

# حقوق مدنی

## «۷»

«عقود معین (۲)»

بر اساس:

«من تمام مواد مرتبط»<sup>۱</sup>

«آموزه‌های دکتر کاووزیان، دکتر شهبازی و دکتر برادران»

گردآوری، تایپ و ویرایش: داود بلدی

رتبه بیست و چهار کانون وکلای خوزستان ۱۳۹۴

<sup>۱</sup> - مواد مطروحه در این جزوه: ماده ۵۱۸ تا ماده ۸۰۷، بعلاوه سایر مواد مرتبط قانون مدنی و دیگر قوانین مرتبط.

- ✂ این جزوه صرفاً برای آزمون وکالت [که آزمونی قانون محور است] مهیا گردیده است؛ بنابراین برای آمادگی جهت آزمون های حقوقی دیگر، باید به منبع خاص آن آزمون نیز توجه کرد؛
- ✂ در این جزوه سعی شده است بدون حذف نکته های مهم، مطالبی ساده و روان در اختیار شما دوستان قرار بگیرد؛
- ✂ در مواردی که مبحث، به قانونی غیر از قانون مدنی مرتبط باشد، مواد قانون مرتبط، به صورت پاورقی آمده است؛
- ✂ در نوشتن جملات و متن مواد در این جزوه دقت بسیاری شده و حتی چندین بار ویرایش شده است، اما مطابق قاعده عام! خالی از اشکال نمی باشد؛
- ✂ کلمات و عباراتی که بین [کروشه] در متن مواد نوشته شده است، برای فهم راحت تر مواد است و جزء ماده نمی باشد؛
- ✂ بهترین مکمل این جزوه، تست قانون مدنی از دکتر محمد حسین شهبازی است؛
- ✂ بدیهی است با مطالعه این جزوه، مطلقاً از مطالعه گنجینه دکتر کاتوزیان (قانون مدنی در نظم کنونی)<sup>۱</sup> و سایر کتب وی و کتب اساتید دیگر بی نیاز نمی شویم؛
- ✂ پیشنهادات و انتقادات (ایرادات) همه دوستان و صاحب نظران را در [Pandpnu@yahoo.com](mailto:Pandpnu@yahoo.com) پذیرا و پاسخگو هستیم.

داود بلدی \_ زمستان ۱۳۹۴

### موفقیت چیزی نیست جز:

- ✓ داشتن هدف؛
- ✓ برنامه ریزی دقیق و منعطف؛
- ✓ اجرای برنامه با پشتکار قوی؛
- ✓ حفظ انگیزه و عدم ناامیدی در تمام مسیر.

---

<sup>۱</sup> - ضمن مطالعه مواد قانون مدنی، رجوع به حاشیه های دکتر کاتوزیان در «نظم کنونی» فراموش نشود.

## «فهرست»

صفحه	عنوان
۴	مزارعه و مساقات
۲۸	مضاربه
۳۳	جعاله
۳۹	شرکت
۵۹	ودیعه و عاریه
۷۴	قرض
۷۸	قمار و گرویندی
۸۱	وکالت
۹۶	ضمان
۱۱۱	حواله
۱۱۶	کفالت
۱۲۳	صلح
۱۳۰	رهن
۱۴۳	هبه

**من هرگز خسته نمی شوم؛  
به هر تعداد که لازم باشد قدم بر می دارم.**

## فصل نخست:

# مزاحه

و

# مساقات

## مبحث نخست: مزارعه

❖ مزارعه در لغت به معنی همکاری در کشت و زرع است. طرفین در این عقد: مالک [مزارع] و عامل؛

⊖ مزارعه در قانون مدنی؛

ماده ۵۱۸: مزارعه عقدی است که به موجب آن احد طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می دهد که آن را زراعت کرده و حاصل را تقسیم کند.

⊕ سهم طرفین از محصول به صورت مشاع بوده و تعهد و التزام هر یک به آوردن سایر موارد زرع به تراضی مشخص می شود.

### نکات مهم در تعریف مزارعه:

⊖ مزارعه معامله [عقد] است؛

⊖ مزارعه از زرع گرفته شده و زرع به معنی زراعت گیاهانی است که عمر کوتاهی دارند مثل گندم، برنج، خیار و...؛

⊖ مزارع می تواند مالک عین یا منافع زمین باشد؛

⊖ در مزارعه مدت باید ذکر شود؛

⊖ حصه مشاع طرفین باید به تراضی مشخص شود؛

⊖ التزام هر یک به آوردن سایر موارد و عوامل زرع به تراضی مشخص می شود.

### خصوصیات و شرایط مزارعه

#### مزارعه عقد است:

❖ بنابراین باید شرایط اساسی صحت معاملات [ماده ۱۹۰ ق.م.] را داشته باشد.<sup>۱</sup>

#### مزارعه معامله است:

❖ معامله به معنی اخص عقدی است که موضوع آن مال است. معامله با عقد رابطه عموم و خصوص مطلق دارند، یعنی هر معامله ای عقد است ولی هر عقدی معامله نیست. مثل عقد نکاح که عقد است و معامله نیست.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۹۰ ق.م: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱. قصد طرفین و رضای آن ها؛ ۲. اهلیت طرفین؛ ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴. مشروعیت جهت معامله.

## مزارعه از عقود معوض است:

❖ عوضین در این عقد عبارت است از: مالک [مزارع]، حق انتفاع زمین را در برابر سهمی از محصول — احتمالاً زرع قرار می دهد. و متقابلاً عامل منفعت عمل خویش را در برابر سهمی از محصول احتمالی زرع قرار می دهد.

## مزارعه از عقود لازم است:

❖ یعنی برای هر دو طرف لازم الاجرا است و با فسخ یک طرف، منحل نمی شود، مگر در صورتی که یکی از دو طرف حق خیار داشته باشد؛

❖ به فوت و جنون طرفین عقد فسخ نمی شود. بنابراین با مرگ صاحب زمین یا زراع، قرار داد مزارعه منحل نمی شود، بلکه به ورثه منتقل می شود؛

❖ پس اگر صاحب زمین بمیرد به ورثه او منتقل می شود و سهم حاصل به آن ها می رسد؛

❖ اگر زراع بمیرد و ورثه ترکه را قبول کرده باشد مؤظف به انجام تعهد می باشند، یا این که از محل ترکه کسی را اجیرکنند که زراعت کند؛

❖ اگر هیچ یک از این اقدامات میسر نبود، مالک می تواند با توجه به قاعده لاضرر، عقد مزارعه را بر هم بزند زیرا در اینجا قاعده لاضرر الزام عقد را بر می دارد.

## موضوع مزارعه، زراعت است:

❖ بنابراین زمین برای درختکاری و ... مزارعه نیست. زراعت به کشاورزی اطلاق می شود که در آن بذر گیاهان طی یک دوره کوتاه کاشته و برداشت می شود مثل گندم و جو و برنج خیار و ... ؛

❖ البته در گیاهانی که طی چند دوره برداشت می شوند نیز زراعت است، مثل یونجه که چند دوره رشد و چیده می شود. سهم طرفین از محصول به صورت مشاع و به تراضی طرفین است:

❖ در مزارعه طرفین در محصول شریک بوده و بدین طریق ریسک بین عامل و مالک تقسیم می شود؛

ماده ۵۱۹: در عقد مزارعه حصه هر یک از مزارع و عامل باید به نحو اشاعه، از قبیل ربع یا ثلث یا نصف و غیره، معین گردد و اگر به نحو دیگر باشد احکام مزارعه جاری نخواهد شد.

## بنابراین

❶ اگر بگوید محصول شمال زمین مال من، و بقیه مال تو. این عقد مزارعه نیست و دلیلش را گفته اند خلاف مقتضای ذات عقد مزارعه است؛

❷ فلسفه اش این است که در این صورت عامل در قسمت خودش بهتر کار می کند و در قسمت مالک کمتر.

## شروط ضمن عقد مزارعه

### شرط افزوده بر حصه:

❶ در مزارعه اگر طرفین توافق کنند که علاوه بر سهم مشاع مالی نیز خارج از قرارداد اصلی و ضمن آن به طرف دیگر داده شود، این شرط صحیح است؛

❷ مثلاً مزارع [مالک] به عامل بگوید این زمین را بکار و محصول نصف باشد و علاوه بر آن یک میلیون به من بده.

ماده ۵۲۰: در مزارعه جایز است شرط شود که یکی از دو طرف، علاوه بر حصه ای از حاصل، مال دیگری نیز به طرف مقابل بدهد.<sup>۱</sup>

### شرط تعلق تمام ثمره به یکی از دو طرف:

ماده ۵۳۲: در عقد مزارعه، اگر شرط شود که تمام ثمره مال مزارع یا عامل تنها باشد، عقد باطل است.

### لزوم داشتن حق تصرف در زمین

ماده ۵۲۲: در عقد مزارعه لازم نیست که متصرف زمین مالک آن هم باشد، ولی لازم است که مالک منافع بوده باشد یا به عنوانی از عناوین، از قبیل ولایت و غیره، حق تصرف در آن داشته باشد.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۲۵ ق.م.ه: هر یک از شرکاء به نسبت [مانند شرکت نسبی] سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشد، مگر این که برای یک یا چند نفر از آن ها در مقابل عملی [مدیر موظف] سهم زیادتری منظور شده باشد.

## توضیح:

- ماده ۵۲۲ ق.م. فقط دو مورد از حالات رابطه مالک با زمین را بیان نموده است. (مالک عین و مالک منفعت) و گفته عناوینی از قبیل ولایت... که این غلط است؛
- زیرا ولایت و وکالت نیابتی هستند و آثار عقد به موّلی علیه و موکل بر می گردد نه به ولی و وکیل؛
- در آخر ماده نیز گفته حق تصرف، که از این «حق تصرف» چهار امر دیگر استنباط می شود، عاریه، حق انتفاع، حق تحجیر و عامل در عقد مزارعه؛
- البته در ادامه خواهیم دید که در عاریه اذن تصرف است و نه حق تصرف.

## حالات رابطه مالک با زمین

🔴 زمین باید از طرف مزارع داده شود، چند حالت ممکن است در رابطه با زمین و مالک باشد:

### حالت اول:

- شخص مالک زمین است که تبعاً مالک منافع نیز می باشد.

### حالت دوم:

- شخص مالک منفعت زمین است، یعنی زمین را اجاره کرده است. در این صورت نیز عقد مزارعه اشکالی ندارد.

### حالت سوم:

- 🔴 شخص مالک حق انتفاع می باشد: یعنی نه مالک عین و نه مالک منفعت زمین است؛
- در اینجا نیز مالک حق انتفاع می تواند زمین را به مزارع بدهد. زیرا عامل در مزارعه مالک منافع نمی شود؛
- عامل فقط از منافع بهره برداری می کند و دارنده حق انتفاع (مزارع) نیز حق امتیاز استفاده از منافع را طبق عقد مزارعه به عامل واگذار می نماید؛
- ولی مالک حق انتفاع، نمی تواند مورد انتفاع را به دیگری اجاره دهد؛ زیرا اجاره تملیک منفعت به عوض و مدت معین است.



**تفاوت مالک حق انتفاع و مالک منفعت:**

- حق انتفاع حقی است برای شخص در ملک دیگری یا مالی که مالک خاص ندارد؛
- صاحب حق انتفاع مالک منافع نمی شود، بلکه لحظه به لحظه می تواند از آن بهره برداری کند. از این رو منافع مال بخشی از دارایی او را تشکیل نمی دهد، زیرا از آن چه بهره برده، نابود شده است و از آن چه بهره نبرده است، ملک مالک است، نه ملک دارنده حق انتفاع؛ در حالی که منافع برای مالک آن، بخشی از دارایی وی را تشکیل می دهد؛
- مالک منافع حق دارد آن را به دیگری اجاره دهد، هر چند که مالک عین نباشد، اما صاحب حق انتفاع این حق را ندارد؛
- با مرگ مالک منافع، منافع به ورثه او می رسد، اما با مرگ صاحب حق انتفاع، حق انتفاع قطع می شود.

**مالت چهارم:**

- شخص به عنوان عامل مزارعه اول است. در این حالت عامل می تواند با دیگری عقد مزارعه دوم منعقد نماید. البته به اندازه سهم خودش؛
- یعنی اگر عامل سهم مشاع دو سوم داشته باشد، عقد مزارعه دوم به میزان این سهم صحیح است؛
- لازم به ذکر است که در تسلیم زمین اذن مالک لازم است.

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

**مالت پنجم:**

- شخص مستعیر است (کسی که زمین را عاریه گرفته است)؛
- در این که آیا مستعیر می تواند زمین را به مزارعه بدهد، نظرات مختلفی بیان شده است؛
- عده ای معتقدند که اشکالی ندارد، چون در مزارعه منافع را که به دیگری واگذار نمی کند بلکه فقط حق بهره برداری را به دیگری می دهد؛
- اما به این نظریه چند ایراد وارد است:

- اولاً، در عاریه برای مستعیر اذن تصرف ایجاد می شود نه حق انتفاع.
- ثانیاً، مزارعه از عقود لازم است در حالی که عاریه عقد جایز است، در اینجا عقد لازمی را بر پایه سستی بنیان می شود و هر لحظه امکان منحل شدن آن و رجوع مالک به مورد عاریه وجود دارد.
- ثالثاً، ماده ۶۴۷ ق.م. می گوید «مستعیر نمی تواند مال عاریه را به هیچ نحوی به تصرف غیر دهد ...».

### تفاوت حق انتفاع و عاریه:

- حق انتفاع یک حق عینی است یعنی منتفع بر مال سلطه دارد، اما در عاریه برای مستعیر اباحه تصرف و انتفاع ایجاد می شود یعنی اجازه انتفاع نه حق انتفاع؛
- هم چنین حق انتفاع اعم از سکنی و رقبی لازم است؛ یعنی مالک حق رجوع<sup>۱</sup> ندارد مگر این که حق انتفاع به صورت مطلق باشد که در این صورت برای مالک حق رجوع وجود دارد؛
- اما عاریه جایز است و معیر (مالک) حق فسخ عقد و رجوع دارد، زیرا عاریه اذن در انتفاع است نه حق انتفاع.

### مالت ششم:

- شخص دارای حق تحجیر باشد. در این حالت نیز می تواند زمین تحجیر شده را به مزارعه بدهد؛
- وقتی عامل زمین را آباد کرد، این آباد کردن برای صاحب حق تحجیر<sup>۲</sup> است.

### خصوصیات زمین

محدود زمین باید مشخص باشد:

- زمین مورد مزارعه، از نظر مکان، حدود و مقدار باید معلوم و معین باشد. در غیر این صورت، مزارعه باطل است؛
- زمین معین باشد یعنی مردد نباشد و معلوم باشد یعنی مبهم نباشد.

<sup>۱</sup> - رجوع با فسخ فرق دارد، فسخ حق است و منتقل می شود ولی رجوع حکم است و قابل ارث و انتقال نیست و بعد از مرگ منتقل نمی شود.

<sup>۲</sup> - مقدمات آباد کردن را تحجیر می گویند. حق تحجیر حقی عینی است. مثلاً در زمینی چاه بکند ولی هنوز به آب نرسیده باشد. تا قبل از رسیدن به آب، حق تحجیر دارد که نوعی حق الویت است.

**زمین باید قابل کشت باشد:**

- مزارعه بر زمینی که به دلیلی قابلیت کشت ندارد، صحیح نیست، مگر این که مشکل آن به روشی معقول حل شدنی باشد؛
- گاهی زمین استعداد کشت دارد، اما نیاز به برخی عملیات و فعالیتهای مقدماتی دارد تا قابل کشت شود. که در این صورت اگر عامل جاهل به این امر باشد حق فسخ دارد.

ماده ۵۲۳: زمینی که مورد مزارعه است باید برای زرع مقصود قابل باشد، اگر چه محتاج به اصلاح یا تحصیل آب باشد؛ و اگر زرع محتاج به عملیاتی باشد (از قبیل حفر نهر یا چاه و غیره) و عامل در حین عقد جاهل به آن بوده باشد، حق فسخ معامله را خواهد داشت.

**نکته:**

- ممکن است زمین مفروز باشد یا مشاع، اگر زمین مشاع باشد و یکی از شرکاء زمین را به مزارعه بدهد، عقد مزارعه نسبت به شرکاء غیرنافذ است و فضولی است ولی نسبت به خودش نافذ است؛
- اگر شرکاء عقد را اذن ندادند عقد نسبت به سهم مزارع صحیح و نسبت به سهم شرکاء باطل است و عامل حق فسخ دارد، مبنای فسخ خیار تبعض صفقه است.
- اگر یکی از شرکاء زمین مشاعی را نسبت به سهم خودش به مزارعه بدهد، قانون مدنی در این خصوص ساکت است، اما از ماده ۴۷۵ ق.م.ا<sup>۱</sup> در خصوص اجاره، وحدت ملاک می گیریم. که در اینجا عقد درست است و اشکالی ندارد، ولی با توجه به این که یکی از آثار مزارعه تسلیم زمین به عامل است و این تسلیم طبق ماده ۴۷۵ ق.م.ا نیاز به اذن سایر شرکاء دارد. و اگر شرکا اذن به تسلیم ندهند عامل به استناد خیار تعدّر تسلیم حق فسخ دارد.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۷۵ ق.م.ا: اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستاجر موقوف است به اذن شریک.

## مشخص بودن هزینه ها در مزارعه

- ❖ طبق ماده ۵۲۱ ق.م. باید مشخص شود که تهیه بذر و وسایل کشت به عهده چه کسی می باشد؛
- ❖ اگر مخارج کشت از قبیل کود، بذر، شخم زدن و چیزهای دیگر در عرف محل معلوم نباشد، باید در قرارداد تعیین شود؛

❖ عوامل زرع می تواند برعهده هریک از عامل و یا مزارع و یا شخص ثالث قرار گیرد.

ماده ۵۲۱: در عقد مزارعه ممکن است هر یک از بذر و عوامل مال مزارع باشد یا عامل، در این صورت نیز حصه مشاع هر یک از طرفین بر طبق قرار داد یا عرف بلد خواهد بود.

## مالکیت عامل پس از ظهور ثمره

- ❖ بعد از ظهور ثمره زرع، عامل مالک سهم خود از آن می شود؛
- ❖ یعنی اطلاق عقد مزارعه بر این اقتضاء می کند که عامل بعد از ظهور ثمره زرع، مالک سهم خود شود؛

ماده ۵۳۱: بعد از ظهور ثمره زرع، عامل مالک حصه خود از آن می شود.

بنابراین:

- ❖ اگر فقط برگ و ساقه به وجود آمده باشد و هنوز ثمره زرع ظاهر نشود، با توجه به مالکیت تبعی از آن مالک زمین است و عامل از آن سهمی نخواهد داشت. ولی شرط خلاف آن با مقتضای ذات عقد مزارعه منافاتی ندارد.

ماده ۵۳۸: هرگاه مزارعه در اثنای مدت قبل از ظهور ثمره فسخ شود، حاصل مال مالک بذر است و طرف دیگر مستحق اجرت المثل خواهد بود.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۳۳ ق.م: نِماء و محصولی که از زمین حاصل می شود مال مالک زمین است، چه به خودی خود روییده باشد یا به واسطه عملیات مالک، مگر این که نِماء یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد، که در این صورت، درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.

## معین بودن مدت مزارعه

- ❖ تعیین مدت از ارکان عقد مزارعه است.<sup>۱</sup>
- ❖ مدت مزارعه باید به قدری باشد که در آن مدت حاصل زمین به دست آید. زمان آغاز زراعت و مدتش باید به وسیله ماه یا سال تعیین شود. این مدت نباید از زمان معمول برای به دست آمدن محصول کمتر باشد؛
- ❖ مدت عقد ممکن است متصل به عقد یا منفصل از آن باشد و منفصل بودن مدت از عقد موجب بطلان آن نمی شود.

## تاخیر عامل و انقضای مدت

- ❖ ممکن است عامل در شروع به کار تأخیر کند و به علت تغییر آب و هوا محصول دیر برسد؛
- ❖ در نتیجه مالک نتواند از زمین خود به موقع استفاده کند که این امر موجب غرر است؛

ماده ۵۳۵: اگر عامل زراعت نکند و مدت منقضی شود مزارع مستحق اجرت المثل است.

⊕ در این ماده مبنای استحقاق اجرت المثل، از باب مسئولیت قهری (قاعده تسبیب) است.

ماده ۵۴۰: هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را به اخذ اجرت المثل ابقاء نماید.

## مشخص بودن نوع زرع

- ❖ نوع زراعت و بذر هنگام قرارداد، باید معلوم شود؛
  - ❖ البته اگر در آن ممل یک نوع زراعت مرسوم باشد، چنان چه نامش را نیز نبرند، همان زراعت معین می شود.
- ماده ۵۲۴: نوع زرع باید در عقد مزارعه معین باشد، مگر این که بر حسب عرف بلد معلوم و یا عقد برای مطلق زراعت بوده باشد؛ در صورت اخیر، عامل در اختیار نوع زراعت مختار خواهد بود.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۱۸ ق.م: مزارعه عقدی است که به موجب آن احد طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می دهد که آن را زراعت کرده و حاصل را تقسیم کند.

### تعیین نوع زرع گاهی به صورت شرط است و گاهی به صورت قید:

- مثلاً گاهی شخص هدفش پخش زرع اصلاح شده است و برای این منظور با یک کشاورز مجرب عقد مزارعه منعقد می کند؛
- یعنی مالک زمین هم هدفش زراعت است و هم زرع نوع خاص و یعنی اراده مالک زمین به یک موضوع که شامل زراعت و زرع نوع خاصی است تعلق گرفته است و اراده شامل یک قید است. که در صورت عدم انجام آن معامله باطل می شود؛
- در حالت تعیین نوع زرع به صورت شرط، مثلاً می گوید زمین را به مزارعه به تو می دهم به شرط این که در آن گندم بکاری. در اینجا دو مقصود برای مالک است، یکی زراعت کردن و دیگری زراعت گندم. در این حالت عامل نیز دو تعهد دارد و اگر زراعت گندم نکند مزارع به استناد خیار تخلف از شرط حق فسخ دارد.

### منظور از «بر مسب عرف بلد» در ماده ۵۲۴ ق.م.

- منظور این است که اگر از مجموع مذاکرات عامل و مزارع، استنباط شود که تعیین نوع زرع از باب تمثیل بوده است؛
- در این صورت و عامل می تواند زرعی دیگری که در عرف محل رایج است را زراعت کند.

### اگر زراعت به صورت مطلق باشد:

- در این صورت عامل می تواند هر نوع زرعی را انتخاب نماید؛
- البته در اینجا نیز باید طبق عرف محل، زرعی را انتخاب کند که ضررش به زمین بیشتر از سایر زرع ها نباشد؛
- هم چنین عامل نمی تواند از این امر سوء استفاده کند و برای بطلان معامله زرعی را انتخاب کند که زمین قابلیت کشت آن را ندارد.

## هرگاه مالک اختیار تام به عامل بدهد:

- (به وسیله ادات و صحبت هایی با هم نموده اند): مثلاً بگوید زمینم را به تو می دهم که هر چه خواهی در آن بکاری؛
- در این حالت برخی می گویند عامل حتی می تواند زرعی بکارد که ضررش بیشتر از سایر زرع هاست.

## حقوق و تکالیف طرفین عقد مزارعه

### حقوق و تکالیف مزارع:

#### تسلیم زمین مورد مزارعه به عامل:

- ❖ اگر مزارع از تسلیم زمین امتناع کند، عامل می تواند اجبار او را از دادگاه بخواهد و اگر اجبار وی ممکن نباشد، عامل حق دارد عقد را فسخ نماید.

#### پرسش ۱:

- اگر به علت امتناع مزارع از تسلیم زمین، عامل عقد مزارعه را فسخ کند و یا مدت آن منقضی شود، آیا عامل می تواند خسارات وارده را از مالک مطالبه نماید؟

#### پاسخ:

- طبق نظر حقوقدانان که به مواد ۲۲۶ و ۲۳۸ ق.م. و ماده ۱ ق.م.م. استناد می کنند، باید مالک به عامل خسارت وارده را بدهد؛
- البته اگر وجه التزامی بوده باشد همین وجه التزام کافی است.

#### پرسش ۲:

- عامل چه چیز را باید به عنوان خسارت مطالبه نماید؟

#### پاسخ:

- اگر بر حسب مسئولیت قراردادی باشد، با توجه به عوضین چنانچه مالک زمین را در اختیار عامل قرار می داد، منفعتی که از طریق آن به عامل می رسید را محاسبه و به عنوان خسارت به او می دهند؛

- یعنی با توجه به متن قرارداد آن سهم از محصول احتمالی را محاسبه و به عامل می دهند. اگر بنا بر مسئولیت قهری باشد از باب تسبیب عامل می تواند به مالک مراجعه نماید.

### انتقال ملک مورد مزارعه:

- ❖ مزارع حق دارد ملک مورد مزارعه را منتقل کند، و این انتقال لطمه ای به عقد مزارعه وارد نمی کند و ملک مسلوب المنفعه در مدت معین به دیگری منتقل شده است. بنابراین اگر منتقل الیه نسبت به مزارعه جاهل باشد حق فسخ معامله را خواهد داشت. (ملاک ماده ۵۳ ق.م.ا).<sup>۱</sup>

### مالیات و عوارض زمین:

- ❖ عوارض و مالیات زمین اصولاً بر عهده مالک است مگر خلاف آن شرط شده باشد، که در این صورت شرط معتبر و لازم الاجراء است ولی مالیات محصول بر عهده مالکین محصول خواهد بود.
- ❖ هزینه های مربوط به ملک که تأثیر مستقیم در زراعت نداشته باشد علی الاصول به عهده مالک است، مگر آن که خلاف آن شرط شود یا عرف محل بر خلاف آن باشد.

ماده ۵۴۲: خراج زمین به عهده مالک است، مگر این که خلاف آن شرط شده باشد، سایر مخارج زمین بر حسب تعیین طرفین یا متعارف است.

### حقوق و تکالیف عامل

- ❖ ید عامل بر زمین و لوازم آن امانی است، بنابراین مسئول تلف یا نقص و عیب آن نخواهد بود مگر این که تعدی و تفریط کرده باشد؛ (مستنبط از مواد ۴۸<sup>۲</sup> و ۴۹۳ ق.م.ا).<sup>۳</sup>
- ❖ عامل باید هر عملی را که برای کشت زرع ضروری است در موعد خود انجام دهد، البته وظایف قبل از کاشت یعنی شیارکشی و تسطیح زمین و ... اصولاً بر عهده عامل نیست؛ مگر این که در قرارداد بر این امر تصریح گردد؛

<sup>۱</sup> - ماده ۵۳ ق.م.ا: انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی شود، ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۸ ق.م.ا: منتفع باید از مالی که موضوع حق انتفاع است سوء استفاده نکرده و در حفاظت آن تعدی یا تفریط ننماید.

<sup>۳</sup> - ماده ۴۹۳ ق.م.ا: مستاجر نسبت به عین مستاجره ضامن نیست؛ به این معنی که اگر عین مستاجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی، اگر مستاجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.



- ❖ وظیفه عامل از زمان کاشت تا برداشت است، از قبیل کاشتن زرع، آبیاری و... حال اگر عامل از انجام این امور امتناع کرد و یا در اثنای عمل آن را ترک نمود، مزارع می تواند الزام او را بخواهد و اگر الزام وی ممکن نبود، با حکم دادگاه از ناحیه اموال عامل کسی اجیر می شود تا اعمال مربوطه را انجام دهد و اگر عامل مالی نداشت یا کسی حاضر نبود آن کار را انجام دهد، عامل حق دارد عقد را فسخ نماید.
- ❖ چنانچه مزارع عقد مزارعه را فسخ نکرد، می تواند از باب تسبیب اجرت المثل زمین و اجرت سایر عواملی را که در اختیار عامل گذاشته را بگیرد. در این صورت حق مطالبه سهم محصول یا خسارت را ندارد. اگر عامل در اثنای عمل آن را ترک کند و این اقدام باعث نقصان محصول گردد مزارع حق دارد تفاوت قیمت را به عنوان خسارت دریافت دارد.

#### پرسش:

- اگر مزارع عقد مزارعه را فسخ کرد و یا صبر نمود تا مدت آن منقضی شود، آیا مزارع می تواند خسارات وارده را از عامل مطالبه نماید؟

#### پاسخ:

- از ماده ۵۳۵ ق.م. این گونه استفاده می شود که قبل از انقضای مدت اگر فسخ کند ظاهراً چیزی به مالک تعلق نمی گیرد، اما بالاخره مدتی افادت منفعت صورت گرفته است و عامل باید خسارت بدهد. در این ماده مبنای استحقاق اجرت المثل، از باب مسئولیت قهری (قاعده تسبیب) است.<sup>۱</sup>

#### مواظبت و نگهداری متعارف:

- عامل باید از زراعت مواظبت و نگهداری متعارف نماید، اگر این کار را انجام ندهد و از این حیث محصول کم شود و یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد، ضامن تفاوت خواهد بود؛ یعنی کمبود محصول و خسارات دیگر وارده را بدهد. (ماده ۵۳۶ ق.م.)؛
- لازم به توضیح است که هزینه کاشت و برداشت (مثل آبیاری، کندن علفهای هرز و...) به عهده عامل است مگر این که خلاف آن شرط شود و یا عرف محل خلاف آن را ایجاب کند.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۳۵ ق.م: اگر عامل زراعت نکند و مدت منقضی شود مزارع مستحق اجرت المثل است.

**ماده ۵۳۶:** هر گاه عامل به طور متعارف مواظبت در زراعت ننماید و از این حیث حاصل کم شود یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد، عامل ضامن تفاوت خواهد بود.

### تکلیف به کاشت (زرع تعیین شده):

• عامل مکلف به کاشت زرع تعیین شده است، مگر این که تعیین کشت مذکور در عقد از باب بیان سنخیت کشت باشد که در این صورت بنابر مستنبط از ماده ۴۹۱ ق.م. در باب اجاره،<sup>۱</sup> عامل حق دارد زرع دیگری که از حیث ضرر به مزارع کمتر یا مساوی باشد، کشت کند. و اگر عامل زرع تعیین شده را نکارد باید خسارت را بدهد و مالک نیز به استناد تخلف از شرط حق فسخ دارد. اگر تعیین زرع بصورت قید باشد، در صورت عدم انجام آن معامله باطل است و عامل مسئول خسارات وارده است.

**ماده ۵۳۷:** هر گاه در عقد مزارعه زرع معینی قید شده باشد و عامل غیر آن را زرع نماید، مزارعه باطل و بر طبق ماده ۵۳۳ رفتار می شود.<sup>۲</sup>

### گرفتن اجیر:

• عامل می تواند برای زراعت اجیر بگیرد و یا با دیگری شریک شود، ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین به دیگری اذن مزارع لازم است. (مواد ۵۴۱ و ۵۴۵ ق.م.)؛<sup>۳</sup> و

• اصولاً گرفتن اجیر برای کشت و داشت و برداشت و مواظبت از زراعت از طرف عامل اشکالی ندارد، مگر این که مباشرت عامل در مزارعه قید و یا در ضمن عقد شرط شده باشد. بدیهی است مزد اجیر و کارگر برای امور مربوط به زراعت با عامل است مگر این که خلاف آن شرط شود.

• نکته: پرداخت مالیات محصول نسبت به سهم عامل به عهده عامل است.

<sup>۱</sup> - ماده ۴۹۱ ق.م. اگر منفعتی که در اجاره تعیین شده است به خصوصیت آن منظور نبوده مستاجر می تواند استفاده منفعتی کند که از حیث ضرر مساوی یا کمتر از منفعت معینه باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۳۳ ق.م. اگر عقد مزارعه به علتی باطل شود، تمام حاصل مال صاحب بذر است و طرف دیگر که مالک زمین یا آب یا صاحب عمل بوده است به نسبت آن چه که مالک بوده مستحق اجرت المثل خواهد بود. اگر بذر مشترک بین مزارع و عامل باشد حاصل و اجرت المثل نیز به نسبت بذر بین آن ها تقسیم می شود.

<sup>۳</sup> - ماده ۵۴۱ ق.م. عامل می تواند برای زراعت اجیر بگیرد یا با دیگری شریک شود، ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین به دیگری رضای مزارع لازم است؛

<sup>۴</sup> - ماده ۵۴۵ ق.م. مقررات راجعه به مزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مساقات نیز مرعی خواهد بود، مگر این که عامل نمی تواند بدون اجازه مالک معامله را به دیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید.

## انحلال عقد مزارعه

### انفساخ عقد مزارعه:

- گاهی ممکن است عقد مزارعه به سببی از اسباب منفسخ شود؛
- برای مثال اگر انجام معامله و عمل زراعت با قید مباشرت عامل باشد، با فوت عامل و اگر دادن زمین به قید مباشرت مزارع (مثلاً عقد به مدت عمر مزارع باشد) با فوت مزارع عقد منفسخ می شود.
- هم چنین اگر به سبب خشکسالی و نبود آب و یا به سبب سیل و آب گرفتگی و یا جنگ زمین قابلیت کشت را از دست بدهد، عقد منفسخ می شود؛

ماده ۵۲۷: هر گاه زمین به واسطه فقدان آب یا علل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد، عقد مزارعه منفسخ می شود.

ماده ۵۲۹: عقد مزارعه به فوت متعاملین یا احد آن ها باطل نمی شود، مگر این که مباشرت عامل شرط شده باشد؛ در این صورت به فوت او منفسخ می شود.<sup>۱</sup>

ماده ۵۳۰: هرگاه کسی به مدت عمر خود مالک منافع زمینی بوده و آن را به مزارعه داده باشد، عقد مزارعه به فوت او منفسخ می شود.

