

شرکت مدنی

فصل هشتم از باب سوم جلد اول قانون مدنی ایران به مقررات شرکت اختصاص داده شده است.

در این فصل، از مقررات مربوط به مال مشاع و نیز عقد شرکت و سرانجام تقسیم اموال مشترك بحث شده است. به علت اینکه قوانین دیگری بعداً در زمینه هر يك از این موضوعات وضع شده است، قانون مدنی حاوی تمام مقررات لازم الاجرا در قضایای مزبور نیست. به علاوه قانون مدنی در زمینه عقد شرکت که یکی از عقود معین محسوب می شود متضمن نقاط مبهم متعددی است و پاسخگوی روابط اجتماعی کنونی نیست.

هر چند که امروزه شرکت مدنی چندان مرسوم نیست و روابط اجتماعی به خصوص در امور تجاری در قلمرو شرکت های تجاری قرار گرفته است معذالك نیازهای اجتماعی در مورد عقد شرکت به قوت خود باقی است و در این نوشته کوشش شده است از طریق تفسیر و با استفاده از منابع فقهی و قوانین سایر کشورها راه حلهائی در موارد سکوت قانون ارائه شود.

در زمینه تقسیم مال مشترك نیز به مقررات مذکور در قانون امور حسبی و سایر

قوانینی که به تدریج وضع شده است توجه شده و معلومات لازم در هر يك از سه موضوع مورد نظر قانون مدنی جمع آوری گردیده است. ذیلا به ترتیب مسائل مربوط به مال مشاع، عقد شرکت و تقسیم اموال مشترك را مورد بحث قرار می دهیم. انتخاب عنوان «شرکت مدنی»، برای این فصل، مبتنی بر این واقعیت است که قانون مدنی، اصطلاح «شرکت» را به طور عموم، در مورد «مال مشترك» و «شرکت عقدی» به کار برده است. در نتیجه، عنوان «شرکت مدنی» در مقابل اصطلاح «شرکت تجاری» است که در حقوق تجارت مورد بحث قرار می گیرد.

مبحث اول - مال مشاع

۱- تعریف

ماده ۵۷۱ قانون مدنی در تعریف شرکت که منظور از آن مالکیت مشاع است چنین میگوید :

«شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی

واحد بنحو اشاعه.^۱»

بنابر این می توان گفت که مال مشاع مالی است که دارای مالکین متعدد است بدون اینکه مورد مالکیت آنان مشخص باشد و هر ذره فرضی از این مال متعلق به کلیه مالکین است. در نتیجه اگر دو نفر هر يك مالك يك طبقه از يك ساختمان دو طبقه باشند چنین مالکیتی مشاع محسوب نمی شود. از نظر اصطلاحی در مقابل مالکیت مشاع، مالکیت مفروز وجود دارد که مالکیت متعلق به شخص واحد است. موضوع مال مشاع ممکن است عین باشد مثل خانه ای که از پدر به فرزندان اوبه ارث می رسد و ممکن است فقط منافع عین باشد مثل عین مستاجر در موردی که

۱- مولف شرایع الاسلام در تعریف شرکت می گوید: «الشرکه اجتماع حقوق الملاك فی الشی الواحد علی سبیل الشیاع».

مستاجرین متعدد هستند و یا برائرفوت مستاجر، منافع عین مستاجر در باقیمانده مدت اجاره به ورثه منتقل شود. موضوع اشاعه همچنین می تواند حق باشد مثل حق دینی (طلب مشترك)، حق فسخ، حق شفعه، در صورتی که این حقوق متعلق با اشخاص متعدد باشد.

۲ - اسباب اشاعه

حالت اشاعه دارای جنبه استثنائی است و بر اثر موجبات خاصی به وجود می آید. این اسباب عبارتند از:

الف - ارث

برائرفوت، اموال شخص متوفی به ورثه منتقل می شود و در صورتی که ورثه متعدد باشند مالکیت آنان نسبت به ماترك به صورت مشاع خواهد بود.

ب - عقد

برائرعقد، مالکیت مشاع به وجود می یابد. مثل اینکه خانه ای به وسیله دو نفر خریداری شود یا دو نفر متفقاً هبه ای را قبول کنند و یا مالی به نفع دو یا چند نفر وصیت شود. در این موارد مبیع و مال مورد هبه و وصیت، بین مالکین جدید بر اثر عقدی از عقود به صورت مشاع درمی آید.

ج - مزج

برائرامتزاج دو مال به صورتی که قابل تفکیک و تمیز نباشند شرکت به وجود می آید. مثل اینکه دو نفر کشاورز گندمهای حاصل از زمین خود را در يك جا انبار کنند به نحوی که برائرامتزاج این گندمها دیگر امکان تمیز مال متعلق به هر يك وجود نداشته باشد. امتزاج درپاره ای ازموارد موجب پیدایش شرکت واقعی است و آن در صورتی است که به طور حقیقی اموال مختلف به مال واحد تبدیل شود مثل مزج روغن های متعدد متعلق به اشخاص مختلف. ولی درپاره ای ازموارد جنبه

ظاهری دارد مثل اینکه شخصه تعدادی بشقاب از همسایه عاریه می گیرد و بر اثر تشابه با بشقابهای متعلق به خود امکان تمیز بشقابهای همسایه از مال شخص اوازین می رود. در این موارد اشاعه به مفهوم واقعی وجود ندارد و لسی این بشقابها مال مشاع تلقی خواهند شد و ایجاد يك شرکت ظاهری می کنند که تابع احکام مربوط به مال مشاع میباشد.

به هر حال امتزاج اعسم از اینکه جنبه ارادی یا قهری داشته باشد موجب پیدایش حالت اشاعه است. مواد ۵۷۲، ۵۷۳ و ۵۷۴ قانون مدنی ناظر به کیفیت ایجاد اشاعه است.

برطبق ماده ۵۷۲: «شرکت اختیاری است یا قهری».

برطبق ماده ۵۷۳: «شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی

از عقود حاصل میشود یا در نتیجه عمل شرکا از قبیل مزج

اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازاء عمل چند نفر و نحو اینها».

برطبق ماده ۵۷۴: «شرکت قهری، اجتماع حقوق مالکین است

که در نتیجه امتزاج یا ارث حاصل میشود».

ماده ۵۷۳ قانون مدنی عمل شرکا را از موجبات پیدایش شرکت دانسته است و به عنوان مثال از مزج اختیاری نام می برد. در اینکه آیا حیات نیز از موجبات پیدایش شرکت می باشد یا نه در بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برای مثال دو نفر با تورهای متعلق به خودشان و به طور جداگانه در ظرف روز مبادرت به صید ماهی می کنند و قرار می گذارند مجموع صید متعلق به هر دو آنان باشد. و یا دو نفر از صبح تا غروب به جمع آوری هیزم در جنگل پرداخته و توافق بر ایجاد شرکت در حاصل کار خود می نمایند.

۱- ماده ۵۷۳ «... قبول مالی مشاعاً در ازاء عمل چند نفر...» را از مواردی می داند

که عمل شرکا موجب پیدایش حالت اشاعه گردیده است و حال آنکه در این مثال پیدایش اشاعه، مستقیماً ناشی از عمل شرکا نیست بلکه ناشی از توافق و عقد جداگانه ای است.

نظر مشهورترین است که در حیات مباحات، هر شخصی مالک آن چیزهایی می‌شود که شخصاً حیات کرده است.^۱ البته در صورتی که دوفر مشترک درختی را از زمین قلع کنند و یا فرضاً با يك تور ماهیگیری، مشترک ماهیهائی را صید کنند، در این موارد استثنائی که حاصل عمل شرکا با یکدیگر برابر و مشخص است شرکت به وجود می‌آید. بنابراین هر چند ماده ۵۷۳ قانون مدنی عمل شرکا را موجب پیدایش شرکت دانسته است نمی‌توان به‌طور کلی حیات را موجب پیدایش شرکت دانست زیرا اشیائی که هر شخص حیات می‌کند، شخصاً تملك می‌نماید و صرف توافق دو شخص موجب پیدایش حالت اشاعه نیست و به علاوه نوعاً میزان کاری که اشخاص مختلف انجام می‌دهند متفاوت است.

۳ - احکام مال مشاع

الف - تصرف در مال مشاع

بر طبق ماده ۳۰ قانون مدنی هر مالکی حق همه گونه دخل و تصرف در مایملک خویش را دارد. این اصل که از نتایج مالکیت است در مورد مال مشاع قابل اجرا نیست. در مال مشاع هر ذره‌ای از ذرات مال متعلق به کلیه شرکا است بنابراین تصرف هر يك از شرکا در هر جزئی از مال مشاع موجب تصرف در مال غیر است و تصرف در مال غیر بدون اذن مالک جایز نیست. بنابر این هر گونه تصرفی در مال مشاع باید با موافقت کلیه شرکا باشد. ماده ۵۸۲ قانون مدنی در تأیید همین واقعیت می‌گوید:

«شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در

اموال شرکت نماید ضامن است.»

منظور از تصرف در این ماده تصرفات مادی است. مثل اینکه یکی از دو

۱ - شرایع الاسلام، ص ۱۱۲.

برادر که مالک مشاع خانه‌ای هستند بدون اذن، تمام خانه را به مدت یکسال در تصرف خود داشته باشد. این تصرف موجب مسئولیت به پرداخت اجرت المثل نسبت به سهم شریک می‌باشد. سایر تصرفات مادی مثل تعمیر و تخریب مال مشاع نیز مشمول همین حکم کلی است و علی‌الاصول باید توأم با اذن کلیه شرکا باشد. ممنوعیت تصرف احد از شرکا در مال مشاع بدون اذن شریک و یا شرکا دیگر در موارد زیر با استثناء مواجه می‌شود:

اولاً- به نظر بعضی از فقها در موردی که مال مشاع در معرض خرابی است و یکی از شرکا قصد تعمیر آن را دارد و شریک دیگر بدون دلیل موجه با تعمیر مال مشاع مخالفت می‌کند، احد از شرکا می‌تواند بدون اذن دیگران به تعمیر مال مشاع اقدام کند.^۱ می‌توان گفت در موردی که یکی از شرکا در قسمتی از مال مشاع که معادل سهم مشترك اوست سکنی گزیند، هر چند بخشی از مورد تصرف اوضورتاً متعلق به شریک دیگر است ولی از آنجا که عمل تقسیم در مراجع قضائی مدتی به طول می‌انجامد و به صرف مشاع بودن مال، نمی‌توان شریک را از انتفاع و بهره برداری از مال خود ممنوع دانست، چنین تصرفی مجاز است. بدیهی است که شریک دیگر نیز می‌تواند تا قبل از انجام عمل تقسیم در قسمت دیگری از مال مشاع که معادل سهم اوست دخل و تصرف کند. این نظر مبتنی بر لزوم حفظ حق مالکیت شرکا و جلوگیری از ضرر به آنان است و مبنای حقوقی آن می‌تواند روح ماده ۵۹۲ قانون مدنی باشد که ذیلاً مورد اشاره قرار می‌گیرد.

ثانیاً- در مورد قنات مشترك که مالکیت آنها متعلق به چند نفر و یا اهالی يك ده می‌باشد معمولاً از جهت پرداخت هزینه‌های لایروبی و یا تعمیر قنات بین شرکا توافق به عمل نمی‌آید و پاره‌ای از شرکا از پرداخت مخارج امتناع می‌کنند. این وضعیت باعث می‌شود که قنات مشترك بلا تکلیف شده و روبه خرابی گذارد. ماده ۵۹۲ قانون مدنی به منظور حفظ حقوق شرکا و حسن انتفاع از قنات مشترك، اصل

۱ - رساله آداب التجاره آقا باقر بهبهانی، مبحث شرکت، ص ۹۰

تسلیط را نادیده گرفته و بر اساس قاعده «نقی ضرر»، امکان اجبار به تعمیر یا اجاره و یا حتی فروش سهم شریك و یا شركائی را كه از پرداخت هزینه‌ها امتناع می‌كنند پیش بینی کرده است. بر طبق این ماده:

«هر گاه قنات مشترك یا امثال آن خرابی پیدا کرده و محتاج به تنقیه یا تعمیر شود و يك یا چند نفر از شركا بر ضرر شریك یا شركا دیگر از شركت در تنقیه یا تعمیر امتناع نمایند شریك یا شركا متضرر میتوانند بحاكم رجوع نمایند. در این صورت اگر ملك قابل تقسیم نباشد، حاكم میتواند برای قلع ماده نزاع و دفع ضرر، شریك ممتنع را به اقتضای موقع به شركت در تنقیه یا تعمیر یا اجاره یا بیع سهم خود اجبار کند».

ثالثاً- قانون تملك آپارتمانها مصوب اسفند ۱۳۴۳ و آئین نامه اجرائی آن مصوب ۱۸ اردیبهشت ۱۳۴۷، متضمن مقررات خاصی از جهت طرز اداره قسمتهای مشترك ساختمانهای دارای طبقات متعدد می‌باشد.

ماده يك این قانون، مالکیت در آپارتمانهای مختلف محلهای پیشه و سکنای يك ساختمان را شامل قسمتهای اختصاصی و قسمتهای مشترك کرده است. قسمتهای از این قبیل ساختمانهای كه حق استفاده از آن منحصر به يك یا چند آپارتمان یا محل پیشه مخصوص، نبوده و به کلیه مالکین به نسبت قسمتهای اختصاصی آنان تعلق می‌گیرد، قسمتهای مشترك محسوب میشوند. این قانون از جهت حسن اداره قسمت های مشترك ترتیبات خاصی را به وجود آورده است. بر طبق ماده ۶ این قانون:

«چنانچه قراردادی بین مالکین يك ساختمان وجود نداشته باشد کلیه تصمیمات مربوط به اداره امور مربوط به قسمتهای مشترك با اکثریت آراء مالکینی است كه بیش از نصف مساحت تمام قسمتهای اختصاصی را مالك باشند».

بدین ترتیب این قانون نیز قاعده کلی مربوط به مال مشاع را که هر گونه تصرفی در آن منوط به موافقت کلیه شرکا است کنار گذاشته و آراء اکثریت مالکین را در مورد اداره امور قسمتهای مشترک کافی دانسته است.^۱

آنچه بیان شد مربوط به تصرفات مادی است و اما در مورد تصرفات معنوی یعنی معاملات، باید قائل به تفصیل شویم. در مورد تصرفاتی که منحصرأ جنبه معنوی دارند هر يك از شرکا می تواند نسبت به سهم خود دخل و تصرف کند مثل بیع سهم مشترك، ماده ۵۸۳ قانون مدنی می گوید:

«هر يك از شرکا میتواند بدون رضایت شرکا دیگر سهم خود

را جزئاً یا کلاً بشخص ثالثی منتقل کند».

و اما در موردی که معامله ملازمه با تصرف مادی داشته باشد از جهت انعقاد عقد، اذن شرکا لازم نیست ولی در مورد تسلیم مال، اذن شرکا لازم است.

برای مثال ماده ۴۷۵ قانون مدنی در باب عقد اجاره مال مشاع میگوید:

«اجاره مال مشاع جائز است لکن تسلیم عین مستاجر موقوف

است باذن شريك».

در مورد عقود چون وقف و رهن که قبض شرط است این بحث قابل طرح است یعنی قبض دادن مال مشاع در عقد وقف یا رهن موقوف به اذن شريك است.

در مورد حق مشترك مثل حق فسخ و حق شفعه باید گفت استفاده از این حقوق باید توسط کلیه صاحبان حق به عمل آید به عبارت دیگر این حقوق قابل تبعض نیستند. (ماده ۸۲۳ و ۸۲۴ قانون مدنی).

۱ - قانون مورخ ۱۰ ژوئیه ۱۹۶۵ فرانسه ناظر به تعیین وضع حقوقی آپارتمانهای ساخته شده، ضمن مشخص ساختن قسمتهای مشترك در این قبیل ساختمانها، تصمیمات مربوط به اداره قسمتهای مزبور را موكول به نظر اکثریت مالکین این آپارتمانها ساخته است.

ب- منافع مال مشاع

منافع مال مشاع به نسبت سهم به شرکا تعلق می گیرد هم چنانکه مخارج نیز به نسبت سهم به هر یک از شرکا تحمیل می شود.

