ ضمان عهده: وقتی عقدی باطل است طرفین باید عوضین را پس بدهند، طرفین عقد به هنگام انعقاد از همدیگر ضامن می‌گیرند که اگر عقد باطل بود عوض را از ضامن بگیرند نه از طرفین. پس ضمان عهده برای زمانی است که عقد از ابتدا باطل بوده باشد. **قانون فقط در مورد فضولی ضمان عهده را بیان نموده ولی** ضمان عهده در هر زمینه‌ای که عقد باطل باشد کاربرد دارد.

اگر پس از دادن ضامن عهده مشخص گردد که عقد صحیح است ولی اقاله کرده اند در اینصورت نمی‌توان از ضامنان عهده عوضین را دریافت نمود مگر اینکه تصریح شده باشد.

در نتیجه ضمان عهده اگر مطلق باشد فقط شامل موارد بطلان می‌شود اگر بخواهیم شامل موارد انحلال شود، نیاز به تصریح داریم.

تعلیق در ضمان: 1- تعلیق در ضمان نقل ذمه 2- تعلیق در ضمان ضم ذمه

❖ تعلیق در ضمان نقل ذمه: طبق بند 1 ماده 699 تعلیق در ضمان نقل ذمه **باطل** است. **ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.**

ماده 700 - تعلیق ضامن به شرایط صحت آن مثل این که ضامن قید کند که اگر مضمون‌عنه مدیون باشد من ضامنم موجب بطلان آن نمی‌شود.

♣️ تعلیق ضمان به شرایط صحت اصلاً تعلیق محسوب نمی‌شود که بخواهد باطل باشد.

♣️ ولی تعلیق در التزام به تأدیه صحیح است.

❖ تعلیق در ضمان ضم ذمه: اثر حقوقی ضمان ضم ذمه انتقال دین نیست بلکه التزام ضامن است و ضامن مدیون نمی شود بلکه ملتزم به تادیه می شود و می توان این اثر را معلق کرد یعنی **ضمان ضم ذمه معلق صحیح است** و مثال بارز آن ضمان طولی است که می شود معلق و ضمان عرضی آن می شود منجز.

ماده 701 - ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی توانند آن را فسخ کنند مگر در صورت **اعسار ضامن** به طوری که در ماده 690 مقرر است یا در صورت **بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون له** و یا در صورت **تخلف از مقررات عقد**.

- ✓ این ماده ناظر به نقل ذمه است.
- ✓ **ضمان نقل ذمه قابل اقاله نیست ولی اقاله آن باطل نیست و غیر نافذ است.**
- ✓ **خیار شرط در ضمان نقل ذمه نمی توان گذاشت.**
- ✓ **شرط فاسخ که نوعی اقاله است در ضمان نقل ذمه نمی توان گذاشت.**
- ضمان ضم ذمه نسبت به ضامن لازم و نسبت به طلبکار جایز
- **ضمان ضم ذمه قابل اقاله است .**
- **خیار شرط در ضمان ضم ذمه می توان گذاشت.**
- **در ضمان ضم ذمه می توان شرط فاسخ گذاشت.**

ماده 707 - اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی شود مگر این که مقصود ابراء از اصل دین باشد.

✓ ماده 707 غلط است هم با نقل ذمه هم با ضم ذمه.

ماده 709 - ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر بعد از اداء دین ولی می تواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی براثت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند.

✓ ضامن می خواهد به مدیون رجوع کند سه شرط احتیاج دارد:

▪ انعقاد ضمان به اذن مضمون عنه

- پرداخت دین به مضمون له
- قصد تبرع نداشته باشد (720): ماده 720- ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده باشد حق رجوع به مضمون عنه ندارد (ولو با اذن).

☠ این ماده یک استثناء دارد، و در یک مورد ضامن هنوز دین را نداده و می تواند رجوع

کند. (ولی می تواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی برائت

او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند)

✓ انجام یکسری از کارها مانند پرداخت دین است، مثل اینکه ضامن حواله (710) می دهد، ضامن می دهد، تهاتر شود، مالکیت ما فی الذمه (712) شود، این اتفاقات برای مدیون بیوفتد مثل این است که دین را داده است و می تواند به مضمون عنه رجوع کند و در واقع در این حالات مضمون عنه بری نمی شود.

ماده 711 - اگر ضامن دین را تأدیه کند و مضمون عنه آن را ثانیاً بپردازد ضامن حق رجوع به مضمون له نخواهد داشت و باید به مضمون عنه مراجعه کند و مضمون عنه می تواند از مضمون له آن چه را که گرفته است مسترد دارد.

ماده 713 - اگر ضامن به مضمون له کمتر از دین داده باشد زیاده بر آن چه داده نمی تواند از مدیون مطالبه کند اگر چه دین را صلح به کمتر کرده باشد.

ماده 714 - اگر ضامن زیاده تر از دین به داین بدهد حق رجوع به زیاده ندارد مگر در صورتی که به اذن مضمون عنه داده باشد.