★ در مورد این ماده نیز احتمال بطلان عقد نسبت به آینده داده می شود، چنان که در مورد مشابه (اجاره) قانونگذار حکم به بطلان داده است.<sup>۲</sup>

### فسخ عقد مزارعه:

عقد مزارعه عقدی لازم است، بنابراین هیچ یک از طرفین نمی توانند به دلخواه آن را فسخ کند، مگر با وجود خیارات قانونی؛

<sup>۱</sup> - ماده ۴۹۷ ق.م: عقد اجاره به واسطه فوت موجر یا مستاجر باطل نمی شود [چون لازم است]، ولیکن اگر موجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستاجره بوده است، اجاره به فوت موجر باطل می شود و، اگر شرط مباشرت [منظور قید مباشرت است] مستاجر شده باشد به فوت مستاجر باطل می گردد.

<sup>۲</sup> - ر.ک. ماده ۴۹۷ ق.م. در ضمن حاشیه های دکتر کاتوزیان در «قانون مدنی در نظم کنونی» فراموش نشود.

**ماده ۵۲۵: عقد مزارعه عقدی است لازم.**

طبق ماده ۴۵۶ ق.م. جميع خيارات در همه عقود لازم وجود دارد، به استثنای خيارات مختص بيع (تأخير ثمن، مجلس و حيوان)؛

در قانون مدنی برای مزارعه در ماده ۵۲۶ ق.م. خيار غبن تصريح شده و چند خيار نیز بدون آن که با اسم خاصی از آن ها نام برده شود، بيان شده است؛

ماده ۵۲۳ ق.م. خيار عيب؛<sup>۱</sup> ماده ۵۲۸ ق.م. خيار تعذر تسليم که عامل يا می تواند فسخ کند و يا عليه غاصب اقامه دعوی کند زیرا حق عینی بر زمین دارد. البته اگر زمین بعد از تسليم غصب شود، عامل حق فسخ ندارد زیرا در این صورت تکلیفی بر مالک نیست و او در این غصب که موجب ضرر عامل شده مسئولیتی ندارد و عامل فقط می تواند به غاصب مراجعه و بر عليه او اقامه دعوی نماید.

با توجه به اینکه عقد مزارعه شبیه عقد اجاره است می توان از نظر وحدت ملاک حکم موارد تلف و معيوب شدن قبل از قبض يا در اثنای مدت مزارعه را از مواد مربوط به اجاره استنباط کرد.

**ماده ۵۳۴:** هر گاه عامل در اثناء يا در ابتدای عمل آن را ترک کند و کسی نباشد که به جای او عمل را انجام دهد، حاکم به تقاضای مزارع عامل را اجبار به انجام می کند و يا عمل را به خرج عامل ادامه می دهد و در صورت عدم امکان مزارع حق فسخ دارد.

رک. جزوه مدنی ۳: مواد ۲۳۳ تا ۲۳۹ ق.م. و جزوه مدنی «۶» مبحث خيارات.

**ماده ۵۲۶:** هر یک از مالک و زارع می تواند در صورت غبن معامله را فسخ کند.

**ماده ۵۲۸:** اگر شخص ثالثی قبل از این که زمین مورد مزارعه تسليم عامل شود آن را غصب کند، عامل مختار بر فسخ می شود؛ ولی اگر غصب بعد از تسليم واقع شود حق فسخ ندارد.<sup>۲</sup>

**اثر فسخ عقد مزارعه:**

- چنان چه عقد مزارعه فسخ شود، عقد از زمان فسخ منحل شده و زمین و لوازم آن به مزارع مسترد می گردد.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۲۳ ق.م. زمینی که مورد مزارعه است باید برای زرع مقصود قابل باشد، اگر چه محتاج به اصلاح یا تحصيل آب باشد؛ و اگر زرع محتاج به عملیاتی باشد (از قبیل حفر نهر یا چاه و غیره) و عامل در حین عقد جاهل به آن بوده باشد، حق فسخ معامله را خواهد داشت.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۸۸ ق.م. اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی [غاصب] در عین مستاجر یا منافع آن مزاحم مستاجر گردد [یعنی غصب کند]، در صورتی که قبل از قبض باشد، مستاجر حق فسخ [تعذر تسليم] دارد و اگر فسخ ننمود می تواند [یعنی دو حق دارد] برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت المثل به خود مزاحم رجوع کند، و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود، حق فسخ ندارد و فقط [یک حق دارد] می تواند به مزاحم رجوع کند.

## عقد مزارعه ممکن است در یکی از حالات زیر فسخ شود:

❶ فسخ قبل از عمل زراعت و کشت: در این صورت زمین و لوازم آن به مالک مسترد می گردد. در این حالت چون نه مالک و نه عامل کاری انجام داده اند مستحق چیزی نیستند. ولی اگر عامل کاری انجام داده که موجب مرغوبیت زمین شده است از باب استیفاء ماده ۳۳۶ ق.م. می تواند خسارت را مطالبه نماید.

❷ فسخ پس از عمل زراعت و قبل از ظهور ثمره: در این حالت آن چه از برگ و ساقه روئیده مال صاحب بذر است و طرف دیگر مستحق اجرت المثل می باشد. اگر صاحب بذر عامل باشد مزارع مستحق اجرت المثل زمین است و چنان چه صاحب بذر مزارع باشد، عامل مستحق دریافت اجرت المثل کار بر روی زمین است. و اگر صاحب بذر شخص ثالث باشد، باید اجرت المثل زمین را به مزارع و اجرت المثل عمل زراعت را به عامل پردازد و بعد آن چه روئیده است را تصاحب نماید.

پرسش:

❸ آیا مزارع در صورت فسخ می تواند ازاله محصول نارس را درخواست کند (به صاحب بذر بگوید بگن بیر)؟!

پاسخ:

❹ قانون مدنی در این خصوص ساکت است و تنها در ماده ۵۴۰ ق.م. چنین مقرر کرده است که مالک می تواند زراعت را ازاله کند یا اجرت المثل بگیرد و اجازه دهد که محصول باقی بماند.<sup>۱</sup>

## فسخ پس از عمل زراعت و بعد از ظهور ثمره:

❺ طبق مواد ۵۳۱<sup>۲</sup> و ۵۳۹ ق.م. طرفین در محصول شریک بوده و مالکیت مشاع دارند. بنابراین هیچ یک نمی توانند به این حق تعرض کنند و مالک نمی تواند درخواست ازاله نماید و از زمان فسخ تا زمان رسیدن و برداشت محصول هر یک باید به دیگری اجرت المثل بدهد؛

<sup>۱</sup> - ماده ۵۴۰ ق.م: هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را به اخذ اجرت المثل ابقاء نماید.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۳۱ ق.م: بعد از ظهور ثمره زرع، عامل مالک حصه خود از آن می شود.

• مثلاً اگر سهم عامل یک سوم است باید یک سوم اجرت المثل محصول را به مالک بدهد و مالک نیز باید به نسبت دو سوم اجرت المثل عمل عامل را به او بدهد.

👉 نکته: آثار و احکام اقاله همانند آثار و احکام فسخ است و از این حیث تفاوتی بین فسخ و اقاله نیست.

**ماده ۵۳۹:** هرگاه مزارعه بعد از ظهور ثمره فسخ شود، هر یک از مزارع و عامل به نسبتی که بین آن ها مقرر بوده شریک در ثمره هستند، لیکن از تاریخ فسخ تا برداشت حاصل هر یک به اخذ اجرت المثل زمین و عمل و سایر مصالح الاملاک خود که به حصه مقرر به طرف دیگر تعلق می گیرد مستحق خواهد بود.

### بطلان عقد مزارعه:

♣️ مواردی مثل عدم اهلیت، عدم قابلیت کشت زمین و نداشتن زمین از موارد بطلان است؛

♣️ در هر مرحله ای بطلان کشف شد، اگر در زمین کشت نشده بود، زمین و عوامل دیگر به صاحبانشان مسترد می شود؛

♣️ اما اگر در زمین کشت شده باشد، طبق ماده ۵۳۳ قانون مدنی، تمام محصول مال صاحب بذر است و طرف های دیگر مستحق اجرت المثل هستند؛

♣️ چنان چه بذر مشترکاً مال عامل و مزارع باشد محصول بین آن ها تقسیم و اجرت المثل هر یک به طرف دیگر پرداخت می شود. اگر بذر مال ثالث باشد تمام محصول مال وی بوده و او اجرت المثل عامل و مزارع را باید پرداخت نماید؛

♣️ مزارع با بطلان عقد می تواند هر وقت بخواهد صاحب بذر را اجبار کند که کشت را قلع کند و حق دارد با اخذ اجرت اجازه دهد که کشت تا برداشت محصول در زمین بماند.

**ماده ۵۳۳:** اگر عقد مزارعه به علتی باطل شود، تمام حاصل مال صاحب بذر است و طرف دیگر که مالک زمین یا آب یا صاحب عمل بوده است به نسبت آن چه که مالک بوده مستحق اجرت المثل خواهد بود. اگر بذر مشترک بین مزارع و عامل باشد حاصل و اجرت المثل نیز به نسبت بذر بین آن ها تقسیم می شود.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۳۳ ق.م.ن: نِماء و محصولی که از زمین حاصل می شود مال مالک زمین است، چه به خودی خود روییده باشد یا به واسطه عملیات مالک، مگر این که نِماء یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد، که در این صورت، درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.

## انقضای مدت عقد مزارع:

- بعد از پایان مدت معینه، زمین و عوامل مربوطه به صاحبان آن مسترد می گردد؛
- اصولاً مدتی که تعیین می کنند باید برای کشت و برداشت نوع زرع باید کفایت کند و کمتر از آن نباشد.

## ممکن است چند حالت در مورد «مدت» پیش بیاید:

- ♣ گاهی مدتی که تعیین می شود آن قدر زیاد است که چندین بار می توان کشت و برداشت کرد (مثلاً پنج سال) و محصول را بین طرفین تقسیم کرد. در اینجا با انقضای مدت عقد نیز منحل می شود؛
- ♣ گاهی مدت تا پایان رسیدن محصول است که عامل باید بعد از رسیدن محصول زمین را به مالک برگرداند؛
- ♣ گاهی مدت عقد کمی بیشتر از رسیدن محصول است، مثلاً مدت یک سال است و محصول در نه ماه می رسد.

## پرسش:

- ♣ در اینجا سؤال این است که آیا عامل می تواند از برگرداندن زمین خودداری کند؟ دو نظر وجود دارد:
  ۱. عده ای معتقدند چون هدف از تعیین مدت در مزارعه کاشت زرع و رسیدن محصول است، بنابراین بعد از رسیدن محصول عامل باید زمین را به مالک برگرداند هر چند مدتی از عقد مانده باشد؛
  ۲. برخی دیگر می گویند باید صبر کرد تا مدت معینه منقضی شود، زیرا مدت جزء ارکان عقد است.
- ♣ گاهی مدت معین می شود ولی مدت پایان می پذیرد در حالی که محصول هنوز نرسیده است. (مثلاً به دلیل تغییر آب و هوا)، در این صورت مزارع حق دارد زراعت را ازاله کند و یا با اخذ اجرت المثل آن را ابقاء کند تا برسد؛<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۵۴۰ ق.م: هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را به اخذ اجرت المثل ابقاء نماید.

توجه:

❖ این که گفته می شود حق دارد ازاله کند با ماده ۵۳۹ ق.م. مغایر است یعنی بر اساس ظاهر ماده ۵۴۰ مالک حتی اگر بعد از ظهور ثمره هم باشد و مدت منقضی شود می تواند تقاضای ازاله کند. در اینجا باید گفت که حکم ماده ۵۴۰ برای قبل از ظهور ثمره است. اما برداشت دیگر این است که قانونگذار در اینجا عقد را باطل دانسته و حکم ماده ۵۳۳ را اجرا کرده است. ولی این برداشت نیز صحیح نیست، زیرا در ماده ۵۳۹ از کلمه اتفاقاً استفاده شده است که اگر بعد از ظهور ثمره باشد حکم ماده ۵۳۹ و اگر قبل از ظهور ثمره باشد ماده ۵۴۰ را در نظر می گیریم.

پرسش؟

⊖ اگر محصول را کنند و ریشه های آن در زمین باقی ماند تکلیف چیست؟

پاسخ:

➤ در این صورت ریشه ها مال صاحب بذر است و او باید اجرت المثل را به صاحب زمین بدهد.

## مبحث دوم: مساقات

تعریف:

❖ مساقات از کلمه سقی (آبیاری کردن) گرفته شده است و مساقات یعنی با همکاری یکدیگر آبیاری کردن؛

❖ در اصطلاح حقوقی، مساقات عقدی است میان مالک درخت و باغدار، برای درختان مثمر، مبنی بر این که باغدار در مدتی معین درختان را آبیاری و مراقبت کند و سهم هریک از طرفین از محصول به صورت مشاع مشخص می شود.

ماده ۵۴۳: مساقات معامله ای است که بین صاحب درخت و امثال آن یا عامل در مقابل حصه مشاع معین از ثمره واقع می شود و ثمره اعم است از میوه و برگ گل و غیره آن.  
⊕ عقد مساقات، عقدی لازم است.



## نوع درختان در عقد مساقات:

- عقد مساقات در درختهایی که مثل بید و چنار میوه نمی دهد صحیح نیست؛
- اما در درختانی مثل درخت حنا یا چای که از برگ آن استفاده می کنند یا درختی که از گل آن استفاده می کنند، صحیح است؛
- البته باید اعمالی برای نگهداری باشد و اگر فقط چیدن برگ یا ثمره باشد، عقد مساقات صحیح نیست؛
- زیرا چیدن جزء اعمال نگهداری محسوب نمی شود و این قرارداد مشمول ماده ۱۰ ق.م. می باشد.

## مدت در عقد مساقات:

- مدت مساقات باید معلوم بوده و برای رسیدن محصول کافی باشد و اگر مدت کمی در نظر بگیرند عقد مساقات صحیح نیست؛
- اگر اول آن را معین کنند و آخر آن را موقعی قرار دهند که میوه آن سال به دست می آید صحیح است.

## زمان انعقاد عقد مساقات:

- مساقات پیش از آشکار شدن محصول صحیح است و پس از آشکار شدن آن صحیح نیست؛
- اما پس از آشکار شدن و پیش از رسیدن محصول، در صورتی که درختان نیاز به آبیاری یا کارهایی دیگر داشته باشند و کار باعث فزونی یا رشد و مرغوبیت گردد، صحیح است.

## نکته:

- در صورتی که بوستان مشتمل بر انواع درختان میوه باشد، می توان برای هر نوع، سهمیه ای متفاوت از نوع دیگر قرار داد؛ مثلاً برای درختان خرما، ۱ به ۲ و برای درختان انگور، ۱ به ۳ و برای درختان انار، ۱ به ۴ مقرر کرد.

## آن چه مورد نیاز بوستان و درختان و آبیاری است بر دو نوع است:

♣ الف) کارهایی که هر سال تکرار می شود؛ مانند لایروبی نهرها، اصلاح راه آب، هرس و بارور کردن درختان؛

♣ ب) کارهایی که غالباً تکرار نمی شود؛ مانند احداث نهر آب، دیوار کشی و نصب تلمبه.

✓ به ظاهر، در صورتی که این کارها در قرارداد شرط نشده باشند، کارهای دسته دوم برعهده مالک باغ، و کارهای دسته اول، تابع عرف و عادت است و باید طبق آن عمل شود.

### مباشرت باغدار:

❖ در مساقات، مباشرت باغدار شرط نیست، بلکه باغدار می تواند برای کارهایی که باید انجام گیرد، کارگر استخدام کند و به وی دستمزد دهد یا کسی به طور مجانی به او کمک کند.

### مغارسه

❖ مغارسه، این است که کسی زمین خود را برای درختکاری به کسی دیگر بدهد و قرار بگذارد که درخت های کاشته شده، میان آنان تقسیم شود.

### بطلان مغارسه:

- ❖ مغارسه در اسلام، باطل است و اگر کسی دست به مغارسه بزند، حکم آن به قرار زیر است:
- اگر اصل درختان از غارس است، درختان از آن خود اوست و باید اجرت المثل زمین را بپردازد؛
- اگر اصل درختان از آن صاحب زمین است، درختان نیز ملک او خواهد بود و باید اجرت درختکاری غارس را بپردازد؛
- اگر هر دو بر ابقای غرس تراضی داشته باشند که مانعی ندارد، ولی اگر تراضی نکردند مالک زمین می تواند غارس را امر به قلع کند و چنان چه نقضی وارد شد ارش آن را به غارس بپردازد. چنان که خود غارس هم می تواند قلع کند و حفره هایی که به خاطر کاشتن درختان ایجاد شده را پر کند. صاحب زمین نیز نمی تواند او را به ابقای درختان مجبور کند حتی بدون دریافت اجرت زمین.

## نکته:

✓ مسابقات آبیاری و نگهداری درختان است ولی مغارسه، غرس کردن درختان است. مسابقات از عقود معین است ولی مغارسه از عقود معین نیست.

### مقایسه مسابقات و مزارعه و مضاربه:

- در مسابقات آثار فسخ و بطلان یکی است، یعنی اگر عقد در هر مرحله ای فسخ شود یا کشف شود که باطل بوده تمام ثمره مال صاحب درخت است و عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود (ماده ۵۴۲ ق.م.)<sup>۱</sup>
- هم چنین در مسابقات وقتی میوه ها چیده شدند، عامل مالک سهم خودش می شود؛
- در مسابقات عامل نمی تواند درختانی که به مسابقات گرفته را به دیگری به مسابقات دهد چون مالک منافع نیست (ماده ۵۴۵ ق.م) ولی در مزارعه می تواند به دیگری مزارعه دهد؛
- در مزارعه عامل می تواند با دیگری شریک شود و در مسابقات نمی تواند شریک شود؛
- در مسابقات و مزارعه مدت از ارکان عقد است ولی در مضاربه مدت از ارکان عقد نیست.

### اثر بطلان در عقد مسابقات:

➤ در صورت باطل شدن قرارداد، محصول متعلق به صاحب باغ است و او به عامل اجرت المثل کارش را می پردازد.

ماده ۵۴۴: در هر مورد که مسابقات باطل باشد یا فسخ شود، تمام ثمره مال مالک است و عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود.

ماده ۵۴۵: مقررات راجعه به مزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مسابقات نیز موعی خواهد بود، مگر این که عامل نمی تواند بدون اجازه مالک معامله را به دیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۴۲ ق.م: خراج زمین به عهده مالک است، مگر این که خلاف آن شرط شده باشد، سایر مخارج زمین بر حسب تعیین طرفین یا متعارف است.

# فصل دوم:

# مضاربه

## تعریف

ماده ۵۴۶: مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید این که طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه، مالک؛ و عامل، مضارب نامیده می شود.

❶ عقد مضاربه از جمله عقود است که تعیین مدت در آن شرط نمی باشد.

## سرمایه در مضاربه

❖ سرمایه و به اصطلاح فقهی «رأس المال»، مضاربه حتماً باید نقدی و عین باشد و یکجا تأمین شود؛

❖ بدین ترتیب مضاربه به منفعت یا دین صحیح نمی باشد.

ماده ۵۴۷: سرمایه [در عقد مضاربه] باید وجه نقد باشد.

## لزوم تعیین حصه به نحو اشاعه

ماده ۵۴۸: حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل، از قبیل ربع یا ثلث و غیره، باشد.

## لزوم تعیین حصه و حکومت عرف

ماده ۵۴۹: حصه های مزبوره در ماده فوق باید در عقد مضاربه معین شود، مگر این که در عرف منجزاً معلوم بوده و سکوت در عقد منصرف به آن گردد.

⊕ ماده ۲۲۰ ق.م: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید

بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود

ملزم می باشند.

## جواز عقد مضاربه

❖ مضاربه از جمله عقود جایز است و از این رو هر یک از طرفین اختیار فسخ قرارداد را دارند؛ مگر این

که 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 قرار داد را تا زمان تسویه کامل آن از جانب خود بپذیرد.

## ماده ۵۵۰: مضاربه عقدی است جایز.

★ درباره نفوذ شرطی که حق بر هم زدن عقد را از دو طرف مسمی گیرد اختلاف است و ملاک ماده ۶۷۹ ق.م.ا نفوذ آن را تایید می کند.

## انفساخ عقد مضاربه

❖ از آن جایی که عقد مضاربه جایز [اذنی] است، مشمول حکم ماده ۹۵۱ ق.م.ا می باشد؛

ماده ۹۵۴: کلیه عقود جایزه [اذنی] به موت احد طرفین منفسخ می شود، و هم چنین به سَفَه در مواردی که رشد معتبر است.

⊕ نکته: همه عقود اذنی جایز هستند، اما همه عقود جایز، اذنی نمی باشند؛ [عموم و خصوص مطلق] - [در قانون مدنی ۵ عقد اذنی وجود دارد: مضاربه، شرکت، ودیعه، عاریه و وکالت]، که با اراده طرف و فوت و حجر از بین می روند؛ اما عقود جایز غیراذنی با فوت احد طرفین از بین نمی روند؛ البته هبه [جایز غیراذنی] استثنا است.

ماده ۵۵۱: عقد مضاربه به یکی از علل ذیل منفسخ می شود:

۱. در صورت موت یا جنون یا سفه احد طرفین؛
۲. در صورت مُفَلْس شدن مالک [نه مضارب]؛
۳. در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ربح؛
۴. در صورت عدم امکان تجارتي که منظور طرفین بوده.

## مدت در عقد مضاربه

❖ مدت هر قرارداد مضاربه باید برابر زمانی باشد که عامل از تاریخ عقد قرار داد تا تسویه حساب، لازم دارد و در این رابطه باید وضعیت بازار کالای مورد معامله امکانات و توان عامل شرایط تحویل و حمل کالا مدنظر قرار گرفته و مدت قرارداد به ترتیبی تعیین گردد که ظرف آن معامله مورد نظر قابل انجام و قرارداد منعقد تسویه داشته باشد؛

<sup>۱</sup> - ماده ۶۷۹ ق.م.ا: موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر این که وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

## اثر تعیین مدت

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

## اطلاق عقد نسبت به نوع تجارت

ماده ۵۵۳: در صورتی که مضاربه مطلق باشد (یعنی تجارت خاصی شرط نشده باشد) عامل می تواند هر قسم تجارتي را که صلاح بداند بنماید، ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند.  
⊕ اطلاق عقد نسبت به نوع تجارت: اختیار با عامل است با رعایت عرف.

## انتقال مضاربه و سرمایه

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

## اعمال عرفی لازم برای تجارت

ماده ۵۵۵: مضارب باید اعمالی را که برای نوع تجارت متعارف و معمول بلد و زمان است به جا آورد، ولی اگر اعمالی را که بر طبق عرف بایستی به اجیر رجوع کند خود شخصاً انجام دهد مستحق اجرت آن نخواهد بود.

## امانت و ضمان مضارب

ماده ۵۵۶: مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تفریط یا تعدی.

⊕ ماده ۶۱۴ ق.م: امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط؛

⊕ ماده ۶۳۱ ق.م: هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را

نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین، مستاجر نسبت به عین مستاجره، قیم یا

ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در

صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر

نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.

## شرط تعلق تمام منافع به مالک

ماده ۵۵۷: اگر کسی مالی برای تجارت بدهد و قرار گذارد که تمام منافع مال مالک باشد، در این صورت معامله مضاربه محسوب نمی شود و عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود، مگر این که معلوم شود که عامل عمل را تبرعاً انجام داده است.

⊕ ماده ۳۳۶ ق.م: هرگاه کسی بر حسب امر [درخواست] دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد عامل مستحق اجرت [اجرت المثل] عمل خود خواهد بود، مگر این که معلوم شود قصد تبرع داشته است.

تبصره: چنان چه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده ی وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می نماید؛

⊕ ماده ۵۱۹ ق.م: در عقد مزارعه حصه هر یک از مزارع و عامل باید به نحو اشاعه، از قبیل ربع یا ثلث یا نصف و غیره، معین گردد و اگر به نحو دیگر باشد احکام مزارعه جاری نخواهد شد.

## شرط ضمان مضارب نسبت به تلف سرمایه و خسارت

ماده ۵۵۸: اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است، مگر این که به طور لزوم [درضمن عقد لازم] شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.

⊖ طبق نظر دکتر کاتوزیان [مستنبط از حاشیه شماره یک این ماده]، اندراج شرط ضمان در مضاربه نیز جایز است و مشکلی ندارد؛

⊖ اما طبق قانون مدنی [همین ماده]، در عقد مضاربه، اگر شرط ضمان وجود داشته باشد، مبطل و باطل است.

## حساب جاری و به مدت

ماده ۵۵۹: در حساب جاری یا حساب به مدت، ممکن است، با رعایت شرط قسمت اخیر ماده قبل، احکام مضاربه جاری و حق المضاربه به آن تعلق بگیرد. [رک قانون عملیات بانکی بدون ربا، مواد ۳ تا ۶].

## حکومت تراضی در عقد مضاربه

ماده ۵۶۰: به غیر از آن که فوقاً مذکور شد مضاربه تابع شرایط و مقرراتی است که به موجب عقد بین طرفین مقرر است.



# فصل سوم:

# جعل

## تعریف

ماده ۵۶۱: جعالة عبارت است از التزام [تعهد] شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از این که طرف معین باشد<sup>۱</sup> یا غیر معین.<sup>۲</sup>

## اصطلاحات در جعالة

ماده ۵۶۲: در جعالة ملتزم را جاعل و طرف را عامل و اجرت را جُعَل [حق الجعالة] می گویند.

ماده ۵۶۲: اصطلاحات		
جاعل؛	ملتزم (متعهد):	اصطلاحات در جعالة:
عامل؛	طرف:	
جُعَل [حق الجعالة].	اجرت:	

## اقسام جعالة

جعالة به اعتبار پگونگی ایجاب و پیشنهاد آن، بر دو قسم است:

### جعالة خاص؛

➤ در جعالة خاص، ایجاب برای شخص معین است و طرف خطاب یک یا چند نفر خاص هستند مثل این که پدر به فرزند خود بگوید، اگر فلان مسأله را حل کنی هزار تومان به تو خواهم داد.

### جعالة عام؛

➤ در جعالة عام، هدف جاعل، رسیدن به مقصود خود است و برای او فرقی ندارد که توسط چه کسی انجام پذیرد، مثلاً می گوید، هر کس فلان کار را انجام دهد، این قدر پاداش می دهم.

<sup>۱</sup> - طرف معین باشد: جعالة خاص - طرف معین نباشد: جعالة عام. برخلاف جعالة، در اجاره اشخاص، اجیر همیشه معین است؛

<sup>۲</sup> - برای مثال شخصی می گوید اگر کسی حیوان یا ماشین را پیدا کرد، صد هزار تومان به او اجرت می دهم، به این عمل جعالة گفته می شود.

## ماهیت حقوقی جعالة

❖ در این که جعالة عقد است یا ایقاع، یعنی آیا نیاز به دو توافق دارد یا با ارادة جاعل منعقد می شود؟ بین حقوقدانان اختلاف است، ولی در مورد عقد بودن جعالة خاص، کمتر تردید وجود دارد. به نظر دکتر کاتوزیان، جعالة (چه خاص و چه عام) عقد است چرا که هدف جاعل، رسیدن به مقصود است فرقی نمی کند که نیل به آن قبل از قبول باشد، یا بعد از قبول.

## انقضاء جعالة

- ⊖ در جعالة، ایجاب از طرف جاعل می باشد. ایجاب یا به صورت عام است یا خاص؛
- ⊖ در ایجاب عام، همواره این امر مفروض است که التزام به پرداخت عوض یا اجرت، در مقابل اولین کسی است که عمل را انجام داده است؛
- ⊖ قبول در جعالة ممکن است صریح باشد و ممکن است ضمنی باشد، همان طور که در جعالة عام چنین است.

## لزوم تسلیم نتیجه در استحقاق اجرت

ماده ۵۶۷: عامل وقتی مستحق جعل می گردد که مُتَعَلِّق [موضوع] جعالة را تسلیم کرده یا انجام داده باشد.

## جواز عقد جعالة

- طبق قانون، جعالة تعهدی جایز است و مادامی که عمل به اتمام نرسیده باشد هر یک از طرفین می توانند رجوع نمایند، ولی اگر جاعل، در اثنای عمل عامل از جعالة رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.

ماده ۵۶۵: جعالة تعهدی [عقد عهدی] است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هر یک از طرفین می توانند رجوع کنند؛ ولی اگر جاعل در اثنای عمل [قبل از انجام] رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.

## علم اجمالی به موضوع

❖ جعاله دارای این مزیت است که در آن معلوم بودن تفصیلی کار لازم نیست و موضوع التزام می تواند مجهول باشد، همان طور که قانون مدنی هم به آن تصریح دارد چنان که در مورد اجرت هم همین مطلب ثابت است.

ماده ۵۶۴: در جعاله، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.<sup>۱</sup>  
⊕ در جعاله، کیفیت عمل مردد است. نه مورد جعاله.

ماده ۵۶۳: در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات [تفصیلی] لازم نیست. بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هر کسی کم شده او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن مال او خواهد بود، جعاله صحیح است.

## انجام دادن عمل به شرکت عاملان

ماده ۵۶۸: اگر عاملین متعدد به شرکت<sup>۲</sup> [با هم] عمل را انجام دهند، هر یک به نسبت مقدار عمل خود مستحق جُعل می گردد.

## امانت عامل

ماده ۵۶۹: مالی که جعاله برای آن واقع شده است، از وقتی که به دست عامل می رسد تا به جاعل رد کند در دست او امانت است.

## آثار جعاله

❖ جعاله با این که عقد جایزی است ولی بدین معنی نیست که هیچ اثری نداشته باشد، بلکه الزام جاعل، اثری دارد که در صورت فسخ جعاله، بر آن مترتب می شود:

۱. کار تجزیه پذیر نیست و انجام کل کار منظور جاعل می باشد در این صورت انجام مقدمات کار، بدون رسیدن به نتیجه، بدون اجرت خواهد بود. زمانی عامل مستحق اجرت است که کار مورد نظر را انجام و تحویل و تسلیم به جاعل نماید؛

<sup>۱</sup> - ماده ۲۱۶ ق.م: مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

<sup>۲</sup> - واژه «شرکت» در اینجا ربطی به «عقد شرکت» ندارد.

۲. کار مورد درخواست، مرکب از اجزایی بوده که هر کدام مستقلاً منظور جاعل بوده و پاداش دارد، در این صورت اگر پس از انجام قسمتی از کار، جعاله فسخ شود،<sup>۱</sup> عامل به نسبت عملی که انجام داده است، مستحق اجرت خواهد بود.

ماده ۵۶۶: هرگاه در جعاله عمل دارای اجزای متعدد [مرکب] بوده و هر یک از اجزاء مقصود بالاصاله جاعل بوده باشد و جعاله فسخ گردد، عامل از اجرت المسمی به نسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود، اعم از این که فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل.

**پرسش:**

در صورتی که انجام کار قبل از جعاله بوده مثلاً برای پیدا کردن ماشین، جایزه تعیین شده ولی شخص قبل از اطلاع از این جعاله، ماشین را پیدا کرده است، آیا مستحق اجرت است یا نه؟

**پاسخ:**

در این مورد اگر توافق صریح یا ضمنی، بین دو طرف نباشد، نمی توان گفت که مستحق خواهد بود.

### جعاله بر عمل نامشروع و غیر عقلایی

- کاری که به موجب جعاله، درخواست می شود، باید مشروع و عقلایی باشد؛
- اگر شخصی، برای ارتکاب جرم یا کاری برخلاف اخلاق حسنه، ملتزم به دادن اجرت شود، جعاله باطل است.

ماده ۵۷۰: جعاله بر عمل نامشروع و یا بر عمل غیر عقلایی باطل است.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - در این فرض؛ از طرف هرکدام که فسخ بشود فرقی ندارد.

<sup>۲</sup> - ماده ۲۱۵ ق.م: مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.

## مقایسه

### اشتراک اجاره اشخاص و جعاله

۱. هر دو عقد می باشند؛
۲. هر دو عقد عهدی می باشند؛
۳. هر دو عقد معوض می باشند؛
۴. در هر دو یک نفر کار می کند و دیگری اجرت می دهد.

### افتراق اجاره اشخاص و جعاله

۱. در اجاره، اجیر همیشه مشخص است، اما در جعاله، عامل در مواقعی مشخص است [جعاله خاص] و در مواقعی عامل مشخص نیست [جعاله عام]؛
۲. در اجاره اشخاص، عقد از ابتدا لازم است، اما جعاله پس از انجام عمل لازم می شود؛
۳. در اجاره برای دو طرف به محض عقد تعهد ایجاد می شود [+ حق حبس] اما در جعاله پس از انجام عمل تعهد ایجاد می شود؛
۴. اجاره مبتنی بر مغایه است اما جعاله مبتنی بر مسامحه.

# فصل چهارم:

# شرکت

## دو اصطلاح

➤ واژه «شرکت» در قانون مدنی، با دو معنا به کار رفته است: اشاعه و عقد شرکت؛

### اشاعه

➤ اشاعه یعنی جمع شدن چند حق در یک جا؛

➤ اشاعه فقط در مالکیت نیست؛ در تمام حقوق، امکان به وجود آمدن اشاعه وجود دارد؛

✍ مانند: اشاعه در حق انتفاع، اشاعه در حق ارتفاق، اشاعه در حق تحجیر و ... .

### شرکت:

➤ شرکت عقدی است که بین شرکای مال بسته می شود و آن ها برای اداره مال و تقسیم سود و زیان به

همدیگر اذن می دهند؛

➤ بنابراین برای انعقاد عقد شرکت، ابتدا باید مال مشاعی وجود داشته باشد.

