

# نظریه تبعیت در اعمال حقوقی

محمدحسن صادقی مقدم<sup>1</sup>

رضا شکوهی زاده<sup>2</sup>

(تاریخ دریافت: 1390/09/16 - تاریخ تصویب: 1390/12/10)

## چکیده:

در این مقاله سعی شده است تا مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی مشخص گردد. در تلاش برای تحقق این هدف، مصادیق متعددی مورد شناسایی قرار گرفته است. هر یک از این مصادیق به دلیل وجود نوعی رابطه تبعیت بین عناصر مختلف رابطه مورد بررسی، به عنوان مصادیق تبعیت احصاء شده اند. برای مثال، در رابطه کارگر و کارفرما، یک طرف رابطه، یعنی کارگر از طرف دیگر رابطه یعنی کارفرما تبعیت حقوقی دارد. از سوی دیگر در عقود تبعی، به عنوان یکی از مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی، انعقاد، اجرا و انحلال عقد تبعی از تعهد پایه تبعیت می نماید. در سایر مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی نیز چنین وضعیتی قابل مشاهده است.

**واژگان کلیدی:** تبعیت، رابطه تبعی، تعهد تبعی، عقد تبعی، ایقاع تبعی.

1- نویسنده مسئول - دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

Email: mhsadeghy@ut.ac.ir

2- استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

**مقدمه:**

تبعیت یکی از مفاهیم محوری حقوق خصوصی است، به نحوی که درک مفهوم آن، برای شناخت بسیاری از عقود و روابط حقوقی در حقوق خصوصی ضروری است. در این مقاله سعی شده است تا تمامی مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی احصاء شده و اشاره ای نیز به مبنای تبعی بودن این نهادهای حقوقی و آثار این تبعیت گردد. با توجه به مفصل بودن این مباحث، امکان طرح کامل آن در این مقاله نبوده است، به همین خاطر، طرح مفصل این مباحث در نوشته های دیگر صورت گرفته است.

به رغم آن که تبعیت در حقوق خصوصی دارای مصادیق متعددی است، اما تبعیت کامل را تنها می توان در عقود تبعی یافت. تنها در رابطه تعهد پایه و عقد تبعی است که تبعیت از یک سو، در سه مقطع انعقاد، اجرا و انحلال عقد تبعی وجود داشته و از سوی دیگر این تبعیت دوجانبه است. به این معنی که آثار و انحلال هر یک از تعهد پایه و عقد تبعی، وابسته به یکدیگر است. در ذیل به بررسی هر یک از مصادیق تبعیت خواهیم پرداخت.

**گفتار اول - حق تبعی:**

منظور از حق تبعی، حقی است که وجوداً و عدماً تابع حقی دیگر است. در حقوق فرانسه حقوق عینی را به دو بخش تقسیم می نمایند، حقوق عینی اصلی و تبعی (droits reels principaux et accessoires). مالکیت و حقوقی که اشخاص نسبت به اموال دیگران پیدا می کنند، از جمله حق انتفاع (servitude)، ارتفاق (usufruit) و سکنی (droit d'habitation) از حقوق عینی اصلی است. مطابق این تقسیم بندی حقوق عینی تبعی، همگی ناشی از عقود تبعی است و به دو دسته رهن عینی (nantissement) یا رهن مقبوض و رهن عادی (hypothèque) یا رهن غیر مقبوض تقسیم می گردند. رهن عینی نیز به رهن عینی منقول (gage) و رهن عینی غیرمنقول (antichèrèse) تقسیم می شود. در رهن

های عینی، مال موضوع رهن بایستی به تصرف مرتهن در آید، اما در رهن عادی قبض عین مرهونه توسط مرتهن شرط نیست (Déléstraint, 1975, p 24).

### گفتار دوم - تعهد تبعی:

تعهدی را تبعی می نامیم که به تبعی تعهدی دیگر ایجاد شده باشد. تعریف تعهد تبعی به تعهدی که به تبع عقدی دیگر حاصل شده باشد، باعث می شود تمامی تعهدات قراردادی، تعهد تبعی محسوب گردد. در همین راستا، تعهد تبعی را برخی به تعهد تبعی شرطی و عقدی تقسیم نموده اند. مطابق این تقسیم بندی، منظور از تعهد تبعی شرطی، تعهد ناشی از شروط التزامی که ضمیمه تعهدات اصلی عقد می شود، است (احمدی، 1380، ص 121). مطابق این تعریف، تعهد تبعی شرطی، عبارت است از تعهد ناشی از توافقی که در شمار توابع عقد دیگری در آید. با این حال، به نظر می رسد که در خصوص تعهدات ناشی از شروط ضمن عقد، با فرعیات مواجه می باشیم و نه تبعیت. شروط ضمن عقد دارای موضوع مستقل بوده و ایجاد، اثر و انحلال آنها فرع بر عقد اصلی است، اما تابع آن نیست. برای روشن شدن تفاوت فرعیات و تبعیت، می توان این مثال را مطرح نمود که با اجرای عقد تبعی، تعهد اصلی منحل می گردد، اما اجرای شرط ضمن عقد تأثیری در بقای عقد اصلی ندارد. انحلال شرط در صورت انحلال عقد، برخلاف عقود تبعی، به این دلیل نیست که موضوعی برای شرط باقی نمانده، بلکه به این دلیل است که شرط پایگاه اصلی خود را از دست داده است. بنابراین، تعهد ناشی از شروط ضمن عقد را نمی توان تعهدی تبعی دانست، بلکه این گونه تعهدات، با عقد اصلی دارای رابطه فرعیات اند. به این ترتیب، بایستی قائل به آن بود که همه تعهدات تبعی، ناشی از عقود تبعی است. به بیان دیگر تنها عقد تبعی می تواند تعهدی تبعی به بار آورد.

### گفتار سوم - مال تبعی:

منظور از مال تبعی، مالی است که عنوان مستقل نداشته و برخی ویژگی ها یا آثار آن به تبع مالی دیگر تعیین می گردد. اموال تبعی در حقوق خصوصی به وفور یافت می گردند.

همچنان که ماده 18 ق.م.ا از غیر منقول تبعی نام برده است. این ماده عنوان می‌دارد: «حق انتفاع از اشیاء غیر منقوله مثل حق عمری و سکنی و همچنین حق ارتفاق نسبت به ملک غیر از قبیل حق العبور و حق المجری و دعاوی راجع به اموال غیر منقوله از قبیل تقاضای خلع ید و امثال آن تابع اموال غیر منقول است». مطابق این ماده، اموال و حقوقی چون حق انتفاع و ارتفاق و دعاوی راجع به اموال غیر منقول، از لحاظ صلاحیت محاکم تابع اموال غیر منقول است.

#### گفتار چهارم - حکم تبعی:

در فقه قاعده ای وجود دارد تحت عنوان تبعیت احکام از اسماء. منظور از این قاعده آن است که حکم شرعی تنها نسبت به موضوعی که در دلیل شرعی از آن نام برده شده است، قابل اعمال است و چنانچه موضوع حکم دچار تغییر نام گردد، حکم قابل اجرا نیست. مثلاً شارع مقدس مقرر نموده است که: «البول نجس»، چنانچه به رغم عدم تغییر ماهیت، به دلیل اختلاط در آب، دیگر اسم بول صادق نباشد، حکم نجاست نیز جاری نمی‌گردد (مراغی، 1425 ه.ق، ص 178). به این ترتیب، ملاحظه می‌گردد که مفهوم تبعیت در احکام شرعی نیز به نوعی قابل ملاحظه است. در این معنی، همه احکام شرعی تبعی محسوب شده و این تبعیت از اسماء صورت می‌گیرد.

#### گفتار پنجم - رابطه تبعی:

تبعیت کارگر از کارفرما است که تمیز قرارداد کار را از دیگر انواع قراردادهای معوض که موضوع آن خدمات انسانی است، امکان پذیر می‌نماید. با توسل به این معیار، صنف کارگران از صنف کارگران مستقل یا پیمانکاران تمیز داده می‌شوند. در خصوص مفهوم تبعیت دو نظریه، تحت عنوان نظریه تبعیت حقوقی و نظریه تبعیت اقتصادی، مطرح است که در مقایسه این دو نظریه، روشن می‌گردد که مفهوم تبعیت حقوقی نسبت به تبعیت اقتصادی برتری دارد. معیار تشخیص تبعیت حقوقی عبارت است از مدیریت کارفرما بر

نحوه و شرایط اجرای کار. احراز تبعیت دارای آثار مهمی در حقوق کار است که از آن جمله می توان به قابلیت اعمال حمایت های قانون کار نسبت به کارگر و صلاحیت هیأت های موضوع ماده 157 قانون کار در رسیدگی به اختلافات ناشی از چنین قراردادهایی، اشاره نمود.

مطابق قواعد حقوق کار، هر شخصی که منافع ناشی از فعالیت خود را به موجب یک قرارداد در اختیار شخص دیگر قرار می دهد، کارگر محسوب نمی گردد. تنها شخصی کارگر محسوب شده و از مزایای قانون کار بهره مند می گردد که از لحاظ اقتصادی یا حقوقی به قرارداد منعقد شده، وابسته باشد. رابطه کارگر و کارفرما در درجه نخست، رابطه ای است مبتنی بر تبعیت. قرارداد کار نه تنها کارگر را ملزم به انجام فعالیت های موضوع قرارداد می نماید، بلکه وی را متعهد به تبعیت از کارفرما نیز می کند. این امر در خصوص تمامی قراردادهای کار و در هر شرایطی صادق است. تبعیت کارگر از کارفرما، هم در کارگاه هایی که کارفرما مستقیماً بر فعالیت های کارگر نظارت می نماید صادق است و هم در کارخانه های عظیمی که بر حسب نظام سلسله مراتب، هر کارگر زیر نظر رئیس خود که به نمایندگی از کارفرما اقدام می نماید، فعالیت می کند. منبع اقتدار کارفرما در مقابل کارگر، قرارداد کار است. کارگر با اراده خود، اقتدار کارفرما نسبت به خود و تبعیت خود از کارفرما را پذیرفته است (Ollier, 1972, p. 97).