ماده 717 - هر گاه مضمون عنه دین را ادا کند ضامن بری می شود هر چند ضامن به مضمون عنه اذن در ادا نداده باشد.

ماده 718 - هر گاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند ضامن و مضمون عنه هر دو بری می شوند.

✓ با اینکه مضمون عنه بری شده بود ولی اینبار در برابر ضامن بری می شود.

ماده 719 - هر گاه مضمون له ضامن را ابراء یا دیگری مجاناً دین را بدهد ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد.

- 1451- ماده 297 - اگر بعد از ضمان مضمون‌له به مضمون‌عنه مدیون شود موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد.
- ماده 700 - تعلیق ضامن به شرایط صحت آن مثل این که ضامن قید کند که اگر مضمون‌عنه مدیون باشد من ضامنم موجب بطلان آن نمی‌شود.
- 1463- در صورتی که دین حال باشد خواه ضمان نیز حال باشد یا موجب هر وقت ضامن ادا کند می‌تواند رجوع به مضمون‌عنه نماید هر چند ضمان مدت داشته و موعد آن نرسیده باشد مگر آن که مضمون‌عنه اذن به ضمان مؤجل داده باشد.

عقد حواله:

تفاوت مهم حواله و ضمان این است که **در حواله اراده مدیون هم وجود دارد**. در حواله سه اراده می‌خواهد: 1-مدیون (محمیل) 2- مدیون جدید (محال^۱ علیه) 3-طلبکار (محتال، محال، محال له) تنها عقدی که در قانون حتماً 3 اراده می‌خواهد حواله است. در حواله دو رابطه را باید جدا کرد یکی رابطه محیل با محتال و دیگری رابطه محیل با محال^۲ علیه.

- ❖ رابطه محیل و محتال: برای صحت حواله محیل باید به محتال بدهکار باشد (اگر نباشد باطل نیست بلکه: **اگر محیل به محتال بدهکار نباشد آنچه واقع می‌شود حواله نیست.**)
- ❖ رابطه محیل با محال^۲ علیه (مدیون جدید): در این رابطه دو صورت است:

➤ حواله بر مدیون یا حواله کامل: یک موقع محیل از محال علیه طلب دارد، به این دلیل حواله می‌دهد.

➤ حواله بر بری: یک موقع محیل از محال علیه طلب ندارد، در این نوع از حواله چون محال علیه مدیون نیست وقتی دین را می‌دهد می‌تواند از محیل بگیرد و **در حکم ضامن** است.

ماده 728- در صحت حواله ملائت محال علیه شرط نیست.

ماده 729- هر گاه در وقت حواله محال علیه معتبر بوده و محتال جاهل به اعسار او باشد محتال می‌تواند حواله را فسخ و به محیل رجوع کند.

ماده 690- در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار باشد لیکن اگر مضمون‌له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد می‌تواند عقد ضمان را فسخ کند ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملی شود مضمون‌له خیاری نخواهد داشت.

خلاصه: اگر محال علیه معسر باشد و محتال نداند حق فسخ دارد به استناد خیار تخلف از شرط ضمنی.

ماده 730- پس از تحقیق حواله ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه محال علیه مشغول می‌شود.

ماده 698- بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود.

خلاصه: اثر حقوقی حواله انتقال دین است مثل ضمان، ولی این ماده هم مانند 698 تکمیلی است و می‌توان شرط کرد محیل بری نشود و محال علیه نیز به او اضافه شود و یا محیل ابتدا بری شود دین برای محال علیه شود بعد محیل به او ضمیمه شود.

ماده 732- حواله عقدی است لازم و هیچ یک از محیل و محتال و محال علیه نمی‌تواند آن را فسخ کند مگر در مورد ماده 729 و یا در صورتی که خیار فسخ شرط شده باشد.

ماده 701- ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون‌له نمی‌تواند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده 690 مقررات است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون‌له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد.

✓ حواله عقدیست لازم نسبت به 3 طرف، حواله با 3 اراده قابل اقاله است و اقاله به هیچکس ضرر نمی‌زند، خیار شرط را در حواله می‌توان گذاشت با 3 اراده، شرط فاسخ هم که نوعی اقاله است که در حواله می‌توان گذاشت.

ماده 733- اگر در بیع، بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد حواله باطل می‌شود (باطل است) و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد ولی اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله یا حکم قانون منفسخ شود (منحل شود) حواله باطل نبوده لیکن محال علیه بری و بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند.

ماده 696 - هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگر چه شرط فسخی در آن موجود باشد.

ماده 701 - ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی توانند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده 690 مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد.

ماده 708 - کسی که ضامن در ک مبیع است در صورت فسخ بیع به سبب اقاله یا خیار از ضمان بری می شود.

ماده 775 - برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.

✓ حواله عقدیست تبعی مانند ضمان، کفالت، رهن که دو نتیجه حاصل می شود: 1- اگر معلوم شود دینی نبوده این عقود باطلند 2- اگر دین بعداً از بین برود این عقود منفسخ می شوند.

1468- در حقوق ایران مطابق بند 2 و 3 ماده 292 تبدیل تعهد از راه تبدیل مدیون و داین همان انتقال دین و طلب می باشد.