## تفاوت شرکت تجاری با شرکت مدنی<sup>۱</sup>

➤ تشکیل شرکت تجاری برخلاف شرکت مدنی [که ممکن است قهری باشد]، همیشه اختیاری است؛

➤ در شرکت تجاری قصد همکاری و هدف، جلب منفعت اقتصادی است. اما در شرکت مدنی الزاماً چنین نیست؛

➤ در شرکت تجاری به سبب داشتن شخصیت حقوقی، تصمیمات راجع به شرکت عمداً با اکثریت آراء اتخاذ می شود، ولی

در شرکت مدنی برای انجام دادن هر عمل مادی یا حقوقی راجع به مال مشاع اتفاق نظر و رای کلیه شرکا الزامی است؛

➤ در شرکت تجاری ورود و خروج شرکا تابع مقررات مخصوص و در برخی از موارد منوط به رضایت سایر شرکا است در

حالی که در شرکت مدنی هر یک از مالکین مشاع اختیار فروش و واگذاری سهم مشاعی خود را دارد؛

➤ در شرکت تجاری اصل اختصاص دارایی وجود دارد؛ یعنی آن که دارایی شرکت و شرکا از یکدیگر مجزا است ولی در

شرکت مدنی چنین اصلی وجود ندارد؛

➤ شرکت تجاری مشمول مقررات ورشکستگی است ولی شرکت مدنی چنین نمی باشد؛

➤ شرکت های تجاری بر طبق مقررات قانون تجارت انحلال و تصفیه می یابند. در صورتی که در شرکت مدنی از آنجا که

شخصیت شخصیت جداگانه ای از شرکا ندارد، اصولاً موضوع انحلال و تصفیه در بین نیست.

<sup>۱</sup> - دکتر فرشید فرحناکیان - کتاب ساده ساز حقوق تجارت - ذیل ماده ۲۰ قانون تجارت.



## تعریف اشاعه

ماده ۵۷۱: شرکت [اشاعه] عبارت است از اجتماع حقوق مالکین [صاحبان حق]<sup>۲</sup> متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه.

## اسباب اشاعه

ماده ۵۷۲: شرکت [اشاعه] اختیاری است یا قهری .

⊕ منظور این ماده: اسباب اشاعه است: اسباب در تقدیر است.

## اسباب اختیاری اشاعه

- ⊖ اولین سبب اختیاری اشاعه، عقد است؛ در اینجا، عقد، منحصر به عقد شرکت نیست؛
- زیرا اکثر عقود در قانون مدنی می توانند باعث اشاعه بشوند؛ مانند بیع،<sup>۳</sup> اجاره، قرض، مزارعه، صلح، هبه، مساقات و ...؛
- ⊖ دومین سبب اختیاری اشاعه، مزج است؛ «مزج» یعنی مخلوط کردن: عملی اختیاری است: مانند این که دو نفر با هم و به اختیار گندم های خود را با هم در آمیزند.
- ⊖ سومین سبب اختیاری اشاعه، قبول مال در ازای عمل است؛ مانند این که به چند تا کارگر در ازای عمل آن ها، یک فرش بدهیم.
- ⊖ چهارمین سبب اختیاری اشاعه، ایقاع است؛ در ماده ۵۷۳ ق.م. به ایقاع اشاره ای نکرده است، اما منظور از «نحو این ها» ایقاع است: مانند حیات مباحات: مثلا دو نفر با هم یک ماهی را از دریا می گیرند.

## اسباب قهری اشاعه

- ⊖ اسباب قهری اشاعه دو مورد است: امتزاج<sup>۴</sup> و ارث؛
- امتزاج: یعنی مخلوط شدن بدون اراده مالکین: مانند این که یک دزد از دو نفر گندم می دزدد و در یکجا جمع می کند؛ در اینجا مالکان در مخلوط شدن گندم ها اراده ای نداشته اند، اما با هم شریک شدند؛
- ارث: هر کسی که بمیرد، اموالش به طور مشاع به وراث او می رسد.

<sup>۱</sup> - از ماده ۵۷۱ تا ماده ۵۷۴ ق.م. واژه «شرکت» به معنای «اشاعه» است.

<sup>۲</sup> - زیرا اشاعه فقط در مالکیت نیست: بلکه در تمام حقوق، امکان به وجود آمدن اشاعه وجود دارد.

<sup>۳</sup> - برای مثال: من یک مال را به دو نفر می فروشم: این دو نفر در مبیع شریک می شوند.

<sup>۴</sup> - دقت شود: مزج اختیاری، اما امتزاج قهری است.

**ماده ۵۷۳:** شرکت [اشاعه] اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود [هر عقدی] حاصل می شود یا در نتیجه عمل شرکا، از قبیل مزج [مخلوط کردن] اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازای عمل چند نفر<sup>۱</sup> و نحو این ها.

⊕ نحو این ها: مانند ایقاع جمعی است.

**ماده ۵۷۴:** شرکت [اشاعه] قهری اجتماع حقوق مالکین است که در نتیجه امتزاج [مخلوط شدن] یا ارث حاصل می شود.

⊕ یعنی اشاعه ای که سبب آن قهری است.

## عقد شرکت

⊖ از اینجا به بعد عقد شرکت شروع می شود:

**ماده ۵۷۶:** طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرره بین شرکاء خواهد بود.<sup>۲</sup>

⊕ منظور از «شرایط مقرره بین شرکاء»: در اینجا منظور «عقد شرکت» است.

## اذنی بودن عقد شرکت

**ماده ۵۷۷:** شریکی که در ضمن عقد [عقد شرکت] 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.<sup>۳</sup>

★ رابطه حقوقی شریکی که مأذون در اداره مال مشاع می شود با دیگر شریکان تابع احکام رابطه وکیل و موکل است.

⊕ منظور از عبارت «مأذون شده است» در ماده فوق یعنی، شرکت، عقدی اذنی است.<sup>۴</sup> **بزه حقوق مدنی ۱۳**

<sup>۱</sup> - ماده ۵۶۸ ق.م: اگر عاملین متعدد به شرکت [با هم] هم عمل را انجام دهند، هر یک به نسبت مقدار عمل خود مستحق جُعل می گردد.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۶۱۴ ق.م: امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط؛

\* ماده ۶۳۱ ق.م: هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین، مستاجر نسبت به عین مستاجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد؛

\* ماده ۶۶۶ ق.م: هرگاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مُسبب آن محسوب می گردد، مسئول خواهد بود.

<sup>۴</sup> - در قانون مدنی ۵ عقد اذنی وجود دارد: مضاربه، شرکت، ودیعه، عاریه و وکالت: همه این عقود جایز هستند و با فوت یا حجر هر کدام از طرفین، منفسخ می شوند.

## رجوع از اذن

⊖ **مفاده ماده ۵۷۸ ق.م. به زبان ساده:** شرکت عقدی است جایز، مگر این که ضمن عقد لازم شرط شده باشد و اگر ضمن عقد لازم شرط بشود، تا موقعی که مال مشاع است، شرکت قابل فسخ نمی باشد؛

**ماده ۵۷۸:** شرکاء همه وقت می توانند از اذن خود رجوع کنند [یعنی شرکت عقدی است جایز]، مگر این که اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت، مادام که شرکت [اشاعه] باقی است، حق رجوع ندارند.<sup>۱</sup>

## سه قاعده در عقد شرکت

### قاعده نخست:

⊖ هر شریک می تواند در سهم خود، تصرف حقوقی بکند و نیازی به اذن شرکاء ندارد؛

**ماده ۵۸۳:** هر یک از شرکاء می تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل [تصرف حقوقی] کند.

### قاعده دوم:

⊖ تصرف حقوقی شریک در سهم دیگران، بدون اذن آن ها فضولی و غیرنافذ است؛

**ماده ۵۸۱:** تصرفات [حقوقی در سهم سایرین] هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد، فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.<sup>۲</sup>

### قاعده سوم:

⊖ شریک نمی تواند بدون اذن سایر شرکاء، تصرف مادی بکند؛

**ماده ۵۸۲:** شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف [مادی] در اموال شرکت نماید ضامن است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۶۷۹ ق.م: موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر این که وکالت وکیل و یا عدم عزل [یا عدم استعفا] در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

<sup>۲</sup> - رک. جزوه حقوق مدنی ۳ - مقررات معاملات فضولی: مواد ۲۴۷ به بعد ق.م. و ماده ۶۲۷ ق.م.

<sup>۳</sup> - ماده مرتبط با سه قاعده فوق در اجاره: ماده ۴۷۵ ق.م: اجاره [تصرف حقوقی] مال مشاع جایز است، لیکن تسلیم [تصرف مادی] عین مستاجر موقوف است به اذن شریک.

## امانت و ضمان شریک ماذون

ماده ۵۸۴: شریکی که مال شرکت در ید اوست در حکم امین است و ضامن تلف و نقص آن نمی شود، مگر در صورت تفریط یا تعدی.

مواد مرتبط با ماده ۵۸۴ ق.م.:

ماده ۶۱۴: امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط.

ماده ۶۳۱: هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین، مستاجر نسبت به عین مستاجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.<sup>۱</sup>

## ضمان شریک غیر ماذون در برابر طرف معامله

ماده ۵۸۵: شریک غیر ماذون در مقابل اشخاصی که با آن ها معامله کرده مسئول بوده و طلبکاران فقط حق رجوع به او دارند.

### ۱ - مواد مرتبط:

- \* ماده ۳۱۰ ق.م. اگر کسی [امین] که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آن ها در دست اوست منکر گردد [یا امتناع کند]، از تاریخ انکار [یا امتناع] در حکم غاصب [شبه غصب] است؛
- \* ماده ۴۹۳ ق.م. مستاجر نسبت به عین مستاجر ضامن نیست؛ به این معنی که اگر عین مستاجر بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی، اگر مستاجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد؛
- \* ماده ۵۵۶ ق.م. مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تفریط یا تعدی؛
- \* ماده ۶۴۰ ق.م. مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛
- \* ماده ۷۸۹ ق.م. رهن در ید مرتهن امانت محسوب است، و بنابراین مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود، مگر در صورت تقصیر؛
- \* ماده ۲۷۸ ق.م. اگر موضوع تعهد [تسلیم] عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب براءة متعهد [امین] می شود، اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. [عاریه طلا و نقر ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲] ولی، اگر متعهد با انقضاء اجل و مطالبه، [ماده ۳۱۰] تاخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان [حتی فورس ماژور] خواهد بود [از زمان انکار] اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

## دو قاعده عمومی<sup>۱</sup>

### قاعده نخست:

- ⊖ هر گاه در یک عقد جایز، مدت گنجانده بشود، عقد جایز در آن مدت لازم نمی شود و عقد جایز هم چنان جایز است؛
- ➔ تنها فایده این کار [گذاشتن مدت] این است که اگر مدت تمام بشود، عقد به هم می خورد.<sup>۲</sup>

### قاعده دوم:

- ⊖ اگر مدت عقد جایز [نه خود عقد] را در ضمن عقد لازم گنجانده شود، عقد جایز در آن مدت لازم می شود؛
- ✍ برای مثال: من به شما بدون مدت وکالت [عقد جایز] می دهم؛ روز بعد ما با هم یک عقد بیع [عقد لازم] منعقد می کنیم و ضمن بیع مدت وکالت منعقد شده را تعیین می کنیم؛ اگر چنین بشود وکالت در مدت تعیین شده به هم نمی خورد؛ یعنی در مدت تعیین شده لازم می شود.<sup>۳</sup>
- ➔ مفهوم مخالف ماده ۵۸۶ ق.م. این قاعده را بیان می کند؛

ماده ۵۸۶: اگر برای شرکت [عقد شرکت] در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد، هر یک از شرکاء هر وقت بخواهد می تواند رجوع کند.<sup>۴</sup>

- ⊖ مفهوم مخالف ماده: اگر برای عقد شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین شده باشد، عقد شرکت قابل رجوع نیست.

<sup>۱</sup> - این دو قاعده مختص شرکت نمی باشند.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۵۲ ق.م: هر گاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد، تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی شود، لیکن پس از انقضای مدت مضارب نمی تواند معامله بکند مگر با اجازه جدید مالک.

<sup>۳</sup> - دقت شود: عقود جایز اذنی [مانند وکالت]، در صورت فوت و حجر به هم می خوردند و تعیین مدت در آن ها، بر فوت و حجر بی تاثیر است.

<sup>۴</sup> - ماده ۵۷۸ ق.م: شرکاء همه وقت می توانند [یعنی شرکت عقدی است جایز] از اذن خود رجوع کنند، مگر این که اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت، مادام که شرکت [اشاعه] باقی است، حق رجوع ندارند.

## نتیجه گیری:

- 👉 نتیجه (۱): اگر مدت عقد جایز، در همان عقد [عقد جایز] معین باشد، عقد در آن مدت لازم نمی شود، اما اگر مدت عقد جایز ضمن عقد لازم تعیین بشود، عقد جایز در مدت تعیین شده لازم است.
- 👉 نتیجه (۲): دادن اذن یا شرط مدت ضمن عقد لازم معین تنها راه سقوط حق رجوع از اذن نیست؛ شایع ترین راه ها است. از مفاد ماده ۱۰ ق.م. چنین بر می آید که دو طرف عقد می توانند در رابطه خود پیمان اداره مال مشاع را برای مدت معین یا تا زمان بقای اشاعه الزام آور سازند.<sup>۱</sup>

## انحلال اشاعه

ماده ۵۸۷: شرکت [اشاعه] به یکی از طرق ذیل مرتفع می شود:

۱. در صورت تقسیم؛
  ۲. در صورت تلف شدن تمام مال شرکت.
- ★ در صورتی که بخشی از مال شرکت تلف شود، اشاعه بر هم نمی خورد و آن چه تلف می شود از حق همه آنان است.

## نکات این ماده:

- 👉 شرکت در این ماده یعنی اشاعه؛ هرگاه مال تقسیم بشود، اشاعه هم از بین می رود؛
- 👉 در این ماده، «شرکت» می تواند به معنی «عقد شرکت» هم باشد؛
- 👉 یعنی تقسیم و یا تلف ابتدا اشاعه را از بین می برند، سپس عقد شرکت را؛
- 👉 زیرا اشاعه که از بین برود، عقد شرکت، سالبه به انتفاء موضوع می شود.

## انحلال شرکت

ماده ۵۸۸: در موارد ذیل شرکاء، ماذون در تصرف اموال مشترک نمی باشند:<sup>۲</sup>

۱. در صورت انقضای مدت ماذونیت یا رجوع از آن در صورت امکان رجوع؛
۲. در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء.

<sup>۱</sup> - حاشیه شماره یک ذیل ماده ۵۸۶ ق.م. دکتر کاتوزیان.

<sup>۲</sup> - یعنی در موارد ذیل عقد شرکت منحل می شود.

## نکات ماده ۵۸۸ ق.م.:

- ⊖ در صورت انقضای مدت ماذونیت: منظور این است که اگر عقد مدت داشته و مدت آن تمام شده باشد؛
- ⊖ در صورت امکان رجوع: منظور این است که ممکن است در ضمن عقد لازمی باشد و نتوان از آن رجوع کرد؛
- ⊖ در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء: چون شرکت عقدی اذنی است، و با فوت و حجر از بین می رود.

## شرکت در نفع و ضرر

- ⊖ طبق ماده ۵۷۵ ق.م. هر یکی از شرکاء به نسبت [مانند شرکت نسبی] سهم خود در سود و زیان سهیم هستند؛
  - ⊖ مگر این که برای یک یا چند نفر از آن ها، در مقابل عمل یا اعمالی سود زیادتری قرار داده بشود؛
  - ⊖ البته اشکالی ندارد که سهم زیادتر در مقابل عمل باشد: <sup>۱</sup> به زیر نویس ماده ۵۷۵ ق.م. توجه شود.
- ماده ۵۷۵: هر یک از شرکاء به نسبت [مانند شرکت نسبی] سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشد، مگر این که برای یک یا چند نفر از آن ها در مقابل عملی [مدیر موظف] سهم زیادتری منظور شده باشد.
- ★ در نفوذ شرطی که سهم زیادتری از سود را برای یکی از شریکان مقرر می دارد، بدون این که در برابر عملی باشد، اختلاف وجود دارد و نفوذ آن بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. ترجیح دارد. <sup>۲</sup>

## شرح مواد ۵۷۹ و ۵۸۰ ق.م.

ماده ۵۷۹: اگر اداره کردن شرکت به عهده شرکای متعدد باشد، به نحوی که هر یک به طور استقلال ماذون در اقدام باشد، هر یک از آن ها می تواند منفرداً به اعمالی که برای اداره کردن لازم است اقدام کند. <sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۵۲۰ ق.م: در مزارعه جایز است شرط شود که یکی از دو طرف، علاوه بر حصه ای از حاصل، مال دیگری نیز به طرف مقابل بدهد.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

- \* ماده ۶۶۹ ق.م: هرگاه برای انجام یک امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آن ها نمی تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید، مگر این که هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد؛ در این صورت هر کدام می تواند به تنهایی آن امر را بجا آورد؛
- \* ماده ۸۵۴: موصی می تواند 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؛
- \* ماده ۸۵۵ ق.م: موصی می تواند چند نفر را به نحو ترتیب وصی معین کند: به این طریق که اگر اولی فوت کرد + فروض مختلف مثلاً غیبت [دومی وصی باشد و اگر دومی فوت کرد سومی باشد و هکذا.

ماده ۵۸۰: اگر بین شرکاء مقرر شده باشد که یکی از مدیران نمی تواند بدون دیگری اقدام کند، مدیری که به تنهایی اقدام کرده باشد، در صورت عدم امضای شرکای دیگر در مقابل شرکاء ضامن خواهد بود، اگر چه برای ماذونین دیگر امکان فعلی برای مداخله در امر اداره کردن موجود نبوده باشد.<sup>۱</sup>

- ⊖ قاعده ای که در این دو ماده آمده است، مختص شرکت نیست و در موارد بسیاری کاربرد دارد؛
- ⊖ بحث این است که چند نفر می خواهند کاری را انجام بدهند؛ مثلاً چند وکیل، چند وصی، چند متولی و ...؛
- حالاتی که می توانند کار مربوطه را انجام دهند چهار مورد است؛ اجتماع، استقلال، ترتیب و اطلاق؛

## اجتماع:

⊖ اجتماع یعنی افراد باید با هم عمل مورد نظر را انجام بدهند و اگر یکی از آن ها نباشد، عمل مابقی غیر نافذ است؛

✍️ مثلاً برای فروش خانه، اگر سه وکیل به طور اجتماع داشته باشیم و دو تا از آن ها خانه را بفروشند، معامله غیر نافذ و منوط به تنفیذ وکیل سوم یا تنفیذ موکل است؛

➤ لازم به ذکر است که وکیل سوم نمی تواند رد کند، فقط می تواند عدم موافقت خود را اعلام کند!.

## سه نکته در مورد اجتماع:

- اگر چند وکیل در حالت اجتماع، داشته باشیم و یکی از آن ها فوت کند، وکالت بقیه هم منحل می شود؛<sup>۲</sup>
- اگر چند متولی در حالت اجتماع داشته باشیم و یکی از آن ها بمیرد، تولیت مابقی از بین نمی رود، و حاکم ضم امین می کند؛<sup>۳</sup>
- اگر چند وصی در حالت اجتماع داشته باشیم و یکی از آن ها بمیرد، در این مورد قانون ساکت است. اما حقوق دانان اجرای حکم ماده ۷۷ ق.م. را در این مورد نیز لازم می دانند.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - مرتبط با معاملات فضولی: رک. فصل پنجم جزوه حقوق مدنی ۳، و ماده ۵۸۱ ق.م. در همین جزوه.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۷۰ ق.م: در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آن ها وکالت دیگری باطل می شود [منفسخ می شود].

<sup>۳</sup> - ماده ۷۷ ق.م: هرگاه واقف برای دو نفر یا بیش تر به طور استقلال تولیت قرار داده باشد، هر یک از آن ها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلاً تصرف می کنند و اگر به نحو اجتماع قرار داده باشد، تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها حاکم شخصی را ضمیمه آن که باقی مانده است، می نماید که مجتمعاً تصرف کنند.

<sup>۴</sup> - استدلال حقوق دانان: چون در وکالت، موکل هست [نمُرده است] و می تواند وکیل جدید بگیرد؛ اما در وصایت، وصی دیگر وجود ندارد که تصمیم بگیرد.



## استقلال؛

یعنی هر کدام از افراد به تنهایی می توانند آن کار را انجام بدهند؛

به این صورت که هر کدام زودتر انجام داد، عمل انجام شده است و عمل بعدی ها درست نیست.<sup>۱</sup>

مثلاً برای فروش خانه، اگر سه وکیل به طور استقلال داشته باشیم و یکی از آن ها خانه را بفروشند، کار تمام است و اگر وکیل دوم، خانه را بفروشد، معامله دوم فضولی و غیرنافذ است.

مثال دوم: یک خانم سه وکیل به طور استقلال دارد که او را به عقد یک نفر در بیاورند: حال اگر یکی از وکلا خانم را به عقد یک نفر در بیاورد، عمل وکیل دوم باطل است!

## سه نکته در مورد استقلال:

اگر چند نفر که به استقلال مامور انجام امری هستند، همه همزمان عمل مورد نظر را انجام بدهند، عمل همه آن ها باطل است؛<sup>۲</sup>

اگر چند نفر که به استقلال مامور انجام امری هستند، همگی عمل مورد نظر را انجام بدهند و تاریخ عمل همه آن ها مشخص نباشد، باز هم عمل همه آن ها باطل است؛

اگر دو نفر که به استقلال مامور انجام امری هستند، هر دو امر مورد نظر را انجام بدهند و تاریخ یکی معلوم و دیگری مجهول باشد، معامله معلوم درست است.<sup>۳</sup> طبق اصل تاخر حادث.<sup>۴</sup>

## ترتیب:

یعنی چند نفر به ترتیب سِمَت پیدا می کنند؛

مثال: سه وکیل برای فروش خانه داریم که قرار را بر این می گذاریم که وکیل اول خانه را بفروشد و مثلاً اگر غایب بود وکیل دوم بفروشد و به همین ترتیب وکیل سوم.

<sup>۱</sup> - حسب مورد، باطل و یا غیرنافذ است.

<sup>۲</sup> - «الدلیلان اذا تعارضا تساقطا».

<sup>۳</sup> - ماده ۸۷۴ ق.م: اگر اشخاصی که بین آن ها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آن ها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تاخر مجهول باشد، فقط آن که تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می برد.

<sup>۴</sup> - طبق «اصل تاخر حادث»: اگر دو حادثه داشته باشیم که تاریخ یکی معلوم و دیگری مجهول باشد، آن که مجهول است را باید بعد از معلوم فرض کرد.

✍ در اینجا اگر وکیل نخست حضور داشته باشد، دو وکیل دیگر در فروش خانه سمت ندارند و عمل آن ها فضولی است.

- ماده ۸۵۵ ق.م: موصی می تواند چند نفر را به نحو ترتیب وصی معین کند: به این طریق که اگر اولی فوت کرد [+ فروض مختلف مثلاً غیبت] دومی وصی باشد و اگر دومی فوت کرد سومی باشد و هکذا.

## اطلاق:

⊖ اطلاق یعنی سکوت؛ یعنی به استقلال یا اجتماع و یا ترتیب اشاره ای نشده باشد؛  
➡ به علت اصل عدم زیاده، اطلاق به اجتماع بر می گردد، [ماده ۸۵۴ ق.م.] و عمل آن ها فقط در صورت با هم بودن نافذ است [ماده ۶۶۹ ق.م.]؛

✍ برای مثال: همان سه وکیل برای فروش خانه؛ برای این که عمل آن ها نافذ باشد باید به اجتماع انجام داده بدهند.

- ماده ۸۵۴ ق.م: موصی می تواند 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.
- ماده ۶۶۹ ق.م: هر گاه برای انجام یک امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آن ها نمی تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید، مگر این که هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد؛ در این صورت هر کدام می تواند به تنهایی آن امر را بجا آورد.

## تقسیم اموال شرکت

### معنای تقسیم:

- ⊖ تقسیم یعنی تبدیل شدن مال مشاع به مال مفروز؛
- ➡ در مال مشاع، هر شریک در همه جای مال، حق دارد، اما بعد از تقسیم [که در واقع تمییز حق است]؛ حق هر شریک در مال مشخص می شود؛
- ⊖ تقسیم، علاوه بر تمییز حق، در آن «مبادله» نیز صورت می گیرد؛ مبادله حق مشاع با حق مفروز؛
- ➡ یعنی هر شریک، مال مشاع را از دست می دهد و به جای آن مال مفروز را به دست می آورد: این را تقسیم می گویند؛
- ➡ پس به تقسیم هم مبادله می گویند و هم تمییز حق: اما تمییز حق بیشتر در مورد آن به کار می رود.

## انواع تقسیم:

⊖ تقسیم به تراضی و تقسیم به اجبار.

### تقسیم به تراضی

➤ در این نوع تقسیم، شرکاء با هم توافق می کنند که مال مشاع را تقسیم کنند؛

ماده ۵۹۱: هرگاه تمام شرکاء به تقسیم مال مشترک راضی باشند، تقسیم به نحوی که شرکاء تراضی نمایند به عمل می آید؛ و در صورت عدم توافق بین شرکاء حاکم اجبار به تقسیم می کند، مشروط بر این که 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 بعضی دیگر بی ضرر باشد، در صورتی که تقاضا از طرف متضرر باشد [قاعده اقدام]، طرف دیگر اجبار می شود؛ و اگر بر عکس، تقاضا از طرف غیرمتضرر بشود، شریک متضرر اجبار بر تقسیم نمی شود. [قاعده لاضرر].

### موارد ممنوع تقسیم به تراضی:

⊖ در دو مورد تقسیم به تراضی ممنوع است؛

مورد نخست:

⊖ در جایی که مال در صورت تقسیم از مالیت بیفتد؛

➤ برای مثال یک فرش را نمی توان تقسیم کرد، حتی به تراضی.

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:

⊖ در جایی که بین شرکاء، محجور و یا غایب باشد؛

➤ دقت شود: حتی با نماینده های غایب و محجور نمی توان تراضی کرد؛ بلکه باید در دادگاه و با حضور نماینده غایب یا محجور صورت بگیرد.

## امکان تقاضای تقسیم

ماده ۵۸۹: هر شریک المال می تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم [تقسیم به اجبار] مال مشترک را بنماید، مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون [ماده ۵۹۵: مال از مالیت بیفتد] ممنوع یا شرکاء به وجه ملزومی [ضمن عقد لازم] ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند.

### تقسیم نسبت به سهم بعضی از شریکان:

➔ اگر شرکاء بیش از دو نفر باشند، دادگاه می تواند سهم بعضی ها را جدا کند و سهم بقیه را مشاع باقی بگذارد؛

➔ برای مثال اگر شرکاء ده نفر باشند و یکی از آن ها با بقیه دعوا داشته باشد، دادگاه فقط سهم او را مشخص می کند؛

ماده ۵۹۰: در صورتی که شرکاء بیش از دو نفر باشند، ممکن است تقسیم فقط به نسبت سهم یک یا چند نفر از آن ها به عمل آید و سهام دیگران به اشاعه باقی بماند.

نکته:

➔ شریکی که می خواهد تقاضای تقسیم بکند، باید دعوای تقسیم را به طرفیت تمام شرکاء اقامه کند؛<sup>۱</sup>

### منع تقسیم ضرری:

➔ شریکی که تقاضای تقسیم می کند، ممکن است خودش از تقسیم ضرر کند، اما دیگران متحمل ضرر نشوند؛

➔ چنین شخصی اگر متقاضی تقسیم بشود، دادگاه دیگران را به تقسیم اجبار می کند؛

➔ اما اگر غیرمتضرر متقاضی تقسیم باشد، دادگاه دیگران را متضرر را اجبار به تقسیم نمی کند.

<sup>۱</sup> - این مشکل بیشتر در مورد وراثت پیش می آید: وراثت معمولاً دو دسته می شود و یک گروه علیه گروه دیگر که مخالف هم هستند دادخواست می دهند: اما این کار اشتباه است و باید علیه همه وراثت دادخواست داد.

ماده ۵۹۲: هرگاه تقسیم برای بعضی از شرکاء مضر و برای بعضی دیگر بی ضرر باشد، در صورتی که تقاضا از طرف متضرر باشد [قاعده اقدام]، طرف دیگر اجبار می شود؛ و اگر بر عکس، تقاضا از طرف غیرمتضرر بشود، شریک متضرر اجبار بر تقسیم نمی شود [قاعده لاضرر].

### ضرر مانع از تقسیم:

➔ ضرر این است که اگر مال تقسیم بشود، سهم یکی یا بعضی از شرکاء افت قیمت پیدا می کند؛

ماده ۵۹۳: ضرری که مانع از تقسیم می شود عبارت است از نقصان فاحش قیمت به مقداری که عادتاً قابل مسامحه نباشد.

### امکان تقسیم بعضی از اموال مشترک:

➔ اگر اموال مشترک زیاد باشند، ممکن است فقط برخی از آنان به اجبار تقسیم بشود؛

➔ مثلاً وراثت باغ، زمین و ماشین دارند، حال یکی از آن ها فقط متقاضی تقسیم زمین است؛ در این صورت

دادگاه نمی تواند باغ و ماشین را هم تقسیم کند؛

ماده ۵۹۶: در صورتی که اموال مشترک متعدد باشد، قسمت [تقسیم] اجباری در بعضی از آن ها ملازم با تقسیم باقی اموال نیست.

⊕ دادگاه به دادخواست توجه می کند و به آن چه طرفین قصد افراز دارند.

### تقسیم ملک از وقف:

➔ تقسیم ملک از وقف اشکالی ندارد؛ اما تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم امکان پذیر نیست؛

➔ علت: زیرا موقوف علیهم حق انتفاع دارند و مالک نیستند که بخواهند مال موقوفه را تقسیم بکنند.

ماده ۵۹۷: تقسیم ملک [طلق، آزاد] از وقف [حبس] جایز است، ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست.

### تقسیم به اجبار

➔ تقسیم به اجبار توسط دادگاه صورت می گیرد و ۴ نوع است، که این ۴ نوع در طول یکدیگرند؛

➔ یعنی دادگاه ابتدا باید سراغ راه اول برود، اگر ممکن نبود راه دوم را انتخاب کند و همین طور تا راه آخر.

## نفسه: افراز

☞ در جایی صورت می گیرد که مال مشاع تجزیه پذیر باشد؛

☞ مثال: اگر مال مشاع ۱۰۰ کیلو برنج باشد؛ خیلی راحت می توان آن ها را بین شرکاء تقسیم کرد.

## دوم: تعدیل

☞ در جایی صورت می گیرد که مال تجزیه پذیر نباشد؛ و نتوان آن را افراز کرد؛ در این صورت ابتدا مال

را قیمت می کنند، سپس تقسیم؛ یعنی بر حسب قیمت تقسیم می شود؛

☞ مثال: اگر امول مشاع عبارت باشند از: یک ماشین، یک فرش و یک یخچال؛ در این صورت ابتدا اموال توسط

کارشناس قیمت می شود، مثلا ماشین ده میلیون، یخچال شش میلیون و فرش هم چهار میلیون؛ حال اگر

شرکاء دو نفر باشند، یکی از آن ها ماشین را بر می دارد و دیگری فرش و یخچال را.

☞ نکته: در مثال فوق اگر هر دو شریک ماشین را بخواهند، یا هر دو شریک یخچال و فرش را بخواهند، بین

آن ها قرعه می اندازند.

## سوم: (د)

☞ تقسیم به رد در جایی صورت می گیرد که تعدیل امکان ندارد؛

☞ یعنی: اول افراز، اگر افراز ممکن نشد، تعدیل و اگر تعدیل هم امکانپذیر نبود، رد؛

☞ در تقسیم به رد: یکی از شرکا اموال بیشتری می برد و دیگری اموال کمتر؛

☞ در اینجا کسی که مال بیشتری می برد، مابه التفاوت را به شریک دیگر می پردازد؛

☞ مثال: اگر امول مشاع عبارت باشند از: یک ماشین و یک فرش؛ مثلا قیمت ماشین ده میلیون و فرش ۴ میلیون؛

☞ در این صورت از آنجایی که مال تجزیه پذیر نیست، افراز هم ممکن نیست و از آن جایی که ارزش این دو مال

با هم برابر نمی باشد تعدیل هم امکان پذیر نمی باشد؛

☞ برای حل این معما یکی از شرکاء ماشین را بر می دارد و مابه التفاوت قیمت را به شریک دیگر که فرش را

برداشته است می پردازد. به این روش تقسیم به «رد» می گویند.

☞ در اینجا هم اگر شرکاء با هم توافق نکنند، از قرعه استفاده می شود؛

☞ قرعه در جایی است که طرفین به «افراز» و «تعدیل» و یا «رد» رضایت ندهند.

**پهارم: فروش مال**

⊖ در جایی که تقسیم به رد امکان پذیر نباشد، مال را می فروشند و پول آن را تقسیم می کنند؛

✍ برای مثال: اگر اموال مشاع همان ماشین و فرش باشند؛ مثلاً قیمت ماشین ده میلیون و فرش ۴ میلیون؛

✍ همانطور که گفته شد: چون مال تجزیه پذیر نیست، افراز ممکن نیست و چون ارزش این دو مال با هم برابر

نمی باشد تعدیل هم امکان پذیر نمی باشد؛

✍ حال اگر تقسیم به رد هم امکان پذیر نباشد: مثلاً هیچ کدام از شرکاء توان پرداخت مابه التفاوت را نداشته

باشند؛ اموال مشاع را به فروش می رسانند و بین شرکاء تقسیم می کنند.

ماده ۵۹۸: ترتیب تقسیم آن است که، اگر مال مشترک مثلی [تجزیه پذیر] باشد به نسبت سهام شرکاء افراز می شود و، اگر قیمتی

[تجزیه ناپذیر] باشد، بر حسب قیمت [توسط کارشناس] تعدیل می شود؛ و بعد از افراز یا تعدیل، در صورت عدم تراضی بین شرکاء،

حصص [جمع حصه] آن ها به قرعه معین می گردد.

⊕ قانون مدنی فقط دو نوع از تقسیم به اجبار را بیان کرده است: افراز و تعدیل؛

⊕ رد و فروش در قانون امور حسبی مطرح شده است: مواد ۳۱۶ و ۳۱۷.

**مواد ۳۱۶ و ۳۱۷ قانون امور حسبی:**

ماده ۳۱۶: تقسیم طوری به عمل می آید که برای هر یک از ورثه از هر نوع اموال حصه ای معین شود و اگر بعضی از اموال

بدون زیان قابل قسمت نباشد ممکن است آن را در سهم بعضی از ورثه قرارداد و برابر بهای آن از سایر اموال در سهم

دیگران منظور نمود و اگر تعدیل محتاج به ضمیمه پول به اموال باشد به ضمیمه آن تعدیل می شود.