تبعیت کارگر از کارفرما (subordination) خود از دو منظر قابل بررسی است. این تبعیت از یک سو دارای جنبه اقتصادی است (subordination économique) و از سوی دیگر دارای جنبه حقوقی (subordination juridique). منظور از تبعیت اقتصادی آن است که کارگر برای امرار معاش و اداره زندگی خود، به وجوه دریافتی به موجب قرارداد وابسته باشد. منظور از تبعیت حقوقی آن است که کارگر از لحاظ حقوقی، در رابطه با انجام فعالیت های موضوع قرارداد کار، تحت اقتدار و سلطه کارفرما باشد (Bohn, 1957. p. 328). با توسل به این معیارها می توان قرارداد کار را از قرارداد اجاره

اشخاص تمیز داد. تشخیص تبعیت در یک قرارداد ارائه خدمات، آثاری را نیز در پی خواهد داشت. با احراز تبعیت، از یک سو حمایت های قانون کار نسبت به کارگر قابل اعمال می گردد و از سوی دیگر رسیدگی به اختلافات موضوع چنین قراردادهایی در صلاحیت هیأت های تشخیص و حل اختلاف موضوع چنین قراردادهایی در صلاحیت نه تنها اختلافات ناشی از خود قرارداد کار و آثار اصلی آن را در بر می گیرد، بلکه شامل اختلافات ناشی از آثار فرعی قرارداد کار و قرارداد های متفرع بر قرارداد کار نیز می گردد.

با توجه به آن چه که گذشت، آشکار است که مفهوم تبعیت، نقشی محوری در حقوق کار داشته و هر گونه تحقیقی در زمینه حقوق کار، بدون شناخت مفهوم، معیار و آثار تبعیت، ناقص و حتی گمراه کننده است. در بحث از مفهوم تبعیت ملاحظه گردید که دو برداشت عمده از این اصطلاح وجود دارد که در هر یک از منظر خاصی به تبعیت کارگر از کارفرما توجه شده است. نظریه تبعیت اقتصادی، نیاز اقتصادی کارگر به کار را عامل اصلی تبعیت می داند. مطابق این نظریه، کارگری که برای امرار معاش نیازمند اشتغال به کار خاصی است، وابسته به آن قرارداد محسوب شده و کارگر در معنای خاص محسوب می شود. در پی طرح انتقاداتی نسبت به این نظریه، از جمله موسع بودن و شمول نسبت به روابطی غیر از روابط کارگری و کارفرمایی، نظریه تبعیت حقوقی ابتدا توسط رویه قضایی کشور فرانسه مطرح شده و سپس حقوقدانان این کشور نیز به تأیید و تکمیل آن پرداختند. مطابق این نظریه، برای تشخیص تبعیت کارگر از کارفرما، صرف تبعیت اقتصادی یکی از طرفین به طرف دیگر کافی نیست، بلکه بایستی ارائه کننده خدمات، تحت تسلط حقوقی ذینفع خدمات باشد. منظور از تسلط حقوقی عبارت است از حق قانونی کارفرما، برای تعیین نحوه و شرایط اجرای قرارداد کار. همان گونه که مطرح گردید در حقوق فرانسه تعبیر دیگری از تبعیت حقوقی تحت عنوان «ادغام در یک خدمت سازمان یافته» (Intégration á un service organisé) مطرح شده است. مطابق این تعبیر، برای تشخیص

تبعیت، بایستی دید که آیا کارگر در یک خدمت سازمان یافته ادغام شده است یا خیر؟ این نظریه تفاوت قابل توجهی با نظریه تبعیت حقوقی ندارد، چرا که نتیجه ادغام کارگر در یک خدمت سازمان یافته نیز تسلط حقوقی کارفرما در تمشیت این خدمت است. لازم به ذکر است که امروزه در حقوق فرانسه، تعارض میان معیارهای وابستگی اقتصادی و وابستگی حقوقی، به طور قابل توجهی کاهش یافته است. دلیل این امر را می توان از یک سو انجام تفاسیری از سوی رویه قضایی در جهت توسعه مفهوم وابستگی حقوقی و از سوی دیگر گسترش توصیف حقوقی قرارداد کار توسط رویه قضایی دانست. در واقع، توسل به مفهوم ادغام در یک خدمت سازمان یافته، تعبیر دیگری در جهت توسعه معیار وابستگی است. یکی از نویسندگان فرانسوی رویکرد رویه قضایی نسبت به موضوع مورد بحث را در این عبارت خلاصه می نماید: «کنون آنچه که منجر به اعمال فرض وابستگی می گردد، دیگر چیزی بیش از مجموعه شرایطی نیست که اجازه می دهد تا بپذیریم که کارگر یکی از عناصر انسانی اشغال کننده یک مکان در بنگاهی اقتصادی است» (Groutel, 1968, p.57). برخی حقوقدانان فرانسوی عقیده دارند، برای حل تعارض میان وابستگی حقوقی و مفهوم ادغام در یک خدمت سازمان یافته، دخالت قانونگذار در تعیین اوصاف وابستگی ضروری است. به عنوان مثال ماده 3 قانون 30 ژوئن 1977 در رابطه با حرفه وکالت می تواند در این راستا به عنوان یک راهنما مورد استفاده قرار گیرد. قانونگذار به موجب این ماده، وکیل همکار (avocat collaborateur) را شغلی غیر وابسته اعلام نموده است. اگرچه، حرفه وکیل همکار، دارای تمامی امارات مستقیم و غیرمستقیم وابستگی است (Supiot, 1987, p. 251).

با روشن شدن مفهوم تبعیت و شناخت نظریه قابل قبول که همانا نظریه وابستگی حقوقی است، بحثی که طرح آن منطقاً لازم است، معیار تشخیص این تبعیت است. همان گونه که ذکر گردید، اموری که مستقیماً و به طور قاطع، دلالت بر تبعیت کارگر از کارفرما می نماید، عبارت است از مدیریت کارفرما بر نحوه و شرایط اجرای کار. منظور از

مدیریت کارفرما بر این امور آن است که تعیین روش و شکل انجام کار و همچنین اموری چون زمان و مکان انجام کار، بر عهده کارفرما باشد. با احراز این امور، تبعیت کارگر از کارفرما مسلم محسوب می‌گردد، اما در صورت عدم احراز چنین مدیریتی، نایستی تبعیت را به کلی منتفی دانست. اماراتی وجود دارد که مفید اثبات غیر مستقیم تبعیت است. این امارات در فرضی مورد استناد قرار می‌گیرد که مدیریت کارفرما بر نحوه و شرایط اجرای کار قابل احراز نباشد. اموری چون نحوه پرداخت مزد، اقدام کارفرما به عنوان ریاست، استخدام انحصاری و مشارکت یا عدم مشارکت کارگر در سود و زیان کارگاه، اگر چه دلیل قاطعی بر تبعیت کارگر از کارفرما نیست، اما در صورتی که دلیلی بر خلاف آن وجود نداشته باشد، می‌تواند اثبات کننده چنین تبعیتی باشد (Supiot, 1987, p. 295).

بررسی مفهوم و معیار تبعیت، تنها با هدف تشخیص آثار آن است و بحث از تبعیت بدون شناسایی آثار آن بحثی ناتمام خواهد بود. مهم ترین اثر تبعیت عبارت است از قابلیت اعمال حمایت های قانون کار از کارگر. همان گونه که ملاحظه گردید، این حمایت ها در سه مقطع، انعقاد، آثار و اجرای قرارداد کار در اختیار کارگر قرار گرفته است. دومین اثر شناسایی تبعیت در قراردادی خاص، عبارت است از صلاحیت هیأت های تشخیص و حل اختلاف موضوع ماده 157 قانون کار، در به رسیدگی به دعاوی ناشی از چنین قراردادی. البته برای صلاحیت این مراجع، علاوه بر تبعیت کارگر از کارفرما، خصوصی و معوض بودن قرارداد نیز ضروری است. با احراز این امور، این مراجع نه تنها صالح به رسیدگی به دعاوی ناشی از اصل چنین قراردادهایی هستند، بلکه این صلاحیت، دعاوی ناشی از آثار فرعی قرارداد و قراردادهای متفرع بر قرارداد اصلی را نیز در بر می‌گیرد.

### گفتار ششم - عقد تبعی:

عقد تبعی عقدی است که موضوع آن تعهدی مستقل است که از قبل ایجاد شده. با این وصف، عقد تبعی، تابع تعهدی دیگری است که در این نوشته از آن به عنوان تعهد پایه یاد می‌شود. این رابطه تبعیت، در مقطع انعقاد قرارداد یک جانبه است؛ به این معنی که در این

مقطع، تنها انعقاد عقد تبعی، وابسته به وجود تعهد پایه است. اما در مقاطع بعدی حیات عقد تبعی (اجراء و انحلال)، رابطه میان تعهد پایه و این عقد، رابطه ای دو سویه است؛ به این معنا که هم اجرای عقد تبعی در اجرای تعهد پایه تاثیر دارد و هم اجرای تعهد پایه در اجرای عقد تبعی مؤثر است. انحلال هر یک از عقد تبعی و تعهد پایه نیز به همین نحو در انحلال نهاد حقوقی مقابل مؤثر است. تنها در عقود تبعی است که شاهد چنین رابطه تبعی هستیم. در سایر انواع تبعیت در حقوق خصوصی، از یک سو تابعیت، صرفاً در مقطع انعقاد و انحلال، میان نهاد حقوقی اصلی و فرعی وجود دارد و از سوی دیگر این رابطه تبعیت یک سویه بوده و تنها نهاد حقوقی فرعی، تابع نهاد حقوقی اصلی است.

برخی روابط حقوقی وجود دارد که به نظر می رسد از مصادیق عقود تبعی باشد، اما دقت در ماهیت آن باعث تفکیک بین این روابط حقوقی و عقود تبعی می گردد. توجه به ماهیت عقد ضمان به عنوان مهم ترین مصداق عقود تبعی، تفاوت این عقد تبعی را با دیگر مواردی که به تعبیر حقوقدانان فرانسوی، با وحدت دین و ثنویت تعهد (Unicité de dette et dualité d' obligation) مواجه ایم، آشکار می سازد. در مواردی چون دین جمعی، مشترک یا تضامنی (Les dettes plurales, conjointes ou solidaires)، هر یک از مدیونین به عنوان اصیل در مقابل بستانکار متعهد است، اما در عقد ضمان ضم ذمه، به دلیل ماهیت تبعی آن، تعهد ضامن فرع بر تعهد مضمون عنه است. درست است که موضوع تعهد ضامن و مضمون عنه واحد است، اما تنها در صورتی مراجعه به ضامن مجاز است که مدیون اصلی از پرداخت دین خود امتناع نموده باشد. حتی درج شرط تضامن نیز باعث منتفی شدن ماهیت تبعی عقد نیست، بلکه با ایفای هر یک از ضامن یا مضمون عنه، تعهد طرف دیگر منتفی می گردد. تفاوت تعهد تضامنی با عقد ضمان دارای شرط تضامن در آن است که در تعهد تضامنی همه متعهدین در مقابل متعهد له اصالتاً مسئول اند، مانند مسئولیت غاصبین متعدد در مقابل مالک. اما در عقد ضمان با شرط تضامن، تعهد ضامن در مقابل مضمون له تابع تعهد مضمون عنه به نامبرده است. تنها شباهت این دو نهاد حقوقی در

