

▼ ۱_ قانون [اساسی و تجارت]

قانون تجارت [دارای ۶۰۰ ماده ۱ تا ۲۰ مربوط به مقدماتی از تاجر و اعمال تجاری و دفاتر تجاری _ در ماده ۲۹ لیستی از شرکت های تجاری _ ۲۱ تا ۹۳ مربوط به شرکت های سهامی (در سال ۱۳۴۷ دچار اصلاحاتی شد . کمیسیون مجلس ۳۰۰ ماده تحت عنوان لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت تصویب کرد . و این ۳۰۰ ماده جایگزین ۷۳ ماده ۲۱ تا ۹۳ است . و آن ۷۳ ماده بعد ۶۰۰ ماده در کتاب ها می آورند .) _ ۹۴ به بعد بررسی سایر کشور ها و اسناد تجاری و ورشکستگی و ..]

▼ ۲_ رویه قضایی:

_ الزام اور : دادگاه ها محبور به تبعیت از ان هستند (رای وحدت رویه)

_ غیر الزام اور : جنبه پیشنهادی و توصیه ای

▼ ۳_ عرف : عام یا خاص

معمولا منظورمون عرف تجار هست .

رویه هایی بین تجار هست که الزام اور هم هستند .

▼ ۴_ دکترین حقوقی

_ در بین نوشته های حقوقی که وجود داره چند کتاب بهتر است و باید یکی از ان ها انتخاب شود و مباحثه کنیم:

۱_ حقوق تجارت ربیعا اسکینی : تاجر و اعمال تجاری

۲_ ستوده تهرانی تاجر و اعمال تجاری

۳_ کوروش کاویانی : تاجر و اعمال تجاری

_ قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی دمر چیلی قرایی و حاتمی

🌸 تاجر و اعمال تجاری :

تعریف : تاجر کسی است که اعمال تجاری انجام میدهد . و عمل تجاری کاری است که تاجر انجام میدهد .

اشکال : تعریف دوری است .

▼ ضابطه ی نوعی : عمل ها رو بگیم بگیم که این کارا عمل تجارویه

▼ ضابطه ی شخصی : تاجر و شناسایی کن بعد عمل تجاری اون کاریه ک تاجر انجام میده .

_ فرانسویها ضابطه ی نوعی و پذیرفتند .

_ ایران ضابطه نوعی رو پذیرفته اما نگاهی هم به نوعی داشته است . طبق ماده یک قانون تجارت .

🌸 ماده ۱ قانون تجارت = تاجر کسی است که شغل معمول خود را معاملات تجاری قرار بدهد.

▼ کسی : معمولاً انسان را کسی می‌گیم . ولی شرکت های تجاری هم تاجر اند و اشخاص حقوقی هم میتوانند تاجر باشند . پس درست بود میگفت تاجر شخصی است .

▼ شغل معمول : کار رو به عنوان شغل معمول انجام بده یعنی شغلی که از نگاه عموم مردم شغل اون شخص تلقی بشه . یعنی با قضاوت عرف اون رو شغل معمولش بدونن.
نکته : شغل معمول با شغل اصلی تفاوت دارد .

▼ معاملات تجاری :

ماده ۲ قانون تجارت =معاملات تجاری از قبیل ذیل است ...

جلسه دوم :

پرسش پاسخ :

اعمال تجارتي ذاتي : في نفسه عمل تجارتي هستند بدون اينكه چه كسي اون هارو انجام ميده .

عمل تجارتي تبعي : چون تاجر اون كار رو ميكنه بهش ميگن عمل تجارتي

ادامه درس :

_عمل تجارتي يعني چي ؟ ماده ۲ قانون تجارت اون هارو نشخص كرده كه اعمال تجارتي ذاتي اند .

○ ماده ۲ قانون تجارت :

معاملات تجاري از قرار ذيل است :

۱_ خريد يا تحصيل هر نوع مال منقول به قصد فروش يا اجاره اعم از اينكه تصرفاتي در ان شده يا نشده باشد .

۲_ تصدي به حمل و نقل از راه خشكي يا آب يا هوا به نحوي كه باشد.

✓ نکات صدر ماده :

۱_ از قرار ذيل است : يعني ميخواهد اعمال تجاري رو احصا كنه . و انحصاري است .

وقتي ميگه از قبيل ذيل است : يعني به طور تمثيلي ميگه

۲_ موارد ۱۰ گانه معاملات تجاري هستند . معامله (عمل حقوقي) يعني قرارداد ۲ يا چن جانبه .

وقتي ذيل ماده ۲ رو نگاه ميكنيم بعضي از اين موارد عمل حقوقي يا معامله نيستند مثلاً در بند ۱۰ كشتي راني يا كشتي سازي هست كه معامله نيستند .

✓ نکات بند يك :

۱_ خريد : خريد عقد شرايع يا بيع است يعني به دست آوردن يك مال از طريق يك عمل حقوقي مشخص (بيع)

از طرف بايع (بيع)

از طريق مشتري (شرايع)

۲_ تحصيل : به دست آوردن مال در قالب هر عنواني مثلاً در قالب عقد معاوضه يا صلح يا حيازت مباحات

مثال بارزش : خريد

__خب خرید هم نوعی تحصیل ماله پس اگه خرید هم نمیگفت مشکلی نبود .

__اگر کسی از طریق سرقت مال منقولی به قصد فروش به دست میاره ، عملش تجارتي هست يا نه ؟
ما از اعمال مشروع صحبت میکنيم و عمل نامشروع قابل توصيف به تجاري بودن نيست . [الممنوع
الشرعا كالممنوع عقلا]

۳_!هر نوع مال منقول :

هر : کلیه اموال منقول < {بتونيم جا به جاش كنيم بدون اينكه به خودش يا محلش اسيب فیزیکی برسه
{

__حقوق مالی و میشه گفت منقوله يا منقوله ؟ مثلا طلب علامت تجارتي حق ادبی ؟ : برای این ها از
تعابیر منقول حکمی (مثلا ادوات مخصوص کشاورزی و زراعت) و غیر منقول تبعی و .. استفاده
میشود . (مثلا دعوی اجرت المثل غیر منقول تبعی است .)

۴_به قصد فروش يا اجاره : هدفش فروش يا اجاره باشه . (مثلا هدفش عاریه يا رهن يا هديه يا
استفاده شخصی باشه عمل تجارتي نيست .)

هدف فروش يا اجاره بعدی [در زمان تحصیل] مال مهم است . بعد از اون مهم نيست . اگه بعدش
باشه عمل تجارتي نيست .

مثلا در زمان خرید برای استفاده شخصی باشه بعدا بخاد بفروشه عمل تجارتي نيست .

__!ما از كجا قصد افراد و بفهميم ؟ بايد از قرائن و اوضاع و احوال فهميد . (مثلا ماهیگیری ك هر
روز میره ماهی بگیره كه بفروشه قصدش مشخصه -> قصد فروش داره)

۵_اعم از اینکه در ان تصرفاتی شده يا نشده باشد : مثلا طرف چند توپ پارچه میخره و همونارو
میفروشه ، عمل تجارتيه . يا اینکه اونو قواره قواره بفروشه بازم عمل تجارتيه . يا کیسه های برنج
بخره كيلو كيلو بفروشه بازم عمل تجارتيه .

__اگر کسی پارچه بخره به قصد فروش بعد ازش پیرهن درست كنه بعد بخاد بفروشه مشمول بند يك
هست ؟ خير بند يك میگه مال منقول و بخري كه همون و بفروشي ، حالا چه تغییر بدی چ ندی . ولی
اینجا خیلی متفاوت شد !

برای تشخیص ورودی سیستم و خروجی كه تغییر کرده يا نه ملاك عرف است .

مثلا ورودی لوبیا باشه خروجی كنسرو خب متفاوت است .

چرم رو بخره دباغی كنه بازم چرمه ولی تبدیل به كفش كنه متفاوت میشه و مشمول بند يك نيست .
بايد ماهيت کالا تغيير نكنه .

✓ نکات بند ۲ :

۱_ حمل و نقل :یا جاده ای است با ابی یا هوایی یا ریلی یا مرکب (از چند مسیر مثلا بخشی ابی بخشی هوایی) است .

۲_ حمل و نقل عمل تجارتي ندونسته بله تصدی به حمل و نقل رو عمل تجارتي دونسته.

قانون گزار تصدی رو تعریف نکرده است . باید به دکتترین مراجعه کرد .

دکتترین حقوقی ما هم به فرانسه متصل شدند . در فرانسه تعاریف مختلفی اراعه کردند .

◆ تعاریف مختلف تصدی در فرانسه:

_تصدی : انجام یک عملی در قالب شخص حقوقی

_ تصدی وقتی اتفاق می افتد که تکرار در ان وجود داشته باشد .

_تعریف دقیق تر تصدی: شخصی عملی رو در قالب یک تشکیلاتی انجام بده (مثلا ی دفتری پاتوقی بنگاهی تاسیساتی داشته باشه)

_حمل و نقل کالا عمل تجارتي است یا حمل و نقل انسان ؟ موسسه باربری یا اسنپ یا تاکسی تلفنی دارن تصدی میکنند. حالا کدوم عمل تجارتيه؟

به نظر میاد طبق ماده ۳۷۷ و مواد بعدش : حمل و نقل کالا(اشیا) منظور است .

جزوه جلسه سوم

تجارت محسنی

بند ۳ ماده ۲ {هر قسم عملیات دلالی یا حق العمل کاری (کمسیون) و یا عاملی و همچنین تصدی به هر نوع تاسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می شود از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رساندن ملزومات و غیره}

دلالی:

ماده ۳۳۵ (دلال کسی است که در مقابل اجرت واسطه ی انجام معاملاتی شده و یا برای کسی که می خواهد معاملاتی نماید طرف معامله پیدا می کند. اصولاً قرارداد دلالی تابع مقررات راجع به وکالت است.)

کسی: با توجه به اینکه در ماده تعبیر (کسی) آورده شده، دلال شخص حقوقی هم می تواند باشد و بهتر بود از تعبیر شخص استفاده می شد.

در مقابل اجرت: عمل تجارتي به قصد سودجویی است (قصد منفعت مادی وجود داشته باشد) و بنابراین کاری که برای امور خیریه انجام می شود نمی تواند وصف تجارتي پیدا کند.

کار دلال: واسطه ی انجام معاملات و یا معرفی طرف معامله

واسطه مثل بنگاه املاک و اتومبیل / معرفی مثل معرفی بازیکن به باشگاه های فوتبال یا مثلاً بازار یاب ها

- برای تحقق دلالی به عنوان یک عمل تجارتي تصدی لازم نیست

حق العمل کاری (کمسیون):

به شخصی که این کار را می کند می گوئیم حق العمل کار یا کمسیونر، که وی در برابر اجرت عملیاتی انجام می دهد که به اسم خودش اما به حساب دیگری است .

ماده ۳۵۷ (حق العمل کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری (آمر) معاملاتی کرده و در مقابل حق العملی دریافت می دارد)

کسی: بهتر بود شخص گفته می شد چون حق العمل کار می تواند شخص حقیقی یا حقوقی باشد.

- حق العمل کار نماینده دیگریست و به نیابت از کس دیگری آن را انجام می دهد ولی این نیابت را مخفی کرده و نباید اظهار بکند و اگر اظهار کرد دیگر ماهیتش حق العمل کاری نخواهد بود

اگر شخصی کاری را به اسم و حساب دیگری انجام بدهد حق العمل کاری نیست و وکالت است که حالا ممکن است نماینده ساده مثل رابطه کارگری و کارمندی باشد یا نماینده تام الاختیاری که اصطلاحاً به آن (قائم مقام تجارتي) می‌گوییم که این قائم مقام تجارتي تاجر نیست و عمل تجارتي انجام نمی‌دهد.

- حالا چرا حق العمل کار در ظاهر به اسم خودش و به نیابت از دیگری انجام می‌دهد؟

می‌تواند دلایل اجتماعی داشته باشد مثلاً شخص اصلی (آمر) شخصیتی سیاسی دارد و آن عمل برای موقعیت سیاسی اش وجهه خوبی ندارد (نمی‌خواهد که به عنوان تاجر شناخته شود)

عاملی:

عامل کسی است که عمل عاملی را انجام می‌دهد.

در خصوص تعریف عاملی، تعریف مشخص وجود ندارد و در قانون جای دیگری هم دیده نمی‌شود و صرفاً گفته عامل تاجر است چون تعریف دقیقی از عاملی وجود ندارد بین حقوقدانان اختلاف است.

۴ تا فرض داریم :

۱- کسی به اسم خودش و به حساب خودش معامله کند (بند ۱ ماده ۲: خرید یا تحصیل هر نوع ...)

۲- به اسم دیگری و حساب دیگری (وکالت یا نماینده)

۳- به اسم خودش و حساب دیگری (کمسیونر)

۴- کسی به اسم دیگری و به حساب خود عمل نماید (معتبر نیست - اسم صوری)

عامل کسی است که به اسم خودش و به حساب خودش عمل می‌کند و معامله می‌کند اما تفاوتش با بند ۱ این است که این شخص در انجام این معاملات مجبور است که یک سری دستورالعمل‌هایی را که با آمر توافق کرده را رعایت کند مثلاً فرض کنید نساجی مازندران در مشهد شخصی رو پیدا کنه و بگه تو بشو عامل من به این معنا که من جنسو به تو می‌فروشم و تو هم برو اون رو برای خودت بفروش ولی مثلاً به اون میگه که باید به فلان قیمت بفروشی یا از یه قیمتی بیشتر نفروشی.

تصدی به هر نوع تاسیساتی برای انجام بعضی امور:

- در اینجا تصدی نباشد عمل تجارتي محسوب نمی‌شود

- تاسیسات یعنی تشکیلات

- از قبیل: یعنی تمثیلی است و محصور نیست

تهیه و رساندن ملزومات: مثل شرکت های دارو پخش

تسهیل معاملات ملکی: مثلا اطلاع رسانی هایی انجام بدهد،سایتی درست کند ،مشاوره ملکی بدهد یا استعلاماتی انجام بدهد.

جلسه چهارم تجارت_استاد محسنی

بند ۴ ماده ۲} تاسیس و به کار انداختن هر قسم کارخانه مشروط بر اینکه برای رفع حوائج شخص نباشد}

تفاوت کارخانه و کارگاه: کارگاه جایی است که محصولاتش را تولید می کند اما این فرایند کاری که با دست انجام می شود بیشتر است تا ماشین اما در کارخانه عمده ی کار با ماشین است.

• به کار انداختن و دایر کردن کارگاه عمل تجارتي نیست ولی به کار انداختن کارخانه عمل تجارتي خواهد بود.

تاسیس و به کار انداختن: اگر بخواهیم محدود به الفاظ باشیم باید بگوییم صرفاً کسی که کارخانه ایجاد می کند عملش تجارتي است (تفسیر مضیق)

اما آیا کارخانه داری عمل تجارتي نیست؟

به فرض اگر کسی کارخانه ای را تاسیس نکرده باشد و کارخانه ی تاسیس شده ای را از کسی خریداری کرده باشد و کارخانه دار شود، آیا این شخص تاجر به حساب نمی آید و عمل او تجارتي نیست؟

به نظر می آید که از این تفسیر مضیق باید دست برداشت و کارخانه داری را هم عمل تجارتي بدانیم.

شاید بشود با باز خوانی مجدد الفاظ این تعابیر، کارخانه داری را هم در الفاظ این بند ببینیم.

کلمه ی به کار انداختن می تواند به این معنا باشد که کسی کارخانه ای را به فعالیت وادار کرده است و استفاده و بهره برداری از آن کارخانه منظور باشد.

با این تفسیر به کار انداختن را شامل کارخانه داری می دانیم.

چطور می شود کسی کارخانه ای ایجاد کند و برای رفع حوائج شخصی باشد؟ کمی بعید به نظر می رسد. مثلاً کسی کارخانه ی کفش برای تامین نیاز های خود و خانواده اش راه اندازی کند یا مثال بهتر اینکه به فرض آستان قدس رضوی کارخانه ای برای تولید لباس های خدام تاسیس کند.

این عمل تجارتي نیست چون برای رفع حاجت شخصی است .

مثال دیگر: سپاه برای رفع نیاز تغذیه افرادش کارخانه ای بزند عمل تجارتي نیست اما در همین مثال اگر کارخانه ی لبنیاتی بزنیم و برای صبحانه کارکنان به آنان محصولات لبنیاتی بفروشیم، چون کارمان اقتصادی است عمل تجارتي محسوب می شود.

بند ۵ ماده ۲ {تصدی به عملیات حراجی}

تصدی : بعضی از اعمال تجارتي در صورتی عمل تجارتي محسوب می شوند که در قالب تصدی باشند مثل تصدی به حمل و نقل یا تصدی به حراجی.

و اگر کسی یک یا چند نوبت اتفاقی انجام دهد در قالب تصدی نیست و در نتیجه عمل تجارتي نخواهد بود.

حراجی :در تفسیر کم دقت به معنای مزایده است.

در مزایده یک قیمت پایه در نظر می گیریم و قیمت و پیشنهادات از این مبلغ شروع می شود.

در مزایده های دولتی اینطور نیست که افراد جمع شوند و در اصطلاح بدونگن بلکه پیشنهاد

خود را محرمانه در پاکت می دهند.

در حراج اولاً قیمت پایه وجود ندارد و هر کس پیشنهاد بالاتر بدهد قبول می شود و دوماً افراد در اینجا می دونگن.

سوال : آیا این معاملات حراجی در حقوق مدنی یا از نظر فقهی درست هستند؟

مشکل در این است که در ایجاب صورت گرفته قیمت معلوم نیست زیرا یکی از شرایط قرارداد ها این است که ثمن معامله باید معلوم و معین باشد در اینجا قیمت پایه و بالاترین قیمت معلوم نیست و در واقع معامله غرری است.

پاسخ این سوال در حقوق مدنی است

ممکن است بگویند معامله غرری است به این معنا که ثمن معامله معلوم نیست و معامله ای که یکی از عوضینش مجهول باشد باطل است اما ممکن است بگویند بیع غرری بیعی است که مورد معامله کاملاً مجهول باشد یعنی نه معلوم باشد و نه قابل تعیین باشد .

در اینجا اگر بگوییم بالاترین قیمت پیشنهادی معامله قابل تعیین است ممکن است معامله را صحیح بدانیم.

• قانونگذار نمی گوید هر کس که اموالش را در قالب حراجی بفروشد عملش تجارتي است بلکه می گوید باید یک تشکیلاتی مثل بنگاه برای حراجی باشد که شخص در آن عملیات حراجی را انجام دهد و حالا هر کسی که می خواهد اموالش را در قالب حراجی واگذار کند باید از این فرصت استفاده کرده و به آنجا برود و اموالش را به حراج بگذارد و اینکه کسی یک یا چند بار وسایل خود را بفروشد عمل تجارتي نخواهد بود.

بند ۶ ماده ۲ {تصدی به هر قسم نمایشگاه های عمومی}

این عمل تجارتي باید حتما در قالب تصدی باشد و گرنه عمل تجارتي محسوب نمی شود. نمایشگاه: نمایشگاه جایی است که کالاها و خدمات را به نمایش میگذارند مثل نمایشگاه بین المللی مشهد یا تهران_ در اینجا هر یک از غرف یا اشخاصی که می آیند کالاهایشان را به نمایش می گذارند متصدی نمایشگاه نیستند و عملشان را تجارتي محسوب نمی کنیم بلکه منظور ما کسی است که آن فضا را به وجود آورده است و در واقع نمایشگاه دار عملش تجارتي است و صاحب نمایشگاه که مثلا می تواند سازمان شهرداری باشد به این اعتبار تاجر می شود.

در نمایشگاه عمل فروش به تبع انجام می شود اما اصل کار نمایش دادن است. کما اینکه در فروشگاه هم عملیات نمایش انجام می شود اما اصل کار و هدف فروش و معاملات است.

برگذاری نمایشگاه به شرطي عمل تجارتي است که نمایشگاه عمومي باشد نه اینکه آن را صرفا برای نمایش محصولات خودمان ایجاد کنیم چون اینجا دیگر نمایشگاه خصوصی می شود.

به فرض مثال اگر در گالری آستان قدس رضوی صرفا آثار هنری خود آستان قدس رضوی به نمایش گذاشته شود اینجا دیگر نمایشگاه عمومی نیست اما وقتی فضایی ایجاد شود که اگر هنرمندی هم خواست کالایش را عرضه کند با پرداخت پول به آستان قدس بتواند این کار را انجام دهد، اینجا دیگر نمایشگاه عمومی می شود.

سینما ها و تئاتر ها هم نمایشگاه عمومی محسوب می شوند چون کارشان نمایش دادن یک خدمت و هنر است.

سوال پیش می آید که آیا باید مخاطبین هم عمومی باشند یا لزومی ندارد و محدود باشند هم درست است؟ پاسخ: مخاطبین اهمیتی ندارند مثلاً اینکه برای فیلمی در سینما شرط سنی بگذاریم و محدود کنیم، باز هم عمل تجارتي است.

بند ۷ ماده ۲ {هر قسم عملیات صرافی و بانکی}

صرافی: عملی است که به موجب آن پولی را به پول دیگری تبدیل و چنج میکنیم.

ریال به دلار_ دلار به پوند

• برای انجام فعالیت صرافی باید از بانک مرکزی مجوز گرفت و در قالب شخص حقیقی هم نمی شود فعالیت کرد و باید در قالب شخص حقوقی باشد و فقط هم باید در قالب شخص حقوقی مشخصی به نام شرکت تضامنی باشد.

عملیات بانکی: ایجاد انواع حساب های بانکی (جاری، کوتاه مدت، بلند مدت و...) به منظور جذب سرمایه های مردم و دادن تسهیلات که این باید در قالب فعالیت منفعت طلبانه باشد) مثلاً صندوق های فامیلی عمل تجارتي یا بانکی نیست چون سودی نمیگیریم و منفعت طلبانه نیست)

تعریف عملیات بانکی: افتتاح انواع حساب های مختلف برای جمع آوری منابع مالی و تزریق آن در جامعه در قالب تسهیلات که حتماً هم باید منفعت طلبانه باشد.

• این عمل نیاز به تصدی ندارد و با یک بار انجام دادن هم عمل تجارتي محسوب می شود.

بند ۸ ماده ۲ {معاملات برواتی اعم از اینکه بین تاجر یا غیر تاجر باشد}

بروات: جمع برات و به این معنا که کسی نوشته ای صادر می کند و به نفر دیگری می دهد و می گوید برو پولش را از اون شخص سوم دریافت کن .

یه صادر کننده داریم، یه دارنده داریم که اون سندو در اختیار می گیره و باید مراجعه کند به محال علیه (برات گیر) که وجه مندرج در سند را از این شخص سوم که برات گیر باشد

دریافت کند(تعریف ناقص است)

معاملات برواتی فقط شامل معاملات مربوط به برات نمی شود بلکه یک اصطلاحی است که شامل معاملات مربوط به برات و سفته و چک می شود.

سفته:نوشته ای است که کسی به دیگری می دهد و می گوید در فلان تاریخ از خودم پول را بگیر.

معاملات برواتی یعنی چه؟ در آن اختلاف نظر وجود دارد.

__ بعضی می گویند اعمالی که در مورد اسناد تجارتي انجام می شود(صدور سند،ظهر نویسی کردن سند، قبولی دادن،پرداخت و کلا مسائلی ک در مورد برات و سفته و چک انجام می شود)

__ بعضی دیگر مفهوم خاص تری را بیان می کنند و می گویند معاملات برواتی یعنی اینکه یک براتی را با یک ثمن کمتر تحصیل کنیم و بعد باز منتقلش کنیم(اصطلاحا اسکونت کردن یا تنزیل کردن)

مثلا من یک چک صد میلیونی دارم که باید ۶ماه دیگر وصول کنم ولی الان به مبلغش نیاز دارم بنابراین ظهر نویسی می کنم و به شخص ثالثی می دهم و در ازای آن مبلغی کمتر از مبلغ چک مثلا ۹۰میلیون می گیرم و چک مال آن فرد میشود و بعد او هم در زمان سر رسید چک پول خودش را می گیرد.

به نظر استاد دسته دوم برای منظور معاملات برواتی درست تر باشد زیرا در دومی منفعت اقتصادی و سود جویی دارد که اگر در این قالب انجام شود به آن عملیات تجاری گفته می شود.

معاملات برواتی اصولا شامل(برات ،سفته و چک)می شود ولی در مورد چک قانونگذار تصریح کرده است که معاملات مربوط به چک عمل تجاری محسوب نمی شود(ماده۳۱۴)

اگر ما اعمال روی این اسناد تجاری را تجارتی بدانیم مثل صدور، ظهر نویسی، ضمانت و قبولی و...، این عمل ها تجارتی ذاتی نیستند ماده ۳۱۴ این ها را استثنا کرده در نتیجه بند ۸ ماده ۲ فقط شامل برات و سفته می شود.

اگر هم که معاملات برواتی را ناظر به اون رفتار تنزیل و اسکونت بدانیم (که استاد هم ناظر به همین میدانند) اونوقت این سوال پیش می آید که در مورد کدام یک از این سه سند می شود اسکونت کرد؟ جواب این است که در مورد برات و سفته اسکونت معنا دارد چون برات و سفته وعده دار داریم و الالقاعده وعده دارند و زمان سر رسید دارند بنابراین اسکونت کردن آن ها معنا خواهد داشت ولی در مورد چک پیش فرض قانون تجارت این بوده است که چک نباید وعده داشته باشد (ماده ۳۱۱) و اصلا چک نباید وعده دار صادر شود خب اگر چک به صورت وعده دار صادر نمی شود آیا می شود چک را اسکونت کرد؟ خب چک اینطور که گفته شده سند پرداخت حال است و اسکونت و تنزیل مال وقتی است که سند وعده دار باشد. پس چون چک الالقاعده وعده ندارد بنابراین اسکونت کردن در اون بی معنا است (این حرف قانون تجارت است)

ولی در جامعه می بینیم که تعداد زیادی از چک های ما وعده دار است.

بالغ بر ۹۰ درصد چک ها وعده دار هستند. تلاش قانونگذار بر این بود که چک وعده دار صادر نشود ولی نتوانست جلوی صدور چک وعده دار را بگیرد و در نهایت در قانون صدور چک اصلاحیه ی سال ۱۳۸۲، چک وعده دار را قبول کرد و حالا که قبول کرده اسکونت کردن معنا پیدا می کند.

حالا که اسکونت کردن معنا پیدا کرد اسکونت چک عمل تجارتی هست یا نه؟

حقوقدانان اعمال مربوط به چک را براتی نمی دانند و معاملات برواتی ماده ۲ بند ۸ ناظر به سفته و برات است.

بند ۹ ماده ۲: [عملیات بیمه بحری و غیر بحری]

بند ۹ صحبت از عملیات بیمه بحری و غیر بحری به میان آورده است .

خب **عملیات بیمه** یعنی : انجام یا پذیرش تعهدی بابت اتفاقات احتمالی در ازای دریافت وجوه مشخص که حالا به صورت دفعتا واحده است یا تدریجی

و به تعبیری کسی که این تعهدات بیمه ای رو میده در ازای دریافت وجوهی که حالا این وجوه میتونه به صورت یک دفعه ای باشه و میتونه به صورت مستمر باشه تعهد میده که اگر اتفاقاتی رخ داد که این اتفاقات میتونه احتمالی باشه که حتما احتمالی است اگر این احتمالات رخ داد او تعهداتی رو بابت اون احتمال مورد نظر بر عهده میگیره مثال بارزش بیمه ی شخص ثالث در مورد اتومبیل که الزامی هم هست که اگر کسی دارنده ی اتومبیلی هست (وسیله ی نقلیه موتوری) بایستی که مسئولیت ناشی از این مالکیت رو بیمه بکند یعنی اگر اتفاقی براش افتاد و در اثر تصادف مسئولیتی براش ایجاد این مسعولیت رو باید نزد شرکت بیمه، بیمه بکنه و شرکت بیمه در ازای دریافت مبلغی مشخصی تعهد میکنه که چنانچه خسارتی توسط این اتومبیل به دیگری وارد شد ،مسعولیت رو شرکت بیمه پوشش میده و خسارت رو جبران خواهد کرد حالا ممکنه این تصادف و حادثه رخ بدهد ممکنه رخ نده با مثلا بیمه های درمانی شرکت بیمه تعهد میکنه که در ازای مبلغی که دریافت میکنه حالا این مبلغ میتونه یک دفعه ای باشه یا تدریجی و اقساط باشه در ازای دریافت این وجوه تعهد میکنه که اگر این بیمه شده دچار مریضی شد یا نیاز به درمان پیدا کرد نیاز به دارو پیدا کرد هزینه های درمان و دارو رو شرکت بیمه پرداخت بکنه . خب این احتمالی است . ممکن است که اون شخص هیچ وقت مریض نشود نیاز به این خدمات بیمه ای نداشته باشد .

یا بهش میگویند قرار داد بیمه

حالا این عملیات بیمه (منظور فعالیت های بیمه ای) این ها عمل تجارتي محسوب میشه . نکته ی حالبی که در بند ۹ هست میگه که عملیات بیمه بحری [بحر یعنی دریا => دریایی] و غیر بحری

خب ممکنه کسی بپرسه که خب وقتی شما میگی بحری و غیر بحری خب اصلا چه نیازی بود که کلمه ی بحری و غیر بحری رو ذکر بکنی ؟ وقتی میگی بیمه ی دریایی و غیر دریایی هر چی که میخواد باشه.

خب عملیات بیمه عملیات تجارتی است پس بیمه ی هوایی بیمه ی ریلی بیمه ی جاده ای درمان بازنشستگی عمر و ... همه ی این ها عملیات تجارتی است .

بله پاسخ این است که همه ی انواع بیمه عمل تجارتی است اما اینکه بین بحری و غ بحری اومده یک تفکیکی انجام داده یا غیر بحری و تصریح کرده دلایلش این است که بیمه ی بحری اهمیت بیشتری داره هم از نظر اهمیت استراتژیک حمل و نقل دریایی پس بیمه ی اون هم فوق العاده مهمه به همین جهت میبینیم که توی تحریم های امریکا به ایران یکی از مواردی که معمولاً مشمول تحریم بوده همین تحریم صنعت بیمه است . از سوی دیگه بیمه های دریایی قدمت بیشتری دارند نسبت به سایر بیمه ها . به همین جهت بیمه ی بحری رو تاکید کرده و ذکر بحری و غیر بحری هیچ نکته ی خاصی غیر از اهمیت و سابقه ی بیمه بحری نداره و از باب تاکید است .

بند ۱۰: [کشتی سازی و خرید کشتی و کشتی رانی داخلی و خارجی و معاملات راجع به ان ها]

با این تعابیر مختلف میخواد بگه هر عملی مربوط به کشتی عمل تجارتی است. کشتی سازی عمل تجارتی است . اگر یک شخصی یا شرکتی موضوعش یا فعالیتش ساخت کشتی باشه این عمل عمل تجارتی است . خرید و فروش کشتی و کشتیرانی و راندن کشتی (شرکتی که تخصصش عملیات کشتی رانی باشه حالا داخلی باشه یا بین المللی اهمیتی نداره)و معاملات راجع به ان ها عملیات تجارتی است . اجاره و رهن دادن و معاوضه و صلح کشتی همه ی این ها مشمول بند ۱۰ هستند .

یک نکته ی جالبی که تو بند ۱۰ وجود داره اینه که اینجا هم اعمال حقوقی وجود داره هم اعمال مادی .

صنعت ساخت کشتی به عنوان یک عملیات مادی عمل تجارتی است یا کشتی رانی عمل تجارتی است . قرار داد های مربوط به کشتی هم اعمال تجارتی است

اعمال حقوقی یعنی قرارداد ها

پس هم قراردادهای مربوط به کشتی عمل تجارتي است و هم اعمال مادی مثل کشتی رانی کشتی سازی و این ها . همه ی این ها عمل تجارتي محسوب ميشن . این جاست که یادآوری میکنم تعبیر صدر ماده ۲ رو که گفته بود معاملات تجاری از قرار زیر است و گفتیم معاملات صرفاً اعمال حقوقی نیست و اعمال مادی رو هم شامل ميشه .

کشتی سازی رو قانون عمل حقوقی شناسایی کرده و کشتیرانی را به همین ترتیب

● **نکته :** چطوری که عملیات مربوط به کشتی را قانونگذار عملیات تجاری محسوب کرده اما عملیات های مربوط به هواپیما را عمل تجاری ندونسته است ایا هواپیما سازی عملیات تجاری نیست ؟ یا هواپیما رانی؟

پاسخ این است که البته خیلی از این موارد را شاید بشود تحت عناوین دیگر قرار داد مثلاً هواپیما سازی خوب این در کارخانه انجام می شود یک کار ساده پیشه وری نیست در قالب کارخانه انجام می شود و قاعدتاً شامل کارخانه داری خواهد بود. بند ۴ ماده ۲

یا مثلاً فعالیت های مربوط به حمل و نقل هواپیما مشمول بند ۲ ماده ۲ خواهد بود

تصدی حمل و نقل

ولی از سوی دیگر هم باید اذعان بکنیم که این مقررات که مربوط به قدیم سال ۱۳۱۱ هست با شرایط تجارت امروز خیلی هماهنگ نیست.

و از این جهت می توان مواردی رو نمیتونیم مشمول بند ۲ قرار بدیم درحالی که منطقاً باید عمل تجاری باشه.

فعلاً باید دست و پاشکسته با این بند ۲ سر کرد تا قانون گزار اون رو اصلاح بکنه .

● **یک نکته ی تکمیلی دیگر** که باید عرض شود این است که ما این اعمال را اعمال تجارتي محسوب کردیم و گفتیم که اگر کسی این اعمال را عمل معمول و متعارف خودش قرار بده تاجر محسوب ميشه.

اما این اعمال را چه کسی می تواند انجام بدهند، قانون تجارت وارد این مساعل نشده . قانون گفته من فقط لیست اعمال تجارتي را مشخص می کنم و مثلا گفتم بانکداری عمل تجارتي است .

حالا ایا هر شخصی میتونه عملیات بانکداری رو انجام بده ؟ یا مثلا صرافی عمل تجارتي است . خو حالا هرکسی عملیات صرافی رو آغاز کرد اونم میشه عملش تجاری و تاجر خو اهد بود . اما ایا میتونه این کارو بکنه ؟ نه نمیتونه این رو باید در مقررات دیگر جست و جو کرد . مثلا باید فعالیت های بانکی منحصر ا در غالب شرکت انجام بشه شرکت های تجاری که حالا قالبا سهامی هستند . در قالب شرکت باید انجام بشه مجوز از بانک مرکزی باید داشته باشه بدون مجوز اجازه فعالیت نداره . مجوز و همه ی کار ها بگیرند دلالی هم نیازمند مجوزه کسی خواست بنگاه اتومبیل باز بکنه باید مجوز بگیره و بدون مجوز فعالیتش مجاز نخواهد بود اما علاوه بر مجوز که همه ی فعالیت ها مجوز میخواد پاره ای از این ها ممکنه اصلا به اشخاص حقیقی مجوز ندهند مثلا در مورد صرافی منحصر ا در قالب شرکت تجارتي میتونه انجام بشه و هیچ شخص حقیقی حق انجام صرافی رو نداره تازه همون شرکت تجارتي هم غالبا باید در قالب شرکت تضامنی باشه . شرکت های تجاری انواع مختلف دارد . اما اجمالا با توجه به ماده ۲۰ ، ۷ نوع شرکت تجارتي داریم اما قانون گزار از بین این ۷ شرکت تجاری فقط به شرکت تضامنی اجازه ی فعالیت صرافی میده چون صرافی نیازمند اخذ مجوز از بانک مرکزی است و بانک مرکزی فقط و فقط به شرکت تضامنی این مجوز و میده . دلایلش این است که در شرکت های تضامنی تک تک اعضای شرکت مسعولیت های فوق العاده سنگین دارند و قانون گزار و واضعین با این مقررات خواستند اشخاصی که وارد این فعالیت میشن علاوه بر اینکه شرکتشون مسعولیت داره خودشون هم مسعولیت داشته باشند به صورت تضمان و مسعولیت فوق العاده سنگین .

بنابراین این عملیات ها هر شخصی که بتواند ان را انجام بدهد اعم از حقیقی و حقوقی عملش تجارتي محسوب میشه و به تبع تاجر میشه اما ایا همه اشخاص حقیقی و حقوقی میتونن این کارو بکنن ؟ این دیگه ربطی به بحثای تجارتي ما فعلا نداره مثلا عملیات بیمه را فقط باید در قالب شرکت بیمه انجام داد و زیر نظر بیمه مرکزی بنابراین یک شخص حقیقی نمیتونه بیاد یک بیمه باز کنه بگه من ریسک های شمارو پوشش میدم و در ازاش پول دریافت میکنم .

سوال بچه ها :

آیا خرید و فروش کشتی مشمول بند یک قرار نمیگیرد ؟

چرا اگر کسی کشتی بگیرد به قصد فروش مشمول بند یک میشود اما اگر قصد فروش نداشته باشد مشمول بند ۱۰.

ضمن اینکه غالباً بر کشتی احکام مال غیر منقول بار میشود و ازین جهت ممکن است مشمول بند ۱ نشود .

تا اینجا اعمالی را که ذاتاً تجاری بود بررسی کردیم و تبع ان ها تاجر از این جا به بعد اعمالی را که چون تاجر انجام میدهد ان را، ان را تجارتی محسوب میکنیم

فلش بک به ماده ۲ : ماده ۲ اعمال تجارتی رو احصا کرده . و روش تاکید میشه . نتیجه ی تاکید اینه که اگر کسی ادعا کرد که فلان عمل ، عمل تجارتی است ، باید مستند و تحلیل حقوقی یا قانونی برامون بیاره .

حالا من میخام یک عملی رو به عنوان عمل تجارتی مطرح کنم خب علی القاعده باید شما از من مستند بخواید و ان ساختمان سازی است .

به اعتقاد استاد ساختمان سازی هم عمل تجارتی است . پس ان کسانی که کارشون ساخت و ساز ساختمانه کارشون عمل تجارتی محسوب میشه . خب این ساختمان سازی که در ماده ۲ نبود بنابراین من باید مستند بیارم که عمل ، عمل تجارتی است .

برای این که این را اثبات کنم باید مقدمات عرض کرد که شرکت های تجاری ، فقط *اصولاً* به کار تجارت میتونند اشتغال داشته باشند . اصل اینه شرکت تجاری کارش فقط و فقط تجارت باشه .

حالا با این توصیف ماده ۵ قانون تملک آپارتمان ها :[انواع شرکتهای موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت که به قصد ساختمان(ساختن) خانه و آپارتمان و محل کسب به منظور سکونت یابیشه یا اجاره یا فروش تشکیل می شود از انجام سایر معاملات بازرگانی غیر مربوط به کارهای ساختمانی ممنوعند.]

آیا شرکت های موضوع ماده ۲۰ میتوانند کار غیر تجارتي بکنند ؟ مثلا شرکت تضماني داشته باشيد براي فعاليت هاي فرهنگي يا فوتبال ميشه ؟
خير نميشود .

اين ماده دلالت ميكنه بر تجاري بودن عمل ساخت و ساز دليلشم اين هست كه شركت هايي رو داره ميگه ساخت و ساز ميكنند كه ميدونه اينها فقط و فقط كار تجارت ميتونند بكنند و غير از تجارت نميتونن انجام بدن .

دليل دوم اینه كه شركت هايي كه ساختمان سازي ميكنند حق انجام ساير اعمال تجارتي رو ندارند . خب وقتي ميگه ساير اعمال تجارتي، اين نشون ميده اين عملي كه داشتيم ازش صحبت ميكرديم اين عمل ، عمل تجارتيه .
ماده ۳ :

[معاملات ذيل به اعتبار تاجر بودن متعاملين يا يكي از آنها تجارتي محسوب مي‌شود:

- (۱) كليۀ معاملات بين تاجر و كسبه و صرافان و بانكها.**
 - (۲) كليۀ معاملاتي كه تاجر يا غير تاجر براي حوائج تجارتي خود مي‌نمايد.**
 - (۳) كليۀ معاملاتي كه اجزاء يا خدमे يا شاگرد تاجر براي امور تجارتي ارباب خود مي‌نمايد.**
 - (۴) كليۀ معاملات شرکتهای تجارتي.]**
- بند يك : [كليۀ معاملات بين تاجر و كسبه و صرافان و بانكها.]**

خب در اين بند خود كسبه و صرافان و... تاجر هستند و تكرار مكررات است .

معاملات بين تاجر ممكن است في نفسه عمل تجارتي باشه مثلا تاجري مال منقول ميخرد به قصد فروش خب اينجا اگر از سما بپرسند تجارتي هست يا نه ؟ ميگيد قطعا عمل تجارتي است به علت بند يك ماده ۲ .

پس اينجا وقتي ميگه معاملات بين تاجر منظور معاملاتي است كه ذاتا عمل تجارتي نباشند چون اگر ذاتا عمل تجارتي باشند ما اصلا نياز به ماده ۳ نداريم .

مثلا تاجری از تاجر دیگری چند کیسه برنج میخرد برای استفاده شخصی منزل . این عمل عمل تجاری تبعی محسوب میشود طبق ماده ۳ .

خب حالا چه فایده ای دارد که این خرید کیسه برنج بین تاجر رو عمل تجاری بدونیم یا نه ؟

در اثار فرق دارد .

مثلا اگر عمل را عمل تجاری بدانید تاجر باید این معامله را در دفتر تجاری خود ثبت کند و بعد این دفتر له خودش و علیه خودش قابل استناد خواهد بود .

خب اگر این عمل را عمل تجاری بدانیم نوشتنش در اون دفتر موثر است و قابل استناد . نوشتنش میتونه برای تاجر تبعات داشته باشه .

اما اگر تجاری نباشه نباید تو دفتر نوشته بشه .

پس اگر تاجر از تاجر دیگر برای مصرف شخصی برنج بخرد عملش تجاری است و باید در دفتر ثبت بشه ولی اگر تاجر مهریه همسر خودش را پرداخت کرد خب همسرش که تاجر نیست نیاز به ثبت در دفتر ندارد . چون یک طرف تاجر است و طرف دیگر تاجر نیست .

بند ۲ : [کلیه معاملاتی که تاجر یا غیر تاجر برای حوائج تجاری خود می‌نماید.]

مثلا تاجر از نجار که تاجر نیست مقادیری قفسه برای ویترین (رفع حاجت تجاری) بگیرد عملش تجاری است .

اما اگر تاجر از نجار برای دکوراسیون منزلش کمک بخواد دیگر عمل تجاری نیست .

بند ۳:

[کلیه معاملاتی که اجزاء یا خدمه یا شاگرد تاجر برای امور تجاری ارباب خود می‌نماید.]

مثلا کارگر فروشگاهی رفته با ام دی اف کار قرار داد بسته که بیا اینجا ویترین برامون نصب بکن عمل تجاری است . چون اقدام خدمه به عنوان نمایندگی است .

بند ۴ : [کلیه معاملات شرکتهای تجاری.]

خب برخی فعالیت های شرکت تجاری اعمال تجاری ذاتی است که مشمول بند ۲ است .

خب آیا شرکت های تجاری غیر از موضوعشون چیز دیگه ای هم میتونن انجام بدن ؟ نه

ولی شرکت های تجاری لوازم موضوعشون رو میتونن انجام بدن مثلا فرض کنید شرکت ما شرکت حمل و نقل است . ولی برای این حمل و نقل و بتونیم انجام بدیم لازم است که یک کارهایی رو انجام بدیم بالاخره اقلام و تجهیزاتی لازم داریم و باید خریداری کنیم . میز و صندلی و تعمیر کامیون و

خب این ها معاملاتی است برای رفع حوائج تجارتیمون . پس میشود عمل تجاری تبعی مشمول بند ۴ ماده ۳ ق . ت

ماده ۴ : [معاملات غیر منقول به هیچ وجه تجاری محسوب نمی شود.]

علت چیه ؟ میگه معاملات غیر منقول تجاری نیستند به این دلیل که در ان زمانی که این قانون وضع شده اصلا کسی با غ منقول تجارت نمیکرده . اگر مال غ منقولی رو میخریدند برای فروش نبوده برای سکونت یا زراعت و بوده .

کلی امروزه شغل پر رونقی است . و باید اصلاح شود قانون.

نکته دوم اینکه ما خیلی از معاملات تجاری که خوندیم مربوط به غیر منقول بود اتفاقا . دلالی منقول و غیر منقول داریم مثلا . یا تسهیل معاملات ملکی

خب منظور ماده اینه که معاملات غیر منقول تجاری نیستند ولی اون مواردی رو که ذکر کردیم که خب اون ها تجاری هستند و خاص هستند و ماده ۴ اصل و عام است . و اصل بر ماده ۴ است .

فایده ی این عام و خاص اینه که اگر شما یه جایی شک کردید که آیا اسن عمل مورد نظر که مربوط به غیر منقول هم میشود عمل تجاری است یا نه و بعد الفحص مایوس شدید و تحقیق کردید و به نتیجه نرسیدید باید برید سراغ اصل که اصل ماده ۴ است .

ماده ۵ : [کلیه معاملات تجار تجاری محسوب است مگر اینکه ثابت شود معامله مربوط به امور تجاری نیست.]