ماده ۳۱۷: در صورتی که مالی اعم از منقول یا غیر منقول قابل تقسیم و تعدیل نباشد ممکن است فروخته شده بهای آن

تقسیم شود.

فروش اموال به ترتیب عادی به عمل می آید مگر آنکه یکی از ورثه فروش آن را به طریق مزایده درخواست کند.

## مهایات<sup>۱</sup>

### تعریف:

- مهایات یعنی تقسیم منافع بین شرکاء؛ خواه شرکاء مالک عین باشند و خواه نباشند؛<sup>۲</sup>
- فقط کافی است مالک منفعت باشند و یا حق انتفاع داشته باشند.

### انواع مهایات:

- مهایات بر حسب زمان و مهایات بر حسب مکان.

#### مهایات بر حسب زمان:

- ✍ توضیح در قالب مثال: مال مشاعی یک ماشین است؛ هر هفته در دست یکی از شرکا باشد، یا هر ماه در دست یکی از شرکاء باشد.<sup>۳</sup>

#### مهایات بر حسب مکان:

- ✍ توضیح در قالب مثال: مال مشاعی یک ساختمان ۴ اتاقه است؛ اگر ۲ نفر مالک این ساختمان باشند، می توانند به هم توافق کنند که هر شریک از منافع دو اتاق آن استفاده کند.

#### به دو دلیل مهایات عقدی لازم است:

- مهایات توافق است<sup>۵</sup> و این توافق یک عقد است و طبق اصل لزوم،<sup>۶</sup> باید گفت مهایات عقدی لازم است؛

<sup>۱</sup> - مهایات از ریشه هیات. هیات یعنی صورت - شی.

<sup>۲</sup> - یعنی ممکن است شرکاء، مالک عین باشند و نخواهند که عین را تقسیم کنند: فقط می خواهند منافع را تقسیم کنند.

<sup>۳</sup> - Time sharing.

<sup>۴</sup> - نام دیگر این نوع مهایات: مهایات بر حسب اجزاء.

<sup>۵</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

<sup>۶</sup> - ماده ۲۱۹ ق.م: عقود که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن ها لازم الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.



مهایات یک نوع تقسیم است، و طبق ماده ۵۹۹ ق.م. هر تقسیمی لازم است. پس مهیات نیز لازم است.

ماده ۵۹۹: تقسیم بعد از آن که صحیحاً واقع شد لازم است و هیچ یک از شرکاء نمی تواند بدون رضای دیگران از آن رجوع کند.

### تنقیه و تعمیر قنات مشترک

ماده ۵۹۴: هرگاه قنات مشترک یا امثال آن [هر مال مشاعی] خرابی پیدا کرده و محتاج به تنقیه [تعمیر قنات] یا تعمیر شود و یک یا چند نفر از شرکاء بر ضرر شرکای دیگر از شرکت در تنقیه یا تعمیر امتناع نمایند، شریک یا شرکای متضرر می توانند به حاکم رجوع نمایند؛ در این صورت اگر ملک قابل تقسیم نباشد [اگر قابل تقسیم باشد، افزای می کنند]، حاکم می تواند، برای قلع ماده نزاع و دفع ضرر [قاعده لاضرر]، شریک ممتنع را به اقتضای موقع به شرکت در تنقیه یا تعمیر یا اجاره یا بیع سهم خود اجبار [اجبار به فروش مال سایر شرکا] کند.<sup>۱</sup>

### اثر عیب در تقسیم

ماده ۶۰۰: هرگاه در حصه یک یا چند نفر از شرکاء عیبی ظاهر شود که در حین تقسیم عالم به آن نبوده، شریک یا شرکای مزبور حق دارند تقسیم را به هم بزنند.

### بطلان تقسیم غلط

ماده ۶۰۱: هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که قسمت به غلط واقع شده است، تقسیم باطل می شود.<sup>۲</sup>

### وجود مال غیر در تقسیم

ماده ۶۰۲: هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که مقدار معینی از اموال تقسیم شده مال غیر بوده است، در صورتی که مال غیر در تمام حصص مفروضاً به تساوی باشد تقسیم صحیح والا باطل است.

<sup>۱</sup> - ماده ۱۱۴ ق.م. هیچ یک از شرکاء نمی تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید، مگر این که دفع ضرر، به نحو دیگر ممکن نباشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۳ ق.آ.د.م. وکلای متداعیین باید دارای شرایطی باشند که به موجب قوانین راجع به وکالت در دادگاهها برای آنان مقرر گردیده است.

## ممر و مجراهای قسمت ها

ماده ۶۰۳: ممر و مجرای هر قسمتی که از مُتَعَلَقَات آن است بعد از تقسیم مخصوص همان قسمت می شود.

⊕ ماده ۱۰۳ ق.م: هرگاه شرکای ملکی دارای حقوق و منافع باشند و آن ملک مابین شرکاء تقسیم شود، هر کدام از آن ها به قدر حصه، مالک آن حقوق و منافع خواهد بود: مثل اینکه اگر ملکی دارای حق عبور در ملک غیر بوده و آن ملک که دارای حق است بین چند نفر تقسیم شود، هر یک از آن ها حق عبور از همان محلی که سابقاً حق داشته است خواهد داشت.

## بقای حق ارتفاق در تقسیم

ماده ۶۰۴: کسی که در ملک دیگری حق ارتفاق دارد نمی تواند مانع از تقسیم آن ملک بشود ولی بعد از تقسیم حق مزبور به حال خود باقی می ماند.

ماده ۶۰۵: هرگاه حصه بعضی از شرکاء مجرای آب یا محل عبور حصه شریک دیگر باشد، بعد از تقسیم حق مجری یا عبور ساقط نمی شود، مگر این که سقوط آن شرط شده باشد و هم چنین است سایر حقوق ارتفافی.

⊕ ماده ۱۰۲ ق.م: هرگاه ملکی کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق ارتفافی در ملک دیگر یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد، آن حق به حال خود باقی می ماند، مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد.

⊕ ماده ۱۰۳ ق.م: هرگاه شرکاء ملکی دارای حقوق و منافع باشند و آن ملک مابین شرکاء تقسیم شود، هر کدام از آن ها به قدر حصه، مالک آن حقوق و منافع خواهد بود: مثل اینکه اگر ملکی دارای حق عبور در ملک غیر بوده و آن ملک که دارای حق است بین چند نفر تقسیم شود، هر یک از آن ها حق عبور از همان محلی که سابقاً حق داشته است خواهد داشت.

## تقسیم ترکه قبل از ادای دیون

ماده ۶۰۶: هرگاه ترکه میت قبل از ادای دیون تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است، طلبکار باید به هر یک از وراثت به نسبت سهم او رجوع کند؛ و اگر یک یا چند نفر از وراثت معسر شده باشد طلبکار می تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراثت دیگر رجوع نماید.

# فصل پنجم:

# ودایعه و عاریه

## امانت به صورت عام

امانت دو نوع تقسیم بندی دارد؛

تقسیم نخست امانت:

امانت مالکانه یا امانت قراردادی:

➤ در این نوع، امانت با اراده مالک صورت می گیرد: مانند ودیعه، عاریه، اجاره و در تمام عقودی که امانی

هستند، امانت مالکانه است؛

➤ در این نوع امانت، تصریح قانون لازم نیست و هر زمان که مالک مالش را به دیگری بدهد، دیگری امین است؛

➤ در امانت مالکانه، مالک باید سراغ امین برود و مال را از او بگیرد.

امانت قانونی یا امانت شرعی:

➤ در این نوع امانت اراده مالک وجود ندارد: قانونگذار کسی که مال در ید او است را امین قرار داده

است: مانند امین، قیم و کسی که مالی را پیدا می کند؛

➤ در امانت قانونی، عکس امانت مالکانه است و امین باید مال را به مالک برگرداند.

تقسیم دوم امانت:

امانت اولی [اولاً و بالذات]:

➤ امین مال را می گیرد و فقط نگه می دارد: یعنی هدف فقط نگهداری مال است. عقد ودیعه: ماده ۶۰۷ ق.م؛

امانت ثانوی [ثانیاً و بالعرض]:

➤ یک نفر مالی را به منظور استفاده می گیرد و علاوه بر استفاده باید از آن هم نگهداری کند. عقد عاریه:

ماده ۶۳۵ ق.م.

## نکته:

- ⊖ هر گاه حفظ مال در درجه اول قرار داشت؛ یعنی مال بیشتر برای نگهداری از آن به امانت سپرده شده باشد، امانت اولاً و بالذات است؛
- ⊖ و هر گاه حفظ در درجه دوم قرار داشت، یعنی مال بیشتر برای استفاده از آن به امانت سپرده شده باشد، امانت ثانیاً و بالعرض است.
- بجز ودیعه که امانت بالذات است، در سایر عقود امانی، امانت ثانیاً و بالعرض می باشد.

## مسئولیت امین

- ⊖ تعهد امین، تعهد به وسیله است و برای همین امین مسئول نیست، مگر این که تقصیر کند؛
- تقصیر اعم است تعدی<sup>۱</sup> یا تفریط<sup>۲</sup> [ماده ۹۵۳ ق.م. و از این دو حالت خارج نیست؛
- اگر تقصیر فعل باشد، تعدی، و اگر ترک فعل باشد تفریط می گویند.

## حالات بعد از تقصیر

### مالت نفست:

- ⊖ تقصیر امین موجب خسارت شده است؛ یعنی بین تقصیر و خسارت، رابطه علیت یا سببیت وجود دارد؛
- در اینجا امین مسئول است، چون خسارت معلول تقصیر امین است.<sup>۳</sup>

### مالت دوم:

- ⊖ امین تقصیر می کند، اما این تقصیر باعث خسارت نمی شود، بلکه در مدت تقصیر وی، توسط قوه قاهره خسارتی به مال مورد امانت وارد می آید؛
- در اینجا باز هم امین مسئول است؛ چون در دوران تقصیر، ید امین از امانی به ضمانی تبدیل می شود؛
- یعنی ید امین در دوران تقصیر، مانند غاصب است.

<sup>۱</sup> - ماده ۹۵۱ ق.م: تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری.

<sup>۲</sup> - ماده ۹۵۲ ق.م: تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.

<sup>۳</sup> - دقت شود: تقصیر، لزوماً باعث خسارت نمی شود.

**مالت سهوم:**

- ⊖ امین تقصیر می کند، در دوران تقصیر هم هیچ اتفاقی برای مال نمی افتد؛ حال امین دست از تقصیر بر می دارد و دوباره مانند امین رفتار می کند، در این صورت اگر بعد از آن [یعنی در دورانی که امین تقصیر نمی کند]، مال توسط قوه قاهره خسارت ببیند، امین مسئول نمی باشد.
- زیرا بعد از این که امین دست از تقصیر بر می دارد، دوباره یدش به امانی تبدیل می شود و ضمانی ندارد.

**شرط ضمان در امانت**

- ⊖ می توان بر امین شرط ضمان کرد؛ یعنی می توان شرط کرد که امین حتی بدون تقصیر هم ضامن باشد؛
- قانون مدنی در عاریه در ماده ۶۴۲ ق.م. شرط ضمان را پذیرفته است.<sup>۱</sup>
- ماده ۶۴۲ ق.م. را عاریه مضمونه می گویند؛ یعنی عاریه ای که در آن شرط ضمان شده باشد؛
- البته این حکم مختص عاریه نیست؛ یعنی می توان در تمام عقود امانی شرط ضمان گنجاند.

**ضمان عاریه طلا و نقره**

- ⊖ عاریه ای که بدون شرط ضمان، باز هم ید مستعیر ضمانی است؛ عاریه مضمونه بدون شرط؛
- البته: این ماده [۶۴۴ ق.م.] قانون تکمیلی است و می توان خلاف آن شرط کرد.

ماده ۶۴۴: در عاریه طلا و نقره، اعم از مسکوک و غیر مسکوک، مستعیر ضامن است هر چند شرط ضمان نشده و تقریظ یا تعدی هم نکرده باشد.

**استثنای شرط ضمان:**

- ⊖ قانون مدنی در یک مورد، شرط ضمان را نپذیرفته است: در عقد مضاربه؛

<sup>۱</sup> - ماده ۶۴۲ ق.م. اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگر چه مربوط به عمل او نباشد.

ماده ۵۵۸: اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است، مگر این که به طور لزوم [در ضمن عقد لازم] شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند؟

نکته در مورد این ماده:

⊖ طبق نظر دکتر کاتوزیان [مستنبط از حاشیه شماره یک این ماده]، اندراج شرط ضمان در مضاربه نیز جایز است و

مشکلی ندارد؛

➔ اما طبق قانون مدنی [همین ماده]، در عقد مضاربه، اگر شرط ضمان وجود داشته باشد، مبطل و باطل است.

## شرط عدم ضمان

⊖ در عقود امانی می توان شرط کرد، در صورتی که ید امین به ضمانی تغییر کرد، وی مسئولیتی نداشته باشد؛

➔ البته در این مورد باید: تقصیر عمدی، خسارات بدنی و لطمه به حیثیت و شرافت را استثناء کرد.

## مقایسه ودیعه با عاریه

➔ هر دو عقد اذنی می باشند؛ با این تفاوت که در ودیعه اذن برای نگهداری، اما در عاریه، اذن برای انتفاع است؛

➔ هر دو عقد امانی هستند؛ با این تفاوت که ودیعه امانت اولی، اما عاریه، امانت ثانوی است؛

➔ هر دو عقد جایز هستند؛

➔ هر دو با فوت و حجر منفسخ می شوند؛

➔ هر چند که هر دو عقد نسبت به یک طرف مجانی هستند، اما در هر دو عقد، هر دو طرف باید اهلیت کامل

داشته باشند؛

➔ هر دو عقد رضایی هستند؛ یعنی با ایجاب و قبول واقع می شوند و برای وقوع نیازی به قبض ندارند؛

➔ در ودیعه نوع مال مهم نیست؛ خواه مصرف شدنی، خواه مصرف نشدنی؛ اما در عاریه، مال باید مصرف نشدنی

باشد.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۶۳۷ ق.م. 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.

## اخذ بالسوم

### تعریف:

⊖ اخذ بالسوم این است که یک نفر مالی را می گیرد تا معاینه کند؛ به این منظور که اگر مورد پسند واقع شد، آن را بخرد و اگر مورد پسند نبود، آن را برگرداند؛

### دید در آخذ بالسوم:

- ⊖ در این که دید «آخذ بالسوم» امانی است یا ضمانی، مورد اختلاف است؛
- نظر دکتر کاتوزیان: دید آخذ بالسوم نه امانی است و نه ضمانی؛ بلکه تعهد به نتیجه است؛<sup>۱</sup>
- این نظر [نظر دکتر کاتوزیان]، با دید امانی و ضمانی خیلی تفاوت دارد؛
- زیرا اگر دید را امانی بدانیم: تعهد طرف، تعهد به وسیله است؛
- و اگر دید وی را ضمانی بدانیم، ثابت کردن قوه قاهره تاثیری بر ضمان وی ندارد.

### نتیجه:

- ⊖ اگر مال در دید آخذ بالسوم، خسارت ببیند، وی مسئول است، مگر این که قوه قاهره را ثابت نماید.
- یعنی آخذ بالسوم یا باید مال را بخرد و یا آن را پس بدهد؛ حال اگر قبل از این که طرف مال را پس بدهد به آن خسارتی وارد آید، آخذ بالسوم مسئول است، اما می تواند قوه قاهره را ثابت کند و ...

<sup>۱</sup> - در تعهد به نتیجه، متعهد مسئول است، مگر این که قوه قاهره را ثابت کند.



## مواد ودیعه [امانت]<sup>۱</sup>

### تعریف:

ماده ۶۰۷: ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد برای آن که آن را مجاناً نگاه دارد.

ودیعه گذار مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین می گویند.<sup>۲</sup>

### لزوم قبول:

ماده ۶۰۸: در ودیعه قبول امین لازم است اگر چه به فعل باشد.<sup>۳</sup>  
مالکیت مودع:

ماده ۶۰۹: کسی می تواند مالی را به ودیعه گذارد که مالک یا قائم مقام مالک باشد و یا از طرف مالک صراحتاً یا ضمناً مجاز باشد.

### اهلیت دو طرف:

ماده ۶۱۰: در ودیعه طرفین باید اهلیت برای معامله داشته باشند؛ اگر کسی مالی را از کسی دیگر که برای معامله اهلیت ندارد به عنوان ودیعه قبول کند، باید آن را به ولی او رد نماید و اگر درید او ناقص یا تلف شود ضامن است.<sup>۴</sup>

### جواز ودیعه:

ماده ۶۱۱: ودیعه عقدی است جایز.

### تعهد به حفاظت و شیوه آن:

ماده ۶۱۲: امین باید مال ودیعه را به طوری که مالک مقرر نموده حفظ کند و، اگر ترتیبی تعیین نشده باشد آن را به طوری که نسبت به آن مال متعارف است حفظ کند، والا ضامن است.

<sup>۱</sup> - امانت اولاً و بالذات.

<sup>۲</sup> - این ماده، امانت اولاً و بالذات را بیان می کند.

<sup>۳</sup> - ماده ۶۳۲ ق.م: کاروانسرادار و صاحب مهمانخانه و حمامی و امثال آن ها نسبت به اشیاء اسباب یا البسه واردین وقتی مسئول می باشند که اشیاء و اسباب یا البسه نزد آن ها ایداع شده باشد و یا این که بر طبق عرف بلد در حکم ایداع باشد.

<sup>۴</sup> - مواد مرتبط:

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

\* ماده ۳۰۳ ق.م: کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است، ضامن عین و منافع آن است اعم از این که به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل.

## تغییر ترتیب مالک:

ماده ۶۱۳: هرگاه مالک برای حفاظت مال ودیعه ترتیبی مقرر نموده باشد و امین از برای حفظ مال تغییر آن ترتیب را لازم بداند، می تواند تغییر دهد، مگر این که مالک صریحاً نهی از تغییر کرده باشد که در این صورت ضامن است.<sup>۱</sup>

## ضمان امین:

ماده ۶۱۴: امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط.

## قوه قاهره:

ماده ۶۱۵: امین در مقام حفظ، مسئول وقایعی نمی باشد که دفع آن از اقتدار او خارج است.

⊕ ماده ۲۲۹ ق.م: اگر متعهد [تعهد به نتیجه] به واسطه حادثه ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود بر آید، محکوم به تادیه خسارت نخواهد بود.

## اثر امتناع از رد مال ودیعه:

ماده ۶۱۶: هرگاه رد مال ودیعه مطالبه شود و امین از رد آن امتناع کند، از تاریخ امتناع احکام امین به او مترتب نشده و ضامن تلف و هر نقص یا عیبی است که در مال ودیعه حادث شود، اگر چه آن عیب یا نقص هستند به فعل او نباشد.<sup>۲</sup>

★ برای دیدن حکم مشابه در اجاره. رک ماده ۴۹۳ ق.م.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۶۱۸ ق.م: اگر مال ودیعه در جعبه سر بسته یا پاکت مختوم به امین سپرده شده باشد، حق ندارد آن را باز کند والا ضامن است.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۲۷۸ ق.م: اگر موضوع تعهد [تسلیم] عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب براءت متعهد [امین] می شود، اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. [عاریه طلا و نقره ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲] ولی، اگر متعهد با انقضای اجل و مطالبه، [ماده ۳۱۰] تاخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان [حتی فورس ماژور] خواهد بود [از زمان انکار] اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد؛

\* ماده ۳۱۰ ق.م: اگر کسی [امین] که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آنها در دست اوست منکر گردد [یا امتناع کند]، از تاریخ انکار [یا امتناع] در حکم غاصب [شبه غصب] است؛

\* ماده ۶۳۱ ق.م: هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین مستاجر نسبت به عین مستاجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.

<sup>۳</sup> - ماده ۴۹۳ ق.م: مستاجر نسبت به عین مستاجره ضامن نیست؛ به این معنی که اگر عین مستاجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی، اگر مستاجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

## منع امین از تصرف و انتفاع:

ماده ۶۱۷: امین نمی تواند غیر از جهت حفاظت تصرفی در ودیعه کند یا به نحوی از انحاء از آن منتفع گردد، مگر با اجازه صریح یا ضمنی امانت گذار، والا ضامن است.

## بازگردن و پاکت سر بسته:

ماده ۶۱۸: اگر مال ودیعه در جعبه سر بسته یا پاکت مختوم به امین سپرده شده باشد، حق ندارد آن را باز کند والا ضامن است.

## تعهد رد عین:

ماده ۶۱۹: امین باید عین مالی را که دریافت کرده است رد نماید.

## تکلیف رد عین با حالت موجود:

ماده ۶۲۰: امین باید مال ودیعه را به همان حال که موقع پس دادن موجود است مسترد دارد و نسبت به نواقصی که در آن حاصل شده و مربوط به عمل امین نباشد ضامن نیست.

⊕ ماده ۲۷۸ ق.م: اگر موضوع تعهد [تسلیم] عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد [امین] می شود، اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. [عاریه طلا و نقره ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲] ولی، اگر متعهد با انقضای اجل و مطالبه، [ماده ۳۱۰] تاخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان [حتی فورس ماژور] خواهد بود [از زمان انکار] اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

## تعهد به رد عوض مال:

ماده ۶۲۱: اگر مال ودیعه قهراً از امین گرفته شود و مشارالیه قیمت یا چیز دیگری به جای آن اخذ کرده باشد، باید آن چه را که در عوض گرفته است به امانت گذار بدهد، ولی امانت گذار مجبور به قبول آن نبوده و حق دارد مستقیماً به قاهر رجوع کند.

### ماده ۶۲۱ ق.م: تعهد به رد عوض مال

باید آن چه را که در عوض گرفته است به امانت گذار بدهد؛	اگر مال ودیعه قهراً از امین گرفته شود و مشارالیه قیمت یا چیز دیگری به جای آن اخذ کرده باشد:
ولی امانت گذار مجبور به قبول آن نبوده و حق دارد مستقیماً به قاهر رجوع کند.	

## تلف مال به وسیله وارث امین:

ماده ۶۲۲: اگر وارث امین مال ودیعه را تلف کند، باید از عهده مثل یا قیمت آن برآید، اگر چه عالم به ودیعه بودن مال نبوده باشد.

ماده ۶۲۲ ق.م: تلف مال به وسیله وارث امین	
باید از عهده مثل یا قیمت آن برآید؛	اگر وارث امین مال ودیعه را تلف کند:
اگر چه عالم به ودیعه بودن مال نبوده باشد.	

## تعلق منافع به مالک:

ماده ۶۲۳: منافع حاصله از ودیعه مال مالک است.

## لزوم رد عین به مودع و قائم مقام او:

ماده ۶۲۴: امین باید مال ودیعه را فقط به کسی که آن را از او دریافت کرده است یا قائم مقام قانونی او یا به کسی که ماذون در اخذ می باشد مسترد دارد و اگر به واسطه ضرورتی بخواهد آن را رد کند و به کسی که حق اخذ دارد دسترسی نداشته باشد باید به حاکم رد نماید.<sup>۱</sup>

## لزوم رد مال به مالک واقعی:

ماده ۶۲۵: هرگاه مستحق للغير بودن مال ودیعه محقق گردد، باید امین آن را به مالک حقیقی رد کند و اگر مالک معلوم نباشد تابع احکام اموال مجهول المالک است.<sup>۲</sup>

## انحلال ودیعه به فوت امانتگذار:

ماده ۶۲۶: اگر کسی مال خود را به ودیعه گذارد ودیعه به فوت امانت گذار باطل و امین ودیعه را نمی تواند رد کند مگر به وراثت او.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۲۷۱ ق.م: دین باید به شخص داین یا به کسی که از طرف او وکالت دارد تادیه گردد یا به کسی که قانوناً حق قبض را دارد؛

\* ماده ۲۷۲ ق.م: تادیه به غیر اشخاص مذکور در ماده فوق وقتی صحیح است که داین راضی شود.

<sup>۲</sup> - ماده ۲۸ ق.م: اموال مجهول المالک با اذن حاکم یا ماذون از قبل او به مصارف فقرا می رسد.

<sup>۳</sup> - ماده ۹۵۴ ق.م: کلیه عقود جایزه [اذنی] به موت احد طرفین منفسخ می شود، و هم چنین به سقّه در مواردی که رشد معتبر است؛ رک. ماده ۶۲۸ ق.م.

**رد ودیعه در صورت تعدد وارث مودع:**

ماده ۶۲۷: در صورت تعدد وراث و عدم توافق بین آن ها مال ودیعه باید به حاکم رد شود.

★ وارثان مالکان مشاع مال مورد امانت هستند و قبل از تقسیم ترکه، تا زمانی که حق مالکیت آنان بر آن مال به نحو اشاعه است، هیچ یک

حق ندارد بدون اجازه دیگران در مال تصرف کند یا آن را تحویل بگیرد.<sup>۱</sup>

**حجر امانتگذار:**

ماده ۶۲۸: اگر در احوال شخص امانت گذار تغییری حاصل گردد، مثلاً اگر امانت گذار محجور شود، عقد ودیعه منفسخ و ودیعه

را نمی توان مسترد نمود، مگر به کسی که حق اداره کردن اموال محجور را دارد.<sup>۲</sup>

**ودیعه مال محجور:**

ماده ۶۲۹: اگر مال محجوری به ودیعه گذارده شده باشد، آن مال باید پس از رفع حجر به مالک مسترد شود.

**رد ودیعه به قیم یا ولی:**

ماده ۶۳۰: اگر کسی مالی را به سمت قیمومت یا ولایت ودیعه گذارد، آن مال باید پس از رفع سمت مزبور به مالک آن رد

شود، مگر این که از مالک رفع حجر نشده باشد که در این صورت به قیم یا ولی بعدی مسترد می گردد.

ماده ۶۳۰ ق.م.د: رد ودیعه به قیم یا ولی	
آن مال باید پس از رفع سمت مزبور به مالک آن رد شود؛	اگر کسی مالی را به سمت
مگر این که از مالک رفع حجر نشده باشد که در این صورت به قیم یا ولی بعدی مسترد می گردد.	قیمومت یا ولایت ودیعه گذارد:

<sup>۱</sup> - ماده ۵۸۱ ق.م.د: تصرفات [حقوقی در سهم سایرین] هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد، فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.

<sup>۲</sup> - ماده ۲۷۴ ق.م.د: اگر متعهدله اهلیت قبض نداشته باشد تادیه در وجه او معتبر نخواهد بود.

## ضمان امین:

ماده ۶۳۱: هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین، مستاجر نسبت به عین مستاجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.<sup>۱</sup>

## مسئولیت کاروانسرادار و صاحب مهمانخانه:

ماده ۶۳۲: کاروانسرادار و صاحب مهمانخانه و حمامی و امثال آن ها نسبت به اشیاء و اسباب یا البسه واردین وقتی مسئول می باشند که اشیاء و اسباب یا البسه نزد آن ها ایداع شده باشد و یا این که بر طبق عرف بلد در حکم ایداع باشد.

## هزینه حفاظت:

ماده ۶۳۳: امانت گذار باید مخارجی را که امانت دار برای حفظ مال ودیعه کرده است به او بدهد.

### ۱- مواد مرتبط:

- \* ماده ۳۱۰ ق.م: اگر کسی [امین] که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آن ها در دست اوست منکر گردد [یا امتناع کند]، از تاریخ انکار [یا امتناع] در حکم غاصب [شبه غصب] است؛
- \* ماده ۴۹۳ ق.م: مستاجر نسبت به عین مستاجر ضامن نیست؛ به این معنی که اگر عین مستاجر بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی، اگر مستاجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد؛
- \* ماده ۵۵۶ ق.م: مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تفریط یا تعدی؛
- \* ماده ۶۴۰ ق.م: مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛
- \* ماده ۷۸۹ ق.م: رهن در ید مرتهن امانت محسوب است، و بنابراین مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود، مگر در صورت تقصیر؛
- \* ماده ۲۷۸ ق.م: اگر موضوع تعهد [تسلیم] عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب براءة متعهد [امین] می شود، اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. [عاریه طلا و نقره ماده ۶۴۴ و شرط ضمان ماده ۶۴۲] ولی، اگر متعهد با انقضای اجل و مطالبه، [ماده ۳۱۰] تاخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان [حتی فورس ماژور] خواهد بود [از زمان انکار] اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

## هزینه رد مال:

ماده ۶۳۴: هرگاه رد مال مستلزم مخارجی باشد بر عهده امانت گذار است.

## مواد عاریه<sup>۱</sup>

### تعریف:

ماده ۶۳۵: عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه [اذن] می دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود.

عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند.

### اهلیت و مالکیت معیر:

ماده ۶۳۶: عاریه دهنده علاوه بر اهلیت باید مالک منفعت مالی باشد که عاریه می دهد، اگر چه مالک عین نباشد.

### موضوع عاریه:

ماده ۶۳۷: هر چیزی که بتوان با بقای اصلش از آن منتفع شد، می تواند موضوع عقد عاریه گردد.<sup>۲</sup>  
منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلایی باشد.<sup>۳</sup>

### انفساخ عاریه به فوت:

ماده ۶۳۸: عاریه عقدی است جایز و به موت هر یک از طرفین منفسخ می شود.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - امانت ثانیاً و بالعرض.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۵۸ ق.م: فقط وقف مالی جایز است که با بقای عین بتوان از آن منتفع شد، اعم از این که منقول باشد یا غیرمنقول، مشاع باشد یا مفروز؛

\* ماده ۴۶ ق.م: حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد، اعم از این که مال مزبور منقول باشد یا غیرمنقول و مشاع باشد یا مفروز.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۲۱۵ ق.م: مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد؛

\* ماده ۲۱۶ ق.م: مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

## زیان ناشی از عیب مال:

ماده ۶۳۹: هرگاه مال عاریه دارای عیوبی باشد که برای مستعیر تولید خسارتی کند، معیر مسئول خسارت وارده نخواهد بود، مگر این که عرفاً مسبب محسوب شود. همین حکم در مورد مودع و موجر و امثال آن ها نیز جاری می شود.

## ضمان مستعیر:

ماده ۶۴۰: مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی.

## نقص ناشی از استعمال:

ماده ۶۴۱: مستعیر مسئول منقصت ناشی از استعمال مال عاریه نیست، مگر این که در غیر مورد اذن استعمال نموده باشد و اگر عاریه مطلق بوده و بر خلاف متعارف استفاده کرده باشد.

شرط ضمان بر مستعیر [عاریه مضمونه]:

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

شرط ضمان نقص ناشی از استعمال:

ماده ۶۴۳: اگر بر مستعیر شرط ضمان منقصت ناشی از صرف استعمال نیز شده باشد، ضامن این منقصت خواهد بود.

ضمان عاریه طلا و نقره:

ماده ۶۴۴: در عاریه طلا و نقره، اعم از مسکوک و غیر مسکوک، مستعیر ضامن است هر چند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نگرده باشد.

رد مال مورد عاریه:

<sup>۱</sup> - ماده ۹۵۴ ق.م: کلیه عقود جایزه [اذنی] به موت احد طرفین منفسخ می شود، و هم چنین به سَفَه در مواردی که رشد معتبر است.



**ماده ۶۴۵: در رد عاریه باید مفاد مواد ۶۲۴ و ۶۲۶ تا ۶۳۰ رعایت شود.**

- ⊕ ماده ۶۲۴ ق.م: امین باید مال ودیعه را فقط به کسی که آن را از او دریافت کرده است یا قائم مقام قانونی او یا به کسی که ماذون در اخذ می باشد مسترد دارد و اگر به واسطه ضرورتی بخواهد آن را رد کند و به کسی که حق اخذ دارد دسترس نداشته باشد باید به حاکم رد نماید.
- ⊕ ماده ۶۲۶ ق.م: اگر کسی مال خود را به ودیعه گذارد ودیعه به فوت امانت گذار باطل و امین ودیعه را نمی تواند رد کند مگر به وراث او.
- ⊕ ماده ۶۲۷ ق.م: در صورت تعدد وراث و عدم توافق بین آن ها مال ودیعه باید به حاکم رد شود.
- ⊕ ماده ۶۲۸ ق.م: اگر در احوال شخص امانت گذار تغییری حاصل گردد، مثلاً اگر امانت گذار محجور شود، عقد ودیعه منفسخ و ودیعه را نمی توان مسترد نمود، مگر به کسی که حق اداره کردن اموال محجور را دارد.
- ⊕ ماده ۶۲۹ ق.م: اگر مال محجوری به ودیعه گذارده شده باشد، آن مال باید پس از رفع حجر به مالک مسترد شود.
- ⊕ ماده ۶۳۰ ق.م: اگر کسی مالی را به سمت قیمومت یا ولایت ودیعه گذارد، آن مال باید پس از رفع سمت مزبور به مالک آن رد شود، مگر این که از مالک رفع حجر نشده باشد که در این صورت به قیم یا ولی بعدی مسترد می گردد.

**مخارج انتفاع و نگهداری:**

**ماده ۶۴۶: مخارج لازمه برای انتفاع از مال عاریه بر عهده مستعیر است و مخارج نگاهداری آن تابع عرف و عادت است، مگر این که شرط خاصی شده باشد.<sup>۱</sup>**

ماده ۶۴۶ ق.م: مخارج انتفاع و نگهداری	
مخارج لازمه برای انتفاع از مال عاریه:	بر عهده مستعیر است.
مخارج نگاهداری از مال عاریه:	تابع عرف و عادت است؛
	مگر این که شرط خاصی شده باشد.

**تسلیط غیر بر مال عاریه:**

**ماده ۶۴۷: مستعیر نمی تواند مال عاریه را به هیچ نحوی به تصرف غیر دهد، مگر به اذن معیر.**

<sup>۱</sup> - ماده ۴۹ ق.م: مخارج لازمه برای نگاهداری مالی که موضوع انتفاع است بر عهده منتفع نیست، مگر این که خلاف آن شرط شده باشد.

