

خلاصه‌ای جامع از کتاب

قواعد عمومی قراردادها

مرحوم دکتر ناصر کاتوزیان رحمه الله

جلد سوم

(آثار قرارداد)

گردآوری:

امین قاسم‌پور

کارشناس ارشد حقوق خصوصی

رتبه ۳۱ آزمون وکالت ۱۳۹۵ - کانون مرکز

توجه :

این جزوه در قالب «SECURED PDF» جهت انتشار در سایت اختیار و به منظور دسترسی رایگان ارائه شده است .
تغییر یا ویرایش محتویات آن به هر نحو، همچنین هرگونه استنساخ و کپی برداری از آن به قصد سودجویی و یا بدون ذکر منبع:

شرعاً و قانوناً موجب ضمان است.

«قواعد عمومی قراردادهای»، گذشته از عنوان عمومی و لغوی آن، نام مجموعه کتاب‌هایی به تألیف استاد گرانقدر، مرحوم دکتر ناصر کاتوزیان رحمه الله می‌باشد که در پنج جلد ارزشمند به رشته تحریر در آمده است و استاد بزرگوار، گوشه‌هایی از این مجلدات را (به انضمام مباحثی از کتاب مستقل «ایقاع» خود)، برای آشنایی نوآموزان حقوق در ابتدای دوره کارشناسی در مجلدی دیگر به نام «اعمال حقوقی: قرارداد - ایقاع» جداگانه تألیف کرده‌اند که معمولاً در ترم ۳ کارشناسی تدریس می‌گردد.

لکن بررسی آزمونهای حقوقی بالأخص آزمونهای ورودی دکتری و نیز کارشناسی ارشد دانشگاه‌های «سراسری» به خوبی حکایت از طرح سوالات از منابع اصلی و مرجع (از جمله همان دوره پنج‌جلدی) داشته و آشنایی با کتاب «اعمال حقوقی» به تنهایی تکافوی پاسخ‌گویی به همه سوالات حقوق مدنی را در این آزمون‌ها نمی‌نماید.

از سوی دیگر، حجم این مجموعه ارزشمند پنج‌جلدی، مجموعاً بالغ بر دو هزار صفحه می‌باشد که مطالعه و مرور آن، آن هم برای چند بار، امری وقت‌گیر بوده چنانکه برای همه داوطلبین (خصوصاً اشخاص متأهل یا شاغل) چندان مقدور نیست و از همین جا، یکی از فواید خلاصه‌برداری، عیان می‌گردد؛ به طور کلی یکی از اصول مهم مطالعه، خلاصه‌برداری بوده که فواید بسیاری از جمله صرفه‌جویی در وقت، بر آن مترتب است. بدین لحاظ و با توجه تجربه نگارنده در آزمونهای مذکور و نیز آزمون وکالت، نامبرده تصمیم به تدوین و گردآوری خلاصه‌نوشته‌های خود از آنچه سابقاً در دوران مطالعات علمی جمع‌آوری نموده است، گرفته و فعلاً تا این مقطع زمانی، موفق به ارائه خلاصه‌ای از جلد سوم آن مجموعه گران سنگ شده است.

خاطر نشان می‌گردد که تأثیرگذاری مجموعه‌های خلاصه‌نویسی شده برای هر شخص، معمولاً وقتی به حداکثر خود می‌رسد که آن نگاشته‌ها به قلم و ادبیات «خود» خواننده باشد. به عبارت دیگر، وقتی شما جزوه دستنویس خویش را مطالعه می‌کنید، ناخودآگاه در همان فضای علمی کتاب، آن زمان که در آن مستغرق بودید، قرار می‌گیرید و بدین ترتیب شما با دوره کردن سریع جزوه، کأنه کل کتاب مربوطه را مجدداً به طور عمیق خوانده‌اید. بار «روانی» هر جزوه فقط برای نویسنده آن جزوه ایجاد می‌گردد.

لکن به هر حال، هستند داوطلبینی که بنا به هر دلیل (از جمله مشغله یا عدم آشنایی با تکنیک‌های خلاصه‌نویسی و...)، امکان استخراج خلاصه از کتب را ندارند. در این شرایط، بهترین گزینه، استفاده از خلاصه‌نویسی‌های دیگران است.

اما در مورد خلاصه حاضر، نکاتی چند را باید مد نظر داشت:

* در این مجموعه سعی شده در هر مبحث، نظر استاد محترم، مرحوم دکتر کاتوزیان رحمه الله ذکر شود. توضیح اینکه استاد بزرگوار در اکثر مباحث، نظرات موافق و مخالف را به تفصیل و نهایتاً نظر خویش را بیان فرموده‌اند؛ لکن در این خلاصه، نظر نهایی ایشان که قاعدتاً برای آزمون‌های حقوقی ملاک است، با فراز مختصری از استدلال مربوطه ذکر شده است.

* باتوجه به بند فوق، به خوانندگانی که قصد یادگیری عمیق و استدلالی حقوق مدنی (ونه صرفاً قبولی در آزمون) را دارند، قویاً و اکیداً توصیه می‌نمایم که حداقل یکبار، منبع اصلی (کتاب قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم) را دقیق مطالعه نمایند. بررسی نظرات مخالف و تجزیه و تحلیل آنها، تأثیر انکارناپذیری در یادگیری عمیق و دائمی مباحث حقوق مدنی دارد. این توصیه در مورد هر مجموعه خلاصه‌نویسی شده صدق می‌کند. بدین لحاظ، اکتفا کردن صرف به این جزوه و امثال آن، به مثابه «ماهی خوردن، بدون آموختن ماهیگیری» است؛ هرچند بتوان با آن، در آزمونهای حقوقی موفق شد.

* در این خلاصه، سعی شده است قوانینی که در کتاب اصلی ذکر شده ولی اکنون منسوخ هستند، معادل‌یابی شوند؛ مانند قانون بیمه اجباری وسایل نقلیه موتوری که در منبع اصلی بر اساس قانون ۱۳۴۷ سخن گفته شده و نگارنده این جزوه، معادل ماده مربوطه را از قانون جدید (۱۳۹۵) استخراج و ذکر کرده است.

* در منبع اصلی برخی ایرادات تایپی و نگارشی به چشم خورد؛ لکن با توجه به مقام و منزلت علمی استاد بزرگوار و نیز حقارت این جزوه در قیاس با تألیفات ایشان، نگارنده، حتی در موارد اشتباهات محرز تایپی، جرأت تغییر متن اصلی را به خود نداده است؛ لکن در ضمن بحث، به صورت مقتضی، صورت اصلاح‌شده متن، داخل قلاب [] ذکر شده است. به طور کلی مطابق قاعده، مواردی که داخل قلاب آورده شده، جزء متن اصلی نیست. در پایان خاضعانه از خوانندگان محترم استدعا دارد چنانچه انتقاد، ایراد و یا پیشنهادی در خصوص این نوشتار مد نظر دارند، نگارنده را از لطف خود محروم نفرمایند:

با سپاس و تقدیم احترام - امین قاسم‌پور - فروردین ۱۳۹۶

Email: Amin_Ghasempur@yahoo.com

Telegram: @Amin_Ghasempur



[مقدمه کتاب]: بحث نظری درباره تفاوت اثر عقد و تعهد با این اشکال روبرو است که اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نیست. عقد ممکن است باعث انتقال ملکیت، ایجاد شخصیت حقوقی، ایجاد حق انتفاع و ارتفاق و زوال آن‌ها، انتقال و زوال تعهد شود و گاه نیز تنها اذن و اباحه به وجود آورد. پس درست نیست که این نهاد پرآوازه را در شمار منابع تعهد آوریم.

مبحث اول: آثار قرارداد بین دو طرف

گفتار نخست از مبحث اول: تعیین مفاد عقد

* امروز بیشتر قراردادهای مهم کتبی است و دو طرف، نوشته را به بیان شفاهی ترجیح می‌دهند. دلیل شیاع این نظر (ترجیح کتبی به شفاهی) را در دو نکته می‌توان خلاصه کرد: نخست این‌که در بیشتر قوانین ارزش شهادت و اماره در اثبات قراردادها محدود است. دوم این‌که به هنگام تنظیم نوشته، هر یک از دو طرف قرارداد فرصت دارد که درباره مفاد و آثار واژه‌هایی که به کار می‌رود اندیشه کند و با معتمدان آگاه به مشورت نشیند و از تصمیم‌های ناگهانی و احساسی دوری جوید. ولی در قراردادهای شفاهی امکان اشتباه و اختلاط تعهد و تعارف و تحریف قرارداد بیشتر است.

* تعیین مفاد عقد تا اندازه زیادی به شیوه تفسیر قرارداد بستگی دارد.

الف. تفسیر قرارداد

* تفسیر قرارداد به معنی تشخیص مفهوم مقررات آن است؛ هدف این است که مضمون و مفاد عقد به درستی روشن شود. بنابراین:

۱- ...گاه تفسیر گفته‌ها و نوشته‌های دو طرف با اثبات وقوع قرارداد ارتباط نزدیک پیدا می‌کند. برای مثال، هرگاه اختلاف شود که پیشنهاد مورد قبول آیا به واقع ایجاب بوده است یا پیشنهادی ساده و وعده‌ای اختیاری، تفسیر این پیشنهاد به «ایجاب» ملازمه با احراز وقوع عقد دارد.

۲- تفسیر قرارداد را از «توصیف» آن باید بازشناخت. توصیف عقد، اشکالی است که پس از اثبات و تفسیر قرارداد مطرح می‌شود: در موردی که وقوع عقد و مضمون شرایط آن به اثبات رسیده و مفهوم مفاد آن روشن شده است، برای تمیز قواعدی که بر آن حکومت دارد، باید طبیعت حقوقی و نوع آن معین شود، به بیان دیگر، در تفسیر قرارداد، آنچه دو طرف خواسته‌اند و درباره آن تراضی کرده‌اند تعیین می‌شود، ولی در توصیف قرارداد، طبیعت حقوقی اعمالی که دو طرف قصد انجام آن را داشته‌اند مشخص می‌گردد. برای مثال، در تفسیر قرارداد معلوم می‌شود که آیا مقصود این بوده است که متعهد دین دیگری را بر ذمه خود بپذیرد و در توصیف این عمل گفته می‌شود که آنچه واقع شده «ضمان» است و احکام ویژه این نهاد حقوقی بر رابطه دو طرف حکومت دارد. مثال دیگر: اگر اختلاف شود که آیا مقصود از تراضی تملیک منافع در برابر عوض معین بوده است یا اذن ساده در انتفاع، پاسخی که به آن داده می‌شود «تفسیر» قرارداد است. ولی پس از تمیز خواست طرفین، هرگاه اعلام شود که آنچه واقع شده «اجاره» است یا «عاریه» قرارداد توصیف شده است.

تمیز توصیف قرارداد از تفسیر آن تنها فایده‌ی نظری ندارد. در عمل نیز توصیف قرارداد با دادرسی است؛ مساله حقوقی است که به نظام حقوقی و اعتبار قانون ارتباط دارد، در حالی که در تفسیر قرارداد، هدف اجرای قصد مشترک طرفین است.

* بحث از لوازم قانونی عرفی قرارداد را نباید با تفسیر آن مخلوط کرد. باید پذیرفت که گاه آنچه قانون یا عرف در شمار توابع و لوازم عقد می‌آورد از خاطر دو طرف نیز نگذشته است و باید آن‌ها را از آثار قانونی و عرفی تراضی شمرد. این اقدام تنها در زیر سرپوش «تفسیر قرارداد» امکان دارد، ولی واقع‌بینی ایجاب می‌کند که بحث از لوازم عقد جداگانه مطرح می‌شود و «تفسیر» به تحلیل و نمونه‌هایی اختصاص یابد که دو طرف برای بیان اراده برگزیده‌اند و به تعهدهایی که نسبت به ایجاد آن توافق انجام شده است. ماده ۲۲۰ ق.م. نیز این دو مسأله را در عین حال که با هم ارتباط دارد از یکدیگر جدا می‌سازد (ر.ک. ماده). بدین ترتیب، آنچه در اثر حکم عرف یا قانون (نه تراضی) به دو طرف تحمیل می‌شود، نتیجه عقد است نه سبب آن، در حالی که تفسیر به سبب عقد (تراضی) می‌پردازد.

* تعدیل شرایط قرارداد به دلیل بروز حوادث پیش‌بینی نشده و دادن مهلت «عادل» به بدهکار از مسائل خارج از عقد و خارج از مضمون قصد واقعی یا اعلام شده دو طرف است و نباید آن را با تفسیر قرارداد مخلوط کرد.

* تجربه نشان داده است آنگاه که پای نزاع و اختلاف در میان باشد، دقیق‌ترین قراردادها نیز نیاز به تفسیر پیدا می‌کند. نگاه اجمالی به میزان شکایت‌هایی که از دستور اجرای مفاد اسناد رسمی به دادگاه‌ها می‌شود (قانون ۲۲ شهریور ۱۳۲۷) نشان می‌دهد تا چه اندازه ماموران ثبت درباره مفاد اسنادی که خود تنظیم کرده‌اند به اشکال برمی‌خورند.

* ضرورت تفسیر قرارداد همانند قانون است و گریزی از آن نیست.

* جستجوی قصد مشترک به دو شیوه ممکن است: ۱- جستجوی قصد مشترک ۲- تفسیر نوعی و اجتماعی

قسم اول خود به ۲ مورد تقسیم می‌شود: الف) اصالت اراده واقعی و باطنی ب) اصالت اراده ابراز شده در قرارداد

* در حقوق آلمان از دیدگاه کلی حکومت با اراده ظاهری است.

توضیح تفسیر نوعی و اجتماعی: این شیوه تفسیر در فرض پیشرفته خود، بجایی می‌انجامد که قرارداد به شکل وسیله‌ای برای حفظ مصالح اجتماعی درآید؛ وجودی مستقل از اراده‌های سازنده آن بیابد و به زندگی اجتماعی ویژه خود ادامه دهد.

این گرایش (تفسیر نوعی) به‌ویژه در قراردادهای الحاقی و قراردادهای تجاری چشمگیر است، زیرا استناد به قصد مشترک در آن‌ها بیهوده و صوری است:

درباره قراردادهای الحاقی: مدیران موسسه‌ها می‌توانند برای اداره درست بنگاهی که در اختیار دارند مقرراتی وضع و به تمام کارمندان و مشتریان خود تحمیل کنند. ولی، رابطه حقوقی که با قبول آن قواعد بین بنگاه و خریدار محصول و کارگران ایجاد می‌شود، به دشواری در زمره آثار قصد مشترک دو طرف می‌آید. ریشه و هدف این‌گونه قواعد حفظ منافع عمومی (در مورد موسسه‌های عمومی و دولتی) یا ضرورت‌های مربوط به اداره موسسه است و نمی‌توان آن‌ها را به توافق میان مدیران و کارکنان و مشتریان منسوب کرد.

بدین ترتیب، برای تفسیر شروطی که در این‌گونه قراردادها آمده است، و به‌ویژه برای تعیین راه‌حلی که در قرارداد پیش‌بینی نشده است، آیا می‌توان به قصد مشترک دو طرف استناد کرد؟ آیا چاره‌ای جز این وجود دارد که قرارداد وجود اجتماعی ویژه‌ای مستقل از اراده دو طرف فرض شود و تفسیر آن از عدالت و عرف و حسن نیت و منافع عمومی الهام بگیرد؟

در مورد قراردادهای تجاری که دو طرف به مذاکره درباره یکی دو موضوع اساسی آن هم با واژه‌های مختصر و بریده (در تلفن یا تلکس و تلگرام) اکتفا می‌کنند و به سرعت از آن می‌گذرند (مانند خرید و فروش در بورس) قصد مشترک طرفین، معیار مطمئنی برای رفع ابهام از متن قرارداد یا استخراج راه‌حل‌های پیش‌بینی‌شده نیست. عرف و ضرورت ناشی از داشتن حسن نیت در اجرای قرارداد نقش مهمی در تکمیل و اجرای چنین پیمان‌هایی دارد، در حالی که مسائل مطرح‌شده از خاطر دوطرف عقد نیز نگذشته است.

* همگامی شیوه تفسیر قانون و قرارداد در تاریخ این فکر را تلقین می‌کند که برای تدوین قواعد کلی تفسیر قرارداد از احکام مربوط به تفسیر قانون الهام گرفته شود.

* نباید پنداشت که اصل ۱۶۷ ق.ا. (استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر...)، دادرس را از استناد به عرف منع می‌کند یا «روح قانون» از شمار منابع حقوق حذف شده است زیرا روح قانون همانند متن آن، مقدم بر سایر منابع است و در شکل‌گیری و تدوین اصول حقوقی به مفهوم کنونی آن، عرف از ارکان اصلی است.

* در تفسیر قانون نیاستی ابهامی را به ابهام دیگر احاله کرد. نباید چنین پنداشت که تفسیر قرارداد برگردانی از تفسیر قانون است، زیرا در نخستین اقدام منافع خصوصی اشخاص مطرح است و در تفسیر قانون منافع جمع و راهگشایی مسیر تمدن و عدالت.

* فرض‌های سه‌گانه: از مفاد ماده ۳ ق.آ.د.م. می‌توان چنین استفاده کرد که تفسیر قرارداد نیز همانند قانون در سه فرض جداگانه مطرح می‌شود و هرکدام احکامی ویژه خود دارد که بایستی از قوانین و اصول کلی حقوقی استنباط کرد:

۱) فرضی که شروط قرارداد و مفاد آن روشن است و هیچ ابهام و تناقضی ندارد.

۲) فرضی که قرارداد مبهم یا دارای شروط متعارض است، چندان‌که نمی‌توان تعهد دو طرف را به روشنی از آن استنباط کرد.

۳) فرضی که قرارداد ناقص است و هیچ راه‌حلی برای اشکال ایجادشده ندارد.

*** در فرض اول:**

نتیجه منطقی حکومت اراده واقعی این است که در مقام تفسیر قرارداد دادرس باید در جستجوی «قصد واقعی و مشترک» دو طرف عقد باشد و خود را پای بند به ظاهر الفاظ و معنای ادبی آن‌ها نداند.

آیا دادرس می‌تواند به دلایل دیگری خارج از اعلام اراده‌ها در عقد برای اثبات قصد مخالف استناد کند یا بایستی اماره‌های مخالف از درون سند استنباط شود؟

ج: اگر دادرس محدود به دلایل درونی عقد باشد، باید پذیرفت که در صورت روشن بودن الفاظ عقد جایی برای تفسیر باقی نمی‌ماند، مگر اینکه عبارتی روشن با طبیعت عقد یا شرایط دیگر مندرج در آن مخالف باشد. برعکس هرگاه استنباط از دلایل خارجی نیز برای احراز قصد مشترک ممکن باشد دادگاه می‌تواند برای اصلاح یا حذف شروطی که به اشتباه یا از راه نیرنگ اعلام شده و با قصد واقعی مابینت دارد اقدام کند.

رویه قضایی هنوز پاسخی قاطعی بدین پرسش نداده است ولی به نظر می‌رسد که از نظر اصول نمی‌توان دادگاه را از استنباط به دلایل خارجی و جستجوی قصد مشترک منع کرد به‌ویژه که در بیشتر قراردادهای و حتی نمونه‌های بین‌المللی آن همیشه جای تفسیر و تأویل باقی است.

بیگمان لزوم رعایت مفاد صریح سند و جلوگیری از تحریف آن مانع بزرگی در راه تفسیر آزاد قرارداد به وجود می‌آورد اما امکان رجوع به قصد مشترک را از بین نمی‌برد. زیرا آنچه در قانون به صراحت منع شده این است که دادرس نباید به مفاد صریح سند معنای دیگری دهد، در حالی که در استناد به دلایل خارجی هدف این است که احراز شود معنی صریح سند بیان‌کننده قصد واقعی دو طرف نیست.

* مطابق ماده ۲۲۴ ق.م.: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه». مقصود از عرف در این ماده دیدگاه عرف در محل وقوع قرارداد است زیرا ظاهر این است که تفاهم در هر محل بر مبنای رسوم همان‌جا انجام می‌پذیرد مگر این‌که دو طرف اراده خویش را در رعایت عرف محل دیگر بیان کنند یا قرینه خاصی انصراف آنان را از عرف محل نشان دهد: برای مثال اگر دو تاجر تبریزی قراردادی را هنگام مسافرت موقت به اصفهان امضا کنند و در آن مقدار کالای مورد معامله را یک هزار «من» برآورد سازند، ظاهر این است که مقصود «هزار من» تبریز است.

- ماده ۲۲۴ ق.م. با اصل رعایت «اعتماد مشروع» در قراردادهای سازگار و یکی از نتایج آن است.

- حکم این ماده با اصل حکومت اراده باطنی نیز سازگار است.

(م.م): تفاوت دو تحلیل فوق، این است که بر مبنای احترام به اعتماد مشروع از ظاهر عرفی الفاظ نمی‌توان دست برداشت در حالی که بر مبنای کشف از اراده واقعی این ظاهر تا جایی اعتبار دارد که خلاف آن ثابت نشود. از لحاظ نظری نتیجه دوم با اصل حکومت اراده واقعی بر عقد (العقود تابعة للمقصود) و مبانی قانون مدنی ملائمت بیشتری دارد؛ یعنی، باید گفت الفاظ عقد محمول بر معانی عرفیه است، مگر اینکه خلاف آن در دادگاه ثابت گردد.

اثبات این امر در مورد نادری که دو طرف سندی برای بیان مقصود واقعی خود تنظیم کرده‌اند آسان است. رجوع به اسناد مربوط به گفتگوهای مقدماتی و قولنامه‌های تنظیم شده نیز می‌تواند وسیله مفیدی برای احراز آن مقصود باشد. ولی همین‌که نوبه شهادت و استناد به اماره‌های قضایی برسد به دشواری دادگاه می‌تواند از ظاهر عرفی الفاظ عقد بگذرد هرچند که از نظر اصول پذیرفتن شهادت را مخالف ماده ۱۳۰۹ ق.م. نداند. به‌ویژه، که گواهان به‌طور معمول به تبانی دو طرف دسترسی ندارند و اطلاع خود را درباره دواعی یکی از دو طرف بیان می‌دارند. (پاورقی: اشکال در این است که آیا تفسیر برخلاف ظاهر عرفی سند قرارداد به معنی ادعای مخالف با مفاد و مندرجات آن است و با شهادت اثبات نمی‌شود (م. ۱۳۰۹ ق.م.) یا می‌توان ادعای اشتباه و تبانی جداگانه را به استناد شهادت پذیرفت؟)

به طور خلاصه در جایی که مفاد سند قرارداد روشن است دادگاه باید ظاهر عرفی الفاظ را حاکی از قصد واقعی و مشترک دو طرف بداند و نمی‌تواند به بهانه رعایت انصاف یا عرف و قانون معنای دیگری به آن بدهد یا مفاد عقد را منحرف سازد. (پاورقی: حتی اگر قانون امری باشد؛ زیرا مخالفت قرارداد با قانون امری از موارد بطلان عقد است، نه تفسیر مخالف ظاهر [در واقع، قانون امری، تخصصاً از این بحث خارج است.]

* دادرس نمی‌تواند به استناد «انصاف» از اجرای مفاد عقد خودداری کند یا شرایط آن را منحرف سازد. ولی، واقع‌بینی ایجاب می‌کند که نقش انصاف را به عنوان آرمانی الهام‌بخش از یاد نبریم. قاضی از جهت اطاعت از قانون و رعایت انضباط شغلی حق ندارد به انصاف استناد کند، اما همین‌که دلش متوجه به انصاف شد و با ستمی آشکار برخورد، نمی‌تواند از این حادثه بگریزد و انجام وظیفه را بر ندای وجدان ترجیح دهد. پس در مقام اجرای قرارداد، تلاش می‌کند از ظاهر بگذرد و شرط را چنان معنا کند که از انصاف دور نباشد.

* شروط چاپی و مرسوم در قباله‌ها:

در پاره‌ای از قراردادها که به تقلید از نمونه‌های مرسوم خود تنظیم می‌گردد و به‌ویژه در اسناد رسمی که صاحبان دفاتر تدوین می‌کنند، شروطی دیده می‌شود که دو طرف قرارداد به آن هیچ اعتنا و توجهی ندارند و گاه معنای آن را نیز نمی‌فهمند و برخلاف شرط رفتار می‌کنند: مانند اسناد چاپی رهن املاک نزد بانک‌ها و بیمه‌نامه‌ها و قباله‌های قدیمی و پاره‌ای از قولنامه‌ها.

آیا این‌گونه شروط را می‌توان جزء مفاد عقد شمرد یا بایستی از آن‌ها درگذشت هرچند که صریح در معنا باشد؟ باید پذیرفت که شروط مندرج در قرارداد جزء مفاد آن است و به ظاهر در قلمرو قصد مشترک قرار می‌گیرد مگر اینکه به قرینه‌ای خلاف آن اثبات شود: برای مثال هرگاه مفاد شرطی مرسوم یا چاپ‌شده با ابتکارهای دو طرف در آن قرارداد خاص مخالف باشد، معلوم می‌شود که آنان نخواستند که در مرز تقلید باقی بمانند و به همین جهت به ابتکار دست‌زده‌اند. بی‌گمان دلالت عبارت یا لفظی که در قرارداد به وسیله دو طرف انشاء می‌شود بر قصد واقعی به‌مراتب قوی‌تر از شرطی است که در نمونه‌های پیش‌ساخته آمده یا در تحریر اسناد رسم شده است. به همین جهت می‌گویند در مقام تفسیر و اجرای بیمه‌نامه‌ها شرایط خاص آن‌ها بر شرایط عمومی حکومت دارد و این شهرت در همه قراردادهای نمونه و الحاقی نیز کم‌وبیش به چشم می‌خورد.

