

الله أكبر

الله أكبر

۱۳۹۳۹۰

دانشگاه تهران
دانشکده حقوق و علوم سیاسی

ساده‌ترین افتخار درجه دکتری رشته حقوق خصوصی

موضوع:

تواضع عمومی عقود تبیین

استاد راهنما:

دکتر محمد حسن صدری مقدم

دانشجو:

رضا شکوهی نژاد

سال ۱۳۱۹

۱۳۹۳۹۰



کمیسیون تخصصی
بررسی صلاحیتات
دانشگاه تهران

دانشکده حقوق و علوم سیاسی
گروه آموزشی حقوق خصوصی و اسلامی
گواهی دفاع از رساله دکتری

شماره داوران رساله دکتری : آقای رضا شکوهی زاده

گرایش :

رشته : حقوق خصوصی

نوان : قواعد عمومی عقود تبعی

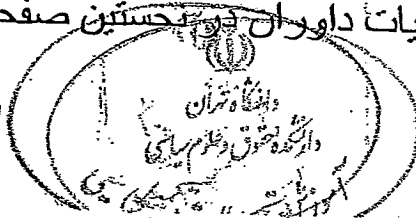
۱۳۸۹/۵/۵ - ۵

در تاریخ : ۱۳۸۹/۳/۱۲ با درجه عالی (نمره ۱۹ نوزده) ارزیابی نمود.

ردیف	مشخصات هیات داوران	نام و نام خانوادگی	مرتبه دانشگاهی	دانشگاه یا موسسه	امضاء
۱	استاد راهنما استاد راهنمای دوم (حسب مورد)	دکتر محمدحسین صادقی مقدم	دانشیار	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	
۲	استاد مشاور	دکتر عباس کریمی	استاد	"	
۳	استاد مشاور دوم (حسب مورد)	دکتر محسن ایزانلو	استادیار	"	
۴	استاد مدعو خارجی	دکتر سیامک ره پیک	دانشیار	دانشکده علوم قضایی	
۵	استاد مدعو خارجی				
۶	استاد مدعو داخلی	دکتر محمدعلی انصاری پور	استادیار	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	
۷	استاد مدعو داخلی				
۵	معاون یا نماینده معاون تحصیلات تکمیلی دانشکده	دکتر محمدعلی انصاری پور	استادیار	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	

تذکر : این برگه پس از تکمیل هیات داوران در نخستین صفحه پایان نامه درج می گردد

۱۳۹۳۹۰



تقدیر نامه

نگارش این مجموعه بدون همراهی جناب آقای دکتر محمد حسن صادقی مقدم ممکن نمی شد، شخصی که نه فقط در نگارش این پایان نامه، بلکه در همه عرصه های زندگی، استاد راهنمای بنده بوده اند. به همین خاطر بنده هم به همراه حافظ تکرار می نمایم که:

به سعی خود نتوان بر دره به گوهر مقصود

خیال بود که این کاری حواله بر آید

از جناب آقای دکتر کریمی نیز که از ابتدا زحمت نظارت بر این پایان نامه بر عهده ایشان بوده است، کمال تشکر را دارد.

این نوشته را اگر چه ناچیز است، به روح تمام کسانی تقدیم می نمایم که جان خود را به اسلام و ایران تقدیم نموده اند.