وحدت دین است، اما از جهت تابعیت تعهد متعهدین، متفاوت است. در حقوق فرانسه نیز نظر غالب حقوقدانان بر آن اند که شرط تضامن در عقد ضمان، موجب سلب وصف تبعیت از تعهد ضامن نمی‌گردد. ایشان معتقدند که مسئولیت بدهکاران تضامنی (codébiteurs solidaires)، متفاوت از ضامنین تضامنی (Cautions solidaires) است. در واقع، با درج شرط تضامن در عقد ضمان، بدون آن که ماهیت این عقد تغییر یابد، برخی از آثار عقد ضمان از جمله لزوم تقدم مراجعه به مدیون اصلی منتفی می‌گردد. اما علاوه بر تفاوت نظری پیش گفته، تفاوت‌های عملی چندی نیز میان این دو نهاد حقوقی به چشم می‌خورد. شاید مهمترین تفاوت آن باشد که در ضمان تضامنی، چنانچه بستانکار، نخست به ضامن رجوع نموده و طلب خود را از وی دریافت نماید، ضامن می‌تواند برای دریافت مبلغی که پرداخته است، به مدیون اصلی مراجعه نماید. اما در خصوص بدهکاران تضامنی، مدیونی که دین را پرداخت می‌نماید، در واقع دین خود را پرداخته است و نمی‌تواند بابت سهم خود به دیگر بدهکاران مراجعه نماید. البته این امر تنها در خصوص آن بخش از مسئولیت صادق است که بر عهده شخص ضامن است، همانند مسئولیت هر یک از غاصبین نسبت به اتلاف منافع زمان تصرف خود (ماده 320 ق.م.) و یا مسئولیت ضامنی که مال در ید او تلف شده است (ماده 318 ق.م.). از سوی دیگر، ضامن تضامنی می‌تواند به تمامی ایراداتی که مدیون اصلی در مقابل بستانکار دارد، استناد نماید، درحالی که هر یک از بدهکاران تضامنی، در مقابل بستانکار مسئولیتی مستقل داشته و نمی‌تواند به ایراداتی که ممکن است یکی دیگر از بدهکاران در مقابل بستانکار از آن برخوردار باشد، استناد نمایند. بند 3 ماده 1294 ق.م.ف مقرر می‌دارد که مسئولین تضامنی نمی‌توانند به دفاعیاتی که مسئولین دیگر در مقابل طلبکار از آن برخوردار اند، استناد نمایند. در مقابل ماده 2036 همان قانون، در خصوص عقد ضمان مقرر می‌دارد: «ضامن می‌تواند به تمامی ایراداتی که به بدهکار اصلی تعلق داشته و از دین جدایی ناپذیر است، در مقابل طلبکار استناد نماید؛ با این حال، وی نمی‌تواند به ایراداتی استناد نماید که ذاتاً به شخص بدهکار مربوط است». در همین راستا،

دیوان کشور فرانسه نیز تصریح نموده است که عقد ضمان تضامنی بیش از هر چیز، یک عقد ضمان است و قاعده تضامن در چنین عقدی بایستی با رعایت تفسیر مضیق، اعمال گردد (Civ. 1er juin, 1983, Bull. Civ, no 165, D. 1984).

به این ترتیب، در مسئولیت تضامنی، یکی از مسئولینی که طرف دعوی قرار گرفته است، نمی تواند در مقام دفاع، به تحقق تهاوتر میان طلب بستانکار و طلب یکی از مدیونین تضامنی استناد نماید. اما در عقد ضمان تضامنی، ضامنی که طرف دعوی قرار گرفته است، می تواند به تحقق تهاوتر میان دین طلبکار با طلب مدیون اصلی، استناد نماید، هر چند که در عقد ضمان، شرط تضامن شده باشد. البته، رعایت این قاعده در خصوص تهاوتر در حقوق ایران، منوط به پذیرش نظریه ای است که تهاوتر را بدون استناد یکی از طرفین دعوی قابل تحقق ندانسته و ماهیت استناد یکی از طرفین به تهاوتر را مشابه ماهیت شرط متأخر در انعقاد عقد می داند (کاتوزیان، 1386، ص 458). با پذیرش این تعریف، شرایط تحقق تهاوتر قهری در حقوق ایران، مشابه با شرایط آن در حقوق فرانسه محسوب می گردد. اما چنانچه معتقد به قهری بودن تهاوتر، به نحوی باشیم که استناد یکی از طرفین موضوعیتی در تحقق تهاوتر نداشته و قاضی به هر ترتیبی که از تهاوتر دو دین با خبر شود، نسبت به آن حکم صادر نماید، بایستی بپذیریم که در مسئولیت تضامنی نیز چنانچه قاضی، با توجه به اظهارات مدیون تضامنی، از وقوع تهاوتر میان طلب خواهان و یکی از مدیونین تضامنی، مطلع گردد، موظف به صدور حکم نسبت به آن است. ذینفع بودن مسئول تضامنی در وقوع تهاوتر نیز نظریه اخیر را تقویت می نماید.

روش های انعقاد عقد تبعی را در فرضی که هدف از آن تضمین پرداخت طلب باشد، می توان در سه فرض خلاصه نمود. نخست فرضی که تضمین با توثیق اموال شخص طلبکار صورت می گیرد. شاید تصور فرضی که طلبکار بابت طلب خود تضمین می دهد دشوار باشد، اما این امر، در فرضی که طلبکار، یکی از اموال بدهکار را وارد دارایی خود نموده و آن را تا زمان وصول طلب، در مالکیت خود حفظ می نماید، قابل تحقق است.

چنین امری را می‌توان در اغلب مصادیق بیع شرط ملاحظه نمود، چرا که در بیع شرط، مالی که به تملک طلبکار در می‌آید، وثیقه طلب وی از مالک سابق قرار می‌گیرد. علاوه بر این، بیع حاوی شرط تأخیر انتقال مالکیت (Vente avec réserve de propriété) و اجاره به شرط تملیک (Crédit-bail) نیز دارای ماهیتی مشابه است. فرض دوم، عبارت است از فرضی که تضمین طلب، با توثیق اموال شخص ثالث صورت می‌پذیرد. در این فرض، اغلب اموال ضامن مستقیماً مورد توثیق قرار نمی‌گیرد، بلکه شخص وی مسئول تضمین پرداخت طلب بوده و کلیه اموال وی نیز وثیقه بدهی است. از این عقد در حقوق ایران با عنوان ضمان عقدی یاد می‌گردد. در فرض سوم، شخص بدهکار اقدام به توثیق اموال خود می‌نماید (Mestre, et al., 1996, p. 4). عقد اخیر در حقوق ایران موسوم به رهن است. در این نوشته از فرض اول در تقسیم بندی عقود تبعی به مستقل و غیر مستقل (بند دوم) و از فروض دوم و سوم در تقسیم بندی عقود تبعی به عینی و دینی بحث شده است (بند اول). علاوه بر این، افراد در انعقاد عقود تبعی، اهداف گوناگونی را پیگیری می‌نمایند. اگرچه هدف از عمده ترین عقود تبعی، مانند ضمان و رهن تضمین پرداخت طلب است، اما این هدف در برخی از عقود تبعی تسهیل پرداخت طلب از طریق انتقال طلب به شخص ثالث است. از این گونه عقود، در تقسیم بندی عقود تبعی به تضمینی و انتقالی سخن به میان آمده است (بند سوم).

### بند اول - تقسیم بندی عقود تبعی به عینی و دینی:

این تقسیم بندی بر مبنای موضوع عقد تبعی صورت گرفته است. به این معنی که در عقود که عین یک مال وثیقه طلب قرار می‌گیرد، عقد تبعی عینی محسوب شده (الف) و در فرضی که ابتدائاً ذمه شخصی در مقابل یک طلب مشغول شده و در نتیجه کلیه اموال وی وثیقه طلب قرار می‌گیرد، عقد تبعی دینی محسوب می‌گردد (ب).

### الف - عقود تبعی عینی:

در حقوق فرانسه، عقود تبعی به دو دسته رهن عینی و رهن عادی تقسیم می‌گردد. رهن عینی، یعنی رهنی که برای صحت آن قبض عین مرهون توسط مرتهن ضروری است، نیز به دو دسته رهن عینی منقول و رهن عینی غیر منقول تقسیم می‌گردد. در عقود تبعی عینی، متعهد عقد تبعی الزاماً همان متعهد تعهد پایه نیست، بلکه ممکن است شخص ثالث مال خود را برای تضمین بدهی شخص دیگری، نزد طلبکار وثیقه بگذارد. البته در حقوق انگلیس، اعتقاد بر آن است که چنانچه متعهد عقد تبعی عینی، شخص ثالث باشد، به این معنی که شخصی غیر از مدیون اصلی، مال خود را جهت تضمین دین شخص اخیر، نزد طلبکار امانت گذارد، برای طلبکار نسبت به مال موضوع عقد، حق رجحان (Preference) ایجاد نمی‌گردد (O'Donovan, 2003, p. 187). حقوقدانان انگلیسی، نه تنها ایجاد حق رجحان را منحصر به عقدی می‌دانند که شخص مدیون اقدام به ترهین مال خود نموده است (Third party mortgage)، بلکه ایجاد حق رجحان نسبت به مال شخص ثالث را نیز مخالف نظم عمومی می‌دانند. البته، چنانچه شخصی، مال خود را بابت بدهی خود و شخص ثالث در رهن طلبکار قرار دهد، برای شخص اخیر نسبت به عین مرهونه حق رجحان ایجاد می‌گردد (Ibid).

### ب - عقود تبعی دینی:

همان گونه که ذکر گردید در عقود تبعی دینی، اموال متعهد مستقیماً مورد توثیق قرار نمی‌گیرد، بلکه شخص وی مسئول تضمین پرداخت طلب متعهد له بوده و کلیه اموال شخص نیز وثیقه بدهی وی است. این امر، نه تنها در خصوص عقدی چون ضمان صادق است، بلکه نسبت به دیگر مصادیق عقود تبعی دینی مانند کفالت و بیمه مسئولیت نیز صادق است. در عقود تبعی دینی، برای متعهد له عقد، نسبت به کلیه اموال متعهد عقد حق ایجاد می‌گردد. البته این حق، متضمن ایجاد اولویت یا رجحان برای متعهد له عقد تبعی نیست،

بلکه وی مانند طلبکاران دیگر، حق وثیقه عام نسبت به کلیه اموال متعهد عقد تبعی کسب می نماید.