عقد صلح: صلح بر دو قسم است یا در مورد دعواست و یا در مورد معاملات است.

❖ صلح در مورد دعوا:

✓ این صلح دو جور است 1- دعوی موجود به صلح تمام میشود. 2- از دعوی احتمالی جلوگیری می شود.

✓ صلح در مورد دعوا عقدی است **معوض** چون طرفین از ادعاهای خود می گذرند.

✓ صلح در مورد دعوا توسط منکر هم می شود و اگر منکر، تقاضای صلح کند اقرار نیست.

❖ صلح در مورد معاملات: عقدیست که **به جای** برخی از معاملات منعقد می شود اثر همان معامله را دارد ولی

احکام خاص آن را **ندارد**. صلح به جای بیع، اجاره، هبه، عاریه، ابراء می آید.

ماده 760 - صلح عقد لازم است **اگر چه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد** و بر هم نمی خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله.

ماده 757 - صلح بلاعوض نیز جائز **(به معنای صحیح)** است.

✓ صلح بلاعوض عقدیست لازم. در توضیح این ماده باید گفت صلح در مورد دعوا عقدیست معوض و حالا صلح در مورد معامله می تواند معوض باشد می تواند مجانی باشد برای مثال اگر صلح به جای بیع که عقدی معوض است بنشیند می شود عقد معوض ولی در مورد هبه که عقدی مجانی است بنشیند می شود مجانی (بلاعوض).

ماده 765 - صلح دعوی **مبتنی** بر معامله باطله باطل است ولی صلح دعوی **ناشی** از بطلان معامله صحیح است.

✓ صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است در توضیح باید گفت که اگر معامله ای باطل باشد و طرفین **ندانند** که باطل است و تعهدات خود را اجرا کنند این معامله از مبنا باطل بوده است. ماده 767 - اگر بعد از صلح معلوم گردد که موضوع صلح منتفی بوده است صلح باطل است.

✓ صلح دعوی **ناشی** از بطلان معامله صحیح است: معامله ای باطل است طرفین هم **می دانند** که باطل است می خواهند عوضین را پس بدهند ولی دعوایشان می شود و به خاطر این دعوا صلح می کنند این صلح صحیح است.

1479- صلح بین طرفین یا در دفتر اسناد رسمی واقع می شود یا در دادگاه و یا خارج از دادگاه و بر اساس سازشنامه غیر رسمی.

1480- صلح با انکار دعوی نیز جائز است بنا بر این، درخواست صلح اقرار محسوب نمی شود. منظور از واژه جایز در این ماده «قابل فسخ» نیست بلکه مراد آن است که صلح با انکار دعوی نیز امکانپذیر است و مانع قانونی دارد. صلح محاباتی صلحی است معوض که در آن هیچگونه تعادلی میان دو عوض موجود نیست مانند صلح خانه در برابر یک شاخه نبات.

1481- حقوق خصوصی که از جرم ناشی می شوند قابل صلح می باشند بدیهی است که این صلح باید بعد از وقوع جرم صورت پذیرد چرا که حق را پیش از پیدایش نمی توان ساقط نمود.

1486- حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام بیع باشد.

● 1494- هرگاه صلح مبتنی بر مسامحه باشد مانند صلح بلاعوض، علی الاصول قابل فسخ نیست، مگر به موجب **خیار شرط** و یا **خیار تخلف از شرط** و **تدلیس**، به بیان دیگر در این نوع از صلح سایر خیارات به دلیل تعارض با طبیعت آن راه ندارد.

1496- از آنجائیکه در عقد صلح، شخصیت طرف علت عمده ی عقد می باشد هرگاه در شخص طرف مصالحه اشتباهی رخ دهد عقد صلح باطل است.

1498- هرگاه در موضوع عقد صلح (مورد صلح) اشتباهی رخ دهد، عقد باطل است به نظر می رسد منظور ماده از (مورد) هم شامل مورد معامله می شود و هم شامل خود موضوع معامله می شود.

عقد رهن:

وثیقه یعنی تضمین، وثیقه برای طلب داده می شود، وثیقه دو جور است: شخصی و عینی

❖ شخصی: یعنی یک شخص وثیقه است و طلب را تضمین می کند و ذمه ی یک شخص وثیقه است. سه عقد

است که موجود وثیقه ی شخصی است: ضمان، حواله، کفالت

❖ عینی: یعنی یک مال وثیقه است، وثیقه عینی همان حق عینی تبعی است. وثیقه عینی سه مورد است:

قراردادی، قضایی، قانونی

✓ رهن وثیقه عینی قراردادی است.

ماده 772 - مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

✓ رهن عقدی است عینی یعنی قبض در آن شرط صحت است ولی فقط خود قبض نه استمرار قبض

ماده 774 - مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.

✓ مال مرهون می تواند کلی در معین هم باشد.

ماده 775- برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.

ماده 696- هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگر چه شرط فسخی در آن موجود باشد.