۴- وضع حقوقی طلب مشترك

در خصوص طلب مشترك نیز هر چه وصول شود متعلق به کلیه شرکا است و هر چه غیر قابل وصول باقی بماند به کلیه طلبکاران تحمیل می شود. بنابراین اگر دو نفر بر اساس سبب واحدی مثل عقود و یا ارث طلبی از شخص دیگری داشته باشند و یکی از طلبکاران مبلغی از این طلب را وصول کند طلبکار دیگر در آنچه اخذ شده است شریک خواهد بود. هر چند مقداری که شریک اول وصول کرده فقط به میزان طلب او باشد. برای مثال اگر مجموع طلب ۱۰۰ هزار ریال است و یکی از دو شریک مبلغ ۵۰ هزار ریال را وصول کند نیمی از این مبلغ متعلق به شریک دیگر است. یعنی اگر مدیون بعداً ورشکسته شود و یا به عللی از پرداخت بقیه دین خود عاجز گردد این خسارت نیز باید به هر دو طلبکار تحمیل شود. حتی اگر در بین دو شریک توافقی صورت گیرد که هر یک از شرکا هر مبلغی را که وصول کرد سهم اختصاصی او باشد این توافق معتبر نیست زیرا در حکم تقسیم طلب در ذمه است و ذمه مدیون قابل تقسیم نیست.^۱

بنابراین شریکی که مقداری از طلب را وصول کرده است باید نیمی از آن را به شریک خود پرداخت کند. و لسی شریک اخیر همچنین حق دارد که به شخص مدیون مراجعه کند زیرا دین در اصل بر ذمه او استوار بوده است و اگر به شخص مدیون رجوع کرد و سهم خود را وصول نمود بدیهی است که دیگر حق رجوع به

۱- مؤلف بدایع در این مورد می گوید: «... والاصل فی هذا، ان الدین المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض احد هما شيئاً منه فلاخران يشاركان في المقبوض، لان المقبوض، مقبوض من النصيبين. اذا لو جعل لاحد هما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمه فلا يتصور فيه القسمة.... ج ۶، ص ۶۵

شریک خود را نخواهد داشت.

معدلك درمورد طلب مشترك، یکی از طلبکاران حق دارد نسبت به سهم خود مدیون را ابراء کند و این امر منوط به رضای شریک دیگر نیست. همچنین یکی از دو شریک می‌تواند مهلتی برای مدیون در پرداخت سهم خود قائل شود و شریک دیگر حق اعتراض ندارد. ولی از آنجا اصولاً این مهلت الزام آور نیست و دین حال را نمی‌توان مؤجل نمود در این صورت نیز اگر یکی از دو شریک بخشی از طلب مشترك را وصول کند برای شریک دیگر حق رجوع نسبت به آنچه وصول شده است وجود خواهد داشت.^۱ به عبارت دیگر وجود و عدم وجود مهلت تأثیری در وضعیت حقوقی طلب مشترك ندارد.^۲

در تأیید آنچه در باره وضعیت حقوقی طلب مشترك بیان شد می‌توان به روح ماده ۵۷۵ استناد کرد. هر چند که این ماده صریحاً ناظر به طلب مشترك نیست و ظاهراً مربوط به نفع و ضرری است که از شرکت ناشی می‌شود ولی از کلیت آن می‌توان نتیجه گرفت که استیفای طلب مشترك و یا ضرر ناشی از سوخت شدن آن باید به نسبت سهم، شامل حال شرکا گردد.

۵ - خلع ید از سهم مشاع

در صورتی که یکی از شرکا جمیع مال مشترك را تصرف کند و به شریک دیگر اجازه استفاده از مال مشاع را ندهد، عمل این شریک نسبت به سهم شریک دیگر غصب محسوب می‌شود ولی درخواست خلع ید از او با این اشکال مواجه می‌شود

۱ - المغنی ج ۵، ص ۶۰

۲ - در موردی که طلب یکی از شرکا به وجه ملزومی در ضمن عقد مؤجل گردیده باشد در این صورت می‌توان قائل به تجزیه طلب گردید. مثل موردی که در بیع، عین مشاع متعلق به دو نفر، شرط شود که نیمی از مبلغ ثمن نقداً به یکی از دو شریک پرداخت شود و نصف دیگر پس از مدت ۶ ماه به شریک دیگر پرداخت گردد. البته در این مورد هم شاید بتوان گفت که طلب از اصل مشترك نیست و قید این شرط باعث انحلال بیع مشاع به دو بیع جداگانه و مستقل می‌گردد که ثمن حصه یکی از شرکا نقد و دیگری مؤجل است.

که هر ذره‌ای از مال مشاع متعلق به شریک غاصب نیز می‌باشد و بنابراین امکان خلع‌ید از هیچ یک از اجزای مال مشاع وجود ندارد و اگر حکم خلع‌ید از نصف مشاع صادر شود حداقل در مرحله اجرای حکم، مأمورین اجرای حکم را با مشکل مواجه می‌سازد. راه حل طبیعی در این قبیل موارد درخواست افراز از سهم مشاع و مطالبه اجرت المثل مدت تصرف شریک است. معذک قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب ۱۳۵۲/۱۲/۶ در مورد تصرف عدوانی سهم مشاع، امکان خلع‌ید از مال مشترک را همانند مال مفروز پیش‌بینی کرده است و این ماده می‌تواند تا حدود زیادی مشکلات عملی این قضیه را حل کند. برطبق ماده ۶ این قانون:

«در صورتیکه دویا چند نفر غیر منقولی را مشترکاً در تصرف داشته یا استفاده می‌کرده‌اند و بعضی از آنان مانع تصرف یا مزاحم یا مانع استفاده بعضی دیگر شود موضوع بر حسب مورد در حکم تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت از حق محسوب و مشمول مقررات این قانون خواهد بود».

حکم رفع تصرف عدوانی و یا رفع مزاحمت از شریکی که سهم مشاع سایرین را عدواناً تصرف کرده و یا نسبت به استفاده آنان مزاحمت می‌کند، باید توسط اداره اجرا به نحوی اجرا گردد که ضمن ابقاء شریک تصرف عدوانی، سایر شرکا نیز بتوانند از حق مشاع خود استفاده و اداره مال مشاع مجدداً بهره‌مند گردند. بدیهی است که طرز اجرای حکم در این مورد پیچیده تر از اموال غیر مشاع است ولی علی‌رغم این امر، مرجع صادرکننده حکم باید با نظارت بر کیفیت اجرای حکم، سلطه مجدد شرکائی را که حق آنان به‌طور عدوانی تصرف شده و یا نسبت به ادامه تصرف ایشان مزاحمت می‌شود، برقرار نماید. و هرگاه شریک تصرف عدوانی و مزاحم، مجدداً اقدام به تصرف عدوانی و یا مزاحمت نسبت به سهم شریک کند از تضمینات کیفری ماده ۱۳۶ قانون مجازات عمومی با

شکایت ذینفع، می‌توان کمک گرفت. برطبق ماده ۱۶ قانون اصلاح قانون جلو گیری از تصرف عدوانی:

«کسیکه پس از اجرای حکم رفع تصرف عدوانی به مزاحمت یا ممانعت از حق، مجدداً مورد حکم را تصرف یا مزاحمت و ممانعت از حق بنماید یا دیگران را به تصرف عدوانی یا مزاحمت و ممانعت از حق مورد حکم وادار نماید، به مجازات مقرر در ماده ۶۵ مکرر قانون کیفر عمومی محکوم خواهد شد».

مبحث دوم - عقد شرکت

۱- تعریف

شرکت عقدی یا شرکت مدنی یکی از عقود معینه است و به همین جهت قانون مدنی بحث شرکت را در باب عقود آورده است.

شرکت، عقدی است که ثمره آن جواز تصرف مالکین متعدد شیئی واحد در مال مشترك می‌باشد^۱ بنابراین سمت هریک از شرکا به بعد از تحقق عقد شرکت، وکالت و عاملیت است و همین امر تفاوت شرکت مدنی با حالت اشاعه صرف است که بر اثر ارث یا عقد به وجود می‌آید. در بین فقها در خصوص وجود عقد مستقلی به نام شرکت سه نظر مختلف ابراز شده است :

الف - شرکت به عنوان یک عقد مستقل وجود ندارد زیرا اگر دو مال، مختلف باشند و یا از جنس واحد بوده ولی ممزوج نشده باشند صرف انعقاد عقد شرکت

۱- مولف کتاب ریاض المسائل، در تعریف عقد شرکت می‌گوید :

«عقد ثمرته جواز تصرف المالك للشيء الواحد على سبيل الشباع. وهذا هو الذي به يتدرج الشرکة فی جملة العقود و يلحقها الحكم بالصحة والبطالان دون الاول». مبحث شرکت، ص ۶۶.

نمی‌تواند این دوماال را به‌حال مشاع در آورد و اگر این دوماال از قبل ممزوج بوده‌اند دیگر نیازی به انعقاد شرکت نیست و مجرد اذن برای جواز تصرف کافی است و این اذن هم چیزی جز وکالت نیست و نمی‌توان آنرا عقد شرکت دانست. ب - نظر دیگر این است که عقد شرکت، يك عقد مستقل است و به‌صرف وقوع آن و حتی بدون تحقق مزج، شرکت به‌وجود می‌آید. اثر عقد شرکت این است که به‌محض وقوع عقد، مال این دو شخص تبدیل به مال مشاع می‌شود بطوری که اگر بعد از عقد و قبل از اختلاط دوماال و متفرق شدن شرکاء مالی که قبلاً متعلق به یکی از شرکا بوده است تلف شود این تلف به‌هر دو شریک تحمیل می‌شود. این نظر را به‌این جنید نسبت داده‌اند.

ج - نظر اکثریت فقها این است که شرکت عقدی از عقود است ولی این عقد به‌صرف ایجاب و قبول به‌وجود نمی‌آید و شرط تحقق آن این است که مال دو شریک قبل از عقد و یا بعد از عقد ممزوج شود. بنابراین امتزاج مؤثر در این عقد است مثل قبض در وقف و ره‌ن. این تأثیر ممکن است به‌نحو کشف باشد و یا آنکه امتزاج جزء اسباب تشکیل دهنده عقد شرکت باشد^۱.

در قانون مدنی ماده مستقلی که به‌صراحت عقد شرکت را تعریف کند به‌چشم نمی‌خورد. ماده ۵۷۱ ناظر به تعریف اشاعه محض است. در سایر موارد اشاراتی بطور مجمل به خصوصیات عقد شرکت وجود دارد. ولی در قوانین مدنی پاره‌ای از کشورها تعریف دقیقی از این عقد کرده‌اند. از جمله ماده ۱۸۳۲ اصلاحی قانون مدنی فرانسه در تعریف آن می‌گوید :

« شرکت عقدی است که به‌موجب آن دو یا چند شخص توافق می‌کنند اموال و یا صنعت خود را به‌منظور تقسیم سود و یا بهره‌مند شدن از وضعیت اقتصادی ناشی از آن،

۱ - در خصوص این نظرات رجوع شود به کتاب جواهر الکلام، مبحث تجارت،

به اشتراك گذارند. شركا متعهد می‌شوند كه در زیان حاصله
نیز مشاركت كنند».

برطبق این ماده شركت یكی از عقود است و هدف از آن تحصیل سود
می‌باشد و این امر نوعاً در فعالیت های تجاری و صنعتی است. معذلك براساس
این ماده لازم نیست تحصیل سود، نتیجه مستقیم و بالمباشره از عقد شركت باشد.
درموارد خاصی دویا چندشخص و یا شركت تجاری دست به تشکیل عقد شركت
می‌زنند تا درسایه متحد ساختن امكانات مالی و فنی خود بتوانند طرف قراردادهای
بزرگی قرار گیرند كه هیچ‌يك از این اشخاص به تنهایی قادر به اجرای آن نیستند.
دراین مورد صرف تشکیل شركت، منجر به سود و زیان نمی‌گردد بلكه سود و زیان
احتمالی ناشی از قراردادی است كه بین شركت و سایر اشخاص درآینده منعقد
می‌گردد. به همین جهت ماده ۱۸۳۲ قانون مدنی فرانسه علاوه بر تحصیل سود،
«بهره‌مند شدن از وضعیت اقتصادی ناشی از شركت» را از هدفهای تشکیل شركت
به‌شمار آورده است.

بهرحال هدف نهایی از عقد شركت تحصیل سود است و همین امر شركت را
از انجمن‌ها و مؤسسات غیرانتفاعی متمایز می‌سازد.

۲- شرایط انعقاد شركت

عقد شركت همانند سایر عقود مشمول شرایط عامه صحت معاملات است.
شركا باید دارای اهلیت تصرف باشند زیرا با تشکیل شركت در اموال و حقوق
مالی خود دخل و تصرف می‌كنند. همچنین هدف از تأسیس شركت باید مشروع
باشد. بنابراین هرگاه تأسیس شركت به منظور اعمال غیرقانونی مثل ایجاد قمارخانه
و یا قاچاق كالاهاى ممنوعه مثل مواد مخدر و امثال آن باشد، برطبق ماده ۱۹۰ قانون

مدنی و ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی^۱ باطل است.^۲

تحقق عقد شرکت همچنین منوط به قصد و رضای طرفین است. طرفین باید قصد ایجاد مشارکت^۳ داشته باشند. حقوقدانان رومی برای تفکیک اشاعه محض از عقد شرکت، اعتقاد داشته‌اند که در عقد شرکت باید قصد ایجاد مشارکت وجود داشته باشد. پاره‌ای از مؤلفین در بیان مفهوم قصد مشارکت می‌گویند شرکا باید به‌طور مساوی يك هدف مشترك را تعقیب کنند. همین امر تفاوت قصد را در عقد شرکت از قصد در عقد بیع مشخص می‌سازد. در عقد بیع، متعاملین با یکدیگر در تضاد هستند و هر يك در صدد تأمین منافع خویش است و بر همین اساس عقد بیع را مبتنی بر «مماکسه» می‌نامند، در حالی که شرکا در عقد شرکت به‌صورت چند همکار که اقدامات ایشان مبتنی بر روح برادری است ظاهر می‌شوند. حداقل در یکی از اسناد مربوط به حقوق رم در بیان این مفهوم، اصطلاح Jus Fraternitatus به معنی رابطه مساوی و برادری، بکاررفته است^۴ و همین امر تفاوت قصد را در شرکت با عقود معوض مشخص می‌سازد.

۳- موضوع شرکت

منظور از موضوع شرکت مجموع اموالی است که شرکا به‌منظور بهره‌برداری و انجام فعالیت موضوع شرکت، به اشتراك می‌گذارند، موضوع شرکت ممکن است دارای حالات مختلف زیر باشد :

-
- ۱- بر طبق این ماده : «عقود و قراردادهایی که مخل نظام عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».
 - ۲- دوره مقدماتی حقوقی مدنی، ریپر بولانژه، ش ۳۰۷۵
 - دوره مقدماتی حقوق تجارت، ژرژ ریپر، ج ۱، ش ۷۱۷
 - ۳- اصطلاح حقوقی فرانسه در مورد قصد مشارکت عبارت - Intention de « S'associer » و عبارت لاتین آن « Affectio Societatis » می‌باشد.
 - ۴- دوره مقدماتی حقوق تجارت، ج ۱ ش ۷۲۰

الف — موردی که آورده شرکا وجه نقد است.

در عقد شرکت معمولاً هریک از شرکا مبلغی پول در میان می گذارند و از این طریق سرمایه جدیدی به وجود می آید که سرمایه شرکت را تشکیل می دهد (Capital Social).

امروزه شرکت های مدنی با آورده نقدی و یا غیر نقدی کمتر وجود دارد و این نوع سرمایه گذاریها معمولاً در قالب شرکت های تجاری انجام می شود.

ب — آورده شرکا ممکن است به صورت کالا و اموال غیر نقدی باشد.

کلیه اقسام اموال می تواند موضوع عقد شرکت باشد. این اموال ممکن است به صورت منقول و یا غیر منقول، عینی و یا طلب و یا مالکیت معنوی مثل مایه تجارتی^۱ و یا سهام شرکت هایی که قبلاً تشکیل شده است باشد^۲. در فقه عامه نظر رایج این است که موضوع شرکت باید منحصرأ وجه نقد باشد. مبنای حقوقی این نظر آن است که عقد شرکت مبتنی بر اذن هریک از شرکا به سایرین در دخل و تصرف در مال مشترك است و مفهوم آن چیزی جز وکالت نیست. و چون هدف شرکت تقسیم سود است موضوع شرکت باید وجه نقد باشد تا معاملاتی که در آن صورت می گیرد بنام شرکا واقع شود و این امر در موردی که هریک از شرکا اموال غیر نقدی را به شرکت می آورد قابل تحقق نیست^۳. ولی در فقه امامیه شرکت در مورد کالاها نیز پذیرفته شده است. در صورتی که این کالاها از جنس واحد باشند لازمه تحقق شرکت امتزاج آنهاست و اگر از اجناس مختلف باشند طبیعی است که امتزاج قابل تحقق نیست و راه حل ایجاد شرکت این است که هریک از شرکا حصه ای از

۱ — مایه تجارتی که ترجمه اصطلاح فرانسوی Fonds de Commerce است شامل مجموع عوامل عینی مثل تجهیزات، مواد اولیه، محل، شرکت، و نیز عوامل غیر عینی مثل سرقتی، علائم صنعتی، پروانه و جواز و نام مؤسسه و غیره میباشد.

