

پیشگفتار

درس حقوق مدنی ۷ که در ترم جاری به آن می‌پردازیم قدری با مدنی ۶ و ۸ متفاوت است. علت این امر ویژگی‌های خاص عقود است که در این درس باید به آن پردازیم. اگر نگاهی به کتب حقوقی از جمله کتاب‌های دکتر کاتوزیان بیندازیم می‌بینیم که از این عقود به «عقود اذنی» و «وثائق دین» تعبیر می‌شود.

«عقود اذنی» عقود است که صرفاً ایجاد اذن و اختیار می‌کند. البته در اینکه اینها اساساً عقد هست یا نه در بین فقها و حقوقدانان محل تردید بسیار است. اما به هر حال قانون مدنی ما به عنوان عقد از آن نام برده است؛ که مصادیق متعددی دارد مثل «شرکت مدنی»، «ودیعه»، «عاریه»، «وکالت» و...؛ و همچنین دسته‌ی دیگری از عقود که معمولاً زیرمجموعه‌ی شرکت از آن بحث می‌شود نظیر «مضاربه»، «مزارعه» و «مساقات».

«وثائق دین» دسته‌ی دیگری از عقود هستند که هیچ ربطی به دسته‌ی اول نداشته، ماهیتی کاملاً متفاوت دارند. عقود توثیقی عقدهایی هستند که برای محکم کردن شرایط و یا روابط مالی یا غیر مالی بین طرفین ایجاد می‌شود مثل «رهن»، «کفالت»، «حواله» و ... برخی از این عقود پیچیدگی‌های خاصی دارند و با عقود متعارفی که ما در حقوق مدنی با آن روبرو هستیم تفاوت می‌کند؛ مثل عقد حواله که یک عقد سه طرفه است (بر خلاف همه‌ی عقود که دو طرفه منعقد می‌شود).

بنابراین دسته‌ی اول و دومی که ذیل این درس گذاشته‌اند هیچ ربطی به هم ندارد؛ به همین دلیل ما باید عقود را در این درس بحث کنیم که شباهت کمی با هم دارند.

ما در این درس از نظر منابع مقید به هیچ متنی نیستیم و در واقع به گونه‌ای بحث خواهیم کرد که از ماحصل این کلاس دانشجو بتواند به یک قوه‌ی استنباط و استدلال برسد که تقید به نظر خاصی نداشته باشد. اما از آنجا که نوع دسته‌بندی دکتر کاتوزیان بیشتر مورد پسند است و نوع ورود به بحث و کنار هم قرار دادن نظریات مختلف توسط ایشان برای کار کلاسی مناسب‌تر است، مبنای کار ما بیشتر این دو جلد از کتب ایشان خواهد بود: ۱. «حقوق مدنی، مشارکت‌ها و صلح» ۲. «دوره عقود معین - جلد سوم (عقود اذنی و وثیقه‌های دین)»

به غیر از این، دو مقاله موجود است که مفید خواهد بود: ۱. مقاله دکتر سید محمود کاشانی تحت عنوان «شرکت مدنی» (نشریه‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی ۱۳۶۵) - ۲. مقاله دکتر تفرشی تحت عنوان «مفهوم و قلمرو ماده ۲۲۰ قانون تجارت»؛ که تنها مقاله‌ایست که از این ماده تحلیل حقوق مدنی کرده است. (فصل‌نامه‌ی علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس. شماره‌ی ۱۴. سال ۱۳۷۹)

اینک وارد بحث خود می‌شویم و مباحث این درس را ذیل دو بخش بررسی می‌کنیم:

بخش اول: «عقود اذنی»

بخش دوم: «وثائق دین»

بخش اول : عقود اذنی

فصل اول : عقد شرکت

* مقدمه

عقد شرکت که ما در حقوق مدنی از آن صحبت می‌کنیم صرفاً از منظر «توافق قراردادی بین چند نفر» است. ما در حقوق تجارت شرکت‌های تجاری هم داریم که به این بحث‌های ما شباهت دارد و شباهت آن از این نظر است که مبنای شرکت‌های تجاری هم همین عقد شرکت است. در شرکت‌های تجاری مثل شرکت‌های نسبی یا تضامنی که مفهومی به نام شرکت‌نامه وجود دارد یا در شرکت‌های سهامی که مفهومی به نام اساسنامه وجود دارد نیز وقتی حقوقدانان تحلیل می‌کنند، می‌گویند این‌ها همان توافق قراردادی بر انعقاد عقد شرکت است. چنانچه در شرکت تجاری افرادی سرمایه‌های خود را روی هم می‌گذارند و توافق می‌کنند که عملیات بازرگانی انجام دهند برای اینکه سودی ببرند منتها با یک تفاوت که در شرکت‌های تجاری، «شخصیت حقوقی شرکت» اصل است؛ بدین معنا که شرکت یک ماهیت حقوقی مستقل از شرکاء دارد که این به هر حال بر اساس تئوری‌های خاصی است که وجود دارد. برای اینکه مفهوم مسئولیت شرکت در قبال اشخاص ثالث قابل طرح باشد و مشتریان شرکت و طرف‌های قرارداد آن بدانند که باید به چه کسی مراجعه کنند و اگر طلبی دارند از کجا باید وصول کنند، در اینجا اصل را بر «وحدن دارایی» گذاشته‌اند؛ به این معنا که شرکاء خودشان فی‌نفسه تأثیری در «آثار» این عقد (نه در انعقاد آن) ندارند؛ یعنی به محض اینکه انعقاد عقد شرکت (در شرکت‌های تجاری) واقع می‌شود، خود به خود شخصیت حقوقی ایجاد می‌شود و خود به خود این شرکت دارای شخصیت حقوقی مستقل از شرکاء خواهد بود و طلبکار یا بدهکار و به هر حال طرف قرارداد شرکت با این شخصیت حقوقی مستقل سر کار دارد. بنابراین شخصیت حقوقی در شرکت‌های تجاری تابع اراده افراد نیست، بدین معنا که ما نمی‌توانیم مثلاً یک شرکت سهامی ایجاد کنیم و در اساسنامه شرط کنیم که این شرکت شخصیت حقوقی پیدا نکند؛ چون شخصیت حقوقی را ما خلق نمی‌کنیم بلکه شخصیت حقوقی محصول اراده‌ی قانونگذار است؛ بدین معنا که ما توافق می‌کنیم و قانونگذار به ما تحمیل می‌کند؛ همانطور که به عنوان مثال در شرکت‌های سهامی ما توافق می‌کنیم و قانونگذار تشریفات شرکت سهامی را به ما تحمیل می‌کند.

اما در «شرکت مدنی» ما توافق بر انعقاد عقد شرکتی می‌کنیم بدون اینکه شخصیت حقوقی مستقلی بیابد؛ این عمده تفاوت شرکت تجاری و شرکت مدنی است. البته تفاوت‌های دیگری هم هست که در طول بحث به آن خواهیم پرداخت.

پس مبنای شرکت تجاری همان شرکت مدنی است، یعنی پشت پرده‌ی شرکت تجاری همان شرکت مدنی است منتها با این تفاوت که یک شخصیت حقوقی روی این مبنا ساخته شده‌است. حالا گاه این شخصیت حقوقی

می‌شود شرکت تضامنی که مسئولیت شرکاء تضامنی است با کلّ داراییشان، و گاه شرکت نسبی است که مسئولیت شرکاء به نسبت آورده‌شان است، و گاه شرکت سهامی است که مسئولیت منحصر در آورده‌شان است. پس ما می‌خواهیم از شرکت مدنی صحبت کنیم که قطعاً مبنای تأسیس شرکت تجاری است. نکته‌ای که ذکر آن لازم به نظر می‌رسد این است که ما در حقوق مدنی یک سری شرکت‌هایی داریم که بدون اینکه اصلاً توافقی بر آن صورت گیرد ایجاد می‌شود.

مثل «ارث»: فردی فوت می‌کند و ماترک به ورثه می‌رسد؛ این ورثه عضو یک شرکت هستند اما خودشان اراده نکرده‌اند بلکه با فوت یک نفر، این‌ها قهراً شریک یکدیگر شده‌اند. این شرکت مدنی‌ای که مدّ نظر ماست نیست، بلکه تنها یک شرکت («اشاعه») است. «عقد شرکت» نیست چون توافقی صورت نگرفته است ولی شرکت (اشاعه) است چون آورده‌های این‌ها روی هم ریخته و یکی شده است.

یا مثل «مزج»: در یک انبار گندم، دو کیسه گندم به صورت جدا در کنار دیگر گندم‌ها وجود دارد که این دو کیسه مال یک نفر و بقیه گندم‌ها مال دیگری است؛ صاحب کیسه‌ها وقتی می‌خواهد کیسه‌هایش را بیرون ببرد، کیسه گندم پاره شده و روی بقیه‌ی گندم‌ها می‌ریزد. در اینجا به تعبیر قانون مدنی مزج صورت گرفته و گندم‌ها مخلوط شده است، یعنی آن شخص در آن انبار گندم شریک است منتها به نسبت همان دو کیسه گندم! ما در اینگونه موارد نمی‌گوییم شرکت مدنی یا عقد شرکت، بلکه تعبیری که در اینجا در حقوق مدنی به کار می‌رود «مال مشترک» یا «اشاعه» است.

خوب ما می‌خواهیم از عقد شرکت یا شرکت مدنی صحبت کنیم؛ اما آیا می‌توانیم فارغ از مال مشاع باشیم؟! خیر؛ چون احکام مال مشترک با احکام شرکت مدنی در خصوص مال، نحوه‌ی تصرفات شرکاء، نحوه‌ی تقسیم سود و زیان، نحوه‌ی تقسیم خود مال و ... یکی است. بنابراین در واقع وقتی از عقد شرکت صحبت می‌کنیم بخشی از آن همان عنصر توافق و قراردادی است که می‌بندیم که سازنده عقد است و بخشی از آن آثار این عقد است که این بخش اخیر شبیه احکام «مال مشترک» است.

پس ما از سه مفهوم صحبت کردیم: ۱. شرکت تجاری ۲. شرکت مدنی یا عقد شرکت ۳. مال مشترک از آنجا که بحث ما مخلوطی است از مباحث خاص عقد و مباحث اشاعه، باید دو قانون را مبنای کار قرار دهیم:

۱. مواد قانون مدنی در شرکت ۲. مقررات قانون امور حسبی؛ چراکه این قانون در باب ارث و تقسیم مال مشترک حکم دارد. (امور حسبیه اموری است که بین افراد جاری است اما ملازمه‌ای با اختلاف ندارد. مثلاً فردی فوت شده است و اموالش باید تقسیم شود؛ چگونگی این کار را قانون امور حسبی مشخص می‌کند. یا مثلاً فردی صغیر است و باید تکلیف سرپرست او مشخص شود؛ یا فردی غایب شده و ... که قانون امور حسبی حکم اینگونه موارد را روشن ساخته است. به هر حال می‌بینیم که در اینگونه موارد لزوماً دعوی وجود ندارد.)

اشاعه به معنای شراکت شرکاء در یک مال است. اشاعه در مال می‌تواند ناشی از عقد شرکت، فوت (ارث)، بیع و ... باشد، بنابراین اینگونه نیست که الزاماً اشاعه ناشی از عقد شرکت باشد بلکه هر چیزی می‌تواند ایجاد اشاعه نماید؛ لذا اگر چند نفر مالی را به صورت مشترک بخرند لزومی ندارد بگوییم بیع، شرکت است! بلکه بیع، بیع است اما یکی از آثار بیع می‌تواند اشاعه باشد.

حقوقدانان بحث کرده‌اند که قدمت اینگونه توافقات به چه زمانی برمی‌گردد؟! در پاسخ گفته شده‌است که باید به جوامع اولیه رجوع نمود. آن زمانی که بشر به صورت جمعی و قبیله‌ای زندگی می‌کرد و مفهوم مالکیت شخصی وجود نداشت. مثلاً با هم به شکار می‌رفتند و بعد آن شکار را می‌آوردند و همه از آن استفاده می‌کردند. خوب، می‌بینیم که آورده‌شان «عمل» آن‌ها بوده‌است. بنابراین با توجه به مفهوم شرکت می‌بینیم که جزء اولین تأسیسات حقوقی است که در جوامع بدوی وجود داشته است. یعنی همانگونه که در آن زمان فرضشان این بوده که اگر می‌خواهند منافع ببرند باید آورده‌هاشان را روی هم بریزند، الآن هم وضع شرکت همینگونه است یعنی سرمایه‌ها را روی هم می‌ریزند. در واقع در اینجا یک اصل تعاون داریم بدین معنا که «وحدت دارایی» بر اساس عنصر تعاون برای «مشارکت در سود زیان» وجود دارد. پس عناصر اصلی در اشاعه ۱. «وحدت دارایی» و ۲. «مشارکت در سود و زیان» می‌باشد. چنانچه الآن در شرکت‌های تجاری و مدنی همینگونه است. حتی در ارث یا مزج هم وحدت دارایی وجود دارد منتها در آن‌ها به صورت قهری حاصل شده‌است؛ و به تبع این وحدت، مشارکت در سود زیان هم می‌آید. مثلاً خانه‌ای به ارث رسیده و بر اثر زلزله خراب می‌شود؛ در اینجا همه‌ی وراثت در این زیان شریک‌اند یا به عکس، قیمت خانه ترقی می‌کند که در این صورت هم، همه در سود شریک‌اند. پس وحدت دارایی لزوماً با اراده ایجاد نمی‌شود، اما وقتی حاصل شد به تبع آن مشارکت در سود و زیان هم می‌آید.

اگر این وحدت دارایی ارادی باشد، در آن عنصر تعاون وجود دارد؛ مثلاً ما هرکدام آورده‌های کمی داریم که نمی‌توانیم با آن تجارت کنیم، لذا برای «کمک» به هم سرمایه‌های کوچک را روی هم می‌ریزیم تا بتوانیم با آن تجارت کنیم. در اینجا ما با «اراده» و برای «تعاون و کمک» به هم این کار را کرده‌ایم. پس در حالت ارادی، هدف از وحدت دارایی اساساً تعاون است.

الآن ما برای شرکت تعاونی قانون مستقل داریم، لذا برخی وقتی تحلیل می‌کنند فرضشان این است که گویی شرکت تعاونی، شرکت تجاری نیست! این حرف غلطی است. ما با نگاه به قانون تجارت هم می‌بینیم که شرکت تعاونی را جزء اقلام هفتگانه‌ی شرکت‌های تجاری نام برده‌است. بنابراین شرکت تعاونی هم یک شرکت تجاری است؛ منتها در این شرکت، عنصر تعاون آنقدر قوی است که شرکاء فارغ از اینکه آورده‌شان چقدر است یک حق رأی دارند، بدین معنا که شرکاء در نحوه‌ی اداره‌ی تعاونی، تفاوتی با یکدیگر ندارند، ولو اینکه سرمایه‌هایشان متفاوت باشد؛ و این تفاوت بارز این شرکت با دیگر شرکت‌های تجاری است. اما باید دقت داشت در شرکت‌های

تجاری هم هدف، تعاون است؛ منتها در اینجا می‌گوییم هرکس آورده‌اش (یا به تعبیری مشارکتش) بیشتر باشد، در اداره‌ی شرکت هم حق رأی بیشتری دارد. بنابراین در شرکت تعاونی، تفاوت در سرمایه‌ها صرفاً تفاوت در سود و زیان است، اما در دیگر شرکت‌های تجاری، تفاوت در سرمایه‌ها، تفاوت در میزان مشارکت در اداره‌ی شرکت نیز هست، اما عنصر تعاون در هر دو وجود دارد، یعنی اینگونه نیست که منافع اقتصادی شرکاء منفک از هم باشد، چراکه اگر اینگونه بود اساساً سرمایه‌ها را روی هم نمی‌ریختند، بلکه ریختن سرمایه‌ها بر روی هم، بدین معنا است که این عنصر وحدت دارایی به نفع همه است؛ و این همان تعاون است، منتها در شرکت تجاری این تعاون کم رنگ است چون سرمایه اصل است، ولی در شرکت تعاونی پر رنگ است چون تفاوتی میان سرمایه شرکاء نیست. لذا عده‌ای به قانون اساسی هم انتقاد کرده‌اند و گفته‌اند مگر شرکت تعاونی جدای از بخش خصوصی است که در اصل ۴۳ و ۴۴ می‌گوید: «بخش تعاونی، بخش دولتی، بخش خصوصی...؟!»

حال به سراغ قانون مدنی می‌رویم تا ببینیم چه تعریفی از شرکت به ما می‌دهد.

قانون مدنی در فصل هشتم ذیل «عقود و معاملات و الزامات» آورده است: «در شرکت»؛ بنابراین دارد ذیل عقود معین صحبت می‌کند و لذا منظور از شرکت در این عنوان (در شرکت) قاعداً باید «عقد شرکت» باشد و ماده‌ی ۵۷۱ هم باید به تعریف عقد شرکت پردازد.

ماده ۵۷۱: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه.»؛ یعنی چند نفر در یک مال حق مالکانه غیر مفروز دارند. روشن است که این ماده تعریفی از «عقد» شرکت به ما نمی‌دهد بلکه صرفاً «اشاعه» را تعریف کرده است، در حالی که با توجه به عنوان بحث باید عقد شرکت را تعریف می‌کرد، چراکه تعریف باید بیان اقتضای ذات عقد باشد در حالی که اشاعه تنها یکی از اقتضائات ذات عقد شرکت است و اقتضای دیگر، «مشارکت در سود و زیان» است؛ بدین معنا که در عقد شرکت مال را برای مشارکت در سود و زیان مشاع می‌کنیم، و این در تعریف نیامده است. بنابراین تعریف این ماده، فقط تعریف «مال مشترک» است. البته این تعریف دقیقاً از فقه گرفته شده است: «الشَّرْكَهُ إِجْتِمَاعُ حُقُوقِ الْمُتْلَکِ فِي شَيْءٍ الْوَاحِدِ عَلَى سَبِيلِ الشِّيَاعِ».

باید دقت داشته باشیم اینکه ماده می‌گوید «اجتماع حقوق...»، خود یک سری تبعات دارد و آن این است که اگر مثلاً این خانه (که مال مشترک است) خراب شد، همه ضرر کرده‌اند یا اگر گران شد همه سود کرده‌اند، اما این به معنای «مشارکت در سود و زیان» که هدف «عقد» شرکت است نیست؛ ما وقتی داریم از عقد شرکت صحبت می‌کنیم، داریم از یک «عقد اذنی» بحث می‌کنیم، یعنی در این عنصر وحدت دارایی که بر اثر شرکت ایجاد می‌شود یک «اذن» نهفته است، بدین معنا که ما اگر توافق کردیم و اموالمان را روی هم ریختیم، مثل مال مشترک نیست که بگذاریم در گوشه‌ای و اگر گران شد سود و چنانچه ارزان شد زیان کنیم، بلکه این اذن برای ما اینگونه تعیین تکلیف می‌کند که از این مال باید «استفاده» کنیم. به عبارت دیگر مراد از اینکه ما می‌گوییم اثر عقد شرکت را اذن می‌دانیم، این است که می‌خواهیم «جواز تصرف» بدسیم (اثر اذن، جواز تصرف است). و به تبع این اذن مشارکت در سود و زیان وجود دارد. اما اگر فقط یک مال مشترک داشته، در گوشه‌ای آن را رها کنیم، اذن و جواز تصرفی در آن وجود

ندارد، همانگونه که اگر به ورثه مالی برسد، نمی‌توانند در مال مشترک تصرفی بکنند. اما می‌بینیم که در شرکت‌های تجاری برای اینکه از این وحدت دارایی نفعی ببریم جواز تصرف می‌دهیم؛ مثلاً به کسی می‌گوییم: «ما این اموال را در اختیار تو قرار می‌دهیم و تو برو با آن کاسبی کن و عملیات تجاری انجام بده، اما اگر منافع یا زیان بردی ما هم شریک هستیم.» پس آنجا که مال مشترک گران یا ارزان می‌شود و مالکان سود یا زیان می‌کنند، در حقیقت مشارکت در «افزایش» و یا «کاهش و نقصان» مال است و ما مسامحه می‌گوییم سود یا زیان. به عبارت دیگر در اینجا نقصان یا زیادی در «اصل مال» است، اما در عقد شرکت نقصان و زیادتی منظور است که به تبع «تصرف در مال» حاصل می‌شود، یعنی منافع حاصله از عملیاتی منظور است که با مال انجام می‌شود.

بند اول

اسباب اشاعه

ماده ۵۷۲: «شرکت اختیاری است یا قهری»

گفتیم ماده ۵۷۱، اشاعه را تعریف می‌کند نه عقد شرکت را. ماده ۵۷۲ اسباب و آنچه که باعث ایجاد اشاعه می‌شود را در یک تقسیم بندی ارائه می‌دهد.

اسباب اشاعه:

۱. اختیاری: ماده ۵۷۳: «شرکت اختیاری یا در نتیجه‌ی عقدی از عقود حاصل می‌شود یا در نتیجه عمل

شرکاء از قبیل مزج اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازاء عمل چند نفر و نحو اینها.»

بر اساس این ماده شرکت اختیاری از دو چیز حاصل می‌شود:

الف) «عقدی از عقود»: مثلاً دو نفر مالی را سه دانگ سه دانگ می‌خرند، یعنی در نتیجه‌ی «عقد بیع» حاصل

شده است. در اینجا یکی از مصادیق ما می‌تواند خود «عقد شرکت» به عنوان اسباب اشاعه باشد.

ب) «عمل شرکاء»:

عمل شرکاء، خود دو گونه است:

* مزج اختیاری: مثلاً دو کشاورز توافق می‌کنند محصول هر دو زمین را یک جا روی هم بریزند.

* قبول مالی مشاعاً در ازاء عمل چند نفر: مثلاً دو نفر نقاش با هم اتاقی را رنگ می‌زنند و مالک، یک کیسه

برنج دستمزد قرار می‌دهد.

۲. قهری: ماده ۵۷۴: «شرکت قهری اجتماع حقوق مالکین است که در نتیجه امتزاج یا ارث حاصل

می‌شود.»

بر اساس این ماده اشاعه قهری از دو چیز حاصل می‌شود:

الف) «امتزاج»: مثلاً دو خرمن در کنار هم قرار دارد و باد آن‌ها را مخلوط می‌کند.

ب) «ارث»: شخصی فوت می‌کند و ماترک به ارث می‌رسد.

۱. اشتراک در مالکیت:

مثلاً دو شریک خانه‌ی دو طبقه‌ای را سه‌دانگ سه‌دانگ می‌خرند؛ آیا در این حال هریک می‌تواند بگوید من مالک فلان طبقه هستم؟

خیر؛ چون در اینجا اشاعه وجود دارد و «اشتراک در مالکیت» یعنی اشتراک در ملکیت «اجزاء»؛ بنابراین هریک از دو شریک در ذره ذره‌ی اجزاء هر دو طبقه شریک هستند. می‌دانیم که این ملکیت یک رابطه‌ی اعتباری است، بدین معنا که یک رابطه‌ی حقوقی بین خودمان و شیئی اعتبار می‌کنیم، نه یک رابطه‌ی حقیقی؛ پس وقتی می‌گوییم «ملکیت در اجزاء»، این اعتبار خود ماست. پس مشاع یعنی مالکیت اعتباری در ذره ذره‌ی مال و اجزاء آن.

۲. ممنوعیت تصرفات:

خوب، به تبع اشتراک در اجزاء یک اثر مهم به دست می‌آید و آن ممنوعیت تصرفات است. بدین معنا که اگر مثلاً یکی از مالکین در آجر خانه تصرف کند، هم در سه‌دانگ خود تصرف کرده‌است، هم در سه‌دانگ شریک خود. بنابراین چون تصرف نیاز به جواز دارد، مجاز نیست بدون اذن شریک خود تصرف کند. قبلاً هم گفتیم در عقد شرکت، از عقد، «اذن» بدست می‌آید ولی در اشاعه اذنی وجود ندارد و فقط اشتراک در ملکیت وجود دارد؛ و اشتراک در ملکیت مساوی ممنوعیت تصرف است.

به همین دلیل قانون مدنی در ماده‌ی ۵۸۱ تصرفات «حقوقی» و در ماده‌ی ۵۸۲ تصرفات «مادی» را جایز نمی‌داند.

ماده ۵۸۱: «تصرفات هریک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.»

ماده ۵۸۲: «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است.»

۳. ضمان :

ما از اشتراک در مالکیت ممنوعیت تصرف و از ممنوعیت ، «ضمان» بدست می‌آوریم. این ضمان همان ید ضمانی (مسئولیت مطلق) است. به عبارت دیگر ید شریک، ید ضمانی است و امانی نیست؛ چراکه بحث ما در اشاعه است که اذن و جواز تصرف وجود ندارد. قواعد ید ضمانی همان قواعد قاعده‌ی «علی‌الید» است، بنابراین اگر تصرف کرد ولی مال به دلیل زلزله از بین رفت، باز هم او ضامن است.

پس می‌بینیم که تبعات مالکیت مشترک، سخت است به همین دلیل در عرف بین مالکیت مفروز و مشاع، اختلاف قیمت وجود دارد و در حالت اشاعه، مال ارزان‌تر است. از همین رو در اصطلاحات حقوقی می‌گویند اشاعه «عیب مال» است، چون مالک بدون اذن شریک ممنوع‌التصرف است.

سؤالی در اینجا مطرح است و آن اینکه اگر اینگونه است که هرگونه تصرفی در مال مشترک نیاز به اذن دارد، پس تکلیف نگهداری مال چه می‌شود؟ مثلاً سقف خانه نیاز به تعمیر دارد و شریک بگوید «من اجازه نمی‌دهم تصرف کنی!»

قانون مدنی در ممنوعیت تصرفات استثناء دارد. یکی از این استثنائات در ماده‌ی ۵۹۴ آمده است: «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 شرکای متضرر می‌توانند به حاکم رجوع نمایند، در این صورت اگر ملک قابل تقسیم نباشد حاکم می‌تواند برای قلع ماده‌ی نزاع و دفع ضرر، شریک ممتنع را به اقتضای موقع به شرکت در تنقیه یا تعمیر یا اجاره یا بیع سهم خود اجبار کند.»

پس ممنوعیت تصرفات در مصداقی مثل این ماده که عدم اذن منجر به ضرر رسیدن به مال مشترک می‌شود استثناء شده است و می‌توان به حاکم رجوع نمود.

یعنی طرف می‌تواند با اذن حاکم تعمیر کند و می‌تواند با اذن حاکم هزینه و سهم شریک را هم از او بگیرد، بدین معنا که طرف نمی‌تواند بگوید «من که راضی به تعمیر نبوده‌ام، پس پول نمی‌دهم!»؛ چون پول نگهداری مال مشترک است و او مکلف است بپردازد.

استثناء دیگر در «قانون تملک آپارتمان‌ها» آمده است. این قانون، یک قانون اختیاری است که در سال ۴۳ تصویب شده و البته بعد از انقلاب اصلاحی خورده است. در این قانون نحوه‌ی اداره‌ی آپارتمان مشخص شده است؛ و این به خاطر آن است که هرکس آپارتمانی می‌خرد در برخی قسمت‌ها مثل کف، سقف، راهرو و ... با مالکین دیگر مالکیت مشترک دیگر دارد. در ماده‌ی ۶ این قانون آمده است: «تصمیمات مربوط به اداره و امور مربوط به قسمت‌های مشترک، به اکثریت آراء مالکینی است که بیش از نصف مساحت تمام قسمت‌های اختصاصی را مالک باشند.» متنها گفتیم این قانون اختیاری است یعنی می‌توان بر خلاف آن «توافق» کرد.

در ادامه بحث خود در اینکه تصرفات منوط به اذن شرکاء می‌باشد چند مطلب دیگر وجود دارد:

* اگر بنا باشد تصرفات شرکاء در مال مشترک منوط به اذن یکدیگر باشد، تکلیف انتفاع یا فروش این مال چه خواهد شد؟!

قانون مدنی فرض را بر این گذاشته است که اگرچه در مال مشترک تصرف در خود مال، بدون اذن یکدیگر ممنوع است اما فروش یا احیاناً تصرفات حقوقی که منتهی به تصرفات فیزیکی نشود مثل اجاره یا هبه‌ی سهم مشترک، مانعی ندارد.

ماده ۵۸۳: «هریک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.»

در باب اجاره هم ماده مستقلی وجود دارد: ماده ۴۷۵: «اجاره مال مشاع جایز است...»

باید دقت داشت که این دو ماده مؤید آن نوع «تصرف حقوقی» است که منتهی به تصرف فیزیکی نمی‌شود. حال اگر خریدار که سهم مشترک به او منتقل شده، می‌خواهد بیاید و در مال خود وضع ید و تصرف کند، تکلیف این کار چیست؟ آیا بدون اذن می‌تواند تصرف فیزیکی کند؟ پاسخ منفی است؛ چون ما قاعده داریم: «شریکی که بدون اذن در اموال شرکت تصرف کند ضامن است» (ماده ۵۸۵). به علاوه، مشتری (خریدار) مثل مالک مشاعی قبلی است و جانشین او می‌شود، لذا برای تصرف فیزیکی نیاز به اذن دارد. از این روست که در ادامه ماده ۴۷۵ می‌گوید: «...لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک».

برخی حقوقدانان مثل دکتر کاشانی انتقاداتی را به ماده ۵۸۳ وارد کرده‌اند. این عده می‌گویند ما دو نوع شرکت داریم؛ یکی شرکت‌های «سرمایه» مثل سهامی خاص و عام که در آن فرض قانون مدنی این است که هرکس خواست می‌تواند سهم‌الشرکه‌ی خود را بفروشد و حداکثر این است که این انتقال باید در دفتر مخصوصی ثبت شود. دوم شرکت‌های «شخص» است که فرض قانون مدنی در آن‌ها این است که برای نقل و انتقال رضایت دیگر شرکاء لازم است. خوب «شرکت مدنی» (عقد شرکت) هم از جمله شرکت‌های شخص است، به این معنا که ما وقتی قرارداد شرکتی را منعقد می‌کنیم (با همان هدفی که گفتیم یعنی صورت گرفتن انباشت سرمایه و اشتراک در منافع و زیان‌ها بر اساس اصل وحدت دارایی) اینگونه نیست که هر کسی را در خیابان پیدا کردیم بیاوریم و با خود شریک کنیم بلکه مخصوصاً در چنین قراردادی (عقد شرکت) طرف قرارداد برای ما اهمیت دارد، پس این شرکت، شرکت شخص است نه سرمایه. لذا این انتقاد به ماده ۵۸۳ وارد است که اگر در اشاعه (که مبنای شرکت مدنی است) قرار باشد هرکس دلش خواست سهم خود را بفروشد و نیاز به اذن دیگران نداشته باشد، شاید دیگر شرکاء راضی نباشند که یک غریبه با آن‌ها شریک شود. لذا نتیجه این می‌شود که در یک شرکت شخص، اجازه داده‌ایم که هرکس خواست بتواند سهم خود را بدون اذن شرکاء منتقل نماید و شرکاء باید بپذیرند به طور قهری با کسی که رضای بر او ندارند داخل شرکت شوند.

* کسی که مالک سهم مشترک است به طور طبیعی مالک منافع آن نیز هست. خوب این منافع به دو طریق استفاده می‌شود: یا شخصاً انتفاع می‌برد یا واگذار به غیر می‌کند مثلاً اجازه می‌دهد. قانون مدنی در ماده ۴۷۵ می‌گوید تسلیم عین مستأجره موقوف به اذن شریک است. خوب حالا اگر شریک اجازه نداد تکلیف این منافی که شریک دیگر مالک آن است ولی نمی‌تواند انتفاع ببرد چه خواهد بود؟

در اینجا بحثی وجود دارد که اقتضای قاعده‌ی لاضرر است و در قانون اساسی هم پیش‌بینی شده‌است و آن اینکه هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حقوق خود را به نحوی انجام دهد که منجر به اضرار دیگری است.

قانون مدنی هم در ماده ۵۸۹ فرضی را مطرح می‌کند و آن اینکه مالک سهم مشاع در هر زمانی که بخواهد حق مطالبه‌ی مال خود را دارد که از آن تعبیر به تقسیم می‌شود. این تقسیم هم در اعیان است هم در منافع. خوب شریک طبق ضوابط قانون مدنی می‌تواند اذن ندهد؛ ما هم گفتیم استثنائی که شریک دیگر حق رجوع به حاکم دارد تا حق

اذن او را ساقط کند در فرض ضرر و زیان مشترک است. (ماده ۵۹۴) خوب در اینجا یکی از شرکاء می‌خواهد منفعت ببرد (بحث ضرر و زیان نیست). اما دیگری حق خودش را بر اذن منجر به اضرار او کرده و نمی‌گذارد او انتفاع ببرد. در اینجا شریکی که می‌خواهد نفع ببرد به حاکم رجوع می‌کند و از وی درخواست تقسیم می‌کند؛ مثلاً اگر مالک سه دانگ مشاعی است از حاکم می‌خواهد تکلیف این سه‌دانگ را (اعم از اعیان یا منافع) روشن کند. حاکم هم می‌آید و منافع را به تناسب مال تقسیم می‌کند. مثلاً اگر خانه‌ی دو طبقه است به یکی می‌گوید تو برو در طبقه‌ی پایین و به دیگری می‌گوید طبقه‌ی بالا مال تو باشد. (در حالی که ملکیت دو شریک هنوز مشاعی است). یا مثلاً اگر سهم دو شریک مساوی نیست، به تناسب سهم هریک تقسیم منافع را انجام می‌دهد یا اگر اساساً منافع مال مشترک قابلیت تقسیم اینطوری را نداشت مثلاً شش شریک هر یک مالک یک دانگ هستند و خانه هم دو اتاق دارد، در اینجا تقسیم منافع به صورت «زمانی» انجام می‌گیرد. مثلاً می‌گوید این ملک دو ماه مال تو و دو ماه مال دیگری و ... به هر حال حاکم باید منافع را به هر ترتیبی هست به تساوی بین شرکاء تقسیم کند. پس نتیجه این شد که اگر شریک اذن ندهد و این عدم اذن او منجر به ضرر دیگری شود، شریک دیگر می‌تواند طبق ماده‌ی ۵۸۹ درخواست تقسیم کند و حاکم می‌تواند با حفظ مالکیت مشاع شرکاء، منافع را تقسیم کند. در نتیجه شریکی که می‌خواهد از منافع سهم خود نفع ببرد، می‌تواند پس از تقسیم منافع، آن را به دیگری واگذار کند؛ مثلاً اگر حاکم گفته‌است طبقه‌ی بالا مال تو، می‌تواند طبقه‌ی بالا را اجاره دهد یا اگر گفته‌است این خانه دو ماه دست تو باشد، می‌تواند در این مدت خانه را اجاره دهد و منافع را تسلیم مستأجر کند.

* بحث دیگری را حقوقدانان مطرح کرده‌اند که از فقه گرفته شده‌است و آن بحث «طلب مشترک» است. ما تکلیف تصرفات فیزیکی و حقوقی در مال مشترک را روشن کردیم. حالا می‌خواهیم ببینیم اگر این مال مشترک «عین» نباشد بلکه «طلب مشترک» باشد تکلیف چیست؟

طلب مشترک یعنی طلب کردن مالی که ملکیت آن مشاع است، مثلاً دو شریک مالک یک خانه به صورت مشاعی و سه‌دانگ سه‌دانگ هستند و آن را به شخص ثالثی می‌فروشند. این شخص ثالث ثمن را به این دو شریک بدهی دارد. پس این دو شریک طلب مشترکی مثلاً دویست میلیون تومان از این شخص دارند. ممکن هم هست طلب مشترک در اثر بیع نباشد، مثلاً دو نفر اجیر شده‌اند و آمده‌اند خانه‌ای را نقاشی کرده‌اند؛ در اینجا اجرت آن‌ها مشترک است. حالا فرض این است که این دو چگونه می‌توانند طلب مشترک را مطالبه کنند؟

آیا طلب مشترک می‌تواند منتهی به رجوع مستقل شود؟ مثلاً الف و ب دو شریک‌اند و مال را در ضمن یک عقد بیع فروخته‌اند. آیا الف می‌تواند مستقلاً رجوع کند و سهم خود را از ثمن مطالبه کند؟

فقها اینگونه بحث کرده‌اند؛ می‌گویند رجوع مستقل به تبع حق مستقل است و در فرض مذکور حق مستقل وجود ندارد، چون همانگونه که در ملک مشاعی یکی از شرکاء حق ندارد اگر مالک سه‌دانگ است، سه دانگ را مستقلاً بگیرد و تصرف کند بلکه تصرفات او منوط به اذن است، در طلب مشترک هم چون مال مشاع است، یکی از

شرکاء نمی‌تواند مستقلاً مراجعه کند و سهم خود را بگیرد. چون اگر مثلاً قیمت خانه ده میلیون بوده و یکی از شرکاء مستقلاً مراجعه کند و بخواهد ۵ میلیون بگیرد این ۵ میلیون سهم شریک هم هست، چراکه این دو به صورت مشترک مالک این ده میلیون هستند، بنابراین نتیجه‌ای که در فقه می‌گیرند این است که طلب مشترک نمی‌تواند منتهی به طلب مشترک شود، چون رجوع مستقل، به تبع حق مستقل است و این یعنی تقسیم، صورت گرفته باشد در حالی که در فرض ما طلب مشترک تقسیم نشده و سهم هریک جدا نشده است.

عده‌ای در مقابل گفته‌اند همین‌که می‌گوییم سه‌دانگ ثمن، ۵ میلیون تومان می‌شود، این تقسیم است. اما در فقه باز این بحث را مطرح می‌کنند و می‌گویند تقسیم، در اعیان امکان پذیر است (مال باید موجود باشد بعد تقسیم کنیم) یعنی در ذمه امکان پذیر نیست. خوب، وقتی دو شریک ده میلیون طلب دارند این طلب در ذمه است و موجودیت خارجی ندارد. بنابراین اگر مالکیت ما فی‌الذمه داشته باشیم نمی‌توان آنچه که در ذمه است را تقسیم نمود، چون تقسیم، در اعیان امکان پذیر است. از این ما نتیجه می‌گیریم زمانی که طلب مشترک است، پرداخت طلب باید به همه‌ی شرکاء صورت گیرد و مدیون حق ندارد مثلاً ده میلیون را به یکی تسلیم کند، بلکه باید شرکاء را جمع کند و ده میلیون را به آن‌ها بدهد.

نتیجه‌ی دیگری که از این حرف می‌گیریم این است که هر مبلغی که به احد شرکاء پرداخت شود مال مشترک است؛ بنابراین اگر الف برود و ۵ میلیون بگیرد، این ۵ میلیون مال مشترک است، بنابراین اگر مدیون ۵ میلیون را به یکی بدهد و بعد ورشکسته شود شریک دیگر می‌تواند بیاید و ۲/۵ میلیون از این شریک بگیرد و نسبت به ۲/۵ میلیون مابقی هر جفت شرکاء می‌روند در صف طلبکاران.

اگر در فرض مذکور یکی از شرکاء بگوید سهم من را مؤجل قرار دهید (مثلاً بگوید ۵ میلیون را من الآن نمی‌خواهم بلکه ۶ ماه دیگر آن را بده) و شریک دیگر که ۵ میلیونش حال بوده، مراجعه کند و سهم خود را بگیرد، این ۵ میلیون سهم خود اوست و شریک دیگر حق رجوع ندارد. پس اگر در ترتیبات پرداخت تفاوت ایجاد شد اشکالی ندارد و تابع قرارداد شرکاء است یعنی عملاً شریک دیگر اجازه داده که مال به یکی از شرکاء پرداخت شود. در اینجا حقوقدانان به فقها اشکال می‌گیرند و می‌گویند مگر شما نمی‌گویید در ترتیبات پرداخت می‌توانیم تفاوت قائل شویم و این تابع توافق است و بین سهم مؤجل و سهم حال تفاوت وجود دارد، خوب این که همان تقسیم است. یا مگر شما نمی‌گویید هرگاه یکی از شرکاء سهم خود را ابراء کرد و گفت من ۵ میلیون خود را نمی‌خواهم دیگر نمی‌تواند رجوع کند، خوب اینها که همه‌اش می‌شود تقسیم. بنابراین تقسیم اعتبار همانطور که در ابراء عقلایی است، در ذمه هم شدنی است. پس تقسیم در ذمه هم وجود دارد و مبنای شما فقها که می‌گویید تقسیم فقط در اعیان است درست نیست. و در عرف امروز هم می‌بینیم که این را پذیرفته‌اند. بنابراین حقوقدانان به خلاف فقها معتقداند که مال مشترک لزوماً به طلب مشترک ختم نمی‌شود و این تابع توافق است.

* تعیین تکلیف «خلع ید از سهم مشترک»:

گفتیم تصرف در مال مشترک بدون اذن شرکاء امکان‌پذیر نیست؛ خوب حالا اگر چنین اتفاقی افتاد و یکی از شرکاء بدون اذن تصرف کرد (مثلاً خانه‌ای مشترک است و شریک بدون اذن می‌رود و در آن ساکن می‌شود). تکلیف چیست؟

قانون مدنی فرض را بر مسئولیت و ضمان گذاشته است؛ این ضمان یعنی تصرف کننده ضمان مالی دارد. پس اگر متصرف خسارت بزند ضامن است و اگر انتفاع هم ببرد معادل مدت زمانی که نفع برده باید سهم شریک را بدهد.

وقتی ما از قاعده‌ی علی‌الید صحبت می‌کنیم دو حکم از این قاعده استخراج می‌کنیم:

۱. حکم وضعی: ماده ۵۸۲ یعنی ضمان و مسئولیت بر جبران خسارت (این خسارت هم خسارت به مال است، هم عدم النفع است هم منافع تحصیل شده است).

۲. حکم تکلیفی: وجوب رد مال؛ شخص مکلف است این مال را رد کند.

خوب قانون مدنی در ماده‌ی ۵۸۲ تکلیف حکم وضعی را روشن کرده است. اما حرفی از حکم تکلیفی و وجوب رد مال نرده است. چون با این حکم تکلیفی، شریک دیگر خواهان رد مال و خلع ید از شریک خود است (وجوب رد مال = حق خلع ید)

در اینجا بحث پیش آمده است که خلع ید مگر با حقوق مالکانه جور در می‌آید؟ چون به هر حال متصرف، شریک مال مشترک است، مگر می‌شود او را بیرون کرد؟ لذا بحث کرده‌اند که آیا می‌توان شریک را خلع ید کرد؟ در گذشته در رویه‌ی قضایی ما هم این بحث وجود داشت و معتقد بودند نمی‌توان از شریک خلع ید کرد، چراکه خلع ید به تبع تصرف غیر قانونی و غیر مالکانه صورت می‌گیرد، حال آنکه شریک بالأخره مالک است و نمی‌توان او را بیرون کرد. ولی پس از آنکه در سال ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی به تصویب رسید فرض بر این شد که این کار شدنی است و خلع ید از شریک متصرف امکان‌پذیر است.

در گذشته در قانون جزای عمومی (والآن در قانون مجازات اسلامی در ماده ۶۹۰) در باب تخریب مال غیر این بحث مطرح بود که تخریب مال غیر مجازات خاص خود را به دنبال دارد. بر همین اساس در گذشته این بحث

مطرح بود که آیا اگر شریک مال مشترک را تخریب کند حکم تخریب مال غیر در اینجا جاری است یا خیر؟

در سال ۵۵ در رأی وحدت رویه شماره‌ی ۷۶ اینگونه آمد: «به طوری که از اطلاق و عموم ماده‌ی ۲۶۲ قانون کیفر عمومی مستفاد می‌گردد ارتکاب عمل مذکور [قطع درختان مشترک] در صورتی که مقرون به قصد اضرار و یا جلب منافع غیر مجاز با سوء نیت باشد قابل تعقیب و مجازات است، هر چند مالکیت اموال موضوع جرم مشمول ماده‌ی فوق به طور اشتراک و اشاعه باشد.» یعنی این رأی کاری به ملکیت مشترک ندارد و می‌گوید وقتی مال غیر را تخریب می‌کنند نسبت به سهم غیر حکم تخریب مال غیر صادق است. و می‌توان طبق ماده‌ی ۲۶۲ قانون جزای عمومی رسیدگی کرد.

بعد از انقلاب که قانون جزای عمومی منسوخ و قانون مجازات اسلامی جایگزین شد اداره‌ی حقوقی دادگستری در سال ۷۲ یک نظریه‌ی مشورتی داد و به همان رأی وحدت رویه اشاره کرد: «با توجه به رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور به نظر می‌رسد تصرف ملک مشاع بدون اذن شرکاء می‌تواند از مصادیق جرم موضوع ماده‌ی ۱۳۴ قانون تعزیرات باشد.»

پس در قانون جزاء این بحث وجود دارد که ملکیت نسبت به سهم خود مانع از طرح دعوا نسبت به سهم شریک نیست.

حقوقدانان ما از همین جا استفاده می‌کنند و می‌گویند پس ما خلع ید از ملک مشاعی را هم می‌توانیم داشته‌باشیم.

در عمل اجرای احکام الآن دو کار می‌تواند انجام دهد:

۱. خلع ید از سهم مشترک

۲. وضع ید شریک دیگر بر مال مشترک: یعنی مال را به تصرف همه‌ی شرکاء می‌دهد تا همه وضع ید کنند. (یعنی خلع ید از یک شریک به طور قهری صورت می‌گیرد). باید دقت داشت آن بحث ضمان به قوت خود باقی است و ربطی به این بحث (حکم تکلیفی = وجوب رد مال) ندارد.

پس فرض ما این شد که محاکم ما طرح دعوای خلع ید از شریک را جایز می‌دانند.

نکته: خلع ید با تخلیه‌ی ید متفاوت است؛ خلع ید مبتنی بر رابطه‌ی حقوقی قبلی نیست ولی تخلیه مبتنی بر رابطه‌ی حقوقی قبلی است، مثلاً مستأجری به موجب عقد اجاره ساکن است و پس از انقضای مدت اجاره، مالک، درخواست تخلیه می‌کند، اما در رابطه با کسی که بدون رابطه‌ی حقوقی قبلی وضع ید کند، درخواست خلع ید می‌کند.

* گفتار دوم

عقد شرکت

همانطور که گفتیم قانون مدنی ما از عقد شرکت تعریفی ارائه نکرده است و در ماده ۵۷۱، شرکت در معنای اشاعه است. و گفتیم عقد شرکت = اشاعه + اذن. ما در عقد شرکت، «ترتیبات استفاده‌ی از مال» را روشن می‌کنیم و این همان اذن است. پس اگر بخواهیم عقد شرکت را تعریف کنیم اینگونه می‌شود: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه به همراه ترتیبات اداره‌ی مال»

چند نکته:

* عقد شرکت، چون «عقد» است، نیاز به شرایط اساسی صحت معاملات دارد. (عقل، بالغ و رشید باشد و...) چون شخص دارد اشاعه ایجاد می‌کند و تصرف در مال می‌کند. پیش از این به اسباب اشاعه اشاره کردیم:

اسباب اشاعه:

۱. اختیاری:

الف) عمل حقوقی: مثل بیع، عقد شرکت و ...

ب) عمل مادی: مثل مزج اختیاری

۲. قهری:

الف) عمل حقوقی: ارث

ب) عمل مادی: مزج قهری

پس فرض ما این بود که یک عمل حقوقی مثل شرکت، می‌تواند ایجاد اشاعه کند. (در بیع روشن بود که چگونه اشاعه ایجاد می‌شود، مثلاً دو نفر به صورت شریکی، مالی را می‌خرند، یعنی بواسطه‌ی بیع مالک سهم مشاعی و مشترک می‌شوند.) حال سؤال اینجاست که عقد شرکت چگونه ایجاد اشاعه می‌کند؟

در عقد شرکت هریک از شرکاء آورده دارد یعنی عقد شرکت ملازمه با آورده دارد و این اشاعه هم در آورده است؛ خوب این آورده‌ها بواسطه‌ی شرکت چگونه می‌شود «مشاع»؟

اینجاست که می‌گوییم عقد شرکت ویژگی خاصی دارد که قانون مدنی از آن به عنوان عقد معین جداگانه‌ای نام می‌برد. و آن این است که عقد شرکت دارایی‌های ما را با همدیگر «مبادله» می‌کند. بدین صورت که وقتی یک نفر داخل عقد شرکت می‌شود و ایجاب می‌گوید، این بدین معناست که اموال خودش را «با حفظ مالکیت خودش» دارد به شریکش تملیک می‌کند، خوب این تملیک مابه‌ازاء می‌خواهد و مابه‌ازاء آن، تملک اموال شریک است. پس اشاعه در عقد شرکت با ردّ و بدل شدن دارایی‌ها است. یعنی سهم‌الشرکه‌ها را دارند با هم مبادله می‌کنند. بنابراین در شرکت همین ایجاب و قبول ایجاد اشاعه می‌کند، یعنی همین که آورده داخل شرکت شد ولو اینکه آن‌ها را روی هم نریخته باشیم و مزج رخ نداده باشد، با انعقاد عقد شرکت و ایجاب و قبول، به ملکیت شرکاء در می‌آید. مثلاً در

قرارداد می آورد که ۱۰۰ هزار تومان که در حسابش است، آورده‌ی اوست؛ به محض انعقاد عقد شرکت این ۱۰۰ هزار تومان به ملکیت شرکاء در می آید و آورده‌ی شرکاء دیگر به ملکیت این شخص در می آید.

به هر حال عقد شرکت ترکیبی از اشاعه و اذن است. منتها باید دقت داشت که این تعبیر عقد اذنی یک تعبیر با مسامحه است؛ اگر اشاعه به سبب غیر از شرکت ایجاد شده باشد، این عقد، عقد اذنی است؛ اما اگر عقد شرکت خودش بخواهد اشاعه هم ایجاد بکند، این عقد، عقد اذنی محض نیست؛ قبلاً توضیح دادیم که عقد شرکت خود از اسباب اشاعه است. (ماده‌ی ۵۷۳: «...یا در نتیجه‌ی عقدی از عقود...».) خوب اگر با این دید نگاه کنیم که عقد شرکت خود ایجاد کننده‌ی اشاعه است (با مکانیزم ردّ و بدل شدن مالکیت و در عین حال حفظ مالکیت خود توسط شرکاء) به این معناست که عقد شرکت سوای اینکه ایجاد اذن می کند، ایجاد ملکیت مشاع هم می کند. پس این عقد یک عقد اذنی محض نیست بلکه یک عقد اذنی است که امکان ایجاد ملکیت مشاع را هم دارد. حال با این تعبیر می خواهیم به یک شبهه پاسخ بدهیم: در فقه عده‌ای از فقها قائلند به اینکه عقد شرکت اساساً عقد نیست، بعضی حقوقدانان ما هم در تحلیل ماده‌ی ۵۷۱ این بحث را دارند که: علت اینکه وقتی قانونگذار می خواهد شرکت را تعریف کند از مال مشاع تعریف ارائه می کند نه از عقد شرکت، این است که خود قانونگذار هم تردید دارد که شرکت واقعاً عقد است یا اینکه فقط اذن است!؟

خوب با تحلیلی که ما از ماده‌ی ۵۷۳ کردیم این اشکال پاسخ داده می شود؛ بدین صورت که اگر بنا باشد شرکت اشاعه ایجاد بکند (ماده‌ی ۵۷۳) و تبادل سهم الشرکه‌ی شرکاء است که ایجاد اشاعه می کند، در این صورت شرکت واقعاً عقد است، چون اذن محض نمی تواند منجر به ردّ و بدل شدن ملکیت بشود.

* ماهیت اذن چیست؟

فرض می کنیم همسایه‌ی شما یک باغ میوه دارد و به شما می گوید «مجاز هستی از میوه‌های این باغ استفاده کنی» حالا اگر یک روز شما خواستید بروید و از باغ استفاده کنید و به مالک باغ بگویید «در را باز کن» ولی او این کار را نکند، آیا شما می توانید به حاکم رجوع کنید و شکایت کنید؟ به عبارت دیگر آیا می شود از حاکم الزام و اجبار مالک را خواست؟

در ضمانت اجرای قواعد تعهدات فرض قانون مدنی این است: ۱. اجبار (در خود اجبار سلسله مراتب داریم، یعنی اول حاکم اجبار می کند، سپس اگر طرف خودش انجام نداد می گوید خود متعهدله انجام دهد و هزینه را از متعهد بگیرد). ۲. فسخ (به انضمام خسارت) البته این فرض قانون مدنی است ولی در فقه برخی فقها مثل آیت الله خوئی اجبار و فسخ را هم عرض می دانند نه در طول هم.

خوب آیا اذن اصلاً تعهد می آورد؟ پاسخ منفی است؛ اذن مفید تعهد نیست، چون تعهد در ضمن عقد حاصل می شود (تعهد دو طرف دارد ولی اذن یک طرف دارد) بلکه اذن فقط مفید «جواز» است. در تعهد ما «وجوب» داریم، یعنی یک حکم تکلیفی است، بدین معنا که اگر کسی در قبال شما متعهد شد، به حکم قاعده‌ی «المؤمنون عند

شروطهم»، «مكلف» بر ایفاء است. به همین دلیل در ضمانت اجرای تعهد از «اجبار» سخن می‌گوییم. اما در اذن فقط «جواز» داریم، لذا اذن مفید حق نیست و برای شما حقی نمی‌آورد. به تعبیر حقوقدانان «اذن صرفاً اباحه می‌آورد.» پس در مثال مذکور، شخص نمی‌تواند یک کامیون بیاورد و میوه‌ها را بار بزند و ببرد یا به حاکم رجوع کند یا فکر کند حقی دارد و بخواهد این حق را به دیگری منتقل کند و ... بلکه چون اذن، اباحه می‌آورد، مالک هر موقع بخواهد شما را منع می‌کند.

بنابراین آن دسته‌ای که قائلند عقد شرکت فقط اذن است می‌گویند این اباحه است و اباحه هم یک طرفه حاصل می‌شود و نیاز به قبول و ردّ ندارد، چون اباحه است و تعهد نیست که نیاز به قبول داشته باشد. خوب اینجا آن بحث مقدماتی ما اثر دارد که اگر شرکت مدنی ایجاد اشاعه می‌کند (یعنی عقد شرکت = اشاعه + اذن) در این اشاعه، ملکیت نهفته است و این دیگر نمی‌تواند اباحه باشد. درست است، اذن اباحه است لذا در عقد شرکت وقتی چند نفر سرمایه می‌آورند و مال را مشاع می‌کنند و به یک نفر «اذن» می‌دهند که از قبیل دیگر شرکاء اموال شرکت را اداره کند، هر موقع تشخیص دهند که این شخص صلاحیت اداره‌ی اموال شرکت را ندارد، می‌توانند اذن خود را پس بگیرند و دیگری را مأذون کنند. به همین دلیل هم در قانون مدنی می‌گوید شرکاء هر موقع که بخواهند می‌توانند از اذن خود رجوع کنند. بنابراین یک قسمت از عقد شرکت اذن است اما مهم این است که این عقد شرکت، بخش دیگرش اشاعه است که به معنی «ملکیت مشاع» است نه اذن؛ بنابراین این بخش عقد شرکت یک عقد تملیکی است منتها ملکیتش مختص یک نفر نیست بلکه از آن همه‌ی شرکاء است. این همان اصل وحدت دارایی است یعنی مالی را وسط گذاشته‌ایم که همه مالک آن هستیم، منتها هریک به نسبت سهم‌الشرکه.

خلاصه اینکه وقتی می‌گوییم عقد شرکت یک عقد اذنی است، نباید اشتباه کنیم؛ درست است، این عقد، یک عقد اذنی است، منتها فقط در یک بخش آن اذنی است ولی در بخش دیگر که ایجاد ملکیت مشاعی می‌کند، اذنی نیست؛ پس به تعبیر دکتر کاتوزیان می‌توان گفت این عقد، یک عقد «مختلط» است. بدین ترتیب که یک عقد اذنی، عهدی، تملیکی است؛ اذنی است چون می‌تواند برای شرکاء یا ثالث ایجاد اذن کند، تملیکی است چون می‌تواند ملکیت مشاع ایجاد کند، عهدی است چون اگر مثلاً مدیر که مأذون از قبیل شرکاء است بد اداره کند در قبال شرکاء ضامن است. بنابراین اگر شرکت یک عقد مختلط است، شرایط اساسی صحت معاملات قطعاً در آن شرط است.