ماده 776- ممکن است یک نفر مالی را در مقابل دو یا چند دین که بدو یا چند نفر دارد رهن بدهد در این صورت مرتهنین باید به تراضی معین کنند که رهن در تصرف چه کسی باشد و همچنین ممکن است دو نفر یک مال را به یک نفر در مقابل طلبی که از آنها دارد رهن بدهند.

ماده 571- شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه.

ماده 777- در ضمن عقد رهن یا به موجب عقد علیحده ممکن است راهن مرتهن را وکیل کند که اگر در موعد مقرر راهن قرض خود را اداء ننموده مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفاء کند و نیز ممکن است قرار دهد وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد و بالاخره ممکن است که وکالت به شخص ثالث داده شود.

✓ وکالت عقدیست اذنی و با فوت از بین می رود، یک نوع وکالت داریم که می توان شرط نمود با فوت وکیل برسد به ورثه اش، در رهن اگر راهن دین خود را ندهد مرتهن باید برود دادگاه (779) و تقاضای فروش مال را نماید و اگر راهن به مرتهن وکالت دهد و بگوید اگر دین خود را ندادم مال را بفروش و پول خود را بردار، در اینصورت حتی اگر تو فوت کردی این وکالت به ورثه تو می رسد. این تنها وکالتی است که می توان شرط کرد با فوت وکیل به ورثه برسد. این وکالت لازم نیست ضمن عقد رهن باشد و حتی می تواند جدا از رهن باشد.

ماده 778- اگر شرط شده باشد که مرتهن حق (تقاضا) فروش عین مرهونه را ندارد باطل است.

✓ مرتهن باید به دادگاه رود و تقاضای فروش دهد، و شرط خلاف آن نامشروع و باطل غیر مبطل است.

ماده 779- هر گاه مرتهن برای فروش عین مرهونه وکالت نداشته باشد و راهن هم برای فروش آن و اداء دین حاضر نگردد مرتهن به حاکم رجوع می نماید تا اجبار به بیع یا اداء دین به نحو دیگر بکند.

✓ اگر راهن دین را نداد دادگاه مال را می فروشد ابتدا باید طلب مرتهن داده شود چون حق عینی تبعی دارد که متضمن حق تقدم است یعنی طلبکار با وثیقه مقدم بر طلبکار عادی است، اگر حاصل فروش مال به اندازه طلب مرتهن بود که پرداخت می شود ولی اگر حاصل فروش کمتر

بود مرتهن آن را می‌گیرد و بقیه طلب بدون وثیقه باقی می‌ماند (781) در نتیجه بابت بقیه به راهن رجوع می‌کند و با سایر طلبکاران عادی فرقی نمی‌کند.

✓ **رهن تجزیه ناپذیر است** و تمام مال وثیقه دین است، اگر راهن بخشی از دین را بدهد و مرتهن قبول کند نمی‌توان گفت که بخشی از دین هم باید آزاد شود زیرا تمام مال رهن است تا تمام دین پرداخت شود مگر با رضای طلبکار.

ماده 786 - ثمره رهن و زیادتیی که ممکن است در آن حاصل شود در صورتی که متصل باشد جزء رهن خواهد بود و در صورتی که منفصل باشد متعلق به راهن است مگر این که ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

✓ مال مرهون متعلق به راهن است هم عین و هم منافع آن، منافع دو گونه است متصل و منفصل، منافع متصل جزو رهن است ولی منافع منفصل جزو رهن نیست.

ماده 789 - **رهن در ید مرتهن امانت محسوب است** و بنا بر این مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود مگر در صورت تقصیر.

✓ مرتهن امین است و باید مال را حفظ کند و نمی‌تواند از مال استفاده کند مگر به اذن راهن که به این گویند **رهن تصرف**.

✓ رهن مستعار: مدیون مالی برای رهن دادن ندارد و از کسی عاریه می‌کند و رهن می‌دهد و با ماده 647 منافات ندارد.

ماده 793 - راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن.

✓ راهن مالک است و اگر مال را به فروشد به قول مشهور **غیر نافذ** است ولی دکتر می‌گوید راهن مالک است و می‌تواند مال را بفروشد و فروش با حق مرتهن منافاتی ندارد و حق مرتهن روی مال است و با فروش از بین نرفته است.

☠ نظریه مشورتی ای وجود دارد که می‌گوید فروش مال مرهون غیر نافذ است در نتیجه همان نظریه مشهور می‌شود.

🔹 ازین موضوع دوجور سوال مطرح می‌شود اگر سوال دادند مطابق رویه قضایی، می‌گوییم غیر نافذ است.

1509- در عقد رهن قبض شرط صحت است و در نتیجه رهن در زمره عقود عینی است.

1513- ماده 787 - عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی راهن نمی‌تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد.

ماده 788 - به موت راهن یا مرتهن رهن منفسخ نمی‌شود ولی در صورت فوت مرتهن راهن می‌تواند تقاضا نماید که رهن به تصرف شخص ثالثی که به تراضی او و ورثه معین می‌شود داده شود. در صورت عدم تراضی شخص مزبور از طرف حاکم معین می‌شود.