چکیده

عقود تبعی عقودی است که موضوع آن تعهدی مستقل است که از قبل ایجاد شده است. با این وصف، عقد تبعی، تابع تعهد دیگری است که در این نوشته از آن به عنوان تعهد پایه یاد می شود. 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 موثر است. انحلال هر یک از عقود تبعی و تعهد پایه نیز به همین نحو در انحلال نهاد حقوقی مقابل موثر است. تنها در عقود تبعی است که شاهد چنین رابطه ای 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. برای مثال، تنها ایجاد و انحلال شرط ضمن عقد، تابع عقد اصلی بوده و هر یک از عقد و شرط، دارای موضوعات مجزا برای اجراء است. از سوی دیگر این رابطه تبعیت، یک سویه بوده و تنها وجود و عدم شرط است که تابع وجود و عدم عقد است. این تبعیت، باعث شده است تا قواعد خاصی بین تمامی عقود تبعی مشترک باشد. حال، با احصاء این قواعد در سه مقطع انعقاد، اجرا و انحلال عقود تبعی، سعی شده است تا خلاء های موجود در خصوص احکام ناظر بر برخی از مصادیق عقود تبعی رفع گردد.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
ب	چکیده
۱	مقدمه
۸	فصل مقدماتی: تبعیت در حقوق خصوصی
۵	گفتار اول: مفهوم تبعیت در حقوق خصوصی
۷	گفتار دوم: انواع تبعیت در حقوق خصوصی
۷	گفتار سوم: معیار تبعیت و آثار آن در عقود تبعی
۲۸	گفتار چهارم: مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی
۲۳	بخش اول: تبعیت در انعقاد
۶۵	فصل اول: تبعیت در طرفین
۶۵	گفتار اول: اراده طرفین عقد تبعی
۹۱	گفتار دوم: اهلیت طرفین عقد تبعی
۱۰۰	فصل دوم: تبعیت در موضوع و شرایط
۱۰۱	گفتار اول: تبعیت در موضوع عقد تبعی
۱۴۵	گفتار دوم: تبعیت در شرایط عقد تبعی
۱۶۶	بخش دوم: تبعیت در آثار
۱۶۷	فصل اول: تبعیت آثار عقد تبعی از تعهد پایه
۱۶۷	گفتار اول: تبعیت تعهدات متعهد عقد تبعی از تعهد پایه
۱۸۹	گفتار دوم: تبعیت تعهدات ذینفع عقد تبعی از تعهد پایه
۲۰۸	فصل دوم: تبعیت آثار تعهد پایه از عقد تبعی
۲۰۸	گفتار اول: تبعیت تعهدات متعهد تعهد پایه از عقد تبعی
۲۱۱	گفتار دوم: تبعیت تعهدات متعهدله تعهد پایه از عقد تبعی
۲۱۸	بخش سوم: تبعیت در انحلال
۲۱۹	فصل اول: تبعیت انحلال عقد تبعی از انحلال تعهد پایه
۲۲۲	گفتار اول: اسباب ارادی انحلال عقد تبعی
۲۶۰	گفتار دوم: اسباب قهری انحلال عقد تبعی
۲۷۲	فصل دوم: تبعیت انحلال تعهد پایه از انحلال عقد تبعی
۲۷۳	گفتار اول: اسباب ارادی انحلال تعهد پایه
۲۷۹	گفتار دوم: اسباب قهری انحلال تعهد پایه
۲۸۵	نتیجه
۲۹۶	فهرست منابع
۳۰۲	فهرست تفصیلی مطالب
۳۱۰	چکیده انگلیسی

۱۳۸۹ / ۵ / ۵ - ۵

علام اختصاری

الف: فارسی

- ق.م.....قانون مدنی
ق.ت.....قانون تجارت
ق.ث.....قانون ثبت
ق.ك.....قانون كار
ق.ا.ت.ا.و.....قانون اداره تصفیه اور ورشكستگی
ق.م.ف.....قانون مدنی فرانسه
ق.م.آ.....قانون مدنی آلمان
ر.ك.....رجوع کنید
ص.....صفحه
ش.....شماره

ب: لاتین

- Op. cit.....پیشین
Ibid.....همان
Bull. Civ.....مجله آرای حقوقی فرانسه
e.g.....برای مثال
no.....شماره
p.....صفحه
v.....علیه
et al.....و دیگران

در حقوق، رابطه تبعیت، از مفاهیمی است که دارای مصادیق بسیاری است. اما دلیل انتخاب عقود تبعی، برای بررسی آن است که صرفاً در این عقود است که قاعده تبعیت به طور تمام و کمال رعایت می‌گردد. در سایر انواع تبعیت، مانند حقوق تبعی ای چون حق ارتفاق و یا شروط ضمن عقد، ایجاد و انحلال حق و شرط تابع حق یا عقد اصلی است، اما آثار آن مستقل از حق یا عقد اصلی است. اگر چه در خصوص مفهوم و انواع تعهدات تبعی به طور کلی، تحقیقاتی صورت گرفته است، ولی ماهیت و آثار تبعی بودن عقد و قواعد مشترکی که تابعیت در عقود تبعی مختلف دارد، تا به حال به طور مستقل مورد بحث قرار نگرفته است. لازم به ذکر است که در تحقیقات مذکور، هر گونه وابستگی میان دو تعهد، به عنوان تبعیت مورد بحث قرار گرفته است، در حالی که بسیاری از این گونه وابستگی‌ها، مانند وابستگی شرط ضمن عقد به عقد اصلی، تبعیت در معنای خاص آن، به شمار نمی‌آیند. همان گونه که خواهد آمد، می‌توان رابطه شرط ضمن عقد با عقد اصلی را نوعی فرعیت دانست که با تبعیت کاملاً متفاوت است.

