

سوکند به قلم و آنچه می نویسند

جزوه حقوق مدنی ۷

مدرس: دکتر امید ملاکریمی

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

حیرتانگیزی که دنبالش بودید این جزوه است!

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



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

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

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

مقدمه

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

دو هفته اول تقدیم به پدر و مادر عزیزم و سپس تقدیم به تمام کسانی که تابه حال پیچ به آن تقدیم شده است؛ تقدیم به کنمان!

توجه: مطالعه مواد ۵۱۸ تا ۸۰۷ قانون مدنی برای دانشجویان گرامی الزامی است (به غیر از ده ماده - مواد ۵۶۱ تا ۵۷۰ ق.م - که مربوط به جعله است و همچنین پنج ماده - مواد ۶۴۸ تا ۶۵۲ ق.م - که مربوط به قرض است و نیز نوزده ماده - مواد ۷۵۲ تا ۷۷۰ ق.م - که مربوط به صلح است و در مدنی ۶ باید خوانده می‌شد).

توجیه درس: برخی از عقود معین مبتنی بر اذن مالک یا ذیحق هستند و اذنی نامیده می‌شوند. این عقود احکام و آثار خاصی دارند که این درس سه واحدی، عهده‌دار آموزش این بخش از حقوق قراردادها خواهد بود. به علاوه، برخی از عقود معین دیگر نیز در این درس مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

هدف: شناسایی بخشی از عقود که با نام و آثار خاص در قانون وجود دارند.

مقدمه: همانگونه که در درس مدنی ۶ توضیح داده شده؛ عقود به دو دسته تقسیم می‌شوند: عقود معین، عقود نامعین (ماده ۱۰ قانون مدنی). **عقود معین:** عقودی که عنوان و شرایط اختصاصی و آثار آنها در قانون ذکر گردیده است. تأکید می‌گردد که آثار و شرایط اختصاصی عقد معین در قانون ذکر شده است ولی گاهی اوقات با عقود مختلط روبرو می‌شویم مثل اقامت در هتل که شامل چند عقد بیع، اجاره و ... می‌باشد در این صورت باید آثار کدام یک از عقود را برای آن بار نماییم؛ مثلاً فرد اتاقي را اجاره نموده و برای مثال چند وعده غذایی آنجا را خریده است (بیع). اهمیت دانستن این مورد این است که مثلاً در عقد بیع یک سری اختیارات اختصاصی مثل خيار تأخیر ثمن، خيار مجلس، خيار حيوان وجود دارد که از سایر عقود وجود ندارد. **عقود نامعین:** عقود که به عنوان و شرایط اختصاصی و آثار آنها در قانون اشاره نشده و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی و قواعد عمومی قراردادها می‌باشد.

عقود معین را در دوره کارشناسی در دو درس «حقوق مدنی ۶» و «حقوق مدنی ۷» خوانده می‌شود. به طور کلی در مدنی ۶ و ۷، عقود را به طور مستقل بررسی و شرایط اختصاصی آنها و نیز آثارشان را مورد بحث و گفتگو قرار خواهیم گرفت. عقود معین مجموعاً ۱۹ عقد می‌باشد که از ماده ۳۳۸ قانون مدنی آغاز و تا ماده ۸۰۷ قانون مدنی ادامه می‌یابد؛ به عبارت دیگر از عقد بیع شروع می‌شود و با عقد هبه پایان می‌پذیرد. طبق سرفصل، در این درس (مدنی ۷)، تنها عقود معین ذیل بررسی خواهد شد:

۱. عقد مزارعه (مواد ۵۱۸ تا ۵۴۲ قانون مدنی)

۲. عقد مساقات (مواد ۵۴۳ تا ۵۴۵ قانون مدنی)

۳. عقد مضاربه (مواد ۵۴۶ تا ۵۶۰ قانون مدنی)

۴. شرکت (مواد ۵۷۱ تا ۶۰۶ قانون مدنی)

۵. عقد ودیعه (مواد ۶۰۷ تا ۶۳۴ قانون مدنی)

۶. عقد عاریه (مواد ۶۳۵ تا ۶۴۷ قانون مدنی)
۷. قمار و گروبندی (مواد ۶۵۴ و ۶۵۵ قانون مدنی)
۸. عقد وکالت (مواد ۶۵۶ تا ۶۸۳ قانون مدنی)
۹. عقد ضمان (مواد ۶۸۴ تا ۷۲۳ قانون مدنی)
۱۰. عقد حواله (مواد ۷۲۴ تا ۷۳۳ قانون مدنی)
۱۱. عقد کفالت (مواد ۷۳۴ تا ۷۵۱ قانون مدنی)
۱۲. عقد رهن (مواد ۷۷۴ تا ۷۹۴ قانون مدنی)
۱۳. عقد هبه (مواد ۷۹۵ تا ۸۰۷ قانون مدنی)

«عقود مشارکتی»

«عقد مزارعه»

مواد ۵۱۸ تا ۵۴۲

مُزارعه در لغت به معنای «با همدیگر کاشتن» است. به موجب این عقد، یکی از طرفین در زمین دیگری به کشاورزی می‌پردازد و محصول را به نحوِ اشاعه تقسیم می‌کنند. مالک را «مُزارع» و شخصی را که زراعت می‌کند «عامل» می‌نامند و در عقد مزارعه هیچ‌یک از طرفین حق برهم زدن عقد را ندارند مگر طبق شرایط خاص حقوقی. اسلام، مزارعه را به عنوان روشی در جهت انعقاد شرکت بین دو عامل کار و سرمایه قرار داده است.

نکته: در عقد مزارعه، مدت باید معین باشد یعنی در چه مدت زمانی، «مُزارع»، زمین را در اختیار عامل قرار داده است و مدت معین شده باید برای کِشت محصول مورد نظر متناسب و کافی باشد و الا اگر این تناسب معقول نباشد عقد باطل است.

نکته: در عقد مزارعه، لازم نیست که مُزارع حتماً مالک زمین باشد اما باید مالک منافع آن زمین باشد. کسی هم که در زمین مورد مزارعه به مدت سکونت یا عمر خود حق انتفاع در آن زمین را دارد می‌تواند زمین را به مزارعه دهد یا وصی، ولی، قیم، متولی یا وکیل آن زمین باشد که مثلاً توانایی زراعت ندارد و زمین خود را برای زرع به دیگری واگذار می‌کند و با داشتن حق تصرف به عنوان مزارع آن زمین شناخته شود.

نکته: زمینی که مورد مزارعه قرار می‌گیرد باید برای کشت همان محصولی که برای مزارعه معین شده است آماده

باشد مگر اینکه نیاز به اقداماتی اصلاحی باشد. به طور مثال اگر زمینی که برای کشت گندم آماده شده است طبق عقد مزارعه برای کاشتن برنج در نظر گرفته شود عقد مزارعه باطل است و نیز در زمین مورد مزارعه باید امکان آبرسانی وجود داشته باشد.

نکته: مساحت زمین مورد معامله هم باید معین و معلوم باشد. که مقدار زمین می تواند خواه توسط مشاهده یا ذکر مساحت و اوصاف مشخص شود.

نکته: در عقد مزارعه سهم هریک از طرفین معامله (مزارع و عامل) باید به طور آشکار مثلاً ربع یا ثلث یا نصف مشخص شود و اگر به نحو دیگری باشد با وجود اینکه عقد باطل نمی شود اما این قرارداد دیگر عقد مزارعه محسوب نمی شود.

نکته: نوع محصولی که باید کاشته شود باید در عقد مزارعه معین شود مگر اینکه طبق عرف مشخص باشد که دیگر نیازی به قید نوع محصول در قرارداد مزارعه نیست و اگر عقد مطلقاً برای زراعت باشد عامل، اختیار هر نوع زرع در کشت را دارد.

نکته: مخارجی که برای عقد مزارعه لازم است باید توسط طرفین معامله معین شود. برای مثال برای تعیین چگونگی تهیه بذر زراعت باید مشخص شود که بذر مثلاً توسط مالک یا کشاورز یا مشترکاً خریداری می شود. در صورت عدم تعیین این موضوع، عقد مزارعه باطل است.

نکته: هر کدام از طرفین معامله در مزارعه می توانند شرط یا شروطی را برای طرف دیگر قرار بدهند البته شروط مزبور نباید برخلاف شرع و مقتضای ذات عقد باشد. مثلاً جایز است که مالک زمین شرط کند که علاوه بر سهمش از محصول زرع مبلغی را نیز از عامل بگیرد. شرط ضمن عقد در هر صورتی صحیح است حتی اگر محصول زراعت از بین برود.

«عقد مساقات»

مواد ۵۴۳ تا ۵۴۵

مساقات به معنی آب دادن و سیر آب کردن است. ماده ۵۴۳ ق.م مقرر می دارد: «مساقات معامله ای است که بین صاحب درخت و امثال آن با عامل در مقابل حصه مشاع معین از ثمره واقع می شود و ثمره اعم است از میوه و برگ و گل و غیره آن». تفاوت مزارعه با مساقات در این است که در مزارعه زمین برای زراعت در اختیار عامل

گذاشته می شود ولی در مسابقات درختان مُثْمِر جهت مراقبت و آبیاری و برداشت ثمره به عامل داده می شود.

مسابقات یکی از عقود لازم است که بین مالک درخت و عامل منعقد می گردد، عامل در مقابل سهمی که از ثمره درختان دارد انجام عملیاتی از آبیاری، سم پاشی، هرس، پیوند زنی و نظایر آن را در مدت معین به عهده می گیرد. عقد لازم مسابقات مثل مزارعه منحل نمی شود مگر به سبب اقاله یا فسخ به علت قانونی بنابراین به فوت هر کدام از مالک و عامل، ورثه قائم مقام مورث خواهد بود، اما اگر مسابقات مقید به مباشرت عامل باشد، به فوت او عقد منفسخ می گردد.

نکته: ماده ۵۴۵ ق.م.تصریح نموده: «مقررات راجع به مزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مسابقات نیز مرعی خواهد بود مگر اینکه عامل نمی تواند بدون اجازه مالک معامله را به دیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید».

نکته: موضوع عقد مسابقات درختان مُثْمِر است، مدت باید معین باشد. عامل، عهده دار عملیاتی در ارتباط با درختان می باشد، سهم عامل باید به طور مشاع از ثمره درختان معین گردد.

ماده ۵۴۴ ق.م. در ارتباط با فسخ یا بطلان می گوید: «در هر مورد که مسابقات باطل باشد یا فسخ شود تمام ثمره، مال مالک است و عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود».

نکته: در عقد مسابقات درختان مُثْمِر موضوع اند، در عقد مسابقات درختان غیر مُثْمِر مثل اقاچیا، چنار و بید و نظایر آن را نمی توان به عامل سپرد تا مراقبت نماید. درختان موضوع عقد، باید مُثْمِر باشند، مثل درخت نخل، درخت انار، درخت سیب و گلابی و درختان مرکبات که هر کدام از این درخت ها چندین سال عمر می نمایند، بوته هایی که دارای ریشه مستحکم هستند مثل مو و تمشک می توانند مورد مسابقات قرار گیرند، همچنین درختان گل مثل گل سرخ که برای گلاب و عطر بکار می روند در همین ردیف قرار دارند. اما بوته هایی که طبیعتاً اقتضای بقای بیش از یک سال ندارند مثل هندوانه و خربزه و خیار نمی توانند مورد مسابقات قرار گیرند.

نکته: برای عقد مسابقات لازم نیست طرف عقد مسابقات مالک اصل درخت ها باشد، بلکه کافی است که مالک منافع آنها باشد.

نکته: مدتی که در عقد مسابقات معین می گردد، باید به ماه و سال باشد و طوری تعیین گردد که ثمره آنها بدست آید بنابراین درختانی که در پائیز محصول می دهد، نمی تواند در زمستان زمان آن باشد، مسابقات از عقود معاوضی

است.

نکته: در عقد مساقات باید وظایف و عملیات عامل مشخص و ذکر گردد، اعمالی که هرسال تکرار می شود به عهده عامل است و اعمالی که هرسال تکرار نمی گردد، مگر با پیش آمد حوادث به عهده مالک می باشد، لایروبی قنات برای آبیاری، ساختن دیوار باغ و ... از جمله اموری است که به عهده مالک است.

نکته: عامل باید در ثمره درختان سهم گیرد، مالک در عقد مساقات نمی تواند تمام محصول را خود برداشت کند و اجرت به عامل بدهد چنین اقدامی خروج از عقد مساقات است.

«عقد مضاربه»

مواد ۵۴۶ تا ۵۶۰

طبق قانون مدنی: مضاربه عقدی است که به موجب آن احد از متعاملین **سرمایه** می دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشد. صاحب سرمایه «مالک» و عامل «مضارب» نامیده می شود. سرمایه مضارب باید وجه نقد باشد.

عقد مضاربه دارای خصوصیات یا ویژگی های ذیل است:

مضاربه از جمله عقود جایز است و از این رو هر یک از طرفین اختیار فسخ قرارداد را دارند مگر اینکه در قرارداد شرط دیگری تعیین شده باشد. در معاملات بانکی معمول است متن قراردادهای مضاربه را به ترتیبی تنظیم نمایند که عامل با امضای قرارداد شرط ترک فسخ قرارداد را تا زمان تسویه کامل آن از جانب خود بپذیرد.

مضاربه از جمله تسهیلات کوتاه مدت حداکثر یک ساله است که بانک بر اساس آن می تواند منحصراً جهت گسترش امور بازرگانی به عنوان مالک، سرمایه نقدی لازم برای انجام یک معامله تجاری را در اختیار متقاضی به عنوان عامل اعم از اینکه شخص حقیقی یا حقوقی باشد، قرار می دهد تا سود حاصله را به نسبت از پیش توافق شده با یکدیگر تقسیم نمایند.

در مضاربه، نقش مالک و عامل کاملاً از یکدیگر جداست و در این رابطه تأکید و تصریح بر این است که مالک فقط سرمایه را تأمین نموده و به هیچ عنوان وظایف عامل را بر عهده نگیرد. به عبارت دیگر امکان عاملیت برای بانک ها در قراردادهای مضاربه وجود ندارد. در مقابل، عامل نیز تنها وظیفه عاملیت را بر عهده دارد و حتی اگر در

جریان عقد مضاربه، خود هزینه‌هایی را تقبل نماید موجب برای تأمین نقش مالک نخواهد بود.

سرمایه مضاربه حتماً باید نقدی^۱ و عین باشد و یکجا تأمین شود. بدین ترتیب مضاربه به منفعت یا دین بر ذمه و کالا صحیح نمی‌باشد. به جز هزینه‌های تعیین شده طبق قرارداد، تأمین هرگونه وجهی از سرمایه مضاربه بابت سایر هزینه‌ها امکان‌پذیر نبوده و اینگونه هزینه‌ها با مصالحه طرفین به عهده عامل می‌باشد. مسئولیت عامل در حفظ سرمایه مضاربه، همان مسئولیتی است که قانوناً بر عهده امین است جز در صورت تفریط و تعدی.

بدین ترتیب عامل، ضامن سرمایه و یا مسئول خسارات حاصله از تجارت نخواهد بود. مگر اینکه بطور لزوم در قرارداد شرط شده باشد که عامل از مال خود به مقدار خسارت یا زیان به طور رایگان به مالک تملیک کند.

نکته: در عقد مضاربه سهم سود هر یک از طرفین می‌باید به نحو مشاع و به صورت نسبت یا درصدی از کل سود معامله تعیین و توافق گردد. بنابراین به هیچ وجه نمی‌توان مبلغ معینی از سود یا درصد معینی از سرمایه مضاربه را به عنوان سهم سود طرفین قرار داد.

ماهیت مضاربه: ماهیت حقوقی بسیط (ساده) و مستقلی ندارد بلکه مرکب از عقد وکالت، امانت و نوعی شرکت است.

ویژگی‌های مضاربه: مضاربه جایز اذنی است؛ معوض است؛ رضایی است و تعیین مدت در آن شرط نیست اما اگر در مضاربه برای تجارت، مدت معین شده باشد موجب لزوم عقد نمی‌شود (در تمام عقود جایز، ذکر مدت باعث نمی‌شود که عقد جایز به عقد لازم تبدیل شود). بعد از انقضای مدت، مضارب نمی‌تواند معامله کند مگر به اجازه جدید مالک. ذکر مدت در مضاربه شرط نیست ولی اگر مدت گذاشتیم و مدت تمام شد بعد از انقضای مدت، دیگر حق انجام معامله جدید را نداریم و تبدیل به عقد لازم هم نمی‌شود.

توجه: شرکتی که در اثر مضاربه ایجاد می‌شود و همه معاملات به نام عامل (مضارب) انجام می‌شود و به وسیله او انجام می‌شود و نتیجه معاملات، متوجه صاحب سرمایه می‌شود (در حق العمل کاری به نام خود عامل است و نتیجه، متوجه خود عامل است). چون فعالیت تجاری در قالب هیچ یک از شرکت‌های مذکور در قانون تجارت صورت نمی‌پذیرد مالک و مضارب در برابر طلبکاران، مسئولیت تضامنی دارند.

^۱ حالا یا پول خودمون (ریال) یا پول خارجی‌ها (ارز)؛ اگر می‌گفت «وجه رایج» می‌شد فقط پول خودمون ولی اینجا گفت «پول نقد».

لزوم تعیین حصّه به نحو اشاعه (مانند مضارعه و مساقات): حصّه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مُشاع باشد؛ حصّه مزبور باید تعیین شود مگر اینکه در عرف معلوم بوده باشد. ذکر حصّه در عقد مقتضای ذات آن نیست یا به عبارت دیگر، ذکر حصّه، شرط صحت نیست.

نکته: تعیین نوع تجارت اصلاً ضروری نیست البته اگر مضاربه برای تجارت خاصی شرط شده باشد باید برای همان تجارت فقط باشد. اگر مطلق باشد یعنی تجارت خاصی شرط نشده باشد عامل می‌تواند هر قسم تجارّتی را که صلاح بداند بنماید ولی در طرز تجارت باید متعارفش را رعایت نماید.

جهات انفساخ:

۱. در صورت موت، جنون و سفّه هر یک از طرفین (وصیت به مضاربه صحیح است).
۲. در صورت مُفلس شدن مالک (مُفلس یعنی ورشکسته): اولاً مُفلس شدن مالک و نه مُفلس شدن مالک، ثانیاً مُفلس شدن مالک و نه مُفلس شدن مضارب. در صورت ورشکستگی مالک، عامل، طلبکار محسوب نمی‌شود زیرا نسبت به سود مضاربه، مالکیت مشاعی داشته؛ ورشکستگی عامل باعث انفساخ نیست.
۳. در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ربح: پس تلف شدن قسمتی از سرمایه، موجب انفساخ مضاربه نیست.
۴. در صورت عدم امکان تجارّتی که منظور طرفین بوده.

شروط در مضاربه (مهم):

۱. شرط تعلّق تمام منافع به مالک: اگر شرط شود تمام سود یا منافع برای مالک باشد این عقد صحیح است ولی دیگر نام آن مضاربه نیست. در این صورت، عامل مستحقّ اجرت‌المثل است (استحقاق او ناشی از استیفاء نیست مگر عمل را مجانی انجام داده باشد). عامل نمی‌تواند به استناد این عقد، اجرت‌المسمی بگیرد چون در این عقد، اجرتی تعیین نشده است پس چون نیست اجرت‌المثل است. شرط منافع: اگر شرط شود سود یکی از دو طرف به طور ثابت مشخص باشد، عقد، باطل نیست و یک عقد ماده ۱۰ است.
۲. شرط ضامن: اگر شرط شود، مضارب، ضامن سرمایه باشد همچنین اگر شرط شود خسارت حاصل از خسارت، متوجه مالک نشود، عقد، باطل است (جزء شروط باطل و مبطل است). در تمام عقود امانی می‌توان شرط کرد که امین، ضامن باشد اما در عقد مضاربه نمی‌توان این شرط را در قرارداد گذاشت؛

مثلاً در عاریه می‌شود.

۳. اگر شرط شود که در صورت ورود خسارت، مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به

مالک تملیک کند، عقد صحیح است و مشکلی ندارد چون ربطی به سرمایه ندارد و از مال خود می‌دهد.

نکته: تعهد مضارب یا عامل، تعهد به وسیله است یعنی نمی‌گوید: «من صد در صد سود می‌کنم».

نکته: مضارب در حکم امین است و ضامن نیست مگر در صورت تعدی و تفریط.

«شرکت»

مواد ۵۷۱ تا ۶۰۶

شرکت عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقاصد دیگر، حقوق خود را در میان می‌گذارند تا به جای آن، مالک سهمی مشاع از یک مجموعه شوند.

واژه «شرکت» در قانون مدنی^۲ دو معنی دارد: یک معنی آن یعنی «اشاعه» و معنی دیگر آن «عقد شرکت»^۳ است.

^۲ ما در درس حقوق مدنی، به قانون تجارت (مصوب ۱۳۱۱ ه. ش.) و لایحه اصلاح قانون تجارت (مصوب ۱۳۴۷ ه. ش.) کاری نداریم. چون در آنجا «شرکت» به معنای دیگری است.

^۳ معلوم می‌شود که ما دو مدل شرکت داریم ۱. شرکت مدنی ۲. شرکت تجاری. شرکت مدنی همان معنای دوم شرکت یعنی «عقد شرکت» است. تفاوت شرکت‌های تجاری و مدنی از قرار ذیل است:

- شرکت‌های تجاری همیشه به موجب عقد به وجود می‌آیند حال آنکه شرکت‌های مدنی محتمل است به موجب عقد به وجود آیند و یا به طریقی دیگر (مثل وراثت، اختلاط و ...)

نکته: اینکه می‌گوییم شرکت‌های تجاری با عقد یعنی قرارداد به وجود می‌آیند منظور ما آن است که در برخی شرکت‌ها، شرکاء و سهامداران اساسنامه و یا شرکت‌نامه را امضاء می‌کنند و در شرکت‌های سهامی، سهامداران ورقه خرید سهم را امضاء می‌کنند که اصطلاحاً به آن پذیره‌نویسی گویند. بنابراین امضای اساسنامه یا شرکت‌نامه یا ورقه خرید سهم، همگی دلالت بر عقد بودن شرکت‌های تجاری دارند.

- شرکت‌های تجاری عقدی لازم‌اند حال آنکه شرکت‌های مدنی که با عقد به وجود آمده‌اند عقدی جایزند.
- شرکت‌های تجاری واجد شخصیت حقوقی هستند حال آنکه شرکت‌های مدنی از وجود شخصیت حقوقی بی‌بهره‌اند.
- شرکت‌های تجاری دارای اختصاصی مخصوص به خود هستند و این دارایی جدای از دارایی شخصی شرکاست در حالی که در شرکت‌های مدنی چون شرکت واجد شخصیت حقوقی نیست دارای دارایی اختصاصی نیز نمی‌باشد.
- در اغلب موارد اتخاذ تصمیم در شرکت‌های تجاری به اکثریت آراست حال آنکه در شرکت‌های مدنی در اغلب موارد اتخاذ تصمیم به اتفاق آراء می‌باشد.
- در همه موارد شرکت‌های تجاری دارای نام مخصوص به خود هستند حال آنکه در اغلب موارد شرکت‌های مدنی نام مخصوص به

به عبارت دیگر، بنا به نظر قوی تر عقد شرکت دارای دو بخش است بخش اول «اشاعه» و بخش دوم «اذن در اداره». این مهم است که ما بفهمیم از ماده ۵۷۱ ق.م تا ۵۸۷ ق.م هر کجا که واژه «شرکت» به کار رفته به کدام یک از این دو معنا اشاره دارد. ابتدا این دو را تعریف می کنیم:

۱. اشاعه یعنی «جمع شدن چند حق در یکجا». امتزاج یا آمیخته شدن حقوق شرکاء، به نحوی که تمیز یا جدا کردن آن ممکن نباشد را شرکت گویند؛ خواه سبب این آمیختن، اختیاری باشد یا قهری. اشاعه فقط

خود ندارند.

- در شرکت های تجاری رابطه مالکیت شرکاء با اموال خود به محض تشکیل شرکت قطع می گردد زیرا این اموال دیگر متعلق به خود شرکت است؛ به همین دلیل است که در شرکت های تجاری، شرکاء نسبت به اموال شرکت، دارای یک حق احتمالی هستند که اصطلاحاً به آن حق دینی می گویند. اما در شرکت های مدنی از آنجا که شرکت، واجد شخصیت حقوقی مستقلی نمی باشد، رابطه مالکیت شرکاء با اموال خود قطع نمی گردد، اصطلاحاً می گویند شرکاء همچنان دارای یک حق عینی نسبت به اموال می باشند.
- تفاوت دیگر شرکت های تجاری و مدنی آن است که در شرکت های تجاری، قانون گذار پاره ای الزامات را ضروری دانسته است، مثل داشتن اسم مخصوص، ثبت شرکت، وجود هیأت مدیره، ارگان نظارت کننده و مواردی از این قبیل درحالی که در شرکت های مدنی چنین الزاماتی وجود ندارد.
- تفاوت دیگر شرکت های تجاری و مدنی آن است که شرکت های تجاری همیشه به قصد نفع بردن تشکیل می شوند یعنی هدف شرکاء از تشکیل شرکت، انتفاع می باشد؛ حال آنکه در شرکت های مدنی امکان دارد هدف شرکاء از تشکیل شرکت، انتفاع نباشد بلکه به منظورهای دیگری شرکت مدنی را تشکیل دهند.
- در مورد شرکت های تجاری، اقامه دعوی بر علیه خود شرکت است، اما در شرکت های مدنی علیه شرکاء اقامه دعوی می کنند. نکته: در شرکت های تجاری اگر بخواهیم از جانب شرکت اقامه دعوی کنیم، خواهان دعوی، خود شرکت است و اگر بخواهیم بر علیه شرکت اقامه دعوا کنیم باز خواننده دعوی خود شرکت است، درحالی که در شرکت های مدنی خود شرکاء به عنوان خواهان و یا خواننده دعوی قرار می گیرند.

شرکت های موجود در قوانین ایران (به غیر از قانون مدنی) از قرار ذیل است:

- ✓ شرکت سهامی خاص
- ✓ شرکت سهامی عام
- ✓ شرکت با مسئولیت محدود
- ✓ شرکت تضامنی
- ✓ شرکت نسبی
- ✓ شرکت مختلط غیر سهامی
- ✓ شرکت مختلط سهامی
- ✓ شرکت تعاونی

در مالکیت نیست بلکه در تمام اقسام حقوق^۴، اشاعه ممکن است. مثلاً دو نفر، مالک یک خانه‌اند؛ این حالت، «اشاعه» می‌شود به عبارت دیگر این حالت «اجتماع حقوق مالکین متعدد» در آن خانه است. یا مثلاً دو نفر در یک ملک، حق انتفاع دارند که این هم «اشاعه» می‌شود؛ به عبارت دیگر «اجتماع حقوق صاحبان حق انتفاع» از آن ملک. یا مثلاً سه نفر مشترکاً حق ارتفاق از یک ملک دارند که این نیز اشاعه است. یا مثلاً سه نفر، اراضی موات و مباحه را به قصد تملک با هم احیاء کند، که در این صورت، سه نفر حق تحجیر دارند. یا مثلاً پنج شخص، بر روی یک مال، حق عینی تبعی دارند به این شکل که چند بانک روی یک ملک، حق عینی تبعی دارند یا به عبارتی حق وثیقه دارند، در این صورت طلبکارها اگر بدهکار بدهی خود را نداد ملک را از طریق مراجع قانونی به فروش می‌گذارند. در حقوق دینی هم امتزاج یا اجتماع حقوق ممکن است، مثلاً اینکه سه نفر از یک نفر طلب داشته باشند.

نکته: شرکت از لحاظ اشاعه، تملیکی و لازم است ولی از لحاظ اداره، اذنی و جایز است (شرکاء همه وقت می‌توانند از اذن خود [اذن در اداره] رجوع کنند مگر اذن [اذن در اداره]، در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت، مادام که شرکت، باقی است حق رجوع وجود ندارد). هر دو مدل شرکت، رضایی و مستمر است.

۲. «شرکت» در معنای دوم، «عقدی» است که بین شرکای مال بسته می‌شود و شرکاء به همدیگر در اداره مال و تقسیم سود و زیان اذن می‌دهند (اذن در اداره)؛ پس برای انعقاد عقد شرکت ابتدا باید مال مشاعی وجود داشته باشد. فرض کنید دو نفر یک ماشین دارند و با هم قرار می‌گذارند یکی با ماشین کار کند و یک مبلغی راننده و یک مبلغی آن یکی بردارد.

نکته: مقتضای ذات شرکت، اشاعه است و مقتضای اطلاق شرکت، اداره. شرکتی که منظورش اشاعه است آنی است؛ اما شرکتی که منظورش اداره است مستمر است.

نکته: در عقد شرکت خیار غبن وجود ندارد زیرا مسامحه‌ای است.

نکته: طبق نظر غالب، تقسیم هم مسامحه‌ای است و خیار غبن راه ندارد.

نکته: تقسیم ممکن است در قالب صلح بیاید.

نکته: تقسیم ممکن است به تراضی واقع شود یا به اجبار، اگر به تراضی باشد قابل اقاله است اما اگر به اجبار دادگاه باشد قابل اقاله نیست. اگر تقسیم به اجبار دادگاه باشد، حکم دادگاه اعتبار امر مختمه دارد.

^۴ حق مالی دو قسم است: (۱) حق عینی (حقی که شخص روی عین دارد)؛ (۲) حق دینی (حق شخصی، طلب). اقسام حقوق عینی: (۱) مالکیت (۲) حق انتفاع (۳) حق ارتفاق (۴) حق تحجیر (۵) حق شفعه (۶) حق عینی تبعی (وثیقه عینی)

نکته: در قانون امور حسبی عنوانی داریم به نام «تقسیم ترکه» اما در قانون مدنی عنوانی داریم به نام «تقسیم». تقسیم ترکه در قانون امور حسبی فقط راجع به ترکه نیست، تقسیم ترکه خصوصیتی ندارند زیرا ترکه هم مال مشاع است لذا احکامی که در قانون امر حسبی وجود دارد در سایر تقسیم‌ها هم جاری است و احکامی که در قانون مدنی آمده در تقسیم ترکه جاری است؛ البته چون قانون امور حسبی مؤخر است اگر با هم تعارض پیدا کنند قانون امور حسبی مقدم است.

از ماده ۵۷۱ تا ۵۷۴ قانون مدنی و همچنین ماده ۵۸۷ ق.م و نیز ماده ۵۷۸ ق.م «شرکت» به معنای «اشاعه» است.

ماده ۵۷۱ ق.م تعریف اشاعه است. به دلایلی که در بالاتر گفته شد، در ماده ۵۷۱ قانون مدنی بهتر بود به جای واژه «مالکین» از عبارت «صاحبان حق» استفاده می‌نمود:

ماده ۵۷۱ - شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه.

ماده ۵۷۲ ق.م می‌خواهد بگوید سببی که اشاعه را به وجود آورده است یا اختیاری است یا قهری.

ماده ۵۷۲ - شرکت اختیاری است یا قهری.

اولاً چنانچه گفتیم «شرکت» در این ماده یعنی «اشاعه»؛ ثانیاً ابتدای این ماده، بهتر بود کلمه «اسباب» اضافه می‌شد، یعنی به نظر می‌رسد کلمه «اسباب» در این ماده در تقدیر است.^۵ ماده ۵۷۳ ق.م اسباب اختیاری را بر شمرده است و ماده ۵۷۴ ق.م اسباب قهری را شمرده است.

ماده ۵۷۳ - شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود^۶ یا در نتیجه عمل شرکاء از قبیل مزج^۷ اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازاء عمل چند نفر^۸ و نحو اینها.

^۵ خداوند در سوره یوسف آیه ۲۲ می‌فرماید: «از قریه‌ای سوال کن.» اگر در جمله مزبور قبل از کلمه «قریه‌ای»، واژه «اهل» را اضافه کنیم می‌شود: «از اهل قریه سوال کن» اینجا می‌گوییم: که لفظ «اهل» در این جمله در تقدیر است. یا مثلاً ماده ۹۵۴ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «کلیه عقود جایزه به موت [و جنون] احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد، معتبر است.» در این ماده «جنون» در تقدیر است.

^۶ دو نفر با یکدیگر عقدی منعقد می‌کنند تا در مالی شریک شوند مثلاً سه دانگ باغ برای یک طرف و سه دانگ دیگر برای طرف دیگر.

^۷ مزج یعنی «در هم آمیختن»، «مخلوط کردن»؛ این ماده «شرکت اختیاری» را گفته و «مزج» یعنی «آمیختن با اراده یکدیگر».

^۸ مثلاً چند طلبکار، مالی را که مدیون به عنوان رهن به آنها می‌دهد قبول می‌کنند.

ماده ۵۷۴ - شرکت قهری اجتماع حقوق مالکین است که در نتیجه امتزاج^۹ یا ارث حاصل می شود.

ماده ۵۷۳ ق.م در مورد اسباب اختیاری اشاعه است. همانطور که گفتیم «شرکت» در این ماده یعنی «اشاعه» و شرکت اختیاری یعنی آنکه سبب اشاعه، اختیاری یا ارادی است.

• اولین سبب اختیاری اشاعه، عقد است و خود ماده گفته «عقدی از عقود» یعنی مهم نیست با چه عقدی اشاعه به وجود می آید. اکثر عقود در قانون مدنی می توانند باعث اشاعه بشوند. مثلاً بیع، اجاره، قرض، مزارعه و مساقات می توانند سبب اشاعه بشوند.

• مزج اختیاری یعنی «مخلوط کردن با اراده». اگر بعضی چیزها را با هم مخلوط کنید عرفاً یک چیز می شوند (مثلاً برنج با برنج یا مثلاً گندم با گندم). ولی بعضی چیزها با هم مخلوط نمی شوند مثل ماشین با ماشین. بنابراین مزج اختیاری یعنی «مخلوط کردن» و نه «مخلوط شدن».