1518- رهن وجه نقد اگر به قبض مرتهن داده شود صحیح است.

1546- هرگاه عین مرهونه به واسطه عمل کسی تلف شود متلف باید بدل آن را بدهد و بدل مزبور خود به خود رهن خواهد بود.

1550- راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی نماید که منافی حقوق مرتهن باشد بنابراین تصرفی که برای رهن نافع بوده و منافی حقوق مرتهن نباشد بی گمان جایز است.

شفعه:

برای پیدایش حق شفعه 5 شرط لازم است:

- مال غیر منقول: حق شفعه در مال منقول نیست به هیچ وجه
- غیر منقول ذاتی: در این نوع از غیر منقول حق شفعه وجود دارد.

- غیر منقول به واسطه عمل انسان: حق شفعه وجود دارد به شرط فروش با زمین.
 - در غیر منقول حکمی: حق شفعه وجود ندارد.
 - غیر منقول تبعی: حق شفعه وجود ندارد.
 - مال قابل تقسیم: منظور ماده 808 از قابل تقسیم قابل افراز است.
 - مشاع: حق شفعه در مال مفروز وجود ندارد **جز در یک مورد** و جایکه دو ملک در ممر یا مجرا مشترک باشند و یکی از دو مالک ملک خود را همراه با ممر یا مجرا می فروشد و مالک دیگر حق شفعه دارد.
 - بین دو نفر (**حقیقی یا حقوقی**): مال مشاع باشد بین دو نفر، این دو نفر ملاکش **زمان** بیع است.
 - فروش به ثالث: یکی از دو شریک باید سهم خود را بفروشد تا حق شفعه به وجود بیاید و لازم نیست کل سهم را بفروشد تا حق شفعه به وجود بیاید بلکه با فروش بخشی از سهم نیز حق شفعه به وجود می آید.
- ماده 811 - اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد (و شریک دیگر حصه خود را بفروشد) متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارد.
- ✓ با توجه به این ماده هرگاه مالک طلق، بفروشد، مالک حصه وقف حق شفعه ندارد اما هرگاه مالک حصه وقف بفروشد مالک حصه طلق حق شفعه دارد.
- ماده 812 - اگر مبیع متعدد بوده و بعض آن قابل شفعه و بعض دیگر قابل شفعه نباشد حق شفعه را می توان نسبت به بعضی که قابل شفعه است به قدر حصه آن بعض از ثمن اجرا نمود.
- ماده 442 - در مورد تبعض صفقه قسمتی از ثمن که باید به مشتری بر گردد به طریق ذیل حساب می شود: آن قسمت از مبیع که به ملکیت مشتری قرار گرفته منفرداً قیمت می شود و هر نسبتی که بین قیمت مزبور و قیمتی که مجموع مبیع در حال اجتماع دارد پیدا شود به همان نسبت از ثمن را بایع نگاهداشته و بقیه را باید به مشتری رد نماید.
- ✓ در صورتیکه مبیع متعدد است و بعضی قابل شفعه است و بعضی قابل شفعه نیست (ماشین و زمین) شفع می تواند بعضی را که قابل شفعه است بگیرد.
- ماده 815 - حق شفعه را نمی توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید.

✓ قاعده: در امور معوض نمی توان تبعیض نمود (412 و 431 و 815) و در امور مجانی می توان تبعیض نمود (832).

ماده 816 - اخذ بشفعه، هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد باطل می نماید.

✓ همه ی معاملات خریدار صحیح است اما در مقابل شفیع غیر قابل استناد است. اما فایده در منافع است و هر کس در هر زمان مالک بوده مالک منافع است.

✓ هرگاه یکی از شرکاء حصه خود را بفروشد، شریک دیگر حق شفعه دارد، حالا هرگاه شریک اول اقاله کند با توجه به اینکه اقاله نوعی عقد است در برابر شفیع غیر قابل استناد است و شفیع می تواند حق خود را اعمال کند و پول را به خریدار می دهد و سهم را می گیرد.

✓ هرگاه دو نفر شریک باشند و یکی از شرکاء حصه خود را بفروشد، شریک دیگر حق شفعه دارد و هرگاه بیع به وسیله یکی از خيارات به محض عقد فسخ شود حق شفعه از بین می رود. ولی اگر بیع به وسیله یکی از خيارات بعد از عقد فسخ شود مانند اقاله این فسخ در مقابل شفیع غیر قابل استناد است.

ماده 817 - در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می کند مشتری مطلقاً ضامن درک است نه بایع (فضولی) لیکن اگر در مواقع اخذ بشفعه مورد شفعه هنوز به تصرف مشتری داده نشده باشد شفیع حق رجوع به مشتری نخواهد داشت.

✓ بند یک: هرگاه فضول سهم یکی از شرکاء را بفروشد، و شریک دیگر گمان کند که خود شریک مال خود را فروخته است و شفیع می رود و حق شفعه خود را اعمال می کند و حالا شریک که مالش به فضولی فروخته شده بیع را رد میکند در نتیجه همه چیز باطل است و هر کس هر چیز را داده پس می گیرد یعنی مشتری رجوع به فضول می کند و شفیع رجوع به مشتری زیرا پول را به مشتری داده است.