* فرض دوم: مفاد قرارداد مبهم است:

این فرض را باید محل واقعی تفسیر شمرد زیرا از ظاهر قرارداد معنای صریح روشن به دست نمی‌آید و دادرس ناچار است که به روح قرارداد دست یابد و آن را وسیله هدایت اندیشه خود و رفع ابهام از قرارداد سازد. این روح حاکم بر قرارداد، «قصد مشترک» آنان است. سوال: در چه صورت قرارداد را باید مبهم نامید؟

در پاسخ به این سوال باید دانست که قرارداد مجموعه‌ای است تجزیه‌ناپذیر و برای استخراج مفاد این مجموعه باید تمامی شرایط اصلی و فرعی را در نظر گرفت و شروط مبهم را به شروط صریح معنا کرد. بنابراین اگر ظاهر عرفی شرطی روشن باشد دادگاه نمی‌تواند از آن بدون دلیل صرف‌نظر کند و ناچار است که شرط مبهم را چنان معنا کند که با ظاهر عرفی شرط روشن تعارض نکند. پس مفاد قرارداد در صورتی مبهم است که با جمع شروط آن نتوان به راه‌حل روشنی رسید. در اینجا است که دست دادرس در جستجوی اراده واقعی باز می‌شود و ظاهر الفاظ عقد، مانعی در این راه ایجاد نمی‌کند. تعارض شروط روشن عقد نیز همین نتیجه را می‌دهد؛ زیرا لزوم جمع بین آن‌ها نیز مفاد عقد را در پرده‌ای از ابهام فرومی‌برد.

مطالعه مجموعه‌های رویه قضایی نشان می‌دهد که بیش از هر جای دیگر در وقفنامه‌ها و وصیتنامه‌ها ابهام و تعارض دیده می‌شود: برای مثال، قید «نسلاً بعد نسل» در این‌گونه اسناد مورد تعبیرهای گوناگون قرار گرفته است تا جایی که دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه قضایی شماره ۳۵۶۱ - ۴۲/۱۲/۲۶ آورده است:

«مستفاد از صرف عبارت نسلاً بعد نسل در مورد وقف و وصایت، ترتیب است نه تشریک؛ از این قرار که هرگاه یکی از نسل موجود با داشتن فرزند فوت شود فرزند او با باقیمانده نسل در انتفاع از مورد وقف یا در امر تولیت و وصایت نمی‌تواند شرکت نماید و مادام که چند نفر حتی یک نفر هم از نسل مقدم وجود داشته باشد نوبت به نسل بعد نخواهد رسید و همچنین است در مورد عبارت طبقاً بعد طبقه...»

در قراردادهای دیگر نیز ابهام در مفاد عقد و اختلاف درباره‌ی معنای عرفی آن کم نیست. از جمله، مدت‌ها در عقد اجاره این بحث مطرح بود که آیا تعیین مدت عقد یا این التزام که «مستأجر باید در و شیشه مورد اجاره را همان‌گونه که سالم تحویل گرفته در پایان مدت اجاره سالم تحویل موجد دهد» دلالت بر تعهد او به تخلیه و تحویل مورد اجاره در پایان مدت می‌کند و می‌توان بر مبنای آن اجرائیه صادر کرد؟

سرانجام اکثریت هیات عمومی دیوان عالی کشور بی‌اعتنا به مصلحت مربوط به حمایت از مستأجران در برابر مالکانی که می‌خواستند بدون پرداختن سرقفلی به سرعت محل‌های کسب را تخلیه کنند در رأی شماره ۳۷۵۲ - ۴۰/۱۰/۲۴ چنین نظر داد که: «... علاوه بر این که در اجاره‌نامه به این عبارت (مستأجر متعهد است که مورد اجاره را که صحیح و سالم تحویل گرفته در موقع تخلیه صحیح و سالم تحویل موجد نماید و پس از فسخ یا انقضاء مدت.. الخ) مستأجر اجمالاً تخلیه ملک را در انقضای مدت تعهد نموده است، اصولاً در مورد اجاره با صراحت ماده ۴۹۴ قانون مدنی بر این که عقد اجاره به محض انقضاء مدت برطرف می‌شود، در صورتی که مورد مشمول قانون روابط مالک و مستأجر نبوده و شرط خلافی هم نشده با انقضای مدت حق تخلیه برای مالک در حکم تصریح در سند است...».

* معیار تفسیر: در مورد ابهام قرارداد، دادرس باید روح حاکم بر توافق را به دست آورد. این روح حاکم، «قصد مشترک» دو طرف است که هرگاه احراز شود، بر همه چیز حکومت دارد. عواملی که دادرس را به قصد مشترک هدایت می‌کند به دقت نمی‌توان شماره کرد: ممکن است گفتگوهای مقدماتی، اوضاع و احوالی که تراضی در آن صورت گرفته است، وصف حقوقی که طرفین از عمل خود کرده‌اند و... باشد. مثلاً اگر کشاورزی متعهد به تسلیم ۱۰ خروار گندم شود ظاهر این است که ۱۰ خروار از مزرعه‌ی خود تعهد می‌کند، نه به طور کلی. پس در صورت تلف گندم‌های آن مزرعه توسط صاعقه، نمی‌توان او را به تهیه‌ی ۱۰ خروار گندم دیگر ملزم داشت. وضع ویژه‌ی کشاورز و شرایط دو طرف می‌تواند بیان‌کننده‌ی «قصد مشترک» باشد.

ولی از قوانین ما قواعدی استنباط می‌شود که مبتنی بر غلبه و ظاهر است. اجرای این قواعد، چهره‌ی نوعی و کلی دارد و دادرس، تنها در صورتی می‌تواند به «قصد واقعی مشترک» استناد کند که آنچه به دست می‌آورد با این قواعد، سازگار باشد یا خلاف غلبه و ظاهری که پایه‌ی آن‌ها است در دادگاه ثابت شود و دادرس بتواند رأی خود را توجیه کند. [۵ مورد از این قواعد بیان می‌گردد]:

(۱) م. ۲۲۴ ق.م.: لزوم حمل الفاظ عقد بر معانی عرفی.

(۲) همه شروط عقد باید در درون این مجموعه با هم جمع شود. در مورد تعارض ظاهری در قرارداد، از نسخ و حذف باید پرهیز کرد و به خاطر داشت که دو طرف همه آن شروط را خواسته‌اند پس باید به گونه‌ای همه را جمع کرد و سایه شروط را بر یکدیگر در نظر داشت. عنوان عقد و طبیعت حقوقی آن، راهنمای ارزنده‌ای در این راه است. برای مثال اگر دو طرف نام عمل حقوقی خود را «معاوضه» نامیده باشند باید از تفسیری که عوض و معوض را به سود یکی از دو طرف جمع کند خودداری کرد. در حقوق ما شرط باطل عقد را فاسد نمی‌کند و باید از قرارداد حذف شود (ماده ۲۳۲ ق.م.). بنابراین در صورت تعارض بین عقد و شرط (یا تعهدهای اصلی و تبعی و فرعی) باید تعهدهای اصلی را حاکم شمرد. (پاورقی: مثال دیگر: اگر در عقد عاریه شرط شود که مستعیر عین مورد عاریه یا مثل آن را رد کند، این شرط محمول بر عاریه‌های متعارف است و چنین معنی می‌شود که مستعیر باید عین را بازگرداند و در صورت تلف، مثل را و نمی‌توان گفت به مستعیر حق اتلاف عاریه و دادن مثل به جای آن داده شده است.)

(۳) طبق م. ۲۲۳ ق.م. «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود». یکی از نتایج اصل یادشده آن است که در مقام تفسیر قرارداد باید معنایی برگزیده شود که به نفوذ عقد انجامد. برای مثال اگر تردید شود ضمان، معلق است یا ضامن خواسته است که اجرای تعهد خود را معلق به امر دیگری سازد، معنای دوم را باید ترجیح داد. زیرا نتیجه‌ی انتخاب نخستین معنا بطلان ضمان است (م. ۶۹۹ ق.م.). همچنین است شروطی که به فسخ عقد می‌انجامد یا مسئولیتی را از بین می‌برد و محدود می‌سازد که باید تفسیر محدود شود و صریح در معنی باشد زیرا با شک نمی‌توان یقین ناشی از اثر عقد را نقض کرد.

در مورد شروط عقد نیز باید الفاظ چنان معنا شود که به لغو منتهی نشود و از آن اثر و فایده‌ای به دست آید. زیرا نه تنها ظاهر این است که اشخاص بدون هدف و به لغو تراضی نمی‌کنند بی‌فایده بودن شرط سبب بطلان آن است (بند ۲ ماده ۳۳۲ ق.م.) ... (اعمال الکلام اولی من اهماله). برای مثال اگر شخصی اموال خود را وقف بر اولاد کند و فرزندی جز نواده‌ها نداشته باشد وقف به سود آنان تعبیر می‌شود.

۴) یکی از نتایج اصل برائت (م. ۱۹۷ ق.آ.د.م.) این است که مفاد قرارداد به سود متعهد تفسیر شود: بدین معنی که هرگاه در وجود و قلمرو تعهدی تردید باشد، مفهومی را باید ترجیح داد که کمترین دین را ایجاد کند. بنابراین هرگاه در تعیین میزان اجاره بها عبارت صریح نباشد، به قدر متیقن باید اکتفا کرد.

۵) در مورد وصیت و وقف (بر فرض که تابع قواعد عمومی قرارداد باشد) چون زمینه ساز عمل حقوقی، اراده‌ی موصی و واقف است و نقش موصی له و موقوف علیه محدود به الحاق به طرح پیشین است، دادرس باید در جستجوی اراده‌ی مبتکر و طراح عطایا باشد نه کسانی که به آن رضایت می‌دهند و هیچ تعهد متقابلی را نمی‌پذیرند.

* قراردادهای الحاقی

در قراردادهای الحاقی مانند قراردادهای حمل و نقل دریایی و هوایی و بیمه از آنجا که مفاد سند با تأمل و دقت از سوی موسسه‌های صاحب این مشاغل تهیه می‌شود و مشتریان دخالتی در آن ندارند گفته شده که هرگاه در وجود تعهدی برای مشتری تردید شود باید قرارداد را به سود او تفسیر کرد و برعکس در مورد الزام‌های موسسه تهیه‌کننده قرارداد به زیان او تفسیر می‌شود. این قاعده را به دشواری می‌توان از قوانین استنباط کرد یا به لوازم حسن نیت و تفسیر معقول از قرارداد یا عرف نسبت داد. پس باید پذیرفت که حمایت از مصرف‌کنندگان و مشتریان موسسه‌های بزرگ و اتحادیه آنان و به بیان دیگر انصاف و سیاست‌های اقتصادی و اجتماعی مبنای واقعی آن [قاعده] است. وانگهی چون فرض این است که تهیه‌کننده قرارداد، آنچه را می‌خواسته نوشته است می‌توان نتیجه گرفت آنچه را در متن امضا شده، نیاورده است در واقع نخواسته است؛ پس بیهوده نباید در پی احراز قصد مشترک بود و ناچار دادرس باید آن را بر مبنای عرف و انصاف تکمیل کند.

نتیجه: باید پذیرفت که تفسیر قرارداد در مرحله ابهام و تعارض نیز بیشتر به‌طور نوعی و بر مبنای ظاهر الفاظ و عرف انجام می‌پذیرد. با وجود این اگر قصد مشترک طرفین احراز شود ظاهر نوعی در برابر آن اعتبار ندارد و باید گفته دکارت را در این زمینه تکرار کرد که: «این چشم نیست که می‌بیند، روح است».

* فرض سوم: قرارداد ناقص است:

این فرض ناظر به موردی است که نسبت به موضوع اختلاف هیچ راه‌حلی در قرارداد نیامده باشد: مانند موردی که قانون ناقص است و دادرس با دعوایی روبرو می‌شود که در قانون حکمی ندارد. ناقص ماندن قرارداد ممکن است به دلایل گوناگون ارادی یا ناخواسته باشد: احتمال دارد آنچه در مقام اجرای تعهد به آن برخورد کرده‌اند به هنگام معامله به ذهن هیچ‌کدام نیامده باشد یا رسم بر این باشد که نکته‌ای را مسکوت گذارند و درباره آن به گفتگو و چانه زدن نپردازند: برای مثال حق معاینه و درمان پزشکان متخصص و کرایه تاکسی به‌طور معمول پیش از رجوع و پایان کار معین نمی‌شود و گاه برای تعمیر یک اثر هنری دستمزد هنرمند را نمی‌پرسند. (بر این مبنا که استیفا در مثال‌های یاد شده عقد به شمار آید.) یا در قرارداد خرید مصالح ساختمانی محل تحویل کالا را معین نمی‌کنند یا در قرارداد تجارتی که به سرعت و گاه با تلفن انجام می‌شود دوطرف، فرصت طرح مطالب فرعی را نمی‌یابند. مثال: در مزرعه‌ای به عمد از اثر آفت‌ها بر پیمان یاد نمی‌کنند تا امضای پیمان به تأخیر نیفتد؛ همچنین در قرارداد مربوط به توقف اتومبیل در محل خاص که معلوم نیست آیا مالک گاراژ، تعهد به حفاظت از اتومبیل را کرده است یا نه؟

در این گونه موارد هرگاه بتوان به یاری استنباط منطقی از اعلام اراده‌ها به راه‌حلی مطمئن دست یافت (مانند این که موارد اختلاف مقدمه رسیدن به هدفی باشد که موضوع تعهد است یا راه‌حل مورد نیاز مفهوم موافق یا مخالف شروط قرارداد است و اوضاع و احوال نیز نشان می‌دهد که دو طرف به آن نظر داشته‌اند) باید استنباط دادرس را از مصداق‌های تفسیر قرارداد شمرد. نقش این گونه استنباط‌ها را با «استلزامات عقلی» در تفسیر قوانین می‌توان همانند کرد.

همچنین است موردی که از گفتگوهای مقدماتی دوطرف و سایر قرائن می‌توان راه‌حل مورد نیاز را از شروط بنایی قرارداد شمرد؛ شروطی که طرفین در زمان تراضی به آن نظر دارند و بر پایه آن تبانی می‌کنند: مانند کرایه اتاقی در مهمانسرا که بر این مبنا انجام می‌گیرد که به اندازه میهمانان در آن اتاق تختخواب و محل استراحت وجود دارد.

* لوازم عرفی عقد را نیز نویسندگان قانون مدنی به‌منزله شروط عقد شمرده‌اند.

* بنای عرف و عادت یا لوازم عرفی عقد نوعی شرط ضمنی است که اعتبار خود را از تراضی می‌گیرد و همانند شرط صریح سبب ایجاد خیار فسخ می‌شود: یعنی بنای عرف جزء مفاد عقد و در حکم شرط صریح است... ولی باید دانست که تحمیل قاعده عرفی بر دو طرف عقد فراتر از رضای ضمنی آنان است. گفته شد که انگیزه‌های گوناگونی ممکن است سبب حفظ سکوت در عقد و ناقص ماندن آن شود: در موردی که دو طرف از بنای عرف آگاه نیستند یا به دشواری اجرای قرارداد در آینده توجه ندارند یا بیم از برهم خوردن گفتگوهای مقدماتی آن‌ها را به سکوت وادار کرده است چگونه می‌توان ادعا کرد که نسبت به اجرای حکم عرف تراضی کرده‌اند؟

اگر مبنای واقعی حکومت عرف، «قصد مشترک» باشد، باید دعوای خلاف آن در دادگاه شنیده شود و طرفی که از اجرای آن زیان می‌بیند بتواند ثابت کند که هیچ‌گاه راضی به مفاد قاعده عرفی نبوده است؛ در حالی که این دعوا مسموع نیست و حکم عرف همچون قاعده‌ای الزام‌آور بر او حکومت می‌کند. چنان‌که ماده ۳۵۶ ق.م. درباره حکومت عرف نسبت به تعیین اجزاء و توابع مبیع، قید می‌کند: «اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند».

وانگهی اگر یکی از دو طرف قرارداد در زمان تراضی مخالفت خود را با قاعده عرفی ابراز کند ولی نتواند طرف مقابل را درباره چگونگی شرط مورد نظر با خود هم‌داستان سازد، باز هم باید از عرف اطاعت کند. پس باید گفت، آوردن حکم عرف در شمار مفاد عقد، فرضی است تخلف‌ناپذیر که تنها بر غلبه متکی نیست بر اراده قانونگذار در تکمیل قراردادها هم استوار است. به همین جهت باید افزودن حکم عرف و همچنین قانون تکمیلی را در عنوان دیگری به نام «تکمیل قرارداد» آورد و از بخش تفسیر قرارداد، که هدف آن جستجوی قصد مشترک است، جدا ساخت.

* ب. تکمیل قرارداد (صفحه ۴۶ کتاب) (م. ۲۲۰ ق.م.): ۱ - توسط قانون ۲ - توسط عرف

دو طرف الزامی در پیش‌بینی همه‌ی مسائل جزئی ندارند و کافی است درباره نکته‌های اصلی معامله توافق کنند و آنچه را می‌ماند به نظام حقوقی واگذارند. ماده ۲۳۹ ق.م. درباره بیع که نمونه بارز عقد معوض است، اعلام می‌کند: «پس از توافق بائع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود» یعنی کافی است دو طرف درباره مقدار و جنس و وصف مبیع و میزان بهای آن تراضی کنند تا عقد بیع واقع شود. نقد و نسیه بودن ثمن و تعیین محل تسلیم و ضمان معاوضی و سایر مسائل را حقوق، خود معین می‌کند.

مرسوم شده است که تکمیل قرارداد ناقص را نیز مرحله‌ای از تفسیر آن شمارند و همه‌چیز را به قصد مشترک منسوب کنند. واقع‌بینی ایجاب می‌کند که در پیروی از رسم دیرین مبالغه نشود: در جایی که قصد مشترک از اعلام‌ها و اوضاع‌واحوال همراه آن به دست نمی‌آید و دادرس ناچار می‌شود که از عوامل خارجی مانند عرف و عادات حرفه‌ای و قانون، راه‌حل مورد نزاع را بیابد در واقع به تکمیل عقد می‌پردازد و کار او از مرحله‌ی تفسیر، فراتر می‌رود.

* با توجه به م. ۲۲۰ ق.م.: دادرس می‌تواند از دو عامل: قانون و عرف و عادت برای تکمیل قرارداد استفاده کند. قانون مدنی ما از عوامل انصاف و حسن‌نیت نام نبرده است پس تکمیل قرارداد، قطع‌نظر از مواردی که به اراده ضمنی دو طرف منسوب می‌شود به نام دو عامل انجام می‌شود: ۱ - قانون ۲ - عرف و عادت.

* چنانکه در موارد قواعد عرفی گفته شد، نیروی حاکم در قوانین تکمیلی را نباید در اراده ضمنی دو طرف به اجرای آن‌ها پنداشت. درست است که آنان می‌توانند برخلاف مفاد قوانین تکمیلی تراضی کنند ولی در صورتی هم که به راه‌حل موجود در قانون توجه نداشته باشند و حتی ثابت شود که با آن مخالف بوده‌اند باز ناچار از اطاعت قانون هستند. پس، نقش این قوانین تنها تفسیر اراده طرفین نیست نقش مهم‌تر آن تکمیل قرارداد است.

* در قراردادهای بی نام که بر طبق مادهی ۱۰ ق.م. واقع می شود قواعد تکمیلی به اندازهی «عقود معین» فراوان نیست. به همین جهت گاه دادرس ناچار می شود که از راه قیاس، قاعدهی تکمیلی عقدی مشابه را دربارهی آن اجرا کند. اختلاف رویه ها و دشواری از همین نکته آغاز می شود و فایدهی پیش بینی «عقد معین» را اثبات می کند. با وجود این نباید چنین پنداشت که قانونگذار قراردادهای بی نام را یکسره به تراضی طرفین یا رویه ی قضایی واگذارده است. یکی از انگیزه های بیان این نظریه که تراضی باید در قالب یکی از عقود معین یا شرط ضمن آن ها انجام شود تا نفوذ حقوقی بیابد، هر چند که به صراحت بیان نشده است، نگرانی از ایجاد هرج و مرج و آزادی بدون نظارت در قراردادها است. چنان که فراهم آوردن یک نظریه ی کلی برای عقد و تنظیم قواعد عمومی قراردادها نیز برای رفع همین نگرانی است. قانون مدنی ما از جهت پیش بینی این قواعد ناقص است ولی در همین قانون نیز بر مبنای عرف و انصاف و اجرای حسن نیت قرارداد، قواعد تکمیلی فراوانی دیده می شود که به همه ی قراردادها ناظر است. تمام قواعد مربوط به احکام شرط، معاملات فضولی، آثار قرارداد، خسارت عدم انجام تعهد و سقوط تعهدات از قواعد عمومی است و به هیچ عقد خاصی نظر ندارد.

برای مثال ماده ۲۷۹ ق.م. که در آن آمده است: «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد، متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفا کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی تواند بدهد»، یکی از قواعد مربوط به اجرای با حسن نیت قرارداد را بیان می کند. ماده ۲۴۰ همان قانون که می گوید: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت. مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروطه باشد» می تواند مبنای تهید نظریه عمومی درباره «بیهوده شدن قراردادها» شود.

* در صورت تعارض عرف و قوانین تکمیلی، عرف مقدم است؛ البته پاره ای از نویسندگان در این فرض، اگر عرف، بعد از تصویب قانون پا گرفته باشد، قانون تکمیلی را در اثر متروک ماندن، نسخ شده دانسته اند. این نظر در صورتی درست است که مبنای اعتبار قوانین تکمیلی «اراده ضمنی» طرفین قرارداد باشد و نقش آن به تفسیر قرارداد محدود شود. ولی اگر پذیرفته شود که وسیله قانونی تکمیل قرارداد است، قبول نسخ قانون دشوار به نظر می رسد. به همین جهت اگر عرف تغییر پیدا کند و از بین برود، قانون دوباره نقش تکمیل کننده پیدا می کند.

* در صورت برخورد قانون تکمیلی با اراده ضمنی، آیا می توان گفت اراده ضمنی آنان نیز بر اجرای قوانین تکمیلی ترجیح دارد؟ (پواب استاد در اینجا ظاهراً متفاوت با نظری است که در شماره ۹۱ از ج ۱ «عقود معین» (دوره ی ۳ جلدی) بیان داشته اند؛ برای دیدن این تعارض، همپنین رک. کتاب نظم کنونی، ذیل م. ۳۵۷).

در پاسخ به این سوال می توان گفت چون قصد مشترک طرفین قانون حاکم بر رابطه قراردادی است، همین که راه حلی را بتوان به اراده آنان منسوب کرد خواه بیان آن صریح باشد یا از مفاد عقد استنباط شود باید آن را محترم داشت: با وجود این، در پاره ای از قوانین تکمیلی تصریح می شود که مفاد آن باید رعایت شود مگر این که طرفین به صراحت ترتیب دیگری را مقرر کرده باشند. چنان که ماده ۳۵۷ ق.م. مقرر می دارد: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی شود، مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد».

بر همین مبنا قوانین تکمیلی را به دو گروه تقسیم کرده اند: یکی تکمیلی محض، که جز با شرط صریح نقض نمی شود و دیگری اختیاری (Dispositive) که با اراده ضمنی نیز می توان از اجرای آن پرهیز کرد. این تقسیم معیاری جز حکم قانون ندارد و از ارزش نظری بی بهره است و به همین جهت نیز کمتر از آن یاد می شود.

* در مقام برخورد عادت قراردادی با اراده ی صریح دو طرف، بی گمان باید تراضی را حاکم شمرد. ولی هرگاه این تراضی صریح و روشن نباشد این سوال مطرح می شود که آیا به استناد تراضی ضمنی و استنباط شده نیز می توان از اجرای عادت قراردادی چشم پوشید یا نقض عرف نیز نیاز به تصریح دارد؟

* قلمرو عرف و عادت در همه قراردادهای یکسان نیست. در حرفه‌های معین، عرف خاص اهمیت ویژه‌ای دارد و در بسیاری زمینه‌ها جانشین اراده دو طرف در تکمیل قراردادهای می‌شود. نمونه بارز آن اثر عرف بانکی است در قراردادهای حساب جاری و پس‌اندازها.

* در قوانین ما قواعدی که بر مبنای رعایت انصاف و حسن‌نیت، وضع شده کم نیست: از جمله ماده ۲۷۷ ق.م.و ماده ۲۷۹ ق.م. همچنین ماده ۳۸۷ ق.م. که تلف مبیع پیش از قبض را از مال بایع می‌داند و او را ناگزیر به رد ثمن به خریدار می‌کند، مبنی بر عدالت معاوضی و رعایت حسن نیت در اجرای قرارداد است که منسوب به اراده ضمنی طرفین و طبیعت معاوضه می‌شود یا حق حبس در قراردادهای معوض (ماده ۳۸۰ ق.م.) و اختیار تأخیر ثمن در بیع (ماده ۴۰۲ ق.م.) و اختیار تفلیس (ماده ۲۸۰ ق.م.). در قانون بیمه مصوب ۷ اردیبهشت ۱۳۱۶ نیز موادی دیده می‌شود که از آثار اجرای قواعد حسن نیت در این پیمان است؛ برای مثال ماده ۱۰، ۱۱، ۱۲ و ۱۳ آن قانون:

ماده ۱۰ - در صورتی که مالی به کمتر از قیمت واقعی بیمه شده باشد، بیمه‌گر فقط به تناسب مبلغی که بیمه کرده است یا قیمت واقعی مال، مسئول خسارت خواهد بود.

ماده ۱۱ - چنانچه بیمه‌گذار یا نماینده او با قصد تقلب، مالی را اضافه بر قیمت عادله در موقع عقد قرارداد بیمه داده باشد، عقد بیمه باطل و حق بیمه دریافتی، قابل استرداد نیست.

ماده ۱۲ - هرگاه بیمه‌گذار عمداً اظهار مطالبی خودداری کند یا عمداً اظهارات کاذبه بنماید و مطالب اظهارنشده یا اظهارات کاذبه طوری باشد که موضوع خطر را تغییر داده یا از اهمیت آن در نظر بیمه‌گر بکاهد عقد بیمه باطل خواهد بود، حتی اگر مراتب مذکوره تأثیری در وقوع حادثه نداشته باشد. در این صورت نه فقط وجوهی که بیمه‌گذار پرداخته است قابل استرداد نیست، بلکه بیمه‌گر حق دارد اقساط بیمه را که تا آن تاریخ، عقب افتاده است نیز از بیمه‌گذار مطالبه کند.

ماده ۱۳ - اگر خودداری از اظهار مطالبی یا اظهارات خلاف واقع از روی عمد نباشد عقد بیمه باطل نمی‌شود؛ در این صورت هرگاه مطلب اظهارنشده یا اظهار خلاف واقع، قبل از وقوع حادثه معلوم شود بیمه‌گر حق دارد یا اضافه حق بیمه را از بیمه‌گذار در صورت رضایت او دریافت داشته، قرارداد را ابقا کند و یا قرارداد بیمه را فسخ کند. در صورت فسخ، بیمه‌گر باید مراتب را به موجب اظهارنامه یا نامه سفارشی دوقبضه به بیمه‌گذار اطلاع دهد. اثر فسخ، ده روز پس از ابلاغ مراتب به بیمه‌گذار شروع می‌شود و بیمه‌گر باید اضافه حق بیمه دریافتی تا تاریخ فسخ را به بیمه‌گذار مسترد دارد.