شهادت ثانی در مسالک ضمان را به سه دسته تقسیم نموده است؛ نخست تعهد به نفس که کفالت است، دوم تعهد به مال از سوی شخصی که چیزی به عهده اش نیست که ضمان به معنی اخص است و سوم تعهد به مال از سوی شخصی که مالی بر عهده اش است که حواله است (شهادت ثانی، ص 172). از این تعریف می توان به عنوان یکی از تعاریف معتبر در بحث از عقود تبعی دینی نام برد. شهادت ثانی این تقسیم بندی را به مؤلف شرایع منتسب نموده و سپس به آن ایراد وارد می نمایند. به اعتقاد شهید، این تعریف با اعتقاد مؤلف نسبت به صحت حواله ای که در آن محال علیه به محیل بدهکار نیست در تعارض است، چراکه در صورتی که عقد اخیر را حواله بدانیم، تعریف ضمان، شامل مصادیق حواله نیز می گردد. البته ایشان دفع این اشکال را به این صورت ممکن می دانند که این تقسیم بندی را ناظر بر محل وفاق و آن مصادیقی از عقد حواله بدانیم که محال علیه به محیل بدهکار است (شهادت ثانی، ص 172).

برخی از حقوقدانان فرانسوی تفاهم نامه ها (Les lettres d'intention ou de confort) را در کنار عقد ضمان (Le cautionnement) و ضمانت های مستقل (Les garanties autonomes)، از مصادیق ضمانت های شخصی یا دینی (Les sûrtés personnelles) دانسته اند (Simler et Délebecque, 1989, p. 196). تفاهم نامه ها تا آنجا که به عقد ضمان مربوط است، عبارت است از سندی که به موجب آن شخص ثالثی، قصد خود را مبنی بر تضمین تعهدات بدهکار در مقابل طلبکار اعلام می نماید. به دلیل نامعلوم بودن اشکال و مصادیق موافقت نامه ها، حقوقدانان فرانسوی در تعیین ماهیت حقوقی این اسناد دچار اختلاف نظر شده اند.

تفاهم نامه های مربوط به عقد ضمان را می توان به انحاء مختلف تفسیر نمود، به نحوی که واجد ماهیت های حقوقی گوناگون گردد. از یک سو، به نظر طبیعی می رسد که

مخاطب این گونه تفاهم نامه ها، آن را به عنوان ضمانتی واقعی مدنظر قرار دهد. در مقابل، ابهام و عدم تعیین در عبارات این گونه تفاهم نامه ها، ممکن است در امضاء کننده، این اعتقاد را به وجود آورد که به موجب چنین سندی، هیچ تعهدی را بر عهده نمی گیرد. در مقابل این دو رویکرد افراطی، رویه قضایی فرانسه، رویه ای میانه اتخاذ نموده است. به این نحو که این تفاهم نامه ها را به عنوان تعهد به فعل (L'obligation de faire) تفسیر نموده و در نتیجه تخلف از آن را باعث استحقاق مخاطب به دریافت خسارت (Dommages et intérêts) دانسته است (Simler et Délebecque, 1989, p. 197).

در برخی موارد ممکن است اعتقاد به همسانی ماهیت این گونه تفاهم نامه ها با عقد ضمان، موجه به نظر رسد. نحوه نامگذاری و عبارات متن تفاهم نامه ها، ممکن است به صورتی باشد که به نظر رسد چنین تفاهم نامه ای، موجد عقد ضمانی الزام آور و یا حتی ضمانتی مستقل است. در این رابطه، وجود یا عدم وجود اصطلاحات ضمان یا ضمانت در عنوان یا متن تفاهم نامه بی تأثیر است. هرگونه تعهد یا وعده ای مبنی بر جایگزینی به جای بدهکاری که از پرداخت بدهی خود عاجز است یا امتناع می نماید، می تواند از مصادیق ضمانت موضوع قانون تجارت محسوب گردد. شعبه مستقر در استان مونیخ دیوان کشور فرانسه (Cour de Montpellier) در رای مورخ 10 زانویه 1985 خود پرونده ای را با همین موضوع مورد حکم قرار داده است. در این پرونده، شرکت مادر خطاب به یکی از طلبکاران شرکت تابع خود، عنوان می دارد: «ما قصد خود مبنی بر پی گیری و تقبل نیازهای مالی شرکت تابع خود را تصدیق نموده و در صورت لزوم برای ایفای تعهدات این شرکت، در مقابل شما جایگزین آن خواهیم بود». دادگاه تجدید نظر، در این پرونده استدلال شرکت مادر مبنی بر آن که شرکت مادر مطابق این سند، صرفاً تعهدی اخلاقی (Un simple engagement morale) بر عهده گرفته است را رد نموده و قائل به آن شده است که شرکت مادر تعهد به فعل و حتی تعهد به نتیجه را در مقابل طلبکار شرکت تابع خود پذیرفته است. شعبه دیوان کشور مستقر مونیخ نیز در بررسی رأی دادگاه تجدیدنظر،

اعلام می نماید که شرکت مادر در فرض قصور شرکت تابع از ایفای تعهد، متعهد به جانشینی به جای وی بوده است: «شخصی که به صورت غیر مبهم و واضح اراده خود را مبنی بر تعهد در مقابل طلبکار با موضوع ایفای تعهدات بدهکار در فرض قصور شخص اخیر، اعلام می نماید، ضامن چنین تعهدی محسوب می گردد» (Com. 21 déc. 1987, préc., sur porvoi c. Montpellier. 10 janv. 1985, préc.).

این نخستین بار بوده است که دیوان کشور فرانسه، اقدام به تفسیر یک تفاهم نامه مرتبط با عقد ضمان می نماید. البته این رأی، از نظر دور نداشته است که بین تعهد اخلاقی و ضمانت الزام آور، یک وضعیت واسطه وجود دارد: «تفاهم نامه به رغم ویژگی یک جانبه آن، وقتی که مورد قبول مخاطب قرار می گیرد، با توجه به قصد مشترک طرفین، متضمن تعهدی قراردادی برای امضاء کننده، نسبت به انجام یا عدم انجام کاری و یا تضمین نتیجه ای می گردد، هر چند که موجد عقد ضمانی الزام آور نباشد» (Simler et Délebecque, 1989, p. 199).

در مقابل، بسیاری دادگاه های فرانسه در مواردی، تفاهم نامه های مرتبط با ضمانت را صرفاً متضمن تعهدی اخلاقی دانسته اند. چنانچه عبارات تفاهم نامه موضوع دعوا، متضمن هیچ گونه تعهد حقوقی نباشد، دادگاه ها اغلب خود را ملزم می دانند تا هرگونه اثر حقوقی را نسبت به چنین اسنادی نفی نمایند. به این ترتیب، در فرضی که یک بانک، اقدام به معرفی و توصیه شخصی به شرکتی می نماید، به موجب این اقدام مسئولیتی در مقابل قصور مشتری نسبت به پرداخت ثمن نمی یابد (Cf. Paris, 30 avril, 1984). دادگاه های فرانسه حتی در فرضی که شرکت مادر، میزان دارایی شرکت تابع خود را به بانکی اعلام می نماید، شرکت مادر را مسئول تعهدات شرکت تابع در مقابل بانک ندانسته اند (Cf. Bordeaux, 6 oct. 1985).

دادگاه های فرانسه اغلب هیچ یک از این دو موضع افراطی را اتخاذ نمی نمایند. در مقابل، در فرضی که تفاهم نامه مورد بررسی متضمن تعهد امضاء کننده به ایفای تعهد

بدهکار و یا جانشینی به جای وی در فرض قصور وی از ایفای تعهد نیست، بلکه امضاء کننده صرف متعهد شده است تا تمام تلاش خود را برای ایفای تعهد از جانب بدهکار به کار بندد، تفاهم نامه از نظر دادگاه های فرانسه متضمن نوعی تعهد به فعل است و نه عقد ضمان. تفاوت تعهد به فعل و عقد ضمان در آن است که در فرض اخیر، در صورت عدم ایفای تعهد از جانب بدهکار اصلی، طلبکار می تواند مبلغی معادل طلب خود از بدهکار را از ضامن مطالبه و وصول نماید. اما در فرضی که امضاء کننده تفاهم نامه را صرفاً نسبت به انجام فعلی متعهد بدانیم، در صورت نقض این تعهد، طلبکار صرفاً می تواند خساراتی را که از این بابت متحمل شده است، از امضاء کننده مطالبه نماید و نه تمام طلب خود را (Simler et Délebecque, 1989, p. 199). تعهد به فعل موضوع تفاهم نامه ها، خود می تواند تعهد به وسیله (Obligation de moyen) یا تعهد به نتیجه (Obligation de résultat) باشد. در فرضی که امضاء کننده تفاهم نامه اعلام نموده است که متعهد است تمام تلاش خود را برای ایفای تعهد توسط بدهکار به کار گیرد، تعهد وی، چیزی بیش از تعهد به وسیله نخواهد بود. در این فرض، طلبکار برای دریافت خسارت بایستی، عدم تلاش یا اقدام امضاء کننده را اثبات نماید. اما چنانچه چنین عباراتی از سوی شرکت مادر که دارای تسلط بر روی شرکت تابع است، بیان گردد، عدم ایفای تعهد از سوی شرکت تابع، به منزله نقض قرارداد از سوی شرکت مادر است. چرا که این وضعیت نشان می دهد که این شرکت، تمام تلاش خود را برای اجرای تعهد توسط شرکت تابع به کار بسته است (Simler et Délebecque, 1989, p. 200). در این فرض، چنانچه شرکت مادر در تفاهم نامه، متعهد به تهیه مقدمات و ملزومات ایفای تعهد از سوی شرکت تابع گردد، با این که شرکت مادر جایگزین شرکت تابع نمی گردد، اما تعهد وی تبدیل به تعهد به نتیجه شده و به صرف عدم ایفای تعهد از جانب شرکت تابع، شرکت مادر ملزم به جبران خسارات طلبکار خواهد بود.

### بند دوم- تقسیم بندی عقود تبعی به مستقل و غیر مستقل:

مبنای این تقسیم بندی، عبارت از آن است که آیا تعهد پایه موضوع عقد تبعی قرار گرفته است و یا آن که بدون این که چنین وضعیتی وجود داشته باشد، عقد تبعی وابسته و مرتبط با تعهد دیگری باشد. عقد نوع اول را عقد تبعی غیرمستقل (ب) و عقد نوع دوم را عقد تبعی مستقل (الف) می نامند.