# فصل ششم:

# قرض

## تعریف

ماده ۶۴۸: قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال [مثلی] خود را به طرف دیگر تملیک می کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس وصف رد نماید، و در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم الرد را بدهد.

## خصوصیات عقد قرض

### تملیکی بودن عقد قرض:

- ❶ قرض عقدی تملیکی است؛ و مهمترین تفاوت قرض با عاریه نیز در همین است؛
- ❷ در این که در قرض، مقترض مالک می شود، اما در عاریه مستعیر مالک نمی شود؛ چون عاریه عقدی اذنی است؛
- ❸ در عاریه، مستعیر عین مال را پس می دهد، اما در قرض، مقترض مثل مال را پس می دهد؛
- ❹ یعنی در قرض، مقترض مالک می شود و بعداً مثل آن را بر می گرداند؛ اما در عاریه مستعیر همان عین را بر می گرداند.

### مثلی بودن مال موضوع عقد قرض:

- ❶ تنها عقدی که در قانون موضوع آن باید مال «مثلی» باشد، عقد قرض است؛ و مثلی بودن مال، در زمان عقد معتبر است؛
- ❷ یعنی اگر کسی یک مال قیمی را به دیگری تملیک کند که بعداً قیمت آن را بگیرد، این عقد قرض نیست و می تواند بیع باشد؛
- ❸ اگر هنگام عقد قرض، مال مثلی باشد، اما موقع پس دادن قیمی بشود [یعنی مثل آن پیدا نشود]، طبق قانون مقترض باید «قیمت زمان اداء» را بپردازد. ماده ۶۴۸ ق.م. درست مانند غصب.
- ❹ اگر مال قرض مثلی بوده، و بعداً مثل آن مالیت نداشته باشد، مقترض باید آخرین قیمت را بپردازد.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۳۱۲ ق.م: هرگاه مال مغضوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود، غاصب باید قیمت حین الاداء [یوم الرد] را بدهد و اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد.

## یک تفاوت

⊖ در قرض مال باید مثلی باشد؛ اعم از مصرف شدنی و یا مصرف نشدنی؛

➡ اما در عاریه مال حتماً باید مصرف نشدنی باشد؛ خواه مثلی باشد، خواه قیمی؛

ماده ۶۵۰: مقترض باید مثل مالی را که قرض کرده است رد کند، اگر چه قیمتاً ترقی یا تنزل کرده باشد.

⊕ یک قاعده حقوقی: در همه جا تا زمانی که «مثل مال» را می توان ادا کرد، تعهد تبدیل به «قیمت» نمی شود.

## آیا عقد قرض معوض است؟

⊖ در قرض، مقترض مثل مال را پس می دهد، یعنی مال را می گیرد و بعداً مثل آن را پس می دهد؛ بنابراین قرض مجانی نیست؛

➡ مبادله ای که در بیع وجود دارد، در قرض وجود ندارد، پس قرض معوض نیست؛

➡ در واقع قرض شبه معوض [معوض ناقص] است؛

➡ نکته: الزاماً تعهد مقترض موجب نیست؛ هم می تواند موجب باشد و هم می تواند حال<sup>۱</sup> باشد.

## آیا عقد قرض رضایی است؟

⊖ عقد قرض را برخی رضایی و برخی عینی می دانند؛ هر دو گروه هم به مفهوم مخالف ماده ۶۴۹ ق.م. استناد می کنند؛

➡ منظور دو گروه این است که: اگر ضمان معاوضی را در قرض نپذیریم، قرض عقدی عینی است و اگر ضمان معاوضی را در آن بپذیریم، عقد قرض رضایی است؛

➡ دکتر کاتوزیان: مشهور تملیک موضوع قرض را به قبض آن می داند. با وجود این، رضایی بودن عقد قرض ترجیح دارد و دلیلی بر این که قبض شرط صحت آن باشد در قوانین وجود ندارد؛ حاشیه شماره یک، ذیل ماده ۶۴۸ ق.م.

<sup>۱</sup> - البته معمولاً حال است: یعنی هر وقت مقرض مطالبه کرد، مقترض باید قرض خود را برگرداند. مگر این که موجب منعقد شده باشد.

ماده ۶۴۹: اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقرض است.

★ از مفهوم مخالف این ماده چنین بر می آید که تلف مال قرض پیش از تسلیم از آن وام دهنده است (ماده ۳۸۷ ق.م) و بعضی از آن استفاده کرده اند که پیش از تسلیم هنوز وام دهنده مالک است و تملیک صورت نپذیرفته. رک. ماده ۶۴۸ ق.م.

⊕ **ضمان معاوضی در قرض:** ضمان معاوضی با تسلیم انتقال پیدا کرده است.

## آیا عقد قرض لازم است؟

- ⊖ برخی قرض را به این دلیل که «مقرض می تواند هر وقت که بخواهد مثل را طلب کند» جایز می دانند؛
- ➡ اما در واقع با درخواست مقرض مبنی بر رد مثل، عقد اجرا می شود نه این که فسخ بشود؛<sup>۲</sup>
- ➡ بنابراین: عقد قرض نسبت به مقرض و مقرض [هر دو] لازم است و مطالبه مثل و دادن آن، به منزله فسخ نمی باشد.

## نکته:

- ⊖ عقود جایز [مانند مضاربه، ودیعه و ...]، برای این که لازم بشوند، قانون گذار با این بیان آن ها را مستحکم می کند؛
- ➡ «شرط به وجه ملزم» منظور این است که عقود جایز وقتی ضمن عقد لازم منعقد بشوند، لازم می شوند؛
- ➡ حال از آن جایی که عقد قرض، خود، لازم است، استفاده از «وجه ملزم» در ماده ۶۵۱ ق.م. اضافه و اشتباه است.

ماده ۶۵۱: اگر برای ادای قرض به وجه ملزمی اجلی معین شده باشد، مقرض نمی تواند قبل از انقضای مدت طلب خود را مطالبه کند.

## مهلت عادلانه و اقساط

ماده ۶۵۲: در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقرض مهلت یا اقساطی قرار می دهد.<sup>۳</sup>  
ماده ۶۵۳: (به موجب قانون اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴ حذف شد).

<sup>۱</sup> - ماده ۳۸۷ ق.م: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهماً از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

<sup>۲</sup> - یعنی این استدلال رد می شود.

<sup>۳</sup> - ماده ۲۷۷ ق.م: متعهد نمی تواند متعده را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند [بدون رضایت متعهد له] نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط قرار دهد.

# فصل هفتم:

# قمار

و

# گرویندی

## بطلان قمار و گروبندی و تعهد های نامشروع

ماده ۶۵۴: قمار و گروبندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع [روابط حقوقی نامشروع] تولید شده باشد جاریست.

- ★ قمار و گروبندی از مصداق های بارز «استفاده بدون جهت است» و، نه تنها دعاوی مطالبه آن مسموع نیست، اگر مالی پرداخته شده باشد، قابل استرداد است: یعنی دعاوی استرداد مالی که از این بابت پرداخته شده است مسموع است؛
  - ★ بخت آزمایی از مصداق های قمار است، خواه در مقام بازی انجام شود یا فروش مالی (مانند این که فروشنده کالایی بلیت بخت آزمایی سازد و آن را به قید قرعه به یکی از خریداران تملیک کند)؛
  - ★ اعطای جایزه به قید قرعه، مانند این که بانک یا فروشگاه برای تشویق پس انداز کنندگان یا مشتریان جایزه ای به قید قرعه بدهد، قمار یا گروبندی نیست؛
  - ★ هرگاه بازنده ای برای تأدیه مبلغ باخته یا براتی صادر کند، پس از اثبات جهت نامشروع آن، دادگاه حکم بطلان آن را می دهد ولی، اگر ورقه به شخص ثالثی واگذار شده باشد، صادر کننده باید وجه آن را به دارنده کنونی بپردازد، منتها می تواند برنده را به دادرسی جلب کند و از دادگاه بخواهد که مجلوب را به بازگرداندن نفعی که ناروا بدست آورده است محکوم سازد.
  - ★ ایراد ارتباط چک و سفته و برات به قمار در برابر دارنده ای که از آن آگاه نبوده [دارنده با حسن نیت] مسموع نیست؛
  - ★ اگر مدیر قمارخانه به یکی از بازیکنان مبلغی وام دهد تا او بتواند به بازی ادامه دهد، عقد قرض به دلیل جهت نامشروع باطل است.
- ⊕ منظور از دعاوی ناشی از قمار: یعنی به منظور ترتیب اثر دادن به قمار مسموع نمی باشند.

## گروبندی در مسابقه سواری و تیراندازی و شمشیرزنی

ماده ۶۵۵: در دوانیدن حیوانات سواری و هم چنین در تیراندازی و شمشیرزنی گروبندی جایز و مفاد ماده قبل در مورد آن ها رعایت نمی شود.

★ در این که آیا گروبندی در ورزش های مفید اجتماعی دیگر، مانند شنا و اتومبیل رانی، نیز مشروع است یا این ماده اختصاص به تیراندازی و شمشیر زنی و دوانیدن حیوانات سواری دارد، اختلاف است. ولی به نظر می رسد اجرای این ماده تنها در ورزش های مشابه (مانند شنا و اعمال هوابرد و نشانه گیری با موشک و ضد هوایی) قابل اعمال است، ولی در تنیس و فوتبال نتوان گروبندی را مشروع دانست؛

★ این ماده اختصاص به گروبندی میان شرکت کنندگان در مسابقه دارد و شامل گروبندی اشخاص با تماشا کنندگان یا قماربازان نیست؛

★ شرایط و آثار عقد مسابقه را با توجه به ماده ۱۰ ق.م. باید بررسی کرد و بعضی آن را نوعی جعاله و جایز دانسته اند؛

★ الزام شخص به اجرای مسابقه امکان ندارد، ولی در صورتی که عوضی به گرو داده شده باشد تا به برنده داده شود باید به طرف مقابل ممتنع داد، چون خودداری از شرکت در حکم باخت است.

★ به نظر می رسد که باید این ماده را ویژه فنون رزمی کنونی و ورزش های وابسته بدان، مانند گذر از موانع و اعمال هوابرد و شنا، ساخت؛

★ مباح بودن گروبندی و شمشیر بازی و تیراندازی برای شرکت کنندگان است نه سوداگران حرفه ای که بر سر تیم با قهرمان یا اسب خاصی به گرو بندی می پردازند.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - نوشته های با ستاره های آبی، حاشیه های دکتر کاتوزیان هستند.



# فصل هشتم:

# وکالت

## تعریف وکالت<sup>۱</sup>

- 🔴 وکالت عقدی است که یک طرف، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می کند؛
- 👉 این امر قطعاً باید عمل حقوقی باشد، چرا که عمل مادی نمی تواند موضوع وکالت قرار بگیرد؛
- ✍ هر گاه کسی از دیگری بخواهد که برای او، یک امر مادی انجام بدهد، این وکالت نیست؛ اگر معوض باشد ممکن است اجاره اشخاص و یا جعاله باشد و اگر مجانی باشد ممکن است موضوع ماده ۱۰ ق.م. باشد.<sup>۲</sup>

ماده ۶۵۶: وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری<sup>۳</sup> نایب خود می نماید.

## تعریف حقوق دانان از وکالت

- 🔴 وکالت استنباه در تصرف است: یعنی موضوع وکالت اعطای نیابت است: اقدام وکیل به نام و به حساب موکل است؛
- 👉 نیابت: یعنی اقدام وکیل به منزله اقدام موکل است. یعنی اراده وکیل، اراده موکل است. پس هر اقدامی که وکیل انجام می دهد به حساب موکل گذاشته می شود.

## اعمال غیر قابل توکیل

- 🔴 وصیت؛ هر کسی باید خودش وصیت کند، چون وصیت قائم به شخص است؛
- 🔴 حیات مباحات و احیای اراضی موات؛ هر چند این دو عمل، عمل حقوقی هستند اما چون عمل مادی در آن ها بیشتر نمود پیدا می کند، قابل توکیل نمی باشند؛
- 👉 به طور کلی: اموری قابل توکیل است که انجام آن ها مقید به مباشرت خود شخص نباشد. و قاعده این است که امور حقوقی مقید به مباشرت نیست، لذا قابلیت وکالت را دارند. اما امور معدودی هستند که مقید به مباشرت هستند و قابل توکیل نمی باشند: مانند لعان، وصیت، اقرار، شهادت و سوگند؛
- 👉 توجه: شهادت بر شهادت، وکالت محسوب نمی شود.

<sup>۱</sup> - وکالت مانند عقود مضاربه، ودیعه، شرکت و عاریه، عقدی اذنی می باشد، و با فوت و حجر از بین می رود.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون [امری] نباشد نافذ است.

<sup>۳</sup> - امر: عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع.

## لزوم قبول

⊖ وکالت عقد است و هر عقدی نیاز به ایجاب و قبول دارد؛

ماده ۶۵۷: تحقق وکالت منوط به قبول وکیل است.

★ اگر وکیل بدون اعلام قبولی وکالت مفاد آن را اجرا کند، این اقدام حاوی قبول نیز هست، مشروط بر این که از وکالت آگاه باشد. [قبول ضمنی].<sup>۱</sup>

## بیان ایجاب و قبول

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

## اجرت وکیل

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

⊕ عقود از لحاظ عوض داشتن به سه دسته منقسم می شوند: عقود معوض مانند: بیع، اجاره، معاوضه و... ، عقود بلاعوض مانند: وقف، حق انتفاع و .. و عقودی که که هم می تواند معوض منعقد بشوند و هم بلاعوض، مانند: وکالت و صلح؛

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

⊕ با استناد به اصل عدم تبرع: اصل بر با اجرت بودن وکالت است.

ماده ۶۷۶: حق الوکاله [اجرت] وکیل تابع قرارداد [اجرت المسمی] بین طرفین خواهد بود؛ و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار

آن قرار داد نباشد تابع عرف و عادت است [اجرت المسمی]<sup>۲</sup> اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۶۰۸ ق.م. در ودیعه قبول امین لازم است اگر چه به فعل باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۲۲۵ ق.م. متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است.

<sup>۳</sup> - ماده ۸۴ ق.م. جایز است واقف از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولی قرار دهد و اگر حق التولیه معین نشده باشد متولی مستحق اجرت المثل عمل است.

## اقسام وکالت

🔴 وکالت دو نوع تقسیم بندی دارد: «وکالت عام و خاص» و «وکالت مطلق و مقید».

### تقسیم بندی نفست:

#### وکالت عام و وکالت خاص

- 🔴 هرگاه موضوع وکالت همه اموال موکل باشند، وکالت عام است؛
- 🔴 اگر موضوع وکالت اموال بخصوصی باشند، وکالت خاص است.
- ✓ عام و خاص بودن وکالت مربوط به موضوع وکالت است و نه حدود و اختیارات وکیل.

### تقسیم بندی دوم:

#### وکالت مطلق و وکالت مقید

- 🔴 اگر اختیارات وکیل بدون قید و شرط باشد، وکالت مطلق است: چه درباره یک مال باشد و چه درباره چند مال؛
- 🔴 اگر اختیارات وکیل محدودی داشته باشد، وکالت مقید است.
- ✓ مطلق و مقید بودن وکالت مربوط به حدود و اختیارات وکیل است و ربطی به موضوع وکالت ندارد؛
- ✓ اگر وکالت مطلق باشد، صرفاً مربوط به **اداره اموال** خواهد بود، یعنی آن چه که اداره مال موکل اقتضا می کند.

ماده ۶۶۰: وکالت ممکن است به طور مطلق و برای تمام امور موکل باشد یا مقید و برای امر یا امور خاصی.

ماده ۶۶۱: در صورتی که وکالت مطلق باشد فقط مربوط به اداره کردن اموال موکل خواهد بود.

★ در موردی که اراده وکیل در شرایط عقد اثر ندارد و بهای کالا معین است، نفوذ معامله وکیل با خود ترجیح دارد.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۳۷۳ قانون تجارت: اگر حق العمل کار مأمور به خرید یا فروش مال التجاره یا اسناد تجارتي و یا سایر اوراق بهاداری باشد که مظنه بورسی یا بازاری دارد، می تواند چیزی را که مأمور به خرید آن بوده خود شخصاً به عنوان فروشنده تسلیم بکند و یا چیزی را که مأمور به فروش آن بوده شخصاً به عنوان خریدار نگاه دارد مگر این که آمر دستور مخالفی داده باشد.

## اهلیت در وکالت

### قاعده:

- ⊖ اهلیت وکیل و موکل تابع یک قاعده است: هر کس هر امری را که شخصاً و مباشرتاً برای خود انجام می دهد و عمل وی صحیح توصیف بشود، در آن عمل می تواند موکل باشد، یعنی وکیل بگیرد؛
- ❖ و هر کس اگر راساً عملی را که برای خود انجام می دهد، غیر نافذ توصیف بشود، در آن عمل اگر وکیل یا موکل باشد، وکالت غیر نافذ است؛
- ⊖ یعنی اهلیت در وکالت، تابع موضوع وکالت است؛
- ➔ هر کس اهلیت هر کاری [عمل حقوقی] را داشته باشد، در همان کار می تواند وکالت بدهد و یا وکالت بگیرد؛
- ➔ و اگر در آن امر، اهلیت نداشته باشد، نه می تواند وکالت بدهد و نه وکالت بگیرد.

### مجنون و صغیر غیر ممیز:

- ⊖ این دو، در هیچ کاری نه می توانند وکالت بدهند و نه وکالت بگیرند؛ چون خودشان اهلیت انجام هیچ کاری را ندارند.

### صغیر ممیز:

- ⊖ وی فقط می تواند در تملکات بلاعوض وکالت بدهد و یا وکالت بگیرد؛ چون او قانوناً می تواند تملک بلاعوض بکند.

### سفیه:

- ⊖ سفیه فقط در امور غیر مالی و در تملکات بلاعوض می تواند وکالت بدهد و یا وکالت بگیرد.

### ورشکسته:

- ⊖ ورشکسته چون نمی تواند عملی [اعمال ممنوعه مالی] را برای خود انجام دهد، طبیعتاً نمی تواند در آن عمل هم وکالت بدهد. اما وکیل قرار گرفتن ورشکسته تابع این قاعده نیست و وی می تواند وکیل قرار بگیرد؛

- ❖ زیرا حجر ورشکسته، مانند مابقی محجوران، دماغی نیست و به مناسبت حفظ حقوق طلبکاران است؛
- ❖ به عبارت دیگر: موکل که می خواهد وکالت بدهد، باید هم اهلیت داشته باشد و هم اختیار اموالش؛
- ❖ یعنی اموالش توقیف نشده باشد و ورشکسته هم نباشد؛
- ❖ اما برای وکیل شدن، داشتن اهلیت کافی است و نیازی به اختیار در اموال ندارد؛ چون قرار نیست در اموال خودش تصرف کند.

### پند نکته در مورد اهلیت ورشکسته:

- ✓ ورشکسته از آن جایی که اهلیت دارد، در تمام امور می تواند وکیل بشود؛ زیرا ورشکسته اختیار تصرف در اموال خود را ندارد و برای وکیل شدن، نیازی به چنین اختیاری نیست؛
- ✓ ورشکسته از آن جایی که اختیار تصرف ندارد، در امور مالی خود نمی تواند وکالت بدهد؛ چون موکل هم نیاز به اهلیت دارد و هم اختیار تصرف؛
- ✓ اختیار در اینجا یعنی جواز تصرف در مال؛ از آن جایی که در امور غیرمالی نیازی به چنین اختیاری نداریم، ورشکسته نیز می تواند در این امور، وکالت بدهد.
- ❖ در جایی که ورشکسته می تواند وکیل شود: اگر وی باعث متضرر شدن موکل خود بشود، موکل در غرما داخل نمی شود.

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

اهلیت در وکالت				افراد
امور غیرمالی		امور مالی		
موکل بشود	وکیل بشود	موکل بشود	وکیل بشود	
نمی تواند	نمی تواند	نمی تواند	نمی تواند	مجنون و صغیر غیرممیز
نمی تواند	نمی تواند	فقط در تملکات بلاعوض	فقط در تملکات بلاعوض	صغیر ممیز
می تواند	می تواند	فقط در تملکات بلاعوض	فقط در تملکات بلاعوض	سفییه
می تواند	می تواند	نمی تواند	می تواند	ورشکسته

## رعایت مصلحت موکل

⊖ وکیل باید مصلحت موکل را رعایت کند و از حدود وکالت خارج نشود؛ اگر رعایت نکند، عمل وی

فضولی است؛<sup>۱</sup>

⊖ به عبارت دیگر: رعایت مصلحت موکل، شرط ضمنی عقد وکالت است؛

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

★ ضمانت اجرای تجاوز از حدود وکالت، فضولی بودن اقدام وکیل و عدم نفوذ معامله ای است که کرده.<sup>۲</sup>

ماده ۶۶۷: وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصریح به او اختیار داده یا بر حسب قراین و عرف و عادت داخل اختیار اوست تجاوز نکند.<sup>۳</sup>

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 این که اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.

## وکالت برای محاکمه و قبض و اخذ حق

ماده ۶۶۴: وکیل در محاکمه، وکیل در قبض حق [محکوم به] نیست. مگر این که قراین دلالت بر آن نماید و هم چنین وکیل در اخذ حق، وکیل در مرافعه نخواهد بود.

⊕ ماده ۳۶ آ.د.م: 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 وکالت نامه تصریح شده باشد.

<sup>۱</sup> - وکیل در حدود وکالت، وکیل و خارج از آن، فضول است.

<sup>۲</sup> - ماده ۲۴۷ ق.م: معامله به مال غیر [فضولی] جز به عنوان ولایت [اذن شارع] یا وصایت یا وکالت [اذن مالک] + [قیمومت] نافذ نیست ولو این که صاحب مال باطناً راضی باشد؛ ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجاره نمود، در این صورت معامله صحیح و نافذ می شود.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۱۰۷۳ ق.م: 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؛

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

## لوازم و مقدمات وکالت

ماده ۶۷۱: وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم [بعد از عمل] و مقدمات [قبل از عمل] آن نیز هست، مگر این که تصریح به عدم وکالت باشد.

⊕ دقت شود: مقدمات، قبل، و لوازم بعد از عمل است.

## وکالت در بیع و قبض ثمن

⊖ ماده ۶۶۵ ق.م. استثنای ماده ۶۷۱ ق.م. است؛

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

⊕ ماده ۲۶۰ ق.م: در صورتی که معامل فضولی عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد

و مالک با اجازه معامله قبض عوض را نیز اجازه کند، دیگر حق رجوع به طرف دیگر [اصیل] نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

## امین بودن وکیل

ماده ۶۶۶: هر گاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب می گردد، مسئول خواهد بود.<sup>۲</sup>

⊕ آخر ماده ۸۲ ق.م. امین بودن وکیل را بیان می کند؛

ماده ۸۲: هر گاه 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 جمع آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید.

## وظایف متقابل وکیل و موکل

ماده ۶۶۸: وکیل باید حساب مدت وکالت خود را به موکل بدهد و آنچه را که به جای او دریافت کرده است به او رد کند.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - در معامله فضولی، با تنفیذ مالک، فضول، وکیل محسوب می شود، اما نمی تواند ثمن را بگیرد. مگر در صورت اجازه قبض مطابق ماده ۲۶۰ ق.م.

<sup>۲</sup> - ماده ۳۳۱ ق.م: هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت [روز اداء] آن را بدهد؛ و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت برآید.

<sup>۳</sup> - ماده ۶۳۱ ق.م: هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین، مستاجر نسبت به عین مستاجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.



ماده ۶۷۵: موکل باید تمام مخارجی را که وکیل برای انجام وکالت خود نموده است و هم چنین اجرت<sup>۱</sup> وکیل را بدهد، مگر این که در عقد وکالت طور دیگر مقرر شده باشد.

## استقلال و اجتماع وکیلان

ماده ۶۶۹: هر گاه برای انجام یک امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آن ها نمی تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید، مگر این که هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد؛ در این صورت هر کدام می تواند به تنهایی آن امر را بجا آورد.

### نوع وکالت، در زمان تعدد وکیل

اجتماعی:	عمل باید به اتفاق نظر یکدیگر صورت بگیرد، عمل جداگانه غیر نافذ است و موکل می تواند ابطال آن را از دادگاه بخواهد؛
استقلالی:	نقطه مقابل اجتماعی: یعنی هر وکیل به تنهایی می تواند عمل مورد نظر را انجام بدهد؛
عدم تصریح:	هر گاه تصریح نشود، اصل بر اجتماعی بودن است و صحت عمل انفرادی نیاز به تصریح دارد؛
نکته:	وقتی که وکلا متعدد هستند، و تصریح به عمل استقلالی نشده است، با فوت یک از آنان، سمت وکالت از مابقی هم زایل می شود. اما اگر استقلالی باشند، وکالت مابقی پابرجا است.

ماده ۶۷۰: در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آن ها وکالت دیگری باطل می شود [منفسخ می شود].<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط با «اجرت»:

- \* ماده ۶۵۹ ق.م: وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت؛
- \* ماده ۶۷۷ ق.م: اگر در وکالت مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد، محمول بر این است که با اجرت باشد؛
- \* ماده ۶۷۶ ق.م: حق الوکاله وکیل تابع قرارداد [اجرت المسمی] بین طرفین خواهد بود؛ و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرار داد نباشد تابع عرف و عادت است [اجرت المسمی] اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است.

<sup>۲</sup> - ماده ۷۷ ق.م: هر گاه واقف برای دو نفر یا بیش تر به طور استقلال تولیت قرار داده باشد، هر یک از آن ها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلاً تصرف می کنند و اگر به نحو اجتماع قرار داده باشد، تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آن ها حاکم شخصی را ضمیمه آن که باقی مانده است، می نماید که مجتمعاً تصرف کنند.

## چند اصطلاح

### توکیل

- ⊖ در توکیل، وکیل یک وکیل یا وکلای دیگری می گیرد؛ یعنی با خودش دو یا چند وکیل می شوند؛<sup>۱</sup>
- ⊖ اصل این است که وکیل، حق توکیل ندارد، مگر این که این حق به او داده شده باشد؛
- به عبارت دیگر: وکیل اذن توکیل به غیر را ندارد، زیرا وکالت از عقود است که شخصیت وکیل موضوعیت دارد.

ماده ۶۷۲: وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد، مگر این که صریحا یا به دلالت قراین وکیل در توکیل باشد.

### تفویض

- ⊖ در تفویض، وکیل اول، تمام اختیارات خود را به وکیل دوم واگذار می کند و خود، دیگر سِمَتی ندارد؛
- به طریق اولی، وکیل، حق تفویض نیز ندارد مگر این که این حق به او داده شده باشد.<sup>۲</sup>

### انتقال قرارداد

- ⊖ انتقال قرارداد در عقودی که مستمر هستند [مانند: اجاره، مزارعه، مساقات و مضاربه]، امکان دارد؛
- یعنی عقودی که طرفین تا مدتی در مقابل هم وظایفی دارند: مثلا اجاره اگر یک سال باشد، طرفین تا یک سال وظایفی در مقابل هم دارند؛
- ✍ اگر مستاجر، طبق ماده ۴۷۴ ق.م. مال را اجاره بدهد،<sup>۳</sup> این کار او مشابه توکیل است و اگر قرارداد را به دیگری انتقال دهد، کار او [انتقال قرارداد] مانند تفویض است؛

<sup>۱</sup> - دقت شود: وکیل دوم را وکیل اول گرفته است و نه موکل. - نکته: وکیل دوم، هم وکیل وکیل اول و هم وکیل موکل است.

<sup>۲</sup> - ماده ۸۳ ق.م: متولی نمی تواند تولیت را به دیگری تفویض کند، مگر آن که واقف در ضمن وقف به او اذن داده باشد؛ ولی اگر در ضمن وقف شرط مباشرت نشده باشد می تواند وکیل بگیرد.

<sup>۳</sup> - ماده ۴۷۴ ق.م: مستاجر می تواند عین مستاجره را به دیگری اجاره بدهد، مگر این که در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد. ر.ک. ماده ۱۹

در عقود دیگر مانند: مزارعه [با رعایت شرایط ماده ۵۴۱ ق.م.ا.],<sup>۱</sup> در مساقات [با رعایت ماده ۵۴۵ ق.م.ا.],<sup>۲</sup> و در مضاربه [با رعایت ماده ۵۵۴ ق.م.ا.],<sup>۳</sup> امکان توکیل و هم چنین انتقال قرارداد وجود دارد.

## توکیل فضولی

هرگاه وکیل با این که حق توکیل ندارد، وکیل دیگری بگیرد، توکیل فضولی می گویند؛  
در این صورت هم وکیل و شخص ثالث [وکیل دوم]، به طور تضامنی در مقابل موکل مسئول هستند، هر چند ماده ۶۷۳ ق.م.ا. به تضامن آن ها اشاره ای نکرده است.

ماده ۶۷۳: اگر وکیل که وکالت در توکیل نداشته 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 [به صورت تضامنی] مسئول خواهد بود.

## نکته:

تمام اقدامات هر وکیل مقید به حفظ مصلحت موکل است، حتی اگر تصریح نشده باشد؛  
یعنی: اقدام خارج از مصلحت، غیر نافذ و قابل ابطال است.

## اختیار عزل وکیل

ماده ۶۷۹: موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل<sup>۴</sup> کند، مگر این که وکالت وکیل و یا عدم عزل [و یا عدم استعفا] در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۴۱ ق.م.ا. عامل می تواند برای زراعت اجیر بگیرد یا با دیگری شریک شود، ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین به دیگری رضای مزارع لازم است.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۴۵ ق.م.ا. مقررات راجعه به مزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مساقات نیز مُرعی خواهد بود، مگر این که عامل نمی تواند بدون اجازه مالک معامله را به دیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید.

<sup>۳</sup> - ماده ۵۵۴ ق.م.ا. مضارب نمی تواند نسبت به همان سرمایه با دیگری مضاربه کند یا آن را به غیر واگذار نماید، مگر با اجازه مالک.

<sup>۴</sup> - وکیل هم می تواند هر وقت بخواهد استعفا دهد.

### وکیل بلاعزل

وکالت ضمن عقد لازم شرط شود؛	وکالت در دو فرض بلاعزل می شود:
عدم عزل ضمن عقد لازم به صورت شرط نتیجه شرط شود؛	
در این موارد صرفاً حق عزل وکیل از موکل گرفته می شود- اما در همین وکالت اگر وکیل یا موکل بمیرد یا مجنون شود و یا سفیه شود [در امور مالی]، وکالت منفسخ می شود.	
اگر وکالت بلاعزل باشد، برای رهایی از دست وکیل، موکل می تواند خودش مورد وکالت را انجام دهد یا عملی انجام دهد که منافی با هدف وکالت باشد؛ که در این صورت وکالت منفسخ می شود. [البته اگر این حقوق در ضمن عقد از وی سلب نشده باشد]. رک. جدول ذیل ماده ۶۸۳ ق.م.	

## طرق انحلال وکالت

### عزل از سوی موکل

عزل همان فسخ است؛ وکالت عقدی اذنی است و به راحتی می توان از اذن خود رجوع کرد. ماده ۶۷۸ ق.م.

### استعفای وکیل

عزل همان فسخ است؛ در قانون، فسخ موکل، عزل و فسخ وکیل استعفاء نام دارد. ماده ۶۷۸ ق.م.

### فوت یا جنون وکیل یا موکل

وکالت عقدی اذنی است و عقود اذنی با فوت و حجر از بین می روند؛  
 ✓ وکالت حتی اگر در ضمن عقد لازمی هم منعقد شود، با فوت و یا حجر [البته سفته فقط در امور مالی] هر کدام از طرفین مرتفع می شود. مواد ۶۷۸ و ۶۸۲ ق.م.

## سلفه

⊖ وکالت اصولاً با سلفه از بین می رود؛ مگر در دو مورد:

⊖ وکالت در امور غیرمالی و وکالت در تملکات بلاعوض. ماده ۶۸۲ ق.م.ا<sup>۱</sup>

## از بین رفتن موضوع وکالت

⊖ از بین رفتن مادی: هرگاه مال موضوع وکالت از بین برود، وکالت منفسخ می شود: مانند تلف ماشینی

که قرار بود وکیل آن را بفروشد.

⊖ از بین رفتن حقوقی: از بین رفتن حقوقی موضوع وکالت، سه حالت دارد:

➤ الف: وکیل موضوع وکالت را انجام بدهد؛

➤ ب: موکل، زودتر از وکیل موضوع وکالت را انجام بدهد؛ چون اعطای وکالت در هیچ موردی سلب اهلیت از خود موکل

نمی کند؛

✓ قاعده این است که موکل می تواند قبل از وکیل خودش موضوع وکالت را انجام بدهد، مگر این که این حق از او سلب

شده باشد که اگر سلب شده باشد، عمل موکل باطل است.

➤ ج: موکل، قبل از این که وکیل موضوع وکالت را انجام بدهد، کاری می کند که با موضوع وکالت منافات دارد؛ مانند هبه

کردن ماشینی که قرار بود وکیل آن را بفروشد؛

✓ قاعده این است که موکل می تواند عملی انجام بدهد که با موضوع وکالت منافات داشته باشد، مگر این که این حق از او

سلب شده باشد که اگر سلب شده باشد، عمل وی باطل است. ماده ۶۸۳ ق.م.ا.

## انقضای مدت:

⊖ پایان یافتن مدت وکالت را نیز باید بر سایر موارد انحلال آن افزود.<sup>۲</sup>

ماده ۶۷۸: وکالت به طرق ذیل مرتفع می شود:

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

<sup>۱</sup> - ر.ک. جدول «اهلیت در وکالت»، ذیل ماده ۶۶۲ ق.م.ا.

<sup>۲</sup> - دکتر کاتوزیان - قانون مدنی در نظم کنونی - حاشیه شماره دو - ذیل ماده ۶۸۳ ق.م.ا.