۲ — دوره مقدماتی حقوق تجارت، ج ۱، ش ۳۳

۳ — بدایع، ج ۶، ص ۵۹ والمقنی، ج ۵، ۱۲ و ۱۳

از مال خود را به طرف مقابل در مقابل حصه‌ای از مال او منتقل یا مصالحه کند.^۱ و بدین ترتیب هر يك از شرکا مالك مشاع كليه اموال می‌شوند و شركت تحقق می‌یابد. هنگامی که آورده شرکا اموال اعم از نقدی و غیر نقدی است، این شركت به نام شركت سرمایه و در اصطلاح فقهی به شركت «عنان» مشهور است.

ج- آورده صنعتی

منظور این است که یکی از شرکا حرفه و فن و یا کار خود را به عنوان آورده شركت قرار می‌دهد. یعنی به عنوان شريك، کاری برای شركت انجام می‌دهد بدون اینکه به عنوان کارمند برای شركت تلقی شود. ماده ۱۸۳۲ قانون مدنی فرانسه و نیز ماده ۵۳۰ و ۵۳۱ قانون تعهدات سوئیس به آورده صنعتی اشاره کرده‌اند. بر طبق ماده ۵۳۱ این قانون:

«هر يك از شرکا باید چیزی را به شركت بیاورد. این چیز می‌تواند پول و یا به صورت طلب و یا سایر اموال و یا حرفه باشد».

در موردی که یکی از شرکا سرمایه نقدی و یا غیر نقدی به شركت نمی‌آورد و صرفاً حرفه و کار خود را اساس همکاری قرار می‌دهد شركت به معنی خاص کلمه تحقق نمی‌پذیرد. این نوع مشارکتها که شرکا سرمایه معینی را به شركت نمی‌آورند امروزه رایج است و هدف از آن متحد ساختن امکانات فنی و مالی دویا چند شخص و یا شركت تجاری به منظور انعقاد قرارداد با دیگران و یا فعالیت در رشته خاصی است. این شركتها، بدون سرمایه اسمی هستند و به همین جهت در حقوق فرانسه فاقد شخصیت حقوقی محسوب می‌شوند. در حقوق ایران می‌توان این قبیل مشارکتها را مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی دانست زیرا نه تنها مخالف هیچ نص صریح قانونی نیستند بلکه با هیچ يك از قواعد آمره حقوقی نیز منافات ندارند. به علاوه ضرورت‌های اقتصادی و فوائد اجتماعی این نوع مشارکت، باعث پیدایش و رواج

۱- شرایع الاسلام. مبحث شركت، ص ۱۱۴

آنها گردیده و علم حقوق نیز باید به این قبیل تأسیسات حقوقی که در جهت توسعه روابط اجتماعی مردم ایجاد می‌شوند احترام گذارد.

در کتب فقه در این رابطه به دو نوع شرکت اشاره شده است :

— شرکت ابدان

شرکت ابدان و یا شرکت اعمال، این است که دو شخص بدون اینکه دارای سرمایه‌ای باشند توافق می‌کنند که به طور مشترک فعالیت کنند و سود حاصل، بین طرفین تقسیم گردد. مثل دو نفر خیاط که با یکدیگر قرار می‌گذارند به مدت یکسال مشترکاً کار کنند و در آمد حاصل را با یکدیگر تقسیم کنند.

— شرکت وجوه

این است که دو نفر تاجر که فاقد سرمایه هستند ولی دارای اعتبار و حسن شهرت می‌باشند توافق می‌کنند که کالاهائی را به طور نسبه و مدت دار خریداری کرده و به طور نقدی به فروش رسانند و سود حاصل را در پایان مدت بین خود تقسیم کنند.

در خصوص شرکت ابدان و وجوه، نظرات مختلفی در کتب فقهی ابراز شده است:

مؤلف کتاب بدایع، عقیده به صحت این نوع شرکتها دارد^۱ ولی در موردی که موضوع شرکت ابدان، حیازت مباحات باشد عقیده به بطلان شرکت دارد. زیرا عقد شرکت را مبتنی بر وکالت می‌دانند و وکالت در تحصیل مباحات جایز نیست^۲.

مؤلف کتاب المغنی، به طور مطلق عقیده به صحت شرکت ابدان دارد اعم از

۱- مؤلف در این مورد میگوید: «و اما الشرکه بالاعمال فهو ان یشترا علی عمل من الخیاطة او القصارة او غیرهما فیقولان، اشتراکنا علی ان نعمل فیہ علی ان ما رزق الله عزوجل من اجرة فہی بیننا علی شرط کذا و اما الشرکه بالوجوه...»، ج ۶، ص ۵۷

۲- «ما تجوز فیہ الوکالة تجوز فیہ الشرکه و ما لا تجوز فیہ الوکالة لا تجوز فیہ الشرکه و علی هذا تخرج الشرکه بالاعمال فی المباحات من الصيد والحطب...»، ج ۶، ص ۶۳

اینکه موضوع آن صناعت باشد و یا تحصیل مباحات^۱.

عقیده دیگری که به شافعی نسبت داده شده است بطلان شرکت ابدان و وجوه است. مبنای این نظر این است که در عقد شرکت باید شرکا دارای سرمایه ای باشند و عقد شرکت به منظور تحصیل سود منعقد گردد. و چون در شرکت ابدان و وجوه سرمایه ای وجود ندارد مفهوم شرکت قابل تحقق نیست^۲.

در فقه امامیه عقیده بر بطلان شرکت ابدان و وجوه است. دلیل عدم صحت از نظر فقها امامیه وجود غرر است، زیرا میزان عمل اشخاص مختلف، یکسان نیست و در نتیجه شرکت در سود و اجرتی که هر یک بدست می آورند غیر واقعی است. به همین جهت گفته اند در صورتی که چنین مشارکتی واقع شود هر یک مستحق اجرت عمل خویش است و حقی به اجرت شریک دیگر برای او نیست. به علاوه از نظر شرعی دلیلی بر صحت این قبیل مشارکت وجود ندارد. براساس این نظر، صحت عقد منوط به تجویز آن عقد از طرف شارع است^۳. معذک پاره ای از فقهای امامیه از طریق عقد صلح شرکت ابدان را تجویز کرده اند. به این ترتیب که هر یک از شرکا به طور متقابل، نصف منافع خویش را برای مدت معین به شریک دیگر مصالحه کند و یا آنکه نصف منفعت خود را به طرف دیگر به عوض معین، تملیک و مصالحه کند و طرف دیگر هم نصف منفعت خود را به همین عوض به شریک دیگر مصالحه کند^۴. این راه حل ها نشان می دهد که گرایش کلی در فقه امامیه نیز بر پذیرش صحت این قبیل مشارکت ها است.

۱- المغنی، ج ۵، ش ۳۵۶۱: «معنی شركة الابدان، ان یشارك اثنان او اکثر فیما یکتسبونه بایدیهم. كالصناع یشرکون علی ان یملوا فی صناعاتهم فمارزق الله تعالی فهو بینهم فان اشرکوا فیما یکتسبونه من المباح كالخطب والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن... فهذا جائز».

۲- بدایع، ج ۶، ص ۵۸ و کیمیای سعادت، ج ۱، ص ۳۴۶

۳- شرایع الاسلام، مبحث شرکت، ص ۱۱۴ و جواهر الکلام، مبحث شرکت، ص ۴۴۸

۴- عروة الوثقی، مبحث شرکت، ص ۵۷۸

۴- شخصیت حقوقی در شرکتهای مدنی

می دانیم که شرکتهای تجاری دارای شخصیت حقوقی هستند و اموال و دیون شرکت علی‌الاصول مربوط به شخصیت حقوقی شرکت است. ماده ۵۸۳ قانون تجارت در این مورد می گوید:

« کلیه شرکت های تجارتی مذکور در این قانون شخصیت حقوقی دارند. »
از ماده مزبور غالباً چنین نتیجه گیری می شود که شرکتهای مدنی، فاقد شخصیت حقوقی هستند و اموال شرکت، ملك مشاع کلیه شرکا است. این نتیجه - گیری قابل بحث است. بسیاری از شرکتهای مدنی به فعالیتهای تجارتی اشتغال می ورزند و بر همین اساس، ماده ۲۲۰ قانون تجارت این قبیل شرکتهای مدنی را در حکم شرکتهای تضامنی دانسته است و می دانیم که شرکت تضامنی یکی از شرکتهای مذکور در قانون تجارت است. به علاوه چنانچه شرکتی فاقد شخصیت حقوقی باشد هر يك از اعضای آن به آسانی می تواند از زیر بار تعهدات گروه، شانه خالی کند و آنرا مربوط به خود نداند. در حالی که بسا بودن شخصیت حقوقی برای شرکت، اعضای آن از نظر حقوقی بیکدیگر مرتبط می شوند و موجودیت مستقلی را به وجود می آورند. وجود شخصیت حقوقی از طرفی موجب تسهیل کار شرکت می گردد و از طرف دیگر به نفع اشخاص ثالث است و سبب می شود که اشخاص ثالث به جای اینکه با فرد فرد شرکا طرف شوند در اقامه دعوی و مطالبه حقوق خود به شخصیت شرکت و سرمایه آن تکیه کنند. بنابراین قبول شخصیت حقوقی که يك مفهوم انتزاعی و تأسیس حقوقی است در مورد این شرکتهای مقرون به واقعیت و مصلحت می باشد، هر چند که این شرکتهای به ثبت نمی رسند و قانون به طور صریح اشاره به وجود شخصیت حقوقی در مورد آنها نکرده است^۱

۱ - در حقوق فرانسه، مدتهای طولانی نظر بر این بود که شخصیت حقوقی در مورد يك مؤسسه، در صورتی تحقق می یابد که قانون صریحاً وجود شخصیت حقوقی را در مورد این دنباله پاورقی در صفحه بعد

با این مقدمه اینک باید وضعیت شرکتهای مدنی دارای سرمایه مستقل را از مشارکتهای مدنی بدون سرمایه تفکیک کرد.

الف- شرکتهای سرمایه

هرچند شرکتهائی که از طریق سرمایه گذاری نقدی و یا غیر نقدی تشکیل می شوند معمولاً در قالب شرکتهای تجارتی هستند، ولی به هر حال موارد محدودی هنوز مشارکتهای مدنی براساس آورده نقدی و یا غیر نقدی بین اشخاص وجود دارند. غالب این مشارکتهای به عملیات تجارتی مذکور در ماده ۲ قانون تجارت اشتغال دارند و عملامانند تجار و بازرگانان به فعالیت تجاری می پردازند. بنابراین بسادگی نمی توان مرز مشخصی بین این نوع شرکتهای و شرکت های تجارتی قائل شد. در حقوق فرانسه نیز بین وجود سرمایه برای شرکت و پیدایش شخصیت حقوقی برای آن رابطه مستقیم قائل هستند. ماده ۲۲۰ قانون تجارت نیز به منظور پایان دادن به فعالیت شرکتهای مدنی که به امور تجارتی اشتغال دارند و تبدیل آنها به شرکت تجارتی، مقرر ساخته است که این شرکتهای اگر خود را در قالب یکی از شرکتهای تجارتی در نیاورد و مطابق مقررات مربوط به آن عمل نمایند

بقیه پاورقی از صفحه قبل

مؤسسه پیش بینی کرده باشد. ولی این نظراکنون در حال افول است. بسیاری از حقوق دانان تأییدی کنند هر گروه سازمان یافته، متضمن يك واقعیت اجتماعی است و يك امر صرفاً صوری و مجازی نیست. به علاوه دیوان کشور فرانسه، در رای مورخ ژانویه ۱۹۵۴، این طرز فکر را پذیرفت. بر طبق این رای، هر گروه و مؤسسه ای که طبق قانون تشکیل شود و دارای ارگانهای باشد که اراده دسته جمعی اعضای آنان را به منصه ظهور رساند و هدف آن مشروع و به طور واضح بیان شده باشد، دارای شخصیت حقوقی است و لازم نیست که يك ماده قانون صریحاً وجود شخصیت حقوقی را برای آن پیش بینی کرده باشد. شخصیت حقوقی خود بخود به وجود می آید مگر اینکه بر طبق قانون صریحاً در مورد خاصی وجود شخصیت حقوقی نفی شده باشد.

رجوع شود به کتاب مقدمه حقوق مدنی، بوریس استارک، ش ۱۵۸ و ۱۵۷

۱ - دوره مقدمانی حقوقی مدنی، ژرژ رپیر، ج ۱ ش ۷۳۲

شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکتهای تضامنی در مورد آن اجرا میگردد بدیهی است که چون شرکتهای تضامنی دارای شخصیت حقوقی هستند شرکتهای مدنی که دارای سرمایه معین بوده و فعالیت تجاری میکنند نیز باید دارای شخصیت حقوقی محسوب شوند . این نتیجه گیری با واقعتهای موجود در مورد این شرکتها مطابقت دارد و به خصوص از جهت حقوق و مطالبات اشخاص ثالث و کیفیت اقامه دعاوی علیه شرکت، دارای تأثیر مهمی است .

ب- شرکتهای شخص

پاره ای دیگر از شرکتهای مدنی بدون سرمایه هستند. تشکیل شرکت مبتنی بر شخص شرکاء است و اگرچه هر يك از شرکا معمولاً دارای امکانات فنی و سرمایه های بزرگی هستند، ولی شرکت فاقد سرمایه اسمی است و سرمایه اساس مشارکت شرکاء نیست . این مشارکتها در صورت تمایل شرکا معمولاً ناشناخته و غیر علنی باقی می ماند، این شرکتها دارای هدف انتفاعی هستند ولی در حقوق فرانسه دارای شخصیت حقوقی نیستند. قانون مورخ ۹ ژانویه ۱۹۷۸ در ضمن مواد ۱۸۷۱ و ۱۸۷۲ این شرکتها را تحت عنوان Société en Participation وارد مجموعه قانون مدنی کرده است .^۱ فقدان شخصیت حقوق مانع از این است که از طریق این قبیل مشارکتها مؤسسات دراز مدت و مهم ایجاد کرد ، مع ذلك این قبیل مشارکتها بین بانکها به صورت سندیکای عرضه سهام شرکتها و یا اوراق قرضه به عموم، به وجود می آید همچنین ، بین مؤسسات متعددی که در رشته خاصی فعالیت می کنند و همین طور مؤسساتی که فعالیت صنعتی و تجاری می کنند این مشارکتها به وجود می آید .^۲ به هر حال در این شرکتها قصد ایجاد شخصیت حقوقی وجود ندارد و تعهدات ، مربوط به شخص شرکا است . بدیهی است که در این شرکتها مطالبات و دیون

۱ - در حقوق آمریکا نیز مشارکتهائی تحت عنوان Partenership وجود دارند

که مشابه شرکتهای بدون سرمایه و فاقد شخصیت حقوقی هستند.

۲ - دوره مقدماتی حقوق تجارت ، ژرژ ریپر ، ج ۱ ش ۸۸۷ ، ۸۹۰ ، ۸۹۱ ، ۸۹۳

مربوط به شرکت ، از مطالبات و دیون شخص شرکا قابل تفکیک است و در این زمینه در قسمتهای آینده توضیح خواهیم داد .