### الف- عقود تبعی مستقل:

همان گونه که اشاره شد، عقود تبعی مستقل در ظاهر بدون ارتباط و تبعیت از تعهد دیگری منعقد می گردد، اما دقت در ماهیت و خصوصاً هدف طرفین در انعقاد چنین عقودی، ماهیت تبعی این عقود را روشن می سازد. برای مثال، در بیع شرط، در ظاهر بائع مال خود را به دیگری می فروشد، بدون آن که این عمل حقوقی، ارتباطی با دیگر روابط حقوقی ایشان داشته باشد. اما دقت در ماهیت این عقد و هدف طرفین از انعقاد آن، روشن می سازد که این معامله برای تضمین طلب مشتری از بائع صورت گرفته و طرفین در واقع قصد انعقاد بیع و انتقال مالکیت مبیع به مشتری را نداشته اند. به همین خاطر نیز قانونگذار در مواد 34 و 34 مکرر قانون ثبت مصوب 1351، بیع شرط را صرفاً مفید ایجاد حق رهن برای مشتری نسبت به مبیع دانسته و نه انتقال مالکیت مبیع به مشتری. البته عقود تبعی مستقل، همیشه نسبت به مالی خاص واقع نمی شود، بلکه ممکن است شخصی به طور مستقل، تعهدی را بپذیرد، بدون آن که تعهد خود را مربوط به تعهد دیگری نماید. موارد اخیر، در این نوشته تحت عنوان عقود تبعی دینی مستقل (1) و عقود را که مال خاصی موضوع آن قرار می گیرد، تحت عنوان عقود تبعی عینی مستقل (2) مورد بحث قرار گرفته است.

### 1) عقود تبعی دینی مستقل:

ضمان به عنوان یکی از عقود دینی، اغلب به صورت تبعی منعقد می گردد. با این حال ممکن است که عقد ضمان به طور مستقل منعقد گردد. مانند آن که شخصی بدون اینکه

تعهدی پایه وجود داشته باشد، تعهد به پرداخت مبلغی در صورت تحقق شرایطی نماید. همچنان که در ضمانت نامه های بانکی، بانک مربوطه بدون آن که متقاضی، به ذینفع مدیون باشد، اقدام به تعهد به پرداخت مبلغی می نماید. در رابطه با این عقود این بحث مطرح می گردد که آیا تابع قواعد عمومی عقود تبعی است یا خیر؟ به نظر می رسد که ماهیت این عقود، قابل مقیسه با ماهیت عقودی چون هبه معوض باشد. همان گونه که می دانیم، هبه معوض، به رغم آن که همراه با شرط عوض است، اما ماهیتا مجانی است و قواعد عمومی عقود رایگان نسبت به آن اعمال می گردد. در انعقاد چنین قراردادهایی نیز به رغم آن که ساختمان ظاهری عقد مستقل است، اما در واقع، طرفین نظر به تضمین یا تسهیل اجرای تعهد دیگری داشته اند. به همین خاطر، ماهیت تبعی این قراردادها، از ملاک عمل قرار دادن علت غائی عقد قابل استنباط است. ماهیت وابسته این قرارداد ها با توجه به این واقعیت نیز قابل احراز است که با وصول ضمانت نامه بانکی توسط ذینفع، تعهد پایه منحل می گردد. از سوی دیگر، با ایفای تعهد پایه، ضمانت نامه بانکی قابل مطالبه نبوده و منتفی می گردد. بنابراین، اجرا و انحلال ضمانت نامه های بانکی، تابع اجرا یا انحلال رابطه پایه است. دیوان کشور فرانسه در رأی اصراری در 1999، بر ماهیت تبعی ضمانت های مستقل (La garantie autonome) تأکید نموده است (Ass. Plén., 4 juin 1999, JCP1999, éd. GII, 1052). البته برخی از مولفین فرانسوی ماهیت این عقود را بیشتر به عقد بیمه نزدیک می داند تا عقد ضمان (Seub, 2006, p 8).

## 2) عقود تبعی عینی مستقل:

بحث مربوط به شمول قواعد عمومی عقود تبعی نسبت به عقد ضمان مستقل، نه تنها در خصوص ضمانت های شخصی مستقل (مانند ضمانت نامه های بانکی) صادق است، بلکه شامل ضمانت های عینی مستقل (Propriété-garantie) نیز می گردد. از جمله مصادیق ضمانت های مستقل عینی بیع شرط است که در آن طلبکار برای تضمین طلب خود اقدام به توثیق مال بدهکار می نماید. اگر چه ظاهر این عقد مستقل است، اما این نکته که با ایفای

تعهد پایه، این عقد منحل می‌گردد، نشان دهنده ماهیت تبعی این عقد است. علاوه بر بیع شرط (یک)، بیع حاوی شرط تأخیر انتقال مالکیت (دو) و اجاره به شرط تملیک (سه) نیز از عقود تبعی عینی محسوب می‌شوند.

تفاوت عقود تبعی عینی مستقل، با سایر عقود تبعی عینی آن است که در عقود تبعی عینی مستقل، اولویت به نفع طلبکار حاصل نمی‌گردد، بلکه وی نسبت به مال موضوع معامله حق انحصاری تحصیل می‌نماید. به همین خاطر، برخی معتقدند که عقود مورد بحث را نمی‌توان از عقود تبعی دانست، زیرا این عقود نه برای طلبکار حق اولویت ایجاد می‌نمایند و نه حقی عینی نسبت به مال دیگری. هدف طرفین ایجاد اولویت برای طلبکار در وصول طلب است، اما سازکار اتخاذی توسط ایشان، موجب ایجاد حق انحصاری برای طلبکار نسبت به مال موضوع وثیقه می‌گردد (Mestre et al, 1996, p. 29). با این حال، به نظر می‌رسد که وابستگی این عقود، به تعهدی که از قبل وجود دراد و ارتباط آن با چنین تعهدی، برای تبعی دانستن این عقود کافی است.

### یک- بیع شرط:

به موجب ماده 458 قانون مدنی در عقد بیع متعاملین می‌توانند شرط نمایند که اگر بایع در مدت معینی تمام ثمن را به مشتری رد نماید، خیار فسخ معامله را خواهد داشت. به این ترتیب، مطابق قانون مدنی بیع شرط مفید انتقال مالکیت به مشتری بوده و تا زمانی که بایع اقدام به فسخ معامله ننماید، مبیع در ملکیت مشتری باقی می‌ماند. با این حال، اطلاق این ماده به موجب مواد 34 و 34 مکرر قانون ثبت، اصلاحی سال 1351 در خصوص بیع شرط نسبت به اموال غیر منقول، مقید شده است. به این معنی که به موجب صدر ماده 34 قانون ثبت، در کلیه معاملات شرطی راجع به غیر منقول، هرگاه بایع ثمن را به مشتری رد نماید، بایع می‌تواند وصول طلب خود را از دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست نماید. بنابراین، بیع شرط، نسبت به اموال غیر منقول باعث انتقال مالکیت مبیع به مشتری نمی‌گردد، بلکه صرفاً برای مشتری نسبت به ملک موضوع معامله، حق رجحان ایجاد می‌نماید. در

واقع، قانونگذار با به رسمیت شناختن ماهیت تبعی بیع شرط و هدف طرفین معامله از انعقاد آن، آثار عقود تبعی را بر بیع شرط که به ظاهر معامله ای است مستقل و غیر تبعی، بار نموده است.

## دو- شرط تأخیر انتقال مالکیت:

شرط تأخیر انتقال مالکیت (Reservation of title, réservation de propriété) عبارت است از انواع شروطی که در بیع باعث می شود تا به رغم فراهم بودن تمامی شرایط انتقال مالکیت مبیع، از فروشنده به خریدار، این انتقال به تأخیر افتد (Guy et Lambert, 1974, p 269). این تعریف عبارت بود از تعریف به نتیجه. اما این شرط را از جهات دیگری نیز می توان تعریف نمود، از جمله تعریف به اقسام و تعریف به سبب. با توجه به سبب و علت غائی این شرط نیز می توان آن را به اقسامی، تقسیم نمود. به این جهت این شرط دارای اقسام متعددی است که طرفین از درج هر کدام هدف خاصی را دنبال می نمایند. هدف از درج این شروط ممکن است تضمین پرداخت ثمن توسط مشتری، یا عدم نیاز مشتری به مالکیت مبیع برای مدت شرط، یا احتیاج شخصی بایع به در تملک داشتن مبیع برای مدتی، و یا اعطای مهلتی به بایع یا مشتری برای تفکر در خصوص انجام یا عدم انجام معامله مشروط به شرط تأخیر انتقال مالکیت، باشد (Ibid). شرط تأخیر انتقال مالکیت، با توجه به هدف طرفین از درج آن و در واقع اراده ضمنی طرفین آثار متفاوتی در بر دارد. البته همچنان که خواهد آمد، شرط تأخیر انتقال مالکیت ظهور در آن دارد که به نفع بایع بوده و جهت تضمین پرداخت ثمن از سوی مشتری، در قرارداد درج شده است. چرا که در عقود مغایره که بیع نیز یکی از آنها است، هر کدام از طرفین سعی دارد تا هر چه زودتر عوض قراردادی به وی منتقل گردد. به این ترتیب در مورد قراردادی که توافق شده است تا انتقال مالکیت به مشتری به تأخیر افتد، اوضاع و احوال ظاهر در آن است که این شرط به نفع بایع در قرارداد آمده است.

البته چنانچه ذینفع اثبات نماید که برخلاف این ظهور، شرط تأخیر انتقال مالکیت با هدفی غیر از تضمین پرداخت ثمن و مثلاً به نفع مشتری درج شده است و طبق این شرط فرصتی به وی جهت مذاقه و بررسی مبیع و شرایط قراردادی داده شده است، در این صورت ظهور مربوطه قابلیت استناد خود را از دست داده و احکام متفاوتی بر قرارداد و شرط مندرج در آن بار خواهد شد. بنابراین، برخلاف اعتقاد برخی از نویسندگان (فاسمی، 1382، ص 240) هدف منحصر درج شرط تأخیر انتقال مالکیت در بیع در حقوق فرانسه و حقوق کشورمان، ایجاد وثیقه به نفع بایع نمی باشد، بلکه این امر می تواند، اهداف متعددی از جمله نیاز شخصی بایع برای مدتی به مبیع و یا آزمایش مبیع توسط مشتری را در پس خود داشته باشد.