ماده ۶۸۲: محجوریت [در اینجا یعنی سَفَه] موکل موجب بطلان [منفسخ] وکالت می شود، مگر در اموری [غیرمالی + تملکات بلاعوض] که حجر [سَفَه] مانع از توکیل در آن ها نمی باشد؛ و هم چنین است محجوریت [سَفَه] وکیل مگر در اموری [غیرمالی + تملکات بلاعوض] که حجر [سَفَه] مانع از اقدام در آن نباشد.

ماده ۶۸۳: هرگاه مُنْعَلَق [موضوع] وکالت از بین برود [مادی یا حقوقی] یا موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا به طور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد به جا آورد، مثل این که مالی را که برای فروش آن وکالت داده بود خود بفروشد، وکالت منفسخ می شود.

از بین رفتن موضوع وکالت:	مادی:	وکالت منفسخ می شود. مانند تلف ماشینی که قرار بود وکیل بفروشد؛
	حقوقی:	وکیل موضوع وکالت را انجام بدهد: منفسخ می شود؛
		موکل قبل از وکیل، موضوع وکالت را انجام بدهد: منفسخ می شود؛ <sup>۱</sup>
		موکل کاری انجام بدهد که با موضوع وکالت منافات دارد مثلاً: موضوع «فروش مال» باشد و موکل آن مال را هبه کند.

## وکالت ظاهری

در وکالت ظاهری، به دلیل حفظ حقوق اشخاص ثالث که از وضعیت به وجود آمده خبر ندارند، وکیل، ظاهراً وکیل است.<sup>۲</sup>

### انواع وکالت ظاهری

- ⊖ گاهی موکل، وکیل را عزل می کند، اما وکیل خبر ندارد؛ و به وظایف خود ادامه می دهد؛
- ⊖ گاهی موکل فوت می کند، اما وکیل از فوت موکل خبر ندارد و به وظایف خود ادامه می دهد؛
- ⊖ گاهی موکل محجور می شود؛ اما وکیل از حجر موکل خبر ندارد و به وظایف خود ادامه می دهد.
- ✓ در چنین مواردی تا وقتی که خبر عزل یا فوت یا حجر، به وکیل نرسیده است، کارهای وکیل در حدود وکالت در حق موکل نافذ است.

<sup>۱</sup> - موکل اصولاً اختیار انجام موضوع وکالت را دارد، مگر این که در عقد وکالت، صریحاً این حق از او سلب شده باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۸۰ ق.م. فقط در مورد «عزل وکیل توسط موکل»، وکالت ظاهری را بیان کرده است، اما می توان حجر و فوت موکل را نیز بر آن افزود.

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

**وکالت ظاهری در مقابل وکالت واقعی**

موکل وکیل را عزل کرده، اما هنوز خبر عزل به وکیل نرسیده است: ماده ۶۸۰ ق.م.

وکیل استعفا داده ولی موکل به اذن خود باقی است. وکیل دوباره می تواند وکالت کند: ماده ۶۸۱ ق.م.

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

⊕ مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است: یعنی تا زمانی که وکیل خبردار نشده است.

# فصل نهم:

# ضمان



## انعقاد ضمان<sup>۱</sup>

⊖ عقد ضمان بین ضامن و طلبکار بسته می شود؛ اراده بدهکار دخالتی در آن ندارد.

ماده ۶۸۵: در ضمان رضای [اراده] مدیون اصلی شرط نیست.<sup>۲</sup>

## انواع ضمان

⊖ دو نوع ضمان وجود دارد: ضمان نقل ذمه و ضمان ضم ذمه؛

### ضمان نقل ذمه:

➤ در ضمان نقل: با انعقاد عقد، مدیون بری می شود و دین وی بر ذمه ضامن انتقال می یابد.

### ضمان ضم ذمه:

➤ در ضمان ضم: مدیون اصلی هم چنان مدیون باقی می ماند و ضامن به او اضافه می شود: بدهکار اصلی +

ضامن؛

• ضمان ضم بر دو نوع است: عرضی و طولی؛

➤ ضمان عرضی [تضامنی]: این است که طلبکار و بدهکار در عرض همدیگر هستند و در رجوع طلبکار به آن

ها تقدم و تاخیری وجود ندارد؛

➤ ضمان طولی [وثیقه ای]: در این نوع ضمان [عرف و بازار]، طلبکار ابتدا به مدیون اصلی رجوع می کند و

اگر نتوانست طلب خود را وصول کند، به ضامن رجوع می کند.

<sup>۱</sup> - عقد ضمان هم مانند عقود رهن، كفالت و حواله، عقدی تبعی است.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۲۶۷ ق.م: ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ ولیکن کسی که دین

دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [داین جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد؛

\* ماده ۶۸۷ ق.م: ضامن شدن از محجور و میت صحیح است.

## نکته:

- قانون مدنی، صریحاً ضمان نقل ذمه را پذیرفته است، اما عرف و بازار بر مبنای ضمان طولی قرار دارد؛
- در نتیجه: ضمانتِ ضم ذمه نیاز به تصریح دارد، و در صورت عدم تصریح [یعنی در صورت اطلاق]، ضمانت، نقل است.

ماده ۶۸۴: عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی [دین] را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.

متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمون له، و شخص ثالث را مضمون عنه [که طرف قرارداد نیست] یا مدیون اصلی می گویند.

ماده ۶۹۸: بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.<sup>۱</sup>

## ضمان، عقدی عهدی است

- ⊖ ضمان عقدی عهدی است: و از این لحاظ تفاوتی نمی نماید که نقل باشد یا ضم؛
- ⊖ علت عهدی بودن ضمان: چون اثر ضمان تعهد است، یعنی ضامن متعهد می شود...

## آیا ضمان معوض است؟

❖ ضمان نقل ذمه عقدی معوض است، اما ضمان ضم ذمه، مجانی است.

## اهلیت در ضمان

⊖ قاعده این است که: در عقود مجانی اصولاً [نه همیشه] آن کسی که در عقد منتفع می شود، می تواند اهلیت کامل نداشته باشد؛

➤ از آن جایی که ضمان نقل ذمه معوض است، طرفین باید اهلیت کامل داشته باشند؛ اما در ضمان ضم ذمه، چون مجانی و به سود طلبکار است، فقط ضامن باید اهلیت داشته باشد و اهلیت طلبکار اهمیتی ندارد؛

➤ در ضمان نقل به این علت که مدیون اصلی به طور کامل بری می شود، باید در انعقاد این نوع ضمان حساسیت بیشتری به خرج داد و اهلیت طرفین بسیار اهمیت دارد.

<sup>۱</sup> - ماده ۷۳۰ ق.م.پس از تحقق حواله ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه محال علیه مشغول می شود.

**ماده ۶۸۶:** ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد.

⊕ ماده ۶۸۵ ق.م: در ضمان رضای [اراده] مدیون اصلی شرط نیست.

**ماده ۶۸۷:** ضامن شدن از محجور [ماده ۶۸۵ ق.م.] و میت [ماده ۲۹۱ ق.م.] صحیح است.

⊕ ماده ۲۹۱ ق.م: ابراء ذمه میت از دین صحیح است؛

⊕ علت صحت ضمانت از محجور: چون اراده مدیون در عقد ضمان دخالتی ندارد، پس وی می تواند محجور باشد؛

⊕ علت صحت ضمانت از میت: چون ترکه شخصیت حقوقی دارد. «دکتر کاتوزیان».

**ماده ۶۸۸:** ممکن است از ضامن ضمانت کرد.

## دو اصطلاح

⊖ **ترامی و دور:** مفتمض ضمان نقل ذمه می باشند:

ترامی و دور	
ترامی:	شبيه به تسلسل است: من به حسن بدهکارم، حسین ضامن من می شود و من بری می شوم، سپس، علی ضامن حسین می شود و حسین بری می شود و این روند همین طور ادامه می یابد... ماده ۶۸۸ ق.م.
دور:	من به حسن بدهکارم، حسین ضامن من می شود و من بری می شوم، سپس، من ضامن حسین می شوم و حسین بری می شود! ماده ۷۲۲ ق.م.
تفاوت:	در «ترامی» یک نفر دیگر ضامن می شود، اما در «دور»، خود مدیون دوباره ضامنِ ضامن و مدیون می شود.

**ماده ۷۲۲:** ضامنِ ضامن [ترامی] حق رجوع به مدیون اصلی ندارد و باید به مضمون عنه خود رجوع کند و به همین طریق

هر ضامنی به مضمون عنه خود رجوع می کند تا به مدیون اصلی برسد.

## شرح ماده ۶۸۹ ق.م.

**ماده ۶۸۹:** هر گاه چند نفر ضامن شخصی شوند [حاضر به ضمانت بشوند]، ضمانت هر کدام که مضمون له قبول کند صحیح است.

## فرض ماده ۶۸۹ ق.م. بعلاوه یک فرض دیگر؛

چند نفر به سراغ طلبکار رفته و حاضر به عقد ضمان می شوند، که طلبکار یکی از آن ها را قبول می کند؛ مانند این که چند ایجاب آمده و طلبکار یکی را قبول کرده است و عقد با او منعقد شده است و در اینجا تفاوتی بین ضمان نقل و ضمان ضم هم وجود ندارد؛	<b>فرض نخست:</b>
در اینجا دین از مدیون منتقل و به همه ضامنین و بین آن ها به نحو مساوی یا متفاوت تسهیم می شود. <sup>۱</sup> در اینجا طلبکار به هر ضامن به نسبت سهم او به وی مراجعه می نماید؛ ماده ۷۲۱ ق.م.	چند نفر به سراغ طلبکار رفته و همگی با هم می خواهند عقد ضمان را با طلبکار منعقد نمایند و طلبکار هم، همه را می پذیرد؛ در این فرض دو حالت وجود دارد:
در این حالت چند نفر حاضر به ضمانت تضامنی [ضم ذمه] می شوند، حال اگر طلبکار آن ها را بپذیرد، بدهکار بری نمی شود و علاوه بر وی، همه ضامنین نیز مسئول پرداخت تمام دین او [بدهکار] هستند. [شباهت زیادی به تعاقب ایادی در غضب دارد].	<b>نقل</b> <b>ذمه:</b> <b>ضم</b> <b>ضمه:</b>

ماده ۷۲۱: هرگاه اشخاص متعدد از یک شخص و برای یک فرض [دین] به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند، مضمون له به هر یک از آن ها فقط به قدر سهم او حق رجوع دارد؛ و اگر یکی از ضامنین تمام فرض [دین] را تادیه نماید به هر یک از ضامنین دیگر که اذن تادیه داده باشد<sup>۲</sup> می تواند به قدر سهم او رجوع کند.

## اعسار ضامن

ماده ۶۹۰: در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار [مَلّی - مَلات] باشد؛ لیکن، اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد، می تواند عقد ضمان را فسخ کند. ولی، اگر ضامن بعد از عقد غیر مَلّی [مُعسر] شود مضمون له خیاری نخواهد داشت.<sup>۳</sup>

⊕ اگر ضامن ابتدا به ساکن مالدار باشد، اما بعد از عقد، ندار شود، مضمون له خیار فسخ ندارد.

<sup>۱</sup> - به این نوع ضمان، «ضمان به طور تسهیم» می گویند.

<sup>۲</sup> - ماده ۲۶۷ ق.م: ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ ولیکن کسی که دین دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [دین جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۷۲۸ ق.م: در صحت حواله ملات محال علیه شرط نیست.

\* ماده ۷۲۹ ق.م: هرگاه در وقت حواله محال علیه معسر بوده و محتال جاهل به اعسار او باشد، محتال می تواند حواله را فسخ و به

محیل رجوع کند.

## شرح ماده ۶۹۱ ق.م.

➤ موضوع عقد ضمان، دین است؛

➤ بعضی از دیون در دو مرحله به وجود می آیند: یعنی ابتدا سبب آن به وجود می آید و سپس خود دین به وجود می آید؛

➤ طبق ماده ۶۹۱ ق.م. ضمانت از دینی که فقط سبب آن به وجود آمده است درست است، حتی اگر خود دین هنوز به وجود نیامده باشد؛

✍️ مثال: دین مربوط به نفقه، پس از تمکین ایجاد می شود و به صرف عقد نکاح به وجود نمی آید، اما چون سبب آن نکاح است و این عقد صورت گرفته است [سبب ایجاد شده است]، به موجب این ماده می توان از آن ضمانت کرد؛<sup>۱</sup>

✍️ مثال دوم: جعاله سبب تعهد است و انجام عمل شرط به وجود آمدن دین. حال می توان قبل از انجام عمل، از جاعل ضمانت کرد.<sup>۲</sup>

ماده ۶۹۱: ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است.

### دو نکته مهم:

➤ فقط از دینی می توان ضمان کرد که موضوع آن «کلی» باشد، و نیز قائم به شخص نباشد؛

➤ ضمانت از اعیان مضمونه، چون موضوع «عین» است، ضمان محسوب نمی شود و در حقیقت نوعی «تعهد به فعل ثالث» است.

### شش ماده مرتبط، که بهتر است با هم مطالعه شوند:

ماده ۶۹۲: در دین حال ممکن است ضامن برای تادیه آن اجلی معین کند و هم چنین می تواند در دین موجد تعهد پرداخت فوری آن را بنماید.

<sup>۱</sup> - در اینجا، تمکین، شرط ایجاد دین و عقد نکاح، سبب دین است.

<sup>۲</sup> - ماده ۵۶۷ ق.م. عامل وقتی مستحق جعل می گردد که مُتَعَلِّق [موضوع] جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد. [جعاله: سبب - انجام کار: شرط مدیون شدن].

ماده ۶۹۳: مضمون له می تواند در عقد ضمان از ضامن مطالبه رهن [وثیقه] کند، اگر چه دین اصلی رهنی نباشد. [ضمان با وثیقه عینی].

ماده ۷۰۲: هرگاه ضمان مدت داشته باشد، مضمون له نمی تواند قبل از انقضای مدت مطالبه طلب خود را از ضامن کند، اگر چه دین حال باشد.

ماده ۷۰۳: در ضمان حال، مضمون له حق مطالبه طلب خود را دارد، اگر چه دین موجد باشد.

⊕ این ماده و ماده ۷۰۲ ق.م. رابطه طلبکار و ضامن را بیان می کنند. در اینجا «عقد ضمان» ملاک است نه دین.

ماده ۷۱۵: هرگاه دین مدت داشته و ضامن قبل از موعد آن را بدهد، مادام که دین حال نشده است نمی تواند از مدیون [مضمون عنه] مطالبه کند.

ماده ۷۱۶: در صورتی که دین حال باشد، هر وقت ضامن ادا کند می تواند رجوع به مضمون عنه نماید، هر چند ضمان مدت داشته و موعد آن فرسیده باشد، مگر آن که مضمون عنه اذن به ضمان موجد داده باشد.

⊕ این ماده و ماده ۷۱۵ ق.م. رابطه ضامن و بدهکار [مدیون اصلی] را بیان می کنند: در اینجا «دین» ملاک است و نه ضمان.

➡ نتیجه: در رابطه طلبکار و ضامن، «عقد ضمان» ملاک است نه دین. و در رابطه ضامن و بدهکار، «دین» ملاک است نه عقد ضمان.

## فلاصه مواد فوق

⊖ ضمان عقدی است تبعی که تابع «وجود» دین است؛

➡ درست است که ضمان تابع وجود دین است، اما تابع شرایط و اوصاف دین نمی باشد؛

✍ برای مثال: اگر دین حال باشد، ضمان می تواند موجد و یا حال منعقد شود؛ و اگر دین وثیقه داشته باشد، ضمان می تواند وثیقه داشته و یا نداشته باشد؛

➡ به عبارت دیگر: ضمان می تواند خصوصیات خود را داشته باشد و الزاماً تابع شرایط و اوصاف دین نمی باشد.

## اصل حال بودن ضمان [اصل حال بودن دین]<sup>۱</sup>

ماده ۷۰۴: ضمان مطلق محمول به حال است، مگر آن که به قراین معلوم شود که موجب بوده است.<sup>۲</sup>

### حال شدن ضمان به فوت ضامن

ماده ۷۰۵: ضمان موجب به فوت ضامن حال می شود.<sup>۳</sup>

⊕ از آن جایی که عقد ضمان، عقدی تبعی است، اگر در این عقد، دین از بین برود، عقد خود به خود منفسخ می شود.

ماده ۷۰۶: به موجب قانون اصلاحی آزمایشی (۶۱/۱۰/۸) حذف شد.

### شرح مواد ۶۹۴ و ۶۹۵ ق.م.

⊖ این مواد مسامحه ای بودن ضمان را بیان می کنند و علم اجمالی را برای انعقاد آن کافی می دانند؛

ماده ۶۹۴: علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می نماید شرط نیست، بنابراین، اگر کسی ضامن دین شخص شود بدون این که بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است؛ لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.<sup>۴</sup>

⊕ تنها عقدی که مردد بودن آن، صحیح است، جعاله است.

ماده ۶۹۵: معرفت [شناخت] تفصیلی ضامن به شخص مضمون له یا مضمون عنه لازم نیست.

### ضمان از دین متزلزل

⊖ دین متزلزل، دینی است که ناشی از یک عقد باشد،<sup>۵</sup> و آن عقد قابل فسخ است، یعنی ممکن است عقد

فسخ بشود و دین از بین برود. در این حالت، اگر دین از بین برود، به تبع آن،<sup>۶</sup> ضمانت نیز از بین می رود.

۱ - ماده ۳۴۴ ق.م: اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده [یعنی عقد مطلق بوده] یا برای تسلیم مبیع یا تادیه قیمت موعدی [اجل] معین نگشته باشد، بیع قطعی و ثمن [و مبیع] حال محسوب است، مگر این که بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارته وجود شرطی یا موعدی معهود [معمول] باشد، اگر چه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد.

۲ - ماده ۴۹۰ ق.م: مستاجر باید: اولاً: ... ثانیاً: ... ثالثاً: مال الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر است تادیه کند و در صورت عدم تعیین موعد نقداً [حال] باید بپردازد.

۳ - ماده ۲۳۱ ق.م: دیون مؤجل متوفی بعد از فوت حال می شود.

۴ - ماده ۲۱۶ ق.م: مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

۵ - دیون می توانند ناشی از عقد نباشند.

۶ - چون ضمانت عقد تبعی است.

**ماده ۶۹۶:** هر دینی را ممکن است ضمانت نمود، اگر چه شرط [حق نسخ] فسخی در [سبب] آن موجود باشد.<sup>۱</sup>

⊕ یعنی هم دین خیار و هم دین غیر خیار را می توان ضمانت کرد؛

⊕ از آن جایی که دین را فسخ نمی کنند، بلکه سبب عقد را فسخ می کنند، در اینجا واژه «سبب» در تقدیر است.

## ضمان عهده

⊖ از آنجایی که هر گاه عقدی باطل باشد، طرفین باید عوضین را پس بدهند، «ضمان عهده» منعقد می شود؛

✍ **مثال:** در یک عقد، یکی از طرفین از طرف دیگر ضامن می خواهد که اگر روزی معلوم بشود عقد مذکور باطل بوده، بتواند عوضی را که به او داده است از ضامن بگیرد، به این نوع ضمانت، «ضمان عهده» می گویند؛

⊖ ضمان عهده در ماده ۶۹۷ ق.م. آمده و به ظاهر مختص معاملات فضولی است؛ اما حقیقت این است که دایره «ضمان عهده» خیلی وسیع تر از معاملات فضولی است. و باید گفت در هر جایی و به هر دلیلی که عقد باطل است، می توان ضمان عهده گرفت.

➡ اگر ضمان عهده به طور اطلاق منعقد شود، فقط شامل بطلان می شود و انحلال [بر فرض مثال: اقاله] را در بر نمی گیرد؛

➡ یعنی اگر بخواهیم که ضمان عهده شامل انحلال [فسخ، انفساخ و تفاسخ] نیز بشود، باید در عقد تصریح بشود.

**ماده ۶۹۷:** ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن آن جایز است.<sup>۲</sup>

**ماده ۷۰۸:** کسی که ضامن درک [عهده] مبیع است در صورت فسخ بیع به سبب اقاله یا خیار از ضمان بری می شود.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۷۷۵ ق.م: برای هر مالی که در ذمه باشد [دین] ممکن است رهن داده شود، ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط؛

\* ماده ۳۶۲ ق.م: آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است: ۱. .... ۲. عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می دهد؛

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

<sup>۳</sup> - ماده ۷۳۳ ق.م: 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 می شود [است] و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد. ولی، اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ [منحل] شود حواله باطل نبوده [ولی منفسخ می شود] لیکن محال علیه بری [یعنی حواله تمام شده است] و بایع یا مشتری می تواند به یکدیگر رجوع کند. مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات [همه عقود] نیز جاری خواهد بود.



## تعليق در ضمان

⊖ تعليق در ضمان بر دو قسم است: تعليق در ضمان نقل ذمه و تعليق در ضمان ضم ذمه؛

### تعليق در ضمان نقل ذمه:

➤ اثر حقوقی ضمان نقل ذمه: انتقال دين است؛ و اين انتقال بايد منجز باشد نه معلق؛

➤ طبق بند يك ماده ۶۹۹ ق.م. اين نوع تعليق باطل است؛

ماده ۶۹۹: تعليق در ضمان [نقل]، مثل اين که ضامن قيد کند که اگر مديون نداد من ضامنم، باطل است؛ ولي التزام به تاديه ممکن است معلق باشد.

### شذره بند دوم ماده ۶۹۹ ق.م.:

⊖ در مورد بند دوم ماده ۶۹۹ ق.م. بايد گفت که، در حقيقت عقد ضمان منعقد می شود و ضامن کاملاً مديون می شود. اما وی از مضمون له درخواست می کند که در زمان اخذ دين، ابتدا به مضمون عنه [مديون اصلی که بری شده است] رجوع کند و اگر وی دين مضمونه را پرداخت کرد که عقد ضمان در همين جا تمام می شود، اما اگر مضمون عنه، دين مضمونه را پرداخت نکند، ضامن مکلف است آن را پرداخت کند. در واقع اين روش، يك نوع ارفاق در حق ضامن است.<sup>۱</sup>

ماده ۷۰۰: تعليق ضمان به شرايط صحت آن، مثل اين که ضامن قيد کند که اگر مضمون عنه مديون باشد، من ضامنم، موجب بطلان آن نمی شود.

⊕ از آنجایی که در عقود معلق، معلق عليه بايد خارج از ارکان عقد باشد، در اینجا عقد معلق نشده و ضمان صحيح است و بطلان ضمان معلق مشمول اين فرض نمی شود.

⊕ از نظر علم اصول: اين ماده ۶۹۹ را تخصيص نزده است [خروج موضوعی نیست]، بلکه اين ماده تخصص [اخراج حکمی است] است.

⊕ در عقد نکاح هم مانند ضمان، تعليق عقد به شرايط صحت آن [که در حقيقت تعليق نیست] صحيح است و اشکالی ندارد.

<sup>۱</sup> - در نهايت، پس از پرداخت دين از طرف ضامن، وی می تواند به مضمون عنه رجوع کند. و دليل رجوع ابتدایی طلبکار به مضمون عنه نیز همين موضوع است.

## تعلیق در ضمان ضم ذمه:

ک در اینجا باید بین ضمان عرضی و طولی تفاوت گذاشت؛

⊖ ضمان عرضی همیشه منجز است، و تعلیق در ضمان ضم ذمه، همیشه در ضمان ضم ذمه طولی است؛

➔ اثر حقوقی ضمان ضم ذمه، انتقال دین نمی باشد، بلکه اثر آن التزام ضامن است؛

⊖ در ضمان طولی ضمان معلق است و ضامن می تواند به مضمون له بگوید که ابتدا به مضمون عنه رجوع

کند، و اگر وی دین خود را نپرداخت، من ملتزم هستم؛

⊖ ماده ۷۲۳ ق.م، تعلیق در ضمان ضم ذمه طولی را بیان می کند؛<sup>۱</sup>

ماده ۷۲۳: ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی [شرط ضمن عقد] به تادیه دین دیگری ملتزم شود [ضم ذمه]. در این صورت،

تعلیق به التزام مبطل نیست: مثل این که کسی التزام [ضم ذمه] خود را به تادیه دین مدیون معلق به عدم تادیه او [مدیون]

نماید.<sup>۲</sup>

## لزوم عقد ضمان [نقل ذمه]

⊖ طبق ماده ۷۰۱ ق.م. ضمان نقل ذمه، عقدی است لازم – البته این ماده سه استثناء به شرح زیر دارد:

۱. اعسار ضامن: در ماده ۶۹۰ ق.م. [غیر مملی بودن ضامن و جاهل بودن طلبکار بر این امر]؛

۲. وجود حق فسخ نسبت به سبب دین: همان دین متزلزل که اگر از بین برود، ضمان نیز به تبع آن زایل می شود؛

۳. خیار تخلف از شرط.

ماده ۷۰۱: ضمان [نقل ذمه] عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی توانند آن را فسخ کنند، مگر در صورت اعسار ضامن به

طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است، یا در صورت بودن حق فسخ [دین متزلزل] نسبت به [سبب] دین مضمون به و یا در صورت تخلف از

مقررات [شروط] عقد.

ضمان نقل ذمه، قابل اقاله نیست:

⊖ به این علت که در ضمان نقل، مدیون اصلی بری شده و در حقیقت ثالث تلقی می شود و با توجه به

اصل نسبی بودن قراردادها نمی توان بدون اذن ثالث بر عهده وی دین قرار داد؛

➔ البته اقاله کردن ضمان نقل ذمه باطل نیست، بلکه غیر نافذ و منوط به تنفیذ «مدیون اصلی بری شده»

است.

<sup>۱</sup> – در حقیقت، تعلیق در ضمان ضم ذمه، همان ضمان طولی است.

<sup>۲</sup> – تنها ماده ای که ضمان ضم ذمه را پذیرفته است، همین ماده است؛ چون همانطور که گفته شد، در قانون مدنی، اصل بر ضمان نقل است.

## فیار شرط و شرط فاسخ در ضمان نقل راه ندارد:

- ⊖ خیار شرط هم به خاطر این که مانند اقاله به ضرر مدیون اصلی است در ضمان نقل راه ندارد؛
- ➔ شرط فاسخ نیز، به علت مضر بودن برای مدیون اصلی، قابل اندراج در عقد نمی باشد.

## جواز عقد ضمان [ضم ذمه]

- ⊖ ضمان ضم ذمه در قانون مدنی صراحتاً وجود ندارد: یعنی اصل بر ضمان نقل است؛
- ➔ بر خلاف ضمان نقل ذمه، ضمان ضم ذمه همانند عقود رهن و كفالت، و با توجه به ماده ۱۸۷ ق.م. از یک طرف لازم و از طرف دیگر جایز هستند: البته در سایر احکام تابع عقود لازم هستند؛
- ➔ ضمان ضم ذمه، به این علت که مدیون اصلی بری نشده است می توان آن را اقاله کرد و یا در آن خیار شرط گذارد؛
- ➔ گذاشتن خیار شرط و شرط فاسخ در ضمان ضم ذمه اشکالی ندارد و صحیح است.

## ابرای مضمون عنه

ماده ۷۰۷: اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی شود، مگر این که مقصود، ابرای از اصل دین [ضامن] باشد.<sup>۱</sup>

- ⊕ ضمان در این ماده مانند سایر مواد عقد ضمان، ضمان نقل ذمه می باشد؛
- ⊕ در حقیقت این ماده تحصیل حاصل است: چون مدیون اصلی [مضمون عنه] از قبل بری شده است و اکنون ثالث تلقی می شود؛
- ⊕ یعنی در ضمان نقل ذمه، چنین امکانی معنا ندارد؛
- ⊕ هر چند ممکن است این طور برداشت شود که منظور این ماده ضمان نقل نباشد - زیرا اگر مفاد آن را در مورد ضمان ضم ذمه اعمال کنیم، تا حدودی صحیح می شود؛ اما دکتر شهبازی این ماده را [طبق ماده ۷۱۸ ق.م.]: ابراء ضامن] کلاً اشتباه و غلط می داند، چرا که قانون مدنی به طور قطع «ضمان ضم ذمه» را نپذیرفته است، و اگر حتی بخواهیم در مورد ضمان ضم هم این ماده را اعمال کنیم، این ماده نمی تواند صحت داشته باشد.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۹۷ ق.م: اگر بعد از ضمان مضمون له به مضمون عنه مدیون شود موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد.

## ابرای ضامن

ماده ۷۱۸: هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هر دو بری می شوند.

⊕ چون ضامن در مقابل مضمون له بری شده و چیزی هم نپرداخته است، عملاً مضمون عنه هم در مقابل او ابراء می شود.

## رجوع ضامن به مدیون پس از ادای دین

⊖ ضامن وقتی می تواند به مدیون رجوع نماید که سه شرط زیر توأمأ وجود داشته باشند:

۱. اولاً: دین را پرداخت کرده باشد؛ ماده ۷۰۹ ق.م.

۲. دوماً: اذن در ضمانت و پرداخت داشته باشد؛ همانند ثالث در ماده ۲۶۷ ق.م.<sup>۱</sup>

۳. سوماً: قصد تبرع نداشته باشد؛ ماده ۷۲۰ ق.م.

ماده ۷۰۹: ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر بعد از ادای دین، ولی می تواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم

شده باشد که در مدت معینی بَرَأْت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد، رجوع کند.<sup>۲</sup>

✍ بند دوم ماده زمانی است که مضمون عنه متعهد شده است تا زمان معینی، دینی که به گردن ضامن افتاده است را

پرداخت کند و از این طریق مدیونیت ضامن را قبل از سررسید دین زایل کند، اما اگر مضمون عنه در مدت معلوم شده

فی مابین نتواند و یا نخواهد دین را پرداخت کند، ضامن حق رجوع را به او دارد، حتی اگر هنوز [ضامن] دین را پرداخت

نکرده باشد.

ماده ۷۲۰: ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده باشد [رلر با اذن] حق رجوع به مضمون عنه ندارد.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۶۷ ق.م: ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ و لیکن کسی که دین دیگری را

اداء می کند، اگر با اذن باشد [داین جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

<sup>۲</sup> - ماده ۷۳۱ ق.م: در صورتی که محال علیه مدیون محیل نبوده، بعد از ادای وجه حواله می تواند به همان مقداری که پرداخته است رجوع به محیل نماید.

## مواردی که در حکم پرداخت است:

⊖ در سه مورد زیر، با این که دین پرداخت نشده است، ضامن می تواند به مضمون عنه رجوع کند:

چون این موارد، در حکم پرداخت هستند:

۱. حواله: ضامن یا طلبکار دین و طلب خود را حواله کنند؛ ماده ۷۱۰ ق.م.
۲. تهاجر: اگر ضامن از طلبکار، طلبکار بشود دینش با دین طلبکار تهاجر می شود؛
۳. مالکیت مافی الذمه: در صورتی که ضامن وارث طلبکار باشد و طلبکار بمیرد و یا طلبکار، طلب خود را به بدهکار منتقل کند مالکیت فی الذمه رخ می دهد. ماده ۷۱۲ ق.م.

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 اداء کرده است و حق رجوع به مضمون عنه دارد و هم چنین است حواله مضمون له به عهده ضامن. ⊕ در این ماده عمل حقوقی جای عمل مادی را می گیرد.

ماده ۷۱۲: هرگاه مضمون له فوت شود و ضامن وارث او باشد حق رجوع به مضمون عنه دارد. ⊕ وقتی طلب مضمون له به ضامن برسد، یعنی ضامن پرداخت کرده است. ماده ۳۰۰ ق.م.<sup>۱</sup>

## تکرار پرداخت به وسیله مضمون عنه

ماده ۷۱۱: اگر ضامن دین را تادیه کند و مضمون عنه آن را ثانیاً بپردازد [ایفای ناروا]، ضامن حق رجوع به مضمون له نخواهد داشت و باید به مضمون عنه مراجعه کند و مضمون عنه می تواند [از باب ایفای ناروا] از مضمون له آن چه را که گرفته است مسترد دارد.

## پرداخت کمتر از دین

ماده ۷۱۳: اگر ضامن به مضمون له کمتر از دین داده باشد، زیاده بر آنچه داده نمی تواند از مدیون [مضمون عنه] مطالبه کند، اگر چه دین را صلح به کمتر کرده باشد.<sup>۲</sup> ⊕ یکی از احتمالات این است که ممکن است داین، دین را به قیمت کمتر صلح کند؛ ⊕ علت حکم این ماده این است که: ضمان مبتنی بر مسامحه است و این عقد برای کسب درآمد نیست.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۰۰ ق.م: اگر مدیون مالک مافی الذمه خود گردد ذمه او بری می شود. مثل این که اگر کسی به مورت خود مدیون باشد، پس از فوت مورت دین او به نسبت سهم الارث ساقط می شود.

<sup>۲</sup> - ماده ۷۸۱ ق.م: اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود، مازاد مال مالک آن است؛ و اگر بر عکس حاصل فروش کمتر باشد، مرتهن باید برای نقیصه به راهن رجوع کند.

## پرداخت زیادتر از دین

❶ اگر ضامن بیشتر از دین پرداخت کند، حق رجوع به مضمون عنه ندارد، مگر این که مضمون عنه اذن داده باشد؛

ماده ۷۱۴: اگر ضامن زیادتر از دین به داین بدهد، حق رجوع به زیاده ندارد مگر در صورتی که به اذن مضمون عنه داده باشد.

## پرداخت از سوی مضمون عنه

❶ ماده ۷۱۷ ق.م. در حقیقت تکرار ماده ۲۶۷ ق.م. است و دقیقاً با این ماده کاربرد دارد؛

❷ ماده ۲۶۷ ق.م: ایفای دین از جانب غیر مدیون [ثالث] هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ و لیکن کسی که دین دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [داین جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

ماده ۷۱۷: هرگاه مضمون عنه دین [دین ضامن] را ادا کند ضامن بری می شود، هر چند ضامن به مضمون عنه اذن در اداء نداده باشد.<sup>۱</sup>

## ابرای ضامن

❶ اگر طلبکار ضامن را ابراء کند، هم ضامن و هم مضمون عنه بری می شوند؛  
❷ یعنی وقتی طلبکار ضامن را ابراء می کند ضامن در مقابل طلبکار و مضمون عنه در مقابل ضامن بری می شوند - چون دیگر ضامن حق رجوع ندارد.