در این نوشته، سعی می‌شود تا با بررسی رابطه تبعیت در انواع عقود تبعی، قواعد عمومی این عقود استخراج گردد. در جهت تحقق این هدف، بررسی قواعد خاص هر یک از عقود تبعی و شناخت شباهت‌ها و اختلافات میان آن‌ها ضروری است. در فقه نیز چنین تحقیقاتی تحت عنوان اشباه و نظایر صورت گرفته است. به همین خاطر، منابع این تحقیق عبارت خواهد بود از منابع فقهی بررسی‌کننده عقود تبعی مختلف و منابع حقوق داخلی مربوط به این عقود. از سوی دیگر، در حقوق فرانسه و انگلیس نیز به قواعد عمومی انواع مختلف عقود تبعی، از جمله عقود تبعی عینی و دینی پرداخته شده است. به این ترتیب، منابع عمده این نوشته عبارت است از منابع حقوقی موجود در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و فقه شیعه.

هدف از بررسی این موضوع، صرفاً تبیین نظری قواعد عمومی عقود تبعی نیست. اگر چه این اقدام، به خودی خود با ارزش است، اما هدف دیگری که در این تحقیق پی گیری شده است، کشف آن دسته از احکام عقود تبعی است که در عقدی خاص مسکوت مانده است. برای مثال، در عقد جدیدی مانند عقد بیمه مسئولیت، بسیاری از احکام مربوط به تعهدات بیمه گذار در مقابل زیان دیده نامشخص است. حال، با تعیین قواعد عمومی عقود تبعی، می توان حکم این موارد را در فرض سکوت قانونگذار و عرف را تعیین نمود. لازم به ذکر است که بطور عمده مقررات راجع به ضمان است که به اصل رابطه تبعیت میان تعهد پایه و عقد تبعی پرداخته است. در مقررات یا مباحث فقهی راجع به عقد رهن، به شکل استیفای دین اصلی از مال موضوع رهن پرداخته می شود. به همین خاطر، رعایت مقررات عمومی عقد ضمان در رهن مفروض است، چرا که عقد رهن، ضمانتی است که در آن مالی جهت ایجاد اطمینان بیشتر نسبت به وصول دین، به داین سپرده شده است.

در همین راستا سوال اصلی که در این نوشته در پی پاسخگویی به آن هستیم؛ عبارت است از حدود تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه. در پاسخ به این پرسش نتایج این تحقیق نشان می دهد که عقد تبعی در هر سه مرحله ایجاد، آثار و انحلال از تعهد پایه تبعیت می نماید. در خصوص این موضوع، علاوه بر این پرسش کلی، سوالات فرعی نیز مطرح می گردد. مانند آن که آیا در مقطع انعقاد عقد تبعی، موضوع این عقد بایستی از لحاظ اوصاف و میزان کاملاً مشابه و یکسان با اوصاف و میزان تعهد پایه باشد و یا آن که موضوع عقد تبعی می تواند بیشتر یا کمتر از موضوع تعهد پایه باشد. در پاسخ به این پرسش خواهیم دید که موضوع عقد تبعی می تواند کمتر از تعهد پایه باشد، اما بیشتر بودن آن نسبت به موضوع تعهد پایه، به رغم ظاهر برخی مواد قانونی، به نظر ممکن نمی رسد. از دیگر سوالات فرعی که در خصوص تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه مطرح می گردد، عبارت است از تأثیر کاهش تعهدات متعهد تعهد پایه به دلایلی مانند ورشکستگی بر تعهدات متعهد عقد تبعی. در این خصوص نیز

همان گونه که به طور مفصل خواهد آمد، در حقوق ایران بایستی بین کاهش اصل تعهدات ورشکسته به دلایلی مانند انعقاد قرارداد ارفاقی و کاهش تعهدات فرعی ورشکسته، مانند تعهد به خسارت تأخیر تأدیه، قائل به تفکیک شد. به این معنی که در فرض نخست کاهش تعهدات ورشکسته باعث کاهش تعهدات ضامن نمی گردد، اما در فرض دوم، ضامن صرفاً به میزانی که ورشکسته ملزم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه است، متعهد به پرداخت خواهد بود. پرسش های فرعی مشابه، در این نوشته بسیارند که هر یک در جای خود مورد بحث قرار خواهد گرفت.