• فرض کنید چند کارگر برای شما کار می کنند به همه آنها یک سکه بهار آزادی می دهید، آن سکه بین آنها مشاع می شود؛ در واقع، مجموع اجرت برای مجموع عاملان می شود چون آنان به شرکت، کار مطلوب جاعل را انجام داده اند. ماده ۵۶۸ قانون مدنی به این مورد اشاره داشته است:

ماده ۵۶۸ - اگر عاملین متعدد، به شرکت هم، عمل را انجام دهند هر یک به نسبت مقدار عمل خود مستحق جُعل می گردد.

قانونگذار در ماده ۵۷۳ ق.م سه سبب شرکت اختیاری را بعد از هر کدام از «یا»ها گفته! و از آنجا که ممکن بود اسباب دیگری نیز باشند یا بعداً پیدا شوند، عبارت «و نحو اینها» را در انتهای ماده آورده که بگوید این اسبابی که من گفتم حصری نبود بلکه از باب تمثیل بود: مثلاً ایقاع جمعی می تواند سبب اشاعه بشود؛ اینجوری که دو نفر مال مباحی را با رعایت قوانین مربوط به آن مال حيازت کنند مثلاً از دریا ماهی بگیرند و سپس مشترکاً مالک می شوند؛ پس ایقاع را نیز باید به اسباب ارادی شرکت افزود.

ماده ۵۷۴ ق.م می گوید اسباب قهری اشاعه دو تا است امتزاج و ارث. امتزاج یعنی «مخلوط شدن بدون اراده». مثلاً دزدی گندم چند نفر را می دزدد و در یک جا جمع می کند، در این حالت، خود مالک ها اراده ای برای شراکت

^۹ امتزاج یعنی «آمیخته شدن» و نه «در هم آمیختن بدون اراده همدیگر»؛ پس این واژه در این ماده که به شرکت قهری اشاره دارد، نشان از قهری بودن دارد؛ یعنی بدون اراده، چیزی با چیز دیگر آمیخته می شود؛ مثلاً گندم های یک مزرعه در اثر طوفان با گندم های مزرعه کناری مخلوط شود.

ندارند یا مثلاً دو انبار گندم (یکی مال الف و یکی مال ب) وجود دارد و بین این دو انبار، یک دیوار است، زلزله می آید و دیوار فرو می ریزد و گندم‌ها بدون اراده الف و ب با هم مخلوط می شوند.

دومین سبب قهری، ارث است؛ بدیهی است که هر کس بمیرد در صورت تعدد ورثه، اموالش به طور مشاع به ورثه می رسد.

ماده ۵۷۵ می خواد بگه شرطی که به موجب آن یکی از شرکاء بدون اینکه در برابر عمل اضافه باشد، سود بیشتر ببرد صحیح نیست؛ اما باید گفت می شه طبق ماده ۱۰ قانون مدنی چنین شرطی را نافذ دانست؛ چه آنکه در ماده ۵۲۰ ق.م در باب مزارعه هم خواندیم چنین شرطی به نظر می رسد صحیح باشد.

ماده ۵۷۶ ق.م اولین ماده ای در فصل «شرکت» است که به طور ضمنی عقد شرکت را گفته است. ماده ۵۷۷ ق.م هم داره می گه: شرکت، عقدی اذنی است.

ماده ۵۷۶ - طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرره بین شرکاء خواهد بود.

ماده ۵۷۷ - شریکی که در ضمن عقد به اداره کردن اموال مشترک مأذون شده است می تواند هر عملی را که لازمه اداره کردن است انجام دهد و به هیچ وجه مسئول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود مگر در صورت تفریط یا تعدی.

در قانون مدنی، ۵ عقد اذنی داریم: ۱. مضاربه ۲. شرکت ۳. ودیعه ۴. عاریه ۵. وکالت

عقود اذنی همه جایز هستند چون اذن قابل رجوع است و همه با فوت و حجر به هم می خورند. تکرار می کنم! همه عقود اذنی، جایز هستند ولی همه عقود جایز، اذنی نیستند مثلاً:

«جعاله» قبل از انجام عمل، جایز است ولی اذنی نمی باشد.

«هبه» اصولاً جایز است ولی اذنی نمی باشد.

«نامزدی» را اگر عقد حساب کنیم عقدی جایز است ولی اذنی نمی باشد.

«حبس مطلق» طبق ماده ۴۴ قانون مدنی عقدی جایز و قابل رجوع است ولی اذنی نمی باشد.

ماده ۹۵۴ - کلیه عقود جائزه به موت احد طرفین منفسخ می شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد، معتبر

است.^{۱۰}

شرکت عقدی جایز است مگر اینکه عقد شرکت ضمن عقد لازم برود (یعنی ضمن عقد لازم شرط بشود) در این صورت تا موقعی که اشاعه باقی است حق فسخ شرکت را ندارند.

ماده ۵۷۸ - شرکاء همه وقت می توانند از اذن خود رجوع کنند مگر اینکه اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت مادام که شرکت باقی است حق رجوع ندارند.

نکته مهم: عقود جایز همیشه با فوت یا جنون از بین می روند حتی اگر ضمن یک عقد لازم باشد. عقد جایز را می شود توو عقد لازم «به صورت شرط» آورد، آن موقع نمی توان فسخش کرد ولی باز هم با فوت یا حجر به هم می خورد: مثلاً خانه ام را ۵۰۰ میلیون به شما فروختم به شرط آنکه: «شما وکیل من باشید و فلان کارها را به نیابت از جانب من انجام دهید» در این صورت، وکیل دیگر نمی تواند استعفا دهد و عقد جایز، غیر قابل فسخ می شود ولی این عقد جایز با فوت یا حجر احد طرفین از بین می رود.

مواد ۵۸۱، ۵۸۲، ۵۸۳ و ۴۷۵ بایستی با هم خوانده شود:

سه قاعده در شرکت:

قاعده اول: هر یک از شرکاء می تواند بدون رضایت دیگران در سهم خودش تصرف حقوقی بکند (تصرف حقوقی = عمل حقوقی) و (تصرف مادی = عمل مادی). طبق ماده ۵۸۳ هر شریک می تواند حق خود را بفروشد، اجاره بدهد، معاوضه کند، هبه کند، صلح کند و مهر قرار بدهد. تصرف حقوقی هر شریک در سهم اختصاصی خودش مستلزم تصرف در سهم شریک یا شرکاء دیگر نیست.

ماده ۵۸۳ - هر یک از شرکاء می تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.

قاعده دوم: تصرف حقوقی شریک در سهم دیگران بدون اذن آنها فضولی است و غیر نافذ می باشد (ماده ۵۸۱ ق.م) فرض کنید من سه دانگ دارم و شما نیز سه دانگ، اگر من سه دانگ شما را بفروشم فضولی است.

ماده ۵۸۱ - تصرفات هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع

^{۱۰} مانند «موت» و «سفه» که در این ماده بدانها تصریح گردیده است «جنون» هم از اسباب انحلال عقد لازم است.

مقررات معاملات فضولی خواهد بود.

قاعده سوم: شریک بدون اذن شریکش تصرف مادی نمی تواند بکند (ماده ۵۸۲ ق.م). در تصرف حقوقی: ۱. «سهم خود» و ۲. «سهم دیگران» داشتیم اما در تصرف مادی، سهم خود و دیگری معنا ندارد. اگر مالی بین من و شما مشاع باشد هر نقطه ای از آن مال را دست بگذاریم سهم هر دوی ما است یعنی در عالم ماده مشخص نیست. در واقع، مال مشاع مالی است که در آن حالت اشاعه وجود داشته باشد یعنی از حیث قانونی، سهم شرکاء معلوم و معین است اما از حیث جغرافیا خیر و شرکاء در ذره ذره مال با یکدیگر شریکند بدین معنی است که هر ذره از ملک و جزء جزء آن متعلق به همه شرکاست، پس اگر هر شریک، بدون اذن، تصرف مادی بکند، ضامن است.

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

مواد ۵۸۴ و ۵۸۵ ق.م نکته خاصی ندارد و آنها را نمی خوانیم.

ماده ۵۸۶ راجع به «رجوع از عقد شرکت» است:

ماده ۵۸۶ - اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد، هر یک از شرکاء هر وقت بخواهد می تواند رجوع کند.

قاعده اول: می دانیم که شرکت، عقد جایز است؛ هرگاه در عقد جایز، مدت بگذاریم عقد جایز در آن مدت لازم نمی شود و عقد جایز همچنان جایز است. تنها فایده مدت این است که اگر مدت تمام بشود عقد به هم می خورد (ماده ۵۵۲ ق.م در باب مضاربه). مثلاً من به شما به مدت یک سال وکالت می دهم. این عقد وکالت همچنان جایز است و هر کدام می توانند آن را بر هم بزنند.

ماده ۵۵۲ - هرگاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد، تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی شود لیکن پس از انقضاء مدت مضارب نمی تواند معامله بکند مگر با اجازه جدید مالک.

قاعده دوم: اگر یک عقد جایزی داشته باشیم و بعدش عقد لازمی ببندیم و در عقد لازم برای عقد جایز مدت بگذاریم، عقد جایز لازم می شود چون که مدتش رفته توی عقد لازم (مفهوم مخالف ماده ۵۸۶ ق.م)

ماده ۵۸۶ - اگر برای [عقد] شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد هر یک از شرکاء هر وقت بخواهد می تواند رجوع کند.

مثال: من به شما بدون مدت و کالت می‌دهم، بعداً من و شما یک عقد لازم می‌بندیم مثل نکاح، ضمن عقد لازم (یعنی عقد نکاح) یاد اوون و کالت می‌افتم! و می‌گوییم: «وکالت قبلی یک سال باشد» چون این مدت یک سال (ضمن عقد لازم آمده و کالت ما می‌شود یک سال و در این یک سال هم حق بر هم زدن نداریم. پس اگر مدت عقد جایز توی خودش (یعنی توی عقد جایز) بیاید عقد را لازم نمی‌کند اما اگر مدت عقد جایز ضمن عقد لازم باشد، عقد جایز لازم می‌شود.

ماده ۵۸۷ راجع به «انحلال شرکت» است:

ماده ۵۸۷ - شرکت [اشاعه^{۱۱}] به یکی از طرق ذیل مرتفع می‌شود:

۱. در صورت تقسیم.

۲. در صورت تلف شدن تمام^{۱۲} مال شرکت.

«شرکت» در این ماده یعنی «اشاعه». می‌خواهد بگوید: مال تقسیم شود، اشاعه از بین می‌رود.

نکته: در ماده ۵۸۷ ق.م. و اژه «شرکت» می‌تواند به معنی عقد شرکت هم باشد. اینجوری می‌شه گفت: «تقسیم» و «تلف» ابتدا اشاعه را از بین می‌برند و سپس عقد شرکت را از بین می‌برند. اشاعه که از بین برود عقد شرکت هم از بین می‌رود و عقد شرکت دیگر «سالبه به انتفاء موضوع» می‌شود.

ماده ۵۸۸ درباره زوال اذن است؛ ماده ۵۸۸ می‌خواهد بگوید: در موارد ذیل عقد شرکت منحل می‌شود:

۱. مدت عقد تمام شود یا از آن رجوع شود.

۲. در صورت فوت و محجور شدن یک طرف.

شرکت، عقدی اذنی است؛ نتیجه اینکه اولاً جایز است و دوماً با فوت و حجر از بین می‌رود.

ماده ۵۸۸ - در موارد ذیل، شرکاء مأذون در تصرف اموال مشترکه نمی‌باشند:

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

^{۱۱} اشاعه در شرکت اصل است و اگر اصل برود، فرع (اداره) هم می‌رود.

^{۱۲} در صورتی که بخشی از مال مشاع تلف شود اشاعه منحل نمی‌شود، آنچه باقی می‌ماند به همه تعلق دارد. در بحث مضاربه نیز اگر تمام مال تلف می‌شد، مضاربه از بین می‌رفت.

۲. در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء [زیرا عقد شرکت از لحاظ اداره اذنی می‌باشد و عقود اذنی با فوت یا حجر از بین می‌روند].

توجه: فوت و حجر از موارد انحلال شرکت نیست ولی از موارد انحلال اداره است زیرا شرکت از لحاظ اشاعه عقد لازم است که با فوت و حجر از بین نمی‌رود ولی از لحاظ اداره، جایز اذنی است که با فوت و حجر می‌رود. ماده ۵۷۵: طبق این ماده هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در سود و زیان سهیم‌اند.

ماده ۵۷۵ - هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشد مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد.

مثال: من و شما یک ماشین داریم؛ سهم هر کدامان از ماشین سه دانگ است و آن را اجاره داده‌ایم. روشن است وقتی سهم نصف است، سود و زیان هم نصف است مگر اینکه مثلاً یکی از آنها با آن کار کند که می‌تواند آنکه کار می‌کند سود بیشتری ببرد. نکته ماده این است که اشکال ندارد شرط کنیم که یکی از شرکاء بدون عمل سود بیشتری ببرد. این شرط طبق ماده ۱۰ و ماده ۵۲۰ درست است. هر چند در ماده ۵۷۵ نیامده و گفته در مقابل عملی سود بیشتری ببریم.

ماده ۱۰ - قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

ماده ۵۲۰ - در مزارعه جایز است شرط شود که یکی از دو طرف علاوه بر حصه از حاصل مال دیگری نیز به طرف مقابل بدهد.

مثال: فرض کنید من و شما شریک هستیم؛ شما می‌گویید: «همینطوری الکی من ۸۰٪ و تو ۲۰٪! بی دلیل!» وقتی من بگویم اشکالی ندارد خب دیگه به بقیه و قانون ربطی ندارد! (البته اینکه یک شریک فقط برای اینه زورش بیشتره یا خوشگل تره بدون اینکه عملی انجام بده سهم بیشتری بتونه ببره نظر مرحوم کاتوزیانه و نظر مخالف هم هست).

ماده ۵۲۰ در عقد مزارعه است (یکی زمین می‌دهد که طرف دیگر زراعت کند و محصول را نصف کنند). در این ماده گفته می‌شود که یکی بدون عمل سهم بیشتری بگیرد ما می‌تونیم نتیجه بگیریم وقتی در مزارعه می‌شود در شرکت هم می‌شود.

مواد ۵۷۹ و ۵۸۰ با مواد ۶۶۹ و ۸۵۴ ارتباط دارد یعنی کارکرد این دو ماده فقط در شرکت نیست و همه جا به درد می‌خورد. فرض مسئله این است که چند نفر قرار است کاری را انجام دهند مثلاً چند تا وکیل، چند تا وصی، چند تا متولی، چند تا شریک یا چند تا قَیم و این از چهار حالت خارج نیست:

۱. اجتماع

۲. استقلال

۳. ترتیب

۴. اطلاق

۱. اجتماع: اجتماع یعنی آن چند نفر باید با هم انجام بدهند و اگر یکی از آنها موافق نباشد کار بقیه صحیح نیست؛ نه اینکه باطل باشد. صحیح نیست یعنی غیر نافذ است.

مثال: شما یک خانه دارید و می‌خواهید آن را بفروشید؛ سه تا وکیل می‌گیرید که خانه را بفروشند و می‌گویید: «به طور اجتماع». حال تصور کنید دو تا از آنها می‌فروشند. این معامله، غیر نافذ است و در این صورت، باید یا وکیل سوم تنفیذ کند یا موکل. وکیل سوم نمی‌تواند رد کند و فقط می‌تواند بگوید که موافق نیستم.

۲. استقلال: یعنی هر کدام به تنهایی می‌توانند آن کار را انجام بدهند در استقلال هر کس زودتر انجام داد کار تمام است و کار بعدی‌ها درست نیست (حسب مورد، کار بعدی‌ها می‌تواند باطل باشد یا غیر نافذ).

مثال: فرض کنید شما خانه‌ای دارید و سه تا وکیل گرفته‌اید تا خانه‌تان را بفروشند به استقلال. فرض کنید وکیل اولی خانه را به الف فروخت؛ در این حالت، کار تمام شد حال چنانچه وکیل دومی بفروشد مال الف را فروخته و این معامله، فضولی است.

مثال: خانمی سه تا وکیل می‌گیرد که خانم را به عقد یک نفر در بیاورند به طور استقلال. حال فرض کنید وکیل اول، خانم را به عقد یک نفر در آورد؛ در این حالت، کار تمام شد. وکیل دوم دیگر نمی‌تواند خانم را به عقد دیگری در آورد.

نکته ۱: اگر آن چند نفر هم‌زمان انجام بدهند همه باطل‌اند (اذا تعارضاً، تساقطاً).

نکته ۲: اگر در استقلال همگی معامله کنند و تاریخ‌ها مشخص نباشد باز هم همه باطل هستند مثل هم‌زمان بودن.

فرض بفرمایید شما سه تا وکیل گرفته‌اید خانه را بفروشد و هر سه هم می‌فروشند اما معلوم نیست چه کسی اول فروخته است.

نکته ۳: در استقلال اگر دو نفر باشند و هر دو معامله کنند و تاریخ یکی معلوم و تاریخ دیگری مجهول باشد، معامله معلوم درست است طبق اصل تأخر حادث (ماده ۸۷۴ ق.م) با اعمال اصل تأخر حادث می‌گوییم آن امری که تاریخ حدوث آن مجهول است بعد از آن دیگری که تاریخ آن معلوم است. پس اگر دو حادثه داشته باشیم و تاریخ یکی معلوم و دیگری مجهول، اصل تأخر حادث می‌گوید آنکه مجهول است را بینداز بعد از معلوم.

ماده ۸۷۴ - اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد.

۳. ترتیب: یعنی چند نفر به ترتیب سمت پیدا می‌کنند. تصور کنید شما سه تا وکیل می‌گیرید که خانه‌تان را بفروشند. می‌گویید اول الف بفروشد، اگر الف نبود بعد ب؛ ولی باید بگویید منظور از «الف نبود» یعنی چه؟ در ایران نبود یا در تهران نبود یا مریض نبود؟ اگر الف باشد بقیه سمتی ندارند و مانند فصول اند (ماده ۸۵۵ ق.م).

ماده ۸۵۵ - موصی می‌تواند چند نفر را به نحو ترتیب وصی معین کند به این طریق که اگر اولی فوت کرد دومی وصی باشد و اگر دومی فوت کرد سومی باشد و هکذا.

۴. اطلاق: اطلاق یعنی سکوت. اطلاق یعنی هیچ چیزی گفته نشد؛ نه گفته بشه اجماع، نه گفته استقلال و ...

مثال: شما سه تا وکیل گرفته‌اید که خانه‌تان را بفروشند. فقط همین را می‌گویید: «الف، ب و ج، خانه مرا بفروشید» در این صورت، اطلاق به اجتماع بر می‌گردد یعنی اصل بر اجتماع است و علتش هم اصل عدم زیاده است. چون در استقلال قدرت زیاد است یعنی هر کدام تمام قدرت را دارد اما در اجتماع هر کدام یک سوم قدرت را دارند (مواد ۶۶۹ ق.م در وکالت و ۸۵۴ ق.م در وصایت).

ماده ۶۶۹ - هر گاه برای انجام 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 هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد در این صورت هر کدام می‌تواند به تنهایی آن امر را بجا آورد.

ماده ۸۵۴ - موصی می‌تواند یک یا چند نفر وصی معین نماید. در صورت تعدد اوصیاء باید مجتمعاً عمل به وصیت کنند مگر در صورت تصریح به استقلال هر یک.

نکته: در حالت اجتماع (فقط حالت اجتماع) اگر چند تا وکیل باشند و یکی از آنها فوت کند وکالت بقیه هم منحل می‌شود (ماده ۶۷۰) البته ماده گفته «باطل می‌شود» در صورتی که باید می‌گفت «منفسخ می‌شود». ولی اگر چند تا متولی در حالت اجتماع باشند و یکی از آنها بمیرد تولیت بقیه از بین نمی‌رود و حاکم ضمّ امین می‌کند که کامل بشوند (ماده ۷۷ با ماده ۶۷۰ ارتباط دارد).

ماده ۷۷ - هرگاه واقف برای دو نفر یا بیشتر بطور استقلال تولیت قرار داده باشد هر یک از آنها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلاً تصرف می‌کنند و اگر به نحو اجتماع قرار داده باشد تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها حاکم، شخصی را ضمیمه آنکه باقیمانده است می‌نماید که مجتمعاً تصرف کنند.

ماده ۶۷۰ - در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می‌شود.

در وصایت اگر چند تا وصی باشند به طور اجتماع و یکی از آنها بمیرد، قانون ساکت است که حقوقدان‌ها گفته‌اند برو سراغ تولیت چون در وصایت وقتی یکی از اوصیاء می‌میرد دیگر موصی وجود ندارد که تصمیم بگیرد اما در وکالت موکل هست پس بهتر است که بقیه وجود داشته باشند و حاکم ضمّ امین کند (ماده ۶۱)

ماده ۶۱ - وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید یا با آنها شریک کند یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند.

تقسیم (مواد ۵۸۹ تا ۶۰۶)

تقسیم، عقد نیست بلکه تمیز حق است. تقسیم، لازم است ولی خود شرکت، جایز محسوب می‌شود (یعنی اگر مطلق از شما پرسیدند که شرکت، لازم است یا جایز، چون اذنی است می‌گویند جایز است).

نکته: عقد شرکت در قانون مدنی، مصداق بارز شرکت مدنی است. بین مدنی و تجاری بودن، اصل بر مدنی بودن شرکت است. وجه تمیز شرکت مدنی و تجاری در این است که در شرکت‌های تجاری، نوع فعالیتشان باید همان چیزی باشد که در ماده ۲ آمده است. در شرکت‌های مدنی اصولاً تشکیلات و تشریفات نیست و نیازی به اساسنامه هم ندارد اما شرکت‌های تجاری برای تشکیل و بقاء و انحلال تشریفات دارند.

نکته: شرکت تجاری دارای شخصیت حقوقی است ولی شرکت مدنی دارای شخصیت حقوقی نمی‌باشد؛ بنابراین شرکت مدنی تبدیل به یک مال (اسم) نمی‌شود.

نکته: شرکت مدنی می‌تواند هیأت مدیره نداشته باشد بنابراین اصولاً نحوه تصمیم‌گیری در آن اتفاق آراء است البته در دو استثناء، اکثریت ملاک است: ۱. ماده ۵۹۴؛ ۲. قانون تملک آپارتمان‌ها. طبق قانون تملک آپارتمان‌ها در اداره مال مشاعی باید اکثریت عمل شود و در اداره مال مشاع، استفاده از آن اشکالی ندارد به شرطی که در حد متعارف باشد یعنی می‌توان از پله‌های مشترک عبور کرد.

در حالی که در شرکت‌های تجاری اصولاً هیأت مدیره باید وجود داشته باشد و اصولاً بنای اکثریت ملاک است.

تفاوت تقسیم و فسخ:

۱. فسخ، ایقاع است اما تقسیم، عقد است و عقد لازم است.
 ۲. در بحث شرکت، از لحاظ اشاعه چون عقد لازم است، قانونگذار اجازه فسخ نمی‌دهد (مگر موارد استثنائی) البته اجازه رجوع می‌دهد اما این رجوع به معنای فسخ نیست.
- نکته: اگر شخصی کتابی را و شخص دیگری دفتری را به عنوان شراکت قرار دهند می‌توانند آن را تقسیم کنند اما نمی‌توان در بحث تقسیم بگوییم: من دفتر خودم را برمی‌دارم و تو هم کتاب خودت را که در این صورت، تقسیم نیست بلکه فسخ است.

تقسیم یا راجع به عین است یا منافع (مهایات):

۱. **تقسیم عین:** اصل بر این است که مال را می‌شود تقسیم کرد ولی یک سری ممنوعیت‌ها وجود دارد که نمی‌شود مال را تقسیم کرد (ماده ۵۸۹ قانون مدنی: «اصل: هر شریک‌المال می‌تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید [استثناء:] مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکاء به وجه ملزومی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند.»)

تقسیم یعنی تبدیل شدن مال مشاع به مال مفروز. تقسیم در واقع تمیز حق است (نه معامله خاص) یعنی حق هر شریک مشخص می‌شود که کجاست. در مال مشاع حق هر شریک همه‌جا هست و هیچ‌جا هم نیست. تو هر جا دست بگذاری مال تو هست و چون مال شریک هم هست مال تو نیست. تقسیم فقط هم تمیز حق صرف نیست و مبادله هم در آن صورت می‌گیرد (مبادله حق مشاع با حق مفروز). هر شریک حق مشاع خود را از دست می‌دهد و

حقّ مفروز به دست می‌آورد، این را تقسیم گویند. پس هم تمیز حق است و هم مبادله است. در تست اگر مجبور شدیم بین تمیز حق و مبادله یکی را بنزیم، تمیز حق را می‌زنیم ولی اگر در یک گزینه هر دو بود، هر دو را می‌زنیم.

انواع تقسیم:

۱. تقسیم به تراضی

۲. تقسیم به اجبار

۱. تقسیم به تراضی: یعنی شرکاء با هم توافق می‌کنند که تقسیم کنند (ماده ۵۹۱ و ۵۹۲ ق.م)

ماده ۵۹۱ - هرگاه تمام شرکاء به تقسیم مال مشترک راضی باشند تقسیم به نحوی که شرکاء تراضی نمایند به عمل می‌آید و در صورت عدم توافق بین شرکاء، حاکم اجبار به تقسیم می‌کند مشروط بر اینکه تقسیم مشتمل بر ضرر نباشد که در این صورت اجبار جایز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد.

ماده ۵۹۲ - هرگاه تقسیم برای بعضی از شرکاء مضر و برای بعض دیگر بی‌ضرر باشد 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.

تقسیم به تراضی در دو مورد ممنوع است یا امکان ندارد؛ به عبارت دیگر «تقسیم به تراضی» دو استثناء دارد:

مورد اول: جایی که مال از مالیت بیفتد (ماده ۵۹۵ ق.م) مثلاً یک فرش را حتی به تراضی نمی‌توان تقسیم کرد.

ماده ۵۹۵ - هرگاه تقسیم متضمن افتادن تمام مال مشترک یا حصه یک یا چند نفر از شرکاء از مالیت باشد تقسیم ممنوع است اگر چه شرکاء تراضی نمایند.

مورد دوم: جایی که بین شرکاء، غایب یا محجور باشد که در این مورد هم تقسیم به تراضی ممکن نیست، حتی با نماینده‌های غایب و محجور نمی‌توان تراضی کرد بلکه تقسیم باید در دادگاه با حضور نماینده غایب یا محجور صورت بگیرد (مواد ۳۱۳ و ۳۲۶ قانون امور حسبی).

۲. تقسیم به اجبار:

اگر شرکاء تراضی نکنند یکی از آن‌ها می‌تواند به دادگاه برود و تقاضای تقسیم بکند (ماده ۵۸۹ ق.م) در صورت عدم توافق بین شرکاء، حاکم، اجبار به تقسیم می‌کند مشروط بر اینکه تقسیم، ضرری نباشد.

استثنائاتِ اصل بر امکانِ تقسیم:

۱. التزام قراردادی به بقای شرکت: ماده ۵۸۹ می‌گه «شرکاء به وجه ملزمی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند»

یعنی اصل بر امکان تقسیم است مگر اینکه ضمن عقد لازم ملتزم شده باشیم که تقسیم نکنیم.

۲. تقسیم موجب ضرر: هر گاه تقسیم برای بعضی از شرکاء مضر، برای بعضی بی‌ضرر باشد در صورتی که تقاضا از طرف متضرر باشد طرف دیگر اجبار می‌شود؛ اگر بر عکس، تقاضا از طرف غیرمتضرر شود، شریک متضرر اجبار به تقسیم نمی‌شود.

۳. تقسیم موجب تلف: اگر تقسیم متضمن افتادن تمام مال مشترک یا حصه یک یا چند نفر از شرکاء از مالیت باشد تقسیم، ممنوع است، اگر چه شرکاء راضی باشند.

۴. تقسیم موقوف علیهم: در مدنی دو (ماده ۵۹۷) خوانده شده که: تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست زیرا موقوف علیهم، مالک مال وقفی نیستند و فقط حق انتفاع دارند. موقوف علیهم می‌توانند منافع را تقسیم کنند؛ بنابراین موقوف علیهم نمی‌توانند عین مال وقفی را تقسیم کنند ولی منافع آن را می‌توانند.

ماده ۵۸۹ - هر شریک‌المال می‌تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکاء به وجه ملزمی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند.

نکته: شریکی که می‌خواهد تقاضای تقسیم بکند باید دعوا را به طرفیت تمام شرکاء اقامه کند؛ این حالت، بیشتر در مورد اموال ورثه‌ای اتفاق می‌افتد. مثلاً وراثت ۶ نفر هستند و بین آنها اختلاف می‌شود و به دو گروه مخالف تقسیم و موافق آن تقسیم می‌شوند. یکی از موافقین تقسیم می‌رود و دادخواست را علیه آنهایی می‌دهد که با او مخالف هستند در حالی که باید علیه همه وراثت دادخواست بدهد.

نکته: اگر شرکاء بیش از دو نفر باشند دادگاه می‌تواند سهم بعضی‌ها را جدا کند و سهم بقیه را بگذارد باشد. فرض کنید شرکاء پنج نفر هستند و یک نفر با بقیه دعوا دارد و آن یک نفر می‌رود دادگاه و تقاضای تقسیم می‌کند. دادگاه سهم او را جدا می‌کند و بقیه زمین در حالت اشاعه بین بقیه (چهار نفر) باقی می‌ماند (ماده ۵۹۰ ق.م)

ماده ۵۹۰ - در صورتی که شرکاء 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.

نکته: شریکی که تقاضای تقسیم می‌کند ممکن است از تقسیم ضرر کند یا ممکن است خودش ضرر نکند بلکه دیگران متضرر بشوند. حال اگر متضرر برود و تقاضای تقسیم بکند دادگاه بقیه را مجبور می‌کند ولی اگر غیرمتضرر تقاضای تقسیم بکند دادگاه متضرر را اجبار نمی‌کند (ماده ۵۹۲ را در بالا خواندیم). ضرر این است که اگر مال تقسیم بشود سهم یکی از شرکاء و یا بعضی از آنها افت قیمت پیدا می‌کند (ماده ۵۹۳ ق.م).

ماده ۵۹۳ - ضرری که مانع از تقسیم می‌شود عبارت است از نقصان فاحش قیمت به مقداری که عادتاً قابل مسامحه نباشد.

مثلاً یک زمین ۱۰۰۰ متری وجود دارد که اگر این زمین را یکجا کلاً بفروشیم متری ۱۰ میلیون می‌خرند. حال فرض کنید یکی از شرکاء سهمش یک صدم است که می‌شود ده متر و نمی‌توان با آن کاری کرد. اگر زمین را کلاً بفروشند صد میلیون گیر او می‌آید حال اگر ده متر را جدا کنند متری ۱ میلیون از او می‌خرند و خونه پُرش ده میلیون گیر او می‌آید. اگر خود متضرر تقاضای تقسیم کند که بقیه اجبار می‌شوند اما اگر کسی غیر از متضرر تقاضای تقسیم بکند دادگاه متضرر را اجبار نمی‌کند.

نکته: اگر اموال مشترک زیاد باشد فقط ممکن است بعضی‌ها به اجبار تقسیم بشود. مثلاً وراثت زمین دارند، باغ دارند، ماشین دارند و یکی از شرکاء، تقسیم زمین را می‌خواهد و در این صورت دادگاه نمی‌تواند باغ و ماشین را هم تقسیم کند (ماده ۵۹۶ ق.م).

ماده ۵۹۶ - در صورتی که اموال مشترک، متعدد باشد، قسمت اجباری در بعضی از آنها ملازم با تقسیم باقی اموال نیست.

ماده ۵۹۷ - تقسیم ملک از وقف جایز است ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست.

نکته: ماده ۵۹۷ ق.م گفته تقسیم ملک از وقف اشکال ندارد و می‌شود. یک زمین است که سه دانگ آن ملک است و سه دانگ آن وقف است که می‌توان تقسیم کرد ولی تقسیم مال موقوف بین موقوف علیهم نمی‌شود چون آنها مالک نیستند که بخواهند تقسیم کنند؛ موقوف علیهم حق انتفاع دارند و نه حق مالکیت.

ترتیب تقسیم:

ماده ۵۹۸ - ترتیب تقسیم آن است که اگر مال مشترک مثلی باشد به نسبت سهام شرکاء افزای می‌شود و اگر قیمی باشد بر حسب قیمت تعدیل می‌شود و بعد از افزای یا تعدیل در صورت عدم تراضی بین شرکاء حصص آنها به

قرعه معین می گردد.

ماده ۵۹۸ - دو نوع تقسیم داریم:

۱. تقسیم به اجبار: که توسط دادگاه صورت می گیرد و چهار راه دارد که این چهار راه در طول یکدیگرند یعنی دادگاه اول باید برود سراغ راه اول، بعد دوم، بعد سوم و بعد هم چهارم:

راه اول «افراز»: افراز قانون مدنی با افراز قانون ثبت فرق دارد. افراز در معنای خاص یعنی در نظر گرفتن حصه معین برای شریک از هر نوع اموال که فقط در مال مشاع تجزیه پذیر ممکن است. افراز جایی است که مال مشاع، تجزیه پذیر باشد در نتیجه به همه شرکاء می رسد و مال مشاع را هم لازم نیست قیمت کنید؛ به عبارت دیگر نیازی به «تقویم» یا «قیمت گذاری» نیست. اگر مال مشترک، مثلی باشد افراز می شود اگر قیمی باشد بر اساس قیمت تعدیل می شود و بعد از افراز یا تعدیل در صورت عدم تراضی بین شرکاء، حصه به قرعه معین می شود.

مثال: ۱۰۰ کیلو برنج هست که بین دو نفر می خواهیم تقسیم کنیم، ساده است: ۵۰ کیلو برای یکی و ۵۰ کیلو برای دیگری که فقط از راه افراز می شود.