از این ماده بعضی اینجور استفاده کردند و گفتند ما در ماده ۳ این اختلاف برامون ایجاد شد که ایا یک تاجری با تاجر دیگری معامله ای کند برای حوایج شخصی این عمل تجاری است یا نه ؟ ما گفتیم بله عمل تجاریه . < تجاری تبعی البته

که البته بعضی این رو قبول ندارند و میگن عمل تاجر با تاجر وقتی تجاری است که برای رفع حوایج تجاری باشه.

این گروه مقابل به ماده ۵ استناد میکنند و میگن ببین اینجا گفته که معاملات تاجر تجاری هست ولی اگر اثبات شد که مربوط به امور تجاری نیست تجاری نباید باشد .

ماده در مقام تبیین اعمال تجاری چه تبعی چه ذاتی نیست . معاملات تجاری ذاتی رو ماده ۲ تبیین کرد . معاملات تجاری تبعی رو ماده ۳ تعیین کرد .

معاملات ذاتی و تبعی تبیین شد و معنی نداره قانونگذار بیاد در ماده ۵ اعمال تجاری رو تبیین بکنه برامون . پس ماده ۵ بحثش ثبوتی نیست بحث اثباتی است . بحثش این نیست که اعمال تجاری رو بخواد برامون توضیح بده .

بسم الله الرحمن الرحيم

جلسه ششم تجارت محسنی

یکی از الزامات تجار، داشتن دفتر تجاری است.

احکام تجار متفاوت است و تفاوت های این احکام بعضا امتیازاتی برای آن ها است و بعضا الزاماتی برای آن ها است.

یکی از این الزاماتی که برای این تجار است و متفاوت با سایر افراد است مسئله ی لزوم داشتن دفتر تجاری است.

دفتر تجاری تاجر اولاً باید مورد شناسایی قرار بگیرد و مصادیقش را با هم بررسی کنیم و در ثانی احکام ویژه این دفاتر را تبیین کنیم.

برای تبیین دفاتر تجاری تاجر در ماده ی ۶ تعیین تکلیف کرده است.

ماده ۶ : هر تاجری به استثنای کسبه جزء مکلف است دفاتر ذیل یا دفاتر دیگری را که وزارت عدلیه به موجب نظامنامه قائم مقام این دفاتر قرار می دهد داشته باشد:

(۱) دفتر روزنامه

(۲) دفتر کل

(۳) دفتر دارایی

(۴) دفتر کبیله

پس هر دفتری باید ۴ تا دفتر داشته باشد . البته کسبه جزء از این تکلیف مستثنا هستند.

__ کسبه جزء چه کسانی هستند ؟

کسبه جزء تجاری هستند که حجم معاملات آن ها از یک حدی کمتر باشد که البته این حد معاملات را به موجب تعبیر قدیمی نظامنامه عدلیه تعیین میکند . به تعبیر امروزی آیین نامه ی مصوب رییس قوه ی قضائیه تعیین میکنه که کسبه جزء چه کسانی هستند که اخیراً به موجب آیین نامه ای که رئیس قوه قضائیه ابلاغ کرده است کسبه جزء هم تعریف شده است.

آیین نامه ای که رئیس فعلی قوه قضائیه ابلاغ کرده يك ماده ی واحده است که به موجب آن افراد حقیقی داخل در طبقات ذیل از مصادیق کسبه جزء محسوب می شوند و از داشتن دفتر تجاری معاف خواهند بود.

(۱) کسبه ، پیشه وران ، تولید کنندگان ، و نظایر آن ها که فروش سالانه آن ها از ۴ میلیارد ریال تجاوز نکند.

در اینجا سوال پیش می آید که کسبه ، پیشه وران و تولید کنندگان یعنی چه؟

به عنوان مثال يك پیراهن دوز که يك چرخ خیاطی و اتاکی هم برای خودش دارد و آنجا پیراهن می دوزد و می فروشد هم تولید کننده است.

و یا يك کارگر کفایش هم پیشه ور محسوب می شود زیرا پیشه ای دارد که همان تولید کفش یا انجام قسمتی از فرایند تولید کفش است آیا این ماده این ها را هم شامل می شود یا نه؟

خیر در اینجا منظور تجاری هستند که در این دو دسته می خواهند تقسیم بندی شوند بنابراین تعبیر کسبه ، پیشه وران و تولید کنندگان خیلی معنای عام ندارد و آن دسته ای از تجار را می گویند که وضعیت کاسب ، تولید کننده و یا پیشه ور را دارد.

برای درک بهتر این مطلب باید قسم دوم را هم خواند تا معیار این تقسیم بندی نیز مشخص شود.

(۲) ارائه دهندگان خدمات در هر زمینه ای که عانده ی غیر خالص آن ها تجاوز از دو میلیارد ریال نباشد.

اگر برگردیم فعالیت های تجاری ماده ۲ را نگاه کنیم بعضی از آن ها خدمات ارائه می کنند. مثل دلال یا موسسه ی باربری و بعضی خرید و فروش جنس می کنند یا مثلاً مانند بند یک تحصیل مال منقول میکنند به قصد فروش یا همانند بند ۴ کارخانه داری می کنند

یعنی سیستم مالی اش ، ورودی خروجی دارد و محمولاتی داخل می آید و عیناً فروخته می شود و یا تغییراتی در آن ایجاد می شود و بعد فروخته می شود .خب معلوم است آن گروهی که ورودی و خروجی دارند یعنی مواد اولیه تحصیل می کنند و بعد يك كاری روی آن می کنند مثل کارخانه دار که تولید می کند و می فروشد یا مثل خریدار اموال منقول که بعد می فروشد ، درآمد ناخالصشان به مراتب بیشتر است در مقایسه با گروهی که ورودی مالی ندارد و صرفاً خدماتی ارائه می کند و در ازای آن حق الزحمه ای دریافت میکند .

در همین راستا وقتی درآمد ناخالص کسی را که فعال بند ۱ است یعنی مال منقولی را خرید و فروش می کند با کسی که دلالی می کند مقایسه کنیم می بینیم درآمد ناخالص اولی بیشتر است به همین جهت نمی شود یک معیار واحد از نظر میزان درآمد ارائه کرد. طبعاً درآمد بند ۱ ای یا درآمد بند ۴ ای به مراتب بیشتر است البته این درآمد با درآمد خالص خیلی تفاوت دارد کما اینکه مثلاً یک دلال درآمد کمتری دارد اما این درآمد به درآمد خالص آن نزدیکتر است . به این جهت آمده تجار را در دو دسته قرار داده است.

گروه اول کسانی که به قول استاد ورودی و خروجی مالیشان به نحوی است که مجبورند مواد اولیه یا اموالی را وارد سیستم کرده و از آن طرف به فروش برسانند و درآمد ناخالص بالاتری هم دارند و گروه دومی که خدمات ارائه می کنند و درآمد ناخالص کمتری دارند.

گروه اول همان کسبه،پیشه وران ،تولید کنندگان و امثال این ها هستند که فروش سالیانشون از ۴میلیارد ریال بیشتر باشد و در مقابل گروه دیگری که خدمات ارائه می کنند و فروش سالیانه این ها را ۲میلیارد ریال در نظر گرفته است.

این چهار میلیارد ریال و دو میلیارد ریال میشود ضابطه کسبه جزء (تجاری که مشمول عنوان کسبه ی جزء می شوند) _این افراد . نیازی به داشتن دفاتر تجاری نخواهند داشت.

نکته : برخی به اشتباه فکر می کنند که کسبه جزء تاجر نیستند زیرا از برخی الزامات تجار مثل همین دفاتر تجاری یا احکام ورشکستگی معاف هستند.

این برداشت قطعاً غلط است چون ما قبلاً در رابطه با مفهوم تاجر بحث کردیم و معلوم شد هر کسی شغلش تحصیل مال منقول به قصد فروش باشد ،عملش تجاری است بنابراین بقال سر کوچه هم که ممکن است درآمد خیلی زیادی نداشته باشد تاجر است زیرا تحصیل مال منقول به قصد فروش می کند یا يك بنگاه املاکی ضعیف که فعالیت آنچنانی یا مشتری زیادی ندارد هم تاجر محسوب می شود ولی این ها از بعضی از احکام تجار معاف هستند (مثل نداشتن دفتر تجاری و حکم ورشکستگی)

مدت ها بود که ضابطه ی کسبه ی جزء تغییر نکرده بود (از زمان مرحوم آیت الله شاهرودی) اما اخیراً آقای محسنی اژه ای این • ضابطه را بروز کرد.

ماده ۷ : دفتر روزنامه : [دفتر روزنامه دفتری است که تاجر باید همه روزه مطالبات و دیون و داد و ستد تجاری و معاملات راجع به اوراق تجاری(از قبیل خرید و فروش و ظهرنویسی)و به طور کلی جمیع واردات و صادرات تجاری خود را به هر اسم و رسمی که باشد و وجوهی را که برای مخارج شخصی خود برداشت می کند در آن دفتر ثبت نماید.]

در دفتر روزنامه کلیه مرادوات تاجر اعم از تمام ورودی ها و خروجی های تجارتخانه،معاملات،داد و ستدها،خرید و فروش ها،اجاره ها،قبول ،صادر ،تنزیل ،زهر نویسی ویا معامله اسناد تجاری و ... باید ثبت شود و حتی برداشت های شخصی خود از دخل(اینکه با آن چه می کند و یا چه خریدی می کند به خودش مربوط است اما نفس برداشت وجه از خزانه باید ثبت شود چون يك آئین منفی در دارایی محسوب می شود)

همچنین تاجر با هر کسی که مرادواتی دارد باید آن را ثبت بکند (معاملات مربوط به تجارتخانه)

نکته : دفتر روزنامه دفتر جامعی است و همه ی اطلاعات تجارتخانه در آن باید باشد و هیچ چیز جا نیفتد.

نکته : این دفتر، دفتر شلوغی است. تاجر با هر کسی معامله کرده در آنجا نوشته است. معامله ورودی بوده نوشته ،خروجی بوده نوشته و همینطور برداشت هایش را هم نوشته.

این دفتر کامل است ولی نامرتب و شلوغ است مخصوصاً که هر روز باید اطلاعات آن روز را در آن ثبت و ضبط کند.

ماده ۸ :دفتر کل : [دفتر کل دفتری است که تاجر باید کلیه معاملات را لااقل هفته ای یک مرتبه از دفتر روزنامه استخراج و انواع مختلف آن را تشخیص و جدا کرده و هر نوعی را در صفحه مخصوصی در آن دفتر به طور خلاصه ثبت کند]

نامرتبی دفتر روزنامه علی رغم جامعیت آن باعث شده که دفتر کل طراحی شود.

دفتر کل دفتری است که اطلاعات دفتر روزنامه خارج می شود و در دفتر کل ثبت و ضبط می شود و تفاوتش با دفتر کل از دو جهت است.

از این جهت شبیه اند که اطلاعات دفتر کل با دفتر روزنامه باید تراز و هماهنگ باشد زیرا همان اطلاعات دفتر روزنامه است که وارد دفتر کل می شود پس ته حساب دفتر روزانه با ته حساب دفتر کل باید با هم بخواند چون مآخذ اطلاعات دفتر کل، دفتر روزنامه است و اگر اطلاعات با هم نخواند معلوم می شود که يك جا در نقل اطلاعات اشتباه کردیم.

تفاوت آن ها از این جهت است:

(۱) دفتر روزنامه را باید هر روز تنظیم کنیم ولی دفتر کل را حداقل هفته ای یک بار باید بروز کرد و اطلاعات را منتقل کرد.

(۲) برخلاف دفتر روزنامه که شلوغ و نامرتب است، دفتر کل طبقه بندی شده است و اطلاعات دفتر روزنامه بر اساس ضوابطی که تاجر تمایل دارد مثلاً بر اساس اشخاصی که با آن ها معامله می کند یا نوع مرادفات یا بر اساس شهرستان ها یا استان های مختلف طبقه بندی می شود که بستگی به سلیقه ی تاجر یا حسابدارش دارد که طبقه بندی های منطقی را در دفتر کل در نظر می می گیرند و اطلاعات دفتر روزنامه را اینجا پیاده می کنند.

ماده ۹ : دفتر دارایی : [دفتر دارایی دفتری است که تاجر باید هر سال صورت جامعی از کلیه دارایی منقول و غیر منقول و دیون و مطالبات سال گذشته خود را به ریز ترتیب داده در آن دفتر ثبت و امضاء نماید و این کار باید تا پانزدهم فروردین سال بعد انجام پذیرد.]

دارایی مثبت اعم از اعیان، اموال منقول و غیر منقول و مطالبات.

دارایی منفی اعم از دیون، تعهدات و بدهی ها.

در دفتر دارایی، دارایی مثبت و منفی خود را ثبت کرده تا آن ها را مقایسه کنیم و بتوانیم تراز نامه ای را طراحی کنیم تا در آخر نگاه کنیم که آیا ما سود کرده ایم یا ضرر کرده ایم. در واقع اگر دارایی مثبت و منفی را با هم مقایسه کنیم یعنی از هم کثر کنیم نتیجه اش اگر مثبت باشد یعنی سود کردیم و اگر منفی باشد یعنی ضرر کردیم و اگر صفر باشد یعنی ورودی و خروجی یکی شد و نه سود و نه ضرر کرده ایم.

گاهی مثلاً ۱۰۰ میلیون تومان دارایی داشتیم و با آن شروع به فعالیت می کنیم و این را در قسمت دارایی مثبت خود می نویسیم. به فرض نتیجه ی فعالیت هایمان هم فقط منفی بوده و در دارایی منفی خود ۲۰ میلیون تومان ضرر کردیم. وقتی ترازنامه را می نویسیم اگر آن ۱۰۰ میلیون تومان را فقط در قسمت دارایی مثبت خود ثبت کنیم به اشتباه فکر می کنیم ۸۰ میلیون تومان سود کرده ایم اما در اصل درستش این است که باید آن ۱۰۰ میلیون تومان را در دارایی منفی خود هم ثبت کنیم و در پایان می بینیم که ۲۰ میلیون تومان ضرر کرده ایم (۱۰۰ میلیون تومان را به عنوان دارایی اول سالمان در نظر می گیریم و در لیست اموال و دارایی های مثبتمان قرار می دهیم همچنین به عنوان بدهی و دارایی منفی در ستون منفی ها هم قرارش می دهیم)

پس معمولاً تاجر در کنار دفتر دارایی ترازنامه ای را هم به ویژه در شرکت های تجاری تنظیم می کنند که این به وضوح میزان سود یا زیان را نشان می دهد (مثلاً در شرکت های تجاری وقتی می خواهند به سهام دارانشان گزارش دهند که چقدر سود یا زیان کردند، این ترازنامه ها برای بررسی در مجامع عمومیشان ارائه می شود)

دفتر دارایی نشان از دارایی تاجر در پایان سال کاری آن دارد و این دفتر را باید تا پایان ۱۵ فروردین هر سال تکمیل و تنظیم کرد.

بعضی ها ممکن است دفاتر را خیلی جدی نگیرند اما به جای دفتر دارایی ترازنامه را حتماً تنظیم می کنند ولی به هر حال دفتر دارایی هم جزو الزامات است و باید داشته باشند.

ماده ۱۰ : دفتر کپیبه : [دفتر کپیبه دفتری است که تاجر باید کلیه مراسلات و مخابرات و صورتحساب های صادره خود را در آن به ترتیب تاریخ ثبت نماید]

تبصره : تاجر باید کلیه مراسلات و مخابرات و صورتحساب های وارده را نیز به ترتیب تاریخ ورود مرتب نموده و در لفاف مخصوصی ضبط کند.

در بنگاه تجاری مکاتبات ، نامه نگاری هایی که با دیگران و یا تجار دیگر داریم ،تمام این ها را باید نگه داری کرد . هم اصل مکاتبات را باید نگهداری کرد و هم خلاصه آن را باید در دفتر کپیبه ثبت و ضبط کرد.

درباره اصل آن مکاتباتی که ارسال کردیم و رفت هیچ اما آن مکاتباتی که وصولی و ورودی سیستم است را باید به ترتیب تاریخ در یک لفاف مخصوصی (مثلا زونکن یا کلاسور) نگهداری کند و بعد اطلاعات راجع به این نامه های واصله و نامه های خارجه (آن هایی که ارسال کرده) را باید در دفتر کپیبه ثبت نماید.

این دفتر کپیبه امروزه دیگر کاربردی ندارد چون اگر یک تاجری به تاجر دیگر نامه ای نوشته باشد و قرار باشد این نامه را عیناً در دفتر کپی ثبت و ضبط نماید خب خیلی مطالب حاشیه ای در آن وجود دارد مثلاً میلاد رسول را تبریک گفته یا یک توصیه اخلاقی به آن کرده یا حدیث و آیه ای نوشته است یا مثلاً خوش و بشی کرده و سال نو را تبریک گفته است و اینها لازم نیست ثبت و ضبط شود و ثبت همه ی آن کار عبثی است و ما باید مهم هایش و آنچه را که نیاز داریم بنویسیم. مثلاً در نامه هایی که ارسال کردیم ، اینکه به کی ارسال کردیم باید ثبت شود (مخاطب نامه) و تاریخ آن و موضوع آن (مثلاً مطالبه ی طلب معامله ی فلان ،در حد چند کلمه و خلاصه باید ثبت شود)

نامه ای که وارد شده هم به همین ترتیب مثلاً چه کسی به ما نامه زده است؟ و کی در سیستم تجارتخانه ی ما وارد شده است ؟ و موضوع چیست؟ همین سه و یا نهایتاً چهار آیتم نیاز است که ثبت شود بنابراین نوشتن همه ی آن کار بیهوده ای است و به همین جهت امروزه از دفتری به نام اندیکاتور یا در اصطلاح فارسی آن،دفتر نامه نما استفاده میشود و عملاً هیچ تاجری از دفتر کپیبه استفاده نمی کند و از دفتر اندیکاتور استفاده میکند.

این دفاتر تجارتی یکسری احکامی دارند:

(۱) شرایط نگهداری

(۲) آثار این دفاتر

هر چیزی که تاجر در دفترش می نویسد به نفع خودش هم قابل استناد است(هم به نفع خودش قابل استناد است و هم به زیانش)

اگر قرار باشد تاجری هر چیزی که دلش خواست را در دفترش بنویسد و بعد بگوید من در دفترم نوشتم که به فرض از چند نفر فلان قدر طلب کارم و بعد دادگاه هم با استناد به نوشته هایش حق را به او بدهد، راه سوء استفاده باز می شود و برای اینکه این مشکلات پیش نیاید قانونگذار یکسری تشریفات برای تهیه ی دفاتر پیش بینی کرده است.

تشریفات دفتر تجارتی:

ماده ۱۱:[دفاتر مذکور در ماده ۶ به استثناء دفتر کپیبه قبل از آنکه در آن چیزی نوشته شده باشد به توسط نماینده اداره ثبت (که مطابق نظامنامه وزارت عدلیه معین می شود) امضاء خواهد شد.

برای دفتر کپیبه امضاء مزبور لازم نیست ولی باید اوراق آن دارای نمره ترتیبی باشد. در موقع تجدید سالیانه هر دفتر مقررات این ماده رعایت خواهد شد.

حق امضاء از قرار هر صد صفحه یا کسور آن دو ریال به علاوه مشمول ماده (۱۳۵) قانون ثبت اسناد است.

نکات:

امروزه دیگر اداره ی ثبت نداریم و آن اداره اکنون همان سازمان ثبت اسناد و املاک شده است و آن دفاتر قبل از اینکه چیزی در آن ها نوشته شود باید توسط نماینده سازمان ثبت اسناد و املاک امضا شود.

خب این امضا شدن چه خاصیتی دارد؟

نماینده سازمان ثبت که می خواهد دفتر را امضا کند چند مورد را چک می کند اول می بیند این دفتر سریال یا شماره صفحه دارد یا به تعبیر قانون نمره گذاری شده است یا خیر. مثلا اگر يك دفتر ۴۰ برگ برداشتیم ، این دفتر باید صفحه گذاری شود یعنی تمام ۸۰ صفحه باید به صورت سریالی شماره گذاری شود.

چرا باید شماره گذاری شود؟

زیرا بعدا نشود ورقه ای را به این دفتر اضافه و یا کم کرد(اگر ورقه ای کم شود شماره ی سریال آن دفتر بهم می خورد)

برای این که بعدها اینطور نشود که ورقه ای را به آن اضافه کنیم یا بکنیم ،نماینده ثبت اسناد این ترتیب شماره صفحات را چک میکند و تعداد را صورت جلسه میکند و امضا می کند و مثلا می گوید دفتری با ۸۰ صفحه در حضور اینجانب در تاریخ فلان کنترل شد و مورد تایید است و سپس آن را امضا می کند.

اما حالا می شود یک برگه ای را کند و یک برگه ای را به جایش گذاشت و بعد شماره ها را هم جایگزین کرد .به طور مثال ورقه ۱۰ام را که کندیم (صفحه ی ۱۹ام و ۲۰ام هم به تبع نیست)میایم ورقه ای مشابه آن اضافه می کنیم.

برای اینکه این مشکل پیش نیاید چه باید کرد؟

برای این مشکل نماینده باید قسمت شیرازه ی دفتر را سوراخ بکند و نخ قیطانی مخصوصی را که برای پلمپ کردن استفاده میشود از آن رد کند و با سرب پلمپ کند . این طوری دیگر نمیشود برگه ای را کند یا اضافه و جایگزین کرد.

ماده ی ۱۲ : [دفتری که برای امضاء به متصدی امضاء تسلیم می شود باید دارای نمره ترتیبی و قیطان کشیده باشد و متصدی امضاء مکلف است صفحات دفتر را شمرده در صفحه اول و آخر هر دفتر مجموع عدد صفحات آن را با تصریح به اسم و رسم صاحب دفتر نوشته با قید تاریخ امضاء و دو طرف قیطان را با مهر سربی که وزارت عدلیه برای این مقصود تهیه می نماید منگنه کند. لازم است کلیه اعداد حتی تاریخ با تمام حروف نوشته شود.]

این ها تشریفات تهیه ی دفتر بود که البته امروزه این دفاتر به صورت آماده وجود دارد و فقط باید آن ها را خرید.

نکته : این دفاتر لازم نیست که حتما در اول سال تهیه بشوند .ممکن است که وسط سال دفتر تمام شود و وسط سال دفتر تهیه بکنیم.

هر دفتری را تا ۱۰سال باید نگهداری کرد.

۱۰ سال نگه داری دفتر از پایان سالی است که دفتر مربوط به آن سال مالی است.

این تکلیف ۱۰سال بسیار مهم است زیرا در آثار دفاتر تجاری می بینیم که ممکن است به دفتر تجاری استناد کنند تاجر هم مکلف است دفترش را ارائه کند و عدم اراعه ی دفتر هم ممکن است به زیان تاجر تمام شود و علیه آن استفاده بشود.

مثلا يك تاجری دفتر ۸سال پیش خود را نگه نداشته است و طرفین دعوا می گویند که به دفتر تاجر استناد می کنیم

اگر این تاجر دفترش را نیاورد احتمالا این به زیانش و دلیل علیه او تلقی خواهد شد(دلیل حقانیت طرف مقابلش محسوب می شود)

آثار دفاتر تجاری:

ماده ۱۴ : [دفاتر مذکور در ماده ۶ و سایر دفاتری که تجار برای امور تجاری خود به کار می برند در صورتی که مطابق مقررات این قانون مرتب شده باشد بین تجار - در امور تجاری - سندیت خواهد داشت و غیر این صورت فقط بر علیه صاحب آن معتبر خواهد بود.]

دفاتر تجاری سندیت دارند.(مهم ترین اثر دفاتر تجاری).

سند نوشته ای است که به استناد آن بتوان ادعایی را در دادگاه اثبات کرد.

این سندیت هم له و هم علیه تاجر قابل استفاده است.

دفاتر از دو جهت به زیان تاجر سندیت دارد:

۱) اینکه وقتی تاجر چیزی را در دفتر خود نوشته است خب این اقرار علیه خود اوست . یعنی چه دفتر درست تنظیم شده باشد چه نادرست ، به زیان خودش قابل استناد است.

۲) اینکه به دفتر تجارتی تاجر استناد کنیم و او آن دفتر را ارائه نکند. عدم ارائه دفتر می تواند دلیل علیه او و دلیل حقانیت طرف مقابلش محسوب شود

به موجب ماده ۲۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی چنانچه یکی از طرفین به دفتر بازگانی طرف دیگر استناد کند، دفاتر نام برده باید در دادگاه ابراز شود. در صورتی که ابراز دفاتر در دادگاه ممکن نباشد، دادگاه شخصی را مأمور می نماید که با حضور طرفین دفاتر را معاینه و آنچه لازم است خارج نویسی نماید.

هیچ بازگانی نمی تواند به عذر نداشتن دفتر از ابراز و یا ارائه دفاتر خود امتناع کند، مگر اینکه ثابت نماید که دفتر او تلف شده یا دسترسی به آن ندارد. هرگاه بازگانی که به دفتر او استناد شده است از ابراز آن خودداری نماید و تلف یا عدم دسترسی به آن را هم نتواند ثابت کند، دادگاه می تواند آن را از قراین مثبتة اظهار طرف قرار دهد.

این دلیل به نفع طرف مقابل قطعی نیست و فقط گفته دادگاه میتواند این عدم ارائه ی دفتر را از قراین مثبتة اضهار طرف قرار دهد.

چرا میتواند ؟ چون ممکن است مخصوصا در جامعه ما تاجر از اول اصلا دفتری نداشته باشد . چون از این موارد زیاد هست قانون دست قاضی را باز گذاشته است.

سندیت دفتر تجاری تاجر له تاجر (به نفع تاجر):

ماده ۱۴: [دفاتر مذکور در ماده ۶ و سایر دفاتری که تاجر برای امور تجارتی خود به کار می برد در صورتی که مطابق مقررات این قانون مرتب شده باشد بین تاجر - در امور تجارتی - سندیت خواهد داشت و غیر این صورت فقط بر علیه صاحب آن معتبر خواهد بود.]

پس دفاتر تجارتی تاجر بدون قید و شرط و بدون رعایت این شرایطی که خواهیم گفت در هر حال حتما علیه صاحبش سندیت دارد اما اگر بخواهد به نفع تاجر سندیت داشته باشد چند تا شرط دارد:

شرط اول: این دفاتر مطابق این مقرراتی که در قانون گفتیم تنظیم شده باشد یعنی دفتر را برده باشد اداره ثبت اسناد و املاک و آنجا نماینده امضا کرده باشد و مهر زده باشد همچنین پلمپ شده باشد، شماره سریال مرتب شده داشته باشد، ورقه هایش کم و زیاد نشده باشد و همینطور نحوه ی نگارش آن هم مطابق قانون باشد مثلا خط خوردگی و محو شدگی نداشته باشد و یا حاشیه نویسی و بین خطوط نویسی هم نداشته باشد (کار های ممنوعه ای که گفته شد)

پس در همین شرط اول هم دو شرط وجود دارد: .

۱_ تهیه ی دفتر مطابق شرایط قانونی

۲_ تنظیم دفتر مطابق شرایط قانونی و عرف دفتر نویسی

شرط اول برای این بود که تاجر نتواند تقلب کند .

شرط دوم: این دفتر در دعوی بین دو تاجر قابل استناد به نفع تاجر است . چون قانون گزار میگوید که من به شما یک _ ابزار اثباتی خیلی خوب دادم ولی به شرطی که طرف مقابلتم از ابزار مشابه برخوردار باشد.

مثلا شما با یک دانشجوی حقوق دعوایت شده و می گویی که من به دفتر تجارتی استناد می کنم، در دفتر تجارتیت نوشتی که از این دانشجو طلبکاری و دانشجوی حقوق هم به فرض می گوید که منم در کنار دفترتم نوشتم که پول را به شما پس دادم یا اصلا از شما طلبکارم . خب این دفتر دانشجو به درد دادگاه نمی خورد و به نفعش دلیل محسوب نمی شود در این جا برای شما ی تاجر هم دفتر ، سندیت ندارد چون طرف مقابلت از این ابزار مشابه برخوردار نبوده است.

ولی اگه طرف مقابل می توانست از دفتر تجارتی برخوردار باشد ولی کوتاهی کرده و از دفتر تجارتی خود نگه داری نکرده بود اینجا دیگر تقصیر خودش است و شما می توانید به دفتر خود استناد کنید . یعنی همین که قانونگذار این امکان را برایش فراهم کرده باشد و بگوید شما تاجر بودی و می بایست دفتر می داشتی و آن دفتر هم قابل استفاده به نفعت بود ، درست است و استناد شما به دفتر خود منوط به استناد طرف مقابل به دفتر خود نیست

وقتی منطق این شرط قانون را فهمیدیم این را نیز می فهمیم که طرف مقابل باید تاجر باشد ولی نه از کسبه جزء چون کسبه جزء از این ابزار برخوردار نیستند.

شرط سوم: این سندیت دفتر تجاری تاجر در دعوای تجاری امکان پذیر می باشد.

مثلا تاجر بگوید من مهریه ی همسر را دادم و به دفتر خود استناد کند. این امکان پذیر نیست ولو اینکه همسر او نیز تاجر باشد زیرا این مسئله ی مهریه امری تجاری نیست.

یا مثلا يك تاجری از تاجر دیگری يك خانه ای را می خرد و یا به او می فروشد، این مورد هم در دفتر تجاری ثبت نمی شود.

پس اگر مراده غیر تجاری باشد نمی شود به دفتر تجاری استناد کرد.

منطق این که می گوید دعوا، دعوای تجاری باشد این است که آن مراده در دفتر تجاری ثبت شود یعنی از جنس معاملات و مراداتی باشد که در دفتر تجاری ثبت می شود نه جنس معاملاتی که ثبت نمی شود. در اینجا ممکن است این سوال پیش بیاید که مگر ما قبلا نگفتیم که هر گاه دو تاجر با هم هر معامله ای بکنند معامله ی تجاری تبعی است؟ خب وقتی هم که تجاری تبعی است قاعدتا باید در دفتر ثبت شود و اگر در دفتر تجاری هم ثبت بشود پس بنابراین می شود به این دفتر تجاری هم استناد کرد پس چرا قانونگذار می گوید دعوا باید دعوای تجاری باشد تا بشود به دفتر استناد کرد؟ همین که طرفین دعوا تاجرند، هر مراده ای که بین آن ها باشد می شود معامله ی تجاری تبعی (با توجه بند ۱ ماده ۳)

خب اینجا يك اشکالی به قانون وارد است

چون پارادوکس وجود دارد و خوب است که قانونگذار این ماده را اصلاح بکند.

ماده ۱۲۹۷ قانون مدنی: [دفتر تجاری در موارد دعوای تاجری بر تاجر دیگر در صورتی که دعوی از محاسبات و مطالبات تجاری حاصل شده باشد دلیل محسوب میشود مشروط بر اینکه دفاتر مزبوره مطابق قانون تجارت تنظیم شده باشند].

ماده ۱۲۹۸ قانون مدنی: [دفتر تاجر در مقابل غیر تاجر سندیت ندارد فقط ممکن است جزء قرائن و امارات قبول شود لیکن اگر کسی به دفتر تاجر استناد کرد نمیتواند تفکیک کرده آنچه را که بر نفع او است قبول و آنچه که بر ضرر او است رد کند مگر آنکه بی اعتباری آنچه را که بر ضرر اوست ثابت کند].

ماده قانون مدنی ۱۲۹۹: [دفتر تجاری در موارد مفصله ذیل دلیل محسوب نمی شود:

۱) در صورتی که مدلل شود اوراق جدیدی به دفتر داخل کرده اند یا دفتر تراشیدگی دارد

۲) وقتی که در دفتر بی ترتیبی و اغتشاشی کشف شود که بر نفع صاحب دفتر باشد

۳) وقتی که بی اعتباری دفتر سابقا به جهتی از جهات در محکمه مدلل شده باشد}

توضیح مورد دوم: مثلا در دفتر تاریخ های پس و پیش می بینیم (زیرا قرار بود این ها به ترتیب تاریخ نوشته شود)

به فرض تاریخ خرداد را نگاه می کنیم و بعد خرداد می بینیم که معاملات اردیبهشت نوشته شده است اینجا معلوم می شود که بی ترتیبی در دفتر وجود دارد. این بی ترتیبی به زیان تاجر قابل استناد هست اما به نفعش دیگر قابل استناد نخواهد بود که این مورد هم در واقع اشکالش این است که مطابق عرف دفتر نویسی تنظیم نشده است.

توضیح مورد سوم: دفتر تجاری داریم که ظاهرا مطابق قانون تهیه و تنظیم شده است، عرف دفتر نویسی هم رعایت شده است، طرف مقابل هم تاجر است و موضوع هم دعوای تجاری است خب تا اینجا می شود سند به نفع تاجر اما از آن طرف، طرف مقابل می تواند بی اعتباری این دفتر را اثبات کند مثلا جعل هایی با زیرکی در این دفتر رخ داده که ما با نگاه عامیانه نمی توانیم بفهمیم اما اگر کارشناس خط بیاید می تواند آن هارا در بیاورد پس ما می توانیم بی اعتباری این دفتر را اثبات کنیم.

ماده ۱۳۰۰ قانون مدنی: [در مواردی که دفتر تجاری بر نفع صاحب آن دلیل نیست بر ضرر او سندیت دارد.]

ماده ۱۵: تخلف از ماده ۶ و ماده ۱۱ مستلزم ده تا شصت میلیون ریال جزای نقدی است. این مجازات را محکمه ی حقوق راساً و بدون تقاضای مدعی العموم می تواند حکم بدهد و اجرای آن مانع اجرای مقررات راجع به تاجر ورشکسته ای که دفتر مرتب ندارد نخواهد بود.

عملاً چون این مجازات، مجازاتی نازل و ناچیز و خنده دار است هیچ گاه این ماده رعایت نمی شود. این ماده منسوخ نیست و معتبر و لازم الاجرا هم هست اما اجرا نمی شود. به این قوانین، قوانین متروک گفته می شود.

جلسه هفتم درس حقوق تجارت ۱

دکتر سعید محسنی

ضمانت اجراهای نداشتن دفتر تجاری :

۱_ ماده ۱۵ قانون تجارت : [تخلف از ماده ۶ و ماده ۱۱ مستلزم دویست تا ده هزار ریال جزای نقدی است. این مجازات را محکمه حقوق راساً و بدون تقاضای مدعی العموم می تواند حکم بدهد و اجرای آن مانع اجرای مقررات راجع به تاجر ورشکسته که دفتر مرتب ندارد نخواهد بود.]

در یک مقطعی این اشکال در متون قانونی قدیمی ما خیلی بد چشمی می کرد ، اینکه مجازات های قدیمی ما بروز نشده اند و از این جهت خیلی شایسته نیست که مثلاً ما بگیم مجازات نگه نداشتن دفتر ۲۰۰ تا ۱۰۰۰ ریال است به همین جهت در یک مقطعی قانونی وضع شد که این مشکل را حل بکند و به هیئت وزیران اختیار داد که مجازات ها را متناسب کنند به همین جهت در آخرین مصوباتی که در این راستا وجود دارد این مبالغ در اکثر موارد قانونی اصلاح شد

(بر اساس مصوبه هیئت وزیران)

• مبلغ جزای نقدی اصلاح شده ← ۱۰ تا ۶۰ میلیون ریال

۲_ اگر تاجری دفتر تجاری نگه داری نکند ، ممکن است طرف مقابل به دفاتر تجاری او استناد کند در این صورت عدم ارائه دفتر می تواند دلیلی علیه تاجر محسوب شود (این ضمانت اجرا قطعی نیست و به تشخیص دادگاه سپرده شده است)

۳_ وقتی تاجری ورشکسته شود ، در یک شرایطی این ورشکستگی وصف کیفری نیز دارد یعنی بخاطر ورشکسته شدن مجازات هم می شود.

در شرایط معمول ورشکستگی یک وضعیت مربوط به اهلیت می شود یعنی تاجری که ورشکسته می شود فویش اهلیتش را از دست می دهد و حق تصرف در اعمالش را نخواهد داشت ولی در مواردی همین وضعیت یک ضمانت اجرای کیفری هم دارد (مجازات دارد)

این شرایطی که موجب مسئولیت کیفری می شود خود دو دسته است :

۱_ ورشکستگی به تقصیر

۲_ ورشکستگی به تقلب

• ورشکستگی به تقلب موارد سنگین تری است که مجازات بیشتری هم دارد اما ورشکستگی به تقصیر به نسبت ورشکستگی به تقلب سبک تر است .

ورشکستگی به تقصیر هم خود دو دسته است که در ماده ۵۴۱ و ۵۴۲ پیش بینی شده است .

ماده ۵۴۱ قانون تجارت : [تاجر در موارد ذیل ورشکسته به تقصیر اعلان می شود:

۱) در صورتی که محقق شود مخارج شخصی یا مخارج خانه مشارالیه در ایام عادی بالنسبه به عایدی او فوق العاده بوده است.

۲) در صورتی که محقق شود که تاجر نسبت به سرمایه خود مبالغ عمده صرف معاملات کرده که در عرف تجارت موهوم یا نفع آن منوط به اتفاق محض است.

۳) اگر به قصد تاخیر انداختن ورشکستگی خود خریدی بالاتر یا فروشی نازل تر از مظنه روز کرده باشد یا اگر به همان قصد وسایلی که دور از صرفه است به کار برده تا تحصیل وجهی نماید اعم از اینکه از راه استقراض یا صدور برات یا به طریق دیگر باشد.

۴) اگر یکی از طلبکارها را پس از تاریخ توقف بر سایرین ترجیح داده و طلب او را پرداخته باشد.]

ماده ۵۴۲ قانون تجارت : [در موارد ذیل هر تاجر ورشکسته ممکن است ورشکسته به تقصیر اعلان شود:

۱) اگر به حساب دیگری و بدون آنکه در مقابل عوضی دریافت نماید تعهداتی کرده باشد که نظر به وضعیت مالی او در حین انجام آنها آن تعهدات فوق العاده باشد.

۲) اگر عملیات تجارتي او متوقف شده و مطابق ماده ۴۱۳ این قانون رفتار نکرده باشد.

۳) اگر از تاریخ اجرای قانون تجارت مصوب ۲۵ دلو ۱۳۰۳ و ۱۲ فروردین و ۱۲ خرداد ۱۳۰۴ دفتر نداشته یا دفاتر او ناقص یا بی ترتیب بوده یا در صورت دارایی وضعیت حقوقی خود را اعم از قروض و مطالبات به طور صحیح معین نکرده باشد (مشروط بر اینکه در این موارد مرتکب تقلبی نشده باشد).]

× تفاوت این دو ماده در این است که در ماده ۵۴۱ میگوید : تاجر در موارد ذیل ورشکسته به تقصیر اعلان می شود. ← به طور قطعی و حتمی می گوید .

اما ماده بعدی قید ممکن است را اضافه می کند . این امکان اختیاری است که به دادگاه داده شده و می گوید اگر مواردی در ماده ۵۴۲ پیش بیاید، دادگاه می تواند آن تاجر ورشکسته را به عنوان ورشکسته به تقصیر مجازات هم بکند

پس تفاوت این دو ماده، بحث تکلیف دادگاه یا اختیار اوست یعنی تکلیف دارد که اون تاجر را ورشکسته به تقصیر اعلام کند یا اختیار دارد که این ضمانت اجرا را اعمال کند

پس در ماده ۵۴۲ ضمانت اجرای ورشکستگی به تقصیر اختیاری است. (به اختیار دادگاه)

بند ۳ ماده ۵۴۲ هم بحث نگهداری نکردن دفتر تجاری است اگر تاجری دفتر تجاری نگهداری نکند ممکن است به حکم دادگاه ورشکسته به تقصیر اعلام شود پس عدم نگهداری دفتر ضمانت اجرای کیفری دیگری هم دارد و اون شمول وصف ورشکستگی به تقصیر است ولی با این قید که شمول ورشکستگی به تقصیر به اختیار دادگاه خواهد بود این هم احتمالاً به این خاطر بوده است که به هر حال ممکن است تاجری فرد صحیح العمل و قابل احترامی هم بوده باشد اما دفتر نگهداری نکرده و حسب اقتضائات اجتماعی، مصلحت است که او را مجازات نکنیم و اگر دادگاه به این نتیجه رسید که مجازات در اینجا مناسب برای همچنین شخصی نیست می تواند مجازات اعلام نکند و اگر مصلحت دید، مجازات تعیین بکند همچنین مجازاتش هم طبق ماده ۶۷۱ ق.م.ا از ۶ ماه تا ۲ سال است و این هم از مواردی است که اصلاح شده است چون قبلاً در خود قانون تجارت مجازات ورشکستگی به تقصیر پیش بینی شده بود ولی در ق.م.ا این مجازات افزایش پیدا کرده است.

۴_ ورشکستگی به تقلب

ماده ۵۴۹ قانون تجارت: [هر تاجر ورشکسته که دفاتر خود را مفقود نموده یا قسمتی از دارایی خود را مخفی کرده و یا به طریق مواضعه و معاملات صوری از میان برده و همچنین هر تاجر ورشکسته که خود را به وسیله اسناد و یا به وسیله صورت دارایی و قروض به طور تقلب به میزانی که در حقیقت مدیون نمی باشد مدیون قلمداد نموده است ورشکسته به تقلب اعلام و مطابق قانون جزا مجازات می شود].

طبق جمله اول این ماده مفقود نمودن دفتر تجاری باعث ورشکستگی به تقلب میشود. مجازات ورشکستگی به تقلب طبق ماده ۶۷۰ قانون مجازات:

[کسانی که به عنوان ورشکستگی به تقلب محکوم می شوند به مجازات حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهند شد].

پس ورشکسته به تقلب هم می تواند به عنوان ضمانت اجرای عدم نگهداری دفتر در نظر گرفته شود البته با این توضیح که نداشتن دفتر از اساس مشمول این مجازات نمی شود و این ناظر به فرضی است که شخص دفتر داشته اما دفاترش را مفقود کرده است و در این عنوان مجرمانه (مفقود کردن) عمد نهفته است زیرا مفقود کردن دفتر جرم است نه مفقود شدن یعنی اگر یک تاجری دفاترش گم شود مثلاً دزد آن را بزند اینجا دیگر مشمول این ماده نخواهد بود و اگر تاجری دفاترش را مفقود کند یعنی عمداً آن را از بین ببرد عملش می تواند مشمول ورشکستگی به تقلب شود. چرا می گوئیم می تواند؟ زیرا اگر ورشکسته شد، ورشکسته به

تقلب هم می شود ولی اگر یک تاجری ورشکسته نباشد دیگر عناوین کیفری ورشکستگی به تقصیر و تقلب هم برایش معنا نخواهد داشت .

۵_ یک ضمانت اجرای دیگر هم در ادامه ماده ۵۴۹ می شود اضافه کرد که اون مستقیماً ارتباطی به داشتن دفتر تجارتي ندارد و مربوط به نحوه ی نگهداری دفتر می شود مثلاً تاجری دفتر تجارتي دارد اما در اون دفتر نادرستی کرده و دیون و قروضی را در آنجا ایجاد کرده که مشمول ماده ۵۴۹ شود.

ماده ۵۴۹ قانون تجارت : [هر تاجر ورشکسته که دفاتر خود را مفقود نموده یا قسمتی از دارایی خود را مخفی کرده و یا به طریق مواضعه و معاملات صوری از میان برده و همچنین هر تاجر ورشکسته که خود را به وسیله اسناد و یا به وسیله صورت دارایی و قروض به طور تقلب به میزانی که در حقیقت مدیون نمی باشد مدیون قلمداد نموده است ورشکسته به تقلب اعلام و مطابق قانون جزا مجازات می شود.]

مثلاً اگر تاجر در دفتر تجارتي اش بدهی هایی را برای خودش بنویسد که بر خلاف واقع خودش را بدهکار جلوه دهد .

خب سوالی که ایجاد میشود این است که چطور یه آدم عاقل در دفتر خودش می آید و علیه خودش صحبت می کند؟

جواب : یه وقتایی اشخاص برای اینکه دست طلبکاران را از اموال کوتاه کنند ، برای خودشان طلبکار های صوری می تراشند یعنی طلبکار هایی که با خودشان هماهنگ هستند مثلاً به دوستش میگویند که شما ۱ میلیارد تومان از من طلبکار شو و بیا در ردیف غرما و اداره تصویه هم وقتی می خواهد اموال را تقسیم کند شما به عنوان یک طلبکار به نسبت طلبت از اموال می گیری و به این طریق این اموال را از دسترس طلبکار ها خارج می کند پس اینجا یک منفعی هم برای تاجر می تواند داشته باشد حالا اگر تاجر به نحو متقلبانه خودش را مدیون قلمداد کند ورشکسته ی به تقلب محسوب خواهد شد البته این جرمی که گفته شد ربطی به دفتر تجارتي به صورت مستقیم ندارد حالا ممکن است در دفتر تجارتي خودش را مدیون قلمداد کند یا ممکن است در صورت حساب ها و تراز نامه شرکتش خودش را مدیون قلمداد کند یا مثلاً چک غیر واقعی صادر کند بدون اینکه تعهدی داشته باشد و خلاصه به هر طریقی می تواند خودش را متقلبانه مدیون قلمداد کند ولی اگر این مورد را در دفتر تجارتي انجام داد و دفتر تجارتي را با اصول حرفه ای طراحی و تنظیم نکرد و در آن مرتکب چنین تقلبی شد ، اونجا هم مجازات ورشکستگی به تقلب خواهد داشت .