در صورتی که مطلب اظهارنشده یا اظهار خلاف واقع، بعد از وقوع حادثه معلوم شود خسارت به نسبت وجه بیمه پرداختی و وجهی که بایستی در صورت اظهار خطر به‌طور کامل و واقع پرداخته شده باشد، تقلیل خواهد یافت.

* در نوشته‌های حقوقی نیز آثار رعایت انصاف و حسن نیت در استنباط و اجرای قواعدی مانند «هرکس سود می‌برد زیان را نیز تحمل می‌کند» و قاعده «لاضرر» و «احسان» و «اقدام»، آشکارا دیده می‌شود.

در فقه هم ارائه نظریه‌هایی مانند منسوب ساختن خیار غبن و عیب به شرط ضمنی یا بنایی درباره لزوم معادله نسبی دو عوض و سلامت مبیع، در واقع چهره ویژه‌ای از رعایت حسن نیت مفروض دو طرف در تفسیر قرارداد است.

* تفسیر قوانین تکمیلی نیز مانند قوانین امری از مسائل حقوقی است نه ماهوی. بنابراین دیوان کشور بر معنایی که دادگاه‌ها از قوانین مربوط به عقد می‌کنند نظارت کامل دارد؛ خواه قانون امری باشد یا تکمیلی و خواه قانون به معنی خاص باشد یا آئین‌نامه‌ی متکی به قانون. در مواردی هم که قانون راه‌حل مسأله‌ای را به عرف رجوع می‌کند، بی‌اعتنایی و انحراف از قاعده عرفی در حکم تجاوز از قانون است و در نظارت دیوان کشور قرار می‌گیرد.

* تمیز این که عمل حقوقی انجام شده با کدام نمونه قانونی منطبق است و در چه قالب قرار می‌گیرد مسأله‌ای حقوقی است در راستای اجرای قوانین نه احترام به اعلام اراده طرفین. این توصیف از لحاظ رعایت آثار و احکام خاص عقد مورد نظر و تمیز گروهی از قوانین تکمیلی که به آن ارتباط پیدا می‌کند اهمیت فراوان دارد. توصیف نادرست باعث می‌شود که دادرس قوانین تکمیلی را نابجا به کار برد و آثار عقد را منحرف سازد به همین جهت باید آن را مسأله حقوقی شمرد و به دیوان کشور اختیار داد تا بر تصمیم دادگاه در این زمینه نظارت داشته باشد.

* در موردی که شروط قرارداد الحاقی (مانند باربری با راه‌آهن یا هواپیما یا اجاره اوقاف عام) را قانون، معین و ثابت سازد به گونه‌ای که دو طرف ناچار به رعایت آن باشند، تفسیر چنین شروطی در حکم تفسیر قانونی است که آن را مقرر داشته است. به همین جهت، دیوان کشور می‌تواند از تفسیر و اجرای نادرست آن جلوگیری کند.

مفاد قرارداد ممکن است «به اختیار دو طرف» یا «به درخواست یکی از آن‌ها و تصمیم دادگاه» یا «به حکم قانون» تعدیل شود. بنابراین، تعدیل قرارداد را به اعتبار سبب آن می‌توان به قراردادی و قانونی و قضایی تقسیم کرد:

تعدیل قراردادی ناظر به موردی است که دو طرف در متن قرارداد پیش‌بینی کنند یا پس از انعقاد آن به تراضی انجام دهند.

تعدیل قانونی جایی است که یا طبق قانون، به‌طور مستقیم انجام شود یا در قانون به یکی از دو طرف حق درخواست آن را بدهد.

تعدیل قضایی که در امکان آن گفتگو و تردید فراوان است، به موردی گفته می‌شود که دادرس، با استناد به شرط ضمنی عقد یا جلوگیری از بی‌عدالتی و ضرر یکی از دو طرف مفاد قرارداد را تعدیل و متناسب با شرایط می‌سازد.

* در بحث تعدیل قراردادی: در قراردادها گاه مفاد تعهد چنان معین می‌شود که خودبه‌خود با تغییرهای ناشی از کاهش ارزش پول تناسب پیدا می‌کند. یکی از معروف‌ترین این شروط، شرط «پرداخت به طلا» است. اگر شروطی که به منظور پرهیز از کاهش ارزش پول و تعدیل خودبه‌خود قرارداد، مورد توافق قرار می‌گیرد با قوانین ارزی و تجارت خارجی برخورد نداشته باشد، نفوذ حقوقی دارد، خواه تعهد ناظر به پرداخت سکه‌های طلا یا معادل بهای طلا باشد یا ارزشهای خارجی یا کالاها و خدمات.

این تعدیل، اگر تنها به اراده یکی از دو طرف (فروشنده) واگذار شود (مانند این که شرط شود بهای قطعی بر مبنای نرخ روز فروشنده معین خواهد شد) در مجهول بودن ثمن و بطلان معامله تردید نباید کرد. منتها چون استناد به این بطلان به سود خریدار نیست (پرا نیست؟) و فروشنده از آن استقبال می‌کند، به‌طور معمول عنوان نمی‌شود و مفاد شرط نادرست بر خریدار تحمیل می‌گردد.

* در بحث تعدیل قانونی: [فرد ۲ نوع است: مستقیم و غیر مستقیم] استقواء در قوانین کنونی نشان می‌دهد که غالب یا دست‌کم بسیار از آن‌ها چنان تنظیم شده است که قراردادهای پیشین را در برگیرد. [چند نمونه تعدیل قانونی مستقیم]: به عنوان مثال:

* در ماده اول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب دوم مردادماه ۱۳۵۶ می‌خوانیم: «هر محلی که برای سکنی یا کسب یا پیشه یا به تجارت یا به‌منظور دیگری اجاره داده شده یا بشود مشمول مقررات این قانون است» * در ماده واحده تقلیل اجاره‌بهای واحدهای مسکونی مصوب ۷ آبان ۱۳۵۸ آمده است: «کلیه اجاره‌بهای خانه‌های استیجاری که به عنوان محل مسکونی به اجاره واگذار شده و مستأجر از عین مستأجره به صورت مسکن استفاده می‌کند از تاریخ اول آذر ۱۳۵۸ شمسی ۲۰ درصد تقلیل داده می‌شود». * در ماده اول ق.ر.م.م. ۶۲ آمده است: «اماکنی که برای سکنی یا تراضی با موجر... به تصرف متصرف داده شده یا بشود... مشمول مقررات این قانون است» و در ماده ۱۴ همین قانون با زیرکی از پذیرفتن درخواست تعدیل درباره‌ی اجاره‌های مسکونی تا پنج سال جلوگیری شده است. * تبصره مصوب ۱۳۸۵/۸/۲۹ الحاق شده به لایحه قانونی نحوه تخلیه ساختمان‌های استیجاری به‌وسیله وزارتخانه‌ها و شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی: «آراء صادره از محاکم دادگستری که به استناد ماده ۴ قانون روابط موجر مصوب سال ۱۳۵۶ بر تعدیل مال‌الاجاره برعلیه دولت یا مؤسسات و سازمان‌های دولتی و شرکت‌های وابسته بعد از تاریخ ۲۲ بهمن سال ۱۳۵۷ صادر شده و به مرحله اجرا درنیامده باشد به تقاضای مستأجر موقوف‌الاجرا است... دادگاه مکلف است با جلب نظر کارشناس حکم صادره را با تعیین اجاره‌بهای عادلانه اصلاح کند. این حکم قطعی است».

* تعدیل قرارداد به دستور قانون [تعدیل قانونی غیرمستقیم]: گذشته از مواردی که قانون به‌طور مستقیم مفاد قرارداد را تغییر می‌دهد گاه نیز با پیش‌بینی امکان تعدیل به زیان‌دیده حق می‌دهد تا بر اساس قانون، طرح دعوا کرده و دادگاه را مکلف یا مخیر به تعدیل قرارداد سازد: برای مثال:

بند ۷ ماده ۱۱ قانون روابط مالک و مستأجر، دفاتر اسناد رسمی را مکلف ساخته است که در اسناد اجاره تصریح کنند: «تعهد مستأجر به پرداخت اجرت‌المثل پس از انقضای مدت و یا فسخ اجاره تا موقع تجدید اجاره یا تخلیه ملک به میزان اجرت‌المسمی» بدین ترتیب این شرط بر دو طرف تحمیل می‌شود تا در زمان تصرف مستأجر و وجود رابطه قراردادی میزان اجاره ثابت باشد خواه در زمان عقد اجاره باشد و خواه در دورانی که قانون آن را ادامه می‌دهد. وانگهی این قانون عقد اجاره را پس از پایان مدت نیز ادامه و به مستأجر حق می‌دهد که موجر را الزام به انعقاد اجاره جدید کند.

مثال دیگر: به موجب ماده ۲۷۷ ق.م: «... حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد». در ماده ۶۵۲ همان قانون نیز می‌خوانیم: «در موقع مطالبه، حاکم می‌تواند مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساطی قرار دهد». در این‌که آیا دو ماده ۲۷۷ و ۶۵۲ یک مفهوم دارد یا ماده اخیر به شروط ضمنی قرارداد و بنای دو طرف توجه می‌کند، اختلاف است، ولی در هر حال امکان به تأخیر انداختن مهلت انجام تعهد یا صدور قرار اقساط تعدیلی است که در متن قرارداد به سود متعهد انجام می‌شود.

مثال دیگر: در ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳ اردیبهشت ۱۳۶۲ آمده است: «در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد.» در این قانون، مستأجر موظف است که عین مستأجره را در پایان مدت اجاره به موجر تحویل دهد. تکلیف مستأجر در این باره از آثار عقد اجاره است (ماده ۴۹۴ ق.م). که در شروط اجاره‌نامه‌ها نیز باید تصریح شود (بند ۶ از ماده ۵ قانون روابط موجر و مستأجر). پس دادن مهلت به مستأجر تعدیلی است که برای رعایت انصاف در قرارداد می‌شود.

مثال دیگر [مهم]: در ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی آمده است که: «دادگاه می‌تواند میزان فسارت را در موارد زیر تفتیف دهد:
۱- ... ۲- هرگاه وقوع فسارت ناشی از غفلی بوده که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن موجب عسرت و تنگدستی واردکننده زیان نباشد...» مفاد این ماده شامل فسارت مقطوع قراردادی (ماده ۲۳۰ ق.م). نیز هست [پرا هست؟] و مکمل مربوط به قاطع بودن قرارداد راجع به فسارت را تفصیص می‌دهد. برای مثال اگر فروشنده خانه‌ای در برابر فریدار آن تعهد کند که ظرف یک ماه برق و تلفن مورد معامله را فراهم سازد و در صورت تخلف نیمی از ثمن را به عنوان وجه التزام برگرداند و این تعهد را روز بعد از پایان ماه انجام دهد، دادگاه می‌تواند، به این استناد که یک روز تأخیر را عرفاً قابل اغماض می‌داند و سنگینی وجه التزام فروشنده را دچار تنگدستی می‌کند از میزان آن بکاهد. این‌گونه تعدیل‌ها در گوشه و کنار دیده می‌شود. [تعدیل قانونی]

***در بحث تعدیل قضایی: بررسی نظریات مطرح در این خصوص:**

- نظریه حوادث پیش‌بینی نشده - شرط ضمنی

در قراردادهایی که اجرای آن‌ها به درازا می‌کشد بی‌گمان در ارزش تعهدهای دوطرف نیز تغییرهایی به وجود می‌آید. ممکن است تعهد یکی از دوطرف را گزاف و تحمل‌ناپذیر کرده و دین دیگری را چنان سبک که ایفای آن در برابر تعهد متقابل خود به شوخی ماند. پس این پرسش مطرح می‌شود که آیا چنین وضعی در قلمرو تراضی آنان می‌گنجد؟ آیا دوطرف مبادله را به‌طور ضمنی مشروط به وجود اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد و تغییرهای متعارف آن کرده‌اند یا خواسته‌اند پیمانشان در هر شرایط، محترم بماند و وضع اقتصادی معامله را در برابر تمام حوادث بیمه کنند؟

نظریه حوادث پیش‌بینی نشده پاسخی است به همین پرسش‌ها: می‌گویند، قرارداد بر مبنای وضع متعارف مورد توافق گرفته است و متعهد زیان‌دیده، اگر می‌توانست شرایط جدید را پیش‌بینی کند، بی‌گمان تن به آن نمی‌داد و شرایطی متناسب با ارزش‌های حادث پیشنهاد می‌کرد بنابراین هرگاه قرارداد تابع قصد مشترک دو طرف باشد و بر همین مبنا تفسیر و اجرا شود باید پذیرفت که تراضی، همراه با این شرط ضمنی است که معامله تا زمانی الزام‌آور و محترم است که وضع متعارف کنونی پابرجا باشد. در نتیجه رویدادی مانند جنگ و بحران‌های شدید اقتصادی که در معادله [معامله] به حساب نیامده است به طرف زیان‌دیده حق می‌دهد که قرارداد را فسخ کند یا تعدیل آن را از دادگاه بخواهد.

بدین ترتیب امکان تجدیدنظر در قرارداد با نیروی الزام‌آور آن تعارض ندارد. حکمی که بر مبنای آن، قرارداد تعدیل یا منحل می‌شود "حکم اولی" هر قرارداد است نه حکم ثانوی و استثنایی (مانند فسخ قرارداد بر مبنای قاعده لاضرر).

برخی بر این نظریه انتقاد وارد کرده‌اند؛ گفته شده که در همه‌ی دادوستدهای مستمر و درازمدت، احتمال دگرگونی شرایط وجود دارد و چه‌بسا دوطرف، دل به آن نیز بسته‌اند تا زمانه را بر مراد یابند و از آن سود برند. بنابراین سکوت در چنین پیمانی چگونه می‌تواند خیار شرط ضمنی به‌شمار آید یا اختیار تعدیل به دادرس بدهد؟

برای مثال کارخانه صنعتی برای تأمین نیازهای خود در آینده و مصون ماندن از نوسان بهای زغال سنگ قرارداد خرید آن را به بهای معین و ثابت امضا می‌کند. فروشنده نیز به این دل خوش دارد که خریدار ثابتی برای سالیان دراز به دست آورده است. حال اگر پس از چندی جنگ رخ دهد و بهای زغال سنگ را چند برابر کند، آیا می‌توان به استناد شرط ضمنی در قرارداد تجدیدنظر کرد؟ [پاسخ استاد به منتقدین این نظریه:] احتمال دارد که در مثال یادشده فروشنده درباره‌ی گرانی احتمالی زغال احساس نگرانی کند یا معامله را بر پایه‌ی محاسبه‌ی نادرست انجام دهد، ولی در تفسیر قرارداد معیار، «قصد مشترک» است، نه داعی ویژه‌ی یکی از دوطرف؛ وانگهی، رعایت انگیزه‌ی فروشنده، مانع از تحقق انگیزه‌ی خریدار و انجام تعهدهای او در برابر دیگران می‌شود و اعتماد به تجارت را از بین می‌برد.

بدین ترتیب، استناد به شرط ضمنی فسخ یا تعدیل در مورد حوادث پیش‌بینی نشده، هرچند که گفته می‌شود در اجرای عهدنامه-های بین‌المللی تا اندازه‌ای اعتبار پیدا کرده است، در حقوق مدنی چندان موفقیتی نیافت و با اقبال اندیشمندان روبه‌رو نشد. امروز بیش‌تر طرفداران تعدیل قضایی قرارداد، امکان آن را نتیجه‌ی اجرای حکم ثانوی، به منظور جلوگیری از ضرر و رعایت انصاف یا منع از سوءاستفاده از حق و استفاده‌ی بدون جهت دانسته‌اند.

با وجود این، [نظر استاد:] آنچه گفته شد، مانع از احراز شرط ضمنی، بر مبنای دلایل و قرینه‌های تقدیم شده به دادگاه، در قراردادی خاص نیست: اطلاق قرارداد دلالت بر چنین شرطی ندارد، لیکن دلایل دیگر می‌تواند وجود آن را اثبات کند و ظهور ناشی از غلبه و حکم متعارف یکی از آن دلایل است.

- نظریه برهم خوردن تعادل دو عوض و ایجاد غبن:

طبق این دیدگاه، همچنان که عدم تعادل دو عوض در زمان تراضی می‌تواند برای زیان‌دیده ایجاد غبن کند، مگر اینکه ثابت شود او نیز از گرانی بهای مورد تراضی آگاه بوده است، هرگاه حوادث پیش‌بینی نشده آینده نیز این تعادل را به‌سختی برهم‌زند، زیان‌دیده حق دارد قرارداد را فسخ کند یا تعدیل آن را از دادگاه بخواهد.

*در قانون مدنی، ایجاد خیار غبن از قواعد عمومی قراردادهای معوض است. جز در مواردی که عقد بر مبنای مسامحه و ارفاق بسته می‌شود، در هر معامله می‌توان به آن استناد کرد.

*مبنای خیار غبن در حقوق ما، نه عیب اراده است نه نقص در سبب. لزومی هم ندارد که طرف قرارداد از بی‌تجربگی و ناآگاهی مغبون بهره‌برداری کرده باشد، چنان‌که اگر منتفع از غبن نیز آگاه از بهای واقعی و گزافی بهای پیشنهادشده نباشد و با حسن نیت پیمان مغبون‌کننده را امضا کند، باز هم خیار غبن در نتیجه نامتعادل بودن عرفی دو عوض ایجاد می‌شود. مبنای واقعی خیار غبن جلوگیری از ضرر ناروایی است که در دادوستد به مغبون رسیده است. پس، حکم ثانوی جایز بودن عقد جای حکم طبیعی و اولی را می‌گیرد و درست است که از مغبون آگاه، شکوه از گزاف بودن معامله پذیرفته نیست (ماده ۴۱۸ ق.م). ولی این حکم، خیار غبن را به عیب اراده مغبون و خطا و حيله طرف دیگر مربوط نمی‌کند. حکم ماده ۴۱۸ ق.م. نتیجه اعمال قاعده دیگری است که به موجب آن «هیچ‌کس نمی‌تواند ضرری را که به اقدام خود برده است، از دیگری مطالبه کند». قاعده اقدام مانع از اجرای قاعده لاضرر است.

اشکالی که در حقوق ما به چشم می‌خورد و مانع از این شده است که رویه قضایی گرایشی به سوی تعدیل قرارداد یا فسخ آن پیدا کند، این است که خیار غبن ناظر به نابرابری عرفی دو عوض و گزاف بودن عقد در زمان انعقاد است. نویسندگان قانون مدنی در تنظیم قواعد مربوط به خیار غبن به «غبن حادث» نظر نداشته‌اند و شاید از اصل، متوجه مسأله هم نبوده‌اند، پس دشواری در این است که آیا از ملاک این مواد و قاعده لاضرر می‌توان برای جبران وضع نامطلوب ناشی از حوادث پیش‌بینی نشده راه‌حلی یافت؟

- نظریه سوءاستفاده از حق و استفاده بدون جهت:

پاره‌ای از نویسندگان خواسته‌اند تعدیل قرارداد را بر مبنای قواعد اخلاقی و انصاف استوار سازند. این نظریه در برابر ادعای طلبکار به تمهید قاعده می‌پردازد تا از بدهکاری که ناروا از سرنوشت زیان‌دیده است حمایت کند. این قاعده منکر نیست که غبن ایجادشده مورد تراضی قرار گرفته است؛ می‌خواهد پذیرای چنین اراده غیراخلاقی نباشد.

طرف قرارداد نمی‌تواند حقی را که پیمان خصوصی به او داده است تا مرز بی‌عدالتی به کار برد. بدهکار هم نمی‌تواند بدین بهانه که اهمیت دین را پیش‌بینی نمی‌کرده است یا نمی‌دانسته که بیش از آنچه به دست آورده است باید پردازد از وفای به عهد خودداری کند. او تنها هنگامی از اجرای پیمان معاف می‌شود که احساس کند دینی بر عهده ندارد چراکه طلبکار ادعای استفاده ناروا به هزینه او دارد. بدین ترتیب شگفت‌آور نیست که ادعا شود طلبکار در اجرای طلب خود استفاده‌ی ناروا می‌برد.

در این نظریه، مرکز دایره استدلال، انسان پاک‌نهاد اخلاقی است. رعایت چنین انصافی را اخلاق در رفتار با دیگران واجب می‌داند. ولی، حقوق انتظار مروت و مردانگی ندارد و از مرز زندگی متعارف نمی‌گذرد؛ از اخلاق الهام می‌گیرد، لیکن در درون خود بدان لطافت و صلح ناب پای‌بندی نیست. به‌دشواری می‌توان ادعا کرد که کسی که از محل پیمان خود سود می‌برد در دیدگاه حقوق «استفاده‌ی ناروا» کرده است یا کسی که قصد اضرار ندارد و تنها در پی نفعی است که فرصت‌ها و اتفاق به او رسانده «سوءاستفاده از حق» می‌کند.

- نظریه رفتار خلاف حسن نیت

طبق این نظریه، طرفی که اجرای تعهد دیگری را مطالبه می‌کند در حالی که آنچه خود در برابر می‌پردازد به دلیل کاهش ارزش پول و گرانی قیمت‌ها جوهر و ماهیت خود را از دست داده است، برخلاف حسن نیت رفتار می‌کند.

نقد: در حقوق ما، بر فرض که بتوان تکلیف مربوط به «اجرای حسن نیت» قرارداد را از قانون استنباط کرد، به دشواری می‌توان این قاعده را برخلاف اصل لزوم قراردادها و پای‌بند بودن دو طرف به مفاد عقد به کار برد. بی‌گمان هیچ‌کس حق ندارد در روابط اجتماعی به تقلب و تدلیس دست زند. رابطه قراردادی نیز از قلمرو این قاعده بیرون نیست. ولی، در این نتیجه تردید است که آیا سختگیری در گرفتن حق را می‌توان با حسن نیت در اجرای تعهد مخالف دانست؟ آیا لزوم داشتن «حسن نیت» بایستی در جهت تأیید مفاد تعهد و اجرای کامل آن به کار گرفته شود یا برای معاف شدن از اجرای آن؟

- نظریه دگرگونی طبیعت تعهد

به موجب این نظر، معیار «بی‌ثمری قرارداد» در نتیجه‌ی حادثه پیش‌بینی نشده این است که تغییر شرایط وابسته به تعهد بدون اینکه تقصیری رخ داده باشد، طبیعت تعهد را از اساس دگرگون سازد چندان که بتوان گفت آنچه را متعهد باید انجام دهد چیزی نیست که بر عهده گرفته بوده است.

نقد: این نظریه ابهام زیادی دارد. ایراد اصلی آن است که تغییر تعهد را در سایه شرایط جدید در چه مواردی باید اساسی و مربوط به طبیعت آن شمرد؟ آیا برهم‌خوردن شدید تعادل قراردادی برای تحقق این دگرگونی کافی است؟ آیا تنزل شدید ارزش پول از مصداق‌های تغییر طبیعت تعهد است؟ آیا وجدان دادرس، معیار داوری است یا رفتار انسانی معقول و متعارف؟

* نتیجه

[تا اینجا نظریات مختلف پیرامون تعریل قرارداد و پاسخ احتمالی آن‌ها بررسی شد. حال نتیجه‌ای که استاد از مباحث می‌گیرد این است که:] در حقوق ما از دو راه می‌توان به جبران ضرری پرداخت که در جریان اجرای عقد، دور از انتظار حادث می‌شود:

(۱) تحلیل اراده مشترک و تفسیر روح حاکم بر قرارداد (شرط ضمنی) (۲) گسترش نظریه غبن برای جبران تعادل برهم‌خورده.

* در مورد شیوه‌ی نخست - شرط ضمنی و بنایی در تراضی: تأمل در مبنای تراضی و استقراء در رویه قضایی و تحلیل قوانین نشان می‌دهد که تأثیر حوادث پیش‌بینی نشده در نتیجه تفسیر قرارداد به مراتب بیش از آن است که در آغاز به ذهن می‌رسد [و نمونه‌های زیادی دارد - توجه شود]:

۱- نفقه: در مواردی که شخص عهده‌دار تأمین معاش دیگری است و در مقام اجرای تعهد قراردادی با او می‌بندد، ظاهر این است که مبلغ پیش‌بینی شده بر مبنای هزینه‌های متعارف در زمان انعقاد قرارداد تخمین شده است. پس، اگر حادثه‌ای دور از انتظار رخ دهد (مانند جنگ و بحران اقتصادی) و توان خرید آن مبلغ را چندان کاهش دهد که به هیچ عنوان متناسب با تعهد به انفاق نباشد، دادگاه می‌تواند ارزیابی قراردادی از تعهد را تعدیل کند.

در توجیه این تعدیل می‌توان گفت، الزام به انفاق تعهد به دادن مبلغی پول نیست؛ موضع آن تأمین زندگی طلبکار است، به هر قیمت که باشد. مستحق نفقه نیز با قرارداد خصوصی نمی‌تواند این تکلیف را که نتیجه حکم قانونگذار و وابسته به نظم عمومی است، ساقط کند. پس قراردادی که در این زمینه بسته می‌شود در واقع ارزش ریالی و معادل تعهد اصلی است و با توجه به قیمت‌های همان زمان محاسبه می‌شود. به بیان دیگر، تعهد به «ارزش» را باید از تعهد به «پول» بازشناخت. [بررسی قوانین پدر در تعهد نفقه...]

این استدلال، در فرضی که تعهد به انفاق در شمار تکالیف قانونی است، حتی در صورت تراضی مخالف نیز اعتبار دارد. برای مثال اگر در قراردادی که برای دادن نفقه به مادر درمانده بسته می‌شود قید کنند که در هیچ حالت، نفقه، بیش از آن میزان پرداخته نمی‌شود، این شرط، مانع از صدور حکم به میزان مورد نیاز مادر نخواهد شد. ولی در فرضی هم که تعهد به انفاق ریشه قراردادی دارد (مانند تعهد به انفاق به برادر مستمند یا فرزند طبیعی [ریشه قراردادی III])، ظاهر از تراضی این است که آنچه به پول، ارزیابی شده ناظر به قیمت‌های روز و دگرگونی‌های متعارف آن است. پس، اگر در نتیجه بحران اقتصادی ارزش پول به اندازه‌ای کاهش یابد که تعهد چهره صوری و تشریفاتی پیدا کند، دادگاه حق تعدیل آن را با صدور حکم به میزان مورد نیاز دارد.