راه دوم «تعدیل»: تقسیم به تعدیل زمانی است که مال مشاع اجزای برابری ندارد ولی می توان سهم شرکاء را چنان معین کرد که از نظر بها برابر باشد. تعدیل جایی است که افراز ممکن نیست، یعنی جایی که مال، تجزیه پذیر نیست سراغ تعدیل می رویم، چون افراز و تعدیل در طول همدیگر هستند. در تعدیل اول مال را قیمت می کنیم و بعد بر حسب قیمت تقسیم می کنیم. این را تعدیل گویند، در این شیوه ممکن است به بعضی از شرکاء، بعضی از اموال نرسد.

مثال: فرض کنید یک سری مال هست که وراثت است: یک تلویزیون است یک فرش است و یک یخچال هست که مسلماً اینها افراز نمی شود، چون هیچکدام تجزیه پذیر نیستند، اول این اموال را توسط کارشناس قیمت گذاری می کنیم. تلویزیون ۶ میلیون، فرش ۴ میلیون و یخچال ۱۰ میلیون که می توان دو تا ۱۰ میلیون در آورد: تلویزیون و فرش ۱۰ میلیون و یخچال هم ۱۰ میلیون. دادگاه می گوید یکی یخچال را بردارد و یکی فرش و تلویزیون را و اگر توافق نکردند که کدام یخچال را بردارد و کدام فرش و تلویزیون را دادگاه قرعه می زند (القرعه لكل امر مشکل)، در قانون مدنی همانگونه که از ماده ۵۹۸ مشخص است، فقط «افراز» و «تعدیل» یعنی دو راه اول آمده است.

راه سوم «رد» یا «تقسیم به رد»: در قانون مدنی نیامده بلکه در قانون امور حسب آمده است. اگر تقسیم سهام به دلیل

عدم هماهنگی قیمت‌ها ممکن نباشد دادگاه ناچار است برخی از شرکاء را ملزم سازد تا در برابر سهم زیادتری که دریافت می‌کنند پول یا مالی را به سایر شرکاء بدهند. رد جایی است که تعدیل هم نمی‌شود یعنی نه افراز می‌شود و نه تعدیل. رد این است که به یکی کم می‌دهیم و به دیگری زیاد می‌دهیم و آنکه زیاد بُرده مابه‌التفاوت را به آنکه کم برده می‌دهد.

مثال: فرض کنید که یک ماشین و یک فرش وجود دارد که افراز نمی‌شود. می‌دانیم تا دیدیم مالی افراز نمی‌شود باید توسط کارشناس قیمت‌گذاری کنیم. ماشین ۵۰ میلیون و فرش هم ۴ میلیون و تعدیل هم نمی‌شوند. چون دو تا ۵۰ میلیون (دو تا اندازه مساوی) در نمی‌آید. ماشین را به یکی می‌دهیم و فرش را به دیگری. در اینجا کسی که ماشین را برده ۴۶ میلیون تومان به دیگری می‌دهد چون ۵۰ میلیون و ۴ میلیون می‌شود ۵۴ میلیون که تقسیم بر دو می‌شود ۲۷ میلیون. اگر هر دو بگویند ماشین را می‌خواهیم، قرعه می‌زنیم. حال اگر هیچکدام حاضر نبودند ماشین را بردارند و ۴۶ میلیون تومان را بدهند می‌رویم سراغ راه چهارم یعنی فروش که ماشین و فرش را می‌فروشند و پول را بین آنها تقسیم می‌کنند. اگر مال مشاع فقط یک ماشین بود آیا رد امکان دارد؟ بله، یک ماشین است و افراز نمی‌شود و تعدیل هم نمی‌شود حال آن را قیمت می‌کنیم ۵۰ میلیون تومان یکی می‌گوید من ماشین را می‌گیرم و ۲۵ میلیون به دیگری می‌دهم و اگر باز هم هیچکدام نخواهند ماشین را بردارند و ۲۵ میلیون تومان را بدهند می‌رویم سراغ فروش ولی اگر هر دو حاضر شدند ماشین را بردارند و ۲۵ میلیون بدهند می‌رویم سراغ قرعه. افراز و تعدیل ماده ۵۹۸، رد و فروش در قانون مدنی نیامده اما در مواد ۳۱۶ و ۳۱۷ قانون امور حسبی آمده است.

راه چهارم «تقسیم به فروش»: اگر هیچ یک از روش‌های فوق ممکن نباشد مال، فروخته می‌شود و حاصل فروش به نسبت سهم شرکاء بین آنها تقسیم می‌شود.

نکته: تقسیم بعد از آنکه صحیحاً واقع شد لازم است.

نکته: هر تقسیمی با رضای شرکاء (تمامشان) قابل رجوع است.

نکته: اگر تقسیم به حکم دادگاه صورت گرفته باشد با تراضی (تمامشان) به هم نمی‌خورد چون حکم دادگاه، اعتبار امر مختومه دارد.

ماده ۵۹۸ - ترتیب تقسیم آن است که اگر مال مشترک مثلی باشد به نسبت سهام شرکاء افراز می‌شود و اگر قیمی باشد بر حسب قیمت تعدیل می‌شود و بعد از افراز یا تعدیل در صورت عدم تراضی بین شرکاء حصص آنها به قرعه معین می‌گردد.

در ماده ۵۹۸ ملاک در افراز، «تجزیه پذیر بودن» است، نه «مثلی بودن». مثلی در این ماده یعنی تجزیه پذیر. مثلی یعنی مالی که ارزش اجزای آن با هم برابر باشد مثل گندم و «قیمی» آن است که اجزای آن نابرابر باشد مثل زمین.

۲. تقسیم منافع (مهایات): تقسیم منافع یا مهیایات، عقد لازم است تنها در اموالی ممکن است که با انتفاع از بین نمی رود؛ پس تقسیم منافع در اموال مصرفی راه ندارد. تقسیم مهیایات موجب از بین رفتن شرکت در مال مشترک نمی شود یعنی توو عین شریک باشند و منافع را تقسیم کنند.

نکته: با افراز مال مشاعی، مهیایات منفسخ می شود.

انواع مهیایات:

مهیایات بر اساس مکان: در یک باغ شریکیم؛ یک قسمت را من استفاده می کنم و یک قسمت را الف.

مهیایات بر اساس زمان: مثلاً من یک خودرو دارم که در آن با آقای الف شریک از منافعش می خواهیم استفاده کنیم؛ می گیم یکی، روزی زوج استفاده بکنه و یکی، روزی فرد.

فرق تفکیک و افراز:

۱. افراز ممکن است در مال منقول هم باشد در حالی که تفکیک مختص مال غیر منقول است.
۲. هر کجا از افراز صحبت می کنیم، حداقل بیش از یک مالک وجود دارد و مشاع است ولی وقتی از تفکیک صحبت می کنیم الزاماً اینگونه نیست یعنی اگر شخص، تنها مالک هم باشد باز بایستی عمل تفکیک انجام شود.
۳. افراز را دفترخانه انجام می دهیم یا حتی می تواند به تراضی انجام دهند اما تفکیک را اداره ثبت انجام می دهند.
۴. با افراز، عمل تقسیم انجام می شود و دیگر اشاعه ای وجود نخواهد داشت و مال، تبدیل به مال مفروز می شود ولی با تفکیک، اشاعه از بین نمی رود.

نکته: افراز یعنی حصه ها را چنان از هم جدا کنیم که نه نیاز به قیمت گذاری داشته باشد و نه نیاز به کارشناس (پس اصولاً افراز در اموال مثلی است).

نکته: حکمی که دادگاه در افراز می دهد جنبه تأسیسی دارد (مثل طلاق).

نکته: تقسیم به تعدیل اینگونه است که مثلاً من و الف، مالکِ مشاع هستیم در دو ماشینِ رنو و یک پژو و حال می‌خواهیم اموالمان را تقسیم کنیم، قیمت‌گذاری می‌کنیم می‌گوییم دو رنو قیمتش ۱۰۰ میلیون است و پژو هم ۱۰۰ میلیون و توافق می‌کنیم (اگر توافق صورت نگیرد با قرعه تعیین می‌شود) که دو رنو را الف بردارد و پژو را من.

نکته: تقسیم به رد اینگونه است که «رد» در اینجا به معنای باطل کردن نمی‌باشد مثلاً زمانی که دو رنو ۸۰ میلیون قیمت‌گذاری می‌شود و پژو ۱۰۰ میلیون، تعدیل امکان‌پذیر نیست، در این حالت، کسی که ۱۰۰ میلیونی را برمی‌دارد باید ده میلیون به دیگری بدهد به این حالت «تقسیم به رد» می‌گویند.

نکته: تقسیم به فروش اینگونه است که اگر مالِ مشاعی به هیچ یک از وجوه فوق قابل تقسیم نبود آن را می‌فروشند مثلاً من و شما در یک مال شریکیم.

نکته: تقسیم منافع عین را مهایات نامیدیم؛ حال سؤال این است که آیا منافع سرقفلی را که حق است می‌توان تقسیم کرد؟ به اعتقاد برخی امکان‌پذیر است (نظر مخالف وجود دارد).

نکته: طلب مشاعی را می‌توان تقسیم کرد بنابراین می‌توانیم نسبت به سهم خود مدیون را بری کنیم بنابراین می‌توانم نسبت به سهم خود حوال بدهم.

«امانت»

«عقد ودیعه و عقد عاریه»

مواد ۶۰۷ تا ۶۴۷

مواد ۶۰۷ تا ۶۴۷ قانون مدنی مربوط به عقود «ودیعه» (مواد ۶۰۷ تا ۶۳۴ قانون مدنی) و «عاریه» (مواد ۶۳۵ تا ۶۴۷ قانون مدنی) است؛ اما ما تمام نکات مربوط به این دو عقد را ذیل عنوان «امانت» خواهیم گفت. امانت دو نوع تقسیم بندی دارد:

تقسیم بندی اول امانت:

۱. **امانت مالکانه (قراردادی):** امانت مالکانه یا قراردادی، این است که مالک خودش مالش را به امین می‌دهد یعنی اراده مالک موجود است (در این نوع امانت، شخصی مالی را به اختیار و اذن مالک در اختیار می‌گیرد و

رابطه وی با مالک، تابع قرارداد و اذن است). تمام عقودی که در آنها به نوعی امانت هست، نوع امانت، مالکانه است. عقود از نظر امانی بودن دو دسته‌اند یک سری عقود در آنها امانت هست که به آنها عقود امانی گفته می‌شود مانند اجاره، ودیعه، رهن، مضاربه و مزارعه؛ یک سری عقود داریم که امانت در آنها نیست و به آنها عقود غیرامانی گویند مانند بیع، معاوضه، قرض و هبه. آن عقودی که در آنها امانت هست امانت، مالکانه است چون اراده مالک در این قسم وجود دارد.

۲. امانت قانونی (شرعی): امانت قانونی یا شرعی در جایی است که به نوعی اراده مالک نیست و یک نفر به حکم قانون امین شده مثل ولی، قیم و یا کسی که مالی را پیدا می‌کند (این نوع امانت ریشه در قرارداد ندارد و متصرف به اذن و رضای مالک، مال را تصرف نکرده است). پس تفاوت عمده امانت مالکانه و امانت شرعی این است که در «امانت مالکانه (قراردادی)» اراده مالک هست اما در «امانت شرعی (قانونی)» اراده مالک وجود ندارد. در «امانت مالکانه» مالک باید برود سراغ امین و مالش را بگیرد چون به جورایی خود مالک، مال را داده است. مثلاً در اجاره، مؤجر سراغ مستأجر می‌رود چون امانت مالکانه است، پس مالک باید سراغ امین برود و مالش را بگیرد و اگر نرود انگار که رضایت داده که مال، دست طرف که همانا به گونه‌ای امین است بماند اما در «امانت قانونی» بر عکس است یعنی امین باید بیاید مال را به مالک بدهد و اگر نیاید تقصیر کرده است.

پس تفاوت مالکانه و شرعی در این است که در امانت مالکانه، امین زمانی متعهد به بازگرداندن مال است که مالک، آن را مطالبه کند اما در امانت شرعی، امین باید بلافاصله آن را به مالک رد کند، چه مالک آن را مطالبه و چه نکند.

نکته: در «امانت مالکانه» تصریح قانون لازم نیست یعنی لازم نیست قانون تأکید کند: «فلانی؛ تو امین هستی!» و همین که اراده مالک باشد طرف مقابلش امین می‌شود (یعنی اراده مالک کافی است). قانونگذار، اکثر موارد امانت مالکانه را گفته ولی بعضی موارد هم نگفته است (مثل استیفاء از مال دیگری). در استیفاء، اراده مالک هست یعنی در استیفاء، مالک می‌گوید: «تو از مال من استفاده کن و بعداً اجرت‌المثل آن را بده» که در اینجا باید بگوییم استفاده‌کننده، امین است چون اراده مالک وجود دارد ولی قانون این موضوع را که استفاده‌کننده امین است را تصریح نکرده است.

تقسیم‌بندی دوم امانت:

امانت در این تقسیم‌بندی به امانت به معنای خاص و امانت به معنای عام تقسیم می‌شود:

امانت به معنای خاص: در این حالت، نیابت، جنبه فرعی و تبعی ندارد، یعنی جنبه اصلی دارد، اعطای نیابت در حفظ مال، جوهر عقد و اساس عقد است (مثل ودیعه). امانت به معنای عام: در این حالت، نیابت برای نگهداری مال، جنبه فرعی دارد مثل عاریه که شخص، مال خود را به دیگری می‌دهد تا از آن استفاده کند و در کنار این استفاده باید از آن حفاظت کند پس جنبه فرعی دارد و امانت به معنای عام است. پس:

۱. امانت اولی (امانت اولاً و بالذات) (امانت به معنای خاص)

۲. امانت ثانوی (امانت ثانیاً و بالعرض) (امانت به معنای عام)

جوهر یا ذات امانت «حفظ مال» است، هر وقت می‌گویم فردی امین است یعنی باید مال را حفظ کند. بعضی وقت‌ها امین مال را می‌گیرد که فقط و فقط آن را حفظ کند و کاری دیگر نباید بکند که این را امانت اولاً و بالذات گویند. مثل عقد ودیعه (ماده ۶۰۷ قانون مدنی) عقد ودیعه به این صورت است که یک نفر مالش را به دیگری می‌دهد که مجانی نگه دارد و بعد هم پس بدهد؛ مثلاً شما به مسافرت می‌روید و اموال قیمتی‌تان را به همسایه می‌دهید که برای شما نگه دارد.

ماده ۶۰۷: ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد. ودیعه‌گذار، مودع و ودیعه‌گیر را مستودع یا امین می‌گویند.

بعضی وقت‌ها امین مال را می‌گیرد اما نه برای حفظ آن بلکه برای یک کار دیگر ولی باید در کنار استفاده حفظ هم بکند که این را امانت ثانیاً و بالعرض گویند. مثل اجاره که مستأجر مال را می‌گیرد که استفاده کند ولی در درجه دوم حفظ هم باید کند. هر گاه حفظ در درجه اول بود امانت اولاً یا بالذات است و هر گاه حفظ در درجه دوم بود امانت ثانیاً یا بالعرض است. بجز ودیعه که امانت بالذات است، در سایر عقود امانی، امانت ثانیاً و بالعرض است.

مسئولیت امین:

امین مسئول نیست مگر اینکه تقصیر کند، چون تعهدش «تعهد به وسیله» است. تقصیر، یا تعدی است یا تفریط است و از این دو حال خارج نیست. اگر تقصیر، فعل باشد تعدی می‌شود و اگر ترک فعل باشد تفریط می‌شود.

ماده ۹۵۱: تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری.

ماده ۹۵۲: تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.

ماده ۹۵۳: تقصیر اعم است از تفریط و تعدی.

مثلاً مالک ماشین، خودروی خود را به دیگری می‌دهد که استفاده کند و تأکید می‌کند: «با ماشین من ۱۰۰ تا سرعت بیشتر نرو!»، بعد، فرضاً بیشتر از این سرعت می‌رود که این حالت، مصداق تقصیر می‌شود. قابل ذکر است که تقصیر، یا عمدی است یا غیر عمد. مثلاً با خودروی من عمداً ۱۱۰ تا رفته که این می‌شود: «تقصیر عمدی»، یا برای مثال با هنگام رانندگی با موبایل صحبت می‌کرده حواسش پرت شده و ۱۱۰ تا سرعت رفته که این می‌شود: «تقصیر غیر عمدی». در مسئولیت‌آمین فرقی ندارد که تقصیر، عمدی باشد یا غیر عمدی.

حال اگر آیین تقصیر کند، سه حالت پیش می‌آید:

حالت اول: چنانچه تقصیر آیین موجب خسارت شود، یعنی بین «تقصیر» و «خسارت» رابطه سببیت یا علّیت وجود داشته باشد آیین مسئول است چون تقصیر باعث خسارت شده است اما باید دانست همیشه تقصیر باعث خسارت نیست. مثلاً فردی گلدانی را به امانت گرفته و به آن گیاه آب نمی‌دهد تا تلف شود (تفریط)؛ در اینجا تقصیر باعث خسارت شده و آیین مسئول است.

حالت دوم: آیین تقصیر می‌کند و تقصیر، باعث خسارت نمی‌شود؛ اما در دوران تقصیر، قوه قاهره حادث می‌شود و باعث خسارت می‌شود که باز هم آیین مسئول است چون در دوران تقصیر، یدش ضمانی شده است. در واقع در ابتدا آیین یدش امانی است که در دوران تقصیر ضمانی می‌شود و وی مانند غاصب می‌شود و اگر تقصیر هم باعث خسارت نشود چون ید آیین ضمانی شده، مسئول است.

مثال: فردی گلدانی را به امانت گرفته و دو ماه به آن گیاه آب نمی‌دهد. فرض کنید گیاه با دو ماه آب نخوردن پژمرده نمی‌شود، اما در بازه زمانی این دو ماه، زلزله می‌آید و به سبب زلزله گلدان می‌افتد و گیاه تلف می‌شود که در این فرض، آیین مسئول است.

حالت سوم: آیین تقصیر می‌کند در دوران تقصیر هیچ اتفاقی نمی‌افتد و بعد دست از تقصیر می‌کشد و دوباره مثل آیین رفتار می‌کند و سپس قوه قاهره می‌آید؛ در این صورت آیین مسئول نیست چون با تقصیر یدش ضمانی می‌شود و اگر دست از تقصیر بکشد دوباره یدش امانی می‌شود.

مثال: به گیاه دو ماه آب نمی‌دهد و متعاقباً دوباره آب می‌دهد. چهار ماه بعد زلزله می‌آید و گیاه تلف می‌شود که

در این صورت امین مسئول نیست.

دو نکته راجع به امین مسئول:

نکته: می‌توان بر امین شرط ضمان کرد یعنی می‌توان شرط کرد که امین حتی بدون تقصیر ضامن باشد. مثلاً می‌توان گفت: «ای امین! حتی اگر تقصیر نکنی هم ضامنی»، در این صورت، امین هم می‌تواند قبول کند. قانون مدنی در عاریه، شرط ضمان را پذیرفته است (ماده ۶۴۲ قانون مدنی).

ماده ۶۴۲ قانون مدنی: اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود اگر چه مربوط به عمل او نباشد.

این عاریه را «عاریه مضمونه» گویند، یعنی عاریه‌ای که در آن شرط ضمان شده؛ مرحوم کاتوزیان، بر خلاف مشهور حقوقدانان، معتقد بودند که این حکم فقط مختص عاریه نیست و در تمام عقود امانی می‌شود شرط ضمان کرد. گذشته از عاریه مضمونه یک مدل عاریه داریم که بدون شرط هم ید، ضمانی است: و آن عاریه طلا و نقره (ماده ۶۴۴ قانون مدنی) است. عاریه طلا و نقره هم مضمونه است ولی بدون شرط؛ یعنی عاریه گیرنده ضامن است؛ خواه شرط ضمان کرده باشند یا نکرده باشد. ماده ۶۴۴ قانون مدنی، قانون تکمیلی است و می‌توان بر خلاف آن شرط کرد یعنی می‌توانیم شرط کنیم که ید مستعیر، امانی باشد.

ماده ۶۴۴ قانون مدنی: در عاریه طلا و نقره اعم از مسکوک و غیر مسکوک مستعیر، ضامن است هر چند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد. (مسکوک: به صورت «سکه زده شده»)

قانون مدنی در یک مورد شرط ضمان را پذیرفته و آن هم در مضاربه است (ماده ۵۵۸)

ماده ۵۵۸ قانون مدنی: اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.

نکته: بر عکس نکته فوق، می‌توان شرط کرد که اگر امین تقصیر هم کرد ضامن نباشد که یک نوع شرط عدم مسئولیت است، البته به شرط اینکه تقصیر عمدی، خسارات بدنی و لطمه به حیثیت و شرافت نباشد.

مقایسه ودیعه و عاریه:

۱. هر دو عقد اذنی هستند اما فرق آنها این است که در ودیعه، ودیعه‌گذار (مودع) برای نگهداری اذن می‌دهد (ماده ۶۰۷) و در عاریه، عاریه‌دهنده (معیر) برای انتفاع اذن می‌دهد (ماده ۶۳۵)

ماده ۶۰۷ قانون مدنی: ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد. ودیعه‌گذار مودع و ودیعه‌گیر را مستودع یا امین می‌گویند.

ماده ۶۳۵ قانون مدنی: عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه‌دهنده را مُعیر و عاریه‌گیرنده را مُستعیر گویند.

۲. هر دو عقد امانی هستند.

۳. هر دو عقد مجانی هستند.^{۱۳}

۴. هر دو عقد جایز هستند.

۵. هر دو با فوت و حجر به هم می‌خورند.

۶. با اینکه هر دو مجانی هستند و به سود یک طرف هستند اما اهلیت، برای هر دو طرف شرط است؛ به عبارت دیگر هر دو طرف این دو عقد حتی آن طرفی هم که به سودش است باید اهلیت کامل داشته باشند. صغیر ممیز یا سفیه از آنجا که با امین قرار گرفتن در عقد عاریه موظف به حفاظت از مال مورد عاریه هستند و در برابر مالک مسؤول هستند نمی‌توانند بدون اذن ولی، عقد عاریه را منعقد کنند. عه!! مگه نمی‌گفتیم صغیر ممیز و سفیه اگر عقدی صرفاً نافع بود را می‌توانند منعقد کنند؟ الان هم نافع است چرا که اگر من ماشینم را بدهم به صغیر ممیز یا سفیه که از آن مجاناً منتفع شود، نافع به حال اوست اما در اینجا چون صغیر ممیز یا سفیه ممکنه تعدی یا تفریط کند و مال را تلف کند در نتیجه صرفاً نافع نیست و ممکن است مُضِرّ به حال او نیز باشد. پس انعقاد عقد عاریه توسط صغیر ممیز یا سفیه غیرنافذ است.

۷. هر دو عقد رضایی هستند، با ایجاب و قبول واقع می‌شوند و نیازی به قبض ندارند.^{۱۴}

۸. در ودیعه نوع مال مهم نیست مصرف‌شدنی باشد یا مصرف‌نشدنی اما در عاریه مال باید مصرف‌نشدنی

^{۱۳} عقد عاریه غیرمعوّض است اما می‌توان در آن شرطِ عوّض کرد؛ اگر اشاره‌ای به عوّض در عقد عاریه نشده باشد مُعیر نمی‌تواند به عنوان استیفاء از مستعیر پولی بخواهد زیرا مبنای عاریه تبرّع و احسان است.

اگر انتفاع از مالی در برابر (در مقابل) عوّض گذارده می‌شود نه به صورت شرط، تابع عقد عاریه نبوده و می‌تواند تابع اجاره یا یکی از عقود مربوط به ایجاد حق انتفاع باشد، بنابراین: ۱. اگر در عاریه، شرط عوّض شود به آن عقد عاریه با شرط عوّض می‌گویند؛ ۲. اگر مقابل عاریه شرط عوّض گذارده شود، عاریه تبدیل به حق انتفاع یا اجاره می‌شود.

^{۱۴} عقد ودیعه برای تحقق نیاز به قبض ندارد اما تعهدات مستودع از زمان سپردن و قبض مال شروع می‌شود بنابراین قبض در ودیعه شرط تحقق نیست اما یک اثر دارد و اثر آن این است که تعهدات مستودع شروع می‌شود.

باشد که با استفاده از بین نرود. (ماده ۶۳۷ قانون مدنی)

۹. این دو در مسئولیت با هم تفاوت دارند زیرا در عاریه، یدِ اَمین اصولاً امانی است زیرا در عاریه طلا و

نقره، ید، ضمانی است اما در ودیعه، همیشه ید، امانی است.

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

أخذ بالسوم:

أخذ بالسوم این است که یک نفر مالی را می گیرد که معاینه کند، و این شخص می گوید اگر خوب باشد می خرم و اگر بد بود نمی خرم. کسی که مال را گرفته أخذ بالسوم گویند. و به مالی که گرفته، مأخوذ بالسوم گویند. حال سؤالی که پیش می آید این است که یدِ أخذ بالسوم امانی است یا نه؟ عده ای می گویند امانی است چون إذن مالک هست و یک عده هم می گویند یدش ضمانی است چون اصل، ید ضمانی است؛ ولی نظر درست، نظر سوم است. مرحوم کاتوزیان گفته نه یدش امانی است و نه ضمانی و گفته أخذ بالسوم تعهدش «تعهد به نتیجه» است یا باید مال را پس بدهد یا بخرد و برود. حال اگر در «تعهد به نتیجه» خسارت بزند مسئول است مگر اینکه قوه قاهره را ثابت کند. پس اگر مال از دست أخذ بالسوم بیافتد و تلف شود مسئول است چون یدش امانی نیست ولی می تواند قوه قاهره را هم ثابت کند، اگر یدش ضمانی بود نمی توانست قوه قاهره را ثابت کند.

پس بنابراین، نظر سوم این است که تعهد أخذ بالسوم «تعهد به نتیجه» است یعنی مسئول است مگر اینکه قوه قاهره را ثابت کند که این نظر با «ید امانی» فرق دارد چون در ید امانی «تعهد به وسیله» است.

همچنین این نظر با «ید ضمانی» هم فرق دارد چون در ید ضمانی نمی توان قوه قاهره را ثابت کرد اما در «تعهد به نتیجه» می شود قوه قاهره را ثابت کرد.

نکته ای راجع به ذکر مدت در عقد ودیعه: قبلاً فرمول را گفتیم: در تمام عقود جایز چنانچه مدت ذکر بشود تبدیل به عقد لازم نمی شود. ذکر مدت در عقد ودیعه، حق فسخ ودیعه را زائل نمی کند مگر در موردی که معلوم شود قصد طرفین التزام به ودیعه تا پایان مدت بوده. ذکر مدت در ودیعه سبب می شود که در پایان مدت، بدون اعلام اراده خود به خود منفسخ بشود و با رسیدن آن موعد، مستودع، اَمین شرعی است؛ یدِ اَمین در ودیعه، قراردادی است ولی اگر موعد بگذارد و تمام شود ید می شود امانی و از نوع شرعی و باید در اولین فرصت، مال را به مالک رد کند و نمی تواند به انتظار مطالبه مالک بماند.

یادآوری: در عقد جایز، شرط فاسخ راه داشت و فایده آن در عدم اعلام اراده بود؛ در متن مذکور، ذکر مدت نوعی شرط فاسخ است و با پایان مدت، عقد، منفسخ می شود چون منفسخ می شود نیاز به اعلام اراده مالک ندارد (نیاز به مطالبه مالک ندارد).

«قمار و گرو بندی»

مواد ۶۵۴ و ۶۵۵

قمار عبارت است از قراردادی بین دو یا چند شخص که بازی مخصوصی بنمایند و هریک از آنها برنده شد دیگران مال معینی را به او بدهند. **گرو بندی (شرط بندی)** قراردادی است که بین دو طرف که یکی امر معینی را اثبات و دیگری نفی می نماید و تعهد می کنند که هر یک درست گفته باشد مال معینی را دیگری به او بدهد یا اینکه وقوع واقعه ای را پیش بینی کنند و تعهد کنند که هر کدام درست گفته بود مال معینی را از طرف مقابل دریافت کند.

ماده ۶۵۴: قمار و گرو بندی، باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است.

ماده ۶۵۵: در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیرزنی، گرو بندی جایز و مفاد ماده قبل در مورد آنها رعایت نمی شود.

نکته: ماده فوق برگرفته از فقه اسلامی و آیات و روایات معتبر است که به نظر می رسد جزء تخصیصات ماده ۶۵۴ قانون مدنی است. در پایان این مبحث، لازم به ذکر است که قمار و گرو بندی از مصادیق بارز «استفاده بدون جهت» است و نه تنها دعاوی مطالبه آن مسموع نیست، اگر مالی پرداخت شده باشد قابل استرداد است.

«عقد وکالت^{۱۵}»

مواد ۶۵۶ تا ۶۸۳

^{۱۵} نکته: دلالتی، حق العمل کاری و حمل و نقل جز در موارد استثنایی تابع عقد وکالت هستند.

نکته: اگر شک کنیم چیزی در حدود اختیار وکیل هست یا خیر، اصل، عدم اختیار است.

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

طبق ماده ۶۵۶ قانون مدنی وکالت عقدی است که یک طرف، طرف دیگر را برای انجام «امری» نایب خودش می‌کند. منظور از این واژه «امری»، عمل حقوقی است. موضوع وکالت، اصولاً برای اعمال حقوقی است یعنی یا عقد و یا ایقاع. مثلاً من به شما وکالت می‌دهم خانه‌ام را بفروشی (بیع: عقد) یا اجاره دهی (اجاره: عقد). موضوع وکالت نمی‌تواند عمل مادی باشد مثل تعمیر ماشین. پس اگر کسی به دیگری بگوید برایم عمل مادی انجام بده یا به عبارت بهتر، بگوید: «برای انجام فلان عمل مادی نایب من هستی»، این وکالت نیست. مثل اینکه بگوید بار مرا ببر؛ برایم نقاشی بکش (وکالت در اعمال مادی صرف نداریم پس اگر شخصی دیگری را مأمور انجام عمل مادی کند وکالت نیست). اگر این عقد معوض بود یعنی یک طرف به دیگری گفته باشد که فلان عمل مادی را انجام بده آن هم به طور معوض، که این اجاره اشخاص یا جعاله می‌شود و اگر مجانی باشد یعنی یک طرف به فردی دیگر بگوید که فلان عمل مادی را انجام بدهد آن هم به طور مجانی، می‌شود ماده ۱۰ قانون مدنی که عقد است و چنین عقدی امکان‌پذیر است؛ مثلاً من تعهد می‌کنم برای شما نقاشی بکشم آن هم به طور مجانی و اگر نکردم می‌توانی مرا ملزم کنی (مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی). اگر کسی دیگری را مأمور فروش مالی کند و به او اختیار دهد به هر مبلغ و با هر کس که بخواهد معامله کند اما **مبلغ ثابتی** را به وی بپردازد، رابطه دو طرف، تابع عقد وکالت نیست (شاید اجاره اشخاص باشد).

توجه: موضوع وکالت، اعطای نیابت در امور اعتباری است نه امور مادی. وکالت در مرحله انعقاد غیرمعوض است ولی در مرحله اجرا می‌تواند معوض باشد یا غیرمعوض و اصل بر معوض بودن است.

لازم به توضیح است برای بعضی از اعمال حقوقی نمی‌توان وکالت داد:

۱. وصیت، عمل حقوقی است ولی چون قائم به شخص است چرا که هر کسی باید خودش وصیت کند و نمی‌شود برای این امر به دیگری وکالت داد. البته منظور، وکالت دادن در تنظیم وصیت‌نامه خودنوشت است چون مباشرت خود شخص، شرط است.
۲. وکالت دادن در اقرار، لعان، ایلاء، شهادت و سوگند امکان‌پذیر نیست.
۳. وکالت در انتقال مال موقوفه باطل است.^{۱۶}

^{۱۶} انتقال مال مرهونه، غیرنافذ است، پس وکالت در انتقال مال مرهونه هم غیرنافذ است.

۴. یک سری عمل حقوقی داریم که در آنها عمل مادی خیلی پُر رنگ است (به عبارت دیگر «عمل مادی» رکن «عمل حقوقی» است) مثل احیاء اراضی موات، حیازت مباحات و تحجیر، این اعمال حقوقی نیز قابل توکیل نیستند (یا به عبارت دیگر قابل وکالت دادن نیستند). این اعمال حقوقی که نامبرده شد همگی ایقاع هستند؛ در اینها عمل مادی، بسیار مهم است هر چند که عمل حقوقی هستند و اثر حقوقی دارند اما نمی‌شود در آنها وکالت داد و یک جورایی قائم به شخص هستند. مثل احیای اراضی موات که قابل توکیل نیست؛ مثل حیازت مباحات که قابل توکیل نیست؛ مثل تحجیر که قابل توکیل نیست.

مثال: آیا می‌شود یک نفر را مأمور کنید زمین را احیاء کند یا به عبارت بهتر، می‌شود به یک شخص نیابت بدهید که چنین کاری برای شما انجام دهد و بعد شما بروید بالای زمین موات و بگویید: «ای زمین! تو مال من شو!؟» نه! باید بیل را خودتان بردارید و زمین را احیاء کنید و در اینجا است که شما مالک می‌شوید. آیا می‌شود یک نفر را نایب خود کنید که برایتان ماهی‌ای که از جمله مباحات است را از آب بگیرد و سپس شما بروید بالای سر ماهی از آب گرفته شده و بگویید: «ای ماهی تو مال منی؟!» خیر، نمی‌شود باید قلاب را خودتان بردارید و ماهی را خودتان بگیرید. برای حیازت مباحات نمی‌شود **وکیل** گرفت اما **اجیر** می‌شود گرفت.

نکته: وکالت عقد است. ماده ۶۵۶ گفته «وکالت **عقدی** است که ...»، پس یعنی وکالت، عقد است. با وجود اینکه بر همگان روشن و بدیهی است که هر عقدی ایجاب و قبول می‌خواهد ماده ۶۵۷ قانون مدنی اشعار داشته «وکالت قبول می‌خواهد»؛ باید گفت این ماده اضافه است و اصلاً نیازی به گفتن ندارد چرا که هر عقدی، پس از ایجاب، قبول می‌خواهد.