* آورده چگونه باید باشد؟

قانون مدنی در ماده‌ی ۵۷۱ در تعریف اشاعه می‌گوید: «اجتماع حقوق مالکین متعدد در «شیئی واحد» به نحو اشاعه». خوب از این «شیئی» اینگونه به ذهن می‌آید که مال و آورده حتماً باید جزء «اعیان» باشد که در عالم خارج می‌شود به آن اشاره کرد. بنابراین نمی‌توان طلب یا حقوق مالکیت معنوی را به عنوان آورده در شرکت بیاوریم. البته حقوقدانان ما امروزه این حرف را قبول ندارند که شرکت را فقط در اعیان فرض کنیم. به هر حال قانون مدنی صریحاً اشاره نکرده است که چه اموالی را می‌شود داخل شرکت کرد؟! همانگونه که گفتیم در تعبیر ماده‌ی ۵۷۱

آمده است «شیء واحد» (این بعد از عقد شرکت است، یعنی ما عقد شرکت را واقع می‌کنیم و بعد شیء واحد و مال مشترک ایجاد می‌شود).

در فقه شرکت را به چهار دسته تقسیم می‌کنند و این تقسیم بندی دقیقاً به اعتبار اموالی است که ما داخل شرکت می‌کنیم.

۱. شرکت اعیان: به این معنی است که ما اموالمان را اعم از اینکه «وجه نقد» باشد یا «کالا» داخل شرکت می‌کنیم. برخی به این قسم، شرکت «عنان» یا «عقدی» و تعابیر دیگر گفته‌اند. این قسم شرکت همین شرکتی است که ما از آن بحث می‌کنیم. کسی نگفته این عقد باطل است و در صحت آن تردید وجود ندارد.

۲. شرکت ابدان (اعمال): به این معنی که مال عینی به عنوان آورده نمی‌آورند، بلکه کارشان را می‌آورند؛ مثلاً دو خیاط بگویند «من که روزی ده پیراهن تولید می‌کنم، تو هم روزی پانزده تا؛ بیا با هم کار کنیم تا روزی ۳۰ تا پیراهن تولید کنیم و سرعتمان بالا برود.» در فقه امامیه نظر مشهور بر بطلان این عقد است، در فقه اهل سنت هم اختلافی است؛ و آن‌ها که قائل به بطلان هستند دلیلشان این است که این معامله غرری است چون ممکن است یکی از دو خیاط یک روز ۱۰ تا پیراهن و دیگری ۲۰ تا و روز دیگر برعکس، بدوزند و نمی‌توان به درستی تقسیم کرد که هر کدام چقدر کار می‌کنند. حقوقدانان ما اکثراً قائل به صحت این نوع شرکت‌اند؛ دلیلشان هم این است که اگرچه در ذهن می‌گوییم امکان غرر هست ولی باید ببینیم در عالم واقع هم غرر می‌آورد یا خیر؟ وقتی دو شریک با هم «توافق» می‌کنند این دیگر غرری نیست، چراکه همانطور که در شرکت اعیان به نسبت آورده سهم هریک را مشخص می‌کنیم اینجا هم دو شریک با هم توافق می‌کنند، مثلاً می‌گویند «من ۱۰ تا پیراهن می‌دوزم و تو ۲۰ تا پیراهن بدوز؛ یک سوم من می‌برم و دوسوم تو بر و ...» پس هرگونه می‌توانند توافق کنند و این غرر نیست.

بله، یک موقع هست که ما نمی‌دانیم ارزش این عمل در این فرایند چقدر است؛ مثلاً کسی که دکمه می‌دوزد با کسی که برش می‌زند ارزش کارشان متفاوت است، لذا اگر بگویند «مساوی سهم ببریم» اینجا می‌تواند غرری باشد. اما اگر ارزش عمل برای طرفین روشن باشد و بتوانند بگویند «این عمل تو این سهم از کار و عمل من فلان مقدار سهم از کار را تشکیل می‌دهد» و نهایتاً سود را براساس سهمشان توزیع کنند این غرری نیست. در واقع آنچه موجب غرر می‌شود «عدم علم و اطلاع» شرکاء بر ارزش عملشان است. و اینجا قول فقها صحیح و معامله غرری و باطل است. اما اگر طرفین به طور کاملاً متعارف بتوانند ارزش گذاری کنند و سهم اعمال را جدا کنند و به نسبت سهم ببرند، این غرری نیست.

۳. شرکت وجوه: شرکت وجوه همان شرکت اعتبار است. بدین معنا که دو نفر پول ندارند ولی اعتبار دارند و می‌روند با اعتبارشان خرید می‌کنند و این می‌شود مال مشترک؛ بعد با این خرید کاسبی می‌کنند، یعنی در واقع نسبه می‌خرند و نقد می‌فروشند. در فقه باز قائل به بطلان این نوع شرکت‌اند. در میان حقوقدانان هم کسی قائل به صحت این شرکت نیست. دلیل بطلان از یک طرف عدم مالیت آورده است و از طرف دیگر تفاوت در اعتبارات است. چراکه معلوم نیست اعتبار هریک چقدر است.

۴. **شرکت مفاوضه:** یعنی شرکتی که افراد هرآنچه دارند داخل شرکت می‌کنند و در همه‌ی سود و زیان شریک‌اند. مثلاً دو شریک با هم شراکت می‌کنند و می‌گویند: «اگر مثلاً تو جرم مرتکب شدی من در دیه شریک هستم یا اگر هر سودی کردی من هم شریک هستم و ...» یعنی در کل اموال، دارایی‌ها و دیون با هم شراکت کنند. همه قائل به بطلان این شرکت‌اند چون کاملاً غرری است، چراکه طرف در مالی هم که مشارکت ندارد دارد شرکت می‌کند.

بحثی را حقوقدانان مطرح می‌کنند و می‌گویند آیا در شرکت اعیان ما فقط باید به سراغ اموال خارجی برویم یا نه؟ آیا اموال اعتباری مثل دانش فنی، نام تجاری، علامت تجاری و مالکیت معنوی را هم می‌توان داخل کرد؟ (این مباحث جدید است و در فقه بحث نشده است.)

افرادی مثل دکتر کاتوزیان و دکتر کاشانی گرایششان این است که به این‌ها امروزه در عرف مال تلقی می‌شود. لذا می‌گویند اموال لزوماً اعیان نیست بلکه ما اموال غیر ملموس هم داریم. پس اینکه قانون مدنی می‌گوید «شرکت، اجتماع حقوق مالکین متعدد است در شیئی واحد»، این شیئی واحد فقط شامل اموال محسوس نیست بلکه آن بخشی هم که قابل تقویم است و می‌تواند داخل اموال شود، جزء شیئی واحد است. (اگرچه اعیان نیست) پس می‌تواند داخل شرکت مدنی شود. باید توجه داشت که ما ذیل اقسام شرکت شق پنجمی فرض نکردیم، بلکه ذیل شرکت اعیان تحلیل جدیدی ارائه دادیم.

بند اول

نحوه‌ی اداره‌ی شرکت

گفتیم عقد شرکت دو اثر برای ما خواهد داشت: ۱. اشاعه ۲. اذن
در اذن آنچه که در عقد شرکت حائز اهمیت است «اداره‌ی اموال شرکت» است؛ یعنی اقتضای اذن در عقد شرکت توافق شرکاء بر اداره‌ی اموال شرکت است و این اذن است که نحوه‌ی اداره‌ی اموال شرکت را مشخص می‌کند.

*** اذن چگونه داده می‌شود؟**

اذن می‌تواند به موجب عقد شرکت ایجاد شود یعنی آن زمانی که شرکاء در باب ایجاد اشاعه در مال با هم توافق می‌کنند، ضمن عقد شرکت در باب اذن هم تراضی می‌کنند. به تعبیری اذن، جزئی از توافقات طرفین عقد می‌شود و اثر عقد است. الزاماً اینگونه نیست که اذن ضمن عقد بیاید، ممکن است عقد شرکت واقع و اشاعه ایجاد شود اما در باب اذن و تعیین مدیر بعداً توافق شود که از زمان این توافق، اذن ایجاد می‌شود؛ یا می‌توان گفت این اذن ملحق به آن عقد می‌شود چون اشاعه و شرکت را آن عقد ایجاد کرده، یا می‌توان گفت این اذن مستقل است.

امکان دارد ما اذن را قبل از عقد بدهیم، مثلاً طیّ پیش مذاکره‌ای می‌گوییم فلانی هم مدیر شرکت خواهد بود. پس اذن هر موقع می‌تواند داده شود و آنچه مهم است این است که اقتضای عقد شرکت این است که نحوه‌ی اداره‌ی اموال شرکت تعیین شود، حالا هر موقع می‌توان این نحوه‌ی اداره را مشخص کرد و اذن داد.

یکی از ویژگی‌های عقد شرکت «جواز» است. (عقد شرکت عقدی است جایز) خوب، خود اذن هم که جایز است و هر موقع ما می‌توانیم از آن عدول کنیم، پس نتیجه این می‌شود که فرقی نمی‌کند ما اذن را قبل از عقد یا ضمن عقد یا بعد از عقد بدهیم. در هر حال اذن جایز است. بنابراین اذن مساوی نحوه‌ی اداره‌ی اموال شرکت است که بر اساس «توافق جمعی» داده می‌شود (یعنی مثل شرکت تجاری نیست که اکثریت مهم باشد). یک موقع هست حدود اذن و نحوه‌ی اداره دقیقاً توسط شرکاء تعیین می‌شود که در این صورت مدیر باید در حدود اذن تصرف کند و الا ضامن است؛ یک موقع هم هست نحوه‌ی اداره را به عهده‌ی خود مدیر می‌گذارند تا هرگونه صلاح شرکت است عمل کند که این اذن هم جایز است، یعنی چنانچه ببینند مدیر بد عمل می‌کند می‌توانند از اذن خود عدول کنند.

ماده‌ی ۵۷۶: «طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرره بین شرکاء خواهد بود»

ماده ۵۸۱: «تصرفات هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.»

ماده ۵۸۲: «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است.» بنابراین حدود اختیارات مدیر تابع اذن است. (مثل شرکت تجاری نیست که حدود اختیارات در اساسنامه ذکر شده باشد یا تابع قانون تجارت باشد). و هر موقع شرکاء بخواهند می‌توانند حدود اختیارات را افزایش یا کاهش دهند؛ چون این اذن و توافق، جایز است. به همین دلیل اگر یکی از شرکاء توافق اولیه را به هم بزند در محدود کردن اختیارات مدیر کافی است و مدیر باید به قدر متیقن اکتفاء کند، مثلاً اگر اختیارات گسترده به مدیر داده شده باشد و بعد یکی از شرکاء حق فروش اموال را از مدیر سلب کند، مدیر، دیگر حق فروش نخواهد داشت و نمی‌تواند بگوید «ما که توافق نکرده‌ایم که حق فروش سلب شود.» بلکه همین که یکی از شرکاء توافق اولیه را به هم بزند کافی است تا اختیارات مدیر محدود شود. (یکی از شرکاء نمی‌تواند اختیارات مدیر را اضافه کند چون این نیاز به توافق جمعی دارد اما می‌تواند کم کند چون توافق همیشه به سمت قدر متیقن می‌رود)

پس چه مدیر (در شرکت مدنی یعنی شخص مأذون) اذن نداشته باشد، چه حدود اذن وی مشخص شده باشد، در ضمانت اجراء فرقی نمی‌کند. مثلاً کسی که به او گفته‌ایم «تو مأذون در فروش نیستی» با کسی که به او گفته‌ایم «تو فقط مأذون در خرید هستی» در ضمانت اجراء تفاوتی ندارند و هر دو در صورت فروش ضامن هستند. قانون مدنی دو ضمانت اجراء آورده است و دو فرض را مطرح می‌کند:

۱. ضمان نسبت به ثالث: (ماده‌ی ۵۸۱)

مثلاً مدیر با ثالث معامله می‌کند؛ اگر در چهارچوب حدود اذن است معامله صحیح ولی اگر مأذون نبوده این معامله تابع قواعد معاملات فضولی است؛ بنابراین چنانچه شرکاء رضایت بدهند معامله صحیح خواهد بود ولی اگر شرکاء رد کنند معامله باطل خواهد بود. در فرض رد شرکاء و بطلان معامله ثالث حق رجوع نسبت به ثمن دارد لذا می‌تواند مراجعه کند و پولی که داده را پس بگیرد؛ همچنین حق رجوع نسبت به خسارات را نیز دارد (البته طبق قواعد مسئولیت مدنی حق رجوع نسبت به خسارت در فرض جهل نسبت به معامله‌ی فضولی است). در اینجا فرض دیگری نیز مطرح است و آن اینکه اگر ثالث بر مال وضع ید کند نسبت به شرکاء ضامن است و علم و جهل در اینجا نیز تأثیری ندارد. به هر حال در فرضی که شرکاء معامله فضولی را رد می‌کنند، مدیر نسبت به ثالث ضامن است.

۲. ضمان نسبت به شرکاء: (ماده‌ی ۵۸۲)

اما مدیر نسبت به شرکاء نیز طبق ماده‌ی ۵۸۲ ضامن است و اگر چنانچه مال را فروخته و شرکاء راضی نیستند مکلف است مال را رد کند و اگر چنانچه ثالث وضع ید کرده هر دو مکلف به رد هستند؛ یعنی از باب تعاقب ایادی حق رجوع به هر دو برای شرکاء وجود دارد؛ حق رجوع به مدیر از باب اینکه بدون اذن تصرف کرده و فروخته است و حق رجوع به ثالث از باب اینکه الآن وضع ید کرده است. علاوه بر اینکه مدیر نسبت به رد مال ضامن است، نسبت به خسارات وارده هم ضامن است.

منتها نکته‌ای که باید دقت داشت این است که فرض ما این است که شرکت مدنی فاقد شخصیت حقوقی است. لذا مسئولیت مدیر در برابر تک تک شرکاء فرض می‌شود نه در برابر شرکت. به عبارت دیگر چون شرکت عقدی (مدنی) شخصیت حقوقی مستقل از شرکاء ندارد، کسی از قبل شرکت طرح دعوا نمی‌کند بلکه این شرکاء هستند که باید اقدام کنند و طرح دعوا کنند. بنابراین تک تک شرکاء حق مراجعه دارند. خوب می‌شود مثل همان بحثی که داشتیم که چون طلب، طلب شرکاء است نه شرکت، هر کدام از شرکاء زودتر مراجعه کند، زودتر خسارات وارده را می‌گیرد و بقیه باید بروند در نوبت و بعد از او.

* اختیارات مدیر چیست؟

قانون مدنی در ماده‌ی ۵۷۷ می‌گوید: «شریکی که در ضمن عقد به اداره کردن اموال مشترک مأذون شده است می‌تواند هر عملی را که لازمه‌ی اداره کردن است انجام دهد و به هیچ وجه مسئول خسارت حاصله از اعمال خود نخواهد بود مگر در صورت تفریط یا تعدی.»

پس قانون مدنی اختیارات مدیر را « هر عملی را که لازمه‌ی اداره کردن است » می‌داند. خوب یک موقع هست به اختیارات مدیر تصریح و دقیقاً مشخص می‌شود. مثلاً بگوییم اختیارات تو این‌ها است: ۱. خرید و فروش مواد اولیه ۲. تولید کالا ۳. بازار یابی و ... در اینجا ما مشکلی نخواهیم داشت چون موارد اختیارات مدیر احصاء شده

است. در صورتی هم که مدیر شک کند (مثلاً بگوید آیا اینکه به من گفته‌اند می‌توانی خرید و فروش کنی آیا در بورس هم می‌توانم بروم یا نه؟) اصل عدم جاری است، چون اذن باید احراز شود. مشکل آنجا پیش می‌آید که اختیارات مدیر ضمنی یا مبهم است؛ مثلاً اختیارات را در لابلای توافق گفته‌ایم، اما هیچ کجا اختیارات وی را دقیقاً احصا نکرده‌ایم. خوب در اینجا قانون مدنی می‌گوید «هر عملی را که لازمه‌ی اداره کردن است» و به این ترتیب تفسیر می‌کند؛ مثلاً شرکت، مواد خوراکی تولید می‌کند، مدیر شک می‌کند که آیا مجاز به فروش هست یا نه؟ اگر مواد خوراکی فاسد شدنی باشد و فقط در صورت فروش می‌توان جلوی از دست رفتن ارزش مواد تولید شده را گرفت، در صورتی هم که تصریح به حق فروش وی نشده باشد، می‌تواند بفروشد. چون اقدام مدیر نباید منجر به اتلاف مال شرکت شود. یعنی در اینجا اتفاقاً وظیفه‌ی مدیر فروش مال شرکت است. چون اقتضای اداره کردن فروش است. بنابراین هر جا هم که بین مدیر و شرکاء بحث پیش بیاید و اختلاف نظر وجود داشته باشد، مدیر، تابع عرف است. این هم به این معنی نیست که عملیات مدیر الزاماً باید برای شرکاء سود آور باشد. مثلاً همه‌ی اقتصاددانان و متخصصان می‌گویند الآن وضعیت بازار بورس خوب است. لذا مدیر بر همین اساس تشخیص می‌دهد برای شرکت سهام بخرد، حالا اگر ناگهان بازار بورس راکد شود و قیمت کاهش پیدا کند، شرکاء نمی‌توانند به مدیر بگویند تو باعث زیان ما شده‌ای؛ در اینجا مدیر کافی است اثبات کند که اقدام متعارف و عقلایی را انجام داده است. در ادامه‌ی ماده آمده است: «... به هیچ وجه مسئول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود...»؛ یعنی آنچه گفتیم همه نشان دهنده‌ی امانی بودن ید مدیر است. و در ادامه می‌گوید «... مگر در صورت تعدی یا تفریط...»؛ خوب اقتضای قاعده‌ی ید امانی این است که امین ضمانتی بر عهده ندارد و تعدی و تفریط وی باید اثبات شود.

* تعدد مدیر

تا اینجا در باب نحوه‌ی اداره و کیفیت مسئولیت مدیر صحبت کردیم. اما نکته‌ی دیگر در باب تعدد مدیران است.

مدیر را می‌توان واحد انتخاب نمود مثلاً همه‌ی شرکاء اتفاق نظر داشته باشند که آقای الف مدیر باشد. در این فرض هیچ مشکلی بوجود نخواهد آمد. مشکل آنجا پیش می‌آید که مدیران متعدد باشند. مثلاً شرکاء گفته‌اند آقای الف و ب مدیر باشند. (مثل شرکت‌های تجاری که مثلاً می‌گویند امضای قراردادهای و اسناد تعهد آور با امضای مدیرعامل و رئیس هیئت مدیره)

در این فرض مدیران دو حالت دارند:

۱. **استقلالی:** یعنی مأذونند و متعدد، اما بالاستقلال؛ در نتیجه هریک از مدیران حق اقدام دارد. (در چهارچوب حدود اذن) خوب در اینجا یک موقع هست که یک مدیر معامله می‌کند و دیگری هم بی تفاوت است لذا معامله صحیح است و مشکلی پیش نخواهد آمد. ولی یک موقع هست اقدام دو مدیر در تعارض قرار می‌گیرد، مثلاً هم اولی می‌فروشد و هم دومی! یا اولی می‌فروشد و دومی اجاره می‌دهد. خوب در اینجا مشکل پیش می‌آید

چون اقدامات مدیران در تعارض قرار گرفته است. اگر اقدامات مدیران در زمان‌های متفاوتی صورت گرفته باشد واضح است که معامله‌ای صحیح است که از نظر زمانی مقدم باشد. بنابراین اینکه مثلاً کدام یک گران‌تر فروخته مهم نیست. چون آن مدیری که بعداً معامله می‌کند، در واقع دارد مال متعلق به ثالث را می‌فروشد که مال شرکاء نیست. اما اگر اقدامات مدیران هم زمان باشد (این صرفاً یک فرض عقلی است و بسیار بعید است چنین اتفاقی بیفتد.) خوب ما طبق قاعده‌ی «الجمع مهما أمکن أولى من الترتیب» اول باید ببینیم آیا جمع اقدام دو مدیر ممکن است یا خیر؟ مثلاً یکی می‌فروشد و یکی اجاره می‌دهد. خوب این‌ها می‌تواند منافاتی با هم نداشته باشد و می‌شود هر دو معامله را صحیح فرض کنیم مثلاً بگوییم برای سه ماه اجاره درست و بعد از آن بیعش صحیح است. منتها مشتری یا اجاره را قبول می‌کند یا خیار فسخ دارد. اما اگر جمع معاملات ممکن نباشد مثلاً مدیر اول به الف و مدیر دوم به ب می‌فروشد؛ در این فرض چون هیچ یک از دو معامله وجه برتری بر دیگری ندارد هر دو باطل است (إذا تعارضتا تساقطا)

ماده‌ی ۵۷۹ ناظر به مدیران استقلالی است: «اگر اداره کردن شرکت به عهده‌ی شرکاء متعدد باشد به نحوی که هریک به طور استقلال مأذون در اقدام باشد هر یک از آن‌ها می‌تواند منفرداً به اعمالی که برای اداره کردن لازم است اقدام کند.»

۲. اشتراکی: در اینجا فرض ما این است که اجتماع مدیران لازم است. بنابراین اگر مثلاً یکی از دو مدیر بفروشد و دیگری امضا نکند، بیع صحیح نیست.

در اینجا دو نظر بین حقوقدانان وجود دارد:

برخی می‌گویند این دو مدیر (اشتراکی) اذن‌های متعدد دارند اما اقدامشان اجتماعی است. یعنی هر دو مأذونند (دو اذن وجود دارد) اما باید با هم انجام دهند.

برخی دیگر می‌گویند اذن واحد است و اقدام هم اجتماعی است.

تحلیل دکتر کاشانی ذیل نظر اول این است که «اذن متعدد است بنابراین اقدام هرکدام بالإصالة صحیح است.» این تفسیر (که اذن‌ها متعدد است) در حقوق ما قابل قبول نیست. چون اگر این تفسیر را بپذیریم، این حالت با حالت اول (مدیران استقلالی) یکی می‌شود و همان است، چراکه در استقلالی می‌گفتیم هرکدام عمل کند صحیح است و اگر قرار باشد در اینجا بگوییم اذن‌ها متعدد است این هم به این معنی است که هر کدام عمل کند صحیح است. بنابراین این تفسیر با اصل بحث ما که می‌گوییم اقدام اجتماعی مدیران، در تعارض است چون داریم خلاف توافق شرکاء تحلیل می‌کنیم.

در حقوق ما نظر دوم قابل دفاع است؛ یعنی اذن واحد است و اقدام هم اجتماعی است، در نتیجه اگر هر دو مدیر عمل کردند صحیح است، ولی اگر یکی از مدیران اقدام کند «معامله فضولی» است.

ماده ۵۸۰ ناظر به مدیران اشتراکی است: «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.» قسمت اخیر ماده می گوید: اگر به مدیران دیگر دسترسی نداری باز هم حق تصرف نداری. (اینکه آیا مدیر دوم می تواند اذن خود را به مدیر اول تفویض کند یا خیر بستگی به این دارد که آیا شرکاء چنین اجازه ای به او داده اند یا خیر؛ چراکه در واگذاری اذن، اصل عدم جاری است مگر به آن تصریح شده باشد.)

* اگر مدیران متعدد انتخاب شوند ولی تصریح نشده باشد استقلالی باشند یا اشتراکی، تکلیف چیست؟ در فرض سکوت، اقدام مشترک مدیران درست است. (اقدام مشترک در هر حال هم در اشتراکی و هم در استقلالی درست است) و این اصل است. حالا تردید ما در اقدام انفرادی مدیران است. چون اقدام انفرادی نیاز به قید زائد و تصریح دارد و اگر نباشد ما شک می کنیم، بنابراین در حال تردید نسبت به مازاد اصل عدم جاری می شود و ما به قدر متیقن اکتفا می کنیم و قدر متیقن ما هم «اقدام مشترک» مدیران است. پس، از سکوت اشتراک فهمیده می شود.

* گفتیم اذنی که ما به مدیر شرکت می دهیم «جایز» است. این جواز به معنای جواز عقدی نیست چون اذن ممکن است خارج از عقد ایجاد شود؛ اگر اذن داخل عقد باشد، لزوم یا جواز عقد، تکلیف اذن را روشن می کند اما اگر خارج از عقد اذن داده شود این اذن جایز و هر زمان قابل رجوع است.

ماده ۵۷۸ تعبیری دارد و آن اینکه: «شرکاء همه وقت می توانند از اذن خود رجوع کنند...»؛ اینجا یک اشکال پیش می آید که اگر قرار باشد مدیر هر لحظه در معرض تزلزل باشد و الآن که کار می کند هر لحظه احتمال دهد شرکاء، وی را از کار برکنار خواهند کرد، نمی تواند به خوبی شرکت را اداره کند و با مشکل مواجه خواهد شد. (در شرکت های تجاری این مشکل وجود ندارد چون مدیران مقید به زمان و اساسنامه اند.)

به همین خاطر قانون مدنی در ادامه ی ماده ۵۷۸ مکانیزمی را ارائه می دهد و می گوید: «... مگر اینکه اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت مادام که شرکت باقی است حق رجوع ندارند.» مثلاً ما عقد شرکت واقع می کنیم اما اذن را به عنوان یک شرط ضمن عقد، ضمن عقد بیعی می آوریم.

ما یک قاعده ی کلی داریم و آن اینکه شرط تابع عقد است. (الشروط تابعه للعقود) پس اگر اذن ضمن عقدی داده شود یا این عقد جایز است یا لازم. اگر جایز باشد نتیجه این می شود که اذن هم جایز خواهد بود و مدیر هر زمانی قابل عزل است. اما اگر عقد لازم باشد، نتیجه این می شود که این اذن هم لازم است البته تا زمانی که عقد لازم وجود دارد. پس اگر بیع فسخ یا اقاله یا ... شود، اذن ضمن آن هم ساقط است:

[اذن، ضمن عقد:]

۱. جایز: اذن جایز و هر زمان قابل رجوع است.

۲. لازم: اذن لازم است و تا زمانی که عقد لازم باقی است دوام دارد.]

خوب، دیدیم که طبق قواعد کلی، اذن، تابع عقد است، پس چرا قانون مدنی می‌گوید: «... مادام که شرکت باقی است حق رجوع ندارند...»! یعنی قاعداً باید می‌گفت: مادام که «عقد لازم» باقی است، حق رجوع ندارند. ظاهراً منظور از شرکت در اینجا، عقد شرکت نیست، بلکه منظور اشاعه است؛ یعنی دارد می‌گوید: اگر شما اذن را ضمن عقد لازم آورده بودید ولی شرکاء بیایند و مال مشترک را به هر دلیلی تقسیم کنند (اشاعه زائل می‌شود) اذن هم ساقط است. چون اذن بدون اشاعه و مدیر بودن شرکت دیگر فایده ندارد. به عبارت دیگر اگر اشاعه دوام داشته باشد و عقد لازم هم باقی مانده باشد، حق رجوع از اذن وجود ندارد. اما اگر وسط عقد لازم، اشاعه از بین برود، به طور قهری اذن ساقط می‌شود چون دیگر مالی وجود ندارد که مدیر بخواهد اداره کند.

پس منظور ماده از اینکه می‌گوید «... مادام که شرکت باقی است...» این نیست که مادام که «عقد شرکت» باقی است، بلکه شرکت در اینجا به معنی اشاعه است. البته در یک فرض می‌توان شرکت را در این جمله‌ی قانون، به معنی عقد شرکت بدانیم و آن فرضی است که ما به جای اینکه «اذن» را ضمن عقد لازم بیاوریم، «عقد شرکت» را ضمن عقد لازم درج کنیم. مثلاً خود شرکت را ضمن بیع واقع کنیم، ولی فرض قانون این نیست بلکه صراحتاً می‌گوید «مگر اینکه «اذن» ضمن عقد لازم داده شده باشد.»

دکتر کاتوزیان در باب لازم کردن اذن می‌گوید چه اشکالی دارد که ما در ضمن خود عقد شرکت اذنی را درج کنیم که لازم باشد؟! یعنی ایشان می‌گوید خودمان «اراده» کنیم که شرطی لازم باشد. اگرچه ضمن عقد جایز درج شود. اگرچه با اعمال نظر دکتر کاتوزیان جلوی بسیاری از تشریفات پیچیده گرفته می‌شود و کار ساده‌تر می‌گردد، ولی این نظر یک اشکال دارد و آن اینکه وقتی ما از لزوم و جواز صحبت می‌کنیم، این‌ها (که احکام عقد است) تابع اراده‌ی ما نیست بلکه تابع اراده‌ی شارع است. بله، اگر فرض ما این باشد که همانگونه که اراده‌ی ما خالق عقد است، احکام عقود را هم اراده‌ی ما می‌سازد، این منطق صحیح است ولی اینگونه نیست. و لزوم و جواز جزء حقوق متعاقدين نیست بلکه تابع اراده‌ی شارع است.

بند دوم

تقسیم سود و زیان

گفتیم هدف از واقع کردن عقد شرکت، شریک شدن در نفع و ضرر است.

ماده‌ی ۵۷۵: «هریک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشد...»؛ می‌گوید تقسیم تابع سهم است، هر کسی هر نسبتی از آورده‌ی این شرکت را داشته باشد، به همان نسبت در سود و زیان شریک می‌شود. این یک قاعده‌ی کلی است و هیچ بحثی ندارد.

در شرکت‌های تجاری چیزی به نام «سهم ممتاز» وجود دارد. بدین معنا که اگر من مثلاً ۱۰۰۰ تومان سهم دارم، به اندازه‌ی ۵۰۰۰ تومان رأی داشته باشم و به اندازه‌ی ۵۰۰۰ تومان هم در سود شریک باشم.

قانون مدنی در ماده‌ی ۵۷۵ گفت: «...به نسبت سهم خود...»؛ حالا این بحث وجود دارد که آیا ما می‌توانیم این ترتیبات را به هم بزنییم مثلاً یکی از شرکاء بگوید «درست است من ۱۰ درصد سرمایه را آورده‌ام ولی در ۳۰ درصد سود شریک هستم» یا بگوید «من که ۱۰ درصد آورده‌ام در ۱۰ درصد سود شریک هستم ولی در زیان شریک نیستم!»

ذیل ماده می‌گوید: «... مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آن‌ها در مقابل عملی، سهم زیادتری منظور شده باشد.» مثلاً مدیری در شرکت انتخاب می‌شود و می‌گوید «چون شما مسئولیت اداره‌ی اموال را به عهده‌ی من گذارده‌اید و من دارم کار اضافه‌تر انجام می‌دهم، سهم اضافه‌تری می‌خواهم» این منطق قابل قبول است و سهم اضافه‌ی مدیر در مقابل «عملی»

است که انجام می‌دهد. هر یک از شرکاء دیگر هم که وظیفه‌ای (غیر از آورده) به عهده بگیرد، طبق قسمت اخیر ماده می‌توان در مقابل «عملی» که انجام می‌دهد سهم زیادتری (زیادتر از نسبت سرمایه‌ای که آورده) برای او منظور نمود.

خوب، با این حساب ما ترتیبات تقسیم سود و زیان را به هم نزده‌ایم بلکه طبق قواعد کلی داریم در ازاء وظیفه و عملی، اجرت عمل قرار می‌دهیم. بنابراین فرضی را که قانون مدنی در ماده‌ی ۵۷۵ به عنوان استثناء ذکر می‌کند، اساساً استثناء اصل نیست، چون گفتیم اصل این است که شرکاء به نسبت سهم خود ببرند، و قاعدتاً اگر استثنائی ذکر می‌شود، باید این ترتیب را بر هم بزند. حال آنکه ذیل ماده‌ی ۵۷۵ ترتیبات تقسیم سود و زیان را بر هم نمی‌زند و یک امر کاملاً مطابق قاعده (دادن اجرت در قبال وظیفه‌ی اضافی) را ذکر می‌کند که اگر شرط هم نشود می‌توان اجرت‌المثل عمل را گرفت.

بنابراین سؤال ما همچنان بدون پاسخ می‌ماند که آیا می‌توان خلاف ترتیبات تقسیم سود و زیان در ماده‌ی ۵۷۵ توافق نمود یا خیر؟! مثلاً یکی از شرکاء بگوید «من دانش فنی خود را که یک میلیون تقویم می‌شود به عنوان آورده می‌آورم. اما چون این فرمول در انحصار من است معادل سه میلیون سود می‌خواهم!» در بین حقوقدانان ما چند گرایش متفاوت وجود دارد:

عده‌ای می‌گویند این ماده آمده است و هیچ توافقی بر خلاف آن قابل قبول نیست. با این مبنا اگر چنین شرطی شود باز اختلاف هست که آیا فقط شرط باطل است یا عقد هم باطل می‌شود؟ عده‌ای مثل دکتر امامی شرط را هم باطل و هم مبطل عقد می‌دانند و می‌گویند شرط خلاف قانون و قاعده‌ی امری هم باطل و هم مبطل است. عده‌ای هم مثل دکتر کاشانی فقط شرط را باطل می‌دانند و عقد شرکت را صحیح می‌دانند.

دکتر کاتوزیان از ذیل ماده (البته نه با قاطعیت) این استفاده را می‌کند که توافق بر خلاف ماده ۵۷۵ پذیرفته است و احتمال صحت شرط وجود دارد. به تعبیری ایشان معتقد است همانطور که می‌توان در قبال عمل اضافی اجرت قرار داد و ترتیبات را به هم زد، می‌توان ترتیبات تقسیم سود و زیان را با اراده‌ی خود بر هم بزنییم. ایشان با توجه به قرینه‌ی استثناء ذیل ماده، می‌گوید ماده امری نیست منتها ما گفتیم که اساساً استثنایی وجود ندارد.

در فقه قائل به بطلان این شرط هستند و علت آن «حرمت اکل مال به باطل» است. یعنی می‌گویند وقتی شما ترتیبات سود را بر هم می‌زنید به نحوی که ارتباط آن با سرمایه به هم خورد، معلوم نیست این زیادی از کجا آمده و هیچ دلیل شرعی بر تملک شما وجود ندارد و هر آنچه شما مازاد بر سرمایه دریافت کنید، ربا محسوب می‌شود. در فقه هم اختلاف هست که آیا فقط شرط باطل است یا عقد هم باطل است (البته ظاهراً صاحب جواهر نقلی را از سید مرتضی می‌آورد که شرط را صحیح دانسته است ولی نظر مشهور همان است که ذکر شد).

در باب سهام ممتاز در قانون تجارت نیز همین بحث مطرح است و چه بسا اگر این قانون بعد از انقلاب تصویب می‌شد سهام ممتاز در آن با مشکل روبرو می‌شد. منتها الآن شورای نگهبان هنوز فرصتی پیدا نکرده که در این باره اظهار نظر کند و سکوت کرده است.

بند سوم

انحلال عقد شرکت

مواد ۵۸۷ و ۵۸۸ مواردی را برای ارتفاع یا انحلال عقد شرکت بیان می‌کند. با فرض اینکه ما شرکت را مرکب از دو جزء دانستیم (اشاعه و إذن) می‌خواهیم از همان دو جزء استفاده کنیم:

الف) زوال اشاعه

ما می‌توانیم با انحلال «اشاعه» عقد شرکت را زائل کنیم. ماده‌ی ۵۸۷ می‌گوید: «شرکت به یکی از طرق ذیل مرتفع می‌شود: ۱. در صورت تقسیم ۲. در صورت تلف شدن تمام مال شرکت»

پس تقسیم مال مشاع شرکت را منحل می‌کند چون تقسیم مال مشاع اشاعه را از بین می‌برد و به تبع از بین رفتن اشاعه، دیگر مدیر مآذونی وجود نخواهد داشت، پس کل عقد شرکت منحل می‌شود.

مورد دوم در ماده، تلف شدن کل مال شرکت است، مثلاً کل مال آتش می‌گیرد؛ خوب این مورد نیز اشاعه را زائل می‌کند و در نتیجه عقد شرکت را منحل می‌کند. از واژه‌ی «تمام مال» می‌فهمیم که اگر جزء مال تلف شد، شرکت همچنان باقی است، چون تلف جزء در حکم زیانی است که بین شرکاء تقسیم می‌شود.

حال می‌خواهیم ببینیم مطابق بند ۱ ماده ۵۸۷ «تقسیم مال» چگونه اشاعه را از بین می‌برد؟!

نکته اول:

پیش از هر چیز باید یادآور شویم که تقسیم مال شرکت توسط یک یا چند تن از شرکاء ملازمه با انحلال اشاعه و شرکت ندارد. البته اگر مثلاً دو نفر شریک باشند، طبیعتاً با درخواست یکی مبنی بر تقسیم، مال مشترک از بین می‌رود. (گرچه امروزه با تحولات حقوق تجارت از جمله در اصلاحیه‌ی قانون تجارت فرانسه، شرکت‌های تجاری با یک عضو هم داریم و این کار برای این است که یک فرد بتواند بخشی از اموال خودش را به صورت شخصیت حقوقی خارج کند و روی کل سرمایه‌اش تأثیر گذار نباشد. اما در حقوق ما چنین تأسیسی وجود ندارد.) اما اگر تعداد شرکاء بیشتر از دو نفر بود و احد از شرکاء بگوید «من سهم خود را می‌خواهم» و مابقی شرکاء تمایلی

به انحلال اشاعه نداشته باشند، خوب به طور طبیعی سهم آن یک نفر جدا می‌شود و ما بقی اموال به صورت اشاعه بین بقیه‌ی شرکاء باقی می‌ماند. ماده‌ی ۵۹۰ هم این را پذیرفته است: «در صورتی که شرکائی بیش از دو نفر باشند، ممکن است تقسیم فقط به نسبت سهم یک یا چند نفر از آن‌ها به عمل آید و سهام دیگران به اشاعه باقی بماند.» پس در واقع اینکه قانون‌گذار در ماده‌ی ۵۸۷ می‌گوید در صورت تقسیم، شرکت مرتفع می‌شود، تنها در مواردی مفروض و متصور است که یا شرکت متشکل از دو شریک باشد یا تمام شرکاء درخواست تقسیم کنند.

البته در یک فرض هم با درخواست یک نفر، کل مال تقسیم می‌شود. اگر برخی از شرکاء راضی به تقسیم نبوده و خواستار دوام اشاعه باشند، اما تقسیم مال مشترک و پرداخت سهم آن شخص که خواستار جدا شدن سهمش می‌باشد، بدون فروش ممکن نباشد، دو راه وجود دارد: یا آن‌ها که خواستار دوام اشاعه‌اند معادل سهم آن شخص که خواهان تقسیم است، به او پول می‌دهند یا اگر نخواهند چنین کاری کنند، حاکم کل مال را می‌فروشد و ثمن را تقسیم می‌کند. که می‌بینیم در فرض اخیر، با درخواست یک نفر، کل مال تقسیم می‌شود.

نکته دوم:

تقسیم یک حق است.

تقسیم مال مشترک «حق» شرکاء است، ماده‌ی ۵۸۹ می‌گوید: «هر شریک المال می‌تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید...» پس تقسیم «حق» است. این حق، به تبع ملکیت مشترک می‌آید. بدین معنا که چون هریک از شرکاء مالک است، «حق» تقسیم مال را دارد. قبلاً اشاره کردیم که وقتی مال مشاع می‌شود، در واقع عیبی به مال اضافه شده است (اشاعه، عیب مال است). خوب وقتی کسی با اراده‌ی خود این عیب را ایجاد کرده و مال را مشاع نموده‌است، الآن هم حق دارد این عیب را زائل کند و این حق به تبع ملکیت وی، به او داده می‌شود.

حال سؤال این است که آیا این حق (تقسیم) قابل اسقاط است؟ گفتیم قانون مدنی در صدر ۵۸۹ می‌گوید هر موقع بخواهید می‌توانید تقسیم کنید. در ذیل این ماده آمده است: «مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکاء به وجه ملزومی ملتزم بر عدم تقسیم شده‌باشند.»

قسمت اخیر ماده یعنی شرط در ضمن عقد لازم؛ به تعبیر دیگر اگر ما در ضمن «خود عقد شرکت» بنویسیم که شرکاء مثلاً تا ۳ سال حق تقسیم مال مشترک را ندارند، این وجه ملزم نیست، چون شرط از عقد تبعیت می‌کند (الشروط تابعه للعقود) و اینجا عقد شرکت جایز است. پس این وجه ملزم یعنی شرط در ضمن عقد لازم. این شرط، شرط ترک فعل است، یعنی تعهد بر عدم تقسیم. حالا اگر با وجود شرط عدم تقسیم، کسی تقسیم کند، تکلیف چیست؟ طبیعتاً برای اینکه بگوییم شرط ترک فعل اثر دارد باید بگوییم اقدامات متعهد، اعتباری ندارد؛ بنابراین اگر با وجود شرط عدم تقسیم، شریک به حاکم مراجعه کند و درخواست تقسیم کند، دادخواست وی استماع نمی‌شود. همچنین اگر فرض کنیم شرکاء حواسشان نبود و سهم طرف را دادند و بعد یکی از آن‌ها یادآور شرط عدم تقسیم شود، این اقدام (تقسیم) ارزش ندارد و مالی که به او داده‌ایم هنوز مال مشاع است. این با شرط

فعل فرق می‌کند، در شرط فعل ما به دنبال عمل مثبت هستیم و طرف را باید اجبار کنیم، اما در ترک فعل، اجبار یعنی هر عملی خلاف تعهد انجام دهد، فاقد ارزش است.

سؤال دیگری که در اینجا مطرح است این است که آیا این وجه ملزم می‌تواند هم موقت و هم دائم باشد؟ ما در صحت شرط عدم تقسیم موقت تردید نداریم. مثلاً شرط کنند تا ۱۰ سال عقد شرکت دوام داشته باشد. اما آیا شرط دائم صحیح است؟ به نظر می‌رسد این کار اسقاط دائمی حق (تقسیم) است و قانون مدنی آن را نپذیرفته است. مثلاً نمی‌توانند بگویند این مال مشترک است و شرکاء حق تقسیم مال مشترک را برای همیشه از خود ساقط نمودند. لذا در چنین فرضی (که قید زمان نمی‌آید) حاکم، یک زمان متعارف برای این شرط در نظر می‌گیرد. بنابراین اگر ما خود، شرط را موقت تعیین نکنیم، زمان تابع عرف است، مثلاً در نظر می‌گیرند ببینند چه مدت زمان متعارفی لازم است تا این شرکت با این وضعیت به سود برسد، لذا اگر مثلاً ۵ سال لازم است تا به سود برسد، مدت شرط عدم تقسیم هم ۵ سال خواهد بود.

نکته سوم

ماهیت تقسیم

اگر ما با عقد شرکت مال را مشاع کردیم و حالا بخواهیم مال را تقسیم کنیم، ماهیت این تقسیم چیست؟ آیا معامله (عقد) است؟ یا ایقاع است؟ یا عملی است صرفاً فیزیکی؟

در عقد شرکت گفتیم ردّ و بدل شدن مالکیت‌ها با حفظ مالکیت هریک، ایجاد اشاعه می‌کند، حالا که می‌خواهیم عکس این کار را انجام دهیم و مالکیت‌ها را برگردانیم، ماهیت این کار چیست؟ در پاسخ به این سؤال وحدت نظر وجود ندارد؛ عده‌ای گفته‌اند این تقسیم بیع است؛ عده‌ای گفته‌اند معاوضه است. که این نظر در فقه وجود دارد. (وقتی می‌گوییم معامله است نیاز به قصد انشاء دارد.) اما عده‌ای می‌گویند این عمل فیزیکی صرفاً یک تمییز و اعلام حق است، یعنی ما جدا می‌کنیم ولو قصد انشاء هم نداشته باشیم. این نظر در حقوق فرانسه وجود دارد و حقوقدانان ما نیز غالباً به این نظر گرایش دارند. به هر حال قانون مدنی به این بحث نپرداخته است و زیاد هم برای ما اهمیت ندارد.

نکته چهارم

اقسام و روش‌های تقسیم

قانون مدنی فرض را بر این گذاشته است که ما برای تقسیم می‌توانیم اعتبارات مختلفی داشته باشیم.
* به یک اعتبار، تقسیم به تراضی و اجبار تفکیک می‌شود:

۱. تقسیم به تراضی

گاهی اوقات تقسیم با میل و رغبت همه‌ی شرکاء انجام می‌شود و همه راضی هستند. ماده‌ی ۵۹۱ در رابطه با تقسیم به تراضی اینگونه مقرر می‌دارد: «هرگاه تمام شرکاء به تقسیم مال مشترک راضی باشند، تقسیم به نحوی که شرکاء تراضی نمایند، به عمل می‌آید...» مثلاً زمینی به ارث رسیده است؛ خود ورثه می‌آیند و توافق می‌کنند که

چگونه تقسیم کنند. این تقسیم مطابق نص ماده ۵۹۱ اثر حقوقی دارد و صحیح است. البته اگر بعداً معلوم شود که آن زمان که مال را تقسیم می کرده اند، تقسیم، به اشتباه صورت گرفته است، مثلاً به جای اینکه به هریک از شش شریک، یک دانگ برسد، به یکی، یک ونیم دانگ رسیده باشد، این تقسیم فاقد ارزش و اثر حقوقی است؛ ماده‌ی ۶۰۱: «هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که قسمت به غلط واقع شده است، تقسیم باطل می شود.»

۲. تقسیم بالاجبار

اما گاهی اوقات، تقسیم، به اجبار است، یعنی شرکاء تراضی نمی کنند و بر سر نوع تقسیم اختلاف دارند؛ مثلاً یکی رجوع کرده، درخواست تقسیم می کند ولی شریک دیگر مخالفت می کند، که در این صورت آن شخص به حاکم رجوع می کند. ذیل ماده‌ی ۵۹۱ در این باره می گوید: «...در صورت عدم توافق بین شرکاء حاکم، اجبار به تقسیم می کند...» البته این اجبار قطعاً منطبق خود را دارد و اصل تناسب سهم که شرط تقسیم است، رعایت می شود. لذا در اینجا هم اگر بعداً معلوم شود تقسیم به غلط واقع شده است، اثر حقوقی نداشته، باطل می شود.

قانون امور حسبی هم در باب تقسیم احکامی را مشابه قانون مدنی آورده است؛

ماده‌ی ۳۰۰ قانون امور حسبی: «در صورت تعدد ورثه، هر یک از آنها می توانند در دادگاه درخواست تقسیم خود را از سهم سایر ورثه بخواهند.»

ماده‌ی ۳۱۳ قانون امور حسبی: «در صورتی که تمام ورثه و اشخاصی که در ترکه شرکت دارند، حاضر و رشید باشند، به هر نحوی که بخواهند می توانند ترکه را مابین خود تقسیم کنند... [اصل تراضی] لیکن اگر مابین آنها محجور یا غایب باشد، تقسیم ترکه توسط نمایندگان آنها در دادگاه به عمل می آید.»

قانون مدنی در باب تقسیم اجباری، استثنائاتی را فرض کرده است:

۱. ذیل ماده‌ی ۵۹۱: «... مشروط بر اینکه تقسیم مشتمل بر ضرر نباشد که در این صورت اجبار جایز نیست...» مثلاً یک زمین کشاورزی در مساحت بزرگ خود اهمیت و فایده دارد والا اگر خرد شود و تقسیم شود، دیگر آن سود آوری که باید را ندارد، یا قیمت آن تکه‌های تقسیم شده پایین می آید. لذا اگر مثلاً زمینی ۱۰ هکتار باشد، ارزش این ۱۰ هکتار مساوی ده تا تک هکتار نیست و سهم شریک معادل یک دهم نخواهد بود، بلکه یک دهم منهای X است که این X ضرر تقسیم است. (البته در برخی اموال، حالت عکس این قضیه وجود دارد. مثلاً اگر خانه‌ی دو طبقه‌ی مشاعی را به دو واحد مستقل تفکیک کنیم، قیمت این دو واحد گران‌تر از یک دو طبقه‌ی مشاع است.)

لذا ذیل ۵۹۱ می گوید اگر تقسیم مشتمل بر ضرر بود، تقسیم به اجبار جایز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد، بنابراین در مثال آن زمین ده هکتاری که در صورت تقسیم به ده هکتار، قیمت هر هکتار افت می کند، چون

تقسیم مشتمل بر ضرر است، اجبار جایز نیست. بلکه در اینجا تراضی لازم است. حالا اگر در همین فرض تراضی صورت نگیرد، مال، فروخته و قیمت آن تقسیم می‌شود.

ماده‌ی ۳۱۷ قانون امور حسبی: «در صورتی که مال اعم از منقول یا غیر منقول قابل تقسیم و تعدیل نباشد، ممکن است فروخته شده، بهای آن تقسیم شود.»

ماده‌ی ۵۹۲ ق.م: «هرگاه تقسیم برای بعضی از شرکاء مضر و برای بعضی دیگر بی ضرر باشد...؛ مثلاً مال مشاع یک زمین کشاورزی و یک کارگاه صنعتی است. خوب، اگر تقسیم صورت گیرد، سهم بعضی در زمین کشاورزی و سهم بعضی در کارگاه صنعتی قرار می‌گیرد. لذا ممکن است آن‌ها که سهمشان در زمین کشاورزی است، تقسیم به ضررشان باشد. ادامه ماده: «در صورتی که تقاضا از طرف متضرر باشد، طرف دیگر اجبار می‌شود و اگر بر عکس تقاضا از طرف غیر متضرر بشود، شریک متضرر اجبار بر تقسیم نمی‌شود» بنابراین طبق ذیل ماده‌ی ۵۹۱ در صورت ضرری بودن تقسیم اصل بر عدم اجبار است و باید تراضی شود ولی مطابق ذیل ماده‌ی ۵۹۲ اگر خود شرکاء متضرر درخواست تقسیم کنند اجبار مانعی ندارد.

[- ضرر چیست؟]

ماده‌ی ۵۹۳: «ضرری که مانع از تقسیم می‌شود عبارت است از نقصان فاحش قیمت به مقداری که عادتاً قابل مسامحه نباشد.» پس اگر زمین ده هکتاری که ده میلیون ارزش داشته به ده هکتار تقسیم شود و قیمت آن یک هکتار ۹۹۰ هزار تومان باشد، این ۱۰ هزار تومان نقصان فاحش نیست و عرفاً قابل مسامحه است. ولی اگر شد ۸۰۰ هزار تومان، این قابل مسامحه نیست، چون عرف در مال یک میلیونی ۲۰۰ هزار تومان ضرر را نمی‌پذیرد.]

۲. ماده ۵۹۵: «هرگاه تقسیم متضمن افتادن تمام مال مشترک یا حصه‌ی یک یا چند نفر از شرکاء از مالیت باشد، تقسیم ممنوع است، اگرچه شرکاء تراضی نمایند.» پس استثناء دوم بر تقسیم اجباری ساقط شدن کل مال یا حصه‌ی یک یا چند شریک از مالیت است؛ مثلاً مال مشترک دو لنگه‌ی یک در است که با هم قیمت دارد و اگر تقسیم شود، هر لنگه قیمتی ندارد، یا مثلاً یک زمین ۵۰۰ متری زراعی است که اگر تقسیم شود، به هریک ۵ متر می‌رسد که این ۵ متر عرفاً در آن منطقه قیمتی ندارد. (البته برای این فرض کمتر می‌توان در عالم واقع مصداقی فرض کرد.)

به هر حال اگر چنین اتفاقی بیفتد، تقسیم ممنوع است. منتها تفاوت این استثناء با استثناء اول این است که آنجا می‌گفت ضرر مانع تقسیم است ولی این مانع با تراضی برداشته می‌شود، اما اینجا می‌گویید از مالیت افتادن مانع تقسیم است ولی این مانع به هیچ وجه (حتی به تراضی شرکاء) قابل برداشتن نیست، لذا در آخر ماده می‌گوید: «... اگرچه شرکاء تراضی نمایند.» الزاماً هم اینگونه نیست که سهم همه‌ی شرکاء از مالیت بیفتد، بلکه اگر سهم یکی از

شرکاء از مالیت بیفتند نیز مانع تقسیم است. بنابراین در این شرایط نیز باید از مکانیزم ماده‌ی ۳۱۷ قانون امور حسبی استفاده شود، یعنی چون اصل اعیان قابلیت تقسیم ندارد، مال را می‌فروشیم و ثمن را تقسیم می‌کنیم. البته این قسمت از ماده که می‌گوید «...اگرچه شرکاء تراضی نمایند.» از لحاظ حقوقی محل تأمل است چون ما در قواعد کلی و در بحث تسلیط در باب مالکیت می‌گوییم هرکسی به تبع تسلیط، حق اعراض دارد، ولی می‌بینیم ماده‌ی ۵۹۵ این حق را نمی‌پذیرد و می‌گوید اگر سهم تو از مالیت بیفتد حق تقسیم نداری. یعنی تو خودت هم در فرضی که می‌دانی سهم تو از مالیت می‌افتد، نمی‌توانی درخواست تقسیم کنی. و در واقع این ماده حق اعراض از مالکیت را نپذیرفته و جای تأمل دارد.

حال این بحث پیش می‌آید که اگر چنانچه تقسیم به تراضی امکان پذیر نباشد، و تقسیم اجباری هم به دلیل ضرری بودن یا از مالیت افتادن منتفی باشد، تکلیف چیست؟

قانون مدنی در این مورد تعیین تکلیف نکرده است منتها برخی حقوقدانان حکم این مسأله را از ذیل ماده‌ی ۵۹۴ بدست می‌آورند. گفتیم صدر این ماده در مورد اجبار به تعمیر است؛ یعنی اگر مال مشترک نیاز به تعمیر داشت و برخی شرکاء اجازه ندهند، می‌توان به حاکم رجوع نمود تا آنان را اجبار به تعمیر کند و اجبار هم بدین گونه است که شریکی که خواهان تعمیر است، اقدام می‌کند و حاکم هزینه‌های تعمیر را به اجبار از آن شریکی که اذن نمی‌داد، می‌گیرد. منتها ذیل ماده یک حکم کلی‌تر از تعمیر بیان می‌کند و می‌گوید: «... شریک ممتنع را به اقتضای موقع به شرکت در تنقیه یا تعمیر یا اجاره یا بیع سهم خود اجبار کند.»؛ یعنی در این قسمت صرف اجبار به تعمیر مد نظر نیست، چون اگر اینگونه بود، اجبار به اجاره یا بیع سهم معنی نداشت! بنابراین از این قسمت می‌توان قرینه گرفت و گفت قانون‌گذار در اینجا در مقام بیان یک حکم کلی‌تری است، به این معنی که هرگاه عدم تراضی برخی از شرکاء در شرکت مدنی (نسبت به هر امری) منجر به ضرر سایر شرکاء بشود، حاکم حق اجبار دارد؛ مثلاً شرکاء می‌خواهند ملک را اجاره بدهند و از منافع استفاده کنند، ولی بعضی مخالفت می‌کنند و اجازه‌ی هیچ‌گونه نفعی (اعم از اجاره، تصرف و ...) را نمی‌دهند، در اینجا حاکم اجبار به اجاره می‌کند. در موارد دیگر و مشابه نیز ممکن است حاکم نهایتاً اجبار به فروش کند. بنابراین از ذیل این ماده استفاده می‌شود که اجبار به فروش تجویز شده است؛ لذا هرکجا به این مشکل برخورد کردیم که تقسیم در عین مال مشاع امکان‌پذیر نیست (نه به تراضی ممکن است نه بالاجبار؛ چون تقسیم ضرری است.) به حاکم رجوع می‌کنیم تا اجبار به فروش کند؛ یعنی می‌فروشند و ثمن مشاعی را بین خود تقسیم می‌کنند. همانگونه که پیش از این هم اشاره کردیم؛ در عین حال ماده‌ی ۳۱۷ قانون امور حسبی مؤید همین حکم است و اجازه داده در مواردی که نمی‌توان تقسیم کرد، مال به فروش برسد.

* همچنین به اعتبار دیگری نیز تقسیم تفکیک می‌شود که این روش تقسیم است:

۱. افراز

ماده‌ی ۵۹۸: «ترتیب تقسیم آن است که اگر مال مشترک مثلی باشد، به نسبت سهام شرکاء افراز می‌شود...»
افراز مال بسته به اینکه مال مثلی باشد یا قیمی متفاوت است. اگر مالی مثلی بود، مثلاً دو اتومبیل صفر کیلومتر در پارکینگ متوفی بود و سهم‌الارث ورثه هم مساوی بود، افراز بدین صورت است که به هریک از ورثه یک اتومبیل می‌رسد. (در فرضی که ورثه دو نفر هستند.) یا مثلاً مال مشترک وجه نقدی بوده که با آن دو دستگاه الکترونیکی که دقیقاً مثل هم است می‌خرند، در اینجا نیز امکان افراز این مال مثلی وجود دارد. پس افراز یعنی امکان تقسیم مساوی در عین مال مشترک. بنابراین در روش تقسیم، اول افراز می‌کنیم (در مورد اموال مثلی). ذیل ماده می‌گوید اگر شرکاء پس از افراز توافق نکردند که کدام یک، کدام مال را بردارد، این اختلاف با قرعه حل می‌شود: «... در صورت عدم تراضی بین شرکاء، حصص آن‌ها به قرعه معین می‌گردد.»