۵- احکام عقد شرکت

الف- شرکت عقد جایز است

شرکت از عقود اذنی است و مبتنی بر وکالت می باشد و به همین جهت مشمول احکام عقد جایز است . عقد شرکت بنا به اراده هر يك از شرکا قابل فسخ است . بر طبق ماده ۵۸۶ قانونی مدنی :

« اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده

باشد هر يك از شرکاء هر وقت بخواهد میتواند رجوع کند »

هر چند قانون مدنی عقد شرکت را تعریف نکرده ، ولی مشخص است که ماده مزبور ناظر به عقد است و نه مال مشاع . زیرا اشاعه محض بر اثر رجوع زائل شدنی نیست و منوط به تقسیم است . ماده مزبور قید مدت برای شرکت در ضمن عقد لازم را موجب لازم شدن آن دانسته است . از آنجا که شرکت مبتنی بر وکالت است ، بنابراین صحت چنین شرطی تابع این است که آیا وکالت را می توان با درج در ضمن عقد لازم به صورت لازم در آورد یا نه ؟ به نظر می رسد که جایز بودن جزء ذات و طبیعت عقد شرکت است و حتی قید آن در ضمن عقد لازم باعث لزوم آن نمی گردد و راه حل مذکور در این ماده برخلاف اصول حقوقی است . عقد شرکت به لحاظ جایز بودن در موارد زیر بر طبق ماده ۵۸۸ منفسخ می گردد :

- در صورت انقضای مدت مآذ و نیت یا رجوع از آن در صورت امکان رجوع

- در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکا

محجور شدن هر يك از شرکا به علت عارض شدن سفه و یا ورشکستگی است و این امور حق تصرف را از مالك سلب می کند . بنابراین عقد شرکت نیز به تبع آن زایل می گردد .

عقد شرکت همچنین در صورت تقسیم مال مشترك و یا تلف شدن تمام اموال شرکت منفسخ می گردد (ماده ۵۸۷) . دو مورد اخیر اختصاص به عقد شرکت نداشته بلکه موجب زوال اشاعه محض نیز می باشند .

ب- امانی بودن ید شريك

تصرف هريك از شركا در مال مشترك مبتنی بر اذن است . بنابراین مال مشترك در ید شركا جنبه امانی دارد . ماده ۵۸۴ این اصل را چنین بیان کرده است :
«شريكی كه مال الشركه در ید اوست در حكم امین است و ضامن تلف و نقص آن نمیشود مگر در صورت تفریط یا تعدی» .

ج- انتقال سهم الشركه

در عقد شرکت شخصیت شركا علت عمده عقد می باشد و خصوصیت شخصی بودن حق هريك از شركا موجب غیرقابل انتقال بودن سهم او می باشد . انتقال سهم یکی از شركا به اشخاص ثالث منوط به رضایت شريك اوست . بنابراین ماده ۵۸۳ قانون مدنی را باید ناظر به مال مشاع دانست و نه عقد شرکت .

۶- اداره شرکت

الف- ماهیت سمت مدیران شرکت

شرکت عقدی، به منظور تحصیل سود تشکیل می شود و این امر مستلزم اداره اموال مشترك و انجام معاملات و اقداماتی برای رسیدن به این هدف می باشد. ماده ۵۷۶ قانون مدنی، طرز اداره کردن شرکت را تابع شرایط مقرر، بین شركا قرار داده است. براساس اینکه شرکت های مدنی به فعالیت تجاری اشتغال ورزند در حکم شرکت تضامنی هستند. در این صورت برطبق ماده ۱۲۰ قانون تجارت: «... باید لااقل يك نفر از میان خود و یا از خارج به سمت مدیری معین نمایند».

در عمل نیز معمولاً مدیر یا مدیرانی از بین شرکا برای اداره شرکت انتخاب می‌شوند. حدود مسئولیت مدیران معمولاً در شرکت نامه قید می‌شود ولی به طور کلی می‌توان گفت که اختیارات مدیر شرکت از باب وکالت است. ماده ۱۲۱ قانون تجارت در باب شرکت‌های تضامنی در خصوص حدود مسئولیت مدیر یا مدیران به ماده ۵۱ سابق قانون تجارت اشاره کرده است. ماده اخیر نیز در این باره می‌گوید: «مسئولیت مدیر شرکت در مقابل شرکا همان مسئولیتی است که وکیل در مقابل موکل دارد».

بر اساس آنکه سمت مدیران شرکت، نمایندگی از طرف شرکا است، مدیر شرکت مشمول مقررات وکالت است. بنابراین، مدیر شرکت امین محسوب می‌شود و دارای کلیه اختیارات لازم جهت اداره شرکت می‌باشد. ماده ۵۷۷ قانون مدنی به همین وضعیت اشاره می‌کند:

«شریکی که در ضمن عقد به اداره کردن اموال مشترك مأذون شده است میتواند هر عملی را که لازمه اداره کردن شرکت است انجام دهد و به هیچ وجه مشمول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود مگر در صورت تعدی و تفریط».

البته مدیر شرکت باید بر طبق ماده ۶۶۷ قانون مدنی مصلحت شرکت را در اقدامات خود رعایت کند و هرگاه بر اثر تقصیر او در اداره شرکت، خساراتی متوجه شرکا شود مدیر شرکت مسئولیت خواهد داشت.

ب- اداره شرکت توسط مدیران متعدد

ممکن است اداره شرکت به دو یا چند تن از شرکا واگذار شود. در این صورت مدیران شرکت در حکم وکلای متعدد می‌باشند و بر طبق ماده ۶۶۹ قانون مدنی اصل بر این است که هیچ یک از آنها نمی‌تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در اموال شرکت بنماید. ولی اگر هر یک از مدیران متعدد مستقلاً بدون نیاز موافقت سایر مدیران، مأذون به دخالت باشند، اقدامات هر یک از آنان در اداره

شرکت نافذ است. ماده ۵۷۹ قانون مدنی این اصل را چنین بیان می کند.

«اگر اداره کردن شرکت بعهدہ شرکا متعدد باشد بنحوی که

هریک بطور استقلال ماذون در اقدام باشد هر یک از آنها می تواند

منفرداً با عملی که برای اداره کردن لازم است اقدام کند».

بر اساس این ماده، باید گفت، در صورت انتخاب مدیران متعدد، حق تصرف

استقلالی، منوط به تصریح است و در این صورت هر یک از مدیران حق دارد آنچه

را که لازمه اداره شرکت است انجام دهد. مثل اینکه در اموال مشترک معاملاتی را

که در جهت منافع شرکا است واقع سازد و یا بخشی از اموال مشترک را در صورت

لزوم به ودیعه گذارد و یا برای انجام پاره ای از معاملات وکیل بگیرد. در قبض دادن

مبیع و اخذ ثمن اختیار دارد و در صورت وجود مصلحت می تواند به طور نسبه

معاملاتی را انجام دهد.^۱

در این مورد ممکن است بین مدیران متعدد اختلاف نظر به وجود آید. مثل

اینکه یکی از مدیران تصمیم به نوع خاصی از معامله داشته باشد و مدیر دیگر با این

تصمیم مخالفت کند. بدیهی است که در این حالت، حق انجام این معامله برای یکی

از دو مدیر به تنهایی وجود ندارد.^۲ زیرا اختیار هر یک از مدیران از باب اذن و وکالت

است و هر یک از مدیران می تواند مدیر دیگر را از انجام عملی که با آن موافق نیست

باز دارد. با این حال، اگر یکی از مدیران معامله خاصی را انجام دهد ولی قبل

از انجام عمل، اعتراضی از طرف سایر مدیران به عمل نیاید، این معامله صحیح

است هر چند سایر مدیران از انجام این معامله خشنود نباشند. اما روش رایج این

است که مدیران متعدد هیچ یک به تنهایی حق اقدام نداشته باشد. زیرا با انتخاب

مدیران متعدد برای اداره شرکت، فرض بر این است که نظر و تصمیم مشترک مدیران

جهت اداره شرکت لازم دانسته شده است (ماده ۶۶۹ قانون مدنی). به همین جهت

۱- المغنی، ج ۵، ص ۱۶ و بدایع، ج ۶، ص ۶۸ و ۶۹

۲- دوره مقدماتی حقوق مدنی، ریپروبولانزه، ش ۳۰۸۵

ماده ۵۸۰ قانون مدنی در باب شرکت می گوید:

«اگر بین شرکا مقرر شده باشد که یکی از مدیران نمیتواند بدون اذن دیگری اقدام کند، مدیری که به تنهایی اقدام کرده باشد در صورت عدم امضای شرکای دیگر در مقابل شرکا ضامن خواهد بود اگر چه برای مأذونین دیگر امکان فعلی برای مداخله در امر اداره کردن موجود نبوده باشد».

بنابر این اگر شرط شده باشد که مدیران مجتمعاً تصمیم گیری و اقدام کنند، اگر یکی از مدیران بدون اذن و اطلاع مدیر دیگر پرداختی من غیر حق از جانب شرکت انجام دهد موجب مسئولیت اوست و باید زیان شرکت را جبران کند. همچنین در موردی که یکی از مدیران علی رغم قید اجتماع، به تنهایی معامله ای نسبت به اموال شرکت می کند هر گاه در این معامله زیانی متوجه شرکت شود، مدیر مزبور در مقابل سایر شرکا ضامن است و باید زیانهای وارد به شرکا را شخصاً جبران کند. از ظاهر ماده مزبور چنین بر می آید که معامله ای که یکی از مدیران به تنهایی انجام می دهد صحیح و نافذ است و شرکا حق رد آن را ندارند و تنها ضمانت اجرای اقدام یکی از مدیران به تنهایی، برانگیختن مسئولیت شخصی اوست. این راه حل به دلائل زیر منطقی بنظر می رسد:

اولاً، وقتی دو نفر به قید اجتماع، مدیریت شرکت را به عهده دارند، هر يك از آنان علی الاصول مأذون است. بنابراین فاقد اذن نیست تا معامله جنبه فضولی به خود بگیرد و دلیلی بر عدم نفوذ آن نیست.

ثانیاً، در معاملات، اصل بر صحت است و باید حتی الامکان از ابطال معاملات جلوگیری کرد. اشخاصی که با این مدیر طرف معامله قرار گرفته اند معمولاً با حسن نیت وارد معامله می شوند و تقصیری متوجه آنان نیست. بنابراین، حکم به عدم نفوذ و ابطال معامله، باعث ورود ضرر به اشخاص ثالث و تزلزل مصونیت معاملات است. ثالثاً، گفتیم که سمت مدیران شرکت از باب وکالت است. در باب وکالت

نیز ماده صریحی وجود ندارد که اگر یکی از وکلای متعدد که قید اجتماع در مورد آنان شده است به تنهایی اقدام کند، باعث عدم نفوذ معامله باشد.

بدیهی است در صورتی که در سند مدیریت مدیران متعدد، قید اجتماع شده باشد و این سند به نظر ورؤیت طرف معامله رسیده باشد، در این صورت معامله‌ای که توسط یکی از مدیران به تنهایی واقع شده جنبه فصولی داشته و شرکا حق عدم تنفیذ و ابطال آن را دارند.

بنابراین مراتب مزبور، ماده ۵۸۰ قانون مدنی که فقط به مسئولیت مدیریت که بدون اذن مدیر دیگر اقدام کند تکیه کرده است با قواعد حقوقی مطابقت دارد. و بر همین مبنا می‌توان گفت به صرف انجام معامله بدون اذن مدیر دیگر، ضمان و مسئولیتی برای مدیر شرکت بوجود نمی‌آید، بلکه مسئولیت او منوط به ورود ضرر است. بنابراین اگر دین مسلم شرکت را در جهت مصلحت شرکت پرداخته باشد و یا در معامله‌ای که انجام شده منافع شرکت را حفظ کرده باشد مسئولیتی متوجه او نیست، زیرا شرط اساسی مسئولیت، ورود ضرر و خسارت به غیر است.

همچنین ماده ۵۸۱ قانون مدنی را باید ناظر به موردی دانست که یکی از شرکا بدون اذن و یا یکی از مدیران خارج از حدود اذن، معامله‌ای را نسبت به اموال شرکت انجام دهد. در این صورت معامله فصولی است و تابع مقررات معاملات فصولی خواهد بود. مع ذلک در همین مورد نیز، بعضی از فقها، صرف عقد شرکت را باعث پیدایش اذن در تصرف برای هر یک از شرکا داشته‌اند. زیرا لازمه عقد شرکت، وکالت و عاملیت هر یک از شرکا از جانب سایر شرکا است و اذن خاص برای دخل و تصرف یکی از شرکا در مال مشترك شرط نیست. این نظر منطقی است زیرا ماهیت حقوقی شرکت در اموال، چیزی جز عقد وکالت نیست و با حصول وکالت برای هر یک از شرکا از جانب دیگران به صرف انعقاد عقد شرکت،

تصرف احد از شرکا نباید منوط به اذن مجدد باشد.^۱

از ظاهر ماده ۵۸۱ قانون مدنی چنین برمی آید که تصرف هر يك از شرکا در اموال مشترك منوط به اذن سایر شرکا است و بر همین اساس، در صورتی که سایر شرکا معامله ای را که توسط شريك غير مأذون انجام شده است تنفیذ نکنند، معامله فضولی محسوب و ابطال خواهد شد و شريك غير مأذون بر طبق ماده ۵۸۵ قانون مدنی در مقابل اشخاصی که با آنها معامله کرده مسئولیت دارد و این مسئولیت برای او جنبه شخصی داشته و طلبکاران فقط حق رجوع به او را دارند.

ج- عزل مدیر شرکت

مدیر شرکت اعم از اینکه از بین شرکا و یا خارج از شرکا انتخاب شده باشد همیشه قابل عزل است. زیرا مدیریت مبتنی بر اذن و وکالت است و وکالت يك عقد جائز میباشد. مع ذلك در موردی که مدیر شرکت در ضمن عقد، به این سمت منصوب شده باشد، سمت او جزئی از توافق کلی مربوط به ایجاد شرکت می شود. در این صورت عزل مدیر، به اساس توافق های شرکا خلل وارد می سازد. در حقوق فرانسه، عقیده بر این است که اگر مدیر شرکت، ضمن عقد شرکت به این سمت منصوب شده باشد تا زمانی که عقد شرکت باقی است، مدیر قابل عزل نیست مگر آنکه به علل موجهی مثل عدم صداقت آشکار، ادامه مدیریت او قابل قبول نباشد.^۲ ماده ۵۷۸ قانون مدنی ایران نیز در مقام پاسخگوئی به همین نیاز از تکنیک شرط ضمن عقد لازم استفاده کرده است. به این ترتیب که اگر اذن شرکا بر مدیریت شخص

۱- مؤلف بدایع در این خصوص می گوید:

«فلاحه شریکی العنان ان یبیع مال الشرکه، لانها بعقد الشرکه اذن کل واحد لصاحبه
یبیع مال الشرکه ولان الشرکه متضمن للوکاله فیصیر کل واحد منهما وکیل صاحبه بالبیع ...»
ج ۶، ص ۶۸. مع ذلك پاره ای از فقها در صورت اطلاق عقد شرکت، تصرف احد از شرکا را منوط به اذن سایر شرکا دانسته اند. رجوع شود به عروه الوثقی، کتاب شرکت، ص ۵۷۹

۲- دوره مقدماتی حقوق مدنی، ریپروبولانژه، ص ۹۶۲

معین در ضمن عقد لازم داده شده باشد تا زمانی که عقد شرکت باقی است این اذن قابل رجوع نیست. بر طبق این ماده:

«شرکا همه وقت میتوانند از اذن خود رجوع کنند، مگر این که اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت مادام که شرکت باقی است حق رجوع ندارند».

راه حل مزبور قابل اقتقاد است. زیرا اذن، يك پدیده قابل زوال و قائم به اراده شخص است و حتی قید آن در ضمن عقد لازم باعث لزوم آن نمی گردد. به علاوه، بر اساس این ماده، حتی اگر عدم صداقت و یا خیانت مدیر شرکت آشکار شود، به صرف اینکه سمت او در عقد لازم شرط شده است، قابل عزل نیست مگر اینکه شرکا به اساس شرکت خاتمه دهند و این نتیجه نیز غیر منطقی است.

۷- تقسیم سود و زیان:

یکی از اصول اساسی در عقد شرکت تقسیم سود و زیان به نسبت سهم الشرکه است. اگر سهم الشرکه مساوی باشد سود نیز باید به طور مساوی تقسیم شود و اگر سهم شرکا مختلف باشد، سود به نسبت سهم تقسیم می شود. بنابر این اگر شرط شود سود حاصله از شرکت متعلق به یکی از شرکا باشد و یا آنکه سود بیشتری با وجود تساوی سهم برای یکی از شرکا در نظر گرفته شود این نوع شرکت باطل است. همچنین است اگر سود مساوی با وجود اختلاف میزان سهم شرکا در نظر گرفته شود. منظور از بطلان شرکت در این مورد این است که شرط باطل است. و اگر این شرط علت عمده عقد باشد، عقد نیز باطل خواهد بود. در نتیجه هر يك بهره سهم خود و اجرت المثل عملی را که در مال متعلق به دیگری انجام داده است خواهد گرفت. همچنین اگر شرط شود که زیانهای احتمالی متوجه یکی از شرکا نشود، این شرط بی اعتبار است. زیرا معنی این شرط آن است که سود احتمالی به او برسد ولی از زیان احتمالی مصون باشد. ماده ۵۷۵ قانون مدنی این قاعده کلی را چنین بیان می کند:

«هر يك از شركا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهم
ميباشند مگر اينكه براي يك يا چند نفر از آنها در مقابل عملی
سهم زيادتری منظور شده باشد».