۲- بیمه عین مستأجره توسط موجر: در موردی که به موجب قرارداد اجاره موجر بایستی عین مستأجره را بیمه کند یا وضع بهره‌برداری از مورد اجاره به حکم قانون یا عرف، این الزام را برای موجر ایجاد می‌کند، تشدید خطر در چگونگی انتفاع به موجر حق درخواست تعدیل اجاره به تناسب افزایش حق بیمه را می‌دهد، زیرا حق بیمه بخشی از میزان اجاره مورد توافق است که با توجه به خطر موجود ارزیابی و بر میزان اجاره ملک افزوده می‌شود. پس اگر مستأجر بر این خطر بیفزاید (مانند تبدیل سوخت کارخانه از زغال‌سنگ به گاز) یا تغییر ناگهانی و دور از انتظار وضع ملک، خطر پیش‌بینی نشده‌ای به وجود آورد، موجر نیز حق دارد به میزان فزونی حق بیمه خطر جدید بر اجاره‌بها بیفزاید و نمی‌توان او را پای بند به اجاره قراردادی شمرد.

این تعدیل را که از تحلیل اراده دو طرف و تفسیر قرارداد ناشی می‌شود، نباید با تعدیلی که در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ (ماده ۴) و به استناد ترقی یا تنزل هزینه زندگی درخواست می‌شود اشتباه کرد. [دقت: اینها بحث تعدیل قضایی است؛ نه قانونی.]

۳- هرگاه انتفاع خاصی از مورد اجاره مقصود باشد و عین مستأجره آن قابلیت مورد نظر را از دست بدهد اجاره باطل می‌شود (ماده ۴۸۱ ق.م.) یا مستأجر حق فسخ آن را بر مبنای شرط ضمنی پیدا می‌کند. بنابراین اگر ساختمانی برای احداث بیمارستان روانی اجاره داده شود و ارتش بیابان مجاور آن را به میدان تیر تبدیل کند، مستأجر حق فسخ اجاره را دارد. همچنین اگر ساختمانی برای ایجاد فروشگاه به اجاره داده شود و بر طبق مقررات شهرداری، نتوان پروانه کسب در آن محل صادر کرد اجاره باطل است.

۴- انحلال قراردادی که قائم به شخصیت متعهد است و او در اثر مرگ یا بیماری توانایی اجرای تعهد را از دست می‌دهد، یکی دیگر از مصداق‌های عدم قابلیت اجرای قراردادها است. در این گونه قراردادها (مانند انجام عمل جراحی یا کشیدن پرده نقاشی) وجود و سلامت متعهد به‌طور ضمنی قید تعهد قرار می‌گیرد و حادثه مرگ یا بیماری او مفاد عقد را بیهوده و باطل می‌کند. منتها این نتیجه به‌طور مرسوم از اصل حکومت اراده بر عقد گرفته می‌شود و به اثر حادثه پیش‌بینی نشده در نفوذ عقد منسوب نمی‌گردد. همچنین است انفساخ عقد در نتیجه تلف ناگهانی مبیع پیش از تسلیم (ماده ۳۸۷ ق.م)، به‌ویژه در صورتی که مبنای حکم قانون، مفهوم معاوضه و بنای طرفین در مبادله ثمن و مبیع، قرار داده شود. خیار تعذر تسلیم (در مورد اتلاف مبیع پیش از تسلیم و ناتوانی موقت در تسلیم) و ممتنع شدن شرط بعد از انجام عقد (ماده ۲۴۰ ق.م) نیز در زمره احکامی است که با وقوع حادثه پیش‌بینی نشده و از دست رفتن اثر معهود عقد ارتباط دارد و در حقوق ما زیر عنوان‌های دیگر مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۵- در مواردی که شرط تعدیل قرارداد به صورت عرف مرسوم در آن معامله درمی‌آید، این قاعده عرفی در زمره «شرط ضمنی» به شمار می‌رود. چنان‌که در فروش آپارتمان‌ها در مجتمع‌های بزرگ مسکونی، که سالیانی چند ساختمان و تحویل آن به درازا می‌کشد، شرط تعدیل رفته‌رفته به صورت عادت درمی‌آید و قراردادهای نمونه آن حاوی یکی از اقسام این شروط است.

۶- قولنامه‌های خرید و فروش نیز اگر مدت‌ها اجرا نشود و در آن مدت بهای کالا چندان دگرگونی یابد که عرف آن را خارج از قلمرو تراضی بداند، از اعتبار می‌افتد. زیرا تراضی بر تعهد به فروش به بهای معین مقید به فرضی است که تغییر بها قابل پیش‌بینی باشد و معامله را از قلمرو آن خارج نکند. [طبق این متن، ظاهراً استاد کاتوزیان، قولنامه را تعهد به فروش و قابل استناد می‌داند.]

*** در مورد شیوهی دوم - گسترش نظریه غبن [حادث] برای جبران تعادل برهم خورده:** آنچه در قانون مدنی مطرح شده است غبنی است که هنگام معامله وجود دارد. حال این سوال را باید پاسخ داد که آیا می توان به دلیل غبن حادث بعد از عقد نیز به زیان دیده حق فسخ داد یا باید این خیار را ویژه نامتعادل بودن دو عوض در زمان عقد شمرد؟

در فقه نیز این مسأله بررسی شده است و بیشتر فقها فزونی و کاستی قیمت را در زمان عقد ملاک دانسته اند اما آنچه فقیهان در نظر داشته اند با مسأله کنونی تفاوت دارد: فقها فزونی و کاستی بهای مبیع را در فاصله میان عقد و تسلیم آن، بی اثر می دانند که اکنون نیز این امر، به عنوان قاعده، منطقی و قابل قبول است. در حالی که مسأله ما به امری استثنایی و زاده تحولات شدید و ناگهانی اقتصادی در سده های اخیر مربوط می شود. پس شهرت در فقه یا ادعای اجماع اگر وجود داشته باشد به دلیل اختلاف دو موضوع نمی تواند مانع اجتهاد رویه قضایی و حرکت های نظریه های حقوقی در این زمینه شود.

*** اگر مبنای خیار غبن اخلال در تراضی باشد، پاسخ سوال روشن است.** [و بر هم خوردن تعادل اقتصادی در آینده، اثری بر قرارداد ندارد]. اما باید دانست پایه اصلی خیار غبن، جلوگیری از ضرر ناروای مغبون است [نه شرط بنایی]. ملاک این قاعده در موردی هم که رویدادی نامنتظر، تعادل قراردادی را برهم زند وجود دارد: قاعده لاضرر گنجایش این فرض را نیز دارد، زیرا هر ضرر ناروایی را باید دفع کند. در ناروایی ضرر ناشی از حادثه پیش بینی نشده تردید نباید کرد. رویدادی که نه متعهد پیش بینی می کرده و نه توان پیش بینی آن را برحسب متعارف داشته است. آنچه [در غبن حادث]، متعهد را آزار می دهد و وجدان دادرس را متأثر می سازد از همان سنخ «غبن [هنگام عقد]» است با کیفیتی شدیدتر. پس، از ملاک قاعده غبن (لاضرر) بایستی برای درمان این بی عدالتی استفاده کرد.

:: سنت ها با همه نیرو و سنگینی که با خود دارند سرانجام مغلوب نیازها و ضرورت ها می شوند. این، قانون حرکت تاریخ است... ::

*** شرایط استناد به غبن حادث [۱۰ شرط - مهم:]**

نظریه «غبن حادث» در شمار قواعد عمومی فسخ یا تعدیل قرارداد نیست. نظریه ای است برای جلوگیری از ضرر و حرج ناروا در موارد استثنایی و پیش آمدهای دور انتظار. بنابراین شرایط استناد به آن را بایستی با دقت معین کرد تا دادگاه نتواند با استناد به هرگونه تغییر شرایط جزئی در قراردادها دخالت کند:

۱- این نظریه [اصولاً] در قراردادهایی قابل اعمال است که اجرای تعهد در آن ها به طور مستمر یا با تأخیر انجام پذیرد: عقد اجاره نمونه متداول چنین قراردادهایی است، زیرا منفعت به تدریج به وجود می آید و در اختیار مستأجر قرار می گیرد. پیمان های ساختن سد و واحدهای مسکونی بزرگ و تأمین برق و آب و تلفن در زمان طولانی نمونه های دیگر از آن قراردادها است. غبن در قراردادهای فوری (مانند خرید و فروش عین معین) تابع قواعد عمومی مربوط به خیار غبن است. [=غبن غیر حادث]

۲- نظریه «غبن حادث» در عقود راه دارد که خیار غبن در آن به وجود می آید و در پیمان های رایگان و مبتنی بر مسامحه راه ندارد. در میان عقود معوض نیز قراردادهای احتمالی را که بر مبنای استقبال از خطر و احتمال ضرر فاحش واقع می شود، باید از این قلمرو بیرون کرد: برای مثال، در عقد بیمه نمی توان از نابرابری شدید دو عوض در نتیجه وقوع خطر، شکوه کرد. همچنین است در خرید و فروش سهام و اوراق بهادار در بورس و عقد مضاربه نسبت به منافع احتمالی.

۳- حادثه ای که تعادل بین دو عوض را برهم می زند باید پیش بینی نشده باشد، این وصف را باید به طور نوعی [نه شخصی] ارزیابی کرد، یعنی باید هیچ انسان متعارف نتواند احتمال وقوع آن را بدهد. در جه احتمال نیز باید معقول باشد، و گرنه وقوع حوادثی مانند جنگ و زلزله آتش فشان را نیز می توان احتمال داد. بنابراین نوسان متعارف بهای کالاها و خدمات و زیاد شدن تدریجی هزینه زندگی و افزایش دستمزدها و مانند این ها نمی تواند دستاویز برهم زدن عقد یا تعدیل آن قرار گیرد.

۴- حادثه پیش بینی نشده در صورتی در قرارداد موثر است که دارای این شرایط باشد:

الف. خارجی باشد (مانند جنگ و زلزله و بحران اقتصادی): حوادثی مانند ورشکستگی و مرگ و بیماری را نباید در شمار عذرهای وجه مدیون آورد. این گونه دشواری های شخصی در قرارداد بی اثر است و تنها احتمال دارد از موجبات دادن «مطالبات عادلانه» به مدیون قرار گیرد.

* توجه: استاد کاتوزیان در جلد ۴، در بحث قوه قاهره، «خارجی بودن» را «خارج بودن از اراده متعهد» تفسیر می‌کنند (ر.ک. ق.ع.ق. ج ۴، ش. ۸۰۹، ص ۱۸۴ - نیز ش. ۸۱۱ همان کتاب) و در این معنا مواردی چون خون‌دماغ، سکت، سرگیجه ناگهانی و... نیز «خارجی» تلقی شده‌اند؛ اما در اینجا، یعنی در بحث غبن حادث، موارد مذکور خارجی تلقی نمی‌شوند.

از مفاد ماده ۲۲۷ ق.م. درباره حادثه قهری مانع از انجام تعهد نیز می‌توان لزوم خارجی بودن حادثه را استنباط کرد؛ زیرا از حیث عدم قابلیت اجرای عقد بین آن دو شباهت کامل وجود دارد.

ب. زودگذر نباشد: در مورد حادثه زودگذر که اجرای تعهد را چندی به تأخیر می‌اندازد، دادن حق فسخ به مدیون یا تعدیل قرارداد ضرورتی ندارد. نه تنها ضرر چنین حوادثی متعارف و قابل تحمل است، دادگاه می‌تواند با دادن مهلت از مدیون دفع ضرر کند.

۵- تعادل قراردادی باید چنان برهم خورد که متعهد دچار مشقت و حرج شود و عرف آن را تحمل‌ناپذیر بباید: ارزیابی این شرط نیز به‌طور نوعی انجام می‌شود.

۶- اگر وضع ناهنجار به‌گونه‌ای نتیجه تقصیر متعهد (مانند تأخیر در انجام دادن تعهد) باشد هیچ‌گاه غبن حادث موثر نیست.

۷- در قراردادهای درازمدت بایستی مجموع سود و زیان متعهد در جریان اجرای قرارداد مورد توجه باشد؛ بنابراین اگر سود حاصل در نتیجه نوسان بهای کالاها و خدمات در دورانی بتواند زیان دوران دیگر را جبران کند، عقد را نباید ضرری پنداشت. سود و زیان متناوب در اجرای عقد اثر طبیعی پیمان‌های درازمدت است.

۸- [مهم]: در موردی که موضوع دین مبلغی پول است که به تدریج با پس از مدتی پرداخته می‌شود، به بهانه کاهش ارزش پول نمی‌توان بر آن مبلغ افزود؛ بنابراین هرگاه شخصی مبلغی به دیگری بدهکار باشد و قرار گذارند که بدهی را ظرف دو سال بپردازد یا شخصی به دیگری وام دهد و شرط کنند که وام‌گیرنده آن را پس از دو سال تأدیه کند، کاهش ناگهانی ارزش پول و گرانی کالاها مدیون را به دادن مبلغی بیش از ارزش اسمی پول مجبور نمی‌کند (مستفاد از ماده ۶۵۰ ق.م.). ضرری که از این رهگذر به طلبکار می‌رسد ناشی از قرارداد و وضع ویژه او نیست؛ زانی است عام که به همه مردم کشور می‌رسد و سبب آن را در جای دیگر باید جستجو کرد.

۹- [مهم]: نظریه «غبن حادث» وسیله‌ای است برای جبران بی‌عدالتی و در جایی که کار گرفته می‌شود که یکی از دو طرف قرارداد به ناروا و به زیان دیگری سود می‌برد. بنابراین، اگر فسخ یا تعدیل قرارداد باعث ایجاد «عسر و حرج» طرف دیگر قرارداد شود و ضرری ناروا به او بزند باید از آن پرهیز کرد. چنان‌که در قانون اجاره ۱۳۶۲ نسبت به تخلیه محل‌های مسکونی قانونگذار از همین مبنا پیروی کرده است.

۱۰- جای اعمال نظریه موردی است که حادثه پیش‌بینی نشده اجرای قرارداد را به سختی دشوار و گران می‌کند، ولی ناممکن نمی‌سازد. فرضی که حادثه خارجی و پیش‌بینی نشده اجرای قرارداد را غیرممکن می‌کند، تابع اثر قوه قاهره است.

* اگر نظریه پیشنهادشده (غبن حادث) پذیرفته شود ضمانت اجرای آن چه باید باشد؟ آیا دادگاه می‌تواند عقد را تا حد معقول و با توجه به شرایط زمانی تعدیل کند، یا زیان‌دیده تنها حق دارد عقد ضرری را فسخ کند و گریبان خود را از مصیبتی که دچار شده نجات بخشد؟

راه حل دوم (= فسخ) با روح قوانین ما و جمع عدالت و حاکمیت اراده سازگارتر به نظر می‌رسد: با این‌که شرایط استناد به «غبن حادث» با خیار غبن یکسان نیست، مبنا و طبیعت این دو فرض یکی است: از ضرری ناروا پرهیز می‌شود. ماده ۴۱۶ ق.م. به مغبون اختیار داده است که عقد را فسخ کند. ولی نه او حق دارد تعدیل قرارداد را بخواهد نه طرف مقابل می‌تواند با دادن تفاوت قیمت مغبون را از فسخ عقد بازدارد. این ترتیب، عقد ضرری را به حکم ثانوی جایز می‌کند ولی نظمی را بر دو طرف تحمیل نمی‌سازد. در حالی که اگر دادرس بتواند قرارداد را تعدیل کند، آنچه عادلانه می‌بیند بجای قرارداد می‌نشانند و نظم تازه‌ای برقرار می‌کند: یعنی هم عقد پیشین را تغییر می‌دهد و هم پیمان دیگری را بنام اجتماع برپا می‌دارد.

از نظر تاریخی نیز دادن حق فسخ با روح قانون مدنی نزدیک‌تر است زیرا مشهور این است که اجرای قاعده لاضرر در چنین مواردی باعث می‌شود تا حکم ضرری (لزوم عقد) برداشته شود، لیکن حکم تازه‌ای را القاء نمی‌کند و اثر مثبت ندارد.

از لحاظ عملی هم دادن حق فسخ به دشواری تعدیل قرارداد نیست. در پیمان‌هایی که فوری اجرا می‌شود نیز گاه تعیین تفاوت بهای واقعی و قراردادی دشوار است... (استاد در جایی دیگر گفته‌اند اصولاً غبن حادث در قراردادهای مستمر مجرا می‌یابد...)

شروط ضمن عقد (گفتار دوم از مبحث اول)

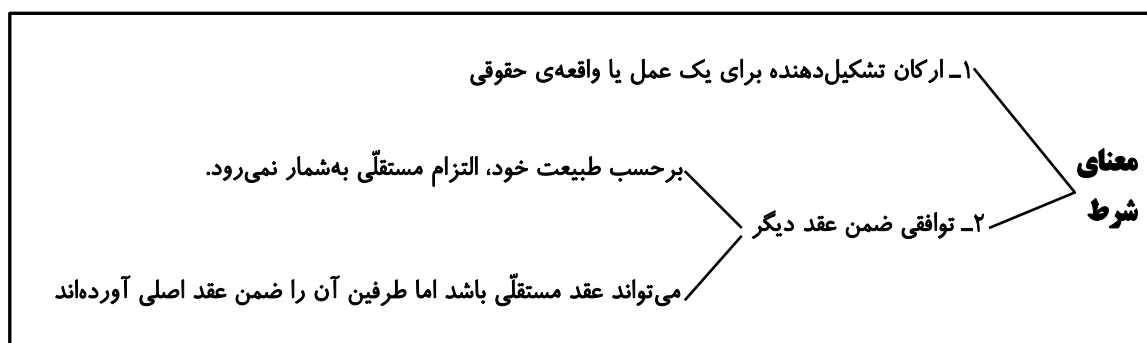
در اصطلاح حقوقی شرط یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند:

۱ - امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. [که جمع آن می‌شود: شرایط]؛ پس وجود قصد و رضا و اهلیت و موضوع و جهت مشروع هرکدام شرط صحت معامله است بدون این‌که هیچ‌کدام ملازمه با درستی و نفوذ عقد داشته باشد. از میان این شرایط آنچه با ایجاد مفهوم عقد رابطه عرفی یا حقوقی دارد، سبب عقد نامیده می‌شود (مانند تراضی) و دیگر عوامل که زمینه‌ساز نفوذ سبب است «شرط» نام دارد. تمیز سبب از «شرط» تنها جنبه نظری ندارد و گاه آثار حقوقی مهمی بر آن بار می‌شود: به عنوان نمونه، اگر خویشاوندی سبب تعهد انفاق در میان آنان باشد، ضمان از نفقه آینده خویشان درست است و اگر در زمره شرایط باشد نادرست. همچنین هرگاه عقد جعاله سبب دین پیشنهادکننده (جاعل) به شمار آید می‌توان از او در برابر عامل ضمانت کرد و اگر عقد، شرط ایجاد دین و انجام عمل سبب آن باشد چنین ضمانتی نادرست است (م. ۱۹۶ ق.م.ا).

مفهوم «شرط» را به این معنی نباید با «مانع» اشتباه کرد: هرگاه عمل یا واقعه حقوقی با جمع همه شرایط خود قابل وقوع و تأثیر باشد و عامل دیگری از نفوذ سبب جلوگیری کند، آن را در اصطلاح «مانع» می‌نامند. پس برخلاف آنچه در مورد شرط گفته شد، نبودن مانع شرط وقوع حقوقی است نه وجود آن. به «مانع» گاه «شرط منفی» نیز گفته‌اند. برای مثال رطوبت مانع آتش‌سوزی است بدون این‌که در ایجاد آن حتی به عنوان زمینه‌ساز تأثیر دخالتی داشته باشد.

* شرط امری است که قانون یا عرف آن را در زمره اسباب و شرایط ایجادکننده قرار داده است و مانع عاملی است بیرونی که از نفوذ و تأثیر نهاد مورد نظر جلوگیری می‌کند با وجود این، تمیز این دو مفهوم گاه دشوار است و آثار عملی آن نیز ما را ناگزیر از این تلاش می‌کند. برای مثال باید معلوم کرد که آیا تمکین از شرایط تحقق دین شوهر در دادن نفقه است یا این تعهد در اثر نکاح به وجود می‌آید و «نشوز» مانع است؟ اگر تمکین از شرایط الزام به انفاق باشد، زن در دعوای نفقه باید وجود این شرط را نیز اثبات کند. در حالی که اگر نشوز مانع انفاق باشد، شوهر به عنوان دفاع باید اثبات نشوز از بر عهده بگیرد.

۲ - توافقی است که برحسب طبیعت خاص موضوع آن تراضی در شمار توابع عقد دیگری در آمده است. [که جمع آن می‌شود: شروط]. چنان‌که ملاحظه می‌شود، شرط بدین مفهوم خود نیز دو قسم است: گروهی که برحسب طبیعت موضوع آن خود التزامی مستقل نیست و ناچار باید در زمره توابع عقد دیگر باشد: شرط صفت، شرط اجل. این شروط در واقع به کمال و روشنی شیوه اجرای تعهد کمک می‌کند و خود یا التزامی جداگانه نیست یا به منظور تکمیل و تغییر تعهد اصلی قرارداد بر عهده گرفته می‌شود. گروه دیگر که می‌تواند به عنوان قرارداد مستقل مورد توافق باشد ولی دو طرف به ملاحظات آن را تابع عقد دیگر ساخته‌اند تا نام شرط بر آن نهاده شود.



* شرط تعلیقی و تقییدی: «شرط» گاه آثار حقوقی عقد را مقید می‌سازد و اجرای آن را به تأخیر می‌اندازد و گاه این آثار را منوط و معلق به وقوع حادثه خارجی می‌سازد. قسم نخست را «شروط تقییدی» و دوم را «شروط تعلیقی» می‌نامند. اثر شرط را بر مبنای مضمون آن و نقشی که در وقوع و اجرای قرارداد به عهده دارد تمیز می‌دهند. با وجود این هر جا که واژه شرط بدون هیچ قید یا قرینه‌ای آورده شود ظاهر این است که از «شرط تقییدی» سخن گفته شده است و به همین جهت نیز از صفت «تقییدی» کمتری نام برده می‌شود. برعکس «شرط تعلیق» را به‌طور معمول با همین ترکیب به کار می‌برند.

* شروط تبانی یا بنایی: شرط به معنی عام خود (التزام)، در رابطه با عقد، یکی از این سه حالت را دارد:

(۱) پیش از عقد واقع می‌شود (۲) ضمن عقد، شرط می‌شود (۳) بعد از عقد به آن ملحق می‌شود.

* شرط تبانی از قسم نخست است.

* هرگاه پیش از وقوع عقد مفاد شرط فراموش گردد و دو طرف هنگام تراضی از آن غافل بمانند بی‌گمان نباید آن را جزء مفاد عقد شمرد.
* با وجود این در مواردی که تراضی درباره عقد در چند نوبت انجام می‌شود هرگاه تراضی نهایی درباره ارکان اساسی عقد (مانند مبیع و ثمن در بیع) صورت پذیرفت همه توافقاتی را نیز باید از شروط ضمن عقد دانست. زیرا ظاهر این است که هر توافق بر مبنای تراضی‌های قبلی انجام می‌شود.

برعکس هرگاه عقد بر مبنای التزام یا گفتگوهای مقدماتی واقع شود، شرط را در اصطلاح «شرط بنایی» یا «شرط تبانی» می‌نامند و درباره لزوم رعایت و آثار آن بین فقیهان اختلاف است: مشهور چنین شرطی را الزام‌آور نمی‌داند و ذکر در عقد را ضروری می‌بیند و حتی از بعضی نقل شده است که ادعای اجماع بر آن کرده‌اند. بعض دیگر راه میانه برگزیده‌اند، بدین معنی که هرگاه شرط تبانی از اموری باشد که به حکم عرف عقد بر آن دلالت کند (مانند تعادل عرفی بین دو عوض و سلامت مبیع و نقد بودن ثمن) و در زمره «شروط ضمنی» درآید، یا از اموری باشد که صحت عقد منوط بر آن است (مانند معلوم بودن وصف دو عوض) و از این لحاظ در شمار «بنای نوعی» محسوب شود، الزام‌آور است و تخلف از آن موجب خیار فسخ می‌گردد. ولی در موردی که شرط ناظر به وصفی است که توجه به آن در اعتبار عقد اثر ندارد یا از انگیزه‌های شخصی انجام دادن معامله است تبانی دو طرف بدون ذکر صریح یا ضمنی آن در عقد هیچ اثری ندارد. گروه دیگر این تفصیل را رها کرده‌اند و تبانی درباره شرط را در حکم ذکر در متن عقد می‌دانند، خواه پیش از عقد موضوع التزام قرار گیرد یا درباره ذکر آن در عقد توافق شود یا هرکدام از ضمیر دیگری آگاه باشد و بر مبنای این آگاهی توافق انجام شود.

قانون مدنی نظر اخیر را برگزیده است: خیار رؤیت و تخلف از وصف (مواد ۴۱۰ تا ۴۱۵ ق.م.) درواقع چهره‌ای از شروط

بنایی درباره اوصاف مورد معامله است. (نیز ماده ۱۲۸ ق.م.)

این انتخاب [= نظر قانون مدنی] را که با اصل حاکمیت اراده و رهایی از قید تشریفات سازگارتر است باید تأیید کرد. وانگهی، این ادعا که شروط بنایی در عقد بی‌اثر است، با پاره‌ای از احکام از جمله اثر نامشروع بودن «جهت» در معامله و نظریه اشتباه و خیار رؤیت و تخلف از وصف مخالف می‌نماید و این سؤال را بی‌پاسخ می‌گذارد که اگر نیروی الزام‌آور شرط از «تراضی» مایه می‌گیرد چرا باید ذکر در عقد برای نفوذ شرط لازم باشد و به معنای «قصد مشترک» مورد اعتنا قرار نگیرد؟ اگر شروط تبانی درباره انگیزه‌های اقدام به انجام معامله بی‌اثر باشد، چگونه می‌توان بطلان معامله‌ای را که جهت آن نامشروع است توجیه کرد؟

* شروط الحاقی و ابتدایی: شروط الحاقی شرطی است که پس از بسته شدن عقد ضمیمه آن می‌شود: در این صورت هرگاه موضوع شرط امری مستقل [از مفاد عقد اولیه] باشد (مانند وکالت یا پیمانکاری) اعتبار آن تابع «شروط ابتدایی» است که با وجود ماده ۱۰ ق.م. در نفوذ آن تردید روا نیست ولی این بحث را که مربوط به قلمرو عقد و الزام ناشی از قراردادهای بی‌نام است نباید با «شرط» مخلوط کرد زیرا در فرض ما عقد پایان یافته است و توافق بعدی نیز تغییری در مفاد آن نمی‌دهد. پس اعتبار و نفوذ توافق اخیر را باید بر مبنای قواعد عمومی قراردادهای بررسی کرد و به «نظریه شرط» ارتباط ندارد. در نتیجه، [مثال مهم]: هرگاه بعد از وقوع نکاح، زن به شوهر خود وکالت دهد تا املاک او را اداره کند، این عقد را نباید در زمره شروط [ضمن عقد] نکاح آورد و وکالت را تابع آن شمرد.