موضوع بیع مشروط به شرط تأخیر انتقال مالکیت در حقوق کشورمان می تواند هر نوع مالی، اعم از منقول و غیر منقول و یا مادی و غیرمادی باشد. در حقوق فرانسه، قانونگذار برای موضوع بیع مشروط به شرط تأخیر، شرایطی را برشمرده است. ماده 65 قانون 1967 و ماده 121 قانون 1985 این کشور، شرط تأخیر انتقال مالکیت را تنها در صورتی معتبر دانسته است که مبیع از اموال مادی منقول باشد و پرداخت ثمن نیز متاخر از تسلیم مبیع باشد (Ghestin et Desché, 1990, N.652). در خصوص اثر شرط تأخیر انتقال مالکیت در حقوق ایران، لازم به ذکر است که مطابق نظریه مشهور فقهی، شروط ضمن عقد تنها مجازند تا آثار تکلیفی عقد را منتفی سازند. مانند آن که طرفین عقد بیع شرط نمایند که بایع ملزم به تسلیم مبیع نباشد و شخص مشتری نسبت به آن اقدام نماید. اما هیچ یک از فقها قائل به صحت شروطی که مغایر آثار وضعی عقود باشد، نشده اند. فقهای شیعه در بسیاری موارد به استناد اخبار موجود، شرطی را که در صدد نفی آثار وضعی عقود باشد، از جمله شروط نامشروع و باطل دانسته اند (انصاری، 1379، ص 89). به همین خاطر، در تعیین آثار شرط تأخیر انتقال مالکیت در حقوق ایران، اگر قائل به آن باشیم که این شرط، اثر وضعی عقد بیع (انتقال مالکیت مبیع) را به رغم آن که همه اسباب قانونی و شرعی برای انتقال

مالکیت مبیع فراهم است، برای مدتی منتفی می‌سازد، در واقع قائل به بطلان شرط تأخیر انتقال مالکیت شده‌ایم. دلیل دیگر بی اعتبار بودن این شرط در حقوق ایران، آن است که در حقوق ایران سبب انتقال مالکیت مبیع، مستقیماً اراده طرفین عقد نیست، تا این اراده بتواند انتقال مالکیت را به تأخیر اندازد، بلکه وضعیت مبیع و سایر شرایط عینی عقد، تبیین کننده زمان انتقال مالکیت مبیع است. در مقابل، در حقوق انگلیس، زمان انتقال مالکیت مبیع، مستقیماً توسط طرفین تعیین شده و این توافق می‌تواند هر زمانی را برای انتقال مالکیت مبیع تعیین نماید. در حقوق امریکا نیز شرط تأخیر انتقال مالکیت، مانع انتقال مالکیت مبیع به مشتری نمی‌گردد، بلکه صرفاً باعث می‌شود تا بایع بابت ثمن، بر روی مبیع حق رهن پیدا نماید (Raphael, 1967, p. 35-36). دلیل دیگر بی اعتباری این شرط در حقوق ایران نیز آن است که در حقوق ایران و فقه شیعه، علت بسیاری از آثار بیع مانند انتقال ضمان معاوضی به مشتری، انتقال مالکیت مبیع است. جال چنانچه قائل به صحت شرط تأخیر انتقال مالکیت، به همان صورتی که طرفین خواسته‌اند باشیم، بدون این که مالکیت مبیع به مشتری منتقل گردد، ضمان معاوضی به وی منتقل شده و تلف مبیع از مال وی خواهد بود. تلف مبیع از مال مشتری، بدون انتقال مالکیت مبیع به وی، با هیچ قاعده‌ای قابل توجیه نبوده و شرطی که چنین اثری داشته باشد، مخالف مقتضای ذات عقد است. بنابراین، جهت جلوگیری از بی اعتباری این شرط، بایستی قائل به آن بود که اثر این شرط، همانند اثر شرط تعلیقی بوده و تا زمان تحقق آن کلیه آثار بیع معلق می‌گردد (شکوهی زاده، 1386، ص 89).

### سه - اجاره به شرط تملیک:

در حقوق ایران قرارداد اجاره به شرط تملیک، بر حسب نحوه انتقال مالکیت موضوع معامله به مستأجر بر دو نوع است:

1- قراردادهایی که در پایان مدت اجاره، مستأجر می‌تواند با پرداخت مبلغی اضافی یا بدون آن، بسته به شرایط قراردادی، مال موضوع قرارداد را تملیک نماید. برخی از

حقوقدانان کشورمان، این نوع قرارداد را به وعده یک طرفی بیع تشبیه نموده اند (کاتوزیان، 1371، ص 77). وجه این تشبیه آن است که در این گونه قراردادها، موجر به عنوان بایع، بطور یک طرفه انعقاد عقد بیع را پیشنهاد می نماید و سبب تملیک را به گونه ای می سازد که به صرف قبول طرف پیشنهاد، عقد بیع انعقاد یافته و مالکیت موضوع آن انتقال یابد.

2- نوع دوم، قراردادهایی است که مستأجر با پرداخت آخرین قسط قرارداد، خود به خود مالک موضوع آن می گردد. در این فرض تملیک به مستأجر با پرداخت آخرین قسط ثمن، خود به خود صورت می گیرد و هیچ کدام از بایع و مشتری نمی توانند به تنهایی مانع این امر گردند.

بر خلاف حقوق ایران که قراردادهای اجاره به شرط تملیک به دو گونه فوق انعقاد می یابد، یعنی هم ممکن است پس از پرداخت آخرین نوبت اجاره بها مال موضوع قرارداد خود به خود به مالکیت مستأجر در آید و هم مستأجر حق انتخاب تملک مال را طبق شرایط قراردادی دارا باشد، در حقوق انگلستان قرارداد اجاره به شرط تملیک تنها به قراردادهایی اطلاق می گردد که در آن مستأجر در پایان قرارداد، حق داشته باشد که میان تملک یا بازپس دهی مال، یکی را انتخاب نماید (Guest, 2002, p. 410). البته این گفته بدان معنی نیست که در حقوق انگلستان عقدی که در آن خریدار با پرداخت آخرین قسط ثمن، مالک موضوع قرارداد گردد وجود ندارد یا انعقاد آن ممنوع باشد، بلکه چنین عقدی دیگر عنوان اجاره به شرط تملیک را نخواهد داشت و مشمول احکام آن نخواهد بود، بلکه به چنین عقدی در حقوق انگلستان فروش اعتباری (Credit-Sale) اطلاق می گردد که دارای عنوان و آثار متفاوتی از اجاره به شرط تملیک است (Bey, 1970, p4).

با توجه به موارد فوق، در تحلیل ماهیت حقوقی قرارداد اجاره به شرط تملیک در حقوق ایران چند نظریه ممکن است مطرح گردد:

1- ماهیت این قرارداد متمایل به عقد اجاره است و تملیک در آن چهره ای فرعی دارد و مانند هر شرط ضمن عقدی تابع عقد اصلی است. در واقع، ماده 1 آیین نامه شورای پول و اعتبار نیز قرارداد اجاره به شرط تملیک را به عنوان اجاره ای با شرایط خاص تعریف نموده است. با این حال، به نظر می رسد پذیرش این نظر نه تنها با ماهیت قرارداد اجاره به شرط تملیک و قصد طرفین مطابقت ندارد، بلکه منجر به بروز دشواری های حقوقی در تبیین ماهیت و احکام این قرارداد نیز می گردد. از جمله آن که عقد اجاره عقدی معوض است و بایستی در آن دو عوض وجود داشته باشند که در تحلیل حقوقی، هر کدام علت دیگری قلمداد می گردد. حال چنانچه ما قرارداد اجاره به شرط تملیک را ماهیتاً اجاره به شمار آوریم و تملیک پایانی را محصول درج شرط تملیک، ضمن این عقد اصلی بدانیم (سیردانی، 1377، ص 58)، در فرضی که مستأجر با پرداخت آخرین نوبت مال الاجاره، خود به خود مالک موضوع اجاره می گردد، از آنجا که مجموع اقساط مال الاجاره ثمن این بیع محسوب شده اند، عقد اجاره یکی از عوضین خود را که همان مال الاجاره باشد از دست داده و در چنین فرضی بطلان آن محرز خواهد بود. چرا که نمی توان وجه پرداختی از ناحیه مستأجر را در یک زمان، هم اجاره بها محسوب نمود و هم ثمن معامله.

از سوی دیگر چنانچه قرارداد اجاره به شرط تملیک را عقد اجاره ای به شمار آوریم که در آن شرط ضمن عقد تملیک نهایی گنجانده شده است، با بطلان عقد اصلی شرط ضمن آن نیز باطل خواهد بود. در فرض بالا برای منافع عین مستأجره نمی توان عوضی در قرارداد یافت، و بنابراین، عقد اجاره باطل است. فروض بسیار دیگری نیز می توان یافت که در آنها عقد اجاره باطل بوده و چنانچه تملیک پایانی را شرط ضمن این عقد بدانیم، با بطلان عقد، شرط نیز باطل خواهد بود. حال چنانچه ما به این دلایل شرط تملیک را باطل بدانیم، حکمی صادر نموده ایم که صراحتاً با اراده طرفین مغایر است. به این ترتیب تحلیل قرارداد اجاره به شرط تملیک، به یک عقد اجاره اصلی و شرط تملیک ضمن آن، نه تنها با ماهیت این عقد سازگار نیست، بلکه از مصلحت حقوقی و اجتماعی نیز به دور است.

2- نظریه دومی که قابل دفاع تر است، آن است که از آن جا که عقد، تابع قصد واقعی دو طرف است و در قرارداد اجاره به شرط تملیک، هدف اصلی فروش کالا است که اجاره مقدمه آن قرار می گیرد، آنچه واقع شده بیع است. در همین جهت برخی از حقوقدانان کشورمان در تعریف قرارداد اجاره به شرط تملیک آن را «بیعی که وعده متقابل آن به صورت اجاره مبیع به خریدار در آمده است» دانسته اند (کاتوزیان، 1371، ص 78). به این ترتیب قرارداد اجاره به شرط تملیک در حقوق ایران بیعی است که تملیک در آن پس از عمل مشتری به کلیه شرایط قراردادی، حسب مورد خود به خود یا به انتخاب مشتری، محقق می گردد.

توجه به هدف طرفین قرارداد اجاره به شرط تملیک در انعقاد چنین قراردادی، روشن کننده آن است که با توجه به عدم پرداخت نقدی ثمن معامله، بایع خواستار آن است که مبیع تا زمان پرداخت کامل ثمن، در مالکیت وی باقی بماند. همین واقعیت است که باعث شده است تا قرارداد اجاره به شرط تملیک را به رغم آن که در آن مالی برای تضمین پرداخت ثمن معامله توثیق نمی شود، از مصادیق عقود تبعی عینی مستقل بدانیم.

### بند سوم - تقسیم بندی عقود تبعی به تضمینی و انتقالی:

تفکیک بین این دو نوع عقد در ظاهر آسان است، اما در عمل دشواری های بسیاری را ایجاد می نماید. در عقود تبعی تضمینی، موضوع عقد عبارت است از پرداخت طلب داین، پس از قصور مدیون اصلی. البته ممکن است داین بتواند بدون مراجعه به مدیون اصلی، ابتدائاً به متعهد عقد تبعی اعم از ضامن و کفیل و غیره... مراجعه نماید، اما در این عقود، با انعقاد عقد، دین مدیون اصلی همچنان معتبر باقی خواهد ماند. در مقابل، در عقود تبعی انتقالی، متعهد عقد تبعی تعهد می نماید تا در زمان مشخص یا در صورت وقوع حادثه مشخص، مانند تسلیم مبیع توسط متعهد له عقد تبعی به مدیون اصلی، مبلغ مشخصی را به داین پرداخت نماید (O'Donovan. 2003, p. 30). در این فرض اجرای تعهد متعهد عقد تبعی، منوط به قصور مدیون اصلی نشده است.