۶_ برآورد علی الراس مالیات

اگر تاجری دفاتر تجاری قانونی داشته باشد یعنی دفاتری که قانونی تحصیل شده و به نحو قانونی هم نگهداری شده ،

در حدود تیر یا خرداد هر سال (بسته به نوع تجارت) اداره دارایی به اصناف و کسبه و تجار و فعالان اقتصادی تکلیف می کند که درآمد هایشان را در سال شمسی گذشته اعلام کنند.

بنابراین تجار و کسبه و ... باید هر سال با مراجعه به اداره دارایی اطلاعات مربوط به درآمد های سال قبلشان را به اداره دارایی اعلام کنند (البته امروزه این مراجعه فیزیکی و حضوری نیست و از طریق تکمیل اظهار نامه ی مالیاتی است) که بعد بر اساس آن اظهاراتی که می کنند اگر مورد تایید ممیز مالیاتی بود ، بر همون اساس مالیات از آن ها گرفته می شود وگرنه به طریق دیگری که گفته خواهد شد.

حالا اگر تاجری دفتر تجاری مرتب داشته باشه ، درآمدش را بر اساس اون دفتر تجاری اظهار می کند و اون اظهار که بر اساس دفتر است معتبر خواهد بود . و ممیز مالیاتی مکلف است اون اظهار را مورد پذیرش قرار دهد. مثلا تاجر میگوید من سال قبل وضعیت درآمدیم خوب نبوده و درآمد کمتری از آن حد متعارف و مورد انتظار بوده است اینجا ممیز مالیاتی باید بگوید قبول چون این مبالغی که میگویی مورد تایید دفاتر تجاریت هم هست و در آنجا هم همینطور نوشته شده و دفاترت هم مرتب است و مطابق قانون تهیه و تنظیم شده است بنابراین مامور یا ممیز دارایی موظف است اون دفاتر را ملاک قرار دهد و طبق همون مالیات را برآورد کند اما اگر تاجری دفتر تجاری نگه ندارد در اینجا هنگامیکه او اظهار نامه مالیاتی می دهد مامور دارایی ممکن است آن اظهارات را قبول نکند که معمولا هم همینطور است چون بالاخره افراد سعی می کنند برای کم شدن مالیات ، اظهار کمتر از واقع کنند یعنی اون درآمد واقعیشان را اظهار نکنند به همین جهت معمولا بین مودی مالیاتی یعنی کسی که اظهار می کند و ممیز مالیاتی اختلاف وجود دارد این جا چون دفاتر تجاری به صورت مرتب و قانونی تنظیم نشده ، ممیز مالیاتی مالیات را علی الراس تعیین می کند یعنی مثلا به طور تخمینی با توجه به شرایط شغلی یا موقعیت مکانی شما (مثلا موقعیت استراتژیکی داری یا موقعیت خوب یا ضعیفی داری ، درآمد های سال قبلت که مورد بررسی قرار گرفته و قطعی شده و یا فاکتورهای مختلف دیگری) یک مبلغی را تقریبی برآورد می کند و این می شود ملاک مالیات اون شخص . خب اینجا اگر اون شخص بگوید من درآمد کمتری بوده ، اگر دفتر تجاری مرتبی می داشت ، طبق همون دفتر تجاری اش عمل می شد و مامور دارایی مکلف بود که به آن عمل کند و طبق آن مالیات تشخیص دهد ولی چون تاجر ما دفتر تجاری نگه داری نکرده رقم درآمدش به صورت علی الراس تایین می گردد و متناسب با همین هم باید مالیات پرداخت کند.

این هم یک ضمانت اجرای دیگر برای نداشتن دفتر تجاری و از اونور هم به نوعی امتیاز برای تاجری که دفتر تجاری نگهداری کرده است.

۷_ یک قاعده عمومی داریم که هر کسی با ارتکاب تقصیر موجب خسارت دیگری شود، مسئول جبران خسارت خواهد بود یا به تعبیری اگر از تقصیر کسی به دیگر خسارتی وارد آید اون شخص مقصر باید جبران خسارت کند که این را مسئولیت مدنی می گوئیم.

تقصیر: نقض تعهد قانونی یا قراردادی یا عرفی . اگر کسی تکلیفی که دارد را انجام ندهد تقصیر محسوب می شود و اگر از این تقصیر به کسی خسارتی وارد شود مسئول جبران خسارت خواهد بود .

خب در این بحث هم نگه داشتن دفتر تکلیف قانونی است و عدم نگهداری آن تقصیر محسوب می شود پس اگر از این تقصیر خسارتی به کسی وارد شد ، فرد مسئول جبران خسارت خواهد بود یعنی عدم نگهداری دفتر تجارتی می تواند موجب مسئولیت مدنی یا همان مسئولیت جبران خسارت شود فقط یک مشکلی که در اینجا وجود دارد این است که پیدا کردن مثال کمی برای این ادعا مشکل است یعنی تقصیر را به راحتی می توان تصور کرد (مثلا خیلی از تاجر دفتر ندارند) اما پیدا کردن مثال برای اینکه از تقصیرشان خسارتی به کسی وارد آمده کمی سخت است مثلا چطور می شود که من تاجر دفتر تجارتی نگه نداشته ام و بعد شمای نوعی متضرر می شوی پس اگر همچین مثالی پیدا شد قطعاً مسئولیت مدنی وجود خواهد داشت و این مورد هم به عنوان یکی از ضمانت اجرای تکلیف به نگهداری دفتر محسوب می شود.

مبحث دلالتی :

• از ماده ۳۳۵ تا ۳۵۶ قانون تجارت به مبحث دلالتی پرداخته شده است که البته محدود به این تعداد هم نیست مثلا

ما یک قانون مستقلی داریم به نام قانون راجع به دلالت که مصوب سال ۱۳۱۷ است و مشتمل بر ۱۳ ماده است که مقرراتی را در خصوص دلالتی پیش بینی کرده است.

تعریف دلال : طبق ماده ۳۳۵ ، دلال کسی است که در مقابل اجرت واسطه انجام معاملاتی شده یا برای کسی که می خواهد معاملاتی نماید طرف معامله پیدا می کند. اصولاً قرارداد دلالتی تابع مقررات راجع به وکالت است.

نکات :

• گفته دلال کسی است و در اصل باید گفته شود شخصی است . چون شخص حقوقی هم میتواند دلالتی بکند.

• در مقابل اجرت : هیچ عمل تجارتی رایگانی نمی توانیم پیدا کنیم . اگر عمل تجارتی رایگان بود یعنی برای دل خودش یا رضای خدا بود ، این نیز احکامی دارد اما دیگر از قلمرو حقوق تجارت خارج می شود و عمل تجارتی محسوب نمی شود.

• واسطه شدن معاملات : مثلا واسطه ی بنگاه ماشین ، املاک و یا دلالان بازیکنان فوتبال . واسطه گری مصداق بارز دلالتی است ولی معرفی هم دلالتی محسوب می شود یعنی اگر کسی دیگری را به کسی که می خواهد معامله کند معرفی کند یا به عبارت دیگر معرف شدن برای انجام قرارداد، دلالتی می شود. مثلا بازاریاب ها کارشان این است و در شرکت های تولیدی معمولاً از چند بازاریاب استفاده می شود و این بازاریاب ها مشتری یا طرف قرارداد برای کارخانه ها و یا کارگاه های تولیدی پیدا می کنند ولی موقع عقد قرارداد این بازاریاب

دیگر اونجا نیست که بخواهد وساطت کند یا چانه بزند و تخفیف بگیرد اما همینکه معرف شده است این خودش دلالی محسوب می شود.

ماهیت دلالی :

ذیل ماده ۳۳۵، منظور از ماهیت این است که این عمل حقوقی دلالی مشمول کدام یک از عناوین عقود قرار می شود؟

اصولاً هر قراردادی که به ما ارائه شد، باید به این سوال جواب دهیم که ماهیت این قرارداد چیست چون به فرض اگر ماهیت قرارداد بیع باشد ما به راست می رویم سراغ قانون مدنی و احکام بیع را روی آن پیاده می کنیم، اگر ماهیتش هبه است، می رویم و احکام هبه را پیاده می کنیم یا اگر ماهیت عمل حقوقی وکالت باشد ما احکام وکالت را پیاده می کنیم. حالا هم می خواهیم بدانیم که آیا دلالی را مشمول یکی از این عناوین شناخته شده ی قانونی که تحت عنوان عقود معین در قانون مدنی یا قوانین خاص پیش بینی شده می توان قرار داد یا خیر؟

در قرائدهایی که به ما عرضه می شود اگر توانستیم آن را با یکی از عناوین قانونی تطبیق دهیم، این می شود عقد معین و اگر که نتوانستیم و هیچ عنوان قانونی پیدا نشد این اصطلاحاً می شود عقد خصوصی و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی نیز می شود چون در قانون مدنی عقود معین لیست شده و احکام مربوط به آن هم گفته شده و کافیست ما به فرض بگوییم که می خواهیم عقد بیع انجام دهیم، اینجا دیگر لازم نیست ما بیایم و دو سه صفحه احکام مربوط به آن را بنویسیم چون این احکام را قانونگذار قبلاً گفته است. اما اگر قراردادی که ما قبلاً انتخاب کردیم مشمول هیچکدام از این عناوین خاصه قانونی نباشد، اینجا دیگر یک قرارداد خصوصی می شود و ماده ۱۰ هم صحت گذاری کرده و گفته مشکلی ندارد و شما می توانید یک قرارداد خصوصی با هم داشته باشید و یا اصلاً آن را طراحی کنید اما در اینجا دیگر احکامش را هم خودتان باید طراحی کنید.

قانونگذار در پایان ماده ۳۳۵ گفته : [اصولاً قرارداد دلالی تابع مقررات راجع به وکالت است.]

__ پس آیا می شود درباره ماهیت حقوقی دلالی بگوییم که دلالی، وکالت محسوب می شود؟

بعضی با توجه به انتهای این ماده این گونه برداشت کردند که پس ماهیت دلالی وکالت است اما این برداشت غلط است و دلالی یک عقدی است که در قانون تجارت مطرح شده و از ماده ۳۳۵ تا ۳۵۶ یعنی ۲۲ ماده به این مبحث اختصاص پیدا کرده است و در آن، شرایط دلالی، حقوق و تکالیف دلالان، آثار بار شده بر این عقد، احکام انحلال عقد، مسئولیت طرفین و به طور کل احکام مربوط به آن بحث شده است. پس می شود گفت که دلالی یک عقد معین است نه وکالت چون در تعریف عقد معین گفتیم که عقد معین یعنی قراردادی که قانونگذار احکام اون ضوابط و آثار و شرایط آن را مشخص کرده است و این در مقابل عقد نامعین است که خودمان باید احکام و آثار آن را پیش بینی کنیم.

• قانونگذار در اینجا هوشمندی به خرج داده و گفته که ممکن است من در این ۲۲ ماده تمام مقررات مورد نیاز را نتوانم پیش بینی کنم پس گفته که عقد دلالتی اصولاً تابع مقررات قانون تجارت یا قوانین خاصی که برایش وجود دارد است

ولی اگر جایی ابهامی ، تردیدی یا سکوتی وجود داشت باید سراغ قوانین مربوط به وکالت برویم ولی خود دلالتی عقدی مستقل است و وکالت نیست.

• وکالت این است که کسی به نمایندگی از دیگری معامله ای انجام دهد .

آیا در دلالتی ما به نیابت از کسی معامله می کنیم؟ خیر بلکه دلال دو طرف معامله را به هم جوش می دهد و تلاش می کند تا دو طرف بتوانند با هم معامله کنند و به توافق برسند و در واقع واسطه معامله می شود پس از این نظر هم دلالتی قطعاً ماهیت حقوقی اش وکالت نیست اما همونطور که گفته شد اگر جایی گیر افتادیم و قانون تعیین تکلیف نکرده بود، سراغ مقررات وکالت می رویم.

مثلاً در قانون تجارت درباره جایز یا لازم بودن عقد دلالتی صحبتی نشده است آنگاه با توجه به ماده ۳۳۵ سراغ قوانین مربوط به وکالت رفته و پاسخ را در آنجا پیدا می کنیم که اگر وکالت عقد جایز بود دلالتی نیز جایز است و اگر وکالت لازم بود دلالتی نیز لازم است.

سوال : آیا شخص می تواند در چند رشته دلالتی بکند یا فقط می تواند در یک رشته دلالتی کند؟ مثلاً اگر بنگاه املاک زد آیا می تواند بنگاه اتومبیل هم داشته باشد یا نه؟

جواب : ماده ۳۳۶ قانون تجارت:

[دلال می تواند در رشته های مختلف دلالتی نموده و شخصاً نیز تجارت کند.]

پاسخ علی الاصول مثبت است . قانون هم تصریح کرده که دلال می تواند در چند رشته دلالتی بکند. ولی اگر نمی گفت هم اصل را بر آزادی افراد در معامله می گذاشتیم.

• یک جایی قانونگذار ممنوع کرده است که کسی در چند شغل مختلف باشد که این مربوط به شغل های عمومی و همچنین حقوق عمومی می شود و در قانون منع تصدی هم گفته می شود که هیچ کس نمی تواند بیش از یک شغل دولتی داشته باشد که البته این هم باز قید و قیودی دارد ولی اصل بر همان است که گفته شد.

اما درباره مشاغل آزاد چنین ممنوعیتی وجود ندارد همچنین شخصی مثلاً میتواند غیر از این که دلالتی می کند ، به خرید و فروش هم بپردازد .

این جا قانون گزار گاف بزرگی داده است و تعبیر انتقاد آمیزی را استفاده کرده است { آنجا که گفته دلالتی کند و شخصاً نیز تجارت کند } چرا که خود دلالتی عمل تجارتي است و در واقع زیر مجموعه آن محسوب می

شید ولی این جا منظور قانون گذار از (تجارت کند) این بوده که همان معاملاتی که در آن ها دلالی میکند را خودش هم شخصا انجام دهد مثلا خرید و فروش کند ولی قانونگذار با تعبیر ناصوابی این مفهوم را خواسته منتقل کند .

در اینجا به این خاطر این مسئله را تاکید می کند که شبهه ای پیش نیاید و اگر کسی دلالی می کند بعد خودش متهم به سو استفاده و این ها نشود. البته این شبهه و نگرانی بیشتر در حق العمل کاری پیش می آید.

مثال : فردی تو کار خرید و فروش ماشین است یعنی خودش یک مقدار پول دارد و با همان پول ماشین می خرد و می فروشد و بعد شمای نوعی به او می گویی که میشود ما هم مقداری پول به شما بدهیم و شما برای ما هم اینکار را انجام دهید ؟ و این فرد هم قبول می کند. به فرض آن فرد خودش چند میلیارد پول دارد و ۵۰۰ میلیون هم شما برای این کار به او می دهید خب در اینجا این نگرانی وجود دارد که این فردی که می خواهد این کار را انجام دهد اگر معامله ی شکاری به تورش خورد خب با پول خودش معامله می کند و اگر معامله ی مشکوکی بود که معلوم نیست بدرد بخور باشد یا نه ، با پول شمای نوعی معامله می کند و بدتر از آن ، به فرض معامله که کرده بعد خرید و فروش هایی می کند که پر سود و خوب است و به شما می گوید که حواست باشد که من این ها را با پول خودم معامله کردم نه پول تو و بلعکس معامله ای می کند که زیان بار است و در اینجا می گوید راستی من این ها را با پول تو کرده بودم و نگرانی های این چنینی در بحث حق العمل کاری و این ها پیش می آید که اون حق العمل کار همزمان خودش هم معاملات را انجام دهد و هم برای فرد دیگری اون حق العمل کاری را بکند. در اینجا این سوال خیلی پر رنگ تر می شود که آیا حق العمل کار خودش می تواند در همون رشته فعالیت کند یا نه؟ شاید همچنین دغدغه ای هم در ذهن قانون گذار بوده که در مورد دلال هم ممکن است همچنین سوالی پیش آید که آیا دلال خودش می تواند همزمان به اون موضوع تجارتي که واسطه گریش را می کند اشتغال داشته باشد؟ قانونگذار گفته است که می تواند.

پس در هر حال دلال هم می تواند در رشته های مختلف دلالی کند و هم می تواند در اون موضوعی که برایش دلالی می کند هم تجارت و مباشرت کند و ماده ۳۳۶ هم این را تاکید کرده است . هر چند که اگر تاکید هم نمی کرد خودمان از اصل آزادی متوجه می شدیم.

• اصل بر آزادی تجارت است و اینکه اشخاصی نمی توانند یا محدودیت هایی را می خواهیم ایجاد کنیم ، این ها باید مستند قانونی داشته باشد.

تکالیف دلال

• یکی از تعهدات و تکالیف دلال در ماده ۳۳۷ آمده است (تکلیف اطلاع رسانی از روی صحت و صداقت)

اماده ۳۳۷ قانون تجارت

دلال باید در نهایت صحت و از روی صداقت طرفین معامله را از جزئیات راجعه به معامله مطلع سازد ولو اینکه دلالی را فقط برای یکی از طرفین بکند - دلال در مقابل هر یک از طرفین مسئول تقلب و تقصیرات خود می باشد]

نکات:

۱_ طرفین معامله را از جزئیات راجعه به معامله مطلع سازد: مثلاً شما دلال اتومبیل هستی و می دانی که این ماشین به اصطلاح دستکوب است یعنی شماره هایش دستکاری شده است خب اینجا شما باید این را اطلاع بدهی یا مثلاً می دانی که موتورش یه اشکالی پیدا کرده پس موظفی که این را هم اطلاع بدهی.

۲_ طرفین معامله : ممکن است دلال هم به دستور یکی از طرفین این کار دلالی را انجام دهد و هم به دستور دو طرف.

اگر به دستور یک طرف دارد این کار را انجام می دهد آیا این وظیفه را فقط در قبال اون آمر دارد یا در قبال هر دوی آن ها؟ ماده ۳۳۷ می گوید در قبال هر دو این وظیفه را دارد.

مثلاً شما ماشینی را به یک بنگاه اتومبیل می دهید که آن را برایتان بفروشد یعنی شما متقاضی پیدا کردن مشتری هستید و اون هم ماشین را در معرض دید می گذارد تا خریداری پیدا شود و خریدار که پیدا شد اونوقت شما را به هم معرفی می کند . خب حالا طرفین قرارداد مشخص شدند، فروشنده آمر بود و از دلال خواسته بود که برایش مشتری پیدا کند و مشتری هم با پای خودش پای قرارداد آمد حال اینجا که می خواهیم اطلاع رسانی کنیم ، این وظیفه اطلاع رسانی دلال ، نسبت به هر دو طرف است یا مثلاً در بنگاه معاملات املاک هم به همین صورت است و دو طرف باید روشن شوند.

مسئولیت های دلال :

ماده ۳۳۷ قانون تجارت

دلال باید در نهایت صحت و از روی صداقت طرفین معامله را از جزئیات راجعه به معامله مطلع سازد ولو اینکه دلالی را فقط برای یکی از طرفین بکند - دلال در مقابل هر یک از طرفین مسئول تقلب و تقصیرات خود می باشد.

نکات:

_اگر دلال تقلب کند ، مسئول خسارت هایی است که ایجاد کرده یا به عبارت دیگر اگر تقصیر کند مسئول خسارت هایی است که با تقصیر او ایجاد شده است .

اینجا ممکن است کسی بپرسد که خب این جزو بدیهیات است و نیاز به گفتن نبود . همانطور که قبل تر هم بحث شد که این یک قاعده عمومی است پس آیا قانونگذار بیکار بوده که این را در مورد دلالی تاکید کرده ؟ زیرا یکی از محاسن قانون نویسی این است که هجو زائد و مطالب غیر ضرور گفته نشود.

آیا اینجا نکته خاصی دارد که قانونگذار مطرح کرده است یا صرف تاکید بی خاصیت است؟

جواب: ضمن تاکید ، نکته ای هم وجود دارد و آن اینکه همانطور که بالاتر گفته است دلال باید روشنگری کند حتی نسبت به اون کسی که از او تکلیف و ماموریتی نگرفته است ، اینجا هم می خواهد بگوید که دلال نسبت به تقصیرات و تقلباتی که انجام می دهد مسئول جبران خسارت است اعم از اینکه این تقصیر و تقلب را نسبت به آمر خودش انجام دهد یا نسبت به طرف مقابل . در واقع می خواهد این شبهه را رفع کند که نکند فکر کنید مثلا اگر یک فردی آمده و به شما ماموریت داده که شما دلال من در این موضوع باش، شما فقط نسبت به این آدم باید صداقت به خرج بدی و تقلب و تقصیر نکنی ولی نسبت به طرف مقابل چون ماموریتی از طرفش نداری پس عیب ندارد که او را بیچونی و یا سرش کلاه بگذاری.

پس این ماده می گوید که نسبت به هر یک از طرفین حتی آن کسی که شما از طرف او ماموریت نداری بابت تقصیرات مسئول هستی مثلا اگر تکلیف روشنگری است، تو فقط در مقابل آمر خودت این تکلیف روشنگری را نداری و در مقابل طرف دیگر هم که ماموریتی از او نداری ، ملزم به روشنگری هستی و اگر تقصیر کردی مسئول خواهی بود پس در مثال فروش اتومبیل در بنگاه اگر خریدار بعد از معامله فهمید که ماشین معیوب به اون فروخته اند و بعد بیاید و به دلال اعتراض کند ، اینجا دیگر دلال نمی تواند بگوید که به من ربطی ندارد و من صرفا مامور فروشنده بودم و سعی کردم حقوق او را حفظ کنم و...

حداقل در مورد تکلیف اطلاع رسانی تاکید کرده است که باید به هر دو طرف اطلاع رسانی کرد و شفافیت برای هر دو طرف انجام بشود.

نکته: تقصیر لازم نیست که حتما عمدی باشد. اگر دلالی مرتکب تقصیری شود و اون تکالیف متعارفش را انجام ندهد ولو اینکه سوء نیت نداشته باشد تقصیر کرده است به همین جهت است که می گویند : الزام قانونی وجود ندارد که اگر می خواهی دلال حوزه املاک شوی ، باید حتما در حوزه املاک اطلاعات دقیقی داشته باشی اما حواست هم باید باشد که اگر به فرض در صنف دلالی اتومبیل رفتی ملزم هستی که اطلاعات درست به طرفین بدی و اگر از سر ناآگاهی و بی اطلاعی از موضوعات مورد فعالیتت اطلاعات غلط دادی اونوقت مسئول خواهی شد چون تکلیف به اطلاع رسانی از روی صحت و صداقت وجود دارد و شما این تکلیف را که در حد عرف از شما خواسته شده درست انجام ندادی و بعدا نمی تونی بگی که من از ماشین سر در نمی آوردم.

پس چون بالاخره اطلاعات غلط دادی این می شود تقصیر .

• در تقلب عنصر معنوی عمد وجود دارد اما تقصیر فراتر از آن است به همین جهت است که می گویند اگر کسی می خواهد در یک صنفی دلالتی کند ، باید برود و مقداری اطلاعات در اون حوزه پیدا کند نه برای اینکه اگر اطلاعات پیدا نکند حق دلالتی ندارد، بلکه برای اینکه اگر اون اطلاعات را پیدا نکند ممکن است خودش را به چاله بیندازد و دردسر برای خودش ایجاد کند.

_ اگر یک جائل حرفه ای بیاید و سند یک اتومبیل یا خانه را جعل کند و بعد آن را به بنگاه بدهد و بنگاه هم متوجه نشود یا مثلاً فردی عیب اتومبیل را آنقدر زیرکانه مخفی کند که دلال نفهمد یا بنگاه اتومبیلی، رنگ شدگی اتومبیل را تشخیص ندهد و نیاز به یک کارشناس رنگ باشد تا آن را تشخیص دهد حال اگر دلالتی وسطاقت کند و این ماشین رنگ شده را معامله کند اما در مورد رنگ که خودش هم بی خبر از آن است چیزی نگوید آیا مسئول است؟

در اینجا باید ببینیم که عرف بنگاه اتومبیل چیست اگر عرفشان این است که از دلال همچنین انتظاری نداریم پس دیگر تقصیر دلال محسوب نمی شود اما اگر مثلاً عرف در یک شهر این است که دلال اتومبیل حتماً باید یک کارشناس رنگ بگیرد و ماشین را به هزینه مالک ببرد و نظر کارشناسی رنگ بگیرد در اینجا دلال مورد نظر ما اینکار را نکرده است و بدون اینکه سوء نیت یا اطلاعی هم داشته باشد، اطلاعات غلط به خریدار داده و ماشین رنگ شده را به عنوان ماشین بدون رنگ فروخته است و بعد متوجه می شوند که ماشین رنگ داشته خب اینجا دیگر دلال تقصیر کرده است چون عرف این است که بنگاه اتومبیل حتماً باید نظر کارشناس رنگ را بگیرد .

تقصیر همانطور که گفته شد عبارت است از نقض تعهد قانونی یا قراردادی یا عرفی. در این مثال به فرض اگر قانون گفته باشد که رنگ اتومبیل را شمای دلال باید کنترل کنی این می شود تکلیف قانونی یا اگر یک جایی در قرارداد این را گفتیم و خریدار هم بگوید که در مورد رنگ من طبق نظر دلال عمل می کنم و مسئولیت کنترلش با دلال باشد و دلال هم قبول کند اینجا با اینکه سوء نیتی هم نداشته اما بالاخره مسئولیت را قبول کرده بود پس تقصیر کرده است و یک جایی هم که در مثال گفته شد ، عرف ممکن است همچنین تکلیفی را به دلال بار کند . خب حال اگر این تکلیف قانونی، قراردادی یا عرفی (به ویژه عرف در این موارد بیشتر نقش بازی می کند) را به درستی رعایت نکرد و بعد خسارتی به طرف وارد شد این قطعاً می شود تقصیر.

+ آیا دلال میتواند از خریدار ثمن یا مبیع معامله را برای فروشنده دریافت کند ؟ یا مثلاً از اون طرف مبیع را تحویل بگیرد که بعد خودش تحویل خریدار دهد ؟

مثلاً دلالتی وساطت معامله ماشینی را کرده بعد می گوید چون شب و دیر وقت است فردا بیایید که تعهدات را انجام دهیم و ماشین را هم داخل بنگاه اتومبیل ما بگذار و بعد من خودم فردا آن را تحویل خریدار می دهم و به خریدار هم بگویم که فردا به چک بیار و به من تحویل بده . آیا بنگاه دار یا دلال می تواند تعهدات طرفین را استیفا کند؟ ماده ۳۳۸ می گوید خیر .

دلال کارش وساطت و معرفی است و در معامله ای که صورت گرفت اینکه پول را کی به کی بدهد یا اینکه مبیع را باید تحویل دهد، به شمای دلال ربطی ندارد.

دلال حق قبض وجه یا تادیه دین، تسلیم مبیع، تسلیم مبیع و امثال این ها را ندارد.

ماده ۳۳۸ قانون تجارت: دلال نمی تواند عوض یکی از طرفین معامله قبض وجه یا تادیه دین نماید و یا آنکه تعهدات آنها را به موقع اجرا گذارد مگر اینکه اجازه نامه مخصوصی داشته باشد.

یعنی به فرض تعهد فروشنده به این است که ماشین را تحویل دهد، اگر دلال اینجا بیاد و بگه خب من این ماشین را از طرف شما تحویل می دهم یا مثلا سند ماشین را به خریدار تحویل می دهم و...

صحیح نیست زیرا دلال حق این کار ها را ندارد مگر اینکه اجازه نامه مخصوصی داشته باشد.

اگر اجازه داشته باشد می تواند از طرف هر یک از طرفین، تعهدات را به اجرا گذارد، وصول کند، حقوق را دریافت کند و تعهدات را ادا کند.

وقتی می گوید که اجازه نامه ی مخصوص داشته باشد خب این شبهه پیش می آید که آیا این اجازه باید حتما مکتوب باشد؟ (چون گفته اجازه نامه و اجازه نامه هم نوعی سند است)

می شود اینگونه برداشت کرد که برای انجام این کارها باید مکتوبی تحت عنوان اجازه نامه در اختیارش باشد بنابراین اگر من نوعی گفتم که ثمن را از طرف من بده یا ثمن را بگیر یعنی شفاهی این را در حضور دو شاهد بیان کردم ولی توقع نداریم که دلال این کار را بکند چون اجازه نامه ندارد. به تعبیری آیا این اجازه ای که اینجا گفته تشریفات کتابت در آن شرط است یا نه؟

اگر به ظاهر این ماده نگاه کنیم این برداشت تلقی می شود که بله تشریفات مکتوب لازم است اما به نظر می آید که این طور نیست. بنابراین اگر دلال پول را از یک طرف گرفت یا بدون اینکه از طرف بگیرد به طرف مقابل پرداخت کرد، در اینجا اگر کسی شفاهی و تلفنی اجازه اش را صادر کرده باشد و بعدا هم بتوان آن را اثبات کرد، صحیح و معتبر است و آن اجازه محسوب است و نیاز به مکتوب بودن نیست دلیلش هم این است که تشریفات خلاف اصل است و اصل بر رضایی بودن اعمال است و همینکه ما بتوانیم اثبات کنیم که او راضی به این عمل بوده است کفایت می کند و کتابت، حضور شهود و رسمی بودن، تشریفات محسوب می شود و این تشریفات را اگر قانونگذار بخواهد لازم بداند باید به صورت روشن آن را بگوید پس بنابراین اگر اجازه ای وجود داشته باشد انجام این کار ها مجاز است و این اجازه هم لازم نیست که حتما مکتوب باشد اما برگردیم به صدر ماده که می گوید دلال نمی تواند از طرف یکی از طرفین تعهد را ایفا یا پرداخت کند مثلا دلال اتومبیلی را برای کسی معامله کرده بعد از طرف خریدار خود دلال ثمن معامله را پرداخت کرده است به فرض قرار بود ۵۰ میلیون تومان خریدار پرداخت کند بعد خریدار رفته و فروشنده هم نگران است که آیا اون پول را می دهد یا نه در اینجا دلال می آید و چکی به فروشنده می دهد یا مثلا همونجا به فروشنده می گوید دستگاه

بیار تا کارت بکشم خب دلال پول را پرداخت کرد اما در ماده گفته شده بود که حق ندارد بدون اجازه خریدار پول پرداخت کند یا دینی ادا کند(حق قبض وجه یا تادیه دین)

سوال :اینجا اگر دلال بدون اجازه مدیون بدهی را پرداخت کرد خب یعنی این بدهی پرداخت نشد؟این که پرداخت شد و فروشنده هم پولش را گرفت و رفت . پرداخت هم باطل نیست چون قاعده کلی داریم که هر کسی بیاد و بدهی دیگری را پرداخت کند پرداخت محقق می شود و این الزام که مثلا فلانی بدهکار است پس حتما باید خود او این بدهی را بدهد وجود ندارد.

خب پس چرا قانونگذار در اینجا می گوید که دلال حق تادیه دین ندارد؟

حتی من اجنبی هم می توانم بدهی را پرداخت کنم و به محض اینکه این کار را کردم پرداخت انجام می شود و دین آن مدیون هم ساقط می شود و نیاز به اجازه او هم ندارد.پس دلال چه مشکلی دارد که نمی تواند بدهی را پرداخت کند؟آیا بدهی پرداخت نمی شود و یا تعهد صاف نمی شود؟

منظور قانونگذار این ها نیست.در قانون مدنی ما قاعده ای داریم(ماده ۲۶۷) که می گوید اینکه کسی بیاد و بدهی دیگری را بپردازد، پرداخت انجام می شود ولی نکته اش در این است که اگر یک شخص ثالثی بدهی یک مدیونی را پرداخت کرد اگر با اجازه یا دستور او پرداخت کند بعد از پرداخت حق دارد به اون مدیون مراجعه کند اما اگر بدون اجازه ی او پرداخت کند دیگر حق مراجعه به او را نخواهد داشت.(بدهی صاف می شود اما حق مراجعه دیگر وجود ندارد)پس اینکه قانونگذار می گوید دلال حق پرداخت دین را ندارد منظور این نیست که اگر پرداخت کردی دین پرداخت نمی شود بلکه اگر بعد خواستی به مدیون مراجعه کنی چون بدون اجازه ی او پرداخت کردی ، حق مراجعه به او را هم از دست خواهی داد.

چرا می گوییم دلال حق ندارد قبض وجه یا وصول طلب کند؟باید بگوییم که اگر پرداختی به این دلال شد اون وصول نامعتبر است بنابراین مثلا بدهی که خریدار داشته باید به خود فروشنده داده می شد و اگر به دلال داده شد آن پرداخت دیگر معتبر نیست و فروشنده می تواند دوباره بیاید و پول را از شما وصول کند.به همین ترتیب درباره ی اسناد ، مدارک و اموال و... هم همینطور است مثلا اگر ماشینی را بدون اجازه ی فروشنده تسلیم کرد ،بر این تسلیم دیگر اثر حقوقی بار نمی شود یعنی عملا خریدار ماشین را تصرف کرد ولی حکم قانونی تسلیم بر آن بار نمی شود پس اینکه می گوییم دلال حق ندارد قبض وجه یا تادیه دین کند و... این معنایش این نیست که این اتفاقات نمی افتد ، بلکه این اتفاقات می افتد ولی اثر قانونی بر آن بار نمی شود .

جلسه هشتم تجارت استاد محسنی
ادامه بررسی مواد مربوط به دلالتی:
ماده ۳۳۹ قانون تجارت: [دلال مسئول تمام اشیاء و اسنادی است که در ضمن معاملات به او داده شده مگر اینکه ثابت نماید که ضایع یا تلف شدن اشیاء یا اسناد مزبوره مربوط به شخص او نبوده است].

در قانون مسئولیت مدنی برای اثبات مسئولیت شخص، باید تقصیر او را اثبات کنیم.
برای مسئولیت مدنی ۳ شرط قائل هستند:

- ۱_ شخص باید مرتکب تقصیر شده باشد.
- ۲_ اون کسی که می‌خواهیم به نفعش مسئولیت مدنی برقرار کنیم باید متضرر شده باشد.
- ۳_ بین ضرر و اون فعل زیانبار (تقصیر) رابطه‌ی سببیت وجود داشته باشد.

مثال: اگر در تصادفی کسی از پشت به ماشین شما زد و در اثر تصادف ماشین شما آسیب دید، او مسئول است. در اینجا سه شرط رعایت شده است:

- ۱_ کسی از پشت به ماشین زده و رعایت فاصله طولی را نکرده (شرط اول)
- ۲_ از این تقصیر خسارت به بار آمده است (شرط سوم)
- ۳_ خسارتی به بار آمده باشد (شرط دوم)

حالا اگر کسی از پشت به ماشین ما زد و هیچ اتفاقی هم برای ماشین نیفتاد اینجا با اینکه تقصیر اتفاق افتاده اما خسارتی ایجاد نشده و دیگر مسئولیت مدنی وجود ندارد یا ممکن است خسارتی وجود داشته باشد اما ربطی به اون تصادف نداشته باشد مثلاً کسی از عقب به ماشین ما زد و به آسیب و خسارتی هم در ماشین ما بوده و اینجا دیگر ربطی به تصادف ندارد چون ما برای تحقق مسئولیت مدنی، رابطه سببیت لازم داریم.

پس از همه این‌ها نتیجه می‌گیریم که قاعده اصلی در مسئولیت مدنی، اثبات تقصیر زیان زننده است یا به تعبیری اصل بر برائت است، اصل بر این است که کسی در قبال دیگری مسئولیتی ندارد و اگر می‌خواهیم بگوییم که فلانی در قبال ما مسئولیت دارد، باید اثبات کنیم که او تقصیر کرده است و از تقصیر او زیانی ایجاد شده است. پس اصولاً هر کس متقاضی جبران زیان است باید خسارت و تقصیر و رابطه سببیت را اثبات کند. (قاعده اصلی و اساسی در مسئولیت مدنی)

حالا بعضی مواقع قانون‌گذار شرایط را تغییر می‌دهد. مثلاً تقصیر را مفروض می‌گیرد و می‌گوید فرض بر این است که تقصیر وجود دارد. [بنا به دلایلی که قانون‌گذار موجب شده این تغییر قاعده یا اصل را انجام دهد] مثلاً در روابط کارگر و کارفرما می‌گوید اگر خسارتی در محیط کار به کارگر وارد شد، فرض بر این است که این خسارت ناشی از تقصیر کارفرما بوده است. خب از کجا تقصیر را گردن کارفرما انداختیم؟ در اینجا اثبات نشده که، می‌گوییم بله درست است که اصولاً تقصیر باید اثبات شود اما اینجا استثنائاً قانون‌گذار اصل را بر تقصیر گذاشته و تقصیر را مفروض گرفته. حالا اگر کارفرما ادعا کند که تقصیر نکرده است او باید عدم تقصیرش را اثبات کند. یعنی تا قبل این می‌گفتیم زیان دیده

باید تقصیر زیان زننده را اثبات کند . حالا در اینجا که استثنایی است می گوئیم زیان زننده باید عدم تقصیر خود را اثبات کند.

منطق آن هم این است که کارگر، طرف ضعیف تر است و از نظر فنی و اقتصادی اثبات برای او سخت تر است و قانونگذار خواسته به نوعی حمایت از قشر کارگر کند. نمونه های دیگری هم از این استثنائات هست که یکی از آن ها دلالی است. قانون گذار در ماده ۳۳۹ ق.ت. اصل را بر مسئولیت دلال گذاشته است . (دلال مسئول تمام اشیا و اسنادی است که در ضمن معاملات به او داده شده است) و تقصیر دلال مفروض است و نیازمند به اثبات نیست . حال اگر دلال ادعای عدم تقصیر دارد باید آن را ثابت کند [مگر اینکه ثابت نماید که ضایع یا تلف شدن اشیا یا اسناد ، مربوط به شخص او نبوده است و مثلاً يك عامل خارجی فورس ماژور بوده یا شخص ثالثی آمده و این خسارات را ایجاد کرده است] بنابراین اگر اتومبیل را به بنگاه اتومبیل سپردیم که برایمان مشتری پیدا کند و بعد فهمیدیم که این اتومبیل آسیب دیده است و به فرض گلگیرش خوردگی پیدا کرده اینجا دلال مسئول خسارت وارد آمده به این اتومبیل است مگر اثبات کند که مثلاً زلزله آمده و آوار روی آن ریخته و خسارت ایجاد شده است یا فرضاً دزدی ماشین را دزدیده و خسارتی به آن وارد کرده است و بعد ما آن ماشین را پیدا کردیم.

اگر اثبات کرد که تقصیر او منجر به خسارت نشده است بلکه عامل دیگری منجر به خسارت شده، اینجا می تواند از مسئولیت نجات پیدا کند در غیر این صورت تقصیر او مفروض است یعنی کسی که مال را به دست او سپرده نیاز نیست تقصیر او را اثبات کند و همینکه خسارت وارد به اون مال را اثبات کرد تمام است و دلال مسئول جبران خسارت خواهد بود و دلال اگر می خواهد معاف شود باید عدم تقصیرش یا عدم انتساب تقصیر به خودش را اثبات کند.

نکته دیگر در این ماده این است که دلال نسبت به تمام اسناد و اشیائی که به او می دهیم مسئول است . مثلاً اتومبیل را به بنگاه اتومبیل دادیم و می بینیم که آسیبی برایش ایجاد شده یا سند یا کارت ماشین را به بنگاه دادیم و می بینیم که گم شده است . در اینجا دلال مسئول جبران خسارت خواهد بود مگر اینکه مثلاً اثبات کنیم دزد آمده وسایل را برده و این کارت هم قاطی وسایل ها بوده است . یا به بنگاه املاک، اسناد خانه را دادیم که برایمان مشتری پیدا کند و بعد می بینیم اسناد آب خورده یا خراب و گم شده است در اینجا خسارتی که ممکن است ایجاد شده باشد را دلال باید بپردازد مگر اینکه اثبات کند خسارات به او ارتباطی ندارد یا به تعبیری مرتکب تقصیر نشده است.

و نکته آخر در این ماده اینکه ما نگفتیم ید دلال در همه موارد ضمانی است. بلکه در بحث اسناد و اموالی که به او می دهیم یدش ضمانی شد یعنی مسئول جبران خسارت است مگر این که خلافش را اثبات کند ولی به جایی می رسیم که قانون گذار ید دلال را امانی دانسته یعنی گفته دلال مسئولیت ندارد مگر در صورت اثبات تقصیر. کجا؟ در ماده بعدی.

اما فعلا باید بدانیم که قانون گذار اینجا اگر صحبت از مسئولیت دلال با فرض تقصیر می کند و ید او را ضمانی قرار داده و برائتش نیاز به اثبات دارد ،این فقط ناظر به اموال و اسنادی است که به دلال سپردیم و در جای دیگر ممکن است ید دلال امانی باشد. مثلا ماده ۳۳۷ یک نمونه ی آن است.

ماده ۳۳۷ قانون تجارت :[دلال باید در نهایت صحت و از روی صداقت طرفین معامله را از جزئیات راجعه به معامله مطلع سازد ولو اینکه دلالی را فقط برای یکی از طرفین بکند - دلال در مقابل هر یک از طرفین مسئول تقلب و تقصیرات خود می باشد] .
پس اگر بگوییم دلال در فرآیند اطلاع رسانی نادرستی کرده است و به ما خسارت زده است ، باید اثبات کنیم ك اون نادرستی کرده (تقصیر را باید اثبات کنیم)و اونجا دیگر ید دلال امانی است.

•در ماده ۳۳۹ ید دلال را ضمانی میداند و در ماده ۳۳۷ ید دلال را امانی میداند.
و البته این دو با هم تعارض ندارند چون موضوع ماده ۳۳۷ مسئولیت دلال در خصوص اطلاع رسانی است(وظیفه اطلاع رسانی)و ماده ۳۳۹ ناظر است به مسئولیت دلال راجع به نگهداری اموال و اسنادی که به او سپردند .

در مورد اموال و اسنادی که به او سپرده شده ،اصل بر تقصیر اوست و خلافتش نیازمند اثبات است اما در مورد انجام اطلاع رسانی دیگر اصل بر تقصیر نیست و طبق قاعده اصلی عمل می شود و گفته دلال مسئولیت دارد اما مسئول تقصیری که انجام بدهد است و این تقصیر را باید اثبات کنیم یعنی اگر تقصیری مرتکب شد و اثبات هم شد مسئول خواهد بود .

ماده ۳۴۰ قانون تجارت:[در موردی که فروش از روی نمونه باشد دلال باید نمونه مال التجاره را تا موقع ختم معامله نگاه بدارد مگر اینکه طرفین معامله او را از این قید معاف دارند]

پس در این ماده تکلیفی برای دلال مطرح می شود : تکلیف نگهداری مالی که به عنوان نمونه معامله از روی آن انجام می شود.
نکات ماده ۳۴۰:

۱_ در معاملاتی که از روی نمونه انجام میشود اولاً یکی از شرایط معامله ، معلوم و معین بودن مورد معامله است.

مثلا وقتی می خواهیم خانه ،ماشین یا مالی را بخریم باید مشخص شود که در مورد چه داریم معامله می کنیم و آنقدر باید معلوم باشد که از نگاه عرف کافی و قابل فهم بنظر برسد مثلا اگر من بخواهم موبایلی را به شما بفروشم و شما هم قبول کنید ، این معامله باطل است چون موبایل ها از رنج قیمت ارزان تا بسیار گران است و معلوم نیست این گوشی چه مدلی است و سال ساخت و مارک و...اش چیست.باید انقدر اطلاعات گوشی را باز کنیم تا از نگاه عرف قابل فهم باشد.

مثال دیگر: يك ماشینی دارم و می خواهم آن را بفروشم، در اینجا باید مدل ماشین، میزان کارکرد، رنگ شده یا نشده بودن آن و... معلوم شود یعنی آن اطلاعاتی که عرفاً برای معلوم شدن موضوع معامله لازم است. این می شود شرط اساسی هر قراردادی که آن را منعقد می کنیم.

برای معلوم کردن مورد معامله راه های مختلف وجود دارد:

• یکی از راه های معلوم کردن مورد معامله توصیف است یعنی فرضاً بگوییم ده تن برنج چند ستاره طارم تولید امسال یا پارسال و...

• یک راه دیگر مشاهده و رویت است مثلاً بگوییم این برنج هایی که در انبار مشاهده می کنید را دارم می فروشم.

• راه دیگر نمونه است مثلاً ۱۰ هزار خودکار میخوام به شما بفروشم و یک عدد از آن را به عنوان نمونه به شما نشان می دهم. به این می گویند فروش از روی نمونه و برای معلوم کردن مورد معامله نمونه ارائه می کنیم

خب وقتی که مورد معامله را از روی نمونه معامله می کنیم، باید این نمونه را حفظ کنیم تا زمانی که طرف تعهداتش را انجام دهد و آن موقعی که دارد تعهداتش را انجام می دهد این نمونه را مقایسه کنیم و مثلاً بگوییم که تعهدات را انجام ندادی زیرا نمونه کیفیت بالاتری داشت و الان این پایینتر است اما اگر نمونه نباشد در بحث اثبات، سر اینکه بر چه چیز توافق شده و مشخصات مال مورد معامله چه بوده است به مشکل بر می خوریم چون تشخیص این که متعهد تعهداتش را درست انجام داده یا نه در گرو این است که ما آن نمونه را داشته باشیم. قانون گذار دلال را ملزم کرده که اون نمونه را تا زمان ختم معامله نزد خودش نگه دارد.

• ختم معامله یعنی چه؟

دو فرض مطرح است:

۱_ ممکن است ختم معامله انعقاد قرارداد تلقی شود مثلاً بگوید نمونه را نگه دار و بعد که قرارداد منعقد شد دیگر لازم نیست آن را نگه داری.