ولی هرگاه دو طرف، درباره مفاد و چگونگی اجرای تعهدهای ناشی از عقد، توافق جدیدی کنند و برای مثال، بر میزان دستمزدها در قرارداد بیفزایند یا موعدی برای پرداخت بهای کالاهای فروخته‌شده معین سازند می‌توان توافق جدید را از شروط قرارداد پیشین دانست زیرا بدین وسیله قرارداد را طرفین اصلاح کرده‌اند و همین اندازه ارتباط، کافی است که نام «شرط» بر آن نهاده شود.

* آنچه اهمیت دارد وجود علاقه و ارتباط شرط با عقد است، نه زمان وقوع آن؛ زیرا نیروی «قصد مشترک» این توان را دارد که امری خارجی را به عقد پیوند زند و آن را در شمار مفاد عقد آورد. پس اگر شرطی که ضمن عقد آمده است از دیدگاه قصد مشترک ربطی به عقد نداشته باشد باید آن را التزامی مستقل یا «تعهد ابتدایی» شمرد.

* **شرط ضمنی:** اصطلاح «شرط ضمنی» برای اموری به کاری می‌رود که مدلول التزامی الفاظ قرارداد است: یعنی [۳ مورد]؛ به حکم عقل یا قانون یا عرف، لازمه مفاد توافق یا طبیعت قرارداد است. برای مثال در موردی که شخص تعهد به کاری می‌کند، می‌گویند به‌طور ضمنی تعهد به فراهم آوردن مقدمات آن نیز کرده است: فرض کنیم مالکی تعهد کرده است که ملک ثبت‌شده خود را به بهای معین به دیگری بفروشد. در حقوق ما ملک ثبت‌شده تنها از راه تنظیم سند رسمی انتقال و ثبت آن در دفتر املاک امکان دارد (ماده ۲۲ ق.ث.). برای تنظیم سند رسمی انتقال نیز لازم است که سند مالکیت به دفتر اسناد رسمی برده شود. ملک بدهی نداشته باشد و دفتر نماینده و سردفتر امضا شود. پس تعهد به انتقال مستلزم تعهد به تنظیم سند و انجام همه مقدمات آن است. قرارداد مربوط به تعهد به انتقال حاوی این «شرط ضمنی» است که متعهد مالیات ملک را بپردازد و در دفتر اسناد رسمی حضور یابد و دفتر را امضا کند.

مثال دیگر: می‌توان گفت عقد اجاره، حاوی شرط ضمنی مربوط به تسلیم مورد اجاره از سوی مالک و انجام تعمیرهای جزئی [نه کلان و عمده] از طرف مستأجر است.

* **شرط ضمنی [از نوع «عقلی و واقعی»]، وسیله «تکمیل» و [نیز] «تفسیر» قرارداد است** [برای روشن‌تر شدن این جمله، ر.ک. صفحه ۲۰ همین جزوه، بند «شروط تبانی» و دو بند پس از آن] و دشواری تمیز قصد مشترک در این کوره‌راه نیز جلوه می‌کند. مدلول التزامی مفاد عقد نیز بر طرفین تحمیل می‌شود، هرچند بر آن ناآگاه باشند. این قاعده که مصداقی از آن در ماده ۳۵۶ ق.م. [ماده مهم] آمده است، تفاوت بین «شروط تبانی» و سایر «شروط ضمنی» را روشن می‌کند: در شروط تبانی، چون قصد واقعی و بیان‌نشده در عقد، مبنای تراضی است، باید احراز شود که با دلی آگاه و متوجه به شرط اقدام کرده‌اند. ولی در شرط ضمنی، از آنجا که مفاد شرط، مدلول التزام کلام آنان است و از راه‌های فرعی (عرف یا عقل یا قانون) احراز می‌شود، توجه و آگاهی از آن ضرورت ندارد و دو طرف اگر بیان مخالفی نکنند، پای‌بند به مدلول کلام خود هستند.

... به نظر نگارنده‌ی این جزوه، باتوجه به این که استاد کاتوزیان در شماره‌ی ۵۵۴ کتاب، شرط ضمنی را در سه دسته‌ی «ا. عقلی یا واقعی ۲- قانونی ۳- عرفی»، تقسیم‌بندی نموده (که توضیح آن‌ها در ادامه آمده است) و سپس شرط تبانی را یکی از اقسام شرط ضمنی عقلی (= واقعی) دانسته‌اند، در مقایسه‌ی این فرمایش استاد کاتوزیان با مطالب پاراگراف قبل، حداقل در نگاه اول، تعارض به نظر می‌رسد؛ اگر شرط تبانی یکی از اقسام شرط ضمنی باشد، بطور می‌تواند با آن متفاوت باشد؛ البته به احتمال فراوان، منظور استاد از «شرط ضمنی» در بند قبل، شرط ضمنی قانونی و یا عرفی (یعنی نوع دوم و سوم) بوده است؛ هرچند در پراکنده‌ها، واژه‌ی «عقل» را نیز ذکر کرده‌اند.

* اقسام شرط ضمنی:

۱- **عقلی یا واقعی** یا بدیهی [هم وسیله‌ی تکمیل قرارداد و هم تفسیر آن]

۲- **قانونی** (وسیله‌ی تکمیل قرارداد؛ و نه تفسیر آن)

۳- **عرفی** (وسیله‌ی تکمیل قرارداد؛ و نه تفسیر آن)

از تعریف «شرط ضمنی» و نمونه‌هایی که برای آن وارد شده است، چنین استنباط می‌شود که مبنای ایجاد علاقه و وابستگی شرط ضمنی با مفاد عقد یکی از این سه عامل است: ۱- عقل ۲- عرف ۳- قانون

۱- **عقل و بداهت:** در پاره‌ای موارد، عقل به گونه‌ای آشکار و بدون هرگونه تردید، وجود شرط را از لوازم عقد می‌شمرد؛ برای مثال، انجام دادن مقدمه تعهد، لازمه وفای به آن است، چنان‌که در مورد فروش ملک ثبت‌شده گفته شد. همچنین است در جایی که مفاد عقد اگر بدون وجود شرط ضمنی باشد، بی‌فایده یا نامتناسب با هدف‌های بیان‌شده دو طرف جلوه کند. [پاورقی: یکی از نمونه‌های بارز شرط ضمنی در حقوق انگلیس، این است که در اجاره‌های محل مسکونی با اثاثیه (Furnished) این شرط ضمنی وجود دارد که محل باید از آغاز اجاره، آماده برای سکونت مستأجر باشد.]

مثال دیگر: [مثال مهم]: فرض کنیم زمینی برای احداث بیمارستان یا مؤسسات نظامی فروخته می‌شود. خریدار نسبت به مالکان احتمالی مجاور آن ملک حساس است و بیم از آن دارد که مالکان ناباب یا ایجاد سازمان‌های نامتناسب به هدف از خرید زمین لطمه بزند و تلاش او را بیهوده سازد [ظاهراً مثال در فرضی است که زمین‌های مجاور نیز در مالکیت فروشنده‌ی زمین بیمارستان بوده است و وی هنوز آن‌ها را نفروخته است]. پس در معامله شرط می‌شود که هنگام فروش زمین‌های مجاور مبیع، حق تقدم با خریدار باشد یا او بتواند معامله‌ای را که به مصلحت نمی‌داند رد کند. در این شرط نامی از صلح یا هبه برده نمی‌شود، چراکه با غلبه با نقل ملک از راه فروش است و دید عرفی به مصداق‌های شایع قناعت می‌کند، ولی بدیهی است که دو طرف به بازرسی تملک بیگانه توجه داشته‌اند نه سبب آن و اگر بر بیع تکیه کرده‌اند بدین لحاظ بوده است که از شایع‌ترین وسیله تملک جلوگیری کنند و مصداق‌های نادر را به بدهات آن واگذارده‌اند. اکنون اگر فروشنده ملک، از راه صلح یا هبه، زمین‌های مجاور مبیع را به دیگران انتقال دهد و حق بازرسی یا تقدم خریدار را از بین ببرد دادگاه می‌تواند بر مبنای «شرط ضمنی» قرارداد که انتقال از راه صلح و هبه را نیز موکول به اذن خریدار می‌کند به ابطال معامله رأی دهد.

«شروط تبانی» نیز از همین گونه است. بی‌گمان باید آن را نوعی خاص از «شروط ضمنی» شمرد که طبیعت و شرایط ویژه خود را دارد ولی با این همه، باز هم در گروه «شروط ضمنی» می‌آید. [در گروه شروط ضمنی عقلی و واقعی]

۲- قانون: پاره‌ای از احکام قانون بر این بنا فرض شده است که دوطرف، مفاد آن را به‌طور ضمنی خواسته‌اند. به همین جهت نیز شرط «صریح»، آن حکم را از بین می‌برد. قوانین تکمیلی را می‌توان در این گروه آورد. منتها ملازمه بین عقد و شرط، ناشی از حکم قانون است و ضرورتی ندارد که مفاد شرط به گونه‌ای از راه اراده مشترک استنباط شود. به همین جهت گفته شد که **لوازم قانونی را باید وسیله تکمیل قرارداد شمرد، نه تفسیر آن.** اصطلاح «شرط ضمنی» نیز در این مورد عنوانی است برای توجیه و تعیین طبیعت و قلمرو حکم موجود و از ابزار تفسیر قانون است نه شرط واقعی [تکمیل قرارداد و تفسیر قانون؛ نه تفسیر قرارداد].

۳- عرف و عادات قراردادی: گاه مفاد شرط چندان در [نوع خاص از] قراردادی تکرار می‌شود و به گونه‌ای شیاع پیدا می‌کند که می‌توان آن را از لوازم معامله شمرد. منتها چنانکه گفته شد، قاعده عرفی در این زمینه همانند قانون، وسیله تکمیل قرارداد است و گاه بر دو طرف تحمیل می‌شود و نمی‌توان آن را در همه چهره‌های خود به «شرط ضمنی» تحلیل کرد. در نتیجه باید پذیرفت که شرط ضمنی «واقعی» بر آن حکومت دارد.

بدین ترتیب شرط ضمنی را به سه گروه واقعی و قانونی و عرفی تقسیم کرده‌اند. منتها از این سه قسم تنها می‌توان گروه نخست و بعضی از مصداق‌های گروه سوم را به واقع شرط ضمنی نام نهاد و به اراده طرفین منسوب کرد.

*نقش شرط در قراردادها به اثر «تقیدی» محدود نمی‌شود، گاه دو طرف پیمانی دیگر از توابع عقد مورد نظر می‌کنند. نقش شرط در این فرض «ترکیبی» است؛ دو قرارداد ضمن یک تراضی واقع می‌شود و به نیروی اراده یکی از آن دو وصف اصلی می‌یابد و دیگری چهره فرعی و تبعی. به‌طور معمول این ترکیب به دو منظور انجام می‌شود:

۱. استفاده از لزوم عقد اصلی

مانند م. ۶۷۹ ق.م. «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.» این حکم به عنوان مصداقی از یک قاعده کلی تلقی شده است؛ قاعده‌ای که در مورد استعفاء وکیل و فسخ سایر عقود جایز مورد استفاده قرار می‌گیرد، مگر این که معلوم شود جواز عقد به گونه‌ای با نظم عمومی ارتباط دارد (مانند وعده نکاح) [یعنی نمی‌توان جواز وعده‌ی نکاح را لازم کرد]

. با وجود این لزوم عقد تبعی ویژه موردی است که این اثر به سود دو طرف باشد. پس اگر شرط تنها به سود یکی از آن دو باشد مشروطه می‌تواند از آن بگذرد و حق خویش را ساقط کند (ماده ۲۴۴ ق.م.). برای مثال، هرگاه شوهری وکیل زن شود تا ملک او را به رایگان به خود انتقال دهد، چون وکالت تنها به سود شوهر است، شرط آن در نکاح برای زن ایجاد الزام می‌کند، ولی شوهر می‌تواند هرگاه بخواهد از این سود بگذرد و استعفا دهد.

۲. تبعی ساختن وجود پیمان:

اگر پیمانی به شکل شرط درآید، بقا و انحلال آن تابع عقد اصلی می‌شود. پس اگر عقد به سببی فسخ یا اقاله شود یا مدت آن پایان یابد تعهد ناشی از شرط نیز از بین می‌رود مگر در مواردی که انحلال شرط نیازمند اسباب و تشریفات خاص باشد. [پاورقی ص. ۱۲۶ کتاب: مانند موردی که مفاد شرط، نکاح بین دوطرف باشد که انحلال آن نیاز به طلاق و تشریفات خاص دارد. فسخ نکاح نیز از امور استثنایی است و چنین فرضی در شمار آن موارد خاص نیامده است. - طبق این متن، مشفص می‌شود که از نظر استاد کاتوزیان، «نکاح» یک عقد رضایی است، نه تشریفاتی].

ماده ۲۴۶ ق.م. در این باره اعلام می‌کند: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که ضمن آن شده است باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض آن را از مشروط‌له بگیرد». اجرای بخش اخیر ماده ۲۴۶، در جایی که عقد اصلی مستمر است و پس از اجرای بخشی از آن فسخ می‌شود، دشوار است. فرض کنیم که خانه‌ای برای مدت یک سال به اجاره داده می‌شود و موجر آن را بعد از هشت ماه فسخ می‌کند. در این اجاره شرط شده است که تعمیر مورد اجاره با مستأجر است یا او متعهد است که جاده فرعی متصل به خانه را به هزینه خود آسفالت کند. مستأجر به این عهد عمل کرده است و اکنون می‌خواهد عوض آن را بگیرد. آیا در فرضی که گفته شد حق دارد تمام هزینه تعمیر خانه یا آسفالت جاده فرعی را پس بگیرد؟

ظاهر ماده چنین حکم می‌کند، ولی این ظهور چندان با عدالت مخالف است که ذهن را به تأمل وادارند؛ قانون مدنی راه حل میانه‌ای پیش‌بینی نکرده است. با وجود این به نظر می‌رسد که ماده ۲۴۶ ناظر به فرض ما نباشد و تنها انحلال کامل عقد اصلی را در نظر گرفته است از سوی دیگر تحمیل تمام هزینه تعمیر و آسفالت بر مستأجر نیز نارواست چراکه او هم به امید انتفاع یک سال از مورد اجاره تعهد پذیرفته است. پس [توبه ویژه - مثال و قضاوت استاد در آن، جنبه کنکوری دارد] تنها راه حل عادلانه این است که:

هزینه انجام شرط نیز به تناسب مدتی از اجاره که باقی مانده است تقسیم شود و در فرض ما یک‌سوم آن به مستأجر بازگردانده شود.

برای مثال‌های پیچیده‌تر دادگاه می‌تواند از نظر کارشناس استفاده کند و در تعدیل تعهد مستأجر بر مبنای قصد معاوضی بکوشد. در توجیه راه حل میانه می‌تواند به این شرط ضمنی استناد کرد که در چنین مواردی دو طرف خواسته‌اند به تناسب انتفاع مستأجر هزینه اضافی بر او تحمیل شود و این شرط بر مفاد ماده ۲۴۶ که قاعده یا تکمیلی است حکومت دارد.

* انحلال عقد تبعی (حتی به دلیل ویژه‌ی خود، مانند مرگ موکل در وکالت) سبب برهم خوردن عقد اصلی نمی‌شود.

* بطلان شرط نیز باعث بطلان عقد نمی‌شود مگر این که [۱]: برخلاف «مقتضای [ذات] عقد» باشد یا [۲]: جهل به آن سبب مجهول ماندن یکی از دو عوض شود یا [۳]: برخورد آن با نظم عمومی و اخلاق باعث نامشروع شدن «جهت معامله» گردد.

* اگر ملتزم به شرط (مشروط‌علیه) از انجام آن خودداری کند مشروط‌له باید اجبار او را از دادگاه بخواهد و نمی‌تواند معامله به مثل کند و او هم از وفای به عهد سرباز زند. همچنین، اگر شرط باطل باشد بطلان آن جز در موارد خاص تعهدهای اصلی را از بین نمی‌برد [یعنی در اینجا حق حبس وجود ندارد].

* شرط عوض در عقود رایگان طبیعت آن‌ها را دگرگون نمی‌سازد و باعث انقلاب هبه به معاوضه نمی‌شود. هبه معاوض [م. ۸۰۱ ق.م.ا]، ناقص است و از نظر تحلیلی می‌توان گفت، عقد ترکیبی از دو هبه است که ضمن یک تراضی انجام می‌شود.

* شرط ضمن عقد جایز:

در این بحث، باید به سه سؤال اصلی که کمتر به آن پرداخته شده است پاسخ داد:

۱- آیا شرط ضمن عقد جایز هیچ الزامی به وجود نمی‌آورد یا در حدود عقد اصلی ایجاد الزام می‌کند؟

۲- آیا قصد مشترک می‌تواند شرطی را که در عقد جایز آورده است خارج از مفاد عقد نیز الزام‌آور کند؟

۳- آیا به وسیله شرط می‌توان عقد جایزی را الزام‌آور کرد یا لازم است شرط، ضمن عقد لازم آورده شود؟ [از نظر استاد: بله]

در پاسخ به سؤال اول: نمی‌توان گفت شرط الزام‌آور نیست زیرا گفته شد که شرط وابسته به عقد و در زمره قیود آن درمی‌آید. طرفی که مایل است از وفای به شرط خودداری کند باید از عقد نیز بگذرد. تبعیض روا نیست و آن دو را یا باید با هم رعایت کرد یا از هر دو چشم پوشید. پس اگر ضمن عقدی جایز انجام فعلی بر یکی از دو طرف شرط شود می‌توان الزام او را از دادگاه خواست. خواننده دعوا می‌تواند با فسخ عقد اصلی خود را از آن قید و التزام رها سازد ولی پیش از این اقدام، انجام کار مشروط بر عهده او است.

در پاسخ به سؤال دوم: باید افزود که ظاهر از شرط کردن ضمن عقد جایز این است که مفاد شرط تابع عقد باشد و با انحلال آن از بین برود. این ظاهر به عنوان اماره قضایی ناشی از طبیعت عقد همیشه در برابر مدعی لزوم شرط قابل استناد است و ادعای بقای شرط امری است که باید اثبات شود. پس سؤال اصلی این است که اگر در عقد جایز بیاید که در صورت فسخ عقد نیز مفاد شرط باید اجرا شود یا از قرائن بتوان وجود چنین التزامی را به‌طور ضمنی استنباط کرد، آیا وفای به شرط لازم است؟ [اصل پاسخ سؤال دوم:] احراز این خواست مشترک نشان می‌دهد که شرط در واقع تعهدی مستقل یا ابتدایی است که علاقه و ارتباط لازم را با عقد ندارد. پس اعتبار آن تابع بحث «شروط ابتدایی» است. در نتیجه با مبنایی که در الزام ناشی از آن برگزیدیم (صفحه ۱۹ جزوه، بند «شرط ضمنی») و مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها تردید در بقا و لزوم شرط در حدود مضمون خود روا نیست.

در پاسخ به سؤال سوم: از ظاهر بعضی مواد قانون مدنی مانند م. ۶۷۹، ۵۸۶، ۵۵۲ و ۶۵۱، چنین برمی‌آید که نویسندگان این قانون از نظر مشهور در فقه پیروی کرده‌اند [نظر مشهور فقها: به وسیله شرط، نمی‌توان عقد جایزی را الزام‌آور کرد]. اما [نظر استاد:] اگر خواست مشترک دو طرف بتواند ایجاد التزام کند و قالب و تشریفات معین نداشته باشد (ماده ۱۰ ق.م.) چه تفاوت می‌کند که این خواست ضمن عقد لازم بیان شود یا در خود عقد؟ تفسیر این مواد، که هیچ کدام بی‌اعتباری شرط لزوم را به صراحت اعلام نمی‌کند، باید در سایه روح حاکم بر قانون مدنی (حاکمیت اراده) صورت پذیرد. پس می‌توان گفت این مواد ناظر به مورد شایع است بدون این که مفهوم آن، لزوم شرط در عقد جایز را نفی کند.

اقسام شرط - مبنای تقسیم:

شرط را به اعتبارهای گوناگون تقسیم کرده‌اند:

- * به اعتبار اثری که شرط در عقد می‌کند، می‌توان آن را به سه گروه تعلیقی و فاسخ و تقییدی تقسیم کرد. شرط اجل را نیز باید بر این تقسیم افزود: شرط اجل نیز گاه در وجود انتقال یا تعهد است. (چنانکه در بیع شرط شود که تملیک شش ماه بعد واقع گردد یا در اجاره ابتدای مدت از بهار آینده باشد: ماده ۴۶۹ ق.م.) و گاه در انحلال و پایان آن (مانند این که اجاره برای مدت یک سال واقع می‌شود، یا در عقد بیع شرط می‌شود که فروشنده تا سه ماه حق فسخ آن را دارد، که «خیار شرط» گفته می‌شود و به اعتباری، اجل در بقاء حق نیز هست) و گاه در مطالبه حق (مانند اجلی که در پرداخت سفته‌های تجاری تعیین می‌شود و شرط اجل در پرداخت وام).
- * به اعتبار چگونگی بیان اراده نیز شرط را به صریح و ضمنی تقسیم کرده‌اند و شرط اخیر را به «واقعی» و «قانونی» و «عرفی» می‌توان تقسیم کرد. به اعتبار شیوه ارتباط آن با عقد، شرط را به ضمن عقد و خارج از آن (ابتدایی) تقسیم می‌کنیم. همچنین، به این اعتبار که اثر شرط تنها محدود به دو طرف قرارداد می‌شود یا درباره دیگران نیز مؤثر است، شرط را به سود طرف قرارداد و «شرط به نفع شخص ثالث» می‌توان تقسیم کرد و «شرط به فعل ثالث» یکی از اقسام گروه اخیر است.
- * به اعتبار نفوذ شرط نیز آن را به «صحیح» و «فاسد» تقسیم کرده‌اند: قسم نخست به شرط صفت و فعل و نتیجه و قسم دوم نیز به دو گروه: شروط «باطل» و شروط «باطل و مبطل» تقسیم شده است.
- * شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله.

* در عقود مسامحی شرط صفت محلی در مفاد عقد ندارد.

* گاه در معاملاتی که موضوع آن عین معین است وصفی کانون تراضی و معامله قرار می‌گیرد که با چشم عادی دیده نمی‌شود و ناچار است که خریدار به گفته فروشنده اعتماد کند. به‌ویژه در جایی که فروشنده نیز در وصف مورد نظر تردید داشته باشد (مانند مجسمه‌ای از میکال آنژ یا نقاشی رامبراند)، یا خریدار کالایی را ندیده و به وصف بخرد (م. ۴۱۰) شرط صفت معمول‌تر است و اگر در معامله تصریح هم نشود از بنای تراضی به‌خوبی برمی‌آید و یکی از نمونه‌های «شرط ضمنی» است.

همچنین است معاملاتی که از روی نمونه انجام می‌شود و دو طرف بر پایه اوصاف نمونه خاص با هم تراضی می‌کنند. سلامت مبیع نیز از اوصافی است که به طور صریح یا ضمنی در نوع خرید و فروش‌ها شرط می‌شود و بر مبنای آن فروشنده متعهد است تا کالای سالم به خریدار تحویل دهد. (ماده ۴۱۴ ق.م.)

* اگر نظریه شرط از توابع اختیارات باشد و به عنوان «سبب خیار» مورد مطالعه قرار گیرد، بیگمان شرط صفت از این دیدگاه ویژه وصفی از اوصاف «عین معین» است. زیرا، تنها در این فرض است که تخلف از شرط موجب خیار می‌شود. برعکس، هرگاه نظریه شرط عنوانی مستقل از اختیارات باشد، چنان‌که قانون مدنی پذیرفته است، «شرط صفت» اعم از وصفی است که برای عین معین شرط می‌شود یا صفتی که برای عین کلی در عقد آمده است و اختصاص آن به مبیع شخصی محملی ندارد.

مقدار مورد معامله، چنان‌که گفته شد، به طور معمول معیار اندازه‌ارزشی است که مورد دادوستد قرار می‌گیرد. به همین جهت «شرط مقدار» نیز ناظر به میزان تعهد است: برای مثال، اگر خرمن گندم به شرط داشتن وزن معین (ده خروار) فروخته شود، مقصود بیان یکی از اوصاف مبیع نیست و بدین وسیله دو طرف می‌خواهند به تناسب این وزن حدود تعهد خود و از جمله بهای آن را معین کنند. با وجود این، «شرط مقدار» از این حکایت دارد که دو طرف یا یکی از آن‌ها به وزن تمام مبیع هم نظر داشته‌اند و در گندم مورد معامله تبعیض را روا نمی‌دانند. پس، در این فرض شرط دو چهره گوناگون دارد: ۱) چهره اصلی، که تعیین‌کننده موضوع تعهد دو طرف است ۲) چهره فرعی، که لزوم داشتن میزان معین است به عنوان وصف مشروط.

تمیز این‌که در هر قرارداد «شرط مقدار» کدام‌یک از این دو قسم است در نهایت به «قصد مشترک» بستگی دارد و در نتیجه «تفسیر قرارداد» انجام می‌شود. ولی، بر مبنای غلبه، باید گفت «مقدار» وسیله تعیین میزان تعهد نیز هست، مگر اینکه خلاف آن احراز شود.

شرط نتیجه (غایت)

ماده ۲۳۴ ق.م. در بیان «شرط نتیجه» می‌گوید: «... آن است که تحقق امری در خارج شرط شود».