✓ بند دو: هرگاه یکی از شرکاء حصه ی خود را بفروشد ولی تحویل ندهد و با توجه به اینکه می دانیم که شریک دیگر حق شفعه دارد، به سراغ مشتری می رود و پول را پرداخت میکند اما ملک در اختیار مشتری نیست و باید ملک را از فروشنده (شریک دیگر) گرفت زیرا ملک در اختیار اوست. و شفیع نمی تواند مشتری را اجبار به گرفتن ملک و تسلیم به شفیع کند.

ماده 818 - مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلفی که قبل از اخذ بشفعه در ید او حادث شده باشد ضامن نیست و همچنین است بعد از اخذ بشفعه و مطالبه در صورتی که تعدی یا تفریط نکرده باشد.

این ماده مراحل زندگی خریدار است و سه مورد است.

✓ خریدار قبل از اخذ به شفعه مالک است و مسئول نیست.

✓ خریدار پس از اخذ به شفعه و پیش از مطالبه، امین است و اگر تقصیر کند مسئول است.

✓ خریدار بعد از مطالبه و امتناع در حکم غاصب است و مطلقاً مسئول است.

1564- اخذ به شفعه تنها به اراده ی شفیع واقع می شود بنابراین **ماهیت اخذ به شفعه ایقاع است**، پس از آنکه شفیع مال خریدار را بدون اراده ی او تملک نمود دیگر نمی تواند آنرا به ملکیت خریدار بازگرداند بنابراین اخذ به شفعه در زمره ی **ایقاعات لازم** است.

1567- مطابق اصل عدم ولایت و استقلال حقوقی اشخاص، هیچکس نمی تواند در دارایی دیگری تصرف کرده حقی را در آن داخل و یا از آن خارج نماید بنابراین اخذ به شفعه که مطابق آن شفیع بدون رضایت خریدار ملک او را تملک می کند بیگمان مخالف با این اصل می باشد و حکمی استثنائی تلقی می شود.

1569- احکام معاملات فضولی و همچنین اکراه در مورد ایقاعات نیز اجرا می شوند به بیان دیگر ایقاع فضولی و اکراهی نیز علی الاصول غیر نافذ می باشند، با وجود این چون حق شفعه فوری است می توان گفت اخذ به شفعه فضولی به دلیل برخورد با مانع فوری بودن ممکن است باطل دانسته شود. همچنین است عقد به شفعه ی اکراهی که در آن مکره پس از مدتی که فوریت حق سپری شده است بخواهد اخذ به شفعه را تنفیذ کند. بنابراین در این ایقاع خاص ممکن است حکم به بطلان اخذ به شفعه ی فضولی و اکراهی داده شود.

1570- هرگاه بنا و درخت (غیر منقول به واسطه عمل انسان) بدون زمین فروخته شود حق شفعه ایجاد نمی گردد بنابراین اگر مالکین بنا و درخت به جهتی از جهات مانند وقف یا عاریه ی زمین مالک زمین نباشند حق شفعه یا فروش از سوی یکی از آنان به وجود نخواهد آمد.

1580- هرگاه دو نفر در مال غیر منقول قابل تقسیمی شریک باشند و یکی از آن دو تمام یا بخشی از سهم خود را به ثالثی بفروشد شریک دیگر حق شفعه دارد، در این صورت شفیع نمی تواند از خریدار یا خریداران بخشی از سهمشان را تملک کند بلکه باید تمام مبیع را تملک کند و یا از حق خود صرف نظر نماید البته باید توجه داشت که

اگر خریداران متعدد باشند شفیع می تواند سهم یکی را تملک کند و سهم دیگران را تملک نکند و این امر تبعیض محسوب نشده و منافاتی با ماده 815 ندارد.

1591-نمآتی که قبل از اخذ بشفعه در مبيع حاصل می شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.

1592-حق شفعه قابل اسقاط است، بدیهی است اسقاط حق تنها پس از پیدایش آن می تواند صورت پذیرد بنابراین چون حق شفعه پس از انعقاد عقد ببع ایجاد می گردد اسقاط آن پیش از ببع امکان ندارد.

1594-حق شفعه یک حق مالی است در نتیجه با فوت شفیع به نسبت سهم الارث به هر یک از وراث منتقل می شود، وراث شفیع نمی توانند در اعمال حق شفعه تبعیض کنند بنابراین اگر بعضی از وراث حق خود را ساقط کنند باقی وراث یا باید تمام مبيع را از مشتری تملک کنند یا از حق خود صرف نظر نمایند.

وصیت:

وصیت عملی حقوقی است که اثرش معلق به فوت است.