۲. تعدیل

اما اگر مال قیمی بود باید به حسب قیمت تعدیل کنیم. ادامه ماده‌ی ۵۹۸: «... واگر قیمی باشد بر حسب قیمت تعدیل می‌شود.»؛ افراز مال قیمی به قیمت صورت می‌گیرد، بدین صورت که یا می‌توانیم از خود مال قیمی تعدیل کنیم، یا خیر؛ اگر بتوانیم از خود مال قیمی تعدیل کنیم که فبها؛ مثلاً یک زمین کشاورزی داریم که ۱۰ هزار متر مربع است و یک طرف آن رودخانه است، خوب اگر در اینجا بخواهیم بر اساس مساحت و به صورت مساوی تقسیم کنیم مثلاً به هریک ۵ هزار متر بدهیم، قسمت کنار رودخانه ارزش بیشتری خواهد داشت؛ لذا به حسب قیمت تعدیل می‌کنیم، یعنی این زمین را به دو قسمت مساوی از لحاظ قیمت (نه بر اساس مساحت) تقسیم می‌کنیم، مثلاً به یکی ۴ هزار متر و به دیگری ۶ هزار متر می‌دهیم، منتها قیمت هر دو قسمت مساوی است. یا مثلاً دو اتومبیل متفاوت در پارکینگ متوفی وجود دارد که اگر این دو هم ارزش بود، باز به هریک، یک اتومبیل می‌رسد. در اینجا نیز ذیل ماده می‌گوید پس از تعدیل اگر تراضی نکردند، سهم هریک با قرعه مشخص خواهد شد.

۳. تقسیم به رد

اما اگر نتوانیم از خود مال قیمی تعدیل کنیم، باید تقسیم به رد انجام دهیم؛ مثلاً دو شریک‌اند و مال مشترک دو اتومبیل است که یکی ۷ میلیون و دیگری ۱۰ میلیون ارزش دارد. در اینجا ما تقسیم به رد انجام می‌دهیم، یعنی به عکس تعدیل

در اموال قیمی که می‌گفتیم بر حسب قیمت در همان مال، اینجا از اموال دیگری می‌آوریم تا قیمت‌ها را مساوی کنیم؛ مثلاً ۵۰ کیسه برنج به اضافه‌ی اتومبیل ۷ میلیونی یک طرف و اتومبیل ۱۰ میلیونی طرف دیگر، که این دو الآن با هم مساوی‌اند. پس اگر تقسیم در اعیان حاصل شد که فبها ولی اگر نشد تقسیم به رد می‌کنیم (یعنی همان اضافه کردن مال)

قانون مدنی در باب تقسیم به ردّ سکوت کرده است اما قانون امور حسبی در ماده‌ی ۳۱۶ تکلیف ما را روشن کرده است: «تقسیم طوری به عمل می‌آید که برای هریک از ورثه از هر نوع اموال حصه‌ای معین شود و اگر بعضی از اموال بدون زیان قابل قسمت نباشد ممکن است آن را در سهم بعضی از ورثه قرار داد و برابر بهای آن از سایر اموال در سهم دیگران منظور نمود و اگر تعدیل محتاج به ضمیمه‌ی پول به اموال باشد به ضمیمه‌ی آن تعدیل می‌شود.»

* به اعتبار دیگر، تقسیم یا در اعیان است یا در منافع. (که در فقه به قسم اخیر می‌گویند «محایاه») در تقسیم در منافع ما می‌خواهیم اشاعه را در اعیان نگه داریم اما می‌خواهیم منافع را جدا کنیم. تقسیم در منافع یا زمانی است یا مکانی؛ مثلاً یک خانه‌ی دو طبقه‌ی مشاع وجود دارد، به یکی از دو شریک می‌گوییم «طبقه‌ی اول مال تو» و به دیگری می‌گوییم «طبقه‌ی دوم مال تو» ولی ملکیت مشاع هنوز باقی است (فقط منافع تقسیم شده است). در اینجا عین را تقسیم کرده‌ایم و منفعت هم به تبع تقسیم عین، تقسیم شده است. می‌بینیم که در این فرض تقسیم منافع به صورت مکانی صورت گرفته است. یا مثلاً می‌گوییم یک سال از آن تو و یک سال از آن شریک دیگر؛ که این تقسیم زمانی است. گاهی به گونه‌ای دیگر منافع را تقسیم می‌کنیم، مثلاً می‌گوییم «این آپارتمان مشاع را اجاره می‌دهیم و مال‌الاجاره را نصف نصف بین دو شریک تقسیم می‌کنیم.» قانون مدنی در باب تقسیم منافع حکم ندارد و تنها حکمی که داریم همان ذیل ماده‌ی ۵۹۴ است که می‌گوید حاکم می‌تواند اجبار به اجاره کند و البته قاعده‌ی کلی در ماده‌ی ۵۸۹ را نیز داریم که می‌گوید: «هر شریک‌المال می‌تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید.»؛ برخی حقوقدانان می‌گویند ما از اطلاق این حکم استفاده می‌کنیم لذا اگر امکان تقسیم در اعیان وجود دارد، به طریق اولی امکان تقسیم در منافع وجود دارد (قاعده‌ی اولویت) چرا که شدت تقسیم در منافع کمتر از تقسیم در اعیان است که اشاعه را بر هم می‌زدیم. از ذیل ماده‌ی ۵۹۴ هم بدین صورت استفاده می‌شود که مثلاً شرکاء می‌خواهند از منافع استفاده کنند ولی یکی از شرکاء اذن نمی‌دهد. در اینجا به حاکم رجوع می‌کنند تا اجبار به اجاره کند و اجرت را تقسیم کنند.

نکته‌ای که قابل توجه است این است که به حکم قانون مدنی، اگر تقسیم صورت گرفت، بین شرکاء دوام دارد؛ ماده‌ی ۵۹۹: «تقسیم بعد از آنکه صحیحاً واقع شد لازم است و هیچ یک از شرکاء نمی‌تواند بدون رضای دیگران از آن رجوع کند.» پس الزام آور است، یعنی دیگر این افراز قطعیت دارد، مگر اینکه دوباره به عدم تقسیم (اشاعه) تراضی کنند. بنابراین در باب تقسیم در اعیان تکلیف روشن است و دیگر نمی‌توان تقسیم را بر هم زد مگر به توافق. اما در مورد تقسیم در منافع قانون مدنی سکوت کرده است که آیا تقسیم در منافع الزام آور است یا خیر؟! مثلاً آپارتمانی وجود دارد که دو واحد دارد و منافع را اینگونه تقسیم می‌کنند که به هریک از دو شریک یک واحد می‌دهند. آیا این تقسیم الزام آور است یا می‌توان آن را بر هم زد؟

در اینجا بین حقوقدانان ما اختلاف نظر وجود دارد؛ دکتر کاشانی معتقد است که تا زمانی که اصل مال مشاع است، تقسیم در منافع هیچ الزامی برای طرفین نمی‌آورد، در نتیجه هر زمانی هر کدام از شرکاء که خواستند می‌توانند صرف نظر کنند. اما دکتر کاتوزیان معتقد است که تقسیم در منافع یک قرارداد مستقل از شرکت است؛ شرکت تنها

اصل اشاعه در مال است و اینکه بعداً می‌آییم در باب نحوه‌ی استفاده از منافع تراضی می‌کنیم، یک مقوله‌ی جداگانه و مستند آن ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی است. در نتیجه یک قرارداد مستقل و تابع اصل لزوم است، بنابراین طبق نظر دکتر کاتوزیان، تقسیم در منافع الزام آور است، مگر اینکه اعیان تقسیم شود که در نتیجه‌ی تقسیم عین، تقسیم منفعتی که کرده بودیم به هم می‌خورد. (تقسیم در منافع مانع تقسیم در اعیان نیست).

نکته پنجم

تقسیم ترکه قبل از ادای دیون

گفتیم تقسیم «حقی» است برای شرکاء؛ حالا اگر متفی دیونی بر عهده داشت و این تقسیم قبل از ادای دیون باشد، تکلیف چیست؟

ماده‌ی ۸۶۸: «مالکیت ورثه نسبت به ترکه‌ی متفی مستقر نمی‌شود، مگر پس از ادای حقوق و دیونی که به ترکه‌ی میت تعلق گرفته.»

بنابراین فرض قانون‌گذار این است که اول از همه باید دیون متوفی از ماترک خارج شود و پس از آن ورثه به تقسیم مال پردازند. در واقع فرض ما بر این است که امکان تقسیم به تبع ملکیت است و ملکیت زمانی استقرار پیدا می‌کند که دیون، تأدیه شده باشد. (چراکه ملکیت ورثه نسبت به ماترک تا قبل از ادای دیون متوفی ملکیت متزلزلی است.)

ما در قانون مدنی فرض دیگری هم داریم و آن اینکه ماترک متوفی وثیقه‌ی دیون وی می‌باشد؛ ترکه منهای شخصیت متوفی، یک شخصیت حقوقی مستقل دارد، بدین معنا که ماترک دوام دارد تا دیون تأدیه بشود. به همین دلیل در ماده‌ی ۸۷۱ می‌گوید: «هرگاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معاملاتی نمایند، مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است، معاملات مزبور نافذ نبوده و دیان می‌توانند آن را بر هم بزنند؛ چون ماترک وثیقه‌ی دیون است و اول باید تکلیف دیون تعیین بشود.

بنابراین ماترک وثیقه‌ی دیون متوفی است، در نتیجه ملکیت ورثه استقرار نمی‌یابد الا بعد از ادای دیون لذا تقسیم ترکه امکان ندارد؛ خوب با این اصل حالا ما تردید می‌کنیم که اگر تقسیم قبل از ادای دیون صورت گرفت تکلیف چیست؟ و اساساً آیا دیون متوفی مانع تقسیم است؟

گفتیم قبل از ادای دیون، ملکیت ورثه، استقرار نمی‌یابد، خوب این بدین معناست که ما برای ورثه نوعی ملکیت مشروط قائلیم. اگر ما بگوییم تقسیم قبل از ادای دیون ممکن نیست و به تعبیر دیگر اگر بگوییم دیون مانع تقسیم است، گویی برای ملکیت مشروط ورثه اعتباری قائل نیستیم. اما اگر بگوییم دیون مانع تقسیم نیست نتیجه این می‌شود که تقسیم قبل از ادای دیون ممکن است، منتها مسئولیت دیون بعد از تقسیم بر عهده‌ی ورثه است. حالا اینجا بحث بوجود آمده که ورثه تا چه حد مسئول پرداخت دیون‌اند؟ آیا تا سهم‌الارث یا به نسبت سهم‌الارث؟

قانون مدنی در ماده‌ی ۶۰۶ می‌گوید: «هرگاه ترکه‌ی میت قبل از ادای دیون تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است طلبکار باید به هریک از ورثه به نسبت سهم او رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از ورثه معسر شده باشد، طلبکار می‌تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به ورثه دیگر رجوع کند.» می‌بینیم که صدر ماده فرض را بر این گذاشته که دیون مانع تقسیم نیست، خوب، این ماده دو فرض را مطرح می‌کند:

۱. با وجود دیون، ورثه ماترک را تقسیم کرده‌اند.

۲. ورثه ماترک را تقسیم می‌کنند و بعد معلوم می‌شود متوفی مدیون بوده‌است.

که در هر دو حال طلبکار باید به هریک از ورثه به نسبت سهمش مراجعه کند. مثلاً A و B و C ورثه هستند که سهم الارث خود را گرفته‌اند. حالا شخص ثالثی می‌آید و طلب خود را مطالبه می‌کند. لذا مثلاً اگر A زوجه‌ی متوفی است و یک‌ششم می‌برد، طلبکار باید به نسبت یک‌ششم به وی مراجعه کند. (این نسبت‌ها فرضی است والا چنین نسبت‌هایی در ارث نداریم.) و اگر B و C اولاد ذکور هستند که پنج‌ششم باقی مانده بین آن‌ها تقسیم می‌شود، طلبکار باید به نسبت «دو و نیم‌ششم» به هر کدام مراجعه کند. به عبارت ساده‌تر مثلاً اگر طلبش شش میلیون است، یک میلیون از A می‌گیرد و از هر یک از B و C «دو و نیم میلیون» می‌گیرد. خوب، تا اینجا فرض ما این بود که ماترک زیاد بوده و مشکلی پیش نمی‌آید. اما اگر ماترک کم بود، تکلیف چیست؟ مثلاً ماترک متوفی دو میلیون است؛ حالا طلبکار به A مراجعه می‌کند، (سهم الارث A یک‌ششم از دو میلیون، یعنی حدود ۳۵۰ هزار تومان است) و می‌گوید یک‌ششم از شش میلیون یعنی یک میلیون باید به من بدهی! آیا A نسبت به زائد از ترکه مسئول است؟ در اینجا ماده‌ی ۲۴۸ قانون امور حسبی تکلیف ما را روشن کرده‌است: «...در صورتی که ورثه ترکه را قبول نمایند، هریک مسئول اداء تمام دیون به نسبت سهم خود، خواهند بود، مگر اینکه ثابت کنند، دیون متوفی زائد بر ترکه بوده یا ثابت کنند که پس از فوت متوفی ترکه بدون تقصیر آن‌ها تلف شده و باقی‌مانده‌ی ترکه برای پرداخت دیون کافی نیست که در این صورت نسبت به زائد از ترکه مسئول نخواهند بود.»

یعنی می‌گوید مسئولیت ورثه به نسبت سهم الارث است اما اگر معلوم شد دیون زائد بر ترکه است، نسبت به زائد مسئولیت ندارند. همچنین است اگر ثابت کنند اگر ترکه بدون تقصیر تلف شده‌است، مثلاً یک کارخانه به ارث رسیده و بعد به واسطه‌ی آتش سوزی کارخانه تلف می‌شود و اگر مثلاً ۲۰۰ میلیون قیمتش بوده، الآن ۵ میلیون ارزش دارد، حالا اگر طرف ثابت کند که تقصیر نداشته، بیش از باقی‌مانده‌ی ترکه مسئولیت ندارد.

ماده‌ی ۶۰۶ در ادامه می‌گوید: «... و اگر یک یا چند نفر از ورثه معسر شده باشد، طلبکار می‌تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به ورثه دیگر رجوع کند.»؛ مثلاً A که یک‌ششم گرفته‌است، معسر می‌شود؛ خوب گفتیم اصل این است که دیون متوفی باید تأدیه شود، بنابراین B و C باید سهم معسر را تأدیه کنند لذا طلبکار برای آن یک‌ششم می‌تواند به B و C مراجعه کند. حالا بحثی که پیش می‌آید این است که طلبکار چگونه باید به B و C مراجعه کند؟ آیا باید به هریک مراجعه کند و از هر کدام یک‌دوم از آن یک‌ششم را بگیرد؟ یا می‌تواند به صورت

تضامنی به یکی مراجعه کند و یک ششم را از یکی از آن دو بگیرد؟ قانون مدنی نسبت به این مسأله سکوت کرده ولی از آنجا که اصل مسئولیت در حقوق مدنی ما نسبی است و تضامن خلاف اصل است، ما نمی‌توانیم به صورت تضامنی به وراثت مراجعه کنیم، پس اینکه می‌گوید حق رجوع به وراثت دیگر دارد یعنی باید «به نسبت سهم» آن‌ها رجوع کند. لذا اگر مثلاً سهم B و C مساوی بود، از هر کدام یک‌دوم از یک ششم سهم معسر را می‌گیرد، ولی اگر سهم B و C مساوی نبود، مثلاً یکی از آن دو یک‌چهارم برده و دیگری یک‌دوم، طلبکار برای یک ششم، یک‌چهارم از یک ششم را از یکی و یک‌دوم از یک ششم را از دیگری می‌گیرد، یعنی به همان نسبت مراجعه می‌کند. خوب در اینجا نیز نسبت به مازاد بر سهم‌الارث مسئولیتی ندارند، بنابراین اگر مثلاً سهم‌الارث B «دو و نیم» میلیون بود و بابت طلب «دو و نیم» میلیون به طلبکار داد، طلبکار دیگر نمی‌تواند برای اعسار A به او مراجعه کند.

نکته ششم

قانون مدنی فرض را بر این گذاشته که در تقسیم اصل بر تساوی سهام است. هرکجا اصل تساوی به هم بخورد، قانونگذار در این تقسیم تردید کرده است؛ به بررسی چند ماده پیرامون این بحث می‌پردازیم:

- ماده‌ی ۶۰۰: «هرگاه در حصه‌ی یک یا چند نفر از شرکاء عیبی ظاهر شود که در حین تقسیم عالم به آن نبوده شریک یا شرکاء مزبور حق دارند تقسیم را به هم بزنند.»؛ چراکه اصل تساوی به هم می‌خورد، مثلاً اتومبیل‌ها را تقسیم کرده‌اند و بعد می‌بینند موتور یکی کاملاً خراب است و چند میلیون هزینه‌ی تعمیر آن است. بنابراین ضمانت اجرای عیب، برهم زدن تقسیم است. باید دقت داشت که این مثل خیار فسخ نیست، چون تقسیم، معامله نیست، بلکه فقط یک تمییز حق یا اعلام حق است، منتها به این دلیل که اصل تساوی به هم خورده، تقسیم هم به هم می‌خورد، البته با فرض اینکه عالم به عیب نبوده‌اند والا اگر بداند مالی را که بر می‌دارد ارزش کمتری دارد، در واقع علیه خود اقدام کرده و به این تقسیم راضی بوده‌است.

- ماده‌ی ۶۰۱: «هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که تقسیم به غلط واقع شده‌است، تقسیم باطل می‌شود.»؛ بطلان در معنای عام است و به معنی عدم تأثیر است، بنابراین اشاعه دوام دارد و دوباره باید تقسیم کرد. تقسیم غلط هم بدین صورت است که مثلاً مال را بین دو نفر تقسیم می‌کنند، بعداً معلوم می‌شود باید بین سه نفر تقسیم صورت می‌گرفته است.

- ماده‌ی ۶۰۲: «هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که مقدار معینی از اموال تقسیم شده مال غیر بوده‌است، در صورتی که مال غیر در تمام حصص مفروزاً به تساوی باشد، تقسیم صحیح والا باطل است.»

این ماده بحث مستحق‌لغیر در آمدن مال را مطرح می‌کند. در اینجا چند فرض را می‌توان تصور کرد:

۱. مال مستحق‌لغیر به تساوی و به نحو اشاعه در اموال شرکاء داخل شود.

۲. مال مستحق^۱ للغير به نحو اشاعه و غير تساوی در اموال شرکاء داخل شود.

۳. مال مستحق^۱ للغير به نحو مفروز و به تساوی در اموال شرکاء داخل شود.

۴. مال مستحق^۱ للغير به نحو مفروز و غير تساوی در اموال شرکاء داخل شود.

مثال فرض اول: شش تا فرش بوده و ثالث یک سوم این فرش‌ها را به نحو اشاعه خریده است. حالا ما می‌آییم و این شش تا فرش را بین دو شریک تقسیم می‌کنیم و به هر کدام سه فرش می‌دهیم. بنابراین از سهم ثالث که یک سوم بوده (دو فرش) یک فرش در سهم یکی از شرکاء و یک فرش در سهم دیگری می‌افتد. خوب در اینجا مال غير به نحو اشاعه و به صورت تساوی در سهم شرکاء قرار می‌گیرد.

مثال فرض دوم: شش تا فرش بوده و ثالث یک دوم این فرش‌ها را به نحو اشاعه خریده است. مال بین دو شریک تقسیم می‌شود اما چون سهمشان متفاوت بوده، به یک شریک دو فرش و به دیگری چهار فرش می‌دهیم. حالا ثالث یک دوم از دو فرش یکی از شرکاء (= یک فرش) و یک دوم از چهار فرش دیگری (= دو فرش) را مالک است. در اینجا می‌بینیم که مال غير به صورت غير تساوی در اموال شرکاء داخل شده است.

مثال فرض سوم: ثالث دو فرش از شش فرش را جدا کرده و کنار گذاشته است. حالا شرکاء به اشتباه شش فرش را تقسیم می‌کنند و یکی از آن دو فرش مشخص شده در سهم یک شریک و یکی از آن دو فرش در سهم دیگری قرار می‌گیرد. در اینجا مال غير به تساوی و به نحو مفروز در سهم شرکاء داخل شده است.

مثال فرض چهارم: ثالث سه فرش خریده و کنار گذاشته است؛ پس از تقسیم، یکی از این سه فرش در سهم یک شریک و دو تا از آن سه فرش معین شده در سهم دیگری قرار می‌گیرد. در اینجا مال غير به صورت مفروز اما غير تساوی در سهم شرکاء داخل شده است.

ما در این شک نداریم که اگر مال غير به نحو مفروز و به تساوی داخل سهم شرکاء شده باشد (فرض سوم) و سهم سهم ثالث را خارج کنیم، سهم شرکاء مساوی خواهد بود. اما در فرض چهارم که مال به صورت مفروز و غير تساوی داخل سهم شرکاء شده، اگر سهم ثالث را خارج کنیم، سهم شرکاء مختلف در می‌آید.

در فرض اول نیز چون مال غير به نحو مساوی در مال شرکاء داخل شده، اگر سهم ثالث خارج شود، مابقی سهم شرکاء مساوی خواهد بود اما در فرض دوم چون غير تساوی است، اگر سهم ثالث را خارج کنیم، سهم شرکاء مختلف خواهد بود. قانون مدنی در ماده ۶۰۲ تکلیف فرض سوم را روشن کرده است و تقسیم را در این فرض صحیح می‌داند اما با عبارت «... و الا باطل است» بقیه‌ی فروض را باطل می‌داند. خوب ما در بطلان فرض دوم و چهارم حرفی نداریم اما بطلان فرض اول به لحاظ منطقی برای ما قابل قبول نیست. چون در فرض اول اگر سهم ثالث را خارج کنیم اصل تساوی به هم نمی‌خورد. ولی به هر حال قانون در سه فرض دیگر تقسیم را باطل می‌داند. * در ادامه چند ماده از قانون مدنی را بررسی می‌کنیم که مطلب جدیدی هم ندارد، لکن قانون مدنی خواسته به لحاظ رفع شبهه به آن بپردازد و گفته است در چنین مواردی منعی برای تقسیم وجود ندارد.

- ماده ۵۹۷: «تقسیم ملک از وقف جایز است...»؛ پس اگر احد شرکاء سهم خود را وقف کرده و دیگری بگوید من درخواست تقسیم سهم خود را دارم اشکالی ندارد سهم وی را بدهیم. ادامه‌ی ماده: «...ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوفه‌علیهم جایز نیست.»؛ که این هم حکم جدیدی نیست، چون موقوفه‌علیهم مالک عین مال نیستند و نمی‌توانند درخواست تقسیم کنند بلکه فقط مالک منافع‌اند.

- ماده‌ی ۶۰۴: «کسی که در ملک دیگری حق ارتفاق دارد نمی‌تواند مانع از تقسیم آن ملک بشود ولی بعد از تقسیم حق مزبور به حال خود باقی می‌ماند.»؛ مثلاً یک زمین کشاورزی است و همسایه در آن حق ممر و مجری دارد؛ طبیعتاً چون همسایه مالک نیست، نمی‌تواند مانع از تقسیم شود. اما اگر تقسیم هم صورت گرفت، حق همسایه به قوت خود باقی است. حالا دو حالت ممکن است بوجود بیاید:

۱. پس از تقسیم، حق ارتفاق در حصه‌ی یکی از شرکاء قرار می‌گیرد.

۲. پس از تقسیم حق ارتفاق در حصه‌ی همه‌ی شرکاء قرار می‌گیرد؛ مثلاً طرف برای عبور مجبور است از سهم همه‌ی شرکاء عبور کند (ابته می‌دانیم که چون حق ارتفاق از قیمت زمین می‌کاهد، زمانی که می‌خواهیم تقسیم کنیم - از آنجا که اصل بر تساوی و تناسب سهم است - باید این نقصان قیمت را در حصه‌ی کسی که حق ارتفاق در آن قرار می‌گیرد در نظر بگیریم؛ مثلاً اگر سهم این شریک با حق ارتفاق از سهم شریک دیگر ۵۰۰ هزار تومان کمتر می‌شود، باید این ضرر به سهم این شخص اضافه شود، به عبارت دیگر سهم با حق اعتبار تقویم شود).

- ماده‌ی ۵۹۶: «در صورتی که اموال مشترک متعدد باشد، قسمت اجباری در بعضی از آن‌ها ملازم با تقسیم باقی اموال نیست.»؛ مثلاً احد شرکاء می‌گوید «من فقط سهم خود را در این خانه می‌خواهم و کاری به مابقی مال مشترک ندارم»، یعنی شریک می‌تواند از بخشی از سهم مشاعی خود صرف نظر کند، در نتیجه میزان سهم وی در کل مال مشترک کاهش می‌یابد. مثلاً یک پنجم کل مال مشترک را شریک است. حالا که سهم او را در این خانه تقسیم می‌کنند سهمش در مال مشترک مثلاً می‌شود یک‌هفتم. بنابراین می‌بینیم که اینجا هم تقسیم در بخشی از اموال مشترک، منجر به تقسیم کل مال مشترک نمی‌شود.

ب) زوال اذن

بحث ما تا اینجا ذیل عنوان «انحلال شرکت» بود و موارد ماده‌ی ۵۸۷ را که منجر به زائل شدن شرکت می‌شد را بررسی کردیم. در ماده‌ی ۵۸۸ قانونگذار موارد اسقاط اذن (که منجر به انحلال شرکت می‌شود) را بر می‌شمرد: «در موارد ذیل شرکاء مأذون در تصرف اموال مشترکه نمی‌باشند:

۱. در صورت انقضاء مدت مأذونیت یا رجوع از آن در صورت امکان رجوع

۲. در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء.»

در اینجا دو فرض قابل تصور است:

- با فرض اینکه اذن در ضمن عقد خارج ازم داده شده است، فقط با انقضای مدت اذن ساقط خواهد شد و در طول مدت حق رجوع از اذن برای شرکاء وجود ندارد. اما اگر اذن در ضمن خود شرکت داده شده باشد، با انقضای مدت اذن ساقط می شود و البته در طول مدت نیز شرکاء حق رجوع از اذن را دارند. گاهی هم اذن در عقد خارج لازم به نحو اطلاق درج شده است، لذا حق رجوع از اذن برای شرکاء تا زمانی که اشاعه باقی است وجود دارد.

- از آنجا که عقد شرکت عقدی جایز است، با فوت یا حجر یکی از شرکاء منفسخ می شود.

* در ادامه ی بحث لازم است به چند نکته اشاره کنیم:

- مرجع تشخیص اینکه آیا مالی (در مورد اموال غیر منقول) قابل تقسیم هست یا خیر؟ اداره ی ثبت است، بنابراین چنانچه تشخیص بدهد که ملک قابل تقسیم است، صورت جلسه ی تفکیکی صادر می شود و بر اساس این صورت جلسه اسناد جداگانه صادر می کند. متنها باید به این نکته توجه داشت که تفکیک الزاماً در اموال مشاع نیست؛ ممکن است مالک مال غیر منقول یک نفر باشد اما می خواهد مال خود را تقسیم کند؛ مثلاً خانه ی دو طبقه دارد و می خواهد برای هر طبقه سند جداگانه بگیرد. بنابراین تفکیک ملازمه ای با تقسیم مال مشترک ندارد اما در مورد مال مشترک هم استفاده می شود. پس تفکیک اصطلاحی است که عمدتاً برای اموال غیر منقول به کار می رود و به موجب قانون ثبت اسناد، مرجع تشخیص تفکیک خود اداره ثبت است که تشخیص می دهد آیا این ملک قابل تقسیم هست یا نه. [ماده ی ۱۵۰ قانون ثبت اسناد: «هرگاه نسبت به ملکی از طرف مالک یا قائم مقام او تقاضای تفکیک شود، این تقاضا به اداره ی ثبت ارسال می گردد و در تقاضانامه باید ارزش مورد تفکیک بر اساس ارزش معاملاتی روز تعیین شود...»] اگر هم اداره ی ثبت در مورد تفکیک نظر خاصی داشته باشد، نسبت به نظرات اداره ی ثبت می توان به مرجع قضایی اعتراض کرد.

- قبلاً اشاره کردیم که چنانچه تقسیم مال قابل تقسیمی، به موجب قانون منع شده باشد، طبق قانون امور حسبی (ماده ۳۱۷) و قرینه ای که از قانون مدنی گرفتیم (ذیل ماده ی ۵۹۴) باید این مال به فروش برسد و ثمن تقسیم شود. حالا می خواهیم ببینیم ترتیبات این نوع تقسیم چگونه است؟

ماده ی ۳۱۷ قانون امور حسبی: «در صورتی که مالی اعم از منقول یا غیرمنقول قابل تقسیم و تعدیل نباشد، ممکن است فروخته شده، بهای آن تقسیم شود. فروش اموال به ترتیب عادی به عمل می آید مگر آنکه یکی از ورثه فروش آن را به طریق مزایده درخواست کند.»؛ بنابراین طبق این ماده [که می گوید فروش به ترتیب عادی به عمل می آید] اگر دو نفر به دادگاه مراجعه کرده درخواست فروش کردند دادگاه به طریق عادی به فروش می رساند؛ مثلاً مدیر دفتر دادگاه را مکلف می کند که قیمت روز را طبق نظر کارشناس تعیین کند و به فروش برساند. ادامه ی ماده (مگر آنکه...) بدین معناست که اصل بر فروش به ترتیب عادی است، مگر اینکه یکی از ورثه درخواست فروش از طریق مزایده داشته باشد. ترتیبات مزایده در قانون اجرای احکام آمده مثلاً اینکه سه نوبت باید آگهی بدهند،

قیمت پایه تعیین شود و بعد بر این اساس چنانچه قیمت پیشنهادی بالاتر از قیمت پایه باشد، به بالاترین قیمت به فروش می‌رسد.

- آخرین بحثی که ذیل شرکت خواهیم داشت تفسیر ماده‌ی ۲۲۰ قانون تجارت است:

قبلاً گفتیم درست است که شرکت مدنی مبنای شرکت‌های تجاری است اما در شرکت تجاری، شخصیت حقوقی که ایجاد می‌شود تابع اراده‌ی ما نیست بلکه تابع حکم قانون است. به همین دلیل اگر مواد قانون تجارت را در مورد شرکت‌های تجاری بررسی کنیم می‌بینیم که خود قانون‌گذار دقیقاً بیان می‌کند که این شرکت‌ها چه زمانی تشکیل شده فرض می‌شوند. مثلاً برای شرکت تضامنی در ماده‌ی ۱۱۸ آمده است: «شرکت تضامنی وقتی تشکیل می‌شود که تمام سرمایه نقدی تأدیه و سهم‌الشرکه غیر نقدی نیز تقویم و تسلیم شده باشد.»؛ یعنی با صرف توافق، شخصیت حقوقی تشکیل نمی‌شود بلکه وقتی تشکیل می‌شود که سرمایه تأدیه و تسلیم شده باشد. همچنین است ماده‌ی ۹۶ در مورد شرکت با مسئولیت محدود و دیگر شرکت‌های تجاری. بنابراین در شرکت‌های تجاری ترتیبات تشکیل شرکت (ایجاد شخصیت حقوقی) تابع قانون است.

ماده‌ی ۲۲۰ قانون تجارت، در بحث شرکت مدنی کمی ایجاد تردید کرده است که آیا شرکت مدنی هم دارای شخصیت حقوقی می‌شود یا خیر؟

ماده‌ی ۲۲۰: «هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آتیه تشکیل می‌شود و با اشتغال به امور تجاری خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون در نیاورده و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل ننماید، شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامی در مورد آن اجرا می‌گردد.» این ماده سبب شده که چند تفسیر از آن ارائه شود:

عده‌ای می‌گویند این ماده تمام شرکت‌های مدنی را تضامنی فرض کرده است. مثلاً یک عقد شرکت داریم که ایجاد شخصیت حقوقی نکرده است، ولی چون به کار تجاری مشغول شده است و خود را به صورت یکی از شرکت‌های هفتگانه قانون تجارت ثبت نکرده است، تضامنی و دارای شخصیت حقوقی محسوب خواهد شد.

عده‌ای می‌گویند این ماده گفته هر شرکت ایرانی و مراد از آن شرکت‌های تجاری است چون در قانون تجارت آمده است، بدین معنا که اگر شرکت تجاری تشکیل شود ولی خود را با قانون تجارت منطبق نکند، تضامنی محسوب می‌شود. پس مطابق این تحلیل ماده‌ی ۲۲۰ ربطی به شرکت مدنی ندارد چون عقد شرکت شخصیت حقوقی ندارد و نمی‌توان به آن گفت «هر شرکت ایرانی»

عده‌ای می‌گویند صدر این ماده دارای ایهام است؛ ابتدای ماده که می‌گوید: «هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته ...» ناظر به شرکت‌های تجاری است که قبل از تصویب قانون تجارت تشکیل شده است؛ خوب این حرف کاملاً منطقی است که باید خود را منطبق با قانون تجارت کند. اما اینکه می‌گوید «... یا در آتیه تشکیل شود...»، حرف درستی نیست چراکه تشریفات قانون تجارت به گونه‌ای است که ما نمی‌توانیم فرض کنیم شرکتی در آتیه تشکیل بشود اما خودش را منطبق با قانون تجارت نکرده باشد. به عبارت دیگر ما نمی‌توانیم فرض کنیم کسی برود شرکت

تجاری تأسیس کند ولی منطبق با قانون تجارت نشده باشد چون کسی که می‌خواهد شرکت تجاری را ثبت کند، اول باید نوع شرکت را معین کند.

پس طبق نظر سوم محال است پس از تصویب قانون تجارت شرکتی تجاری تشکیل شود ولی منطبق با قانون تجارت نباشد. لذا این حرف ماده که می‌گوید «یا در آتیه تشکیل شود» بی‌معنی است، مگر اینکه اینگونه شرکت‌ها را مدنی بدانیم؛ حالا باز به مشکل برمی‌خوریم، چراکه اگر بگوییم این شرکت‌ها تضامنی و دارای شخصیت حقوقی محسوب خواهند شد، این با اقتضای عقد شرکت در قانون مدنی منطبق نیست.

این نظر می‌گوید برای فهم این ماده اول باید ببینیم این تضامن برای چیست؟ و منفعت این حکم تضامن برای شرکاء است یا شخص ثالث؟ روشن است که تضامن برای نفع اشخاص ثالث است. بنابراین اگر بنا شد صدر ماده‌ی ۲۲۰ - که در مورد شرکت‌هایی است که در آتیه تشکیل می‌شود و عملیات تجاری می‌کنند و خودشان را منطبق با قانون تجارت نکرده‌اند - شرکت‌های مدنی را هم در بر بگیرد، ما تا جایی این شرکت مدنی را تضامنی فرض می‌کنیم که تضامن به نفع ثالث باشد. پس این شرکت، شرکت تضامنی محسوب نمی‌شود اما احکام شرکت تضامنی بر آن بار می‌شود.

در حقیقت طبق این نظر، ماده‌ی ۲۲۰ دو حکم دارد؛ آنجا که می‌گوید «... شرکت تضامنی محسوب شده...» مربوط است به شرکت‌های تجاری که قبلاً تشکیل شده و حالا باید خود را منطبق با قانون تجارت می‌کرده ولی این کار را نکرده‌اند؛ و آنجا که می‌گوید «... و احکام راجع به شرکت‌های تضامی در مورد آن اجرا می‌گردد.» مربوط به شرکت‌های مدنی است که در آتیه تشکیل شده ولی عملیات تجاری می‌کند و در عین حال خودش را به شکل شرکت‌های تجاری در نیاورده است. که قانون‌گذار برای حفظ حقوق شخص ثالث می‌گوید احکام شرکت‌های تجاری بر آن بار می‌شود، یعنی تضامن فقط بین شرکاء و شخص ثالث است و در سایر موارد این شرکت تضامنی نیست و نه از احکام تضامن تبعیت می‌کند و نه شرکت تضامنی محسوب می‌شود.

متأسفانه ماده‌ی ۲۲۰ قانون تجارت اصلاً در رویه‌ی قضایی مورد توجه نیست و این بحث صرفاً یک بحث نظری

پایان عقد شرکت

است.

مسأله

۱. شرکاء یک شرکت مدنی الف را به عنوان مدیر یک شرکت انتخاب می کنند. احد از شرکاء (شخص ب) بخشی از اموال شرکت را تلف می کند.

الف) اگر اموال تلف شده متعلق به احد از شرکاء باشد، آیا وی به عنوان شریک در شرکت باقی می ماند؟ و چنانچه شخص تلف کننده مثل یا قیمت اموال تلف شده را به شرکت بپردازد، آیا این مثل و قیمت به عنوان آورده شرکاء تلقی می شود؟

ب) اگر کل اموال شرکت، توسط ب تلف شود، آیا شرکت منحل می شود یا شرکت می تواند از شخص ب مثل یا قیمت را دریافت کرده به فعالیت خود ادامه دهد؟

۲. الف، ب و ج قرارداد مشارکتی را منعقد کرده و هریک مبلغ ۱۰۰ میلیون تومان را به عنوان آورده‌ی شرکت پرداخته‌اند، الف به عنوان مدیر شرکت تعیین شده است. او نیز ج را به عنوان وکیل خود انتخاب کرده است. ج کارخانه‌ای را به مبلغ ۴۰۰ میلیون تومان خریداری کرده است. پس از تحویل گرفتن کارخانه از سوی ج کارخانه به دلیل بروز آتش سوزی به علت نقص در سیستم برق از بین رفته است.

الف) ب جهت مطالبه سهم‌الشرکه‌ی خود علیه الف و ج طرح دعوی می کند ولی آنان مدعی‌اند که مسئولیتی برای پرداخت ندارند. صحت ادعای طرفین را بررسی کنید.

ب) آیا ج به عنوان احد از شرکاء حق ردّ معامله‌ی منعقد شده و مطالبه‌ی سهم خود از ثمن را از بایع دارد؟
ج) اگر ج بخشی از ثمن را نقداً به ارزش ۳۰۰ میلیون و مابقی را شخصاً در وجه بایع پرداخت کند، وضعیت رابطه‌ی مالی بین او و شرکاء را بررسی کنید.

د) آیا شرکاء به دلیل عدم اذن حق رجوع به ج را از باب مطالبه خسارات وارده خواهند داشت؟

۳. الف، ب، ج، و د شرکای یک شرکت مدنی هستند و ضمن درج آن در عقد لازمی شرط کرده‌اند که شرکت حداقل تا ۵ سال فعالیت مستمر داشته باشد. همچنین د را به عنوان مدیر شرکت برگزیده‌اند.
الف) اگر د شرط کند که در ازای مدیریت شرکت در زیان‌های شرکت، مشارکت ننماید، صحت این شرط را بررسی کنید.

ب) اگر د در ازای مدیریت شرکت شرط عدم ضمانت کند، تفاوت آثار آن را با بند قبل بررسی کنید.
ج) اگر در ازای اقدامات مدیر شرط شود که به نحو شرط نتیجه، هر سال ۱۰ درصد از منافع شرکت به تملک او درآید، صحت و آثار این شرط را بررسی کنید.

د) اگر مدیر شرکت بخشی از اموال شرکت را به عاریه مجانی سپرده و در آن شرط ضمانت کند، صحت این اقدام را بررسی کنید.

- ه) اگر مدیر شرکت برای مدت یک ماه امکان تصدی به مدیریت را از دست بدهد و برای این مدت اموال را نزد یکی از شرکاء به ودیعه سپارد، آیا شریک حق انتفاع از حصه‌ی خود را در این مدت خواهد داشت؟
- و) اگر شرکاء بخشی از اموال شرکت را از مدیر مطالبه کنند و مدیر که آن‌ها را اجاره داده از استرداد خود داری کند، آثار حقوقی مطالبه و عدم استرداد را بررسی کنید.
- ز) اگر شرکاء مدعی تلف بخشی از اموال شرکت از سوی مدیر باشند و مدیر مدعی عدم دریافت آن‌ها باشد، صحت ادعاهای آنان را بررسی کنید.
- ح) اگر کل اموال شرکت به واسطه‌ی حادثه‌ی قهری تلف شود و مدیر شرکت در عوض، خسارات را از شرکت بیمه دریافت کند، آیا مدیر می‌تواند تا پایان زمان عقد شرکت به اداره‌ی معوض اقدام کند؟
- ط) اگر اموال شرکت از سوی یکی از شرکاء تلف شود و او خسارات وارده را جبران کند، آیا کماکان جزء شرکاء محسوب می‌شود؟
- ی) چنانچه عقد شرکت، ضمن عقد لازمی شرط نشده باشد، آیا هریک از شرکاء به تنهایی حق فسخ عقد شرکت را دارد؟ در این صورت آثار فسخ را نسبت به وی و سایر شرکاء بررسی کنید.

فصل دوم: عقد ودیعه

* مقدمه

امانت دو قسم است:

قانونی (شرعی): وضع ید بر مال که طبق قانون موجب امانت است. مثل لقطه که کسی مال گمشده‌ای را پیدا می‌کند و درصدد پیدا کردن صاحب آن بر می‌آید، طبق قانون این مال نزد او امانت است.

در امانت قانونی ید دو جنبه دارد:

۱. یک سری «تکالیف قانونی» بر عهده‌ی فرد است؛ مثلاً کسی که مال لقطه را پیدا کرده مکلف است بگردد و مالک را پیدا کند.

۲. یک سری «حقوق قانونی» برای فرد ایجاد می‌شود؛ مثلاً اگر مال بدون تعدی و تفریط در دست امین تلف شد، دیگر ضامن نیست.

قراردادی: امانتی است که طبق توافق ایجاد می‌شود، مثل عقد وکالت که به کسی وکالت می‌دهیم تا کاری را برای ما انجام دهد.

مراد از اینکه می‌گوییم، ید، امانی است یعنی تصرفات امین از نظر مالک قانونی است و برای او مسئولیت ایجاد نمی‌کند.

در امانت قراردادی نیز ید دو جنبه دارد:

۱. یک سری «تکالیف قانونی» بر عهده‌ی فرد است؛ تکالیف در امانات قراردادی تابع نوع قرارداد است مثلاً تکالیف وکیل با مستأجر متفاوت است؛ مستأجر تکلیف به نگهداری دارد ولی وکیل تکلیف به انجام موضوع وکالت.

۲. یک سری «حقوق قانونی» برای فرد ایجاد می‌شود؛ حقوق، همان عدم مسئولیت او است – لیس علی الأمین إلا الیمین – بنابراین آنچه که به امین تحمیل می‌شود، نهایتاً همین سوگند است یعنی قسم بخورد که به تکالیفش عمل کرده است، لذا بار اثبات بر عهده‌ی مدعی تعدی و تفریط است.

امانت قراردادی خود بر دو قسم است:

اصلی: به معنی خاص «عقد ودیعه» است. این عقد به هیچ منظور دیگری منعقد نمی‌شود مگر برای امانت.

تبعی: به معنی تمام عقودی است که هدف اصلی در آنها امانت نیست بلکه هدف، کار دیگری است که در راستای انجام آن کار، طرف بر مال وضع ید می‌کند؛ مثل عقد وکالت، عاریه، اجاره و شرکت. به عنوان مثال در وکالت هدف، امانت نیست اما در راستای اجرای موضوع وکالت (مثلاً فروش مال) وکیل مجبور است وضع ید کند. این وضع ید تبعی او، امانت است.

وقتی می‌گوییم یک قسم امانت قراردادی اصلی است - که صرفاً برای امانت منعقد می‌شود و هدف انتفاع نیست - به این نتیجه می‌رسیم که این عقد احسانی است؛ یعنی امین دارد در حق مالک احسان می‌کند، چون بدون بردن انتفاعی، از مال مالک نگهداری می‌کند. نهایت امتیازی که به امین داده‌ایم عدم مسئولیت است اما منتفع اصلی در این عقد مالک است، چون از دوام و بقای مالش استفاده می‌کند. در نتیجه هرکجا در حدود مسئولیت امین تردید کردیم، باید به نفع او تفسیر کنیم. این ویژگی احسانی بودن است. - ما علی المحسنین من سبیل - بنابراین چون ودیعه یک عقد احسانی است، در موارد تردید باید به نفع محسن (مستودع) تفسیر کنیم.

گفتار اول

عقد ودیعه

بند اول

تعریف

ماده‌ی ۶۰۷: «ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگه دارد.

ودیعه گذار مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین می‌گویند.»
ارکان تعریف:

- «...عقدی است...»؛ پس قانون در اینجا به خلاف شکت تصریح دارد که ودیعه عقد است و عامدانه به این کلمه تصریح می‌کند، چون در فقه عده‌ای عقود اذنی را عقد نمی‌دانند بلکه اذن محض می‌دانند. و اینکه می‌وید عقد است، یعنی ایجاد اذن می‌کند و اباحه تصرف می‌آورد، بنابراین امانت ملازمه با وضع ید و تصرف دارد. لذا طرف نمی‌تواند مثلاً بگوید مال من در خانه‌ی خودم است ولی تو امین باش، چون مال را به تصرف امین نداده است (نگهداری ملازمه با تصرف در مال دارد) بلکه به دنبال قرارداد ودیعه، امین باید مجاز در تصرف باشد و الا مسئولیتی ندارد، حتی اگر قرارداد هم نوشته باشند، مثلاً قرارداد می‌بندند ولی مالک اتومبیل را در خانه‌ی خود می‌گذارد و به مسافرت می‌رود، در اینجا چون مال به تصرف امین داده نشده اگر سرقت هم بشود، امین مسئولیتی ندارد.

- «...به موجب آن یک نفر...»: آیا عقد ودیعه الزاماً باید بین دو نفر باشد؟ پاسخ منفی است، چراکه مثلاً ورثه می‌توانند مال مشاع را به امانت بگذارند. پس طرف عقد می‌تواند چند نفر باشد لذا باید بگوییم منظور ماده از «یک نفر» طرف عقد است؛ بله طرف عقد، یک مودع است متنها این یک مودع لزوماً یک نفر حقیقی نیست، بلکه ممکن است چند نفر باشند.

- «...مال خود را...»: آیا الزاماً مودع باید مالک مال باشد؟ خیر؛ مثلاً وکیل مال موکل را به امانت می‌دهد و به مسافرت می‌رود. ماده‌ی ۶۰۹ نیز تصریح دارد که مودع لزوماً مالک مال نیست. لذا کلمه‌ی «خود» در این قسمت ماده ویژگی خاصی ندارد.

- «... به دیگری...»: پس برای انعقاد ودیعه الزاماً باید دو طرف وجود داشته باشد.

- «...می‌سپارد...»: آیا در عقد ودیعه «سپردن» جزء ذات عقد است؟ چراکه گفتیم تعریف بیان اقتضای ذات است، پس وقتی می‌گوید «می‌سپارد» قاعداً اینگونه به ذهن می‌رسد که سپردن جزء ذات عقد ودیعه است. این بحث اختلافی است:

عده‌ای مثل دکتر کاشانی به همین دلیل که سپردن در تعریف آمده و تعریف هم بیان اقتضای ذات است، سپردن و تسلیم مال ودعی را شرط انعقاد عقد ودیعه می‌دانند. لذا وقتی ما تسلیم را شرط بدانیم این جزء عقود عینی خواهد بود.

عده‌ای مثل دکتر کاتوزیان می‌گویند «سپردن» شرط اثر عقد است نه شرط انعقاد عقد؛ بدین معنا که اگر عقد ودیعه منعقد شد، تنها زمانی می‌توان به مستودع گفت مسئول هستی که مال به وی سپرده شده باشد.

فرض ما این است که تشریفات خلاف اصل است مگر اینکه نص داشته باشیم و از طرفی به مواد قانون مدنی که می‌نگریم می‌بینیم تصریحی ندارد که عدم سپردن مساوی عدم انعقاد عقد است؛ لذا ما عقد ودیعه را یک عقد رضایی می‌دانیم نه تشریفاتی یا عینی؛ به همین دلیل نظر دوم را ترجیح می‌دهیم.

- «... مجاناً نگاه دارد...»: آیا مستودع می‌تواند اجرت بگیرد؟

در فقه و بین حقوقدانان در این مقوله بحث شده است و تقریباً غالب حقوقدانان و فقها شرط اجرت را در ودیعه صحیح می‌دانند. در قانون مدنی هم فرضی وجود دارد که اگر به مستودع اجازه‌ی انتفاع داده باشیم می‌تواند نفع ببرد. (ماده ۶۱۷)

از اینجا برخی از حقوقدانان قرینه گرفته‌اند و گفته‌اند اگر می‌تواند با اجازه نفع ببرد، پس اجرت هم می‌تواند بگیرد چون مثل هم است: یا مال را می‌دهیم و می‌گوییم انتفاع ببر یا مال را می‌دهیم و می‌گوییم نفع نبر ولی اجرت بگیر.

بنابراین قید «مجاناً» در ماده‌ی ۶۰۷ اقتضای ذات ودیعه نیست بلکه می‌توان گفت اقتضای اطلاق عقد است، بدین معنا که اگر چنانچه شرطی ذکر نشد و عقد به صورت مطلق منعقد شد، عقد ودیعه به صورت مجاناً و رایگان است. اما اگر شرط بکنیم، این شرط صحیح خواهد بود.

- «... نگاه دارد...»: نگاه داشتن یعنی حفظ مال از تلف و خسارت. پس باید دقت داشت که هدف ودیعه نگه‌داری است و این قید اقتضای ذات است.

با توجه به توضیحاتی که پیرامون ارکان تعریف دادیم و دیدیم که برخی ارکان اضافه آورده شده است و مقتضای ذات عقد نیست، می‌توان عقد ودیعه را اینگونه تعریف کرد: «عقد ودیعه، عقدی است که به موجب آن فردی برای نگهداری از مالی به دیگران اذن می‌دهد.» در فقه اینگونه تعریف کرده‌اند: «الودیعه استنباه فی الحفظ»

*در اثبات عقد ودیعه یک بحث اختلافی وجود دارد که به آن می‌پردازیم (این بحث را دکتر کاشانی مطرح می‌کند)

دکتر کاشانی به قانون «شهادت و امارات» مصوب ۱۳۰۸ اشاره می‌کند. در این قانون آمده است «هیچ یک از عقود و ایقاعات را مگر در مواردی که قانون مستثنی کرده نمی‌توان بوسیله‌ی شهادت شفاهی یا استشهادنامه اثبات کرد.» و در بند ۲ ماده ۳ این قانون استثنایی ذکر شده و آمده بود: «در مواردی که به علت حوادث غیر عادی از قبیل

حریق، سیل، زلزله و امثال آن کسی مال خود را به دیگری سپرده و برای صاحب مال تحصیل سند ممکن نبوده باشد.»

در بند ۲ ماده ۱۳۱۲ قانون مدنی هم آمده: «در مواردی که بواسطه‌ی حادثه، گرفتن سند ممکن نیست از قبیل حریق، سیل، زلزله و غرق کشتی که کسی مال خود را به دیگری سپرده و تحصیل سند برای صاحب مال در آن موقع ممکن نیست.»

دکتر کاشانی می‌گوید با توجه به قوانین مذکور، انعقاد عقد ودیعه نیاز به سند کتبی دارد مگر در مواردی که قوه‌ی قاهره وجود دارد و امکان تحصیل سند وجود ندارد. بنابراین اثبات عقد ودیعه هم نیاز به سند کتبی دارد و با شهادت شهود ثابت نمی‌شود.

اشکالی که به این نظر وارد است این است که ایشان به ماده‌ی ۱۳۱۲ استناد می‌کند که این ماده استثنائات اصلی را بیان می‌کند که آن اصل حذف شده است. (اصل این بوده: تحصیل سند لازم است و با شهادت شهود نمی‌توان اثبات کرد.) یعنی قانون‌گذار بعد از انقلاب مستثنی‌منه را حذف کرده و حواسش نبوده که باید استثناء را حذف کند و حالا دکتر کاشانی به این استثنائات استناد می‌کند و اصل را از قانون شهادت و امارات ۱۳۰۸ می‌گیرد. حال آنکه اساساً این اصل مخالف نظر شورای نگهبان است. (ذیل ماده‌ی ۱۳۰۹، نظریه‌ی شورای نگهبان: خلاف اسناد رسمی را هم می‌توان با شهادت شهود اثبات کرد.) و نمی‌توان به قانون شهادت و امارات استناد کرد. بنابراین نتیجه‌ی بحث ما این می‌شود که عقد ودیعه به هر طریقی قابل اثبات است و اثبات بوسیله‌ی شهادت شهود منحصر به موارد مذکور در ۱۳۱۲ نیست.

بند دوم

ویژگی‌های عقد ودیعه

۱. گفتیم ودیعه عقد است که توضیحات آن داده شد.
۲. ودیعه یک عقد جایز است؛ ماده‌ی ۶۱۱: «ودیعه عقدی جایز است.» بنابراین با فوت یا حجر یا رجوع هریک از طرفین عقد منفسخ است.
۳. گفتیم یک عقد رضایی است نه عینی و نیاز به تشریفات ندارد.
۴. آیا این عقد رایگان است؟ و می‌توان مجانی بودن را ویژگی‌چهارم این عقد دانست؟
ماده‌ی ۶۰۷ می‌گوید: «...آن را مجاناً نگاه دارد...» لذا این بحث در بین حقوقدانان پیش آمده که ظاهراً نباید در عقد ودیعه شرط اجرت بشود.
برای روشن شدن مطلب به ذکر دو نکته می‌پردازیم:

۱. ادله‌ی احسان ملازمه با رایگان و مجانی بودن ندارد. به این معنی که اگر کسی از اقدام احسانی دیگری هم منتفع بشود، اشکال ندارد. بنابراین اگر فرد اجرت بگیرد، منافاتی با احسان ندارد. مثل اداره‌ی مال غیر، که فرد مدیر محسن است. و در عین حال اجرت هم می‌گیرد. (مستحق دریافت اجرت است).

۲. حقوقدانان بحث کرده و می‌گویند بعضی افراد هستند که حرفه‌ی خودشان را نگهداری از مال دیگری قرارداده‌اند، یعنی در نگهداری از مال غیر کار حرفه‌ای می‌کند. در همین رابطه قانونی داریم تحت عنوان «قانون تأسیس انبارهای عمومی» مصوب ۱۳۴۱. طبق این قانون انبار عمومی یک شرکت سهامی است و کار حرفه‌ای آن نگهداری از مال است. (نگهداری می‌کند تا اجرت بگیرد). از آنجا که حرفه‌ی این انبارها نگهداری است با یک آدم عادی که مالی را نگه می‌دارد تفاوت دارد و نیاز به تجهیزات و لوازم و مراقبت‌های حرفه‌ای و دوره‌های کارآموزی برای کارکنان انبار و ... دارد.

لذا تلقی حقوقدانان این است که نگهداری از مال دیگری ملازمه با عدم انتفاع ندارد و می‌تواند انتفاع ببرد. یعنی مسئولیت‌های مربوط به ید امانی را از «نگهداری» می‌گیرد و مسئولیت‌های مربوط به «انتفاع» را از کار حرفه‌ای خود می‌گیرد.

البته باید دقت داشت بین کسی که مجاناً مالی را نگاه می‌دارد با کسی که اجرت می‌گیرد، در حدود مسئولیتشان تفاوت وجود دارد. مثلاً اگر کسی اجرت نمی‌گیرد، نمی‌توان به او گفت «تو که احتمال برف و باران می‌دادی چرا نرفتی یک انبار کرایه کنی تا کالا را در آن نگهداری کنی؟»؛ چون طرف اجرت نمی‌گرفته و مراقبت متعارف را هم انجام داده است. اما انبار عمومی موظف است کالا را در انبار بگذارد و بالای سر آن نگهبان قرار دهد و از آن مراقبت فنی کند و ...

پس دامنه‌ی مسئولیت امانی که اجرت می‌گیرد با امانی که اجرت نمی‌گیرد، تفاوت دارد و کسی که اجرت می‌گیرد باید یک سری هزینه‌های متعارفی را برای مراقبت متقبل شود.

بنابراین مجانی بودن از ویژگی‌های ذاتی عقد ودیعه نیست؛ بلکه این عقد می‌تواند مجانی باشد یا نباشد. و این به اطلاق عقد بستگی دارد؛ اگر عقد مطلق واقع شود مجانی است اما اگر شرط اجرت بشود، شرط صحیح است و منافاتی با عقد ودیعه ندارد. بنابراین مجانی بودن رکن و جزء اوصاف ودیعه نیست.

بند سوم

انعقاد عقد ودیعه

مطابق ماده‌ی ۶۰۷ ودیعه «عقد» است؛ بنابراین نیاز به ایجاب و قبول دارد. ماده ۶۰۸: «در ودیعه قبول امان لازم است اگرچه به فعل باشد.»؛ هم ایجاب هم قبول می‌تواند به لفظ باشد یا به فعل. مثلاً کسی می‌گوید این مال را برای من نگهداری کن، همین که طرف مقابل مال را می‌گیرد و بدون گفتن هیچ لفظی آن را کناری می‌گذارد، قبول کرده است. در اینکه ایجاب می‌تواند به فعل باشد، تردیدی نیست. اما فرض آن چندان راحت نیست، مثلاً نمی‌توان

عرفاً از عمل کسی که مالی را نزد شما می‌آورد و هیچ حرفی نمی‌زند، ایجاب برای امانت را فهمید و شما به راحتی نمی‌توانید بگویید منظورش این بود که مال را برایش نگهداری کنم. مگر اینکه قرائنی وجود داشته باشد.