ماده ۷۱۸: هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هر دو بری می شوند.  
⊕ چون ضامن در مقابل مضمون له بری شده و چیزی هم نپرداخته است، عملاً مضمونه عنه هم در مقابل او ابراء می شود.

## پرداخت ثالث متبرع

❶ اگر ضامن چیزی پرداخت نکند، بالتبع حق رجوع ندارد، اما بالعکس در صورت پرداخت حق رجوع دارد؛

ماده ۷۱۹: هرگاه مضمون له ضامن را ابراء یا دیگری مجاناً دین را بدهد، ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد.

⊕ ملاک رجوع ضامن به مضمون عنه تحمل غرامت است نه تحصیل برائت؛  
⊕ علت حکم این ماده نیز این است که: ضمان مبتنی بر مسامحه است و این عقد برای کسب سود نیست.

<sup>۱</sup> - ماده ۷۴۶ ق.م: در موارد ذیل کفیل بری می شود: ۱. ... ۲. در صورتی که مکفول در موقع مقرر شخصاً حاضر شود.

# فصل دهم:

# حواله

## تعریف حواله

ماده ۷۲۴: حواله عقدی است که به موجب آن طلب [دین] اشخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می گردد. مدیون را محیل، طلبکار را محتال، شخص ثالث را محال علیه می گویند.

## خصوصیات حواله

- ➊ حواله همانند عقود ضمان، رهن و کفالت، عقدی تبعی است؛
- ➋ حواله بسیار شبیه ضمان است، با این تفاوت که در حواله اراده مدیون نیز دخالت دارد و بدون اراده وی انعقاد حواله ممکن نیست، اما در ضمان، اراده مدیون به هیچ وجه در آن عقد موثر نمی باشد؛
- ➌ حواله تنها عقدی است که برای «انعقاد» و «اقاله» آن و هم چنین برای درج «خیار شرط» و «شرط فاسخ» در آن، به وجود سه اراده نیازمندیم:
  ۱. مدیون اول [محیل - مدیون اصلی]؛
  ۲. مدیون دوم [محال علیه - شخص ثالث]؛
  ۳. طلبکار [محتال یا محال له].

ماده ۷۲۵: حواله محقق نمی شود مگر با رضای محتال و قبول محال علیه. [و ایجاب محیل].

⊕ در انعقاد عقد حواله، ابتکار عمل با مدیون اول [محیل] است؛ در واقع اوست که دین خود را حواله می کند.

## رابطه محیل و محتال

➊ برای صحت حواله، باید محیل حتماً به محتال بدهکار باشد. در غیر این صورت عقد حواله صورت نگرفته است، اما این نوع رابطه باطل نمی باشد و طبق نظر دکتر کاتوزیان ممکن است قرض، یا هبه و یا اعطای نیابت برای وصول باشد؛

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

<sup>۱</sup> - اشتباه در قانون: در حواله، دین منتقل می شود نه طلب.



## رابطه محیل و محال علیه

### ⊖ در رابطه این دو، دو حالت وجود دارد:

۱. محیل از محال علیه طلب دارد و به این دلیل حواله می دهد: به این نوع حواله، «حواله کامل» یا

«حواله بر مدیون» می گویند؛

۲. گاهی محیل از محال علیه طلب ندارد: به این گونه حواله دادن، «حواله بر - بری» می گویند.

➔ در هر دو حالت فوق، محال علیه می تواند قبول نکند و مانع انعقاد عقد حواله بشود؛

➔ در «حواله بر - بری»، محال علیه در حکم ضامن است و تنها زمانی که دین را پرداخت کند، حق رجوع

به محیل را دارد.

ماده ۷۲۷: برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه مدیون به محیل باشد. در این صورت، محال علیه پس از قبولی در حکم ضامن است.

ماده ۷۲۸: در صحت حواله ملائمت محال علیه شرط نیست.

ماده ۷۲۹: هرگاه در وقت حواله محال علیه معسر بوده و محتال جاهل به اعسار او باشد، محتال می تواند حواله را فسخ و به محیل رجوع کند.

### رجوع محال علیه بری به محیل

ماده ۷۳۱: در صورتی که محال علیه مدیون محیل نبوده، بعد از ادای وجه حواله می تواند به همان مقداری که پرداخته است رجوع به محیل نماید.

⊕ ماده ۷۰۹ ق.م: ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر بعد از ادای دین، ولی می تواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی بَرَأَت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد، رجوع کند؛

⊕ ماده ۷۱۳ ق.م: اگر ضامن به مضمون له کمتر از دین داده باشد، زیاده بر آنچه داده نمی تواند از مدیون [مضمون عنه] مطالبه کند، اگر چه دین را صلح به کمتر کرده باشد؛

⊕ ماده ۷۱۴ ق.م: اگر ضامن زیادتر از دین به داین بدهد، حق رجوع به زیاده ندارد مگر در صورتی که به اذن مضمون عنه داده باشد؛

⊕ ماده ۷۱۵ ق.م: هرگاه دین مدت داشته و ضامن قبل از موعد آن را بدهد، مادام که دین حال نشده است نمی تواند از مدیون [مضمون عنه] مطالبه کند؛

⊕ ماده ۷۱۶ ق.م: در صورتی که دین حال باشد، هر وقت ضامن ادا کند می تواند رجوع به مضمون عنه نماید، هر چند ضامن مدت داشته و موعد آن نرسیده باشد، مگر آن که مضمون عنه اذن به ضامن موجد داده باشد.

## اثر حواله

⊖ اثر حواله مانند ضمان، انتقال دین است و در آن دین به محال علیه منتقل می شود؛ اما این حکم، قانون تکمیلی است و می توان خلاف آن را در عقد شرط کرد: یعنی شرط شود که علاوه بر محال علیه، محیل نیز هم چنان مدیون باقی بماند؛

ماده ۷۳۰: پس از تحقق حواله ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه محال علیه مشغول می شود.

⊕ ماده ۶۹۸ ق.م: بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.

## لزوم عقد حواله

⊖ طبق ماده ۷۳۲ ق.م. هواله عقدی است لازم - البته این ماده سه استثناء به شرح زیر دارد:

۴. اعسار محال علیه: در ماده ۷۲۹ ق.م. [غیر مملی بودن محال علیه و جاهل بودن محتال بر این امر]؛

۵. وجود حق فسخ نسبت به سبب دین: همان دین متزلزل که اگر از بین برود، حواله نیز به تبع آن زایل می شود؛

۶. خیار تخلف از شرط.

ماده ۷۳۲: حواله عقدی است لازم [نسبت به سه طرف آن] و هیچ یک از محیل و محتال و محال علیه نمی تواند آن را فسخ کند، مگر در مورد ماده ۷۲۹ و یا در صورتی که خیار فسخ [خیار شرط] شرط شده باشد.

## اثر انحلال بیع منشاء دین در حواله

⊖ حواله عقدی است لازم و تنها با اراده طرفین آن [محیل، محتال و محال علیه] قابل اقاله می باشد. خیار شرط

و درج شرط فاسخ نیز در عقد حواله با اراده طرفین آن [همان سه نفر] میسر است؛

➔ عقد حواله همان طور که در ابتدا شرح داده شد، همانند ضمان، کفالت، و رهن عقدی تبعی است و تابع وجود دین است.

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 می شود [است] و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد. ولی، اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ [منحل] شود حواله باطل نبوده [ولی منفسخ می شود] لیکن محال علیه بری [یعنی حواله تمام شده است] و بایع یا مشتری می تواند به یکدیگر رجوع کند. مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات [ممه عقود] نیز جاری خواهد بود.<sup>۱</sup>

❶ از تبعی بودن این عقود، دو نتیجه گرفته می شود که این نتایج در ماده ۷۳۳ ق.م. آمده است؛

#### نتیجه نخست:

✓ اگر بعد از انعقاد این عقود، معلوم بشود اصلاً دینی وجود نداشته است، عقد باطل است: زیرا این عقود تابع دین هستند و اگر دینی وجود نداشته باشد، بالتبع وقوع این عقود بی اساس و باطل است؛

#### نتیجه دوم:

✓ اگر دین موجود بوده و بعداً از بین برود، این عقود [عقود تبعی] منفسخ می شوند.

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

- \* ماده ۷۰۸ ق.م: کسی که ضامن درک [عهده] مبیع است در صورت فسخ بیع به سبب اقاله یا خیار از ضمان بری می شود؛
- \* ماده ۷۶۵ ق.م: صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است ولی صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است.

# فصل یازدهم:

# کفالت

## تعریف کفالت

- ❖ کفالت در لغت مشتق از کفل و به معنای به عهده گرفتن می باشد؛
- ❖ در اصطلاح حقوقی نیز عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل دیگری احضار شخص ثالثی را تعهد می کند. به شخص متعهد کفیل و به متعهدله مکفول له و به شخص ثالث مکفول گفته می شود.

ماده ۷۳۴: 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.

### نکته:

➤ کفالت هم مانند عقود ضمان، رهن و حواله، عقدی تبعی است.

## تفاوت کفالت با ضمان

- فرق کفالت 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. به همین دلیل به کفالت عناوین دیگری مثل کفالت تن و کفالت نفس نیز گفته شده است.

## وقوع عقد کفالت

- ❖ عقد کفالت، برخلاف حواله [که با سه اراده منعقد می شود]، با دو اراده تشکیل می شود و اراده مکفول در انعقاد بی تاثیر است؛

ماده ۷۳۵: کفالت به رضای کفیل و مکفول له واقع می شود.

## کفایت دعوی حق بر مکفول له

⊖ در عقد کفالت، علم کفیل به تعهدات مکفول شرط نیست بلکه همین که بداند از چه کسی کفالت می کند برای عقد کفالت کافی می باشد؛

⊖ در مورد مکفول نیز اهلیت شرط نیست و می توان از دیوانه نیز کفالت کرد.

ماده ۷۳۶: در صحت کفالت علم کفیل به ثبوت حقی بر عهده مکفول شرط نیست، بلکه دعوی حق از طرف مکفول له کافی است، اگر چه مکفول منکر آن باشد.

## انواع کفالت

ماده ۷۳۷: کفالت ممکن است مطلق باشد یا موقت و در صورت موقت بودن باید مدت آن معلوم باشد.

## تقاضای احضار در کفالت مطلق و موقت

ماده ۷۳۹: در کفالت مطلق مکفول له هر وقت بخواهد می تواند احضار مکفول را تقاضا کند، ولی در کفالت موقت قبل از رسیدن موعد حق مطالبه ندارد.

## وظایف کفیل

ماده ۷۴۰: کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است حاضر نماید والا باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت شود بر آید.

ماده ۷۴۴: اگر کفیل مکفول را در غیر زمان و مکان مقرر یا برخلاف شرایطی که کرده اند تسلیم کند، قبول آن بر مکفول له لازم نیست، لیکن اگر قبول کرد کفیل بری می شود؛ و هم چنین، اگر مکفول له بر خلاف مقرر بین طرفین تقاضای تسلیم نماید، کفیل ملزم به قبول نیست.

⊕ ماده ۲۷۵ ق.م: متعهد له را نمی توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آن چه که موضوع تعهد است قبول نماید اگر چه آن شی قیمتاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد. [اصل ایفای تعهد به طور یکپارچه].

## نکته:

❖ مکفوله غیر از موارد توافق شده، نمی تواند کفیل را ملزم کند. مثلاً بگوید: باید مکفوله را هر روز بیاوری؛ در حالی که در عقد کفالت چنین توافقی نکرده باشند.

## امتناع مکفول له از تسلّم

❖ در صورتی که کفیل، مکفول را طبق قرارداد حاضر نماید ولی مکفول له از قبول آن امتناع کند:

❖ کفیل می تواند با شهادت معتبر، احضار مکفول و امتناع مکفول له را نزد حاکم ثابت نماید و یا این که مکفول را نزد حاکم احضار نماید، و تبرئه شود؛

ماده ۷۴۷: هرگاه کفیل مکفول خود را مطابق شرایط مقرر حاضر کند و مکفول له از قبول آن امتناع نماید، کفیل می تواند احضار مکفول و امتناع مکفول له را با شهادت معتبر نزد حاکم و یا احضار نزد حاکم اثبات نماید.<sup>۱</sup>

## وجه التزام

ماده ۷۴۱: اگر کفیل ملتزم شده باشد که مالی در صورت عدم احضار مکفول بدهد، باید به نحوی که ملتزم شده است عمل کند.<sup>۲</sup>

## محل تسلیم مکفول

ماده ۷۴۲: اگر در کفالت محل تسلیم معین نشده باشد، کفیل باید مکفول را در محل عقد تسلیم کند، مگر این که عقد منصرف به محل دیگر باشد.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ۲۷۳ ق.م: اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.

<sup>۲</sup> - ماده ۲۳۰ ق.م: اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که، در صورت تخلف متخلف، مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید، حاکم [دادگاه] نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن چه که ملزم شده است محکوم کند. [برخلاف حقوق انگلیس].

<sup>۳</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۲۸۰ ق.م: انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید مگر این که بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضاء نماید. [قانون تکمیلی]؛

\* ماده ۳۷۵ ق.م: مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آن جا واقع شده است، مگر این که عرف و عادت، مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد.

## دادن مهلت به کفیل

ماده ۷۴۳: اگر مکفول غایب باشد، به کفیل مهلتی که برای حاضر کردن مکفول کافی باشد داده می شود.

⊕ ماده ۲۷۷ ق.م: متعهد نمی تواند متعده را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند [بدون

رضایت متعهد له] نظر به وضعیت مدیون مهلت عاده یا قرار اقساط قرار دهد.

⊕ ماده ۶۵۲ ق.م: در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساطی قرار می دهد.

## کفیل قهری و حکمی

ماده ۷۴۵: هر کس شخصی را از تحت اقتدار ذی حق یا قائم مقام او بدون رضای او خارج کند در حکم کفیل است و باید

آن شخص را حاضر کند و الا باید از عهده حقی که بر او ثابت شود بر آید.

## کفالت در برابر چند بدهکار

ماده ۷۴۹: هرگاه یک نفر در مقابل چند نفر از شخصی کفالت نماید، به تسلیم او به یکی از آنها در مقابل دیگران بری نمی شود.

## کفالت از کفیل

ماده ۷۳۸: ممکن است شخص دیگری کفیل کفیل شود.

ماده ۷۵۰: در صورتی که شخصی کفیل کفیل باشد و دیگری کفیل او و هکذا، هر کفیل باید مکفول خود را حاضر کند؛

و هر کدام از آنها که مکفول اصلی را حاضر کرد او و سایرین بری می شوند؛ و هر کدام که به یکی از جهات مزبوره در

ماده ۷۴۶ بری شد، کفیل های ما بعد او هم بری می شوند.



## موارد براءت کفیل

در موارد ذیل کفیل بری می شود [مفاد ماده ۷۴۶ ق.م.ا]؛

- معرفی به موقع کفیل: چنانچه (اگر) در زمان و مکان خاصی که قرار بوده مکفول را معرفی نماید.
- حضور به موقع مکفول: اگر مکفول شخصاً حاضر شود کفیل نیز بری می شود.
- براءت ذمه مکفول: اگر ذمه مکفول که موجب کفالت شده به نحوی بری شود. کفیل نیز بری می شود.
- انصراف مکفول له از تعهد کفیل: به هر دلیلی اگر مکفول له تعهد کفیل را نخواهد، کفیل بری می شود.
- انتقال حق مکفول له: اگر دین و طلب مکفول له به دیگری منتقل شود، مثلاً کسی دین مدیون را ضمانت کند، و در نتیجه دین منتقل شود، جایی برای کفالت باقی نمی ماند.
- فوت مکفول: کفیل متعهد به حاضر کردن مکفول است و اگر بمیرد دیگر امکانی برای اجرای تعهد باقی نمی ماند. و چنانچه دین مکفول له بدون پرداخت بماند، کفیل مسئولیتی ندارد.

ماده ۷۴۶: در موارد ذیل کفیل [کفیل، یک نوع تضمین است] بری می شود:

۱. در صورت حاضر کردن مکفول به نحوی که متعهد شده است؛
۲. در صورتی که مکفول در موقع مقرر شخصاً حاضر شود؛
۳. در صورتی که ذمه مکفول به نحوی از انحاء از حقی که مکفول له بر او دارد بری شود؛
۴. در صورتی که مکفول له کفیل را بری نماید؛
۵. در صورتی که حق [طلب] مکفول له به نحوی از انحاء به دیگری منتقل شود؛<sup>۱</sup>
۶. در صورت فوت مکفول.

## فوت مکفول له

ماده ۷۴۸: فوت مکفول له موجب براءت کفیل نمی شود.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۹۲ ق.م.ا: تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می شود: ۱. ... ۲. ... ۳. وقتی که متعهد له مافی الذمه متعهد رابه کسی دیگر منتقل نماید. [انتقال طلب]؛ علت: چون در انتقال طلب، تضمینات آن هم از بین می روند.

## رجوع کفیل به مکفول

➤ مباشرت مکفول اگر شرط نباشد، کفیل می تواند، به جای احضار مکفول، حقی را که بر عهده مکفول است ادا نماید و خود از احضار مکفول بری شود.

➤ در این صورت، اگر کفالت به اذن مکفول باشد، کفیل می تواند به او مراجعه نماید و آنچه پرداخته، مطالبه کند.

ماده ۷۵۱: هرگاه کفالت به اذن مکفول بوده و کفیل، با عدم تمکن از احضار، حقی را که به عهده او است اداء نماید و یا به اذن او ادای حق کند، می تواند به مکفول رجوع کرده آن چه را که داده اخذ کند و اگر هیچ یک به اذن مکفول نباشد حق رجوع نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> - ماده ۲۶۷ ق.م.ا: ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ و لیکن کسی که دین دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [داین جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

# فصل دوازدهم:

# صلح

## صلح<sup>۱</sup>

⊖ صلح در مورد دعوا و صلح در مورد معاملات.

### صلح در مورد دعوا

⊖ این نوع صلح بیشتر مربوط به آیین دادرسی مدنی است. و خود به دو نوع تقسیم می شود؛

۱. گاهی، دعوای به وجود آمده را، به صلح ختم می دهند؛
۲. گاهی با عقد صلح، از دعوای احتمالی، جلوگیری می کنند.

ماده ۷۵۲: صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.

ماده ۷۶۶: اگر طرفین به طور کلی تمام دعاوی واقعی [موجود] و فرضیه [احتمالی] خود را به صلح خاتمه داده باشند، کلیه دعاوی، داخل در صلح محسوب است اگر چه منشاء دعوی در حین صلح معلوم نباشد، مگر این که صلح به حسب قراین شامل آن نگردد.

### صلح در مورد دعوا عقدی است معوض:

➡ زیرا طرفین از ادعاهای خود [حق اقامه دعوی] می گذرند.

### صلح در مورد دعوا، توسط منکر هم امکان پذیر است:

➡ یعنی کسی که دعوا را انکار می کند نیز می تواند تقاضای صلح کند؛ ایمن تقاضا اقرار محسوب نمی شود.

ماده ۷۵۵: صلح با انکار دعوی نیز جایز [مُجاز] است، بنابراین درخواست صلح اقرار محسوب نمی شود.

ماده ۷۵۶: حقوق خصوصی که از جرم تولید می شود ممکن است مورد صلح واقع شود.

- ⊕ در این جا جرم رخ داده است و زیان هم وارد شده است، زیان دیده صلح می کند؛
- ⊕ خود جرم جنبه عمومی دارد و جنبه عمومی آن قابل صلح نمی باشد.

<sup>۱</sup> - طرفین صلح: مصالح و متصالح.

## طرفین صلح باید اهلیت و اختیار داشته باشند:

ماده ۷۵۳: برای صحت صلح طرفین باید اهلیت معامله و تصرف در مورد صلح داشته باشند.<sup>۱</sup>

هر صلحی صحیح است، إلا صلح بر امر غیر مشروع:

ماده ۷۵۴: هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد.<sup>۲</sup>

## صلح در مورد معاملات

🔴 نام های دیگر این نوع صلح: صلح در مقام معامله یا صلح بدوی یا ابتدایی است؛

👉 صلح در مورد معامله، عقدی است که به جای بعضی از اعمال حقوقی می آید و اثر آن همان اثر عمل

حقوقی مورد نظر را دارد، اما احکام خاصه آن را ندارد؛

🔗 مثلاً اثر بیع تملیک است، که بیع یک سری احکام خاص دارد. اما می توان با صلح مالی را به دیگری

تملیک کرد بدون احکام خاصه بیع.

ماده ۷۵۸: صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می دهد لیکن شرایط و احکام

خاصه آن معامله را ندارد؛ بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود، بدون

این که شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

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

\* ماده ۷۹۶ ق.م: واهب باید برای معامله [اهلیت] و [اختیار] تصرف در مال خود اهلیت داشته باشد؛

\* ماده ۲۱۰ ق.م: متعاملین باید برای معامله اهلیت [استیفا] داشته باشند.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون [امری] نباشد، نافذ است.

<sup>۳</sup> - ماده ۸۰۸ ق.م: هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص

ثالث منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. - این حق را حق شفعه و

صاحب آن را شفیع می گویند.

### ماده ۷۵۹: حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام بیع باشد.

⊕ ماده ۱۸۲ آ.د.م: هرگاه سازش در دادگاه واقع شود، موضوع سازش و شرایط آن به ترتیبی که واقع شده در صورت مجلس منعکس و به امضای دادرس و یا دادرسان و طرفین می رسد.

تبصره: چنانچه سازش در حین اجرای قرار واقع شود، سازش نامه تنظیمی توسط قاضی مجری قرار در حکم سازش به عمل آمده در دادگاه است؛

⊕ ماده ۱۸۳ آ.د.م: هرگاه سازش خارج از دادگاه واقع شده و سازش نامه غیر رسمی باشد طرفین باید در دادگاه حاضر شده و به صحت آن اقرار نمایند. اقرار طرفین در صورت مجلس نوشته شده و به امضای دادرس دادگاه و طرفین می رسد در صورت عدم حضور طرفین در دادگاه بدون عذر موجه دادگاه بدون توجه به مندرجات سازش نامه دادرسی را ادامه خواهد داد.

### انواع صلح، از نظر معوض یا مجانی بودن

⊖ صلح در مورد معامله ممکن است معوض باشد یا مجانی؛ اما صلح در مورد دعوا همیشه معوض است؛  
➔ صلح در معاملات بستگی به نوع عقد دارد: اگر صلح به جای عقود معوض منعقد بشود، معوض است و اگر به جای عقود مجانی منعقد بشود، مجانی است.

### ماده ۷۵۷: صلح بلاعوض نیز جایز [مجاز] است.

### صلح، عقدی لازم است<sup>۱</sup>

⊖ موارد فسخ صلح عبارتند از: خیارات + یا اقاله؛

ماده ۷۶۰: صلح عقد لازم است اگر چه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و بر هم نمی خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله.

⊕ صلح در دعوا در دو مورد به هم می خورد: خیار شرط و خیار تخلف از شرط.

ماده ۷۶۱: صلحی که در مورد تنازع یا مبنی به تسامح باشد قاطع [لازم] بین طرفین است و هیچ یک نمی تواند آن را فسخ کند اگر چه به ادعای غبن باشد مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار [خیار شرط].

<sup>۱</sup> - صلح اعم از معوض و بلاعوض، عقدی لازم است و منظور از جایز در ماده ۷۵۷ ق.م، جواز عقد نیست، بلکه منظور مباح بودن صلح بلاعوض است؛ حکم تکلیفی.

صلح:	در دعاوی:	این نوع صلح همیشه معوض است:	علم اجمالی در آن کفایت می کند:
	در معاملات:	بلاعوض:	صلح در معاملات بستگی به معامله مورد نظر دارد: اگر مغایره ای باشد، علم معوض:
		تفصیلی در آن مورد نیاز است و اگر مساحمه ای باشد علم اجمالی کافی است.	

### اشتباه در صلح

⊖ از آن جایی که صلح از عقود است که در آن شخصیت طرف، مهم و علت عمده عقد است، اشتباه در

آن، باعث بطلان صلح است؛

⊖ اشتباه در سایر موارد [از جمله مورد معامله و ...] نیز تابع حقوق مدنی ۳ است؛<sup>۱</sup>

ماده ۷۶۲: اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است.

### اکراه در صلح

👉 به مبحث اکراه در جزوه حقوق مدنی ۳ مراجعه شود.

ماده ۷۶۳: صلح به اکراه نافذ نیست.

⊕ منظور از اکراه در این ماده، اکراه معنوی است؛

⊕ ماده ۲۰۳ ق.م. اکراه [معنوی] موجب عدم نفوذ معامله است اگر چه از طرف شخص خارجی غیر از

متعاملین واقع شود.

### تدلیس در صلح

ماده ۷۶۴: تدلیس در صلح موجب خیار فسخ است.

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

<sup>۱</sup> - ر.ک. فصل دوم جزوه حقوق مدنی ۳.

## شرح ماده ۷۶۵ ق.م.

ماده ۷۶۵: صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است [سالبه به انتفاء موضوع]، ولی صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است.

### شرح ماده ۷۶۵ ق.م.

<b>بند اول:</b>	صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله، باطل است: مثال: معامله ای باطل است، اما طرفین تصور می کنند که معامله صحیح است و در حال انجام تعهدات خود هستند که در این هنگام بین آن ها دعوا رخ می دهد؛ حال اگر چنین دعوی را به صلح ختم کنند، باطل است: زیرا معامله مبنا، باطل بوده است. بند اول ماده ۷۶۵ ق.م. از مصادیق ماده ۷۶۷ ق.م. است.
<b>بند دوم:</b>	صلح دعوی ناشی از بطلان معامله، صحیح است: مثال: معامله ای باطل است و طرفین هم بر این بطلان آگاهی دارند و می دانند که باید عوضین را پس بدهند، حال در حین پس دادن عوضین اگر دعوی رخ بدهد و این دعوا را در نهایت به صلح ختم کنند، این صلح صحیح است.

ماده ۷۶۷: اگر بعد از صلح معلوم گردد که موضوع صلح منتفی بوده است صلح باطل است.<sup>۱</sup>

### استثنا بر اصل نسبی بودن قراردادها

ماده ۷۶۸: در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می گیرد متعهد شود که نفقه معینی [پول] همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تادیه کند این تعهد ممکن است به نفع طرف مصالحه یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود.<sup>۲</sup>

ماده ۷۶۹: در تعهد مذکوره در ماده قبل به نفع هر کسی که واقع شده باشد ممکن است شرط نمود که بعد از فوت منتفع نفقه به وراث او داده شود.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۶۱ ق.م: اگر در بیع عین معین [و کلی در معین] معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.

<sup>۲</sup> - مواد مرتبط:

\* ماده ۲۳۱ ق.م: معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آن ها موثر است، مگر در مورد [بند دوم] ماده ۱۹۶ [تعهد به نفع ثالث]؛

\* ماده ۱۹۶ ق.م: کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر این که در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود. مع ذالک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.



➔ چون تعهد به نفع ثالث قائم به شخص است و به ارث [ثالث] نمی رسد. مگر این که خلاف آن شرط شده باشد.

✍ یعنی: اگر ثالث تعهد مزبور را رد کند، [یا فوت کند، یا ثالث موجود نباشد و ...] و یا به هر دلیلی تعهد به نفع ثالث اجرا نشود، این تعهد از بین نمی رود و باید به نفع طرف دیگر معامله [طرفی که به سود ثالث شرط کرده است] اجرا شود. و اگر طرف معامله فوت کرده باشد به سود وراثش [وارث طرف معامله، نه وارث ثالث] اجرا می گردد؛

✓ تعهد به نفع ثالث یک استثناء است و استثناء باید تفسیر مضیق بشود. یعنی نمی توان آن را به موارد مشابه سرایت داد؛ هر چیزی به نفع ثالث قبول می خواهد، بجز تعهد به نفع ثالث. پس تملیک به نفع ثالث نیاز به قبول ثالث دارد.<sup>۱</sup>

ماده ۷۷۰: صلحی که بر طبق دو ماده فوق واقع می شود به ورشکستگی یا افلاس متعهد نفقه فسخ نمی شود مگر این که شرط شده باشد.

## نکته پایانی

➔ در بیشتر جاهایی که عقدی نامعین باشد، حقوق دانان به ماده ۱۰ ق.م. ۲ و فقها به صلح [سید العقود] استناد می کنند.

<sup>۱</sup> - برای دیدن توضیحات بیشتر، رک. فصل دوم جزوه حقوق مدنی ۳.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون [امری] نباشد، نافذ است.

# فصل سیزدهم:

# رهبری

## تعریف رهن<sup>۱</sup>

ماده ۷۷۱: رهن عقدی است که به موجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به داین می دهد. رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند.

★ وثیقه دادن برای دین آینده در حقوق ما ممکن نیست و دست کم باید سبب (مقتضی) دین ایجاد شده باشد.<sup>۲</sup>

### وثیقه

- ⊖ وثیقه یعنی تضمین، یعنی چیزی که طلب شخص را تضمین می کند؛
- ⊖ وثیقه بر دو نوع است: شخصی و عینی؛
- ➔ در وثیقه شخصی، یک شخص، طلب داین را تضمین می کند؛
- سه عقد «ضمان، حواله و کفالت» وثیقه شخصی ایجاد می کنند.
- ➔ اما در وثیقه عینی، یک مال، طلب داین را تضمین می کند؛ وثیقه عینی، همان حق عینی تبعی است؛
- وثیقه عینی بر سه نوع است: قراردادی، قضایی و قانونی؛
- عقد رهن، وثیقه عینی قراردادی است.

### رهن عقد عینی است

- عقد عینی، عقدی است که قبض (تسلیم) در آن ها شرط صحت عقد است و اگر مال تسلیم نشود عقد صورت نگرفته است؛
- یعنی عقود عینی سه رکن دارند: ایجاب، قبول و قبض، در نتیجه وقوع عقد عینی زمانی است که قبض واقع می شود؛<sup>۳</sup>
- اگر عقد رهن با سند رسمی منعقد بشود، سند رسمی قائم مقام قبض است و قبض واقع شده تلقی می شود؛

<sup>۱</sup> - رهن نیز مانند عقود ضمان، کفالت و حواله، عقدی تبعی است.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۹۱ ق.م.؛ ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است.

<sup>۳</sup> - عقود عینی: عقد موجد حق انتفاع، وقف، بیع صرف، رهن و هبه.

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

### یک تفاوت

تفاوت رهن با سایر عقود عینی این است که اگر مال تسلیم بشود و دوباره به دست رهن بیفتد، عقد همچنان پابرجاست و لازم نیست که عین مرهونه در ید مرتهن استمرار یابد: یعنی امکان دارد که مال در ید رهن، اما در وثیقه مرتهن باشد.

### شرایط مال مرهون

مالی که رهن داده می شود، باید قابل نقل و انتقال باشد؛ زیرا هدف واقعی از رهن این است که اگر رهن دین خود را پرداخت نکند، مرتهن بتواند از محل فروش مال مرهونه، طلب خود را بردارد؛ یعنی مال مرهونه باید قابلیت تملک و فروش را داشته باشد؛ در نتیجه نمی توان مال موقوفه را به رهن گذاشت؛ چرا که فروش مال موقوفه با هدف وقف منافات دارد؛

ماده ۷۷۳: هر مالی که قابل نقل و انتقال قانونی نیست نمی تواند مورد رهن واقع شود.<sup>۱</sup>

### رهن دین و منفعت

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

#### مال «کلی» و «دین» و «منفعت» را نمی توان رهن گذاشت؛

مال «کلی» و «دین» و «منفعت» را نمی توان رهن گذاشت؛	
«کلی»	رهن «کلی» باطل است؛ چون «کلی» قابل قبض نیست.
دین:	رهن برای وقوع به قبض نیاز دارد و از آنجایی که دین قابل قبض نیست، رهن آن نیز ممکن نیست.
منفعت:	چون منفعت مانند عین نیست که باقی بماند؛ بلکه در طول زمان از بین می رود.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۴۸ ق.م: بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است، مگر این که مشتری خود قادر بر تسلیم باشد.

## شرایط دین

❶ خیارى بودن دین منافاتی با رهن گذاشتن برای آن ندارد؛ اگر عقد مبنا فسخ بشود، رهن هم خود به خود مرتفع می شود.

ماده ۷۷۵: برای هر مالی که در ذمه باشد [دین] ممکن است رهن داده شود، ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.<sup>۱</sup>

## تعداد رهن و مرتهن

❷ اشاعه فقط در مالکیت نیست، بلکه در تمام حقوق متصور است: بند اول ماده ۷۷۶ اشاره به اشاعه در حق عینی تبعی دارد؛ مثال ماده این است که: چند نفر از یک نفر طلب دارند و آن یک نفر یک مال را به همه طلبکارها به عنوان وثیقه می دهد، در این صورت طلبکاران بر روی مال مذکور به طور مشاع حق عینی تبعی دارند.

ماده ۷۷۶: ممکن است یک نفر مالی را در مقابل دو یا چند دین<sup>۲</sup> 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 هم چنین ممکن است دو نفر یک مال<sup>۳</sup> را به یک نفر در مقابل طلبی که از آن ها دارد رهن بدهند.<sup>۴</sup>

## «رهن مکرر» و «رهن مازاد»

❸ بند اول این ماده [۷۷۶ ق.م.ا]، رهن مکرر را بیان کرده که با رهن مازاد تفاوت دارد: رهن مازاد مبتنی بر ترتیب در استیفای طلب است: یعنی ابتدا مرتهن نخست طلب خود را از ثمن مال مرهونه بر می دارد، و اگر چیزی باقی ماند به مرتهن دوم می رسد و به همین ترتیب... .

۱- ماده ۶۹۶ ق.م.ا هر دینی را ممکن است ضمانت نمود، اگر چه شرط [حق فسخ] فسخی در آن موجود باشد.

۲- چه با رقم یکسان و چه با رقم متفاوت.

۳- که ممکن است مشاع باشد و یا مال یکی از آن ها.