وصیت یک عمل حقوقی مستقل و جداگانه نیست، وصیت همان اعمال حقوقی زمان هیات است که معلق به فوت شده است. یکسری اعمال حقوقی که اگر معلق به فوت شود می شود وصیت:

- هبه
- وکالت
- ابراء
- وقف
- مزارعه
- مساقات

▪ مضاربه

اقسام وصیت:

- **تملیکی** : وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری **مجاناً** تملیک کند.
✓ وصیت تملیکی عقد است .
- **عهدی**: وصیت عهدی عبارت است از این که شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می نماید.
✓ وصیت عهدی ایقاع است.
- ✓ وصیت کننده موصی، کسی که وصیت تملیکی به نفع او شده است موصی له، مورد وصیت موصی به، کسی که به موجب وصیت عهدی ولی بر مورد ثلث یا بر صغیر قرار داده می شود وصی نامیده می شود .
- وصیت بر غیر محصور و جهات: ایقاع است و قبول نمی خواهد پس این نوع از وصیت نوعی وصیت عهدی است.
- **وصیت به ابراء**: طلبکار وصیت می کند که من مُردم بدهکار بری باشم. چون ابراء ایقاع است وصیت بر ابراء هم ایقاع است ولی طلبکاری وصیت می کند که پس مرگش طلبش برای بدهکار باشد (نمی گوید ابراء) (**وصیت طلب به مدیون**) و این عقد است و نوعی وصیت تملیکی است قبول می خواهد و مالکیت مافی الذمه رخ می دهد.
- **وصیت به وقف**: کسی وصیت می کند که پس از مرگش ثلث مالش وقف شود، وقف نیز عقد است، پس وصیت به وقف نیز عقد است اما در وصیت به وقف خاص موقوف علیهم قبول می کند، در وصیت به وقف عام حاکم قبول می کند.

قبول و رد وصیت:

- ✓ قبول و رد موصی له بعد از فوت موصی معتبر است. اگر موصی له قبل از فوت موصی قبول کند یا رد کند بی فایده است فقط قبول استصحاب می شود یعنی بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست.

✓ اگر موصی له بعد از فوت موصی قبول کند عقد منعقد می شود و تملیک حاصل می شود ولی عقد جایز است و موصی له می تواند فسخ کند ولی اگر موصی به را قبض کرد عقد لازم می شود. قبض در وصیت تملیکی شرط لزوم است.

✓ اگر موصی له قبل از قبول بمیرد حق قبول یا رد به ورثه نمی رسد چون وصیت مجانی و قائم به شخص است.

✓ اگر موصی له بعد از فوت موصی قبول کرد **از لحظه ی قبول مالک** می شود نه از لحظه ی فوت و قبول ناقل است.

✓ وصیت تملیکی عقدیست مجانی پس صغیر ممیز و سفیه می توانند قبول کنند ، اما اگر موصی له صغیر یا مجنون باشد رد یا قبول وصیت با ولی خواهد بود.

✓ موصی له مجبور نیست فوری قبول یا رد خود را بیان کند و تا موقعی که موصی له قبول یا رد خود را بیان ننموده ورثه نمی توانند کاری انجام دهند چون ابتدا وصیت است و سپس ارث. حالا اگر موصی له خیلی دیر جواب دهد ورثه به دادگاه رجوع می نمایند و دادگاه اجبار به قبول یا رد می کند.

ماده 835 - موصی باید نسبت به مورد وصیت جائزالتصرف باشد.

✓ موصی باید اهلیت داشته باشد بالغ و عاقل و رشید.

✓ وصیت محجورین باطل است و قابل توکیل هم نیست. اگر موصی بعد از وصیت محجور شود وصیت از بین نمی رود.

ماده 836 - هر گاه کسی به قصد خودکشی خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگر از این قبیل که موجب هلاکت است مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید آن وصیت در صورت هلاکت **باطل** است و هر گاه اتفاقاً منتهی به موت نشد وصیت **نافذ** خواهد بود.

✓ اگر کسی پس از خودکشی وصیت کند و سپس منجر به فوت گردد وصیت **باطل** است ولی اگر منجر به فوت نشود وصیت **نافذ** است. ولی اگر وصیت کند و سپس فوت کند یا نکند وصیت **صحیح** است.

ماده 837 - اگر کسی به موجب وصیت یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند وصیت مزبور نافذ نیست.

✓ قواعد ارث امری است و نمی توان از وراثت کم کرد یا به وراثت اضافه نمود.

ماده 838 - موصی می تواند از وصیت خود رجوع کند.

✓ وصیت قابل رجوع است و موصی می تواند از وصیت رجوع کند این رجوع بسیار مهم است و نمی توان آنرا سلب نمود و اگر موصی حتی ضمن عقد لازم حق رجوع را ساقط کند، ساقط نمی شود، وصیت از این جهت با نامزدی شبیه است.

✓ رجوع از وصیت دو جور است: 1- صریح 2- ضمنی

✓ در رجوع ضمنی علم موصی به وصیت شرط نیست.

ماده 841 - موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است.

✓ وصیت فضولی: این وصیت دو جور است: 1- وصیت برای غیر 2- وصیت برای خود

❖ وصیت برای غیر: این وصیت غیر نافذ است.

❖ وصیت برای خود باطل است در نتیجه تنها معامله ی فضولی که باطل است وصیت برای خود است.