در بحث انعقاد ودیعه مهمترین مسأله «اهلیت» است. قانون مدنی در ماده‌ی ۶۱۰ می‌گوید: «در ودیعه طرفین باید اهلیت برای معامله داشته باشند و اگر کسی مالی را از کسی دیگر که برای معامله اهلیت ندارد به عنوان ودیعه قبول کند باید آن را به ولی او ردّ نماید و اگر در ید او ناقص یا تلف شود ضامن است.»

بنابراین مودع که می‌خواهد مال را به دیگری بسپارد چون دارد در مال تصرف می‌کند باید دارای اهلیت باشد چون وضع ید بر مال می‌کند. در مستودع نیز می‌گوییم باید اهلیت داشته باشد، چون دارد نگهداری و مسئولیت مال را می‌پذیرد.

در ادامه ماده می‌گوید اگر مودع اهلیت نداشته باشد، ودیعه عقد صحیحی نخواهد بود و مستودع اگر بر آن مال وضع ید کند، غیر قانونی و ضامن است. اقتضای ید ضمانی هم اولاً تکلیف به ردّ است لذا قانون‌گذار می‌گوید باید آن را به ولی او ردّ کند. (چون خودش اهلیت ندارد به ولی او ردّ می‌کنیم.) ثانیاً ضمان است یعنی این شخص مسئول خواهد بود. بنابراین ذیل ماده‌ی ۶۱۰ احکام قواعد ید ضمانی را بیان می‌کند.

عده‌ای فرضی را در اینجا مطرح می‌کنند و می‌گویند اگر ما بینیم یک مال گران قیمتی در دست صغیری است که هرآن احتمال دارد مال از دستش بیفتد و تلف شود یا احتمال سرقت مال وجود دارد، اگر مال را از دست صغیر گرفتیم، تکلیف چیست؟ در اینجا ماده‌ی ۶۱۰ حاکم نیست چون آنجا می‌گوید «به عنوان ودیعه قبول کند» اما اینجا از باب ودیعه نیست بلکه یا از باب اداره‌ی مال غیر است یا از باب قاعده‌ی احسان.

اما اگر مالک مال خود را به صغیری به امانت بدهد تکلیف چیست؟ آیا وضع ید صغیر مسئولیت آور است؟ قانون مدنی در ماده ۱۲۱۵ می‌گوید: «هرگاه کسی مالی را به تصرف صغیر غیر ممیز و یا مجنون بدهد، صغیر یا مجنون مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود.» آیا در مورد صغیر ممیز هم همین حکم صادق است؟ در مورد صغیر ممیز و سفیه در ماده‌ی ۱۲۱۴ می‌گوید تملکات بلاعوض اینها صحیح است اما سایر اقداماتشان نافذ نیست مگر با اجازه‌ی ولی یا قیم. پس اگر مالک مالش را به دست صغیر ممیز یا سفیه به امانت بدهد اقدام او برای امانت به شرطی مشمول قواعد ودیعه است که ولی یا قیم آنها اجازه بدهند. اگر ولی تنفیذ کرد اشکالی ندارد اما اگر تنفیذ نکرد مسئولیت با خود مالک است و حکم ماده‌ی ۱۲۱۵ جاری خواهد بود.

گفتار دوم

آثار و تکالیفی که ودیعه برای مودع و مستودع ایجاد می‌کند.

بند اول

تعهدات شخص مستودع

۱. نگهداری

گفتیم عقد ودیعه ذاتاً برای نگهداری است. در فقه هم آمده است «استنابه فی الحفظ» و در قانون مدنی در ماده ۶۰۷ هم هدف از انعقاد ودیعه را نگاهداری می‌داند. بنابراین اولین تکلیف شخص مستودع «حفظ و نگهداری» مال ودعی است.

اولین نکته‌ای که در بحث نگهداری مطرح است «نحوه نگهداری» از مال است:

فرض اول: چنانچه مالک ترتیبات نگهداری را تعیین کند مثلاً بگوید این مالی که به تو می‌سپارم فاسد شدنی است و باید حتماً در سردخانه نگهداری شود، امین باید به همان ترتیب عمل کند؛ ماده‌ی ۶۱۲: «امین باید مال ودیعه را به طوری که مالک مقرر نموده حفظ کند و اگر ترتیبی تعیین نشده باشد آن را به طوری که نسبت به آن مال متعارف است حفظ کند والا ضامن است.» قبلاً هم گفته‌ایم که اذن در ودیعه ملازمه با تصرف دارد، چون وقتی قرار است امین مال را حفظ کند برای این حفظ و نگهداری، نیاز به تصرف در مال دارد. به عبارت دیگر نحوه نگهداری و اداره در اختیار شخص امین است، منتها زمانی که خود مالک ترتیبات نگهداری را تعیین می‌کند بدین معناست که چهارچوب اختیارات امین تعیین شده است؛ پس در بدو امر مستودع مکلف است طبق ترتیباتی که مالک تعیین کرده نگهداری کند و اگر چنین کند «امین» است یعنی ضامن نیست مگر از چهارچوب اختیارات خارج شود که این تعدی و تفریط وی محسوب خواهد شد.

فرض دوم: چنانچه مالک ترتیبات نگهداری را تعیین نکرده باشد تکلیف چیست؟ ماده‌ی ۶۱۲ در ادامه به این مقوله می‌پردازد و می‌گوید در چنین مواردی باید مال را طوری حفظ کند که نسبت به آن مال متعارف است. به عبارت دیگر در چنین مواردی امی تابع ضوابط عرفی است یعنی عرف و قواعد تکمیلی بر اراده‌ی امین تحمیل می‌شود. مثلاً اگر مالک سوئیچ اتومبیل را بدهد و فقط بگوید اتومبیل را نگهداری کن و ترتیبی مشخص نکند امین مکلف است در چهارچوب ضوابط عرفی اقدام بکند «والا ضامن است.» بنابراین ترتیبات عرفی هم مثل چهارچوب اذن مالک است که اگر خارج از آن عمل شود تعدی و تفریط محسوب می‌شود و شخص ضامن است. مثلاً اگر جواهر گران قیمتی را نگهداری می‌کند، باید ببیند عرف نگهداری آن چگونه است؛ اگر عرف این است که این جواهر را نمی‌شود در خانه نگهداری کرد و باید مثلاً به صندوق امانات بانک سپرده شود امین باید همین کار را بکند ولو هزینه داشته باشد یعنی مهم این است که عرف چگونه است. باید دقت داشت اگر امین نمی‌داند که مال را چگونه باید نگهداری کند (عرف را نمی‌داند) باید از اهل فن ترتیبات عرفی را بپرسد. به عبارت دیگر خود عرف می‌گوید که امین باید از نحوه نگهداری مال، سر در بیاورد لذا خود این، ترتیبات عرفی است. پس صرف اینکه

مالک اعلام نکرده است، به معنی سبک شدن کار امین نیست بلکه در اینجا ترتیبات عرفی این است که امین برود و از اهل فن نحوه نگهداری را پرسد و از عرف نگهداری سر در بیاورد و اگر این کار را نکند به معنی تفریط است که نتیجه‌ی آن ضمان است.

فرض سوم: مالک ترتیباتی را برای حفظ تعیین کرده ولی امین می‌داند که برای نگهداری باید این ترتیبات را تغییر بدهد. مثلاً مالک شیئی را می‌دهد و می‌گوید «این را در خانه‌ات برای من نگهداری کن.» ولی امین می‌داند که این شیئی گران قیمت است و نمی‌توان در خانه از آن نگهداری کرد. یا مثلاً می‌داند که این مال نباید در خانه بلکه باید در سردخانه نگهداری شود. در این موارد تکلیف چیست؟

ماده‌ی ۶۱۳ در این رابطه می‌گوید: «هرگاه مالک برای حفاظت مال و دیعه ترتیبی مقرر نموده باشد و امین از برای حفظ مال، تغییر آن ترتیب را لازم بداند، می‌تواند تغییر دهد...» صدر ماده می‌گوید اگر امین بر طبق نظر تخصصی و متعارف ترتیبات نگهداری را تغییر دهد، مسئولیتی به ذمه ندارد ولو مال تلف هم بشود. (منتها باید ثابت کند که این تغییرات کارشناسی شده و مطابق عرف و برای حفظ مال لازم بوده است، والا اگر اشتباه کرده باشد ضامن است.) یعنی در اینجا ما قواعد تکمیلی و عرف را مقدم بر قواعد امری می‌کنیم و چنانچه عرف تشخیص بدهد آن قواعد امری غلط یا ناقص است به عرف عمل می‌کنیم. بنابراین ما از عبارت «...می‌تواند غیر بدهد...» می‌فهمیم که در صورت تغییر عرفی، شخص، امین است و ضامن نیست.

فرض چهارم: امین می‌داند ترتیباتی که مالک معین کرده نیاز به تغییر دارد ولی مالک صریحاً از هرگونه تغییری در ترتیبات نگاهداری نهی کرده است. ذیل ماده‌ی ۶۱۳ در این رابطه مقرر می‌دارد: «... مگر اینکه مالک صریحاً نهی از تغییر کرده باشد که در این صورت ضامن است.» بنابراین حتی اگر امین بداند این ترتیباتی که مالک تعیین کرده، عرفاً غلط یا ناقص است، در صورت نهی صریح مالک از تغییر ترتیبات، نباید ترتیبات نگاهداری را تغییر دهد و اگر تغییر داد به حکم صریح ماده ضامن است. مثلاً اگر مالک بگوید این مال را در پارکینگ خانه‌ات نگهداری کن نه جای دیگر، ولی امین تشخیص عرفی دهد که لازم است مال را در جای دیگر نگهداری کند و این کار را بکند، در صورت تلف یا نقصان مال، ضامن است حتی اگر مال بوسیله‌ی زلزله تلف شده باشد. چون همین که با وجود نهی صریح مالک، مال را جابجا کرده، تعدی و تفریط کرده است و ضامن خواهد بود.

*گاهی مسئولیت مستودع در حفظ مال، قدری از ترتیبات متعارف بیشتر است.

یکی در جایی است که ودیعه با اجرت است. یعنی ترتیبات عرفی یک ودیعه‌ی رایگان با ترتیبات عرفی برای حفظ یک ودیعه‌ی با اجرت متفاوت است. بدین معنا که اگر ودیعه با اجرت بود، مستودع مکلف است بیشتر حواسش را جمع کند اگرچه شرط اجرت عوض نیست و یک شرط فرعی در ضمن عقد است.

[این نکته را در مدنی ۳ خوانده‌ایم که اگر ما شرط اجرت در یک عقد غیر معوض کردیم، این شرط اجرت، عقد را معوض نمی‌کند. ما وقتی از عقد معوض بحث می‌کنیم یعنی دو رکن وجود دارد که در مقابل هم‌اند و در

ازای هم مبادله می‌شوند. لذا عقد معوض آثاری به دنبال دارد مثل «حق حبس»، یعنی ما می‌توانیم عوض را ندهیم تا معوض را بگیریم. اثر دیگر «معین بودن» است، یعنی من نمی‌توانم بگویم این کتاب را در ازای پول داخل جیب معامله می‌کنم. اما در عقد غیر معوض مثل ودیعه می‌توان اینگونه شرط کرد که مثلاً من این مال را به تو امانت می‌سپارم و اجرت آن هم هرچقدر پول در جیب من است باشد. این صحیح است چون شرط اجرت عوض نیست بلکه یک شرط فرعی است. به تبع همین طرف حق حبس ندارد و نمی‌تواند بگوید من به شرطی از مالت نگهداری می‌کنم که اول اجرت بدهی.]

یکی دیگر از مواردی که مستودع باید بیشتر حواسش را جمع کند مواردی است که ودیعه رایگان است اما مستودع به موجب ماده‌ی ۶۱۷ مجاز در انتفاع از مال است. مثلاً اتومبیل را داده که طرف نگهداری کند و اجازه‌ی سوار شدن هم داده است. در اینگونه موارد نیز ترتیبات عرفی کمی متفاوت است. فرض سوم مواردی است که خود مستودع پیشنهاد نگهداری می‌کند. مثلاً صاحب هتل که می‌گوید لوازم گران قیمت را به من بسپارید؛ روشن است وقتی خود طرف پیشنهاد می‌دهد باید حواسش بیشتر جمع باشد. در این سه فرضی که ذکر شد مستودع تکلیف ویژه‌ای ندارد، فقط عرف نگهداری در اینگونه موارد سنگین‌تر است.

* گفتیم وظیفه‌ی مستودع «نگهداری مالی» است. حال این سؤال مطرح است که در ازای این وظیفه، چه مسئولیتی دارد؟

در ازای این وظیفه، مسئولیت مستودع امانت است و ید او امانی است. بع تعبیر دکتر کاتوزیان تعهدات مستودع از مصادیق تعهدات به نتیجه نیست بلکه از مصادیق تعهد به وسیله است. یعنی شخص امین باید صرفاً در چهارچوب متعارف اقدامات لازم برای نگهداری از این مال را انجام بدهد. بنابراین اگر مثلاً مستودع اتومبیل را در پارکینگ گذاشت و درها را نیز قفل کرد، و همه‌ی اقدامات عرفی را برای نگهداری انجام داد ولی اتفاقاً دزد ماشین را سرقت کند، امین ضامن نیست و مسئولیتی ندارد. ماده‌ی ۶۱۴: «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی‌باشد مگر در صورت تعدی یا تفریط.»

ماده‌ی ۶۱۵: «امین در مقام حفظ، مسئول وقایعی نمی‌باشد که دفع آن از اقتدار او خارج است.» پس اگر دفع وقایع در اقتدار امین بود باید انجام دهد، مثلاً اعلام کرده‌اند سیل در حال آمدن است، اگر می‌تواند مال ودعی را نجات دهد، باید این کار را انجام دهد. ولی اگر مثلاً ماشین را در پارکینگ گذاشته و زلزله بیاید و سقف ماشین بر اثر خرابی پارکینگ آسیب ببیند، چون از اقتدار او خارج بوده، مسئول نیست و مالک نمی‌تواند بگوید «اول ماشین را تعمیر کن بعد آن را تحویل بده!» بلکه امین مال را به همان صورت پس می‌دهد. لذا ماده‌ی ۶۲۰ می‌گوید: «امین باید مال ودیعه را به همان حالی که موقع پس دادن موجود است مسترد دارد و نسبت به نواقصی که در آن حاصل شده و مربوط به عمل امین نباشد ضامن نیست.» یعنی ید امانی = عدم مسئولیت = رد مال به همان ترتیبی که وجود دارد.

اما ید ضمانی = مسئولیت = رد مال به همان ترتیب به حکم تکلیفی؛ منتها به حکم وضعی ضامن و مسئول جبران خسارت است. باز هم روی این نکته تأکید می‌کنیم که اگر عنوان ید، عوض شود و از امانی به ضمانی تبدیل شود، بعداً مال به هر دلیلی (مثلاً با زلزله) که خسارت ببیند، باز هم طرف ضامن و مسئول خسارات وارده است. بنابراین طبق ماده‌ی ۶۲۰ چه ید امانی و ه ضمانی باشد، مال به همان صورت که موجود است، پس داده می‌شود، با این تفاوت که اگر ید، ضمانی بود، مستودع مسئول جبران خسارات هم هست.

اگر مالک از دریافت مال خودداری کند، مستودع به حاکم مراجعه کرده و حاکم از قبیل مالک دریافت می‌کند.

* آیا می‌توان بر خلاف قانون مدنی، در قرارداد شرط کرد که مستودع در هر حال ضامن باشد؟ به عبارت دیگر آیا می‌توان ید امانی مستودع را به ید ضمانی تبدیل نمود؟
در این مسأله بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد:

عده‌ای می‌گویند در مواردی که شرط مسئولیت در قرارداد امانی بشود، ید ضمانی قابل تصور است و برای آن قرینه می‌آورند مثلاً در عقد اجاره شخص مستأجر در حالت عادی دارای ید امانی است ولی اگر در عقد اجاره شرط مسئولیت برای مستأجر بکنند، این شرط صحیح است.

در مقابل عده‌ای مثل دکتر امامی تعبیر قانون مدنی در ماده‌ی ۶۱۴ را یک قاعده‌ی امری می‌دانند و معتقداند نمی‌توان بر خلاف آن شرط کرد، در واقع این قواعد از مصادیق حکم است نه حق که بتوان بر خلاف آن شرط کرد، و خود قانونگذار ترتیبات تغییر مسئولیت را تعیین تکلیف کرده و می‌گوید ید مستودع امانی است مگر اینکه تعدی و تفریط کند که در این حال ید او ضمانی خواهد بود.

دکتر کاتوزیان در اینجا تحلیل خوبی ارائه می‌دهد؛ ایشان می‌گویند امانات دو دسته‌اند:

۱. امانات تبعی

۲. امانات اصلی

در امانات تبعی، هدف عقد، امانت نیست و امانت به تبع آن می‌آید؛ مثل اجاره یا وکالت. پس اگر ما می‌خواهیم شرط ضمان برای مستأجر یا وکیل قائل شویم، این شرط پذیرفته است، چون در تعارض با عقد قرار نمی‌گیرد. اما در ودیعه امانت اصلی است و هدف عقد اساساً امانت است، لذا در خود ودیعه نمی‌توان شرط ضمان را پذیرفت، چون با اقتضای عقد ودیعه تعارض دارد.

حالا اینجا یک اشکال پیش می‌آید و آن اینکه اگر ما این شرط را خلاف اقتضای ذات عقد ودیعه بدانیم، نتیجه بطلان عقد است؛ در این صورت مستودعی که وضع ید کرده، چون وضع یدش بدون اذن است ضامن است (اذن اثر عقد بوده و حالا عقد باطل شده و اذنی وجود ندارد لذا وضع ید او بدون اذن است). یعنی دوباره قواعد ید ضمانی حاکم خواهد بود و با حالتی که شرط ضمان کرده‌ایم فرقی ندارد.

لذا به نظر می‌رسد برای رهایی از این بن بست نباید این شرط را خلاف ذات ودیعه بدانیم تا به بطلان برسیم، بلکه باید این شرط را خلاف اطلاق عقد بدانیم. در این صورت عقد صحیح خواهد بود و مستودع امین است. منتها اینجا دوباره به مشکل بر می‌خوریم و آن اینکه شرط هم صحیح خواهد بود چون شرط خلاف اطلاق عقد باطل نیست.

لذا اصل ایده‌ی دکتر کاتوزیان جالب است اما نوع استدلال مشکل دارد و در هر حال به مشکل بر می‌خوریم و این از مواردی است که ما به لحاظ حقوقی راهی برای آن نداریم. یعنی آن‌هایی که می‌گویند شرط مسئولیت در ودیعه باطل است، در پاسخ به این سؤال که این بطلان برای چیست؟ می‌گویند این یک حکم استثنایی است و به خاطر شرایط خاص ودیعه است که یک عقد احسانی است. (اقتضای احسان این است که شرط خلاف نمی‌توان کرد چراکه گفتیم ما علی المحسنین من سبیل).

تنها استثنایی که در این بحث داریم قانون تأسیس انبارهای عمومی است. در این قانون فرض بر این است که شخص مستودع مسئول است. ماده‌ی ۴ این قانون مقرر می‌دارد: «انبارهای عمومی مسئول حفظ و نگهداری کالاهای سپرده شده و جبران خسارات وارده به آن تا میزان ارزش اظهار شده‌ی کالا در موقع تودیع می‌باشند.» چون کار این انبارها تجاری است (احسانی نیست) و حرفه‌ی خود را نگهداری قراردادده است. منتها در ذیل این ماده هم می‌گوید «... در هیچ مورد انبار عمومی مسئول خسارات ناشی از خود کالا و نقص دسته بندی و قوه قاهره نمی‌باشد.»

* آیا می‌توان شرط براءت کرد و بگوییم مستودع در هیچ مورد مسئول نیست؟

در اینجا هم اختلاف نظر هست:

اکثر حقوقدانان شرط براءت را صحیح می‌دانند منتها با یک قید (این قید را دکتر کاتوزیان مطرح می‌کند). دکتر کاتوزیان می‌گوید ما شرط عدم مسئولیت را می‌پذیریم اما به شرطی که مغایر نظم عمومی نباشد. یعنی این شرط عدم مسئولیت، منجر به این نشود که مستودع عامدانه مال را تلف کند یا به آن خسارت وارد کند. لذا اگر شرط عدم مسئولیت مغایر نظم عمومی بود قابل استناد نیست. (نمی‌گوید باطل است بلکه می‌گوید فقط در موارد نظم عمومی - اتلاف عامدانه - قابل استناد نیست). لذا اگر مثلاً سوار ماشین شود (تعدی و تفریط) و آن را در پارکینگ بگذارد و بعد بر اثر زلزله ماشین تلف شود، می‌تواند به شرط عدم مسئولیت استناد کند اما اگر سوار شد و عامدانه به رد و دیوار زد، چون این مغایر نظم عمومی است نمی‌تواند به شرط عدم مسئولیت استناد کند.

* بحث مهمی که در اینجا وجود دارد این است که اگر ید امانی به ید ضمانتی تبدیل شد، آیا این قابل برگشت هست یا خیر؟! شبیه همان مثالی که زدیم که سوار اتومبیل می‌شود (تعدی و تفریط) و ید او به ید ضمانتی

تبدیل می‌شود، ولی بعد ماشین را در پارکینگ می‌گذارد و ید او به امانی تبدیل می‌شود. عده‌ای اینجا تردید کرده‌اند که آیا پس از اینکه ید ضمانی شد، دوباره می‌تواند به ید امانی تبدیل شود؟ در اینجا دو نظر وجود دارد:

عده‌ای می‌گویند امانت صفت است بدین معنا که اگر شخص امین سوار ماشین شد و تعدی و تفریط کرد، صفت امانت از او زائل شده و اگر زائل شود این صفت قابل برگشت نیست. مگر با اذن مجدد. بنابراین در مثال مذکور همین که سوار ماشین شود ضامن می‌شود و هر اتفاقی بیفتد او ضامن است مگر اینکه مالک دوباره به او اذن دهد. لذا نتیجه‌ی بحث این می‌شود که همین که سوار ماشین شد و تعدی و تفریط رخ داد و ید او ضمانی شد، باید ردّ فوری کند، چون هرچه بیشتر مال در دست او باشد، استمرار ید ضمانی و به زیان اوست.

عده‌ای می‌گویند امانت صفت نیست بلکه امانت استمرار دارد الا بوجود مانع، بنابراین در مثال مذکور وقتی سوار ماشین می‌شود (تعدی می‌کند) این مانع امانت است، ولی هرگاه مانع را برداریم دوباره امانت برمی‌گردد. یعنی همین که ماشین را در پارکینگ می‌گذارد چون تعدی و تفریط (که مانع بود) برطرف شده، ید امانی او برمی‌گردد. منتها می‌گویند شخص نسبت به دوره‌ای تعدی و تفریط کرده، مسئول است، مثلاً اجرت نفعی که از مال برده را باید بپردازد.

به نظر می‌رسد نظر اول با قواعد حقوقی ما بیشتر سازگار است؛ یعنی تعدی و تفریط مانع نیست بلکه موجب زوال ید امانی است.

* گفته شد که بحث مسئولیت در قانون تأسیس انبارهای عمومی معکوس است و چون انبارهای عمومی کار حرفه‌ای می‌کنند و شرکت تجاری (سهامی) محسوب می‌شوند، یدشان ضمانی است و مسئول هستند. دکتر کاتوزیان از این بحث استفاده می‌کند و می‌گوید بحث عدم مسئولیت مستودع در صورت تلف مال مختص ودیعه‌ی مجانی است و بعد انبارهای عمومی را مثال می‌زند که چون اجرت می‌گیرند مسئول نیز هستند. به نظر می‌رسد این استنباط کلی استنباط صحیحی نیست، به خاطر اینکه اگر ما فرض کنیم قاعده در مورد انبارهای عمومی استثناء است (به دلیل قانون خاص) دیگر چنین استنباط کلی از این قاعده صحیح نیست و همانطور که گفتیم در مورد ودیعه‌ی با اجرت، حداکثر عرف نگهداری، ترتیبات سنگین‌تری دارد ولی این به معنای مسئولیت نیست. لذا این خلاف اصل است که ما در ودیعه‌ی با اجرت، شخص مستودع را ضامن بدانیم.

۲. استرداد مال

دومین وظیفه‌ای که بر مستودع تحمیل می‌شود این است که هرگاه مالک، مال را از او مطالبه کند، باید مسترد دارد. ماده‌ی ۶۱۹ در این باره می‌گوید: «امین باید عین مالی را که دریافت کرده است ردّ نماید.» در مورد زمان ردّ دو حالت متصور است:

۱. عقد ودیعه مقید به زمان باشد؛ بدین معنا که مالک مشخص کند مال چه مدت باید در دست امین باشد. گفتیم عقد ودیعه جایز است و شرط زمان در عقد جایز نیز صحیح است لذا تا زمانی که عقد جایز منفسخ نشده، شرط زمان معتبر است. به هر حال این شرط در عقد جایز دارای اثر است و اگر این زمان سپری شد، پس از آن اذنی وجود ندارد. مثلاً کسی مالی را به دیگری به ودیعه می‌سپارد. اگرچه اقتضای جواز این است که هر موقع خواست می‌تواند رجوع کند ولی در عین حال شرط زمان می‌گذارد. مثلاً می‌گوید این مال هفت روز نزد تو امانت باشد. این بدین معناست که روز هشتم اذنی وجود ندارد و مستودع دیگر امین نیست. به عبارت دیگر تا هفت روز این امانت قراردادی است و از روز هشتم این امانت قانونی است، یعنی مستودع مکلف به ردّ فوری مال است. اگر ردّ فوری را انجام دهد در فاصله‌ی رد مال ضمانی بر عهده‌ی او نیست، مثلاً تماس بگیرد و به مالک بگوید بیا مالت را بگیر و مالک هم بگوید مال را به فلان مکان بیاور، وقتی دارد مال را برای مالک می‌برد، در این فاصله ضمانی بر عهده‌ی مستودع نیست چون امانت، امانت قانونی است و او در حال اجرای ردّ فوری است. اما اگر تعلل کند و ردّ فوری را انجام ندهد، یدِ امانی تبدیل به ید ضمانی می‌شود.

۲. حالت دوم این است که مالک بیاید و مال خود را مطالبه کند، ماده ۶۱۶: «هرگاه رد مال ودیعه مطالبه شود و امین از ردّ آن امتناع کند از تاریخ امتناع، احکام امین به او مترتب نشده و ضامن تلف و هر نقص یا عیبی است که در مال ودیعه حادث شود. اگرچه آن عیب یا نقص مستند به فعل او نباشد.»

بنابراین اگر مودع رجوع کند و عقد جایز را فسخ کند از تاریخ مطالبه‌ی وی اذنی وجود ندارد. در نتیجه امین باید ردّ فوری نماید والا احکام امین از او برداشته می‌شود و ضامن خواهد بود. امتناع که در ماده آمده به معنی استنکاف از ردّ است لذا باید دقت داشت اگر مثلاً مالک، نیمه شب مراجعه کند و مال را مطالبه کند و امین به وی بگوید باید تا فردا صبر کنی تا بروم مالت را از صندوق امانات بانک بگیرم، این امتناع نیست، لذا اگر در این فاصله مال در صندوق بانک تلف شود، امین ضامن نیست چون امتناع یعنی رد نکردن با اراده‌ی خود. بنابراین ردّ فوری به این معنا نیست که بلافاصله مال را پس بدهد بلکه به معنی اقدام متعارف است برای رد مال، لذا این اقدام ممکن است کمی طول بکشد.

* بررسی مواد دیگر

- ماده‌ی ۶۲۰: «امین باید مال ودیعه را به همان حالی که موقع پس دادن موجود است مسترد دارد و نسبت به نواقصی که در آن حاصل شده و مربوط به عمل امین نباشد، ضامن نیست.» قبلاً هم گفتیم که اگر مال خسارتی دید تکلیف مستودع این است که همان مال خسارت دیده را رد کند، چون امین مکلف به ردّ عین است. پس تا زمانی که عین وجود دارد امین مکلف به ردّ عین مال است (در هر شرایطی که باشد). حالا اگر نواقص مربوط به عمل امین باشد ضامن است والا ضامن نیست. اگر مالک از گرفتن مال استنکاف کند امین باید مال را به حاکم مسترد دارد. ذیل ماده‌ی ۶۲۴ مقرر می‌دارد: «... اگر به واسطه‌ی ضرورتی بخواهد آن را رد کند و به کسی که حق اخذ دارد

دسترس نداشته باشد باید به حاکم رد نماید.»؛ ما از همین حکم استفاده می‌کنیم و در فرض مذکور می‌گوییم برای اینکه امین به تکلیف خود (ردّ فوری) عمل کند باید مال را به حاکم رد کند.

- ماده‌ی ۶۲۱: «اگر مال ودیعه قهراً از امین گرفته شود و مشاراً الیه قیمت یا چیز دیگری به جای آن اخذ کرده باشد باید آنچه را که در عوض گرفته است به امانت‌گذار بدهد ولی امانت‌گذار مجبور به قبول آن نبوده و حق دارد مستقیماً به قاهر رجوع کند.»؛ مثلاً کسی می‌آید و به زور مال را از مستودع می‌گیرد و مستودع در قبال آن بدل حیلولة گرفته باشد [بدل حیلولة یک مال مثلی است که در قبال عین داده می‌شود، تا زمانی که عین مال موجود باشد ملکیت مالک نسبت به عین برقرار است اما هرگاه عین منتفی شد آن وقت بدل حیلولة مال مالک خواهد بود، اما تا زمانی که عین وجود دارد آن مال مثلی «بدل» است. بدلی است که حائل شده بین مالک و مال اصلی تا مالک بتواند منافع متعارفی را که از مال خود می‌توانسته ببرد از بدل ببرد.] این ماده می‌گوید اگر مستودع بدل گرفته باید آن را تحویل مالک دهد. مثلاً امانت از او سرقت می‌شود و او می‌رود سارق را پیدا کند ولی چون عین در دسترس نیست بدل می‌گیرد. الآن مکلف است همین بدل را به مالک بدهد. از طرف دیگر در ادامه‌ی ماده می‌گوید امانت‌گذار مجبور نیست بدل را قبول کند. به عبارت دیگر می‌تواند بدل را بگیرد و صبر کند تا عین مالش پیدا شود، همچنین می‌توان بدل را نگیرد و مستقیماً به غاصب رجوع کند. (فرض این است که مستودع در چهارچوب قواعد ید امانی عمل کرده و بیش از این مسئولیتی ندارد.)

- ماده‌ی ۶۲۴: «امین باید مال ودیعه را فقط به کسی که آن را از او دریافت کرده است یا قائم مقام قانونی او یا به کسی که مأذون در اخذ می‌باشد مسترد دارد و اگر بواسطه‌ی ضرورتی بخواهد آن را رد کند و به کسی که حق اخذ دارد دسترس نداشته باشد باید به حاکم رد نماید.» اگر قرار است مستودع مال ودیعه را به قائم مقام یا وکیل یا مأذون از قبیل مالک بدهد، باید احراز کند مه این شخص قائم مقام و مأذون است.

- ماده‌ی ۶۲۵: «هرگاه مستحق‌الغیر بودن مال ودیعه محقق گردد، باید امین آن را به مالک حقیقی ردّ کند و اگر مالک معلوم نباشد، تابع احکام مجهول‌المالک است.» مثلاً شخصی به امین مراجعه می‌کند و حکم دادگاه را نشان می‌دهد و اثبات می‌کند که مالک مال، اوست نه آن کسی که ودیعه را سپرده، در این حال مستودع مکلف به ردّ مال به مالک است و اگر نکند خارج از قواعد ید امانی عمل کرده است. ذیل ماده می‌گوید اگر مثلاً بر مستودع احراز شود که آن کسی که ودیعه را سپرده مالک نبوده و در عین حال مالک اصلی را هم شناسد، حکم اموال مجهول‌المالک جاری است یعنی باید ودیعه را به حاکم رد کند.

- ماده‌ی ۶۲۶: «اگر کسی مال خود را به ودیعه گذارد، ودیعه به فوت امانت‌گذار باطل و امین ودیعه را نمی‌تواند رد کند مگر به وراث او.» با فوت، عقد ودیعه که یک عقد جایز است منفسخ می‌شود و با انفساخ، اذن ساقط می‌شود، در نتیجه امین دیگر حق وضع ید بر مال ندارد، لذا مکلف است ردّ فوری کند. و چون با فوت مال ودیعه به وراث می‌رسد، باید به وراث رد کند. (تعبیر «باطل می‌شود» در ماده غلط است چون بطلان یعنی عقد از ابتدا بلاثر بوده لذا باید می‌گفت «منفسخ می‌شود».)

- ماده‌ی ۶۲۷: «در صورت تعدد وراثت و عدم توافق بین آنها مال و دیعه باید به حاکم رد شود.» وراثت، ملکیت مشاعی دارند لذا امین نمی‌تواند و دیعه را به یکی رد کند بلکه باید به کل آنها بدهد. پس دو حالت متصور است: یا وراثت با هم کنار می‌آیند و توافق می‌کنند مثلاً می‌گویند فلانی از طرف همه‌ی ما وکیل است، و امین باید به او تحویل دهد. یا توافق نمی‌کنند و بین آنها اختلاف پیش می‌آید در این صورت باید به حاکم رد کنند.

- ماده‌ی ۶۲۸: «اگر در احوال شخص امانت‌گذار تغییری حاصل گردد مثلاً اگر امانت‌گذار محجور شود عقد و دیعه منفسخ و و دیعه را نمی‌توان مسترد نمود مگر به کسی که حق اداره کردن اموال محجور را دارد.» این هم مثل فوت باعث انفساخ عقد و دیعه می‌شود با این تفاوت که در اینجا مالک وجود دارد منتها به دلیل حجر حق تصرف در اموال خود را ندارد. لذا امین باید به قیم یا نماینده‌ی قانونی منصوب از سوی حاکم رد کند و اگر هم کسی برای اداره‌ی اموال محجور نیست و تعیین نشده باید به حاکم رد کند.

- ماده ۶۲۹: «اگر مال محجوری به و دیعه گذارده شده باشد آن مال باید پس از رفع حجر به مالک مسترد شود.» مثلاً ولی مجنون، مالی که از آن مجنون است را به مستودع می‌سپارد، حالا مجنون افاقه پیدا می‌کند، در این صورت مستودع باید مال را به خود او تحویل دهد چون دیگر ولی یا قیم حق وضع ید بر اموال او را ندارد.

- ماده ۶۳۰: «اگر کسی مالی را به سمت قیمومت یا ولایت، و دیعه گذارد آن مال باید پس از رفع سمت مزبور به مالک آن رد شود، مگر اینکه از مالک رفع حجر نشده باشد که در این صورت به قیم یا ولی بعدی مسترد می‌گردد.» مثلاً کسی را به عنوان قیم مشخص می‌کنند و او مالی را که از آن محجور است به و دیعه می‌گذارد. حالا به دلیلی (مثلاً خیانت) این قیم را برکنار می‌کنیم. مستودع در این حال باید در صورت رفع حجر مال را به خود مالک والا به قیم بعدی رد کند.

- فرض بعدی ما در رد مال و دیعه، فوت مستودع است.

گفتیم عقد و دیعه، عقدی جایز و موجب ید امانی نسبت به مستودع است. (چون این عقد اذن می‌آورد). حالا اگر این شخص مستودع فوت کند یا محجور شود، عقد و دیعه منفسخ می‌شود. در نتیجه تکلیف به رد فوری می‌آید که در صورت فوت، این تکلیف بر عهده‌ی ورثه است و در صورت حجر بر عهده‌ی ولی یا قیم. اگر به این تکلیف عمل نکنند ضامن خواهند بود. ماده‌ی ۶۲۲ در این باره چنین مقرر می‌دارد: «اگر وارث امین، مال و دیعه را تلف کند باید از عهده‌ی مثل یا قیمت آن برآید، اگر چه عالم به و دیعه بودن مال نبوده باشد.» این اقتضای قاعده‌ی علی‌الید است که اگر رد فوری نکند وضع ید او بر مال غیر قانونی و در نتیجه ضامن خواهد بود. لذا حتی اگر نمی‌دانسته این مال، و دیعه است و آن را خرج کند، باید از عهده‌ی مثل یا قیمت آن برآید. اما اگر به تکلیف رد فوری عمل کند، در طول این مدت متعارف، ید او امانی است.

- ماده‌ی ۶۲۳: «منافع حاصله از ودیعه مال مالک است.»

ما هر آنچه تا به حال گفته بودیم، در رابطه با ردّ عین بود، اما مطابق این ماده به تبع عین، منافی هم که از ودیعه می‌آید، باید توسط مستودع مسترد گردد. هم منافع متصله و هم منافع منفصله از آن مالک است. البته مستودع مکلف به رد منافع منفصله است چون منافع متصله خودش با عین می‌رود.

- اگر مستودع مدعی شود که برای نگهداری از مال هزینه کرده است، (به عبارت دیگر به ترتیب متعارف برای نگهداری عمل کرده و همین نگهداری متعارف، هزینه‌هایی را برای مستوده در بر داشته است)؛ آیا می‌تواند برای گرفتن هزینه‌هایی که کرده است، ودیعه را پس ندهد؟ مثلاً مال را در سردخانه گذاشته و حالا مالک مطالبه می‌کند، به مالک می‌گوید اول پول کرایه‌ی سردخانه را بده تا بروم مالت را بیاورم! آیا اساساً می‌تواند چنین کاری کند و اگر مالک پول را ندهد تکلیف چیست؟

مثال دیگری که حقوقدانان زده‌اند این است که اگر مستودع مالی را از مالک طلب داشت، آیا می‌تواند ودیعه را حبس کند تا طلبش را بگیرد؟

در بحث ودیعه که یک امانت اصلی است و هدف، نگهداری مال است یک قاعده وجود دارد و آن قاعده «منع حبس امانات» است. بنابراین مستودع حق حبس ندارد و باید با سقوط اذن، فوراً ودیعه را رد کند و اگر هزینه‌ای کرده یا طلبی دارد بعداً جداگانه طرح دعوی کند.

حقوقدانان این قاعده را از اطلاق ماده‌ی ۶۱۹ درآورده‌اند که می‌گوید: «امین باید عین مالی را که دریافت کرده است رد نماید.» می‌گویند این حکم اجبار قانونی است و مستودع به هر دلیلی نمی‌تواند خلاف این حکم عمل کند مگر اینکه نصی داشته باشیم.

ما در مورد این قاعده تنها یک استثنا داریم و آن «قانون راجع به بدهی واردین به مهمان‌خانه‌ها و پانسیون‌ها» موصوب ۱۳۱۲ است؛ مثلاً طرف به هل می‌رود و بعد که می‌خواهد برود هزینه‌ی اقامت در هتل را نمی‌پردازد. این قانون به چنین مؤسساتی اجازه داده که در این حال از خارج ساختن وسایل مربوط به مسافری می‌توانند ممانعت کنند.

دکتر کاتوزیان از این استثناء استفاده می‌کند و می‌گوید همه‌ی هتل‌ها، مسافرخانه‌ها، رستوران‌ها و ... می‌توانند از این حکم استفاده کنند و امانات را حبس کنند. اما به نظر می‌آید چون در استثناء همیشه تفسیر مضیق می‌شود، اگرچه امکان دارد بتوانیم بگوییم هتل مثل مسافرخانه است اما دیگر جاهایی مثل رستوران شامل این حکم نمی‌شوند.

* اگر بر سر اینکه مال ودیعه تلف شده یا نه بین مودع و مستودع اختلاف بوجود آید تکلیف چیست؟ (مودع می‌گوید مال را در جای دیگری پنهان کرده‌ای و مستودع می‌گوید مال تلف شده است.) در اینگونه موارد قول مستودع مقدم است لذا مالک است که باید اثبات کند که مال هنوز موجود است یا اوست که باید اثبات کند مال در نتیجه‌ی عمل مستودع تلف شده است.

در مورد نقص هم همینگونه است، اگر مودع ادعا کند که نقص مربوط به تعدی و تفریط مستودع بوده قول مستودع مقدم است و این مودع است که باید اثبات کند. چراکه قاعده‌ی ما ید امانی است.

* اگر اختلاف مودع و مستودع در ردّ مال باشد تکلیف چیست؟ (مودع می‌گوید مال را بده و مستودع می‌گوید پس داده‌ام). یعنی مودع منکر است.

در دو فرض بالا قول مستودع را به اقتضای قاعده‌ی «لیس علی الایمین الا الیمین» مقدم می‌کردیم، اما در مورد ردّ مال، مستودع دارد ادعا می‌کند به تکلیف خود عمل کرده و مودع منکر است. به عبارت دیگر در آن دو فرض مستودع تکلیفی ندارد اثبات کند که در چهارچوب قواعد ید امانی عمل کرده است. بلکه اقتضای قاعده این است که چون امین است در چهارچوب قواعد ید امانی عمل کرده است. اما در مورد ردّ مال، چون مستودع تکلیف به ردّ مال دارد و دارد ادعا می‌کند مال را رد کرده باید ادعای خود را ثابت کند. البته در فقه نظر مشهور این است که در فرض ادعای مستودع مبنی بر ردّ مال نیز قول مستودع مقدم است چراکه وقتی در تلف که اثرش بیشتر از رد است می‌گوییم قول مستودع مقدم است، به طریق اولی در ردّ مال باید قول مستودع مقدم باشد.

حقوقدانان در این باره بحث نکرده‌اند.

* آیا فرد مستودع حق استفاده از مال ودیعه را دارد؟

گفتیم عقد ودیعه اساساً برای نگهداری از مال است بنابراین تصرفاتی را که مستودع می‌تواند بکند صرفاً تصرفاتی است که برای حفظ مال لازم است. ماده‌ی ۶۱۷: «امین نمی‌تواند غیر از جهت حفاظت تصرفی در ودیعه کند یا به نحوی از انحاء از آن منتفع گردد مگر با اجازه‌ی صریح یا ضمنی امانت‌گذار و الا ضامن است.» بنابراین تصرفات مستودع در چهارچوب حفاظت از مال است. اینکه می‌گوید «...جهت حفاظت...» بدین معناست که ضرورتی ندارد مستودع اقدامی برای افزایش قیمت مال کند. مثلاً اگر خانه را به امانت سپرده لازم نیست مستودع خانه را نقاشی کند که قیمت آن بالاتر برود چون چنین اعمالی از جهت حفاظت نیست. (اگرچه ممکن است برای وکیل چنین فرضی بشود، اما برای مستودع قابل تصور نیست.) مگر اینکه مودع به او تکلیف کرده باشد که در این صورت انجام این چنین کارهایی یک امر علی‌حده است و طرف از باب وکالت به این امور می‌پردازد و این دیگر ودیعه نیست. (در امر نگهداری، مستودع است و در این امور وکیل است.) طبق حکم این ماده مستودع نه می‌تواند تصرفات بیش از اندازه برد نه می‌تواند مال منتفع گردد چراکه در این صورت تعدی و تفریط کرده است.

ادامه ماده استثناء می‌زند و می‌گوید در صورت اجازه‌ی مودع امکان انتفاع برای مستودع وجود خواهد داشت. این مثل یک شرط اجرت است و یک چیز اضافه‌تری بر عقد ودیعه است. (اصل عقد ودیعه برای نگهداری است منتها یک اذن در انتفاع هم ضمن آن داده شده است.) بنابراین انتفاع نیاز دارد که ما اجازه‌ی مالک را کشف کنیم.

ضمانت اجرای انتفاع بدون اذن هم ضمانت امین است.

- در بحث‌های جدید مبحثی را طرح می‌کنند تحت عنوان «امانات خلاف قاعده»؛ امانات خلاف قاعده اماناتی است که علی‌الأصول برای انتفاع داده می‌شود. مثلاً کسی پول خود را در حساب قرض‌الحسنه به بانک می‌سپارد؛ در

واقع ما با این سپردن داریم ضمناً به بانک اجازه می‌دهیم که از این پول استفاده کند. افرادی مثل دکتر کاتوزیان و دکتر کاشانی به این‌ها امانات خلاف قاعده می‌گویند. ولی به نظر می‌رسد اطلاق امانت به این امور چندان صحیح نیست، به این دلیل که این‌ها مال عینی نیست که مثلاً وقتی پولی را می‌سپاریم عین مال استرداد شود. (فرض ما این بود که مستودع عین مالی را که امانت گرفته باید مسترد کند.) از طرف دیگر بانک با این پول کار و تجارت می‌کند. لذا این با امانات مادی کمی متفاوت است. همچنین تفاوت دیگر این است که قاعده‌ی منع تهاتر اعمال نمی‌شود حال آنکه ما گفتیم در امانات حق حبس و تهاتر نداریم. به نظر می‌رسد باید این‌ها را عقود و تأسیسات جدیدی فرض کرد، چون با قواعد سنتی قانون مدنی در بحث امانات سازگار نیست.

بند دوم

تعهدات شخص مودع

ماده‌ی ۶۳۳: «امانت‌گذار باید مخارجی را که امانت‌دار برای حفظ مال و دیعه کرده است به او بدهد.» بنابراین هزینه‌ی نگهداری مال بر عهده‌ی مودع است. حال این سؤال مطرح است که مخارج حفظ و نگهداری چگونه مخارجی است؟

۱. مخارجی است که ما بر آن تراضی می‌کنیم؛ مثلاً مستودع شرط می‌کند که من از مال تو نگهداری می‌کنم، منتها هزینه‌ی نگهداری، روزی ۱۰۰۰ تومان است. در اینجا اگر هزینه بیشتر شد، اضافی به عهده‌ی مستودع است، چون خودش شرط را پذیرفته است.

۲. توافقی بر هزینه‌ها وجود ندارد، اما چون عقد احسانی است و مودع دارد انتفاع می‌برد، قرار نیست هزینه‌ی نگهداری از جیب مستودع برود. در نتیجه مودع مکلف است هزینه‌های نگهداری را تأدیه کند ولو در عقد شرط نشده باشد. منتها در این حالت منظور هزینه‌ی متعارف است (گفتیم ترتیبات نگهداری را یا اذن مالک مشخص می‌کند یا عرف، که در هر دو حال هزینه‌ی نگهداری بر عهده‌ی مالک است).

– ماده ۶۳۴: «هرگاه رد مال مستلزم مخارجی باشد بر عهده‌ی امانت‌گذار است.» مثلاً مستودع قرار است مال را ببرد و فلان جا تحویل مالک بدهد. طبیعتاً هزینه‌های رد نیز بر عهده‌ی مودع است.

به غیر از این اگر به خاطر عیب و نقص مال و دیعه خسارتی به مستودع وارد شود، جبران این خسارت نیز بر عهده‌ی مالک است؛ مثلاً دام مریضی را به مستودع می‌سپارد و باعث می‌شود بقیه‌ی دام‌ها مریض شوند. این حکم از ماده‌ی ۶۳۹ در می‌آید: «هرگاه مال عاریه‌دار عیوبی باشد که برای مستعیر تولید خسارتی کند، معیر مسئول خسارت وارده نخواهد بود. مگر اینکه عرفاً مسبب محسوب شود. همین حکم در مورد مودع و موجر و امثال آن‌ها نیز جاری است.»

البته این حکم جدیدی نیست و اگر قانون‌گذار هم نمی‌گفت از قواعد مسئولیت مدنی حکم آن را در می‌آوردیم.

آخرین مسئولیت و تعهد مودع (که در قانون مدنی نص ندارد و حقوقدانان آن را بیان می‌کنند) این است که «پرداخت اجرت برای خود شخص مستودع» نیز بر عهده‌ی مالک است. (این با هزینه‌ی نگهداری فرق می‌کند) گفتیم شرط اجرت در عقد ودیعه صحیح است، حالا یا این اجرت همراه با نگهداری است، مثل پارکینگ‌های عمومی که می‌گویند هزینه (نگهداری و اجرت با هم) روزی مثلاً ۵۰۰۰ تومان است. یا به صورت جداگانه پرداخت می‌شود.

گفتار سوم

انحلال عقد ودیعه

گفتیم ودیعه عقدی جایز است و با فوت و حجر منفسخ می‌شود. هرکدام از طرفین هم هر موقع اراده بکنند می‌توانند یک طرفه عقد را فسخ کنند مگر اینکه شرط فسخ را ضمن عقد لازمی اسقاط کرده باشند یا ضمن عقد لازمی برای عقد ودیعه مدت قائل شده باشند.

در پایان ذکر این نکته خالی از لطف نیست که اگرچه امروزه عقود مثل ودیعه یا عاریه ممکن است زیاد کاربرد عملی نداشته باشد اما اهمیت بررسی این عقد به خاطر مرور قواعد ید امانی است. لذا در انتهای مواد مربوط به ودیعه یک قاعده‌ی کلی می‌آورد که هرکجا که قواعد ید امانی است و شخصی امین محسوب می‌شود، همین احکام عقد ودیعه در آن جاری است.

ماده‌ی ۶۳۱: «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است، بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر، یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمی‌باشند مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود اگرچه مستند به فعل او نباشد.»

پایان عقد ودیعه

مسأله

الف مالی را از ب که صغیر بوده و در معرض تلف قرار داشته به ودیعه می‌گیرد. پس از آن مال در نزد الف به سرقت می‌رود. آیا دعوی ولی ب جهت مطالبه‌ی خسارت صحیح است یا خیر؟

فصل سوم: عقد عاریه

* مقدمه

گفتیم در عقد ودیعه، عقدی منعقد می‌شود و به موجب آن، اذنی به شخصی در حفظ مال می‌دهیم، به همین دلیل تأکید داشتیم که ودیعه یک عقد احسانی است و مستودع محسن است و دارد در حق مودع احسان می‌کند، و گفتیم هرکجا شک داشتیم و یا قانون سکوت کرده یا مجمل بود، قواعد به نفع مستودع تفسیر می‌شود؛ در عقد عاریه هم ما داریم شخصی را جایگزین می‌کنیم اما نه در نگهداری بلکه در «انتفاع»، یا به تعبیر قانون مدنی در ماده ۶۳۵ «عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود.» در حالی که در ودیعه می‌گفتیم فردی به فرد دیگری اجازه می‌دهد که مال او را مجاناً نگهداری کند. بنابراین اقتضای ذات در عاریه عبارت است از «اذن در انتفاع».

تعبیر فقهی عاریه هم عبارت است از: «و هی عقدٌ ثمرته التبرُّءُ بالمنفعه» یعنی همان اذن در انتفاع. حال این سؤال مطرح است که پس عقد عاریه چه تفاوتی با اجاره دارد؟ در ماده‌ی ۶۳۵ می‌گوید: «احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود.» اما در ماده‌ی ۴۶۶ در باب اجاره می‌گوید: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود.» یعنی اجازه‌ی انتفاع در اجاره ملازمه با تملک منافع دارد ولی در عاریه اینگونه نیست.

در خصوص اذن، هم در شرکت و هم در ودیعه گفتیم اذن صرفاً اباحه است؛ منتها در ودیعه اذن در نگهداری می‌دادیم ولی اینجا اذن در انتفاع به مستعیر می‌دهیم. (معیر: عاریه دهنده - مستعیر: عاریه گیرنده) و اینکه اذن می‌دهیم به این معنی است که منفعت را بر او «مباح» می‌کنیم، ولی هیچگونه تملکی برای او نمی‌آورد. لذا در اجاره (که تملک منافع می‌آید) مستأجر می‌تواند این منفعت را به دیگری هم واگذار کند اما در عقد عاریه چون ملکیتی برای مستعیر نمی‌آید، اینگونه نیست. لذا ماده‌ی ۶۴۷ می‌گوید: «مستعیر نمی‌تواند مال عاریه را به هیچ نحوی به تصرف غیر دهد مگر به اذن معیر.»

بنابراین با فرض اینکه عاریه یک عقد جایز است، هرگاه مالک مال بخواهد، می‌تواند رجوع کند و مستعیر نمی‌تواند معیر را الزام کند. چراکه اباحه موجب حق نیست و عاریه نیز یک عقد اذنی (اذن محض) است. به همین

دلیل در فقه عده‌ای تردید کرده‌اند که آیا عاریه اساساً عقد است یا اذن محض؟! یعنی آیا برای اینکه کسی بخواهد از مال دیگری منتفع شود، لزوماً ایجاب و قبول می‌خواهد یا همین که اذن در انتفاع بدهد کافی است؟ که در پاسخ می‌گوییم آثار حقوقی این دو فرقی با هم ندارد. به عبارت دیگر چه ما عاریه را عقد بدانیم که نیاز به ایجاب و قبول و شرایط اساسی صحت معاملات دارد چه اذن محض، آثار حقوقی هر دو یکی است. به هر حال قانون مدنی عاریه را «عقد» می‌داند.

گفتار اول

عقد عاریه

بند اول

تعریف

ماده‌ی ۶۳۵: «عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود.

عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر می‌گویند.»

بررسی تعریف:

- «... به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد...»؛ مطابق تعریف قانون مدنی در این ماده، اثر مستقیم و اقتضای ذات عاریه «اجازه در انتفاع» است.

- «... از عین مال او...»؛ یعنی فرض قانون این است که اجازه دهنده باید مالک مال باشد. لذا ما تردید می‌کنیم که آیا اجازه دهنده لزوماً باید مالک مال باشد؟ همانطور که در عقد ودیعه گفتیم اگر طرف مأذون از قبل مالک بود کافی است، در اینجا هم می‌گوییم لازم نیست اجازه دهنده مالک باشد، بلکه همین قدر که از قبل مالک مأذون باشد کافی است؛ مثل مستأجر که همانگونه که (طبق عمومات قانون مدنی) می‌تواند منافع را به دیگری منتقل کند، می‌تواند منافع را به دیگری عاریه دهد حال آنکه مالک عین نیست. پس فرض ما این شد که ملکیت منافع یا جواز در اذن (مثل وکیل) برای دادن عاریه کفایت می‌کند. لذا بهتر بود در نص ماده می‌آمد «... که از عین مالی...».

- «...مجاناً منتفع شود...»؛ اینجا هم مثل ودیعه می‌گوییم الزامی نیست عاریه مجانی باشد بلکه فرد می‌تواند شرط اجرت کند. از طرفی وقتی در ودیعه که فقط بحث نگهداری بود، شرط اجرت صحیح است، در عاریه به طریق اولی صحیح است چون مستعیر منفعت می‌برد، منتها اینجا به عکس است، یعنی ما به نفع معیر شرط اجرت می‌کنیم ولی در ودیعه به نفع مستودع شرط اجرت می‌کردیم. اما باید دقت داشت که شرط اجرت در عقود غیر معاوضی منجر به معوض شدن عقد نمی‌شود. لذا شرط اجرت در عاریه بدین معنا نیست که این عقد به اجاره تبدیل شده یا به معنی مالک شناخته شدن مستعیر نیست. لذا ما در عاریه ابهام در شرط را می‌پذیریم چون این اجرت جزء عوضین محسوب نمی‌شود. لذا در اجاره نمی‌توان گفت این ملک را اجاره می‌دهم در ازای پولی که در گاو صندوق موجود است، اما در عاریه می‌توان گفت این اتومبیل را بگیر و از آن استفاده کن و در ازای آن هرچه پول در جیب

خود داری به من بده. به هر حال در اینجا هم اطلاق عقد عاریه مجانی بودن است اما اگر شرط اجرت بشود بلاشکال خواهد بود. با این اوصاف در عاریه هم مثل ودیعه، تعریف فقهی، کامل تر و بهتر از تعریف قانون مدنی است؛ «و هی عقدٌ ثمرته التبرُّءُ بالمنفعه»

بند دوم

انعقاد عاریه

ماده‌ی ۶۳۶: «عاریه دهنده علاوه بر اهلیت باید مالک منفعت مالی باشد که عاریه می‌دهد اگرچه مالک عین نباشد.» پس اهلیت در انعقاد عاریه شرط است. می‌بینیم ادامه‌ی ماده هم پذیرفته است که لازم نیست عاریه دهنده مالک عین باشد. روشن است وقتی کسی دارد عقد عاریه منعقد می‌کند می‌خواهد منافع مالش را با اذن به دیگری منتقل کند پس این نوعی تصرف برای معیر است، لذا شک نداریم که اهلیت برای او شرط است. اگر در عاریه شرط اجرت بشود یعنی قرار باشد مستعیر اجرت بدهد این پرداخت پول، چون شرط مالی و تصرف در اموال است، نیاز به اهلیت برای مستعیر نیز هست. اما اگر عاریه مجانی بود آیا باز برای مستعیر اهلیت شرط است؟ به عبارت دیگر آیا با فرض اینکه صغیر ممیز یا سفیه (چون حق قبول تملکات بلاعوض دارند و حجری که برای آن‌ها قائلیم حمایتی است - چون اراده‌ی آن‌ها کامل است-) می‌توانند مجاناً از اباحه منفعت استفاده کنند، اذن ولی یا قیم برای گرفتن عاریه‌ی مجانی لازم است یا خیر؟ بله؛ در عقد عاریه درست است که اجازه‌ی انتفاع مجانی است، اما عاریه که مال خودِ صغیر ممیز یا سفیه نمی‌شود، بلکه او فقط اباحه‌ی منفعت دارد اما نسبت به عین مال مسئول است و باید آن را برگرداند، پس چون بخشی از این قبول مسئولیت ملازمه با تصرف مالی دارد، اذن ولی یا قیم قطعاً شرط است.