۴- ماده ۵۷۱ ق.م.ا: شرکت [اشاعه] عبارت است از اجتماع حقوق مالکین [صاحبان حق] متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه.

## قبض مال در فرض تعدد مرتهین

➤ در فرض تعدد مرتهین از آن جایی که مال به هر کدام که داده شود، ترجیح بلامرحج است، باید همه بر این تراضی کنند که مال در ید یکی از آنان باشد و یا این که توافق کنند که مال به شخص ثالثی داده شود؛

➤ هر کسی که مرتهین برای نگهداری مال معین کنند، وکیل آنان در قبض است و از آن جایی که اراده وکیل و اراده موکل یکی است، هرگاه مال به وکیل داده شود، مثل این است که مال را همه مرتهین قبض کرده اند.

## توکیل برای فروش مال مرهون

➤ رویه از این قرار است که در عقد رهن، اگر راهن دین خود را نپردازد، مرتهن باید به دادگاه مراجعه کرده و تقاضای فروش مال مرهونه را از مرجع فوق بنماید [ماده ۷۷۹ ق.م.ا.].

➤ اما راهن می تواند به مرتهن وکالت بدهد که اگر دین خود را به وی نپرداخت، مرتهن خود مال را بی واسطه و بدون رجوع به دادگاه بفروشد و طلب خود را از این فروش بردارد.

## شرط استثنایی در این نوع وکالت:

➤ وکالت عقدی اذنی است، و با فوت هر یک از طرفین به هم می خورد. اما استثنائاً در وکالتی که برای فروش مال مرهونه داده می شود می توان شرط کرد که با فوت، وکالت به هم نخورد؛<sup>۱</sup>

➤ حال در این نوع وکالت اگر چنین شرطی گنجانده شود، بعد از فوت مرتهن، ورثه وی حق دارند که مال مرهونه را بفروشند؛ یعنی وکالت در فروش مال مرهونه به ورثه مرتهن می رسد و با فوت وی زایل نمی شود؛ و اگر راهن بمیرد، مرتهن یا ورثه او حسب الامر می توانند مال مرهونه را بفروشند و طلب خود را از این راه به دست بیاورند.

<sup>۱</sup> - البته اگر شرط نشود، تابع قواعد عمومی وکالت است و با فوت زایل می شود.

## پند نکته:

- در وکالتی که برای فروش مال به مرتهن داده می شود، می توان شرط کرد که این وکالت به ورثه او [مرتهن] نرسد؛
- این نوع وکالت لازم نیست که حتماً در ضمن عقد رهن داده شود، بلکه می توان آن را جدای از عقد رهن منعقد کرد؛
- هرگاه مرتهن که وکیل در فروش مال بوده، مال را به خودش بفروشد، می گوییم مرتهن از عین مرهونه حق خود را استیفا کرده است و نه از قیمت آن؛
- وکالتی که برای فروش مال به مرتهن داده می شود، معلق است بر عدم ایفای دین از جانب راهن؛ در نتیجه هرگاه راهن دین خود را بپردازد، وکالت داده شده، خود به خود منفسخ می شود.

وکالت در فروش مال به خود به جای طلب: مرتهن از عین مرهونه طلب خود را بر می دارد؛
فروش مال مرهونه: در فروش مال به دیگری و دریافت طلب: مرتهن از ثمن مرهونه طلب خود را اخذ می کند.
وکالت در فروش مال مرهونه با شرط نتیجه، به صرف اشتراط حاصل می شود: یعنی با عقد به وجود می آید.

ماده ۷۷۷: در ضمن عقد رهن یا به موجب عقد علی حده [جداگانه] ممکن است راهن مرتهن را وکیل کند [شرط نتیجه] که، اگر در موعد مقرر راهن قرض [دین] خود را اداء ننمود، مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفاء کند؛ و نیز ممکن است قرار دهد [شرط ضمن عقد] وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد؛ و بالاخره ممکن است که وکالت [از همان ابتدا و یا معلق بر فوت] به شخص ثالث داده شود.<sup>۱</sup>

## اجبار راهن به فروش

➤ وکالت در فروش مال مرهونه ابتدا به ساکن [به طور طبیعی] وجود ندارد؛ یعنی اگر وکالت در فروش داده نشود [شرط نشود]، چنین حقی برای مرتهن وجود ندارد و باید طبق رویه [ماده ۷۷۹ ق.م.] عمل بشود؛

<sup>۱</sup> - مواد مرتبط:

- \* ماده ۷۹۱ ق.م: اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود، باید تلف کننده بدل آن [مثل یا قیمت] را بدهد و بدل مزبور [خود به خود] رهن خواهد بود؛
- \* ماده ۷۹۲ ق.م: وکالت مذکور در ماده ۷۷۷ شامل بدل مزبور در ماده فوق نخواهد بود.

ماده ۷۷۹: هرگاه مرتهن برای فروش عین مرهونه وکالت نداشته باشد و راهن هم برای فروش آن و آدای دین حاضر نگردد مرتهن به حاکم رجوع می نماید تا اجبار به بیع یا آدای دین به نحو دیگر کند.

### ماده ۷۷۸ ق.م: ماده ای مهم، مجمل و البته اختلافی!

👉 دکتر برادران «پیره نظرات دکتر شهیدی و امامی»: شرطی که در این ماده آمده، شرط خلاف مقتضای ذات عقد و باطل و مبطل است؛ چرا که هدف غایی وثیقه بودن مال این است که مرتهن بتواند از فروش مال مرهونه طلب خود را به دست بیاورد؛ x

👉 دکتر شهبازی «پیرو نظرات دکتر کاتوزیان»: شرط «به دلیل نامشروع بودن» باطل، اما عقد صحیح است.<sup>۱</sup>

ماده ۷۷۸: اگر شرط شده باشد که مرتهن حق [تقاضای] فروش<sup>۲</sup> عین مرهونه را ندارد [عقد یا شرط؟] باطل است.

👉 شرطی که در این ماده آمده است، ناظر بر وکالت در فروش مال نمی باشد، بلکه منظور حق تقاضای فروش مال است.

### تقدم مرتهن بر سایر طلبکاران

👉 طلبکاری که حق عینی تبعی دارد [مرتهن]، «طلبکار با وثیقه» و طلبکاری که چنین حقی را نداشته باشد، «طلبکار عادی» نامیده می شود؛

👉 طلبکار با وثیقه فقط تا حد وثیقه بر سایر غرما مقدم است و هرگاه مال مرهونه کفاف طلب او را ندهد و وی نتواند دین خود را تمام و کمال از این راه به دست بیاورد، نسبت با مابقی طلب خود، طلبکار عادی محسوب می شود؛

👉 البته لازم به ذکر است که طلبکار با وثیقه [مرتهن] بر طلبکاری که حقوق ممتازه دارد مقدم نیست: یعنی ابتدا نفقه پرداخت می شود و سپس حقوق مرتهن؛<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - این نظر ملاک آزمون های وکالت و قضاوت است.

<sup>۲</sup> - تبلور عینی بودن وثیقه در امکان فروش مستتر است که از آن طریق مرتهن به حق خود برسد.

<sup>۳</sup> - ماده ۱۲۰۶ ق.م: زوجه در هر حال می تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوی نماید و طلب او از بابت نفقه مزبور طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر زن مقدم بر غرما [اعم از مرتهن] خواهد بود، ولی اقارب فقط نسبت به آتیه می توانند مطالبه نفقه نمایند.



ماده ۷۸۰: برای استیفای طلب خود از قیمت رهن، مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت.<sup>۱</sup>

## اولویت در پرداخت دیون

⊖ ابتدا: طلبکار دارای حقوق ممتاز؛ دوم: طلبکار دارای حق وثیقه؛ سوم: سایر طلبکاران [عادی].

## فزونی و نقص قیمت مال مرهون

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

## اعسار و ورشکستگی رهن

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

## پرداخت بخشی از دین

⊖ رهن تجزیه ناپذیر است؛ یعنی اگر رهن بخشی از دین خود را بدهد و مرتهن هم قبول کند، وی نمی تواند با این پرداخت، تقاضای آزاد کردن بخشی از مال مرهونه را بنماید، مگر این که مرتهن به این کار رضایت بدهد.

ماده ۷۸۳: اگر رهن مقداری از دین را ادا کند [و مرتهن نیز قبول کند]،<sup>۲</sup> حق ندارد مقداری از رهن را مطالبه نماید و مرتهن می تواند تمام آن را تا نادیه کامل دین نگاه دارد، مگر این که بین رهن و مرتهن ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

### ۱ - مواد مرتبط:

\* ماده ۲۲۷ ق.ا.ح: اگر چیزی از ترکه در مقابل دینی رهن باشد مرتهن نسبت به مال مرهون بر سایر بستانکاران مقدم است و اگر بهای مال مرهون از طلب مرتهن زاید باشد مقدار زاید مابین بستانکاران تقسیم می شود و اگر کمتر باشد مرتهن نسبت به باقیمانده طلب خود مانند سایر بستانکاران خواهد بود؛

\* ماده ۱۴۸ ق.ا.م: در هر مورد که اجراییه متعدد به قسمت اجراء رسیده باشد، دادورز (مأمور اجرا) باید حق تقدم هر یک از محکوم لهم را به ترتیب زیر رعایت نماید: ۱. اگر مال منقول یا غیر منقول محکوم علیه نزد محکوم له رهن یا وثیقه یا مورد معامله شرطی و امثال آن یا در توقیف تأمینی یا اجرایی باشد محکوم له نسبت به مال مزبور به میزان محکوم به بر سایر محکوم لهم حق تقدم خواهد داشت. ۲. ۳. ۴. ...

<sup>۲</sup> - ماده ۲۷۷ ق.م: متعهد نمی تواند متعده را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند [بدون رضایت متعهد له] نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط قرار دهد.

## علت مکم ماده فوق:

- چون هر چیزی از عین مرهونه وثیقه تمام دین است؛ بنابراین اگر مدیون بخشی از دین را آدا کند [هر مقدار، ولو بیشترین درصد آن را]، هیچ چیزی از مال مرهونه آزاد نمی شود؛
- اگر راهن از بخشی از دین ابراء بشود، باز هم همچنان تمام مال مرهونه برای آن بخش از طلب که باقی مانده است، رهن باقی می ماند؛
- اگر راهن فوت کند و ورثه مقداری از دین را آداء کنند و مقداری از آن باقی مانده باشد، در این صورت نیز همچنان تمام مال مرهونه برای مقدار باقی مانده دین، رهن باقی می ماند.

## تبدیل مال رهن

- اصل حاکمیت اراده ها اقتضا می کند که طرفین بتوانند مال مرهونه را عوض کنند و یا این که بخشی از آن را آزاد کنند و ...؛

ماده ۷۸۴: تبدیل رهن [عین مرهونه] به مال دیگر به تراضی طرفین جایز است.

- ⊕ هر گاه کسی عین مرهونه را تلف کند، عوض [بدل] آن خود به خود رهن قرار می گیرد.

## توابع و متعلقات رهن

ماده ۷۸۵: هر چیزی که در عقد بیع بدون قید صریح به عنوان متعلقات، جزء مبیع محسوب می شود در رهن نیز داخل خواهد بود.<sup>۱</sup>

- ⊕ اگر چیزی صریحاً از مال مرهونه استثنا شده باشد، جزء رهن محسوب نمی شود.

### ۱- مواد مرتبط:

- \* ماده ۶۸ ق.م: هر چیزی که طبعاً یا بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می شود داخل در وقف است، مگر این که واقف آن را استثناء کند، به نحوی که در فصل بیع مذکور است؛
- \* ماده ۳۵۶ ق.م: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت [عرف و عادت محل] جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قراین 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 ۳۵۷ ق.م: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی شود، مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد. [اصل عدم انتقال ملک]؛
- \* ماده ۳۵۸ ق.م: نظر به دو ماده فوق، در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد، به طوری که نتوان [مانند در و پنجره] آن را بدون خرابی نقل نمود، متعلق به مشتری می شود؛ و بر عکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی شود، مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود؛
- \* ماده ۳۵۹ ق.م: هر گاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد، آن شیئی داخل در بیع نخواهد بود، مگر آن که تصریح شده باشد؛
- \* ماده ۳۶۰ ق.م: هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است، استثناء آن از مبیع نیز جایز است.

## نمره و زیادتى حاصل در رهن

ماده ۷۸۶: نمره رهن و زیادتى که ممکن است در آن حاصل شود، در صورتى که متصل باشد جزء رهن خواهد بود و در صورتى که منفصل باشد متعلق به راهن است،<sup>۱</sup> مگر این که ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

منافع متصل:	جزء رهن محسوب می شود؛ زیرا از عین قابل تفکیک نمی باشد.
منافع منفصل:	جزء رهن نیست؛ و متعلق به راهن است، مگر این که شرط خلاف شده باشد.

## رهن تصرف

☞ رهنی است که در آن راهن به مرتهن اذن می دهد که از منافع مال استفاده نماید؛ زیرا اگر قرار است منافع به مرتهن برسد، لازمه اش این است که مال در تصرف او باشد.

## رهن مستعار یا رهن مال غیر

☞ جایی که راهن مالی برای رهن گذاردن ندارد، و به همین دلیل مالی را از دیگری عاریه می گیرد و به اذن مُعیر به رهن می گذارد.

## لزوم و جواز رهن

☞ مرتهن مانند هر صاحب حقی، می تواند از حق خود بگذرد؛ اما گذشتن از حق خود به منزله این نیست که از طلب خود گذشته است، بلکه وی فقط از داشتن حق مرهونه خود گذشته و طلب او به طلب عادى و بدون وثیقه تبدیل شده است.

ماده ۷۸۷: عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین، مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی راهن نمی تواند، قبل از این که دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد.

⊕ اگر رهن از ناحیه راهن فسخ بشود، نقض غرض است و قانون امکان چنین چیزی را نمی دهد؛

⊕ رهن عقدی دو وجهی است:<sup>۲</sup> نسبت به راهن لازم و نسبت به مرتهن جایز است؛<sup>۳</sup>

⊕ عقود کفالت و ضمان ضم ذمه نیز دو وجهی می باشند و نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایزند.

<sup>۱</sup> - یعنی جزو رهن نیست.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۸۷ ق.م: عقد ممکن است به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز.

<sup>۳</sup> - نکته: عقود دو وجهی از حیث احکام لزوم و جواز مشمول قواعد عقد لازم است.

## فوت راهن و مرتهن

⊖ حفظ اهلیت راهن، تا این که مال به قبض مرتهن برسد خیلی مهم است؛

⊖ اگر راهن قبل از تسلیم مال به مرتهن، بمیرد رهن باطل است؛

⊖ و اگر راهن قبل از تسلیم مال به مرتهن، محجور شود، عقد رهن منعقد نمی شود.

ماده ۷۸۸: به موت [یا حجر] راهن یا مرتهن رهن منفسخ نمی شود<sup>۱</sup> ولی در صورت فوت مرتهن، راهن می تواند [به منظور صدمه ندیدن مال] تقاضا نماید که رهن به تصرف شخص ثالثی [رکیل در تبصره] که به تراضی او و ورثه معین می شود داده شود. در صورت عدم تراضی، شخص مزبور از طرف حاکم معین می شود.

### علت حکم این ماده:

➤ از آنجایی که عین مرهونه در ید مرتهن امانت است، ممکن است وراثت او شرایط امین بودن را نداشته باشند؛ یعنی خود مرتهن مورد قبول راهن بوده، اما وراثت وی مورد قبول راهن نیست.

### مسئولیت و امانت مرتهن

ماده ۷۸۹: رهن در ید مرتهن امانت محسوب است، و بنابراین مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود، مگر در صورت تقصیر.<sup>۲</sup>

⊕ این نوع امانت، امانت مالکانه است؛ یعنی امانت با اراده مالک صورت می گیرد، مانند عاریه، ودیعه، اجاره و تمام عقودی که در آن ها به این صورت مال امانت داده می شود: به این نوع امانت، امانت قراردادی نیز می گویند؛

⊕ بر خلاف امانت قانونی، در امانت مالکانه، برای استرداد مال، مالک باید به سراغ امین برود و مال خود را پس بگیرد؛

⊕ امانت مالکانه نیاز به تصریح قانون گذار ندارد و در هر جایی که کسی مال خود را به دیگری بدهد، امانت صورت می گیرد.

<sup>۱</sup> - آنچه مسلم است: رهن عقدی اذنی نمی باشد؛ چون با فوت راهن یا مرتهن به هم نمی خورد. - اما به تملیکی یا عهدی بون رهن، هیچ کس پاسخ نداده است.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۳۱ ق.م: هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است: بنابراین، مستاجر نسبت به عین مستاجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن ها ضامن نمی باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی؛ و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.

## بقای امانت پس از انحلال رهن

ماده ۷۹۰: بعد از برائت ذمه مدیون، رهن در ید مرتهن امانت [ردیعه] است، لیکن، اگر با وجود مطالبه آن را رد ننماید، ضامن آن خواهد بود اگر چه تقصیر نکرده باشد.

⊕ این ماده از بین رفتن رابطه مبنای رهن را بیان می کند؛

⊕ اگر با وجود مطالبه راهن، مرتهن مال را رد ننماید، وی در حکم ضامن است؛ چون در اینجا امانت مالکانه است؛

⊕ پس از این که ید امین به ضمانی تبدیل شد، وی مسئول هر عیب و نقصی خواهد بود، حتی اگر تقصیری

مرتکب نشده باشد؛ یعنی احراز تقصیر وی لازم نیست و استناد به فورس ماژور نیز مسموع نمی باشد.

## رهن قهری بدل عین

ماده ۷۹۱: اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود، باید تلف کننده بدل آن [مثل یا قیمت] را بدهد و بدل مزبور [خود به خود] رهن خواهد بود.

## عدم شمول وکالت در فروش بر بدل

ماده ۷۹۲: وکالت مذکور در ماده ۷۷۷ شامل بدل مزبور در ماده فوق نخواهد بود.

⊕ دلیل صدور حکم این ماده: چون اصل، عدم توسعه اختیارات وکیل است.

## تصرف منافی حق مرتهن

⊖ مال مرهونه متعلق به راهن است، اما چون مرتهن روی مال حق عینی دارد، راهن از یک سری تصرفات ممنوع شده است؛

ماده ۷۹۳: راهن نمی تواند [غیرنافذ] در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن.

## نکته:

✓ منظور دکتر کاتوزیان در حاشیه شماره سه این است که: فروش مال مرهونه منافی با حق مرتهن نیست و مال در هر کجا و در ملکیت هر کسی که باشد، حق مرتهن محفوظ و بر حق مالک آن رجحان دارد.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - یعنی حق بر روی مال است، نه شخص! البته ملاک آزمون ها رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ است.

## نتیجه فروش مال مرهونه

از نظر تحلیلی فروش مال مرهونه منافاتی با حق مرتهن ندارد؛ زیرا حق مرتهن حق عینی است و می دانیم که حق عینی با دست به دست شدن مال از بین نمی رود؛ اما رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخه ۱۳۷۶/۰۸/۲۰ فروش عین مرهونه بدون کسب نظر مرتهن را غیرنافذ می داند و مرتهن باید دخواست ابطال معامله را از دادگاه بخواهد.

## اختیار رهن در تصرف

ماده ۷۹۴: رهن می تواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری که برای رهن نافع باشد و منافعی حقوق مرتهن هم نباشد به عمل آورد، بدون این که مرتهن بتواند او را منع کند [زیرا نفع هر دو لحاظ شده است]، در صورت منع اجازه با حاکم است.

## نکات تکمیلی رهن

- منشاء دین در عقد رهن اهمیتی ندارد؛
- گرو گذاشتن یک عین برای رد یک عین دیگر، رهن محسوب نمی شود، زیرا مبنای وثیقه دین است و نه عین؛
- اصولاً رهن به مرتهن بدهکار است و بابت دین خود مالی را رهن می گذارد، اما چون بر طبق ماده ۲۶۷ ق.م.ا<sup>۱</sup> ایفای دین از جانب غیر مدیون نیز جایز است، شخص ثالث نیز می تواند برای دین مدیون رهن بدهد؛
- حال یا موجد بودن دین، از باب رهن گذاشتن فرقی ندارد و برای هر دینی [حال یا موجد] می توان مالی را رهن گذارد؛
- هرگاه مال مورد وثیقه سند رسمی داشته باشد، نیازی به مراجعه به دادگاه و تقدیم دادخواست و صدور حکم ندارد، و همان سند رسمی در اداره ثبت در دایره اجراییه به اجرا گذاشته می شود: یعنی سند رسمی به منزله حکم دادگاه است.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۶۷ ق.م.ا: ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ ولیکن کسی که دین دیگری را اداء می کند، اگر با اذن باشد [داین جدید او می شود و] حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

## فصل چهاردهم:

# مسئله

## تعریف عقد هبه

ماده ۷۹۵: هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می کند. تملیک کننده واهب، طرف دیگر را متهب، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می گویند.

### چه اموالی را که می توان هبه کرد؟

- ⊖ عین را می توان هبه کرد: مانند هبه کردن خانه، ماشین و ...؛
- ⊖ منفعت را می توان هبه کرد: هبه منفعت حتماً باید مدت داشته باشد. مانند: هبه کردن منافع یک سال یک خانه؛
- ⊖ حقوق عینی «به جز مالکیت» نمی توانند موضوع عقد هبه باشند: حق انتفاع و حق ارتفاق و حق تحجیر که از حقوق عینی می باشند قابل هبه نیستند و انتقال آن ها می تواند از طریق صلح یا ماده ۱۰ قانون مدنی صورت بگیرد؛
- ⊖ هبه طلب: طلب را می توان هم ابراء کرد و هم هبه؛ طلبکار می تواند طلبش را به مدیون ببخشد، در این صورت [پس از قبول متهب یا همان بدهکار] مالکیت مافی الذمه رخ می دهد.<sup>۱</sup>

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

### یک تفاوت

- ❖ تفاوت هبه طلب با ابراء مدیون: هبه طلب، عقد است و نیاز به قبول بدهکار دارد، اما ابراء، ایقاع است و نیازی به قبول مدیون ندارد و با یک اراده [اراده داین] دین ساقط می شود.

### اهلیت واهب

- ⊖ واهب باید برای معامله اهلیت و برای تصرف اختیار داشته باشد؛

<sup>۱</sup> - ماده ۳۰۰ ق.م: اگر مدیون مالک مافی الذمه خود گردد ذمه او بری می شود. مثل این که اگر کسی به مُورث خود مدیون باشد، پس از فوت مُورث دین او به نسبت سهم الارث ساقط می شود.



ماده ۷۹۶: واهب باید برای معامله [اهلیت] و [اختیار] تصرف در مال خود اهلیت داشته باشد.<sup>۱</sup>

## لزوم مالکیت واهب

ماده ۷۹۷: واهب باید مالک مالی باشد که هبه می کند.

## اثر قبض در هبه

⊖ برای انعقاد عقد هبه اراده متهب نیز لازم است؛ یعنی علاوه بر قبض، ایجاب واهب نیز باید توسط متهب قبول بشود؛ در ماده ۷۹۸ ق.م. اراده متهب مفروض است؛

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

## عقود عینی

- عقد عینی: عقدی که قبض (تسلیم) در آن شرط صحت عقد است؛ یعنی اگر مال تسلیم نشود عقد صورت نگرفته است؛
- طبق ماده ۷۹۸ ق.م. هبه عقدی عینی است؛ زیرا قبض یکی از ارکان آن است؛
- عقود عینی سه رکن دارند: ایجاب، قبول و قبض؛
- وقوع عقد عینی زمانی است که قبض واقع می شود؛
- در عقود عینی ۴ اراده وجود دارد: ایجاب، قبول، اراده به اقباض و اراده به قبض؛
- در قانون مدنی پنج عقد عینی وجود دارد: عقد موجد حق انتفاع<sup>۲</sup>، وقف<sup>۳</sup>، بیع صرف<sup>۴</sup>، رهن<sup>۵</sup> و هبه؛
- بیع صرف: بیع صرف یعنی بیعی که مبیع و ثمن آن، هر دو طلا یا نقره باشند [بدون جریان پول]؛

### ۱- مواد مرتبط:

- \* ماده ۷۵۳ ق.م: برای صحت صلح طرفین باید اهلیت معامله و تصرف در مورد صلح داشته باشند؛
- \* ماده ۳۴۵ ق.م: هر یک از بایع و مشتری باید، علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد.

۲- ماده ۴۷ ق.م: در حبس [عقد موجد حق انتفاع]، اعم از عمری و غیره [رقبی و سکنی] قبض شرط صحت است.

۳- ماده ۵۹ ق.م: اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف نهد، وقف محقق نمی شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می کند.

۴- ماده ۳۶۴ ق.م: در بیع خیار، مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است (مثل بیع صرف)، انتقال از حین حصول شرط [قبض] است نه از حین وقوع بیع [ایجاب و قبول].

۵- ماده ۷۷۲ ق.م: مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

- بیع صرف از این ۴ حالت خارج نیست: طلا به طلا - طلا به نقره - نقره به نقره - نقره به طلا.
- در عقود عینی اگر یکی از طرفین محجور یا فوت شود، ایجاب و قبول از بین می رود؛<sup>۱</sup> با این تفاوت که در هبه؛

هبه	فوت:	با فوت هر یک از طرفین [واهب یا متهب]، هبه باطل می شود؛
قبل از قبض:	حجر:	قبض داخل در مفهوم عقد و موکول به اذن واهب می باشد، لذا حجر واهب مانع انعقاد هبه می شود؛
	متهب:	حجر متهب [سفاهت] اثری ندارد و قبض با ولی اوست.

ماده ۸۰۲: اگر قبل از قبض واهب یا متهب فوت کند هبه [ایجاب و قبول] باطل می شود.

- \* باید حجر [سفه]<sup>۲</sup> واهب را بر فوت او افزود، زیرا اگر قبض داخل در مفهوم عقد و موکول به اذن واهب باشد، بر حسب قاعده، حجر واهب نیز باید مانع انعقاد هبه شود، برعکس حجر متهب اثری در وقوع هبه ندارد و قبض مال موهوب یا ولی او است.
- (ماده ۷۹۹ ق.م.)

### هبه به محجور

- از آن جایی که هبه عقدی مجانی است؛ صغیر ممیز و سفیه می توانند هبه را قبول کنند، اما نمی توانند قبض کنند و قبض با نماینده آن ها است؛

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

هبه به محجورین		
قبض با نماینده آن ها.	قبول با خودشان؛	هبه به صغیر ممیز و سفیه:
هم قبول و هم قبض با نماینده آن ها است.		هبه به صغیر غیر ممیز و مجنون:

<sup>۱</sup> - و همچنین این ایجاب و قبول قابل رجوع هم می باشد.

<sup>۲</sup> - ماده ۶۸۲ ق.م: محجوریت [در اینجا یعنی سفه] موکل موجب بطلان [منفسخ] وکالت می شود، مگر در اموری [غیر مالی + تملکات بلاعوض] که حجر [سفه] مانع از توکیل در آن ها نمی باشد؛ و هم چنین است محجوریت وکیل مگر در اموری [غیر مالی + تملکات بلاعوض] که حجر [سفه] مانع از اقدام در آن نباشد.

## قبض پیش از هبه

ماده ۸۰۰: در صورتی که عین موهوبه در ید متهب باشد [و واهب هم بداند] محتاج به قبض نیست.<sup>۱</sup>

قبض پیش از هبه		
واهب می داند که مال مورد نظر در دست متهب است:	به طور ضمنی اراده اقباض آن را هم داده است و عقد با ایجاب و قبول واقع می شود. ماده ۸۰۰ ق.م.	شخصی مال خود را هبه کرده و مال در دست متهب است:
واهب <u>نمی</u> داند که مال مورد نظر در دست متهب است:	هبه با ایجاب و قبول واقع نمی شود و نیاز به اقباض جدید دارد.	

## شرط عوض در هبه

❶ در عقود مجانی [بجز وقف] می توانیم شرط عوض بگذاریم، در این صورت عقد مجانی، معوض نمی شود چون شرط، جنبه فرعی دارد و به آن عقد مجانی با شرط عوض گفته می شود. یعنی: شرط فرع بر عقد است؛

❷ هبه یک عقد مجانی است، شخصی مالی به دیگری می بخشد به شرط این که گیرنده هم مالی را به واهب ببخشد. مانند کتاب در برابر خودکار: کتاب عین موهوبه و خودکار عین مورد شرط است، به این عقد، عقد مجانی با شرط عوض می گویند نه عقد معوض؛

ماده ۸۰۱: هبه ممکن است معوض<sup>۲</sup> باشد و بنابراین واهب می تواند شرط<sup>۳</sup> کند که متهب مالی را به او هبه کند<sup>۴</sup> یا عمل مشروعی را مجاناً<sup>۵</sup> بجا آورد.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۷۳ ق.م: اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست و هم چنین است در ثمن.

<sup>۲</sup> - معوض باشد: منظور شرط عوض داشته باشد. هبه همیشه مجانی است و به هیچ وجه امکان ندارد که معوض باشد.

<sup>۳</sup> - از لفظ «شرط» می توان فهمید که منظور قانونگذار شرط عوض بوده و نه معوض بودن هبه.

<sup>۴</sup> - هبه کند و یا بفروشد: شرط عوض می تواند مجانی باشد یا معوض. مثال: خانه ام را به تو هبه می کنم به شرطی که ماشینت را به من هبه کنی - یا بفروشی.

<sup>۵</sup> - مجاناً و یا با اجرت؛ شرط غالباً مجانی است، اما گاهی ممکن است با اجرت باشد. مثال: ماشینم را به تو هبه می کنم به شرطی که خانه ام را نقاشی کنی - با اجرت یا بی اجرت.

## لزوم و جواز عقد هبه

⊖ عقد هبه، پس از قبض اصلاً نسبت به واهب جایز است، جز در ۸ مورد زیر که

هبه لازم است و واهب نمی تواند از آن رجوع کند؛

۱. در صورتی که مال در دست متهب تلف شده باشد. یعنی عین موهوبه از بین رفته باشد [صدر ماده ۸۰۳ ق.م.ا]؛

۲. در صورتی که متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد. [بند ۱ ماده ۸۰۳ ق.م.ا]؛<sup>۱</sup>

۳. در صورتی که هبه با شرط عوض بوده و شرط هم اجرا شده باشد [بند ۲ ماده ۸۰۳ ق.م.ا]؛

۴. در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده [بفروشد] یا مُتَعَلِقِ حَقِّ غَیْرِ وَاقِعِ شُودِ، خواه قهراً

مثل این که متهب به واسطه فُلسِ مَحْجُورِ شُودِ خواه اختیاراً مثل این که عین موهوبه به رهن داده شود

[بند ۳ ماده ۸۰۳ ق.م.ا]؛

۵. در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود [بند ۴ ماده ۸۰۳ ق.م.ا]؛

۶. در صورت فوت [و نه حجر] واهب یا متهب رجوع ممکن نیست [ماده ۸۰۵ ق.م.ا]؛

۷. هرگاه داین طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد: [ماده ۸۰۶ ق.م.ا]. زیرا با این کار، مالکیت

مافی الذمه رخ می دهد و طلب از بین می رود [این مورد با مورد نخست تقریباً برابر است]؛

۸. اگر کسی مالی را به عنوان صدقه به دیگری بدهد حق رجوع ندارد [ماده ۸۰۷ ق.م.ا].

<sup>۱</sup> - نکته: هبه «بین زن و شوهر» و هبه «بین خواهر و برادر» قابل رجوع است.

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

۱. در صورتی که متهب 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 متعب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود، خواه قهراً مثل این که متهب به واسطه فلس محجور شود خواه اختیاراً مثل این که عین موهوبه به رهن داده شود؛
۴. در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود.

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

فوت و حجر بر رجوع	
<b>فوت:</b>	طبق ماده ۸۰۵ ق.م. فوت هر کدام از طرفین عقد هبه، مانع رجوع می شود؛
<b>حجر:</b>	هرگاه واهب محجور شود، حق رجوع وی از بین نمی رود؛ اما تا زمانی که از حجر خارج نشده است حق رجوع ندارد و نماینده وی هم حق رجوع ندارد؛ زیرا رجوع قائم به شخص است؛
<b>مهر متهب:</b>	حجر متهب مانع رجوع نیست و متهب می تواند از آن رجوع کند.

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

### صدقه

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

👉 صدقه یک نوع هبه است، اما نسبت به واهب لازم است با دو توجیه مختلف:

<b>تومیه فقها:</b>	فقها صدقه را «هبه با شرط عوض» می دانند؛ به عقیده آنان با دادن صدقه، عوض آن را همان موقع خداوند می دهد و از این رو آن را قابل رجوع نمی دانند.
<b>تومیه مقوق دانان:</b>	حقوق دانان صدقه را «تعهد طبیعی» می دانند و طبق ماده ۲۶۶ ق.م.ا <sup>۱</sup> پس از ایفای تعهد طبیعی، به میل و اختیار پرداخت کننده، دعوای استرداد آن مسموع نمی باشد.

<sup>۱</sup> - ماده ۲۶۶ ق.م: درمورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی باشد، اگر متعهد به میل خود آن را ایفاء نماید دعوای استرداد او مسموع نخواهد بود.

## تملك نمائات متصل و منفصل

⊖ وقتی واهب از هبه رجوع کند، منافع متصل به او بر می گردد، اما منافع منفصل مال متهب است؛

ماده ۸۰۴: در صورت رجوع واهب، نماآت عین موهوبه اگر متصل باشد مال واهب، و اگر منفصل باشد مال متهب خواهد بود.<sup>۱</sup>

### یادداشت:

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

«پایان مدنی (۷)» - داود بلدی - ویرایش نهایی: زمستان ۱۳۹۴

### ۱ - مواد مرتبط:

- \* ماده ۲۸۷ ق.م: نماآت و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله درمورد معامله حادث می شود مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است [خریدار] ولی نماآت متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله [فروشنده] مالک می شود؛
- \* ماده ۴۵۹ ق.م: 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 ننماید 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 ق.م: 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.