ماده ۶۵۷: تحقق وکالت منوط به قبول وکیل است. [اقدام وکیل بدون اعلام قبولی، قبول ضمنی تلقی می‌شود مشروط بر اینکه از وکالت آگاه باشد]

ماده ۶۰۷ قانون مدنی و ماده بعدش یعنی ماده ۶۰۸ نیز مقرره‌ای مانند مورد بالا را پیش‌بینی کرده است:

ماده ۶۰۷: ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آن که آن را مجاناً نگاه دارد. ودیعه‌گذار، مودع و ودیعه‌گیر را مستودع یا امین می‌گویند.

ماده ۶۰۸: در ودیعه، **قبول امین** لازم است اگر چه به فعل باشد.

ماده ۶۵۸ قانون مدنی هم گفته وکالت ایجاباً و قبولاً واقع می‌شود که به همان دلیلی که در فوق بدان اشاره شد،

نیازی به گفتن این ماده نیز نبود.

ماده ۶۵۸: وکالت ایجاباً و قبولاً به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند واقع می‌شود.

نکته: در جایی که موضوع وکالت، انجام عمل حقوقی است که انعقاد یا اثبات آن نیاز به تنظیم سند رسمی دارد، وکالت‌نامه نیز باید سند رسمی باشد.

نکته: وکالت هم همچون ودیعه و عاریه عقد اذنی است.

نکته: در قانون مدنی در باب وکالت سه تا ماده داریم که باید پشت سر هم می‌آمد اما نیامده، فلذا لطفاً مواد ۶۵۹، ۶۷۷ و ۶۷۶ قانون مدنی را پشت سر هم و به ترتیب ذیل بخوانید:

ماده ۶۵۹: وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت.

ماده ۶۷۷: اگر در وکالت، مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد محمول بر این است که با اجرت باشد.

ماده ۶۷۶: حق‌الوکاله وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود (۱. قرارداد؛ که اجرت‌المُسمی می‌شود) و اگر نسبت به حق‌الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد تابع عرف و عادت است (۲. عرف؛ که اجرت‌المُسمی می‌شود) اگر عادتِ مُسَلَّمی نباشد وکیل، مستحق اجرت‌المثل است (۳. قرارداد و عرف نبود اجرت‌المثل تعیین می‌شود).

ماده ۸۴ قانون مدنی نیز در مورد تولیت، مشابه حکم فوق را آورده است: «جائز است واقف از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولی قرار دهد و اگر حق‌التولیه معین نشده باشد متولی مستحق اجرت‌المثل عمل است».

طبق ماده ۶۵۹ وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت. یعنی وکیل می‌تواند اجرت بگیرد یا نگیرد. ماده ۶۷۷ که باید بعد از ماده ۶۵۹ می‌آمد گفته اگر در وکالت، مجانی یا با اجرت بودن معلوم نباشد، اصل بر این است که با اجرت است (با توجه به اصل عدم تبرع). ماده ۶۷۶ مراحل اجرت را گفته (ماده ۶۷۶ با ماده ۸۴ ارتباط دارد):

اول قرارداد، بعد عرف و اگر قرارداد نبود و عرف نیز ساکت بود اجرت‌المثل. در واقع عرف بر اجرت‌المثل ارجحیت دارد.

سه نوع وکالت داریم: وکالت مُقَيَّد (مثلاً وکالت می‌دم که این ماشینم رو بفروش)، وکالت عام (مثلاً وکالت می‌دم که هر مالم رو بفروش؛ «وکالت در فروش» می‌شود مُقَيَّد؛ «تمام مال» می‌شود عام) و وکالت مطلق (مثلاً وکالت می‌دم که اموالم رو بفروش؛ چون پُشتِ «اموال» هر یا همه نیامده، مطلق است)؛ چند مثال:

۱. وکیل در خرید [مُقَيَّد] اتومبیل مُقَيَّد.
۲. وکیل در فروش [مُقَيَّد] اموال [مطلق].
۳. وکیل در فروش [مُقَيَّد] برای اموال [مطلق].
۴. وکیل در خرید [مُقَيَّد] برای هر مالی [عام].

توجه: وکالتِ مطلق، ناظر به امور اداره کردن است نه تصرف.

نکته: در وکالتِ مطلق، معامله با خود اصولاً صحیح است^{۱۷}، مگر اینکه شخصیتِ وکیل، علتِ عمده باشد.

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

اهلیت در وکالت:

اهلیت در وکالت بسیار مبحث مهمی است. اهلیت در وکالت تابع «موضوع وکالت» است که یک عمل حقوقی است و فرمول آن، چنین است: هر کس اهلیت هر کاری را دارد در آن کار می‌تواند وکالت بدهد یا وکالت بگیرد و اگر اهلیت کاری را نداشته باشد نمی‌تواند در آن کار وکالت بدهد یا وکالت بگیرد.

۱. مجنون و صغیر غیرممیز در هیچ کاری نه می‌توانند وکالت بدهند و نه وکالت بگیرند چون خودشان نمی‌توانند هیچ کاری بکنند.
۲. صغیر ممیز فقط در تملکات بلاعوض (مجانی) می‌تواند وکالت بدهد یا وکالت بگیرد. چون خودش می‌توانست تملکات بلاعوض بکند (چون در این امر، اهل است).
۳. سفیه هم در امور غیرمالی و هم در تملکات بلاعوض (کارهایی که خود می‌تواند انجام بدهد) می‌تواند هم وکالت بدهد (چون در این امور، اهل محسوب می‌شود) و هم وکالت بگیرد.
۴. ورشکسته: موکل که می‌خواهد وکالت بدهد هم باید اهلیت داشته باشد و هم اختیار. اختیار یعنی مالش توقیف نشده باشد و ورشکسته هم نباشد، ولی برای وکیل، داشتن اهلیت کافی است و وکیل اختیار نمی‌خواهد چون که در اموال خودش تصرف نمی‌کند و اهلیت تصرف در اموال دیگران را دارد.

^{۱۷} معامله با خودِ قییم در قیمومت باطل است. معامله با خودِ وصی باطل است. معامله با خودِ ولیّ قهری صحیح است. معامله با خودِ وکیلِ مطلق اصولاً صحیح است مگر اینکه شخصیتِ موکل یا وکیل، علتِ عمده باشد.

ورشکسته سه نکته دارد:

۱. ورشکسته چون اهلیت دارد در تمام امور (مالی و غیرمالی) می تواند وکیل بشود زیرا ورشکسته «اختیار ندارد» و برای وکیل شدن هم اختیار نمی خواهد.

۲. ورشکسته چون اختیار ندارد در امور مالی خود نمی تواند وکالت بدهد زیرا موکل اهلیت و اختیار می خواهد که ورشکسته اهلیت دارد ولی اختیار ندارد. ورشگستگی موکل، صلاحیت وکیل را در تصرفاتی که مؤثر در تأدیۀ دیون است از بین می برد.

۳. امور غیر مالی اختیار نمی خواهد (اختیار یعنی جواز تصرف در مال) ورشکسته می تواند در امور غیرمالی وکالت بدهد (یعنی موکل باشد) مثلاً وکیل بگیرد که برای او زن بگیرد (ماده ۶۶۲).

نکته: پس وکیل هم در حدوث و هم در بقاء باید صلاحیت داشته باشد زیرا وکالت، جایز اذنی است.

ماده ۶۶۲: وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند [تواند یعنی هم اهلیت داشته باشد و هم اختیار] آن را بجا آورد وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد [و نه اختیار].

جمع بندی: ۱. وکیل برای انعقاد وکالت اهلیت می خواهد و نه اختیار چون در مال خودش تصرف نمی کند که اختیار داشته باشد؛ ۲. موکل هم اهلیت می خواهد و هم اختیار.

چند تا ماده هست که با هم ارتباط دارند که عبارتند از مواد ۶۶۳ و ۶۶۷ و قسمت اول ۶۷۴ و ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴.

ماده ۶۶۳: وکیل نمی تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد.

ماده ۶۶۷: وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل در اختیار اوست تجاوز نکند.

ماده ۶۷۴: موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است، انجام دهد. در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام داده شده است موکل هیچگونه تعهد نخواهد داشت مگر این که اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.

ماده 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. (این ماده، بحث وکالت در نکاح است و اصلاً در مواد مربوط به عقد وکالت نیامده است. نظر مرحوم کاتوزیان این بود که: این حکم ویژه نکاح نیست و از قواعد عمومی معاملات است یعنی: عقدی که وکیل از حدود وکالت تجاوز کند فضولی و تابع احکام آن است.)

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

همه این مواد می‌خواهند تأکید کنند که وکیل باید **مصلحت موکل** را رعایت کند، **غبطه موکل** را رعایت کند و از حدود وکالت خارج نشود و **اگر رعایت نکند عملش فضولی است (باطل نیست).**

وکیل در حدود وکالت، وکیل است و خارج از آن، فضول است.

ماده ۶۶۴ قانون مدنی که ماده‌ای مربوط به آیین دادرسی است و دو قسمت دارد. قسمت اول اشعار می‌دارد: «وکیل در محاکمه، وکیل در قبض نیست مگر اینکه قرائن دلالت بر آن نماید...» ماده ۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی قسمت اول این ماده را روشن می‌سازد: «وکیل در دادرسی، در صورتی حق درخواست صدور برگ اجرایی و تعقیب عملیات آن و اخذ محکوم به و وجوه ایداعی به نام موکل را خواهد داشت که در وکالت‌نامه تصریح شده باشد.»؛ اما برای تبیین قسمت دوم این ماده که مقرر می‌دارد «... وکیل در اخذ حق، وکیل در مرافعه نخواهد بود.» مثالی را ذکر می‌کنیم: فرض بفرمایید من به آقای ب وکالت می‌دهم که برود طلبم را از آقای الف بگیرد (وکیل در اخذ حق)، آقای ب به درب منزل آقای الف مراجعه می‌کند و با وی چندین بار تماس می‌گیرد اما با این وجود آقای الف طلب من را نمی‌دهد. در اینجا آقای ب نمی‌تواند به دادگاه برود و از طریق قانونی طلب من را بگیرد. نتیجه اینکه وکیل در دادگاه، وکیل در قبض حق نیست و وکیل در قبض حق، وکیل در محاکمه نیست.

ماده ۶۶۴: وکیل در محاکمه، وکیل در قبض [حق] نیست مگر اینکه قرائن دلالت بر آن نماید؛ و همچنین وکیل در اخذ حق، وکیل در مرافعه نخواهد بود.

نکته: در صورتی که شخص، وکیل دادگستری نباشد اما حق مرافعه و حق توکیل داشته باشد می‌تواند برای اقامه دعوا به وکیل دادگستری وکالت بدهد.

نکته: وکیل در وصول اسناد تجاری اصولاً حق اعتراض برای وصول را دارد (این، استثناء قسمت دوم ماده ۶۶۴ است). پس در وصول اسناد تجاری اصولاً وکیل در وصول اسناد تجاری، وکیل در اقامه دعوا است.

ماده ۶۶۵ استثناء ماده ۶۷۱ است:

ماده ۶۶۵: وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست مگر اینکه قرینه قطعی دلالت بر آن کند.

ماده ۶۷۱: وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست مگر اینکه تصریح به عدم وکالت باشد.

ماده ۶۶۵ با مواد ۲۶۰ و ۲۷۲ ارتباط دارد:

ماده ۶۶۵: وکالت در بیع، وکالت در قبض ثمن نیست مگر اینکه قرینه قطعی دلالت بر آن کند.

ماده ۲۶۰: در صورتی که معامل فضولی، عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد و مالک با [۱:] اجازه معامله، [۲:] قبض عوض را نیز اجازه کند دیگر حق رجوع به طرف دیگر نخواهد داشت.

ماده ۲۷۲ قانون مدنی: تأدیه به غیر اشخاص مذکور در ماده فوق [ماده ۲۷۱ ق.م.] وقتی صحیح است که داین راضی شود.

وکالت در بیع، وکالت در قبض ثمن نیست. این حکم، استثناء ماده ۶۷۱ است و به ماده ۲۶۰ ربط دارد. یادآوری: در معامله فضولی، فضول نمی تواند ثمن را بگیرد حتی با تنفیذ معامله توسط مالک، به خاطر اینکه در این ماده فضول با تنفیذ، تازه وکیل مالک می شود، وکیل هم نمی تواند ثمن را بگیرد پس فضول هم نمی تواند ثمن را بگیرد. در معاملات فضولی، زمانی که مالک، معامله را تنفیذ می کرد ممکن بود اخذ ثمن را هم تنفیذ بکند یا نکند یعنی اگر می خواست قبض ثمن هم توسط فضول انجام بگیرد باید در عقد تصریح می کرد ولی اگر فقط معامله را تنفیذ می کرد قبض ثمن توسط فضول تنفیذ نمی شد و مالک می توانست برای گرفتن ثمن به خریدار رجوع کند.

نکته: ماده ۶۶۵ یک استثناء دارد؛ گفته مگر اینکه قرینه قطعی باشد مثلاً یک نفر فرش خود را به دیگری می دهد و می گوید: «برای فروش فرش به تو وکالت می دهم، برو فرش را در بازار به رهگذران بفروش». حال اگر وکیل، فرش را بفروشد پول را نمی گیرد؟ به خاطر اینکه خریدار، رهگذر است یقیناً پول را باید بگیرد. پس در این مثال بخاطر اینکه قرینه قطعی (... در بازار به رهگذران ...) آمده وکالت در بیع، وکالت در قبض ثمن هم هست.

نکته: وکیل در فروش مال، اختیار دارد که آن را به خریدار تسلیم کند و وکیل در خرید می‌تواند ثمن را به فروشنده بدهد یعنی وکیل در فروش مال، وکیل در تسلیم مبیع است و وکیل در خرید مال، وکیل در قبض ثمن به بایع است مگر اینکه منع شده باشد یا اصلاً ثمن در اختیارش نباشد.

از ماده ۶۶۶ به طور ضمنی بر می‌آید که وکیل، **امین** است و از آخر ماده ۸۲ قانون مدنی نیز این نکته مستنبط است.

ماده ۶۶۶: هرگاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب می‌گردد مسئول خواهد بود.

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

ماده ۶۶۷ را در بالا مرور کردیم و ماده ۶۶۸ نیز چیزی ندارد. ماده ۶۶۹ را نیز دقیق مطالعه بفرمایید و ماده ۶۷۰ هم مهم است و فقط بهتر بود در ماده به جای واژه «باطل می‌شود» از واژه «منفسخ می‌شود» استفاده می‌کرد.

طبق ماده ۶۷۱ هر کاری یک سری مقدمات دارد و یک سری لوازم.

ماده ۶۷۱: وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست مگر اینکه تصریح به عدم وکالت باشد.

فرق این دو آن است که **مقدمات**، قبل از عمل است و **لوازم**، بعد از عمل. مثلاً می‌خواهیم برویم دفترخانه یک سند تنظیم کنیم و قبلش یک سری کارها باید بکنیم (پرداخت مالیات نقل و انتقال و متعاقباً اخذ مفاصا حساب مالیاتی و پرداخت عوارض شهری و متعاقباً اخذ گواهی شهرداری و...) و بعدش هم باید یک سری کارها بکنیم. وکالت در هر امری به طور اتوماتیک وکالت در مقدماتش هست و وکالت در لوازمش هم هست.

ماده ۶۷۲ در مورد **توکیل** و **تفویض** است.

ماده ۶۷۲: وکیل در امری نمی‌تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل

در توکیل باشد.

در وکالت دو اصطلاح داریم یکی توکیل و دیگری تفویض.

توکیل: در توکیل، وکیل، یک وکیل دیگر می‌گیرد و خودش هم می‌ماند که در این صورت دو تا وکیل می‌شوند. اما وکیل دوم را وکیل اول گرفته و نه موکل. اصل این است که وکیل حق توکیل ندارد مگر به او حق توکیل داده باشند.

تفویض: در قانون نیست اما در عمل داریم. تفویض این است که وکیل اول تمام اختیارات خود را به وکیل دوم می‌دهد و می‌رود و به عبارت دیگر «خداحافظی می‌کند!» در تفویض، وکیل اول از رابطه قراردادی خارج می‌شود و وکیل دوم، طرف قرارداد موکل می‌شود، بنابراین، حق الوکاله وکیل دوم با موکل است (بر خلاف توکیل). توجهاً اینکه در تفویض، وکیل اول دیگر وجود ندارد.

انتقال قرارداد:

عقودی وجود دارند که مستمر هستند مثل اجاره، مزارعه، مساقات و مضاربه یعنی طرفین عقد تا مدتی با هم کار دارند اما عقدی چون بیع، آنی است. در مقابل، در عقدی همچون اجاره، طرفین یک سال با هم کار دارند. انتقال قرارداد مختص عقود مستمر است که شبیه تفویض است. در این عقود چیزی هم شبیه توکیل داریم. انتقال قرارداد شبیه تفویض است و البته چیزی هم داریم شبیه توکیل:

در اجاره، مستأجر می‌تواند طبق ماده ۴۷۴ قانون مدنی مال را اجاره بدهد و این شبیه توکیل است چون همچنان مستأجر اول خودش هست. در تفویض طرف می‌رود ولی در توکیل طرف می‌ماند.

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

یک موقع مستأجر خسته می‌شود و می‌گوید: «من دیگر نمی‌خواهم بمانم» یعنی مستأجر بودنش را به یکی دیگر می‌دهد و می‌رود و این را انتقال قرارداد می‌گویند که در واقع مثل تفویض است که در قانون مدنی نیست ولی در قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۵۶ در ماده ۱۹^{۱۸} هست که باید از مؤجر اذن بگیرد. یعنی در انتقال قرارداد،

^{۱۸} ماده ۱۹: در صورتی که مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت به موجب اجاره‌نامه، حق انتقال به غیر داشته باشد می‌تواند برای همان شغل یا مشابه آن، منافع مورد اجاره را با سند رسمی به دیگری انتقال دهد.

رضایت طرف (مؤجر) شرط است.

در مزارعه: ممکن است عامل با یکی دیگر مزارعه ببندد و خودش هم همچنان بماند و شبیه توکیل است که به آن مزارعه فرعی می‌گویند یعنی عامل، زمین را از یکی گرفته و می‌دهد دست یکی دیگر و خودش هم هست؛ ولی یک موقع عامل کل قرارداد را به یکی دیگر می‌دهد و خداحافظی می‌کند! که به این انتقال قرارداد گفته می‌شود (ماده ۵۴۱ قانون مدنی) که شبیه تفویض است.

ماده ۵۴۱: عامل می‌تواند برای زراعت اجیر بگیرد یا با دیگری شریک شود ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین به دیگری رضای مزارع لازم است.

در مساقات هم به همین ترتیب است (ماده ۵۴۵ قانون مدنی):

ماده ۵۴۵: مقررات راجعه به مزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مساقات نیز مرعی خواهد بود مگر اینکه عامل نمی‌تواند بدون اجازه مالک، معامله را به دیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید.

در مضاربه هم به همین شکل است (ماده ۵۵۴ قانون مدنی):

ماده ۵۵۴: مضارب نمی‌تواند نسبت به همان سرمایه با دیگری مضاربه کند یا آن را به غیر واگذار نماید مگر با اجازه مالک.

نکته: اگر وکیل حق توکیل نداشته باشد و برود یک وکیل بگیرد، این را توکیل فضولی گویند.

هرگاه در اجاره‌نامه حق انتقال به غیر سلب شده یا اجاره‌نامه‌ای در بین نبوده و مالک راضی به انتقال به غیر نباشد باید در مقابل تخلیه مورد اجاره، حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر را بپردازد والا مستأجر می‌تواند برای تنظیم سند انتقال به دادگاه مراجعه کند، در این صورت، دادگاه حکم به تجویز انتقال منافع مورد اجاره به غیر و تنظیم سند انتقال در دفترخانه تنظیم‌کننده سند اجاره‌نامه سابق یا دفترخانه نزدیک ملک (اگر اجاره‌نامه رسمی در بین نباشد) صادر و رونوشت آن را به دفترخانه مربوط ارسال می‌نماید و مراتب را به موجر نیز اعلام خواهد نمود، مستأجر جدید از هر حیث نسبت به تمام شرایط اجاره قائم‌مقام مستأجر سابق خواهد بود.

هرگاه ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی منافع مورد اجاره با سند رسمی به مستأجر جدید انتقال داده نشود حکم مزبور ملغی‌الاثرب خواهد بود.

تبصره ۱ - در صورتی که مستأجر بدون رعایت مقررات این ماده، مورد اجاره را به دیگری واگذار نماید موجر حق درخواست تخلیه را خواهد داشت و حکم تخلیه علیه متصرف یا مستأجر اجرا خواهد شد. و در این مورد، مستأجر یا متصرف حسب مورد استحقاق دریافت نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت را خواهد داشت.

تبصره ۲ - حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و انتقال آن به مستأجر جدید فقط با تنظیم سند رسمی معتبر خواهد بود.

حال هم وکیل و هم شخص ثالث به طور تضامنی در مقابل موکل مسئول هستند ولی متأسفانه ماده ۶۷۳ نگفته مسئولیت تضامنی است و طوری گفته که انگار هر کدام نسبت به تقصیر خودشان مسئولند در حالی که مسئولیت آنها در مقابل موکل تضامنی است. مثل معامله فضولی که فضول و اصیل به طور تضامنی در مقابل مالک مسئولند که اینجا هم همین است. وکیل، فضول است و شخص ثالث، اصیل که به طور تضامنی در مقابل مالک مسئولند. مواد ۶۷۳ و ۶۷۴ (خوانده ایم) و ۶۷۵ و ۶۷۶ (خوانده ایم) را در ذیل می آوریم:

ماده ۶۷۳: اگر وکیل که وکالت در توکیل نداشته باشد انجام امری را که در آن وکالت دارد به شخص ثالثی واگذار کند، هر یک از وکیل و شخص ثالث در مقابل موکل نسبت به خساراتی که مسبب محسوب می شود مسئول خواهد بود.

ماده ۶۷۴: موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است، انجام دهد. در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام داده شده است موکل هیچ گونه تعهد نخواهد داشت مگر اینکه اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.

ماده ۷۶۵: 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.

ماده ۶۷۶: حق الوکاله وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد تابع عرف و عادت است اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است.

ماده ۶۷۸، طرق انحلال وکالت:

ماده ۶۷۸ وکالت به طریق ذیل مرتفع می شود:

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

این ماده، سه طریق را برای انحلال وکالت گفته:

۱. عزل از سوی موکل: عزل یعنی فسخ. قانونگذار به فسخ موکل گفته عزل. به تجویز ماده ۶۷۹ ق.م «موکل

می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.» منظور از «ضمن عقد لازمی»: طبق نظر قانون، عقد جایز برای آنکه حق فسخ آن گرفته شود باید ضمن عقد لازم یا درج شود یا ضمن عقد لازم، شرط عدم فسخ آن شود ولی در هر دو حال باید ضمن عقد لازم باشد اما طبق نظر مرحوم کاتوزیان، علاوه بر اینکه عقد جایز می‌تواند ضمن لازم درج شود می‌تواند ضمن عقد جایز هم درج شود و حق فسخ آن گرفته شود (اگر در هر آزمونی پرسیدند طبق قانون فقط ضمن عقد لازم؛ اما اگر مطلق پرسیدند، طبق نظر دکتر کاتوزیان پاسخ دهید).

حق عزل، قابل اسقاط است زیرا حق، قابل اسقاط است. یک جا هست که حق عزل، قابل اسقاط نیست: در حالتی که وکالت برای اداره و تصرف در تمام امور و مقید به مهلت نباشد، اسقاط حق عزل با آزادی و شخصیت موکل مغایرت دارد و خلاف نظم عمومی است.

۲. استعفای وکیل: استعفاء یعنی فسخ. وکالت جایز است چون اذنی است. هم موکل می‌تواند فسخ کند و هم وکیل. قانون به فسخ موکل گفته عزل و به فسخ وکیل گفته استعفاء.

۳. وکالت عقدی اذنی است و با موت (فوت) به هم می‌خورد و با جنون هم به هم می‌خورد این ماده، سِفَه را نگفته زیرا سِفَه نکته داشته و آن را در ماده دیگری گفته است.

یک طریق انحلال را هم ما به سه طریق فوق اضافه می‌کنیم:

۴. سِفَه (سفیه شدن): وکالت علی‌الاصول با سفیه (سفیه شدن) از بین می‌رود مگر در دو مورد:

۱. وکالت در امور غیر مالی

۲. وکالت در تملکات بلاعوض

این دو مورد دقیقاً همان دو موردی است که سفیه می‌توانست قبلاً در اینها وکالت بدهد پس اگر بعداً هم سفیه بشود باز هم می‌تواند وکالت بدهد یا وکالت بگیرد. آنچه در ماده ۶۸۲ گفته شده در مورد سِفَه است چرا که در مورد جنون در ماده ۶۷۸ ق.م. تکلیف مشخص شده است و در مورد صِغَر نیز اساساً امکان پذیر نیست.

ماده ۶۸۲: محجوریت موکل موجب بطلان وکالت 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.

مستند مربوط به طریق چهارم انحلال که همانا سِفَه باشد ماده ۶۸۲ قانون مدنی است که در بالا بدان اشاره شد اما با توجه به توضیحات یادشده، بهتر است این ماده به شکل ذیل تصحیح شود:

ماده ۶۸۲ (بازنویسی شده توسط خودم): سِفَهٗ موکل، موجب انفساخ وکالت می‌شود مگر در اموری که سِفَهٗ، مانع از توکیل در آنها نمی‌باشد و همچنین است سِفَهٗ وکیل مگر در اموری که سِفَهٗ، مانع از اقدام در آن نباشد.

نکته: در مواردی که سفیه می‌تواند خود، طرف قرارداد یا ایقاع شود (مانند دو موردی که در فوق بدان اشاره شد) حق دارد برای انعقاد آن به دیگری وکالت دهد و در این موارد، سِفَهٗ عارض بعد از وکالت نیز اثری در انحلال آن ندارد.

پس خلاصه اینکه وکالت با موت از بین می‌رود استثنائی هم ندارد با جنون هم همینطور. وکالت با سِفَهٗ (سفیه شدن) از بین می‌رود اما دو استثناء دارد.

عنوان مادهٔ ۶۸۰ قانون مدنی **وکالت ظاهری** است.

ماده ۶۸۰: تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است.

فرض کنید موکل، وکیل را عزل می‌کند و وکالت به هم می‌خورد اما وکیل خبر ندارد. تا وقتی که خبر به وکیل نرسیده کارهای وکیل درست است چون او وکیل ظاهری است یعنی واقعاً وکیل نیست ولی ظاهراً وکیل است و این ماده به خاطر حفظ حقوق اشخاص ثالث که از عزل خبر ندارند پیش‌بینی شده است. این ماده ناقص است و وکالت ظاهری، دو مورد دیگر هم دارد:

۱. موکل فوت می‌کند و وکیل خبر ندارد.

۲. موکل محجور می‌شود (مجنون یا سفیه می‌شود) و وکیل خبر ندارد.

حکم منطقی اشاره شده در این ماده ویژه عزل نیست؛ **فوت و حجر** را هم شامل می‌شود.

مادهٔ ۶۸۱ قانون مدنی بر عکس مادهٔ ۶۸۰ قانون مدنی است. وکیل استعفاء می‌دهد و موکل خبر ندارد حال هر کاری وکیل بکند درست است. مثلاً فرض بفرمایید وکیل آدم خوبی است و استعفاء می‌دهد اما بعد از استعفاء و پیش از ابلاغ خبر استعفاء به موکل می‌بیند اگر فلان کار را انجام بدهد به نفع موکل است و انجام می‌دهد چون

موکل خبر ندارد اینگونه تصور می شود که بر اذن خود باقی است.

ماده ۶۸۱: بعد از اینکه وکیل استعفاء داد مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است می تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند.

ماده ۶۸۳ که عنوان آن از بین رفتن موضوع وکالت است و این ماده مکمل ماده ۶۷۸ است. از بین رفتن موضوع وکالت دو نوع است (با از بین رفتن موضوع وکالت، وکالت از بین می رود).

ماده ۶۸۳: هر گاه متعلق وکالت از بین برود یا موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا بطور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد بجا آورده مثل اینکه مالی را که برای فروش آن وکالت داده بود خود بفروشد وکالت منفسخ می شود.

یک عده نظر بر این دارند که طریق انحلال پنجمی نیز باید به چهار موردی که در بالا اشاره گردید افزود:
از بین رفتن موضوع وکالت دو نوع است:

۱- از بین رفتن مادی: هرگاه مال موضوع وکالت از بین برود وکالت منفسخ می شود که این را از بین رفتن مادی گویند. مثلاً من در مورد ماشینم به شما وکالت دادم که آن را بفروشید اما ماشین آتش گرفت و در این صورت وکالت منفسخ می شود.

۲- از بین رفتن حقوقی: از بین رفتن حقوقی موضوع وکالت سه نوع است:

الف) وکیل موضوع را انجام بدهد: موضوع به طور حقوقی از بین می رود مثلاً من وکالت دادم که ماشینم را بفروشید و شما هم فروختید. اینجا دیگر بعد از انجام وکالت همه چیز تمام می شود.

ب) موکل قبل از وکیل موضوع را انجام بدهد: قاعده بر این است که موکل می تواند قبل از وکیل، موضوع را خودش انجام بدهد مگر اینکه این حق از او سلب شده باشد و در این صورت اگر انجام بدهد باطل است. پس علی الاصول موکل می تواند قبل از وکیل، موضوع را انجام بدهد و این حالت یک استثناء دارد. مثلاً من ماشینم را دادم که شما بفروشید اما خودم زودتر فروختم.

ج) موکل قبل از وکیل یک کاری می‌کند که با موضوع وکالت منافات دارد؛ فرق این حالت با مورد دوم این است که در مورد دوم، موکل همان موضوع وکالت را انجام می‌داد. مثلاً وکالت دادم ماشینم را بفروشی بعدش خودم ماشین را وقف می‌کنم.

قاعده: موکل می‌تواند عملی انجام بدهد که با موضوع وکالت منافات داشته باشد مگر اینکه این حق از او سلب شده باشد که اگر انجام بدهد باطل است. مثلاً ماشینم را دادم بفروشی حالا خودم ماشین را به یکی هبه می‌کنم که این هبه منافی با بیع است و موضوع وکالت از بین می‌رود.

«عقد ضمان»

مواد ۶۸۴ تا ۷۲۳

ماده ۶۸۴ قانون مدنی: «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمون‌گه و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.» ضمان، عقدی است لازم، عهده‌ای، معوض، رضایی، مسامحه‌ای، تبعی^{۱۹}. ضمان، دو عوض دارد. مقتضای ذات ضمان، تعهد به تأدیه دین است (وجود دین). مقتضای اطلاق ضمان، انتقال دین است. نتیجه اینکه در ضمان نقل می‌توان شرط کرد که ذمه منتقل نشود (در حواله هم انتقال طلب مقتضای ذاتش نبود).

عقد ضمان بین ضامن و طلبکار (مضمون‌گه) بسته می‌شود. در عقد ضمان، مدیون، شخص ثالث است و در واقع بدهکار در آن دخالتی ندارد.

ماده ۶۸۵: در ضمان رضای مدیون اصلی [مضمون‌عنه] شرط نیست.

در ماده ۶۸۵ قانون مدنی رضاء یعنی اراده.

❖ دو نوع ضمان داریم:

۱. ضمان نقل ذمه (اصل است) (معوض^{۲۰} است)؛
۲. ضمان ضم ذمه (استثناء است) (غیر معوض است).

^{۱۹} ضمان، وابسته به دین است؛ باید سبب ایجاد شده باشد خواه مستقر باشد یا نباشد بنابراین ضمانت از دین معلق صحیح است و ضمانت از مال الجعالة نیز صحیح است. ضمانتی که سبب آن ایجاد نشده باطل است: مالک یجب.

^{۲۰} حق حبس در عقود معوض است، حال ممکن است عقد معوض، تملیکی باشد یا عهده‌ای.

در **ضمان نقل ذمه**، مدیون (مضمون عنه) بری می شود و دینش بر گردن ضامن می آید و ضامن مدیون می شود؛ در واقع ضامن می آید و مدیون می رود؛ **ولی می توان شرط خلاف کرد زیرا انتقال دین، مقتضای ذات ضمان نیست** اما در **ضمان ضم ذمه**، مدیون می ماند (ذمه مضمون عنه بری نمی شود؛ ذمه ضامن هم مشغول می شود) و ضامن هم می آید در کنار او قرار می گیرد یعنی طلبکار دو نفر را دارد، هم ضامن و هم بدهکار.

ضمان ضم ذمه دو نوع است:

۱. **عَرَضی** (حرف «ر» ساکن است)؛ (در ضمان ضم، عَرَضی اصل است و طولی استثناء است)

۲. **طولی** (یا وثیقه ای).

ضمان **عَرَضی** (تضامنی): این است که ضامن و بدهکار در عرض همدیگر هستند و تقدّم و تأخّر ندارند و طلبکار می تواند به هر کدام مراجعه کند.

ضمان **طولی** (وثیقه ای): این است که طلبکار اوّل باید به سراغ بدهکار (مضمون عنه) برود و بعد اگر تأدیه نکرد برود سراغ ضامن.

بنابراین، این شد سه نوع ضمان:

۱. **ضمان نقل ذمه**؛

۲. **ضمان عرضی**؛

۳. **ضمان طولی**.

قانون مدنی صریحاً در موادّ ۶۸۴ و ۶۹۸، ضمان نقل ذمه را پذیرفته ولی ضمان طولی را عرف بازار و تجارت ما پذیرفته است.

ماده ۶۸۴: عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند.

ماده ۶۹۸: بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.