ماهیت این «امر» روشن نیست، ولی چون راه ایجاد آن تراضی است، می‌توان گفت نتیجه‌ای است که موضوع «قصد انشاء» قرار می‌گیرد. بدین ترتیب، از میان پدیده‌های حقوقی باید «وقایع» را از تعریف خارج کرد، برای مثال، نمی‌توان در معامله‌ای شرط کرد که خریدار در تصرف خود غاصب و مسئول باشد یا در اتلاف مال دیگری مقصر به شمار آید. «اخبار از وقایع» را نیز باید از ذهن بیرون راند، چراکه خبر از رویدادی پیش از آن می‌دهد و به تراضی در خارج ایجاد نمی‌شود: اقرار به دین یا ارتکاب جرم با شرط نتیجه تحقق نمی‌یابد. دو طرف می‌توانند در عقد به وجود حقی بر خود اقرار کنند، ولی این اقرار وجود تبعی پیدا نمی‌کند، امری است مستقل که با انحلال عقد و حتی بطلان آن اثر ویژه خود (اخبار) را دارد.

بنابراین آنچه باقی می‌ماند آثار و نتایج «اعمال حقوقی» است که با تراضی یا اراده یک تن انشا می‌شود [مثل آنکه نتیجه یک ایقاع مانند ابراء، در ضمن عقدی شرط گردد]. در این موارد است که دو طرف می‌توانند «نتیجه» عقد یا ایقاعی را که در نظر دارند در قرارداد اصلی «شرط» کنند، به گونه‌ای که نیاز به سبب دیگری نداشته باشد. برای مثال، خریدار وکیل فروشنده باشد یا از دینی که به او دارد بری شود یا مالک دو چرخه او گردد.

نتیجه مورد نظر ممکن است اثر انحلال قرارداد دیگری باشد: مانند عزل وکیل و تملک دوباره مال فروخته‌شده [= دو چرخه] و برائت از دین ناشی از ضمان یا آزاد شدن مال مرهون، که در واقع اثر اقاله وکالت و بیع و ضمان و رهن است.

از میان این نتیجه‌ها نیز پاره‌ای را که نیاز به سبب خاص و تشریفاتی اضافه بر «تراضی» دارد باید استثنا کرد. برای مثال، انحلال نکاح، جز در موارد خاص فسخ که با اراده زن یا شوهر انجام می‌پذیرد، نیاز به طلاق دارد که ایقاعی است تشریفاتی. پس، نمی‌توان جدایی زن و شوهر را به صورت «شرط نتیجه» درآورد. همچنین، انتقال ملک ثبت شده را نمی‌توان در سند عادی قرارداد به صورت «نتیجه» شرط کرد. [اما عقود عینی را می‌توان شرط نتیجه قرار داد.]

«امری» که تحقق آن در خارج شرط می‌شود، ممکن است خود عمل حقوقی باشد نه نتیجه آن. برای مثال به جای اینکه در عقد بیع شرط شود که خریدار وکیل فروشنده باشد یا مالی را تملک کند، در شروط عقد چنین بیاید که «فروشنده بدین وسیله به خریدار وکالت می‌دهد» یا «فروشنده فلان مال را به خریدار صلح یا هبه می‌کند». در این فرض، در واقع تحقق سبب شرط می‌شود، نه تحقق نتیجه؛ یعنی ایجاب و قبول دو اثر متفاوت دارد: ۱- وقوع عقد اصلی یا بیع ۲- وقوع عقد تبعی وکالت یا صلح یا هبه. و این هر دو اثر با هم به وجود می‌آید.

در این حالت، چون فرض این است که نتیجه خارجی از راه ایجاد سبب آن شرط شده است، دیگر این سؤال مطرح نمی‌شود که آیا نتیجه مورد نظر (مانند وکالت یا مالکیت) بدون سبب قانونی آن به وجود می‌آید یا نه؟ بحث این است که آیا سبب مشروط ارکان لازم برای تحقق خود را دارد یا ناقص است؟ این دو سؤال با هم شباهت دارد ولی یکی نیست و تحقیق درباره جمع آمدن شرایط عقد تبعی ساده‌تر است و نیازی به بحث‌های پیچیده در باب نفوذ «شرط ابتدایی» و «حاکمیت اراده» ندارد. بدین ترتیب، در تعریف «شرط نتیجه» می‌توان گفت: «شرطی است که وقوع تبعی یکی از اعمال حقوقی یا تحقق اثر اصلی آن را در قراردادی انشاء می‌کند».

موضوع شرط نتیجه امری مثبت است: خودداری از انجام دادن کار که برحسب طبیعت خود استمرار دارد و باید در ظرف زمان تحقق پذیرد، در قلمرو «شرط فعل» است. [ولی سلب یا سقوط حق انجام فلان اقدام مادی یا حقوقی می‌تواند به عنوان شرط نتیجه مطرح شود]

بخش اخیر ماده ۱۹۶ حکمی است استثنایی که باید به طور محدوده تفسیر شود: آنچه به صراحت اجازه داده شده این است که شخص ضمن قراردادی که می‌بندد تعهدی به سود ثالث کند، یعنی انجام دادن امری را بر عهده خود بپذیرد. این تعهد ممکن است ناظر به انتقال باشد؛ کاری که باید به سبب خاص خود (تراضی) بعد از عقد انجام پذیرد (شرط فعل). پس، از این حکم نمی‌توان نتیجه گرفت که شخص می‌تواند بدون رضای دیگری مالی را به او تملیک کند.

ماده ۷۶۸ ق.م. نیز تنها تعهد به دادن مال را پیش‌بینی کرده است. در حقوق ما هیچ مثال دیگری هم وجود ندارد که شخص بتواند، جز از راه تراضی با او، دیگری را مالک کند. پس، **باید پذیرفت که ماده ۱۹۶ ناظر به تعهد است نه تملیک مستقیم.** به بیان دیگر، حداکثر چیزی که می‌توان از راه شرط به سود ثالث ایجاد کرد حق تملک است نه ملکیت. شرط نتیجه، اگر ناظر به تملیک به شخص ثالث باشد، فضولی و تابع احکام ویژه آن است.

*** شرط فعل ۲ قسم است: مادی و حقوقی؛ که هر کدام نیز خود به «منفی» و «مثبت» تقسیم می‌شود.**

در اثر شرط «فعل» دینی بر عهده ملتزم قرار می‌گیرد که موضوع آن انجام دادن کار خارجی است، کاری که پس از توافق باید انجام گیرد تا نتیجه مطلوب به دست آید. پس، باید گفت «شرط فعل» همیشه نوعی التزام و تعهد است، هرچند که نتیجه مطلوب و نهایی نیز تملیک باشد. برای مثال، اگر در قرارداد اجاره‌ای بر موجد شرط شود که تراکتور خود را به مستأجر بفروشد، هدف و نتیجه مورد نظر این است که تراکتور به مستأجر انتقال پیدا کند، ولی شرط ناظر به انجام دادن مقدمه آن نتیجه است. همچنین، هرگاه بر زوج شرط شود که زن را در طلاق دادن خود وکیل کند، با وقوع نکاح وکالت ایجاد نمی‌شود و زن نیابت پیدا نمی‌کند.

شرط بر فعل شخص خارجی - تعهد به فعل ثالث:

اشتراط فعل شخص خارجی دو صورت دارد:

[که صورت نخست، تابع احکام عقد فضولی است]

اشتراط بر شخص ثالث به طور مستقیم

اشتراط بر طرف قرارداد، مبنی بر اینکه

ثالث فلان کار را انجام دهد

توضیح این دو مورد:

۱- شرط نیز بر [شخص] خارجی شود، یعنی در معامله‌ای که دو شخص با هم می‌کنند التزامی را برای بیگانه شرط کنند. مانند اینکه شخصی مزرعه‌ای را می‌خرد و ضمن آن شرط می‌شود که کاشتن مزرعه به عهده فلان کارگر باشد. آنچه باید مورد مطالعه قرار گیرد این است که آیا تراضی دو طرف معامله در انعقاد چنین شرطی نسبت به بیگانه فضولی است یا در حکم پیشنهادی که باید مورد قبول قرار گیرد؟ [ج: فضولی است]؛ توضیح:

تفاوت در این است که اگر شرط در حکم معامله فضولی باشد، بیگانه می‌تواند با اجازه این اقدام به شرط نفوذ حقوقی ببخشد و تعهد را از هنگام معامله معتبر سازد. ولی، هرگاه شرط خودسرانه در قلمرو فضولی قرار نگیرد و در حقوق بیگانه هیچ زمینه‌ای اثری به بار نیآورد، حداکثر در حکم پیشنهادی است که از تاریخ قبول بیگانه واقع می‌شود و در گذشته تأثیر ندارد. این احتمال نیز می‌رود که شرط باطل انگاشته شود و در حکم پیشنهاد نیز نباشد.

به نظر می‌رسد که چنین شرطی در حکم فضولی است. زیرا، اگر تصرف در مال بیگانه بتواند از سوی او تنفیذ شود (ماده ۲۴۷ ق.م.ا). چرا درباره ایجاد تعهد برای او باطل باشد یا پیشنهادی ساده فرض شود؟ نظریه «معامله فضولی» قاعده‌ای است که در عقدهای تملیکی و عهده یکسان اجرا می‌شود و نباید آن را ویژه «معامله تملیکی به مال غیر» پنداشت.

نکته دیگری که در این باره قابل توجه به نظر می‌رسد نقش طرف قرارداد است که در زمینه شرط بیگانه به شمار می‌آید یا مشروط علیه؟ اگر بیگانه باشد، انجام ندادن فعل مشروط یا پذیرفتن تعهد از طرف ثالث به مشروطه له حق فسخ نمی‌دهد و خسارتی نمی‌تواند مطالبه کند، ولی، هرگاه او نیز طرف شرط و ملتزم به آن باشد، وضع او مانند متعهد به فعل ثالث است. هر دو احتمال داده شده است. موضوع تابع مفاد تراضی است، ولی ظاهر از شرط قرار دادن تعهد شخص خارجی در عقد این است که طرف قرارداد نیز به گونه‌ای پایبند و ضامن اجرای فعل مشروط است و شرط قید قرارداد است نه وصله‌ای ناهم‌رنگ و بی‌اثر. پس در تفسیر قرارداد دادگاه می‌تواند او را به تفاوت موارد، ضامن قبول تعهد یا انجام آن تلقی کند.

۲- شرط بر طرف قرارداد شود و موضوع آن انجام دادن فعلی از طرف خارجی باشد [در این مورد برخلاف قبلی، شرط فضولی در کار نیست]: در این فرض، تعهدی برای شخص ثالث به وجود نمی‌آید. اثر شرط محدود، به دو طرف قرارداد است و آنکه اجرای شرط را به عهده می‌گیرد در واقع ضامن اجرای فعل معهود از سوی بیگانه است.

قانون مدنی در ماده ۲۳۴ چنین فرض کرده است که در «شرط به فعل غیر» متعهد، زمینه‌ای معقول برای اجرای فعل در اختیار دارد و به نفوذ خود در این راه امیدوار است. چنان‌که مانند آن در کفالت (تعهد به حضور شخص ثالث) و ضمان از غاصب در رد عین مغضوب و مانند این‌ها دیده می‌شود و ما پیش از این درباره آن بحث لازم را دیده‌ایم.

مثال این است: در قرارداد شرط می‌شود که یکی از دو طرف مالی را در برابر بهای معین به زید بفروشد ولی زید این معامله را نمی‌پذیرد. در این فرض، آیا طرف دیگر قرارداد می‌تواند آن را بر مبنای تخلف از شرط فسخ کند؟

در واقع پاسخ سؤال را باید در چگونگی تفسیر قرارداد و احراز قصد مشترک جستجو کرد. صاحب جواهر نیز از «اصل صحت» برای احراز همین قصد استفاده کرده است. زیرا، چنان‌که گفته شد، یکی از قواعد تفسیر این است که هرگاه در معنای مقصود تردید باشد، معنایی برگزیده می‌شود که به درستی شرط انجامد.

ولی، باید دانست که «اصل صحت» یکی از معیارهای تفسیر است و نشانه و مصلحت‌های دیگر، و حتی انصاف نیز دادرس را رهنمون می‌شود، چنان‌که دیدیم (ش. ۵۱۶ کتاب) دادگاه، در مورد وجه التزام گزافی که فروشنده خانه در قبال تخلف از شرط «گرفتن امتیاز برق ظرف یک ماه» به عهده گرفته بود، التزام را ناظر به تمهید مقدمات گرفتن امتیاز برق (مقدور) دانست و مشروط علیه را از به دست آوردن نتیجه (وصل برق) معاف دانست تا «وجه التزام» بر عهده او قرار نگیرد.

ج- صحت و فساد شرط

«شرط، پاره‌ای از عقد و تابع آن است. بنابراین، اصل صحت قراردادها (ماده ۲۲۳ ق.م.ا) شامل شروط ضمن آن نیز می‌شود.

قانون مدنی بر همین مبنا [= اصل صحت]، بجای بیان شرایط درستی و نفوذ شرط، به تقسیم و شمار «شرط باطل» پرداخته است و این شیوه نگارش نشان می‌دهد که «اصل صحت شرط» را می‌پذیرد.

آیا موقعیت خاص این تعهد تبعی [= شرط ضمنی] ماهیت آن را دگرگون می‌سازد و از شرایط وقوع و نفوذ آن می‌کاهد، یا، در عین حال که همگام و تابع عقد است، ماهیت اصلی خود را دارد و تابع قواعد عمومی معاملات و تعهدات است؟

برای مثال، در م. ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م. نسبت به «معلوم بودن شرط» حکمی وجود ندارد و تنها شرط مجهولی که سبب جهل به یکی از دو عوض شود باطل و موجب فساد عقد اعلام شده است. بنابراین، آیا می‌توان گفت ضرورتی ندارد که شرط معلوم و معین باشد و شرط مجهول درست است؟

پاسخ: تبعی بودن شرط هیچ تغییری در ماهیت اصلی آن نمی‌دهد. شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ ق.م. ناظر به همه قراردادها و تعهدها است و شرط ضمن عقد هیچ امتیازی بر سایر تعهدها ندارد.

بر طبق ماده ۲۳۲ شرط باید مشروع باشد، در ماده ۱۹۰ ق.م.، از لحاظ تأثیر در عقد، امتیازی بین مشروع بودن موضوع و جهت معامله وجود ندارد. بنابراین، شرطی که هدف از آن تحقق امری نامشروع باشد، بی‌تردید نامشروع است.

ج: مطابق بند ۳ ماده ۲۳۳ ق.م.: «شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود» باطل و موجب بطلان عقد است». مفاد ماده با بطلان شرط مجهول، هرچند که به دو عوض سرایت نکند، منافی به نظر نمی‌رسد. اجرای تعهدی که موضوع آن مجهول است، امکان ندارد و این امر چنان بدیهی است که نیاز به حکم خاص درباره آن احساس نمی‌شود. پس، باید گفت شرط مجهول، اگر قابل تعیین نباشد، به حکم طبیعت خود باطل است و هنگامی عقد را نیز باطل می‌کند که موجب جهل به دو عوض بشود.

محصور کردن شرایط صحت به آنچه در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ آمده است نتایجی به بار می‌آورد که حتی پیروان نظر مخالف نیز راضی به آن نیستند. برای مثال، اگر برای افزودن شرط بر قرارداد یکی از دو طرف در معرض اکراه قرار گیرد، آیا می‌توان شرط ناشی از اکراه را نافذ دانست؟ آیا اشتباه در موضوع اصلی شرط در نفوذ آن بی‌اثر است؟

در متن استدلال مخالف نیز، از لحاظ اجرای قواعد عمومی در شرط، تعارضی پنهان به چشم می‌خورد. زیرا، اگر برای تأیید نفوذ شرطی که به صراحت منع نشده است بتوان به ماده ۱۰ ق.م. استناد کرد، چگونه است که از جهت شرایط نفوذ شرط، قواعد عمومی قراردادها اعتبار ندارد؟ [در حالی که م. ۱۰ ق.م. هم یک قرارداد است...]

* توانایی اجرای شرط به ویژه در «شرط فعل» مطرح می‌شود که کاری بر عهده یکی از دو طرف قرار می‌گیرد. طرح مسأله در شرط صفت، خواه ناظر به وصف موجود در معامله باشد یا وصفی که در آینده پیدا می‌کند، به اعتبار توان تسلیم کالا با وصف معهود یا فراهم آوردن اسباب و مقدمه ایجاد آن است. که هر دو از افعال است. همچنین، در شرط نتیجه آنچه بر عهده قرار می‌گیرد و موضوع تراضی واقع می‌شود، ایجاد اسباب نتیجه است و از این دیدگاه در زمره افعال می‌آید.

[طرداً للباب: از پاورقی ص. ۱۵۲ کتاب: فقها نیز افعال را به «مباشریه» و «تولیدی» تقسیم کرده‌اند که مانند «تعهد به نتیجه» و «تعهد به وسیله» است. تعهد به غایات (نتیجه) و تعهد به مبادی (فعل مقدمه نتیجه) در شرط، با آن تقسیم شباهت دارد.]

برای تمیز توانایی متعهد باید دید مفاد شرط چیست و او چه چیز را برعهده گرفته است: نتیجه را یا وسیله را؟

برای مثال، بر فروشنده زمین یا زارع شرط می‌شود که زراعتی را به خوشه برساند. در تحلیل این شرط، اگر تعهد ناظر به انجام نتیجه مورد نظر باشد (خوشه کردن زراعت)، در توان او نیست و به خداوند منسوب می‌شود. پس، احتمال دارد شرط را باطل بدانند. ولی، اگر شرط ناظر به انجام مقدمه خوشه دادن زرع (مانند باقی گذاشتن در زمین و آبیاری و سمپاشی) باشد، در مقدور بودن آن هیچ تردیدی به وجود نمی‌آید.

برای احراز توان متعهد، کافی است که احتمال معقول انجام دادن کار وجود داشته باشد و در دید عرف ناممکن جلوه نکند. سختگیری در این زمینه روا نیست و بسیاری از شرط‌های معقول را که در دادوستدها متعارف شده است باطل می‌سازد. پس، نباید ادعا کرد که کار مشروط بایستی به یقین ممکن باشد و همگان یا دو طرف به توان متعهد علم داشته باشند.

نویسندگان قانون مدنی نیز به طور ضمنی این استنباط را پذیرفته‌اند، زیرا امکان اجرای «تعهد به فعل ثالث» (ماده ۲۲۴ ق.م.) هیچ‌گاه از درجه ظن و احتمال فرا نمی‌رود: شخص ثالث در این میان هیچ تعهدی پیدا نمی‌کند و این احتمال وجود دارد که شرط را بپذیرد یا توصیه و درخواست متعهد را در اجرای فعل مشروط رد کند. پس، نفوذ شرط بر فعل خارجی نشان می‌دهد که «درجه احتمال معقول» برای درستی شرط کافی است نفوذ عقد کفالت در قانون مدنی نیز دلیل دیگری بر تأیید این نظر است.

«ناتوانی» مفهومی مطلق است که به طور نوعی ارزیابی می‌شود: اگر موضوع شرط انجام دادن کار معین باشد. در صورتی شرط باطل است که در دید عرف هیچ‌کس نتواند آن را انجام دهد (مانند حمل کالایی ظرف نیم‌ساعت به آمریکا). ولی، هرگاه دیگران توانایی انجام دادن آن را داشته باشند، شرط نافذ است و در صورتی که اجرا نشود ضمانت اجرای ویژه خود را دارد (ماده ۲۳۸ ق.م.) با وجود این، جایی که وقوع شرط، برحسب تراضی یا به واقع تنها به وسیله مشروط‌علیه امکان دارد توان شخص او را باید در نظر گرفت. وانگهی، ناتوانی در اجرای «شرط» [فعل]، هنگامی سبب بطلان آن است که این دو وصف را دارا باشد:

۱- دائمی باشد نه موقت و زودگذر: پس، اگر متعهد نتواند شرط را در موعد انجام دهد، نباید آن را «غیرمقدور» و باطل شمرد، مگر اینکه موعد وفای به عهد «قید تعهد» باشد و با سپری شدن موعد اصل تعهد نیز از بین برود.

۲- به هنگام تسلیم باشد: ماده ۳۷۰ ق.م. در این باره اعلام می‌کند: «اگر طرفین معامله برای تسلیم موعدی قرار داده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعد شرط است نه در زمان عقد»

شرطی که با اجرای آن مالی به دست نیاید یا هدف غیرمالی عاقلانه‌ای تأمین نشود لغو و بی‌فایده است. با این ترتیب، معیار تمیز فایده شرط بنای خردمندان است، منتها این معیار را باید با توجه به خواست‌ها و نیازهای ویژه دو طرف عقد در نظر گرفت. یعنی، باید دید موضوع شرط را خردمندان در آن اوضاع و احوال مفید می‌دانند یا بیهوده؟

شرط نامشروع

واژه «نامشروع» در بند ۳ از ماده ۲۳۲ ق.م. نشان می‌دهد که قانون‌گذار تنها به مخالفت شرط با قانون نظر نداشته است و می‌خواهد از نفوذ شرط خلاف اخلاق و مصالح عمومی نیز جلوگیری کند. م. ۹۷۵ ق.م. نیز این نکته را تأیید می‌کند.

* شرط نامشروع ۲ نوع است:

۱- شرط خلاف قانون: این شرط در صورتی باطل است که قانون امری باشد.

تمیز بین قوانین امری و تکمیلی دشوار است و به هیچ اصل قابل اعتمادی نمی‌توان در همه موارد تکیه کرد. پس، ناچار باید به استقراء روی آورد و از قرینه‌ها و اماره‌های ویژه در هر مورد یاری خواست.

۲- شرط خلاف اخلاق و نظم عمومی

باید پذیرفت که قوانین نوشته فراوان بر ما حکومت می‌کند؛ قوانینی که تا مورد تجاوز قرار نگیرد احساس نمی‌شود: تعهدی که برای جلب رضایت زنی به ایجاد رابطه نامشروع می‌شود یا التزام زنی که به منظور ادامه بدکارگی به عهده می‌گیرد در هیچ قانونی منع نشده است، در حالی که بیگمان با نظم عمومی و اخلاق مخالفت دارد.

پس، می‌توان گفت: هر شرط که موضوع آن کاری خلاف اخلاق و نظم عمومی باشد یا انگیزه آن را بتوان رسیدن به غایتی نکوهیده و ضداجتماعی توصیف کرد باطل است، هرچندکه در قوانین ممنوع نباشد.

آنچه کم‌وبیش همه پذیرفته‌اند این است: «مقتضاء» چنان به ماهیت عقد وابسته و ملازم با آن است که اگر به وسیله شرط گرفته شود، جوهر عقد نیز از دست می‌رود و در دید عرف یا قانون موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند.

«مقتضای اطلاق عقد» یعنی عقد مطلق آن احکام را اقتضاء دارد نه ذات عقد.

اشکال: بر فرض، اصل حاکمیت اراده نیز پذیرفته نشود، از استقراء در قوانین به خوبی برمی‌آید که در زمینه قراردادهای تراضی به اراده مشترک واگذار شده است. قانون در حکم غلظنامه این نهاد قراردادی است: احکام را بر مبنای خواست مشترک طرفین

انشاء می‌کند و گاه خود نیز بر آن حکمی می‌افزاید یا مانعی بر سر راه نفوذ اراده می‌نهد تا عقد را با مصالح اجتماعی همگام سازد. به بیان دیگر، رجوع به قانون برای تمیز «مقتضای عقد» به‌ویژه در زمان حکومت اصل آزادی قراردادی، بدان می‌ماند که به جای اصل کتاب، توصیه شود که به غلطنامه آن رجوع کنند.

بی‌گمان ریشه اصلی همه الزام‌ها در قوانین است. قرارداد نیز به حکم قانون ایجاد التزام می‌کند، لکن همه گفتگوها و تقسیم‌های مربوط به منابع تعهد برای این است که معلوم شود قانون، کدام پدیده اجتماعی را سبب ایجاد حق و تکلیف ساخته است. همه در پی آنند که به این اسباب مستقیم و درجه دوم دسترسی یابند و به تحلیل و دسته‌بندی آن‌ها بپردازند، وگرنه به سادگی اعلام می‌شد که همه‌چیز به قانون بازمی‌گردد. در مور آثار و ماهیت قراردادها نیز چنین است: قانون حکم همه‌چیز را معین می‌کند. مهم تمیز مبنای صدور این احکام است. بنابراین، اگر گفته شود که مقتضای ذات را قانون معین می‌کند، نادرست نیست، ساده‌نگری است و مشکلی را حل نمی‌کند.

* آثار مستقیم انشاء

معدودی از محققان (میرزای نائینی) برای تمیز «مقتضای عقد» به مضمون عقد و آثار مستقیم انشاء روی آورده‌اند. آنچه را که دو طرف معامله به طور صریح، یا به اصطلاح خود ایشان «اولاً و بالذات»، انشاء کرده‌اند و مدلول مطابقی عقد است، مقتضای ذات عقد می‌دانند: مانند تملیک اعیان در بیع و منافع در اجاره، برعکس، آنچه به طور تبعی و ضمنی انشاء شده است و مدلول التزامی عقد است، مقتضای اطلاق می‌بینند، که به حکم عرف در نوع آن معامله معمول است، ولی تراضی برخلاف آن نیز امکان دارد: مانند حال بودن ثمن و التزام به وصف صحت و تعادل بین دو عوض.

نقد استاد: معیار تمیز این نظر، ناقص و گمراه‌کننده است. زیرا درست است که دوطرف به آنچه بیشتر اهمیت می‌دهند، در پیمان خود تصریح می‌کنند ولی گاه نیز به پاره‌ای از امور تبعی و فرعی نیز اشاره دارند. پس آیا درست است که گفته شود، آنچه مدلول مطابقی عقد است و به صراحت انشاء می‌شود «مقتضای عقد» است؟ آیا تصریح به حال بودن ثمن یا لزوم تعادل بین دو عوض یا محل تسلیم مبیع این امور را به ماهیت و ذات عقد تبدیل می‌کند؟

در این کاوش، حق بود که این محققان همه قرائن را به یاری می‌گرفتند یا از دید عرف و قانون برای رسیدن به «مقصود اصلی» استفاده می‌کردند. لیکن، از این هر دو گذشته و به معیار نامطمئن «صراحت» اطمینان کرده‌اند.

ماهیت عقد و مقتضای ذات و اطلاق آن را جز به یاری «قصد مشترک» نمی‌توان یافت.