برای طرح بحث قواعد عمومی عقود تبعی، روش های گوناگونی پیش رو است. یکی از این روش ها، احصاء قواعد عمومی عقود تبعی و بحث جداگانه در خصوص هر یک از این قواعد است. مانند آن که قاعده تبعیت مقدار موضوع عقد تبعی از مقدار موضوع تعهد پایه را به عنوان یکی از این قواعد عمومی، شناسایی نموده و آن را مورد بحث قرار دهیم. اشکال این روش، این است که ابتدا بایستی کل تحقیق انجام شده و پس از آن طرح کلی تحقیق تهیه گردد، چرا که پیش از پایان تحقیق، اصولاً شمار و عنوان این قواعد مشخص نیست. با پایان یافتن تحقیق نیز هیچ تضمینی وجود ندارد که تمامی قواعد عمومی عقود تبعی شناسایی و احصاء شده باشد. به همین خاطر، چنین تحقیقی برای همیشه ناقص باقی خواهد ماند. روش دیگری که برای طرح این بحث در اختیار بود، بررسی رابطه تبعیت میان تعهد پایه و عقد تبعی در هر یک از سه مقطع ایجاد، اثر گذاری و انحلال عقد تبعی است. در این روش طرح کلی تحقیق از ابتدا معین بوده و با توجه به جامعیت فهرست، احتمال از قلم افتادن قواعد عمومی عقود تبعی اندک می گردد. با توجه به این مراتب، فهرست این نوشته به سه بخش عمده تقسیم گردیده است. در بخش نخست، تبعیت انعقاد عقد تبعی از تعهد پایه مورد بررسی قرار می گیرد. در این مرحله، صرفاً انعقاد عقد تبعی، تابع وضعیت تعهد پایه است. اما در بحث آثار و انحلال، رابطه تبعیت یک سویه نیست. به تعبیر دیگر، در این دو مرحله، تنها عقد تبعی، تابع تعهد پایه نیست، بلکه

تعهد پایه نیز تابع وضعیت اجرا یا انحلال عقد تبعی است. بنا بر این مراتب، در بخش دوم، تبعیت اجرای عقد تبعی از اجرای تعهد پایه و تبعیت اجرای تعهد پایه از اجرای عقد تبعی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در بخش سوم نیز از یک سو تبعیت انحلال عقد تبعی از انحلال تعهد پایه و از سوی دیگر تبعیت انحلال تعهد پایه از وضعیت عقد تبعی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در بخش اول، از آن جا که رابطه تبعیت یک سویه است، به نحوه تبعیت انعقاد عقد تبعی از اراده و اهلیت طرفین تعهد پایه و موضوع و شرایط تعهد پایه پرداخته ایم. در این بحث، از یک سو ملاحظه گردید که اراده هر یک از متعهد و متعهد له تعهد پایه، چه نقشی در انعقاد انواع گوناگون عقود تبعی دارد. علاوه بر این از آن جا که اهلیت، شرط صحت و نفوذ اراده است، به جایگاه اهلیت طرفین تعهد پایه در انعقاد عقد تبعی نیز توجه شده است. در فصل دوم بخش اول، به تبعیت عقد تبعی از موضوع و شرایط تعهد پایه پرداخته ایم. در این بخش خواهیم دید که آیا موضوع عقد تبعی بایستی الزاما از لحاظ جنس و وصف و مقدار از موضوع تعهد پایه پیروی نماید یا خیر؟ در بحث از تبعیت عقد تبعی از شرایط تعهد پایه نیز خواهیم دید که آیا عقد تبعی از شرایط تعهد پایه مانند زمان و مکان ایفای تعهد و یا سایر شرایط پیروی می‌نماید یا خیر؟ به این ترتیب تمامی شرایط اساسی صحت معاملات مقرر در ماده ۱۹۰ ق.م. به جز جهت معامله مورد بحث قرار می‌گیرد. دلیل عدم بحث از جهت معامله آن است که با توجه به شخصی و موردی بودن جهت هر معامله، بر خلاف نوعی بودن جهت تعهد، به هیچ وجه نمی‌توان تبعیت جهت عقد تبعی را از جهت معامله در تعهد پایه تصور نمود. برای مثال، جهت معامله مبنای تعهد پایه ممکن است بر خورداری از مزایای مالی باشد که شخص برای تصاحب آن خود را مدیون نموده است و جهت معامله در عقد ضمان، حصول اطمینان از وصول طلب توسط متعهد له. به همین خاطر، در بخش اول شرایط اساسی صحت معاملات، یعنی قصد و رضای طرفین،

اهلیت طرفین و موضوع معلوم و معین، مورد بحث قرار گرفته است، اما لزومی به بحث از تبعیت جهت عقد تبعی از جهت تعهد پایه دیده نشده است.