سؤال دیگری که مطرح است این است که آیا هر مالی را می‌توان عاریه داد؟ مثلاً می‌توان میوه‌ی درخت را که انتفاع از آن ملازمه با از بین رفتن آن دارد، عاریه داد؟! در این باره قانون‌گذار چنین مقرر می‌دارد: ماده‌ی ۶۳۷: «هر چیزی که بتوان با بقاء اصلش از آن منتفع شد، می‌تواند موضوع عقد عاریه قرار گیرد...»؛ در فقه هم این تعبیر را داریم: «کلّ ما یصحّ اجارته یصحّ اعارته»، بنابراین فقط مالی که با بقاء اصل می‌توان از آن منتفع شد موضوع عقد عاریه قرار می‌گیرد.

ادامه‌ی ماده: «... منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلایی باشد.» مثل عقود دیگر که می‌گوییم جهت معامله باید مشروع باشد، اینجا هم می‌گوید منفعتی که از عاریه برده می‌شود باید جهت مشروع داشته باشد. بنابراین نمی‌توان ساختمانی را برای تأسیس قمارخانه عاریه داد.

آیا می‌توان در عقد عاریه منافع مجهولی را به عاریه داد؟ مثلاً اتومبیلی را می‌دهد و می‌گوید استفاده کن اما نمی‌گوید چقدر استفاده کن!

به نظر می‌رسد ضرورتی ندارد میزان منفعت معلوم باشد چون معلوم و معین بودن و ... از ویژگی‌های عقود تملیکی است حال آنکه عاریه، یک عقد اذنی است لذا صرف اذن اجمالی در حدی که برای ما رفع ابهام شود کفایت

می‌کند. یعنی همین‌که برایش روشن شود که شخص برای استفاده از «این مالش» به او اذن داده کفایت می‌کند اما اگر شخصی بگوید من می‌خواهم یکی از اتومبیل‌هایم را به تو عاریه دهم و مشخص نکند کدام اتومبیل، اصل عدم جاری می‌شود چون اینجا معلوم نیست اذن به کدام اتومبیل تعلق گرفته‌است. پس همین‌که متعلق اذن مشخص شود، کافی است اگرچه مابقی مبهم باشد.

اگر شخصی عقد عاریه را واقع کرد برای واگذارکردن منافع مالی که با انتفاع، آن مال تلف می‌شود، تکلیف چیست؟ مثلاً میوه را عاریه دهد.

عده‌ای مانند دکتر کاتوزیان معتقداند این عاریه صحیح است منتها یک عاریه‌ی ویژه‌است و به آن عاریه‌ی استهلاک می‌گویند.

اما گروهی دیگر می‌گویند این اصلاً عاریه نیست بلکه عقد دیگری است و تابع ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی است. عده‌ای هم می‌گویند این، عقد قرض است لذا طرف باید بعداً مثل یا قیمت را پس بدهد. به نظر می‌رسد ما باید به اراده‌ی طرفین نگاه کنیم، لذا اگر از اراده‌ی آن‌ها بدست آوریم که این عاریه نیست بلکه قرض یا صلح یا هر عقد دیگری است، اشکالی ندارد آنگونه تفسیر کنیم. ولی به هر حال این عقد ذیل عاریه تحلیل نمی‌شود.

بند سوم

اوصاف عاریه

وصف اولی که پیش از این هم بدان اشاره کردیم این است که عاریه عقد است و اطلاق آن مجانی بودن است، لذا شرط اجرت هم در آن صحیح است.

ویژگی دوم عاریه این است که یک عقد جایز است. ماده‌ی ۶۳۸: «عاریه عقدی است جایز و به موت هر یک از طرفین منفسخ می‌شود.» می‌بینیم که این ماده تعبیر ناقصی آورده، چون باید می‌گفت به فوت و حجر منفسخ می‌شود.

وصف سوم که برخی حقوقدانان مثل دکتر کاشانی از آن ذکر می‌کنند این است که عاریه عقدی «عینی» است و برای انعقاد نیاز به قبض و تسلیم دارد. دلیل ایشان هم این است که انتفاع ملازمه با تسلیم دارد. البته این درست است که انتفاع ملازمه با تسلیم دارد اما به تعبیر دکتر کاتوزیان، عقد عاریه عینی نیست چون اصل در حقوق ما عدم تشریفات است (اصل بر رضایی بودن است.) و تشریفات نیاز به نص دارد. اما چون این عقد تملیکی نیست برای اینکه مستعیر بتواند منفعتی ببرد باید مال به او تسلیم شود. پس تسلیم شرط انتفاع است نه شرط انعقاد عقد.

گفتیم عاریه عقدی جایز است و جواز به ما حق رجوع می‌دهد. (اباحه منفعت = جواز = امکان رجوع) حالا این بحث مطرح می‌شود؛ اگر مستعیر برای انتفاع هزینه کرده بود، تکلیف چیست؟ مثلاً زمینی را عاریه می‌دهد و

می‌گوید می‌توانی یک سال از آن نفع ببری، مستعیر هم می‌رود و دواتاق در زمین می‌سازد، چون یک سال مدت کمی نیست، ولی پس از یک هفته مالک می‌گوید من زمین خود را می‌خواهم، و از عقد رجوع می‌کند! خوب تکلیف هزینه‌هایی که مستعیر کرده چه می‌شود؟

یا مثلاً باغ را برای یک سال عاریه می‌دهد و مستعیر به خیال این یک سال برای رشد محصول باغ هزینه می‌کند (کود و سم می‌دهد، درختان را هرس می‌کند و ...) ولی پس از یک ماه مالک رجوع می‌کند! خوب، می‌بینیم که در برخی مواقع امکان رجوع، ملازمه با خسارت مستعیر پیدا می‌کند.

قانون مدنی نسبت به این بحث سکوت کرده است. فقها مصادیقی را برای این بحث ذکر می‌کنند که در ادامه به آن می‌پردازیم و حقوقدانان به تبع از فقها به این مقوله پرداخته‌اند. در رابطه با اینکه در اینجا تقدم با معیر است یا مستعیر دو نظر وجود دارد:

۱. تقدم با حق معیر است؛

ذیل این پیش‌فرض دو نظر وجود دارد:

الف) اساساً معیر نیازی به پرداخت خسارت ندارد، چون اباحه منفعت بوده و مستعیر لازم نبوده هزینه کند، چراکه فرض عقلایی این است که روی زمین عاریه‌ای نباید ساختمان ساخت و در آن هزینه کرد. پس هزینه در مال عاریه‌ای اقدام علیه خود است چون می‌دانسته معیر هر زمانی حق رجوع دارد.

ب) نمی‌توان گفت مستعیر علیه خود کار کرده بلکه او به اذن مالک کار کرده است. بله، یک موقع هست طرف می‌گوید زمین را عاریه می‌دهم، خوب در اینجا مستعیر نمی‌تواند برود و در آن ساختمان سازی کند، اما یک موقع هست می‌گوید زمین را عاریه می‌دهم برای احداث بنا، یعنی اذن مالک اساساً برای احداث است، یا می‌گوید باغ را عاریه می‌دهم برای استفاده از میوه‌ها، خوب استفاده از باغ نیاز به آبیاری و ... دارد و باید برای انتفاع از آن هزینه کرد. یا مثل مثال خود قانون مدنی که می‌گوید عاریه‌ی دیوار برای نهادن سرتیر، یعنی اساساً اذن داده تا این کار را بکند. بنابراین درست است که حق معیر مقدم است (چون تصرفات مستعیر به خاطر اباحه بوده است). اما چون مستعیر به اذن معیر هزینه کرده است، این حق با لاضرر تعارض دارد؛ یعنی حق رجوع منجر به ضرر مستعیر می‌شود. اما این تعارض قابل حل است بدین صورت که تقدم با حق معیر است ولی اگر مستعیر به اذن معیر هزینه کرد، جبران هزینه به عهده‌ی معیر است. به عبارت دیگر به حکم قاعده‌ی تسلیط، معیر حق رجوع دارد و می‌تواند مال را پس بگیرد ولی به حکم قاعده‌ی لاضرر، باید خسارات هزینه‌هایی را که به اذن خود او بوده است جبران کند. (جمع بین لاضرر و تسلیط) پس در اینجا معیر منخیر است که یا صبر کند تا آن انتفاعی را که اذن داده بوده مستعیر ببرد، یا اگر رجوع کرد باید خسارات را جبران کند.

۲. عده‌ای می‌گویند در اینگونه موارد عاریه به عقدی لازم تبدیل می‌شود و لذا تقدم با حق مستعیر است. به عبارت دیگر چون اقدامات مستعیر به اذن مالک بوده است، دیگر معیر حق رجوع تا زمان مورد نظر و انتفاع متعارف مستعیر ندارد. (در همه‌ی مثال‌هایی که ما زدیم اقدامات مستعیر در چهارچوب اذن و متعارف بود، پس اگر معیر زمین

را برای کشت عاریه داد ولی مسعیر در آن خانه‌ای دو طبقه ساخت، این به معیر ربطی ندارد و لازم نیست جبران خسارت کند.)

اما مصادیقی که در این بحث در فقه آورده‌اند که معیر حق رجوع ندارد:

۱. عاریه‌ی زمین برای احداث بنا یا کاشتن درخت؛ در چنین مواردی مالک نمی‌تواند رجوع کند و بگوید بنا را خراب کن یا درختان را بکن.

در ذیل این بحث عده‌ای ماده‌ی ۵۰۴ در باب اجاره را قابل توجه می‌دانند، اما ما این ماده را در اینجا استفاده نمی‌کنیم چون این ماده نوعی شرکت را بین موجر و مستأجر پذیرفته است و حکم خاصی را در عقد اجاره بیان می‌کند که در عاریه قابل اعمال نیست.

عده‌ای به ماده‌ی ۱۰۸ قانون مدنی استناد کرده‌اند. این ماده می‌گوید: «در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد، مالک می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد.»

در کنار این ماده عده‌ای هم به ماده‌ی ۱۲۰ استناد می‌کنند: «اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار سرتیر بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند مگر اینکه به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد.» این عده به استناد این دو ماده می‌گویند در اینکه در چنین مواردی (حتی در مورد احداث بنا یا غرس اشجار) حق معیر مقدم است شکی نیست، همچنین در این دو ماده می‌بینیم که قانون مدنی حرفی از خسارت به میان نیاورده است و چون قانون در مقام بیان این بوده که معیر حق رجوع دارد و خسارت لازم نیست، معیر لازم نیست خسارتی بدهد. (نظر الف که شرح آن گذشت)

اما ما گفتیم بین قاعده‌ی تسلیط و لاضرر جمع می‌کنیم و در تحلیل این دو ماده می‌گوییم این مواد فقط در مقام بیان حق رجوع است و اساساً در مقام بیان این نبوده است که اگر رجوع ملازمه با خسارت داشت چه باید کرد و لذا سکوت کرده است. بنابراین از این سکوت استفاده نمی‌کنیم که اعمال تسلیط منجر به اضرار دیگری شود.

۲. عاریه زمین برای زراعت

۳. عاریه دیوار برای سرتیر

۴. عاریه غیر منقول برای رهن؛ مثلاً می‌گوید ملک خود را عاریه می‌دهم و تو مجاز هستی آن را در قبال دیون خود، به رهن دهی. (این فرض با فروض قبلی کمی متفاوت است.)

گفتیم در ماده‌ی ۱۰۸ آمده بود «... مگر مانع قانونی موجود باشد...» خوب در مصداق چهارم، چون ملک متعلق حق دیگری قرار گرفته (وقتی ملک بر اساس عاریه به رهن سپرده می‌شود، الآن آن فرد طلبکار باید از این ملک استفاده کند نه خود مستعیر) این مانع قانونی محسوب می‌شود، به عبارت دیگر انعقاد عقد رهن از طرف مستعیر (با مال عاریه) خود یک مانع قانونی است لذا اساساً در این فرض معیر حق رجوع ندارد، یعنی دیگر حق او مقدم نیست.

۵. عاریه‌ی زمین برای دفن میت؛ مثلاً شخصی زمین را عاریه می‌دهد تا میتی در آن دفن شود، در این مورد نیز گفته‌اند مالک حق رجوع ندارد، چون رجوع ملازمه با نبش قبر دارد و این یک مانع قانونی است. اما اگر به هر دلیلی حاکم اجازه‌ی نبش قبر داد، به محض اینکه مانع برطرف شد، مالک زمین می‌تواند رجوع کند.

گفتار دوم

آثار و تکالیفی که عاریه برای معیر و مستعیر ایجاد می‌کند.

بند اول

تعهدات شخص مستعیر

۱. ید مستعیر امانی است.

قانون مدنی مثل مستودع مسئولیت شخص مستعیر را مشمول قواعد ید امانی فرض کرده است. ماده‌ی ۶۴۰: «مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد مگر در صورت تعدی یا افریط.» پس فرض ما این است که مستعیر هم نظیر مستودع است به این معنی که اگرچه مستودع صرفاً مسئول در نگهداری بود و مستعیر اذن در انتفاع دارد، این استفاده مانع از اعمال قواعد ید امانی نیست. باید دقت داشت که مستعیر بر خلاف مستودع انتفاع می‌برد و میزان تصرفاتش نسبت به مستودع بیشتر است، لذا مسئولیت‌های مستعیر، رعایت قواعد ید امانی در چهارچوب انتفاع است. بنابراین هم انتفاع می‌برد و هم در عین حال مکلف به نگهداری از مال است. در باب نگهداری از مال مشابه مستودع است اما در باب انتفاع این سؤال مطرح است که چگونه باید استفاده کند؟ در این باب فرض ما بر این است که مستعیر یا در چهارچوب «اذن مالک» انتفاع می‌برد یا در چهارچوب «عرف»؛ اگر حدود اذن مالک مشخص بود و مستعیر خارج از حدود اذن استفاده کرد، در واقع خارج از قواعد ید امانی اقدام کرده و ضامن است. اما اگر اذن به اطلاق بود و حدود آن مشخص نبود باید ببینیم عرف چه حدودی را برای ما مشخص می‌کند و اگر مستعیر خارج از این حدود اقدام کند ضامن است. بر همین اساس ماده‌ی ۶۴۱ مقرر می‌دارد: «مستعیر مسئول منقصت ناشی از استعمال مال عاریه نیست مگر اینکه در غیر مورد اذن استعمال نموده باشد و اگر عاریه مطلق بوده بر خلاف متعارف استفاده کرده باشد.» بحثی را در اینجا حقوقدانان مطرح می‌کنند و می‌گویند اگر مستعیر آنقدر از مال عاریه استفاده کند که مال تلف شود تکلیف چیست؟ مثلاً وسیله‌ای برقی را برای سه روز عاریه می‌گیرد و آنقدر استفاده می‌کند که دستگاه می‌سوزد. قطعاً این نوع استفاده متعارف نیست.

باید دقت داشت اگر شخصی مالی را به عاریه بسپارد این به این معنا نیست که ما هرطور خواستیم می‌توانیم استفاده کنیم چراکه فرض ما در انتفاع این بود که اصل مال باقی بماند و قابل برگشت باشد.

گاهی اوقات استفاده از مالی متعارف است اما آن وسیله که عاریه داده شده ویژگی‌هایی دارد که امکان استفاده‌ی متعارف از آن فراهم نیست. در این صورت اگر مستعیر علم داشته باشد که آن وسیله مثلاً استاندارد نیست و اگر به قدر متعارف استفاده کند تلف می‌شود، باید متعارف خود مال را نیز در نظر بگیرد و حق ندارد بیش از اندازه انتفاع ببرد والا ضامن است.

اگر در عقد عاریه شرط ضمان شود، صحیح است یا خیر؟ مثلاً بگویید این اتومبیل را می‌دهم استفاده کنی ولی در هر صورت ضامن هستی.

گفتیم در ودیعه اصل را بر عدم مسئولیت گذاشته‌اند و قواعد ید امانی را در ودیعه امری فرض می‌کنند لذا شرط ضمان در عقد ودیعه را باطل می‌دانند و به نفع مستودع تفسیر می‌کنند. اما در عقد عاریه چون احسان در حق مالک نیست بلکه احسان در حق مستعیر است، آن قاعده که در ودیعه بود قابل اعمال نیست. بر همین اساس قانون مدنی در ماده‌ی ۶۴۲ می‌گوید: «اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود اگرچه مربوط به عمل او نباشد.» پس شرط ضمان در عاریه صحیح است.

شرط ضمان منقصت نیز در عاریه پذیرفته شده است؛ مثلاً بگویید من اتومبیل را به تو عاریه می‌دهم ولی باید پول کاهش ارزش و استهلاک اتومبیل را هم بدهی. بر همین اساس ماده‌ی ۶۴۳ می‌گوید: «اگر بر مستعیر شرط ضمان منقصت ناشی از صرف استعمال نیز شده باشد ضامن این منقصت خواهد بود.»

این ضمان منقصت می‌تواند در مورد قیمت بازار هم باشد؛ مثلاً اگر در قیمت آن سقوط اتفاق افتاد مستعیر را ضامن تلقی کنیم.

[ضمان:

ردّ عین = مثل یا قیمت

= خسارت

۱. نقصان در مال

۲. کاهش قیمت متعارف

۳. تلف بوسیله‌ی دیگری]

اطلاق عقد عاریه امانی بودن ید یعنی عدم ضمان است، اما در یک مورد فرض در عاریه ضامن بودن مستعیر است، هرچند تلف ناشی از عمل او نباشد یا تعدی و تفریط نکرده باش؛ و آن «عاریه‌ی طلا و نقره» است که اصطلاحاً به آن «عاریه‌ی مضمونه» گفته می‌شود.

در فقه قائل به تفکیک شده‌اند و جواهرات تزئینی را عاریه‌ی مضمونه نمی‌دانند و فقط ضمان را در مسکوکات پذیرفته‌اند. اما در قانون مدنی چنین تفکیکی وجود ندارد و طلا و نقره را اعم از مسکوک و غیر مسکوک، عاریه‌ی مضمونه می‌دانند.

عده‌ای علت ضمان در طلا و نقره را گران‌قیمت بودن طلا و نقره دانسته‌اند اما اگر این علت را بپذیریم این اشکال مطرح می‌شود که پس در سایر اشیاء گران‌قیمت (مثلاً گلدان عتیقه) نیز این حکم باید جاری باشد حال آنکه اینگونه نیست. لذا حکم ماده ۶۴۴ استثناء است و قابل تعمیم نیست. ماده‌ی ۶۴۴: «در عاریه طلا و نقره اعم از مسکوک و غیر مسکوک مستعیر ضامن است هرچند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد.» حال این

سؤال مطرح است که آیا می‌توان در عاریه‌ی مضمونه شرط عدم ضمان کرد؟ این، مورد اختلاف است اما اکثراً می‌گویند این حکم استثنا است و احکام استثناً قاعداً امری است و نمی‌توان در آن شرط خلاف کرد.

۲. رد مال

ماده‌ی ۶۴۵: «در رد عاریه باید مفاد مواد ۶۲۴ و ۶۲۶ تا ۶۳۰ رعایت شود.»؛ پس رد مال در عاریه دقیقاً مثل ودیعه است و همان احکام جاری است که توضیح آن گذشت.

۳. پرداخت هزینه انتفاع

مخارج لازمه برای انتفاع بر عهده‌ی مستعیر است و مخارج نگهداری ژان تابع عرف و عادت است مگر اینکه شرط خاصی شده باشد. (ماده ۶۴۶ ق.م.) بنابراین این هزینه‌ی نگهداری منوط به عرف یا شرط ضمن عقد است.

بند دوم

تعهدات شخص معیر

۱. پرداخت خسارات وارده به مستعیر

اگر عاریه‌ی عیبی داشته و معیر آن عیب را به مستعیر نگفته و این امر موجب وارد شدن خسارت به مستعیر شده باشد، معیر باید از عهده‌ی آن خسارات وارده برآید.

ماده‌ی ۶۳۹: «هرگاه مال عاریه‌دارای عیوبی باشد که برای مستعیر تولید خسارتی کند معیر مسئول خسارت وارده نخواهد بود مگر اینکه عرفاً مسبب محسوب شود.»

۲. گفتن عیوب مال عاریه

۳. پرداخت هزینه‌های نگهداری از مال عاریه

گفتار سوم

انحلال عقد عاریه

مطابق ماده‌ی ۶۳۸ «عاریه عقدی است جایز...» بنابراین با فوت یا حجر هر یک از طرفین منفسخ می‌شود و هر یک نیز حق رجوع در هر زمانی که بخواهد دارد و می‌تواند عقد را فسخ کند.

آخرین نکته در بحث عاریه تفاوت آن با اجاره است و آن این که اولاً عاریه عقدی است جایز حال آنکه اجاره لازم است؛ ثانیاً مستأجر چون مالک منفعت است «حق انتقال آن به غیر» را دارد اما مستعیر فقط مأذون در انتفاع است و چنین حقی ندارد.

پایان عقد عاریه

مسأله

- شخص الف زمینی را برای زراعت به مدت ۵ سال از ب عاریه می‌گیرد و در آن شرط می‌شود که ماهیانه ۳۰ هزار تومان اجرت بدهد. پس از دو سال مالک زمین فوت می‌کند.
- الف) آیا ورثه در این زمان حق مطالبه‌ی زمین را دارند؟
- ب) اگر پس از دو سال از زمان فوت مالک، الف زمین را به احد از ورثه تسلیم کند وضعیت عقد عاریه و مسئولیت‌های الف را بررسی کنید.
- ج) اگر ورثه پس از ۵ سال مطلع شوند که زمینی به الف عاریه داده شده آیا حق دارند اجرتی بیش از ۳۰ هزار تومان مطالبه کنند؟

فصل چهارم: عقد وکالت

* مقدمه

در نظام‌های حقوقی غربی اصولاً به جای وکالت، یک تئوری کلی و عام وجود دارد و آن تئوری «نمایندگی» است. نمایندگی یا «agency» تئوری‌ای است که در بسیاری از قراردادها و عقود دارای کارایی است؛ بدین معنا که اشخاص در خیلی از کارها شخصاً توانایی انجام کار را ندارند، خواه به خاطر فرصت زمانی، خواه به لحاظ بُعد مکانی و خواه به لحاظ عدم تخصص یا کثرت کار و مشغله؛ و این باعث شده نظریه‌ای به نام تئوری نمایندگی در حقوق غرب طرح شود که سابقه‌ی آن به حقوق روم باستان بر می‌گردد. متنها امروزه این تئوری آشکال گوناگونی پیدا کرده است. در واقع هرچه روابط عادی و تجاری زندگی افراد گسترده‌تر شده، مفهوم تئوری نمایندگی هم پیچیدگی‌های خاصی پیدا کرده است. در نمایندگی نیز مانند وکالت، دامنه‌ی اختیارات نماینده بسته به نوع قرارداد و اختیاراتی که به او داده‌اند متفاوت است. در حقوق ما به جای نمایندگی مفهوم «نیابت» پذیرفته شده است و به کار می‌رود. هم در تئوری نمایندگی، هم نیابت و هم وکالت، یک عنصر مشترک است و آن اینکه ما کسی را جانشین خود قرار می‌دهیم که از قبل ما فعالیت کند. لذا اگرچه امکان دارد برای نماینده هم آثاری داشته باشد، اما مسئولیت اصلی در این قراردادها با اصیل است و آثار آن هم برای اوست.

گاهی اصیل «آشکار» است مثلاً وقتی نماینده قرارداد می‌بندد، امضا می‌کند و می‌گوید به نمایندگی از فلان شرکت...

و گاهی هم اصیل «پنهان» است و رغبت ندارد خودش را آشکار کند. مثلاً کسی می‌خواهد در بورس کل سهام شرکتی را بخرد، ولی از ترس رُقبای دوست ندارد اسمش فاش شود. لذا نماینده‌اش قرارداد را منعقد می‌کند و اگرچه نماینده در ظاهر برای خود قرارداد می‌بندد ولی در واقع دارد با مسئولیت دیگری و برای دیگری این کار را می‌کند.

اینجا یک بحث حقوقی وجود دارد؛ گفتیم در نیابت و تئوری نمایندگی اقدامات نماینده برای اصیل دارای آثار حقوقی است لذا این بحث بوجود می‌آید که مگر می‌شود کسی دیگری اراده کند و آثار آن برای دیگری ظاهر شود؟ چراکه قبلاً در بحث‌های نظری داشته‌ایم که در عقود، ما از برخورد دو یا چند اراده صحبت می‌کنیم که یک تأسیس حقوقی به نام عقد بوجود می‌آورد، خوب آثار این تأسیس حقوقی قاعداً باید برای کسی باشد که اراده می‌کند، حالا در نمایندگی چگونه است که شخصی اراده می‌کند ولی آثار آن برای دیگری می‌آید؟ البته در اصیل آشکار تا

حدودی این وضعیت منطقی و عقلایی به نظر می‌رسد اما در اصیل پنهان این کار ظاهراً غیر عقلایی است که شخصی معامله را به نام خود منعقد کند و دیگری هم به خیال اینکه او معامله را برای خود امضا می‌کند با او معامله می‌کند ولی بعداً معلوم می‌شود معامله برای دیگری بوده که اصیل پنهان است. مثلاً بعداً طرف معامله به دلیلی می‌خواهد معامله را فسخ کند و ثمن را از طرف مقابل بگیرد ولی طرف مقابل می‌گوید به من ربطی ندارد من معامله را برای فلان شخص منعقد کرده بودم.

ماده‌ی ۱۹۶ هم اصیل پنهان را پذیرفته است: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود...»

به نظر می‌رسد ما با یک پدیده‌ی خلاف اصل روبرو هستیم و قانون مدنی هم آن را پذیرفته است. گفتیم تئوری نمایندگی یعنی اراده‌ی شخصی به جای دیگری؛ بنابراین شخص وکیل یا نماینده اصالتاً در این عقد هیچ‌کاره است، یعنی اگرچه عقد را واقع می‌کند و ایجاب و قبول را بیان می‌کند، این‌ها برای دیگری است و آثار حقوقی هم برای دیگری است و نماینده کاره‌ای نیست.

مثال برای انجام عملی از قبل دیگری: شخصی مالی به دیگری بدهکار است؛ پول را به یک نفر مجنون می‌دهد که به طلبکار بدهد، خوب، اگر مجنون پول را بدهد ایفای دین واقع شده و طلبکار بعداً نمی‌تواند بگوید «تو که خودت تأدیه نکردی بلکه دیگری این پول را داده است!» و او هم انشاء نمی‌توانسته بکند و ...

در واقع شخصی که از قبل دیگری کاری را انجام می‌دهد خودش موضوعیتی ندارد و به تعبیر فقها «کالالت» است، اما این عمل او (مثل پرداخت دین در مثال مذکور) اثر حقوقی دارد. البته ما باید بین موارد فرق قائل شویم؛ بعضی اقدامات هستند که اساساً نیازی به انشاء نایب یا وکیل ندارند مثل پرداخت دین در مثال مذکور، بعضی اقدامات هست که انشاء را موکل می‌کند و وکیل تنها لفظ عقد را بیان می‌کند و بعضی اقدامات هم هست که وکیل از قبل موکل انشاء می‌کند. با این حال در هیچ‌یک از سه حالت فوق خود وکیل مدخلیتی در عقد ندارد و آثار عقد برای اصیل است و این معنی تئوری نمایندگی است. بنابراین ما با یک پدیده‌ی حقوقی روبرو هستیم که به مقتضای نیازهای روز جامعه مصادیق متفاوتی دارد. لذا متصدی حمل و نقل، قائم مقام تجاری، حق‌العمل‌کار و ... همه در حکم وکیل هستند.

نکته: ما در «عبادات» بحث وکالت را نداریم و ادله منصرف از موضوع وکالت است، چون در عبادات قصد قربت شرط است و قصد قربت، ناظر بر حیثیت شخصی است. (خواندن نماز یا گرفتن روزه‌ی متوفی ادله‌ی خاص دارد.) پس آنچه که ما از نیابت یا نمایندگی بحث می‌کنیم در حوزه‌ی معاملات است.

گفتار اول

عقد وکالت

بند اول

تعریف

ماده‌ی ۶۵۶: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید.»

این تعریف نیز از فقه گرفته شده است. فقها وکالت را اینگونه تعریف می‌کنند: «استنابه فی التصرف» و ماده‌ی ۶۵۶ هم وکالت را «نیابت در اقدام» می‌داند. اقدام و تصرف وکیل، گاهی فیزیکی است مثلاً به مجنون پول می‌دهد تا به طلبکار برساند و گاهی هم تصرف حقوقی است مثلاً می‌گوید تو وکیل من باش در خرید یک اتومبیل که در اینجا وکیل باید انشاء کند.

ما در حقوق نوع دیگری از وکالت را هم داریم و آن «وکالت در دعاوی» است. (وکالت در اقدامات قضایی) این نوع وکالت اگرچه تابع قواعد عمومی وکالت است که پیرامون آن بحث خواهیم کرد اما یک سری قواعد خاص خود را نیز دارد.

بحث ما تا اینجا ذیل عقود اذنی بود و وکالت نیز از مصادیق عقود اذنی است بدین معنا که موکل به وکیل اذن می‌دهد که به نیابت از او اقدام کند و آثار تصرفات و اقدامات وکیل برای موکل باشد.

بند دوم

اوصاف عقد وکالت

۱. وکالت عقدی است اذنی

۲. با توجه به ماده‌ی ۶۷۸، وکالت عقدی است جایز

باید توجه داشت جواز عقد وکالت از آسیب‌های این عق در کشور ماست. چون ما از عقد وکالت به جای عقود دیگر استفاده می‌کنیم و بخش عمده‌ای از دعاوی حقوقی که الآن در دادگستری مطرح است از همین ناشی می‌شود. مثلاً طرفین به جای بیع وکالت را واقع کرده‌اند، بدین صورت که طرف ثمن را گرفته و به مشتری وکالت داده که برود خودش از قبل او سند را به نام خود کند. حالا با بیع فوت می‌کند و مشتری به عنوان وکیل با دعاوی ورثه روبرو می‌شود. بنابراین جواز سبب می‌شود جایی که خود وکیل ذینفع است، در معرض خطر باشد. به همین خاطر است که راهکارهایی برای برداشتن این جواز در نظر گرفته‌اند نظیر وکالت بلاعزل یا شرط وکالت ذیل عقد خارج لازم و ... که این‌ها نیز خود مشکلاتی دارد که در آینده به آن خواهیم پرداخت.

۳. وکالت عقدی است مجانی (تعبیر دکتر کاتوزیان)؛ به نظر می‌رسد این تعبیر غلط و با مسامحه است، چراکه ماده ۶۵۹ صراحتاً می‌گوید: «وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت.» و در ماده‌ی ۶۷۷ نیز آمده است: «اگر در وکالت مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد محمول بر این است که با اجرت باشد. پس به نظر می‌رسد

این تعبیر دکتر کاتوزیان با مسامحه است بدین معنا که عقد وکالت مجانی نیست اما از عقود «غیر معاوضی» است؛ بنابراین در وکالت با اجرت، ما ملکیت عوضین را ردّ و بدل نمی‌کنیم و اقدام وکیل در قبال اجرت نیست.

بند سوم

انعقاد عقد وکالت

در ماده‌ی ۶۵۶ تصریح می‌کند که وکالت «عقد» است، بنابراین نیاز به دو طرف دارد.

در ماده‌ی ۶۵۷ می‌گوید: «تحقق وکالت منوط به قبول وکیل است.» پس موکل اذن می‌دهد و ایجاب می‌کند و وکیل باید قبول کند.

در ماده‌ی ۶۵۸ می‌گوید: «وکالت ایجاباً و قبولاً به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند واقع می‌شود.» پس اگر فردی مثلاً بگوید من به تو وکالت می‌دهم که خانه‌ام را بفروشی و طرف مقابل هم چیزی دالّ بر قبول نگوید ولی برود اقدام کند، همین اقدام، نشانگر قبول او است.

حال این سؤال مطرح است که آیا توالی ایجاب و قبول در وکالت شرط است؟

علی‌رغم اینکه گفتیم وکالت عقدی است جایز یعنی حدوثاً و بقائاً منوط به اراده‌ی طرفین است و هرگاه یکی از این اراده‌ها از پشت عقد برداشته شود عقد فرو می‌ریزد، در قانون مدنی در بحث وکالت دو ماده وجود دارد که خلاف این قاعده آورده است یعنی با وجود برداشته شدن اراده‌ی یکی از طرفین، عقد را پابرجا می‌داند و آن مواد ۶۸۰ و ۶۸۱ است که در بحث‌های آتی مفصلاً پیرامون این دو ماده بحث خواهیم کرد. حقوقدانان از همین دو ماده استفاده می‌کنند و می‌گویند ایجاب در عقد وکالت حالت خاصی دارد و مانند ایجاب‌های عادی نیست که ما توالی بخواهیم. (توالی یعنی قبول به گونه‌ای بعد از ایجاب بیاید که بتوانیم بفهمیم این قبول متصل به همین ایجاب است نه اینکه شخصی الآن ایجاب بگوید و قابل یک‌سال دیگر قبول کند به طوری که نتوان اتصال و ارتباط این دو را استنباط کرد.) چنانچه وقتی در ماده‌ی ۶۸۱ به وکیل اجازه می‌دهد که در صورت استعفا اگر ببیند اذن موکل هنوز باقی است، می‌تواند در مورد وکالت اقدام کند، این بدین معنا است که آن ایجابی که موکل داده بوده کماکان استمرار دارد. لذا حقوقدانان در تحلیل این دو ماده می‌گویند ایجاب در وکالت با ایجاب در بقیه‌ی عقود متفاوت است و به همین دلیل توالی را در انعقاد وکالت شرط نمی‌دانند. یا به تعبیر صحیح‌تر بگوییم توالی در انعقاد عقد وکالت اقتضای خود را دارد بنابراین اگر پس از ۱۰ سال فهمید موکل هنوز به اذن خود باقی است می‌تواند قبول بگوید. (ماده‌ی ۶۸۱: «...مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است...»)

عده‌ای از همین دو ماده استفاده کرده و آن را قرینه بر ایقاع بودن وکالت گرفته‌اند اما گفتیم قانون مدنی صریحاً وکالت را عقد تلقی کرده است.

بحث دیگری که در ذیل «انعقاد وکالت» مطرح می‌شود «اهلیت» است. در اینکه در انعقاد عقد وکالت نیاز به اهلیت داریم تردیدی وجود ندارد اما سؤال این است که به چگونه اهلیتی نیاز داریم؟ آیا عقل و بلوغ و رشد در

همه‌ی حالات نیاز است؟ مثلاً اگر موکل بگوید تو فقط برو و این پول را از قیل من تأدیه کن (یعنی اراده‌ی وکیل شرط نباشد) آیا اینجا هم اهلیت در وکیل شرط است؟ یا مثلاً در جایی که انشاء را موکل کرده و وکیل فقط باید الفاظ و صیغه‌ی عقد را جاری کند؟!

ما باید بین موارد فرق قائل شویم یعنی اول باید به موضوع وکالت توجه کنیم بعد بحث اهلیت را مطرح کنیم. **اهلیت موکل:** قانون مدنی ابتدائاً اهلیت را از منظر شخص موکل مطرح می‌کند. صدر ماده‌ی ۶۲۲ در این باره می‌گوید: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد...» پس اگر مثلاً موکل سفیه است و می‌خواهد قبول تملکات بلاعوض کند، چون برای این کار اهلیت دارد می‌تواند به دیگری وکالت دهد تا این تملک بلاعوض را قبول کند. یا مثلاً صغیر غیر ممیز است اما اقدامی که می‌خواهد انجام دهد غیر مالی است و ... اما اگر مثلاً تاجر ورشکسته است چون ممنوع‌التصرف در اموال خود است نمی‌تواند در این مورد وکالت بدهد.

اهلیت وکیل: ذیل ماده‌ی ۶۶۲: «... وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد.» مثلاً سفیه می‌تواند در قبول تملکات بلاعوض وکالت کند چون برای این امر اهلیت دارد. اما مثلاً چون مجنون و سفیه و صغیر غیر ممیز نمی‌توانند تصرف مالی بکنند، در اینگونه امور وکالت هم نمی‌توانند بکنند. اینجا یک بحث مهم وجود دارد که آیا ورشکسته می‌تواند در امور مالی دیگران وکالت کند؟ چون او فقط در امور مالی خودش نمی‌تواند تصرف کند پس ظاهراً اشکالی ندارد در امور مالی دیگران وکالت کند. بر همین اساس اشخاصی مثل دکتر امامی می‌گویند سفیه و صغیر ممیز چون فقط از تصرف در امور مالی خودشان ممنوع‌اند، پس می‌توانند در امور مالی دیگران وکالت کنند!

در پاسخ باید گفت اولاً عقد وکالت یک عقد امانی است و وکیل باید رعایت غبطه و مصلحت مالی موکل را بکند حال آنکه سفیه قادر به تشخیص مصلحت مالی موکل نیست؛ ثانیاً اگر رعایت غبطه نکند وکیل ضامن است. (ماده ۶۶۶) یعنی باید از اموال خودش خسارات وارده به موکل را بدهد. از همین نکته استفاده می‌کنیم و می‌گوییم پس تاجر ورشکسته هم نمی‌تواند در امور مالی دیگران وکالت کند چون اگر بد عمل کند باید از اموال خودش جبران خسارت کند حال آنکه اموال خودش متعلق حقوق دیان است.

پس تنها در فرضی که اجرای موضوع وکالت فقط تسلیم چیزی است (نه اراده می‌خواهد و نه تصرفی وجود دارد) می‌توان گفت اقدامات وکیل صحیح است ولو سفیه یا صغیر ممیز باشد. (مجنون هیچگاه طرف عقد وکالت قرار نمی‌گیرد.)

منظور از «مورد وکالت» موضوع وکالت است که از ارکان انعقاد عقد وکالت است.

بند اول

در چه چیزهایی می توان وکالت داد؟

ماده ۶۶۲: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد...»

نکته‌ی اول اینکه منظور از «... بتواند...» چیست؟ آیا منظور توانایی حقوقی است یا مادی؟ طبیعتاً باید گفت این توانایی، توانایی حقوقی است. مثل بحثی که در بیع داشتیم که می‌گفتیم تسلیم جزء تکالیف بایع است. اما اگر خود مشتری می‌توانست تسلّم کند نیز صحیح است؛ در اینجا هم به همان ترتیب است؛ اگر موکل قانوناً بتواند عملی را انجام دهد اما شخصاً نتواند (فقط توانایی حقوقی داشته باشد) به دیگری وکالت می‌دهد، مثلاً می‌خواهد بیعی را واقع کند اما مبیع در اختیارش نیست لکن وکیل می‌تواند مبیع را به‌دست بیاورد. مثلاً جواهری در آب چاه افتاده و کسی می‌گوید به من وکالت بده تا آن را برایت بیرون بیاورم و بفروشم.

نکته‌ی دوم اینکه آیا هرجایی موکل توانایی حقوقی داشته باشد قابل توکیل است؟ مثلاً ولایت یا قیمومت توانایی حقوقی است، آیا این‌ها هم قابل توکیل است؟ خیر؛ برخی تکالیف در حقوق ناظر بر شخص است و قابل توکیل نیست، مثلاً اعمال امر ولایت، یک امر شخصی است و قابل توکیل نیست البته در اجرای موضوع ولایت می‌توان وکالت داد. مثلاً ولیّ طفلی با رعایت مصلحت می‌خواهد مال او را بفروشد اما خودش این کار را انجام نمی‌دهد و به کسی وکالت می‌دهد این کار را بکند. پس توانایی‌های حقوقی نظیر ولایت قابل توکیل نیست چون «حکم» قانون مدنی است نه «حق». (مثلاً سرپرستی خانواده حکم است برای زوج)

نکته‌ی سوم اینکه قانون‌گذار در بخشی از امور، خودش دارای حکم است و مشخص می‌کند که آیا این موارد قابل توکیل هست یا خیر؟

مثلاً ماده‌ی ۱۳۳۰ قانون مدنی: «تقاضای قسم قابل توکیل است... لیکن قسم یاد کردن قبل توکیل نیست...». قانون آیین دادرسی هم برخی موارد دیگر اضافه کرده است؛ مثلاً تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی: «...سوگند، شهادت، اقرار، لعان، ایلاء قابل توکیل نیست...» یعنی فرض را بر این گذاشته که برخی حقوق جزء حقوق خاص است و در آن مباشرت شرط است و قابل توکیل نیست. البته بحث اقرار در فقه اختلافی است. بحث حیات مباحات نیز در فقه اختلافی است؛ حیات کننده باید قصد تملک داشته باشد لذا اگر به طور اتفاقی تیری شلیک شود و به حیوانی برخورد کند طرف، مالک نمی‌شود چون قصد تملک نداشته است. لذا عده‌ای گفته‌اند چون قصد تملک شرط است، حیات مباحات قابل توکیل نیست. اما به نظر می‌رسد با وجود شرط بودن قصد تملک هم مانعی برای توکیل حیات مباحات نیست، همانگونه که در بیع وکیل می‌تواند از قبل موکل انشاء کند. در بحث وصیت نیز اختلاف نظر وجود دارد، مثلاً کسی به دیگری وکالت دهد که از قبل او وصیت کند. در وصیت

گفته‌اند چون مباشرت شرط نیست اشکالی ندارد وکالت بدهیم اما تنها در مورد «وصیت‌نامه‌های خود نوشت» (موضوع ماده‌ی ۲۷۹ قانون امورحسبی) قطعاً نمی‌توان وکالت داد چون ماده می‌گوید باید به خط و امضای خود فرد موصی باشد؛ اما در سایر امور وصیت اگرچه محل اختلاف است، گفته می‌شود اگر دامنه‌ی موضوع وصایت مشخص باشد می‌توان به دیگری وکالت داد.

بند دوم

دامنه‌ی حدود وکالت

نکته ۱. وکالت به چند قسم تقسیم می‌شود :

عام : در تمام امور شخص وکیل است.

خاص : در امور خاص (مثلاً فقط در امور مالی شرکت) شخص وکیل است.

مطلق : مثلاً در اداره‌ی امور شرکت، وکالت مطلق دارد. (در مطلق نیاز به قرینه است.)

مقید : مثلاً در مورد فروش خانه، وکیل است.

قانون مدنی در ماده‌ی ۶۶۰ و ۶۶۱ این را بیان می‌کند.

وکالت عام : آیا ممکن است کسی دیگری را در «تمام امور» خود وکیل کند؟

عده‌ای می‌گویند وکالت عام ابهام دارد چراکه موضوع وکالت در آن مشخص نیست اگرچه معلوم و معین بودن، اقتضای معاملات معاوضی است. (و در معاملات غیر معاوضی عقد مسامحه‌ای است بدین معنا که نیازی به معلوم و معین بودن نیست و ابهام قابل پذیرش است.) با این حال نمی‌توان وکالت «عام» را پذیرفت چون حدود مورد وکالت مشخص نیست. به عبارت دیگر درست است که وکالت عقد مسامحه‌ای است و نیاز به علم تفصیلی نیست و اجمال قابل پذیرش است ولی ابهام به نحو کلی قابل پذیرش نیست.

ماده‌ی ۶۶۰ : «وکالت ممکن است به طور مطلق و برای تمام امور موکل باشد...»؛ بیان ماده اشکال دارد چون

اگر «واو» را عطف بگیریم گویی مطلق مساوی است با «برای تمام امور»، حال آنکه «برای تمام امور» اقتضای عام را دارد نه مطلق را؛ پس در اینجا خلطی صورت گرفته است.

ادامه‌ی ماده : «... یا مقید و برای امر یا امور خاصی» ؛ پس این ماده هر چهار نوع وکالت را گفته است.

اما حکم وکالت مطلق در ماده‌ی ۶۶۱ آمده است: «در صورتی که وکالت مطلق باشد فقط مربوط به اداره کردن

اموال موکل خواهد بود.» دیدیم که در ماده‌ی ۶۶۰ وکالت مطلق را مساوی عام قرار داد) «... به طور مطلق و برای

تمام امور...») و حالا در ۶۶۱ می‌گوید اگر وکالت مطلق بود (یعنی اگر عام بود) فقط مربوط به اداره‌ی اموال موکل

است. به تعبیر دیگر وکالت عام حمل بر یک مورد خاص (اموال) شده است. پس اگر شخصی به دیگری بگوید «در

تمام امور من وکیل هستی» منظور اداره‌ی «اموال» است.

سه قسم دیگر وکالت هم که صحیح است و تردیدی در صحت آن نیست و تردید ما فقط در وکالت عام بود که قانون‌گذار با حمل آن بر مورد خاص آن را نیز صحیح فرض کرده است.

نکته ۲. در برخی مواد، خود قانون‌گذار موضوع وکالت را تعیین کرده است؟

- ماده‌ی ۶۶۴: «وکیل در محاکمه وکیل در قبض نیست مگر اینکه قرائن دلالت بر آن نماید و همچنین وکیل در اخذ حق، وکیل در مرافعه نخواهد بود.» مطابق صدر ماده وکیل در دعوی وکیل در اجرا نیست و حق گرفتن محکوم‌به را ندارد مگر اینکه قرینه‌ای وجود داشته باشد مثلاً موکل به مسافرت رفته و به وکیل گفته طرح دعوی کند خوب در اینجا اگر وکیل فقط طرح دعوی کند و حکم را هم بگیرد ولی محکوم‌به را قبض نکند، فایده‌ای به حال موکل ندارد. لذا چون موکل نیست، همین قرینه است که محکوم‌به را نیز باید تحویل بگیرد.

ذیل ماده عکس قضیه را بیان می‌کند و می‌گوید وکیل در اجرا، وکیل در طرح دعوی نیست. لذا اگر وکیل بود که حقی را بگیرد و طرف آن را ندهد، چون فقط وکیل در اخذ بوده نمی‌تواند برود طرح دعوی کند. در اینجا هم اگر قرائن دلالت کند که وکیل می‌تواند طرح دعوی کند، باید قائل به این مطلب شویم.

- ماده‌ی ۶۶۵: «وکالت در بیع، وکالت در قبض ثمن نیست مگر اینکه قرینه‌ی قطعی دلالت بر آن کند.» بنابراین اگر کسی وکیل در فروش است به این معنا نیست که ثمن را هم می‌تواند قبض کند. مگر اینکه قرینه «قطعی» داشته باشد. می‌بینیم که در این ماده (به خلاف ماده ۶۶۴ که می‌گفت «مگر اینکه قرائن دلالت بر آن کند») می‌گوید «قرینه‌ی قطعی» دلالت بر آن کند. مثلاً در فروش مال غیرمنقول چون خود موکل هم می‌تواند حضور پیدا کند و اسناد را تنظیم و در دفتر ثبت اسناد، ثبت کند قرینه‌ای بر گرفتن ثمن وجود ندارد. ولی اگر مثلاً بگوید فلان مال منقول (مثلاً تکه جواهری را) بفروش، این به این معنی است که وکیل باید ثمن را هم بگیرد، چون اگر نگیرد دیگر طرف را در بازار پیدا نمی‌کند.

از مواردی که ذکر شد پی به این نکته می‌بریم که قانون‌گذار در صدد است ما را به سمتی سوق دهد که شخص در موارد تردید وکیل نیست مگر اینکه تصریح شده یا قرینه‌ای وجود داشته باشد. (اصل عدم اذن است.) عکس ماده‌ی ۶۶۵ هم همین حکم را دارد یعنی وکیل در شراء، وکیل در قبض مبیع نیست مگر اینکه قرینه‌ی قطعی دلالت کند.

- ماده‌ی ۶۷۱: «وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست مگر اینکه تصریح به عدم وکالت باشد.» این یک قاعده‌ی تکمیلی است؛ مثلاً اگر گفته خانه را بفروش، وکیل قاعداً باید بتواند به شهرداری یا اداره‌ی دارایی و... مراجعه کند چون اینها مقدمات فروش است و بدون انجام آن فروش خانه ممکن نیست؛ مگر اینکه تصریح به عدم انجام مقدمات شده باشد. مثلاً گفته تو وکیل در فروش هستی ولی حق نداری به دارایی مالیات پردازی.

- دو مورد خاص هم در آیین دادرسی مدنی وجود دارد و آن مواد ۳۵ و ۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی است. نکته‌ی قابل توجه در ماده‌ی ۳۵ این است که قانون‌گذار آن‌قدر وسواس نشان می‌دهد که در تبصره ۱ می‌گوید:

اشاره به موارد این ماده هم کافی نیست و حتماً باید موضوع مربوطه تصریح شود. مثلاً نمی‌توان گفت «طرف وکیل در امور موضوع ماده‌ی ۳۵ هم می‌باشد» بلکه باید تصریح شود که در چه مواردی است.

گفتار سوم

اجرای مورد وکالت

در اجرای موضوع وکالت باید از تعهدات وکیل و موکل به طور جداگانه بحث کنیم ضمن اینکه در اینجا با یک شخص ثالث هم طرف هستیم چون موضوع وکالت ممکن است متوجه حقوق اشخاص ثالث باشد

بند اول

در تعهدات وکیل

الف) وکیل باید موضوع وکالت را اجرا کند.

وقتی نیابت در انجام امری به وکیل داده می‌شود یعنی او باید موضوع وکالت را از قبل موکل انجام دهد. در اینجا این بحث پیش می‌آید که تعهدات وکیل در اجرا چیست؟ باید بین دو نوع وکالت فرق قائل شد:

۱. انجام به نحو تعهد بوسیله

مثلاً می‌گویید برو خانه را بفروش؛ شخص همه‌ی مقدمات را فراهم می‌کند اما چون بازار راکد است نمی‌فروشد. در اینجا موکل نمی‌تواند اعتراض کند که چرا خانه را نفروختی، چون تعهد شخص، تعهد بوسیله است یعنی همه‌ی کارها را انجام داده ولی مشتری وجود ندارد و این دیگر ربطی به وکیل ندارد. به عبارت دیگر وکیل ضامن اجرای موضوع وکالت نیست. او فقط وظیفه داشته اقدامات اجرایی را انجام دهد و مقدمات را فراهم کند حال اگر فروخته نشود ربطی به او ندارد.

۲. انجام به نحو تعهد به نتیجه

این یعنی «حصول یک عمل» مثلاً به وکیل می‌گویید من تا شنبه مهلت تجدید نظر خواهی دارم و تو تا شنبه لایحه‌ی تجدید نظر را ثبت کن. در اینجا اگر وکیل این کار را نکند موکل می‌تواند اعتراض کند و وکیل نمی‌تواند مثلاً بگوید من لایحه را نوشته‌ام و در خانه گذاشته‌ام، چون این به درد موکل نمی‌خورد بلکه باید می‌رفته و لایحه را تقدیم می‌کرده است. پس در این نوع وکالت حصول عمل شرط است. بنابراین وکیل ضامن اجرا است.

اینکه از کجا بفهمیم تعهد به وسیله است یا به نتیجه از موضوع وکالت مشخص می‌شود و به نحوه‌ی انعقاد قرارداد بر می‌گردد. مثلاً اگر قید زمانی ۵ روز برای فروش وجود داشت می‌شود تعهد به نتیجه ولی اگر قید زمانی نداشت می‌شود به وسیله.

حال این سؤال مطرح است که در انجام موضوع وکالت وکیل چگونه باید اقدام کند؟

گاهی اقدام وکیل صرفاً در اجرای صیغه‌ی عقد است بدین صورت که موکل خود اراده می‌کند و به وکیل می‌گوید «تو فقط برو صیغه‌ی عقد و الفاظ را بیان کن» در اینجا فرض بر این است که وکیل باید در بیان لفظ اقدام

کند. این مثل همان موردی است که وظیفه‌ی وکیل صرفاً تأدیه‌ی دین است، پس اگر قصور یا تأخیری داشته باشد، علی‌الأصول مسئول است مگر اینکه اثبات کند علت عدم اقدام قوه‌ی قاهره یا حادثه‌ای خارجی بوده که دفع آن از عهده‌ی وکیل خارج بوده است.

گاهی هم اقدام وکیل عمل حقوقی است و از قبل خود وکیل نیاز به اراده دارد، به عبارت دیگر خود وکیل عملی را انشاء می‌کند. مثلاً برای فروش به بازار مراجعه می‌کند و مقدمات را فراهم می‌آورد ولی به علت رکود بازار، در فروش تأخیر می‌کند (اجباری هم نداشته که فوراً بفروشد) در این فرض تأخیر بلامانع است. البته باید توجه داشت همانگونه که گفتیم گاهی اعمال حقوقی نیاز به اقدام فوری دارد مثلاً تاجری در حال ورشکسته شدن است و به وکیل می‌گوید فوراً به هر قیمتی شده، خانه را بفروش، تا بتواند چک‌هایش را بپردازد. در این فرض تأخیر وکیل جایز نیست. پس همانگونه که قبلاً گفتیم اجرای مورد وکالت را بر اساس موضوع وکالت دو قسم می‌کنیم: یکی اینکه در تعهدات به وسیله وکیل اقداماتش را در اجرای موضوع آغاز می‌کند ولو نتیجه حاصل نشود. اما در تعهدات به نتیجه وکیل باید نتیجه را حاصل کند والا مرتکب تقصیر شده است.

اصل در وکالت این است که وکیل مباشرتاً در اجرای موضوع وکالت اقدام کند. ماده‌ی ۶۷۲: «وکیل در امری نمی‌تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد.» در اینجا حقوقدانان بحث را دو شق می‌کنند و می‌گویند باید بین این دو مورد فرق گذاشت:

۱. گاهی وکیل اول، وکیل می‌گیرد که مطابق ماده‌ی ۶۷۲ جایز نیست مگر تصریح شده باشد.
۲. گاهی وکیل اجیر می‌گیرد که بلا اشکال است. مثلاً وکیل باید خانه را بفروشد و باید فلان موقع به دارایی مراجعه کند. لکن چون فرصت ندارد، کسی را اجیر می‌کند تا برود و مالیات را بپردازد. حقوقدانان می‌گویند این از مصادیق اجیر است بدین معنا که او در اجرای موضوع وکالت امر را به دیگری واگذار نکرده بلکه در اجرای جزئی اجیر گرفته است. به عبارت دیگر در مثال فوق به آن شخص نمی‌گوید برو خانه را بفروش بلکه فقط گفته پرداخت مالیات را برای من انجام بده و در مقابل آن مزد خود را بگیر.

گفتیم اصل این است که وکیل حق توکیل ندارد؛ حالا سؤال این است که اگر وکیل بر خلاف اصل، وکیل گرفت تکلیف چیست؟

برای پاسخ باید دو فرض قائل شویم:

وکیل اول یا نسبت به وکیل دوم مأذون است یا غیر مأذون.

اگر وکیل اول مأذون بود رابطه بین موکل و وکیل دوم یک رابطه‌ی حقوقی مستقیم است. با این فرض که گفتیم تمام اقداماتی که وکیل در چهارچوب اذن انجام می‌دهد آثار آن برای موکل است (ماده‌ی ۶۷۴) پس اگر وکیل از قبل موکل مأذون در انتخاب وکیل بود و وکیل دومی هم انتخاب کند، اقدام او مؤثر است. ضمن اینکه عقد وکالت

دومی واقع می‌شود و در واقع شخص موکل دو وکیل خواهد داشت که هر دو وکیل استقلالی هستند. (چون ابتدا موکل یک وکیل استقلالی انتخاب می‌کند و بعد هم وکیل اول، وکیل دومی انتخاب می‌کند که او هم استقلالی است.) نتیجه‌ی این بحث این می‌شود که چون وکیل دوم وکیل موکل محسوب می‌شود نه وکیل وکیل اول، لذا اگر وکیل اول فوت کرد یا محجور شد در آثار اقدام وکیل دوم هیچ تأثیری ندارد. بر همین اساس اگر وکیل دوم معامله‌ای با ثالث واقع کند اقدام حقوقی او صحیح است و در اینجا هم آثار این اقدام مستقیماً برای موکل است و ماده‌ی ۶۷۴ مستند ما قرار می‌گیرد: «موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده [در اینجا نسبت به ثالث] انجام دهد.»