در حالت عادی وقتی کسی وام می گیرد و دیگری ضمانت می کند در صورتی که مبلغ وام پرداخت نشود اوّل سراغ وام گیرنده می روند و اگر نشد سراغ ضامن می روند. در اینجا شاهد هستیم که قانون (همانگونه که در دو

ماده فوق دیدیم) با عرف تضاد دارد؛ سؤال مطرح می‌شود که حال باید برای این که عرف را اجراء کنیم چه کار کنیم؟ چون منطقی که نگاه کنیم عرف بهتر از قانون است؛ می‌توانیم بگوییم قانون تکمیلی است و عرف بر قانون مقدم است. دکتر کاتوزیان گفته قانون تکمیلی است با این وجود در نوشته‌های حقوقی و در امتحان هر جا **ضمان دیدیم یعنی نقل ذمه مگر اینکه بگوید ضم ذمه است.**

نکات عقد ضمان:

نکته ۱: ضمان، عقدی عهدی است، چه نقل ذمه و چه ضم ذمه. چرا عهدی است؟ چون اثرش تعهد است. متعهد چه کسی است؟ ضامن.

نکته ۲: ضمان نقل ذمه، عقدی معوض است و ضمان ضم ذمه عقدی مجانی است. برای روشن شدن عقد معوض و مجانی مثلاً اشاره می‌کنیم که بیع معوض است و هبه مجانی.

در ضمان نقل ذمه ضامن می‌آید (این یک عوض) تعهد می‌کند و بدهکار هم می‌رود (این هم یک عوض دیگر) ولی در ضمان ضم ذمه فقط ضامن می‌آید و طلبکار به کسی نمی‌گوید برو. حال از این که ضمان نقل ذمه عقدی است معوض و ضمان ضم ذمه عقدی است مجانی یک نتیجه می‌گیریم:

نتیجه: در ضمان نقل ذمه طلبکار (مضمون‌له) باید اهلیت کامل داشته باشد چون که در عقود معوض طرفین باید اهلیت کامل داشته باشند (در ضمان نقل چون معوض است از هر دو سمت، غرری است پس صغیر ممیز و سفیه نمی‌توانند مضمون‌له در ضمان نقل باشند) ولی در ضمان ضم ذمه چون غیر معوض است و هر عقد غیر معوضی که نسبت به یک طرف صرفاً نافع باشد، نسبت به آن طرف جایز است پس در ضمان ضم، صغیر ممیز یا سفیه می‌توانند مضمون‌له واقع شوند (به سود طلبکار یا مضمون‌له است).

قاعده: در عقود مجانی معمولاً (نه همیشه) آنکه عقد به نفعش است می‌تواند صغیر ممیز یا سفیه باشد یعنی می‌تواند اهلیت کامل نداشته باشد. ضمان نقل ذمه عقدی معوض است و طلبکار، بدهکار را از دست می‌دهد که باید حواسش جمع باشد (یعنی به گونه‌ای باید عقلش سر جایش باشد که چه می‌کند) چون اگر ضامن هم به درد نخور باشد که دیگر دستش به کسی نمی‌رسد! ولی در ضمان ضم ذمه اگر ضامن هم نباشد بدهکار هست. قانون در ماده ۶۸۶ قانون مدنی فقط اهلیت ضامن را گفته و اهلیت طلبکار را نگفته است اما ما فهمیدیم که در نقل ذمه لازم است و در ضم ذمه لازم نیست.

ماده ۶۸۶: ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد [چون نسبت به وی ضرری است].

نکته: ورشکسته می تواند ضامنِ ضَمِّ ذَمِّهٔ مجانی قبول کند. ورشکستگیِ مَضْمُونْ که مانع از انعقاد عقد ضَمان است (زیرا ضَمانِ نقل یعنی انتقالِ دین و انتقالِ دین برای هر دو طرف، ضرری است و ورشکسته نمی تواند معاملاتِ ضرری انجام دهد) مگر وثیقه‌ای باشد. چون ضامن یک نوع پرداختِ دین حساب می شود مَضْمُونْ که نمی تواند ضَمانِ نقل را قبول کند. ورشکسته می تواند ضَمانِ وثیقه‌ای از نوعِ ضَمِّ بَبْنَدِ چون صِرْفاً نافع است.

نکته: ورشکسته می تواند ضامن شود [ضَمانِ یک وثیقهٔ شخصی است و وثیقهٔ مالی نیست و ورشکسته در امور مالی اش ممنوع است و نه امور شخصی اش] اما تاجرِ ورشکسته نمی تواند دیون را به دلیل ممنوعیت بپردازد.

ماده ۶۸۷ قانون مدنی با مواد ۶۸۵ و ۲۹۱ قانون مدنی ارتباط دارد:

ماده ۶۸۷: ضامن شدن از محجور و مَیَّت صحیح است.

ماده ۶۸۵: در ضَمان رضای مدیون اصلی شرط نیست.

ماده ۲۹۱: ابراء ذَمِّهٔ مَیَّت از دین صحیح است.

طبق ماده ۶۸۷ قانون مدنی ضامن شدن از محجور و میت درست است. چرا از محجور درست است؟ چون ارادهٔ مدیون در ضَمان دخالت ندارد پس مدیون می تواند محجور باشد. ضامن شدن از میت هم درست است چون ترکه، شخصیت حقوقی دارد پس ضامن شدن از میت یعنی ضامن شدن از ترکه؛ در واقع برای میت می شود ابرای ترکه.

ماده ۶۸۸: ممکن است از ضامن ضمانت کرد.

دو اصطلاح داریم که مرحوم دکتر کاتوزیان یکی را در حاشیهٔ ذیلِ مادهٔ فوق گفته و نام دیگری را نگفته است. یکی «**ترامی**» و دیگری «**دور**». هم «ترامی» و هم «دور» در قانون مدنی مختصّ نقل ذَمِّهٔ است. من به شما بدهکارم که «آقای الف» ضامن من می شود و من بری می شوم و «آقای الف» مدیون می شود؛ حال «آقای ب» ضامن «آقای الف» می شود «آقای الف» بری می شود و «آقای ب» مدیون می شود؛ سپس «آقای ج» ضامن «آقای ب» می شود و همینطور می رود جلو که این را **ترامی** گویند که شبیه **تسلسل** است.

ادامهٔ ترامی ماده ۷۲۲ قانون مدنی است.

ماده ۷۲۲: 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. [معیار رجوع هر ضامن، اذن مضمون‌عنه خود است نه مدیون اصلی زیرا با اولین ضامن، مدیون اصلی بری می‌شود]

دور: من به شما بدهکارم، «آقای الف» ضامن من شد من بری شدم و «آقای الف» مدیون شد. حال من ضامن «آقای الف» می‌شوم و «آقای الف» بری می‌شود. دور در ضمان یعنی مضمون‌عنه از ضامن ضمانت کند. دور در ضمان نقل صحیح است ولی در ضمان ضم صحیح نیست (در ضمان ضم اختلاف نظر است؛ طبق نظر غالب، صحیح نیست، زیرا در ضمان ضم، مدیون اصلی بری نمی‌شود یعنی انتقال دین صورت نمی‌گیرد).

فرق «دور» و «ترامی»: این دو نهاد، شبیه همدیگر هستند و فرقی بین این است که در «ترامی» یک نفر دیگر، ضامن ضامن می‌شود اما در «دور» خود مدیون اصلی، ضامن ضامن می‌شود.

نکته: دور در حواله صحیح است اما در کفالت، صحیح نیست. (هر کجا انتقال دین داشتیم دور صحیح است: در حواله، انتقال دین داریم؟ بله، پس دور صحیح است؛ در ضمان نقل، انتقال دین داریم؟ بله، پس دور صحیح است؛ در ضمان ضم، انتقال دین داریم؟ نه، پس دور درست نیست؛ در کفالت، انتقال دین داریم؟ نه، پس دور درست نیست).

ماده ۶۸۹: هر گاه چند نفر ضامن شخصی شوند ضمانت هر کدام که مضمون‌له قبول کند صحیح است.

این ماده دو فرض دارد، یک فرض ساده را گفته و یک فرض پیچیده را نگفته است:

فرض اول: این فرض را ماده ۶۸۹ گفته است؛ بدین صورت که چند نفر نزد طلبکار می‌روند و می‌گویند: «ای طلبکار! ما حاضریم ضامن بشویم»؛ در این صورت، طلبکار یکی را قبول می‌کند. انگار چند تا ایجاب آمده و طلبکار یکی را قبول کرد و عقد با او منعقد می‌شود؛ فرقی ندارد که ضامن، نقل ذمه یا ضم ذمه باشد.

فرض دوم: این فرض را ماده فوق‌الذکر نگفته است. این فرض بدین صورت است که چند نفر می‌روند پیش طلبکار و می‌گویند: «طلبکار! ما حاضریم ضامن بشویم» و طلبکار هم همه آنها را می‌پذیرد که اینجا دو حالت دارد:

۱. نقل ذمه

۲. ضمّ ذمه

۱. ضمان، نقل ذمه است: در اینجا دین از مدیون منتقل می‌شود به همه ضامن‌ها و بین ضامن‌ها پخش می‌شود یا مساوی یا متفاوت؛ این را ضمان به طور تسهیم می‌گویند. مثلاً اگر سه تا ضامن هستند به طور یک سوم؛ پس مدیون بری می‌شود و دین بین ضامن‌ها پخش می‌شود. در اینجا، طلبکار به هر ضامنی به اندازه خودش می‌تواند رجوع کند (ماده ۷۲۱ قانون مدنی).

ماده ۷۲۱: هرگاه اشخاص متعدد از یک شخص و برای یک قرض به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند مضمون‌له به هر یک از آنها فقط به قدر سهم او حق رجوع دارد و اگر یکی از ضامنین تمام قرض را تأدیه نماید به هر یک از ضامنین دیگر که إذن تأدیه داده باشد می‌تواند به قدر سهم او رجوع کند.

۲. ضمان ضمّ ذمه: چند نفر می‌روند نزد طلبکار و می‌گویند: «ای طلبکار! ما حاضریم ضامنِ ضمّ ذمه بشویم» طلبکار هم همه را می‌پذیرد. بدهکار بری نمی‌شود و تمام ضامن‌ها مسئول هستند، هر کدام در واقع کلّ دین را پذیرفته‌اند یعنی طلبکار می‌تواند از هر ضامنی کلّ طلب را بگیرد.

ماده ۶۹۰: در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار باشد؛ لیکن اگر مضمون‌له در وقت ضمان به عدم تمکّن ضامن جاهل بوده باشد می‌تواند عقد ضمان را فسخ کند ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملّی شود مضمون‌له خیاری نخواهد داشت.

در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار باشد (مالدار بودن ضامن، شرط صحت نیست). یعنی اگر ضامن، فقیر هم بود، معسر بود یا ندار بود، ضمان درست است. اگر هنگام عقد، ضامن ندار بود و طلبکار هم جاهل بود چون این خیار هنگام عقد به وجود می‌آید طلبکار حق فسخ دارد؛ در واقع طلبکار، ضمان را فسخ می‌کند و دوباره دین به عهده بدهکار بر می‌گردد.

نکته: چون این حق فسخ اسم ندارد به آن «خيار تخلف از شرط ضمنی» می‌گوییم ولی اگر ضامن مالدار باشد و بعداً ندار بشود مضمون‌له حق فسخ ندارد.

ماده ۶۹۱: ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است. [ضمانت از دینی که سبب آن ایجاد شده، ضمانت صحیح است.]

ما دو نوع دین داریم:

۱. دینی که فوری به وجود می آید.

۲. دینی که طول می کشد تا به وجود آید.

یک دین در دو مرحله به وجود می آید: اول سبب آن به وجود می آید و بعد یک چیز دیگر به نام شرط به وجود می آید و سپس دین به وجود می آید. ضمان از دینی که فقط سبب به وجود آمده درست است. حال که موضوع، ضمان دین است آیا دین باید حتماً موجود باشد؟ نه! سببش بود کافی است ولو اینکه هنوز دین به وجود نیامده باشد. برای تبیین موضوع، دو مثال مهم می آوریم:

مثال ۱: در نکاح، شوهر، مدیون نفقه است. حال این دین (یعنی دین مربوط به نفقه) با عقد نکاح به وجود نمی آید. نکاح می شود «سبب دین» و البته بعد از نکاح تمکین هم می خواهد تا دین ایجاد شود، «نکاح» می شود سبب و «تمکین» هم می شود شرط و بعد که این دو جمع شد دین به وجود می آید. ماده قانونی فوق می خواهد بگوید همین که نکاح منعقد شد می شود از شوهر ضمانت کرد یعنی در واقع پیش از تمکین می توان از زوج ضمانت کرد زیرا سبب دین به وجود آمده است. نتیجه اینکه ضمان از دینی که سببش به وجود آمده درست است.

مثال ۲: در عقد جعالة، جاعل مدیون جعل نمی شود باید عامل عمل را انجام دهد (ماده ۵۶۷ قانون مدنی: عامل وقتی مستحق جعل می گردد که متعلق جعالة را تسلیم کرده یا انجام داده باشد). حالا قبل از انجام عمل می شود از جاعل ضمانت کرد (هنوز جاعل، مدیون جعل نشده ولی سببش که همانا عقد جعالة باشد ایجاد شده است) طبق مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ قانون مدنی ضمان دینی که سببش ایجاد شده صحیح است.

نکته: گفتیم موضوع ضمان، دین است این دین باید کلی باشد به خاطر اینکه بتواند به عهده ضامن برود (به ضامن منتقل شود) بنابراین از عین معین نمی شود ضمانت کرد و فقط از دین کلی می شود ضمانت کرد.

یک اصطلاح داریم به نام عین مضمونه (اعیان مضمونه): عین مضمونه عینی است که دست یک شخص است و ید آن شخص نسبت به آن عین، ضمانی است و باید آن را به مالک پس بدهد. مثال واضح این مورد غصب است. مال مغضوب، عین مضمونه است. باید توجه داشت از هر دینی که کلی باشد و قائم به شخص نباشد می شود ضمانت کرد که در اینجا نمی شود.

مثال: مال مغضوب دست غاصب است (مال مغضوب می شود عین مضمونه) که عین مضمونه یک نوع عین معین است. حال یک نفر، ضامن غاصب می شود که همین مال (عین معین) را به مالک پس بدهد؛ این ضمان نیست.

وقتی مال دست غاصب است، ضامن چطور می‌تواند آن مال را پس بدهد اگر کلی بود می‌شد. این ضامن نیست و می‌شود «تعهد به فعل ثالث» یعنی من به شما می‌گویم می‌روم مال را از غاصب می‌گیرم و به تو می‌دهم.

ضمان از اعیان مضمونه چون عین معین است ضمان نیست و نوعی تعهد به فعل ثالث است چون موضوع ضمان باید دین کلی باشد و قائم به شخص هم نباشد. مثلاً اول ترم قرار شده است که من این درس را برای شما تدریس کنم حال فرض کنید یکی بیاید ضامن من بشود که این درس را بدهد که نمی‌شود چون این مورد، قائم به شخص است.

نکته: تعهد به ردّ عین از جانب متصرف در برابر مالک (ضمانت از اعیان مضمونه) ضمان نیست (ماده ۱۰ است) زیرا ایفای این تعهد تنها از سوی متصرف امکان‌پذیر است در نتیجه نوعی تعهد به فعل ثالث است. اعیان مضمونه یعنی اموالی که در تصرف مالک نیست و در تصرف دیگری است حال یا بدون اذن در تصرف او است (مثل غاصب) یا در ابتدا با اذن در تصرف او بوده اما با مطالبه مالک از رد امتناع کرده است (مثل امین).

نکته: تضمین حسن انجام قرارداد، ضمان نیست.

چند تا ماده هست که با هم ارتباط دارند:

ماده ۶۹۲ و ۶۹۳ و ۷۰۲ و ۷۰۳ و ۷۰۴ و ۷۱۵ و ۷۱۶.

ماده ۶۹۲: در دین حال ممکن است ضامن برای تأدیه آن آجلی معین کند و همچنین می‌تواند در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنماید.

ماده ۶۹۳: مضمون‌له می‌تواند در عقد ضمان از ضامن مطالبه رهن کند اگر چه دین اصلی رهنی نباشد.

ماده ۷۰۲: هرگاه ضمان مدّت داشته باشد مضمون‌له نمی‌تواند قبل از انقضاء مدّت، مطالبه طلب خود را از ضامن کند اگر چه دین حال باشد.

ماده ۷۰۳: در ضمان حال مضمون‌له حق مطالبه طلب خود را دارد اگر چه دین مؤجل باشد.

ماده ۷۰۴: ضمان مطلق، محمول به حال است مگر آنکه به قرائن معلوم شود که مؤجل بوده است.

ماده ۷۱۵: هرگاه دین مدّت داشته و ضامن قبل از مؤعد آن را بدهد مادام که دین حال نشده است نمی‌تواند از مدیون مطالبه کند.

ماده ۷۱۶: در صورتی که دین حال باشد هر وقت ضامن ادا کند می‌تواند رجوع به مضمون‌عنه نماید هر چند ضامن مدت داشته و موعد آن نرسیده باشد مگر آنکه مضمون‌عنه اذن به ضامن مؤجل داده باشد.

خلاصه مواد فوق: ضامن عقدی است تبعی که تابع دین است. ضامن تابع وجود دین است نه تابع شرایط دین و نه تابع اوصاف دین. پس ضامن الزاماً تابع شرایط دین نیست و الزاماً تابع اوصاف دین نیست. وقتی دین حال است، ضامن می‌تواند مؤجل باشد پس بنابراین نیازی نیست ضامن هم حال باشد. بر عکس، در صورتی که دین مؤجل باشد ضامن می‌تواند حال باشد. همچنین اگر دین وثیقه داشته باشد ضامن می‌تواند وثیقه نداشته باشد. بر عکس، چنانچه دین وثیقه نداشته باشد ضامن می‌تواند وثیقه داشته باشد. ضامن الزاماً تابع همه شرایط دین نیست و ضامن می‌تواند خصوصیات خود را داشته باشد.

ویژگی‌های دین: دین باید مالی باشد (از تعهدات غیرمالی مثل حضانت نمی‌توانیم ضمانت کنیم)؛ دین باید کلی باشد نه عین معین مانند حواله؛ دین باید مشروع باشد؛ دین باید قابل تعیین باشد.

مواد ۶۹۴ و ۶۹۵:

این مواد می‌گویند که ضامن مبتنی بر مسامحه است پس علم اجمالی کافی است.

ماده 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، ضامن صحیح است؛ لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است. [هر چند مسامحه‌ای است اما نباید مبهم باشد یعنی مردد نباشد: ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است. توجه: تنها عقدی که می‌توانست مردد باشد جعاله است].

ماده ۶۹۵: معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون‌له یا مضمون‌عنه لازم نیست.

ماده ۶۹۶: هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگر چه شرط فسخی در آن موجود باشد.

دو نوع دین داریم که یکی را **دین مستقر** و دیگری را **دین متزلزل** گویند.

دین متزلزل: دینی است که ناشی از یک عقد باشد (دین می‌تواند ناشی از عقد نباشد) و آن عقد قابل فسخ است یعنی هر زمان ممکن است عقد فسخ بشود و دین از بین برود. ما یک بیعی داریم که شما به من مدیون هستی حال

فرض کنید من خیار دارم، اگر مستند به این خیار، بیع را فسخ کنم دین شما از بین می‌رود. ماده ۶۹۶ تأکید کرده از دین متزلزل هم می‌شود ضمانت کرد و لازم نیست دین مستقر باشد. نهایت این است که دین از بین می‌رود، ضمان هم تبعاً از بین می‌رود؛ چون ضمان، تبعی بود و ضمان از دین متزلزل درست است. اگر دین از بین رفت، ضمان هم از بین می‌رود. من مالی به شما فروختم و شما بابت ثمن به من بدهکار شدی، حالا من هم خیار دارم که در این صورت دین متزلزل است.

ماده ۶۹۶ قانون مدنی دو تا ایراد دارد:

۱. اصطلاح «شرط فسخ» نادرست است؛ اصلاً ما شرط فسخ نداریم و منظور از این عبارت، «حق فسخ» است.
 ۲. بهتر بود به جای واژه «آن» در این ماده، «سبب آن» می‌آمد. دین را فسخ نمی‌کنند و یک سبب در تقدیر است.
- ماده ۶۹۶ قانون مدنی با ماده ۷۷۵ قانون مدنی ارتباط دارد که البته ماده ۷۷۵ قانون مدنی دو ایراد فوق را ندارد.
- ماده ۷۷۵: برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.
- ماده ۶۹۷ قانون مدنی راجع به ضمان عهده است: ۱. ضمان عهده از بایع یعنی مبیع، مستحق‌لغیر درآمده و بایع باید ثمن بدهد، حال شخصی از بایع ضمانت می‌کند که ثمن را به مشتری بدهد؛ ۲. ضمان عهده از خریدار یعنی ثمن، مستحق‌لغیر درآمده و مشتری متعهد است که مبیع را برگرداند و شخصی ضامن خریدار می‌شود که مبیع را به فروشنده بدهد به خاطر همین، ضمان عهده، ضمان به معنای واقعی نیست بلکه تعهد به فعل ثالث است.
- ضمان عهده در هر موردی که بیع باطل باشد امکان دارد.

ضمان عهده شامل انحلال عقد به سبب فسخ یا اقاله نمی‌شود مگر شرط خلاف شده باشد (مهم).

ماده ۶۹۷: ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق‌لغیر در آمدن آن جایز است.

وقتی عقد باطل است، طرفین باید عوضین را پس بدهند (ماده ۳۶۶ قانون مدنی):

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

حالا فرض کنید یکی از طرفین در عقد از طرف مقابل ضامن می‌خواهد یعنی می‌گوید: طرف مقابل! یک ضامن بده (هنگام انعقاد) برای اینکه اگر معلوم شد عقد ما باطل است من، عوضی را که به شما دادم از ضامن بگیرم چون من به شما اطمینان ندارم، این را **ضمان عهده** گویند (که برای هر دو طرف امکان‌پذیر است).

مثال: من کنار ماشین ایستاده‌ام؛ شما می‌گویید: «ماشین مال کیه؟» من می‌گویم: «مال من است»، شما می‌گویید: «من می‌خواهم این ماشین را بخرم ولی مطمئن نیستم که این ماشین واقعاً مال شماست»؛ از این رو می‌گویم: «شما یک ضامن به من بده که اگر ماشین مال تو نبود من پولی را که به تو دادم از ضامن بگیرم»، این را **ضمان عهده** گویند. **ضمان عهده**، ضمان به معنای واقعی نیست چون باید ثمن را بدهد و ثمن، عین است و دین نیست و ضامن، ضامن واقعی نیست؛ برای همین هم عده‌ای می‌گویند: **ضمان عهده** نوعی تعهد به فعل ثالث است. ضمان از اعیان یعنی ردّ عین معین تحت عنوان **ضمان عهده** پذیرفته شده است اما چون موضوع ضمان باید کلی و بر ذمه باشد به همین دلیلی باید این قرارداد را نوعی تعهد به فعل ثالث دانست؛ **ضمان عهده** یعنی اینکه مبیع یا ثمن مستحقّ‌الغیر درآید در این صورت، بایع و خریدار ضامن درک مبیع و ثمن می‌باشند؛ در این حالت، شخص ثالثی می‌تواند از بایع یا خریدار ضمانت کند به این ضمان، ضمان عهده می‌گویند.

توجه: از دینی می‌توان ضمانت کرد که کلی باشد نه عین معین پس، ضمانت از عین، ضمان به معنای واقعی نیست. ماده ۶۹۷ ضمان عهده را فقط در این یک مورد (معامله فصولی) گفته ولی **ضمان عهده** خیلی وسیع است، هر جا که عقد باطل باشد نه فقط به دلیل فصولی بودن به هر دلیلی که عقد باطل باشد می‌شود ضامن عهده گرفت. فرض کنید بگویی: «ای فلانی! یک ضامن عهده بده!» همین که بگویی یک ضامن عهده بده دیگر به هر دلیلی که عقد باطل باشد پولی را که به طرف دادی می‌روی از ضامن می‌گیری.

نکته: اگر ضامن عهده بگیری به طور مطلق فقط شامل بطلان می‌شود و شامل انحلال نمی‌شود.

مثال: من و شما یک عقدی بستیم نمی‌دانیم باطل است یا صحیح. من ضامن عهده می‌گیرم به طور مطلق. فردا معلوم می‌شود عقد ما صحیح است و باطل نیست. پس فردا من و تو عقد را اقاله می‌کنیم (که این انحلال است) حالا آیا من می‌توانم عوض را از ضامن عهده بگیرم؟ خیر. چون انحلال است (ضمان عهده به طور مطلق فقط مختصّ بطلان است) و اگر بخواهیم شامل انحلال هم بشود باید تصریح کنیم. اگر هیچ چیزی نگوییم فقط شامل بطلان است. چنانچه بخواهیم ضمان عهده، شامل فسخ یا اقاله شود، در این صورت باید بگوییم: «ضامن عهده بده هم برای بطلان و هم برای انحلال» یعنی باید تصریح شود (مواد ۶۹۷ و ۷۰۸ قانون مدنی).

ماده ۷۰۸: کسی که ضامن درک مبیع است در صورت **فسخ** بیع به سبب **اقاله** یا **خیار** از ضامن بری می شود.

تعليق در ضمان (مواد ۶۹۹، ۷۰۰ و ۷۲۳):

تعليق در ضمان دو قسم است:

۱. تعليق در ضمان نقل ذمه

۲. تعليق در ضمان ضم ذمه

۱. تعليق در ضمان نقل ذمه: طبق ماده ۶۹۹ بند ۱ تعليق در ضمان نقل ذمه باطل است.^{۲۱}

تعليق در بیع، اجاره و دیگر عقود درست است اما در قانون گفته تعليق در ضمان نقل ذمه باطل است (ضمان نقل ذمه معلق باطل است).

ماده ۶۹۹: تعليق در ضمان مثل اینکه ضامن قيد کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است [چون ایجاد اصل دین را نمی توان معلق کرد]؛ ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد [یعنی دین مُنَجَزاً ایجاد می شود ولی ضامن، تأدیه دین مستقر شده به عهده خودش را معلق به تحقق شرایطی می کند].

مثال: یک نفر به شما بدهکار است من می گویم: «طلبکار! اگر وام من جور شد، ضامن بدهکار می شوم» (این یعنی صبر کن اگر وام من جور شد آن موقع، دین، بیاید گردن من)؛ این باطل است و ضامن نمی تواند انتقال دین را معلق کند.

مثال ماده ۶۹۹ قانون مدنی: ضامن پیش طلبکار می رود و می گوید: «طلبکار! برو پیش بدهکار، اگر نداد من ضامن هستم» یا به عبارت دیگر می گوید: «برو پیش بدهکار، اگر نداد من می آم عقد ضمان می بندم» که این باطل است چون انتقال دین را به ندادن بدهکار معلق کرده است.

طبق ماده ۷۰۰ ق.م، تعليق ضمان نقل ذمه بر شرایط صحتش (یعنی معلق علیه جزء شرایط صحت ضمان باشد) درست است زیرا تعليق نیست؛ چون وقتی تعليق به ضمان است که شرطی که به آن تعليق شده خارجی باشد. عقد معلق عقدی است که انشاء شده اما مُنشأ (اثر انشاء) موکول به امر دیگری شده است که آن امر باید سه خصوصیت داشته باشد. یکی از خصوصیات معلق علیه این است که معلق علیه باید یک حادثه خارجی باشد یعنی خارج از

^{۲۱} لزوم مُنَجَز بودن ضمان: تعليق در ضمان صحیح نیست.

شرایط صحت عقد باشد. موقعی عقد، معلق است که تکلیف روشن نباشد. مثلاً من می گویم: «ضامن می شوم اگر اهلیت داشته باشم»؛ اهلیت داشتن جزء شرایط صحت عقد است و اینکه تکلیف روشن است چون من یا اهلیت دارم که معامله درست است یا اهلیت ندارم که معامله درست نیست. خارجی باشد یعنی خارج از اراده طرفین باشد؛ مربوط به حادثه خارجی باشد نه درستی و نفوذ عقد.

ماده ۷۰۰: تعلیق ضمان به شرط صحت آن [شرایط صحت اختصاصی] مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد من ضامنم موجب بطلان آن نمی شود [زیرا معلق علیه، خارجی نمی باشد پس عقد، معلق نیست؛ لذا ضمان، صحیح است].

یکی از شرایط صحت ضمان، وجود دین است (یعنی اول باید کسی مدیون باشد تا دیگری بتواند از او ضمانت کند). حال ضامن به طلبکار می گوید: «اگر فلانی مدیون باشد من ضامنم» که دو حالت قابل فرض است: یا مدیون هست و ضمان هم هست یا مدیون نیست و ضمان نیست که تکلیف روشن است و ضمان درست است. پس: در دو عقد ضمان و نکاح، تعلیق به شرایط صحت باطل نیست.

طبق بند ۲ ماده ۶۹۹ در ضمان نقل ذمه، ضامن می تواند بعد از انتقال دین، التزام خود را به تأدیه معلق کند که این اشکال ندارد. اما فراموش نشود که ضمان معلق باطل است پس ضمان (نقل ذمه) باید منجز باشد. برای مثال، ضامن به طلبکار می گوید: «من ضامن هستم؛ اگر نداد به من رجوع کن»، که از این عبارت می فهمیم ضمان، معلق نیست؛ در مقابل این ایجاب، طلبکار هم قبول می کند؛ پس ضمان منجزاً منعقد می شود و در همین زمان، دین هم به ضامن منتقل می شود؛ حال ضامن به طلبکار می گوید: «به من یک فرصت بده من فعلاً دینم را نمی دهم» در واقع این یک شرط است و طلبکار هم می تواند قبول کند. بدین شکل که ضامن می گوید: «ای طلبکار! برو سراغ بدهکار (بدهکاری که به موجب عقد ضمان منجز مطابق ماده ۶۹۸ ق.م. بری شده) شاید داد! اگر نداد من دین را می دهم»؛ البته گفتنی است بدهکاری که بری شده هم می تواند ندهد چون با ضمانت بری شده و دیگر خیالش راحت است (من جای مضمون عنه باشم نمی دم!!).

۲. تعلیق در ضمان ضم ذمه: تعلیق در ضمان ضم ذمه، همان ضمان ضم ذمه طولی است.

ضمان ضم ذمه دو نوع است:

۱. طولی

۲. عرضی

ضمانِ ضمّ ذمهّ عرضی، منجز است و ضمانِ ضمّ ذمهّ طولی، معلق است. اثر حقوقی ضمانِ ضمّ ذمهّ، انتقال دین نیست. می‌دانیم که هر عقدی اثر حقوقی دارد **انتقال دین** اثر حقوقی ضمانِ نقلِ ذمهّ است. اثر حقوقی ضمانِ ضمّ ذمهّ **التزام ضامن** است. فرق آن دو این است که در ضمانِ نقلِ یک دین است و یک مدیون (یعنی ضامن). اگر التزام، فوری (با عقد) ظاهر شود ضمانِ ضمّ ذمهّ عرضی می‌شود در ضمانِ ضمّ ذمهّ عرضی می‌شود مستقیم از ضامن گرفت چون التزام به وجود آمده اما در ضمانِ ضمّ ذمهّ طولی التزام ضامن، معلق است و ضامن می‌تواند بگوید: «اول برو سراغ بدهکار و اگر بدهکار نداد من ملتزم هستم که بدهم.» پس تعلیق در ضمانِ ضمّ ذمهّ ایرادی ندارد.

ماده ۷۲۳ (التزام به تأدیه دین دیگری): «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید.» [ضمانِ ضم]

این ماده، ضمانِ ضمّ ذمهّ را گفته است؛ ضمانِ ضمّ ممکن است طولی باشد یا عرضی. در ضمانِ ضمّ، تعلیق صحیح است. ضمانِ طولی اول باید به مضمون‌عنه رجوع شود، بعد به ضامن؛ در ضمانِ ضمّ طولی، مضمون‌عنه بری نمی‌شود. در ضمانِ ضمّ مندرج در ۷۲۳ یک تعلیق صورت گرفته است یعنی ضامن گفته: «من در صورتی ضامن می‌شوم که فلانی پرداخت نکند» این، عقدِ ضمان نیست و یک عقدِ ماده ۱۰ است.

ماده ۷۰۱: ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون‌له نمی‌تواند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسارِ ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ ق.م.مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دینِ مضمون‌له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد.

ماده ۶۹۰: در ضمان شرط نیست که ضامن، مال‌دار باشد [ولی شرطِ بنایی است^{۲۲}] لیکن اگر مضمون‌له در وقت ضمان به عدم تمکّنِ ضامن جاهل بوده باشد می‌تواند عقد ضمان را فسخ کند [مانند حواله] ولی اگر ضامن بعد از عقد، غیرِ مملیء شود مضمون‌له خیارِ نخواهد داشت [پس اگر ضامنی که در زمان عقد مُعسر بوده، قبل از اِعمالِ

^{۲۲} مواردی که از جهت عرف لازمه عقد است و با استنباط از اوضاع و احوال و قرائن و امارات در چارچوب تراضی دو طرف عقد می‌گنجد. شرطِ بنایی یا بنایی شرطی است که قبل از عقد، طرفین بر التزام به آن توافق کرده و عقد را بر اساس آن واقع می‌کنند، ولی در متن عقد بدان تصریح نمی‌شود.

خیار فسخ توسط مضمون‌له، تمکن مالی پیدا کند، خیار، ساقط می‌شود زیرا ضرر دفع شده است.]

نزوم عقد ضمان:

ضمان لازم است یا جائز؟ پاسخ با توجه به اینکه ضمان، ضمّ ذمه یا نقل ذمه باشد متفاوت است.

۱. ضمان نقل ذمه: این ضمان (نقل ذمه) عقدی است لازم هم نسبت به ضامن و هم نسبت به طلبکار.

ماده ۷۰۱ سه استثناء دارد، یعنی در سه مورد عقد ضمان نقل ذمه قابل فسخ است:

الف) اعسار ضامن: ضامن در زمان عقد مال نداشت و طلبکار هم بدین امر جاهل بود (ماده ۶۹۰).