۲_ تا ختم معامله یعنی تا اتمام انجام تعهدات. مثلاً ده تن برنج را که نمونه اش را پیش دلال گذاشتیم، وقتی به خریدار تحویل دادند و صورت جلسه تحویل را هم آوردند تمام است (صورت جلسه به عنوان نمونه گفته شد و منظور همین است که مال فروخته شده تحویل خریدار شود)

خب کدام يك درست است؟

به نظر می رسد برداشت دوم صحیح تر باشد و با منطق وجودی این تکلیف سازگار تر است.

به فرض اگر قرارداد منعقد شد و فردا روزی آن طرف متعهد خواست تعهد را انجام دهد و متعهد له (خریدار) گفت که این نمونه ای نیست که ما با هم توافق کردیم، اینجا اگر این را با اوصاف تعیین کرده بودیم می گفتیم که مثلاً اینو در قراردادمان نوشتیم (برنجی با فلان ویژگی) و عین آن را هم داریم می دهیم یا اگر از روی رویت بود می گفتیم که به فرض

همان برنجی که در انبار دیدی را برایت بارگیری کردیم و فرستادیم. اما وقتی از روی نمونه معامله می کنیم در واقع ما آن محموله ی مورد معامله را ندیدیم بلکه نمونه ی آن را دیدیم و در اینجا است که این نمونه باید باشد تا حالا که به اختلاف خوردیم، آن را برای مقایسه و تطبیق بیاوریم چون ضرورت حفظ نمونه برای زمانی است که می خواهد تعهد انجام شود و در واقع اونجاست که ممکن است اختلاف خیز باشد بنابراین بنظر می رسد ختم معامله به معنای ختم انجام تعهد است و البته نه اینکه همه ی تعهدات انجام شود بلکه منظور از (تا ختم معامله) ، انجام تعهدی است که به این نمونه ارتباط دارد . مثلا امروز ده تن برنج را خرید و فروش کردیم و يك كيلو را هم به عنوان نمونه پیش دلال نگه داشتیم و قرار است فردا برنج ها تحویل داده شود اگر فردا برنج ها تحویل داده شد ، بنظر می رسد دیگر نگهداری برنج ها لازم نیست چون اگر اختلافی می بود همونجا موقع تحویل باید ایراد گرفته می شد و چون اعتراضی نشده است پس تعهد تحویل برنج انجام شده و ما می توانیم آن برنج ها را نگه نداریم.

حالا اینجا ممکن است گفته شود که هنوز خریدار پول را پرداخت نکرده و مثلا قرار است يك ماه دیگر پرداخت کنند در اینجا دیگر برای انجام تعهد منتظر نمی مانیم و دلال ملزم نیست نمونه را تا انجام کلیه تعهدات نگهداری کند بلکه نمونه را باید تا انجام تعهدی که به اون نمونه ارتباط دارد نگهداری کند یعنی تا تحویل اون کالایی که نمونه اش پیش ماست. سوال : این قاعده آمره است یا می شود برخلاف آن تعهد کرد؟ اگر طرفین به دلال گفتند که ما به یکدیگر اطمینان داریم و خودمان از روی نمونه معامله کردیم و لازم نیست که شما نمونه را نگهداری کنید در اینجا آیا باز هم دلال باید نگهداری کند ؟

جواب: خیر . اینکه گفتیم دلال باید نمونه را تا ختم قرارداد نگهداری کند، حقی است برای طرفین معامله و اگر خواستند حق خود را اسقاط کنند مشکلی وجود ندارد . پس می شود با توافق طرفین دلال را از انجام این تکلیف معاف کرد .

ماده ۳۴۱ قانون تجارت : [دلال می تواند در زمان واحد برای چند آمر در یک رشته یا رشته های مختلف دلالی کند ولی در این صورت باید آمرین را از این ترتیب وامور دیگری که ممکن است موجب تغییر رای آنها شود مطلع نماید] .

این را قبلا در ماده ۳۳۶ هم گفته و اجازه اش را صادر کرده بودیم ولی اینجا میاد و یک تاکید می کند.

در واقع یک نگرانی وجود دارد و آن اینکه اگر دلالی در رشته های مختلف دلالی کند ممکن است که برای آمر مطلوب نباشد و به فرض آمر بگوید که شما باید تمرکزت را روی کار ما که تولید رشته ی مواد غذایی است بگذاری و برای ما مشتری پیدا کنی و این که همزمان بخوای روی رشته محصولات کامپیوتری هم کار کنی ، روی کار ما تاثیر منفی دارد بنابراین توقع ما این است که شما حتما در این رشته فعالیت و دلالی کنی نه رشته های مختلف.

يك دغه جدی تر وجود دارد که دلال برای افراد مختلف دلالی کند. مثلا ما یک شرکت كيك و كلوچه داریم و شما مامور هستی که برای ما بازاریابی کنی و بعد همزمان بیای و

برای شرکت رقیب ما هم بازاریابی و دلالتی کنی. خب این مطلوب ما نیست زیرا به فرض ما به شما پول می دهیم و شما میری بازار ها را کشف می کنی و لابی می کنی و در عین حال برای رقیبمان هم همین کار را انجام می دهی و خب ممکن است به فرض يك جایی رابطه ات با ما بد شود و بعد از آن طرف نیز پول بیشتری بگیرد و تمام بازار هایی که این طرف برای ما ایجاد کردی را به آن طرف یعنی برای رقیبمان سوق دهی. مخصوصا در قسمتی که در يك رشته واحد برای افراد مختلف دلالتی می کنند، این امر برای آمرین یا تولید کنندگان کالا یا خدمات بسیار ناگوار است.

به همین جهت قانون گذار در این ماده میگوید فعالیت دلال در چند رشته اصولا مشکلی ندارد به شرط آنکه امر خود را مطلع کند.

اگر برای يك تولید کننده ای از يك رشته ی خاصی دارد دلالتی می کند و همزمان برای فرد دیگری هم در همان رشته دلالتی می کند باید حتما به آمرین خود اطلاع رسانی کند و در صورت عدم مشکل، کار دلال هم بلا مانع است وگرنه حق ندارد در آن واحد برای دو نفر دلالتی کند و در رشته های مختلف نیز حق دلالتی ندارد یا به تعبیری اصولا دلال حق دارد برای افراد مختلف و در رشته های مختلف دلالتی بکند و حتی حق دارد برای رقبای يك رشته ای دلالتی بکند اما تکلیف دارد که به آن ها اطلاع رسانی کند و صرف اطلاع رسانی کافی است و نیاز به اخذ رضایت ندارد.

خب حالا سوال پیش میاد که اصلا این اطلاع رسانی به چه دردی می خورد؟

جواب: اگر آمرین ناراضی از این فعالیت دلال بودند، می توانند در قراردادشان او را از این کار منع کنند و از نظام حقوق قرارداد ها استفاده کرده و يك توافقی خلاف ماده ۳۴۱ بکنند و در قرارداد هم شرط کنند که دلال حق ندارد برای دیگران دلالتی کند یا در رشته های مختلف و یا در فلان رشته ها دلالتی کند. (هر حدودی در قالب قرارداد می توانند بگذارند)

پس به تعبیری اصل بر اختیار دلال در دلالتی بر افراد و رشته های مختلف است و البته وظیفه ی اطلاع رسانی هم دارد و اگر هم بخواهیم بر خلاف این ماده توافق کنیم مشکلی ندارد زیرا قاعده آمره نیست و می توانیم در قراردادی خلاف این را شرط بکنیم. _ اگر دلال تکلیف ماده ۳۴۱ را انجام نداد و اطلاع رسانی نکرد تکلیف چیست؟ اگر از این تکلیفش تخطی کرد (مرتکب تقصیر شد) مسئولیت مدنی پیدا می کند و تقصیر محرز است و اگر از این پنهان کاری (تقصیر) خسارتی به بار آید، دلال مسئول جبران خسارت خواهد بود. البته در اینجا کار اثباتی مقداری سخت است زیرا باید اثبات کنیم که ضرری کردیم و این ضرر هم ناشی از پنهان کاری او بوده و به خاطر همین مقداری کار سخت می شود. _ در آن قسمت که شرط می کنیم هم ممکن است سوال پیش آید که اگر شرط کردیم که دلال حق ندارد در رشته های مختلف و یا برای افراد مختلف دلالتی کند یعنی برخلاف ماده ۳۴۱ توافق کردیم و بعد دلال تخلف کرد چه می شود؟

اگر دلال تخلف کرد احتمالا چون این یک شرط قراردادی است، ما یک ضمانت اجرای خاص در قراردادمان پیش بینی کردیم که به آن وجه التزام نیز می گوییم مثلا گفتیم اگر

تخلف کردی باید فلان قدر جریمه بدهی(حتی اگر ما ضرری هم نکرده باشیم) اگر جریمه مشخصی را توافق کردیم که طبق همان جریمه خواهد شد و اگر جریمه مشخصی را توافق نکردیم ، تقصیر دلال محرز است زیرا خلاف شرط عمل کرده و خسارتی اگر ایجاد شده باید اثبات شود و رابطه سلبیت هم باید اثبات شود.

خب این تکلیفی که همراه با ضمانت اجرایش گفته شد ، حق آمر است و اگر آمر از این حقش صرف نظر کرد و مثلاً گفت که اگر اطلاع رسانی نکردی خیلی مهم نیست یا اگر خلاف شرط عمل کردی مسئولیتی نخواهی داشت، به دلیل اینکه این حق اوست پس مشکلی ایجاد نخواهد کرد و میتواند حق خود را اسقاط کند.

ماده ۳۴۱ ناظر به اطلاع رسانی دلال در رشته های مختلف و یا افراد مختلف بود اما چیزی های دیگری هم ممکن است در تصمیم آمر در استفاده از خدمات این دلال موثر باشد یعنی چیز های دیگری هم ممکن است پیدا شود که برای آمر حائز اهمیت باشد(حال به موجب قرارداد یا حسب عرف)مثلاً در عرف تولید کنندگان پوشاک بگویند این حائز اهمیت است که دلال فلان مسئله را رعایت کند و این موارد را اطلاع دهد. اگر حسب يك عرفی یا قراردادی دلال ملزم به اطلاع رسانی در خصوص بعضی مسائل دیگر است مثلاً اینکه دلال از طرف مقابل هم مأموریت دارد. به فرض شما گفتی ماشینم را بفروش و طرف مقابل هم گفته ماشین منو پیدا کن و از هر دو طرف مأموریت گرفته و حق دلالتی نیز دریافت می کند ،در اینجا اینو باید اطلاع رسانی کند(البته این مثال خیلی خوبی نیست چون جلوتر گفته دلال اگر برای هر دو طرف دلالتی می کند باید اطلاع رسانی نیز بکند) به هر حال موارد دیگری از اطلاع رسانی که عرف الزام می کند یا در قرارداد شرط کردیم وجود دارد.

اگر موارد دیگری برای اطلاع رسانی لازم باشد چه از لحاظ عرف و چه این که در قرارداد شرط کرده باشیم ، این تکالیف عیناً وجود دارد.
ماده ۳۴۲ : قانونگذار حکم اصالت امضاها را مطرح کرده است

ماده ۳۴۲ قانون تجارت : [هر گاه معامله به توسط دلال واقع و نوشتجات و اسنادی راجع به آن معامله بین طرفین به توسط او رد و بدل شود در صورتی که امضاها راجع به اشخاصی باشد که به توسط او معامله را کرده اند دلال ضامن صحت و اعتبار امضاهای نوشتجات و اسناد مزبور است].

توضیح :دلال ضامن امضاهای طرفین نیست مثلاً قراردادی منعقد می کنند و در صورت مکتوب شدن پای آن امضا می کنند و دیگر اینکه این امضا را خود فروشنده انجام داد یا خریدار انجام داد را طرفین خودشان باید دقت کنند گرچه در عرف بنگاه های املاک و اتموبیل این وجود دارد که هنگام نوشتن قرارداد از طرفین اسنادی همچون کارت ملی و شناسنامه می گیرند و بعد تطبیق هویت می کنند اما این ها تکلیف دلال نیست یعنی اینکه آیا خریدار یا فروشنده خودش است یا دارد امضای جعلی می کند (اصالت امضاها) بر عهده ی دلال نیست و خود طرفین باید مواظبت کنند تا امضا ها اصالت داشته باشد اما یک موقعی

هست که آمر یا طرف قرارداد اسناد را در اختیار دلال می گذارد و می گوید شما برو کارهایش را انجام بده و امضایش را بگیر زیرا گاهی اوقات فعالان اقتصادی سرشان شلوغ است و فرصت نمی کنند که به بنگاه املاک یا اتومبیل بروند و بنگاهی سراغ خریدار یا فروشنده می رود و امضایشان را جدا جدا میگیرد. در قرارداد های بنگاه اتومبیل یا املاک در اکثر موارد قرارداد را که منعقد می کنند همونجا هم امضا می گیرند (که مبادا پرنده از قفس بپرد زیرا معلوم نیست از بنگاه که بیرون رفتند باز دوباره نیز سر قرارداد برگردند) ولی موارد زیادی هم هست که کار به درازا کشیده و صحبت ها هم انجام شده و دلال می گوید برای تکمیل قرارداد فردا بیاین و امضا کنید و به فرض صبح فروشنده می آید و امضا می کند و بعد از ظهر هم خریدار می آید (یعنی به صورت جدا جدا امضا می کنند) اگر امضاها را دلال جدا جدا گرفته یا به تعبیر قانون اسناد توسط او رد و بدل شده ، در این جا دلال ضامن صحت و اعتبار امضاها خواهد بود.

ما از متن ماده ۳۴۲ می فهمیم که در این فرض دلال مسئول صحت امضاها است • اما از کجا می فهمیم که اگر در حضور طرفین امضاها انجام شد دلال مسئولیت ندارد؟ این از مفهوم ماده ۳۴۲ فهمیده می شود

در تفسیر متون قانونی ما يك منطوق داریم و يك مفهوم. منطوق یعنی آن چیزی که ماده ۳۴۲ دارد با ما حرف می زند و این ناظر به آن فرضی است که اگر دلال مسئولیت رد و بدل کردن اسناد را قبول کرد اصالت امضاها با او است. اما از همین ماده ۳۴۲ مفهوم گیری هم می شود کرد که در این ماده اصطلاحاً به آن مفهوم شرط می گوئیم زیرا يك جمله ی شرط داریم که می گوید اگر دلال مسئول رد و بدل کردن اسناد است ، (جمله شرطی) مسئولیت صحت امضات را دارد (جواب شرط) خب حالا اگر جمله شرطی و جواب شرط را عوض کنیم می شود همین مفهوم مورد نظر ما : اگر دلال مسئول رد و بدل کردن اسناد نیست ، مسئولیتی بابت صحت امضات ندارد. به این می گویند مفهوم شرط.

ماده ۳۴۳ : مسئولیت دلال در برابر اعتبار طرفین
مثلا يك معامله ای با وساطت و معرفی دلال کردیم و بعد دیدیم خریدار يك فرد ناتوان مالی است و مال ما را گرفت و برد آیا در اینجا می توانیم یقه دلال را بگیریم و اعتراض کنیم که این چه مشتری بود به ما معرفی کردی و...

ماده ۳۴۳ می گوید که این ها را ربطی به دلال ندارد.
ماده ۳۴۳ قانون تجارت : [دلال ضامن اعتبار اشخاصی که برای آنها دلالی می کند و ضامن اجرای معاملاتی که به توسط او می شود نیست] .

نکات:

۱_ ممکن است دلال در رفتار هایی که داشته با تقلب و تقصیر ، این شخص را توانمند جلوه بدهد در این صورت او دچار تقصیر شده و مسئولیت جبران خسارت خواهد داشت (مسئولیت تقصیر خودش را دارد)

بنابراین همانطور که در ماده ۳۳۷ هم گفته شده بود و کلاً قاعده عمومی هم هست ، اگر دلال مرتکب تقصیر شود مسئولیت جبران خسارت خواهد داشت. منظور از تقصیر: نقض تعهد قانونی یا قراردادی یا عرفی. فرق تقلب با تقصیر: در تقلب یک تعمدی هم وجود دارد یعنی یک تقصیر مشدده (تقصیری که همراه با سوء نیت است) اما تقصیر ممکن است همراه با سوء نیت و علم باشد و یا اینکه ناآگاهانه باشد. (مثلاً خودمان بی احتیاطی کردیم یا کارهایی را باید مواظبت و کنترل می کردیم و نکردیم یا بی جهت به کسی اعتماد کردیم) پس چون تقصیر موجب مسئولیت می شود، تقلب هم به طریق اولی موجب مسئولیت می شود.

۲_ دلال مسئول اجرای تعهدات نیست. مثلاً فروشنده جنسی را فروخته و تحویل نمی دهد و به فرض ما سراغ دلال رفته و می گوییم فلانی را که معرفی کردی جنس را نمی دهد و دلال هم می گوید به من ارتباطی ندارد و نهایتاً برو و از او شکایت کن و جنس را بگیر اما يك جایی هست که دلال خودش می آید و ضمانت می کند مثلاً می گوید شما جنس را به فرد ایکس که آدم معتبری است بفروش و من ضامنش هستم یعنی پرداخت ثمن توسط این فرد را تضمین می کنم خب در اینجا دیگر ضمانت کرده و يك تعهد قراردادی را بر عهده گرفته است بنابراین معلوم است که اینجا مسئول اجرای تعهدات است. مثال دیگر: دو نفر معامله ای می کنند و خریدار در ازای معامله صورت گرفته چك می دهد و فروشنده هم نگران پاس شدن این چك شده و در اینجا دلال میاد و پشت چك ها را امضا می کند و در صورت امضا کردن هم او مسئولیت خواهد داشت (نه به عنوان دلال بلکه به عنوان ضامن چك مسئول است)

بنابراین حکم ماده ۳۴۳ که برای دلال مسئولیتی در انجام تعهدات قائل نیست منافاتی ندارد با اینکه دلال مسئول باشد اگر ۱_ تقصیر کند و ۲_ تعهد کند یا به تعبیر دیگر:

۱_ دلال به ما هو دلال مسئول اجرای تعهدات نیست.
۲_ مقصر مسئول تقصیراتش است و مسئولیت مدنی دارد.
۳_ متعهدی که به موجب قرارداد تعهد می کند مسئول اجرای تعهداتش است.
ماده ۳۴۴ قانون تجارت: [دلال در خصوص ارزش یا جنس مال التجاره که مورد معامله بوده مسئول نیست مگر اینکه ثابت شود تقصیر از جانب او بوده].

• مثلاً ده تن برنج با وساطت دلال کیلویی ۴۰ ت معامله کردیم و بعد متوجه شدیم که برنج کیلویی ۲۰ ت بیشتر نبوده است و ما گرون معامله کردیم در اینجا اینکه قیمت معامله کم یا زیاد است به دلال ربطی ندارد و شمای خریدار یا فروشنده باید حواست را جمع می کردی. دلال مسئول معرفی کردن طرفین و حداکثر وساطت کردن برای انعقاد قرارداد است و در خصوص ارزش مال مورد معامله هیچ مسئولیتی ندارد همچنین در خصوص جنس مورد معامله و خیلی از موارد دیگر از جمله کیفیت یا عیب داشتن یا نداشتن مورد معامله و... هم هیچگونه مسئولیتی ندارد. (قاعده اصلی)

• اگر دلال در این مقوله مرتکب تقصیر شده باشد چه؟ مثلاً دلال پنهان کاری و عیب پوشی کرده و جوری خریدار را اقوا کرده که آن عیب را نبیند یا آن مال را بر خلاف واقع جوری وانمود کرده که با کیفیت بالا نمایش داده شود. در اینجا اگر دلال تقصیر کرده باشد، مسئولیت تقصیر خودش را دارد (باب مسئولیت مدنی باز می شود).

• حال اگر دلال آمد و خودش ضمانت کیفیت کرد و مثلاً گفت که این کالا درجه یک است و اگر هر گونه عیب و ایرادی داشت من ضامن هستم خب اگر او مد ضمانت کرد و به موجب قرارداد مسئولیت قبول کرد، قطعاً مسئول است.

_ هر کسی به موجب تقصیرش یا به موجب تعهد قراردادیش مسئولیت پیدا می کند اما اگر این دو تا نباشد (مسئولیت قراردادی از يك طرف و مسئولیت مدنی خارج از قرارداد هم از طرف دیگر) آیا دلال مسئول ارزش مال التجاره یا کیفیت و عیب و ... است؟ خیر.

مطالبی که در ماده ۳۴۳ و ۳۴۴ گفته شد شبیه به هم هستند. در هر دو موضوع اعتبار اشخاص، مسائل مربوط به مال التجاره، مسائل مربوط به طرفین قرارداد و مسائل مربوط به موضوع قرارداد به دلال ارتباط ندارد الا در فرض تقصیر که مسئولیت مدنی پیش می آید و الا در فرض تضمین که مسئولیت قراردادی نیز پیش می آید.

ماده ۳۴۵ : [هر گاه طرفین معامله یا یکی از آنها به اعتبار تعهد شخص دلال معامله نمود دلال ضامن معامله است]

توضیح: دلال ضامن انجام قرارداد نیست و مسئولیتی بابت انجام تعهدات ندارد ولی اگر تضمین کرده باشد و خود دلال قبول تعهد کرده باشد چه؟ خب در اینجا مسئولیت دارد.

_ اگر دلال ذینفع در معامله باشد، تکلیف چیست؟ مثلاً یک بنگاه تجاری داریم و در این بنگاه تجاری یکی مسئول خرید و فروش و این هاست و یکی مسئول کار های دیگر است همچنین یکی از این طرف های قرار داد شریک دلال است. خب این جا انتظار این است که دلال طرف مقابل را از این مسئله که خودش ذی نفع است مطلع بکند (تکلیف به ماده ۳۴۶ بر می گردد)

و طرف مقابل هم اگر بداند دلال ذی نفع است قطعاً حواسش را بیشتر جمع می کند و اگر دلال این را نگوید ممکن است فرد دچار ضرر شود.

ماده ۳۴۶ قانون تجارت : [در صورتی که دلال در نفس معامله منتفع یا سهیم باشد باید به طرفی که این نکته را نمی داند اطلاع دهد و الا مسئول خسارات وارده بوده و به علاوه به پانصد تا سه هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهد شد].

جلسه نهم تجارت استاد محسنی

قرار شد این جلسه در مورد دو ماده باقی مانده از فصل اول مربوط به دلالی مطالبی رو بگیریم که راجع هست به فرض اینکه دلال خودش در نفس معامله منتفی یا سهام است.

تعبیر ماده ۳۴۶ این گونه است که در صورتی که دلال در نفس معامله منتفع یا سهام باشد، باید به طرفی که این نکته را نمی داند اطلاع دهد. مثلاً یک بنگاه تجاری هست که دو تا شریک دارد و یکی از این شرکا مسئولیت خرید کلان برای مغازه را بر عهده دارد؛ خب این شریکی که میخواد مالی رو خریداری بکنه اتفاقاً اون شریک دیگر هم میخواد به عنوان دلال واسطه ی انجام این معامله شود، در این معامله خود دلال سهام خواهد بود. خب اگر همچین فرضی وجود داشته باشه که دلال در معامله سهام باشه، باید به طرفی که این نکته را نمی داند اطلاع دهد. خب یک طرف که میشه شریک خودش یعنی اون کسی که دلال ما با او منتفع در معامله هست و اون قطعاً اطلاع داره. اما طرف مقابلی که از این موضوع بی اطلاع است، باید به او اطلاع داده شود.

فرض: ذینفع بودن دلال در معامله

تکلیف: اطلاع رسانی به طرف مقابل که این نکته را نمی داند

ضمانت اجرائی چیه؟ اگر دلال به این وظیفه عمل نکرد و اطلاع رسان نکرد تکلیف چیه؟

دو تا ضمانت اجرا در ماده ۳۴۶ پیش بینی شده است.

۱- مسئولیت جبران خسارت خواهد داشت. [این یک قاعده ی عمومی است که اگر تقصیری وجود داشته باشه و خسارتی رخ بده و رابطه ی سببیت باشد شخص مسئول است و دارای مسئولیت مدنی]

یعنی اگر دلال وظیفه قانونی خود را که همان اطلاع رسانی است انجام ندهد، مرتکب تقصیر شده است و اگر از این تقصیر خسارتی به کسی وارد بیاید، مسئول جبران خسارت وارده خواهد بود.

نکته: در مسئولیت مدنی اگر تقصیر رخ بدهد و خسارتی ایجاد شود و رابطه سببیت بین این تقصیر و آن خسارت وجود داشته باشد، شخص مقصر مسئول جبران خسارت خواهد بود.

تقصیر چیست؟ نقض تعهد قانونی یا قراردادی یا عرفی است.

نکته قابل توجه این است که از این تقصیر باید خسارتی هم به بار آید تا مسئولیت مدنی ایجاد شود. مثلاً فرض کنید طرف مقابل چون به این دلال اعتماد داشته، دیگر هیچ تحقیقی انجام نداده، در حالی که اگر می دانست که این دلال خودش ذینفع است حتماً تحقیقات بیشتری را انجام می داد و چون تحقیقات کافی انجام نداده، متحمل خسارت شده. مثلاً فرض کنید معامله ضرری منعقد شده که در آن حق فسخ را از خودشان اسقاط کرده اند، اما بعد متوجه شده است که در اثر اعتمادی که به این دلال داشته است، در این معامله ضرر کرده و این ضرر هم نتیجه بی اطلاعی او از این واقعیت بوده.

۲_ جزای نقدی : به علاوه به پانصد تا سه هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهد شد (از این موارد در متون قانونی قدیمی بسیار است که چون مجازات‌ها به روز نشده است، عملاً این قانون به رغم اینکه معتبر است متروک شده است و سال‌های سال در دادگاه‌ها مورد استفاده قرار نمی گرفته است؛ اما متروک بودن به معنای منسوخ بودن نیست یعنی یک قانون لازم الاجرا است اما در عمل به دلایل مختلف اجرا نمی شود).

در سال ۱۳۹۹ هیئت وزیران تصویب نامه ای رو تصویب می کنه به عنوان تصویب نامه در خصوص تعدیل میزان مبالغ مجازات نقدی جرایم به تخلفات مندرج در قوانین و مقررات مختلف . در این تصویب نامه مجازات ماده ۳۴۶ اطلاق شده. به موجب این تصویب نامه مجازات ماده ۳۴۶ به ۲۵ میلیون ریال تا ۶۰ میلیون ریال ارتقا پیدا کرده است (امروزه و طبق این تصویب نامه دیگر این قانون متروک محسوب نمی شود).

ماده ۳۴۶ قانون تجارت: [در صورتی که دلال در نفس معامله منتفع یا سهمیم باشد باید به طرفی که این نکته را نمی‌داند اطلاع دهد و الا مسئول خسارات وارده پلوده و به علاوه به پانصد تا سه هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهد شد.]

اگر دلال اطلاع رسانی کرد سهمیم بودن خودش رو در معامله چی ؟ دیگه این ضمانت اجرا شامل حالش نمیشه .

ماده ۳۴۷ قانون تجارت: [در صورتی که دلال در معامله سهمیم باشد با آمر خود متضامناً مسئول اجرای تعهد خواهد بود.]

یعنی اگر مالی خریداری شده توسط طرف قرارداد که با دلال شریک هست یعنی عملاً دلال خودش به نوعی خریدار حسابدار میشه چون سهمیم هست ، فروشنده تمام ثمن معامله رو میتونه از دلال بگیره و یا تمامش رو از اون طرف قرارداد و یا از هر کدوم نصف ثمن و بگیره و به هر صورتی که میخواد از اونا بگیره. مسئولیت تضامنی یک امتیاز فوق العاده است برای دارنده و به این معنی است که مثلاً اگر طرف قرارداد به هر دلیلی ناتوان شد از انجام تعهدات، به عنوان مثال فروشنده، می تواند کل بدهی را از دلال دریافت کند.

آیا این فرض ماده ۳۴۷ ناظر به موردی است که دلال در معامله سهمیم است و این سهمیم بودن را کتمان کرده است یا دلال به صرف اینکه در معامله سهمیم باشد مسئولیت تضامنی با آمر خود دارد! (چه اطلاع رسانی کرده باشد چه نکرده باشد) ؟

در تفسیر این دو ماده اختلاف وجود دارد و دلیلش هم این است که برخی تفسیر لفظی میکنند و برخی تفسیر منطقی

به موجب تفسیر لفظی : گفته میشود که ماده ۳۴۷ تعبیرش مطلق است چون قید ندارد و در نتیجه این تفسیر حتی در صورت اطلاع رسانی دلال مسئولیت تضامنی را دارد . قرینه ای هم داریم که قانونگذار در ماده قبل از ذینفع بودن و عدم اطلاع رسانی صحبت می کنه ولی در ماده

۳۴۷ فقط از ذینفع بودن، بدون قید و شرط، سخن میگوید.

در تفسیر منطقی : ماده ۳۴۷ را مقید میدانند و میگویند این ناظر بر فرضی است که دلال در معامله سهیم باشد و این را اطلاع رسانی نکرده باشد . و میگویند وقتی دلال اطلاع داده ضرورتی ندارد که مسئولیت تضامنی داشته باشد. ضمن این که مسئولیت تضامنی خلاف اصل است و اگر جایی شک کردیم که اینجا مسئولیت تضامنی وجود دارد یا ندارد، باید به قدر متیقن بسنده کنیم؛ چون مسئولیت تضامنی یک امر استثنایی است و قوانین استثنایی را نمی‌توان خیلی راحت توسعه داد، اگر در آن تردید کنیم باید عدم مسئولیت را شرط بدانیم .

اجرت دلال و مخارج :

ماده ۳۴۸ قانون تجارت : [دلال نمی‌تواند حق دلالی را مطالبه کند مگر در صورتی که معامله به راهنمایی یا وساطت او تمام شده باشد].

چند نکته این جا وجود دارد :

_اولا که تاکید می کند روی راهنمایی و وساطت دلال : معامله باید تحت تاثیر اقدامات دلال صورت گیرد؛ هیچ حق الزحمه ای به دلال تعلق نمیگیرد اگر معامله به وساطت و راهنمایی او محقق نشده باشد.

بعضاً می‌پاییم که معامله به وساطت و راهنمایی دلال محقق می شود اما طرفین دلال را دور می زنند، اما در این جا دلال مستحق حق الزحمه است.

_نکته دوم این است که دلال زمانی مستحق حق الزحمه است که معامله به وساطت او **تمام** شده باشد.

تمام شده باشد یعنی چی؟ یعنی منعقد شده باشد و اجرا هم شده باشد؟ یا این که صرف منعقد شدن ؟

منظور منعقد شدن است و نه اجرا شدن؛ اختلافی هم در این تفسیر وجود ندارد.

اما در اجرای این ماده ۳۴۸ گاهی اختلافاتی به وجود میاد . این که معامله کی منعقد میشود محل اختلاف است!

مثلا معامله برنجه و فروشنده دنبال مشتری است ست و دلال برای او مشتری پیدا می کند و قرارداد بین آنها منعقد می شود، اینجا ایجاب و قبول صورت گرفت و دلال مستحق حق الزحمه است اما گاهی مصادیق هست که در آن تردید به وجود می آید که معامله منعقد شد یا نشد.

مثلا در معاملات غیر منقول این تردید وجود دارد.

در معامله غیر منقول در بنگاه نشستیم، فروشنده و خریدار توافق میکنند ، قرار داد رو بنگاه تنظیم میکنه جلو طرفین میذاره و اونا هم امضا می کنند؛ ایا معامله منعقد شده یا نه؟ چرا این سوال مطرح میشود؟! چون ماده ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت میگه بعضی از معاملات هست که باید حتما در دفتر اسناد رسمی ثبت بشود . مثل معاملات غیر منقول . خب این تکلیف معلوم است اما ضمانت اجرای آن اختلافی است . خب ما اومدی م حالا معامله رو در دفتر اسناد رسمی ثبت نکردیم ، آیا معامله باطل است ؟ _برخی مثل دکتر کاتوزیان میگویند اگر در دفتر اسناد رسمی ثبت نشود ، اصلا معامله ای انگار منعقد نشده است (اصطلاحا به این معاملات تشریفاتی میگویند زیرا علاوه بر ایجاب و قبول، نیاز به ثبت در دفتر اسناد رسمی هم دارد و بعد ثبت منعقد میشود و عمل حقوقی تحقق می یابد؛ بدون ثبت در دفتر اسناد رسمی که جزء ارکان اصلی تحقق معامله به شمار می رود، معامله واقع نشده است) . طبق این نظر دلال بعد از ثبت شدن معامله در دفتر ثبت مستحق حق الزحمه می شود .

اما یک نظر دیگر هم وجود دارد و بعضی:

_مثل دکتر صفایی معتقدند که معاملات غیر منقول با ایجاب و قبول منعقد می شود و ثبت آن در دفتر ثبت اسناد رسمی شرط نیست و معامله غیر منقول بدون آن هم منعقد میشود؛ البته شما الزام به ثبت آن در دفتر اسناد رسمی دارید اما ضمانت اجرای این شرط بی اعتباری قرارداد نیست و فقط مشکلش این است که این معامله نسبت به اشخاص ثالث قابل استناد نخواهد بود. صحیح است اما غیر قابل

استناد. به همین دلیل است که ماده ۲۲ قانون ثبت می‌گه:

دادگاه‌ها و دستگاه‌های دولتی فقط کسی را مالک می‌شناسند که اسم او در دفتر املاک ثبت شده باشد.

نکته: توجه داشته باشید نگفته است [کسی مالک است که]، بلکه گفته شده [کسی را مالک می‌شناسیم که] و بین این دو فرق است. (توضیحات تکمیلی در آینده)

پس اگر ما معاملات غیرمنقول را بدون ثبت در دفتر اسناد رسمی واقع شده بدانیم، در این جا صرف ایجاب و قبول طرفین معامله دلال را مستحق حق الزحمه می‌کند. حتی اگر اسناد عادی داخل بنگاه را امضا نکردند.

پس ما در تفسیر ماده ۳۴۸ قانون تجارت مشکلی نداشتیم، بلکه در تفسیر ماده ۴۶ یا ۴۷ قانون ثبت مشکل داشتیم.

مثال دیگر: معامله خودرو کی منعقد می‌شود؟

از نظر پلیس راهنمایی و رانندگی زمانی که پلاک عوض شود و برگ سبز خودرو به اسم فرد جدید صادر شود معامله منعقد شده است و مالکیت منتقل شده

اما از نظر سازمان ثبت اسناد زمانی معامله منعقد می‌شود که سند در دفتر اسناد رسمی ثبت شود.

اما می‌توان گفت که مشکل از سوی قانون گذار است که در قانون از یک چنین تعبیری استفاده کرده و گفته که [انتقال مالکیت اتومبیل به موجب سند رسمی محقق می‌شود]؛ در این جا می‌خواهد بگوید که این معاملات تشریفاتی هستند و به صرف ایجاب و قبول واقع نمی‌شوند. واقعیت این است که تا آن قانون اصلاح نشده، معاملات اتومبیل فقط با سند رسمی منعقد می‌شود و بدون آن اصلاً منعقد نمی‌شود.

پس طبق این نظر که درست هم همین است، دلال زمانی مستحق حق الزحمه خواهد بود که سند رسمی در دفتر اسناد رسمی تنظیم شود. اما در این جا عرف به قدری قوی تر از قانون است که در بسیاری از موارد

معامله اتومبیل صورت میگیرد و بدون ثبت در دفتر اسناد رسمی، با همان صدور برگ سبز خودرو معامله را واقع شده می دانند و دلال را مستحق حق الزحمه!

ماده ۳۵۰ قانون تجارت: [هر گاه معامله مشروط به شرط تعلیقی باشد دلال پس از حصول شرط، مستحق اجرت خواهد بود.]
معامله مشروط معامله ای است که یک شرطی در آن باشد .
اما معامله معلق منوط به تحقق شرطی است که به آن مشروط به شرط تعلیقی می گویند.

این جا منظور، معلق بودن معامله است و باید تعلیق در منشا باشد؛
تعلیق در انشا هم که همانطور که میدانید موجب بطلان است.
در این جا باید بزاریم شرط تعلیقی محقق بشود بعد دلال مستحق حق الزحمه می شود .

- آیا اگر معامله ای به ظاهر منعقد شد اما فی الواقع باطل بود دلال مستحق حق الزحمه هست یا نیست؟ خیر مستحق نیست. (ماده ۳۵۳)
معاملاتی مثل معاملات اکراهی، معاملات اشتباهی، معاملات فضولی ازین نوع اند.

اگر در عرف معاملات یا به موجب قراردادی که بین دلال و آمر صورت می گیرد، شرطی کنند غیر از این چیزهایی که ما گفتیم ، مثلا دلال بگه همین که من شمارو بهم معرفی کردم حق الزحمه خود را میگیرم یا مثلا فروشنده بگوید بعد از انعقاد معامله، زمانی که ثمن معامله پرداخت شد به تو حق الزحمه می دهم، کاملا معتبر است مگر این که با قوانین آمره مغایرت داشته باشد.

بسم الله الرحمن الرحيم

در امتداد این بحث که حق الزحمه دلال کی باید به او پرداخت شود و کی مستحق حق الزحمه می شود و این که عرض کردیم زمان انعقاد قرارداد مستحق حق الزحمه خواهد بود ، یک سوالی پیش میاد که چنانچه معامله فسخ شود ، آیا حق الزحمه ای که به دلال دادیم قابل استرداد هست یا نه ؟ و یا اگر هنوز ندادیم دلال استحقاقی بابت حق الزحمه را دارد یا نه ؟

گفتیم حق الزحمه دلال وقتی به او تعلق می گیرد که قرارداد به راهنمایی یا وساطت او انجام شود، خب حالا در فرض سوال هم قرارداد منعقد شده است و در نهایت فسخ شده و چون قرار داد منعقد شده پس حق الزحمه به دلال تعلق می گیرد و فسخ بعدی قرارداد تاثیری به حال دلال نخواهد داشت زیرا وقتی می گوییم فسخ ،معنایش این است که قراردادی منعقد شده است و بعدش صحبت از فسخ پیش آمده یا به تعبیری فسخ قرارداد فرع بر انعقاد اوست بنابراین باید قراردادی منعقد شده باشد تا صحبت از فسخ پیش آید.

به همین دلیل ماده ۳۵۲ قانون تجارت می گوید: [در صورتی که معامله به رضایت طرفین یا به واسطه یکی از خيارات قانونی فسخ بشود حق مطالبه دلالی از دلال سلب نمی شود مشروط بر اینکه فسخ معامله مستند به دلال نباشد.] می گوید اگر یکی از طرفین معامله را فسخ کرد حق دلالی از دلال سلب نمی شود.

به همین ترتیب اقاله هم همینطور است یعنی اگر طرفین به تراضی همدیگر قراردادی که منعقد کردند را تفاسخ یا اقاله کنند.

به همین ترتیب انفساخ هم همینطور است یعنی ممکن است قراردادی منعقد شود اما بعدا به دلیل اتفاقی ، قرارداد خود به خود منحل شود مثلا به دلیل شرط انفساخ که در قرارداد پیش بینی شده است یا به دلایلی که مثلا قانون مقرر کرده است.

وجه شباهت همه ی این موارد این است که قرارداد منعقد شده ولی بعدا منحل می شود و انحلال بعدی قرارداد، اثری بر حق الزحمه دلال ندارد.

نکته ی جالبی که ماده ۳۵۲ اضافه می کند این است که این فسخ ممکن است معلول اقدامات دلال باشد و دلال به سری رفتارهایی انجام دهد که قرارداد به خاطر اون فسخ شود.

مثلا فرض بفروشنده اتومبیل ، اتومبیل خود را در اختیار دلال گذاشته که برایش بفروشد حالا خریداری هم پیدا شده و در اثر صحبت دلال قبول کرده و بعدش هم رفتن محضر یا دفتر متصدی بنگاه اتومبیل و قرارداد را امضا کردند منتها نگو جناب دلال مرتکب تدلیس شده و عیوب مبیع(اتومبیل) را کتمان کرده یا محاسن غیر واقعی رو به اون اتومبیل نسبت داده است.

خب اینجا اگر خریدار از خیار تدلیس بخواهد استفاده کند و معامله را فسخ کند ، این اقدام چون منتسب به عمل دلال است ، دلال مستحق حق الزحمه نیست. حالا اگر همین کار را فروشنده کرده بود و ماشین را به نحوی آراسته کرده بود که عیوبش پنهان شود و محاسن غیر واقعی به او منتسب شود، اینجا معامله قابل فسخ است اما این فسخ ربطی به دلال ندارد و مربوط به خود فروشنده می شود. اگر فسخ یا انفساخ یا انحلال قرارداد به نحوی منتسب به عمل دلال باشد، دلال جریمه می شود و حق الزحمه ای هم به او تعلق نخواهد گرفت.

مسئله ی دیگر درباره ی حق الزحمه دلال این است که چه کسی باید حق الزحمه دلال را پرداخت کند؟ ذینفع حق الزحمه که خب دلال هست . اما متعهد این حق الزحمه کیست و چه کسی باید آن را پرداخت بکند ؟

علی القاعده حق الزحمه را آمر باید بپردازد. به عبارتی هر کسی که از دلال درخواست دلالتی کرده است که حالا ممکنه یکی از طرفین باشه یا هردو طرف.

مثلا در بنگاه های اتومبیل و املاک هر دو طرف متقاضی دلالتی اند و به تعبیری آمر محسوب می شوند و حق الزحمه دلال هم بر عهده ی هر دو خواهد بود.

اما ممکن است یکی از طرفین درخواست دلالتی کرده باشد مثل بازاریاب ها.

بازاریاب ها به دستور تولید کننده یا ارائه کننده ی خدمات دنبال مشتری می گردند و با ابتکار خودشان مثلا می روند و به مغازه-داری محصول فلان موسسه یا شرکتشان را معرفی می کنند و پیشنهاد فروش جنس می دهند. خب در اینجا اون مغازه دار متقاضی دلالتی نبوده بنابراین حق الزحمه اش را هم باید خود آن آمرش پرداخت کند.

پس حق الزحمه دلال به عهده ی طرفیست که او را مجبور به انجام معامله کرده باشد مگر این که بر خلاف این اصل شرطی باشد . ممکن است مثلا آمر با دلال توافق کند که من حق الزحمه را پرداخت نمی کنم و تو از طرف دیگر باید بگیری یا نیمی از آن را پرداخت می کنم .البته این که آمر با دلال توافق کند که حق الزحمه را من نمی دهم و از طرف دیگر بگیر، در اینجا معلوم است که این ها نمی توانند علیه طرف دیگر تعهد ایجاد کنند و اون اگر خودش رضایت به این مسئله داشته باشد متعهد خواهد شد.

پس به طور کل حق الزحمه دلال را باید آمر بپردازد یعنی اون کسی که درخواست دلالتی داشته است حالا ممکن است یکی از طرفین باشه یا هر دوی آن ها همچنین توافق خلاف این هم مجاز است.

میزان حق الزحمه دلال:

ماده ۳۵۵ قانون تجارت که البته منسوخ شده است می گوید: [حق الزحمه دلال به واسطه قرارداد مخصوصی باید معین شده باشد و الا محکمه با رجوع به اهل خبره و رعایت مقتضیات زمانی و مکانی و نوع معامله حق الزحمه را معین خواهد کرد.]

_ در اینجا مبلغ حق الزحمه را به توافق خصوصی طرفین واگذار کرده است که طرفین هر مبلغی را که می خواهند با هم توافق کنند و اگر در مورد حق الزحمه توافقی نشده باشد، اجرت امثال این کار (دلالتی) باید پرداخت شود.

به همین دلیل ماده ۳۵۵ دو نکته دارد:

۱- حق الزحمه دلال به واسطه ی قرارداد مخصوصی باید معین شده باشد (اگر توافق شده باشد طبق همان توافق)

۲- وگرنه اگر توافقی نشد، عرف محل آن را تعیین می کند که حالا اون عرف محل را کارشناس یا خبره ی محلی تعیین خواهد کرد.

ولی اتفاقی که درمورد ماده ۳۵۵ افتاده این است که بعد از قانون تجارت یک قانونی تصویب شد به نام قانون راجع به دلالات (در تاریخ ۷ اسفند ۱۳۱۷).

ماده ۱۳ ماده ۳۵۵ را نسخ کرده و علت آن هم این است که در ماده ۱۲ این قانون فرمول دیگری پیش بینی شده است و می گوید حق الزحمه دلال بر اساس تعرفه معین خواهد شد که اون تعرفه را مرجع صالحش باید تنظیم و ابلاغ کند و میزان حق الزحمه ی دلال بر اساس تعرفه مشخص خواهد شد یعنی در قالب آیین نامه و بخش نامه هایی اون مبلغ مشخص خواهد شد که اسمش را تعرفه می گذارند.

نکته ی جالبی که ماده ۱۲ دارد که ناسخ ماده ۳۵۵ قانون تجارت هم هست (به صراحت ماده ۱۳ که تصریح دارد ماده ۳۵۵ منسوخ است) این است که در این ماده ۱۲ تصریح کرده به این که حق الزحمه طبق تعرفه مشخص خواهد شد و هیچ توافقی مبنی بر حق الزحمه بیش از تعرفه ی مجاز نیست. مثلا اگر حق الزحمه ی معاملات ملکی نیم درصد معارفه تعیین شده باشد، خب بر اساس این تعرفه ای که تعیین شده است می شود حق الزحمه دریافت کرد حالا اگر طرفین یعنی آمر و دلال به حق الزحمه ای بیش از آن توافق کنند، این توافق باطل است به عبارت دیگر توافق به پرداخت حق الزحمه ای بیش از آنچه که تعرفه گفته است باطل خواهد بود.