در بخش دوم این نوشته و در بحث از تبعیت در آثار، از یک سو به بحث از تبعیت آثار عقد تبعی از آثار تعهد پایه پرداخته شده و از سوی دیگر تبعیت آثار تعهد پایه از آثار عقد تبعی مورد توجه قرار گرفته است. در بحث از تبعیت آثار عقد تبعی از آثار تعهد پایه که بحث محوری بخش دوم است، ابتدا تبعیت تعهدات متعهد عقد تبعی از تعهد پایه مورد بررسی قرار گرفته است. در این بحث مواردی بررسی شده است که در آن، آثار تعهدات متعهد تعهد پایه به دلایلی مانند ورشکستگی، وقوع قوه قاهره، فعل متعهد له، بی اعتباری تعهد پایه یا تغییر شرایط تعهد پایه، دستخوش تغییر می گردد. در هر یک از این موارد خواهیم دید که وقوع این امور و تحت تأثیر قرار گرفتن تعهدات متعهد تعهد پایه، چه تأثیری بر تعهدات متعهد عقد تبعی دارد. برای مثال، در این بحث، خواهیم دید که ورشکستگی مضمون عنه چه تأثیری بر تعهدات ضامن خواهد داشت. در گفتار دوم این فصل، به بررسی تبعیت تعهدات ذینفع عقد تبعی از آثار تعهد پایه خواهیم پرداخت. منظور از ذینفع عقد تبعی، متعهد تعهد پایه است که نفع وی بر انعقاد عقد تبعی تعلق گرفته و منتفع اصلی عقد تبعی محسوب می گردد. برای مثال، مضمون عنه در عقد ضمان، ذینفع عقد تبعی است، چرا که او از انعقاد عقد ضامن منتفع شده و ذینفع این عقد محسوب می گردد. ذینفع عقد تبعی از یک سو، در مقابل متعهد عقد تبعی دارای تعهداتی است و از سوی دیگر، در مقابل متعهد له عقد تبعی نیز دارای تعهداتی است. مهمترین تعهد ذینفع عقد تبعی در مقابل متعهد عقد تبعی عبارت است از الزام وی به استرداد مبلغی که متعهد عقد تبعی به متعهدله پرداخته است. برای مثال، مهمترین تعهد مضمون عنه در مقابل ضامن، عبارت است از استرداد مبلغی که ضامن به مضمون له پرداخته است. در بررسی این تعهد ذینفع عقد تبعی، سه مسئله به طور مجزا مورد بحث قرار گرفته است. نخست، شرایط مراجعه متعهد عقد تبعی به ذینفع آن. توضیح آن که

صرف پرداخت مبلغی پول از سوی متعهد عقد تبعی به متعهد له، موجب تعهد ذینفع عقد تبعی به استرداد این وجه به متعهد عقد تبعی نمی‌گردد، بلکه بایستی علاوه بر پرداخت شرایط دیگری نیز وجود داشته باشد که این امور مورد بررسی قرار خواهد گرفت. از سوی دیگر در این گفتار، مواردی مورد بحث و اشاره قرار گرفته است که در آن به رغم ایفای تعهد از سوی متعهد عقد تبعی، شخص اخیر حق مراجعه به ذینفع عقد تبعی را ندارد. این موارد تحت عنوان استثنائات مراجعه متعهد عقد تبعی به ذینفع عقد تبعی مورد بحث قرار گرفته است. موضوع دیگری که در این خصوص مورد بحث قرار گرفته، عبارت است از مبنای مراجعه متعهد عقد تبعی به ذینفع عقد تبعی. در این خصوص سه نظریه عمده به عنوان مبنای مراجعه متعهد عقد تبعی به ذینفع، مورد اشاره قرار گرفته است. این سه نظریه عبارت اند از نظریه قائم مقامی، نظریه اداره مال غیر و نظریه دارا شدن بلاجهت. در این بحث ملاحظه خواهد شد که پذیرش هر یک از این نظریات چه تأثیری بر شرایط مراجعه متعهد عقد تبعی به ذینفع عقد تبعی خواهد داشت. در بررسی تبعیت آثار تعهد پایه از عقد تبعی نیز ملاحظه خواهد شد که آثار عقد تبعی می‌تواند آثار تعهد پایه را تحت تأثیر قرار دهد. از یک سو انعقاد عقد تبعی ممکن است تعهدات متعهد تعهد پایه را تغییر دهد. برای مثال ممکن است، موخر بودن عقد تبعی نسبت به تعهد پایه، باعث سرایت اجل به تعهد پایه گردد. از سوی دیگر، انعقاد عقد تبعی می‌تواند تعهدات متعهد له تعهد پایه را نیز تحت تأثیر قرار دهد. بحث از تعهدات متعهد له تعهد پایه از آنجا مورد می‌یابد که عقد تبعی باعث می‌شود تا متعهد له، در مقابل متعهد عقد تبعی از تعهداتی برخوردار گردد. برای مثال، انعقاد عقد تبعی و اجرای آن باعث می‌شود تا متعهد له ملزم به انتقال تضمینات طلب خود به متعهد عقد تبعی گردد.