ب) بودن حق فسخ نسبت به سبب دین مضمون‌له: این همان بحث دین متزلزل است. فرض کنید دینی وجود دارد که ناشی از یک عقد است و آن عقد، قابل فسخ است یعنی هر زمان ممکن است عقد فسخ شود و دین از بین برود. بدیهی است اگر دین از بین برود ضمان هم از بین می‌رود.

ج) خیار تخلف از شرط:

یک سری عقود در موارد خاص فسخ می‌شوند، ضمان جز در این سه مورد قابل فسخ نیست.

نکته ۱: ضمان نقل ذمه قابل اقاله نیست. یعنی ضامن و طلبکار نمی‌توانند توافق کنند عقد ضمانت را بر هم بزنند چون به ضرر بدهکار می‌شود. با انعقاد عقد ضمان، بدهکار بری شده و دوباره نمی‌شود او را مدیون کرد. پس اقاله ضمان نقل ذمه باطل نیست اما غیر نافذ است چون که بدهکار می‌تواند موافقت کند. این موضوع بواسطه این لحاظ شده است که اقاله دو طرف عقد با حقوق شخص ثالث (مدیون اصلی) برخورد پیدا می‌کند.

نکته ۲: خیار شرط در ضمان نقل ذمه راه ندارد (مانند اقاله) چون در اینجا نیز وجود خیار شرط و متعاقباً اعمال آن به ضرر بدهکار است.

نکته ۳: شرط فاسخ در ضمان نقل ذمه راه ندارد چون به ضرر بدهکار است.

۲. ضمان ضمّ ذمه: در قانون نیست.

ضمان ضمّ ذمه نسبت به ضامن، لازم است و نسبت به طلبکار، جایز است مانند رهن و کفالت.

نکته ۱: ضمان ضمّ ذمه قابل اقاله است چون به ضرر کسی نیست. از آنجایی که مدیون بری نشده و همچنان مدیون

هست از این رو، چه ضامن وجود داشته باشد چه نباشد به مدیون کاری ندارد.

نکته ۲: خیار شرط در ضمان ضمّ ذمه اشکالی ندارد.

نکته ۳: شرط فاسخ در ضمان ضمّ ذمه اشکالی ندارد.

ماده ۷۰۷: اگر مضمون‌گه، ذمه مضمون‌عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود مگر این که مقصود، ابراء از اصل دین باشد.

این ماده غلط است هم با نقل ذمه هم خوانی ندارد و هم با ضمّ ذمه. البته باید توجه داشت که منظور این ماده، ضمان نقل ذمه بوده (چرا که گفتیم اساساً مقصود قانونگذار در حقوق مدنی، نقل ذمه است) اما با هر دو (چه نقل و چه ضم) غلط است. می‌دانیم که بر اثر ضمان (نقل ذمه) مدیون بری می‌شود. حال این سؤال مطرح می‌شود که: آیا می‌شود مدیون را بعد از ضمان، ابراء کرد؟ خیر، چون مدیون بری شده و ابراء کسی که بری شده **تحصیل حاصل** است. اگر در ضمان ضمّ ذمه مدیون را ابراء کنیم ضامن هم بری می‌شود پس منظور ماده، نقل ذمه است نه ضمّ ذمه و طبق ماده ۷۱۸ قانون مدنی، ماده ۷۰۷ غلط است:

ماده ۷۱۸: هرگاه مضمون‌گه ضامن را از دین ابراء کند ضامن و مضمون‌عنه هر دو بری می‌شوند.

ماده ۷۰۸ با ماده ۶۹۷ ارتباط دارد:

ماده ۷۰۸: کسی که ضامن درک میباید است در صورت فسخ بیع به سبب اقاله یا خیار از ضمان بری می‌شود.

ماده ۶۹۷: ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک میباید یا ثمن در صورت مستحق‌للغیر در آمدن آن جایز است.

در ماده ۷۰۸ گفته «ضامن درک میباید» که باید می‌گفت «ضامن عهده» (بحث ضامن عهده را قبلاً توضیح داده‌ایم).

۱. اگر مضمون‌عنه ملتزم شده که در مدت معینی برائت ضامن را بگیرد و مدت مزبور منقضی شود ضامن می‌تواند

به مضمون‌عنه رجوع کند؛ ۲. با رعایت سه شرط ضامن می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند:

ماده ۷۰۹ قانون مدنی:

ماده ۷۰۹: ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد مگر **بعد از اداء دین**؛ ولی می‌تواند، در صورتی که مضمون‌عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی براثت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند.

ضامن وقتی می‌تواند به مدیون رجوع کند که دین را داده باشد. این ماده ناقص است. رجوع ضامن به مدیون علاوه بر پرداخت دین توسط ضامن دو تا شرط دیگر هم دارد که یکی این است که **ضامن، اذن داشته باشد** (اذن در [انعقاد] ضمان، اذن در تأدیه هم هست پس ضامن برای رجوع به مضمون‌عنه لازم نیست که اذن در تأدیه را نیز کسب کند). اگر ضامن، اذن در پرداخت دین از مدیون نداشته باشد حق رجوع ندارد. در موارد مربوط به عقد ضمان در مورد اذن چیزی اشاره نشده است و باید این امر را از ماده ۲۶۷ قانون مدنی استنباط کنیم. ضامن در عقد ضمان، مثل ثالث است. ثالث اگر بدون اذن پرداخت از مدیون، دین مدیون را پرداخت می‌کرد حق رجوع به مدیون را نداشت. به نظر می‌رسد در مورد ضامن هم به همین شکل است.

نکته: در عقد ضمان اگر اذن در انعقاد عقد نداشتیم ولی بعداً اذن در تأدیه بگیریم، حق رجوع ندارد مگر شرط خلاف شده باشد یا ضمان تضامنی باشد.

ماده ۲۶۷: ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جائز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد و الا حق رجوع ندارد.

شرط سوم این است که **ضامن قصد تبرع نداشته باشد** (ماده ۷۲۰ ق.م.).

ماده ۷۲۰: ضامنی که به تبرع ضمانت کرده باشد حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد.

ماده ۷۰۹: ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد مگر بعد از اداء دین؛ ولی می‌تواند، در صورتی که مضمون‌عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی براثت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند.

طبق ماده ۷۰۹ ضامن وقتی حق رجوع دارد که دین را داده باشد که یک استثناء دارد. یک مورد هست که ضامن دین را نداده ولی حق رجوع دارد. ماده ۷۰۹ مقرر داشته مدیون به ضامن می‌گوید: «بیا ضامن من شو!» ضامن

می گوید: «من پول ندارم! چطور دین را بدهم؟!» مدیون می گوید: «نمی گذارم شما دین را بدهی؛ شما فقط ضامن من شو و عقد ضمان را با طلبکار ببند؛ من تا هفته ای دیگر یا پول را به شما می دهم یا خودم دین را می دهم، خلاصه اینکه نمی گذارم شما مدیون بمانی که تو دین را بدهی.» در واقع می گوید: «تو ضامن من شو که من بری بشوم تا بروم دنبال پول و تا یک هفته پول را به تو می رسانم.» حال فرض کنید یک هفته گذشت و ضامن هنوز دین را نداده؛ در این صورت ضامن می تواند به مدیون رجوع کند.

نکته: مستحضر هستید که اگر ضامن، دین را بدهد حق رجوع دارد؛ حال یک چیزهایی هست در حکم دادن دین است که اگر آن کارها هم اتفاق بیفتد ضامن حق رجوع دارد مثل اینکه:

ضامن حواله بدهد یا طلبکار حواله بدهد: حواله منعقد بشود ضامن ذمه اش بری می شود یعنی انگار دین را داده پس حق رجوع دارد.

تهاتر: دین ضامن تهاتر می شود یعنی ضامن از طلبکار، طلبکار می شود و دینش با تهاتر از بین می رود و در این صورت، حق رجوع به مضمون عنه را دارد.

مالکیت ما فی الذمه: فرض کنید طلبکار می میرد و ضامن، وارث اوست یا طلبکار، طلب را به بدهکار منتقل می کند که مالکیت ما فی الذمه رخ می دهد و ضامن حق رجوع دارد.

ماده ۷۱۰ حواله را گفته، ماده ۷۱۲ مالکیت ما فی الذمه را گفته و تهاتر را هم قانون صراحتاً نگفته است و این موضوع، از قواعد عمومی معاملات بر می آید.

ماده ۷۱۰: اگر ضامن با رضایت مضمون له حواله کند به کسی که دین را بدهد و آن شخص قبول نماید مثل آن است که دین را ادا کرده است و حق رجوع به مضمون عنه دارد و همچنین است حواله مضمون له به عهده ضامن. ماده ۷۱۲: هرگاه مضمون له فوت شود و ضامن، وارث او باشد حق رجوع به مضمون عنه دارد.

ماده ۷۱۱:

فرض بفرمایید ضامن رفت رأساً دین را داد و همه چیز تمام شد، حال مضمون عنه دوباره رفت دین را داد (ایفای ناروا) و از آنجایی که ضامن دین را داده حق رجوع به مضمون عنه را دارد؛ و اساساً ربطی به ضامن ندارد که

مضمون‌عنه دوباره دین را داده است.

ماده ۷۱۱: اگر ضامن دین را تأدیه کند و مضمون‌عنه آن را ثانیاً بپردازد 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.

ماده ۷۱۳ (پرداخت کتر از دین):

ماده ۷۱۳: اگر ضامن به مضمون‌له کمتر از دین داده باشد، زیاده بر آنچه داده نمی‌تواند از مدیون مطالبه کند، اگر چه دین را صلح به کمتر کرده باشد.

ضامن نمی‌تواند از ضمان سود ببرد (ضمان، مبتنی بر مغاینه نیست؛ بلکه بر مسامحه استوار است) اگر ضامن کمتر به طلبکار بدهد حق رجوع به بیشتر را ندارد. مثلاً دین، ده میلیون بوده و ضامن، نه میلیون داده و مضمون‌له هم قبول کرده است، ضامن نمی‌تواند برود ده میلیون را بگیرد. مدیون می‌گوید: «طلبکار! ضامن چقدر داده؟» سپس همان را می‌دهد.

اگر طلبکار، ضامن را ابراء کرد چون ضامن چیزی نداده حق رجوع ندارد.

نکته: طبق ماده ۷۱۴ قانون مدنی اگر ضامن بیشتر از دین بدهد حق رجوع ندارد مگر اینکه بدهکار گفته باشد بیشتر بدهد.

ماده ۷۱۴: اگر ضامن زیاده‌تر از دین به داین بدهد حق رجوع به زیاده ندارد مگر در صورتی که به اذن مضمون‌عنه داده باشد.

ماده ۷۱۸: هرگاه مضمون‌له، ضامن را از دین ابراء کند ضامن و مضمون‌عنه هر دو بری می‌شوند.

این ماده اشعار داشته است اگر طلبکار ضامن را ابراء کند دو نفر بری می‌شوند، هم ضامن و هم مضمون‌عنه. وقتی طلبکار، ضامن را ابراء می‌کند ضامن در مقابل طلبکار بری می‌شود و مضمون‌عنه در مقابل ضامن، بری می‌شود چون دیگر ضامن حق رجوع ندارد. ضامن به هر ترتیبی دین را پرداخت کند حق رجوع دارد، ابراء، پرداخت دین نیست بلکه در ابراء داین از حق دینی خود به اختیار صرف‌نظر می‌کند.

طبق ماده ۷۱۹ قانون مدنی اگر ضامن هیچ ندهد حق رجوع ندارد اما اگر چیزی بدهد حق رجوع دارد.

ماده ۷۱۹: هرگاه مضمون‌له، ضامن را ابراء یا دیگری مجاناً دین را بدهد ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد.

ماده ۷۱۷ هم دوباره تکرار ماده ۲۶۷ است.

ماده ۷۱۷: هرگاه مضمون‌عنه دین را ادا کند ضامن بری می‌شود هر چند ضامن به مضمون‌عنه إذن در ادا نداده باشد.

ماده ۲۶۷: ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جائز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد و الا حق رجوع ندارد.

بعد از ضمان (نقل ذمه) ضامن بدهکار است و مضمون‌عنه، شخص ثالث است که می‌تواند دین را بدهد.

نکته: در صورتی که بطلان دین اصلی ثابت شود یعنی عقد پایه دین باطل باشد ضمانت باطل است (به مبحث حواله رجوع شود)؛ ولی فسخ قراردادی که مبنای آن، دین بوده مبطل ضمان نیست چون فسخ، ناظر به آینده است و هنگام ضمان، دین مستقر بوده اما در اثر فسخ، ضامن بری می‌شود.

دو مبحث را یادآوری می‌کنم:

۱. زمان رجوع ضامن به مضمون‌عنه: **زمان دین** را چک کنید.
 اگر دین، حال و ضمان، مؤجل. ضامن پرداخت. ضامن می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند.
 اگر دین، مؤجل و ضمان، حال. ضامن پرداخت. ضامن نمی‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند.
 ۲. زمان رجوع مضمون‌له به ضامن: **زمان عقد ضمان** را چک کنید.
 اگر دین، حال و ضمان، مؤجل. اگر ضمان مدت داشته باشد، مضمون‌له نمی‌تواند قبل از انقضای مدت مطالبه طلب خود را از ضامن کند اگر چه دین، حال باشد.
 اگر دین، مؤجل و ضمان، حال. مضمون‌له هر لحظه ممکنه به ضامن، مراجعه کند پس مضمون‌له حق مراجعه به ضامن و مطالبه طلب را دارد اگر چه دین مؤجل باشد.
- نکته: اصل بر حال بودن ضمان است. با فوت ضامن، دین ضامن حال می‌شود.

ابراء ضامن و مضمون‌عنه:

در ضمان نقل اگر ضامن بری شود ضامن و مضمون‌عنه هر دو بری می‌شوند؛ اما ضامن، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد (چون ابراء است و ابراء، پرداخت نیست و شرط رجوع ضامن به مضمون‌عنه پرداخت است).

در ضمان نقل اگر مضمون‌له، ذمه مضمون‌عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود چون مضمون‌عنه از ابتدا بری شده است؛ مگر مقصود، ابراء از اصل دین باشد که در این صورت ضامن هم بری می‌شود.

عقد حواله^{۲۳}

مواد ۷۲۴ تا ۷۳۳

ماده ۷۲۴ قانون مدنی: «حواله عقدی است که به موجب آن، طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد. مدیون را مُحیل، طلبکار را مُحْتال، شخص ثالث را مُحال‌علیه می‌گویند.» حواله، عقدی لازم^{۲۴} حساب می‌شود؛ عهدي است و تملیکی نیست؛ معوض است؛ رضایی است و مسامحه‌ای است. حواله وسیله پرداخت است، پس دو نتیجه می‌توان گرفت: اول اینکه معسر می‌تواند طرف عقد باشد چون معسر ممنوع از مداخله در اموالش نیست اما ورشکسته نمی‌تواند طرف عقد باشد چون حواله نوعی پرداخت است، ولو مُحیل ورشکسته بر مُحال‌علیه بری حواله صادر کند.

حواله برادرِ کوچکِ ضمان است و بسیاری از قواعد آن شبیه ضمان است؛ با این تفاوت که به اراده مدیون هم نیاز است. در ضمان اراده مدیون نبود ولی در حواله اراده مدیون هم هست. ضمان با دو اراده منعقد می‌شد اما حواله با سه اراده. حواله تنها عقدی است که حتماً سه اراده می‌خواهد:

۱. مدیون اوّل (مُحیل)

۲. مدیون دوّم (مُحال‌علیه)

۳. طلبکار (مُحتال یا مُحال‌له)

^{۲۳} حواله مانند ضمان، انتقال دین است منتها حواله یک ویژگی دارد که ضمان ندارد؛ حواله می‌تواند انتقال طلب هم باشد در صورتی که ضمان نمی‌تواند. اگر الف، مدیون ب باشد و از طرفی، طلبکار من باشد دینی که به ب دارد را به من منتقل می‌کند (انتقال دین) طلبی که از من داره رو به ب منتقل می‌کند (انتقال طلب).

^{۲۴} هیچ یک از مُحیل، مُحْتال و مُحال‌علیه نمی‌توانند آن را فسخ کنند مگر در مورد ماده ۷۲۹ یا در صورتی که خیار فسخ، شرط شده باشد (خیار شرط). در ضمان، خیار شرط نداریم.

مثال: فرض کنید من به شما بدهکار هستم و می‌گویم: «برو دین را از آقای الف بگیر»، الف و شما نیز می‌پذیرید. در اینجا ابتکار با مُحیل است. من (محیل)، آقای الف (مُحالٌ علیه) و شما (محتال).

ماده ۷۲۴ ق.م. به جای «دین» گفته «طلب» که به نظر نادرست است؛ در حواله، دینِ محیل به مُحالٌ علیه منتقل می‌شود. در حواله دو رابطه را باید از هم جدا کرد و به تفکیک توضیح داد:

۱. رابطه مُحیل و مُحتال (من و شما)

۲. رابطه مُحیل با مُحالٌ علیه (رابطه من و آقای الف)

رابطه محیل و محتال: برای صحت حواله، محیل باید به مُحتال بدهکار باشد (اگر مدیون بود، حواله است؛ اگر مدیون نباشد حواله نیست یعنی احکام حواله در آن جاری نیست؛ اگر محیل به محتال بدهکار نباشد ماده ۷۲۶ گفته که این حالت، حواله نیست و باطل هم نیست؛ یک چیز دیگر است؛ یک نهادِ حقوقی دیگر است. خب پَ چیه؟ یا وکالت در وصول است، یا قرض است یا هبه. اگر در مسأله‌ها فرضی گفته شد که محیل به محتال بدهکار نبوده و حواله نیز نموده است اصولاً وکالت در وصول است و قرض یا هبه باید اثبات شود. در اختلافِ مُحیل با مُحتال، صدورِ حواله، ظهور در مدیونیت دارد. حواله هم مثل ضمان، عقدی است تبعی.

ماده ۷۲۶: اگر در مورد حواله، محیل، مدیونِ محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود.

مثال: فرض کنید من به شما بدهکار نیستم و به شما می‌گویم: «برو از آقای الف یک میلیون بگیر»؛ این فرض می‌تواند هبه، قرض یا وکالت و ... باشد یا مثلاً می‌تواند عقد ماده ۱۰ ق.م باشد، هر چه هست حواله نیست.

رابطه محیل با مُحالٌ علیه: نیازی نیست حتماً مُحالٌ علیه به مُحیل، مدیون باشد. رابطه بین مُحیل و مُحالٌ علیه از دو حالت خارج نیست:

۱. مُحیل از محالٌ علیه طلب دارد و به این دلیل حواله می‌دهد: اگر محیل از مُحالٌ علیه طلب داشته باشد، این را «حواله کامل» گویند یا حواله بر مدیون (مُحالٌ علیه).

۲. مُحیل از محالٌ علیه طلب ندارد: اگر محیل از مُحالٌ علیه طلب نداشته باشد این را حواله بر بَری (مُحالٌ علیه) گویند.

مثال حالت اول: من به شما ۱۰ میلیون بدهکار هستم و از آقای الف هم ۱۰ میلیون طلبکار هستم؛ به شما می‌گویم:

«برو ده میلیون را از الف بگیر»؛ البته «الف» هم می‌تواند قبول نکند و بگوید: بدهی را فقط به دست خودش می‌دهم چون حواله عقد است و محال‌علیه می‌تواند قبول کند یا قبول نکند.

طرح متفاوت مثال بالا: فرض کنید **الف**، **مدیون ب است** و **الف** حواله می‌دهد به **من**؛ اگر **من**، **مدیون الف** باشم، این حواله هم **انتقال دین** است هم **انتقال طلب** یعنی دینی که به **ب** داشت را به **من** منتقل می‌کند و طلبی که از **من** داشت را به **ب**.

مثال حالت دوم: **من** از «الف» طلب ندارم؛ «الف» دوست **من** است و **الف** به **من** گفته هر وقت طلبکار داشته «طلبکارهایت را نزد **من** بفرست»؛ یا به عبارت دیگر، «طلبکارهایت را به **من** حواله بده» حالا **من** به تو یک میلیون بدهکار هستم و می‌گویم برو از «الف» بگیر.

در حواله **بربری**، **مُحال‌علیه** مثل ضامن در عقد ضمان است و وقتی **دین** را داد حق رجوع دارد. در اینجا **مُحال‌علیه** در حکم ضامن است. در این حالت، علم اجمالی **مُحال‌علیه** کافی است.

در حواله **بر خلاف ضمان**، علم اجمالی به مورد حواله کفایت نمی‌کند. طبق قانون، عقود که علم اجمالی آنها کافی است، عبارتند از صلح، ضمان، جعاله؛ بنابراین حواله جزء آنها نیست؛ پس بر طبق قانون، حواله با اینکه مسامحه‌ای است اما علم باید تفصیلی باشد (هرچند که طبق نظر مرحوم کاتوزیان، علم اجمالی کافی است).

ماده ۷۲۷: برای صحت حواله لازم نیست که **مُحال‌علیه** مدیون به محیل باشد؛ در این صورت **مُحال‌علیه** پس از قبولی در حکم ضامن است.

ماده ۷۳۱: در صورتی که **مُحال‌علیه** مدیون محیل نبوده، بعد از اداء وجه حواله می‌تواند به همان مقداری که پرداخته است رجوع به محیل نماید.

مواد ۷۲۸ و ۷۲۹ با ماده ۶۹۰ ارتباط دارد.

ماده ۷۲۸: در صحت حواله، ملائت **مُحال‌علیه** شرط نیست. [ملائت **مُحال‌علیه**، شرط صحت نیست اما ملائت **مُحال‌علیه**، شرط ضمنی یا بنایی است].

ماده ۷۲۹: هرگاه در وقت حواله **مُحال‌علیه** **مُعسر** بوده و **مُحتال**، **جاهل** به اعسار او باشد مُحتال می‌تواند حواله را

فسخ و به مُحیل رجوع کند.

ماده ۶۹۰: در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار باشد لیکن اگر مضمون‌له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد می‌تواند عقد ضمان را فسخ کند ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملیء شود مضمون‌له خیاری نخواهد داشت.

ماده ۷۳۰ با ماده ۶۹۸ ارتباط دارد:

ماده ۷۳۰: پس از تحقق حواله، ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه مُحالْ علیه مشغول می‌شود.

ماده ۶۹۸: بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود.

اثر حواله: بعد از تحقق حواله، ذمه مُحیل از دینی که حواله داده بری می‌شود (چون انتقال دین است) و ذمه مُحالْ علیه مشغول می‌شود منتها باید به سه نکته توجه کرد:

۱. مقتضای ذات حواله **وجود دین** است نه **انتقال دین** (خلاف مقتضای ذات نمی‌شود تراضی کرد؛ حالا آیا می‌توانیم تراضی کنیم که مُحیل بری نشود؟ می‌شه چون مقتضای ذاتش نیست. پس شرطِ ضمّ ذمه محلیل به مُحالْ علیه معتبر است یعنی محیل بری نشود زیرا مقتضای ذات حواله، وجود دین است نه انتقال دین)

۲. اثر ضروری آن، انتقال دین است اثر غیر ضروری آن، انتقال طلب است.

۳. در حواله، مانند ضمان، وثائق و تضمینات سابق از بین می‌رود البته شرط بقاء صحیح است.

اثر حواله مثل ضمان «انتقال دین» است. دین از محیل به مُحالْ علیه منتقل می‌شود. ماده ۷۳۰ تکمیلی است و خلاف آن می‌شود شرط کرد. یعنی می‌شه شرط کرد که مُحیل، بری نشود و مُحالْ علیه به او اضافه شود؛ مثل ضمان ضمّ ذمه.

ماده ۷۳۲ با ماده ۷۰۱ ارتباط دارد:

ماده ۷۳۲: حواله عقدی است لازم و هیچ یک از مُحیل و مُحال و مُحالْ علیه نمی‌تواند آن را فسخ کند مگر در

مورد ماده ۷۲۹ و یا در صورتی که خيار فسخ شرط شده باشد.

ماده ۷۰۱: ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی تواند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد.

حواله عقدی لازم است از هر سه طرف (اطراف حواله). حواله، قابل اقاله است چون با سه اراده شکل می گیرد پس به کسی ضرر نمی خورد و اگر هم ضرر بخورد بنا بر قاعده اقدام، قابل توجیه است. خيار شرط در حواله راه دارد چون با سه اراده شکل می گیرد و شرط فاسخ هم در حواله راه دارد چون با سه اراده شکل می گیرد و چون همه با سه اراده است به کسی ضرر نمی رسد.

ماده ۷۳۳ ق.م:

چهار عقد تبعی در قانون مدنی وجود دارد:

۱. ضمان

۲. حواله^{۲۵}

۳. كفالت^{۲۶}

۴. رهن

هر چهار تا تابع دین اند. از تبعی بودن این عقود دو نتیجه گرفته می شود و ماده ۷۳۳ به این موضوع اشاره کرده است.

^{۲۵} حواله، تبعی است (یعنی مُحیل باید به مُحْتال بدهکار باشد)؛ برای صحت حواله کافی است که سبب موجود باشد نیازی به استقرار نیست (مانند ضمان)؛ هر چند که دین بر ذمه ثابت نشده باشد مانند حواله دین ناشی از عقد معلق. چون حواله، تبعی است احکام ضمان مانند اوصاف دین (مثل اینکه دین، کلی باشد) در حواله هم لازم است پس حواله تسلیم عین معین؛ حواله واقعی نیست و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی است. حواله مانند ضمان وابسته به دین است و یکی از شرایط دین این است که باید کلی باشد پس عین معین را نمی توان حواله کرد.

^{۲۶} نکته: ضمان، رهن و ابراء وابسته به دین هستند اما نیاز نیست که سبب، مستقر شده باشد اما باید ایجاد شده باشد؛ كفالت، مانند ضمان، ابراء و رهن وابسته به دین است اما علاوه بر اینکه باید سبب ایجاد شده باشد باید بر ذمه هم مستقر شده باشد. ابراء دین معلق صحیح است، ضمان دین معلق صحیح است، دین معلق را می توان حواله کرد، برای دین معلق می توان رهن گرفت زیرا در دین معلق، سبب، ایجاد شده ولی مستقر نیست و نیازی به استقرار هم ندارد.

ماده ۷۳۳: اگر در بیع، بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد، بطلان بیع معلوم گردد حواله باطل می‌شود [بهتر بود می‌گفت: «باطل است»] و اگر محتال، ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد؛ ولی اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود [بهتر بود می‌گفت: «منحل شود»] حواله باطل نبوده [ولی منفسخ می‌شود] لیکن محال‌علیه، بری و بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند. مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود.

نتیجه اول: اگر بعد از این عقود (چهار عقد) معلوم بشود اصلاً دینی نبوده عقد (یعنی هر کدام از این چهار عقد) باطل است. چون این عقود تابع دین هستند و اگر دینی نباشد عقد باطل است.

نتیجه دوم: اگر دین موجود بوده و بعداً از بین برود این عقود منفسخ می‌شوند.

اگر از اول دینی نبوده این عقود باطل هستند اما اگر دینی بوده بعداً از بین برود این عقود منفسخ می‌شوند.

اثر انحلال عقد اصلی در حواله: اگر در بیع، بایع حواله داده باشد که مشتری، ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع، ثمن را از کسی بگیرد اگر بیع انحلال (این انحلال ممکن است در اثر بطلان باشد یا فسخ یا اقاله) پیدا کند، اثر انحلال بیع در حواله چیست؟

اگر بیع باطل باشد: حواله هم باطل است (چون دینی دیگر وجود ندارد).

اگر بیع فسخ یا اقاله شود: حواله، باطل نیست اما محال‌علیه، بری می‌شود، محتال باید به محیل رجوع کند چون هنوز دینی وجود دارد و دین، باطل نیست.

همین حکم در ضمان و رهن نیز قابل پیاده‌سازی است.

ترامی در حواله (تسلسل): یعنی محال‌علیه (کسی که به او حواله می‌شود) حواله دهد به الف، الف حواله دهد به ب، ب به ج و ... این صحیح است.

دور در حواله: دور در حواله صحیح است؛ مثل آنکه الف به من حواله می‌دهد که من دینش را بدهم و ذمه‌اش بری شود؛ دوباره من به خود الف حواله می‌دهم؛ دور در حواله، صحیح است یعنی محال‌علیه می‌تواند حواله دهد به بری. در این حالت، دین برمی‌گردد و تضمینات دین از بین می‌رود (دور در کفالت باطل است چون فایده ندارد ولی در ضمان صحیح است).

حواله به غیر جنس دین: حواله به غیر جنس دین صحیح است ولی اگر حواله اتفاق بیافتد یک نوع تبدیل تعهد به اعتبار موضوع هم هست.

عقد کفالت

مواد ۷۳۴ تا ۷۵۱

عقد کفالت یک عقد تبعی است، و فرق آن با ضمان در این است که در ضمان، تعهد بر دین است ولی در کفالت، تعهد بر حضور مکفول است و در صورت تخلف او کفیل ملزم به پرداخت دین است.

ماده ۷۳۴ قانون مدنی: «کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می کند. متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول له می گویند.»

طرفین این عقد، کفیل و مکفول له هستند و مکفول نقشی در عقد ندارد.

ویژگی های کفالت:

۱. کفالت، عقدی است از سوی کفیل، لازم و از سوی مکفول له، جایز. (اوونی که از سویش جایز است، با فوتش یا حجرش از بین نمی رود یعنی: کفالت با فوت یا حجر مکفول له منحل نمی شود)
۲. کفالت عقدی است عهدی و غیرمعوّض است (ولی حواله معوّض بود) و کفالت تنها عقد غیرمعوّضی است که یک مورد آن هم عهد است (نه مال؛ اگر مال بود می شد هبه).
۳. کفالت عقدی رضایی و مسامحه ای است؛ (علم اجمالی کفیل به دین کافی است) (البته طبق نظر دکتر کاتوزیان)؛ ولی طبق قانون، علم اجمالی اینجا کافی نیست چون فقط در صلح و ضمان و جعاله اینگونه است). مسامحه ای بودن این عقد، دو نکته دارد: اولاً علم اجمالی به دین کافی است؛ ثانیاً در صحت کفالت، علم کفیل به ثبوت حق بر عهده مکفول شرط نیست بلکه ادعای حق، کافی است اگر چه مکفول مُنکر باشد.
۴. کفالت، تبعی است یعنی وابسته به دین است؛ دین باید بر ذمه مستقر باشد و ایجاد سبب، کافی نیست بر خلاف ضمان و حواله، چون انتقال دین صورت نمی گیرد لذا دور در کفالت باطل است چون فایده ای ندارد.

تعهد کفیل: تعهد کفیل دو ویژگی دارد:

۱. تعهد به نتیجه است (کفیل باید مکفول را حاضر کند و نمی تواند به مکفول که بگوید: تلاشم را کردم نشد و نتونستم!).

۲. تعهد، قائم به شخص است یعنی اگر کفیل مُرد تعهد به احضار مدیون به ورثه کفیل نمی رسد.

انواع کفالت:

کفالت از حیث زمان سه نوع است:

۱. مطلق: در صورتی که کفالت، مطلق باشد و هیچ مؤعدی برای ایفای به عهد کفیل در آن معین نشده باشد، تعهد، حال حساب می شود.

۲. موقت: در کفالت موقت، مؤعد تعیین شده است ممکن است مؤعد احضار در اختیار مکفول که باشد یا طرفین با همدیگر در عقد، معین کرده باشند. چون می گوئیم مؤعد تعیین شده پس باید هم ابتدای مدت هم انتهای آن مشخص باشد اگر ابتدای آن مشخص نباشد از تاریخ عقد است (مثل خیار شرط و اجاره) اما اگر انتهای آن مشخص نباشد عقد، باطل است (مثل خیار شرط و اجاره).

در کفالت موقت قبل از رسیدن مؤعد، مکفول که، حق مطالبه ندارد بعد از فرا رسیدن مؤعد، مکفول که، باز هم حق مطالبه ندارد (فقط در آن مؤعد؛ فقط!).

۳. زمان دار: یعنی اجلی معین شده باشد اگر اجل تنها به سود کفیل باشد قبل از مؤعد می تواند وی را بیاورد ولی اگر مهلت به سود طرفین باشد (هم کفیل هم مکفول که) مکفول که نمی تواند کفیل را به تسلیم اجبار کند. در کفالت زمان دار قبل از رسیدن مؤعد، مکفول که، حق مطالبه ندارد.

کفالت از حیث قهری یا ارادی بودن:

کفالت ارادی همان قراردادی است (همان عقد کفالت ماده ۷۳۴ قانون مدنی است)

کفالت قهری را کفالت حُکمی یا قانونی گویند: اگر شخصی را از تحت اقتدار ذیحق بدون رضایت وی خارج کنیم در حکم کفیل هستیم و آن کسی که آن شخص را فراری داده باید وی را بیاورد والا باید دینی که داشته را کفیل بدهد نتیجه اینکه: ۱. مجنون و صغیر و سفیه، مبری از مسئولیت نیستند یعنی اگر مجنون و صغیر و سفیه، کسی را فراری دادند مسؤولند. ۲. لزومی ندارد که فراری دادن مدیون به مباشرت باشد. ۳. کفیل حُکمی در احضار مدیون یا دادن دین مخیر است اما در کفالت قراردادی، تعهد اولیه احضار است اگر نتوانست احضار کند باید دین را بدهد (کفالت قراردادی: طولی؛ کفالت حکمی: عرضی).

نکته: ترامی یا تسلسل در کفالت صحیح است؛ دور در کفالت باطل است.

نکته: اگر کفیل، مکفول را در غیر زمان و مکان تسلیم کند قبولش بر مکفول که لازم نیست اما اگر مکفول که قبول کرد کفیل، بری است. همچنین اگر مکفول که بر خلاف مقرر بین طرفین تقاضای تسلیم کند، کفیل ملزم به قبولی نیست.