اما اگر وکیل اول در انتخاب وکیل دوم غیر مأذون بود؛ در این فرض اگر وکیل اول وکیل دومی انتخاب کند، این اقدام غیر نافذ است، بنابراین میان وکیل دوم و موکل رابطه‌ی حقوقی برقرار نمی‌شود. پس وکیل دوم وکیل وکیل اول است نه وکیل موکل و نسبت به موکل هیچ مسئولیتی ندارد. حالا اگر وکیل دوم معامله‌ای با ثالث واقع کند این اقدام او نیز غیر نافذ است (البته اگر از قبل موکل با ثالث معامله کند اینگونه است). پس بین موکل و ثالث نیز رابطه‌ی حقوقی برقرار نمی‌شود. (مگر اینکه موکل تنفیذ کند.) بنابراین دیگر موکل نسبت به ثالث مسئولیتی ندارد و صدر ماده‌ی ۶۷۴ کاربردی در این فرض ندارد. نتیجه‌ی بحث این می‌شود که اگر وکیل اول فوت کند یا محجور شود، اساساً وکیل دوم سمتی نخواهد داشت چراکه وکیل دوم در واقع نسبت به موکل مثل فصول است. پس مستند ما در اینجا ذیل ماده‌ی ۶۷۴ است: «... در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام داده است موکل هیچگونه تعهد نخواهد داشت مگر اینکه اعمال فصولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.»

حال این سؤال مطرح است که آیا اقدام وکیل با فرض مأذون بودن از مصادیق تقصیر او محسوب می‌شود؟ اگر وکیل در انتخاب وکیل دوم مأذون بوده است در این انتخاب تقصیری ندارد اما باید دقت داشت که او نمی‌تواند به هرکسی وکالت بدهد مثلاً نمی‌تواند وکیلی انتخاب کند که خیانتکار یا آدم بدنامی است بلکه خود انتخاب، اگر به درستی صورت نگیرد و شخص خیانتکار یا غیر متخصص را انتخاب کند از مصادیق تقصیر است لذا اگر اقدامات وکیل دوم منجر به ضرر بشود وکیل اول هم مسئول است چون مرتکب تقصیر شده است. بنابراین در مقابل موکل نسبت به اقدامات وکیل دوم مسئول است.

اما اگر اساساً غیر مأذون بود و وکیل دوم انتخاب کرد، در اینجا نفس انتخاب وکیل دوم، خود، تقصیر وکیل اول محسوب می‌شود. (برخلاف فرض بالا که نفس انتخاب تقصیر نبود بلکه نوع انتخاب می‌توانست تقصیر محسوب شود.)

در فرضی که وکیل اول غیر مأذون است و وکیل دوم انتخاب می‌کند، اگر موکل اقدامات وکیل دوم با ثالث را تنفیذ کند، رابطه‌ی حقوقی مستقیم بین ثالث و موکل برقرار می‌شود لذا اگر مثلاً ثالث مبیع را درخواست کند موکل پاسخگو است. اما اگر تنفیذ نکرد وکیل اول و دوم مسئول‌اند و موکل هیچ مسئولیتی مثلاً در تسلیم مبیع ندارد. همچنین است در مورد خسارات وارده یعنی در صورت عدم تنفیذ وکیل اول و دوم مسئول خواهند بود. (در اینکه

وکیل اول مسئول است یا دوم همان قواعد مسئولیت مدنی حاکم است یعنی اگر وکیل دوم بگوید من جاهل بودم وکیل اول در مقابل ثالث مسئول است).

ب) وکیل باید اموال موکل را حفظ کند.

فرض این است که وکیل از قبل موکل مأذون در تصرف است بنابراین نسبت به اموالی که از موکل در اختیار اوست «امین» است و باید از آن مراقبت متعارف کند. در قانون مدنی ماده‌ای نداریم که به صراحت به این مطلب پرداخته باشد بلکه همان ماده‌ی ۶۳۱ را داریم که یک مطلب کلی را بیان می‌کند. ماده‌ی ۶۳۱: «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است، بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر، یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمی‌باشند مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود اگرچه مستند به فعل او نباشد.» لذا چون وکیل امین است مثل مستودع باید از اموال موکل محافظت کند. همچنین در ماده‌ی ۶۶۸ می‌گوید: «وکیل باید حساب مدت وکالت خود را به موکل بدهد و آنچه را که به جای او دریافت کرده است به او رد کند.»

ج) رعایت حدود وکالت

وکیل باید در چهارچوب اذنی اقدام کند که موکل به او داده است. در اینجا دو بحث وجود دارد:

۱. برای وکیل تعیین تکلیف شده که چه کاری باید بکند؛ مثلاً موکل به او می‌گوید این مال را به هر قیمتی هست برای من بفروش. حالا اگر وکیل ارزان بفروشد موکل نمی‌تواند مدعی شود که چرا به من خسارت زده‌ای. به هر حال در این فرض وکیل باید در چهارچوب اختیارات اعطایی به وی اقدام کند و در این صورت مسئول نخواهد بود. اما در صورت خروج از حدود اذن اقدام وکیل فضولی است و موکل هیچ‌گونه تعهدی نخواهد داشت (ذیل ماده‌ی ۶۷۴) مثلاً گفته مال را بفروش اما به فلانی بفروش، در اینجا اگر وکیل به همان شخصی که نهی شده بفروشد، فصول است مگر اینکه موکل اقدام وکیل را اجازه کند.
۲. اما اگر موکل دقیقاً نگفته که وکیل چه کار باید بکند بلکه فقط اذن در کاری داده مثلاً گفته استاین مال را برای من بفروش ولی نگفته چگونه، تا کی، به چه کسی، به چه قیمت و ...

علی‌الأصول در این فرض تکلیف وکیل رعایت غبطه (مصلحت مالی) موکل است، یعنی وکیل باید ببیند در عرف مردم نسبت به مال خودشان چگونه رفتار می‌کنند و همانطور با مال موکل رفتار کند یعنی به اعلی قیمت بفروشد و به اسفل قیمت بخرد. البته افراد نسبت به مال خودشان هم تا حد متعارفی ضرر را می‌پذیرند، لذا اگر مالی را مثلاً بخرند ۱۰۰۰ تومان و بعد ببینند دیگری ۹۹۰ تومان می‌فروخته، از این مقدار ضرر چشم پوشی می‌کنند. لذا وکیل هم می‌تواند تا این حد مسامحه کند. بنابراین اگر رعایت غبطه‌ی موکل را کرد و چند جای بازار هم قیمت

گرفت و عرف را هم در نظر گرفت، و بعد به هزار تومان فروخت، موکل نمی‌تواند بگوید چرا ۱۱۰۰ تومان نفروختی (ماده‌ی ۶۶۷: «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار اوست، تجاوز نکند.») در مواردی که اذن مصرح بود گفتیم ضمانت اجرای خروج از حدود اذن احکام معاملات فضولی است یعنی موکل می‌تواند تنفیذ کند یا رد کند.

اما در مواردی که شخص مکلف به رعایت غبطه است ضمانت اجرا چیست؟ مثلاً اگر اتومبیلی که ۵ میلیون ارزش داشته را ۶ میلیون خریده و رعایت مصلحت موکل را نکرده باشد تکلیف چیست؟ قانون مدنی در ضمانت اجرای این فرض ماده‌ای ندارد لذا بین حقوق‌دانان اختلاف نظر هست؛ عده‌ای گفته‌اند باید به ماده‌ی ۶۷۴ توجه کنیم یعنی اقدام وکیل را فضولی فرض می‌کنند. «موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده انجام دهد. در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام داده است موکل هیچگونه تعهد نخواهد داشت مگر اینکه اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.» مطابق این نظر رویه‌ی قضایی هم داریم. در همین راستا به مواد ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ در باب وکالت در نکاح نیز استناد می‌کنند.

ماده‌ی ۱۰۷۳: «اگر وکیل از آنچه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند، صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود.»

ماده‌ی ۱۰۷۴: «حکم ماده‌ی فوق در موردی نیز جاری است که وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد.»

عده‌ای نظیر دکتر کاتوزیان و دکتر کاشانی نظر فوق را قبول ندارند و می‌گویند آنجا که می‌گوییم معامله‌ی وکیل فضولی است به این دلیل است که حدود اذن مشخص بوده و وکیل خارج از آن اقدام کرده است اما در فرض عدم رعایت مصلحت دلیلی ندارد بگوییم معامله‌ی وکیل فضولی است بلکه اصل صحت جاری است یعنی حداکثر می‌توان گفت در صورت عدم رعایت مصلحت به موکل خسارت زده و باید از عهده برآید. یعنی ماده ۶۶۶ جاری است: «هرگاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب گردد مسئول خواهد بود.» درباره‌ی ماده‌ی ۱۰۷۴ هم می‌گویند حکم وکالت در نکاح خاص است.

د (تکالیف امانی وکیل

پیش از پرداختن به چهارمین تعهد وکیل لازم است مقدمه‌ای ذکر شود.

در مقررات تئوری نمایندگی در نظام‌های حقوقی دیگر مبنایی وجود دارد به نام «تئوری امانی» یا «تکالی امانی»؛ مطابق این تئوری می‌گویند کسی که وکیل است یک سری تکالیف امانی بر عهده دارد. مثلاً مدیر عامل شرکت فولاد می‌داند که قیمت مواد اولیه در بازار در حال پایین آمدن است، لذا اموال شرکت را نمی‌فروشد بلکه

سریع می‌رود مواد اولیه می‌خرد و ضمن آن برای خود هم مقداری مواد اولیه می‌خرد. یا مثلاً شخصی در بورس است و اطلاع پیدا می‌کند سهام فلان شرکت در حال پایین آمدن است، لذا سریع می‌رود و اموال خود را می‌فروشد. در اینگونه موارد اطلاعاتی که شخص به دست می‌آورد به واسطه‌ی سمتش می‌باشد و در سمت او رعایت شروط امانی شرط است. مشابه این بحث در قانون تجارت «منع مدیر از رقابت با شرکت» است. چون فرض این است که مدیر شرکت تکالیف امانی دارد و به واسطه‌ی تکالیف امانی، حق رقابت با شرکت را ندارد. در حقوق غرب این بحث خیلی عام است و می‌گویند اینگونه موارد تخلف است چون مثلاً مشتری شرکت را کم می‌کند. لذا هر منفعتی ببرد مال شرکت است. در سیستم حقوقی ما این بحث به گستردگی غرب نیست اما ردّ پاهایی از آن موجود است مثلاً تکالیف امانی‌ای که وکیل نسبت به موکل دارد.

تکالیف امانی وکیل

۱. پس دادن حساب

قانون مدنی اشاره می‌کند که وکیل باید حساب مدت وکالت خود را به موکل بدهد که به تعبیر حقوقدانان به آن «پس دادن حساب» می‌گویند. بدین معنا که موکل حق دارد بداند وکیل چه کارهایی انجام داده است. لذا وکیل باید فهرست دقیق اقدامات خود را به موکل اعلام کند. پس اولین تعهد در رعایت تکالیف امانی، «پس دادن حساب» است. صدر ماده‌ی ۶۶۸: «وکیل باید حساب مدت وکالت خود را به موکل بدهد...»

۲. رد اموال موکل

وکیل اموالی از موکل را نزد خود دارد که موظف است آن‌ها را به موکل پس بدهد. ذیل ماده‌ی ۶۶۸: «... و آنچه را که به جای او دریافت کرده است به او رد کند.»

اگر وکیل اجرت بخواهد یا قبلاً طلبی از موکل داشته باشد آیا می‌تواند اموال موکل را حبس کند؟ به استناد ذیل همین ماده (۶۶۸) حقوقدانان می‌گویند وکیل چنین حقی ندارد یعنی همانگونه که در امانت عاریه قاعده‌ی منع حبس امانات را داشتیم اینجا هم می‌گوییم وکیل امین است و تصرفاتش بر اموال به واسطه‌ی ید امانی او است، لذا حق ندارد از استرداد اموال خودداری کند و اگر حبس کند ید او تبدیل به ید ضمانی می‌شود.

در قانون تجارت در مواد ۳۷۱ و ۳۹۰ در بحث حق‌العامل‌کار و متصدی حمل و نقل این بحث وجود دارد که اگر اجرت آن‌ها پرداخت نشد، می‌توانند از ردّ اموال خودداری کنند. سؤالی که مطرح است این است که آیا می‌توان از قانون تجارت ملاک گرفت و گفت وکیل هم می‌تواند حبس کند؟ بخشی از حقوقدانان ما از آنجا که قانون تجارت نص دارد که تعهدات حق‌العامل‌کار و متصدی حمل و نقل نظیر وکیل است معتقدند وکیل هم دارای حق حبس است؛ (نظر دکتر کاشانی بیشتر به این سمت است.) اما به نظر می‌رسد از آنجا که قانون تجارت قانون خاص است و قانون مدنی هم صریحاً در ماده‌ی ۶۶۸ تکلیف را روشن کرده است، وکیل حق حبس ندارد و این هم از تکالیف امانی اوست.

[منظور از حق حبسی که گفتیم، حق حبسی است که وکیل در مقابل موکل اعمال می‌کند و الا تردیدی در این نیست که وکیل می‌تواند مثلاً برای رعایت مصلحت موکل در معامله‌ای که با دیگری می‌کند اعمال حق حبس کند) مثلاً به ثالث بگوید مبیع را تسلیم کن تا ثمن را بدهم) و این بحث دیگری است.]

فرض دیگری که مطرح است این است که گاهی اوقات وکیل به قائم مقامی از فروشنده اقدام می‌کند مثلاً موکل به وکیل می‌گوید که برو و فلان مال را برای من بخر و حق پرداخت ثمن هم نداری. لذا علی‌الأصول حق تحویل گرفتن مبیع را هم نداشته است. حالا وکیل به طریقی مال را از فروشنده تحویل می‌گیرد و به موکل مراجعه می‌کند و می‌گوید مالی را که خواسته بودی خریداری کرده‌ام و ضمناً تحویل هم گرفته‌ام، ثمن آن را بپرداز! موکل می‌گوید اول مبیع را بده و وکیل هم می‌گوید از آنجا که بنده مکلف نبوده‌ام مبیع را دریافت کنم، پس مبیع از قبل فروشنده در اختیار من است، لذا تو اول ثمن را بده تا مبیع را به تو تحویل دهم.

در اینجا حقوقدانان فرضی را مطرح می‌کنند و می‌گویند اگر در این فاصله مبیع تلف شد، (در حالی که نزد وکیل بوده) ثمن به عهده‌ی کیست؟ طبیعتاً چون موکل مالی دریافت نکرده و مبیع قبل از قبض، تلف شده قاعده‌ی تلف مبیع قبل از قبض حاکم است. (چون به وکیل اذن در پرداخت ثمن و قبض مبیع نداده بوده است.) بنابراین موکل تکلیفی به پرداخت ندارد. حالا بایع عهده دار ثمن است یا وکیل؟ و آیا می‌توان گفت از کیسه‌ی بایع رفته است؟ بله، چراکه قبض وکیل اثر ندارد، لذا تلقی ما این است که کماکان این مال در ید فروشنده است و در صورت تلف از کیسه‌ی بایع رفته است و آن حق حبسی هم که وکیل اعمال کرده، از قبل فروشنده است. به نظر می‌رسد این نظر بیشتر قابل دفاع است اما عده‌ای از حقوقدانان هم می‌گویند چون وکیل اذن در قبض نداشته در صورت قبض مستقلاً دارای تعهد است، چون کاری را از قبل خودش انجام داده است. در اینجا این حالت نیز متصور است: اگر قبض با پرداخت ثمن است (یعنی تأدیبه‌ی دین از جانب غیر مدیون بوده) در صورت حبس وکیل و تلف مبیع، چون این حق حبس از بابت وکالتش نیست بلکه از این بابت است که دین غیر مدیونی را تأدیبه کرده (و حالا به مدیون مراجعه می‌کند و می‌گوید تا بدهی را ندهی مالت را نمی‌دهم) موکل تعهدی به پرداخت ندارد. لذا در صورت تلف مبیع، اساساً تکلیف موکل به پرداخت ساقط است و در نتیجه پولی که وکیل پرداخته از جیب خودش رفته است. (چون تأدیبه از جانب غیر مدیون بوده حق رجوع ندارد.)

۳. معامله با خود

در ادامه بحث رعایت تکالیف امانی از دیگر مواردی که مطرح است بحث «معامله با خود» است. گفتیم قانون تجارت هم در بحث اداره‌ی شرکت اشاره‌ی دارد مبنی بر اینکه مدیران حق رقابت با شرکت ندارند، بدین معنا که حق ندارند نسبت به شرکت معاملاتی انجام دهند که منافع شرکت را برای خود جمع کنند یا نهایتاً زیانی را متوجه شرکت سازند. در ذیل وکالت هم این بحث مطرح شده که آیا وکیل می‌تواند معامله با خود انجام دهد یا خیر؟ بدین معنا که اگر قرار است از قبل موکل مالی را بخرد یا بفروشد، آن را برای خود بخرد یا بفروشد.

اولین نکته‌ای که وجود دارد این است که اساساً معامله با خود چه تأثیری دارد و چه تردیدی ایجاد می‌کند؟ این بحث در ذیل تکالیف امانی نماینده مطرح است و این نکته قابل توجه است که ما وقتی می‌توانیم قائل شویم وکیل تکالیفش را انجام داده است که مثلاً اگر قرار است به وکالت، مال موکل را بفروشد، باید عرفاً به گران‌ترین قیمت بفروشد؛ خوب حالا اگر بخواهد خود این مال را به اصالت خریداری کند، علی‌الأصول منفعت شخصی او اقتضا می‌کند به ارزان‌ترین قیمت بخرد. بنابراین بین دو تکلیف می‌ماند: اول اینکه به وکالت باید گران بفروشد و دوم اینکه به اصالت باید ارزان بخرد؛ لذا گفته می‌شود چون این دو قابل جمع نیست وکیل نمی‌تواند معامله با خود کند. عکس قضیه هم صادق است یعنی اگر موکل بگوید مالی را برایم بخر باید به ارزان‌ترین قیمت بخرد، حالا اگر بخواهد خود آن را به موکل بفروشد، باید به گران‌ترین قیمت بفروشد. می‌بینیم که در این حالت نیز مثل حالت قبل، وکیل هر کاری انجام دهد در معرض اتهام قرار می‌گیرد. لذا این بحث مطرح شده است که وکیل حق ندارد در موضوع وکالت با خود معامله کند.

در قانون مدنی در دو جا این بحث مطرح شده است:

الف) ماده‌ی ۱۲۴۰: «قیم نمی‌تواند به سمت قیمومت از طرف موّلی‌علیه با خود معامله کند اعم از اینکه مال موّلی‌علیه را به خود منتقل کند یا مال خود را به او انتقال دهد.» در اینجا نیز چون قیم در معرض اتهام قرار می‌گیرد قانون‌گذار فرض را بر این گذاشته که او نمی‌تواند با خود معامله کند.

ب) ماده‌ی ۱۰۷۲: «در صورتی که وکالت به طور اطلاق داده شود وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند مگر اینکه این اذن صریحاً به او داده شده باشد.»

نکته ۱. دکتر کاتوزیان معتقد است این اتهامی که مبنای تردید در این بحث می‌شود در همه‌ی موارد قابل طرح نیست بدین صورت که مثلاً برای فروش، وکیل مال را به مزایده می‌گذارد تا به گران‌ترین قیمت بفروشد؛ همه، قیمت تعیین می‌کنند و خود وکیل بالاترین قیمت را تعیین می‌کند تا برای خود بخرد؛ می‌بینیم که در این فرض اتهام متصور نیست. یا مثلاً قیمت یک کالا در بازار ثابت است و وکیل هر جا مراجعه می‌کند به همین قیمت از او می‌خرند. حالا اگر وکیل طلا را به همان قیمت برای خود بخرد، باز اتهامی متوجه او نیست. (فرض این است که موکل وکالت مطلق داده است والا اگر موکل تعیین کند که مال باید به چه کسی فروخته شود، وکیل موظف به تبعیت است و آن بحث دیگری است.) لذا دکتر کاتوزیان معتقد است نباید قاعده کلی وضع کرد که وکیل نمی‌تواند با خود معامله کند.

نکته ۲. علی‌رغم فرضی که قانون مدنی در ماده ۱۰۷۲ و ۱۲۴۰ کرده است، اگر وکیل در نکاح برای خود تزویج کند، یا قیم برای خود معامله کند، این نکاح یا معامله، فضولی و غیر نافذ است.

قبلاً این بحث را داشتیم که اگر اذن موکل مصرح باشد، ضمانت اجرای عدم رعایت حدود اذن، فضولی بودن اقدامات وکیل و اختیار موکل در تنفیذ یا ردّ اقدامات اوست. و اگر اذن مصرح نباشد، ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت موکل، تقصیر وکیل است، یعنی اقدامات وی صحیح اما موظف به پرداخت خسارت است.

و نیز گفتیم ماده‌ی ۱۰۷۴ به خاطر ویژگی‌های خاص عقد نکاح، ضمانت اجرا را در هر دو صورت (چه عدم رعایت حدود اذن و چه عدم رعایت مصلحت) فضولی بودن اقدامات وکیل فرض کرده است. و دیدیم که عده‌ای بر همین مبنا می‌گویند این ماده به ما قاعده می‌دهد که به طور کلی در موارد عدم رعایت مصلحت نیز ضمانت اجرا، فضولی بودن اقدامات وکیل است. ولی گفتیم به نظر ما این ماده (۱۰۷۴) استثناء است و اقتضای عقد نکاح با ویژگی‌های خاص این است لذا نظر اخیر قابل دفاع نیست.

حالا این سؤال مطرح است که این اتهام و ترجیح منافع وکیل بر موکل که بحث کردیم، عدم رعایت حدود اذن است یا عدم رعایت مصلحت؟ به عبارت دیگر اگر وکیل در فرضی که اتهام متوجه اوست با خود معامله کرد، ضمانت اجرای اقدام او چیست؟

اگر بگوییم ما از اطلاق عقد وکالت ممنوعیت معامله با خود را استنباط می‌کنیم، طبیعتاً در صورت اقدام وکیل مبنی بر معامله با خود، این خروج از حدود اذن تلقی می‌شود و ضمانت اجرای آن عدم نفوذ معامله. اما اگر بگوییم مشکل معامله با خود، همین اتهام وکیل است (نه خروج از حدود اذن) مبنی بر اینکه منافع خود را بر موکل مقدم کرده است، این عدم رعایت مصلحت تلقی می‌شود و ضمانت اجرای آن صحت معامله و پرداخت خسارت به موکل است.

به نظر می‌رسد حکم ماده ۱۰۷۲ استثناء است (همانگونه که ضمانت اجرای آن استثناء بود) و این به خاطر ویژگی‌های خاص عقد نکاح است. به عبارت دیگر اینکه در نکاح، وکیل به هیچ وجه (حتی در مواردی که اتهامی متوجه او نیست) نمی‌تواند موکله را تزویج کند، یک حکم استثناء است و نمی‌توان از آن قاعده گرفت که وکیل به هیچ وجه نمی‌تواند معامله با خود کند بلکه به نظر می‌رسد در بحث اموال آنجایی که اتهام متوجه وکیل نیست، اقدام وی صحیح است.

همچنین است ماده ۱۲۴۰ یعنی این ماده نیز که قیم را در هر حال (حتی در مواردی که اتهامی متوجه او نیست) از معامله با خود منع کرده یک حکم استثناء است و نمی‌توان از آن قاعده‌ی کلی بدست داد.

بحث ما ذیل تکالیف امانی وکیل به اتمام رسید منتها پیش از پرداختن به بحث بعدی، ذیل «اجرای موضوع وکالت» نکته‌ای دیگر قابل ذکر است:

اینکه در اینجا هم بحث «تعدد وکلا» مطرح است. مثل همان بحثی که در باب مدیر شرکت در شرکت مدنی داشتیم یعنی امکان دارد فردی چند وکیل انتخاب کند. قانون مدنی در مواد ۶۶۹ و ۶۷۰ این بحث را مطرح کرده است.

ماده‌ی ۶۶۹: «هرگاه برای انجام یک امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آنها نمی‌تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید مگر اینکه هریک مستقلاً وکالت داشته باشد. در این صورت هرکدام می‌تواند به تنهایی آن امر را به جا آورد.» بنابراین اصل بر این است که وکلای متعدد اجتماعی هستند مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد. بنابراین همانگونه که قبلاً گفتیم در وکلای اجتماعی اقدام هر وکیل منوط به

تنفیذ دیگری است. (گفتیم دکتر کاشانی در این بحث نظر دیگری دارد و با این مبنا- که البته ضعیف است- که هر دو وکیل اذن دارند می گوید اقدام استقلالی آن‌ها صحیح است.) و در وکلای استقلالی هم گفتیم اقدام هریک جداگانه صحیح است و در موارد تعارض معامله مقدم صحیح است و اگر اقدام هر دو همزمان بود جمع می‌کردیم والا هر دو ساقط می‌شد.

گاهی در وکلای اجتماعی این تردید ایجاد می‌شود که اگر یکی اقدام کرد و وکیل دیگر تعیین تکلیف نکرد، آیا خود موکل می‌تواند تعیین تکلیف کند؟ پر واضح است که اعطای نیابت، موکل را از سمت ساقط نمی‌کند و چون خودش اصیل در معامله است حق دارد که تعیین تکلیف کند.

ماده ۶۷۰: «در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آن‌ها وکالت دیگری باطل می‌شود.» گفتیم وکلای اجتماعی باید باهم اقدام کنند لذا اگر یکی فوت کرد قانون‌گذار فرض را بر بطلان وکالت دیگری قرار داده است. در اینجا عده‌ای فرض دیگری را مطرح می‌کنند مثلاً می‌گویند با موت یکی، وکیل دیگر وکالتش ساقط نمی‌شود، اما چون وکیل اول وجود ندارد او نیز حق اقدام ندارد. و اگر اقدامی کند غیر نافذ است و موکل باید تعیین تکلیف کند. این نظر مبتنی بر این است که وکلای اجتماعی اذن مستقل دارند لذا با فوت یکی اذن دیگری ساقط نمی‌شود. اما قانون مدنی با این مبنا که وکالت وکلای اجتماعی مبتنی بر یک اذن است معتقد است با فوت یکی وکالت دیگری باطل می‌شود. (تعبیر بطلام در این ماده دقیق به کار نرفته چون بطلان یعنی از اول سمت نداشته لذا باید می‌گفت ساقط می‌شود.)

برخی هم قائلند عین همین حکم در مورد حجر جاری است یعنی اگر یکی از وکلا مجنون شد، وکیل دیگر ساقط می‌شود.

بند دوم

در تعهدات موکل

موکل در ضمن عقد وکالت دو نوع رابطه پیدا می‌کند؛ اول با شخص وکیل و دوم با اشخاص ثالث.

الف) رابطه موکل با اشخاص ثالث

ماده ۶۷۴: «موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است، انجام دهد. در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام داده است، موکل هیچ‌گونه تعهد نخواهد داشت مگر اینکه اعمال فصولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.» قبلاً در باب این ماده در جای جای مباحث بحث کرده‌ایم.

گاهی شخص وکیل تعهداتی را اصالتاً بر عهده می‌گیرد که باید بین این نوع تعهدات و تعهداتی که از قبل موکل بر عهده می‌گیرد، تفکیک قائل شویم. مثلاً در قرارداد نمایندگی فروش، وکیل مجاز به قرارداد فروش بوده است. در این راستا بازاریابی کرده و مال را هم فروخته است (از قبل موکل) اما در کنار آن تعهداتی را اصالتاً پذیرفته مثلاً گفته است خدمات بعد از فروش تا یک سال بر عهده‌ی من باشد.

البته گفتیم برای ما اصل بر این است که وکیل سمتی الا وکالت ندارد یعنی در آثار عقد وکالت وکیل تعهدی را اصالتاً نمی‌پذیرد. مگر اینکه یا بالصراحه در قرارداد ذکر شود یا تعهداتی را مازاد بر آنچه موکل به او اذن داده اصالتاً بپذیرد.

اگر فرض کنیم عقد بیعی واقع شد، آیا موکل باید اعمال خیار کند یا وکیل هم می‌تواند اعمال خیار کند؟ گروهی از حقوقدانان ما تقسیم بندی ای را ارائه داده‌اند و گفته‌اند ما باید بین «حقوق» و «آثار» عقد فرق قائل شویم: آثار عقد به تعبیر ماده‌ی ۶۷۴ متعلق شخص موکل است مثلاً اگر بیعی واقع شد، تحویل مبیع یا ضمانت نسبت به عیوب بر عهده‌ی موکل است اما «حقوق» ناشی از عقد را می‌توان بر عهده‌ی وکیل گذاشت.

به نظر می‌رسد اگرچه این تقسیم بندی می‌تواند در نتیجه به درد ما بخورد اما تقسیم بندی قطعی ای نیست؛ مثلاً در فرضی که وکیل ثمن را از مشتری گرفته ولی هنوز آن را به موکل نداده است، اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شد و قرار شد ثمن پرداخت شود، چه کسی مسئول استرداد است؟ آیا موکل مسئول پرداخت ثمن است؟ یا مثلاً فردی از قبل موکل مالی را خریده است و آن را به موکل می‌دهد و موکل بعد از مدتی می‌فهمد که مغبون شده است. در اینجا آیا حتماً وکیل باید خیار غبن اعمال کند؟

بر این اساس می‌بینیم که پابندی به تقسیم بندی فوق، به صورتی که بخواهیم بین حقوق و آثار ناشی از عقد تفاوت قائل شده حد و مرز آن را مشخص کنیم، چندان کار راحتی نیست.

لذا گروهی دیگر می‌گویند ما باید به عرف ناشی از معاملات مراجعه کنیم به این معنا که برخی از آثار و حقوق عقد وجود دارد که اگر از طرف وکیل اعمال نشود اساساً مصلحت موکل رعایت نشده است. مثلاً اگر همین الآن اعمال خیار مجلس نکند، رعایت مصلحت موکل را نکرده لذا موظف است اعمال خیار کند و اتفاقاً اگر این کار را نکند مسئول است. بنابراین قاعده نمی‌توان وضع کرد و این مقوله بسته به شرایط هر عقد متفاوت است.

بنابراین در رابطه با ماده ۶۷۴ باید دقت داشته باشیم که درست است که ایت ماده می‌گوید تعهدات ناشی از عقود (که کل حقوق و آثار را در بر می‌گیرد) بر عهده‌ی موکل است، اما در بعضی از جاها باید این را برای وکیل هم قائل بشویم بدین معنا که شخص وکیل هم بتواند مثلاً اعمال خیار یا حق حبس کند. مبنای تشخیص هم مصلحت موکل است مثلاً اگر مبیع معیوب بود وکیل در اینکه خیار عیب کند یا مبیع معیوب را قبول کند و ارزش بگیرد، باید مصلحت موکل را در نظر بگیرد. مثلاً اگر ببیند مصلحت موکل ایجاب می‌کند که همین مبیع معیوب را بپذیرد، باید آن را قبول کند و الا خیار اعمال کند.

البته بحث‌هایی در اینجا وجود دارد مثل اینکه هر دو وکیل و موکل در جلسه عقد حاضر باشند که در اینکه کدام یک می‌توانند اعمال خیار کنند اختلاف نظر وجود دارد که ذیل بحث خیارات به این مطلب اشاره شد.

ب) رابطه موکل با شخص وکیل

۱. پرداخت اجرت

ماده‌ی ۶۷۷: «اگر در وکالت، مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد محمول بر این است که با اجرت باشد.» پس عقد وکالت عقد رایگان نیست منتها همانطور که قبلاً هم گفته‌ایم این به منی معوض بودن وکالت هم نیست و این تعهدات در مقابل اجرت نیست. اثر این بحث این است که تکلیف وکیل رعایت تکالیف امانی است لذا مثلاً در مقابل موکل حق حبس ندارد. پس فرض ما این است: وکالت می‌تواند با شرط اجرت باشد یا در صورت عدم شرط، اطلاق عقد وکالت با اجرت بودن است. بنابراین وکیل به اذن موکل عملی را برای او انجام می‌دهد و آثار عملش برای موکل است و در کنار این می‌تواند اجرت دریافت کند. موکل هم چون از اقدامات وکیل منتفع می‌شود ضامن پرداخت اجرت است.

ماده‌ی ۶۷۶: «حق الوکاله‌ی وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد تابع عرف و عادت است و اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت‌المثل است.» پس ابتدا توافق طرفین، سپس عرف و عادت، و اگر عرف هم نبود اجرت‌المثل مبنای پرداخت اجرت خواهد بود. عرف را گاهی خود صنف تعیین می‌کند که نه قانون و نه قرارداد است بلکه عادت مسلم محسوب می‌شود. باید توجه داشت که ما برای مواردی مثل وکالت در دعاوی دادگستری محدودیت‌هایی داریم. مثلاً ماده ۱۹ لایحه‌ی استقلال قانون وکلا فرض را بر این گذاشته که میزان حق الوکاله وکیل در دعاوی دادگستری تابع تعرفه است، مگر حق الوکاله کمتر باشد. یعنی اگر خواستند توافقی این حق الوکاله را تعیین کنند این توافق باید کمتر از تعرفه باشد تا صحت داشته باشد والا توافق بیشتر از تعرفه اعتبار ندارد. اگر وکیل عزل شود و عقد وکالت منحل شد، علی‌الأصول به تناسب مقدار عملی که صورت گرفته وکیل می‌تواند به تناسب از اجرت دریافت کند. لذا اگر بخشی از عمل را انجام داده که اصالتاً دارای ارزش است می‌تواند به نسبت از اجرت دریافت کرد. مثلاً دوسوم عمل را انجام داده و به همان مقدار اجرت می‌گیرد.

۲. پرداخت مخارج

ماده‌ی ۶۷۵: «موکل باید تمام مخارجی را که وکیل برای انجام وکالت خود نموده است و همچنین اجرت وکیل را بدهد مگر اینکه در عقد وکالت، طور دیگر مقرر شده باشد.» پس مخارج جدای از اجرت است؛ مخارج هزینه‌هایی است که وکیل در اجرای موضوع وکالت می‌کند. مثلاً مالیاتی که وکیل برای فروش مورد وکالت می‌پردازد. به عبارت دیگر هزینه‌های مقدماتی برای اجرای موضوع وکالت که وکیل می‌پردازد بر عهده‌ی موکل است.

با توجه به استثنای ذیل ماده روشن است که امکان دارد ما به وکیل بگوییم هزینه‌ها بر عهده‌ی خودت خواهد بود، لذا اگر چنین توافقی بشود صحیح خواهد بود والا مخارج بر عهده‌ی موکل است.

در سیستم‌های حقوقی دیگر مثل حقوق فرانسه بحثی تحت عنوان خسارات وکیل مطرح است. بدین معنا که اگر در اجرای موضوع وکالت خساراتی به وکیل وارد شده موکل مسئول جبران است. ولی ما در حقوق خود چنین نصی نداریم و در بحث خسارات همان قواعد مسئولیت مدنی اعمال می‌شود. یعنی اگر بین خسارات وارده به وکیل و عمل موکل توانستیم رابطه‌ی سببیت برقرار کنیم خسارات بر عهده‌ی موکل است والا فلا.

گفتار چهارم

طرق انقضای وکالت

ماده‌ی ۶۷۸: «وکالت به طرق ذیل مرتفع می‌شود:

۱. به عزل موکل
۲. به استعفای وکیل
۳. به موت یا به جنون وکیل یا موکل»

بند اول

عزل موکل

عزل وکیل از طرف موکل به این معناست که موکل می‌خواهد یک طرفه قرارداد وکالت را فسخ کند، یعنی اذن خود را پس می‌گیرد.

صدر ماده ۶۷۹ در اینکه عزل کی صورت می‌گیرد می‌گوید: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند.» پس وکالت یک اختیار ذاتی عزل را برای موکل در خود نهفته دارد و این اقتضای جواز عقد است. در اینکه آیا می‌توان این اختیار را محدود کرد یا نه، ذیل ماده تکلیف را روشن کرده که در آینده به آن خواهیم پرداخت.

عزل وکیل می‌تواند صریح باشد یا ضمنی؛ همچنین امکان دارد یک سری اقداماتی نتیجه‌اش این بشود که وکیل معزول است. مثلاً در اجرای موضوع وکالت به شخص دیگری هم وکالت دهیم که همان موضوع را انجام دهد مثلاً اگر قرار است وکیل اول مالی را بفروشد وکیل دومی انتخاب می‌کنیم و مال هم به او می‌دهیم و بگوییم مستقلاً برو این را بفروش. در اینجا نیز وکیل اول ضمناً می‌فهمد که عزل شده است چون دیگر موضوعی برای انجام نیست.

بحث بعدی ما در این است که اگر وکیل از عزل اطلاع نداشت و با ثالث وارد معامله شد تکلیف اقداماتی که انجام داده است چیست؟

می‌دانیم که عقود جایز حدوداً و بقائاً منوط به اراده‌ی طرفین هستند (یعنی هم در ایجاد و هم در استمرار عقد اراده‌ی طرفین باید وجود داشته باشد). به همین دلیل هرگاه اراده‌ی احد از متعاقدین از پشت عقد برداشته شود این عقد فرو می‌ریزد و طبیعتاً آثار این انحلال از لحظه‌ای می‌آید که اراده‌ی یکی از طرفین برداشته می‌شود.

قانون مدنی برخلاف این قاعده برای عزل در وکالت تشریفات قائل شده است بدین معنا که قانون‌گذار می‌گوید در وکالت اینگونه نیست که هرگاه شما اراده را از پشت عقد بردارید، عقد فرو بریزد بلکه این عزل تابع شرایطی است. در واقع این به خاطر آن است که اگر قرار باشد موکل هر وقت بخواهد از یک طرف عقد را منحل کند و از طرف دیگر وکیل که از عزل بی اطلاع است با ثالث وارد معامله شود، ثبات معاملاتی و نظم در جامعه به هم می‌ریزد. بر این اساس قانون مدنی در ماده‌ی ۶۸۰ قاعده وضع می‌کند و می‌گوید: «تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید، نسبت به موکل نافذ است.» پس فرض قانون‌گذار این است که در صورتی عزل موکل اثر دارد که خبر عزل به وکیل برسد. می‌بینیم که این خلاف قواعد عمومی قراردادها است ولی حفظ حقوق اشخاص ثالث و ثبات معاملاتی در جامعه اقتضا دارد که قانون‌گذار عزل وکیل را تابع تشریفات بداند. در حالتی که موکل وکیل را عزل کرده ولی خبر عزل هنوز به او نرسیده است، در واقع ما فرض می‌کنیم که وکیل نیابت دارد گرچه می‌دانیم واقعاً سمت ندارد. در تئوری‌های حقوق خارجی به این می‌گویند «نمایندگی ظاهری» یعنی فرض می‌کنند نمایندگی هست اما ظاهری است نه واقعی. قانون تجارت هم در ماده ۳۳۹ در باب قائم مقام تجارتنی مشابه همین حکم را دارد و می‌گوید همانطور که نصب وکیل اعلام می‌شود عزل او هم باید اعلام شود.

پس اصل این است که عزل حق موکل است و استثناء اول قانونگذار در باب تشریفات عزل است. پس از عزل (که حق موکل است) و رسیدن خبر آن به وکیل، وکیل از وکالت ساقط می‌شود و اقدامات او دیگر آثاری برای موکل ندارد.

اما استثناء دوم ذیل ماده‌ی ۶۷۹ است. این ماده در باب حدود اختیارات موکل در عزل وکیل استثنایی زده و می‌گوید: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.» مطابق «الشروط تابعة للعقود» این شرط باید ضمن عقد لازم باشد. پس شرط عدم عزل ضمن خود عقد وکالت بلا اثر است. صدر ماده عزل وکیل از سوی موکل را حق موکل می‌داند و این اصل است. نکته: وقتی ما از شرط ضمن عقد بحث می‌کنیم می‌گوییم یا این، شرط فعل است یا شرط صفت یا شرط نتیجه.

شرط فعل: انجام یا عدم انجام عملی در ضمن عقد شرط می‌شود مثلاً در ضمن عقد شرط می‌شود که شخصی خانه‌اش را به کسی اجاره دهد (فعل). یا شرط می‌شود که اگر زمین را می‌خرد، دو طبقه بیشتر نسازد. (ترک فعل). خوب این شرط فعل آثار حقوقی دارد بنابراین اگر شخص، شرط فعل را به جا نیاورد، اول الزام و پس از آن فسخ عقد به انضمام خسارات خواهد بود. (وقتی می‌گوییم فسخ، عقد اصلی را فسخ می‌کنیم نه شرط را، منتها وقتی عقد اصلی فسخ شد، به تبع آن شرط هم فسخ می‌شود.) در ضمانت اجرای شرط ترک فعل، دو نظر وجود دارد: یک نظر بطلان آن فعلی است که شخص نباید انجام می‌داده، و نظر دیگر این است که آن اقدام صحیح است منتها ذو شرط می‌تواند عقد اصلی را فسخ کند و خسارت بگیرد. (شیخ در مکاسب نظر اول را می‌پذیرد.)

شرط صفت: اوصاف خاصی برای مورد معامله درج می‌شود مثلاً می‌گوید این مال را می‌خرم به شرط اینکه ساخت ژاپن باشد. در وکالت، ما بحث شرط صفت نداریم چون اوصاف مورد معامله در شرط صفت مدّ نظر است که این بحث در وکالت منتفی است.

شرط نتیجه: به محض درج شرط آثار آن حاصل خواهد شد. مثلاً اگر گفته شد که من این خانه را به تو می‌فروشم به شرطی که اتومبیل تو، مال من باشد، در مالکیت اتومبیل نیازی به عقد بیع مجدد نیست. شرط نتیجه بر خلاف شرط فعل تخلف بردار نیست.

خوب؛ استثناء ذیل ماده بدین صورت قابل فرض است:

- آوردن «وکالت» ضمن عقد لازم به صورت شرط فعل = شرط می‌کنیم وکیل را منصوب کنیم.

- آوردن «وکالت» ضمن عقد لازم به صورت شرط نتیجه = وکیل منصوب می‌شود.

- آوردن «عدم عزل» ضمن عقد لازم به صورت شرط فعل = شرط می‌کنیم وکیل را معزول نکنیم.

- آوردن «عدم عزل» ضمن عقد لازم به صورت شرط نتیجه = وکیل عزل ناشدنی است.

حالت اول: اگر وکالت وکیل را به صورت شرط فعل ضمن عقد لازم بیاوریم این بدین معنا است که شرط می‌کنیم که وکیل را منصوب کنیم. ما هم وکیل را نصب می‌کنیم و شرط را به جا می‌آوریم؛ خوب این ربطی به عزل او ندارد! یعنی ما می‌توانیم پس از نصب او و به جا آوردن شرط، او را عزل کنیم. پس می‌بینیم که در این حالت مانعی برای عزل وجود ندارد.

حالت دوم: در این حالت هم شرط می‌کنیم شخص وکیل باشد. خوب وقتی وکیل شد آیا بدین معنا است که نمی‌توان او را عزل کرد؟ خیر؛ اینگونه نیست. چون ما از شرط نتیجه وکالت وکیل را اراده کرده‌ایم و این بدین معنا نیست که شخص مستمراً وکیل باشد. پس در این حالت نیز مانعی برای عزل وجود ندارد. البته اگر فرض ما این باشد که «عقد وکالت» نه اصل وکالت در ضمن شرط نتیجه درج شود، استمرار عقد وکالت شرط است مگر اینکه منفسخ شود. البته پذیرش این نظر کمی دور از ذهن است چون ما همیشه در شرط نتیجه آثار عقد را شرط می‌کنیم نه خود عقد را. لذا تعبیر قانون مدنی در ماده ۶۷۹ نیز تعبیر دقیقی است چراکه می‌گوید: «... وکالت وکیل... شرط شده باشد.» و نمی‌گوید عقد وکالت شرط شود.

حالت سوم: در این حالت ضمن عقد لازم عدم عزل شرط می‌شود. که این شرط لازم‌الاتباع است. حالا اگر موکل وکیل را عزل کرد ضمانت اجرا چیست؟ گفتیم در ترک فعل دو نظر وجود دارد: یا مطابق نظر شیخ بطلان را می‌پذیریم و این بدین معنا است که آثار حقوقی برای عزل نمی‌شناسیم. یا مطابق نظر دوم عزل را مؤثر می‌دانیم و حداکثر وکیل می‌تواند عقد را فسخ کند و خارت بگیرد.

حالت چهارم: در این حالت چون شرط عدم عزل به صورت شرط نتیجه درج شده است و به این معنا است که وکیل عزل ناشدنی است بنابراین چون نتیجه حاصل است اگر موکل عزل هم بکند وکیل عزل نمی‌شود.

می‌بینیم که در استثنایی که ذیل ماده ۶۷۹ آمد تنها دو فرض (یا حداکثر با قبول نظر فوق) که خود عقد را ضمن شرط نتیجه بیاوریم) سه فرض) قابل تصور است که موکل نمی‌تواند وکیل را عزل کند و در فرض اول هیچ مانعی برای عزل وجود ندارد.

به هر حال با این قید ما به «وکالت بلاعزل» می‌رسیم. ما از وکالت بلاعزل هدفی داریم به این معنا که وکالت بلاعزل را در جایی به کار می‌بریم که خود وکیل در معامله ذینفع است و در واقع عقد وکالت جایگزین عقد دیگری است. مثلاً می‌خواهیم مالی را به وکیل بفروشیم ولی به جای بیع وکالت واقع می‌کنیم. لذا این وکالت باید بلاعزل باشد تا مشکلی پیش نیاید. اما باید دقت داشت که حتی وکالت بلاعزل هم در معرض خطر است، چون حتی در خوش‌بینانه‌ترین حالت، ما فقط حق عزل را ساقط کرده‌ایم و موارد انفساخ کماکان به قوت خود باقی است. لذا اگر مثلاً وکیل فوت کند ورثه‌ی او با مشکل روبرو می‌شوند چون دوباره باید به سراغ فروشنده بروند و اگر موکل فوت کند وکیل در معرض خطر است چون باید با ورثه طرف بشود، ضمن اینکه سند وکالت گاهی چندین دست می‌چرخد.

گاهی وکالت بلاعزل به گونه‌ای دیگر در معرض خطر است. مثلاً اگر موکل بخواهد مانع اقدامات وکیل شود می‌تواند وکیل دیگری ضمیمه کند تا با هم اقدام کنند یا مثلاً موکل خودش اقدام می‌کند مثلاً به وکالت مالی را به شخصی می‌فروشد و بعد به اصالت به دیگری می‌فروشد. (اینکه طرف بعداً می‌تواند طرح دعوی کند بحث دیگری است.)

بند دوم

استعفای وکیل

ماده‌ی ۶۸۱: «بعد از اینکه وکیل استعفا داد مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند.»

گفتیم فرض ما این است که وکالت به استعفای وکیل منحل می‌شود و با انحلال عقد اذت هم قاعداً ساقط می‌شود. اما اگر معلوم شود که اذن موکل همچنان ادامه دارد وکیل می‌تواند دوباره اقدام کند. قبلاً هم گفتیم که ایجاب در وکالت یک حالت به خصوص دارد و آن استمراری است که می‌تواند داشته باشد. لذا با استعفای وکیل عقد وکالت اگرچه منحل می‌شود ولی وکیل می‌تواند دوباره به این ایجاب مستمر قبول بگوید و در آنچه وکالت داشته اقدام کند، پس در واقع وکالت دومی منعقد می‌شود.

اگر قرار باشد وکیل هر موقع بخواهد بتواند استعفا دهد ممکن است با انحلال عقد وکالت، خدشه‌ای به مصالح موکل وارد شود. چراکه برخی اقدامات مقید به زمان است، مثلاً شخصی وکیل بوده که لایحه‌ی تجدید نظر خواهی را به دادگاه ارائه کند و تنها یک روز از مهلت تجدید نظر خواهی باقی مانده است. خوب، اگر وکیل صبح آخرین روز مهلت تجدید نظر خواهی استعفا دهد بدون اینکه مورد وکالت را انجام دهد، حقوق موکل ضایع می‌شود. لذا بر

خلاف موکل که هر وقت بخواهد می‌تواند وکیل را عزل کند، وکیل نمی‌تواند هر وقت خواست استعفا دهد و رعایت غبطه و مصلحت موکل اقتضای این امر را دارد؛ یعنی وکیل در استعفا هم باید مصلحت موکل را در نظر بگیرد. این تعبیر در ماده ۳۶ قانون وکالت دعاوی نیز آمده است: «در صورتی که وکیل بخواهد از وکالت استعفا دهد، باید قبلاً طوری به موکل و محکمه اطلاع دهد که موکل بتواند وکیل دیگری در موقع معین و به محکمه معرفی کند.» قانون آیین دادرسی مدنی نیز در ماده ۴۳ می‌گوید: «عزل با استعفای وکیل یا تعیین وکیل جدید باید در زمانی انجام شود که موجب تجدید جلسه دادگاه نگردد.» به نظر می‌رسد ما می‌توانیم از ملاک ماده ۳۶ قانون وکالت و ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی استفاده کنیم؛ بدین معنا که رعایت مصلحت لزوماً در استعفا در دعاوی مطرح نیست بلکه هر کجای دیگر نیز که استعفای وکیل منجر به عدم رعایت مصلحت می‌شود، نمی‌تواند استعفا دهد. اما اینکه ضمانت اجرای استعفای وکیل چیست؟ به نظر می‌رسد از ماده ۳۶ قانون وکالت اینگونه بر می‌آید که چنین استعفایی بدون اثر است و اگر وکیل به دلیل چنین استعفایی در جلسه دادگاه حاضر نشود، تخلف انتظامی برای او محسوب می‌شود. ضمن اینکه از ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز بر می‌آید که اگر وکیل چنین استعفایی دهد دادگاه باید دوباره جلسه تشکیل دهد و دوباره فرصت دفاع به موکل دهد. خوب این مورد فقط در حیطه وکالت در دعاوی مطرح است اما در وکالت در انجام اعمال حقوقی، استعفا اگر در زمانی صورت گیرد که موکل فرصت برای انتخاب وکیل دیگر نداشته باشد ظاهراً باید این استعفا را مؤثر بدانیم؛ منتها از آنجا که رعایت مصلحت موکل نشده و همانطور که قبلاً گفتیم ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت، تقصیر وکیل و تکلیف وی به جبران خسارت است، در اینگونه موارد «نفس استعفای وکیل» تقصیر محسوب شده و باید خسارات وارده را جبران کند. مثلاً اگر صبح روزی که قرار بوده وکیل در مزایده‌ای شرکت کند، استعفا دهد باید استعفای وکیل را مؤثر بدانیم منتها چون موکل فرصت برای انتخاب وکیل دیگری ندارد و ضمناً در مزایده هم نتوانسته شرکت کند، این استعفا به دلیل عدم رعایت مصلحت تقصیر محسوب شده و وکیل ضامن خسارات وارده به موکل است.

پس دو مبنا داریم :

۱. در وکالت در دعاوی چنین استعفایی (به دلیل قرآینی که در مواد ۳۶ و ۴۳ قوانین مذکور موجود است) بدون اثر است و اساساً پذیرفته نمی‌شود و اثر داشتن آن در این حالت منوط به قبول موکل است (قبول به این معناست که موکل دارای فرصت برای انتخاب وکیل دیگری است).
۲. اما در سایر موارد فقط از ملاک ماده ۳۶ قانون وکالت استفاده می‌کنیم و لزوماً همان حکم و قاعده اعمال نمی‌شود (چون ضمانت اجرای این ماده استثناست). بنابراین در سایر موارد استعفا در خارج از زمان مناسب تقصیر است و در صورت ورود خسارت، وکیل مکلف به جبران خسارات است.

موت یا جنون و کیل یا موکل

این بند موارد انفساخ عقد وکالت را نام می‌برد. در بحث انفساخ وکالت، ماده‌ی ۶۸۲ نیز چنین مقرر می‌دارد: «محجوریت موکل موجب بطلان وکالت می‌شود [تعبیر «بطلان» صحیح نیست و باید می‌گفت موجب انفساخ می‌شود]. مگر در اموری که حجر، مانع از توکیل در آن‌ها نمی‌باشد و همچنین است محجوریت وکیل مگر در اموری که حجر مانع از اقدام در آن نباشد.»

به نظر می‌رسد چون فرض فوت و جنون در بند ۳ ماده ۶۷۸ آمده‌بود و نیز از استثنای ذیل ماده («...مگر در اموری که ...») معلوم می‌شود «محجوریت» در این ماده ناظر به فوت و جنون نیست بلکه با دقت در صدر و ذیل ماده درمی‌یابیم که منظور از محجوریت در این ماده، محجوریتی است که بعداً بر وکالت عارض می‌شود. به عبارت دیگر عقد وکالت ما صحیحاً واقع شده است و این ماده می‌گوید اگر حجری بر موکل عارض شد و موضوع وکالت در اموری است که حجر مانع از توکیل در آن‌ها نمی‌باشد، این وکالت همچنان صحیح است ولی اگر در اموری بود که حجر مانع توکیل است، وکالت منفسخ می‌شود. پس جنون یا فوت در این فرض قابل تصور نیست، چون معنا ندارد بگوییم مثلاً موکل اگر مجنون شد وکالت منفسخ است مگر در اموری که حجر مانع توکیل نیست! چراکه با فوت یا جنون وکالت قهراً منفسخ شده و فرض «..مگر در اموری که ...» معنا پیدا نمی‌کند. بنابراین حجر در ماده ۶۸۲ حجر عارضی است؛ مثلاً موکل در زمان انعقاد عقد اقداماتش صحیح بوده و بعد ورشکسته می‌شود و حق تصرف در امور مالی خود را ندارد یا شخص رشید بوده و بعد سفه بر او عارض می‌شود؛ در اینگونه موارد وکالتی که قبلاً صحیح بوده منفسخ می‌شود مگر اینکه موضوع وکالت امر غیر مالی باشد که سفه در آن مانع توکیل نیست.

عین همین بحث در مورد وکیل هم قابل تصور است مگر اینکه اقدامات وکیل در امور غیر مالی امکان وارد کردن خسارت و جبران آن را داشته باشد که چون این مقوله مالی است حجر او باعث انفساخ می‌شود.

عده‌ای از حقوقدانان بحثی را مطرح می‌کنند و می‌گویند همانگونه که دلیل نفوذ اقدامات وکیل قبل از رسیدن خبر عزل «رعایت حقوق اشخاص ثالث» است (ماده ۶۸۰) در فرض فوت موکل و عدم اطلاع وکیل هم می‌توان گفت برای رعایت حقوق اشخاص ثالث باید اقدامات وکیل را در این فاصله - پس از فوت و قبل از اطلاع وکیل - نافذ بدانیم. دکتر کاتوزیان و دکتر کاشانی اگرچه این بحث را مطرح کرده‌اند اما قائل به آن نیستند.

به نظر می‌رسد اگرچه در فرض فوت موکل، همان ملاک ماده‌ی ۶۸۰ جاری است و حقوق اشخاص ثالث در معرض خطر است، لکن حکم ماده ۶۸۰ یک حکم استثنایی است و ما مبنایی بر تسری این قاعده بر فوت موکل نداریم. لذا هر زمان موکل فوت کرد عقد وکالت منفسخ است و اگر وکیل بعداً مطلع شود تمام اقداماتی که در این فاصله انجام داده، غیر نافذ است و منوط به تنفیذ ورثه است.

بند چهارم

از بین رفتن متعلق وکالت و...

آخرین نکته در باب انقضای وکالت موردی است که در بندهای سه‌گانه‌ی ماده ۶۷۸ نیامده است. ماده‌ی ۶۸۳ در این باره چنین مقرر داشته است: «هرگاه 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 آورد مثل اینکه مالی را که برای فروش آن وکالت داده بود خود بفروشد، وکالت منفسخ می‌شود.» پس هرگاه وکالت در امری باشد که سالبه به انتفاء موضوع است مثلاً وکالت در فروش خانه‌ای بوده که خانه خراب شده است یا موکل قبلاً خودش خانه را فروخته یا اصلاً موکل خانه را وقف کرده است، در اینگونه موارد نیز چون موردی برای انجام توسط وکیل باقی نمی‌ماند، وکالت منفسخ است. همچنین است در مواردی که وکالت به دلیل قانونی مثلاً منتفی می‌شود مثلاً وکالت در خرید و فروش زمین داده ولی دولت خرید و فروش زمین را ممنوع می‌کند.

پایان عقد وکالت

بخش دوم : وثائق دین

فصل اول : عقد ضمان

* مقدمه

در بحث وثائق دین یک تئوری وجود دارد که به آن «تئوری تضمینات» می‌گویند. این بدین معنا است که ما می‌خواهیم «مخاطرات» معاملات خود را «کاهش» دهیم. لذا این عقود فی نفسه ارزشی ندارند بلکه به تعبیر دکتر کاتوزیان از عقود «تبعی» هستند. مثلاً برای کاهش خطر معامله از خریدار می‌خواهیم که به ما تضمین بدهد بدین صورت که یا ضامن معرفی کند یا مالی وثیقه بگذارد و ...