برای ذکر مثالی در خصوص عقود تبعی انتقالی، می توان به عقد حواله اشاره نمود که هدف از انعقاد آن، تسهیل پرداخت دین محیل به محال است. به واسطه همین اثر عقد حواله است که برخی از فقها عقد حواله را یکی از مصادیق عقد وکالت دانسته اند و نه عقدی مستقل (طباطبایی، بی تا، ص 383). مطابق این تعبیر، در عقد حواله، محال در وصول طلب محیل از محال علیه جانشین محیل نشده و به وکالت از وی اقدام می نماید. البته مولف مستمسک با این نظریه مخالفت می نماید. ایشان عنوان می دارند که مولف در تعریف عقد حواله، همانند اغلب فقها، عقد حواله را مقتضی نقل دین محیل به محال علیه می داند. در حالی که اعتقاد به وکالت محال از محیل برای وصول طلب شخص اخیر از محال علیه، مستلزم نقل دین نیست. بنابراین، به تعبیر مولف مستمسک، مولف عروه بین دو دعوی متناقض جمع نموده است و جمع بین متناقضین محال است (همان، ص 383).

در تشخیص این که عقدی خاص، عقد تبعی تضمینی است و یا انتقالی بایستی، قصد واقعی طرفین و عباراتی را که در عقد قرارداد به کار رفته است توجه داشت. در حقوق انگلیس در فرضی که شخص به فروشنده عنوان نماید «کالا را به وی تسلیم کن من خود ثمن را به تو پرداخت می نمایم»، قرارداد را موجب انتقال دین مدیون اصلی به ضامن دانسته و تعهد وی را تعهدی اولیه (Primary Liability) می دانند (O'Donovan. 2003, p. 31)

در مقابل در فرضی که در قرارداد عباراتی همچون «تگران وصول طلب خود نباشید من به شما اطمینان می دهم» آمده باشد، عقد را ضمان دانسته و دین مدیون اصلی را با بر جا دانسته اند.

بعد از انعقاد عقد تبعی نیز ممکن است طرفین اقدام به توافقاتی نمایند که ماهیت عقد را از نظر تضمینی و یا انتقالی بودن، تغییر دهد. در این خصوص، هم تبدیل یک عقد تبعی تضمینی به یک عقد تبعی انتقالی ممکن است و هم تبدیل یک عقد تبعی انتقالی به یک عقد تبعی تضمینی. برای مثال، ممکن است ضامن پس از انعقاد عقد ضمان ضم ذمه به ذمه، با توافق طلبکار، دین را به صورت مطلق و بی قید و شرط به عهده گرفته و مدیون اصلی

بری محسوب گردد. درخصوص فرض مقابل، یعنی تبدیل عقد تبعی انتقالی بیه عقد تبعی تضمینی نیز می‌توان به عنوان مثال اشاره نمود که در حقوق انگلیس چنانچه چند شریک ضامن دینی شوند، هریک اصالتاً نسبت به آن دین مسئولیت مستقل دارد، اما با خارج شدن یکی از شرکاء از شرکت، نسبت به دیونی که پس از این تاریخ بر شرکت تعلق می‌گیرد، شریک مستعفی تنها ضامن معمولی محسوب شده و فاقد مسئولیت مستقل است. البته این حکم ناظر به فرضی است که شرط مخالفی در قرارداد ضامن درج نشده باشد.

در حقوق انگلیس عقد تبعی تضمینی (Guarantee) و عقد تبعی انتقالی (Indemnity) نامیده می‌گردد. در حقوق این کشور، تعهد و یا اجرای تعهد متعهد عقد تبعی انتقالی منوط به قصور مدیون اصلی نبوده و حتی در اغلب موارد بطلان دین اصلی و یا بری شدن مدیون اصلی به نحو دیگر، تأثیری در بقای تعهد متعهد عقد تبعی ندارد (O'Donovan, 2003, pp. 37-38).

برخی اعمال حقوقی چون تبدیل تعهد و انتقال طلب را نیز نوعی عقد تبعی با عنوان «عقد تبعی ایفاء کننده تعهد اصلی» دانسته‌اند (احمدی، 1380، ص 260). به نظر می‌رسد که به دلایل مختلف، نمی‌توان چنین قراردادهایی را عقد تبعی دانست. نخستین دلیل آن است که در عقود تبعی، وجود عقد، تابع وجود تعهد پایه است، اما در تبدیل تعهد و انتقال طلب، با تحقق این عناوین، تعهد پایه منحل می‌گردد و تعهدی باقی نمی‌ماند تا بتوان عقد را تابع آن دانست. در آن دسته از عقود تبعی که با انعقاد، تعهد پایه منحل می‌گردد، مانند ضمان نقل ذمه نیز، آثاری از تعهد پایه همچنان باقی می‌ماند. برای مثال در این عقد، به رغم بری شدن مضمون عنه در مقابل مضمون له، با پرداخت دین از سوی ضامن، شخص اخیر می‌تواند برای استرداد مبلغ پرداختی به مضمون عنه مراجعه نماید. بنابراین، در ضمان نقل ذمه به ذمه نیز برخلاف تبدیل تعهد یا انتقال طلب، با انعقاد عقد تبعی، تعهد پایه به طور کلی منتفی نمی‌گردد. بنابراین، نمی‌توان قراردادهایی چون تبدیل تعهد و یا انتقال طلب را از مصادیق عقود تبعی انتقالی دانست. البته قانون مدنی فرانسه در ماده 1275 نوعی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون (délégation) را پیش بینی نموده است که به تبدیل مدیون

ناقص (Délégation imparfait) موسوم است. در این فرض، با تحقق تبدیل تعهد، مدیون قبلی بری نمی گردد، بلکه مدیون جدیدی در کنار مدیون اصلی نسبت به پرداخت دین مسئولیت پیدا می کند. ماهیت این نوع تبدیل تعهد که برخی حقوقدانان فرانسوی از آن به عنوان تبدیل مدیون ساده (Délégation simple) در مقابل تبدیل مدیون انتقالی (Délégation novatoire) نام می برند، مشابه عقد ضمان است. به این معنی که در این عقد، همانند عقد ضمان، شخص ثالثی، علاوه بر مدیون اصلی در مقابل طلبکار مسئول قرار می گیرد (Simler et Délebecque, 1989, p. 200).

با این حال، در قانون مدنی ایران، از چنین تبدیل عمل حقوقی نام برده نشده است. بنابراین نمی توان چنین عمل حقوقی را تبدیل تعهد دانست و ماهیت آن را با ضمان مقایسه کرد. در مقابل چنین عملی در حقوق ایران از مصادیق عقد ضمان موضوع قانون تجارت محسوب می گردد.

### گفتار هفتم - ایقاع تبعی:

شفعه را می توان نوعی ایقاع تبعی دانست. چرا که ایجاد حق شفعه منوط است به این که نسبت به ملک مشترک بیعی واقع شده باشد. با این حال، چنانچه شفعه را یک ایقاع تبعی بدانیم، از لحاظ تبعیت قابل مقایسه با عقود تبعی نخواهد بود. چرا که در عقود تبعی، انعقاد، آثار و انحلال عقد، تابع تعهد پایه است. اما در عقد شفعه، تنها ایجاد این حق منوط به معامله سابق است، اما موضوع ایقاع شفعه، نه معامله انجام شده بین شریک و مشتری، بلکه ملک موضوع معامله است (محقق داماد، 1384، ص 6). بنابراین، عمل حقوقی سابق، تنها شرط ایجاد حق اخذ به شفعه است و نه موضوع آن.

شاید ابراء را بتوان یکی از مصادیق ایقاعات تبعی دانست. برای تحقق ابراء لازم است تا از قبل تعهدی وجود داشته باشد، همان گونه که برای انعقاد عقود تبعی لازم است تا تعهد پایه قبلاً موجود باشد. از سوی دیگر، با منحل شدن تعهد پایه، ابراء نیز منتفی می گردد. برای مثال، چنانچه ثابت گردد که تعهد ابراء شده، از ابتدا باطل بوده است، ابراء نیز باطل

محسوب می‌گردد، همچنان که با اثبات بطلان تعهد پایه، عقد تبعی نیز باطل محسوب می‌گردد. با این حال، آثار ابراء، به عنوان ایقاعی تبعی از آثار تعهد پایه تبعیت نمی‌نماید. برای مثال، ممکن است اثر تعهد پایه پرداخت مبلغی پول باشد، در حالی که اثر ابراء، انحلال این تعهد است. در مقابل، در عقود تبعی، اصولاً آثار عقد تبعی از آثار تعهد پایه تبعیت می‌نماید، همچنان که اگر اثر دین اصلی پرداخت مبلغی پول باشد، اثر عقد ضمان نیز تضمین پرداخت همان مبلغ با همان شرایط خواهد بود. به این ترتیب، به نظر می‌رسد که به همان دلایلی که قراردادهایی چون تبدیل تعهد و انتقال طلب را نمی‌توان عقود تبعی دانست، ابراء را نیز نتوان ایقاعی تبعی دانست. توضیح آن که ابراء نیز مانند تبدیل تعهد و انتقال طلب، باعث انحلال تعهد پایه شده و دیگر تعهدی باقی نمی‌ماند تا بتوان از تبعیت ابراء از آن سخن گفت. بنابراین، ابراء را نیز نمی‌توان یکی از مصادیق ایقاعات تبعی دانست.