بنابراین اگر در ازای انجام عملی سهم بیشتری از سود در نظر گرفته شود
در این صورت يك علت قانونی برای این سهم اضافی وجود دارد و چنین تعهدی
بدون علت نیست. در واقع این مورد شبیه مضاربه است از جهت اینکه در ازای
عمل، سهمی از سود قرار گرفته است.^۱

مع ذلك در عمل پاره‌ای از اشخاص در صورتی در شرکتهای عقدی سرمایه
گذاری می‌کنند که تأمینی در مقابل زیانهای احتمالی به دست آورند و بر همین
اساس یکی از رویه‌ها این است که سرمایه این شريك را در مقابل زیانهای احتمالی
بیمه می‌کنند.^۲

۸- مسئولیت شركا در شرکتهای دارای سرمایه

قبلاً گفتیم که آن گروه از شرکتهای مدنی که دارای سرمایه مشخص هستند
و به فعالیت تجاری اشتغال دارند، بر طبق ماده ۲۲۰ قانون تجارت، هر چند در قالب
یکی از شرکتهای تجاری در نیامده باشند.

«... شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت
های تضامنی در مورد آن اجرا می‌گردد».

بدین ترتیب ساده مزبور به طور قاطع در حدود مسئولیت شركا و نحوه
مسئولیت آنان تأثیر می‌گذارد. این شرکتهای دارای شخصیت حقوقی محسوب
می‌شوند و اموال شرکت نیز متعلق به شخص حقوقی است. در این قبیل شرکتهای
های مدنی، در درجه اول سرمایه شرکت پاسخگوی دیون آن است، زیرا بر طبق

۱- شرایع الاسلام، ص ۱۱۴، المغنی، ج ۵، ص ۲۳، بدایع ج ۶، ص ۶۲ و

کیمیای سعادت، ج ۱، ص ۳۴۵. ماده ۱۸۸۵ قانون مدنی فرانسه نیز متضمن همین قاعده است.

۲- ریپروبولانزه، ش ۳۰۹۱، ص ۹۶۲

ماده ۱۲۴ قانون تجارت

«مادام که شرکت تضامنی منحل نشده مطالبه قروض آن باید از خود شرکت بعمل آید».

اما در موردی که دیون شرکت از میزان سرمایه شرکت فزونی پیدا کند، شرکا دارای مسئولیت شخصی علاوه بر آورده خود در شرکت هستند. زیرا شرکا از کل سودهای احتمالی منتفع می‌شوند. بنابراین تمام زیانهای احتمالی را هم باید تحمل کنند. مضافاً آنکه در شرکت‌های تضامنی هم، مسئولیت شرکا محدود به میزان سرمایه نیست. بر طبق ماده ۱۱۶ قانون تجارت:

«اگر دارائی شرکت برای تأدیه تمام قروض، کافی نباشد هر يك از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است».

بدین ترتیب مسئولیت شرکا نسبت به مازاد از سرمایه مسئولیت تضامنی است و طلبکاران می‌توانند به هر يك از شرکا برای وصول تمام طلب مراجعه کنند. اعساریکی از شرکا نیز باعث ضرر طلبکاران نیست زیرا می‌توانند برای وصول تمام طلب خود به شريك غیر معسر مراجعه کنند.

الیه در روابط داخلی شرکا میزان سهمی که در سرمایه شرکت دارند در حدود مسئولیت آنان مؤثر است. این نکته نیز در ماده ۱۲۴ قانون تجارت چنین بیان شده است:

«... فقط در روابط بین شرکا مسئولیت هر يك از آنها در

تأدیه قروض شرکت به نسبت سرمایه خواهد بود...»

بنابراین هر گاه بر اساس مسئولیت تضامنی آن، یکی از شرکا تمام دیون شرکت را پرداخت نمود می‌تواند برای آنان قسمتی که زائد از سهم‌الشرکه خود پرداخته است به سایر شرکا مراجعه نماید.

بر اساس ماده ۲۲۰ قانون تجارت و بر فرض پیدایش شخصیت حقوقی، در این شرکت‌های مدنی که دارای سرمایه هستند، دعاوی شرکت هم باید به نام

شرکت و توسط مدیر شرکت اقامه شود. متقابلاً دعاوی طلبکاران نیز قبل از انحلال شرکت علیه شخصیت حقوقی شرکت به عمل می‌آید و نه اشخاص شرکا (مستفاد از ماده ۱۲۴ قانون تجارت) ولی پس از انحلال، مسئولیت شرکا دارای جنبه شخصی است و طلبکاران می‌توانند علیه هر یک از شرکا و یا تمام آنان جهت وصول مطالبات خود اقامه دعوی نمایند.

۹- مسئولیت و حقوق شرکا در شرکت‌های بدون سرمایه

ماهیت حقوقی این نوع مشارکت‌های مدنی به‌طور کامل از شرکت‌های دارای سرمایه متفاوت است. در شرکت‌های سرمایه، هدف از عقد شرکت تحصیل سود از طریق سرمایه شرکت است و حال آنکه در این مشارکت‌ها، هدف شرکا از ابتدا و از اصل، تحصیل و به دست آوردن مال است.^۱ در این مشارکت‌ها شخصیت حقوقی به وجود نمی‌آید. زیرا هیچ‌گونه سرمایه مشترکی اساس تشکیل شرکت نیست. با شروع فعالیت شرکا و به خصوص در موردی که مشارکت مدنی، طرف قرارداد با اشخاص ثالث قرار می‌گیرد، حقوق و تعهداتی برای شرکا در قبال اشخاص ثالث به وجود می‌آید. این حقوق و تعهدات جنبه شخصی دارد و مشمول مقررات مربوط به طلب مشترك است که در قسمتهای قبل مورد بحث قرار گرفت. این واقعیت موجب می‌گردد که شرکا در وصول مطالبات مشترك خود و نیز اشخاص ثالث در مطالبه دیون و تعهداتی که به عهده شرکا قرار می‌گیرد با محدودیت‌هایی مواجه گردند.

در حقوق آمریکا که مشارکت‌های مدنی رواج یافته است، علی‌الاصول به یکی از شرکا اجازه نمی‌دهند که در مورد طلبی که ناشی از مشارکت است به تنهایی

۱- مؤلف بدایع در این خصوص می‌گوید:

«الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال واما الشركة بالاعمال او بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل اصل المال والحاجة الى تحصيل اصل المال فوق الحاجة الى تنمية فلما شرعت لتحصيل الوصف قلان تشرع لتحصيل الاصل اولى». ج ۶، مبحث شرکت، ص ۵۸

و بدون ملحق شدن به شریک خود، علیه اشخاص ثالث اقامه دعوی کند. اعم از اینکه فقط به نفع خود اقامه دعوی کند و یا اینکه به نفع خود و شریک خود تمام طلب مشترک را مطالبه کند. در دائره المعارف مجموعه اصول حقوق آمریکا در این مورد چنین آمده است :

«در یک مشارکت مدنی، یکی از شرکا می تواند ادعاهای شخصی خود را از دیگران مطالبه کند. ولی در غیر از اوضاع و احوال خاصی که چنین حقی به شریک داده می شود شریک نمی تواند به تنهایی و بدون ملحق شدن به کلیه شرکا اقامه دعوی کرده و طرف دعوی در مطالبه موضوعی که متعلق به شرکت است قرار گیرد... به جز در موارد استثنائی، کلیه شرکا باید ضرورتاً در دعوائی که علت آن متعلق به شرکت است طرف دعوی قرار گیرند اعم از اینکه علت دعوی، (Cause of action) قرارداد و یا موارد ضمان قهری باشد.»^۱

بنابراین می توان گفت یکی از شرکا به تنهایی نمی تواند حقوق مربوط به مشارکت مدنی را مطالبه کند.^۲ به علاوه حتی یکی از شرکا علی الاصول حق ندارد

1- 68 Corpus Juris Secundum, Para, 208

۲- دیوان عالی کالیفرنیا شمالی در این خصوص چنین می گوید :

"The general rule in this jurisdiction is that one partner may not sue in his own name, alone, and for his own benefit upon a cause of action accruing to the partnership. The action must be prosecuted in the name of the real party in interest ... Vaughan v. Davenport 157 N.C. 156, 72 S.E. 842. 'It is the general rule that in all suits relating to a partnership all the partners are necessary parties; and the action must be brought in the name of the partnership'. Roller v. McKinney 159 N.C. 319, 74 S.E. 966; Cain v. Wright 50 N.C. 282, 72 Am. Dec. 551; Heaton v. Wilson 123 N.C. 398, 31 S.E. 671; Allen v. McMillan 191 N.C. 517, 132 S.E. 276; 47 C.J. 957."

آنچه را که در حد سهم خود از مطالبات مشارکت مدنی می‌داند به تنهایی مورد مطالبه قرار دهد. دائره المعارف مجموعه اصول حقوقی آمریکا در این زمینه می‌گوید: «يك شريك نمی‌تواند به تنهایی در مورد سهم خود از يك ادعائی که متعلق به مجموعه شرکا است اقدام دعوی کند مگر اینکه خواننده دعوی مسئولیت جداگانه‌ای در مورد این شرکت در حد سهم او را پذیرفته باشد».^۱

رویه قضائی در آمریکا حتی پس از تصفیه شرکت مدنی و یا موردی که بین شرکا توافق قبلی صورت گرفته باشد به یکی از شرکا به تنهایی اجازه اقدام دعوی در خصوص مطالبات شرکت را نمی‌دهد.

مع ذلك در موارد استثنائی مانند فوت یکی از شرکا و سایر اوضاع و احوالی که امکان ملحق شدن کلیه شرکا در اقدام دعوی نباشد، چاره‌ای جز این نیست که به یکی از شرکا اجازه داده شود که معادل سهم خود را از طلب شرکت به تنهایی مطالبه نماید^۲ ولی خارج از این موارد استثنائی، اصل بر این است که مطالبات شرکت، مشمول قواعد طلب مشترك است و بنابراین حتی اگر یکی از شرکا موفق

1 - 68 Corpus Juris Secundum, Para, 208

۲- شعبه یکم هیئت داوران ایران و آمریکا در پرونده شماره ۱۷۴ که یکی از دوشريک، ادعای ناشی از شرکت مدنی را علیه شرکت نوسازی و عمران تهران اقامه کرده بود با تکیه بر همین ملاحظات پذیرفت.

رجوع شود به حکم شماره ۱-۱۷۴-۲۰۱ شعبه یکم مورخ ۶۴/۱۰/۱۲ در قسمتی از همین رأی به نقل از پروفسور ارنست جی. کوهن Ernest J. Cohn چنین نوشته شده است:

«...گاهی ضرورت مسلم ایجاب می‌کند که از بهم پیوستن کلیه کسانی که به مفهوم اخص يك قاعده حقوقی باید در دعوی بهم به پیوندند استثناء قائل شد. بنابراین می‌توان انتظار داشت که بخش روبه‌تزايدی در این زمینه به اختیار و تشخیص قضات واگذار شود که با الهام از قواعد علمی و یا کم و بیش از سوابق قضائی قابل انعطاف، تصمیم‌گیری کنند».

شود بخشی از طلب شرکت را وصول کند، آنچه وصول شده سهم اختصاصی او نیست بلکه جنبه مشاع دارد و متعلق حق سایر شرکا نیز می باشد. مؤلف کتاب بدایع، در بیان خصوصیت دین مشترك، همین واقعیت را چنین بیان می کند :

« اصل این است که دین مشترکی که به نفع دوشريك ثابت است و ناشی از سبب واحد است اگر یکی از شرکا چیزی از آن را قبض کند، شريك دیگر نسبت به آنچه که قبض شده است دارای حق است زیرا آنچه دریافت شده، طلب مشترك بوده است و اگر آنچه قبض شده متعلق به یکی از شرکا دانسته شود، این امر به مفهوم تقسیم دین قبل از قبض آن است و چنین چیزی جایز نیست زیرا معنی تقسیم که تمیز حق است در خصوص آنچه بر ذمه مدیون است قابل تحقق نیست. بنابراین تصور قسمت در آن ممکن نیست... »^۱

در خصوص دعاوی اشخاص ثالث علیه مشارکت مدنی همین ملاحظات معتبر است. چون شرکت مدنی فاقد شخصیت حقوقی است بنابراین ادعاهای اشخاص ثالث باید علیه کلیه شرکا اقامه شود مگر اینکه در قراردادی که شخص ثالث با شرکا شرکت مدنی داشته است مسئولیت تضامنی اعضا شرکت تصریح شده باشد که در این صورت می تواند برای وصول طلب خود علیه یکی از دوشريك اقامه دعوی کند و این امر چیزی جز اجرای قواعد مربوط به مسئولیت تضامنی نیست.

مبحث سوم - تقسیم اموال مشترك

مقررات مربوط به تقسیم مال مشترك در خلال مواد ۵۸۹ الی ۶۰۷ قانون

۱- بدایع، ج ۶، مبحث شرکت، ص ۶۵

مدنی و بخشی از آن در فصل هفتم قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ (مواد ۳۰۰ الی ۳۲۶) آمده است. ماده ۳۲۶ قانون امور حسبی تصریح به لازم الاجرا بودن قانون مدنی و قانون امور حسبی در زمینه تقسیم اموال مشترك اعم از این که ناشی از ارث و یا سایر اسباب باشد کرده است بر طبق این ماده :

« مقررات قانون مدنی راجع به تقسیم در مورد تقسیم ترکه جاری است و نیز مقررات راجع به تقسیم که در این قانون مذکور است در مورد سایر اموال ساری است ».

۱ - حق تقسیم

در هر موردی که مال مشاعی وجود داشته باشد اعم از این که مبنای اشاعه، ارث و یا عقود و غیره باشد، هر یک از شرکا حق درخواست تقسیم مال مشترك را دارد.

پیش بینی حق تقسیم، ناشی از محدودیتهائی است که در استفاده از مال مشاع برای شرکا وجود دارد. به حدی که گفته شده است حالت اشاعه، عیب مال است و متضمن ضرر برای مالکین مال می باشد. برای تخلص از این ضرر، قانون برای هر یک از شرکا حق درخواست تقسیم را شناخته است. ماده ۵۸۹ قانون مدنی در این مورد می گوید :

« هر شريك المال میتواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترك را بنماید مگر در مواردی که تقسیم بموجب این قانون ممنوع یا شرکا به وجه ملزمی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند ».

مشابه همین قاعده در ماده ۸۱۵ قانون مدنی فرانسه پیش بینی

شده^۱ و حقوقدانان فرانسه آن را يك قاعده آمره و مربوط به نظم عمومی می دانند. بنا بر این شرکا نمی توانند حق تقسیم را بطور مطلق از خود سلب کنند^۲. می توان گفت که التزام بر عدم تقسیم حتی به صورت شرط ضمن عقد لازم قابل انتقاد است. زیرا حق تقسیم جزء لوازم حق مالکیت است و کسی را نمی توان ملزم ساخت که از امتیازاتی که لاینفک از مالکیت است صرف نظر کند و بنابراین باید گفت که بقاء بر حالت اشاعه فقط در مدت محدود امکان پذیر است و اسقاط حق تقسیم به طور دائم مخالف قواعد آمره است. البته در پاره ای از موارد تقسیم مال مشترك به جهات معینی ممنوع است که این موارد استثنائی را بعداً مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۲ - اقسام تقسیم

الف - تقسیم به تراضی

حق تقسیم از نتایج مالکیت است (ماده ۳۰ قانون مدنی) بنابراین اگر کلیه شرکا از جهت اصل تقسیم و نحوه آن تراضی کنند می توانند مال مشترك را بین خود تقسیم کنند و احتیاجی به دخالت مراجع قضائی نیست. این مورد را ماده ۵۹۱ قانون مدنی پیش بینی کرده است. در این مورد لازم است کلیه شرکا نسبت به تقسیم اعلام رضایت کرده و در تقسیم مشارکت کنند.