پس در تئوری وثائق، ما می‌خواهیم طلبکار را در موقعیت بهتری قرار دهیم (طلبکار با حقوق ممتاز) و خطراتی را که یا ناشی از اقدامات عمدی بدهکار است یا ناشی از اتفاقات قهری (مثل ورشکستگی) برای وی کاهش دهیم؛ برای این کار از دو نوع وثائق استفاده می‌کنیم:

وثائق شخصی :

۱. ضامن (عقد ضمان)
۲. کفیل (عقد کفالت)
۳. محال علیه (عقد حواله)

وثائق عینی : رهن

در تئوری وثائق، دو رویکرد وجود دارد:

رویکرد اول مبتنی بر فقه امامیه است و آن تئوری «نقل ذمه» است. این نظر بدین معنا است که ضامن یا کفیل یا محال علیه، مسئولیت پرداخت ذمه را به جای مدیون اصلی بر عهده می‌گیرند و در نتیجه مدیون اصلی، بری‌الذمه می‌شود.

در اینکه چرا فقه امامیه در «عقد ضمان»، تئوری انتقال را پذیرفته است چند استدلال مطرح شده است:

۱. دلیل لفظی : ضمان از ریشه‌ی «ضمن» و این معنی «إدخال الشيء فی ضمن» می‌باشد. پس اگر دین برود در ضمن ذمه ضامن، دیگر در ضمن ذمه‌ی مدیون نخواهد بود.

۲. دلیل روایی: روایتی که پیامبر (صلی الله علیه و آله) بر مدیون متوفی نماز نمی خواند مگر وقتی که امیرالمؤمنین (علیه السلام) ضمانت کرد. پس معلوم می شود مدیون متوفی با ضمانت امیرالمؤمنین (علیه السلام) بری الذمه شده که پیامبر (صلی الله علیه و آله) نماز را خواندند.

۳. دلیل عقلی: یک شیئی نمی تواند در دو جا مستقر شود، یعنی دین یا در ذمه ی مدیون است یا ضامن و در هر دو جا نمی تواند باشد. (با این مبنا که ضامن باعث سقوط ذمه ی مضمون عنه می شود می فهمیم که عقد ضمان یک عقد احسانی است.)

رویکرد دوم در حقوق غرب و فقه اهل سنت وجود دارد و آن تئوری «ضمّ ذمه» است. این نظر می گوید هدف از تئوری وثائق قراردادادن طلبکار در موقعیت برتر است. خوب، برای اینکه طلبکار را در موقعیت بهتری قرار دهیم، وی باید بتواند علاوه بر مدیون اصلی، به ضامن، یا کفیل یا محال علیه نیز مراجعه کند. در نتیجه مدیون اصلی بری الذمه نمی شود بلکه چیزی به ذمه ی او ضمیمه می شود. حال آنکه در تئوری نقل، وقتی مدیون را برمی داریم و مثلاً ضامن را جایگزین می کنیم هیچ موقعیت برتری برای طلبکار ایجاد نکرده ایم و به هدف تئوری وثائق نرسیده ایم چون همان مشکلی که با مدیون وجود داشت، حالا با ضامن وجود دارد. (البته طرفداران تئوری نقل در پاسخ به این اشکال گفته اند ما می توانیم برای مواجه نشدن با این مشکل، ملائت ضامن را در نظر بگیریم و خود این به نوعی موقعیت برتر برای طلبکار ایجاد می کند.) این نظر تقریباً مثل رهن است که حق رجوع به مدیون اصلی وجود دارد و یک تضمین اضافه هم تحت عنوان مال مرهونه وجود دارد.

دلایل فقهی عامه برای پذیرش تئوری ضم ذمه در عقد ضمان:

۱. دلیل لفظی: ضمان از ریشه ی ضم آمده است: «ضمّ، یضمّ، ضماناً». الف و نون آخر زائد است و در مصدر اضافه شده است. همانگونه که می گوئیم «جری، یجری، جریاناً» یا «دار، یدور، دوراناً».

۲. دلیل نقلی: فقهی عامه نیز به روایاتی در این زمینه استناد کرده اند.

۳. دلیل عقلی: گفتیم دلیل عقلی فقهی امامیه این است که یک دین در دو جا مستقر نمی شود. برای فهم بهتر مطلب و نقد این استدلال، می توان مقایسه ای با غصب را مطرح کرد. در فرض تعاقب ایادی می دانیم که مالک می تواند به هریک از این ایادی که مال را غصب کرده اند رجوع کند. یعنی در غصب مسئولیت تضامنی وجود دارد؛ بدین معنا که هم می تواند علیه همه شکایت کند هم می تواند علیه تک تک آن ها شکایت کند. پس در غصب انتقال ذمه صورت نمی گیرد، چون اگر اینگونه بود مالک باید لزوماً به ید آخر مراجعه می نمود. به عبارت دیگر اگرچه ما با یک مسئولیت روبرو هستیم (و در صورت پرداخت یک نفر مابقی بری الذمه می شوند) ولی این به معنای انتقال دین در غصب نیست. (اما به خلاف غصب که در آن تعهدات بدلی وجود دارد، در ضمان تعهد اصلی وجود دارد، یعنی آن دین عیناً به ذمه ی ضامن منتقل شده و دائن دیگر حق رجوع به مدیون را ندارد.) خوب می بینیم که در این فرض، تعدد مسئولیت تبعی و بدلی پذیرفته شده است. بنابراین اشکالی هم ندارد بگوئیم ضامن و مدیون هر دو مسئولیت پرداخت داشته باشند. چراکه این، بدین معنا نیست که آن ها باید دو دین پردازند بلکه مراد این است که یک دین

باید پرداخت شود. لذا این اشکال به فقهای امامیه وارد است؛ چون ما که واقعاً با یک شیء مادی روبرو نیستیم که بگوییم نمی‌تواند در دو جا مستقر شود بلکه داریم در عالم اعتبار صحبت می‌کنیم. پس اگر بگوییم یک دین در دو ذمه قرار می‌گیرد، نمی‌توان گفت این محال عقلی است. بنابراین همانطور که در تعاقب ایادی می‌توان دو ذمه را مشغول فرض کرد، اینجا هم اشتغال دو ذمه قابل فرض است.

جالب اینجا است که خود فقهای امامیه در برخی جاها بنا را بر ضمّ ذمه می‌گذارند. مثلاً در بحث حواله، برخی فقها می‌گویند «اگر ما دینی را به دو نفر حواله بدهیم تا طلبکار برود دریافت کند و آن دو ضامن هم شوند، چون این ضامن منجر به ضمّ ذمه می‌شود نمی‌توان اینگونه حواله داد.» خوب می‌بینیم که این فقها در اشکالی که به این نوع حواله می‌گیرند دلیلشان بوجود آمدن ضمّ ذمه است. پس به نوعی پذیرفته‌اند که ضمّ ذمه قابل فرض است. بنابراین می‌بینیم که در ادله‌ی عقلی منطق تئوری ضمّ قوی‌تر است.

به هر حال قانون مدنی ب اساس نظر مشهور در ماده‌ی ۶۹۸، تئوری نقل ذمه را پذیرفته و فرض را هم بر آمره بودن این قواعد قرار داده است.

در میان فقهای امامیه نظر دیگری نیز وجود دارد و آن اینکه اطلاق عقد ضمان نه مفید نقل است، نه مفید ضمّ. لذا می‌توان نقل یا ضمّ را در آن انتخاب کرد و بر آن اساس عقد را ایجاد نمود. (نظر سید محمد کاظم یزدی، صاحب عروه) آقای محقق داماد در اینجا سؤالی را مطرح می‌کند و آن اینکه با پذیرفتن این نظر اگر کسی را ضامن قرار دادیم و فراموش کردیم مشخص کنیم ضمان مبتنی بر نقل واقع شده یا ضمّ، تکلیف چیست؟ پاسخ ایشان این است که مدیون (مضمون‌عنه) که ذمه‌اش در ابتدا مشغول بوده است؛ ضامن هم که با انعقاد عقد ضمان ذمه‌اش مشغول می‌شود؛ حالا تردید می‌کنیم آیا با انعقاد عقد ضمان ذمه‌ی مضمون‌عنه بری شده است یا خیر؟ خوب؛ دوام ذمه‌ی مدیون در اینجا استصحاب می‌شود. پس منجر به ضمّ ذمه می‌شود. در واقع طبق این نظر چون اطلاق ضمان نه نقل است نه ضمّ، می‌توان شرط ضمّ نمود. اما اگر فراموش کردیم ماهیت عقد ضمان را روشن کنیم عقد ضمان مفید ضمّ ذمه می‌شود نه نقل ذمه.

حال می‌خواهیم به بررسی «عقد ضمان» در قانون مدنی بپردازیم. می‌بینیم که قانون بلافاصله بعد از وکالت، چهارمین عقد معین را تحت عنوان «در ضمان عقدی» آورده است. ضمان عقدی در مقابل «ضمان قهری» است. ضمان قهری مسئولیتی است برای فرد بدون اینکه طی عقدی آن مسئولیت را پذیرفته باشد و موجبات مسئولیت مدنی است و سب آن قاعده‌ی اتلاف یا تسبیب است. به عبارت دیگر آن ضمانی است که قانون‌گذار برای فرد فرض می‌کند. اما در ضمان عقدی قانون‌گذار از «قراردادی» برای ایجاد ضمان صحبت می‌کند. این عقد سابقه‌ی بسیار دیرینه دارد و در حقوق رم باستان هم این تأسیس حقوقی وجود داشته است؛ لذا این عقد از عقود امضایی است نه تأسیسی.

گفتار اول

عقد ضمان

بند اول

تعریف

ماده‌ی ۶۸۴: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.» با توجه به تعریف درمی‌یابیم که طرف‌های قرارداد ضمان «مضمون‌له» و «ضامن» هستند و مدیون اصلی را ثالث محسوب کرده است. این تعریف، تعریف نسبتاً خوبی است.

تحلیل تعریف:

برای تحلیل ارکان تعریف ابتدا باید ببینیم اثر مستقیم عقد ضمان چیست؟ قانون مدنی در ماده‌ی ۶۹۸ این اثر را بیان کرده و تکلیف مدیون اصلی را روشن نموده است: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه‌ی مضمون‌عنه بری و ذمه‌ی ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود.» حال به تحلیل ارکان تعریف ماده‌ی ۶۸۴ می‌پردازیم:

«... شخصی...»: ما یک رابطه‌ی حقوقی قبلی بین دائن و مدیون داریم که ممکن است بواسطه‌ی هر چیزی (بیع، قرض، صلح و...) بوجود آمده باشد. حالا شخصی که خارج از این رابطه‌ی حقوقی قبلی است قرار است یک عقد تبعی واقع کند. این شخص همان ضامن است که نسبت به آن رابطه‌ی حقوقی قبلی ثالث محسوب می‌شود. اما اینکه قانون‌گذار مدیون اصلی را ثالث محسوب کرده‌ه به این معنی است که مدیون اصلی نسبت به عقد ضمان ثالث است.

«... مالی را...»: پس اگر قرار است عقد ضمانی داشته باشیم باید «مالی» در ذمه وجود داشته باشد، چراکه ضمان در حقوق مالی است. لذا اگر تعهد غیر مالی بود نمی‌توان ضامن معرفی کرد مثلاً شخص نمی‌تواند برای «ولایت» که یک تعهد غیر مالی است ضامن معرفی کند، همچنین است مواردی مثل زوجیت و ...

«... به عهده بگیرد...»: مراد از عهده، «ذمه» است که یک امر اعتباری است. یعنی ما برای تعهدات، یک امری خارج از هویت شخصی افراد قائلیم و آن امر را در «اعتبار» قائل می‌شویم که به آن ذمه یا عهده می‌گوییم. از همین رو وقتی مدیون فوت می‌کند می‌گوییم ذمه‌اش باقی است و باید از ماترک دیونش پرداخت شود. پس اینکه در تعریف می‌گوید: «مالی را به عهده بگیرد.» یعنی ضامن، یک تعهد مالی را بر ذمه‌ی خودش می‌پذیرد و این تعهد مالی از ذمه‌ی دیگری می‌آید. یعنی باید ذمه‌ای بر عهده‌ی دیگری باشد. (منظور از دیگری همان مدیون اصلی است که گفتیم نسبت به عقد ضمان ثالث است.) از همین جا می‌فهمیم که عقد ضمان تبعی است. همچنین از این قید (به عهده گرفتن ذمه‌ی دیگری) می‌فهمیم که این ذمه قاعداً باید انتقال پیدا کند. یعنی مالی در ذمه‌ی دیگری موجود

است و حالا با آمدن ضامن ذمه‌ی او به ضامن منتقل می‌شود (تثوری نقل) که ماده ۶۹۸ نیز بر این انتقال تأکید کرده است.

در فقه عقد ضمان را اینگونه تعریف کرده‌اند: «عقد ضمان شُرْعٌ لِلتَّعْهَدِ بِمَالٍ أَوْ دَيْنٍ».

بند دوم

اوصاف عقد ضمان

۱. عقد ضمان یک عقد عهدی است، نه تملیکی (چون ملکیت نمی‌آورد). به این معنا که ضامن را متعهد به پرداخت دین می‌کند. (بحث عهدی بودن یا نبودن، در بخش اول یعنی عقود اذنی اساساً مطرح نیست، چون عقود اذنی از عقود جایز هستند و نفس عقود اذنی ایجاد تعهد نمی‌کند، بلکه تعهدشان تنها زمانی است که به مال وضع ید کنند؛ مثلاً تعهد مستودع تنها زمانی است که مال را دریافت کرده باشد).

۲. عقد ضمان یک عقد لازم است؛ صدر ماده‌ی ۷۰۱: «ضمان، عقدی است لازم...»

۳. عقد ضمان، یک عقد رضایی است نه تشریفاتی، لذا به محض آمدن ایجاب و قبول واقع می‌شود.

۴. عقد ضمان، یک عقد احسانی است. بدین معنا که بر اساس تثوری نقل، همینکه ضامن با پذیرفتن ذمه مضمون‌عنه او را بری‌الذمه می‌کند، دارد در حق او احسان می‌کند.

۵. عقد ضمان؛ معوض است (نه مجانی) لذا ضامن دینی را که به طلبکار می‌پردازد بعداً از مضمون‌عنه می‌تواند بگیرد.

۶. عقد ضمان یک عقد تبعی است. بدین معنا که طی یک رابطه‌ی حقوقی قبلی، شخصی به دیگری بدهکار می‌شود و حالا ضامن می‌آید و مالی را که به ذمه‌ی مدیون است بر عهده می‌گیرد. لذا اگر بعداً معلوم شود آن رابطه‌ی حقوقی اولیه (مثلاً اگر بیع بوده) از اساس باطل است و مشتری تعهدی به پرداخت ثمن ندارد، ضامن هم که ثمن را ضمانت کرده دیگر تعهدی به پرداخت نخواهد داشت. این به خاطر همین خاصیت تبعی بودن است. ماده ۶۹۱ هم در این باره مقرر می‌دارد: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است.» چون هنوز دینی ایجاد نشده تا به تبع آن ضمان واقع شود و آن دین به ضامن منتقل شود. پس نتیجه تبعی بودن این است که اولاً دینی باید باشد تا ضمان صحیح واقع شود، ثانیاً همان دینی که به عهده‌ی مدیون اصلی است، به ضامن منتقل می‌شود.

انعقاد عقد ضمان

اولین نکته‌ای که قانون مدنی در ماده‌ی ۶۸۵ می‌گوید این است: «در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست.» بنابراین عقد ضمان بین «دو طرف» منعقد می‌شود و آن ضامن و مضمون‌له هستند و مدیون اصلی در انعقاد عقد ضمان کاره‌ای نیست. لذا اساساً در مدیون اصلی، اهلیت شرط نیست (چون طرف عقد نیست). ماده‌ی ۶۸۶: «ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد.» خوب، طبیعی است که چون ضامن می‌خواهد یک مسئولیت مالی بر عهده بگیرد، اهلیت در او شرط است.

حقوقدانان در باب ورشکسته این سؤال را مطرح می‌کنند که آیا او می‌تواند ضامن شود؟! عده‌ای می‌گویند می‌تواند ضامن شود، چون انعقاد عقد ضمان توسط او صحیح است. منتها چون پرداخت از جانب او مغایر حقوق طلبکارها است، نمی‌تواند پرداخت کند. (ولی عقد ضمان صحیح است.) گروهی به این نظر اشکال کرده‌اند که اساساً عقد ضمان با تأدیه توأم است و نمی‌توان فرض کرد که عقد ضمانی واقع شود اما تأدیه نکند. لذا تاجر ورشکسته نمی‌تواند ضامن شود. چون تعهد او مغایر حقوق طلبکاران است و تنها در صورتی می‌تواند ضمانت کند که از جانب طلبکاران مأذون باشد.

آیا اهلیت در مضمون‌له شرط است؟ قانون مدنی اشاره‌ای به این مطلب نکرده اما از آنجا که نتیجه‌ی ضمان، براءت ذمه‌ی مدیون اصلی است و اگر قرار است مضمون‌له طرف قرارداد باشد و انعقاد عقد ضمان هم منجر به سقوط حق رجوع او به مدیون اصلی باشد، بنابراین ما در مضمون‌له هم نیاز به اهلیت داریم چون تصمیم او یک اقدام مالی است و در واقع دارد یک نفر را متعهد می‌کند و یک نفر را بریء می‌کند.

قانون مدنی در ماده ۶۸۷ می‌گوید: «ضامن شدن از محجور و میت صحیح است.» قبلاً هم گفتیم که در عقد ضمان از وجود یک دین در عالم اعتبار صحبت می‌کنیم و از طرف دیگر مدیون اصلی اساساً طرف عقد نیست. لذا بدیهی است که بتوان از محجور یا میت ضمانت نمود چون ضمانت از «دین» است و دین هم در ذمه است و ذمه تا زمانی که دین پرداخت نشود مشغول است.

* یکی از موضوعات مهمی که در مورد عقد ضمان اشاره کردیم بحث تبعی بودن عقد ضمان است. تبعی بودن به لحاظ موضوع عقد ضمان برای ما دارای آثار است. بدین ترتیب که اگر ضمان عقدی تبعی است پس باید یک رابطه‌ی حقوقی قبلی وجود داشته باشد و قانون مدنی هم در ماده‌ی ۶۹۶ مقرر می‌دارد: «هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگرچه شرط فسخی در آن موجود باشد.» پس مهم برای ما وجود یک دین و رابطه‌ی حقوقی قبلی است و لذا مهم نیست که شرط فسخ در آن رابطه‌ی حقوقی باشد یا نباشد. منتها اگر آن رابطه‌ی حقوقی قبلی به خاطر وجود خیار فسخ شد، عقد ضمان هم به دلیل تبعی بودن از بین می‌رود.

ماده‌ی ۶۹۱ در تکمیل ماده‌ی ۶۹۶ تعبیر دیگری آورده است: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است.» پس اگر مفهوم مخالف ماده را در نظر بگیریم نتیجه این می‌شود که اگر دین موجود نبود اما

سبب دین موجود بود ضمانت صحیح است. سبب دین، خود عقد است، البته گاهی اقداماتی نظیر تعدی و تفریط امین (که ید او را ضمانی می‌کند). نیز سبب دین است، یعنی خود عنوان ید ضمانی سبب مسئولیت است، ولو اینکه مال ودیعه هنوز در دست امین است و خسارتی وارد نشده است. اما چون سبب (ید ضمانی امین) ایجاد شده، کافی است که مودع از مستودع بخواهد ضامن معرفی کند. پس اگر ما بخواهیم از دینی ضمانت کنیم، یا باید این دین موجود باشد (ماده ۶۹۶) یا باید سبب آن وجود داشته باشد.

ماده ۶۹۷ نیز مثال دیگری برای ماده ۶۹۱ می‌آورد: «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق‌الغیر در آمدن آن جایز است.» قبلاً بحث کرده‌ایم که یکی از آثار عقد بیع، ضمان درک است و گفتیم اگر مبیع یا ثمن مستحق‌الغیر در آمد فرد مکلف است آنچه دریافت کرده است را پس بدهد. لذا ضمان عهده یا به تعبیری ضمان درک یعنی ضمان ناشی از مستحق‌الغیر در آمدن و بطلان بیع. حال ممکن است این سؤال پیش بیاید که مگر نگفتیم سبب باید موجود باشد تا ضمان صحیح باشد پس چگونه است که در بیع هنوز مبیع یا ثمن مستحق‌الغیر در نیامده ولی مشتری یا بایع ضمان عهده دارند و می‌توانند برای ضمان عهده ضامن معرفی کنند؟

پاسخ این است که اگر به یاد داشته باشیم ما در بند ۲ ماده ۳۶۲ در ذیل بحث از آثار بیع «صحیح» می‌گفتیم «عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد.» حال آنکه این، اثر بیع باطل است؛ ولی ما با مسامحه می‌گوییم از آثار بیع صحیح، ضمان درک است. پس معلوم می‌شود به محض انعقاد بیع، سبب ضمان عهده وجود پیدا می‌کند. به همین دلیل در ماده ۶۹۷ می‌گوید ضمان عهده از مشتری و بایع جایز است، یعنی اگر به مشتری بگوییم برای ردّ مبیع ضامن معرفی کن این عقد ضمان صحیح است.

در اینجا عده‌ای فرض دیگری را مطرح می‌کنند و می‌گویند آیا می‌توان از دین معلق ضمانت کرد؟ چرا که وقتی می‌گوییم دین موجود است یعنی عقد ضمان ما منجز است. وقتی هم می‌گوییم سبب دین موجود است در واقع داریم ضمان منجز را با مسامحه می‌پذیریم. اما آیا می‌توان از دین معلق ضمانت کرد؟

اگر این عبارت به این معنی باشد که «اگر فلانی مدیون است من ضامن هستم» این اشکالی ندارد. چرا که ضامن اجمالاً علم دارد که یک رابطه‌ی حقوقی بین طرفین هست، منتها نمی‌داند آیا این رابطه صحیح بوده یا نه. (با توجه به اینکه ماده‌ی ۶۹۴ علم اجمالی را کافی دانسته است.) در واقع در اینجا داریم عقد ضمان را معلق به شروط صحت می‌کنیم یعنی ضامن می‌گوید من ضامنم مشروط بر اینکه این رابطه‌ی حقوقی قبلی صحیح باشد.

اما اگر تعلیق در ضمان به این معنی باشد که ضامن بگوید «من ضامنم به شرطی که فلانی نپردازد» این باطل است. چون در واقع در اینجا داریم خود عقد ضمان را معلق بر امر دیگری می‌کنیم و آن امر عدم تأدیعه‌ی مضمون‌عنه است. ماده‌ی ۶۹۹: «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است...» پس ضمان باید منجز باشد به این دلیل که گفتیم مبنای قانون ما تئوری نقل است؛ لذا هر فرضی که از تئوری نقل خارج شود و به تئوری ضم نزدیک شود، یعنی هر فرضی که به پرداخت مضمئن‌عنه ربط داشته باشد، قابل قبول نیست. پس در فرضی که می‌گوید اگر مضمون‌عنه نداد من ضامنم، چون این بدین معنا است که باید طلبکار، اول به

مضمون‌عنه مراجعه کند و اگر نداد به ضامن، این باطل است چون گفتیم با ضمان اساساً ذمه‌ی مضمون‌عنه بری می‌شود.

با این حساب نظر دکتر کاتوزیان که معتقد است تضامن در قانون مدنی قابل فرض است نیز قابل قبول نیست؛ چون تعلیق در ضمان یعنی همان شرط تضامن طولی که قانون مدنی صریحاً آن را نپذیرفته است.

ذیل ماده‌ی ۶۹۹: «... ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.» یعنی صدر ماده می‌گفت اگر بگوییم «اگر اونپرداخت، من ضامنم» این باطل است ولی اگر بگوییم «اگر اونپرداخت من می‌پردازم، این صحیح است.»! در اینکه ذیل این ماده چه منظوری دارد اینگونه بحث شده که ما باید ببینیم آیا ذیل ماده ناظر به عقد ضمان است یا عقد دیگری؟

اگر ناظر به عقد ضمان باشد همان استدلال که برای صدر ماده آوردیم، برای ذیل ماده هم جاری است. یعنی مطابق تئوری نقل، ذمه مضمون‌عنه بری می‌شود و او مسئول پرداخت نیست. لذا بر خلاف نظر برخی حقوقدانان که ذیل این ماده را هم در داخل عقد ضمان تفسیر می‌کنند (و می‌گویند صدر ماده تعلیق در انشا و ذیل آن تعلیق در آثار است) به نظر می‌رسد ذیل ماده اصلاً ناظر به عقد ضمان نیست. چون اگر ذیل ماده هم ناظر به عقد ضمان بود، به همان دلیلی که صدر ماده تعلیق را باطل می‌دانست، فرض ذیل ماده هم باید باطل باشد. بنابراین ذیل ماده قطعاً ضمان نیست. اما برای تفسیر آن باید ماده ۷۲۳ را در نظر بگیریم: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه‌ی دین دیگری ملتزم شود، در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه‌ی دین مدیون معلق به عدم تأدیه او نماید.» در واقع این ماده همان ذیل ماده‌ی ۶۹۹ را بیان می‌کند؛ آنجا می‌گفت تعلیق در التزام به تأدیه صحیح است و اینجا هم می‌گوید تعلیق به التزام، مبطل نیست، و این دو یک معنی می‌دهد. و می‌بینیم که در ماده ۷۲۳ بحث عقد ضمان نیست و قانون‌گذار در مقام بیان یک قاعدن کلی است.

دکتر کاشانی در تحلیل این بحث، دو نکته بیان می‌کند:

۱. اگر التزام به تأدیه، در داخل عقد ضمان باشد، فرض قانون‌گذار بر بطلان است، ولی اگر در داخل عقد دیگری باشد فرض قانون‌گذار صحت این شرط است.

۲. قانون‌گذار احتمالاً به این نتیجه رسیده است که تئوری نقل در عقد ضمان، نیاز روزمره‌ی مردم را جواب نمی‌دهد لذا در ماده‌ی ۷۲۳ آمده و راه‌حلی را به صورت شرط ضمن عقد بیان می‌کند و آن ضم ذمه‌ی طولی است.

اما در پاسخ به این اشکال که اگر ۷۲۳ تنها شرط ضمن عقد را بیان می‌کند و ربط به ضمان ندارد، پس چرا در بین مواد مربوط به آثار ضمان آمده است؟ پاسخ می‌دهیم یا به دلیل همان نکته‌ی دومی است که دکتر کاشانی مطرح می‌کند، یا به این دلیل است که این شرط ضمن عقد به لحاظ آثار، شبیه عقد ضمان است و لذا در اینجا آورده شده است.

در ماده‌ی ۶۸۴ فرض را بر این گذاشته است که ما از «مال» می‌توانیم ضمانت کنیم. بدین ترتیب دیون مالی که بر ذمه دیگری است به ذمه‌ی ضامن منتقل می‌شود.

اما منظور از مال چیست؟

اعیان: مال معینی که ما به ازاء دارد. مثلاً مشتری به بائع بگوید برای ردّ مبیع ضامن معرفی کن! عده‌ای گفته‌اند در اعیان نمی‌شود ضمانت کرد، چون از آنجا که مبیع عین است، ضامن باید همان را تحویل بدهد حال آنکه بر عین وضع ید ندارد و آن در دست بائع است. اما در مقابل عده‌ای گفته‌اند همانگونه که در بحث تعاقب ایادی در غصب، وقتی مالک به یکی رجوع می‌کند و عین در دست دیگری است، او باید برود و همان عین را بگیرد، در اینجا هم ضامن می‌تواند به بائع رجوع کند و همان عین را بگیرد و تحویل بدهد. پس یکی از مصادیق مال، اعیان است. نکته‌ای که در بحث از دین باید به آن توجه داشت، این است که بر اساس قواعد کلی که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی آمده، علی‌الأصول دینی که ضمانت می‌شود، باید مشروع باشد. بنابراین دیونی که به واسطه‌ی اقدامات نامشروع یا تعهدات خلاف قانون ایجاد می‌شود، تعهدی را بر ذمه‌ی ضامن ایجاد نمی‌کند. چراکه فرض ما بر این بود که تئوری نقل همان دین را در ذمه‌ی ضامن قرار می‌دهد. پس نتیجه این خواهد بود که اگر به واسطه‌ی بطلان تعهد اصلی یا به واسطه‌ی نامشروع بودن اصل دین، امکان مطالبه‌ی اصل وجود نداشته باشد، ضمانت از آن هم باطل است. پس اگر مثلاً کسی قمار کرده و به واسطه‌ی آن مدیون شده و بر اساس این قمار هم عقد ضمانی واقع کرده بوده، این ضمان باطل است.

به این نکته نیز باید توجه شود که در بحث ضمان عقد ما تبعی است، فارق از اصل استقلال، چون تئوری نقل را داریم. یعنی همان دین در ذمه قرار می‌گیرد. اما در اسناد تجاری، درست است که یک رابطه‌ی حقوقی قبلی وجود دارد اما اقتضای اصل استقلال این است که به دنبال آن، اصل عدم استماع ایرادات می‌آید. یعنی ما در تعهدات ناشی از اسناد تجاری ولو ناشی از رابطه‌ی حقوقی قبلی باشد، باید تعهد خود را بر اساس اسناد پرداخت کنیم و بعداً هر حرف و ایرادی داریم بگوییم، اما در بحث عقد ضمان چون همان دین قرار است منتقل شود، اگر دین نامشروع باشد، ضامن تعهدی به پرداخت ندارد. پس لزوم مشروع بودن دین، این اختیار را به ضامن می‌دهد که اگر خواست ایراد بگیرد و به واسطه‌ی ایراد پرداخت نکند بتواند این کار را بکند.

نکته‌ی دیگر در اوصاف دین این است که در عقد ضمان علم تفصیلی شرط نیست. به همین دلیل اگر کسی بگوید «من نمی‌دانم فلانی چقدر بدهکار است، اما دین او را ضمانت می‌کنم» این صحیح است.

ماده‌ی ۶۹۴: «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست. بنابراین اگر کسی ضامن دین شخص بشود، بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است. لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.»؛ ذیل ماده ضمانت مردّد را نپذیرفته است. چون فرض ما در تئوری نقل

این است که همان دین می‌خواهد در ذمه‌ی ضامن قرار گیرد. لذا اگر ضامن نداند کدام دین را می‌خواهد ضمانت کند، با تئوری نقل سازگار نیست.

در مورد اشخاص هم علم تفصیلی لازم نیست؛ ماده‌ی ۶۹۵: «معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون‌له یا مضمون‌عنه لازم نیست.» پس اگر ضامن نه مضمون‌عنه را بشناسد نه مضمون‌له را و نه مقدار دقیق دین را بداند ولی بگوید «من همه‌ی دیون این آقا را ضمانت می‌کنم، به هر کس که بدهکار است» (تردید نمی‌کند) این صحیح است. چون همین که اجمالاً بداند دینی وجود دارد، کافی است.

آیا معرفت تفصیلی مضمون‌له به ضامن شرط است؟

به نظر می‌رسد اگر عقد ضمان را از عقود مسامحه‌ای بدانیم، اینجا هم نباید شرط باشد یعنی همین که مضمون‌له از ظاهر شخص ضامن بفهمد که او می‌تواند دین را اداء کند، کافی است و نیاز به معرفت تفصیلی نسبت به او ندارد. صدر ماده‌ی ۶۹۰ هم می‌گوید: «در ضمان شرط نیست که ضامن مال‌دار باشد...» پس نیاز نسیت مضمون‌له دقیقاً بداند ضامن مال دارد یا ندارد. منتها چون فرض ما بر این است که در عقد ضمان مضمون‌له را در یک موقعیت برتر قرار دهیم اگر بعداً معلوم شود که ضامن از اول مال‌دار نبوده و مضمون‌له حین عقد جاهل به این موضوع بوده، حق فسخ خواهد داشت: ادامه‌ی ماده‌ی ۶۹۰ «... لیکن اگر مضمون‌له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد، می‌تواند عقد ضمان را فسخ کند...» مثلاً مضمون‌له فکر می‌کرده ضامن آدم پول‌داری است اما حالا معلوم می‌شود تاجر ورشکسته بوده است! در نتیجه می‌تواند ضمان را فسخ کند و دین مجدداً به ذمه‌ی مضمون‌عنه باز می‌گردد. چون سبب انتقال دین، عقد ضمان بوده و حالا که عقد ضمان از بین می‌رود، دین قهراً به ذمه‌ی مدیون اصلی باز می‌گردد، چون سببی برای انتقال وجود ندارد.

ادامه‌ی ماده‌ی ۶۹۰: «... ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملی شود مضمون‌له خیاری نخواهد داشت.» بنابراین ملائت در زمان عقد شرط است و اگر در زمان عقد غیر ملی بوده و مضمون‌له هم جاهل باشد، خیاری دارد. فرقی هم نمی‌کند مفلس شود یا مفلس؛ در هر حال اگر بعد از عقد ضمان باشد، مضمون‌له خیاری نخواهد داشت و می‌رود در صف بقیه‌ی طلبکارها و هیچ مزیتی بر آنها ندارد مگر اینکه از ضامن رهن گرفته باشد که می‌رود در صف طلبکاران ممتاز. (ماده‌ی ۶۹۳: «مضمون‌له می‌تواند در عقد ضمان از ضامن مطالبه‌ی رهن کند، اگرچه دین اصلی رهنی نباشد.»)

در ذیل این بحث فقها برخی مصادیق را ذکر کرده‌اند که آیا در آنها ضمان صحیح است یا خیر؟!:

- ضمانت از دیون طبیعی:

مثلاً فردی دینی بر عهده دارد اما قابل مطالبه نیست؛ مثل دیونی که مشمول مرور زمان است. در اینکه آیا ضمانت از این دیون صحیح است یا خیر دو نظر وجود دارد: عده‌ای گفته‌اند چون قابل مطالبه نیست، ضمانت آن نیز صحیح نیست. اما به نظر می‌رسد صحیح باشد چون اگرچه قابل مطالبه نیست، ولی پرداخت آن که اشکال ندارد. لذا

مثلاً ضامن می گوید «من می خواهم این دینی را که مشمول مرور زمان شده ضمانت کنم و قصد پرداخت هم دارم.» این بلا اشکال است.

- ضمانت از مال جعاله :

عده ای گفته اند در عقد جعاله هیچ دینی وجود ندارد. [هیچ جعلی نباید پرداخت شود.] مگر اینکه عمل انجام شده باشد. پس اگر کسی بگوید «مال من مفقود شده، هرکس آن را پیدا کند، فلان مقدار به او می دهم، فلانی هم ضامن من باشد» گفته می شود این ضمان صحیح نیست چون سبب ندارد.

اما عده ای قائلند که چون خود عقد جعاله سبب پرداخت است، ضمان از آن نیز صحیح است و مستند هم آیه ۷۲ سوره ی مبارکه ی «یوسف» است. «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»

- ضمانت از نفقه ی آینده :

در ضمانت از نفقه ی حال تردیدی وجود ندارد که درست است. اما در ضمانت از نفقه ی آینده اختلاف نظر وجود دارد. عده ای سبب پرداخت نفقه را تمکین زوجه می دانند. اگر این مبنا را بپذیریم، بنابراین نفقه ی آینده قبل از تمکین، سبب ندارد و ضمانت از آن صحیح نیست. عده ای دیگر سبب پرداخت نفقه را نکاح می دانند نه تمکین (تمکین را جزء حقوق زوج می دانند اما سبب نفقه نمی دانند). در این مبنا ضمانت از نفقه صحیح است چون سبب وجود دارد اما زمان مطالبه آینده است؛ چون مثل دین مؤجل است و هر موقع زمان آن برسد دریافت می کند. (ماده ی ۱۲۰۶ قانون مدنی) مثلاً هر ماه نفقه ی آن ماه را بگیرد.

- ضمانت از نفقه ی اقارب :

آیا در جایی که شخص نسبت به خویشاوندان خود مسئولیت دارد ضمان صحیح است؟ (نفقه ی اقارب: ماده ی ۱۱۹۶ قانون مدنی) در این فرض گفته اند همین که الزامی به پرداخت نفقه ی اقارب وجود داشته باشد، عقد ضمان آن هم درست است؛ که الزامات آن در خود قانون مدنی آمده است. فرض قانون این است که برای نفقه ی اقارب شرایطی لازم است. مثلاً رابطه ی خویشاوندی (ماده ی ۱۱۹۶) و فقر اقارب و توانایی کسی که مکلف به پرداخت نفقه است؛ با جمع این شرایط، شخص مکلف به پرداخت نفقه ی اقارب می شود و در این حالت ضمانت از دین هم صحیح است؛ چون فرض در نفقه ی اقارب اساساً این است که تعهد شخص به پرداخت نفقه از الآن به بعد است. [ذیل ماده ۱۲۰۶: «ولی اقارب فقط نسبت به آتیه می توانند مطالبه ی نفقه نمایند.»] (به خلاف زوجه که نسبت به گذشته می توانست طلب نفقه کند.) پس سبب وجود دارد و ضمان صحیح است. منتها این هم مثل دین مؤجل است و هر موقع زمان آن برسد از ضامن دریافت می کنند. مثلاً نفقه ی امروز را امروز، فردا را فردا و ماه بعد را ماه بعد می گیرند. ولی نمی توانند نفقه ی دوسال بعد را الآن بگیرند.

به این نکته هم باید توجه داشت که اگر ضمان واقع شد و شخصی که باید نفقه اقارب را بدهد توانایی مالی اش را از دست بدهد در اینجا چون شخص دیگر تعهدی به پرداخت نفقه ندارد، ضمانت ضامن نیز ادامه نخواهد داشت، چون عقد تبعی است.

عقد ضمان اگرچه بین دو نفر واقع می‌شود اما برای سه طرف آثار دارد. (مثل وکالت)

بند اول

اثر ضمان بین ضامن و مضمون‌له

۱. انتقال دین

ماده‌ی ۶۹۸: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه‌ی مضمون‌عنه بری و ذمه‌ی ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود.»

گفتیم با انعقاد عقد ضمان دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه‌ی ضامن منتقل می‌شود و استقرار ذمه هم توأمان است. یعنی هم‌زمان از ذمه‌ی مضمون‌عنه ساقط و در ذمه‌ی ضامن مستقر می‌شود. پس مطابق این اثر، ضامن به مضمون‌له مدیون می‌شود. باید دقت کرد این دین همان دین است؛ به تعبیر دکتر کاتوزیان ما «اصل یگانگی دین» را داریم؛ در نتیجه در تمام اوصاف، شرایط و خصوصیات، تعهدی که ضامن بر عهده می‌گیرد از تعهد اصلی مضمون‌عنه تبعیت می‌کند. لذا اگر دین اصلی مدت دار باشد، دین ضامن هم مدت دار خواهد بود. منتها ضامن می‌تواند شرایط را تغییر دهد. مثلاً دین حال را مؤجل ضمانت کند یا دین مؤجل را حال ضمانت کند: ماده‌ی ۷۰۲: «هرگاه ضمان مدت داشته باشد، مضمون‌له نمی‌تواند قبل از انقضاء مدت مطالبه‌ی طلب خود را از ضامن کند، اگرچه دین، حال باشد.» پس اگر دین حال بود، ضامن می‌تواند آن را مؤجل ضمانت کند. باید توجه داشته باشیم که این شرط به نفع ضامن است. پس اگر خودش زودتر پرداخت کند، بعداً نمی‌تواند بگوید «پول را پس بده، می‌خواهم سر موقع بپردازم.» مگر اینکه جاهل به مؤجل بودن باشد و اشتباه‌هاض پرداخت کند.

ماده‌ی ۷۰۳: «در ضمان حال، مضمون‌له حق مطالبه‌ی طلب خود را دارد اگرچه دین مؤجل باشد.» پس اگر مشتری گفته باشد «ثمن را یک سال بعد می‌دهم یک میلیون» ضامن می‌تواند بگوید «من الآن می‌دهم ۸۰۰ هزار تومان». پس می‌بینیم که ضامن علاوه بر اینکه می‌تواند زمان پرداخت را به گونه‌ای دیگر در عقد ضمان شرط کند، می‌تواند مبلغ را هم تغییر دهد. مثلاً دین حال را مؤجل ضمانت کند و بگوید «۴ میلیون حال را یک سال دیگر ۵ میلیون می‌دهم.» (صدر مواد ۷۱۳ و ۷۱۴ قانون مدنی).

ما تغییر در زمان پرداخت و تغییر در مبلغ را گفتیم؛ یکی دیگر از تغییراتی که می‌توان برای ضامن فرض کرد، ضمانت به غیر جنس دین است. مثلاً بگوید «من ۵۰۰ هزار تومان این شخص را ضمانت می‌کنم اما به جای ۵۰۰ هزار تومان این مقدار کیسه برنج را می‌دهم.» این نوع ضمانت صحیح است منتها ضمان ساده نیست، بلکه ابتدا یک تبدیل تعهد به اعتبار موضوع دین رخ می‌دهد، بعداً ضامن آن موضوع را بر عهده می‌گیرد.

دو ماده‌ی ذیل نکته‌ی خاصی ندارد ولی آن را مرور می‌کنیم:

ماده‌ی ۷۰۴: «ضمان مطلق محمول به حال است مگر آنکه به قرائن معلوم شود که مؤجل بوده است.» پس شرط اجل نیاز به تصریح دارد.

ماده‌ی ۷۰۵: «ضمان مؤجل به فوت ضامن حال می‌شود.» پس اگر ضامن فوت کرد ورثه فوراً باید پرداخت کنند.

۲. فسخ و اقاله

بحث دیگری که ما در رابطه بین ضامن و مضمون‌له داریم این است که آیا ما امکان درج فسخ و اقاله داریم یا نه؟ مثلاً آیا ضامن می‌تواند عقد ضمان واقع کند و برای خودش شرط خیار کند؟ یا اصلاً می‌تواند اقاله کند؟ ماده‌ی ۷۰۱: «ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون‌له نمی‌توانند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده‌ی ۶۹۰ مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون‌به و یا در صورت تخلف از مقررات عقد.» پس همانطور که گفتیم در صورت روشن شدن این موضوع که ضامن در زمان انعقاد عقد ملائت نداشته و مضمون‌له نیز جاهل بوده، این شرط فسخ به نفع مضمون‌له است. همچنین اگر اصل دین دارای حق فسخ باشد و این حق اعمال شود، چون ضمان یک عقد تبعی است، از بین می‌رود. اما اینکه ذیل ماده می‌گوید «و یا در صورت تخلف از مقررات عقد»، منظور کدام عقد است؟ عقد اصلی یا عقد ضمان؟

عده‌ای معتقداند به جز آنچه در ماده‌ی ۶۹۰ آمده، در عقد ضمان خیار فسخ نداریم. چون وقتی دین منتقل شود دیگر بر نمی‌گردد؛ اگر قرار باشد دینی که از ذمه‌ی مدیون اصلی برداشته شده با خیار فسخ برگردد، این مخالف تئوری نقل است. در نتیجه ذیل ماده ناظر به رابطه‌ی حقوقی اولیه است.

عده‌ای می‌گویند عقد ضمان مثل همه‌ی عقود است و می‌توان در آن شرط خیار کرد. پس ذیل ماده‌ی ۷۰۱ ناظر به خود عقد ضمان است. اما برای نتیجه‌گیری بهتر لازم است ببینیم فسخ چه اثری دارد: نتیجه‌ی فسخ این است که آنچه در ذمه‌ی ضامن است ساقط می‌شود؛ حال سؤال این است که با سقوط ذمه‌ی ضامن، آیا ذمه‌ی مضمون‌عنه مجدداً مشغول می‌شود یا نه؟ اگر بگوییم مشغول نمی‌شود، نتیجه این می‌شود که ما آمده‌ایم به واسطه‌ی یک عمل حقوقی دینی را ساقط کرده‌ایم. اگر هم بگوییم دوباره ذمه‌ی مضمون‌عنه مشغول می‌شود، خوب این هم سبب می‌خواهد، چون در واقع ضامن دارد می‌گوید من اعمال خیار می‌کنم و شما (مضمون‌عنه) بدهکار خواهی شد! خوب مگر بدون قبول او ممکن است ذمه‌اش مشغول شود؟ چرا که ما با یک قاعده روبرو هستیم و آن اینکه بدون رضای فردی نمی‌توان دینی در ذمه‌ی او ایجاد کرد.

عین همین بحث در اقاله هم وجود دارد.

لذا به نظر می‌رسد نباید پذیرفت که ذیل ماده ۷۰۱ ناظر به عقد ضمان است، چون با مشکلات مذکور روبرو می‌شویم. علاوه بر این پذیرش تخلف از مقررات در عقد ضمان به این راحتی قابل تصور نیست. بنابراین ما نظر اول را ترجیح می‌دهیم مگر اینکه بگوییم فسخ عقد ضمان منجر به اینکه دوباره ذمه‌ی مضمون‌عنه مشغول شود،

نمی‌شود. در این صورت می‌توان نظر دوم را پذیرفت. مثلاً مضمون‌له بگوید من حاضر من فلانی ضامن تو باشد ولی از باب احسان، اگر عقد ضمان هم فسخ شد دیگر تو (مضمون‌عنه) دینی بر عهده نخواهی داشت.

۳. عدم بقای تضمینات سابق

بحث دیگری که مورد اختلاف است این است که اگر عقد ضمان واقع شد آیا تضمینات دین سابق باقی می‌ماند یا خیر؟ مثلاً مضمون‌عنه قبلاً برای دین خود رهن معرفی کرده‌است و حالا ضامن آن دین را ضمانت می‌کند. آیا با وقوع عقد ضمان، مال مرهونه آزاد می‌شود یا نه؟

عده‌ای مانند دکتر کاتوزیان گفته‌اند فرض ما بر این است که اگر عقد ضمان واقع شد، به واسطه‌ی آن، تضمینات دین سابق از بین می‌رود و دلیلشان ماده‌ی ۲۹۳ قانون مدنی است: «در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند.»

این گروه عقد ضمان را بر مبنای تبدیل تعهد تبدیل می‌کنند بدین معنا که ضمان شبیه تبدیل تعهد با اعتبار شخص مدیون است. منتها باید دقت داشت در تبدیل تعهد به اعتبار مدیون، دین سابق از بین می‌رود و دین جدید ایجاد می‌شود. لذا اگر دین سابق تضمیناتی داشته آن‌ها نیز از بین می‌رود. به همین خاطر عده‌ای مانند دکتر کاشانی در مقابل گفته‌اند اساساً در این بحث ماده‌ی ۲۹۳ قابل استناد نیست چون مبتنی بر سقوط دین مدیون است حال آنکه در تئوری نقل همان دین منتقل می‌شود و از بین نمی‌رود. البته این گروه نیز معتقداند تضمینات سابق از بین می‌رود منتها نه به دلیل تبدیل تعهد بلکه به دلیل بری‌ء‌الذمه شدن مضمون‌عنه (ماده ۶۹۸) یعنی اقتضای تئوری نقل این است که مضمون‌عنه بری‌ء می‌شود لذا تضمینات سابق هم از بین می‌رود، چون نمی‌توان فرض کرد شخصی بدهکار نباشد ولی تضمین باقی بماند.

دو نظر فوق اگرچه نتیجه‌شان یکی است ولی در آثار متفاوت‌اند:

دیدیم که ذیل ماده ۲۹۳ شرط خلاف را پذیرفته است. پس معلوم می‌شود دوام یا سقوط تضمینات را می‌توان در تبدیل تعهد شرط نمود. لذا اگر ماده ۲۹۳ را در این بحث قابل استناد بدانیم و این را بپذیریم که ضمان شبیه تبدیل تعهد است، این نتیجه حاصل می‌شود که بگوییم در عقد ضمان نیز می‌توان شرط بقای تضمینات سابق را نمود.

اما اگر بگوییم ضمان تبدیل تعهد نیست، دو حالت در باب شرط بقای تضمینات می‌توان فرض کرد:

۱. یکی اینکه شرط بقای تضمینات، مربوط به دین ضامن می‌باشد؛ مثلاً مضمون‌له بگوید «من ضمانت تو را قبول می‌کنم به شرطی که مثلاً مال رهن مربوط به تو ضامن باشد»، یعنی رهن در ازای بدهی ضامن باشد. اگر چنین فرضی کنیم، این به صرف قبول شخص ضامن متصور نیست، بلکه اگر مال مرهونه متعلق به ضامن باشد، این شرط صحیح است یعنی ضمان + رهن. اما اگر مال مرهونه متعلق به ضامن نیست (مال بدهکار اصلی یا

شخص ثالث بوده) این شرط نیاز به قبول مالکِ رهن دارد. در نتیجه اگر قبول کند، این شرط صحیح است یعنی ضمان + رهن؛ اما اگر قبول نکند فقط عقد ضمان صحیح است و شرط باطل.

۲. اما اگر منظور از شرط بقای رهن این باشد که رهن مربوط به دین مضمون‌عنه است، این شرط مغایر تئوری نقل و باطل است.

طرفداران تئوری ضم به طریق اولی قائل به باقی ماندن تضمینات هستند چون دین مضمون‌عنه باقی است.

۴. براءت مضمون‌عنه

در رابطه بین ضامن و مضمون‌له، فرض دیگری در ماده‌ی ۷۰۷ مطرح شده است: «اگر مضمون‌له ذمه‌ی مضمون‌عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود...» ظاهراً قانون مدنی به خاطر همان مسائل و اختلافاتی که در تئوری ضم بوده است، خواسته در اینجا محکم‌کاری کند و الا ذمه‌ی مضمون‌عنه که خود به خود با انعقاد عقد ضمان، بری می‌شود؛ منتها قانون خواسته تأکید کند که براءت ذمه مضمون‌عنه تأثیری در ذمه‌ی ضامن ندارد.

ذیل ماده ۷۰۷: «مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد.» یعنی اگر مضمون‌له با ابراء، آن دینی که به واسطه‌ی رابطه‌ی حقوقی اصلی ایجاد شده بود را ساقط کند، ضامن هم بری می‌شود مثلاً بگویند من طلبی که به واسطه‌ی آن بیع داشتیم را ابراء کردم. در واقع در اینجا مضمون‌له رابطه‌ی حقوقی اصلی را قطع می‌کند.

۵. رابطه‌ی حقوقی ناشی از تضامن

نکته‌ی آخر در باب رابطه‌ی ضامن و مضمون‌له، بحث رابطه‌ی حقوقی ناشی از تضامن است که در قانون مطرح نشده است.

در تضامن دو نوع رابطه داریم: یا رابطه تضامن طولی است یا رابطه تضامن عرضی در قانون تجارت ماده‌ی ۴۰۲ ناظر به رابطه‌ی تضامن طولی است. یعنی ابتدا مضمون‌له باید به مدیون اصلی رجوع کند سپس به ضامن. ماده‌ی ۴۰۲: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون‌له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین به این ترتیب مقرر شده باشد...»

ماده‌ی ۴۰۳ ناظر بر رابطه‌ی تضامن عرضی است: «در کلیه‌ی مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد، طلبکار می‌تواند به ضامن یا مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه‌ی طلب به دیگری رجوع نماید.»

در اینکه این قراردادهای ضمانت در حقوق مدنی معتبر هست یا نه، اختلاف نظر وجود دارد. افرادی مثل دکتر کاتوزیان آن را صحیح می‌دانند و عده‌ای معتقدند که اصل در قراردادها در حقوق مدنی مسئولیت نسبی است و تضامن نیاز به «نص» دارد و با توافق حاصل نمی‌شود.

بند دوم

در اثر ضمان بین ضامن و مضمون‌عنه

گفتیم عقد ضمان یک عقد رایگان نیست و اگر ضامن می‌پردازد، هدف او این است که در آنچه پرداخته بتواند به مضمون‌عنه رجوع کند و دریافت کند. آنچه که در رابطه بین ضامن و مضمون‌عنه اصل شناخته می‌شود، همین حق رجوع است. حال می‌خواهیم احکام این رجوع را مرور کنیم.

ماده‌ی ۷۰۹: «ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد مگر بعد از ادای دین...» می‌بینیم که صدر ماده درباره‌ی اصل رجوع است. در اینکه آیا در رجوع، ضامن قبل از اینکه بپردازد باید مأذون از قبل مضمون‌عنه باشد یا نه؟ در مواد قانون مدنی در بحث ضمان ماده‌ی صریحی وجود ندارد. به همین دلیل برخی از صدر ماده ۷۰۹ اینگونه استنباط می‌کنند که شرط رجوع ضامن به مضمون‌عنه صرفاً تأدیه است لذا اگر پرداخت صورت گرفت، حق رجوع دارد حتی اگر از قبل مضمون‌عنه مأذون نبوده باشد.

منتها اکثر حقوقدانان معتقدند که ما باید این ماده را در کنار ماده‌ی ۲۶۷ تفسیر کنیم (ماده ۲۶۷ درباره‌ی ایفای دین است که یکی از شش سبب سقوط تعهدات است). این ماده مقرر می‌دارد: «ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد ولیکن کسی که دین دیگری را اداء می‌کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد و الا حق رجوع ندارد.» لذا این عده می‌گویند اگر ضامن پرداخت کرد، این پرداخت اثر دارد منتها به دو شرط می‌تواند رجوع کند: یکی اینکه پرداخته باشد (مفهوم صدر ۷۰۹) و دیگر اینکه مأذون بوده باشد (منطوق ۲۶۷) و می‌گویند منطوق بر مفهوم مقدم است و نمی‌توان سکوت ۷۰۹ را دلیل شرط نبودن اذن برای رجوع دانست. - از شرط اول (تأدیه) دانسته می‌شود که اگر مضمون‌له ضامن را ابراء کند ضامن نمی‌تواند به مضمون‌عنه مراجعه کند چون تأدیه‌ای صورت نگرفته است. (ابراء در حکم تأدیه نیست).

- ماده‌ی ۷۲۰: «ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده باشد، حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد.» پس اگر دو شرط مذکور (تأدیه و اذن) هم وجود داشته باشد، اما قصد ضامن هنگام وقوع عقد تبرع بوده باشد، حق رجوع ندارد. بار اثبات هم قاعداً بر عهده‌ی مضمون‌عنه است که مدعی است چوه اصل بر عدم تبرع است.

- قانون مدنی در ماده‌ی ۷۱۰ مواردی را ذکر می‌کند که در حکم تأدیه است: «اگر ضامن با رضایت مضمون‌له حواله کند به کسی که دین را بدهد. آن شخص قبول نماید، مثل آن است که دین را ادا کرده است و حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد و همچنین است حواله‌ی مضمون‌له به عهده‌ی ضامن.»

فرض اول ماده: مثلاً ضامن به جای اینکه دین را به مضمون‌له بپردازد او را به ثالث حواله می‌دهد تا مضمون‌له از ثالث بگیرد. (ضامن = محیل / مضمون‌له = محتال / ثالث = محال‌علیه) یعنی در واقع با این فرض، رابطه‌ی حقوقی بین ضامن و مضمون‌له قطع می‌شود. اگر مضمون‌له حواله را قبول کرده باشد، ضامن نسبت به او بری‌الذمه است. و این بابت ذمه در حکم تأدیه است. (با اینکه هنوز پرداخت صورت نگرفته است).

فرض دوم ماده: مضمون‌له به ضامن بگوید به جای اینکه دین را به من بپردازی، آن را به ثالث (که از مضمون‌له طلبکار است) بپرداز. به عبارت دیگر مضمون‌له، ثالث را به ضامن حواله می‌دهد. (مضمون‌له = محیل / ثالث = محتال / ضامن = محال‌علیه) در این فرض نیز اگر ضامن حواله را قبول کند در حکم تأدیه است. لذا در هر دو فرض ضامن می‌تواند به مضمون‌له رجوع کند.

- ماده‌ی ۷۱۲: «هرگاه مضمون‌له فوت شود و ضامن وارث او باشد، حق رجوع به مضمون‌له دارد.» طبیعی است که اگر ضامن وارث مضمون‌له باشد و مضمون‌له فوت کند، طلبی را که بر عهده‌اش بوده الآن مالک می‌شود (مالکیت مافی‌الذمه) و می‌توان برای آن دین رجوع کند. به عبارت دیگر مالکیت مافی‌الذمه نیز در حکم تأدیه است.

تا اینجا گفتیم اگر تأدیه صورت گرفت، حق رجوع وجود دارد؛ اما کی و به چه میزان؟

قبلاً گفتیم که ضامن و مضمون‌له می‌توانند ترتیبات پرداخت را در زمان و مبلغ، تغییر دهند؛ در باب میزان و مبلغ به مواد ۷۱۳ و ۷۱۴ اشاره کردیم:

ماده‌ی ۷۱۳: «اگر ضامن به مضمون‌له کمتر از دین داده باشد، زیاده بر آنچه داده نمی‌تواند از مدیون مطالبه کند اگرچه دین را صلح به کمتر کرده باشد.» صدر ماده که واضح است مثلاً ضامن بگوید «من دین ۵ میلیونی را ۴ میلیون ضمانت می‌کنم» در اینجا ضامن فقط به ۴ میلیون حق رجوع دارد.