شاید دلیل و منطقش این بوده که خب چون در دلالتی زمینه ی نادرستی فراهم است بنابراین ممکن است دلال از این اعتماد سوء استفاده کند و اصطلاحا با طرف مقابل ببندد . بستنش هم این باشد که یک وجه قابل توجهی را اون از طرف می گیرد و حقوق این طرف را تضییع میکند. این راهکار ماده ۱۲ تا حدودی بازدارنده است یعنی دلال باید بداند که اگر توافقی با مبلغ بیش از تعرفه هم کرد، این توافق اعتبار ندارد.

اما متأسفانه در عمل خیلی این مقررہ مورد توجه فعالان این صنف نیست و مردم هم خیلی خبر ندارند و در بنگاه های املاک ی اتومبیل که می رویم مثلا می گویند قیمت این خانه شما سه میلیارد تومان می ارزد ولی اگر من توانستم بیشتر از این مبلغ آن را بفروشم ،علاوه بر حق الزحمه ای که طبق تعرفه است ، ۲۰ درصد مبلغ مازادی که فروختم نیز مال من باشد.

این توافقات که مبلغی بیش از تعرفه حق الزحمه برای دلال در نظر می گیرند، به دلالت ماده ی ۱۲ راجع به دلالات باطل است و اثری ندارد.

در خیلی از مشاغل قانون گذار مقرر کرده است که باید برایشان تعرفه در نظر گرفت مثلا بنگاه های املاک و اتومبیل ،حق الزحمه هایشان تعرفه دارد یا مثلا وکلای دادگستری که آیین نامه ای برای تعیین حق الوکاله آن ها داریم و همچنین سر دفتران اسناد رسمی باید مطابق تعرفه ای که برایشان تعیین شده است حق الزحمه دریافت کنند.

در مواردی این تعرفه ها الزام آور است مانند سر دفتران و دلالات و در مواردی هم این تعرفه ها الزام آور نیست یعنی می شود بر خلاف آن یعنی بیش از آن نیز توافق کرد مانند حق الوکاله ی وکیل دادگستری.

البته آثاری هم بر این مورد تعرفه بار خواهد شد مثلا اگر در تعیین حق الوکاله توافق نشده باشد یا اختلاف حاصل شود و نشود مبلغ توافق را مشخص کرد، اونوقت باید بر اساس تعرفه عمل کرد یا به فرض اگر دادگاه بخواد طرف مقابل را محکوم به حقی که به نفع

خواهان در نظر گرفته بکند، محکوم علیه حق الوکاله وکیل طرف مقابل را هم باید پرداخت کند حال اگر حق الوکاله بیش از تعرفه گرفته شده باشد، محکوم علیه حداکثر به اندازه تعرفه محکوم خواهد شد پس آثاری بر اون تعرفه بار می شود ولو اینکه تعرفه لازم الاجرا نباشد.

در مورد دلالی که اصلاً تعرفه لازم الاتباع هم هست بنابراین اگر دلال بیش از مبلغ تعرفه مطالبه کند ولو اینکه قرارداد هم داشته باشند، این قرارداد باطل است و مطالبه اش قابل اجابت نیست.

اگر یک توافقی با دلال داشتیم و حق الزحمه ای بیش از تعرفه تعیین کردیم و بعد از اینکه معامله جوش هم خورد این مبلغ اضافه را پرداخت نکردیم و دلال هم رفت و شکایت کرد، این شکایت به هیچ جایی نخواهد رسید چون حق الزحمه ی دلال بیشتر از تعرفه نمی تواند باشد.

سوال: اگر فردی در یک معامله فضولی مال فردی را بفروشد اون موقع باید از چه کسی حق الزحمه ی خودش را دریافت کند؟

وقتی که شخصی فضولتاً مال دیگری را با کمک دلالی به فروش برساند یعنی از دلالی بخواهد برای فروش مالی مشتری پیدا کند و دلال هم برود و مشتری پیدا کند و این فضول هم مال را بفروشد و بعد نیز سر و کله ی مالک پیدا شود خب در اینجا دو فرض بیشتر نداریم:

۱- اگر مالک این معامله را نپذیرد یا اصطلاحاً رد کند، حکم معامله بطلان است و اگر هم باطل باشد اصلاً حق الزحمه ای به دلال تعلق نمی گیرد.

۲- فرض دیگر این است که وقتی مالک متوجه شد از آن فرد تشکر هم بکند و از انجام معامله راضی باشد. اگر مالک معامله فضولی را تنفیض کرد، اینجا معامله صحیح می شود و حق الزحمه ی دلال را هم اون فضول یا مالک باید بدهد.

اگر دقت کنیم می بینیم که قرارداد دلالی یک قرارداد مستقلی جدای از قرارداد فروش است.

مالک قرارداد فروش را تنفیض کرد اما قرداد دلالی چی؟

اگر قرارداد دلالی را تنفیض کند، حق الزحمه به عهده ی مالک خواهد بود و این فضول مانند وکیل می شود اما مشکل در جایی پیدا می شود که مالک قرارداد دلالی را تنفیض نکند و اگر اینگونه شود دیگر اون عمل دلال و توافقی که با فضول کرده معتبر نخواهد بود. بنابراین قرارداد دلالی چون باطل است بحث این می شود که یک شخصی خدمتی کرده و کاری انجام داده و در ازای اجرت هم بوده و حالا می خواهد این اجرت را مطالبه کند (اجرتش هم اجرت المثل خواهد بود نه اجرت المسمی یعنی مبلغ توافقی ملاک نخواهد بود زیرا قراردادی در بین نیست)

خب سوال این است که از چه کسی باید آن را مطالبه کند؟ از مالک یا فضول؟

پاسخ این سوال را قانون مدنی داده است و گفته هر کسی که به درخواست دیگری اقداماتی انجام بدهد که نوعاً برای اون اجرت در نظر گرفته می شود، مستحق حق الزحمه از اون آمر خواهد بود.

خب در اینجا این فصول بوده که درخواست داشته و حق الزحمه هم بر عهده ی خود او خواهد بود و مالک در این خصوص مسئولیتی نخواهد داشت.

سوال: گفتیم که فصول نقش وکیل را دارد. آیا این به این معناست که فصول حق الوکاله دریافت می کند؟

خیر _ چیزی که استاد گفتند این بود که اگر معامله ی فصولی را تنفیض کردیم مثل این است که وکیل شخص رفته و معامله ای کرده. مثلاً شخصی به عنوان وکیل شما رفته مال شما را فروخته و اینجا معامله درست است اما مثلاً فردی وکیل شما نبوده و رفته مال شما را فصولتاً فروخته و شما هم هنگامی که متوجه شدی کار او را تایید کردی. در اینجا استاد از حیث اینکه معامله اش صحیح یا باطل است گفته اند که مثل وکیل می ماند یا به تعبیری شما نسبت به یک معامله ای که می خواهید رضایت دهید، به موقع هست که رضا دارید و به موقع دیگرم هست که اذن دارید.

تفاوت اذن و رضا هم در این است که به اذن موافقت پیشین رضا می گویند و به اذن موافقت پسین هم اذن می گویند.

اگر قبل اینکه کسی برای ما معامله ای انجام دهد ما راضی به انجام این کار باشیم، به آن رضا می گویند که نهایتاً همان وکالت می شود زیرا ما به او اختیار دادیم که از طرف ما معامله ای انجام دهد اما به وقتی هست که ما همچنین رضایی ندادیم ولی بعداً او کاری را انجام می دهد و ما بعد که کار را انجام داد به او اذن می دهیم و در واقع او را تنفیضش می کنیم و از این جهت شبیه به وکالت می شود اما اینکه بخواهد حق الزحمه ای به او تعلق بگیرد نیست.

پس وقتی به کسی ماموریت وکالت می دهیم چون او به دستور ما این کار را کرده است، اولاً قطعاً معامله اش صحیح است ثانیاً مستحق حق الزحمه است زیرا کاری به در خواست دیگری کرده که نوعاً به او اجرت تعلق می گیرد اما اگر کسی فصولاً کاری را انجام داد و بعد ما اذن معامله را تنفیض کردیم یا اصطلاحاً اذن دادیم، معامله درست می شود ولی دیگر به اذن شخص حق الزحمه تعلق نمی گیرد زیرا او به دستور یا درخواست ما کاری نکرده است.

بنابراین تفاوت فصولی و وکالت اتفاقاً در همین مورد استحقاق حق الزحمه است.

هزینه های دلالی:

وقتی دلال اقداماتی انجام می دهد بابت این کارها احتمالاً متحمل هزینه هایی می شود. مثلاً در روزنامه آگهی منتشر می کند یا در سایتی مانند دیوار آگهی پخش می کند. پس هزینه هایی برای تبلیغات یا فعالیت های کارگری متحمل می شود به فرض خانه ای را که سپردید بفروشد، خب برای نشون دادن خانه به مشتری ها مجبورند که کارگر یا کارمندی داشته باشند و این به هر حال هزینه ایجاد می کند یا مثلاً برای مشتری که آنجا آمده مجبور شدند چایی چیزی تدارک ببینند یا برای جوش دادن قرارداد به سفری بروند.

آیا این هزینه ها به آمر تعلق دارد و دلال می تواند این هزینه ها را از آمر مطالبه کند یا خیر ؟

پاسخ این است که دلال حق مطالبه هزینه ها را ندارد و هزینه هایی که دلال می کند لوازم کار خودش است یعنی شما برای اینکه بتوانی کار دلالی ات را به خوبی انجام دهی، مجبوری هزینه هایی هم بکنی. خب حالا اگر به نتیجه رسید که حق الزحمه دلالی ات را می گیری اما اگر به نتیجه نرسید بالاخره هزینه هایی را متحمل شده ای و به قولی از جیب رفته است و ربطی به آمر ندارد مثل اینکه وکیل در دفترش که آن را اجاره کرده منشی استخدام کرده باشد و هزینه های آب، برق و گاز و... هم بدهد اما موکلی به تورش نخورد خب اینجا دیگر از جیب خودش رفته و اگر موکلی هم به سراغش آمد و قراردادی منعقد کرد نمی تواند به او بگوید که اینقدر هزینه آب و برق و... را که دادم شما باید پرداخت کنی. یعنی بابت خدماتی که به آن موکل می دهد فقط حق الوکاله می گیرد و هزینه های دفترش بر عهده ی خودش خواهد بود.

اهمیت این تاکید به این خاطر بوده است که ممکن این مسئله در ذهنمان بیاید که اگر ما به فرض برای فروش ملک فردی به غیر از هزینه های معمول مثل دفتر و آب و برق و ... هزینه انتشار تبلیغ و این ها را هم متقبل شویم آیا باز هم این هزینه ها بر عهده ی خودمان است ؟

قانون می گوید بله. این هزینه ها نیز بر عهده ی شما ی دلال خواهد بود مگر اینکه بر خلاف آن شرط کرده باشیم یعنی می گوید این قاعده، قاعده ی آمره ای نیست و می شود بر خلاف آن توافق و شرط کرد که مثلا هزینه هایی که دلال می کند چه معامله جوش بخورد یا نخورد بر عهده ی آمر باشد یا مثلا شرط کنند که اگر معامله جوش خورد که حق الزحمه می دهیم ولی اگر جوش نخورد آمر هزینه ها را پرداخت کند. یعنی هر جور که توافق کنند معتبر خواهد بود. پس اصولا هزینه های انجام دلالی به عهده ی خود دلال است و ربطی به آمر ندارد مگر اینکه بر خلافش توافق کرده باشند.

حالا این توافق برخلاف گاهی صریح است و گاهی ضمنی.

صریح یعنی اینکه مثلا به صراحت در قرارداد بنویسند که هزینه ها بر عهده ی آمر باشد.

گاهی هم ضمنی توافق می شود که هزینه ها بر عهده ی آمر باشد که این توافقات ضمنی هم انواع مختلفی دارد مثلا دلالت عرف را توافق ضمنی طرفین می دانند. در عرف پیش بینی می کنند که حق الزحمه ی این دلالی خاص مثلا به عهده ی آمر است. خب اگر عرف همچنین دلالتی داشته باشد، عرف بر قانون تکمیلی مقدم خواهد بود.

قانون تکمیلی می گوید هزینه ها به دلال تعلق نمی گیرد و نمی تواند آن ها را مطالبه کند ولی عرف می گوید چرا یعنی مثلا در یک صنف خاص هزینه ها را آمر باید بدهد پس اگر همچنین عرفی داشتیم اون عرف به عنوان شرط ضمنی طرفین قابل استناد است و آمر ملزم است که هزینه ها را بپردازد.

این موارد در ماد ۳۵۱ پیش بینی شده است.

ماده ۳۵۱ قانون تجارت: [اگر شرط شده باشد مخارجی که دلال می کند به او داده شود دلال مستحق اخذ مخارج خواهد بود ولو آنکه معامله سر نگیرد. همین ترتیب در موردی نیز جاری است که عرف تجارتي محل به پرداخت مخارجی که دلال کرده حکم کند.]

در اینجا یک منطوق داریم و یک مفهوم:

منطوقش این است که اگر شرط کردیم دلال هزینه ها را بتواند مطالبه کند، شرط معتبر است و مفهومش هم این می شود که اگر چنین شرطی نکرده باشیم، دلال مستحق بازپس گیری هزینه ها نخواهد بود.

این جا قانون گذار شاید به دوجهت این ماده ۳۵۱ را مورد تاکید قرار داده است:

۱- اولاً ممکن است شائبه پیش بیاید که دلال مستحق هزینه ها هست یا نیست (مخصوصاً اگر معامله سر نگرفته باشد) که قانون می گوید نه یعنی هزینه ها بر عهده دلال است.

۲- نکته ی دومی که شاید مدنظر قانونگذار بوده این است که می خواهد بگوید بین دلال و حق العمل کار تفاوت وجود دارد چون هزینه ها در حق العمل کاری بر عهده ی آمر است.

- چرا دلال باید هزینه هایی که می کند از جیب خودش بره ؟ چون این ها لوازم کارش است مثل خیلی از شغل های دیگر.

ماده ۳۵۶ قانون تجارت: [هر دلال باید دفتری داشته و کلیه معاملاتی را که به دلالتی او انجام گرفته به ترتیب ذیل در آن ثبت نماید:

۱- اسم متعاملین

۲- مالی که موضوع معامله است

۳- نوع معامله

۴- شرایط معامله با تشخیص به اینکه تسلیم موضوع معامله فوری است یا به وعده است

۵- عوض مالی که باید پرداخته شود و تشخیص اینکه فوری است یا به وعده است وجه نقد است یا مال التجاره یا برات در صورتی که برات باشد به رویت است یا به وعده.

۶- امضاء طرفین معامله مطابق مقررات نظامنامه وزارت عدلیه

دفتر دلالتی تابع کلیه مقررات راجع به دفاتر تجاری است. }

- این ماده به استناد ماده ۱۳ قانون راجع به دلالتان منسوخ شده است . دلیلش هم این است که یک حکم کامل تری راجع به دلالتان پیش بینی کرده است. ماده ی ۱۲ قانون راجع به دلالتان درباره دفاتر تجاری دلالت توضیحاتی را گفته و مقرراتی را وضع کرده که همان ماده ۳۶۵ است منتها با تغییرات مختصری.

بنابراین چون حکم جدید در قانون راجع به دلالتان پیش بینی شده است، ماده ی ۳۵۶ را منسوخ اعلام کرده است.

ماده ۱۳ قانون دلالتان: { مواد ۳۵۵ و ۳۵۶ قانون تجارت پس از انتشار آیین نامه های مربوط به حق الزحمه و دفاتر نسخ خواهد شد. }

ماده ۱۲ قانون دلالات: [طرز تنظیم تقاضانامه و پروانه دلالتی و دفتری که دلال برای ثبت عملیات خود باید نگاهداری نماید و قرارداد حق الزحمه دلال که باید بین او و کسی که به او مأموریت داده قبل از انجام مأموریت تنظیم و مبادله شود و میزان حق الزحمه دلال که نباید زائد بر میزان معین در تعرفه رسمی باشد و سایر مقررات لازم برای اجرای این قانون مطابق آیین نامه هایی که از طرف مقام مذکور در ماده ۱۱ تنظیم می شود خواهد بود.]

همچنین در قانون راجع به دلالات نکته ی خوبی در ماده ی یک آن وجود دارد:

ماده یک قانون دلالات: [تصدی به هر نوع دلالتی منوط به داشتن پروانه است.]

دلالات باید از اون صنف مربوط به خودشان پروانه ی دلالتی بگیرند و اونجا ممکن است شرایط و الزاماتی را برای دادن پروانه مقرر کنند مثلاً اینکه دلالتی در این صنف نیازمند چه اطلاعات و تخصص هایی است یا مثلاً ممکن است یکسری کلاس های آموزی بگذارند یا یکسری دانشنامه ها یا تاییدیه های تحصیلی را لازم بدانند مثلاً در مورد صنف بنگاه داران املاک، یکسری دوره های آموزشی برای متقاضیان پروانه دلالتی منعقد می کنند که افراد باید در آن جلسات آموزشی شرکت بکنند.

پس یکسری مقررات آیین نامه ای و دستور العملی داریم که بسته به نوع دلالتی باید تابع مقررات اون صنف مربوطه باشد.

حق العمل کاری:

تعریف: حق العمل کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری (آمر) معاملاتی کرده و در مقابل حق العملی دریافت می دارد.

ماده ۳۵۷ قانون تجارت: [حق العمل کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری (آمر) معاملاتی کرده و در مقابل حق العملی دریافت می دارد.]

نکات ماده ۳۵۷:

نکته اول: گفته حق العمل کار کسی است که باید بگوییم شخصی است. زیرا شرکت های تجاری هم می توانند حق العمل کار باشند.

نکته دوم: به اسم خود یعنی در ظاهر خودش طرف قرارداد جلوه می دهد اما در واقع معاملات را برای کس دیگری انجام می دهد که به اون شخص آمر می گوییم.

نکته سوم: کارهایی که حق العمل کار می کند، برای پول انجام می گیرد. و کار معوض است و رایگان نیست و در مقابل حق العملی دریافت می دارد.

+ یک اصطلاح را باید اینجا دقت کرد که با عرف مردم قاطی نشود و اون هم این هست که به حق الزحمه حق العمل کار، حق العمل یا کمیسیون می گوییم و به اون شخصی که آن کار را انجام می دهد حق العمل کار یا کمیسیونر می گوییم. در حالی که در عرف مردم کمیسیون را به اون حق الزحمه دلالات می گویند در حالیکه گفتیم کمیسیون یعنی حق العمل کاری.

نکته مبنایی دیگر : حق العمل کار ، کارهایی که انجام می دهد ، نیابتی است و به نیابت و وکالت از دیگری انجام می دهد البته که وکالتش را مخفی کرده ولی در واقع که نگاه کنیم کار او وکالت و نمایندگی است در حالی که در دلالی کار او اصالت است یعنی معرفی کردن و به توافق رساندن دو طرف به یکدیگر.

به تعبیری حق العمل کاری یکی از انواع نمایندگی است.

نکته دیگر : این حق العمل کاری که نمایندگی است ، نمایندگی مخفی است یعنی ماهیت وکالت و نمایندگی را کتمان کرده اند.

ماهیت حق العمل کاری چیست ؟

آیا می شود گفت که حق العمل کاری ماهیتاً همان وکالت است ؟ یا باید بگوییم در حکم وکالت است ؟ بله در حق العمل کاری نیابت داریم یعنی کسی معاملاتی می کند از طرف و نیابت دیگری (البته نیابتی که مخفی مانده)

بنابراین اصل نیابت قبول است اما هر جایی که نیابت هست، لزوماً وکالت نیست . پس ماده ۳۵۸ که صحبت از وکالت به میان آورده ، نمی خواهد بگوید حق العمل کاری وکالت است بلکه می خواهد بگوید در حکم وکالت است.

- فرق این دو چیست ؟ قانون گذار از ماده ۳۵۷ تا ۳۷۶ یعنی حدوداً ۲۰ ماده را در باره ی حق العمل کاری اختصاص داده است . (احکام، حقوق و تعهداتی برای آمر یا حق العمل کار یا طرف قرارداد پیش بینی شده است) پس می شود گفت حق العمل کاری یکی از عقود معین است در کنار وکالت. کما اینکه دلالی نیز یک عقد معین بود در کنار وکالت ولی چون قانون تجارت تمام مسائل مربوط به حق العمل کاری را به طور جامع و کامل بیان نکرده یا ممکن است بعداً مسائل مستحدثه ای پیش آید و سوالاتی مطرح شود که قانون گذار پیش بینی نکرده باشد، این جا قانون گذار با این ترتیب که حق العمل کاری در حکم وکالت است مشکل را حل کرده است و گفته چون این عقد معین است، قواعدش را از همین عقد معین استخراج کنید اما اگر جایی هم قانون گذار سکوت کرده بود برای تکمیل قواعد و مقررات به باب وکالت مراجعه کنید.

ماده ۳۵۸ قانون تجارت : [جز در مواردی که به موجب مواد ذیل استثناء شده مقررات راجعه به وکالت در حق العمل کاری نیز رعایت خواهد شد.]

+ در باب وکالت ، وکیلی از طرف موکلش تعهداتی می دهد که خب علی القاعده این تعهدات به حساب بدهکاری موکل نوشته می شود و متعاقباً حقوقی هم که ایجاد می شود به حساب بستانکاری موکل نوشته می شود . طرف قرارداد نمی تواند به وکیل بگوید من با شما قرارداد بستم و شما باید تعهدات موکلت را انجام بدهی یا حقوق را به شما میدهم و به موکلت نمی دهم.

خب وکیل می گوید من فقط وکیل بودم و به نوعی این وسط ابزار بودم و اون جایی که با شما معامله کردم گفتم من به عنوان وکیل فلانی این مال را به این مبلغ از شما میخرم .درسته من خریدم اما من وکیل خریدارم بنابراین من مالک نمی شوم و در اصل مالک اون اتومبیل ،موکل من می شود به همین ترتیب تعهداتی مثل ثمن معامله که وجود دارد را هم موکل خودش باید انجام دهد.

مثل وکیل دادگستری ، وکیل دادگستری وقتی طرح دعوا می کند و در پی این دعوا حقوقی به دست می آید ، این حقوق مال وکیل دادگستری نیست بلکه مال موکلش است به همین ترتیب تعهداتی ایجاد می شود و هزینه دادرسی باید توسط موکلش پرداخت شود.

مثلا در دعوا محکوم می شویم به جبران خسارت ، در اینجا نیز موکل باید جبران خسارت کند زیرا وکیل که اصالتی ندارد بلکه به نیابت دیگری این اعمال انجام می دهد. پس هر حق و تکلیفی که هست مال موکل می شود. نایب و وکیل هیچ حق و تکلیفی برایشان ایجاد نمی شود . ولی این موضوع را در خصوص حق العمل کاری نمی شود اعمال کرد چون در مورد حق العمل کاری اون طرف قرار داد نا آگاه از وکالت است و چه بسا اگر ماهیت اون حق العمل کار را که نیابت است می دانست، اصلا حاضر به معامله نمی شد چون گاهی شخصیت طرف قرارداد برای ما مهم است و ما معامله را به حساب اعتماد به او انجام می دهیم . بنابراین شمایی که با من معامله کردی و فی الواقع وکیل بودی چون وکالت را پنهان کردی، من حق دارم که فکر کنم شما اصیل هستی یعنی چون شمای نوعی بودی حاضر شدم اینگونه معامله کنم وگرنه اصلا معامله نمی کردم . حالا شما میتونی به من بگی که من وکیل دیگری بودم ؟ اینجاست که احکام و مقررات حق العمل کاری اقتضائات و ویژگی های خاصی پیدا می کند.

-در رابطه ی وکالت سه طرف وجود دارد . وکیل و موکل و طرف قرارداد.

یکی وکیل دیگر،یست و برای موکلش خرید می کند و طرف قرارداد هم می داند که این وکیل است.

اینجا سه تا رابطه وجود دارد:

۱- رابطه ی بین وکیل و موکل که به عقد وکالت ایجاد شده و در آن حقوق و تکالیفی برای هر یک از طرفین ایجاد می شود.

۲- یک رابطه ای بین وکیل و طرف قرارداده که در آن هم حقوق و تکالیفی ایجاد می شود.

۳- یک رابطه ای هم هست بین موکل و طرف قرارداد که اون ها هم با یکدیگر حقوق و تعهداتی دارند و روابط حقوقی پیدا می کنند که قانونگذار برایشان حق و تکلیف ایجاد می کند.

اما درخصوص حق العمل کار ، چون وکالتش را پنهان کرده و طرف مقابل به این کسی که در ظاهر برای خودش معامله می کند ولی درواقع برای فردی دیگر معامله می کند اعتماد کرده است ، به احترام برداشت معقول و منطقی طرف قرارداد ، قانون گذار در روابط حق العملکاری سه رابطه شناسایی نمی کند بلکه این جا دوتا رابطه بیشتر نیست:

۱_ رابطه بین آمر و حق العمل کار که بین این ها حقوق و تعهداتی ایجاد میشه.

۲- رابطه دیگری هم بین حق العمل کار و طرف قرار داد ایجاد می شود و حقوق تعهداتی هم این بین ایجاد می شود.

اما رابطه ی سوم بین آمر و طرف قرارداد وجود ندارد

این جا آمر نمی تواند به طرف قرارداد بگوید که مثلا این شخصی که شما باهاش معامله کردی وکیل من بوده و من ذینفع بودم و حالا بیا تکالیفتو در حق من انجام بده.

اینجا خواهیم دید که قانون گذار اصلاً آمر را ذی نفع نمی داند بنابراین اگر آمر علیه طرف قرارداد طرح دعوا کند (درحالیکه واقعا هم او ذی نفع است) ولی در نگاه طرف قرارداد قانون گذار او را ذی نفع نمی داند و دعوایش را رد خواهد کرد.

متقابلاً حق العمل کار هم می تواند آمر را شناسایی نکند و بگوید من با شما معامله نکردم بنابراین حق و تکلیفی هم نسبت به شما ندارم.

نکته: گفتیم رابطه ی سوم (رابطه ی بین آمر و حق العمل کار) برقرار نمی شود یعنی آمر نمی تواند به طرف قرارداد مراجعه کند و بگوید معامله ی شما فی الواقع با من بود و وکیل با شما معامله کرده بود و اگر حقوقی هست باید به من بدهی یا اگر تعهداتی وجود دارد از من بخواهی.

متقابلاً هم حق العمل کار می تواند به آمر بگوید من با تو رابطه ای ندارم و حق و تکلیفی بین من و تو وجود ندارد.

طرف قرارداد می تواند آمر را به رسمیت شناسد یعنی یک حقی به طرف قرارداد داده می شود و می گوییم که طرف قرار می تواند متقابلاً آمر را به رسمیت بشناسد و این تعهدات را مستقیم با او برقرار کند.

پس اجمالاً بر خلاف وکالت که یک رابطه سه جانبه وجود دارد (رابطه مثلث) اما در حق العمل کاری یک رابطه دو خطی داریم.

یک خط رابطه ی بین آمر و حق العمل کار و خط دیگر هم رابطه ی بین حق العمل کار با طرف قرارداد و خط سومی وجود ندارد الا اینکه طرف قرارداد اراده کند.

شما به عنوان طرف قرارداد اومدی با من حق العمل کار معامله ای کردی و منم ماهیت این حق العمل کاری ام را کتمان کردم همچنین آمر هم شخص دیگری بود و من به دستور او آمدم و با شما معامله کردم اما شما تصور این بود که با من معامله کردی. اون چیزی که استاد گفت این بود که شما نگران نباش که فرضاً من فردا روزی پیام بگم ثمن معامله را از من نخواه چونکه من وکیل بودم و برو پولتو از آمر یا موکل من بگیر. در اینجا شما می توانی خیلی راحت بگویی موکل شما به من ربطی ندارد و من او را اصلاً نمی شناسم و از خود تو پول خواهم گرفت یعنی شمای طرف قرارداد می توانی با نادیده گرفتن اون قرارداد وکالتی که اظهار نشده بود، حق العمل کار را به عنوان خریدار اصلی در نظر بگیری و ثمن را هم از خود او بخواهید.

اما نکته دیگر این است که من فقط بحثم این نیست که تعهدات را از حق العمل کار مطالبه کنم بلکه من بحثم این است که اصلاً این مالی که فروختم دلم نمی خواهد به دارایی آمر اضافه شود نه بخاطر اینکه اون آمر تعهداتش قابل اعتماد نیست مثلاً ثمن را پرداخت نمی کند یعنی به فرض حتی حق العمل کار موقع معامله ثمن را نقدی پرداخت کرده و بعد جنس را گرفته ولی شما اگر به هر دلیلی از آمر خوشتر نمیامده یا به دلیل ملاحظات تجاری (مسائل رقابت و این ها) حاضر نبودی اون صنعت یا مال را به اون طرف بفروشد یا مثلاً او استفاده ای از آن ها کند، این خواسته شما هیچ اهمیتی ندارد چون این انگیزه شما می شود که با کسی که دوست داشتید معامله کنید و با کسی هم که نمی خواستید معامله نکنید خب اون کسی که باهاش معامله نکردید که قرار نیست تعهدی از او مطالبه کنید الا اینکه این انگیزه ای که می گوئید را به عنوان شرط ضمن عقد در قرارداد بیاورید مثلاً بگوئید که جناب محسنی منی که دارم با تو معامله می کنم، این مال را فقط به شرطی به شما می فروشم که خودت مالک شوی و نه دیگری.

اگر این شرط را کردید اونوقت اگر من اصالتا برای شخص دیگر خرید کردم، اینجا معامله ما اشکال دار می شود و شما می توانی معامله را بسته به مورد یا باطل اعلام کنی یا هم حق فسخ داری بسته به این که قصد را از بین برده یا قصد موجود است و نهایتا رضا را مثلا معیوب کرده و حق فسخ ایجاد می کند بنابراین اون انگیزه ای که می گوئیم اصلا دوست نداشتیم که اون مال توی دارایی آمری که از آن بی اطلاع بودیم و بعد فهمیدیم برود اگر همچنین اهمیتی در ذهن ما وجود دارد باید آن را به نحوی وارد بر قلمروی تراضی بکنیم و در قرارداد ذکر بکنیم تا بعد بتواند کارساز باشد (که گفتیم یا به نحو بطلان است و یا به نحو خیار فسخ)

ولی اینکه شما فقط در ذهنت این است که طرف قرارداد محسنیه و خب دیگر شخص ثالثی نیست پس خداروشکر که دارم با این معامله می کن، به صرف این شما بعدا نمی توانی بگویی من دوست نداشتم مال را به کس دیگری تملیک کنم.

مثل این می ماند که شما مالی را به من فروختی و بعد من می خواهم اون را به فرد دیگری بفروشم در اینجا دیگر به شما ارتباطی ندارد و شما نمی توانی بگویی که چرا رفتی و به فرد دیگری فروختی. اگر برای مهم بود باید اون زمانی که داشتی به من می فروختی، شرط می کردی که من به فرد دیگری نفروشم و یا شرط بقای مالکیت من را برای مدت مشخصی بکنی پس اگر شرط نکردی اون انگیزه و دغدغه ی شما هیچ خاصیتی نخواهد داشت.

نکته مربوط به سوال بچه ها: بعد از انعقاد قرارداد اگر ماهیت حق العمل کار لو رفت دیگر قرارداد منعقد شده و اونوقت این سوال پیش می آید که آیا ما ماخوذ به آن واقعیت هستیم یا نه؟ آیا طرف قرارداد ملزم است این واقعیت حق العمل کاری که رو شد را به واقعیتش پایبند باشد؟

جواب خیر است یعنی اون طرف قرارداد ملزم نیست که این واقعیت و وکالت را بپذیرد و از نگاه او می تواند وکالت نادیده گرفته شود و از طرفی هم می تواند واقعیت را بپذیرد و به واقعیت مراجعه کند یعنی اهمیت در اینجا است که بعد از کشف واقعیت طرف قرارداد بین دو گزینه اختیار دارد:

۱ - اینکه واقعیت خارجی را انتخاب کند یعنی وکالت را بپذیرد و بر اساس اون وکالت حقوق و تعهدات را پیگیری کند.

۲ - یا اینکه اون وکالت را نادیده بگیرد و بگوید که این وکالت را قبول ندارم و می خواهم فقط به حق العمل کار مراجعه کنم و تعهدات را به او پاسخگو خواهم بود.

به این می گوئیم حق انتخاب یا اصطلاحا نهاد عدم قابلیت استناد یعنی اون وکالت پنهانی که در زمان انعقاد قرارداد مکتون بود، اون وکالت علیه طرف قراردادی که ناآگاه از این موضوع است، غیر قابل استناد است یعنی نمی شود علیه او به این وکالت استناد کرد ولی این حق اوست که او می تواند وکالت را نادید بگیرد اما اگر خواست می تواند به واقعیت استناد کند و بپذیرد و از ظاهر دست بردارد.

این ها همه مربوط به بعد از انعقاد قرارداد است اما اگر همان زمان انعقاد قرارداد ماهیت قرارداد لو رفته باشد اون دیگر وکالت است و حق العمل کاری نیست.

جلسه یازدهم حقوق تجارت_استاد محسنی

در جلسه گذشته در مورد حق العمل کاری بیان شد که حق العمل کار شخصی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری معاملاتی را انجام می دهد و ماهیتا وکیل یا به طور دقیق تر نماینده محسوب می شود اما با نمایندگان معمول تفاوت هایی دارد که مهم ترین تفاوتش در این است که حق العمل کار نمایندگی اش را مخفی می کند و نباید نمایندگی اش را اظهار کند که اگر اظهار شد دیگر ماهیتش حق العمل کاری نخواهد بود و ماهیتش یک وکالت معمولی و نمایندگی ساده محسوب خواهد شد و چون وکالت و نمایندگی حق العمل کار مخفی می ماند بنابراین این تلقی برای طرفین قرارداد پیش می آید که حق العمل کار را اصیل می پندارند و اهمیت این مسئله به این خاطر است که ممکن است بعد از اینکه قرارداد منعقد شد و طرف قرارداد به حق العمل کار برای مطالبه حقوق ناشی از قرارداد مراجعه کرد، حق العمل کار اظهار کند به اینکه من وکیل بودم پس اگر تعهدی هم هست، آن را باید از موکل من یا آمر طلب کنید.

این جا ممکن است که طرف قرارداد با شرایط نامطلوبی مواجه بشود و برایش مطلوب نباشد که به آمر مراجعه کند. در واقع ممکن است که او به اعتبار توان مالی و اعتبار بازاری که داشته به او اعتماد کرده و قرارداد منعقد کرده و اگر می دانست که فرد دیگری طرف معامله هست ، شاید اصلا قراردادی منعقد نمی کرد بنابراین اینجا لازم است یک حمایتی از طرف قرارداد به عمل آید و به همین ترتیب آمر ممکن است بابت حقوق ناشی از قرارداد ، مستقیم به طرف قرارداد مراجعه کند و اینجا طرف قرارداد توسط کسی مورد مراجعه قرار گرفته که اصلا او را نمی شناسد و او را به عنوان ذی نفع و متعهد له قراردادش نمی شناسد .

__ممکن است بگوییم خب طرف قرارداد یک تعهدی انجام داده است و چه فرقی می کند که این تعهد ذی نفعش حق العمل کار باشد یا آمر چون به هر حال باید تعهد را انجام دهد ؟

پاسخ این مسئله این است که آدم به هر کسی تعهد نمی دهد و به فرض من حاضرم با شماپی قرارداد منعقد کنم که آدم متعارفی هستی و اگر مثلا مشکلاتی در بازار پیش آید و شرایط

پرداخت من سخت شود، حاضری با من مدارا کنی ولی اگر یک آدم سفت و سخت باشد که یک روز هم صبر نکند، خب من دیگر حاضر نیستم با او معامله کنم زیرا بالاخره تجارت ریسک دارد و من با آدم هایی معامله می کنم که در صورت سخت شدن شرایط، بتوانم روی گذشت و همراهی آن ها حساب کنم بنابراین اگر قرار باشد که یک دفعه با یک آدمی مواجه شویم که ما اصلا او را نمی شناسیم و او بخواهد به عنوان طلبکار و متعهد له قرارداد مراجعه کند، این می تواند شرایط نامطلوبی را برای طرف قرارداد ایجاد کند. بالاخره مواجه کردن طرف قرارداد با شخص ثالثی که او فکر می کرده ثالث است اما بعد فهمیده که طرف اصلی قرارداد بوده است، ممکن است برای طرف قرارداد نامطلوب باشد به همین جهت است که گفتیم طرف قرارداد نیاز به حمایت دارد.

قانونگذار هم اینگونه از طرف قرارداد حمایت می کند و می گوید: من به شمای طرف قرارداد این اختیار را می دهم که حق العمل کار را اصیل و به عنوان طرف قرارداد بشناسی و در نظر بگیری و مطالبات و حقوقت را در صورت وجود از او بگیری و او نتواند شما را به فرد دیگری حواله دهد همینطور اگر کسی می خواهد از شما مطالبه طلبی کند، او حق العمل کار است

بنابراین شما بر اساس اون انگاره و تصویری که داشتی (که البته با واقعیت هم تطبیق نمی کرد اما ظاهر امر این تصور را برای شما ایجاد کرد) این تصور شما را محترم می شمارند و حمایت می کنند زیرا تصویری است مبتنی بر ظواهر امری که به نحو معقول و مشروع این اعتماد را برای شما ایجاد کرد بنابراین شما حق داری که به اون ظاهر اعتماد کنی و اون ظاهر به تعبیری حجت است.

خب این ها را به صورت اصطلاحی اگر بخواهیم بگوییم اینگونه می شود گفت: یک امر پنهانی وجود دارد به نام قرارداد نمایندگی یا وکالت، اون امر پنهانی علیه طرف قرداد که نسبت به اون وکالت ثالث محسوب می شود، غیر قابل استناد است.

به عبارت دیگر یک نمایندگی یا وکالتی بین آمر و حق العمل کار داریم که رابطه ی قراردادی معتبری هم هست. این رابطه ی حقوقی که حالا اسمش را عنصر حقوقی می گذاریم، نسبت به اشخاص ثالث یعنی طرف قرارداد حق العمل کار غیر قابل استناد است یعنی نمی شود به اون طرف قرارداد بگوییم که جهت اطلاع یک رابطه وکالتی بود که این رابطه فلان اثر را دارد و فلان آثار را خواهد داشت و...

این حرف ها علیه اون ثالث قابل استناد نخواهد بود(در ضمن ثالث نسبت به اون رابطه وکالت منظورمان است چون طرفین قرارداد آمر و حق العمل کار هستند و سایرین ثالث می شوند و حالا اون طرف قرارداد در خصوص این وکالت و نمایندگی ثالث محسوب می شود)

پس چون او نسبت به امر وکالت و نمایندگی بی اطلاع و نا آگاه بوده (که خب قاعدتا هم همینگونه است چون وکالت را پنهان کرده)و این ناآگاهی هم از سر غفلت و سهل انگاری نبوده و به طور طبیعی حق داشته به اون ظاهری اعتماد کند که با واقع تفاوت دارد بنابراین اون رابطه وکالت علیه این شخص ثالث غیر قابل استناد است.

این که رابطه ی وکالت در خصوص شخص خالص غیر قابل استناد است ، دواثر دارد :

۱_ اثر اولش این است که این معنا یعنی رابطه ی وکالت ، چون غیر قابل استناد علیه آن ثالث است و این نهاد (عدم قابلیت استناد) برای شخص ثالث پیش بینی شده ، پس می شود گفت که چنانچه آن شخص این رابطه ی نمایندگی را به رسمیت بشناسد، آنوقت می تواند به اون رابطه استناد بکند.اینکه می گوییم وکالت که امری واقعی ولی پنهانی است ،قابل استناد علیه ثالث نیست ،معنایش این نیست که ثالث نمی تواند اون رابطه وکالت را به رسمیت بشناسد بلکه معنایش این است که می تواند اون واقعیت را نادیده بگیرد یعنی اینگونه فرض کند که چنین نمایندگی یا رابطه ای وجود نداشته است به عبارتی آن را کان لن یکن ببیند و نادیده انگارد اما اگر خواست اون واقعیت را بپذیرد هم اشکالی ندارد . حمایت از اون ثالث ایجاب می کند که به او اختیار بدهیم که نگران اون رابطه وکالت پنهانی نباشد و رابطه وکالت پنهانی را می تواند معدوم و غیر موجود بداند و بگوید من با خود حق العمل کار معامله کردم پس او طرف قرارداد من است اما اگر هم خواست به واقعیت استناد کند هیچ اشکالی ندارد و می تواند اون واقعیت را بپذیرد و بگوید خب حالا که معلوم شد شما وکیل بودی و موکلت هم فلان شخص بود،من نیز به همان واقعیت متوسل می شوم و حقوقم را از همان آمر شما که می شود طرف قرارداد اصیل می گیرم و تعهداتم را هم در قبال او انجام خواهم داد.این اقتضا و ویژگی نهاد عدم قابلیت استناد است به همین دلیل هم هست که فرانسوی ها می گویند ماهیت این نهاد حق انتخاب است(حق انتخاب بین پذیرش واقعیت یا نادیده گرفتن یا انکار اون)و هر کدام را که فرد انتخاب کرد آثارش را هم بر او پیاده خواهیم کرد و در ضمن اگر به اون واقعیت خارجی استناد کند ، بعد از آن دیگر

امکان چشم پوشی و انکار آن را نخواهد داشت چون بالاخره نمی شود یک جایی که به نفعمان است به واقعیت پنهانی متوسل شویم و جایی هم که به نفعمان نیست به ظاهر امر متوسل شویم. تا زمانی که واقعیت خارجی را نپذیرفته و اون را غیر قابل استناد علیه خودش دانسته، می تواند طبق ظاهر عمل کند و رابطه پنهانی علیهش قابل استناد نخواهد بود اما اگر واقعیت خارجی را پذیرفت دیگر کار تمام است و اون عنصر حقوقی قابلیت استناد پیدا می کند.

۲_ بین آمر و حق العمل کار یک رابطه ای ناشی از اون وکالت و نمایندگی که با یکدیگر داشتند وجود دارد بنابراین اگر به حق العمل کار گفتیم برو برایمان فلان جنس را بخر خب علی القاعده باید هزینه های اجرای اون تعهدات را هم برایش تامین کنیم تا بتواند تعهداتش را ایفا کند و از این طرف هم اگر محموله ای برایش خریدیم باید آن را به او تحویل دهیم پس بنابراین یک رابطه حق و تکلیفی بین آمر و حق العمل کار (طرفین نمایندگی) ایجاد می شود و البته از اون طرف هم یک رابطه بین حق العمل کار (که در ظاهر اصیل قرارداد است) و طرف مقابل قرارداد ایجاد می شود که حق العمل کار تعهدات قراردادی را نسبت به طرف قرارداد خواهد داشت و متقابلاً حقوق ناشی از قرارداد را حق العمل کار می تواند از او وصول کند و طرف قرارداد در مقابل آن متعهد است و رابطه سومی هم گفتیم وجود نخواهد داشت

(رابطه ای بین آمر و طرف قرارداد وجود نخواهد داشت) چون این رابطه پنهانی (وکالت) غیر قابل استناد است پس اصلاً حسب ظاهر و از نگاه طرف قرارداد، معامله ای با آمر نکرده که حق یا تعهدی برای او ایجاد شود پس اینجا رابطه مثلث نیست بلکه رابطه دو جانبست یعنی دو تا رابطه خطی بین آمر و حق العمل کار از یک طرف و بین حق العمل کار و طرف قرارداد هم از طرف دیگر الا اینکه طرف قرارداد از نهاد عدم قابلیت استناد دست بردارد و به واقعیت متوسل شود که اگر به واقعیت متوسل شد و نمایندگی را پذیرفت یا به عبارتی پذیرفت که قرارداد او با حق العمل کار نبوده بلکه با آمر حق العمل کار بوده است، در اینجا است که یک رابطه ی مستقیم بین آمر و طرف قرارداد هم به وجود می آید ولی اینجا دیگر اون رابطه پنهانی مورد پذیرش قرار گرفته و غیر قابل استناد نخواهد بود.

• این امر که رابطه ی وکالت بین آمر و حق العمل کار که پنهانیست، قابل استناد علیه شخص ثالث نیست را قانون گذار صریحاً مطرح نکرده یعنی در ماده ای نیامده است و این مفهوم از

لابلای مواد استخراج می شود پس این اصطلاحاً یک قاعده اصطیادی است که آن را از لا به لای مواد کشف کردیم یعنی وقتی شما تعهدات قراردادی را نگاه می کنی مثلاً می گوید حق العمل کار در قبال طرف قرارداد متعهد است بعد در اینجا سوال پیش می آید که خب این بنده خدا که وکیل بود و واقعیت خارجی این است که آمر باید تعهدات را انجام دهد ولی اینجا می گوید که نه می توانیم به حق العمل کار مراجعه کنیم.

نمونه هایی از این قبیل نشان می دهد که رابطه تعهدات بین حق العمل کار و طرف قرارداد است و آمر می تواند اصلاً قابل شناسایی توسط طرف مقابل نباشد.