بخش پایانی این نوشته ناظر به تبعیت در انحلال است. در این بخش، از یک سو انحلال عقد

تبعی در اثر انحلال تعهد پایه مورد بررسی قرار گرفته است، از سوی دیگر انحلال تعهد پایه در اثر

وضعیت عقد تبعی (اعم از انعقاد، اجرا و انحلال) مورد توجه قرار گرفته است. در بحث از تبعیت انحلال عقد تبعی از انحلال تعهد پایه، اسباب ارادی و قهری انحلال تعهد پایه و اثر هر یک بر انحلال عقد تبعی به طور مجزا مورد بحث قرار گرفته است. در بحث از تبعیت انحلال تعهد پایه از وضعیت عقد تبعی خواهیم دید که انعقاد، اجرا یا انحلال عقد تبعی چه تأثیری بر تعهد پایه خواهد داشت.

فصل مقدماتی:

تابعیت در حقوق خصوصی

فصل مقدماتی: تبعیت در حقوق خصوصی

تبعیت یکی از مفاهیم محوری حقوق خصوصی است. در همین راستا تبعیت، مصادیق بسیاری نیز در حقوق خصوصی دارد که در این فصل مورد بررسی قرار خواهد گرفت. هدف از طرح مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی تمییز این مصادیق، از عقد تبعی است. بررسی حق، مال، حکم و تعهد تبعی، تفاوت این مفاهیم با عقد تبعی را به خوبی آشکار خواهد نمود. تنها در عقد تبعی است که رابطه تبعیت به صورت تمام عیار و در مراحل سه گانه انعقاد، آثار و انحلال عقد، رعایت می گردد. اما در سایر مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی، تبعیت تنها در ایجاد نهاد تبعی و گاه در مرحله انحلال نهاد تبعی رعایت می گردد. برای مثال، ایجاد اموال تبعی مانند حق ارتفاق، تابع وجود مال اصلی است و به تبع تلف مال نیز منتفی می شود، اما آثار این حق، تابع آثار مال اصلی نیست. شرط ضمن عقد نیز دارای وضع مشابهی است. ایجاد و انحلال شرط ضمن عقد، تابع عقد اصلی است، اما آثار آن تابع عقد اصلی نبوده و هر یک از عقد اصلی و شرط، دارای موضوعات متفاوت است. به همین خاطر، شایسته تر است که از این اموال و تعهدات با عنوان اموال یا تعهدات فرعی نام برده شود، چرا که تبعیت تمام عیار، تنها در عقود تبعی رعایت می گردد.

گفتار اول: مفهوم تبعیت

همه انواع وابستگی را نمی توان تبعیت دانست. چنان که وابستگی کارگر به کارفرما، یا شرط ضمنی به عقد اصلی، از نوع وابستگی عقد تبعی به تعهد پایه نیست. رابطه شرط ضمن عقد با عقد اصلی، مبتنی بر فرعی است. فرعی اگرچه از جنبه های گوناگون دارای آثاری مشابه با آثار تبعیت است، اما این امر نمی تواند باعث یکسان دانستن این دو مفهوم گردد. همان گونه که خواهیم دید، عقد تبعی در انعقاد، آثار و انحلال تابع عقد اصلی است. بعلاوه، این رابطه تبعیت در زمینه آثار و انحلال متقابل است. به این معنی که نه تنها اجرا و انحلال عقد تبعی، تابع تعهد پایه است، بلکه اجرا و انحلال

تعهد پایه نیز در اغلب موارد تابع عقد تبعی است. در مقابل، در مصادیق فرعی، همچون شرط ضمن عقد، رابطه تبعیت (اگر بتوان از این اصطلاح استفاده نمود) کاملاً متفاوت با عقود تبعی است. به این معنی که اگر چه انعقاد و ایجاد شرط ضمنی، تابع عقد اصلی است، اما موضوع عقد اصلی، متفاوت از موضوع شرط است. این در حالی است که موضوع عقد تبعی، همان تعهد پایه است. در واقع، فرعیّت شرط ضمنی نسبت به عقد اصلی، تنها از این جهت است که عقد اصلی جایگاه و پایگاه آن است.