در مورد وجه التزام ماده ۷۴۱ چند نکته باید گفته شود:

تعهد کفیل در این زمینه (دادن وجه التزام) تعهد به نتیجه است (و همچنین تعهد کفیل در احضار مدیون نیز تعهد به نتیجه بود). اگر قوه قاهره آمد و کفیل نتوانست مکفول را حاضر کند مانع از مطالبه وجه التزام است مگر شرط شده باشد که حتی اگر قوه قاهره هم آمد باید وجه التزام داده شود. تعهد کفیل به ادای دین، بدل تعهد به احضار نیست بلکه اول: احضار، نشد: ادای دین.

پس باید بین سه چیز تفاوت قائل شد: احضار مدیون؛ پرداخت دین؛ پرداخت وجه التزام. پرداخت دین، بدل احضار مدیون نیست ولی پرداخت وجه التزام، بدل پرداخت است. در امور مدنی، وجه التزام، جانشین (یا بدل) ادای دین است پس مکفول که نه می تواند «پرداخت دین» و «پرداخت وجه التزام» را با هم جمع کند نه می تواند التزام را نادیده بگیرد و دین را از کفیل بخواهد.

نتیجه: پرداخت دین، بدل احضار مدیون نیست یعنی طلبکار نمی تواند هم احضار را بخواهد هم پرداخت دین را بخواهد؛ اما پرداخت وجه التزام، بدل پرداخت دین است یعنی نمی توان هم پرداخت دین را از او خواست هم پرداخت وجه التزام را.

یادآوری: در خسارت عدم انجام تعهد، فقط می توانست خسارت را بخواهد و دیگر نمی توانست الزام به انجام تعهد کند (وحدت مطلوب)؛ در خسارت تأخیر در انجام تعهد (تعدد مطلوب) هم می توانست الزام به انجام را بخواهد هم خسارت تأخیر. وجه التزام، هم راجع به عدم انجام تعهد بود و هم راجع به تأخیر در انجام تعهد؛ پس:

اگر وجه التزام در مورد عدم انجام تعهد باشد فقط می تواند وجه التزام را بخواهد نه انجام تعهد را.

اگر وجه التزام برای تأخیر در انجام تعهد باشد هم می تواند وجه التزام را بخواهد هم انجام تعهد را.

یکی از تفاوت های کفالت در امور مدنی و کیفری: در امور کیفری، کفیل متعهد باشد که در اثر عدم

احضار مکفول، وجه التزام بدهد با عدم انجام تعهد باید وجه التزام پردازد هر چند مکفول تبرئه شده باشد ولی در امور مدنی، دادن وجه التزام، مقید به این است که مکفول، مدیون باشد مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

تفاوت كفالت و ضمان: اقاله كفالت صحيح است اما اقاله ضمان صحيح نیست. كفالت، غیرمعوّض است، ضمان نقل، معوّض است (ضمان ضم غیرمعوّض است). در كفالت، وثیقه و تضمینات از بین نمی‌رود زیرا انتقال دین نیست ولی در ضمان، وثیقه و تضمینات از بین می‌رود، مانند حواله زیرا هر دو انتقال دین است. اعسار ضامن، شرط بنایی بود و در صورت جهل، مضمون‌له، حق فسخ داشت مانند حواله. در كفالت، احضار كفیل هر چند در زمان عقد موجود باشد و از مكفول‌له پوشیده بماند (یعنی مكفول‌له جاهل باشد) در عقد هیچ اثری ندارد؛ چون عقد نسبت به مكفول‌له جایز است، از طرفی موضوع احضار كفیل، مكفول است (شخصی و نه مالی؛ یعنی دین شخصی است). اذن در تأدیه، مجوز رجوع كفیل به مكفول است؛ حواستون باشد! اذن در تأدیه (نه اذن در انعقاد كفالت). در كفالت، دین همچنان به ذمه مدیون (مكفول) باقی است (زیرا كفالت، انتقال دین نیست) و كفیل، احضار وی را به عهده دارد؛ اما در ضمان، دین به ذمه ضامن منتقل می‌شود و مدیون بری می‌شود زیرا ضمان، انتقال دین است، مانند حواله. در كفالت، دور باطل است اما در ضمان، دور صحيح است مانند حواله (دور در حواله نیز صحيح است). در كفالت، دین باید مستقر باشد اما در ضمان، نیازی به استقرار نیست (مانند حواله).

موارد برائت كفیل:

۱. اگر كفیل، مكفول را حاضر کند، وفای به عهد انجام می‌شود.
۲. در صورتی که مكفول در موقع مقرر (زمان مقرر؛ مکان مقرر) شخصاً حاضر شود.
۳. در صورتی که ذمه مكفول به نحوی از انحاء از حقی که مكفول‌له بر او دارد بری شود.
۴. در صورتی که مكفول‌له، كفیل را بری کند (در این صورت چون دیگر دینی نیست در نتیجه، كفالت که وابسته به دین می‌باشد نیز از بین می‌رود).
۵. در صورتی که حق مكفول‌له به نحوی از انحاء به دیگری منتقل شود (مثل حواله‌ای که متضمن انتقال طلب هم باشد اما انتقال از طریق ارث را شامل نمی‌شود). كفالت، یک نوع وثیقه شخصی است اگر «ج» به «ر» مدیون باشد و من، كفیل او شوم، دین «ج» با وثیقه (منظور، وثیقه شخصی یا همان كفالت) است، حال اگر «ر» طلب را منتقل کند (حواله از نوع انتقال طلب)، وثیقه (كفالت) از بین می‌رود.
۶. در صورت فوت مكفول: حجر و ورشکستگی مكفول، اثری در عقد ندارد (چون ورشکسته که اصلاً محجور نیست بعدش هم ورشکسته در امور مالی ممنوع است اما احضار، امور مالی نیست بلکه شخصی

است) مگر اینکه احضار او را بی‌فایده کند. **فوت مکفول‌له** باعث برائت کفیل نیست و کفیل در برابر وراثت مکفول‌له مسؤول است ولی فوت مکفول، موجب برائت کفیل می‌شود. اگر در مورد خاصی هدف از کفالت مشاهده صورت یا بدن مکفول باشد، فوت مکفول موضوع را منتفی نمی‌کند و باعث برائت کفیل نمی‌گردد (این استثناء را دکتر کاتوزیان گفته‌اند و در امور جزایی کاربرد دارد). **فوت کفیل**: اگر تعهد او مبنی بر احضار باشد موجب برائت او هست زیرا دین، شخصی است و دین شخصی به ارث نمی‌رسد و با فوت از بین می‌رود. اگر تعهد کفیل به تعهد مالی تبدیل شده باشد (یعنی کفیل نتوانسته باشد مکفول را حاضر کند: در این صورت، وراثت باید این تعهد را انجام دهند زیرا این تعهد، مالی می‌باشد و تعهد مالی به ارث می‌رسد).

۷. انقضای مدت در کفالت موقت: اگر در کفالت موقت، زمان، منقضی شد (مثلاً گفتیم تا ده روز و ده روز تمام شد در حالتی که تعیین زمان احضار با مکفول‌له باشد و تا پایان مدت، مطالبه نکند کفیل بری می‌شود)

یادآوری: در بحث خسارت‌های قراردادی نیز موعد انجام تعهد ممکن است توسط طلبکار تعیین شود، در این صورت، زمانی می‌توانست خسارت قراردادی بگیرد که انجام تعهد را مطالبه کرده باشد در مورد شماره ۷ هم اگر کفالت، موقت بوده و تعیین زمان آن با طلبکار (مکفول‌له) باشد و مطالبه نکند کفیل بری می‌شود.

۸. جنون مکفول: اگر درمان‌پذیر باشد (یعنی موقتی باشد) موجب برائت کفیل نیست مگر کفالت، موقت یا مقید به زمان خاص باشد که کیل در آن بری می‌شود؛ اگر جنون، دائمی باشد، در حکم فوت است و باعث برائت کفیل می‌شود.

تعدد مکفول‌له: در اینجا طلبکارها زیاد هستند؛ ماده ۷۴۹ اشعار می‌دارد: «هرگاه یک نفر در مقابل چند نفر، از شخصی کفالت نماید به تسلیم او به یکی از آنها در مقابل دیگران بری نمی‌شود» اگر دین، تجزیه‌ناپذیر است چون هر یک از طلبکارها حق مطالبه تمام تعهد را از مکفول دارد و هدف از احضار نیز، فراهم ساختن وسایل مطالبه دین است باز هم تعهد کفیل به شمار طلبکاران است و احضار مکفول در برابر یکی باعث این نمی‌شود که بقیه نتوانند بخواهند.

تعدد کفیلان: اگر همه کفیلان، یک احضار را به عهده گرفته باشند یک بار حاضر کنیم، همه بری می‌شویم. اگر هر یک، تعهد مستقل بابت احضار داشته باشند، یکی مکفول را حاضر کند تعهد او از بین می‌رود (یعنی در

این فرض، استقلالی هستند و نه اجتماعی)

تسلسل در کفالت: تسلسل همان تَرَامی است که در ماده ۷۵۰ آمده است: هر کفیل باید مکفول خود را حاضر کند پس اگر کفیل، مکفول خود را حاضر کند خودش بری می شود نه بقیه ولی اگر هر کدام آنها مکفول خود را حاضر کند مانع از این نیست که بقیه نتوانند مدیون اصلی را حاضر کنند. اگر هر کدام از کفیل ها مدیون اصلی را حاضر کند، همه بری می شوند (چون دیگر دینی وجود ندارد). اگر هر کدام از کفیلان به یکی از جهات مزبوره در ماده ۷۴۶ بری شد کفیل های بعدیش بری می شوند مگر اینکه ابراء از اصل دین باشد که در این صورت، همه بری می شوند.

رجوع کفیل به مدیون: دو حالت دارد:

۱. اگر کفالت به اذن مکفول بوده (مکفول، متعهد به حضور است و تعهدش ناشی از اذنی است که داده؛ این اذن و درخواست، حاوی تعهد به حضور همراه با کفیل است اگر مکفول از اجرای تعهد امتناع کند یعنی حاضر نشود و از این راه، خسارتی به کفیل وارد شود باید جبران کند) و کفیل نتواند وی را حاضر کند و دین را بدهد، می تواند به مکفول رجوع کند: زمانی مکفول باید خسارت ناشی از عدم حضورش را جبران کند که **مقصر** باشد یعنی عمداً نیاید؛ بنابراین اگر از هنگام حضور بی اطلاع باشد یا کفیل در صورت وجود قوه قاهره برای مکفول دینش را پردازد حق رجوع به مکفول را ندارد؛ کفیلی که امکان احضار مکفول را داشته ولی دین را پرداخت کرده است، در حکم مُتَبَرِّع است و دلیلی برای رجوع ندارد. در مباحث قبل گفتیم تعهد کفیل، احضار است، اگر احضار نکرد باید دین پردازد، حال اگر با وجود توانایی بر احضار، دین پرداخت کند مُتَبَرِّع حساب می شود و حق رجوع به مکفول را ندارد؛ ۲. اگر کفالت به اذن مکفول نبوده باشد حق رجوع به مکفول ندارد.

عقد رهن

مواد ۷۷۱ تا ۷۹۴

لازم است ابتدائاً مقدمه ای راجع به وثیقه گفته شود:

وثیقه یعنی «تضمین»؛ وثیقه چیزی است که طلب را تضمین می کند.

وثیقه دو نوع است:

۱. وثیقه شخصی

۲. وثیقه عینی

در وثیقه شخصی **یک شخص**، طلب را تضمین می‌کند؛ سه عقد ضمان، حواله و کفالت وثیقه شخصی ایجاد می‌کنند (یعنی یک شخص طلب را تضمین می‌کند)؛ این شخص می‌تواند ضامن، محال علیه و کفیل باشد.

وثیقه عینی یعنی اینکه **یک مال**، طلب را تضمین می‌کند. وثیقه عینی همان «حق عینی تبعی» است. وثیقه عینی سه نوع است:

۱. قراردادی: طلبکار با بدهکار قرارداد می‌بندد (یعنی هر دو راضی‌اند) و بدهکار، مال خود را به طلبکار می‌دهد. اسم این قرارداد، عقد رهن است (ماده ۷۷۱). پس رهن عقدی است که به موجب آن، مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد. شرط صحت رهن در این ماده، مدیون بودن راهن به مرتهن است.

۲. قضایی: فرض کنید بدهکار حاضر نمی‌شود رهن بدهد چون ما رهن اجباری نداریم، طلبکار نگران می‌شود و مال بدهکار را از طریق دادگاه یا از طریق اجرای ثبت در صورتی که سند رسمی باشد توقیف می‌کند (قرار تأمین خواسته موضوع ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م). به هر حال وقتی که مال را توقیف کرد حق عینی تبعی پیدا می‌کند (وثیقه قضائی).

۳. قانونی: بعضی اوقات بدون اینکه طلبکار یا بدهکار بخواهد قانون، مال بدهکار را به وثیقه طلبکار می‌دهد (یعنی اراده بدهکار و طلبکار وجود ندارد). در قانون مدنی در بحث ارث زوجه یک مورد وجود دارد. وقتی شوهر می‌میرد زن از خود اموال غیرمنقول ارث نمی‌برد از قیمتش ارث می‌برد (وثیقه قانونی یا قهری). حال هرگاه ورثه از اداء قیمت امتناع کنند زن می‌تواند حق خود را از عین اموال استیفاء کند.

عقد رهن، وثیقه عینی قراردادی است.

عقد رهن: رهن طبق ماده ۷۷۲ عقدی عینی است. می‌دانیم که قبض در عقود عینی شرط صحت است. پنج عقد عینی داریم که رهن جزء آنهاست و رهن با چهار تای دیگر فرق دارد. در رهن، راهن مال مرهون را به قبض مرتهن بدهد کافی است و راهن می‌تواند مال را پس بگیرد و لازم نیست دست طرف (مرتهن یا شخص ثالث) بماند؛ به عبارت دیگر، یعنی مدیون باید مال را به طلبکار بدهد همین که مال را داد عقد واقع شده و الزامی نیست که مال دست طلبکار بماند. طلبکار می‌تواند مال را پس بدهد بدون اینکه رهن به هم بخورد؛ به عبارت بهتر،

می‌شود بگوید: «مال دست خودت باشد ولی در وثیقه من باشد».

ماده ۷۷۲: مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود ولی استمرار قبض، شرط صحت معامله نیست.

نتیجه: در رهن، استمرار قبض شرط صحت نیست (ماده ۷۷۲ قانون مدنی).

نکته: طبق ماده ۷۷۳ مالی می‌تواند به رهن داده شود که قابل نقل و انتقال باشد، چون هدف از رهن این است که اگر راهن، دین خود را نداد مرتهن از محل فروش مال، طلب خود را بردارد، پس مال باید قابل فروش باشد. مثلاً مال موقوفه را نمی‌توان به رهن داد چون که قابل فروش نیست.

ماده ۷۷۳: هر مالی که قابل نقل و انتقال قانونی نیست نمی‌تواند مورد رهن واقع شود.

نکته (ماده ۷۷۴): «مال مرهون» یا به «رهن داده شده» باید عین معین باشد؛ دلیلش این است که عین معین در خارج موجود است و قابل قبض است و گفتیم که رهن، قبض می‌خواهد.

ماده ۷۷۴: مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.

حقوقدانان از نکته فوق‌الذکر یک نتیجه گرفته‌اند؛ می‌گویند: «کلی در معین» هم در خارج موجود است (مثلاً ۱۰۰ کیلو از این ۱۰۰۰ کیلو) و این قابل قبض است؛ چراکه اگر کل ۱۰۰۰ کیلو را قبض بدهید ۱۰۰ کیلوی داخل آن را هم قبض داده‌اید. بنابراین «مال مرهون» می‌تواند کلی در معین هم باشد، ولی رهن کلی باطل است و کلی قابل قبض نیست (رهن اتومبیل پیش‌خرید باطل است^{۲۷}). رهن دین باطل است و رهن منفعت هم باطل است چون منفعت ثابت نیست و می‌دانیم که مال مرهون را مرتهن برای استیفای طلبش نگاه می‌دارد؛ منفعت روز به روز ایجاد می‌شود و از بین می‌رود.

فرض کنید که یک خانه هست که قابل استفاده است و منافقش نیز متعلق به من است؛ کلید آن را به شما می‌دهم، آیا می‌توانید منفعت یک سال آینده آن را نگاه دارید؟ خیر؛ چراکه در ماده ۷۷۲ گفتیم که مال مرهون باید بشود

^{۲۷} در بیع سلم (سلف) یا در بیع نسبه، بیع یا ثمن، مؤجل یا کلی فی‌الذمه خواهد بود. پیش‌خرید به اعتقاد برخی نوعی سلف است و چون کلی فی‌الذمه است نمی‌توان موضوع رهن باشد. اموال غیرمادی مثل سرقفلی و مطالبات هم رهنش درست نیست. یادآوری: سهام بانام، قابل وقف نیست اما سهام بی‌نام هست. سهامی بانام قابل رهن نیست؛ سهام بی‌نام هست. مالی که به طور معمول با گذشتن زمان فاسد می‌شود را نمی‌توان به رهن گذاشت ولی اگر مال از اموالی باشد که به طور متعارف باقی می‌ماند و در اثر حوادث دچار فساد شود، رهن آن صحیح است، عین رو به فساد فروخته می‌شود و بهای آن به عنوان رهن نگاه داشته می‌شود.

که به تصرف مرتهن داده شود.

ماده ۷۷۵ را با ماده ۶۹۶ ارتباط دارد و می‌خواهد بگوید رهن دادن برای دین متزلزل درست است، اگر دین از بین برود رهن نیز از بین می‌رود چون رهن، تبعی است.

ماده ۷۷۵: برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود، ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.

ماده ۶۹۶: هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگر چه شرط فسخی در آن موجود باشد.

ماده ۷۷۶ با ماده ۵۷۱ ارتباط دارد:

ماده ۷۷۶: ممکن است یک نفر مالی را در مقابل دو یا چند دین که به دو یا چند نفر دارد رهن بدهد در این صورت مرتهنین باید به تراضی معین کنند که رهن در تصرف چه کسی باشد و همچنین ممکن است دو نفر یک مال را به یک نفر در مقابل طلبی که از آنها دارد رهن بدهند.

ماده ۵۷۱: شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه.

اشاعه فقط در مالکیت نیست و در تمام حقوق متصور است. ماده ۷۷۶ اشاره دارد به اشاعه در حق عینی تبعی (رهن «حق عینی تبعی» است). چند نفر از یک نفر طلب دارند آن یک نفر یک مال را به عنوان وثیقه به همه طلبکارها می‌دهد. حالا طلبکارها بر روی این مال به طور مشاع حق عینی تبعی دارند.

ماده ۷۷۷:

وکالت عقدی است اذنی که با فوت به هم می‌خورد؛ یک مُدل وکالت هست که می‌شود شرط کرد که با فوت وکیل به هم نخورد و اگر شرط نکنیم باز هم با فوت وکیل به هم می‌خورد. این وکالت در رهن است. اگر راهن دین خود را ندهد مرتهن باید برای گرفتن حق خود از مال مرهونه از دادگاه تقاضای فروش کند، حال فرض کنید راهن می‌خواهد به مرتهن یک امتیاز ویژه بدهد می‌گوید: «ای مرتهن! به شما وکالت می‌دهم اگر من دینم را ندادم خودت مال را بفروش و طلبت را بردار که دیگر برای فروش دادگاه نروی» (می‌دانیم که مالک مال مرهونه، راهن است). حالا در این وکالت شرط می‌شود اگر مرتهن مُرد، وکالت به ورثه مرتهن برسد یعنی ورثه هم دادگاه نروند و خود با همان وکالت، مال را بفروشند و طلب را بردارند.

این تنها موردی است که می‌توان در وکالت شرط کرد که مرتهن برای فروش مال مرهونه و استیفای طلب خود به دادگاه مراجعه نکند. این وکالت ضروری نیست ضمن عقد رهن باشد و می‌تواند جدا باشد.

ماده ۷۷۷: در ضمن عقد رهن یا به موجب عقد علی‌حده [جداگانه] ممکن است راهن [مدیون] مرتهن [دائن] را وکیل کند که اگر در موعد مقرر راهن قرض خود را [دین خود را] اداء ننموده مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفاء کند و نیز ممکن است قرار دهد [شرط گذارد] وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد و بالاخره ممکن است که وکالت به شخص ثالث داده شود.

ماده ۷۷۸ قانون مدنی مُجْمَل است.

در این ماده یک چیز کم است؛ در واقع در این ماده واژه «حق» در تقدیر است یعنی دُرُسْتِش این بود که اینجوری می‌گفت: «اگر در عقد رهن شرط شده باشد مرتهن حق تقاضای فروش نداشته باشد...». اساساً «مرتهن حق فروش ندارد چون مالک نیست». اگر راهن دینش را نداد مرتهن باید به دادگاه برود و تقاضای فروش کند و اگر این حق از او گرفته شد این شرط باطل است ولی مبطل نیست چون نامشروع است (البته این موضوع که بطلان شرط به عقد نیز سرایت می‌کند یا خیر اختلافی است). اما نظری که باید در امتحان انتخاب کنیم این است: بر طبق نظر مرحوم کاتوزیان: شرط، باطل است ولی بطلان شرط به عقد سرایت نمی‌کند و چنین رهنی صحیح است پس عقد، صحیح است یعنی چنین شرطی را از جمله شروط نامشروع دانسته که بطلان آن به عقد سرایت نمی‌کند (شروط باطل و غیرمبطل).

ماده ۷۷۸: اگر شرط شده باشد که مرتهن حق [تقاضای] فروش عین مرهونه را ندارد باطل است.

ماده ۷۷۹ قانون مدنی راجع است به اجبار راهن به فروش یا اجبار وی به ادای دین به هر نحو دیگر:

ماده ۷۷۹: 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 راهن دینش را ندهد مرتهن می‌رود از دادگاه تقاضای فروش مال مرهونه را می‌کند (البته با این فرض که وکالت در فروش نداشته باشد) در این صورت دادگاه مال را می‌فروشد. وقتی دادگاه مال را فروخت بقیه طلبکارهای راهن هم برای گرفتن طلب خود می‌آیند! مرتهن چون وثیقه دارد بر سایر طلبکاران مقدم است (کسی که وثیقه دارد طلبکار با وثیقه و کسی که وثیقه ندارد طلبکار عادی نام دارد (اگر حاصل فروش برای طلب

مرتھن کافی نبود آن را می گیرد و بقیه طلبش می شود طلب بدون وثیقه یا طلب عادی. مثلاً چنانچه طلب مرتھن صد میلیون بود، مال را سی میلیون تومان فروختند وی سی میلیون تومان را می گیرد و بابت مابقی، طلبکار عادی محسوب می شود. (مواد ۷۸۰، ۷۷۹، ۷۸۱ و ۷۸۲)

ماده ۷۸۰: برای استیفاء طلب خود از قیمت رهن، مرتھن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت.

ماده ۷۸۱: اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتھن فروخته شود مازاد، مال مالک آن است؛ و اگر بر عکس، حاصل فروش کمتر باشد مرتھن باید برای نقیصه به رهن رجوع کند.

ماده ۷۸۲: در مورد قسمت اخیر ماده قبل، اگر رهن مفلس شده باشد مرتھن با غرماء شریک می شود.

نکته: رهن تجزیه ناپذیر است. یعنی اگر رهن بخشی از دین خود را بدهد و مرتھن هم قبول کند؛ (قاعده این است که مدیون نمی تواند بخشی از دینش را بدهد مگر با رضایت طلبکار). حالا فرض کنید رهن بخشی از دین را داده و مرتھن هم گرفته پس نتیجه می گیریم که مرتھن هم راضی است.

ماده ۲۷۷: متعهد نمی تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط قرار دهد.

حال فرض کنید رهن، فرد پُر رویی است و می گوید: «ای مرتھن! حالا که من بخشی از دین را دادم و تو قبول کردی بخشی از مال را آزاد کن!»؛ این نمی شود، تا آخرین بخش از دین را ندهد نمی تواند مال را آزاد کند و در نتیجه رهن تجزیه ناپذیر است. اگر رهن بخشی از دین را بدهد و مرتھن قبول کند رهن نمی تواند بخشی از مال را آزاد کند مگر با رضایت مرتھن (ماده ۷۸۳).

ماده ۷۸۳: اگر رهن مقداری از دین را ادا کند [و مرتھن هم وفق ماده ۲۷۷ ق.م اخذ قسمتی از دین را بپذیرد بپذیرد] حق ندارد مقداری از رهن را مطالبه نماید و مرتھن می تواند تمام آن را تا تأدیة کامل دین نگاه دارد مگر اینکه بین رهن و مرتھن ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

ماده ۷۸۴ اشعار می دارد می شود مال مرهون را عوض کرد (به تراضی). تبدیل مال رهن به تراضی امکان دارد، پس با تراضی می شود بخشی از مال را آزاد کرد یا مال را عوض کرد. پس تراضی در همه حال امکان دارد.

ماده ۷۸۴: تبدیل رهن به مال دیگر به تراضی طرفین جائز است.

ماده ۷۸۵ با ماده ۳۵۶ ارتباط دارد. توابع مبیع (هر چیزی که تابع مبیع است) در رهن هم تابع رهن است:

ماده ۷۸۵: هر چیزی که در عقد بیع بدون قید صریح به عنوان متعلقات جزو مبیع محسوب می شود در رهن نیز داخل خواهد بود.

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

ماده ۷۸۶ راجع به ثمره و زیادت حاصل در رهن است.

این ماده یک مطلب ساده و معقول است اما کمی پیچیده مطرح کرده. مال مرهون متعلق به رهن است، منافع آن هم، چه منافع متصل چه منفصل، متعلق به رهن است، چون عین آن متعلق به رهن است. نکته ماده این است که **منافع منفصل جزء رهن نیست و منافع متصل جزء رهن است** چون نمی شود آن را جدا کرد.

مثال: فرض کنید شما یک گوسفند را رهن می دهید حال اگر این گوسفند، بچه دار بشود (منافع منفصل) بچه جزء رهن نیست ولی گوسفند چاق شود (منافع متصل) جزء رهن است. قانون گفته: «منافع متصل، جزء رهن است اما منافع منفصل، مال رهن است» بار اول که این ماده خوانده می شود اینگونه تصور می شود که منافع متصل، مال رهن نیست! ولی به صراحت می گوئیم منافع متصل هم مال رهن است.

ماده ۷۸۶: ثمره رهن و زیادتی که ممکن است در آن حاصل شود در صورتی که متصل باشد جزء رهن خواهد بود و در صورتی که منفصل باشد متعلق به رهن است [جزء رهن نمی باشد]، مگر اینکه ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

منافع، مال رهن است پس مرتهن نمی تواند از منافع استفاده کند. مرتهن طبق ماده ۷۸۹ امین است و فقط باید مال را حفظ کند، به این «امانت مالکانه» می گویند. مرتهن (امین) نمی تواند از مال استفاده کند مگر به اذن رهن. به این رهن که مرتهن می تواند از منافع استفاده کند «رهن تصرف» می گویند؛ به عبارت بهتر، رهنی که در آن تعلق منافع مورد رهن به مرتهن شرط شده باشد رهن تصرف گویند، اما نهاد دیگری نیز داریم: رهن (مدیون) مالی ندارد که رهن بدهد؛ از یک نفر یک مال می گیرد (عاریه) و به رهن می دهد (البته به اذن معیر) به این رهن «رهن مستعار» یا «رهن مال غیر» گویند. یعنی من خودم مالی ندارم از یک نفر مالی عاریه می گیرم و به رهن می دهم.

مال مرهون متعلق به رهن است ولی چون مرتهن روی مال حق عینی دارد رهن نمی تواند روی مال یک سری تصرفات بکند (مواد ۷۹۳ و ۷۹۴).

ماده ۷۹۳: رهن نمی تواند در رهن تصرفی [تصرف حقوقی] کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به إذن مرتهن.

ماده ۷۹۴: رهن می تواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری [تصرفات مادی] 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.

مال، مال رهن است و منافع آن مال هم مال رهن است ولی رهن آزاد نیست هر کاری بکند به خاطر اینکه مرتهن حق عینی تبعی دارد. حال بحث اصلی اینجا است آیا رهن که مالک است می تواند مال را بفروشد؟ قانون ساکت است. آیا فروش عین مرهونه توسط رهن، منافی حق مرتهن است؟ دو نظر هست:

نظر مشهور می گوید بله فروش عین مرهونه توسط رهن که مالک است منافی حق مرتهن است و غیرنافذ است. ولی مرحوم کاتوزیان معتقد بودند اشکال ندارد. یعنی می گفتند: رهن مال را بفروشد حق عینی مرتهن از بین نمی رود. حق عینی روی مال است و مال هر جا برود حق عینی هم با آن می رود. مرحوم کاتوزیان می گفت مرتهن نباید نگران باشد؛ حق مرتهن روی مال است و برای او فرقی ندارد مالک مال چه کسی است پس فروش با حق مرتهن منافات ندارد. یک رأی وحدت رویه سال ۳۱ داریم که نظر مشهور را تأیید می کند ولی با این حال دکتر کاتوزیان نیز نظر بر صحیح بودن آن داشتند. حال نتیجه را می گویم: اگر به طور مطلق اینگونه سؤال پرسیده شد «آیا مال مرهون را می شود فروخت؟» پاسخ مثبت است ولی اگر اینگونه پرسیده شد «آیا با حق مرتهن منافات ندارد؟» پاسخ این است که: نه نمی شود؛ اما اگر گفتند مطابق رویه قضایی آیا مال مرهون را می شود فروخت یا نه؟ پاسخ این است که غیر نافذ است (نظر مشهور برای حفظ حقوق مردم بهتر است).

لزوم و جواز رهن: عقد رهن نسبت به مرتهن جایز است و نسبت به رهن لازم است پس رهن نمی تواند قبل از اینکه دین خود را اداء کند یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد کند. وقتی می گویم رهن نسبت به مرتهن، جایز است دو نتیجه می گیریم: ۱. مرتهن می تواند هر وقت بخواهد عقد را بر هم بزند؛ ۲. درسته که عقد نسبت به مرتهن جایز است اما عقد به واسطه فوت یا حجر مرتهن منفسخ نمی شود. در عقد کفالت نیز نسبت به مکفول له جایز بود اما با فوت مکفول له، کفیل بری نمی شد. فوت رهن یا مرتهن عقد رهن را منفسخ نمی کند؛ پس دو حالت شد:

۱. **فوت مرتهن:** با فوت مرتهن، رهن می‌تواند تقاضا کند که رهن به تصرف شخص ثالثی که به تراضی او و ورثه مرتهن معین می‌شود داده شود اگر تراضی حاصل نشود، شخص مزبور از طرف حاکم معین می‌شود.

۲. **فوت رهن:** اگر رهن فوت کند حکم فوق در فوت رهن جاری نیست زیرا ورثه رهن، مالکان جدید مال مرهون هستند و تصرف آنها در مال مرهون، نتیجه این حق است.

ویژگی‌های عقد رهن: تجزیه ناپذیر^{۲۸} و موجد حق عینی تبعی است؛ مال مرهون ممکن است به قبض مرتهن داده بشود یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد. نتیجه اینکه مرتهن می‌تواند برای قبض مال به دیگری وکالت بدهد؛ دو طرف می‌توانند تراضی کنند که عین مرهونه به قبض شخص ثالث داده بشود در این صورت، ثالث نماینده دو طرف است نه داور و نمی‌تواند آن را به یکی از آنها بدهد.

نکته: وقتی می‌گوییم استمرار قبض، شرط صحت معامله نیست یعنی بعد از قبض مال مرهون مرتهن می‌تواند آن را به رهن بدهد. قبض باید با اذن رهن باشد؛ اگر بدون اذن باشد قبض، صحیح نیست.

نکته: راجع به معوض بودن و غیرمعوض بودن رهن اختلاف نظر است. نظر غالب این است که رهن، غیرمعوض است.

نکته: رهن مال مشاع صحیح است و برای قبض نیاز به اذن تمام شرکاء دارد.

مواردی که نیاز به قبض نیست: ۱. رهن کشتی با سند رسمی صورت می‌گیرد یعنی تشریفاتی است و قبض، شرط صحت نیست؛ پس با اینکه رهن است ولی عینی حساب نمی‌شود؛ ۲. در بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد، قبض، شرط صحت نیست؛ ۳. اگر مال، قبلاً در تصرف مرتهن باشد نیاز به قبض مجدد نیست.

لزوم قابلیت نقل و انتقال منافع: رهن مال موقوفه باطل است البته اجاره مال موقوفه صحیح است. اگر مال، قابل نقل و انتقال دائمی نباشد، رهن صحیح نیست؛ اگر عدم امکان نقل و انتقال، موقتی باشد رهن صحیح است مگر اینکه مدتش طولانی شود. ممکن است مال مرهون ملک رهن نباشد به این حالت، رهن مستعار گویند.