در مورد حق العمل کاری هم به سان دلالتی به ترتیب مواد قانون پیش می رویم و مواد را تحلیل می کنیم:

ماده ۳۵۹ :

(حق العمل کار باید آمر را از جریان اقدامات خود مستحضر داشته و مخصوصاً در صورت انجام ماموریت این نکته را به فوریت به او اطلاع دهد).

اولین تعهد حق العمل کار : اطلاع رسانی به آمر

ضرورت این مهم این است که وقتی حق العمل کار وارد معامله شد ، طرف قرارداد که او را اصیل می داند و به اشخاص ثالث مثل آمر اجازه دخالت نمی دهد و آمر هم امکان اخذ اطلاعات از طرف قرارداد را ندارد خب در اینجا ذینفع اصلی و واقعی که آمر باشد ، به نوعی ابزاری برای کشف اطلاعات از جمله مذاکرات مقدماتی ، انعقاد قرارداد ، اجرای تعهدات قراردادی و احتمال انحلال قرارداد و فسخ و امثال آن را ندارد . از طرفی حق دارد که بداند با پول و سرمایه او چه اتفاقی دارد می افتد پس به همین جهت قانون گذار حق العمل کار را ملزم دانسته که آمر را از تمام اقداماتی که انجام می دهد به ویژه انعقاد قرارداد مطلع کند . اگر قرارداد منعقد شد، حتماً باید آمر را مستحضر کند البته این را از باب تاکید گفته و گرنه حتی مذاکرات مقدماتی هم باید به آمر اطلاع داده شود یا مثلاً ماهیت طرف مقابل را هم که مثلاً با چه کسی معامله می کند را هم باید بگوید زیرا رابطه نمایندگی برای طرف قرارداد مخفی است اما برای آمر که مخفی نیست و آمر باید بداند که حق العمل کارش با چه کسی دارد معامله می کند. پس هر گونه اطلاعاتی

که لازم است عرفاً امر بداند، حق العمل کار باید به فوریت به امر اطلاع دهد به عبارتی تنها ابزار و منبع امر برای کشف و دسترسی به اطلاعات، حق العمل کار است پس حق العمل کار باید صادقانه تمام اطلاعات را در اختیار امر بگذارد مخصوصاً اینکه ممکن است امر که در جریان اطلاعات قرار میگیرد، توصیه ها و دستوراتی بخواهد بدهد به فرض قیمتی که در یک معامله و در مذاکرات مقدماتی مطرح بوده است را شاید امر بخواهد به دلیل ملاحظاتی تغییر دهد بنابراین درست است که از ابتدا حدود اختیاراتی برای حق العمل کار تعیین کرده ولی در جریان قرارداد او می تواند این اثر را داشته باشد که ملاحظات احتمالی بعدی برای امر وجود داشته باشد و امر اون ملاحظاتش را به حق العمل کار منتقل کند.

حالا اگر حق العمل کار به این تکلیف عمل نکرد چه می شود؟ در این جا قانون گذار ضمانت اجرای صریحی پیش بینی نکرده است ولی یک قاعده عمومی هست که هرگاه یک تکلیف بر عهده کسی باشد و او تکلیفش را انجام ندهد، مرتکب تقصیر شده و اگر از این تقصیر خسارت به بار آید، اون مقصر مسئولیت حبران خسارت خواهد داشت. (مسئولیت مدنی ایجاد می شود) البته اینجا دیگر مورد به مورد باید تشخیص داد که آیا این تقصیری که مسلماً اتفاق افتاده موجب چه خسارتی شده است یعنی ۳ رکن را باید احراز کرد:

۱_ تقصیر: که گفتیم همینکه اطلاع رسانی نکرده است خودش تقصیر است که تازه همین نیز جای مناقشه و بحث دارد که مثلاً آیا هر اطلاع رسانی که غفلت شود تقصیر محسوب می شود؟ یعنی لحظه به لحظه باید اطلاع رسانی کنیم یا بعضی از اطلاعات را باید اطلاع رسانی کنیم؟

خب اینجا تعبیر ماده ۳۵۹ می گوید که باید امر را از جریان اقدامات خود مستحضر بداند. خب اینجا جریان اقدامات یعنی چه؟ آیا از ریز به ریز کارها باید او را مطلع کنیم؟ خب قاعدتاً اونقدر اطلاعات جزئی و ریز مد نظرمان نبوده است و اینکه چه اطلاعاتی را باید به امر منعکس کنیم را قانونگذار به ریز بیان نکرده و ما علی القاعده باید به عرف مراجعه کنیم و بگوییم خب در عرف چه اطلاعاتی اهمیت دارد که به امر اطلاع رسانی شود؟ می گوییم مثلاً مذاکرات مقدماتی مهم است، اینکه یک جلسه ای گذاشتیم و در آن توافقات اولیه و تقاهم نامه های قطعی نشده ای

صورت گرفته و بعد قراردادی که منعقد کردیم و شاخص های اصلی قرارداد، موضوع و رقم قرارداد، مفاد مهم قرارداد و هزینه هایی که احتمالا قبول کرده و ...همگی باید روشن شود اما اینکه بخواهیم جزئیات و ریز به ریز مسائل را بگوییم واقعا لازم نیست و در حدی که عرف ایجاب می کند باید اطلاعات را به آمر بگوییم. پس اگر در جریان قراردادن آمر که ملاکش هم عرف هست نقض بشود، تقصیر که همان رکن اول مسئولیت مدنی است نقض شده است.

۲_ رکن دوم این است که باید ضرری متحمل شده باشد .

۳_ رکن سوم این است که بین اون ضرر با این تقصیر ما (عدم اطلاع رسانی) باید رابطه سببیت وجود داشته باشد که اگر این رکن سوم هم وجود داشت اونوقت این مسئولیت مدنی محقق می شود.

تکلیف دوم حق العمل کار که در قالب سوال می توانیم مطرح کنیم این است که آیا حق العمل کار ملزم به بیمه کردن اموال هست یا خیر؟

در مراودات تجاری ، بیمه اموال خیلی مهم است مخصوصا امروزه به خاطر مخاطراتی که وجود دارد خیلی مهم است که کالای در جریان تجارت را بیمه کنیم خب از آن طرف هم بیمه کردن با اینکه امتیاز خوبی دارد که ما مخاطرات و ریسک ها را به عهده شرکت بیمه می گذاریم اما از اونطرف هم بالاخره انعقاد قرارداد بیمه در جریان تجارت هزینه هایی برای تاجر ایجاد می کند.

حالا اینجا حق العمل کار احتیاط کند و اون مال التجاره را بیمه کند یا به دلیل اینکه هزینه بر هست ،هزینه بیخود برای آمر نتراشد؟بیمه کردن وظیفه او هست یا خیر؟

در اینجا ماده ۳۶۰ تعیین تکلیف کرده است.

ماده ۳۶۰ :

(حق العمل کار مکلف به بیمه کردن اموالی که موضوع معامله است نیست مگر اینکه آمر دستور داده باشد.)

یعنی قانون اصل را بر عدم تکلیف به بیمه کردن گذاشته است .بنابراین بعدا آمر نمی تواند به حق العمل کار بگوید این کالا تلف شد و تو چرا بیمه نکرده بودی و ...

اینجا حق العمل کار می تواند بگوید که من اصلا همچین تکلیفی نداشتم و اگر قرار به بیمه کرده بوده باید اعلام می کردی و دستورش را می دادی

بنابراین بیمه کردن مال التجاره وظیفه حق العمل کار نیست و اینکه می گوید وظیفه حق العمل کار نیست در شرایط عادی است وگرنه اگر آمر دستور داده باشد وظیفه دارد که بیمه کند و اگر بیمه نکرد و اتفاقا کالا تلف شد، از بین رفت یا آسیبی دید تمام خسارات را باید خود حق العمل کار بپردازد و اینجا حق العمل کار نمی تواند بگوید من مواظبت ها و احتیاط های لازم را کردم ولی خب سیل آمد و از بین رفت یا آتش سوزی شد و کالا از بین رفت و من تقصیری در این اتفاقات نداشتم و چون تقصیری نداشتم پس مسئولیتی هم ندارم.

می گوییم بله در آتش سوزی و سیل تقصیری نداشتی ولی شما یک تکلیفی داشتی و اون هم اینکه کالا را بیمه کنی و چون بیمه نکردی این تقصیر شما خسارت برای آمر گذاشت بنابراین مسئول جبران خسارت خواهی بود.

حالا اینجا اگر بخواهیم دقیق نگاه کنیم و علت مسئولیت حق العمل کار را درست تحلیل کنیم ، می بینیم که در میزان مسئولیتی که به عهده حق العمل کار است تفاوتی حاصل می شود

مثلا آمر گفته که باید این کالا را که قیمتش ۱۰۰ میلیون تومان است بیمه کنید خب عرض کردیم وظیفه ی حق العمل کار این شد که کالا را بیمه کند خب حالا اگر بیمه نکرد و تقصیرش بیمه نکردن بر خلاف دستور آمر شد چند حالت داریم:

اگر بیمه نکرده باشد و اتفاقی هم نیفتد، چه بهتر چون هزینه بیمه هم تحمیل نشده و درست است اینجا کوتاهی کردیم و نقض دستور او را کردیم ولی خوشبختانه اتفاق بدی نیفتاد. اینجا درست است که حق العمل کار تقصیر کرده ولی از این تقصیر (نقض دستور آمر) خسارتی به بار نیامد و اتفاقا نفعی هم حاصل شد و نفعش هم این بود که دیگر حق بیمه هم پرداخت نکردیم اما اگر بیمه نکردیم و از قضا کالا دچار حریق شد خب اینجا آتش سوزی تقصیر حق العمل کار نیست که اگر آتش سوزی تقصیر او بود، باید کل خسارت وارد به کالا را به آمر پرداخت می کرد اما اگر حق العمل کار در حریق نقشی نداشته باشد و کالا را دقیق و درست نگهداری کرده باشد اما از قضا مثلا رعد و برق شود و انبار آتش بگیرد و کل کالا بسوزد اینجا دیگر نمی شود گفت

سوختن تقصیر حق العمل کار است پس باید کل خسارات را هم پرداخت کند زیرا او در ایجاد حریق تقصیری نداشته و فقط تقصیرش بیمه نکردن بوده است خب حالا می گوییم به فرض اگر یک کالای ۱۰۰ میلیون تومانی را بیمه کرده بود باید ۵ میلیون حق بیمه پرداخت می کرد تا این کالا بیمه شود و بعد اگر کالا تلف می شد، شرکت بیمه با اعمال یکسری قواعد و مقررات ۸۰ میلیون خسارت پرداخت می کرد. خب می گوییم جناب حق العمل کار شما وظیفه بیمه کردنی که آمر به شما تکلیف کرده بود را انجام ندادی و اگر شما بیمه می کردی ۸۰ میلیون از شرکت بیمه خسارت می گرفتیم و البته ۵ میلیون هم باید حق بیمه می دادی و در واقع خالص ۷۵ میلیون می توانستی از شرکت بیمه دریافت کنی پس از کل آن کالای ۱۰۰ میلیونی که از بین رفت ۷۵ میلیونی به حق العمل کار منتسب است زیرا تقصیر او باعث ۱۰۰ میلیون خسارت نشد بلکه تقصیرش بیمه نکردن بود و برای محاسبه نیز باید عکسش را حساب کنیم یعنی بگوییم اگر بیمه می کردیم چه می شد؟ یک هزینه هایی می دادیم و بجای آن خسارتمان را به نحو عمده می گرفتیم یعنی در این مثال ۵ میلیون می دادیم و بجایش ۸۰ میلیون خسارت می گرفتیم بعد با توجه به این می گوییم خیل خب پس این ۷۵ میلیون را شما از دست دادی و مقصرش هم حق العمل کار است بنابراین من حق العمل کار مسئول جبران خسارتی هستم که ناشی از تقصیر خودم باشد.

سوال: حق العمل کار اگر دستوری برای بیمه کردن داشته باشد که خب وظیفه دارد بیمه کند اما اگر دستوری نداشته باشد آیا از بیمه کردن نهی شده است یا به عبارتی برای او ممنوع است یا اینکه مختار است که بیمه بکند یا نکند؟

هر کدام از این دو گزینه را که انتخاب بکنیم، در تحلیل مسئولیت ها اثر مستقیم خواهد داشت. اگر بگوییم که حق العمل کار ملزم به بیمه کردن نیست اما حق العمل کار بیاد و بیمه کند، یک هزینه ای را ایجاد می کند و این هزینه را دیگر نمی تواند از آمر بگیرد زیرا مجاز نیست و هزینه بیخودی پرداخت کرده است پس اگر بیمه کردن منع داشته باشد آنوقت هزینه ای که حق العمل کار کرده است از جیبش رفته است اما اگر بگوییم ممنوع نیست و تعبیر قانون این است که ملزم و مکلف به بیمه کردن نیست و اگر مصحلت دید بیمه کند ، هزینه اش هم باید پرداخت کند و اگر مصحلت ندید هم مشکلی ندارد. اگر تحلیل ما اینگونه باشد یعنی به اختیار برسد، نتیجه اش

این می شود که بیمه کردن یا نکردن هیچکدام تقصیر نیست و هر دو اختیار حق العمل کار است و اگر بیمه کرد، جناب آمر باید هزینه بیمه را پرداخت کند و این هزینه قانونی است که پرداخت کرده زیرا او اختیار داشت که بیمه کند و از اختیارش استفاده کرده و هزینه هایش هم به عهده آمر است اگر هم بیمه نکرد، بعد جناب آمر نمی تواند به حق العمل کار بگوید که چرا بیمه نکردی و... چونکه حق العمل کار تکلیفی نداشته که بیمه کند و اگر آمر می خواسته که بیمه کند باید به حق العمل کار این را می گفته و چون نگفته او الزامی به بیمه کردن ندارد بنابراین اگر اتفاق ناگواری مخصوصا در اثر قوای قهریه افتاد دیگر نمی شود از حق العمل کار خسارت گرفت چون او به سان یک امین درست عمل کرده است و در بیمه کردن مختار بوده است بنابراین اگر بیمه کردن را انتخاب کرد هزینه اش بر عهده آمر است و اگر هم بیمه نکردن را انتخاب کرد مسئولیتی از بابت بیمه نکردن بر عهده اش نیست.

خب کدام یک از این دو احتمال را باید تقویت کنیم؟

بنظر می آید که اون مختار بودن مرجح است زیرا تفسیر لفظی ماده ۳۶۰ این را به ما می رساند.
ماده ۳۶۰ :

(حق العمل کار مکلف به بیمه کردن اموالی که موضوع معامله است نیست مگر اینکه آمر دستور داده باشد.)

در اینجا می گوید حق العمل کار مکلف نیست و اگر می خواست بگوید که ممنوع است باید می گفت حق العمل کار نباید کالا را بیمه کند مگر اینکه آمر به او دستور داده باشد یعنی از کلمات نباید، نمی تواند یا مجاز نیست استفاده می کرد نه از کلمه مکلف نیست زیرا این کلمه به معنای مختار بودن است.

بنابراین این تحلیل دوم درست تر است.

نکته: اگر آمر دستور به بیمه کردن نداده باشد اما عرف تجاری به نحو صریح و روشن بیمه کردن را الزام بداند، بنظر می آید که اینجا تکلیف حق العمل کار است که کالا را بیمه کند. این تکلیف را با یکی از این دو تحلیل می شود اثبات کرد:

۱_ در یک تحلیل گفته می شود که آن چیزی که در عرف مورد پذیرش قرار گرفته است، شرط ضمنی متعاقدين است یعنی طرفین یک توافقات و شروطی دارند که بعضی از آن ها در قرارداد تصریح می شود اما بعضی از آنها هم تصریح نمی شود و به صورت ضمنی است و شروط یا توافقات ضمنی هم جزئی از قرارداد است و این شروط و قرارداد های ضمنی هم خودش دو جور است: ۱) یک نوع شرطی هست که اصطلاحاً به آن شرط تبانی می گویند یعنی شرطی که عقل متبانیاً بر او منعقد شده است یعنی در مذاکرات مقدماتی که جزئی از قرارداد هم نبود و مقدمات بود، ما بالاخره با هم حرف زدیم و مثلاً من گفتم که آقا من این معامله را با این شرط انجام می دهم و بعد طرف مقابل هم موافقت می کند و قرارداد را می بندیم اما این شرایطی که قبلاً صحبت کردیم را در قرارداد نمی آوریم در اینجا است که می گوییم درست است که تصریح نکردیم ولی این ها هم هست چون این قرارداد مبتنی بر اون مذاکرات و شرایط تنظیم شده است و این را اصطلاحاً شرط تبانی می گویند یعنی شرطی که عقل مبتنی بر اون تنظیم شده است و این جزو قرار می شود.

۲_ یکی دیگر از شروط ضمنی هم عرف است . اگر یک چیزی در عرف مسلم و پذیرفته شده بود، این جزئی از توافقات طرفین است مثلاً وقتی ما با هم یک ماشینی را خرید و فروش می کنیم و بعد مثلاً عرف فلان منطقه این است که در خرید و فروش ماشین ، ضبط ماشین ها مورد معامله نیست (که البته معمولاً عکس این مورد است و این صرفاً برای مثال است) یا مثلاً باربند هم جزو معامله در خرید و فروش ماشین ها هست . خب ما در این معامله که انجام دادیم در مورد ضبط و باربند چیزی نگفتیم اما عرف یکسری قواعد برای خودش دارد و اون چیزی را که عرف بر اون قضاوت می کند، انگار که ما هم در قراردادمان به عنوان شرط ضمن عقد آورده ایم. خب حالا با این توضیح، بیمه کردن را آمر نگفته اما در عرف معاملات تجاری بیمه کردن لازم است یعنی در واقع آمر این را شرط کرده است و ذیل ماده ۳۶۰ می شود که می گوید اگر آمر دستور بیمه کردن داده باشد باید بیمه کند و مکلف خواهد بود . یک تحلیل این می شود که مدلول عرفی جزو قرارداد طرفین و شروط ضمن عقد است و خب اگر جزو شروط ضمن عقد باشد هم قطعاً مشمول ماده ۳۶۰ خواهد بود.

بعضی از حقوقدانان هم قبول ندارند که عرف جزو اراده طرفین باشد مثلا ایراد می کنند که اون عرفی که شما می گویی شرط ضمنی قرار ما دو نفر بوده است، اصلا ما آگاه از اون عرف نبوده ایم.

مثلا یک عرف مسلمی در بازار هست که خب از هر کسی بپرسی این را می گوید اما من نوعی و طرف قرارداد اصلا هیچ خبری از این نداشتیم حالا اینجا ما می توانیم بگوییم که این شرط ضمنی ما دو طرف است یا ما دو تا بر این توافق کرده ایم؟ خب چیزی که اصلا خبر نداشتیم را چگونه توافق کرده ایم؟

بعضی ها اینگونه ایراد می گیرند و می گویند عرف شرط ضمنی نیست. خب اگر اینگونه نباشد دیگر مشمول ماده ۳۶۰ هم نیست مثلا در عرف گفتند که بیمه کردن لازم است ولی آمر و حق العمل کار کاملا بی اطلاع از آن بودند پس طبق این تحلیل اخیر که گفته شد می گوییم دیگر شرط ضمنی و مشمول ماده ۳۶۰ نیست اما از یک طرف هم قانون مدنی در ماده ۲۱۹ و ۲۲۰ می گوید که طرفین نه تنها به آن چیزی که بر آن توافق کردند بلکه بر هر آن چیزی که عرفا جزو تعهدات متعاقدين است هم باید پایبند باشند. حالا اگر شما این را قبول نکردی که شرط ضمنی طرفین است قبول است اما این شرط قانونی و تکلیف قانونی که وجود دارد .

اون تحلیل اول که می گفت عرفی جزئی از اراده ضمنی طرفین است، در آنجا عرف را به عنوان شرط قراردادی به طرفین تحمیل می کند اما اگر کسی چنین شرط قراردادی را قبول نداشته باشد می گوییم خيله خب اما حداقل یک شرط قانونی اینجا وجود دارد و در واقع قانونگذار آن را تکلیف می کند.

اینجا قانونگذار می گوید حق العمل کار ملزم نیست بیمه کند مگر اینکه آمر دستور داده باشد و یک جای دیگر هم (ماده ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی) قانونگذار می گوید اگر عرف بگوید که بیمه کردن الزامی است ما باید بیمه کنیم پس بنابراین اگر عرفی در خصوص لزوم بیمه کردن وجود داشته باشد ما این عرف را یا از شروط ضمن عقد طرفین می دانیم که مشمول ماده ۳۶۰ می شود که آمر دستور داده است یا هم از این می بینیم که قانونگذار دستور داده است که تعهدات عرفی هم جزو تعهدات طرفین است ولو اینکه توافقی بر آن نکرده باشند بنابراین بنظر می آید که اگر

در عرف تکلیف به بیمه کردن وجود داشته باشد ، حق العمل کار باید آن را بیمه کند حالا یا به عنوان شرط قراردادی یا هم به عنوان یک تکلیف قانونی.

ماده ۳۶۱ یکی از تکالیف دیگر حق العمل کار را بیان می کند.

ماده ۳۶۱ :

(اگر مال التجاره که برای فروش نزد حق العمل کار ارسال شده دارای عیوب ظاهری باشد حق العمل کار باید برای محفوظ داشتن حق رجوع بر علیه متصدی حمل و نقل و تعیین میزان خسارات بحری (آواری) به وسایل مقتضیه و محافظت مال التجاره اقدامات لازمه به عمل آورده و آمر را از اقدامات خود مستحضر کند و الا مسئول خسارات ناشیه از این غفلت خواهد بود.)

مثلا حق العمل کار محموله ای را برای آمر خریداری کرده و این کالا را طرف قرارداد که به فرض آن سر دنیا بوده برای حق العمل کار ارسال کرده است (در واقع برای آمر و در ظاهر برای حق العمل کار) خب این را که ارسال می کند علی القاعده از طریق فرآیند حمل و نقل ارسال می کند و اینجا حق العمل کار می شود مرسل علیه مال التجاره یعنی یک رابطه قراردادی بین فروشنده و خریدار داشتیم که خریدار در ظاهر همون حق العمل کار است و یک رابطه دیگر هم ایجاد می شود که فروشنده از اون طرف دنیا محموله را به موسسه باربری می سپارد و می گوید این را به مقصد حق العمل کار (خریدار ظاهری) حمل کن خب این متصدی حمل ، کالا را تحویل حق العمل کار می دهد چون ظاهرا او خریدار است . در اینجا قانونگذار برای مرسل علیه یا گیرنده کالا در مقررات حمل و نقل ، قواعد و حقوق و تکالیفی را وضع کرده است و گفته اگر کالایی را موسسه باربری به شما تحویل داد ، شما باید آن را کنترل کنید زیرا شاید کم باشد و یا دچار آسیب شده باشد به ویژه اگر عیب ظاهری داشته باشد همونجا باید اعلام کنی و اصطلاحا کالا را باید با حق شرط تحویل بگیری یا به تعبیری در صورت جلسه تحویل باید نواقص تصریح شود . نواقص ظاهری را باید همونجا صورت جلسه کرد و آن هایی که پنهان و مخفی هست هم باید در اسرع وقت اعلام شود مثلا اگر دو روز فرصت لازم داری که واریسی کنی و متوجه عیب پنهان شوی ، بعد از این دو روز باید سریعا اعلام کنی . در قانون تجارت گفته می شود که این

مهلت تحت هیچ شرایطی از ۸ روز تجاوز نخواهد کرد و گرنه حق مراجعه به حمل کننده را از دست خواهد داد .

خب اینجا جناب آمر که امکان کنترل کردن را ندارد زیرا کالا به حق العمل کار تحویل داده می شود حتی ممکن است که آمر اونجا حضور هم داشته باشد و مثلاً بگوید که این کالا عیب و نقص دارد در اینجا اون متصدی حمل و نقل می تواند بگوید که اصلاً به تو ارتباطی ندارد زیرا من طرف حسابم گیرنده کالا یا مرسل علیه که حق العمل کار باشد است و اگر از نظر او ایرادی دارد صورت جلسه می کنیم و گرنه به شما ارتباطی ندارد زیرا اون آمر فی الواقع اصیل است ولی وکالت و نمایندگی که به اون حق العمل کار داده است و پنهانی است را کسی به حساب نمی آورد و اجازه دخالت به او در صورت جلسه را نمی دهند و اینجاست که قانونگذار از حق العمل کار خواسته است که مسئولیت کنترل کردن این نواقص را بر عهده گیرد و در واقع این ماده و امثال آن نشان می دهد که رابطه مثلثی که قبل تر نیز گفته شد وجود ندارد و فقط دو رابطه خطی وجود دارد . آمر در اینجا اصلاً امکان دخالت ندارد به این دلیل که قانونگذار به حق العمل کار این وظیفه را محول کرده است که در هنگام تحویل کالا از موسسه باربری آنها را چک کند و اگر بی احتیاطی کند حق العمل کار مسئول جبران خسارات خواهد بود.

از این طرفم هست یعنی اگر آمر کالایی را برای حق العمل کار بفرستد و مثلاً بگوید من فلان کالا را برای شما می فرستم و شما از طرف من به عنوان حق العمل کار آن را بفروش خب در اینجا وقتی کالا به مقصد رسید ،طبق بارنامه باید کنترل شود که این کالا صحیح و سالم تحویل داده شده است یا نه بعد اونوقت مثلاً حق العمل کار که مرسل علیه شده است اگر با بی احتیاطی کالا را از موسسه باربری تحویل گرفته باشد و عیوب ظاهری را صورت جلسه نکرده باشد یا عیوب پنهانی را که باید حداکثر ظرف ۸ روز اعلام می کرد را اعلام نکرده باشد، عملاً حق مراجعه اش به موسسه باربری از بین می رود خب اینجا دیگر حق العمل کار نمی تواند به آمر بگوید که این کالای خودت بود که عیب و ایراد داشت و به من ارتباطی ندارد حتی ممکن است که آمر این کالا را سالم به موسسه باربری داده باشد و هنگامی که به مقصد رسیده قسمتی از آن تلف شده یا آسیب دیده باشد در اینجا درست است که موسسه باربری آسیب رسانده است ولی نه آمر و نه حق العمل نمی توانند به این موسسه باربری مراجعه کنند زیرا شمای حق العمل کار

که مرسل علیه بودی هنگام تحویل کالا از حق شرط استفاده نکردی و صورت جلسه نکردی که مثلاً کالا آسیب دیده یا تلف جزئی شده و امثال این موارد و وقتی هم که این ها را صورت جلسه نکرده ایم دیگر دستان از موسسه باربری کوتاه می شود و در اینجا خساراتی که به آمر وارد می شود مسئولیتش متوجه حق العمل کار است .

این ها را اگر ماده ۳۶۱ هم نگفته بود خودمان متوجه می شدیم زیرا کاملاً مشخص است که این خسارتی که ایجاد شد ناشی از تقصیر حق العمل کار است. درست است که خسارت در زمان او ایجاد نشده و خسارت را موسسه باربری ایجاد کرده ولی قانون گفته است که جناب مرسل علیه در صورت وجود عیب ظاهری همونجا باید بنویسد و صورت جلسه کند وگرنه نمی شود به موسسه باربری مراجعه کرد و این حق مراجعه اصطلاحاً ساقط می شود.

منطوق ماده ۳۶۱ هم در جواب همین سوال است که چرا ما نمی توانیم به موسسه باربری مراجعه کنیم؟ زیرا شما حق العمل کار که اینجا مرسل علیه هستی در تحویل کالا کوتاهی کردی و عیب را صورت جلسه نکرده ای .

ماده ۳۹۱:

(اگر مال التجاره بدون هیچ قیدی قبول و کرایه آن تادیه شود دیگر بر علیه متصدی حمل و نقل دعوی پذیرفته نخواهد شد مگر در مورد تدلیس یا تقصیر عمده به علاوه متصدی حمل و نقل مسئول آواری غیر ظاهر نیز خواهد بود در صورتی که مرسل الیه آن آواری را در مدتی که مطابق اوضاع و احوال رسیدگی به مال التجاره ممکن بود به عمل آید و یا بایستی به عمل آمده باشد مشاهده کرده و فوراً پس از مشاهده به متصدی حمل و نقل اطلاع دهد در هر حال این اطلاع باید منتها تا هشت روز بعد از تحویل گرفتن مال التجاره داده شود.)

تکلیف دیگری هم قانونگذار برای حق العمل کار پیش بینی کرده است .

مثلاً کالایی را که به حق العمل کار دادیم و گفتیم برایمان بفروش ، ممکن است برایش یک سری حدودی مشخص کرده باشیم به فرض حدود قیمت و یا فروش یا عدم فروش آن در مناطق خاص (مثلاً بگوییم در مشهد فروش و در کرمانشاه آن را بفروش) و با این قید و قیودی که گذاشتیم علی القاعده حق العمل کار آن کالا را در مشهد نباید بفروشد یا از آن قیمت تعیین

شده کمتر نباید بفروشد. در ماده ۳۶۲ می گوید که خب حالا شما یکسری حد و حدود گذاشتی ولی از این طرف هم این احتمال را بده که بیم فساد سریع مال التجاره می رود و مثلا شما محموله ای دادی (به فرض خربزه مشهدی) و به حق العمل کار می گویی که آن را به کرمانشاه و خارج از کشور صادر کن بعد می بینیم که شرایط آب و هوایی جوری شد که خربزه ها در حال فاسد شدن هستند. اگر بیم فساد سریع مال التجاره که برای فروش نزد حق العمل کار ارسال شده رود، اینجا آیا حق العمل کار می تواند بگوید که من طبق دستور آمر عمل می کنم و این محموله را به عراق صادر می کنم و اونجا خواهم فروخت؟ یا به عبارتی با اینکه این محموله در حال تلف شدن است حق العمل کار می تواند بگوید اهمیتی ندارد زیرا من طبق دستور آمر عمل می کنم؟

می گوییم شمای حق العمل کار باید مصالح و منافع آمر را در نظر بگیری و اگر مصلحت آمر ایجاب می کند که کالا فروخته شود، باید آن را بفروشی.

ماده ۳۶۲ :

(اگر بیم فساد سریع مال التجاره رود که نزد حق العمل کار برای فروش ارسال شده حق العمل کار می تواند و حتی در صورتی که منافع آمر ایجاب کند مکلف است مال التجاره را با اطلاع مدعی العمومی محلی که مال التجاره در آنجا است یا نماینده او به فروش برساند).

این ماده تعبیر جالبی دارد و اولش با اختیار شروع می کند و می گوید اگر بیم سریع مال التجاره برود، حق العمل کار می تواند (یعنی ریسک نکن و اگر لازم می دانی کالا را بفروش) و حتی جلوتر می گوید اگر منافع آمر ایجاب می کند تو وظیفه داری کالا را همونجا به قیمت منطقی اش بفروشی.

اما برای اینکه بعد ها سو استفاده نشود قانونگذار راهکار گذاشته است .

به فرض خربزه خیلی خوبی هم داشتیم و تاریخ مصرفش هم مشکلی نداشته اما حق العمل کار برای منافع شخصی اش یا هر نادرستی دیگری به آمر می گوید که کالا داشت فاسد می شد و من مجبور شدم آن را بفروشم و تازه وظیفه ماده ۳۶۲ هم انجام داده ام و از این جهت منتهی هم سر او می گذارد. حالا آمر ممکن است بگوید که کالایی که من به تو تحویل داده ام به فرض اصلا

در معرض فساد نبود و در اینجا ممکن است اختلافاتی پیش آید و برای جلوگیری از بروز این اختلافات قانونگذار راهکار خوبی گذاشته و گفته است که آن را با اطلاع دادستان بفروشد یا به عبارتی مال التجاره را با اطلاع مدعی العموم محلی که کالا در آنجا واقع است و نماینده او بفروشد. دقت شود که نگفته (با حضور) و فقط گفته (با اطلاع) یعنی فقط کافی است به دادستان اطلاع دهد و یک نامه به دادسرا بزند و آن ها را در جریان قرار بدهد حالا اونجا دیگر دادستان بسته به حساسیت و دغدغه ای که دارد ممکن است فردی را اعزام کند که کالا را کنترل کند تا صحت حرف حق العمل کار مشخص شود و در صورت انجام خلاف جلوی او گرفته شود که البته دادستان به علت گرفتاری های مختلف به ویژه در حوزه کیفری احتمالا به این موارد نمی رسد و البته در اینجا منظور از دادستان، دادستانی است یعنی نماینده ها و معاون هایش در این حوزه باید این کار را انجام دهند.

پس یکی از شرایط اعمال ماده ۳۶۲ این است که با اطلاع مدعی العموم به فروش برسانند.

یک جاهایی مثلا در حمل و نقل مشابه این را داریم که موسسه باربری می گوید که اگر وسط راه لازم شد می توانی کالا را بفروشی در اینجا گفته شده که با حضور دادستان یا نماینده اش باید این کار صورت گیرد اما در اونجا صحبتی از حضور نکرده و صرفا اطلاع رسانی را گفته است حالا اینکه دادستان یا نماینده اش می خواهند حضور داشته باشند یا نه به خودشان مربوط می شود.

نکته دیگر این است که بیم فساد سریع مال التجاره به چه معناست؟

فساد یک مفهوم نسبی است و درجاتی دارد. فساد سریع مال التجاره قطعا شامل این مورد نیز هست که کالا مطلقا تلف شود مثلا محموله موزی داریم که حسابی هم رسیده است و لک هم روی آن افتاده است و ما اگر بخواهیم این را تا کرمانشاه ببریم حتما فاسد می شود و از بین می رود خب این قطعا مصداق این ماده است. اما با کمی تخفیف ببینیم که می شود قلمرو این ماده ۳۶۲ را توسعه داد؟ مثلا فرض می کنیم که هنوز هیچ لکی روی محموله موز نیفتاده و اگر به عراق یا کرمانشاه فرستاده شود تلف نمی شود اما قطعا کیفیتش تنزل پیدا می کند و لک روی آن می افتد و از نظر اقتصادی توجیه ندارد که این کار را انجام دهیم. خب آیا این هم فساد

محسوب می شود یا خیر؟ زیرا در ماده ۳۶۲ گفته فساد سریع مال التجاره. در اینجا ما معنای عاجلانه و سریع را می فهمیم زیرا محموله به سرعت در حال فاسد شدن است اما منظور از فساد چیست؟ آیا فساد به این معناست که کالا کلاً از بین برود یا اگر کیفیت کالا از بین رفت و کم شد هم فساد محسوب می شود؟ یا به فرض یک مشکلاتی در جریان این معاملاتی که حق العمل کار انجام می دهد پیش آید مثلاً مذاکرات به درازا انجامد یا مشکلات گمرکی پیش آید و کالا مدتی در آنجا معطل شود و حالا که ما می خواهیم فرآیند حمل را ادامه دهیم و به مقصد عراق برسانیمش، برای تاریخ مصرفش با مشکل مواجه شویم. اگر تاریخ مصرفش کامل بگذرد که می گوییم این ها فاسد هستند اما اگر تاریخ مصرفش کامل نگذرد ولی انقدر تاریخ مصرفش محدود و کم شود که قابل توضیح و فروش در بازار نباشد، آیا مصلحت در این نیست که همان لحظه آن را بفروشیم؟ آیا محدود شدن تاریخ مصرف کالا مشمول فساد مال التجاره هست یا نه؟

به نظر می رسد که این هم مشمول فساد سریع می شود. تفسیر دقیق فساد سریع مال التجاره را باید در عرف هر کالا بررسی کرد به فرض عرف لبنیات، میوه، خشکبار و تریه بار هر کدام یک جور است حتی می شود ماده ۳۶۲ را وسیع تر از این هم تفسیر کرد و آن اینکه اگر پذیرفتیم تنزل قیمت در اثر تنزل کیفیت مصداق فساد است، گذر زمان ممکن است باعث افت قیمت شود نه بخاطر تنزل کیفیت بلکه بخاطر اینکه شرایط اقتصادی بازار دارد تغییر می کند به فرض گروه دیپلماتیک ایران در قصیه برجام و

اینها به یک نتایج خوبی می رسند خب حالا ما یک محموله ای داریم که قیمتی است و از آن نظر تاریخ مصرف هم مشکلی ندارد ولی این مذاکرات اگر به نتیجه برسد، امید گشایش اقتصادی خواهد بود و قیمت ها نیز تنزل پیدا خواهد کرد در اینجا من حق العمل کار می بینم که اگر به فرض دو روز دیگر این کالا دست من بماند قیمتش نصف می شود. خب عقل سلیم می گوید که باید سریعاً آن را بفروشم و تبدیل به پولش کنم و این را هم می شود فساد سریع مال التجاره در یک تفسیر موسع تلقی کرد زیرا عبارت فساد سریع مال التجاره ظاهرش این است که به خود اون کالا بر می گردد یعنی کالا دارد فاسد می شود و از بین می رود ولی بنظر می رسد که اگر پذیرفتیم فساد به تنزل قیمت ناشی از تنزل کیفیت هم سرایت می کند، می شود یک گام جلوتر آمد و گفت اگر قیمت ها دارد افت می کند هم به نوعی کالا دارد فاسد می شود و از بین می

رود پس بنابراین اگر موسع تفسیر کنیم به نظر می آید که این بیم فساد سریع شامل این موارد هم می شود و البته این با ظاهر ماده تطبیق نمی کند زیرا تفسیر لفظی وصف فساد را به مال التجاره می زند و می گوید مال التجاره فاسد گردد یعنی به نوعی فساد صفت مال التجاره است ولی اگر تفسیر منطقی کنیم و مبنای این ماده را بدست آوریم می بینیم که مبنایش در این مورد که گفته شد هم تسری می کند و بنابراین تحلیل منطقی اش شامل این مورد هم می شود. تا اینجا از ماده ۳۵۹ تا ۳۶۲ چهار تکلیف را مورد بررسی قرار دادیم که البته یکی از این ها هم احتمالی بود.

جلسه ۱۲ حقوق تجارت (استاد محسنی)

ماده ۳۶۳: اگر حق العمل کار مال التجاره را به کمتر از حداقل قیمتی که آمر معین کرده به فروش رساند مسئول تفاوت خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید از ضرر بیشتری احتراز کرده و تحصیل اجازه آمر در موقع مقدور نبوده است.

این ماده ضمناً یک تکلیف را از تکلیف حق العمل کار بیان میکند و به تبع آن آثار آن را در ماده ۳۶۳ تبیین میکند. صراحتاً از تکلیف سخن نگفته بلکه از ضمانت اجرای آن سخن گفته.

حق العمل کار فی الواقع وکیل یا نماینده آمر هست تبعاً باید طبق دستورات آمر عمل کند. البته اگر جایی آمر سکوت کرده بود گفتیم طبق عرف باید عمل کند اما در مواردی که آمر تعیین تکلیف صریح کرده است تبعاً حق العمل کار باید به تبعیت از آن دستور عمل بکند. اگر آمر محموله تجاری را به حق العمل کار داده که برایش بفروشد یعنی حق العمل کار نقش فروشنده را دارد با کتمان نمایندگی (مال متعلق به آمر را بفروشد) احتمالاً آمر مبلغ مال التجاره را تعیین کرده خب اینجا ۳ حالت میتواند پیش بیاید:

۱- حق العمل کار دقیقاً به همان مبلغی که آمر تعیین کرده کالا را فروخته است، (نکته خاصی وجود ندارد).

۲- حق العمل کار کالا را به قیمت کمتری بفروشد، حق العمل کار تقصیر کرده چون آمر خواسته کالا را به n تومان به فروش برساند اما او کمتر فروخته پس به زیان آمر عمل کرده و مسئول جبران خسارات خواهد بود. اما به راحتی نمیتوان اظهار نظر کرد، شاید حق العمل کار اتفاقاً مصلحت اندیشی کرده باشد و ضرورت داشته (مثلاً آمر گفته کالا را به n تومان بفروش اما حق العمل کار گفته که با این مبلغ مشتری نیست اما با مبلغ کمتر مشتری هست و معقول اینست که آن را بفروشم چون اگر تاخیر کنم تاریخ مقرف آن منقضی میشود یا کیفیت آن به مرور زمان کاهش می یابد یا اتفاقاتی در عالم سیاست خودش می افتد که امید گشایش در اقتصاد کشور هست و این محموله با توجه به تحلیل ها قیمتش افت خواهد کرد. خب مصلحت آمر ایجاب کرده که آن را با قیمت کمتر بفروشم)

اینجا که حق العمل کار کالا را با قیمت پایینتر و به صلاح آمر به فروش رسانده به دو فرض می رسیم:

۱- اینکه اگر میخواستیم به قیمت کمتر بفروشیم باید از آمر اجازه می‌گرفتیم و کسب تکلیف می‌کردیم، شاید او اجازه نداد و بخواهد کالا را به همان قیمت مدنظرش به فروش برساند. بنابراین کسب تکلیف کردن از آمر ضرورت دارد. پس اگر به قیمت کمتر فروختی مسئول ضرر هستی و باید خسارت را جبران کنی.

۲- اگر کالا را به قیمت کمتر فروخت اما مصلحت آمر در کار نبود

اگر بنا به مصلحت بود باید از آمر کسب تکلیف می‌کردیم اگر تایید می‌کرد کالا را باید می‌فروختیم و حق العمل کار نمیتواند آن را بدون کسب تکلیف بفروشد و نمیتواند اعمال ولایت کند و اگر بدون کسب تکلیف کالا را فروختی باز هم تقصیر کردی و باید متفاوت را پرداخت کنی.

اگر مصلحت بود که کالا را به قیمت پایینتر بفروشیم اما شرایط این نبود که از آمر کسب تکلیف کنیم، زنگ می‌زنیم جواب نمیده و ازین قبیل که به او دسترسی نداریم، در اینجا قانونگذار میگوید که اگر امکان دسترسی به آمر نداریم و مصلحت ایجاب میکند کالا را بفروشی کالا را بفروش و بعد هم آمر نمیتواند معترض شود که چرا کالا را کمتر فروختی.

پس در ۳ و ۴ مورد در این تحلیل‌هایی که گفته شد حق العمل کاری که کالا را به قیمت کمتر فروخته جبران خسارت پیدا کرد: ۱- مصلحتی برای آمر نبود. ۲- به مصلحت آمر بود ولی از او کسب تکلیف نکردی در صورتی که میتوانستی از او کسب تکلیف کنی. ۳- مصلحت آمر بود و آمر هم گفت به همان قیمتی که گفتم بفروش و کمتر نفروش و اگر به کمتر فروختی تخلف کرده‌ای.

تنها فرضی که حق العمل کار کالایی را به قیمت کمتر می‌فروشد و مسئول نیست اینست که: مصلحت آمر ایجاب میکند و امکان کسب تکلیف هم از آمر وجود ندارد.

مثال: کالایی را حق العمل کار می‌خواهد به قیمت کمتری بفروشد چون قرار است معامله دیگری رخ بدهد و ما کالایی را بخریم که سود آمر بیشتر خواهد بود، در اینجا مصلحت آمر در میان است و کالا را به قیمت کمتر می‌فروشیم تا کالا را از طرف دیگر بخریم و سود بیشتری نصیب آمر شود.

پس اگر به قیمت کمتری فروختیم اگر آمر قبول کرد که قضیه فیصله پیدا میکند و اگر قبول نکرد باید رفت دادگاه و دادستان تصمیم بگیرد.

۳- اگر حق العمل کار کالای موردنظر آمر را به قیمت بیشتری بفروشد، (این را بعدا در ماده دیگری عرض خواهم کرد)

بعد این ۳ فرض باید بدانیم که مشابه این ۳ فرض را در بحث خرید هم داریم.

۱- آمر پولی به حق العمل کار داده و گفته که فلان کالا را برای من بخر به فلان مبلغ، حال اگر حق العمل کار دقیقا به همان مبلغ که آمر گفته خرید.

۲- به قیمت کمتر و ارزانتر خرید (پاسخ این فرض با پاسخ ان فرض که گفته با قیمت بیشتری بفروشد یکی است و تفاوتی ندارد). اینجا یا میتوان گفت این ما به تفاوت که به دست آمده مال خود حق العمل کار یا هم بگیریم ما به تفاوت مال آمر است.

۳- به قیمت بیشتر خرید، اینجا اصل بر مسئولیت حق العمل کار است و ماتفاوت را باید به جهت مسئولیت مدنی از خودت بدهی مگر اینکه اثبات کنی که مصلحت آمر در خرید گرانتر بود و امکان کسب تکلیف هم وجود نداشت.

(حکم اینها حکم همان ۳ فرض قبلی است و فرقی ندارد، باتوجه به همان ماده ۳۶۳)

ماده ۳۶۴: اگر حق العمل کار تقصیر کرده باشد باید از عهده کلیه خساراتی نیز که از عدم رعایت دستور آمر ناشی شده برآید.

این ماده قاعده عمومی است و چیز جدیدی نیست. بلکه اشکالش اینست که بد مطرح کرده و کاش اینگونه میگفت اگر حق العمل کار تقصیر کند مسئول خسارت ناشی از تقصیر خودش است. قاعده عمومی که میگوید هر که تقصیر کند مسئول خسارت ناشی از تقصیر خویش است.

همینطور این ماده خیلی محدود اعلام کرده، اگر سوال بشود اگر از عدم رعایت عرف خسارت ایجاد بشود چی؟؟

ماده ۳۶۳ مبتنی بر همین ماده ایست که ماده ۳۶۴ از ان یاد میکند.