برخی از فقها نیز ضمان را از مصادیق ایقاع می‌دانند. به اعتقاد ایشان در هیچ یک از مراحل تشکیل تعهد ضامن، اعم از صحت، لزوم و تاثیر، قبول طلبکار به هیچ وجه تأثیری ندارد (شیخ یوسف بحرانی، 10/21؛ علامه حلی، 87/2؛ شیخ طوسی، خلاف، 2/79؛ محمد حسین کاشف القطاء، ص 234؛ عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذهب الاربعه، 3/236؛ به نقل از موسوی بجنوردی، 1385، ص 21). دلیل این فقها آن است که در روایت جابر بن عبدالله، که در آن پیامبر (ص) بر جنازه مردی که دینی داشته است، تا زمانی که شخصی ضامن دین وی نمی‌شود، نماز نمی‌گذارند، رسول خدا (ص) به صرف تعهد ضامن، بر میت نماز می‌گذارند و برائت ذمه متوفی را منوط به قبول طلبکار نمی‌نمایند. در روایتی دیگر نیز ابوسعید خدری نقل می‌نماید که رسول خدا (ص) در برابر جنازه ای فرمودند: آیا متوفی دین دارد؟ گفتند بلی، دو درهم مدیون است. حضرت رسول (ص) فرمودند: خودتان بر میت نماز بگذارید. حضرت علی (ع) فرمودند: آن دو درهم بر عهده من. سپس رسول خدا (ص) رو به حضرت علی (ع) نموده و می‌فرمایند که خدای تو را

جزای خیر دهد و ذمه ات را آزاد سازد، همان طور که تو ذمه برادرت را آزاد کردی (موسوی بجنوردی، 1385، ص 23). چنانکه ملاحظه می گردد، در این دو روایت شریف، پیامبر اکرم (ص) تحقق ضمان و بری شدن میت را محتاج قبول پیشنهاد ضامن توسط طلبکار ندانسته اند. به هر ترتیب، چنانچه بنا به ظاهر این روایات، ضمان را ایقاع تلقی نماییم، قطعاً این ایقاع، ایقاعی تبعی محسوب خواهد شد، چرا که این ایقاع در مرحله ایجاد، آثار و انحلال از تعهدی دیگر تبعیت می نماید.

از سوی دیگر درخصوص حواله نیز نظر مشابهی از سوی برخی از فقها مطرح شده است. به این معنی که برخی از فقها حواله را ایقاع دانسته اند و نه عقد. در همین راستا صاحب کتاب شریف عروه الوثقی عنوان می نمایند که انعقاد عقد حواله توسط محیل، بدون حضور محتال و محال علیه صحیح نیست، مگر آنکه حواله را ایقاع بدانیم (طباطبایی، بی تا، ص 377).

علاوه براین صاحب عروه عقد حواله را به ایفاء دین تشبیه نموده و عنوان می دارند، همان گونه که در ایفاء دین رضای داین شرط نیست، در حواله نیز رضای محتال شرط نیست. البته صاحب مستمسک در رد این احتمال، عنوان می دارند که انعقاد عقد حواله مستلزم دخالت در اموال محتال و محال علیه است و بنابراین، اعمال این دخالت بدون رضایت ایشان مستلزم اعمال سلطنت نسبت به غیر است که مخالف اصل عدم ولایت است (طباطبایی، بی تا، ص 378). به هر ترتیب چنانچه حواله را از جمله ایقاعات بدانیم، از مصادیق ایقاع تبعی خواهد بود.

### نتیجه گیری:

درجه تبعیت هر یک از نهادهای حقوقی مورد بررسی از نهاد حقوقی پایه و اصلی، متفاوت از نهادهای دیگر است. همان گونه که ذکر گردید، کامل ترین مصداق تبعیت در حقوق خصوصی را بایستی در عقود تبعی یافت. تنها در این عقود است که هر سه مقطع

ایجاد، اثرگذاری و انحلال نهاد حقوقی تابع از نهاد حقوقی متبوع پیروی می نماید. در عقود تبعی، حدود تبعیت از این نیز فراتر رفته و در مقاطع اثرگذاری و انحلال، تعهد پایه نیز به نحوی تابع عقد تبعی می گردد. به این ترتیب، در رابطه با تبعیت عقود تبعی از تعهد پایه می توان گفت که در مقطع انعقاد عقود تبعی، تنها عقد تبعی از تعهد پایه پیروی می نماید، به این معنی که ایجاد عقد تبعی، وابسته به وجود تعهد پایه است. اما پس از انعقاد عقد تبعی، از یک سو آثار و انحلال عقد تبعی تابع وضعیت تعهد پایه است و از سوی دیگر، آثار و انحلال تعهد پایه، تابع وضعیت عقد تبعی است، به نحوی که اجرای عقد تبعی، باعث انحلال تعهد پایه می گردد.

برخی نهاد‌های حقوقی نیز وجود دارند که شاید از مصادیق تابعیت در حقوق خصوصی به نظر رسند، مانند شروط ضمن عقد و یا اعمال حقوقی چون تبدیل تعهد. همان گونه که ذکر گردید، تابعیتی که در عقود تبعی ملاحظه می گردد، در هیچ یک از این نهاد‌های حقوقی قابل ملاحظه نیست. شرط ضمن عقد، فرع بر عقد اصلی است و نه تابع آن، زیرا در تابعیت، علاوه بر این که وجود امر تابع، وابسته به وجود متبوع است، موضوع آن نیز با موضوع امر متبوع یکی است، به نحوی که اجرای نهاد حقوقی متبوع باعث انحلال نهاد حقوقی تابع می گردد. این در حالی است که موضوع شرط ضمن عقد، با موضوع عقد اصلی متفاوت است و اجرای شرط ضمن عقد تأثیری بر بقاء یا انحلال عقد اصلی نداشته و تنها عدم اجرای آن، عقد اصلی را قابل فسخ می نماید. از سوی دیگر، اعمال حقوقی مانند تبدیل تعهد نیز با عقود تبعی قابل مقایسه نیستند. چرا که در عقود تبعی، رابطه تبعیت در هر سه مقطع انعقاد، اجرا و انحلال عقد تبعی، بین عقد تبعی و تعهد پایه وجود دارد، اما در اعمالی مانند تبدیل تعهد، صرفاً انعقاد این عقود وابسته به وجود تعهد پایه است، اما پس از

انعقاد این عقود، تعهد پایه منحل شده و نمی توان از تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه سخن گفت. این اعمال حقوقی با عقود تبعی که انعقاد آن ها باعث انحلال تعهد پایه می گردد، نیز قابل مقایسه نیستند. در عقود اخیر، مانند ضمان نقل ذمه به ذمه، با انعقاد عقد، تعهد پایه به طور کلی منتفی نمی گردد، بلکه آثاری از آن به جای می ماند، مانند آن که ضامن پس از ایفای دین می تواند برای استرداد مبلغ پرداختی به مضمون له، به مضمون عنه مراجعه نماید. در مقابل با وقوع تبدیل تعهد، تعهد قبلی منحل شده و هیچ اثری بر آن مترتب نخواهد بود. بنابراین، در حقوق خصوصی تبعیت کامل را صرفاً در عقود تبعی می توان مشاهده نمود.

## منابع و مأخذ:

## الف - فهرست منابع فارسی و عربی:

## 1) کتب:

- 1- انصاری، شیخ مرتضی، (1379)، **المکاسب**، جلد2، قم، مطبوعات دینی.
- 2- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (1386)، **ضمان عقدی در حقوق مدنی**، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- 3- خوئی، سید محمد تقی، (1415 ه.ق)، **الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود**، قم، موسسه المنار.
- 4- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، (1414 ه.ق)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرایع لاسلام**، جلد4، قم، موسسه المعارف الاسلامیه.
- 5- کاتوزیان، ناصر، (1371)، **حقوق مدنی دوره عقود معین**، جلد1، تهران، شرکت انتشار.
- 6- کاتوزیان، ناصر، (1381)، **درسهایی از شفعه، وصیت، ارث**، تهران، نشر میزان.
- 7- کاتوزیان، ناصر، (1386)، **نظریه عمومی تعهدات**، تهران، نشر میزان.
- 8- طباطبایی الحکیم، سید محسن، (بی تا)، **المستمسک العروه الوثقی**، جلد 13، بیروت، احیاء تراث العربی.
- 9- قاسمی، محسن، (1382)، **انتقال مالکیت در عقد بیع**، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع).
- 10- محقق داماد، سید مصطفی، (1384)، **ایقاع اخذ به شفعه**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- 11- مراغی، سید میر عبدالفتاح الحسینی، (1425 ه.ق)، **العناوین**، در دو جلد، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- 12- موسوی بجنوردی، سید محمد، (1385)، **عقد ضمان**، تهران، مجد.

**(2) پایان نامه ها:**

- 13- احمدی، محمد رضا، (1377)، **تعهد تبعی**، پایان نامه دکتری، دانشگاه تهران، به راهنمایی دکتر حسنعلی درویدیان.
- 14- سیردانی، سجاد، (1380)، **بررسی تطبیقی اجاره به شرط تملیک و اجرای آن در قالب عقود اسلامی در ایران**، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
- 15- شکوهی زاده، رضا، (1386)، **مطالعه تطبیقی شرط تأخیر انتقال مالکیت**، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، به راهنمایی دکتر عباس کریمی، دانشگاه تهران.

**ب- فهرست منابع لاتین:**

- 1- Aubry et Rau, **Cours de Droit Civil français**, t.V. 6e edit. Par Bartin, Paris.
- 2- Atiyah (P.S), **The Sale of Goods**, 9<sup>th</sup> ed. Pitman Publishing, London, 1995.
- 3- Berr (Claude-J), Groutel (Hubert), **Droit de assurances**, Dalloz, Paris, 1974.
- 4- Bohn, (Guy), **Droit du travail et procédure prud'hommal**, Librairie du journal des notaries et des avocats, Paris, 1957.
- 5- Délebecque (Philippe), Simler (Philippe), **Droit civil: Les sûrtés, la publicité foncière**, Dalloz, Paris, 1989.
- 6- Délestraint (P. Dupont), **Droits réels principaux**, Dalloz, Paris, 1975.
- 7- Guest (A.G): general editor, **Chitty on Contracts**, Twenty third edition, Sweet & Maxwell, London, 2002.
- 8- Goubeaux (Gilles), **La règle de l'accessoire en droit privé**, LGDJ, paris, 1969.

- 9- Guy et Lambert, **Cours de Droit Civil**, t2, Maisonneuve, Paris, 1974.
- 10-Loussouarn, **Les sûrtés personnelles traditionnelles en droit international privé**, Colloque de Bruxelles, Bruxelles, 1984.
- 11-Mestre (Jacques), Putman (Emmanuel), Billiau (Marc), **Droit commun des sûrtés réelles: Théorie general**, sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J, Paris, 1996.
- 12-Mokhtar Bey (El), **De La Symbiotique Dans les Leasing et Crédit-bail Mobiliers**, Dalloz, Paris, 1970.
- 13-O'Donovan (James), Phillips (John), **The Modern Contract of Guarantee**, Sweet & Maxwell, London, 2003.
- 14-Raphael (J.S), **Uniform Commercial Code Simplified**, Ronald Press Company, New York, 1967.
- 15-Simler, (Philippe), Délebecque, (Philippe), **Droit civil: Les sûrtés, la publicité foncière**, Dalloz, Paris, 1989.
- 16-Seub (Jean-Baptiste), **Droits des sûrtés**, Dalloz, Paris, 2006.
- 17-Supiot, (Alain), 1987, **Droit du travail: Les jurisdiction du travail**, Tom 9, Dalloz, Paris.