در بحث آثار نیز، در عقود تبعی اجرای تعهد پایه، اجرای عقد تبعی را منتفی می سازد، اما اجرای عقد اصلی تأثیری در اجرای شرط ضمنی ندارد. علاوه بر این، اجرای عقد تبعی نیز اجرای تعهد پایه را منتفی می نماید، اما اجرای شرط ضمنی، تأثیری در اجرای عقد اصلی ندارد.

علاوه بر این موارد، در بحث انحلال نیز انحلال شرط ضمن عقد باعث قابل فسخ شدن عقد اصلی می گردد، اما انحلال عقد تبعی اصولاً تأثیری در لزوم و یا صحت تعهد پایه ندارد، مگر آن که سبب انحلال در تعهد پایه نیز وجود داشته و یا انحلال عقد تبعی باعث انتفای موضوع تعهد پایه گردد.

مفهوم تبعیت در حقوق خصوصی در حقوق کشورهای تابع حقوق رم، مفهومی شناخته شده و با سابقه است. حقوق دانان کشورهای فرانسه و انگلیس، قاعده حقوقی "تابع از اصل پیروی می کند"¹ را در خصوص تمامی انواع تبعیت در حقوق خصوصی، از جمله عقود تبعی اعمال می نمایند.² این قاعده در حقوق فرانسه تا حدی ریشه دوانده است که مطابق آن، حق یا عقد تبعی از تمام جهات تابع حق یا تعهد اصلی محسوب می شود.

با این حال، در فقه اسلامی قاعده مشابهی ملاحظه نمی گردد تا بتوان در مواردی که در خصوص تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه تردید وجود دارد، به آن استناد نمود. در صورت وجود چنین قاعده ای، برای مثال، می توان در فرضی که در تبعیت انحلال عقد تبعی از انحلال تعهد پایه تردید وجود دارد،

¹ *Accessorium sequitur principale*

² Goubeaux, Gilles, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Paris, 1969, p. 13.

احکام تبعیت را بار نمود. البته در فقه در خصوص تبعیت شرط ضمن عقد از انحلال عقد اصلی، مباحث بسیاری مطرح گردیده است که در خصوص عقود تبعی نیز قابل اعمال است.

گفتار دوم: انواع تبعیت در حقوق

در بحث از انواع تبعیت، به انواع این مفهوم از حیث شدت و ضعف و منشاء پرداخته می شود. بنابراین، بحث انواع تبعیت، صرف نظر از مصادیق این مفهوم حقوقی صورت گرفته و قابل انطباق بر مصادیق مختلف آن است.

بند اول: تبعیت کامل

عقد تبعی کامل، عقدی است که با اجرا یا انحلال تعهد پایه منحل می شود. برای مثال می توان به عقد ضمان ضم ذمه به ذمه اشاره نمود که با اجرا یا انحلال دین اصلی، عقد ضمان نیز منحل می گردد.

بند دوم: تبعیت ناقص

در مقابل، در عقود تبعی ناقص، اجرا یا انحلال تعهد پایه تاثیری در اعتبار عقد تبعی ندارد. برای مثال، در عقد حواله، انحلال تعهد پایه باعث انحلال عقد حواله نمی گردد، چرا که در زمان انعقاد عقد حواله، تعهد پایه وجود داشته و عقد حواله به درستی شکل گرفته است. در واقع، انعقاد عقد حواله نسبت به ثمن مبیع، همانند دیگر تصرفات طرفین عقد بیع در عوضین پیش از فسخ است که تردیدی در صحت آن وجود ندارد.

گفتار سوم: معیار تبعیت و آثار آن در عقود تبعی

عقود تبعی از جنبه های متعدد از تعهد پایه (یعنی تعهدی که موضوع این عقود است) تبعیت می نمایند. اجمالا ذکر می گردد که انعقاد این عقود منوط به وجود تعهد پایه است. اثر این عقود با اثر تعهد پایه یکسان است، چرا که تعهد پایه موضوع این عقود است و اجرای عقود تبعی به منزله اجرای تعهد

پایه است. انحلال این عقود نیز تابع انحلال تعهد پایه است. برای مثال، در عقد ضمان، با انحلال دین اصلی، مثلاً به دلیل تهاتر طلب مضمون عنه از مضمون له با دین اصلی، عقد ضمان نیز منحل می‌گردد. شناخت این تبعیت در عقود تبعی مختلف، محتاج آن است که مینا و معیار آن تشخیص داده شود. به تعبیر دیگر، معلوم گردد که آیا مبنای تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه، اراده طرفین عقد تبعی است، به این معنا که آیا تبعیت عقد تبعی در انعقاد، آثار و انحلال از تعهد پایه، ناشی از آن است که طرفین عقد تبعی این گونه خواسته‌اند و یا آن که این تبعیت، ناشی از آن است که تعهد پایه، موضوع عقد تبعی قرار گرفته است. نظریه نخست را که تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه را ناشی از اراده طرفین می‌داند، نظریه ذهنی^۱ و نظریه مقابل را که این تبعیت را ناشی از آن می‌داند که تعهد پایه موضوع عقد تبعی قرار گرفته است، نظریه عینی^۲ می‌نامند.