سوال یکی از بچه‌ها: اگر آمر خارج از کشور بود و نمیتوانستیم از او کسب تکلیف کنیم اما وکیلی یا قائم مقام تجاری در ایران دارد آیا حق العمل کار باید به وکیل برای کسب تکلیف مراجعه کند؟ اگر قائم مقام (نماینده تجارتي) اگر تعهدی بدهد یا حقی بدهد مثل اینست که خود صاحب یا همان آمر کاری کرده. پس هیچ اشکالی ندارد که از او کسب تکلیف کنیم چون تجویز او همان تجویز صاحب است. پس با تعیین تکلیف آمر میتوان کالا را به قیمت کمتری فروخت چون اجازه قائم مقام تجارتي عینا اجازه آمر است.

تکلیف برای جلسه بعد :

درست است که ما حق داریم از قائم مقام کسب تکلیف کنیم اما آیا تکلیف هم داریم (وظیفه داریم) که بریم دنبال قائم مقام؟؟

ماده ۳۶۵: اگر حق العمل کار مال التجاره را به کمتر از قیمتی که آمر معین کرده بخرد و یا به بیشتر از قیمتی که آمر تعیین نموده به فروش رساند حق استفاده از تفاوت نداشته و باید آن را در حساب آمر محسوب دارد.

آمر به حق العمل کار میگوید کالا راه به یک میلیارد بفروش و حق العمل کار آن را به یک میلیارد و صد میلیون میفروشد. نمیتواند بگوید این ۱۰۰ میلیون مال من است چون بهتر فروختم بلکه مال آمر است. چون این یک میلیارد و صد پول آن کالا است و آن کالا از هردارایی که خارج شده پس عوضش هم باید وارد همان دارایی شود. کالای آمر را فروختی پس معوض هم مال آمر است.

اگر بگوییم خب حق العمل کار شایسته بوده و توانسته کالا را با قیمت بیشتری بفروشد پس از او تقدیری خواهیم کرد امت آن یک میلیارد و صد مال آمر است.

از طرفی دیگر پولی به حق العمل کار دادیم تا کالایی را بخرد اگر آن را کمتر خرید به نهصد تومان. آن صدتومن که دست حق العمل کار هست مال آمر است و باید برگرداند به آمر.

اگر حق العمل کار بگوید این کار من بوده که کالا را ارزانتر خریدم و اگر حق العمل کار دیگری میبود نمیتوانست به این خوبی و قیمت پایین کالا را بخرد، اجرت من و معوض من چه میشود؟ جواب میدهیم که اولاً

شما بابت این کارت حق الزحمه گرفته‌ای، خدمتی کردی و حق الزحمه گرفتی، دوما هم اینکه بهتر از دیگران عمل میکنی و به قیمت کمتری خریدی بخاطر همین است که شما را انتخاب کردیم و حق الزحمه بیشتری برای تعیین کردیم نسبت به سایر حق العمل کارها. این کار شما برند شماست.

اگر حق العمل کار کالای آمر را به قیمت بالاتری بفروشد مثلاً آمر گفته یک میلیارد بفروش ولی او توانسته یک میلیارد و صد بفروشد. این صدمیلیارد اضافی چه میشود؟ ۲۰ درصدش رو میدی به من (حق العمل کار). اینجا آمر تصمیم میگیرد که بدهد یا خیر. در کل اینجا اگر توافقی بود نسبت به آن قیمت مابه تفاوت که بیشتر فروخته یا ارزانتر خریده، توافق کاملاً معتبر است و انگونه عمل میشود.

ماده ۳۶۶: اگر حق العمل کار بدون رضایت آمر مالی را به نسیه بفروشد یا پیش قسطی دهد ضررهای ناشیه از آن متوجه خود او خواهد بود معذالک اگر فروش به نسیه داخل در عرف تجارتنی محل باشد حق العمل کار ماذون به آن محسوب می‌شود مگر در صورت دستور مخالف آمر.

بحث قیمت پایینتر و قیمت بالاتر نیست بحث کیفیت کالا هم هست.

اگر کالایی را نسیه بفروشد یعنی کالا را دادیم و برای پرداختش به خریدار مهلت دادیم یا کالایی را می‌خواهیم برای آمر بخریم و پیش پرداخت کالا را دادیم.

۶ فرض داریم در مورد اینکه زمان تحویل و پرداخت ثمن باهم هماهنگ هستند یا نه:

حق العمل کار گفته این کالا را برایم بفروش: ۱- کالا را می‌فروشد پولش را نقدی می‌گیرد و کالا را تحویل میدهد. (همزمان با تادیه ثمن)

۲- پول را می‌گیرد و بعد کالا را میدهد.

در این دو فرض مشکلی پیش نخواهد آمد و نگرانی برای آمر نخواهد بود.

۳- کالا رو تحویل میدهیم و پول را بعدا می‌خواهیم بدهیم. آمر نگران میشود. فروش نسیه نگران کننده است.

در خرید ۱- همزمان کالا را تحویل میگیرد و پول را هم میدهد.

۲- اول کالا را میگیرد و بعد پول را میدهد.

در این دو فرض هم نگرانی به وجود نمی آید چون کالا را گرفتیم.

۳- اگر پیش پرداخت داشته باشیم، در اینجا اگر حق العمل کار پول را داد و کالا اگر تحویل نشود و بدعهدی شود و مشکلاتی پیش بیاید، در این حالت آمر حق دارد نگران شود.

* در اینجا آیا آمر به صورت مستقیم میتواند برود سراغ خریدار و بگوید حق العمل کار من کالایم را به شما فروخته پولم را به من بده و یا کالایی را از شما خریده کالا را به من تحویل بده. این رابطه ایجاد نخواهد شد مگر اینکه طرف قرارداد ازین حق خودش چشم پوشی بکند .

حال اگر کالای آمر را به نسیه فروختی این آمر پولش را چگونه بگیرد؟ پیش پرداخت دادیم و طرف کالا را نداد چگونه است؟ (خود آما که نمیتواند مستقیما به طرف مقابل مراجعه کند و باید حق العمل کار به سراغ او برود) => در اینجا چون حقوق آمر در معرض خطر است قانونگذار در ماده ۳۶۶ به این مطلب اشاره میکند. (فروش نسیه ممنوع و در خرید هم پیش پرداخت ممنوع است).

دو حالت دارد: ۱- آمر راضی بوده است و با اجازه آمر بوده، اشکالی ندارد.

۲- اگر بدون رضایت آمر باشد ضررهای ناشی از ان متوجه خود حق العمل کار خواهد بود.

پس اگر آمر پیش پرداختی انجام داد یا کالا را نسیه فروخت او تقصیر کرده است و باید خسارت بدهد. اگر نسیه فروخت باید پولی را که خریدار نداده او متحمل شود و به آمر پرداخت کند. اگر پیش پرداختی انجام داد و فروشنده کالا را تحویل نداد باید حق العمل کار مثل ان کالا را بگیرد و به آمر تحویل دهد و اگر معامله منتفی شد ان پولی را که از طرف آمر دادی به طرف مقابل باید به آمر برگردانی.

نکته * اگر حق العمل کار بدون رضایت آمر این کار را بکند رضایت آمر یعنی (۱- قبل از اینکه عمل توسط حق العمل کار صورت بگیرد از آمر موافقت را گرفته. اگر آمر از قبل رضایت داده باشد به این می گویند اذن. ۲- اگر کار را انجام داد و بعد به آمر گفت، اگر آمر موافقت کرد و گفت اشکالی ندارد به این می گویند اجازه.

پس اذن: رضایت پیشین و اجازه: رضایت پسین است.

۳- اگر آمر هیچی نگوید که میشود نسیه فروخت یا پیش پرداخت کرد اما در عرف جامعه نسیه فروشی عرف است و کسی این کالا را نقدی نمیخرد، یا عرف بازار پیش پرداخت کردن است مثل خرید ماشین الات و خط تولید، در اینجا عرف شرط ضمنی قرارداد است. اگر آمر گفت که این کالا را بفروش و درمورد نقد و نسیه آن چیزی نگفته و از آن طرف عرف میگوید فروش این کالا باید نسیه باشد در واقع آمر اینجا به او اذن داده است که این اذن همان عرف است که شرط ضمنی قرارداد شماست.)

(در اینجا قانونگذار در متن قانون چیزی را بجز پیش قسط نگفته ولی از عرف و قاعده عمومی میفهمیم همینطور از وحدت ملاک میفهمیم که نسیه اگر عرف بازار باشد حق العمل کار ماذون محسوب است پس اینجا در پیش قسط هم حکم تکرار میشود و به اصطلاح وحدت ملاک میگیریم.)

عرف اینست که نسیه میفروشند پس حق العمل کار اجازه دارد و ماذون محسوب است. عرف اینست که در خرید پیش پرداخت میدهند اینجا هم حق العمل کار ماذون محسوب است. این اذن فرضی را از عرف گرفتیم و منتسبش میکنیم به آمر. حال اگر آمر خودش صریحا گفته باشد که نمیخواهم نسیه بدهی یا نمیخواهم پیش قسط بدهی، اگر آمر نهی کرده باشد دیگر شما نمیتوانی بگویی طبق عرف نسیه مجاز است، چون عرف را میخواهی اذن من تلقی بکنی ولی من صریحا میگویم که نمی خواهم نسیه بدهی و اذن ندادم. پس اگر تخلف کردی باز مسئول هستی.

جلسه سیزدهم تجارت استاد محسنی

ماده ۳۶۷: حق العمل کار در مقابل آمر مسئول پرداخت وجوه و یا انجام سایر تعهدات طرف معامله نیست مگر اینکه مجاز در معامله به اعتبار نبوده و یا شخصاً ضمانت طرف معامله را کرده و یا عرف تجارتی بلد او را مسئول قرار دهد.

این را میتوان به دوبرخش تقسیم کرد. فرض اول: مثلاً کالایی را به نسیه فروخته است: در واقع ماده ۳۶۷ ناظر به موضوعی است که در ماده ۳۶۶ مبنی بر اذن آمر برای فروختن نسیه آمده است. اگر حق العمل کار نسیه فروخت یا پیش قسطی داد به فرض اینکه مجاز بوده مسئول نیست. درست است که مسئول انجام تعهدات نیست اما باید پیگیری تعهدات بکند. اگر مجاز نبوده که نسیه بفروشد اگر اینکارو بکند که در ماده ۳۶۶ گفته شد که باید جبران خسارت کند.

حق العمل کار نسبت به فعل خود مسئولیت دارد یعنی اگر حق العمل کار تعهدات را تضمین بکند، او به عنوان ضامن مسئول است یعنی پیگیر مطالبات و تعهدات طرف مقابل باشد حالا اگر پیگیر بودی و به نتیجه ای نرسیدی دیگر مشکلی نیست و مسئولیتی متوجهت نخواهد بود.

فرض دوم: حق العمل کار معامله ای کرده اما نسیه و پیش قسط نیست، حق العمل کالایی را به قیمت یک میلیارد میخرد اما پیش قسطی نداده، وقتی برای تحویل کالا میرود متوجه میشود که کالا ۵۰۰ میلیون افزایش قیمت داشته و فروشنده کالا هم راضی به فروش کالا نمیشود اینجا از انجایی که حق العمل کار پیش قسطی نداده تقصیری انجام نداده است. به هر حال مطلوب امر اینست مه الان پول را حق العمل کار بدهد و کالا را تحویل بگیرد ولی طرف کالا را نمی دهد. اینجا حق العمل کار به طریق اولی مسئولی نخواهد داشت الا پیگیر وصول مطالبات باشد.

فرض سوم: حق العمل کار از امر اجازه میگیرد برای نسیه فروختن اما امر میگوید خطرناک است اما با این حال حق العمل کار میگوید من ضامن می‌شوم که او پول را پرداخت کند. در اینجا خود حق العمل کار دارد تعهدات طرف مقابل را ضامن میشود پس مسئول خواهد بود.

ماده ۳۶۸: مخارجی که حق العمل کار کرده و برای انجام معامله و نفع آمر لازم بوده و همچنین هر مساعده‌ای که به نفع آمر داده باشد اصلاً و منفعتاً به حق العمل کار مسترد شود. حق العمل کار می‌تواند مخارج انبارداری و حمل و نقل را نیز به حساب آمر گذارد.

مثلاً حق العمل کار معامله گندم برای امر انجام داده و طبیعتاً هزینه حمل و نقل این گندم‌ها را داده است خب باید این هزینه به او پرداخت شود یا هزینه انبارداری پرداخت کرده باید به او پرداخت شود یا دلالی را استخدام کرده باز هم باید حق الزحمه دلال هم به او پرداخت شود.

حال اگر حق الزحمه دلالی طبق عرف ۲ تومان بود اما حق العمل کار به دلال ۵ تومان پرداخت کرده، در این صورت معقول و متعارف نیست. اگر این مخارج لازم بوده یا به نفع امر بوده لزومی داشته باشد یا پرداختش به عهده امر است.

در متن قانون که کلمه مساعده آمده منظور مساعده غیرقانونی (مانند رشوه) نیست اما اگر مساعده مشروع و به نفع معامله باشد باید به حق العمل کار پرداخت شود.

اصلاً و منفعتاً در اینجا مهم است. مثلاً جنس را باید در انبارداری نگه دارد یا هزینه گندزدایی بدهد و یا هزینه‌های خدماتی دارد، منفعت و مابه‌تفاوتش را نیز باید بدهد. این

منفعت باید منفعت مشروع باشد و ربوی نباشد با شرایطی. (ماده ۵۲۲ این دادرسی مدنی)

اذن در شی اذن در لوازمش هم هست .

اگر حتی حق العمل کار از انبار خصوصی خود برای نگه داری کالای آمر استفاده کند هزینه ی آن قابل دریافت خواهد بود . یا اگر کالا را با اتومبیل خود جابه‌جا کرده اینها هم قابل مطالبه خواهد بود. (البته هزینه‌هایی که لازم یا نافع بوده است.)

حق العمل هزینه‌هایی میکند را میتواند دریافت کند اما دلال نمی تواند . در دلالی توجیه‌مان این بود که هزینه‌هایی که دلال میکند ، لازمه ی کار آن بود. اما در حق العمل کاری اینطور نیست . چرا ؟ چون دلال کارهایی که میکند را برای خودش می کند، چون دلال یک رکن از سه رکن معامله است اما حق العمل اقداماتش را برای آمر میکند یعنی فی الواقع امر اینکارها را انجام می‌دهد و به نمایندگی وکالت او انجام می‌دهد و کارهایش به حساب آمر است و منافع و هزینه‌هایش نیز برای آمر است.

ماده ۳۶۹: وقتی حق العمل کار مستحق حق العمل می‌شود که معامله اجرا شده و یا عدم اجرای آن مستند به فعل آمر باشد. نسبت به اموری که در نتیجه علل دیگری انجام پذیر نشده حق العمل کار برای اقدامات خود فقط مستحق اجرتی خواهد بود که عرف و عادت محل معین می‌نماید.

در حق العملکاری وقتی که معامله اجرا شد ، حق العمل کار مستحق دریافت حق العمل میشود اما در دلالی در صورت انعقاد قرارداد مستحق دریافت حق الزحمه است و کاری با اجرا و یا عدم اجرای تعهدات ندارد . حق العمل کار نیز باید پیگیر انجام تعهدات هم باشد یعنی اگر طلبی باشد وصول کند و اگر کالایی باشد تحویل بگیرد.

اگر بهدلالی تعهدات اجرا نشود ، حق الزحمه بدیم به حق العمل کار یا نه ؟

فرض اول : عدم اجرا به دلیل سنگ اندازی آمر

در معاملات اصلی داریم به نام اصل لزوم ، یعنی اگر قراردادی بستیم باید پایبند به آن باشیم . برای از بین رفتن قرارداد و از بین رفتن تعهدات طرفین قرارداد یا باید اقاله شود یا فسخ شود. اما اگر یکی از طرفین تعهدات خود را انجام نداد تعهدات طرف دیگر باقی است .

بنابراین اگر آمر مثلا به حق العمل کار گفت ادامه نده معامله را و سنگ اندازی کرد ، در این جا تعهدات حق العمل کار را که حقی است برای آمر اسقاط کرده اما حق حق العمل کار برای دریافت حق العمل باقی است و باید پرداخت شود .

فرض دوم : عدم اجرا به تقصیر حق العمل کار

مثلا حق العمل کار کوتاهی میکند و میگوید وقت پیگیری ندارم . در این جا به حق العمل کار حق الزحمه ای تعلق نمی گیرد حتی اگر کاری کرده باشد چون در این تعهدات مثل حق العمل کاری انجام صفر تا صد کار مطلوب است و انجام بخشی از کار و بعد ول کردن آن فایده ای ندارد. و حتی اگر از این کار حق العمل کار زیانی به آمر برساند ، وی مسئول جبران خسارت هم هست.

فرض سوم : کار را حق العمل کار تا حدودی پیش برده اما به سر انجام نرسیده به دلیل عوامل خارجی که نه در اختیار حق العمل کار بوده نه آمر.

باید متناسب با حجم کاری که انجام شده ، یک حق الزحمه ای به حق العمل کار پرداخت کرد و میزان این تناسب بر حسب عرف تعیین می شود.اگر در مورد این حق الزحمه توافق قبلی باشد ، طبق همان انجام می شود(یعنی از قبل پیش بینی کردیم که اگر بخاطر یک عامل خارجی تعهد انجام نشد فلان مقدار به او حق الزحمه تعلق بگیرد)اگر هم صلح کنند طبق همان عمل می کنند.(توافق طرفین اولویت دارد.)

جلسه چهاردهم تجارت استاد محسنی

ماده ۳۷۰ درباره مسئولیت های مدنی حق العمل کار است

ماده ۳۷۰: اگر حق العمل کار نادرستی کرده و مخصوصاً در موردی که به حساب آمر قیمتی علاوه بر قیمت خرید و یا کمتر از قیمت فروش محسوب دارد مستحق حق العمل نخواهد بود - به علاوه در دو صورت اخیر آمر می تواند حق العمل کار را خریدار یا فروشنده محسوب کند.

تبصره - دستور فوق مانع از اجرای مجازاتی که برای خیانت در امانت مقرر است نیست.

نکات ماده:

• موضوع ماده عبارت است از اینکه حق العمل کار، کار نادرستی کرده باشد یعنی در وظیفه حق العمل کاری اش تقصیر و نادرستی کرده باشد.

خب این نادرستی یک اصطلاح حقوقی نیست و معنای عام تقصیر را می گوید. البته به نظر می آید این نادرستی که گفته شده ناظر به تخلفات عمدی است و اگر خطای غیر عمدی کرده باشد آن را مشمول این ماده نباید دانست زیرا بالاخره هر کسی ممکن است ناخواسته در کارش دچار خطاهایی شود که البته مسئول جبران خطایش هم خواهد بود ولی اینکه بخواهد اجرت به او پرداخت نشود بعید است منظور قانون گذار بوده باشد. پس کار نادرست در اینجا همان تقصیر عمدی شد مثلاً طرف با شخص دیگر تبانی کرده یا عامدانه تضییع حقی علیه آمرش انجام داده یا نمونه بارزش که در ماده هم گفته شده اینکه به حساب آمر قیمتی علاوه بر قیمت خرید و یا کمتر از قیمت فروش محسوب کند.

خب متأسفانه بعضاً از این اتفاق ها می افتد مثلاً آمر میگه برو فلان چیزو برای من بخر بعد حق العمل کار میره به مبلغ ۱۰ تومان یه چیزو میخره اما به فروشنده میگه که ۱۱ تومان فاکتور کن که خب قطعاً برای این کار سیبیل اون فروشنده رو هم چرب می کنه و اصطلاحاً شیرینی اونو میده تا باهاش همکاری بکنه و از این قبیل اتفاق ها در دستگاه های دولتی بیشتر ممکن است رخ دهد. مثلاً مسئول خرید میره از یک جایی که گرون تره خرید می کنه ولی با طرف زد و بند می کنه که مثلاً قیمت کالا اگر ۱۰ تومان است آن را ۱۲ تومان بخرد و بعد

از آنطرف برای خودش اشانتیون می گیره یا به فروشنده میگه که قیمت بیشتر در فاکتور بنویس یا مثلا در بحث فروش میاد قیمت فروش یک چیزی رو کمتر حساب میکنه به فرض میگه آقا من اینو به شما ۵۰ تومان می فروشم ولی در صورت جلسه ی قرارداد می نویسم ۴۵تومان فروخته شد.

خب اگر این تقلب ها و نادرستی هایی که گفته شد رخ دهد تکلیف چیست؟

ضمانت اجرا هایی در ماده ۳۷۰پیش بینی شده است:

۱_ حق الزحمه به او تعلق نمی گیرد.

۲_آمر می تواند خود حق العمل کار را طرف قرارداد حساب کند.

خب این مورد را دو جور می شود تفسیر کرد:

تفسیر اول اینکه مثلا من به شما گفتم برو برام ۱۰ تن گندم بخر و گندم هم قیمتش در بازار کیلویی ۱۰ تومان است بعد شما میری کیلویی ۱۲ تومان میخری در اینجا من خود شما را خریدار تلقی می کنم یعنی معامله را به حساب شما در نظر می گیرم انگار که برای خودت خریدی و معامله ای برای من انجام نداده ای . خب بعید است که منظور قانونگذار این تفسیر بوده باشد چون این احتمال در خرید جواب می دهد اما در فروش جواب نمی دهد مثلا به طرف می گویم این کالای مشخص من را برو به فلان مبلغ بفروش و بعد اون طرف هم می رود به قیمت کمتر فاکتور می کند . در اینجا می شود بگوییم که این را برای خودت فروختی؟خب او که مالک این کالا نبوده که بخواهیم معامله را به حسابش بگذاریم و فروشنده محسوبش کنیم. اگر فروشی هم صورت گرفته عملا از دارایی آمر رفته و قاعدتا باید آن را به حساب آمر بگذاریم.

تفسیر دوم این است که مثلا اگر قیمت فروش واقعی کالایی ۱۵ تومان است ، شما ۱۳ تومان آن را فاکتور کرده ای به عبارت دیگر من فرض می کنم که شما ۱۵ تومان آن را از من خریدی ولی رفتی ۱۳ تومان فروختی یعنی وانمود کردی که آن را ارزونتر فروختی . خب در اینجا من اون ۲ تومان را به پای خودت می گذارم و شما را خریدار ۱۵ تومانی تلقی می کنم.

اشکال این تفسیر این است که خب وقتی واقعیت کشف شده اون قیمت واقعی متعلق به آمر خواهد بود و دلیلی ندارد که حق العمل کار را طرف قرارداد تلقی کنیم یعنی معلوم می شود که حق العمل کار کالا را ۱۵ تومان فروخته و در فاکتور هم ۱۳ تومان درج کرده و ۲ تومان را هم ارائه نکرده که باید آن را پرداخت کند .

بنابراین مقداری در تفسیر قسمت پایانی ماده ابهام وجود دارد و هر دو هم می تواند درست باشد اما خب شاید اصلا نیازی هم به این تقنین خاص نبود.

۳_ ضمانت اجرای سوم مسئولیت مدنی است.

هر گاه تقصیری رخ داد ، اگر از این تقصیر خسارتی به بار آید، مقصر مسئول جبران خسارت خواهد بود.

۴_ ضمانت اجرای چهارم تبصره ماده ۳۷۰ است که می گوید اگر برای این کار مجازاتی در قانون مجازات تعیین شده باشد آن نیز سر جای خودش است.

این تعبیر تبصره هم تعبیر خوبی نیست و قابل انتقاد است زیرا اگر قانون گذار برای این عمل مجازات خیانت در امانت تعیین کرده که خب شما باید می گفتی دستور فوق مانع از مجازاتی که قانونگذار تعیین کرده نیست چون ممکن است اصلا مجازات خیانت در امانت را تعیین نکرده باشد و مجازات دیگری تعیین کرده باشد. وقتی می گوید دستور فوق مانع از اجرای مجازاتی که برای خیانت در امانت مقرر است نیست یعنی انگار این عمل را در قانون مجازات خیانت در امانت تلقی کردیم و ماده هم می گوید این خیانت در امانتی که در قانون است و برایش مجازات هم تعیین شده سر جای خودش هست.

سوال: آیا واقعا قانونگذار برای همچنین کاری مجازات خیانت در امانت تعیین کرده است؟

بنظر می آید که اگر این فرض ماده ۳۷۰ را به یک حقوقدان حقوق جزا نشان دهیم خواهد گفت که این جرم خیانت در امانت نیست خب اگر این واقعا بر اساس آموزه های کیفری جرم خیانت در امانت نباشد پس این تبصره چه می گوید؟

قانونگذار در چنین مواردی باید یکی از این دو حالت را انتخاب کند:

یا بگوید که مثلا این حکمی که من گفتم مانع مجازاتی که قانونگذار برای این عمل تعیین می کند نیست یا بگوید که اینکار در حکم خیانت در امانت است یعنی حتی اگر قانونگذار های کیفری برای این کار مجازاتی تعیین نکرده باشند ، من قانونگذار تجاری دارم جرم انگاری می کنم و می گویم این کار جرم هست و مجازاتش هم همان چیزی که برای خیانت در امانت در نظر گرفتیم است.

اینجا را باید به این صورت می گفت که این عمل علاوه بر مسئولیت های فوق در حکم خیانت در امانت هم هست . وقتی می گوییم در حکم خیانت در امانت هم هست یعنی دیگر شما دنبال شرایط خیانت در امانت نگرد و مجازات خیانت در امانت را اینجا پیاده کن.

پس این حد وسطی که قانونگذار در این تبصره آورده مطلوب نیست زیرا به نحوی گفته که انگار مسلم گرفتیم که قانون گذار کیفری برای این عمل مجازات خیانت در امانت تعیین کرده است و حالا می خواهد برای اون مجازات خیانت در امانتی که در قانون جزا مقرر شده تاکید کند که خب پیش فرضش غلط است و قانون مجازات برای چنین عملی مجازات خیانت در امانت تعیین نکرده است.

به نظر استاد هم با توجه به تفسیر مضیق به نفع متهم نباید بگوییم که این عمل در حکم خیانت در امانت است بلکه باید بگوییم این تبصره در مقام تایید و تاکید بر مقررات جزایی است و می گوید که اگر در قانون مجازات این عمل جرم شناخته شده (خیانت در امانت یا هر جرم دیگری) و برایش مجازات تعیین شده ، طبق همان هم عمل بشود.

پس مورد چهارم از ضمانت اجراها مسئولیت کیفری شد اما این احتمالا است زیرا نمیدانیم در قانون مجازات برای این عمل مجازات تعیین شده است یا خیر.

اگر تعیین شده باشد طبق همان مجازات کیفری هم خواهد داشت.

ماده ۳۷۱: حق العمل کار در مقابل آمر برای وصول مطالبات خود از او نسبت به اموالی که موضوع معامله بوده و یا نسبت به قیمتی که اخذ کرده - حق حبس خواهد داشت.

مثلا آمر گفته برو برای من ۱۰۰ تن گندم بخر و حق العمل کار هم رفته با کلی لابی و بازار یابی معامله خوبی را جور کرده و ۱۰۰ تن گندم را برای آمر خریده ولی بعد از تحویل آمر برای دادن پول حق العمل کار امروز و فردا می کند خب اگر قرار باشد این حق العمل کار با هر آمری که کار می کند برای حق الزحمه اش طرح دعوا و شکایت کند که درست نیست.

قانونگذار برای اینکه پیشگیری کرده باشد و به حق العمل کار در رسیدن به حق العملش کمک کند ، در ماده ۳۷۱ برایش حق حبس در نظر گرفته یعنی حق العمل کار می گوید من برای شما ۱۰۰ تن گندم خریدم و آماده تحویل هست و ضمنا فلان قدر هم هزینه حق الزحمه ، دلالتی و... من می شود که شما می باید پرداخت کنی و

بعد در صورت امروز فردا کردن آمر، حق العمل کار هم می تواند بگوید که هر وقت مطالبات مرا دادی من هم گندم های شما را تحویل می دهم. به این حق حبس گفته می شود.

یا مثلاً حق العمل کار کالایی را برای آمر به مبلغ ۱۰۰ هزار دلار فروخته و دلارها هم آماده تحویل است در اینجا نیز حق العمل کار می تواند بگوید اول حق الزحمه مرا بده تا من هم دلارها را تحویل دهم.

اگر جنس آن ثمنی که بدست آورده با جنس حق الزحمه یکی باشد، حق حبس شاید خیلی معنا نداشته باشد مثلاً شما ۱۰۰ میلیون بدهکاری و ۵ میلیون هم طلبکاری در اینجا تهاتر می شود و تهاتر هم قهری اتفاق افتاده بنابراین شما دیگر نه طلب داری و نه حق حبس و ۹۵ میلیون بدهکاری که پرداختش می کنی.

(به همین جهت بود که استاد مثالش را با دلار زد)

مثال دیگری که می توانیم بزنیم این است که مثلاً آمر بگوید با این پولی که به تو می دهم برو چند تن گندم بخر و من حق الزحمه ات را به صورت گندم می دهم یعنی مثلاً از همان گندمی که می خری، ۵ درصدش هم حق الزحمه خودت باشد. در اینجا هم دیگر حق حبس معنا نخواهد داشت.

سوال: تا اینجا ۴ تا فرض و مثال مطرح شد و در ۳ تای آن ها تقریباً تردیدی وجود ندارد و طبق ماده ۳۷۱ مسئله روشن است اما در مثال آخر ماده ۳۷۱ را چگونه اعمال کنیم؟ آیا حق حبس داریم یا خیر؟ آیا تهاتر رخ می دهد یا خیر؟

آیا من حق العمل کار می توانم از آن ۱۰۰ تن گندم ۵ تنش را بردارم و بقیه اش را به شما دهم و بگویم ۵ تن آن تهاتر شد؟ (تکلیف دانشجو)

ماده ۳۷۲: اگر فروش مال ممکن نشده و یا آمر از اجازه فروش رجوع کرده و مال التجاره را بیش از حد متعارف نزد حق العمل کار بگذارد حق العمل کار می تواند آن را با نظارت مدعی العموم بدایت محل یا نماینده او به طریق مزایده به فروش برساند.

اگر آمر در محل نبوده و در آنجا نماینده نیز نداشته باشد فروش بدون حضور او یا نماینده او به عمل خواهد آمد ولی در هر حال قبلاً باید به او اخطاریه رسمی ارسال گردد مگر اینکه اموال از جمله اموال سریع الفساد باشد.

سوال: آیا قرارداد حق العمل کاری قرارداد جائز است یا لازم؟

در ابتدای این ماده نشان می دهد که قرارداد جائز است (آمر می تواند از اذن فروش رجوع کند)

خب حالا اگر امکان فروش نبود یا اجازه فروش منتفی شده بود چه باید کرد؟

على القاعدة باید کالا را به صاحبش که آمر باشد برگردانیم اما خب جناب آمر همیشه دم دست نیست که سریعاً به او برگردانیم مثلاً ممکن است آمر ایران نباشد و از خارج پیام دهد که فروش را منتفی کنیم یا ممکن است عملاً نتوانسته باشیم کالا را بفروشیم و شرایط فروش منتفی شده باشد و خب آمر هم ایران نیست که کالا را تحویل بگیرد و نماینده ای هم ندارد . در اینجا می گوید حق العمل کار در حد متعارف کالا را نزد خودش نگه دارد تا تکلیف مشخص شود و آمر نسبت به استردادش اقدام کند .

سوال: در حد متعارف به چه معناست؟

بستگی به مال دارد مثلاً معلوم است که مدت متعارف نگهداری محموله موز با نگهداری گندم یا نگهداری شیر آلات ساختمانی متفاوت است.

موز را باید زودتر تعیین تکلیف کرد و بعد به ترتیب گندم و شیر آلات را مدت بیشتری می شود نگهداری کرد.

اگر آمر بیش از حد متعارف کالا را نزد حق العمل کار بگذارد، دیگر حق العمل کار تکلیف به نگهداری بیش از این ندارد و می تواند کالا را به فروش برساند.

خب حالا چجوری بفروشد؟ اولاً دادستان در این مورد وظیفه دارد، مواظبت بکند در اینکه در این موارد سواستفاده نشود و حق العمل کار کالا را باید با نظارت مدعی العموم بفروشد. با حضور و نظارت دادستان محل اینکار انجام بشود. یا مواقعی که دادستان نتواند نظارت داشته باشد نماینده معرفی میکند و باید این فروش با نظارت نماینده مدعی العموم صورت بگیرد.

در ماده گفته شده نظارت مدعی العموم و حرفی از حضور نزده پس مدعی العموم میتواند نظارت را به هر شیوه که بخواهد انجام دهد مثلاً حضور فیزیکی داشته باشد یا نماینده معرفی کند.

دوماً این فروش باید در قالب مزایده انجام شود.

حالا حق‌العملکار که در این مرحله می‌خواهد کالا را بفروشد آیا قبلاً به امر گفته که کالا فروش نرفته تا آمر چاره‌ای بیاندیشد یا اینکه خود حق‌العملکار به این نتیجه رسیده که کالا قابل فروش نیست و بدون اطلاع به آمر چند روزی صبر کرده و سپس کالا را می‌فروشد؟؟ منطقاً باید آمر را به طریقی مطلع کرده باشد حالا به طریقی که در قرارداد گفته شده یا به طریق متعارف (ایمیل، نامه، ...). اختاریه رسمی ذکر شده در این ماده به اظهارنامه رسمی دادگستری تعبیر می‌شود.

اگر ارسال این اختاریه رسمی طول بکشد و کالا هم سریع‌الفساد باشد چه کنیم؟ دیگر درین مورد اختاریه رسمی لازم نخواهد بود.

ماده ۳۷۳: اگر حق‌العمل کار مامور به خرید یا فروش مال‌التجاره یا اسناد تجارتي و یا سایر اوراق بهاداری باشد که مظنه بورسی یا بازاری دارد می‌تواند چیزی را که مامور به خرید آن بوده خود شخصاً به عنوان فروشنده تسلیم بکند و یا چیزی را که مامور به فروش آن بوده شخصاً به عنوان خریدار نگاه دارد مگر اینکه آمر دستور مخالفی داده باشد.

این ماده مبتنی بر این دغدغه است که آیا وکیل می‌تواند معامله برای خود بکند یا خیر؟

در حقوق مدنی قاعده عمومی پاسخ مثبت به این سوال می‌دهد یعنی اصل بر جواز است مگر اینکه او را منع کرده باشند؛ مگر در بحث ازدواج.

در بحث حق‌العمل کاری، گفته شده که حق‌العمل کار اصولاً حق معامله با خود را ندارد مگر اینکه اجازه داشته باشد.

اگر کالایی که گفته شده که حق‌العمل کار بخرد یا بفروشد مظنه بورسی داشته باشد (یعنی یا در بازار بورس پذیرفته شده یا قیمت کالا در بازار کاملاً مشخص باشد) (مثل سهام یک شرکت یا سکه) می‌تواند خود طرف معامله باشد مگر اینکه مظنه بورسی نداشته باشد یا هم اجازه معامله با خود را نداشته باشد.

حالا اگر کالا مظنه بورسی داشته باشد اما آمر، حق‌العمل کار را از معامله با خود منع کرده است دیگر اینجا نمیتواند طرف معامله قرار بگیرد.

ماده ۳۷۴: در مورد ماده فوق حق العمل کار باید قیمت را بر طبق مظنه بورسی یا نرخ بازار در روزی که وکالت خود را انجام می دهد منظور دارد و حق خواهد داشت که هم حق العمل و هم مخارج عادیه حق العمل کار را برداشت کند.

در فرضی که در ماده ۳۷۳ گفته شد که اگر حق العمل کار خودش طرف معامله قرار بگیرد آیا حق الزحمه هم باید به او داده شود؟ بله به او حق الزحمه تعلق میگیرد. یعنی هزینه هایی که به عهده فروشنده هست و هم حق الزحمه باید به او پرداخت شود.

ماده ۳۷۵: در هر موردی که حق العمل کار شخصاً می تواند خریدار یا فروشنده واقع شود اگر معامله را به آمر بدون تعیین طرف معامله اطلاع دهد خود طرف معامله محسوب خواهد شد.

در اینجا هم کالایی است که حق العمل کار میتواند با خودش معامله بکند (مثلاً مظنه بورسی دارد یا اجازه امر را دارد) در اینجا حق العمل کار باید گزارش معامله را به امر بدهد و طرف معامله را به امر معرفی کند با اینکه امر نمیتواند مستقیماً به او مراجعه کند اما باید اطلاعات معامله و طرف معامله را بداند.

اگر طرف معامله را برای امر معلوم نکرد و مورد هم از مواردی بود که حق العمل کار میتواند با خود معامله کند درین صورت فرض میکنیم که طرف قرارداد خود حق العمل کار است.

فایده این فرض: اگر چند روز دیگر پول معامله به امر داده نشود و امر از حق العمل کار علت تاخیر را بپرسد، حق العمل کار هم بگوید که خریدار کالا پول را نمیدهد، در اینجا امر میتواند بگوید که از نگاه من طرف معامله خودت هستی و ثمن را از تو میخواهم. حال اینجا آمر حتی میتواند علیه حق العمل کار طرح دعوا کند.

ماده ۳۷۶: اگر آمر از امر خود رجوع کرده و حق العمل کار قبل از ارسال خبر انجام معامله از این رجوع مستحضر گردد دیگر نمیتواند شخصاً خریدار یا فروشنده واقع شود.

حالا سوال پیش می آید که وقتی حق العمل کار معامله را انجام داده منتها هنوز خبر انجام معامله را به امر نرسانده و آمر از امر خود رجوع کند مگر دیگر میشود گفت که حق العمل کار اجازه ندارد با خودش معامله کند؟؟ چون معامله واقع شده است.

حالت اول: امر از امر خود رجوع کرده و حق العمل کار هم قبل از ارسال خبر انجام معامله از ان مستحضر شد یعنی معامله انجام شد و بعد از انجام از رجوع مستحضر شود دیگر حق ندارد با خودش معامله کند. اشکالش: اینست که حتی اگر آمر رجوع هم نمیکرد من با خود معامله نمیکردم چون معامله را قبلا انجام داده بودم. (حالت خوبی نیست و مشکل دارد)

حالت دوم: حق العمل کار هنوز معامله را انجام نداده است و به تبع خبر معامله را هم ارسال نکرده است. قبل اینکه معامله بکند آمر از اذن خودش رجوع کند و حق العمل کار هم مستحضر شود؛ پس در اینجا هم دیگر نه تنها حق العمل کار با خودش هم نمیتواند معامله کند بلکه با شخص دیگری هم نمیتواند معامله کند چون آمر قبل انجام معامله از اذن خودش رجوع کرده است، (این حالت هم حالت خوبی نیست)

• پاسخ و حالت درست : در اینجا منظور از امر آمر، اصل کار حق العمل کاری نیست شاید منظور این است که آمر اجازه معامله با خود را داده بود و حالا ازین اجازه معامله با خود رجوع کرده است.

اگر هنوز معامله نکرده و به تبع خبر انجام معامله را هم هنوز ارسال نکرده خب مشخص است که حق معامله با خودش را ندارد اما با دیگران میتواند معامله کند.

مبحث حمل و نقل:

تصدی به حمل و نقل عمل تجارتي است.

حمل کننده کسی است که کار حمل و نقل را انجام میدهد حالا یا با تصدی یا بی تصدی ولی ماده ۳۷۷ از متصدی حمل و نقل صحبت می کند یعنی کسی که فرآیند حمل و نقل را با داشتن تصدی انجام می دهد.

ماده ۳۷۷ قانون تجارت: [متصدی حمل و نقل کسی است که در مقابل اجرت حمل اشیاء را به عهده می گیرد].

نکات ماده:

۱_ تعریف ناظر به متصدی حمل و نقل است نه حمل کننده

حمل کننده مفهومی فراتر دارد و مثلا راننده کامیون هم حمل کننده است و شرکت حمل و نقل هم حمل کننده است اما ما فقط از متصدی حمل و نقل به عنوان تاجر سخن می گوئیم.

۲_ تعبیر (کسی) اشتباه است. اشخاص حقوقی هم می توانند متصدی حمل و نقل باشند و عمده متصدیان حمل و نقل هم اتفاقا اشخاص حقوقی اند و باید تعبیر (شخصی) به کار برده می شد.

۳_ قید اجرت

کار رایگان و مجانی مشمول قرارداد های حمل و نقل قانون تجارت نخواهد بود و اداره چنین قراردادی تابع قانون مدنی خواهد بود و قانون مدنی هم مسئله حمل و نقل را ذیل عنوان قرارداد اجاره مطرح می کند یعنی در قانون مدنی قرارداد حمل نقل را نوعی قرارداد اجاره می دانیم که ترکیبی است از اجاره اشخاص و اجاره اموال. وقتی که مثلا يك شخصي به صورت رایگان یا برای رضای خدا خدمتی ارائه می کند، دیگر مشمول قانون تجارت نخواهد بود. البته اگر مجانی باشد که دیگر اصلا عنوان اجاره را هم نمی شود به آن اختصاص داد زیرا اجاره يك قرارداد معوض است و ما به ازا باید داشته باشد و اون را باید در قالب دیگری مثل قرارداد عاریه در قانون مدنی قرار داد.

اگر هم در مقابل اجرت باشد اما شخص قالب تصدی نداشته باشد باید در قالب قرارداد اجاره قانون مدنی قرارش داد.

۴_ حمل اشیا را بر عهده می گیرد.

در ماده ۲ که تصدی به حمل و نقل را عملیات تجاری می دانست، صحبت از حمل و نقل اشیا نشده بود و فقط تصدی به حمل و نقل نوشته بود و اونجا این سوال بود که حمل و نقل اشیا منظور است یا انسان یا هر دو؟

با توجه به ماده ۳۷۷ حمل اشیا منظور است.

آیا حمل انسان مشمول قانون تجارت هست یا نیست ؟ مثلا آژانس های مسافربری یا اسنپ که در مقابل اجرت حمل انسان را بر عهده می گیرند.

پاسخ حسب ظاهر ماده ۳۷۷ منفی است زیرا ماده ۳۷۷ دارد از متصدی حمل و نقل که حمل اشیا را به عهده می گیرد صحبت می کند. در سر تاسر ماده های دیگر قانون تجارت صحبت از حمل اشیا است و مثلا کلمه مرسل علیه و ارسال کننده که صحبت از آن شده ناظر به ارسال اشیا است نه انسان یا کلمات عیوب عدل بندی (دسته بندی) ، عیب ذاتی کالا و ... تمام این اصطلاحات و تعابیر در مواد مختلف متعلق به کالا و اشیا می تواند باشد نه انسان. بنابراین همانطور که اکثر حقوقدانان حقوق تجارت به درستی گفته اند ، حمل و نقل انسان ها مشمول مقررات قانون تجارت قرار نمی گیرد.

۵_ تعابیر قانون تجارت اطلاق دارد و حمل و نقل ملی و بین المللی هر دو را شامل می شود.

ظاهر عبارات قانون تجارت اطلاق دارد و قیدی بر داخلی یا بین المللی آن نیست ولی اگر بخواهیم دقیق تر بررسی کنیم ، باید بدانیم که یک مقررات دیگری هم وجود دارد که آن مقررات قلمروهای خاصی دارند و ناظر به قلمرو خودشان اعمال می شوند و فراتر از آن اگر چیزی باقی ماند ، مشمول قانون تجارت خواهد بود . مثلا در خصوص حمل و نقل دریایی یک قانون ملی داریم به نام قانون حمل و نقل دریایی مصوب مجلس ملی وقت که ناظر بر حمل و نقل های دریایی است پس حمل و نقل دریایی چون خودش قانون خاصی دارد ، الی القاعده طبق همان حکم می شود و از شمول قانون تجارت خارج است و اگر اون حمل و نقل ملی میبود یا بین المللی هم فرقی نمی کرد و اون قانون دریایی حاکم بود . بعد یک کنوانسیون

به نام کنوانسیون بروکسل در خصوص حمل و نقل بین المللی کالا در دریا را پذیرفتیم و چون به این کنوانسیون ملحق شدیم اینجا دیگر مقررات قانون تجارت به کارمان نمی آید.

پس باید اون قلمرو های خاص که قوانین و مقررات خاص دارند را شناسایی کنیم و قانون یا کنوانسیون مربوط به آن را پیدا کنیم و در آن خصوص اون مقررات ویژه اعمال شود بعد فراتر از آن هر کجا که قانون یا کنوانسیونی نداشتیم، در آنجا قانون تجارت حاکم است یا به تعبیر دیگر قانون تجارت در خصوص حمل و نقل قانون مادر است اما ممکن است قوانین و مقررات ویژه ای در خصوص برخی از حمل و نقل های خاص کالا باشد که اونوقت آن مقررات خاص اعمال خواهد شد.

در خصوص حمل و نقل های بین المللی هوایی کنوانسیون ورشو را داریم که ایران به آن ملحق شده است و به این علت که ما به آن ملحق شدیم، در خصوص حمل و نقل های بین المللی هوایی ، آن کنوانسیون اعمال می شود و دیگر جایی برای اعمال قانون تجارت نخواهد بود به عبارت دیگر قانون تجارت می تواند به دردمان بخورد اما در مواردی که کنوانسیون سکوت دارد یا به قانون دیگر ارجاع داده است.

در مورد حمل و نقل ریلی کنوانسیون کوتیف را داریم که ناظر است بر حمل و نقل کالا و حمل و نقل انسان و کالای خطرناک از طریق ریل که سه پیوست دارد:

• پیوست اول CIV : که مربوط می شود به حمل و نقل بین المللی انسان از طریق راه آهن.

• پیوست دوم CIM : که مربوط میشود به حمل و نقل بین المللی کالا از طریق راه آهن.