انواع رهن: ۱. رهن مکرر (رهن مازاد): اگر رهن، مال مرهونه را دوباره نزد مرتهن یا شخص ثالث به رهن گذارد به این، رهن مکرر یا مازاد گویند، در رهن مکرر، مرتهن در طول یکدیگر قرار دارند بنابراین، هر کدام

^{۲۸} ماده ۷۸۳ قانون مدنی: اگر رهن مقداری از دین را اداء کند حق ندارد مقداری از رهن را مطالبه نماید و مرتهن می‌تواند تمام آن را تا تأدیة کامل دین نگاه دارد مگر این که بین رهن و مرتهن ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

بر دیگری رُجحان دارند اما در فرض تعدد مرتهنین، مرتهنین در عرض هم هستند و هیچ کدام بر دیگری رُجحان ندارند، رهن مکرر با تعدد مرتهنین متفاوت است: در تعدد مرتهنین ممکن است یک نفر مالی را در برابر دو یا چند دین که به دو یا چند نفر دارد رهن بدهد در این صورت، مرتهنین باید به تراضی معین کنند رهن در تصرف چه کسی باشد، بر خلاف رهن مکرر (که مرتهنین در طول هم هستند)، در حالت تعدد مرتهنین، مرتهنین در عرض هم قرار دارند و هیچ کدام بر دیگری رُجحان ندارند و پس از فروش مال، بهای آن را به نسبت طلب، بین خود تقسیم می کنند و اگر خریداری پیدا نشود هر کدام به نسبت طلب خود، مالک سهم مُشاعی از عین مرهونه می شوند؛ ۲. رهن مُستعار: از ریشه عاریه گرفته شده؛ اگر مال مرهون، ملکِ رهن نباشد و مدیون، مالِ ثالثی را با اذن او به رهن بگذارد ماهیت چنین مالی را عاریه مال غیر برای رهن می دانند و به آن، رهن مُستعار گویند (رهن مال غیر یا ضمان عینی)، اگر شخصی مالی را برای رهن گذاشتن، عاریه نماید و آن را در رهن گذارد فسخ یا انفساخ عاریه رهن را منحل نمی کند، اگر این رهن را مُستعار بدانیم یعنی عاریه ای؛ در عقد عاریه امین متعهد به بازگرداندن مال است در حالی که اگر این مال به رهن داده شود ممکن است رهن نتواند دین خود را ادا کند و در نتیجه مال فروخته شود و امین نتواند دین را برگرداند، به همین دلیل به آن، رهن مال غیر یا ضمان عینی می گوئیم؛ ۳. رهن موقت: یعنی مدت دار کردن اعتبار رهن: این رهن صحیح است به شرطی که مدت رهن بیشتر از سررسید دین اصلی باشد؛ مثلاً من ملاکریمی، مدیون آقای الف هستم سررسید دین من ۱۰۰ روز دیگه ست، ممکنه من و الف شرط کنیم که مالی که در رهن الف می گذارم، ۱۵۰ روز دیگه در رهنش باشه، به این می گن مدت دار کردن اعتبار رهن، اگر مدت رهن کمتر از سررسید دین باشد رهن، باطل است چون اصلاً برای این رهن می گذارند که چنانچه سررسید دین، رسید و نتوانست پرداخت کنه، مال مرهون فروخته بشه، خب بدیهی ست که چنانچه مدت اعتبار رهن را کمتر از مهلت دین بنزید یعنی زمان سررسید، چیزی دستتان نیست و این با ماهیت رهن در تعارض است؛ ۴. رهن قهری: رهن قهری در ماده ۷۹۱ آمده است: «اگر عین مرهونه به واسطه عمل [۱]: خود رهن یا [۲]: شخص دیگری [مثلاً مرتهن] تلف شود باید تلف کننده بدل آن را بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود.» وقتی می گه بدل، رهن خواهد بود یعنی رهن قهری خواهد بود، یعنی نیاز به تراضی مجدد ندارد، یعنی دوباره نیاز به انعقاد عقد ندارد. یادآوری: در شرط فعل، شرط دادن رهن اگر قبل از اینکه مال به رهن داده شود تلف شود، حق فسخ دارد نه بدل. [۳]: اگر عین مرهونه به واسطه قوه قاهره تلف شود در این صورت، رهن منفسخ می شود؛ ۵. رهن تصرف: در عقد رهن اگر شرط شود که منافع مال مرهونه به تصرف مرتهن داده شود به آن، رهن تصرف می گویند؛ شرط تعلّق منافع به مرتهن: رهنی که در آن، تعلّق منافع مورد رهن به مرتهن شرط شود، رهن تصرف نام دارد.

حق تقدّم: عقد رهن به مرتهن حق تقدّم می‌دهد، این حق تقدّم تنها مختص به عین نیست. حق تقدّم دو حالت دارد: وحدت مرتهن؛ تعدد مرتهنین. وحدت مرتهن: برای استیفای حق خود از قیمت رهن، مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان دارد. در فرض تعدد مرتهن بر یک مال مرهون، حق تقدّم بر مبنای تاریخ ایجاد رهن است، ابتدا مرتهن اول، طلب خود را از قیمت برمی‌دارد (رهن مکرر).

تعدد راهن: اگر دو یا چند نفر به طور مشاع مالک مالی باشند و در برابر دیون متعددی که به دیگری دارند، آن را به رهن بدهند: در فرض تعدد راهن، سهم هر مدیون، رهن دین اوست و با پرداخت آن آزاد می‌شود پس هر کدام که دینشان را بدهند نسبت به آن که پرداخت کرد آزاد می‌شود. اگر اشاعه در خلال رهن ایجاد شود و در آغاز ترازی، تمام مال در برابر تمام دین، رهن باشد رهن، تجزیه نخواهد شد به همین جهت اگر راهن فوت کند و مال مرهون به ورثه، منتقل شود نمی‌توان ادعا کرد که سهم هر وارث، وثیقه بخشی از دین است که به او می‌رسد.

نکته: قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی (مصوب ۱۳۸۷ رئیس قوه قضاییه) به دقت مطالعه شود.

عقد هبه

مواد ۷۹۵ تا ۸۰۷

طبق ماده ۷۹۵ قانون مدنی هبه عقدی است که یک نفر مالش را مجانی به دیگری تملیک می‌کند (هدیه می‌کند! کادو می‌دهد! بخشش می‌کند!) پس هبه عقدی است **تملیکی**^{۲۹} و عقدی است **مجانی** که طبق ماده واضح است. هبه اصولاً جایز است؛ هبه غیراذنی است؛ هبه غیرمعوّض است^{۳۰}.

ماده ۷۹۵: هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می‌کند تملیک‌کننده

^{۲۹} هبه، تملیکی است ولی این تملیک، شامل تملیک حقوق، مثل حق انتفاع، ارتفاق، رهن و تجبیر نمی‌شود؛ در واقع چنین انتقالی صحیح است ولی تابع احکام هبه نیست؛ هر چند که نظر مخالف داریم و این، نظر غالب است. پس موضوع هبه می‌تواند عین، منفعت و دین باشد. انواع هبه دین عبارتند از: هبه دین به مدیون و هبه دین به ثالث. پس هبه دین ممکن است به مدیون باشد یا به غیرمدیون؛ اگر هبه دین به مدیون باشد در این صورت دیگر حق رجوع وجود ندارد زیرا در اثر هبه، متب، مالک مافی‌الذمه خود می‌شود و دیگر مال موهوب باقی نمی‌ماند. هبه طلب به غیرمدیون نیز صحیح است و قبض عرفی و معنوی آن، مثل تسلیم سند، کافی است.

^{۳۰} اگر شرط عوّض شود هبه صحیح است اما اگر عوّض، در مقابل هبه باشد یا هبه، باطل است یا تبدیل به عقد دیگری شده است.

واهب، طرف دیگر را **مُتَّهَب**، مالی را که مورد هبه است **عین موهوبه** می گویند.

این ماده گفته: موضوع هبه **مال** است؛ حال سؤال این است که چه مالی موضوع هبه است؟

۱. **عین** می تواند موضوع هبه قرار گیرد. مثلاً یک نفر خانه اش را هبه می کند، یا مثلاً ماشینش را هبه می کند.

۲. **منفعت** می تواند موضوع هبه قرار گیرد. مثلاً یک نفر منفعت دو سال خانه اش را هبه می کند که باید حتماً مدت بگذارد (هبه منفعت حتماً باید مدت داشته باشد).

۳. **حق عینی** به جز مالکیت (مالکیت یا نسبت به عین است یا منفعت) نمی تواند موضوع هبه باشد، مثلاً حق انتفاع و حق ارتفاق و حق تحجیر، این حق ها قابل انتقال است اما نه با هبه. پس حقوق عینی (به غیر از حق مالکیت) نمی تواند موضوع هبه باشد چون تملیک بر این ها اطلاق نمی شود.

۴. **هبه طلب**: طلب «حق دینی» است. آیا هبه طلب امکان دارد یا نه؟ وقتی کسی از دیگری طلب دارد حق شخصی دارد و حق عینی نیست و حق مالکیت هم نیست پس طبق قاعده ای که گفتیم هبه طلب امکان ندارد ولی قانون، هبه طلب به مدیون را پذیرفته که این با ابراء فرق دارد (ماده ۸۰۶).

ماده ۸۰۶: هرگاه داین طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد.

طلبکار می تواند طلبش را به مدیون ببخشد و بعد، مالکیت مافی الذمه رخ می دهد.

ماده ۷۹۶ قانون مدنی تکراری است و با مواد ۷۵۳ و ۳۴۵ قانون مدنی ارتباط دارد:

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

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

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

اهلیت و اختیار را در باب صلح گفتیم: قانون گفته واهب باید برای معامله و تصرف اهلیت داشته باشد که باید

می گفت: واهب باید برای معامله، اهلیت و برای تصرف، اختیار داشته باشد. پس هبه مال مرهونه صحیح

نیست زیرا متعلق حق مرتهن قرار گرفته است. هبه از سوی ورشکسته صحیح نیست زیرا نوعی پرداخت است.

ماده ۷۹۷ مطلب مهمی ندارد: واهب باید مالک مالی باشد که هبه می کند. (مالک عین یا مالک منفعت)

ماده ۷۹۸ قانون مدنی:

ماده ۷۹۸: هبه واقع نمی شود مگر با قبول و قبض متَّهب، اعم از اینکه مباشر قبض، خود متَّهب باشد یا وکیل او و قبض بدون اذن واهب [و اراده متَّهب] اثری ندارد.

هبه طبق این ماده، عقد عینی است چون قبض هم می خواهد.

هبه مال مشاعی بسته به اینکه منقول باشد یا غیر منقول متفاوت است. اگر مال مورد هبه، منقول باشد در هبه مال مشاع منقول چون قبض مستلزم انتقال مادی مال و تسلیط متَّهب است قبض موهوبه بدون اذن سایر شرکاء ممکن نیست اگر مال مورد هبه، غیر منقول باشد قبض عرفی مثل تخلیه و تسلیم سند کافی است.

نکته جالب: در عقود عینی که قبض شرط صحت است ما چهار تا اراده می خواهیم:

۱. اراده برای ایجاب

۲. اراده برای قبول

۳. اراده به اقباض

۴. اراده به قبض

مثال: من می خواهم این خودرو را به شما هبه کنم؛ می گویم: «هبه کردم!» (ایجاب) و شما می گوی: «قبول می کنم!» (قبول). حال این سؤال مطرح می شود: تا این مرحله، شما می توانید بیاید ماشین را بردارید و بروید؟ پاسخ منفی است چرا که من باید ماشین را اقباض کنم (تسلیم کنم). حال، سؤال دیگری مطرح می شود: آیا من می توانم به زور ماشین را به شما بدهم؟ باز هم پاسخ، منفی است چون شما هم باید با طیب خاطر قبول کنید و خودتان هم مال را قبض کنید.

پس قبض در عقود عینی با قبض در عقود رضایی فرق دارد. قبض در عقود عینی جزء ارکان عقد است. چون شرط صحت است و اراده می خواهد (دو اراده، هم اراده به قبض و هم اراده به اقباض). ماده ۷۹۸ ق.م به سه اراده اشاره کرده است، قانونگذار اینگونه فرض کرده که متَّهب وقتی قبول کرد و به سودش هم هست پس قبول کرده پس اراده متَّهب در ماده مفروض است. اراده متَّهب در ماده در تقدیر است.

نکته: این نکته در وقف قبلاً در مدنی ۲ خوانده شده است. در عقود عینی قبل از قبض، ایجاب و قبول داریم. قبل از قبض، این ایجاب و قبول از سوی هر دو طرف قابل رجوع است.

نکته: در هبه اگر قبل از قبض، متهب سفیه بشود این ایجاب و قبول از بین نمی‌رود (فقط در هبه اینگونه است) به خاطر اینکه سفیه همان اول هم می‌توانست هبه را قبول کند حالا هم که بعداً سفیه شده اشکال ندارد و نماینده‌اش قبض می‌کند. هبه عقدی است مجانی و صغیر ممیز و سفیه می‌تواند آن را قبول کنند ولی قبض با نماینده‌شان است؛ اما صغیر غیر ممیز و مجنون هم قبول و هم قبض با نماینده‌شان است.

ماده ۶۸۲: محجوریت موکل موجب بطلان وکالت 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.

هبه عقد مجانی است پس:

صغیر ممیز و سفیه می‌تواند هبه را قبول کنند ولی نمی‌تواند قبض کنند. قبض با نماینده آنهاست (ماده ۷۹۹).

ماده ۷۹۹: در هبه به صغیر یا مجنون یا سفیه قبض ولی معتبر است.

همانگونه که گفتیم، مجنون و صغیر غیر ممیز اصلاً قبول هم نمی‌تواند بکنند، هم قبول و هم قبض با نماینده آنهاست. پس نتیجه می‌شود که قبض در هبه همیشه با نماینده آنهاست (در مورد مجنون و صغیر غیر ممیز) چه خود محجور قبول کند و چه نماینده آنها. اما ماده ۷۹۹ همه محجورین را شمرده است.

ماده ۸۰۲: «اگر قبل از قبض، واهب یا متهب فوت کند هبه باطل می‌شود.» [در توضیح این ماده باید به یک قاعده اشاره کنیم: در عقود عینی چنانچه یکی از دو طرف قبل از قبض فوت کنند یا محجور شوند عقد باطل است؛ اما برای این قاعده دو استثناء وجود دارد: ۱. در هبه چنانچه متهب محجور شود، عقد درسته و قبض ولی معتبر است؛ ۲. در وقف، چنانچه واقف، خود را متولی قرار داده باشد و قبل از اینکه مال را به تصرف موقوف‌علیهم بدهد فوت کند. در وقف یک جای دیگر هم هست: اگر واقف قبل از اینکه مال را به قبض طبقه اول موقوف‌علیهم بدهد طبقه اول همه بمیرند، عقد صحیح است چون طبقه دوم می‌تواند قبض کند.]

نتیجه:

اول: فوت و حجر، بعد از قبض:

فوت واهب یا متهب بعد از قبض باعث می شود که رجوع ممکن نباشد.

هبه بعد از قبض با فوت منفسخ نمی شود زیرا حق می دهد و هر عقدی که حق داد با فوت از بین نمی رود.

حجر واهب یا متهب بعد از قبض، حق رجوع واهب را ساقط نمی کند.

فوت طرفین بعد از قبض باعث انفساخ عقد نمی شود.

فوت، بعد از قبض مانع رجوع است.

حجر، بعد از قبض مانع رجوع نیست.

دوم: فوت و حجر، قبل از قبض:

فوت واهب قبل از قبض، در این صورت، هبه باطل است.

فوت متهب قبل از قبض، در این صورت، هبه باطل است.

حجر (منظور از حجر در اینجا فقط سَفَه است) اگر برای واهب باشد هبه، باطل است؛ اگر برای متهب باشد اثری در تحقق هبه ندارد، قبض عین موهوبه با نماینده قانونی اش است.

پس: اگر قبل از قبض، فوت کند، عقد باطل است؛ بعد از قبض، باعث انفساخ نیست؛ فوت بعد از قبض مانع رجوع است ولی حجر بعد از قبض مانع رجوع نیست.

ماده ۸۰۰ (قبض پیش از هبه):

در این ماده فرض این است که مال موهوبه قبلاً دست متهب بوده؛ وقتی مال موهوب قبلاً دست متهب بوده قانون می گوید قبض دیگر لازم نیست. ماده ۸۰۰ قانون مدنی با ماده ۳۷۳ این قانون ارتباط دارد:

ماده ۸۰۰: در صورتی که عین موهوبه در ید متهب باشد محتاج به قبض نیست.

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

ماده ۸۰۰ قانون مدنی اشکال دارد؛ در هبه وقتی مال قبلاً دست متهب است دو حالت دارد:

۱. واهب می‌داند که مال دست متهب است و با علم به این امر هبه می‌کند.

۲. واهب نمی‌داند که مال دست متهب است و فکر می‌کرده مال دست خودش است. حال در هبه گفتیم قبض اراده واهب را می‌خواهد. پس واهب اگر بداند مالش دست متهب است و آن را هبه کند به طور ضمنی اراده اقباض را هم داده، مثلاً من می‌دانم مالم دست شماست و می‌گویم: «مالم را به شما هبه کردم».

ولی اگر واهب نداند مالش دست متهب است هبه با ایجاب و قبول واقع نمی‌شود و این ماده شامل این مورد نمی‌شود. واهب فکر می‌کند مال دست خودش است ایجاب را می‌گوید و متهب هم قبول می‌کند. در ذهن واهب این می‌گذرد که: «فرصت دارم یک روز فکر کنم که مال را به قبض بدهم یا نه» (یعنی پیش خود اینگونه تصور می‌کند که اگر احیاناً پشیمان شد، مال را به قبض نمی‌دهد و خب مال را هم که به قبض ندهد، ضرر نکرده است)؛ اینجا هبه با ایجاب و قبول واقع نمی‌شود و ماده ۸۰۰ شامل چنین موردی نمی‌شود. این ماده فرض کرده هر مالکی می‌داند مالش کجاست (قانونگذار فرض کرده که هر مالکی از وضع مال خود و متصرف آن آگاه است) بنابراین در ماده علم واهب در تقدیر است. اگر واهب نداند مالش دست متهب است هبه با ایجاب و قبول واقع نمی‌شود و باید واهب مطلع بشود و اگر قبول کرد آن وقت هبه واقع می‌شود.

ماده ۸۰۱ قانون مدنی:

ماده ۸۰۱: هبه ممکن است معوض [با شرط عوض] باشد و بنابراین واهب می‌تواند شرط کند که متهب مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد.

هبه عقدی مجانی است ولی می‌شود در آن شرط عوض کرد اما یک نکته بایستی مورد توجه قرار گیرد. این ماده را که می‌خوانیم به ذهن متبادر می‌شود که شرط عوض همیشه مجانی است. ولی اینگونه نیست، الزامی ندارد شرط عوض، مجانی باشد (شرط عوض غالباً مجانی است) و می‌تواند شرط عوض، معوض هم باشد.

مثال ۱: من مالی به شما می‌بخشم به شرط اینکه ماشینتان را به مبلغ معین به من بفروشید که این شرط عوض، معوض است.

مثال ۲: مثلاً ماده صدرالذکر مثال آورده است: من مالی به شما می‌بخشم «به شرط اینکه ماشینتان را به من هبه کنید» این شرط عوض، مجانی است.

مثال ۳: من مالی را به شما می‌بخشم به شرط اینکه عملی را برای من در مقابل اجرت انجام دهید که این شرط عوض، از نظر ساختمان حقوقی رایگان نیست.

یک جراح خیلی معروف حاضر نیست همه کسی را جراحی کند اما شما می‌روید به او می‌گویید: «آقای دکتر من ماشینم را به شما می‌بخشم و از شما می‌خواهم که مرا عمل کنید و تمام اجرت را نیز پرداخت می‌کنم.»

هبه هیچ وقت معوض نمی‌باشد؛ ماده ۸۰۱ ق.م.مختص هبه نمی‌باشد و در کلیه عقود مجانی وجود دارد. یعنی مثلاً در عاریه می‌شود، در وصیت می‌شود و ... بجز وقف؛ در وقف، شرط عوض راه ندارد و این شرط در وقف باطل است.

لزوم و جواز هبه: هبه نسبت به متب (کسی که مال را گرفته) لازم است (یعنی اوون خواننده‌ای که می‌گفت: «هدیه رو پس فرستاد» بی‌خودی حرف زده بود). در ماده‌ای هم این مورد اشاره نشده است (اصل لزوم) و متب نمی‌تواند مال را پس بدهد (البته ناگفته نماند، هیچ متب عاقلی هم این کار را نمی‌کند که هبه را پس بدهد!).

ماده ۸۰۳: بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقای عین موهوبه از هبه رجوع کند مگر در موارد ذیل:

- ۱- در صورتی که متب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد.
- ۲- در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد.
- ۳- در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود، خواه قهراً مثل اینکه متب به واسطه فلس [افلاس] محجور شود خواه اختیاراً مثل اینکه عین موهوبه به رهن داده شود.
- ۴- در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود.

طبق ماده ۸۰۳ ق.م.ه به علی‌الاصول نسبت به واهب جایز است یعنی واهب می‌تواند رجوع کند (البته در فرهنگ ما صحیح نیست که کسی مالی به دیگری هبه کند مثلاً هدیه‌ای بدهد و بعداً برود پس بگیرد). قانون ۸ تا استثناء گفته که هبه نسبت به واهب لازم است. ماده ۸۰۳ پنج تا استثناء را گفته، ماده ۸۰۵ یکی را گفته و ماده ۸۰۶ و ۸۰۷ هم هر کدام یکی را گفته‌اند:

۱. مال موهوب دست متب تلف بشود که در این صورت هبه دیگر قابل رجوع نیست (صدر ماده ۸۰۳).

نکته: یکی از فرق‌های رجوع و فسخ این است که فسخ قائم به مال نیست، اگر مال از بین هم برود فسخ امکان

دارد؛ ولی رجوع قائم به مال است و باید مال باشد تا رجوع انجام شود.

۲. اگر متهم پدر، مادر [به بالا] و اولاد [به پایین] واهب باشد (توجهاً اینکه به کسانی که باید نفقه پرداخت شود اگر مالی هبه کنی قابل رجوع نیست)، هبه بین زن و شوهر قابل رجوع است. طبق قاعده بین برادر و خواهر هم قابل رجوع است.

۳. در هبه با شرط عوض، اگر واهب شرط را گرفته باشد (یا به عبارت دیگر متهم، شرط را انجام داده باشد) واهب حق رجوع ندارد.

۴. اگر مال از ملکیت متهم خارج بشود یا متعلق حق غیر واقع بشود (مورد ۱ تلف واقعی بود و مورد ۴ تلف حکمی است) یا متهم مال را بفروشد. فرض کنید خانمی می‌آید نزد شما و می‌گوید: «شوهرم برای من طلا خریده و حالیه می‌خواهد رجوع کند» که شما اگر حقوق بدانید باید به وی بگویید: «برو سریع طلا را بفروش!» که در این صورت دیگر نمی‌تواند رجوع کند یا بگوید «برو رهن بگذار طلاها را!» که در این صورت دیگر شوهرش نمی‌تواند رجوع کند.

۵. مال موهوب تغییر کند. مثلاً گندم بوده شده آرد، پارچه بوده و به لباس تبدیل شده یعنی عرفاً دیگر آن مال سابق نباشد.

این پنج مورد ماده ۸۰۳ بود.

۶. واهب یا متهم فوت کند. یکی دیگر از فرق‌های رجوع و فسخ این است که رجوع قائم به شخص است (مورد «۱» قائم به مال بود)، باید واهب زنده باشد تا رجوع کند. اگر واهب بمیرد وراثت حق رجوع ندارند. اگر متهم بمیرد با اینکه واهب زنده است حق رجوع ندارد، رجوع قائم به شخص است (هم واهب و هم متهم).

ماده ۸۰۵: بعد از فوت واهب یا متهم رجوع ممکن نیست.

نکته: فوت مانع رجوع است نه حجر؛ یعنی حجر واهب یا متهم حق رجوع را از بین نمی‌برد.

نکته: حجر (محجور شدن) مانع رجوع نیست. اگر متهم محجور شود واهب می‌تواند رجوع کند. اگر واهب محجور بشود حق رجوع وجود دارد (از بین نمی‌رود) ولی نماینده‌اش نمی‌تواند رجوع کند چون رجوع قائم به شخص است، صبر می‌کنند از حجر خارج بشود و تصمیم بگیرد. (حاشیه ذیل ماده ۸۰۵ کتاب قانون مدنی در نظم

حقوقی کنونی)

۷. طبق ماده ۸۰۶ قانون مدنی هبه طلب به مدیون نسبت به واهب لازم است. می‌گویند این شماره ۷ از مصادیق مورد شماره ۱ است. در هبه طلب به مدیون، طلب از بین می‌رود (مالکیت ما فی الذمه) پس علت شماره ۷، شماره ۱ است؛ به عبارت بهتر، اگر مال از بین برود، هبه قابل رجوع نیست. دلیل عدم ایجاد حق رجوع این است که در اثر بخشش نیز دین ساقط می‌شود و مال موهوبه باقی نمی‌ماند.

ماده ۸۰۶: هرگاه داین طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد.

۸. صدقه (ماده ۸۰۷): صدقه یک نوع هبه است ولی نسبت به واهب لازم است (در صدقه، حق رجوع نیست زیرا صدقه، نوعی تعهد طبیعی است و زمانی که پرداخت شد قابل استرداد نیست). دو تا توجیه برای لازم بودن صدقه شده:

الف) می‌گویند صدقه **تعهد طبیعی**^{۳۱} است و در این نوع تعهد، اگر مدیون داوطلبانه اجراء می‌کرد دیگر نمی‌توانست رجوع کند.

ب) توجیه دوم را فقها بیان نموده‌اند. اگر واهب، عوض را می‌گرفت (شرط انجام می‌شد) هبه لازم می‌شد. فقها می‌گویند در صدقه وقتی شما صدقه می‌دهید همان موقع خداوند عوضش را به شما در این دنیا یا آن دنیا می‌دهد پس قابل رجوع نیست چون عوض گرفته شده است.

ماده ۸۰۷: اگر کسی مالی را به عنوان صدقه به دیگری بدهد، حق رجوع ندارد.

ماده ۸۰۴ قانون مدنی با مواد ۲۸۷ و ۴۵۹ و ۸۱۹ قانون مدنی ارتباط دارد:

ماده ۸۰۴: در صورت رجوع واهب، نمآت عین موهوبه اگر متصل باشد مال واهب و اگر منفصل باشد مال متهد خواهد بود.

ماده ۲۸۷: نمآت و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می‌شود مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است ولی نمآت متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود.

^{۳۱} تعهداتی که برای متعهدله، قانوناً حق مطالبه نمی‌باشد، اما اگر متعهد به میل و اراده خود، این تعهد را ایفاء نماید، دعوای استرداد او مسموع نخواهد بود.

ماده ۴۵۹: در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می شود با قید خیار برای بایع بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد ولی نماآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.

ماده ۸۱۹: نماآتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.

وقتی واهب رجوع کرد **منافع منفصل** مال متهب است و **منافع متصل** مال واهب است.

نکته: هبه با قید مصرف از اقسام هبه معوض نیست مثلاً شخصی ۲۰۰،۰۰۰،۰۰۰ تومن به دیگری هبه می کند و می گوید که آن را برای قبولی در آزمون کانون خرج کن!

با آرزوی موفقیت؛ امید ملاکریمی؛

یه توصیه مخلصانه: از بهترین راههای دستیابی به اهداف این است که انرژی مان را در بخشش به دیگران متمرکز کنیم. اگر می خواهیم اعتماد به نفس خودمان بیشتر شود، سعی کنیم اعتماد به نفس اطرافیان مان را بالا ببریم. اگر حس امیدواری و مثبت اندیشی می خواهیم باید در شخص دیگری این ها را القا کنیم و اگر موفقیت را برای خودمان می خواهیم برای دیگران هم بخواهیم. این «اثر دیگران» است بر زندگی ما! اثر موجی کمک به دیگران و بخشیدن سخاوتمندانه وقت و انرژی مان به آنها این است که خودمان بزرگترین ذینفع این «نوع دوستی» خواهیم بود. وقتی هم آموختیم یکی از تأثیرگذارترین بخش ها بر زندگی هر کس اطرافیان می باشد، لذا با بهبود وضع اطرافیان در واقع زندگی خودمان را به سمت خوبی تغییر داده ایم. اثر دیگران یعنی اینکه اگر دوستم جزوه حقوق مدنی را خوانده است و از آن متأثر شده، آن را به من هدیه کند، من به دیگری هدیه کنم یا با نوشتن مطلبی درباره این جزوه، دیگران را تشویق به خواندن آن کنم تا هم خودم لذت ببرم، هم جامعه و اطرافیانم هم موجی از لذت و تغییر مثبت را احساس کنند. من متوجه شده ام بهترین راه برای به دست آوردن چیزهایی که در زندگی ام می خواهم این است که انرژی ام را روی بخشش به دیگران متمرکز کنم. اگر این جزوه به تو کمک کرده اوون رو برای پنج نفر بفرست؛ چون بدون تو حتی ممکن نبود آن را پیدا کند.

اگر در حین مطالعه با موارد سهو قلم و یا خطاهای انسانی دیگر که ما از آن غافل مانده‌ایم، مواجه شدید؛ از طریق ایمیل mollakarimi.omid@gmail.com با ما در میان بگذارید تا اصلاح نماییم.



امید ملاکریمی هستم؛ به حواسِ پرتِ متولد دههٔ ۶۰ توو تهران! ارزشِ اصلیِ من در زندگی، کمک به دیگران و تأثیرگذاری بر زندگی آنهاست. به یادگیری و اشتراک‌گذاشتن آموخته‌هایم با دیگران علاقه‌ی زیادی دارم. البته همه تلاشم را می‌کنم تا روش‌هایی را که به افزایش کیفیت یادگیری کمک می‌کنند یاد بگیرم و بعد از افزودن تجربیات خودم، آنها را به دیگران هم انتقال بدهم. در حوزهٔ آموزش و نویسندگی در رشتهٔ حقوق با روش «ساده‌نویسی» و «به کار بردن مثال‌های روان» متفاوتم! من به این جمله ایمان دارم: «اگر موفقیت بیشتری می‌خواهی باید به دیگران کمک کنی تا به موفقیت بیشتری دست یابند.»

اینستاگرام شخصی نویسنده: [omid_mollakarimi](https://www.instagram.com/omid_mollakarimi)

آخرین بروزرسانی بهمن ۹۸

داستان نویسنده: بعد از اینکه لیسانسم رو گرفتم مثل خیلی از دانش‌آموخته‌های حقوق وارد دورهٔ کارشناسی ارشد شدم؛ البته باید بگم که به کارِ ثابت هم داشتم که ماهانه به حقوقِ ثابت از اوون می‌گرفتم. رفته رفته به این نتیجه رسیدم که اگه بخوام اینجوری ادامه بدم دستِ آخر بعد از دریافت مدرک کارشناسی ارشد و یا حتی دکتري در بهترین حالت می‌خوام به کارمندِ سطحِ بالا توو یه اداره بشم که نهایتاً به حقوق خوب دریافت کنم. شاید برای خیلی‌ها رسیدن به به حقوقِ کارمندیِ خوب نقطهٔ اوجِ آرزوهایشون محسوب بشه اما من رسیدن به به حقوقِ ثابتِ خوب رو مطلوب نمی‌دیدم. همیشه دوست داشتم مثل قهرمانای این فیلما به آدمایی که توو موقعیت‌های بد قرار گرفتن کمک کنم و با کلی غرور و کمالِ رضایت از مفید بودنِ خودم به نفس عمیق بکشم و بگم «توونستم!». از این فیلما که بگذریم ذاتِ زندگی آدمیزاد اینه که باید بجنگه و از «یه جا نشستن» یا همون «صبح به صبح کارت زدن توو یه محیطِ اداری» فراری باشد. خلاصه اواخر اسفند ماه بود که تصمیم گرفتم عطایِ حقوقِ ثابت را به لقایِش ببخشم و از اوّل فروردین شروع کنم به خوندن! البته این اشتیاقِ سوزان باید اوّل اوّل توو خودِ آدم ایجاد بشه و حتی اگه دوستان و اطرافیان با تمسخر بهت بگن: «تو که کارِ ثابت داری، می‌خوای بشینی و بخونی که چی!»، یا بگن: «صد و ده هزار تا شرکت می‌کنی و نهایتاً سه هزار تا ور می‌دارن و تو بدونِ سهمیه عُمراً شانسِ نداری!» اطمینان نداشتم که به موفقیت برسم اما با خودم عهد کردم که اوّل فروردین «بسمه‌الله» بگم و با همهٔ توانم پیش برم؛ البته قبلش از خانواده‌ام خواستم که توو این مسیر کمک کنن و این هشت ماه به کم توقع و انتظارشون رو از من کم کنن. من ریسکِ شیرینِ بلندپروازانه‌ای رو آغاز کرده بودم؛ خلاصش کنم برات: «با وجودِ تمامِ ترسی که از شکست داشتم، از تصمیم‌ام راضی بودم!». جملهٔ یه بنده‌ی خدا اوومد توو ذهنم که می‌گفت اگر آرزوت اینه که یه ماشینِ بخری، اوّل برو یه جاسوئیچی برای ماشینی که توو روباته تهیه کن و یقین داشته باش که به ماشینه می‌رسی! منم بدونِ معطلی، رفتم یک سنجاق‌سینه کوچولو که رووش آرمِ کانون رو داره و وکیل‌های کانون همیشه روی گُت یا مانتوشون می‌زنن تهیه کردم. تا شروع کردم کمک‌های خدا رو دیدم که یکی یکی برام می‌اومد. مثلاً با مسوولِ یه کتابخونه صحبت کردم و با وجودِ اینکه ساعتِ کارِ اوونجا تا ۶ بعد از ظهر بود بهم گفت: می‌تونی با نگهبانِ مجموعه هماهنگ کنی و تا ۱۱ شب هم از کتابخونه استفاده کنی! خلاصه اینکه ایمان داشتم اگر امروز زحمت بکشم فردا از نتیجه و میوهٔ شیرینِ اوون زحمات بهره‌مند می‌شم؛ به فرموده قرآن: «فان مع العسر، یُسرا». خوشحالم از اینکه که امروز که این متن رو نوشتم در وضعیتی هستم که در تمامیِ آزمون‌های حقوقی (وکالت، قضاوت، ارشد، دکتري) قبول شدم و به عضویت «هیأت علمی» رسیدم و می‌خوام متنم رو با یه جمله تموم کنم: «تووی سکوت تلاش کن و اجازه بده صدایِ موفقیت همه جا پیچه!»

چشم‌انتظار خواندنِ داستانِ موفقیت‌تان هستم. به امید موفقیت تو؛ امید ملاکریمی (پایان گفتار ما: حمد و سپاس مخصوص پروردگار جهانیان است.)

Telegram Channel: [@OmidMollakarimi](https://t.me/OmidMollakarimi) E-mail: mollakarimi.omid@gmail.com Instagram: [@vekalatyar](https://www.instagram.com/vekalatyar) web: mollakarimi.ir

به شماره همراه ۰۹۳۵۲۲۱۳۱۷۵ نام، نام‌خانوادگی و ایمیل‌تان را پیامک یا واتس‌آپ کنید و جزواتِ ارزنده‌ای را از ما دریافت کنید.