تشخیص این که معیار و مبنای تبعیت کدام یک از این نظریات است، تنها جنبه نظری ندارد، بلکه آثار عملی متعددی بر آن مترتب است. در بحث از انعقاد عقود تبعی، پذیرش نظریه ذهنی، باعث می‌شود تا توافق طرفین عقد تبعی، بتواند موضوع عقد تبعی را بیشتر یا کمتر از تعهد پایه تعیین نماید. این در حالی است که پذیرش نظریه عینی، متضمن آن است که موضوع عقد تبعی نتواند از موضوع تعهد پایه فراتر رود. در ادامه ملاحظه خواهد شد که قوانین و رویه قضایی کشورهای مختلف، در موارد مختلف، یکی از این نظریات را پذیرفته‌اند. در بحث آثار عقود تبعی نیز، پذیرش نظریه عینی باعث می‌شود تا نحوه اجرای عقود تبعی و همچنین نتیجه اجرای آن که امکان مراجعه متعهد عقد تبعی به متعهد تعهد پایه است، تابع اراده طرفین باشد. در مقابل، مطابق نظریه عینی، اراده طرفین، تعیین‌کننده نحوه اجرای عقد تبعی نیست، بلکه نحوه اجرای تعهد پایه از حیث زمان، مکان و سایر شرایط بر عقد تبعی تحمیل می‌گردد. از سوی دیگر، مطابق این نظریه، اراده طرفین تعیین‌کننده امکان مراجعه متعهد

¹ Subjective Theory

² Objective Theory

عقد تبعی به متعهد تعهد پایه نیست، بلکه صرفاً اجرای عقد تبعی، این حق را برای متعهد عقد تبعی ایجاد می نماید، همچنان که ماده ۲۰۲۸ قانون مدنی فرانسه، علم و جهل مضمون عنه به انعقاد عقد ضمان را در امکان مراجعه ضامن به مضمون عنه، پس از ایفای دین، بی اثر می داند. از سوی دیگر، در مقطع انحلال عقد تبعی نیز، پذیرش هر یک از نظریات عینی یا ذهنی، آثار متفاوتی را در بر خواهد داشت. به این معنی که مطابق نظریه ذهنی، طرفین عقد تبعی می توانند توافق نمایند که در فرض انحلال تعهد پایه نیز، عقد تبعی به اعتبار خود باقی ماند. در حالی که مطابق نظریه تبعیت عینی، انحلال تعهد پایه الزاماً انحلال عقد تبعی را در پی خواهد داشت و توافق طرفین نمی تواند خلاف این امر را پیش بینی نماید.

بند اول: معیار تبعیت

در بحث از معیار تبعیت در پی آن خواهیم بود که با بررسی حقوق کشورهای ایران، فرانسه و انگلیس، به این تشخیص نائل گردیم که معیار و مبنای تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه چیست؟ آیا اراده طرفین است که باعث می شود تا عقد تبعی در انعقاد، آثار و انحلال از تعهد پایه تبعیت نماید و یا این واقعیت که تعهد پایه موضوع عقد تبعی را تشکیل می دهد، باعث می شود تا عقد تبعی از تعهد پایه تبعیت کند.

الف: تبعیت ذهنی

منظور از تبعیت ذهنی آن است که مبنای تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه، اراده طرفین باشد و نحوه این تبعیت را در مقاطع انعقاد انحلال و آثار عقد تبعی، اراده طرفین معین نماید. مطابق این نظریه، دلیل این که عقد تبعی بدون وجود تعهد پایه قابل انعقاد نیست، آن است که تعلق اراده طرفین بر انعقاد عقد تبعی، معلق بر وجود تعهد پایه است. بنابراین، اگر مشخص شود که در زمان انعقاد عقد تبعی، تعهد پایه موجود نبوده است، عقد به دلیل عدم وجود اراده واقعی طرفین، باطل است. مطابق قاعده فقهی "العقود