• پیوست سوم : حمل نقل بین المللی کالای خطرناک از طریق راه آن (از قبیل کالای انفجاری و شیمیایی و ..)

ایران به هر سه پیوست آن ملحق شده است.

حمل و نقل از طریق جاده کنوانسیون CMR که در ۱۹۵۶ در ژنو سوییس تصویب شد و ایران به آن در سال ۱۳۷۶ ملحق شده است که دو پروتکل الحاقی هم دارد که ایران به هر دو پروتکل الحاقی آن پیوسته است CMR . راجع به حمل و نقل بین المللی کالا از طریق جاده است.

تمام این کنوانسیون ها و قوانین ملی دیگری که ممکن است وجود داشته باشند، بر حمل و نقل خاصی که مشمول مقررات می شود حکومت دارد و فراتر از آن حوزه قانون تجارت حکومت خواهد داشت و حتی در همان حوزه هایی که اسم برده شد ممکن است قانون تجارت به دلیل سکوت کنوانسیون ها یا ارجاع کنوانسیون ها به قانون ملی (در اینجا قانون تجارت) حکومت داشته باشد.

قرارداد حمل و نقل ، یک قرارداد معین و خاص است که قانون تجارت از ماده ۳۷۷ به بعد در مورد آن مقرراتی را بیان کرده است . پس این سوال غلط است که بگوییم قرارداد حمل و نقل تابع کدام يك از قرارداد های قانون مدنی است؟ قانون تجارت خودش يك قرارداد معینی به نام قرارداد حمل و نقل تبیین کرده و شرایط و احکام و آثاری را هم برای این قرارداد گذاشته است ولی در عین حال مثل دلالتی و حق العمل کاری قانون گذار زیرکی کرده و گفته اگر من مقرراتی را از قلم انداختم و نگفتم ، سراغ باب وکالت بروید و از آن برای رفع کاستی ها استفاده کنید.

به همین جهت ماده ۳۷۸ می گوید: [قرارداد حمل و نقل تابع مقررات وکالت خواهد بود مگر در مواردی که ذیلأ استثناء شده باشد.]

قرارداد حمل و نقل در حکم وکالت است و در موارد سکوت و ابهام باید به وکالت مراجعه شود بنابراین از این عبارت نباید اینگونه استنباط کنیم که قرارداد حمل و نقل نوعی قرارداد وکالت است زیرا اولاً قانون تجارت برای قرارداد حمل و نقل مقررات ویژه دارد و يك عقد

معین است ثانیاً اصلاً ماهیت حمل و نقل با وکالت متفاوت است زیرا در وکالت ما به دیگری اختیار و نیابت می دهیم که از طرف ما کاری انجام دهد اما در قرارداد حمل و نقل نیابت اتفاقاً امری فرعی است. درست است که در حمل و نقل ما کالا را به حمل کننده می دهیم و او به نیابت از ما کالا را در اختیار دارد ولی آن فرآیند حمل و نقل که انجام می دهد وظیفه خودش است و به نیابت از کسی انجام نمی دهد و وکالت در واقع در امور حقوقی است نه مادی.

پس چرا قانونگذار می گوید تابع مقررات وکالت است؟

همانطور که پیش تر گفته شد ، می خواهد بگوید که قرارداد حمل و نقل با اینکه وکالت نیست اما در حکم آن است یعنی اگر جایی سوالی پیش آمد که قانونگذار قانون تجارت جوابی به آن نداده بود، بروید پاسخش را از باب وکالت پیدا کنید.

ارسال کننده وظایف و تعهدات متعددی دارد.

وظایف ارسال کننده:

• اطلاع رسانی _ ماده ۳۷۹

• بسته بندی

• بارگیری

• پرداخت حق الزحمه و هزینه های حمل کننده

_ شناسایی این وظایف يك کاربرد خیلی مهمی دارد که در ماده ۳۸۶ به آن اشاره شده است.

ماده ۳۸۶ : [اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره یا مستند به تقصیر ارسال کننده و یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنها داده اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمیتوانست از آن جلوگیری نماید قرارداد طرفین می تواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیاده از قیمت کامل مال التجاره معین نماید.]

نکات ماده:

تقصیر ارسال کننده یعنی نقض يك تعهد قانونی یا قراردادی یا عرفی

خب حالا ارسال کننده تقصیر کرده و این تقصیر موجب خسارت شده پس حمل کننده مسئول نیست مثلاً ارسال کننده تعهد قانونی اش را نقض کرده.

کدام تعهد قانونی؟ تعهدی که در ماده ۳۷۹ آمده (تعهد به اطلاع رسانی)

پس یکی از مصادیق قسمت مشخص شده (تقصیر و اهمال) در ماده ۳۷۹ است و اهمیت وظایف ارسال کننده در این قسمت ماده ۳۸۶ مشخص می شود.

ماده ۳۷۹ : [ارسال کننده باید نکات ذیل را به اطلاع متصدی حمل و نقل برساند: آدرس صحیح مرسل الیه - محل تسلیم مال - عده عدل یا بسته و طرز عدل بندی - وزن و محتوی عدل ها - مدتی که مال باید در آن مدت تسلیم شود - راهی که حمل باید از آن راه به عمل آید - قیمت اشیایی که گرانها است.

خسارات ناشیه از عدم تعیین نکات فوق و یا از تعیین آنها به غلط متوجه ارسال کننده خواهد بود.]

نکات ماده:

خسارت ناشی از اطلاعات ناقص یا غلط بر عهده ارسال کننده خواهد بود.

آدرس صحیح مرسل علیه:

مثلا اگر آدرس را خوب و صحیح ننوشتیم و در ارسال کالا دیر شد ، این خسارت بر عهده ی ارسال کننده است.

یا مثلا کامیون کالا دو روز معطل مانده تا آدرس پیدا شود و راننده هم به تبع معطل شده ، خب این هم خسارت است و باید توسط ارسال کننده پرداخت شود یا ممکن است کالا سریع الفساد باشد و در این حین فاسد شود ، این خسارت نیز بر عهده ارسال کننده است.

اگر خسارتی به خود حمل کننده هم وارد شود باید خود ارسال کننده جبران خسارت کند زیرا او آدرس صحیح مرسل علیه را نداده است.

طرز عدل بندی:

عدل = بسته / عده = تعداد

مثلا اگر در مورد شیوه بسته بندی اطلاعات غلطی توسط ارسال کننده داده شود و این اطلاعات غلط باعث خسارت شود ، مسئولیتی متوجه حمل کننده نیست بلکه ارسال کننده شخصا مسئول خواهد بود مثلا یکی از نکات مهم در بسته بندی کالا ، علائمی است که بر بسته درج می شود مثلا یکی از آن ها علامت پیکان است که نوک پیکان باید به سمت بالا باشد و این پیکان نشان دهنده ی این است که کف کالا کجاست و روی آن کجا است.

حالا مثلا اگر پیکان را اشتباه درج کردیم و کالا واژگون شد و به آن آسیب رسید ، خسارت بر عهده ی ارسال کننده است.

وزن کالا:

مثلا وزن را اشتباه گفتند و بار زدند و بعد پلیس آن را به علت اضافه بار نگه داشته است خب اینجا دو تا خسارت ایجاد می شود ۱_ کامیون و راننده که متوقف شدند و آسیب دیدند و خسارت هایشان را ارسال کننده باید بپردازد.

۲_ محموله هم در اینجا متوقف شده و به همین جهت خسارتی به خود کالا وارد می شود و خسارت های ناشی از این ها همه برعهده ی ارسال کننده است یعنی با اینکه اصولا حمل کننده مسئولیت دارد ولی اینجا چون خسارت ناشی از اطلاعات غلطیست که ارسال کننده داده است، در نتیجه موجب معافیت حمل کننده خواهد شد.

یا در مورد محتویات بسته ها مثلا شرکت داروسازی رازی مقادیری تریاک را بسته بندی کرده و به يك شرکت حمل و نقل سپرده که آن را حمل کند بعد وسط راه پلیس این ماشین را بخاطر حمل مواد مخدر و قاچاق متوقف می کند بعد مدیران موسسه داروسازی رازی اظهار می کنند که این قاچاق نبوده و ما مجوز داریم که از مواد مخدر هم در تهیه دارو ها استفاده کنیم. در اینجا می گویند خب شاید کار شما قاچاق نباشد ولی این اطلاعات را باید به حمل کننده هم می دادی و الان تا دادگاه رسیدگی کند و مجوز خلاصی کامیون و بارش را بدهد، کلی خسارت به محموله و کامیون و صاحب کامیون و موسسه باربری وارد خواهد شد در نتیجه همه خسارت ها را ارسال کننده باید پرداخت کند زیرا محتوای محموله را اعلام نکرده است.

یا مثلا راهی که حمل باید از آن راه به عمل آید را ارسال کننده باید تعیین کند و این راه اگر مناسب نباشد ممکن است کالا آسیب ببیند پس مسئولیتش با خود ارسال کننده است. مثلا کالا از جاده ای که بارندگی زیاد است برده می شود و این محموله ما هم چون نسبت به باران و رطوبت بسیار خطر پذیر است آسیب می بیند و چون خود ارسال کننده جاده را انتخاب کرده است خسارتش هم با خودش است و ارتباطی به حمل کننده ندارد.

قیمت اشیا گران بها:

مثلا بهای کالایی ۵۰۰ میلیون بوده و ارسال کننده گفته ۵۰ میلیون. خب اگر راستش را می گفت، اولاً حمل کننده مسئولیت خودش را به میزان بیشتری بیمه می کرد ثانياً در فرآیند حمل و نقل احتیاطات بیشتری می کرد. مثلا اگر محموله طلا را به حمل کننده می سپارید، او حتماً از مامور بدرقه استفاده می کند و کامیون را توسط نیروها اسکورت خواهد کرد و از این قبیل احتیاط ها انجام می دهد.

خسارات بار آمده از این موارد بر عهده ارسال کننده خواهد بود.

مواردی که باید ارسال کننده اطلاع بدهد فقط موارد درج شده در ماده ۳۷۹ نیست و این ها به عنوان نمونه هستند.

_سه دسته اطلاعات را باید ارسال کننده به حمل کننده بدهد:

1. اطلاعاتی که قانون گفته است (ماده ۳۷۹)

2. اطلاعاتی که در قرارداد خواستیم .

3. اطلاعاتی که عرف می خواهد.

در عرف ممکن است نسبت به بعضی از کالا ها اطلاعات بیشتری نیاز باشد تا بدهیم.

عبارت آخر ماده ۳۷۹: خسارات ناشیه از عدم تعیین نکات فوق هم شامل خساراتی است که به کالا وارد می شود و هم ناشی از خسارتی که به حمل کننده و کامیون و اشخاص ثالث وارد می شود.

در خصوص اشخاص ثالث مثلا شما محموله گوگرد را به حمل کننده دادی و محتوای آن را هم نگفتی و حمل کننده هم آن را کنار کالای سنگ آهن گذاشته و بعد گوگرد بر سنگ آهن اثر گذاشته و باعث کاهش عیار آن شده و در واقع شما به شخص ثالث که صاحب سنگ آهن باشد ضرر می زنی پس خسارت این مورد هم بر عهده ارسال کننده است.

خسارت به محیط زیست هم می تواند جزو این موارد به حساب آید که دولت به عنوان متولی محیط زیست خسارت بخواهد که البته این را هم ذیل همان اشخاص ثالث می دانیم.

خب این تکلیف اول ارسال کننده مبنی بر اطلاع رسانی بود.

سوال: در خصوص اطلاعات غلطی که ارسال کننده داده و ما مسئولیتش را بر دوش خودش گذاشتیم، آیا این می تواند بهانه خوبی برای حمل کننده باشد که سایر خساراتی که به کالا وارد شده است را هم بر عهده ی ارسال کننده بگذارد؟ به فرض محتوای عدل ها را اطلاع ندادیم بعد کالا به مقصد رسیده و می بینیم مقادیری از کالا نیست بعد وقتی می گوئیم که چرا این مقدار از کالا کثری دارد آن ها می گویند که خب شما ماهیت کالا و قیمت کالا را اعلام نکرده بودی در صورتیکه خب کثری محموله ربطی به قیمت و ماهیت ندارد.

پاسخ این است که هر تقصیری موجب مسئولیت می شود اما مسئولیت جبران خسارت ناشی از همان تقصیر. بنابراین خساراتی که هیچ ارتباطی به آن تقصیر ندارد بر عهده ی حمل کننده خواهد بود مثلا اگر کسی از عقب به ماشین ما زد مرتکب تقصیر شده و در تقصیرش هم تردیدی وجود ندارد اما مثلا اگر طرفی که خسارت دیده بیاید و بگوید موتور من دچار مشکل شده خب طرف مقابل هم در جواب خواهد گفت که این ربطی به از عقب زدن من ندارد و من مسئول سپر آسیب دیده یا رنگ سپر و این ها هستم اما اینکه موتور خوب کار نمی کند ربطی به این ضربه ندارد. یعنی باید بین اون تقصیر و خسارت رابطه سببیت وجود داشته باشد.

اما اگر بخواهیم این سوال را کمی سخت تر کنیم می شود این گونه مطرح کرد که مثلا اگر يك خسارتی ایجاد شود و عامل خسارت هم تقصیر ارسال کننده باشد و هم تقصیر حمل کننده ، در آنجا چه می شود؟

مثال واقعی این مطلب که در انگلستان رخ داده است:

يك محموله لباس دسته دومی را به حمل کننده می سپارند که از نقطه ای به نقطه دیگر ببرد از قضا این محموله لباس دارای رطوبت بوده و حمل کننده لباس هم کالا را با تاخیر به مقصد رسانده است و وقتی کالا به مقصد می رسد می بینیم این محموله پوشاك آسیب دیده است و علت آن هم رطوبت این کالا است که در مدت زیادی محموله به صورت فشرده بوده است. اگر حمل کننده تاخیری در رساندن کالا به مقصد نمی کرد، آن رطوبتی که در کالا بود هم مشکلی ایجاد نمی کرد و از آن طرف هم اگر ارسال کننده کالای مرطوب را بسته بندی نکرده بود، تاخیر حمل کننده باعث خسارت نمیشد یعنی در واقع این دو تقصیر این خسارت را رقم زده است. خب اینجا مسئولیت را چگونه تعیین تکلیف کنیم؟

پاسخ این را باید در حقوق مدنی پیدا کرد زیرا این دیگر اختصاصی به حمل و نقل ندارد. در این پرونده ای که استاد مثال زد، با توجه به حقوق انگلیس و در آن برهه زمانی گفته می شد که اگر کسی خودش در زیانی که بهش وارد شده است به نحو جزئی تقصیر داشته باشد، دیگر هیچ خسارتی را از زیان زننده نمی تواند مطالبه کند و خسارت تماما به عهده خودش است و در این مثال هم حمل کننده معاف از خسارت بود.

اما از سال ۱۹۷۵ به بعد در اروپا به این نتیجه رسیدند که مسئولیت را باید توضیح کرد و حمل کننده بابت قسمتی از خسارت معاف است اما بابت قسمتی هم مسئولیت دارد (در ایران نیز به همین ترتیب است)

خب باز از همین هم يك سوال ممکن است مطرح شود که این تقسیم مسئولیت چگونه خواهد بود؟ آیا نصف نصف است یا مسئولیت را به میزان تقصیر آن ها تقسیم کنیم؟ یا به میزان تاثیر تقصیر آن ها نگاه کنیم؟

بنظر می آید که در شرایط کنونی قانون ایران باید میزان تاثیر را ملاك قرار داد اما بحث های تفصیلی آن را باید در مدنی ۴ مورد بررسی قرار داد.

ماده ۳۸۰ قانون تجارت:

ارسال کننده باید مواظبت نماید که مال التجاره به طرز مناسبی عدل بندی شود - خسارات بحری (آواری) ناشی از عیوب عدل بندی به عهده ارسال کننده است.

نکات ماده:

اگر بسته بندی عیب داشته باشد و این عیب ها باعث خسارت به کالا شود، مسئولیتش به عهده ارسال کننده خواهد بود زیرا ارسال کننده وظیفه بسته بندی را داشته است.

منظور از خسارت بحری یا آواری چیست؟

بحر به معنای دریا است و خسارت بحری یعنی خسارت دریایی و کلمه آواری هم از يك کلمه فرانسوی گرفته شده و به معنای بحری است. خسارت بحری به تعبیر قانون ما يك معنای لغوی دارد و يك معنای اصطلاحی.

از نظر لغوی که گفتیم به معنای دریایی است و اگر از شرایط حمل و نقل دریایی به کالایی آسیب برسد ، به آن خسارت دریایی می گویند ولی این کلمه در عالم حقوق يك معنای اصطلاحی پیدا کرده و منظور از آن ، آسیب به کالاست و اختصاصی به دریا ندارد. مثلا اگر شما حمل و نقل هوایی انجام دهید و کالا آسیب ببیند به آن هم خسارت دریایی می گویند یا مثلا اگر در جاده با کامیون کالایی را حمل کردیم و در این حین کالا آسیب دید، باز هم به آن خسارت بحری یا دریایی یا آواری می گویند.

انواع خسارات:

برای کالایی که به حمل کننده می سپارند چند دسته خسارت ممکن است ایجاد شود:

۱_ خسارت آسیب به کالا مثلا محموله یخچال را به حمل کننده سپردیم و بعد جداره یخچال دچار تو رفتگی یا خراشیدگی شود خب در اینجا کالا از بین نرفته بلکه آسیب پیدا کرده است.

پس عیب یا آسیبی که کالا پیدا می کند را خسارت آواری یا بحری می گویند.

۲_ ممکن است قسمتی یا تمام کالایی گم شود.

۳_ کالا تلف جزئی یا کلی بشود.

۴_ تاخیر کالا. مثلا کالا را با ده روز تاخیر به مقصد رسانده است و این ده روز باعث ایجاد خسارت شود.

سوال: گفته شد ارسال کننده باید مواظبت نماید که مال التجاره به طرز مناسبی عدل بندی شود، خب اگر بسته بندی ها مناسب باشد چه تبعاتی خواهد داشت؟

جواب: مسئولیتش متوجه ارسال کننده است (مسئولیت خسارات بحری)

خب مسئولیت مربوط به خسارت تلف چی؟ اگر بسته بندی ها نامناسب باشد و کالا تلف جزئی یا کلی شود چی؟ آیا در اینجا ارسال کننده دیگر مسئولیت ندارد؟

جواب: چرا دارد و خسارات بحری مصداق بارز خسارات ناشی از عیب بسته بندی است و وقتی بسته بندی نامناسب باشد، معمولا خسارت آواری ایجاد می شود اما اگر تلف یا تاخیری ایجاد شد هم مثل همین است و ارسال کننده مسئول خسارت خواهد بود. لازم به ذکر است که خسارت هایی را می گوئیم که معلول آن عیب بسته بندی باشد و رابطه سببیت باید وجود داشته باشد.

• بسته بندی دو نوع عیب ممکن است داشته باشد:

به وقتی هست عیب پنهان دارد همانند مثال هایی که گفته شد اینکه مثلاً کارتن ها را که نگاه می کنیم هیچ عیب ظاهری ندارد اما داخل آن ها استاندارد های بسته بندی رعایت نشده است و خب ما از بیرون این را نمی بینیم. اگر عیب بسته بندی عیب مخفی باشد خب قطعاً مشمول ماده ۳۸۰ است اما اگر این بسته بندی عیب ظاهری داشته باشد باید به ماده ۳۸۱ رجوع کرد.

ماده ۳۸۱ قانون تجارت:

اگر عدل بندی عیب ظاهر داشته و متصدی حمل و نقل مال را بدون قید عدم مسئولیت قبول کرده باشد مسئول آواری خواهد بود.

نکات ماده:

خب اگر بسته بندی ها عیب ظاهر داشته باشد، آیا می شود گفت که حمل کننده ای که وضعیت ظاهری نامناسب را می بیند و کالا را همان وضعیت تحویل می گیرد، در واقع با همان وضعیت دارد به تعهد خودش صحه می گذارد (این تعهد عبارت است از رساندن سالم و کامل و به موقع کالا به مقصد) آیا هیچ مسئولیتی برایش قائل نیستیم؟

چرا اتفاقاً در این ماده مسئولیت سنگینی برایش در نظر گرفته شده است. و حمل کننده باید بداند که با همین وضعیت کالا را تحویل می گیرد و با همین وضعیت نیز باید کالا را صحیح و سالم و به موقع به مقصد برساند و اگر نرساند مسئول خواهد بود و اگر نمی خواهد، یا نباید قبول کند یا شرط عدم مسئولیت بکند و مثلاً بگوید جناب ارسال کننده این کالا بسته بندی اش مشکل دارد و من بعد اصلاح آن ها را قبول می کنم یا اگر قرار باشد با همین وضعیت حملشان کنم مشکلی ندارد اما در صورت وارد شدن آسیب به من ارتباطی ندارد.

همچنین اگر بدون شرط کالا را تحویل بگیرد خودش مسئول است زیرا فرض بر این است که کالا را با همین وضعیت تحویل گرفته و تعهد دارد کالا را سالم و کامل و به موقع به مقصد برساند.

پس برای مسئولیت حمل کننده ناشی از عیب بسته بندی اینگونه جمع بندی می کنیم:

کالا عیب بسته بندی دارد و این عیب بسته بندی باعث خسارت شده است خب خسارت به عهده کیست؟

برای پاسخ دادن به این سوال باید ببینیم عیب این بسته بندی عیب مخفی است یا ظاهری، اگر عیب مخفی باشد قطعاً مسئولیت متوجه ارسال کننده خواهد بود ولی اگر عیب ظاهری باشد دو شاخه می شود: ۱_ اگر شرط عدم مسئولیت کرده باشد، خسارت متوجه ارسال کننده است و ربطی به حمل کننده ندارد.

۲_ اما اگر شرط نکرده باشد مسئولیت با حمل کننده خواهد بود.

پس خسارات ناشی از بسته بندی فقط در يك صورت متوجه حمل کننده است، آن هم اینکه اگر خسارات ناشی از عیب ظاهری بسته بندی باشد و حمل کننده شرط عدم مسئولیت نکرده باشد.

نکته: عیب ظاهر یعنی عیبی که از بیرون قابل تشخیص است مثلاً محموله کامپیوتر را که تحویل می گیریم می بینیم داخل کارتن، کالا تگون می خورد و اصطلاحاً لق می زند خب اینجا متوجه می شویم که قطعاً بسته بندی مشکلی دارد زیرا کامپیوتر که نباید در يك جا به جایی ساده در کارتنش لق بزند و این از بیرون مشخص است که داخل کارتن عیب بسته بندی دارد و این عیب ظاهری تلقی می شود.

پس تفاوت و تشخیص عیب ظاهری و مخفی در این است که با يك واریسی ساده بشود به آن عیب اطلاع پیدا کرد یا نه، اگر بشود پی برد که عیب ظاهری می شود اما اگر نشود پی برد عیب مخفی می شود.

نکته: قانون تجارت ما در خصوص عیب ظاهر و مخفی چنین حکمی را داده است اما در بعضی از قوانین و کنوانسیون ها برخورد دیگر کرده اند و گفته اند اگر کالا عیب ظاهری داشته باشد و حمل کننده بدون قید و شرط تحویل گرفته باشد، فرض بر این است که کالا بسته بندی های خوبی داشته است و اگر شما می گویی بسته بندی نامناسب بوده است، این دیگر اثباتش بر عهده حمل کننده خواهد بود. یعنی بار اثباتی را تغییر داده است اما در قانون تجارت ما بار ثبوتی را تغییر می دهد و می گوید حمل کننده بدون تردید مسئولیت دارد.

ماده ۳۸۲ قانون تجارت

ارسال کننده می تواند مادام که مال التجاره در ید متصدی حمل و نقل است آن را با پرداخت مخارجی که متصدی حمل و نقل کرده و خسارات او پس بگیرد.

نکات ماده:

حمل کننده ای که کالا را تحویل گرفته و تحت ید او است در حقیقت ید اش ید نیابتی است زیرا از طرف فرد دیگری کالا را در اختیار گرفته و در واقع فرد دیگری کالا را به او سپرده است.

مثال دیگر برای ید نیابتی: مثلاً يك باغی داریم و سرایداری هم در آنجا گماشتیم که مراقب باغ باشد و خانه ای هم در اختیارش قرار دادیم که در آن زندگی کند خب در اینجا این محل سکونت تحت ید اوست اما تصرفش به نیابت از صاحب باغ است و مال خودش نیست.

خب گفتیم ید نیابتی است و به همین علت علی القاعده اون کسی که صاحب ید است (مثلاً ارسال کننده) می تواند به حمل کننده بگوید که با آن کالا چه کاری انجام بدهد مثلاً دستور تغییر مسیر یا توقف کالا بدهد. پس ارسال کننده حق دارد دستورات جدیدی به حمل کننده بدهد و حمل کننده هم مکلف است از این دستورات جدید ارسال کننده تبعیت کند. به این حق در قانون تجارت ما حق پس گرفتن کالا گفته می شود و در بعضی از نظام های قانونی و کنوانسیون

های بین المللی از این حق به حق در اختیار گرفتن کالا یاد کرده اند و این حق متعلق به ارسال کننده است و بعضی از نویسندگان فرانسوی هم به این حق ،حق اصلاح قرارداد می گویند یعنی در واقع شما قرارداد بستنی و بعد وسط کار میای و قرارداد را اصلاح می کنی اما اصطلاح شناخته شده تر همان حق در اختیار گرفتن کالا است که گفته شد.

خب آیا همیشه حق مربوط به ارسال کننده است؟خیر ، در مواردی این حق به مرسل علیه منتقل می شود و گیرنده حق دارد دستوراتی به حمل کننده بدهد.

ماده ۳۸۳ قانون تجارت

در موارد ذیل ارسال کننده نمی تواند از حق استرداد مذکور در ماده ۳۸۲ استفاده کند:

۱ - در صورتی که بارنامه توسط ارسال کننده تهیه و به وسیله متصدی حمل و نقل به مرسل الیه تسلیم شده باشد.

۲ - در صورتی که متصدی حمل و نقل رسیدی به ارسال کننده داده و ارسال کننده نتواند آن را پس دهد.

۳ - در صورتی که متصدی حمل و نقل به مرسل الیه اعلام کرده باشد که مال التجاره به مقصد رسیده و باید آن را تحویل گیرد.

۴ - در صورتی که پس از وصول مال التجاره به مقصد مرسل الیه تسلیم آن را تقاضا کرده باشد.

در این موارد متصدی حمل و نقل باید مطابق دستور مرسل الیه عمل کند معذالک اگر متصدی حمل و نقل رسیدی به ارسال کننده داده مادام که مال التجاره به مقصد نرسیده مکلف به رعایت دستور مرسل الیه نخواهد بود مگر اینکه رسید به مرسل الیه تسلیم شده باشد.

نکات ماده:

نکات بند اول:اولا بارنامه در سه نسخه تنظیم می شود،يك نسخه مال خود ارسال کنندست و پیش خودش می ماند،يك نسخه هم مال حمل کنندست که آن هم پیش خودش می ماند،يك نسخه هم مال مرسل علیه است که این نسخه معمولا همراه با کالا و کامیون حمل می شود و وقتی که کالا می خواهد به مرسل علیه تحویل داده شود همان زمان بارنامه هم تسلیم مرسل علیه می شود پس معمولا بارنامه را هم همزمان با خود کالا تحویل مرسل علیه می دهیم که اگر کالا را به مرسل علیه تحویل کردیم ،دیگر اینکه از چه کسی تبعیت شود منتفی می شود اما ممکن است حمل کننده با ابزاری سریع تر بارنامه را به مرسل علیه برساند مثلا کامیون در راه باشد اما بارنامه را از طریق هواپیما سریع تر به مرسل علیه برسانند. اگر بارنامه تحویل مرسل علیه شد دیگر از اینجا به بعد از مرسل علیه باید تبعیت کرد نه از ارسال کننده.

نکات بند سوم: کالا به مقصد رسیده و متصدی حمل و نقل به مرسل علیه اعلام می کند که کالا را تحویل بگیرد و همینکه متصدی حمل به مرسل علیه اعلام کرد که باید کالا را تحویل بگیرد، از اینجا به بعد باید از مرسل علیه تبعیت کند و نمی شود از ارسال کننده دستور گرفت.

نکات بند چهارم: اگر کالا به مقصد رسید و مرسل علیه پیش دستی کرد و مثلاً به حمل کننده گفت که فلانی من شنیدم کالا به مقصد رسیده است پس بیا و کالا را تحویل بده و این ها، همین که مرسل علیه تقاضای تسلیم کالایی که به مقصد رسیده است را کرد، از اینجا به بعد باید از مرسل علیه تبعیت کرد.

• در این سه مورد که گفته شد حق از ارسال کننده ضائل می شود و به مرسل علیه منتقل می شود.

نکات بند دوم: اگر ارسال کننده کالا را به حمل کننده تحویل داد و يك رسیدی هم گرفت، موقعی که می خواهد دستوراتی در راستای حق در اختیار گرفتن کالا بدهد، باید آن رسید را ارائه کند و اگر نتواند رسید را ارائه کند، حمل کننده تکلیفی به تبعیت از او ندارد.

سوال: خب حالا از مرسل علیه تبعیت بکنیم یا نه؟

باید ببینیم فقرات يك و سه و چهار ماده ۳۸۳ رخ داده است یا نه، اگر رخ داده که حتماً از مرسل علیه باید تبعیت شود اما اگر رخ نداده بود باید ببینیم اون رسیدی که به ارسال کننده داده بودیم دست مرسل علیه هست یا نه، اگر بود که از مرسل علیه باید تبعیت شود وگرنه از مرسل علیه هم نباید تبعیت شود.

پس اگر ارسال کننده رسیدی از حمل کننده بابت تحویل کالا گرفته باشد، سه حالت پیش می آید:

۱_ اگر رسید کماکان در اختیار ارسال کننده است که طبق قاعده از او تبعیت می شود.

۲_ اگر رسید به نحوی دست مرسل علیه است اینجا هم باید از مرسل علیه تبعیت کرد.

۳_ اگر رسید توسط هیچکدامشان ارائه نشود و ضمناً فقرات يك و سه و چهار هم اتفاق نیفتاده باشد (زیرا اگر اتفاق افتاده باشد بی تردید سراغ مرسل علیه می رویم و از او تبعیت می کنیم) حمل کننده باید فرآیند حمل را ادامه دهد و برود تا به مقصد برسد. حالا در این فاصله اگر حمل کننده رسید را پیدا کرد که از او تبعیت می کنیم اما اگر کماکان رسید را پیدا نکرد انقدر حمل کننده باید جلو برود که به مقصد برسد و به مرسل علیه اعلام شود که کالا آماده تحویل است یا او مطالبه تحویل کالا را بکند یا زودتر از این ها برنامه به دستش برسد یعنی فقرات يك یا سه یا چهار رخ دهد که در این صورت من بعد باید از مرسل علیه تبعیت کرد و ارائه رسید هم دیگر لازم نیست.

جلسه شانزدهم (جلسه آخر تجارت ۱ استاد محسنی)

ادامه مبحث حمل و نقل :

مقاله : حق در اختیار گرفتن کالا در حقوق ایران و کنوانسیون cmr

ماده ۳۸۴ قانون تجارت : اگر مرسل‌الیه مال‌التجاره را قبول نکند و یا مخارج و سایر مطالبات متصدی حمل و نقل بابت مال‌التجاره تادیه نشود و یا به مرسل‌الیه دسترسی نباشد متصدی حمل و نقل باید مراتب را به اطلاع ارسال‌کننده رسانیده و مال‌التجاره را موقتاً نزد خود به طور امانت نگاهداشته یا نزد ثالثی امانت گذارد و در هر دو صورت مخارج و هر نقص و عین به عهده ارسال‌کننده خواهد بود.

اگر ارسال‌کننده و یا مرسل‌الیه در مدت مناسبی تکلیف مال‌التجاره را معین نکند متصدی حمل و نقل می‌تواند مطابق ماده ۳۶۲ آن را به فروش برساند.

کالارو به مقصد رسوندیم و مرسل علیه کالا را تحویل نمیگیرد و یا تحویل میگیرد اما حاضر نیست رسید بدهد . یا حاضر است تحویل بگیرد و رسید بدهد اما هزینه هایی است که در طول راه متصدی حمل مجبور شده پرداخت کنه و مرسل علیه حاضر به پرداخت نیست و یا اصطلاحاً پس کرایه تعیین شده یعنی کرایه حمل پس از این که کالا تحویل داده شد در مقصد باید پرداخت بشه و مرسل علیه حاضر به پرداخت نیست .

(درمورد هزینه هایی که متصدی حمل ادعا میکند ، اگر مرسل علیه اون هزینه هارو قبول نداره یک کاری میتونه بکنه که ، و اون این هست که مبلغ ادعایی رو به صندوق دادگستری واریز کند و بعد حمل کننده ملزم است که کالا را تحویل بدهد .)

در زمانی که حمل کننده کالا را پیش خود نگه میدارد ید امانی دارد . و اگر تقصیری مرتکب نشد و کالا آسیب دید ، باید مسئولیت را بر عهده ی خود صاحب کالا بدوینیم .

در آخر اگر طبق انتهای ماده عمل کرد و کالا را به فروش رساند پول آن را باید به ذینفع بدهد . ذینفع را هم بر اساس حق در اختیار گرفتن کالا مشخص میکنیم .

ماده ۳۸۵ قانون تجارت : اگر مالالتجاره در معرض تضییع سریع باشد و یا قیمتی که می‌توان برای آن فرض کرد با مخارجی که برای آن شده تکافو ننماید متصدی حمل و نقل باید فوراً مراتب را به اطلاع مدعی‌العموم بدایت محل یا نماینده او رسانیده و با نظارت او مال را به فروش رساند.
حتی‌المقدور ارسال‌کننده و مرسل‌الیه را باید از اینکه مالالتجاره به فروش خواهد رسید مسبق نمود.

از تکالیف متصدی حمل و نقل است .

ناظر بر دو فرض :

۱- مال سریع الفساد است .

۲_ نگهداری آن توجیهی ندارد . و هزینه های آن توجیهی ندارد .

این ماده اعم است از حالتی که در ماده ۳۸۴ پیش بینی شده بود و کالا نزد حمل‌کننده امانت است و حالتی که کالا در جریان حمل است و کالا داره دچار فساد میشه .

مدعی‌العموم بدایت محل : دادستان شهرستان

ماده ۳۸۶ قانون تجارت : اگر مالالتجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مالالتجاره یا مستند به تقصیر ارسال‌کننده و یا مرسل‌الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنها داده‌اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ‌متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست

از آن جلوگیری نماید قرارداد طرفین می‌تواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیاده‌تر از قیمت کامل مال‌التجاره معین نماید.

علی‌القاعده مسئولیت جبران خسارت منوط است به اینکه فعل یا ترک فعل شخص با یکی از مبانی مسئولیت مدنی تطبیق بکند. مثلاً با مبانی تقصیر یا اتلاف یا تسبیب

اما بعضاً قانون‌گذار مسئولیت‌های مدنی خاصی رو پیش بینی کرده

البته ۴ نوع خسارت متصور است :

۱- تلف : تلف جزئی داریمو تلف کلی.(تمام کالا تلف شود یا قسمتی)

۲- گم شدن(کلی با جزئی)

۳- آسیب : (آواری)کلمه ای فرانسوی به معنای خسارت دریایی این معنای لغوی است اما معنای اصطلاحی آن یعنی آسیب به کالا در حدی باشد که به درجه تلف نرسد .

۴- تاخیر در رساندن کالا به مقصد

لازم نیست که تقصیر حمل‌کننده را اثبات کنیم و لازم نیست رابطه سببیت و انتشار و اینهارا اثبات کنیم،هر نوع تلف اعم از جزئی و کلی و چهارمورد بالا همگی تقصیر محسوب میشوند.

(همه این ها شامل ماده ۳۸۶ قانون خواهد بود .)

ظاهر ماده ۳۸۶ میگوید قیمت کالا باید پرداخت شود اما به نظر استاد باید کالای مثلی مثل ان پرداخت بشود و قیمی قیمت آن .

موجبات معافیت حمل‌کننده در ماده ۳۸۶ :

۱- ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره باشد. (اصطلاحاً عیب ذاتی کالا) مثلاً کالای شیری باشد مقداری از آن فاسد باشد و بقیه کالا را هم فاسد نکند. مثلاً در کالای گندم که به صورت فله ای حمل میشود عادی است که مقداری از آن بین مبرود و ریزش میکند و این مربوط به جنس کالا است یا کالا حیوان ایت و میترسد و خود را به در و دیوار میزند و آسیب میبیند. مخاطرات ذاتی خود را دارد.

۲- مستند به تقصیر ارسال کننده باشد. (ماده ۳۷۹)

۳- مستند به تقصیر مرسل الیه باشد. مثلاً دیر اومده تحویل بگیره.

یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنها داده اند.

۴- خسارت مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی توانست از آن جلوگیری نماید. (فورس ماژور)

قرارداد طرفین می تواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیادتر از قیمت کامل مال التجاره معین نماید.

بعضی ها گفتند که پس ماهیت مسئولیت حمل کننده فرض مسئولیت است و استاد هم گفتند ماهیت مسئولیت حمل کننده فرض تقصیر است. برای فهم درستی و تطبیق این دو مورد به توضیح مواردی میپردازیم:

برای این که مسئولیت کسی را ثابت کنید، باید تقصیر او را ثابت کنید و بعد رابطه سببیت بین تقصیر او و زیان وارده را نیز اثبات کنیم. گاهی هم قانونگذار به نفع زیان دیده عمل میکند و بیان میدارد که نیازی به اثبات تقصیر نیست بلکه همینکه خسارت وارد شد فرض میشود که عامل خسارت مرتکب تقصیر شده است، حال اگر او مدعی است که تقصیر نکرده باید عدم تقصیرش را اثبات نماید (فرض تقصیر)

گاهی هم قانونگذار میزان حمایت را از زیان‌دیده بالاتر میبرد و میگوید حتی اگر زیان‌زننده اثبات که مقصر نیست باز هم کفایت نمیکند. بلکه باید اثبات کند این خسارت منتسب به او نیست. (فرض مسئولیت)

گاهی هم قانونگذار میگوید زیان‌زننده باید خسارت را پرداخت کند هیچ چیز هم نجات دهنده این وضع نخواهد بود (مسئولیت مطلق). مانند غاصب حتی اگر احتیاطات صددرصدی کرده باشد.

تطبیق این چند مورد با ماده ۳۸۶:

تقصیر لازم نیست اثبات شود. مسئولیت مطلق هم نیست.

بیشتر حقوقدانان معتقدند که قانونگذار برای حمل‌کننده فرض مسئولیت کرده است یعنی هیچ چیز او را از مسئولیت معاف نمیکند مگر اثبات نماید که خسارت منتسب به او نمی‌باشد، صرف اثبات عدم تقصیر کفایت نمیکند.

در ضمن متصدی باید تماماً مراقبت داشته باشد چون که قانونگذار از لفظ (هر متصدی مواظب) استفاده کرده است.

ماده ۳۸۷: در مورد خسارات ناشیه از تاخیر تسلیم یا نقص یا خسارات بحری (آواری)

مال‌التجاره نیز متصدی حمل و نقل در حدود ماده فوق‌مسئول خواهد بود. خسارات مزبور نمی‌تواند از خساراتی که ممکن بود در صورت تلف شدن تمام مال‌التجاره حکم به آن شود تجاوز نماید مگر اینکه قرارداد طرفین خلاف این ترتیب را مقرر داشته باشد.

۱- اگر کالا تلف شد یا گم شد چه مقدار خسارت باید پرداخت بشود؟ در ماده ۳۸۶

گفته شد که قیمت یا مثل آن باید پرداخت شود.

اگر کل کالا تلف شود خسارت کل آن باید پرداخت شود و اگر نیمی و یا قسمتی تلف شود به همان اندازه پرداخت میشود.

نکته: در اینجا میشود خسارت کمتر یا بیشتری پرداخت شود البته با توافق طرفین.

ایا می شود حمل کننده مسئولیت خودش را کلاً سلب کند؟ بیشتر حقوقدانان میگویند

خیر نمی شود که به طور کل مسئولیت سلب شود.

در مورد مسئولیت آواری: باید کارشناسی شود که چه میزان خسارت وارد شده و توجه

داریم که این میزان خسارت از قیمت کل کالا تجاوز نخواهد کرد.

اگر کالا دیر به مقصد برسد، صرف تاخیر ایا خسارت است؟ در خسارت های

تلف، مفقودی و آواری اثبات صرف این موارد مساوی با اثبات خسارت است اما اثبات

تاخیر یک مرحله است و باید اثبات شود که ایا ازین تاخیر، خسارتی هم ایراد شده یا

نه.

ماده ۳۸۸: متصدی حمل و نقل مسئول حوادث و تقصیراتی است که در مدت حمل و نقل

واقع شده اعم از اینکه خود مباشرت به حمل و نقل کرده و یا حمل و نقل کننده دیگری

را مامور کرده باشد - بدیهی است که در صورت اخیر حق رجوع او به متصدی حمل و

نقلی که از جانب او مامور شده محفوظ است.

سوال جناب عدلی: حمل کنندگانی که زیردست متصدی کار میکنند هم متصدی

محسوب میشوند؟

جواب استاد: این سوال به دوسوال متفاوت تقسیم میشود:

۱- اگر یک حمل کننده، کالا را به حمل کننده دیگری سپرد، مسئولیت چگونه است؟

در این سوال باید به حمل متوالی اشاره کرد یعنی یک قرارداد واحد توسط دو یا چند

حمل کننده حمل بشود.

(مقاله مسئولیت جبران خسارت های وارد بر کالا در فرض تعدد حمل کنندگان)(بخش

اول این مقاله اجباری و بخش دوم ان اختیاری است) ماده ۳۸۸

۲- اگر حمل کننده کالا را به حمل کننده دیگری نمی‌سپارد اما از خدمت خود استفاده میکند مثل راننده خود، اینجا مسئولیت چگونه است؟
(مقاله مسئولیت حمل کننده در اثر فعل یا ترک فعل غیر) (این مقاله اجباری است و در مورد ماده ۳۸۸ می‌باشد)

ماده ۳۸۹: متصدی حمل و نقل باید به محض وصول مال التجاره مرسل‌الیه را مستحضر نماید.

تکلیف اطلاع رسانی به مرسل علیه که کالا به مقصد رسید و آماده تحویل است.
اثار حقوقی این اطلاع رسانی: به محض اطلاع رسانی، مرسل علیه دارنده حق در اختیار گرفتن کالا می‌شود. همچنین اگر طبق تکلیف گفته شده در این ماده عمل نشود و خسارت ایراد شود مسئولیت هم خواهد داشت.

ماده ۳۹۰: اگر مرسل‌الیه میزان مخارج و سایر وجوهی را که متصدی حمل و نقل بابت مال التجاره مطالبه می‌نماید قبول نکند حق تقاضای تسلیم مال التجاره را نخواهد داشت مگر اینکه مبلغ متنازع‌فیه را تا ختم اختلاف در صندوق عدلیه امانت گذارد.
در مواد قبلی بررسی شده.

ماده ۳۹۱: اگر مال التجاره بدون هیچ قیدی قبول و کرایه آن تادیه شود دیگر بر علیه متصدی حمل و نقل دعوی پذیرفته نخواهد شد مگر در مورد تدلیس یا تقصیر عمده به علاوه متصدی حمل و نقل مسئول آواری غیر ظاهر نیز خواهد بود در صورتی که مرسل‌الیه آن آواری را در مدتی که مطابق اوضاع و احوال رسیدگی به مال التجاره ممکن بود به عمل آید و یا بایستی به عمل آمده باشد مشاهده کرده و فوراً پس از مشاهده به

متصدی حمل و نقل اطلاع دهد در هر حال این اطلاع باید منتها تا هشت روز بعد از تحویل گرفتن مال التجاره داده شود.

حال مرحله تحویل کالا است و مرسل علیه اگر عیب و ایرادی در کالا دید باید اطلاع دهد. (عیب و ایراد ظاهری یا مخفی) مثلا کالا کسری دارد. اگر اشکال در ظاهر و عیب اشکار داشته باشد باید همانجا اعلام کند اما اگر عیب مخفی بود نباید انتظار داشت که بلافاصله اعلام کند بلکه باید مهلتی داد به او تا واریسی کند و نسبت به عیب پنهان ارتفاع پیدا کند.

اگر در این مدت معین شده مسئولیت برعهده حمل کننده است و اگر در مهلت گفته شده اعلام نکردی دیگر حمل کننده معاف از مسئولیت است.

دو نکته:

۱- کالا را تحویل گرفتیم و متوجه خسارت اشکار یا پنهان نشدیم و مدتی بعد فهمیدیم که عیبی دارد و این خسارات ناشی از تقلب و تقصیر عمدی حمل کننده است. دیگر بحث مدت مطرح نیست بلکه از حمل کننده باید خسارت گرفت و حکمی که درمورد مهلت معین گفته شده راجع به تدلیس و تقلب حکم نمی کند.

۲- اگر خسارت اشکار باشد فی المجلس باید اعلام شود و اگر خسارت پنهان باشد باید در اسرع وقت که از ۸ روز تجاوز نکند اعلام شود، خسارت اشکار و پنهان چه چیزهایی هستند؟ حتی ممکن است کسری نوعی خسارت پنهان باشد.

- بحث مهلت اقامه دعوا که توسط دانشجویان باید مطالعه شود مرور زمان نام دارد (مبحث مبدا مرور زمان یکساله مطالعه شود).