۱ - ماده مزبور می گوید :

« هیچ کس را نمی توان مجبور به باقی ماندن در حالت اشاعه کرد و امکان تقسیم همیشه وجود دارد مگر اینکه تقسیم ممنوع باشد و یا قراردادی برخلاف آن وجود داشته باشد، مع هذا می توان تقسیم را برای مدت محدودی معلق ساخت. این قرارداد خارج از مدت ۵ سال الزام آور نیست... ».

۲ - دروس حقوق مدنی، جلد ۴، ش ۱۶۱۸

ب- تقسیم اجباری

هنگامی که شرکا در نحوه تقسیم به توافق نرسند و یا بعضی از آنان اساساً موافق تقسیم نباشند و یا در موردی که تقسیم به تراضی، به علت غائب و یا محجور بودن یکی از شرکا امکان پذیر نیست در این صورت تقسیم از طریق دادگاه صورت می گیرد (ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی). مبنای حقوقی تقسیم اجباری از بین بردن حالت اشاعه است و بدین منظور دادگاه شریک ممتنع را اجبار به تقسیم می کند. رسیدگی دادگاه در این مورد دارای جنبه توافقی نیست بلکه صرفاً به منظور متمایز ساختن حقوق شرکا و زائل ساختن اشاعه است. به همین جهت قواعد مربوط به افراز مال مشاع در قانون امور حسبی آمده است.

ضرری بودن تقسیم

قانون مدنی حق تقسیم را برای هر یک از شرکا پذیرفته است. مبنای حقوقی حق تقسیم حق مالکیت و اصل تسلیط است. با این حال در موردی که تقسیم موجب ضرر یکی از مالکین شده و یا موجب از مالیت افتادن مال مشترك شود این اصل با استثنا مواجه می گردد.

ماده ۵۹۱ در این مورد می گوید :

« ... مشروط بر اینکه تقسیم مشتمل بر ضرر نباشد که در این

صورت اجبار جایز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد ».

ماده ۵۳ میزان ضرری را که مانع تقسیم می شود به شرح زیر مشخص

ساخته است :

« ضرری که مانع از تقسیم میشود عبارت است از نقصان

فاحش قیمت به مقداری که عادتاً قابل مسامحه نباشد ».

برای مثال قطعه زمینی به مساحت ۲۰۰ متر بین دو نفر به نسبت $\frac{۱}{۳}$ و $\frac{۲}{۳}$ مشاع است. قیمت هر متری از این زمین به صورت مشاع هزار تومان است ولی اگر تقسیم شود سهم یکی از شرکا که ۲۰ متر می باشد بخودی خود قابل استفاده نیست و ارزش آن بطور قابل توجهی سقوط می کند. در این مورد برای جلوگیری از ورود ضرر به شریکی که حصه او ناچیز است اجبار به تقسیم از طرف دادگاه صورت نمی گیرد مگر اینکه این شریک شخصاً تقسیم را بپذیرد. زیرا او در واقع اقدام به ضرر خود کرده است. این امر در ماده ۵۳۲ قانون مدنی تصریح شده است :

« هر گاه تقسیم برای بعضی از شرکا مضر و برای بعضی دیگر

بسی ضرر باشد در صورتیکه تقاضا از طرف متضرر باشد

طرف دیگر اجبار میشود و اگر برعکس تقاضا از طرف

غیر متضرر بشود شریک متضرر اجبار به تقسیم نمیشود.»

ماده مزبور متضمن قاعده حقوقی اقدام است. یعنی اگر کسی شخصاً اقدامی به ضرر خود کند دیگر مورد حمایت قانون قرار نمی گیرد.

از مالیت افتادن مال مشاع

هر گاه تقسیم مال مشاع موجب از مالیت افتادن تمام مال مشاع و یا حصه یکی از شرکا بشود تقسیم اساساً ممنوع است. بر طبق ماده ۵۹۵ قانون مدنی :

« هر گاه تقسیم، متضمن افتادن تمام مال مشترك یا حصه يك یا چند نفر از شرکا از مالیت باشد تقسیم ممنوع است اگرچه شرکا تراضی نمایند.»

مثل موردی که مال مشاع يك اتومبیل یا شمشیر و اشیائی نظایر آنهاست. یا مغازه کوچکی که تقسیم آن امکان استفاده آن را از بین می برد. در چنین موردی رضایت شریکی که حصه او از مالیت خارج می شود نیز تأثیری نداشته و مجوز تقسیم نیست. زیرا از بین بردن مال يك اقدام سفهی است و دادگاه چنین درخواستی را نمی تواند بپذیرد.

۴- فروش اجباری و تقسیم ثمن

در مواردی که مال مشاع قابل تقسیم نیست مثل آنکه تقسیم باعث ورود ضرر به شرکا و یا افتادن مال از مالیت شود، قانون مدنی راه حل عامی را پیش بینی نکرده است. فقط در ماده ۵۸۴ در مورد قنات مشترك و امثال آن، به منظور حل اختلاف و جلوگیری از تخریب قنات و امکان استفاده از آن به دادگاه اجازه داده است که به اقتضای موقع، شريك ممتنع را به شركت در تنقيه یا تعمیر یا اجاره یا بیع سهم خود اجبار کند. ولی اجبار به فروش در این مورد جنبه استثنائی دارد. در فقه امامیه در موردی که مال مشاع به علت متضرر شدن شرکا و یا سلب مالیت آن قابل تقسیم نیست، به طور صریح اجبار به فروش و تقسیم ثمن، مورد پذیرش واقع نشده است به علاوه شريك را نمی توان اجبار به تقسیم منافع کرد ولی گفته شده است در چنین حالتی حاکم می تواند از باب صیانت و حفظ مال و جلوگیری از تلف شدن آن و ورود ضرر به شرکا این مال را از دست شرکا خارج کرده و آن را اجاره دهد و اجرت را بین آنان تقسیم کند. بر همین اساس حاکم می تواند مال مشترك را در صورت لزوم به فروش رسانیده و ثمن را بین شرکا تقسیم کند. با این حال پاره ای از فقها قائل به عدم جواز فروش مال مشترك در صورت بروز اختلاف و عدم امکان قسمت شده اند و دلیل آن را عدم وجوب قسمت وعدم صحت بیع بدون رضایت مالك دانسته اند.^۱ ماده ۳۱۷ قانون امور حسبی سکوت قانون مدنی را بر طرف کرده و به عنوان يك قاعده کلی به دادگاه اجازه فروش مال مشاع و تقسیم ثمن را داده است. بر طبق این ماده :

« 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 ».

۱- جواهر الکلام، کتاب شرکت، ص ۴۵۲ و ۴۵۳

برطبق این ماده مال اعم از منقول و غیر منقول می تواند مورد فروش قرار گیرد مثل آپارتمان کوچک که قابل تقسیم نیست و به درخواست یکی از شرکا فروش از طریق مزایده به عمل می آید. در این مورد ممکن است در نهایت امر یکی از شرکا خریدار مال مشترك باشد در این صورت با وقوع بیع، عملاً کل مال مشاع در مالکیت او قرار گرفته و قیمت سهم شريك و با شرکا دیگر به آنان پرداخت می گردد. درحالی که ابتدائاً یکی از شرکا نمی تواند شرکا دیگر را مجبور به فروش سهم آنان و یا به خریدن سهم خود نماید.

در رابطه با تقسیم مال مشاع، قانون افراز و فروش املاك مشاع مصوب آذرماه ۱۳۵۷ حائز اهمیت است. برطبق ماده اول این قانون، افراز املاك مشاع ثبت شده که قبلاً در داد گاهها انجام می شد به ادارات ثبت محول گردیده است :

« افراز املاك مشاع که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته اعم از اینکه در دفتر املاك ثبت شده یا نشده باشد در صورتی که مورد تقاضای يك یا چند شريك باشد، با واحد ثبتی محلی محلی خواهد بود که ملك مذکور در حوزه آن واقع است. واحد ثبتی با رعایت کلیه قوانین و مقررات، ملك مورد تقاضا را افراز می نماید ».

ماده چهارم این قانون نیز ناظر به مراحل لازم برای امکان فروش ملك مشاع است :

« ملكی که به موجب تصمیم قطعی، غیر قابل افراز تشخیص شود با تقاضای هر يك از شرکا به دستور داد گاه شهرستان فروخته می شود ».

بنابراین از این پس داد گاه، هنگامی اقدام به فروش می کند که غیر قابل افراز بودن ملك از طرف واحد ثبتی احراز شود.

۵ - موارد خاصی که تقسیم منع نشده است

در حالی که قانون مدنی موانع تقسیم را بیان کرده است متقابلاً به موارد خاصی اشاره کرده و شبهه عدم امکان تقسیم را رد کرده است. این موارد شرح زیر هستند:

الف - تقسیم ملك از وقف

در مال غیر منقول که حصه مشاعی از آن وقف است هر چند بر اساس مشاع بودن مال، هر ذره از ذرات متعلق به کلیه شرکا است مع ذلك این امر مانع از تقسیم ملك از وقف نیست و اسی تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست. در وقف، اصل مال حبس می شود و نقل و انتقال آن جایز نیست و منافع آن در اختیار موقوف علیهم قرا می گیرد. موقوف علیهم نسلاً بعد نسل حق استفاده از منافع موقوفه را دارند. بنابراین اگر افراد خاصی که در يك زمان از موقوفه منتفع هستند بخواهند اصل مال را بین خود تقسیم کنند، چنین حقی را ندارند زیرا این حق در انحصار آنان نیست و متعلق به نسلهای بعدی هم هست^۱. ماده ۵۹۷ قانون مدنی به همین لحاظ تقسیم موقوفه را بین موقوف علیهم منع کرده است.

ب - وجود حق ارتفاق در ملك مشاع

در موردی که شخصی دارای حق ارتفاق در ملك مشاع متعلق به دیگران مثل حق عبور یا مجرای آب می باشد، وجود این حق نمی تواند مانع تقسیم مال مشاع باشد ولی در عین حال تقسیم مال مشاع نیز نباید موجب از بین رفتن حق ارتفاق گردد (ماده ۶۰۴ قانون مدنی).

ج - تقسیم اجباری بخشی از مال مشاع

در موردی که اموال متعددی به صورت مشاع هستند، مثل خانه و باغ وزمین، هر گاه درخواست تقسیم در مورد یکی از اقلام مشاع صورت گیرد و دادگاه در

۱ - شرایع الاسلام، کتاب شرکت، ص ۱۱۴

این مورد خاص اجبار به تقسیم کند، این امر ملازمه با تقسیم سایر اقسام ندارد. بنابراین این ممکن است سایر اجزاء مال مشاع به حال خود باقی بماند (ماده ۵۹۶ مانون مدنی).

د - تقسیم ترکه قبل از اداء دیون

وجود دین برای متوفی علی الاصول مانع تقسیم ترکه توسط ورثه نیست. مع ذلك برای حفظ حقوق طلبکاران تضمیناتی پیش بینی شده است. می دانیم که اموال شخص مدیون وثیقه عام پرداخت دیون او است. هنگامی که مدیون فوت می کند تعارضی بین ورثه و طلبکاران به وجود می آید. ادای دین مقدم بر ارث است. در موردی که میزان دیون متوفی بیش از ارزش ماترك است، حق ورثه نسبت به ترکه يك حق صوری است. در واقع اموال متوفی متعلق حق طلبکاران است و ورثه نفعی در قبول ترکه ندارند. مع ذلك در همین مورد نیز ورثه، مالك ترکه محسوب می شوند زیرا ارث از موجبات انتقال قهری اموال به ورثه است. اما در موردی که میزان دیون شخص متوفی کمتر از ماترك او است و ورثه ماترك را قبول می کنند، طلبکاران باید تضمیناتی برای وصول طلب خود داشته باشند. حق طلبکاران نسبت به ترکه نه حق مالکیت و نه حق رهن است ولی می توان گفت که ترکه متوفی تضمین پرداخت دیون او است ولی این حق مانع از تقسیم ترکه بین ورثه نیست به شرط اینکه پرداخت دیون متوفی را به عهده گیرند. ماده ۶۰۶ قانون مدنی نیز به پیروی از همین فکر، وجود دین را مانع تقسیم ندانسته و صحت تقسیم را پذیرفته است. زیرا اگر ورثه پرداخت دیون را به عهده گیرند و یا موجبات تادیه دین را فراهم سازند، دلیلی برای باطل ساختن تقسیم نیست. تقسیم يك توافق قرار دادی است و باید حتی الامکان از اینکه در معرض نقض قرار گیرد اجتناب شود^۱ بر طبق ماده ۶۰۶:

۱- شرایع الاسلام کتاب قضا ص ۲۸۶، المغنی، ج ۱۰، ص ۱۱۲ و بدایع ج ۷، ص ۳۰. مؤلف این کتاب به عنوان يك قاعده کلی می گوید: «لان القسمة تصان عن النقص ما أمكن».

«هرگاه ترکه میت قبل از ادا دیون تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است، طلبکار باید بهر يك از وراثت به نسبت سهم او رجوع کند و اگر يك یا چند نفر از وراثت معسر شده باشد، طلبکار می تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراثت دیگر رجوع نماید».

مراجعة طلبکار به هر يك از ورثه به نسبت سهمی است که از ترکه نصیب او شده است^۲ بنابراین اگر ورثه يك دختر باشند مقدار $\frac{۲}{۳}$ طلب از پسر و $\frac{۱}{۳}$ آن از دختر مطالبه می شود. نکته قابل توجه این است که اگر يك یا چند نفر از ورثه بعد از تقسیم ترکه، معسر شده باشند و توانائی پرداخت دین از آنان سلب شود، در این مورد طلبکار می تواند برای وصول این بخش از طلب خود به سایر ورثه مراجعه کند. زیرا کلیه اموال شخص متوفی وثیقه پرداخت طلب طلبکاران است و طلبکاران بر ورثه اولویت دارند. طلبکاران از بابت سهم وارثی که معسر شده است باید به هر يك از سایر ورثه به نسبت سهمی که از ترکه نصیب او شده است مراجعه کنند و نمی توانند برای وصول طلب خود از بابت وراثت معسر به یکی از ورثه مراجعه کنند. دلیل بر این نظر می تواند عبارت ماده ۶۰۶ قانون مدنی باشد زیرا در اصل، مراجعه به ورثه برای استیفای طلب به نسبت سهم هر يك از ورثه است. همچنین باید اضافه کرد که ورثه فقط در حدودی که از ترکه منتفع شده اند مسئولیت پرداخت دیون را دارند زیرا دیون علی الاصول به ترکه تعلق می گیرد و ورثه مسئولیت شخصی نسبت به پرداخت دیون متوفی را ندارند. این حکم در ماده ۲۴۸ قانون امور حسبی پیش بینی شده است:

۲- بر طبق مواد مختلفی از قانون مدنی فرانسه، دیون متوفی، به محض فوت بلافاصله و به صورت خود به خود بین ورثه به نسبت سهم الارث آنان تقسیم و تجزیه می شود. بنابراین هنگامی که دعوائی از طرف طلبکاران شخص متوفی علیه یکی از ورثه اقامه می شود این وارث مکلف است فقط بخشی از دین را که در چار چوب سهم او در ترکه است پرداخت کند. دروس حقوق مدنی، ج ۳، ص ۸۸۰

«در صورتیکه ورثه، ترکه را قبول نمایند هر يك مسئول اداء تمام ديون به نسبت سهم خود خواهند بود مگر اينکه ثابت کنند ديون متوفی زايد بر ترکه بوده یا ثابت کنند که پس از فوت متوفی ترکه بدون تقصير آنها تلف شده و باقیمانده ترکه برای پرداخت ديون کافی نیست که در اینصورت نسبت به زايد از ترکه مسئول نخواهند بود».

۶- روش تقسیم

در موردی که تقسیم با تراضی شرکا صورت می گیرد، شرکا اختیار دارند که اموال مشترك را به هر نحوی که می خواهند بین خود تقسیم کنند ولی در بسیاری از موارد شرکا در اصل تقسیم و یا نسبت به طرز آن توافق نمی کنند. در این حالت مقرراتی از جهت طرز تقسیم ضرورت پیدا می کند. در این مورد نوعاً دخالت کارشناس نیز لازم است زیرا تقسیم عادلانه اموال مشاع ملازمه با ارزیابی قیمت آنها دارد. ماده ۳۱۵ قانون امور حسبی در این مورد می گوید:

«کارشناس باید بهای اموال مورد درخواست و قابل قسمت بودن و یا قابل قسمت نبودن آنها را معین و سهام را تعدیل نماید. کارشناس باید برای ارزیابی اموال بهای روز ارزیابی را در نظر بگیرد».