ماده 843 - وصیت به زیاده بر ثلث تر که نافذ نیست مگر به اجازه وراثت و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است.

✓ وصیت زاید بر ثلث: وصیت هر کسی تا ثلث دارایی نافذ است زیادتر از ثلث غیر نافذ است. و ملاک ثلث زمان فوت است و آنهم ثلث دارایی خالص.

✓ وصیت زاید بر ثلث را ورثه بعد از فوت تنفیذ یا رد می کنند. اگر ورثه قبل از فوت موصی تنفیذ یا رد کنند موثر نیست. و فقط تنفیذ استصحاب می شود.

✓ اگر موصی به مال معینی باشد آن مال را قیمت می کنند اگر بیشتر از ثلث بود آن بیشتر مال ورثه است.

✓ اگر موصی به منفعت باشد برای اینکه بدانیم بیش از ثلث است یا کمتر یک فرمول وجود دارد که اینکه اول کل مال همراه با منافع آن را قیمت می کنیم سپس مال مزبور با ملاحظه مسلوب المنفعه بودن در مدت وصیت تقویم می شود و تفاوت بین دو قیمت از ثلث حساب می شود.

ماده 847 - اگر موصی به کلی باشد تعیین فرد با ورثه است مگر این که در وصیت طور دیگر مقرر شده باشد.

✓ اگر موصی به کلی باشد تعیین مصداق با ورثه می باشد و ورثه باید ماده 29 را رعایت نمایند یعنی باید فرد معمولی دهند.

ماده 848 - اگر موصی به جزء مشاع ترکه باشد مثل ربع یا ثلث، موصی له با ورثه در همان مقدار از ترکه مشاعاً شریک خواهد بود.

✓ اگر موصی به جزء مشاع باشد، دیون را می دهیم و هرچه ماند موصی له با ورثه در کل مال شریک می شوند.

ماده 849 - اگر موصی زیاده بر ثلث به ترتیب معینی وصیت به اموری کرده باشد، ورثه زیاده بر ثلث را اجازه نکنند به همان ترتیبی که وصیت کرده است از ترکه خارج می شود تا میزان ثلث، و زاید بر ثلث باطل خواهد شد و اگر وصیت به تمام یک دفعه باشد زیاده از همه کسر می شود.

✓ اگر موصی چند وصیت کند که جمع اینها بیشتر از ثلث باشد که یا به ترتیب است و یا بکدفعه.

ماده 850 - موصی له باید موجود باشد و بتواند مالک چیزی بشود که برای او وصیت شده است.

ماده 956 - اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می شود.

ماده 851 - وصیت برای حمل صحیح است (قبول هم می خواهد 831: ماده 831 - اگر موصی له صغیر یا مجنون باشد رد یا قبول وصیت با ولی یا امین جنین یا وصی خواهد بود). لیکن تملک او منوط است بر این که زنده متولد شود.

ماده 957 - حمل از حقوق مدنی متمتع می گردد مشروط بر این که زنده متولد شود.

ماده 852 - اگر حمل در نتیجه جرمی سقط شود موصی به به ورثه او می رسد مگر این که جرم مانع ارث باشد.

ماده 853 - اگر موصی لهم متعدد و محصور باشند موصی به بین آنها بالسویه تقسیم می شود مگر این که موصی طور دیگر مقرر داشته باشد.

ماده 153 - هر گاه نهی مشترک مابین جماعتی باشد و در مقدار نصیب هر یک از آنها اختلاف شود حکم به تساوی نصیب آنها می شود مگر این که دلیلی بر زیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد.

✓ طبق این دو ماده همیشه اصل بر تساوی است.

ماده 856 - صغیر را می توان به اتفاق یک نفر کبیر وصی قرار داد. در این صورت اجراء وصایا با کبیر خواهد بود تا موقع بلوغ و رشد صغیر.

✓ یک صغیر را با یک کبیر می توان وصی گذاشت ، تا موقعی که صغیر ، صغیر است، کبیر انجام می دهد تا صغیر کبیر بشود وقتی صغیر کبیر شد باهم انجام می دهند.

ماده 857 - موصی می تواند یک نفر را برای نظارت در عملیات وصی معین نماید. حدود اختیارات ناظر به طریقی خواهد بود که موصی مقرر داشته است یا از قرائن معلوم شود.

ماده 78 - واقف می تواند بر متولی ناظر قرار دهد که اعمال متولی به تصویب یا اطلاع او باشد.

ماده 858 - وصی نسبت به اموالی که بر حسب وصیت در ید او می باشد حکم امین را دارد و ضامن نمی شود مگر در صورت تعدی یا تفریط.

✓ این ماده مصداق امانت مالکانه است.

ماده 859 - وصی باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند و الا ضامن و منعزل است.

✓ ضمانت اجرا برای وصی: اگر وصی انجام ندهد اول ضامن است و مسئول جبران خسارت و سپس منعزل می شود.

✓ وصی برای 2 کار قرار داده می شود: **بر مورد ثلث** یا **بر سرپرستی محجورین** (که فقط پدر و جد پدری می توانند بر محجور وصی بگذارند) قرار داده می شود .