اصلاح این نظریه: این نظر (=نظر نائینی) را باید از دو جهت اصلاح و تعدیل کرد:

تعدیل نخست این‌که ماهیت عقد را نمی‌توان یکسره به «قصد مشترک» واگذار کرد. امروز قوانین چنان نهاد ارادی را احاطه کرده است که دیگر آنچه را عقد می‌نامیم آمیزه‌ای از احکام و خواست‌های خصوصی است.

برای مثال، در پاره‌ای از قراردادها قبض شرط صحت است. ضرورت قبض را دو طرف انشاء نمی‌کنند، اما قانون آن را لازمه انعقاد قرارداد و عنصری از ماهیت مورد خواست مشترک قرار می‌دهد. پس، شرطی که قبض را در وقف یا هبه یا رهن یا بیع صرف لازم نمی‌داند «خلاف مقتضای عقد» است، بدون اینکه با قصد مشترک مخالف باشد.

عنصری را که قانون بر نهاد قراردادی می‌افزاید با آثار قانونی آن نهاد تفاوت دارد. عنصر ماهوی از ارکان وقوع عقد است، در حالی که آثار قانونی، بر قرارداد واقع شده بار می‌شود. پس، نباید آن را عنصر عقد شمرد و شرطی که برخلاف آن اثر بشود، خلاف حکم قانون است نه مقتضای عقد، مگر این‌که نفی آن به بیهودگی ماهیت ایجادشده منتهی گردد. برای مثال، ضمان درک از آثار قانونی بیع است، لیکن شرطی که فروشنده را از این ضمان بری کند، خلاف مقتضای عقد نیست، و تنها در صورت حیلۀ فروشنده برخلاف نظم عمومی و در زمره شروط نامشروع است.

تعدیل دوم، چنان‌که گفته شد موضوع اصلی مورد توافق را باید از مجموع اعلام‌های دو طرف و لوازم قانونی و عرفی خواست مشترک به دست آورد و معیار «صراحت» در بیان یا «دلالت مطابقی» عقد بر آن نامطمئن و گمراه‌کننده است.

این کاوش چهره نوعی و شخصی را باهم دارد.

بطلان شرط ناظر به موردی است که ناتوانی تسلیم ناشی از وضع مال یا طبیعت کار مورد تعهد باشد (مانند فروش حیوان فراری یا اتومبیل دزدیده شده) نه بیماری و ورشکستگی و غیبت متعهد. به بیان دیگر،

در مواردی که دوطرف از اصطلاحی متعارف و شناخته شده برای بیان مقصود خود استفاده می کنند (مانند بیع و اجاره و قرض و شرکت) مفهوم عرفی و قانونی این اصطلاح به طور نوعی معین می شود: مثال: اگر شخصی اعلام کند که خانه ام را فروختم، مفهوم نوعی اراده او انتقال مالکیت خانه در برابر عوض معین است (م. ۳۳۸ ق.م.ا). برعکس، در همه قراردادهای جهت مشترک و جنس و اوصاف و مقدار دو عوض که چهره خارجی مقتضای نوعی عقد را معین می کند، از راه تحلیل اراده مشترک در هر مورد خاص معین می شود. برای مثال در پیمانی که گلدان بلوری زمان صفوی در برابر یک میلیون ریال مبادله می شود، مقتضای عقد انتقال گلدان قدیمی در برابر آن مبلغ است و شرطی که اصل مبادله یا وصف اساسی مورد معامله را نفی کند، مخالف با مقتضای آن عقد است.

نتیجه: در تعریف مقتضای عقد می توان گفت: «موضوع اصلی است که عقد به خاطر ایجاد آن واقع می شود و، به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است». بر این مبنا، شرطی با مقتضای عقد مخالف است که آن موضوع اساسی یا اثر اصلی معهود را نفی کند: مانند این که در عقد بیع شرط شود که زمین مورد معامله وقف بر بیماران باشد (شرط نتیجه)، یا در عقد نکاح شرط شود که رابطه جنسی شوهر با زن ممنوع است. باید افزود که شرط خلاف مقتضای عقد ممکن است در آن تصریح شود یا پیش از عقد مورد تبانی قرار گیرد و عقد بر مبنای آن واقع شود. [دقت: از نظر اسناد کاتوزیان، شرط ممنوعیت رابطه جنسی زوجه، خلاف مقتضای عقد است.]

* صورت های مخالفت شرط با مقتضای عقد

مخالفت شرط با «مقتضای عقد» ممکن است به دو صورت انجام پذیرد [که البته صورت سوم فرعی هم هست]:

۱- مخالفت با مضمون یا مفاد اصلی عقد: یعنی موضوعی که به تراضی انشاء شده است:

اگر در عقد بیع و یا اجاره شرط شود که تملیک صورت نپذیرد یا بدون عوض باشد، شرط، مخالف با مقتضای عقد است، هر چند که تنها جزئی از کل مبادله را نفی کند.

متنهای چنین مثال هایی به صراحت در هیچ قراردادی دیده نمی شود. آنچه بیشتر احتمال دارد این است که مفهوم شرط از لحاظ نتیجه با تملیک قابل جمع نباشد: مانند این که در بیع شرط شود که خریدار آن را ببخشد یا در اجاره بیايد که انتفاع از مورد اجاره با خویشان ماجر یا فقیران شهر است، چندان که از جمع مفاد شرط و عقد به خوبی برآید که مقصود واقعی تملیک نیست و واژه بیع یا اجاره سرپوشی عاریتی و نامناسب برای مقصود پنهانی دیگر است.

* فرض کنیم شخصی مایل است که بیش از ثلث دارایی خود را به بیگانه ای وصیت کند و مالیات کمتری هم بردارد. او می تواند مال مورد نظر را به دوست مورد اعتمادی بفروشد، منتها شرط کند که حق انتفاع از ملک تا پایان زندگی با خود او باشد و خریدار نیز در این دوران حق انتقال به غیر ندارد و مکلف است که بی درنگ پس از مرگ او ملک را به آن بیگانه به رایگان انتقال دهد. خریدار در این فرض به ظاهر مالک می شود، ولی در واقع چه دارد؟ آیا می توان او را مالک شناخت، در حالی که نه منافع از آن او می شود و نه می تواند پس از مرگ فروشنده آن ملک را در اختیار بگیرد؟ پس، باید گفت شرط مخالف با مقتضای عقد است، چرا که با مفاد بیع (تملیک) مخالفت دارد. [در بند بالا و بند زیر، به مثال های شرط خلاف مقتضای عقد، توجه شود...]

* فرض دیگر: زنی که مایل است به تابعیت ایران درآید و با موانعی روبرو است، به مردی ایرانی شوهر می کند، چون می داند که در قانون مدنی با این تمهید می توان ایرانی شد. (بند ۶ ماده ۹۷۶ ق.م.ا) در نکاح شرط می شود که شوهر حق ندارد با او رابطه جنسی داشته باشد یا با او سکونت کند و اختیار تعیین محل سکونت زن با خود اوست و می تواند همچنان به شغل خود که میهمانداری هواپیما است ادامه دهد. در این مثال نیز شرط، پیوند زناشویی را نفی نمی کند، ولی آن را چنان بی محتوا و بیهوده می سازد که باید گفت، شرط با مقتضای عقد مخالف است.

۲- گاه شرط با مفاد عقد (قصد مشترک) تعارض ندارد، لیکن احکامی را که قانون‌گذار از اسباب و لوازم تحقق آن مفاد قرار داده است نفی می‌کند: مانند این شرط که وقف هیچ‌گاه به تصرف موقوف‌علیه داده نشود یا انتقال ملک ثبت شده در دفتر اسناد رسمی واقع نشود و خریدار نتواند الزام فروشنده را در این باره بخواهد (ماده ۲۲ ق. ث). [یا اینکه در رهن شرط شود که قبض لازم نیست].

۳- تعارض شرط با انگیزه اصلی معامله: در بعض موارد شرط با هدف نهایی که در تراضی ملحوظ بوده است تعارض دارد و در نتیجه می‌توان گفت مبنای اصلی مورد توافق و اثر مطلوب را نفی می‌کند.

ولی، وصف شاخص این گروه تعارض داشتن با انگیزه اصلی معامله است و گاه مصداق‌هایی پیدا می‌کند که با مفاد عقد ارتباط کمتری دارد تا با آثار آن: مانند اینکه بر بازرگانی که کالا را به قصد فروش می‌خرد و معامله را بر همین مبنا انجام می‌دهد شرط کنند که حق انتقال آن را ندارد. [استاد کاتوزیان در کتاب حقوق خانواده آورده است که شرط ممنوعیت رابطه جنسی زوجه، دست‌کم در نکاح دائم، فلاف مقتضای عقد است].

* تعارض شرط با جزء مقتضای عقد [نه همه آن]:

اگر بر خریدار ملکی شرط شود که او هیچ‌گاه نمی‌تواند آن را بفروشد یا برای همیشه از سکونت در آن محروم است، این تردید به میان می‌آید که آیا باز هم می‌توان ادعا کرد که خریدار مالک مبیع شده و موضوع عقد (تملیک) صورت پذیرفته است؟ همچنین، موضوع نکاح ایجاد پیوند زناشویی است. این پیوند آثار گوناگونی دارد که در قوانین و عرف آمده است. اگر همه آثار نفی شود، بیگمان عقد بیهوده خواهد شد و در تعارض شرط با مفاد آن نیز تردیدی باقی نمی‌ماند. ولی، اگر شرط شود که شوهر حق نزدیکی جنسی با زن و سکونت مشترک با او را ندارد، آیا می‌توان آن دو را زن و شوهر شناخت؟ و آیا پیوند زناشویی با نفی این اثر باز هم قابل تصور است؟

در چنین مواردی است که دادگاه بایستی، با توجه به داورى عرف و قانون و خواست‌ها و هدف‌های دو طرف، تمیز دهد که اثر نفی شده، چهره اساسی دارد و لازمه ماهیت عقد است یا فرعی و تبعی است. در این راه است که جهت یا هدف نهایی منظور در عقد می‌تواند معیار مفیدی باشد.

* مبنای بطلان شروط

درباره مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد ۳ نظر وجود دارد:

- ۱) متقدمان این شرط را از اقسام شرط نامشروع می‌دانستند و دلیل بطلان آن را مخالفت با کتاب و سنت بیان می‌کردند. قواعدی که قانون‌گذار برای ارکان داخلی یا آثار عقد وضع کرده است.
- ۲) بعض از متأخران در جدایی این شرط از شرط نامشروع اصرار دارند و مبنای بطلان آن را وجود تعارض بین مفاد عقد و شرط می‌دانند.

۳) [مورد نقد استاد کاتوزیان] نراقی در «عوائد الایام» و پس از او شیخ انصاری در مکاسب، مبنای بطلان شرط را، هم تعارض با مفاد عقد می‌دانند و هم مخالفت با حکمی که اثر نفی شده را لازمه مقتضای عقد شمرده یا تخلف عقد را از مقتضای خود جایز ندانسته است. این استدلال قابل انتقاد به نظر می‌رسد. زیرا، قصد مشترک به مفاد هر دو تعلق یافته است و امر قانون‌گذار در لزوم وفای به عقد به این مجموعه تعلق می‌گیرد. پس، اشکال اصلی در تعارض درونی این مجموعه است و برای رفع آن، یا باید عقد را مقصود اصلی شمرد و به مفاد شرط بی‌اعتنا ماند، یا ترجیح عقد را ممکن ندانست و هر دو را باطل شمرد، و در هر حال نسبت به بطلان شرط تردیدی باقی نمی‌ماند.

با وجود این، چنان‌که گفته شد، گاه قانون‌گذار در تحقق مفاد تراضی عنصری را بر ماهیت عقد می‌افزاید [مثل قبض در عقود عینی] یا آثاری را لازمه آن ماهیت قرار می‌دهد. پس، شرطی که با این عناصر و آثار مخالف است، در واقع با قانون هم مخالفت دارد و هر دو چهره را می‌توان در شرط مشاهده کرد. وانگهی، در عقود معین، بر مبنای مفاد تراضی و احکام مترتب بر آن، قانون‌گذار نهاد قراردادی را تبدیل به سازمان حقوقی خاص کرده است و هر شرط باطل به گونه‌ای با قواعد امری حاکم بر این سازمان مخالفت دارد، منتها، شرط مخالف با مقتضای عقد این ویژگی را دارد که ناظر به ماهیت عقد و آثار ناگسستنی از آن است و به همین اعتبار نیز از سایر شرایط نامشروع ممتاز می‌شود.

شرط مجهول، اگر به عقد نیز صدمه نزنند و موضوع اصلی معامله را مبهم نسازد بیگمان باطل است.

در این زمینه در فقه این سؤال مطرح شده است که آیا در ساختمان فنی عقد نیز «شرط» جزئی از دو عوض است یا در شمار فروع و توابع آن؟

گروهی از ارتباط ناگسستگی شرط و عوض و سرایت بطلان شرط به عقد طرفداری کردند، و جمع دیگر بطلان عقد را محدود به مواردی ساخته‌اند که در نتیجه مفاد شرط دو عوض اصلی مجهول بماند (مانند شرط وصف مجهول یا اجل نامعین)، و طبیعی است آنان که شرط مجهول را به خودی خود باطل [یا مبطل^{۱۹}] نمی‌دانند، بدین جمع پیوسته‌اند. بند ۲ ماده ۲۳۳ ق.م. پاسخی است به همان سؤال که نظر گروه اخیر را تأیید می‌کند.

بدین ترتیب، قانون مدنی، از لحاظ تبعی بودن شرط، مجهول ماندن آن را سبب بطلان عقد نمی‌داند، مگر اینکه شرط مربوط و وابسته به یکی از دو عوض باشد و در نتیجه، مجهول ماندن آن مورد اصلی معامله را نیز مبهم سازد. پس، اگر اتومبیلی به مبلغ معین فروخته شود و در قرارداد شرط گردد تا هر زمان خریدار ساکن آن شهر است سرویس ماشین به رایگان بر عهده فروشنده باشد، عقد درست است و نفوذ شرط را نیز با اندک مسامحه می‌توان پذیرفت، چراکه قابلیت تعیین را دارد، ولی، اگر در همین معامله شرط شود که قیمت را خریدار هر زمان که بخواهد یا از آن شهر برود می‌پردازد، بیع باطل است (للاجل قسط من الثمن).

مثال دیگر: اگر کسی زمینی را به شرط داشتن مساحت لازم برای احداث «چند» زمین ورزشی بخرد بیع باطل است. ولی، هرگاه خانه‌ای به ۲۰ میلیون ریال فروخته شود و بر خریدار شرط کنند که هزینه لازم برای یافتن اتومبیل ربه‌شده فروشنده را بپردازد جهل به شرط سبب بطلان عقد نمی‌گردد.

این نکته را باید افزود که شرط مجهول، هرچند مربوط به موضوع اصلی باشد، عقدی را باطل می‌کند که معلوم بودن مورد از شرایط درستی آن است: در عقود که بر مبنای مسامحه و تغایب واقع می‌شود و علم اجمالی به عوض در آن‌ها کافی است، شرط مجهول به درستی عقد صدمه نمی‌زند [مگر اینکه اجرای تعهد ممکن نباشد]؛ برای مثال در بیمه عمر یا صلحی که برای پایان دادن به دعوای فرضی و احتمالی انجام می‌شود شرطی که سبب مبهم ماندن موضوع عقد است آن را باطل نمی‌کند، مگر اینکه اجرای تعهد ممکن نباشد. همچنین در عقد ضمان، شرطی که باعث ابهام در مقدار و اوصاف دین شود، قرارداد اصلی را باطل نمی‌کند.

سؤال: آیا درجه ارتباط و همبستگی شرط و عقد در امکان سرایت بطلان شرط به عقد اثر ندارد؟

نظرات:

- ۱- گروهی که بطلان شرط را در همه موارد باعث بطلان عقد می‌دانند.
- ۲- گروه دیگر، که بطلان شرط را در هیچ صورت سبب بطلان عقد نمی‌دانند.
- ۳- گروه سوم، از آن افراط و این تفریط دست کشیده‌اند و اعتقاد دارند، هر جا که بطلان شرط به رکنی از عقد صدمه برساند آن را باطل می‌کند و، در سایر موارد، بطلان شرط مانع از نفوذ عقد نیست.

آخرین تحول بدین نتیجه رسیده است که در مجموعه مورد تراضی، رکن مطلوب و هدف اصلی بازشناخته شود و مصون بماند. تا زمانی که این رکن باقی است، عقد نیز بر جای خود استوار است، هرچند که شرط نیز از دست برود. ولی، هرگاه پیوند شرط و عقد چنان باشد که آمیزه‌ای از آن دو «رکن مطلوب» باشد یا بطلان شرط به یکی از اوصاف ضروری عقد صدمه بزند، باید هر دو را باطل دانست.

نکته‌ای که گاه از نظرها دور می‌ماند و در بحث فساد عقد باید در نظر داشت این است که چهره فرعی شرط امری است که از ظاهر ساختمان عقد و غلبه استنباط می‌شود. ولی، هرگاه ثابت شود که دو طرف به عنوان رکن مطلوب با انگیزه اساسی یا قید تراضی به آن می‌نگریسته‌اند، فساد شرط بیگمان همه عقد را فرامی‌گیرد [یعنی شرط نامشروعی که موجب نامشروع شدن جهت معامله گردد]:

برای مثال، فرض کنیم هدف نهایی دوطرف قرارداد فراهم آوردن وسایل صدور مواد مخدر و خروج آن از مرز باشد. برای رسیدن به همین مقصود، صاحب کالا باغی را به عامل خود اجاره می‌دهد و در آن شرط می‌کند که مستأجر وظیفه دارد سالیانه مقدار معینی از کالا را به آن سوی مرز ببرد. در این فرض، حمل مواد مخدر به ظاهر در برابر عقد اجاره چهره تبعی و فرعی دارد زیرا در ساختمان تراضی (شرط) است و به هیچ رکن عقد نیز صدمه نمی‌زند. ولی دلایل ویژه این دعوا نشان می‌دهد که رکن مطلوب و جهت اصلی عقد، برخلاف آنچه در نوع این قراردادها است، تملیک منافع به عوض و مبادله نیست؛ جهت اصلی حمل مواد مخدر به خارج است. پس، نامشروع بودن شرط به فساد عقد می‌انجامد، چراکه معلوم می‌شود عقد نیز دارای جهت نامشروع بوده است. در تمیز شرطی که جهت محرک یا رکن مطلوب قرار گرفته است، چنان‌که گفته شد، اراده مشترک معیار است نه خواست یکی از دو طرف.

* نقد قانون مدنی:

قانون مدنی شروط باطل را به ۲ گروه تقسیم کرده است: گروهی که مفسد عقد نیست و گروهی که مبطل عقد می‌باشد (م. ۲۳۲ و ۲۳۳). با وجود این تقسیم‌بندی، باز هم مشکل نظری باقی می‌ماند؛ زیرا معیار فساد عقد این است که شرط فاسد به یکی از ارکان آن صدمه بزند، چه تفاوت می‌کند که شرط مجهول باعث جهل به عوض شود یا شرط غیرمقدور باعث تعذر در تسلیم؟ چرا باید شرط مجهولی که عوض را مبهم و نامعین می‌کند باعث بطلان عقد شود، ولی شرط نامقدوری که «قدرت بر تسلیم» موضوع را از بین می‌برد و گاه در جلدی بودن قصد ایجاد تردید می‌کند در آن اثر نکند؟ همچنین، شرط نامشروعی که سبب نامشروع شدن موضوع یا جهت عقد می‌شود (مانند خرید خشخاش بدین شرط که فروشنده از آن تریاک بسازد) چرا نبایستی مانند شرط مجهول باعث فساد عقد شود؟ چرا قانون‌گذار نامی از شرطی که مستلزم محال است نمی‌برد؟ بیگمان، مثالی که علامه حلی و فقیهان طرفدار او از این شرط زده‌اند (تعهد فروش مبیع به خود فروشنده) سخت مورد انتقاد است. ولی، نزاع در مثال نباید اصل حکم را به فراموشی سپارد: نویسندگان قانون مدنی تعلیق در عقد و شرط را درست می‌دانند. پس، می‌توان مثال را بدین گونه آورد: فروش مال بدین شرط که خریدار آن را به فروشنده انتقال دهد. اگر شرط به معنی تعلیق فروش باشد، برحسب مفاد عقد، بیع، زمانی واقع می‌شود که انتقال به فروشنده تحقق پذیرد، در حالی که امکان انتقال نیز خود منوط بر این است که بیع واقع شود و خریدار را مالک سازد. همچنین است اگر شرط انتقال به فروشنده به صورت شرط نتیجه باشد، بدین گونه که پیشنهاد شود: فروختن مشروط بر اینکه به همان قیمت خریدار آن نیز باشم، یعنی موضوع معامله در اثر عقد به خودم انتقال یابد، زیرا، در دید عرف و خردمندان چنین معامله‌ای لغو است. بنابراین، آیا بهتر نبود که نویسندگان قانون مدنی، بجای تقسیم شروط فاسد ضابطه سرایت فساد به عقد را معین می‌کردند و شرط خلاف مقتضای عقد و مجهول را به عنوان نمونه و مثال می‌آوردند؟

[پیشنهاد استاد در این باره:]

در وضع کنونی نیز، رویه قضایی می‌تواند مفاد م. ۲۳۲ را ناظر به موارد متعارف و شایع بداند، بدین معنی که شرط لغو یا غیرمقدور و نامشروع به خودی خود سبب فساد عقد نمی‌شود، زیرا در ساختمان عقد مقامی فرعی دارد. ولی، هرگاه معلوم شود که وابستگی شرط به عقد چندان است که فساد آن به اصل تراضی یا شرایط صحت آن صدمه می‌زند عقد نیز باطل است.

* اثر شرط خلاف مقتضای عقد

در ماده ۲۳۳ ق.م. می‌خوانیم که شرط خلاف مقتضای عقد باطل و موجب بطلان عقد است. این حکم را نیز باید تعدیل کرد. زیرا گاه از مفاد شرط چنین برمی‌آید که دو طرف مقتضای عقد مشروع دیگر را خواسته‌اند: گفته شد که تعبیر قصد واقعی و تعیین نام و وصفی که اراده کرده‌اند با دادگاه است. در فرض ما، اگر به عنوان برگزیده دو طرف استناد شود [مثل بیع و اجاره و...], عقد همراه با شرط مخالف مقتضای ذات خویش و باطل است. ولی، هرگاه دادرس جای آن مقصود را در میان نهادهای قانونی معین کند، احتمال دارد به عقد مشروعی دیگر برسد و مجموع شرط و عقد را با هم جمع کند. در چنین مواردی اصل صحیح اجابسی می‌کند که جمع شرط و عقد، تا جایی که امکان دارد، مطلوب‌تر باشد.

تحلیل رابطه خواست مشترک با مقتضای عقد جهت توجیه اثر شرط [- به ظاهر، مخالف با مقتضای عقد]

۱- شرط به طور مستقیم با موضوع عقد منافات دارد و چنین برمی آید که دو طرف قصد انجام دادن هیچ عمل حقوقی را نداشته اند: مانند این که در عقد بیع شرط شود که خریدار مالک مبیع نگردد، یا در نکاح رابطه زناشویی به وجود نیاید، یا در عاریه مستعیر مجاز در استفاده از عین مال نباشد.

۲- شرط به طور مستقیم و به دلالت مطابقی با عقد منافات ندارد، ولی اجرای آن با انتفای موضوع عقد به حکم عرف یا عقل ملازمه دارد: مثل اینکه در بیع شرط شود که خریدار حق هیچ گونه تصرفی در مبیع ندارد.

۳- از مفاد شرط استنباط می شود که دو طرف وقوع عقد را اراده کرده اند، ولی مفاد تراضی آنان با قانون منافات دارد، یعنی کاری را خواسته اند که قانون باطل می داند.

۴- از مجموع عقد و شرط چنین برمی آید که آنان عقد نامشروع دیگری را خواسته اند: مانند اینکه در عقد وکالت برای فروش، تمام آثار مهم نیابت و امانت درباره وکیل به موجب شرط از عقد گرفته می شود (شرط می شود که موکل حق عزل وکیل را ندارد و او از دادن صورتحساب به موکل معاف است و به هرکس و به هر مبلغ که وکیل بخواهد می تواند مورد وکالت را بفروشد و وکالت بعد از فوت وکیل و موکل هم باقی است). چنین شرطی با مقتضای عقد وکالت مخالف است ولی نشان می دهد که هدف واقعی از آن فروش مورد وکالت با اعطای حق تملک به وکیل است. اکنون، اگر این وکالت برای فروش مالی باشد که موکل از انتقال و معامله آن ممنوع است (مانند فروش زمین های بایر شهری) معامله مورد نظر باطل است، اما نه به دلیل مخالفت شرط با مقتضای عقد، به دلیل نامشروع بودن موضوع عقد واقعی.

۵- از اعلام های دو طرف به خوبی روشن است که آنان مقتضای عمل مشروع دیگری را خواسته اند. به بیان دیگر، شرط خلاف مقتضای عقد عنوان شده ماهیت آن را دگرگون ساخته و به نهاد دیگری تبدیل کرده است: برای مثال، در عقد قرض شرط می شود که موضوع آن در ملکیت وام دهنده باقی بماند و وام گیرنده ملتزم به رد عین آن باشد. این شرط بیگمان با مقتضای عقد مخالف است، ولی آن را باطل نمی کند. زیرا، ماهیت عملی که انجام شده «عاریه» است که به درستی توصیف نشده و دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد.

مثال دیگر: در عقد بیع شرط می شود که مورد معامله به ملکیت خریدار درنیاید و فقط او بتواند، تا زمانی که زنده است، از منافع مالی، استفاده کند. این شرط خلاف مقتضای بیع است، چراکه مهم ترین اثر آن را از بین می برد. لیکن آنچه واقع شده باطل نیست؛ کاری است مشروع که دو طرف به رغبت آن را خواسته اند. مقصود ایجاد «حق عمری» به سود کسی است که به ظاهر خریدار نامیده شده؛ مقصودی مشروع که با هیچ قاعده حقوقی یا اخلاقی برخورد ندارد و نافذ است.