قابل قسمت بودن مال مشترك مهمترین مسئله در تقسیم است زیرا اگر مال قابل تقسیم نبوده و بر اثر تقسیم به یکی از شرکا زیانی وارد شود و یا آنکه مال از مالیت خارج شود و یا در موردی که بر طبق مقررات و ضوابط شهرداری تقسیم مال اصولاً ممنوع باشد در این صورت عمل تقسیم نباید واقع شود. به همین جهت قانون امور حسبی این امر را به عهده کارشناس واگذار کرده است. مسئله دیگر ترتیب تقسیم است. بر حسب اینکه مال مشترك از جنس واحد بوده و یا از اجناس

مختلف باشد تقسیم به طرق مختلفی صورت می گیرد. به همین جهت ماده ۵۹۸ قانون مدنی و نیز ماده ۳۲۶ قانون امور حسبی در مورد کیفیت تقسیم اموال مشترك ترتیب خاصی را مقرر ساخته است:

الف - تقسیم به افراز

در موردی که مال مشترك مثلی است یعنی اجزای مختلف آن مشابه یکدیگرند، تقسیم به نسبت سهام شرکا صورت می گیرد. اگر ده تن گندم متعلق به دو نفر باشد بسادگی می توان ۵ تن گندم را در سهم هر يك از آن دو قرار داد. هم چنین در صورتی که يك قطعه زمین ۱۰۰۰ متری مشاع بین دو نفر باشد بطوری که قسمتهای مختلف زمین دارای ارزش برابر باشد می توان زمین را با يك ریسمان به دو بخش مساوی تقسیم کرد و هر بخش را در سهم یکی از دو شريك قرار داد. در این مورد ممکن است علی رغم مشابهت کامل این دو بخش، شرکا در انتخاب حصه، توافق نکنند. در این صورت راه حل اختلاف، انتخاب حصه هريك از شرکا از طریق قرعه است. در تقسیم به افراز ارزیابی و تقویم مال مشترك ضرورت ندارد زیرا بدون ارزیابی می توان حصه معینی را در سهم هريك از شرکا قرار داد.

ب - تقسیم به تعدیل

در موردی که اموال مشترك، قیمی هستند مثل خانه و اتومبیل و فرش و امثال آن و نتوان برای هريك از شرکا از تمام مال مشترك حصه ای تعیین نمود، تقسیم از طریق ارزیابی قیمت اموال مشترك و تعدیل سهام صورت می گیرد. برای مثال ترکیه متوفی شامل يك خانه و چند اتومبیل است. ممکن است قیمت خانه پس از ارزیابی معادل قیمت اتومبیل ها باشد، در این صورت می توان خانه را در سهم یکی از ورثه و اتومبیل ها را در سهم دیگری قرار داد. همچنین در مورد اموال منقول متوفی که از اقلام متعددی تشکیل شده اند، باید نخست بر حسب تعداد ورثه، آنها را به حصه های متعدد تقسیم کرد که از جهت قیمت معادل یکدیگر باشند. پس از

انجام این عمل که به آن تعدیل سهام اطلاق میشود، اگر شرکا در مورد انتخاب حصه خود تراضی کردند که طبق توافق آنان عمل می‌شود والا راه حل تقسیم، انتخاب حصه شرکا از طریق قرعه است. تقسیم از طریق قرعه به این صورت است که اسامی شرکا روی کاغذهای جداگانه نوشته می‌شود. این کاغذها لوله شده در يك ظرف ریخته می‌شوند به طوری که قابل تشخیص نباشند. همچنین حصه‌های مختلف برحسب اسامی و یا شماره‌ای که به هر يك از آن داده می‌شود در ظرف دیگری ریخته می‌شود و سپس عمل قرعه انجام می‌شود. یعنی یکی از اسامی و یکی از شماره‌های مربوط به حصه‌های مال مشترك برداشته می‌شود و بدین ترتیب این حصه در سهم کسی که اسم او روی کاغذ نوشته شده قرار می‌گیرد. این عمل ادامه می‌یابد تا حصه کلیه مالکین به صورت جداگانه و مفروز استخراج شود. در مواردی که تعداد شرکا متعدد می‌باشند کوچکترین حصه مبنای تقسیم قرار می‌گیرد. برای مثال اگر ورثه عبارت از ۴ پسر و يك دختر باشند ماترك به ۹ قسمت مساوی تقسیم می‌شود. در این مثال برای آنکه بخش‌هایی از مال مشاع که به هر يك از ورثه تعلق می‌گیرد متناسب باشد، کارشناس زمینه‌ای را برای تقسیم مشخص می‌سازد. برای مثال هر گاه حصه شماره ۱ طبق قرعه به یکی از ورثه افتاد حصه شماره ۲ نیز به او تعلق خواهد داشت همچنین شماره ۳ و ۴، الی آخر.

ماده ۵۹۸ قانون مدنی و ۳۱۶ قانون امور حسبی، تقسیم به تعدیل راپیش‌بینی کرده‌اند.

ج - تقسیم به رد

در موردی که اموال مشترك جنبه قیمی دارند ممکن است تعدیل سهام منوط به اضافه کردن چیزی از خارج باشد. برای مثال اگر اموال مشترك عبارت از دو دستگاه اتومبیل با قیمت‌های مختلف باشند که قیمت یکی از آن دو ۳۰۰ هزار تومان و دیگری ۵۰۰ هزار تومان باشد، معمولاً شرکا در انتخاب یکی از دو اتومبیل به همین کیفیت به توافق نمی‌رسند. ولی اگر یکی از شرکا که اتومبیل گران بها تر را

می‌دارد مبلغی پول به شریك دیگر که اتومبیل کم بها تر را برمی‌دارد بدهد امکان تقسیم فراهم می‌شود. این نوع تقسیم را که مستلزم رد کردن پول یا چیز دیگری از طرف یکی از شرکا به دیگری است تقسیم به‌رد می‌گویند. برای مثال در این مورد با توجه به آن که بهای مجموع دو اتومبیل ۸۰۰ هزار تومان است و بهای سهم هر يك از دو شريك ۴۰۰ هزار تومان است، شریکی که اتومبیل ۵۰۰ هزار تومانی را برمی‌دارد باید مبلغ یکصد هزار تومان به شريك دیگر خود که اتومبیل ۳۰۰ هزار تومانی در سهم او قرار می‌گیرد پرداخت کند.

حال باید گفت که بین سه حالت مزبور از تقسیم مال مشاع، سلسله مراتبی وجود دارد یعنی باید حتی‌الامکان تقسیم به‌ترتیبی به‌عمل آید که به‌هر يك از شرکا از کلیه اجزاء مال مشاع حصه‌ای داده شود و این امر تقسیم به‌افراز است اگر این روش میسر نشد باید تقسیم به‌تعدیل و در غیر این صورت تقسیم به‌رد به‌عمل آید. ماده ۳۱۶ قانون امور حسبی این ترتیب را چنین بیان کرده است:

«تقسیم طوری بعمل می‌آید که برای هر يك از ورثه از هر نوع اموال حصه معین شود و اگر بعضی از اموال بدون زیان قابل تقسیم نباشد، ممکن است آن را در سهم بعضی از ورثه قرار داد و برابر بهای آن از سایر اموال در سهم دیگران منظور نموده و اگر تعدیل محتاج به ضمیمه پول یا اموال باشد بضمیمه آن تعدیل می‌شود».

در قانون مدنی تقسیم به رد صریحا پیش‌بینی نشده است ولی در عمل تقسیم به رد رایج است و مبنای حقوقی آن قانون امور حسبی است.

۷- ماهیت حقوقی تقسیم

با تقسیم مال مشاع، حالت اشاعه برطرف می‌شود و حصه هر يك از شرکا در ملکیت اختصاصی او قرار می‌گیرد. در خصوص ماهیت حقوقی عمل تقسیم سه نظر مختلف ابراز شده است:

الف - تقسیم ، بیع یا معاوضه است

برای تبدیل مال مشاع به مال مفروز، هریک از شرکا باید از سهم مشاعی که در حصه متعلق به شریک او قرار دارد صرف نظر کند تا بتواند مالک حصه اختصاصی خود گردد و این فعل و انفعال بدون تحقق یک مبادله عملی نیست. برای مثال اگر یک تن گندم به طور مشاع متعلق به دو نفر باشد و بخواهند این گندم را از طریق افزایش تقسیم کنند هریک، مالک ۵۰ کیلو از این گندم ها خواهد شد. ولی با توجه به آنکه هر ذره ای از ذرات مال مشاع متعلق به کلیه شرکا است، در این صورت وقتی یکی از شرکا ۵۰۰ کیلو گندم را برمی دارد در واقع فقط ۲۵۰ کیلو از آن متعلق به خود او است و همین وضعیت در مورد طرف مقابل نیز وجود دارد. بنابراین برای اینکه هریک، مالک مستقل ۵۰۰ کیلو گندم شود باید از ذرات فرضی خود در گندمهایی که در طرف مقابل قرار گرفته صرف نظر کند و این انصراف در صورتی واقع می شود که شریک دیگر نیز متقابلاً از ذرات فرضی متعلق به خود اعراض کند، در نتیجه نوعی مبادله در ماهیت امر بین شرکا واقع می گردد. این نظریه بیشتر در مورد اموال قیمی که در آنها تعدیل سهام مطرح می شود و کلیه قسمت های مال مشاع به هریک از شرکا داده نمی شود تاکید شده است.^۱

ب - تمیز حق

نظر دیگر این است که ماهیت حقوقی تقسیم را باید صرفاً تمیز حق دانست منظور این است که مال شرکا قبل از تقسیم به طور مشاع است و نمی توان سهم

۱- این نظر مورد تأیید گروهی از فقهای عامه است. رجوع شود از جمله به: بدایع الصنائع، ج ۷، ص ۱۷ «...» و هو تفسیر المبادله. فکانت القسمة فی حق الاجزاء المملوکه له افزا و تمییزا و تعیینیا لها فی الملك و فی حق الاجزاء المملوکه لصاحبه معاوضه و هی مبادله بعض الاجزاء المجتمعه فی نصیبه، بعض الاجزاء المجتمعه فی نصیب صاحبه. فکانت افزاز بعض الانصباء و معاوضه البعض ضروره و هذا هو حقیقه القسمة المعقوله فی الاملاک المشترکه. فکان معنی المعاوضه لازماً فی کل قسمة شرعیه...».

- شرح المجله ذیل مواد ۱۱۱۶، ۱۱۱۷، ۱۱۱۸

اختصاصی آنان را تشخیص داد ولی، بر اثر تقسیم، حصه شرکاء از یکدیگر متمایز می گردد و هیچ گونه مبادله و یا معاوضه ای بین طرفین صورت نمی گیرد. این نظر در فقه امامیه پذیرفته شده و مورد قبول عده ای از فقهای عامه قرار گرفته است.^۱ در توجیه این نظر می گویند، تقسیم از جهت اسم و احکام آن از عقد بیع متمایز است زیرا برخلاف عقد بیع، احتیاج به الفاظی که حاکی از تملیک مال خود به دیگری باشد ندارد. اخذ به شفعه در تقسیم مورد پیدا نمی کند. در تقسیم اجبار وجود دارد در حالی که در عقود امکان اجبار نیست. تساوی در حصه شرکاء در تقسیم باید ملحوظ گردد ولی در بیع چنین امری لازم نیست.^۲

ج - وضع خاص تقسیم به رد

در موردی که تقسیم از طریق رد و پرداخت سرانه است در بین طرفداران نظریه تمیز حق اختلاف نظر وجود دارد. عده ای از فقهای عامه اعتقاد دارند که تقسیم اصولاً تمیز حق است ولی در موردی که متضمن رد و پرداخت سرانه است در این صورت باید آنرا معاوضه و بیع تلقی کرد و دیگر صرف تمیز حق نیست. به این استدلال که شریکی که با پرداخت سرانه مقدار بیشتری از حصه مشاع خود را تملک می کند در واقع با پرداخت این سرانه عقد بیعی را منعقد ساخته است. بنابراین اگر مال مشاع مرکب از وقف و ملک باشد و سرانه از طرف شریک مالک پرداخت گردد، تقسیم جایز نیست. زیرا با این شیوه بخشی از موقوفه خریداری شده است ولی اگر سرانه از طرف متولی موقوفه پرداخت شود در واقع بخشی از ملک به نفع موقوفه خریداری شده و چیزی به سهم موقوفه اضافه شده است. بنابراین تقسیم به رد متضمن

۱ - شرایع الاسلام، کتاب شرکت، ص ۱۱۴، جواهر الکلام، کتاب شرکت، ص

۴۵۱ و المغنی، ج ۱۰، ص ۱۰۱

۲ - المغنی، ج ۱۰، ص ۱۰۱ و اعلام الموقعین، ج ۳، ص ۳۸۱

مفهوم بیع است.^۱ ولسی فقهای امامیه معتقدند که تقسیم تمیز حق است و لئو آنکه متضمن رد و پرداخت سرانه باشد. به نظر آنان پرداخت سرانه صرفاً به قصد تسهیل تقسیم است و به قصد انعقاد بیع و معاوضه نیست. بنابراین ماهیت حقوقی تقسیم در این مورد براساس موارد اختلافی ندارد.

د - ماهیت حقوقی تقسیم در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه نیز مسئله ماهیت حقوقی تقسیم مورد بحث قرار گرفته است. ماده ۷۷۳ قانون مدنی این کشور در خصوص اثر تقسیم می گوید، «هر يك از ورثه فرض بر این است که به تنهایی و بلا واسطه مالك کلیه آنچه در حصه او قرار گرفته و از طریق مزایده به دست آورده است می شود و متقابلاً فرض می شود که هیچ گونه حقی نسبت به سایر اجزاء تر که نداشته است».

حقوقدانان این کشور براساس این ماده اظهار نظر کرده اند که تقسیم مال مشاع دارای جنبه اعلامی یا کاشف حق است و اثر انتقال مالکیت ندارد. بنابراین تقسیم مال مشاك دارای اثر عطف به ماسبق می باشد. به این معنی که وقتی مال مشاع تقسیم می شود شرکا از یکدیگر چیزی را تحصیل نمی کنند بلکه آنچه در حصه آنان قرار می گیرد به طور مستقیم از شخص متوفی و به محض تحقق ارث به دست می آورند. و بدین ترتیب تقسیم، کاشف از تحقق مالکیت هر يك از شرکاء بر حصه اختصاصی خود از همان زمان پیدایش حالت اشاعه بوده است. اثر حقوقی این نظر آن است که اگر یکی از ورثه در زمانی که تر که به صورت مشاع بوده است معاملاتی نسبت به سهم خود در یکی از اقسام تر که انجام داد و سپس کل این مال

۱ - المغنی، ج ۱۰ ص ۱۰۱ - محقق در شرایع الاسلام در مورد تقسیم به رد تقسیم اجباری را جایز نمی داند و می گوید: «... ثم المقسوم ان لم یکن فیه رد ولا ضرر اجبر الممتنع و یسمی قسمة اجبار و ان تضمنت احد هما لم یجبر و یسمی قسمة تراض...». کتاب قضا، ص ۲۸۲

در سهم یکی دیگر از ورثه قرار گیرد این معاملات باطل می‌شوند.^۱

بنابراین ماهیت حقوقی تقسیم را در حقوق فرانسه باید تمیز حق دانست. حقوقدانان فرانسه تصریح کرده‌اند که نقش تقسیم، تصدیق مالکیت موجود شرکاء است و متضمن عقد بیع و یا معاوضه نیست. حتی در موردی که تقسیم بر اساس پرداخت سرانه صورت می‌گیرد، اگر شریکی که مسئول پرداخت سرانه است از اداء آن امتناع کند شریک دیگر، حق درخواست فسخ تقسیم را به این علت ندارد. زیرا این شریک در موقعیت شخص بایعی که ثمن به او تادیه نشده است نیست.^۲

اثر کاشفیت تقسیم، مختص به تقسیم ترکه نیست بلکه در خصوص تقسیم هر نوع مال مشترك از جمله اموال شرکتی که منحل شده است جاری است.^۳ مع ذلك رویه قضائی فرانسه خصوصیت اعلامی بودن تقسیم را يك قاعده مربوط به نظم عمومی تلقی نکرده است. بنابراین مالکان مشاع می‌توانند این قاعده را کنار گذاشته و با آنرا محدود سازند.^۴

۸ - اثر تقسیم

پس از وقوع تقسیم به نحو صحیح، هریك از شرکاء مالك مستقل حصه‌ای که به او تعلق گرفته است می‌گردد و مثل هر مال مفروز می‌تواند هر تصرفی را در آن بنماید و متقابلاً حقی نسبت به آنچه در سهم دیگران قرار گرفته است ندارد. ماده ۳۲۵ قانون امور حسبی اثر تقسیم را چنین بیان می‌کند:

«هر يك از ورثه پس از تقسیم، مالك مستقل سهم خود خواهد بود و هر تصرفی که بخواهد مینماید و بحصه دیگران حقی ندارد».