ذیل ماده می‌گوید «... اگرچه دین را صلح به کمتر کرده باشد.» مثلاً ضامن دین ۱۰ میلیونی را به یک قوطی کبریت با مضمون‌له صلح کند. ذیل ماده می‌گوید ضامن فقط حق رجوع به اندازه‌ی قوطی کبریت به مضمون‌له را دارد. پس مهم این است که چه مقدار تأدیه شده است، هرچقدر ضامن پرداخت کرده باشد، به همان مقدار می‌تواند رجوع کند.

ماده‌ی ۷۱۴: «اگر ضامن زیادتر از دین به داین بدهد حق رجوع به زیاده ندارد مگر در صورتی که به اذن مضمون‌له داده باشد.» مثلاً دین ۵ میلیونی را ۷ میلیون ضمانت می‌کند، در این صورت اگر مأذون از جانب مضمون‌له بوده باشد حق رجوع نسبت به زیاده را دارد والا فلا.

در باب زمان رجوع نیز گفتیم ضامن می‌تواند دین مؤجل را حال ضمانت کند یا دین حال را مؤجل ضمانت کند. اگر این شرط اجل به نفع ضامن باشد، در صورتی که زودتر پرداخت کرد، حق رجوع به مضمون‌له دارد چون مهم تأدیه است. ماده‌ی ۷۱۶: «در صورتی که دین حال باشد هر وقت ضامن ادا کند می‌تواند رجوع به مضمون‌له نماید هرچند ضمان، مدت داشته و موعد آن نرسیده باشد مگر آنکه مضمون‌له اذن به ضمان مؤجل داده باشد.»

ذیل ماده استثنا می‌زند و می‌گوید اگر در روابط مضمون‌عنه و ضامن هم قید اجل وجود داشت، ضامن در صورت تأدیه، فقط بعد از فرا رسیدن اجل می‌تواند رجوع کند. اما اگر شرط اجل به نفع مضمون‌عنه باشد، اگر ضامن زودتر پرداخت کند، نمی‌تواند مادام که دین حال نشده به مضمون‌عنه رجوع کند: ماده‌ی ۷۱۵: «هرگاه دین مدت داشته و ضامن قبل از موعد آن را بدهد مادام که دین حال نشده است نمی‌تواند از مدیون مطالبه کند.»

- گفتیم با عقد ضمان ذمه‌ی مضمون‌عنه بری می‌شود. حالا اگر مضمون‌عنه هم پرداخت کرد و تأدیه دوبار صورت گرفت، تکلیف چیست؟

ماده‌ی ۷۱۱: «اگر ضامن دین را تأدیه کند و مضمون‌عنه آن را ثانیاً پردازد ضامن حق رجوع به مضمون‌له نخواهد داشت و باید به مضمون‌عنه مراجعه کند و مضمون‌عنه می‌تواند از مضمون‌له آنچه را که گرفته است مسترد دارد.» در اینجا ضامن دینی را که بر عهده داشته پرداخته است. ولی پرداخت مضمون‌عنه سبب قانونی ندارد، لذا ضامن چون پرداختش سبب داشته نمی‌تواند به مضمون‌له مراجعه کند بلکه باید به مضمون‌عنه مراجعه نماید اما چون مضمون‌عنه بدون سبب پرداخته می‌تواند به مضمون‌له رجوع کند.

اگر ابتدائاً مضمون‌عنه پردازد تکلیف چیست؟

ماده‌ی ۷۱۷: «هرگاه مضمون‌عنه دین را ادا کند ضامن بری می‌شود هرچند ضامن به مضمون‌عنه اذن در ادا نداده باشد.» این ماده می‌گوید در صورت تأدیه ابتدایی مضمون‌عنه ضامن بری می‌شود اما در باب رجوع ضامن حکمی ندارد. لذا در اینجا باید بین دو فرض تفاوت قائل شویم:

فرض اول اینکه ضامن از پرداخت مضمون‌عنه مطلع باشد؛ در این صورت حق پرداخت به مضمون‌له را ندارد و اگر هم پرداخت کرد، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد، چراکه پرداختش بدون سبب بوده است. لذا باید به مضمون‌له رجوع کند.

فرض دیگر اینکه جاهل باشد؛ در اینجا ضامن تأدیه را به واسطه‌ی عقد ضمان انجام داده است. پس پرداختش سبب داشته است لذا می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند و آنچه پرداخته دریافت کند. از طرف دیگر اگر پس از تأدیه مطلع شد که مضمون‌عنه زودتر پرداخت کرده، حق رجوع به مضمون‌له را نیز از باب «اکل مال به باطل» خواهد داشت.

- ماده ۷۱۹: «هرگاه مضمون‌له ضامن را ابراء کند یا دیگری مجاناً دین را بدهد ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد.» این همان قاعده‌ی کلی ماست که گفتیم اگر چیزی پرداخت نکند، حق رجوع ندارد. لذا این ماده حکم خاصی ندارد.

در اثر ضمان بین ضامنین

قانون مدنی اینگونه فرض کرده که اگر ضامنین متعدد بودند تکلیف چیست؟ یعنی از باب روابط بین خود ضامن‌ها می‌خواهیم ببینیم اگر متعدد بودند چه قواعدی بین آن‌ها جاری است؟

فرض اول: چند نفر توأمان به عنوان ضامن ایجاب می‌گویند. در اینجا مضمون‌له یکی را قبول می‌کند و عقد با او واقع می‌شود و مابقی بری‌الذمه‌اند. ماده ۶۸۹: «هرگاه چند نفر ضامن شخصی شوند، ضمانت هرکدام که مضمون‌له قبول کند، صحیح است.»

فرض دوم: چند نفر هرکدام مقداری از دین را ضمانت می‌کنند مثلاً ۵ نفر دین ۵ میلیونی را هرکدام یک میلیون ضمانت می‌کنند. (به تعبیر قانون «به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند.») و مضمون‌له همه را قبول می‌کند. ماده ۷۲۱: «هرگاه اشخاص متعدد از یک شخص و برای یک قرض به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند، مضمون‌له به هریک از آن‌ها فقط به قدر سهم او حق رجوع دارد و اگر یکی از ضامنین متمم قرض را تأدیه نماید به هریک از ضامنین دیگر که اذن تأدیه داده باشد می‌تواند به قدر سهم او رجوع کند.»

فرض سوم: شخصی از ضامن ضمانت می‌کند. (تسلسل ضامنین) ماده ۷۲۲: «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.»

فرض چهارم: چند نفر توأمان به عنوان ضامن، کل دین را ضمانت کنند و مضمون‌له به همه قبول بگوید. (این فرض را قانون مطرح نکرده است.) افرادی مثل دکتر کاتوزیان که شرط تضامن را می‌پذیرند، در تحلیل این فرض می‌گویند مضمون‌له می‌تواند به همه‌ی ضامنین رجوع کند (ضامنین تضامنی) و بین خودشان هیچ رابطه‌ی مالی وجود ندارد. پس نوعی تضامن عرضی انفرادی بین آن‌ها وجود دارد نه تضامن عرضی اجتماعی (بین خودشان رابطه‌ی تضامن نیست و همه از کس دیگری ضمانت کرده‌اند. یعنی بین ضامنین و مدیون اصلی «مجتمعاً» ولی رابطه‌ی بین خودشان مسئولیت نسبی است.) لذا عده‌ای گفته‌اند این نوع ضمان صحیح است و مضمون‌له حق رجوع به همه را دارد.

اما عده‌ای دیگر شرط تضامن را قبول نمی‌کنند (که یک دین در ذمه‌ی چند نفر قرار گیرد.) در اینجا دو راه حل داریم: یا بگوییم این‌ها معاملات معاوض و لذا همه باطل است. (مثلاً هر پنج ضمان باطل باشد) ولی این با اصل ثبات قراردادی یا اصل صحت نمی‌سازد. یا بگوییم طبق قاعده‌ی «الجمع مهماً أمکن أولى من التّرك» همه صحیح است منتها به نحو تسهیم؛ مثلاً ۵ میلیون بین ۵ نفر تقسیم می‌شود و هرکدام ضامن یک میلیون است.

فرض پنجم: دور؛ آیا مضمون‌عنه دوباره می‌تواند از ضامن ضمانت کند؟ در تئوری نقل این فرض قابل تصور است یعنی با ضمانت مضمون‌عنه از ضامن، دوباره ذمه‌ی ضامن بری و ذمه مضمون‌عنه مشغول می‌شود ولی در فقه اهل سنت این فرض معنا ندارد.

پایان عقد ضمان

فصل دوم: عقد حواله

* مقدمه

اگرچه این عقد به لحاظ اینکه هم در مبانی اسناد تجاری و حقوق تجارت کاربرد دارد و هم در حقوق مدنی، عقد نسبتاً مهمی است، اما قانون مدنی مواد کمی را به آن اختصاص داده است. (مواد ۷۲۴ تا ۷۳۳) البته شاید به این دلیل باشد که عقد حواله قواعد مشترک زیادی با عقد ضمان دارد.

با وجود اینکه اختلاف نظر میان فقها وجود دارد که حواله عقد است یا ایقاع (مثلاً صاحب عروه حواله را ذیل وفای به عهد بحث می‌کند و آن را ایقاع و تنها، وسیله‌ای برای پرداخت می‌داند)، قانون مدنی به صراحت آن را جزء عقود معین آورده است.

حواله از نظر معنای لغوی؛ اسم مصدر از «أحال» «یحیل» به معنای برگشتن از جایی به جایی است. از نظر معنای اصطلاحی؛ مطابق قانون مدنی، عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه‌ی مدیون به ذمه‌ی شخص ثالثی منتقل می‌گردد.

در فقه امامیه، حواله بر مبنای تئوری نقل و شبیه ضمان تحلیل می‌شود، ولی در فقه عامه بر مبنای تئوری ضمّ تحلیل می‌شود (یعنی محیل بری‌الذمه نمی‌شود) و آن را معاوضه می‌دانند (معاوضه‌ی دینی به دینی). با این حال چون حواله مفید انتقال دین و طلب است در فقه امامیه و میان حقوقدانان ما نیز تقریباً اکثریت، نمی‌گویند از تئوری وراثت تبعیت می‌کند بلکه می‌گویند حواله یک وسیله‌ی پرداخت است. (بر مبنای تئوری «وفای به عهد» تحلیل می‌کنند).

عقد حواله

بند اول

تعریف

فقها در عقد حواله تعریف صریحی ارائه نکرده‌اند و برخی مثل صاحب عروه اینگونه تعریف کرده‌اند: «حواله ایقاعی است که رضای محتال و محال‌علیه شرط نفوذ آن است.»

تعریف قانون مدنی: ماده‌ی ۷۲۴ «حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه‌ی مدیون به ذمه‌ی شخص ثالثی منتقل می‌گردد.»

در عقد ضمان رضای مضمون‌عنه شرط نبود ولی اینجا رضای مدیون اصلی شرط است. یعنی عقد حواله بین سه نفر منعقد می‌شود. به همین دلیل اینگونه تعریف کرده که «طلب شخصی از ذمه‌ی ...»؛ امکان دارد سبب این انتقال حواله‌ی شخص مدیون باشد، امکان هم دارد سبب این انتقال حواله‌ی شخص طلبکار باشد؛ به هر حال مقتضای ذات حواله، انتقال طلب از ذمه‌ای به ذمه‌ی دیگری است. در عقد ضمان هم اقتضای ذات، انتقال بود؛ به همین دلیل در مقایسه، این دو عقد در بحث نقل ذمه تفاوتی ندارند. پس در حواله هم شخص حواله دهنده (محیل) بری‌الذمه می‌شود: ماده‌ی ۷۳۰: «پس از تحقق حواله، ذمه‌ی محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه‌ی محال‌علیه مشغول می‌شود.» منتها یک تفاوت با عقد ضمان دارد؛ در عقد ضمان، ضامن پیش‌قدم می‌شود و مضمون‌عنه تأثیر ندارد ولی در حواله معمولاً مدیون پیش‌قدم می‌شود تا از ابزاری برای انتقال دین خود استفاده کند.

بر این تعریف یک اشکال وارد است. ماده‌ی ۷۲۴ صرفاً به انتقال طلب اشاره می‌کند، یعنی شخصی طلبکار است و ما او را حواله می‌دهیم به ثالث تا طلبش را از او بگیرد. ولی فرض ما این است که در حواله نه تنها یک انتقال طلب داریم، بلکه یک انتقال دین هم داریم. به عبارت واضح‌تر اگرچه امکان دارد حواله بر شخص بری صادر شود (مثل ضامن که دینی نسبت به مضمون‌عنه ندارد) ولی اصل در حواله این است که محال‌علیه یعنی کسی که دین را می‌پذیرد، خودش یک رابطه‌ی حقوقی با مدیون دارد. پس در واقع ما در حواله‌ی کامل، یک انتقال طلب داریم (مثلاً اگر الف مدیون (محیل) باشد، ب طلبکار (محتال) باشد و ج ثالث (محال‌علیه)؛ شخص ب، به جای اینکه طلب خود را از الف بگیرد از ج می‌گیرد.) و یک انتقال دین (ج به جای اینکه دینش را به الف بدهد به ب می‌دهد.) یعنی در حواله‌ی کامل ما یک انتقال دین و یک انتقال طلب را توأمان می‌بینیم. منتها تعریف ماده‌ی ۷۲۴ صرفاً ناظر به انتقال طلب است و رابطه‌ی حقوقی بین محیل و محال‌علیه را نادیده گرفته است. لذا گفته‌اند ماده‌ی ۷۲۴ ناظر بر حواله‌ی ناقص است (که در آن محال‌علیه دینی به محیل ندارد.) در حالی که حواله‌ی ناقص خلاف اصل است. (ماده‌ی ۷۲۷ در مورد حواله‌ی ناقص چنین مقرر می‌دارد: «برای صحت حواله لازم نیست که محال‌علیه مدیون به محیل باشد. در این صورت محال‌علیه پس از قبولی در حکم ضامن است.») پس این تعریف (۷۲۴) شبیه ضمان است.

در حواله‌ی کامل بین محیل و محال‌علیه یک رابطه‌ی حقوقی قبلی وجود دارد و محال‌علیه دین خود را می‌پردازد. یعنی در واقع دیگر مثل حواله‌ی ناقص نیست که محال‌علیه پس از پرداخت، حق رجوع به محیل داشته باشد، بلکه در حواله‌ی کامل، محال‌علیه دین خود را می‌پردازد و حق رجوع ندارد. بنابراین رابطه‌ی حقوقی قبلی در حواله‌ی کامل، با عقد حواله ساده می‌شود، یعنی حواله ابزاری برای پرداخت دین است.

در ضمان می‌گفتیم ضمان یک عقد تبعی است و مبتنی بر یک رابطه‌ی حقوقی قبلی (که این رابطه بین مضمون‌عنه و مضمون‌له بود) می‌باشد. در حواله هم می‌گوییم رابطه‌ی حقوقی قبلی وجود دارد منتها در حواله‌ی ناقص یک رابطه‌ی حقوقی قبلی وجود دارد (بین محیل و محتال) ولی در حواله‌ی کامل دو رابطه‌ی حقوقی قبلی وجود دارد (یکی بین محیل و محتال و دیگری بین محیل و محال‌علیه)

چه در حواله‌ی ناقص و چه در حواله‌ی کامل، پس از وقوع عقد حواله، رابطه‌ی حقوقی بین محیل و محتال قطع می‌شود و محیل بری‌الذمه می‌شود.

گفتیم در عقد حواله فرض دیگری هم داریم و آن اینکه بین طلبکار و ثالث یک رابطه‌ی حقوقی قبلی وجود دارد (ثالث از او طلب دارد). در این فرض طلبکار، به ثالث می‌گوید «به جای اینکه طلبت را از من بگیری از مدیون که به من بدهکار است بگیر.» یعنی طلبکار محیل، ثالث محتال و مدیون محال‌علیه است. در این فرض هم حواله‌ی ناقص قابل فرض است یعنی ممکن است بین محیل و محال‌علیه رابطه‌ای نباشد.

بند دوم

انعقاد عقد حواله

برای انعقاد، همان شرایط اساسی صحت معاملات باید باشد.

۱. قصد و رضای طرفین

در عقد ضمان گفتیم رضای مضمون‌عنه در انعقاد شرط نیست (البته در بحث رجوع اثر داشت). یعنی عقد بین ضامن و مضمون‌له منعقد می‌شد. اما در حواله، ماده ۷۲۵ مقرر می‌دارد: «حواله محقق نمی‌شود مگر با رضای محتال و قبول محال‌علیه.» یعنی محیل حواله می‌دهد، محتال رضا می‌دهد و محال‌علیه قبول می‌کند. پس این عقد سه طرف دارد (تنها عقدی است که در قانون مدنی سه طرف دارد).

عده‌ای گفته‌اند با این تفاوتی که قانون‌گذار قائل شده [رضای محتال و قبول محال‌علیه] پس سه طرف در عقد وجود ندارد. بلکه عقد بین محیل و محال‌علیه واقع می‌شود (محیل ایجاب می‌گوید و محال‌علیه قبول می‌گوید) و محتال هم باید رضا داشته باشد. (رضای نفسانی)

در حقوق می‌گوییم رضا مرحله‌ی قبل از اراده است مثلاً برای خریدن چیزی شخص، مطابق نیازش، اول آن چیز را تصور می‌کند، بعد ارزیابی می‌کند و می‌بیند نیازش با فلان کالا برطرف می‌شود، بعد بر اساس ارزیابی به یک

مصدق بیرونی می‌رسد و سپس راضی می‌شود به آن چیز؛ می‌بینیم که با رضا عقد واقع نمی‌شود بلکه رضا اگر بخواهد اثر حقوقی داشته باشد، باید ابراز شود.

در ماده‌ی ۷۲۵ قانون‌گذار گفته رضای محتال؛ خوب اگر مراد قانون‌گذار آن رضای نفسانی باشد و در عالم خارج ابراز نشده باشد، این رضا به درد نمی‌خورد؛ از طرف دیگر اگر قرار است در عالم حقوق اثر کند، نیاز به کشف و ابراز دارد، پس اگر مراد رضای ابراز شده باشد، پس با قبول چه فرقی می‌کند؟!

لذا عده‌ای رضا را در ماده‌ی مذکور، رضای نفسانی گرفته (که با قبول متفاوت است) و گفته‌اند طرف حواله فقط محال‌علیه است که قبول می‌کند. اما به نظر می‌رسد لزومی ندارد که ما بگوییم عقد فقط بین دو طرف واقع می‌شود خصوصاً اینکه ماده‌ی ۱۸۳ عقد را بین «یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر» قابل تصور می‌داند. لذا منظور از رضا در ماده‌ی ۷۲۵ قطعاً ابراز اراده و همان قبول است، یعنی هر دو (محتال و محال‌علیه) طرف عقد هستند. منتها باید دید این ابراز اراده به چه ترتیب است و قبول دو طرف به چه کیفیتی است؟

بین کیفیت قبول دو طرف بین حقوقدانان اختلاف هست. عده‌ای قائلند که هر دو (محتال و محال‌علیه) قبول می‌کنند و هر دو قبول، رکن عقد است؛ لذا اگر محیل ایجاب بگوید (رکن اول) محتال قبول کند (رکن دوم) ولی پیش از قبول محال‌علیه یکی از محیل یا محتال فوت کند، این عقد واقع نشده چون رکن سوم (قبول محال‌علیه) هنوز نیامده است. در مقابل عده‌ای گفته‌اند قبول محال‌علیه رکن عقد و قبول محتال، شرط تأثیر است، یعنی با ایجاب محیل و قبول محال‌علیه عقد منعقد می‌شود. اما برای اینکه اثر حقوقی داشته باشد، قبول محتال هم باید بیاید. لذا اگر پیش از قبول محتال، محال‌علیه فوت کند، چون عقد قبلاً واقع شده، ورثه‌ی او مسئول پرداخت هستند.

عده‌ای تقسیم بندی دیگری کرده‌اند؛ این عده می‌گویند اگر حواله بر شخصی صادر شود که به محیل بدهکار است، در اینجا قبول او شرط نفوذ عقد است. اما اگر حواله بر شخص بری صادر شود، قبول او رکن عقد است. اما به نظر می‌رسد قانون‌گذار فرقی بین دو قبول از منظر اینکه بر شخص بری صادر شود یا مدیون، قائل نشده و ما برای این مبنا نداریم. لذا اگر بپذیریم که محتال و محال‌علیه باید قبول کنند، هر دو رکن انعقاد است.

۲. اهلیت

بدیهی است چون تصرفات سه طرف، تصرفات مالی است، اهلیت در آن‌ها شرط است. برخی حقوقدانان این فرض را مطرح کرده‌اند که اگر چنانچه محیل سفیه یا ورشکسته یا مفلس باشد، می‌تواند حواله دهد؟ دکتر امامی قائل به صحت است؛ ایشان می‌گویند از آنجا که حواله باعث نقل ذمه و برائت ذمه محیل می‌شود، این در حکم وام است. یعنی در واقع مثل این است که شخص ورشکسته وامی را برای تأدیه‌ی دیون دریافت می‌کند.

اما به نظر می‌رسد اگرچه با عقد حواله ذمه‌ی محیل بری می‌شود ولی در فرضی که حواله ناقص باشد، حواله موجب مسئولیت محیل خواهد شد. چون محال‌علیه رجوع خواهد کرد تا آنچه به محتال پرداخته از محیل دریافت

کند. از طرف دیگر در مورد شخص ورشکسته نباید تفاوتی میان طلبکاران قائل شد بلکه همه‌ی غرما در یک ردیف‌اند. لذا اگر ما حواله‌ی محیل را صحیح فرض کنیم در واقع داریم یکی از طلبکاران (محتال) را بر دیگر غرما ترجیح می‌دهیم. و این یک نوع تصرف در اموال است، چون اگرچه این حواله به نفع محتال است اما معلوم نیست به نفع غرما باشد. لذا ما باید قائل باشیم که شخص سفیه یا ورشکسته حق حواله دادن ندارد مگر به اذن قیّم (در سفیه) یا غرما (در ورشکسته).

در ادامه به چند مطلب، ذیل انعقاد حواله می‌پردازیم:

- در مورد اینکه آیا ملائت محال‌علیه شرط است یا خیر؟ همان حکم عقد ضمان جاری است بدین معنا که ملائت شرط نیست اما اگر جاهل بوده باشد بر عدم ملائت (در زمان وقوع عقد) حق فسخ دارد: ماده‌ی ۷۲۸: «در صحت حواله ملائت محال‌علیه شرط نیست.»
ماده‌ی ۷۲۹: «هرگاه در وقت حواله محال‌علیه معسر بوده و محتال جاهل به اعسار او باشد محتال می‌تواند حواله را فسخ و به محیل رجوع کند.» پس نتیجه‌ی فسخ، بقای دین در ذمه‌ی محیل است.

- در عقد حواله نیز مانند ضمان، وجود دین شرط است و در احکام دین از ضمان تبعیت می‌کند. منتها یک تفاوت با عقد ضمان دارد. در ضمان گفتیم اگر دین موجود نباشد ولی سبب دین موجود باشد ضمان صحیح است. (ماده‌ی ۶۹۱) اما در عقد حواله اختلاف نظر هست که آیا وجود سبب کافی است؟ (چون در باب سبب در حواله نص نداریم). عده‌ای مثل دکتر کاتوزیان معتقدند بله، ماده‌ی ۶۹۱ حکمش در اینجا هم جاری است و در حواله وجود سبب کافی است. اما عده‌ای می‌گویند چون در حواله نص نداریم، ما سبب را کافی نمی‌دانیم؛ چون اقتضای نقل ذمه وجود دین در عالم خارج است و باید دین موجود باشد. به نظر می‌رسد نظر اخیر صحیح است و نظر مشهور هم همین است. طرفداران این نظر فرع دیگری را مطرح می‌کنند و آن اینکه آیا این دین حتماً باید قبل از انعقاد حواله موجود باشد یا در حین انعقاد هم کفایت می‌کند؟ مثلاً در ضمن بیعی حواله‌ای منعقد می‌کنیم؛ در پاسخ، این عده می‌گویند لزومی ندارد دین قبل از انعقاد موجود باشد بلکه وجود دین در زمان انعقاد خود حواله کفایت می‌کند. (تقدم زمانی شرط نیست).

- در باب اینکه دین چگونه باید باشد، همان احکام عقد ضمان جاری است؛ مثلاً در مؤجل و حال بودن از همان دین اصلی تبعیت می‌کند و ...

- در باب معلوم بودن هم مانند ضمان علم اجمالی کافی است. مهم این است که مردّد نباشد.

- در عقد ضمان گفتیم ما می‌پذیریم که از عین معین ضمانت شود (البته بحث اختلافی بود) در حواله هم این بحث وجود دارد که آیا می‌توان عین معین را حواله به غیر داد؟ مثلاً بایع که مکلف به ردّ مبیع است، مشتری را حوله بدهد به دیگری و بگوید «برو مبیع را از فلانی بگیر»!

آن دسته که گفته‌اند می‌توان عین معین را حواله داد (که گروه اقلیت هستند) می‌گویند این مثل وکالت در قبض است، بدین معنا که اگر بایع حواله می‌دهد در واقع دارد از قبل خودش به مشتری وکالت می‌دهد که برود قبض کند.

- در اینکه آیا می‌توان در حواله شرایط دین را تغییر داد یا نه، ما نصی نداریم. منتها گفته‌اند اگر می‌توان بر شخص بری حواله داد، پس تغییر شرایط دین هم ممکن است، چون مثل این است که دین ما ۱۰۰۰ تومان است (محال‌علیه ۱۰۰۰ تومان به محیل بدهکار است.) و حالا ما محتال را حواله می‌دهیم که ۲۰۰۰ تومان از محال‌علیه بگیرد. خوب، محال‌علیه در اینجا فقط نسبت به ۱۰۰۰ تومان اضافی که پرداخت کرده حق رجوع دارد. تقریباً اکثر فقها و حقوقدانان قائلند در مورد تغییرات در جنس دین، زمان تأدیه و میزان پرداخت، همه‌ی احکام ضمان در حواله جاری است. منتها با این تفاوت که تغییر شرایط در ضمان ربطی به مضمون‌عنه ندارد و در شرایط بین ضامن و مضمون‌له مؤثر است. ولی در حواله این محیل است که حواله می‌دهد لذا امکان دارد محیل در حین حواله دادن شرایط را تغییر داده باشد؛ پس اگر مثلاً دین اصلی مؤجل بوده ولی محیل حال حواله داده باشد، محال‌علیه پس از تأدیه (در فرض حواله‌ی ناقص) بلافاصله می‌تواند رجوع کند. (ولی در ضمان اگر دین اصلی مؤجل باشد و ضامن زودتر پرداخت کند نمی‌تواند رجوع کند مگر وقتی که اجل فرا برسد.)

ما باید آثار عقد حواله را بین سه طرف بررسی کنیم.

بند اول

اثر عقد حواله بین محیل و محتال

گفتیم مطابق ماده‌ی ۷۳۰، پس از تحقق حواله، ذمه‌ی محیل بری می‌شود؛ لذا ما باید قائل به این شویم که با انعقاد حواله و انتقال دین از محیل به محال‌علیه، رابطه‌ی حقوقی بین محیل و محتال قطع می‌شود، اما باید دقت داشت که ماده‌ی ۷۳۰ می‌گوید: «پس از تحقق حواله»؛ و این یعنی پس از آنکه محیل، محتال را حواله دهد و محتال به محال‌علیه رجوع کند و محال‌علیه آن را قبول کند. چون اگر محال‌علیه قبول نکند، حواله تحقق پیدا نکرده است (چراکه قبول او رکن است).

- اگر محیل حواله دهد و محتال طلب را وصول کند و بعد محیل مدعی شود که «من وکالت داده بودم که بروی طلب مرا بگیری، پس پول را پس بده» (گفتیم وکیل حق حبس ندارد و برای طلب خود باید جداگانه طرح دعوی کند). تکلیف چیست؟ دو نظر در اینجا وجود دارد:

۱. عده‌ای قائلند که ما قول محیل را مقدم می‌کنیم و محتال مدعی است. پس باید ثابت کند.

۲. عده‌ای حواله را وسیله‌ای متعارف در پرداخت دین می‌دانند لذا اگر دینی در رابطه‌ی بین محیل و محتال وجود دارد و حواله داده شده در واقع داریم از وسیله‌ی پرداخت استفاده می‌کنیم. پس این وکالت نیست و قول محتال مقدم است. (نظر اکثر)

- اگر اختلاف اساساً در انعقاد عقد حواله باشد تکلیف چیست؟

۱. اگر فرض ما این باشد که محیل مدعی عدم انعقاد حواله است (اختلاف در تفسیر لفظ دارند یعنی محیل می‌گوید «اینکه گفتم برو طلب مرا از فلانی بگیر منظورم حواله نبود» ولی محتال بگوید منظور حواله بوده است). عده‌ای گفته‌اند دین بر ذمه‌ی محیل مستقر است و چون تردید کرده‌ایم، اصل عدم انعقاد حواله است، لذا قول محیل مقدم است.

۲. عده‌ای هم گفته‌اند ما در رجوع، داریم از ابزار پرداخت استفاده می‌کنیم، پس اینکه مدیون به دائن بگوید برو از فلانی بگیر، در واقع دارد حواله می‌دهد (ظاهر لفظ را بر مبنای «وفای به عهد» تفسیر می‌کنند نه «وکالت») لذا قول محتال مقدم است.

[در اینجا تفسیر ماده‌ی ۲۶۵ به روشن شدن بحث کمک می‌کند یعنی اگر ما مطابق نظر دکتر کاتوزیان بگوییم ماده‌ی ۲۶۵ ناظر به وجود دین است، به این نتیجه می‌رسیم که همین که محیل بگوید برو از فلانی بگیر، پس نشان می‌دهد دینی در ذمه‌ی او موجود است لذا حواله محقق شده و قول محتال مقدم است.]

بند دوم

اثر عقد حواله بین محتال و محال‌علیه

محال‌علیه در صورت قبول، باید دین را پردازد ولو مدیون نباشد؛ ماده‌ی ۷۳۱: «در صورتی که محال‌علیه مدیون محیل نبوده بعد از اداء وجه حواله می‌تواند به همان مقداری که پرداخته است رجوع به محیل نماید.» (ماده‌ی ۷۲۷ نیز بر این نکته تأکید می‌کند).

در روابط بین محال‌علیه و محتال همان قواعدی که در ضمان در رابطه‌ی بین ضامن و مضمون‌له جاری بود، جاری است. مثلاً می‌تواند ترتیبات پرداخت را تغییر دهند یا زمان و مبلغ را تغییر دهند.

بند سوم

اثر عقد حواله بین محال‌علیه و محیل

گفتیم عقد حواله دو گونه است :

۱. حواله‌ی کامل : محال‌علیه به محیل مدیون است. پس نسبت به آنچه که به محتال پرداخته حق رجوع به محیل ندارد. (ماده‌ی ۷۳۱: محال‌علیه وقتی می‌تواند رجوع کند که «... مدیون نبوده...»)

۲. حواله‌ی ناقص : حواله بر شخص بری صادر شده، لذا در صورت پرداخت به محتال در حکم ضامن است. (ماده‌ی ۷۲۷) و حق رجوع به محیل دارد. (ماده‌ی ۷۳۱)

در حواله‌ی ناقص دو فرض قابل تصور است :

۱. محال‌علیه شرایط را تغییر نداده و همان شرایط دین اصلی را قبول کرده، در این صورت هرآنچه را طبق دین اصلی پرداخته، حق رجوع دارد.

۲. محال‌علیه شرایط دین را عوض کرده است؛ در این صورت طبق احکام ضمان حق رجوع دارد، یعنی اگر کمتر بدهد به همان مقدار رجوع می‌کند و اگر بیشتر داد، منوط به وجود اذن حق رجوع به زیاده دارد و اگر جنس را عوض کرد، به همان حق رجوع دارد و اگر صلح کرد به همان مقداری که صلح کرده حق رجوع دارد.

انحلال عقد حواله

ماده‌ی ۷۳۲: «حواله عقدی است لازم و هیچ یک از محیل و محتال و محال‌علیه نمی‌تواند آن را فسخ کند مگر در مورد ماده‌ی ۷۲۹ و یا در صورتی که خیار فسخ شرط شده باشد.» ما در عقد ضمان گفتیم تردید وجود دارد که آیا شرط خیار صحیح است یا خیر؟ ولی در حواله تردیدی وجود ندارد چون خود محیل طرف عقد است. (در ضمان می‌گفتیم نمی‌توان فسخ یا اقاله کرد به این دلیل که منجر به این می‌شد که بدون قبول مضمون‌عنه، دین مجدداً در ذمه‌ی او مستقر می‌شود ولی در حواله چون خود محیل طرف عقد است بلا اشکال است که شرط خیار شود.) پس اقاله هم در حواله پذیرفته شده است.

- ما در عقد ضمان می‌گفتیم یک عقد تبعی است و اگر معلوم شود رابطه‌ی حقوقی اصلی قطع شده و دینی وجود نداشته، چیزی در ذمه‌ی ضامن نخواهد بود. در حواله نیز اینگونه است. ماده‌ی ۷۳۳: «اگر در بیع با بیع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که با بیع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد، حواله باطل می‌شود و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد...» پس در بحث بطلان رابطه‌ی حقوقی اولیه شکی نیست که حواله هم باطل می‌شود اما اگر رابطه‌ی حقوقی اولیه به سبب دیگری از بین برود (مثل فسخ یا اقاله) اختلاف نظر هست:

عده‌ای گفته‌اند ما باید در اینجا فرق قائل شویم که چه کسی حواله داده است؛ اگر خریدار حواله داده باشد نتیجه این است که با بیع در صورت فسخ یا اقاله‌ی بیع، از این امر مطلع است. پس با بیع حق رجوع به محال‌علیه ندارد لذا حواله منحل می‌شود. [مشتری (محیل) / با بیع (محتال) / ثالث (محال‌علیه)]

اما اگر با بیع حواله داده باشد [با بیع (محیل) / ثالث (محتال) / مشتری (محال‌علیه)] در نتیجه ثالث که محتال است از فسخ یا اقاله مطلع نیست؛ عده‌ای در این صورت گفته‌اند این نظیر حواله‌ی بر شخص بری است و با این مبنا که حواله رابطه‌ی حقوقی مستقل از بیع است، می‌توان گفت این حواله صحیح و ثالث می‌تواند به مشتری رجوع کند و طلبش را وصول کند. و چون مثل حواله بر شخص بری است محال‌علیه (مشتری) حق رجوع به محیل (با بیع) را دارد. اما عده‌ای گفته‌اند اگر رابطه‌ی حقوقی فسخ یا اقاله شده باشد، این هم مثل بطلان است و حواله هم باطل است. (این عده می‌گویند در اینجا حواله هیچ شباهتی به حواله بر شخص بری ندارد، چون شخص بری می‌داند که بری‌الذمه است و حواله را می‌پذیرد ولی در اینجا مشتری بر مبنای بدهی قبلی که بابت ثمن معامله داشته می‌پذیرد و حالا که عقد فسخ شده دیگر بدهی ندارد.)

ذیل ماده‌ی ۷۳۳ مقرر می‌دارد: «... ولی اگر بیع به واسطه‌ی فسخ یا اقاله منفسخ شود، حواله باطل نبوده لیکن محال‌علیه بری و با بیع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند...»

ذیل ماده بسیار مبهم است؛ چون از یک طرف می‌گوید حواله باطل نیست (پس قاعدتاً مشتری بدهکار است) و از طرف دیگر می‌گوید محال‌علیه بری و بایع و مشتری می‌توانند به هم رجوع کنند (حال آنکه گفتیم رابطه‌ی بین بایع و مشتری با فسخ عقد بیع، قطع شده است.)

«...مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود.»؛ بنابراین هرکجا تعهدات، جزء تعهدات تبعی باشد، علی‌الأصول حکم این ماده جاری است.

پایان عقد حواله

فصل سوم: عقد رهن

* مقدمه

وثائق دو دسته‌اند :

۱. شخصی : شخص دیگری جایگزین مدیون می‌شود. (مثل ضمان)

۲. عینی : در کنار شخص مدیون، مالی (یا اموالی) را برای تضمین دیون مدیون، در اختیار طلبکار قرار می‌دهیم که مصداق بارز آن عقد رهن است.

در بحث وثائق شخصی گفتیم عقد ضمان و حواله وثائق را آزاد می‌کند اما این به این معنی نیست که اگر ما عقد ضمان یا حواله‌ای داشتیم نتوانیم در کنار آن وثیقه‌ای قرار دهیم و در بحث تبدیل تعهد هم گفتیم شرط بقای تضمینات وجود دارد.

در این فصل، به دلیل کمبود فرصت به کلیات عقد رهن و نکات مهم آن اشاره می‌کنیم.

تعریف

ماده‌ی ۷۷۱: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد.

رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.»؛ پس این عقد، وثیقه‌ای برای دیون مدیون است. اینکه در ماده آمده «...مالی را...»؛ این مال، الزاماً مال خود رهن نیست؛ مثلاً ممکن است مالی را عاریه گرفته و برای رهن به دیگری سپرده باشد.

آنچه که در این عقد هم برای ما قابل توجه است این است که مدیون دینی بر ذمه دارد و اشتغال ذمه‌ای وجود دارد. پس یک رابطه‌ی حقوقی قبلی (نظیر ضمان و حواله) در اینجا هم وجود دارد. ماده‌ی ۷۷۵: «برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.» متنها همانند عقد ضمان، در عقد رهن هم در بسیاری موارد مردم از مکانیزم رهن استفاده می‌کنند بدون اینکه دینی موجود باشد. مثلاً وزارت علوم دانشجو را بورس خارج از کشور می‌کند و می‌گوید خانه‌ای را به رهن بسپار! و این مشکلی است که با آن مواجه هستیم، چون مطابق ۷۷۵ باید حتماً مالی در ذمه باشد تا این عقد صحیح باشد، پس در صحت آنگونه عقود می‌توان تردید کرد.

- در عقد رهن نیز که یک تعهد مالی است، همان قواعد عمومی ماده‌ی ۱۹۰ (شرایط صحت معاملات) جاری است. قانون مدنی در ماده‌ی ۷۷۲ می‌گوید: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین

طرفین معین می‌گردد داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.» می‌بینیم که این ماده قبض را شرط دانسته است. لذا این سؤال پیش می‌آید که آیا با این تعبیر عقد رهن یک عقد تشریفاتی است؟ ما باید پیش از هر چیز تحلیل کنیم ببینیم عقد رهن چه اختیاراتی به ما می‌دهد تا بعد مشخص شود قبض چه آثاری در صحت یا لزوم عقد دارد.

در مورد عقد رهن چند فرض می‌توان تصور کرد:

۱. یکی اینکه وقتی راهن مالی را به مرتهن می‌سپارد این مال مرهونه از ملکیتش خارج می‌شود و طلبکار مالک آن می‌شود. بدین صورت که بگوییم رهن یک عقد معلق است و منوط به عدم تأدیه، یعنی اگر راهن دین خود را ادا نکند، ملکیت مرتهن بر مال مرهونه قطعی می‌شود ولی اگر پرداخت کند، مال مرهونه به ملکیت او بر می‌گردد.

۲. فرض دیگر اینکه ما داریم به مرتهن وکالت می‌دهیم، یعنی می‌گوییم مرتهن از قبل راهن وکیل است و اگر راهن طلب مرتهن را نپردازد، او وکیل است مال مرهونه را بفروشد و طلب خود را وصول کند. حال اگر مال مرهونه کفاف داد که طلبکار کل قیمت را برای خود بر می‌دارد، اگر مال مرهونه بیشتر بود، مرتهن مابقی را به راهن عودت می‌دهد و اگر کمتر در بیاید، مرتهن طلب خود را بر داشته نسبت به مابقی مجدداً رجوع می‌کند به راهن.

۳. فرض سوم اینکه ما می‌خواهیم در عقد رهن، یک حق ممتازی را برای مرتهن قائل شویم، بدین معنا که مال در ملکیت راهن است ولی طلبکار برای رجوع به این مال نسبت به بقیه طلبکارها اولویت دارد و دارای حق ممتاز است. در اینجا اگر مال مرهونه پس از فروش، زیادتر از طلب مرتهن باشد، بقیه طلبکارها از زیادی، طلب خود را وصول می‌کنند و اگر کمتر در بیاید، مرتهن طلب خود را برداشته نسبت به مابقی می‌رود در صف بقیه طلبکارها.

به نظر می‌رسد آنچه که از قانون مدنی فهمیده می‌شود، فرض سوم است.

ماده ۷۰۳: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن.» پس می‌بینیم که راهن می‌تواند تصرف کند منتها باید در تصرفات، حق مرتهن را در نظر بگیرد. لذا حق فروش مال مرهونه را قطعاً ندارد ولی می‌تواند مثلاً ودیعه بدهد یا مثلاً می‌تاند تا فرا رسیدن زمان تأدیه، مال مرهونه را اجاره دهد، ولی نمی‌تواند مثلاً در دین شش ماهه، عقد اجاره‌ی یک‌ساله منعقد کند، چون بعد از شش ماه اول، مرتهن حق دارد مال مرهونه را بفروشد لذا عقد اجاره در شش ماه دوم فصولی است.

بنابراین استمرار وضع ید مرتهن نسبت به مال مرهونه ضرورتی ندارد، بلکه هدف عقد رهن ایجاد یک حق رجوع نسبت به مال است. به تعبیر دکتر کاتوزیان، این یک حق عینی تبعی است. از آنجا می‌گوییم عینی است که نسبت به مال معین است. اما عینی به معنای ملکیت نیست. و به خاطر همین حق عینی است که مرتهن حق فروش

مال مرهونه را پیدا می‌کند. ماده‌ی ۷۷۸: «اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد باطل است.»

اما در مورد قبض در عقد رهن، مشهور در فقه امامیه این است که قبض شرط صحت است (مستند آیه‌ی ۲۸۳ سوره مبارکه بقره) اما برخی فقهای اخیر، نظیر آقای بجنوردی، این است که قبض شرط صحت نیست. به هر حال ماده ۷۷۲، نظر مشهور را پذیرفته و قبض را شرط صحت دانسته است. بنابراین اگر پس از ایجاب و قبول و پیش از قبض که رکن عقد رهن است، یکی از طرفین فوت کند، عقد باطل می‌شود. به نظر می‌رسد به تعبیر دکتر کاتوزیان، نباید این عقد را تشریفاتی کرد. (با توجه به اینکه ذیل ماده ۷۷۲ هم کمی کوتاه آمده و سخت نگرفته است: «... ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.») خصوصاً اینکه در شرایط امروز اموالی را که به رهن می‌سپارند، معمولاً اموال غیر منقول است و مطابق قانون ثبت [انواع معاملات بر اموال غیر منقول به موجب سند رسمی است.] باید به موجب سند رسمی این اموال به رهن سپرده شوند و می‌بینیم که قبض به آن معنا در این حالت وجود ندارد. [یعنی در سند به صورت صوری می‌نویسد «ضمناً مال مرهونه به قبض مرتهن داده شد.»] اما به هر حال مطابق ماده‌ی ۷۷۲ این عقد، یک عقد تشریفاتی است.

- ماده ۷۷۴: «مال مرهون باید عین معین باشد...» پس اگر راهن بگوید مالی را رهن می‌دهم، باطل است. ما قبلاً گفته‌ایم در مواردی که از یک عهد تخلف می‌شود، ابتدا می‌توان شخص را الزام کرد و سپس مشروطه حق فسخ خواهد داشت. اما در ماده ۳۷۹ می‌بینیم که الزام را نیاورده و مستقیماً می‌گوید: «اگر... عمل به شرط نکند، حق فسخ خواهد داشت...»؛ در تحلیل این ماده گفته‌اند - این بحث را آقای محقق داماد دارند - این به خاطر آن است که معرفی ضامن یا معرفی مال برای رهن، اساساً الزام بردار نیست چون خود متعهد باید انتخاب کند کدام مالش باید مقید شود یا خود شخص باید ضامن معرفی کند و نمی‌توان گفت الزاماً فلان مال را رهن بده یا فلان شخص را ضامن کن؛ لذا در بحث رهن هم نمی‌توان گفت «اشکالی ندارد که شخص مالی را به صورت کلی به رهن بسپارد و اگر نسپرد، الزامش کنیم.» چون اساساً مال مرهونه الزام بردار نیست. لذا در ماده ۷۷۴ هم فقط معرفی عین معین را پذیرفته است.

ذیل ماده می‌گوید: «... و رهن دین و منفعت باطل است.» اما امروزه اسناد تجاری یا سهام شرکت و ... را وثیقه می‌دهند، حال آنکه این‌ها عین معین نیست. لذا به تعبیر دکتر کاتوزیان، این ماده در روابط امروزی کفایت نمی‌کند.

- گفتیم فرش ما این است که اگر راهن دین را نپرداخت، مرتهن حق فروش مال مرهونه را دارد. حال می‌خواهیم ببینیم این حق رجوع به چه ترتیب است.
حق رجوع به دو ترتیب است:

۱. یکی اینکه راهن، مرتهن را در فروش مال مرهونه از جانب خودش وکیل می‌کند؛ ماده ۷۷۷: «در ضمن عقد رهن یا به موجب عقد علی‌حده، مکن است راهن مرتهن را وکیل کند که اگر در موعد مقرر راهن قرض خود را اداء ننمود، 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 ورثه‌ی او باشد و بالأخره ممکن است که وکالت به شخص ثالث داده شود.»

عقد وکالت عقدی است جایز و اگر عقد جایز ذیل عقد خارج لازم شرط شود فقط حق فسخ ساقط می‌شود ولی اسباب انفساخ به قوت خود باقی است. لذا عده‌ای به ذیل ماده [«وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد»] ایراد گرفته و گفته‌اند مگر وکالت می‌تواند بعد از فوت باقی باشد؟ و از همین جا عده‌ای به اشتباه افتاده‌اند که پس ما وکالت لازم هم داریم! اما پاسخ این است که ذیل ماده ناظر به وکالت دومی است و دو عقد وکالت در این ماده مدّ نظر است. وکالت اول مربوط به مرتهن و وکالت دوم مربوط به ورثه‌ی او می‌باشد.

فایده‌ی این وکالت این است که تشریفات رجوع به مال را بسیار کم می‌کند.

۲. ماده ۷۷۹ فرضی را مطرح می‌کند که مرتهن وکالت ندارد: «هرگاه مرتهن برای فروش عین مرهونه وکالت نداشته باشد و راهن هم برای فروش آن و اداء دین حاضر نگردد مرتهن به حاکم رجوع می‌نماید تا اجبار به بیع یا اداء دین به نحو دیگر بکند.» اگر مال مرهونه غیر منقول باشد، برای فروش تشریفات ثبتی حاکم است. (اداره ثبت به مزایده می‌گذارد و ...)

پس استیفاء حقوق مرتهن به این ترتیب است :

اول: رجوع به راهن برای پرداخت اصل دین.

دوم: در صورت نپرداختن، رجوع به مال مرهونه:

الف) اگر وکالت داشته باشد : خود می‌فروشد.

ب) اگر وکالت نداشته باشد: ۱. رجوع به دادگستری : مزایده توسط اجرای احکام دادگستری

۲. رجوع به اداره ثبت : مزایده توسط اجرای ثبت

- عقد رهن در بحث لزوم و جواز یک عقد مختلط است؛ از طرف راهن لازم و از طرف مرتهن جایز است. ماده ۷۸۷: «عقد رهن نسبت به مرتهن جائز 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 ۷۸۸: «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.» پس اینکه گفته عقد رهن

جایز است، فقط، مراد جواز از منظر فسخ عقد است اما در بحث فوت عقد رهن باقی است و ورثه‌ی مرتهن مراجعه خواهند کرد.

در رابطه با ذیل ماده، در صورت عدم تراضی، شخص ثالث از طرف حاکم مشخص می‌شود.

- اگر مال در اختیار مرتهن قرار بگیرد این مال امانت است. ماده‌ی ۷۸۹: «رهن در ید مرتهن امانت محسوب می‌شود و بنابراین مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود مگر در صورت تقصیر.» یعنی در باب نگهداری و ... همان احکام عقد ودیعه حاکم است مثلاً در صورت اذن حق انتفاع دارد والا فلا.

- اگر مال مرهونه تلف شود تکلیف چیست؟ ماده ۷۹۱: «اگر عین مرهونه به واسطه‌ی عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود باید تلف کننده بدل آن را بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود.» پس نیاز به قرارداد رهن جدید نیست.

- ماده ۷۸۰: «برای استیفاء طلب خود از قیمت رهن، مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت.» این همان حق اولویت است که توضیح داده شد. (حق عینی تبعی)

- گفتیم تصرفات راهن نباید منافی حقوق مرتهن باشد. در تکمیل این بحث ماده ۷۹۴ تصریح می‌کند: «راهن می‌تواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری که برای رهن نافع باشد و منافی حقوق مرتهن هم نباشد به عمل آورد بدون اینکه مرتهن بتواند او را منع کند، در صورت منع اجازه با حاکم است.»
منتها ماده ۷۹۳ که قبلاً در این بحث توضیح دادیم ناظر بر تصرفات حقوقی و ماده ۷۹۴ ناظر بر تصرفات مادی است.

- ما در رهن تجزیه را نمی‌پذیریم. مثلاً اینگونه نیست که اگر از دین ۱۰ میلیونی، ۵ میلیون داده باشد، به همان مقدار مال مرهونه آزاد شود بلکه قاعده‌ی کلی این است که هرگاه کل طلب تأدیه شد کل مال آزاد می‌شود (کل مال در مقابل کل طلب است). منتها ذیل ماده ۷۸۳ می‌گوید: «مگر اینکه بین راهن و مرتهن ترتیب دیگری مقرر شده باشد.» پس این شرط بلا اشکال است.

- آخرین نکته اینکه گفتیم در عقد رهن، حق اولویت داریم. حال سؤال این است که آیا این حق اولویت مانع از این می‌شود که راهن مال مرهونه را به رهن دیگری بسپارد؟

این کار بلا اشکال است منتها با این فرض که تا زمانی که رهن اول باقی است، مرتهن دوم اولویتی ندارد.

پایان عقد رهن

سؤال امتحان میان‌ترم

(الف)، (ب) و (ج) شرکای یک شرکت مدنی هستند و آورده‌شان یک کارخانه‌ی تولیدی، ماشین‌آلات و مقداری مواد اولیه برای تولید و مبالغی وجه نقد است. شخص (د) نیز ضمن عقد خارج لازم شرط کرده که «دانش فنی» خود را به مدت سه سال برای استفاده در تولیدات کارخانه بیاورد ولی ملکیت آن برای خود او باقی مانده و شرکاء در کارخانه حق بهره برداری از آن را داشته باشند و از منافع تولیدات کارخانه همه استفاده کنند. همچنین (د) در این مدت مدیر بوده ضمن عدم مشارکت در زیان‌های کارخانه سودی به میزان دو برابر سایر شرکاء در ازای مدیریت دریافت دارد.

(۱) قرارداد فوق را تحلیل کرده صحت شروط گذارده شده را بررسی نمایید.

(۲) اگر مدیر شرکت در اداره‌ی امور ناتوان شده و ضمن نصب مدیر دیگری اموال شرکت مدنی را برای مدت ۲ سال اجاره دهد و برای مستأجر شرط ضمان کند صحت اقدام وی را بررسی کنید.

(۳) اگر کارخانه به واسطه‌ی شرایط اقتصادی دچار مشکل شده و خط تولید آن متوقف شود، آیا (د) می‌تواند دانش فنی خود را به شرکت دیگری منتقل کند؟

(۴) چنانچه شرکای شرکت، کارخانه را به دیری بفروشند، آیا (د) تعهدی در برابر خریدار بر عهده دارد؟

(۵) اگر مدیر شرکت برخی از تولیدات شرکت را به انباری امانت سپارد و در آن شرط ضمان کند آیا اقدام وی صحیح است؟

(۶) شرکای شرکت مدعی هستند که بخشی از اسناد و مدارک فنی کارخانه که نزد مدیر امانت بوده به واسطه‌ی عدم مراقبت او تلف شده است. ولی مدیر مدعی است که تمامی اسناد و مدارک را قبلاً به شرکاء مسترد داشته است. صحت ادعای طرفین را بررسی کنید.

(۷) اگر به دلیل اشکالی در دانش فنی مشکلی در تولیدات کارخانه ایجاد شود و بخشی از تولیدات شرکت از بین برود آیا مدیر شرکت مسئولیتی بر عهده دارد؟

(۸) اگر شرکای شرکت، کارخانه را برای مدت سه ماه به دیگری عاریه دهند آیا این قرارداد صحیح است؟ در این صورت مدیر شرکت در این دوره آیا مسئولیتی بر عهده دارد؟

(۹) اگر به واسطه‌ی تقصیر احد از شرکاء خسارتی وارد شود آیا سایر شرکاء حق دارند از محل آورده‌ی وی این خسارت را جبران کنند؟

(۱۰) دو نفر از شرکاء درخواست تقسیم و ردّ اموال خود را نموده‌اند. آیا تقسیم اموال ممکن است؟

در قرارداد فروش یک آپارتمان، بایع شرط می‌گذارد که اگر خریدار ظرف مدت شش ماه کل ثمن معامله را نپردازد، عقد بیع منفسخ گردد. ضمناً بایع یکی از پسران خود را به عنوان وکیل در اخذ ثمن تعیین می‌کند. یک ماه بعد وکیل ۲۵ درصد ثمن را دریافت کرده و ضمانت شخص (ب) را از مشتری قبول می‌کند. دو ماه بعد ضامن ۲۵ درصد ثمن را پرداخت و مابقی را عهده‌ی (ج) حواله می‌دهد و حواله از سوی محال‌علیه و محتال قبول می‌شود.

۱) اگر ضامن به مشتری مراجعه و کل ثمن را مطالبه کند آیا ادعای وی صحیح است؟

۲) اگر محال‌علیه ظرف مدت مقرر ثمن را نپردازد آیا وکیل حق اعمال خیار فسخ و یا فروش ملک به دیگری را

دارد؟

۳) در انتهای شش ماه، اگر بایع اعمال خیار فسخ نماید، روابط حقوقی بین طرفین را بررسی کنید.

۴) اگر در انتهای مدت مقرر با تحقق عدم پرداخت ثمن مالک خود مبادرت به فروش آپارتمان نماید آیا اقدام وی

صحیح است؟ در این صورت وکیل چه حقوقی دارد؟

۵) اگر بایع در عقد بیع شرط کند که آپارتمان به رهن وی باشد، آیا وکیل حق دارد در انتهای موعد مقرر، آپارتمان را

به دیگری فروخته و ثمن خود را وصول کند؟

سؤال دو

(الف) به (ج) وکالت می‌دهد تا در غیاب وی کارخانه‌ی وی را اداره و زمین او را بفروشد. (ج) در طول

شش ماه با خرید مواد اولیه، کارخانه را اداره نموده و برای فروش تولیدات کارخانه برای یکسال آینده قراردادی

منعقد و خود شخصاً نسبت به تحویل کالاهای تولیدی در قبال اشخاص ثالث ضمانت می‌کند. ضمناً زمین (الف) را

با تصور اینکه کاربری زراعی دارد می‌فروشد. مشتری هم نسبت به ثمن حواله می‌دهد و محال‌علیه آن را قبول

می‌کند. پس از مراجعه‌ی (الف) اقدامات وکیل مورد اعتراض وی قرار می‌گیرد.

۱) چنانچه (الف) مدعی شود که قرارداد فروش محصولات تولیدی کارخانه را باطل می‌داند، صحت ادعای وی را

بررسی کنید.

۲) در صورتی که دادگاه حکم به بطلان و یا فسخ قرارداد فروش محصولات دهد، آیا (ج) مسئولیتی در قبال (الف) و

اشخاص ثالث دارد؟

۳) مالک کارخانه مدعی است که برای تولید نیازی به خرید مواد اولیه نبوده، در این صورت آیا مسئولیتی متوجه

وکیل است؟

۴) چنانچه (الف) به دلیل کاربری مسکونی زمین و اشتباه وکیل اقدام به فسخ معامله‌ی زمین کند، آیا ادعای موکل

برای اشتباه و بطلان معامله یا غبن و فسخ معامله صحیح است؟

۵) اگر (ج) در این فاصله با رجوع به محال‌علیه ثمن معامله را دریافت کند و سپس عقد بیع از سوی مالک فسخ

شود، محال‌علیه و مشتری چه حقوق و تکالیفی بر عهده دارند؟