۱ - دروس حقوق مدنی، ج ۲، ص ۸۵۸

۲ - همان مرجع، ص ۸۶۳

۳ - همان مرجع، ص ۷۶۵

۴ - همان مرجع، ص ۸۷۵

از ظاهر این ماده چنین بر می آید که مالکیت استقلالی هر يك از شركاء از هنگام تقسیم برقرار می شود و جنبه کاشفیت برای تقسیم که موجب می شود مالکیت استقلالی از زمان شروع اشاعه محسوب شود، پذیرفته نشده است. بنابراین اگر ورثه متوفی که دو نفر هستند مالك مشاع يك خانه ويك باغ بوده اند و در زمان اشاعه یکی از ورثه سهم مشاع خود را در مورد خانه به رهن گذارده است اگر پس از وقوع تقسیم به تعدیل، این خانه در مالکیت مستقل وارث دیگر قرار گیرد این رهن به قوت خود باقی می ماند. زیرا رهن نسبت به خانه در زمانی واقع شده است که رهن مالکیت نسبت به آن داشته است و قرار گرفتن کل این خانه در ملکیت شريك موجب زوال حق مرتهن نسبت به عین مرهونه نیست. به خصوص که در فقه صحت رهن مشاع همانند مال مفروز مورد پذیرش قرار گرفته است.^۱

در قانون مدنی ماده خاصی که اثر تقسیم را بیان کند وجود ندارد و ماده ۵۹۹ تصریح به لازم بودن تقسیم می کند. اگر لزوم تقسیم، به مفهوم آن دانسته شود که پس از آن دیگر شركاء نمی توانند حالت اشاعه را برگردانند این مفهوم صحیح و مورد پذیرش است ولی اگر به مفهوم آن تلقی شود که تقسیم لازم است ولی شركاء با توافق یکدیگر می توانند تقسیم را برهم زده و حالت اشاعه را به ملك باز گردانند مورد اشکال خواهد بود. زیرا ماهیت تقسیم تمیز حق است و عقد بیع و یا معاوضه نیست که بتوان آنرا اقاله کرد. اقاله اختصاص به عقد دارد. و به علاوه موجبات پیدایش حالت اشاعه منحصر در ارث و عقد و امتزاج است و بر همین اساس اگر تقسیم به طور صحیح واقع شد نمی توان با توافق کلیه شركاء آنرا برهم زد و حالت اشاعه را به ملك عودت داد. مع ذلك ماده ۵۹۹ قانون مدنی در این مورد به امکان رجوع از تقسیم اشاره کرده است:

۱- شرایع الاسلام، کتاب رهن: «ومن شرطه ان يكون عيناً مملوكة كما يمكن قبضه ويصح بيعه سواء كان مشاعاً او مفزداً...».

«تقسیم بعد از آنکه صحیحاً واقع شد لازم است و هیچ يك از شرکا نمی تواند بدون رضای دیگران از آن رجوع کند».

مگر آنکه گفته شود منظور این ماده لازم بودن تقسیم است و نظری به مفهوم مخالف آن در میان نبوده است.

۹ - اصل تساوی در تقسیم

رعایت مساوات در تقسیم مال مشترك يك امر اصولی در تقسیم است و بر همین اساس هر چیزی که این مساوات را برهم زند باعث مخدوش گردیدن تقسیم دانسته شده است. در این موارد تقسیم ممکن است قابل فسخ و یا باطل باشد:

الف - وجود عیب در حصه یکی از شرکا

بر طبق ماده ۶۰۰ قانون مدنی هر گاه در حصه يك یا چند نفر از شرکاء عیبی ظاهر شود که در حین تقسیم عالم به آن نبوده شريك یا شرکا مزبور حق دارند تقسیم را به هم بزنند.

وجود عیب در حصه ای که به یکی از شرکا تعلق گرفته باعث می شود مساوات و عدالت در تقسیم از بین برود. بنابراین قانون حق فسخ تقسیم را به شريك مزبور داده است. استفاده از حق فسخ مشروط بر این است که عیب قبل از تقسیم، در حصه ای که بعداً به او تعلق گرفته موجود بوده و این عیب در حین تقسیم معلوم نباشد. ماده ۶۰۰ اشاره ای به حق مطالبه ارش به مناسبت ظهور عیب نکرده است آیا شریکی که در حصه او عیبی ظاهر شده می تواند به جای درخواست فسخ، مطالبه ارش یعنی مابه التفاوت حصه معیب و سالم را به نسبتی که به او تعلق می گیرد بنماید؟ در عقد بیع هنگامی که در مبیع کشف عیب می شود، مشتری حق فسخ یا مطالبه ارش دارد ولی این حق جنبه استثنائی دارد و حکم استثنائی را نمی توان به سایر موارد سرایت داد. بنابراین سکوت ماده ۶۰۰ در مورد مطالبه ارش به مفهوم عدم جواز مطالبه آن است. در این مورد پاره ای از فقهای عامه با قیاس وضع شريك به مشتری حق مطالبه ارش

را پذیرفته اند^۱.

ب - غلط بودن تقسیم

ممکن است تقسیم به غلط واقع شود. غلط بودن تقسیم ناشی از علل مختلفی است؛ ممکن است اشتباه ناشی از عدم توجه به حکم قانون باشد مثل اینکه ترکیه متوفی بین ورثه او که یک پسر و یک دختر است بطور مساوی تقسیم شود و حال آنکه سهم پسر دو برابر دختر بوده است. غلط بودن تقسیم می تواند ناشی از اشتباه در ارزیابی بعضی از اموال مشترك به هنگام تعدیل سهام باشد مثل اینکه یکی از اقلام مال مشترك نصف قیمت واقعی آن ارزیابی شده و در حصه یکی از شرکا قرار گیرد. نتیجه اشتباه در این موارد این است که به یک یا چند نفر از شرکا کمتر از حق واقعی آنان، از مال مشاع داده شده است و این امر موجب نقص مساوات و تعادل تقسیم است و رضایت شرکا به قسمت به نحو مزبور ناشی از اشتباه بوده است و بنابراین حق شريك متضرر به قوت خود باقی می ماند. بر طبق ماده ۶۰۱ قانون مدنی :

« هر گاه بعد از تقسیم معلوم شود که قسمت به غلط واقع شده

است تقسیم باطل می شود.

در این ماده ضمانت اجرای ظهور غلط و اشتباه بطلان تقسیم محسوب شده است. شاید بتوان دلیل آن را فوت شدن شرط صحت تقسیم که تعادل در سهام است تلقی کرد. اثر حقوقی بطلان این است که تقسیم کان لم یکن محسوب می شود و منافع مال مشترك باید مثل حالت اشاعه به نسبت سهام تقسیم شود تا هنگامی که مجدداً تقسیم صورت گیرد^۲ البته اگر شريك متضرر به تقسیم رضایت دهد تقسیم اعتبار خود را حفظ خواهد کرد.

۱ - المغنی، ج ۱۰، ص ۱۱۴

۲ - محقق در شرایط تقسیم را در صورت وجود غلط باطل می داند و علت بطلان آن را عدم حصول تمیز حق می داند. کتاب قضا، ص ۲۸

ج - مستحق للغير بودن

برطبق ماده ۶۰۲ قانون مدنی :

« هر گاه بعد از تقسیم معلوم شود که مقدار معینی از اموال تقسیم شده، مال غیر بوده است در صورتیکه مال غیر در تمام حصص مفروزاً به تساوی باشد تقسیم صحیح و الا باطل است ».

در این ماده چند حالت مختلف پیش بینی شده است :

حالت اول - مال غیر فقط در سهم یکی از شرکا قرار گرفته باشد. مثل اینکه يك اتومبیل متعلق به غیر در سهم یکی از ورثه قرار گیرد. در این مورد تقسیم باطل است، زیرا مالك اتومبیل مال خود را تصاحب می کند و حالت اشاعه در مورد حصه ای که به شريك دیگر تعلق گرفته باقی می ماند.

حالت دوم - اگر مال غیر در سهم هر دو شريك به طور مساوی و به طور مفروز قرار گرفته باشد تقسیم باطل نیست و به قوت خود باقی می ماند، زیرا تعادل در تقسیم با استرداد این مال از جانب مالك آن، برهم نمی خورد. برای مثال در ترکیه متوفی که بین دو پسر او تقسیم شده دو اتومبیل متعلق به غیر وجود داشته که هر يك در سهم یکی از آنان قرار گرفته بوده است.

حالت سوم - مال غیر در سهم هر يك از شرکا وارد شده است ولی نه بر اساس تساوی. در این مورد نیز قسمت باطل است زیرا با استرداد مال غیر، تعادل در تقسیم برهم می خورد و حالت اشاعه باقی می ماند.

حالت چهارم - مال غیر بطور مساوی در حصه هر يك از شرکا قرار گرفته ولی به صورت مشاع. در فقه امامیه در این مورد دو نظر مختلف وجود دارد. نظر اول این است که تقسیم صحیح است و شخص ثالث با هر يك از شرکا شريك است. نظر دوم بطلان تقسیم است به دلیل آنکه تقسیم از اصل بدون رضایت و اذن کلیه شرکا واقع شده است و رضایت جمیع شرکا شرط اساسی تقسیم به تراضی

است.^۱ از ظاهر عبارت ماده ۶۰۲ نیز بطلان تقسیم در این مورد قابل استنباط است. زیرا صحت تقسیم را مخصوص به موردی دانسته است که مال غیر «مفروزاً» در سهم شرکا قرار گرفته باشد که مفهوم آن این است که اگر مال غیر به طور مشاع در سهم شرکا قرار گرفته باشد تقسیم باطل است. مثل اینکه مقدار ۶۰۰ کیلو گندم بین دو نفر تقسیم شود و پس از تقسیم معلوم شود که ۲۰۰ کیلو آن متعلق به غیر بوده است یا آنکه قطعه زمینی به مساحت ۱۲۰۰ متر بین دو نفر تقسیم شود و سپس معلوم شود که مقدار ۴۰۰ متر از آن متعلق به غیر بوده است. در این مثال در واقع مقدار ۲۰۰ متر از ۶۰۰ متری که به هر یک از شرکا تعلق گرفته است مال غیر بوده است. در عمل هنگامی که ورثه اموال مشترك را بین خود تقسیم می کنند و سپس وارث جدیدی پیدا می شود مستحق للغير بودن مطرح می شود زیرا بخشی از آنچه را ورثه بین خود تقسیم کرده اند مستحق للغير بوده است.

د - غبن در تقسیم مال مشترك

ماده ۸۸۸ قانون مدنی فرانسه مغبون شدن یکی از شرکا در تقسیم مال مشترك را از موارد بطلان نسبی تقسیم دانسته است. مبنای حقوقی تأثیر غبن لزوم رعایت اصل تساوی در تقسیم است. ملاک ارزیابی غبن بهای اموال مشترك در زمان تقسیم است. حق ابطال تقسیم به علت مغبون شدن احتمالی احد از شرکا قابل اسقاط نیست زیرا این شرط به اساس تقسیم صدمه می زند و حق فسخ در این مورد از مقررات مربوط به نظم عمومی محسوب شده است.^۲ در حقوق فرانسه ضمانت اجرای غبن، بطلان نسبی است و اثر حقوقی آن عطف به ماسبق می شود و کلیه آثار تقسیم را زایل می سازد.

معذلك گفته شده است که اگر یکی از شرکا پس از تقسیم، حصه خود را به غیر منتقل کند این انتقال به مفهوم اعراض از درخواست ابطال تقسیم و تنفیذ آن

۱- المغنی، ج ۱۰، ص ۱۱۳ و شرایع الاسلام کتاب قضا ص ۲۸۶

۲- دروس حقوق مدنی، ج ۴، ش

است. همچنین گفته شده است که شریک دیگر می‌تواند با پرداخت اختلاف قیمت به شریک مغبون، از ابطال جلو گیری کند.

در قانون مدنی ایران ماده خاصی در مورد غبن در تقسیم وجود ندارد و شاید رضایت به تقسیم مانع ادعای غبن تلقی شده است ولی با این حال می‌توان گفت که غبن اختصاص به بیع ندارد و اگر در تقسیم، غبن یکی از شرکا به میزانی که عادتاً قابل مسامحه نباشد اثبات شود تقسیم قابل ابطال خواهد بود. شاید بتوان در این موارد به ماده ۶۰۱ قانون مدنی که غلط و اشتباه را از موجبات قابل ابطال شدن تقسیم تلقی کرده است استناد کرد. زیرا در حالتی که یکی از شرکا مغبون می‌شود این امر به مفهوم عدم دقت در ارزیابی اجزاء مختلف مال مشاع و اشتباه در نحوه تقسیم است.^۱

۱۰ - تقسیم منافع (مهایا)

تقسیم منافع این است که شرکا منافع مال مشترك را به اعتبار مکان یا زمان بین خود تقسیم کنند. تقسیم به اعتبار زمان مثل اینکه در مورد يك آپارتمان مشاع توافق کنند که هر يك از شرکا به مدت يك سال در این آپارتمان سکنی گزینند. تقسیم منافع به اعتبار مکان در موردی است که در يك خانه دو طبقه، شرکا توافق کنند که یکی در طبقه پائین و دیگری در طبقه فوقانی سکنی گزینند. قبول تقسیم منافع الزامی نیست زیرا تا زمانی که اصل مال مشاع است هر يك از شرکا نسبت به جمیع منافع آن دارای سهم مشاع است و نمی‌توان شریک را مجبور کرد که به طور موقت از منافع سهم خود صرف نظر کند و یا به بخش معینی از منافع مال مشاع، خود را محدود سازد.^۲ برخلاف درخواست تقسیم در مورد عین مال که دادگاه می‌تواند اجبار به تقسیم کند، تقسیم منافع معمولاً به تراضی صورت می‌گیرد و این تراضی در حکم

۱ - مؤلف شرایط نیز غلط در تقسیم را موجب عدم حصول تمیز حق و بطلان تقسیم

دانسته است. کتاب قضا ص ۲۸۵

۲ - شرح لمعه، کتاب قضا

عقد جایز است. هر يك از شرکا می‌تواند آن را برهم زده و فسخ کند و یا آنکه درخواست تقسیم اصل مسال مشاع را بنماید در این صورت تقسیم منافع برهم می‌خورد.^۱ این نتیجه با مفاد ماده ۵۸۹ قانون مدنی هماهنگی دارد زیرا هر شريك المال می‌تواند هر وقت بخواهد درخواست تقسیم کند و صرف تقسیم منافع نیز وجه ملزم تلقی نمی‌شود.

در خصوص موضوع مهایاه گفته شده است که باید منافع باشد. بنابراین تقسیم میوه درختان يك باغ براساس اینکه هر يك از شرکا مالك میوه قسمتی که در حصه او قرار داده شده است باشد صحیح نیست. زیرا ثمره درخت، عین محسوب می‌شود. و لسی اگر زمین مزروعی مشاعی را از جهت انجام زراعت به دو بخش تقسیم کنند هر يك مالك زراعت اختصاصی خود می‌شود زیرا زراعت و برداشت محصول از مصادیق تقسیم منافع است.^۲

در صورتی که شرکا فقط مالك منافع هستند مثل منافع عین مستأجره که به مدت ۵ سال متعلق به دو نفر مستأجر است در این صورت مستأجرین می‌توانند به تراضی و یا از طریق دادگاه منافع را تقسیم کنند و به علاوه بقاء بر این تقسیم الزامی است. (ماده ۵۹۹) مستند این نظر همچنین ممکن است ماده ۱۵۷ قانون مدنی قرار گیرد.

۱- المعنی، ج ۱۰، ص ۱۱۵، بدایع، ج ۷، ص ۳۲، قضا و شهادات آشتیانی،

ص ۲۹۹

۲- بدایع، ج ۷، ص ۳۲