مثال دیگر: بر مذهب شرط می شود که در عوض تملک عین موهوب مالی را به واهب بدهد. این شرط نیز با مقتضای هبه (تملیک رایگان) مخالف است و آن را تبدیل به «معاوضه» می کند. این مثال را نباید با آنچه ماده ۸۰۱ ق.م. «هبه معوض» نامیده است اشتباه کرد. زیرا، در فرض قانون مدنی «هبه» ماهیت خود را از دست نمی دهد و شرط عوض نیز خلاف مقتضای آن نیست. دو هبه ضمن یک عقد است که همسنگ و متقابل قرار نگرفته و نیروی اراده یکی را اصل و دیگری را تابع و فرع آن ساخته است «... واهب می تواند شرط کند مذهب مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد». پس، آنچه در شرط بخشیده می شود، درواقع و از نظر فنی، عوض نیست، هبه دیگری است در لباس شرط، برعکس، مثال ما ناظر به مواردی است که تملیک مشروط به طور کامل عوض مال مذهب قرار می گیرد و مقتضای آن را دگرگون می سازد.

مثال دیگر [مهم]: مدیونی در برابر «ابراء [شدن توسط] طلبکار»، دادن مال دیگر را به عهده می گیرد (چنان که

شرط شود مدیون ابراء شده از دین یک میلیون ریالی، ۳۰ هزار دلار به طلبکار بدهد). این شرط ماهیت ابراء را به

«تبدیل تعهد» برمی گرداند.

«شرط خلاف مقتضای عقد در صورتی باطل و مبطل عقد است که نشان دهد دو طرف هیچ امر مشروعی را نخواستند».

آنچه بیگمان از ماده ۲۴۰ ق.م. استنباط می‌شود، وجود خیار فسخ در مورد بطلان شرط غیرمقدور و نامشروع است، چراکه انجام هر دو ممتنع است. ولی، در شرط بی‌فایده و نامعقول تردید باقی است، زیرا به دشواری می‌توان حکم چنین شرطی را تابع «شرط ممتنع» و مفاد ماده ۲۴۰ ق.م. شمرد، مگر این که گفته شود شرط بی‌فایده نیز از اقسام شرط نامشروع و به این اعتبار ممتنع است. ولی، ریشه و انگیزه تردید در این است که حذف شرط لغو و بی‌فایده‌زانی برای مشروطه به وجود نمی‌آورد، و چیزی از دست می‌رود که از نظر خردمندان پوچ و بی‌ثمر است. پس، آیا درست است که به خاطر حذف چنین شرطی التزام به عقد از بین برود؟ نظر استاد کاتوزیان: خیر، حذف و بطلان شرط غیر مقید و پوچ، به مشروطه خیار نمی‌دهد حتی اگر جاهل باشد.

پاسخ مسأله به مبنای خیار فسخ در این موارد بستگی دارد: [که در این باره ۲ دیگرگاه وجود دارد که اولی، مورد نقد استاد کاتوزیان است:]

[۱-] اگر خیار برای رعایت رضای مشروطه و جلوگیری از تحمیل عقد ناخواسته بر او باشد، در این فرض نیز باید به او حق فسخ داد. زیرا، هرچند تراضی درباره شرط را عرف خردمندان بی‌فایده می‌بیند، مشروطه به آن توجه داشته و عقد و شرط را به عنوان یک مجموعه پذیرفته است. پس، تخلف از شرط یا فساد آن او را از این التزام می‌رهاند و این اختیار را به وجود می‌آورد که یا به آنچه باقی مانده است رضا دهد یا آن را فسخ کند.

[۲-] ولی، هرگاه خیار تخلف از شرط برای جلوگیری از ضرر طرفی باشد که از التزام به عقد به ناروا زیان می‌بیند، دادن حق فسخ به کسی که شرط بی‌فایده را از دست داده است، معقول به نظر نمی‌رسد.

[انتقاد از نظر اول:] اگر بنا باشد که تخلف از هر داعی‌ای ایجاد کند، هیچ عقدی استوار نمی‌ماند. قانون مدنی نظری را برگزیده است که به موجب آن، جز در موارد خاص، تخلف از شرط به تراضی و ارکان عقد صدمه نمی‌زند و فساد آن نیز به عقد سرایت نمی‌کند. پس، شرط در ساختمان تراضی اثر ندارد و امری است که داعی و انگیزه تراضی شده است.

جدایی مفهوم «التزام» از «عقد» به گونه‌ای که شخص راضی به اصل قرارداد باشد و ناراضی از التزام به آن نوعی توجیه و خیال‌پردازی است، زیرا التزام در مرحله تراضی نتیجه و ملازم با عقد لازم است. دو تراضی انجام نمی‌شود که یکی مطلق و دیگری مقید باشد. منسوب کردن حق خیار به مفاد تراضی، بدین معنی است که در هر عقد مشروط این تراضی ضمنی وجود دارد که فساد و تخلف از شرط برای متفع از آن خیار فسخ به وجود می‌آورد. عرف دادوستد چنین تحلیلی را نمی‌پذیرد و قانون مدنی نیز با جدا ساختن «خیار تخلف شرط» از «خیار شرط» با آن موافق به نظر نمی‌رسد. وانگهی، اگر این ادعا پذیرفته شود، دیگر علم و جهل مشروطه به فساد عقد یکسان است و خیار به حکم تراضی در هر دو مورد به وجود می‌آید.

[نظر نهایی استاد:] بدین ترتیب، چنین به نظر می‌رسد که خیار فسخ عقد در نتیجه فساد شرط، حکمی است برای جلوگیری از ضرر ناروای مشروطه، پس، در جایی که شرط نفع عقلایی ندارد، خیار نیز به وجود نمی‌آید.

* سؤال در رابطه با م. ۲۴۴ ق.م.: هرگاه شرط مبطل عقد نیز باشد (مانند شرط خلاف مقتضای عقد)، آیا اسقاط آن می‌تواند عقد را از بطلان مصون دارد؟ [پاسخ: خیر؛ توضیح:]

در خصوص اسقاط شرط باطل و غیر مبطل از نظر اصولی، باید جانب کسانی را گرفت که با اسقاط شرط به نفوذ عقد سالم اعتقاد دارند، به ویژه که قانون مدنی جایی برای تردید باقی نگذاشته است و عقد را پیش از اسقاط شرط نیز باقی و نافذ می‌داند. ولی، این تردید در فرضی که شرط فاسد به یکی از ارکان عقد صدمه می‌زند (= مبطل)، بی‌مورد است. زیرا، عقد و شرط با هم انشاء می‌شود و از آغاز نیز هر دو باطل است. پس، اسقاط شرط و رضای به عقد بدون قید، نمی‌تواند باطل را درست کند. این فرض را نباید با رضای مالک به عقد فضولی قیاس کرد.

با وجود این، اگر دو طرف قرارداد نسبت به حذف شرط و باقی‌گذاشتن عقد و رفع عیب تراضی کنند، باید آن را محترم شمرد. زیرا، این اقدام به معنی انشاء عقد جدید با همان مفاد پیشین است و نباید در راه نفوذ حکومت «اراده مشترک» سختگیری کرد.

همچنین است در موردی که شرط فاسد ضمن اصلاحیه‌ای به عقد درست ملحق شود (= اصلاحیه بر عقد؛ نه بر شرط) و دو طرف از آن بگذرند یا طرفی که به تنهایی از آن سود می‌برد شرط را اسقاط کند. زیرا، در این فرض، برخلاف موردی که شرط ضمن عقد می‌آید یا عقد بر آن مبنا واقع می‌شود، عامل خارجی مانع از نفوذ عقد است. جمعی از محققان وفای به چنین شرطی را لازم نمی‌دانند. پس، جای آن هست که از اطلاق ماده ۲۴۴ ق.م. نیز برای حذف شرط استفاده کرد و عقد را [بدون ایثار حق فسخ برای احد طرفین] از آلودگی نجات بخشید. [نه اینکه بگوییم طرفین خواسته‌اند عقد قبلی را اقاله کنند و عقد پریری با شرط فاسد منعقد نمایند]

* حق فسخ عقد [در شرط صفت - م. ۲۳۵ ق.م.]

بعضی از محققان خواسته‌اند خيار فسخ را به گونه‌ای به اراده مشترک منسوب کنند و به آن چهره قراردادی بدهند، ولی ظاهر این است که قانون‌گذار، بجای تکیه بر «وفای به عهد» و احترام به قرارداد، در این راه از قاعده «لزوم جبران ضرر ناروا» استفاده کرده است. زیرا، خدشه بر سلامت و کمال تراضی می‌بایست باعث بطلان یا عدم نفوذ عقد شود نه ایجاد خيار فسخ. نفوذ عقد در فاصله میان انعقاد و فسخ آن خود نشانه بارز بر سلامت و کمال «رضای معاملی» است. از این مطالب چند نتیجه مهم به دست می‌آید:

۱- خيار فسخ ناظر به موردی است که وصف مورد نظر نوعی باشد و به «جهت اصلی» عقد مربوط نشود: برای مثال، اگر در خرید مقداری پارچه شرط شود که بافت انگلستان باشد، ظاهر این است که وصف مورد شرط رکن تراضی نیست. مقصود خرید پارچه است و بافت انگلیس بودن صفت کمال آن. پس، نمی‌توان ادعا کرد که "اگر پارچه بافت فرانسه باشد، [عقد باطل است چون] آنچه واقع شده با مقصود دو طرف مخالف است (ما وقع لم یقصد)". ولی، هرگاه وصف مشروط علت غایی و موضوع اصلی تراضی باشد، فقدان آن سبب بطلان عقد است نه ایجاد خيار فسخ. برای مثال، در فروش کوزه‌ای گلین از عهد باستان، دو طرف به جنس مبیع و صورت نوعی و عرفی آن بی‌اعتنا هستند و بهای گزاف را در برابر وصف باستانی کوزه می‌پردازند. پس، اگر این وصف در قرارداد شرط شود، باید آن را قید تراضی شمرد و تخلف از شرط را سبب بطلان عقد دانست؛ چنان‌که اشتباه در این وصف اساسی نیز از اسباب بطلان عقد شمرده شد. همچنین است در موارد متعارف که وصف ناظر به صورت نوعی موضوع معامله باشد، مانند اینکه در فروش گندم شرط شود که محتوای گونی‌های مورد معامله «گندم» باشد، که در این صورت تخلف از شرط (مانند اینکه داخل گونی جو یا برنج باشد) باعث بطلان معامله است.

* بدین ترتیب، باید پذیرفت که ماده ۲۳۵ ق.م. ناظر به مورد غالب است که وصف مورد شرط «اساسی» نیست و جنبه فرعی دارد.

۲- در موردی که وصف جنبه فرعی دارد، در برابر بخشی از عوض قرار نمی‌گیرد و تنها در ایجاد رغبت به معامله مؤثر است. بنابراین، طرفی که شرط به سود او است نمی‌تواند برای جبران زیان ناشی از فقدان شرط از ثمن بکاهد. ضرورت جبران ضرر ناروا حکم لزوم را از عقد برمی‌دارد و خيار فسخ ایجاد می‌کند، ولی نمی‌توان عقد را تجزیه کرد و به نسبتی که از بهای مبیع کاسته شده است از ثمن کسر گذاشت.

در ماده ۳۵۵ ق.م. فرض این است که ثمن در برابر تمام ملک، به عنوان عین خارجی و قطع نظر از کمیت آن، قرار گرفته و «مقدار» وصف فرعی آن است. پس اگر از شرط تخلف شود، کسی که از آن زیان می‌برد، بر پایه خيار تخلف از وصف یا تخلف از شرط، حق فسخ بیع را دارد، ولی نمی‌تواند از عوض بکاهد.

۳- در فرضی که موضوع معامله «کلی» است (مانند چند تن نفت) و آنچه متعهد برای وفای به عهد برگزیده است وصف مشروط را ندارد، طرف قرارداد می‌تواند اجبار او را به تسلیم مصداق «کلی» بخواهد. شرط صفت، از این جهت که موضوع آن بر ذمه قرار می‌گیرد [در عین کلی]، به شرط فعل بازمی‌گردد و از راه اجبار متعهد قابل اجرا است. از همین دیدگاه است که بعضی شرط صفت را ویژه [عین] معین می‌دانند (ملاک ماده ۴۸۲ ق.م.).

۴- از آنجا که خیار تخلف از شرط، وسیله‌ای برای جبران ضرر است [نه ناشی از تفلّف از شرط ضمنی]، هرگاه زیان ناشی از تخلف شرط به گونه‌ای دیگر جبران شود، حق فسخ مبنای خود را از دست می‌دهد. ضرر باید هنگام اعمال خیار موجود باشد، وگرنه موجبی برای پیمان‌شکنی وجود ندارد. پس، اگر موضوع معامله در زمان عقد صفت مشروط را دارا نباشد، ولی در زمان تسلیم یا پیش از فسخ، خودبه‌خود یا در اثر اقدام طرف قرارداد آن وصف را بیابد، حق فسخ از بین می‌رود. در حالی که اگر مبنای خیار تخلف عقد از رضا یا «شرط ضمنی» باشد، می‌توان گفت خیار فسخ بر پایه احترام به اراده و همراه با عقد به وجود آمده است و اکنون نیز که تردید در بقای آن ایجاد شده است استصحاب می‌شود.

ماده ۴۷۸ ق.م. نیز در موردی خاص (خیار عیب در اجاره)، همین قاعده را رعایت کرده است.

آنچه گاه از نظرها دور می‌ماند این است که «مقدار» [در م. ۳۸۴ ق.م.] در این نقش خود چهره «وصف» ندارد و نباید چنین پنداشت که «شرط صفت» در برابر [کل] عوض قرار می‌گیرد یا جزئی از دو عوض است. [۹]

* تفاوت ماده ۳۸۴ و ۳۵۵ ق.م. [مهم]:

در فرض ماده ۳۵۵ ملکی به طور مقطوع و به عنوان کل مورد معامله است و مقدار در آن تنها چهره وصفی دارد، و در نتیجه، تخلف از آن به زیان‌دیده حق فسخ می‌دهد و بخشی از ثمن در برابر وصف مقدار قرار نمی‌گیرد. ولی، در فرض ماده ۳۸۴ مقدار به عنوان معیار ارزش و تعیین‌کننده میزان تعهد مورد توجه قرار گرفته است [نه به عنوان چهره وصفی صرف] و در واقع مورد معامله مجموعه‌ای است به هم پیوسته از اجزایی که درباره بهای هرکدام تراضی صورت پذیرفته. در نتیجه، کسر مقدار هم می‌تواند امکان کاهش قیمت را توجیه کند و هم فسخ معامله‌ای را که بخشی از آن وجود خارجی نداشته است.

برعکس، ماده ۳۵۵ ناظر به موردی است که مورد معامله کل تجزیه‌ناپذیر است. ثمن در برابر این کل قرار می‌گیرد و «مقدار» وصف آن کل است. ولی فرض شایع دیگری را [که قانون مدنی به آن توفیق نکرده است] می‌توان نام برد که در آن مورد معامله، به عنوان کل تجزیه‌ناپذیر، موضوع قصد مشترک قرار می‌گیرد و، در عین حال، عوض نیز به تناسب اجزای ترکیب شده معین می‌شود: ماده ۱۴۹ قانون ثبت فرض اخیر را پیش‌بینی می‌کند در این ماده آمده است: «نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته باشد و بعداً معلوم شود اضافه به مساحت دارد، ذی‌نفع می‌تواند قیمت اضافی را بر اساس ارزش مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی معامله به صندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید...».

مفاد ماده [۱۴۹ ق.ث.]، ناظر به ملکی است که با سند مالکیت فروخته می‌شود، ولی قاعده‌ای را که قانون‌گذار [در م.

۱۴۹ ق.ث.] اعمال کرده است در معاملات مشابه نیز باید رعایت کرد. فرض کنیم دستبندی از طلا به مثقالی ده هزار ریال

فروخته می‌شود؛ [این فرض نیز مشمول م. ۱۴۹ ق.ث. است و در آن،] دستبند به عنوان عین خارجی و کل تجزیه‌ناپذیر موضوع

قصد مشترک قرار می‌گیرد و در عین حال، بهای دستبند به تناسب مقدار طلای آن معین می‌گردد. مقدار طلای دستبند در موارد

متعارف وصف مورد معامله نیست. پس، اگر مقدار طلای آن کمتر باشد، خریدار حق فسخ ندارد و تنها می‌تواند از ثمن بکاهد

(مگر این‌که شرط مخالف شده باشد) در مورد زیاد بودن وزن نیز نمی‌توان ادعا کرد که «زیاده مال بایع است» زیرا بایع همه دستبند

را فروخته است و تنها بخشی از ثمن را که در بهای دستبند منظور نشده است می‌تواند مطالبه کند.

در فرض دیگر، اگر دستبند طلای قدیمی با کار هنرمندی نام‌آور فروخته شود، چندان‌که در بهای آن میزان طلا سهم اصلی را نداشته باشد، شرط مقدار طلا تنها چهره وصفی دارد و در برابر بخش معینی از ثمن قرار نمی‌گیرد: موضوع مبادله نقش و طرح و قدمت دستبند است و تخلف از شرط وزن، تنها خیار فسخ به وجود می‌آورد [بدون امکان تبعیض در ثمن] (ماده ۳۵۵ ق.م.).

بنابراین، ماده ۱۴۹ قانون ثبت فرض پیش‌بینی‌نشده‌ای در کنار مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ ق.م. موضوع حکم قرار می‌دهد و با آنها تعارض ندارد تا توهم نسخ قانون مدنی برود. راه جمع این سه ماده، پیروی از مفاد تراضی در تعیین راه‌حل قانونی است.

* پس به طور خلاصه ۳ حالت داریم:

- ۱- مبیع، تجزیه پذیر است؛ که در این فرض، مشکل خاصی نداریم؛ م. ۳۸۴ ق. ۴.
- ۲- مبیع، تجزیه پذیر نیست و به عنوان عین فاری فروخته می شود، بدون تعیین مقدار جزئی از مبیع به عنوان جزئی از ثمن (یعنی بدون اینکه گفته شود، از قرار، هرکیلو X تومان، یا هر متر X تومان...)؛ م. ۳۵۵ ق. ۴.
- ۳- مبیع، تجزیه پذیر نیست و به عنوان عین فاری فروخته می شود، با تعیین مقدار جزئی از مبیع به عنوان جزئی از ثمن (یعنی گفته شود از قرار، هرکیلو X تومان، یا هر متر X تومان...)؛ م. ۱۴۹ ق. ۴.

تکدر جدول فوق به زبان استاد کاتوزیان:

نتیجه: اقسام شرط مقدار [در مورد معامله]

- ۱- [شرط مقدار]، وصف مورد معامله است و تخلف از آن سبب می شود که مشروطه خیار فسخ پیدا کند (ماده ۳۵۵ ق. ۴).
 - ۲- [شرط مقدار]، موضوع مبادله است و نمایندۀ میزان تعهد به عوض (ماده ۱۴۹ ق. ۴).
 - ۳- [شرط مقدار]، هر دو چهره را دارد: به اعتباری عنوان موضوع معامله و به اعتبار دیگر وصف پیوستگی آن (ماده ۳۸۴ ق. ۴).
- اسقاط شرط صفت:**

[از نظر استاد، اسقاط شرط صفت، چه در عین معین و چه در عین کلی، با اسقاط حق فسخ ناشی از آن، ممکن است - توضیح:]

- ۱- در موردی که شرط صفت مربوط به عین کلی است در امکان اسقاط آن تردیدی وجود ندارد.
 - ۲- در موردی که شرط صفت در عین معین شده است، ۲ فرض باید تفکیک شود:
 - ۱-۲- صفت مشروط در لحظه تراضی موجود است؛ که در این فرض بحث خاصی پیش نمی آید.
 - ۲-۲- صفت مشروط در لحظه تراضی موجود نیست؛ که در این فرض بلافاصله پس از انعقاد عقد، برای مشروطه حق فسخ ایجاد می شود؛ از لحاظ عملی و در دید عرف، در این حالت، امکان اسقاط اثر شرط (حق فسخ) در حکم اسقاط خود آن است و شاید به همین دلیل بند ۲ از ماده ۴۴۴ ق. ۴ در مقام بیان نیز به شرط صفت اشاره نکرده و تنها درباره شرط نتیجه اعلام می کند که «قابل اسقاط نیست».
- * در مورد شرط نتیجه، اثر شرط را نیز نمی توان حذف کرد. زیرا، عمل حقوقی مشروط با عقد به وقوع می پیوندد و فرصتی برای اسقاط باقی نمی ماند. ولی، در شرط صفت، که حق فسخ بایستی بعد از وقوع قرارداد اعمال شود و در واقع حق اجرای «فعل» است، اسقاط شرط با گذشتن از اثر آن امکان دارد.

* [در بحث] شرط فعل: [درباره ضمانت اجرای التزام به وفای به شرط، چند نظر وجود دارد؛ آنچه از نظر استاد کاتوزیان مطابق با قانون مدنی است این است که بگوییم:]

خیار فسخ برای جبران ضرر ناشی از فقدان شرط است و هنگامی به وجود می آید که از اجبار متعهد به شرط نتوان نتیجه گرفت. زیرا، اگر اجبار به وفای شرط ممکن باشد، از التزام به عقد ضرری به بار نمی آید که مبنای حق فسخ قرار گیرد. [بر این اساس و مطابق با قانون مدنی، باید گفت:]

الف. در مواردی که کار مشروط تنها جنبه مالی دارد و لازم نیست که به وسیله شخص متعهد انجام شود مانند انتقال ملک، تسلیم مالی که مأمور بدان دسترسی دارد (مواد ۴۲ و ۴۳ قانون اجرای احکام) و ساختن بناهای معمولی، اجرای دادگاه به هزینه محکوم علیه وسیله انجام شرط را فراهم می آورد.

ب. در موردی که شخصیت ملتزم در انجام دادن کار مؤثر است: یعنی، برحسب طبیعت کار یا مقصود طرفین در قرارداد، تنها شخص او می تواند فعل مشروط را بجا آورد: مانند اینکه نوشتن کتیبه بر خوش نویس ماهری شرط شود، یا خودداری از کاری شرط شده باشد، یا ملتزم باید مالی را تسلیم کند که پنهان و در اختیار اوست و مأمور اجرا بدان دسترسی ندارد.

در این گونه موارد، چون انجام دادن شرط با هیچ هزینه ای به وسیله دیگران امکان ندارد و محکوم علیه را نمی توان با زور و اجبار بدنی وادار کرد، تنها راه معقول استفاده از نظریه اجبار مالی است.

مفاد ماده ۴۷ قانون اجرای احکام همچنان باقی است و از ملاک آن می توان برای اجبار متعهد به ایفاء التزامی که موضوع حکم قرار می گیرد، استفاده کرد.

تمیز این که آیا اجرای شرط به وسیله دیگران ممکن است یا تنها شخص ملتزم باید آن را بجا آورد، بر مبنای مفاد قرارداد و طبیعت فعل مشروط، با دادگاه است. ولی، **از نظریه اجبار مالی نمی توان برای مطالبه پول استفاده کرد.** زیرا قانون گذار اجرای تعهدی را که موضوع آن پول است تابع قواعد ویژه ای ساخته و خسارت تأخیر تأدیه را وسیله اجبار مدیون قرار داده است. فسخ معامله مشروط، آخرین سلاخی است که برای جبران ضرر ناشی از تعذر شرط به کار می رود و حکمی است ثانوی که در اجرای آن نباید افراط کرد. ماده ۲۳۹ ق.م. در این باره می گوید: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت» و همین حق است که قانون مدنی آن را «خیار تخلف شرط» نامیده است (ماده ۴۴۴).

ناتوانی مشروط علیه در اجرای شرط را خواه در اثر اعسار باشد یا ورشکستگی، باید در شمار موجبات فسخ آورد: قانون مدنی خیار تفلیس را در عقد بیع پیش بینی کرده است (م. ۲۸۰) ولی می توان از مبنای آن در سایر عقد معوض استفاده کرد و برای مثال ناتوانی مستأجر در پرداخت اجاره را از موجبات فسخ شمرد.

* **استثنا:** م. ۴۹۶ ق.م. که مقرر می دارد: «... نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است، خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد.»، استثنا و در واقع مخصصی بر قواعد عمومی محسوب می شود؛ شگفت این است که در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲ نیز دانسته یا به تقلید از ماده ۴۹۶ ق.م. همان استثنا رعایت شده است. در بند «د» از ماده ۸ قانون، که موارد امکان فسخ اجاره از سوی موجر را بیان می کند، می خوانیم: «در صورتی که مستأجر با تعهد به پرداخت اجاره در مهلت مقرر از آن شرط تخلف نماید».

* مفاد ماده ۲۴۲ ق.م. که اعلام می کند:

«هرگاه در عقد شرط شده باشد که مشروط علیه مال معین را رهن دهد و آن مال تلف یا معیوب شود، مشروطه اختیار فسخ معامله را خواهد داشت نه حق مطالبه عوض رهن یا ارزش عیب و اگر بعد از آن که مال را مشروطه به رهن گرفت آن مال تلف یا معیوب شود دیگر اختیار فسخ ندارد.»

با حکم مندرج در ماده ۷۹۱ ق.م. که مقرر می دارد:

«اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود (رهن یا شفص دیگری تلف شود، باید تلف کننده بدل آن را بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود»

تعارض ندارد. زیرا، در فرض ماده ۲۴۲ مال تلف شده آزاد است و باید در نتیجه اجرای شرط به رهن داده شود، در حالی که ماده ۷۹۱ به مالی نظر دارد که هنگام تلف وثیقه است.

* در مورد شرط دادن ضامن، در صورتی که مدیون از اجرای آن خودداری کند، دادرس باید به درخواست مشروطه بکوشد تا به هزینه او رضای اشخاص معتبر را برای ضامن شدن از مدیون تحصیل کند. ولی، اگر کسی حاضر به این ضمانت نشود یا مدیون توان پرداخت هزینه آن را نداشته باشد، مشروطه می تواند عقد اصلی را فسخ کند. ماده ۲۴۳ ق.م. به اجمال می گوید: «هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام نگیرد، مشروطه حق فسخ معامله را خواهد داشت». در این ماده [بر مبنای غلبه] به لزوم درخواست اجبار ملتزم به شرط اشاره نشده است.

برای جمع مواد ۲۴۲ و ۲۴۳ ق.م. با قواعد عمومی (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹) می توان گفت، قانون گذار در مورد تعهد به دادن رهن و ضمان بر مبنای غلبه، چنین فرض کرده است که نه اجبار ملتزم به شرط امکان دارد نه با هزینه او می توان موجبات فعل مشروط را فراهم آورد. ولی، هرگاه در مورد خاصی ثابت شود که این اجبار امکان داشته است (مانند رهن دادن عین معین)، مشروطه حق فسخ عقد را ندارد.

اگر شرط به نفع شخص ثالث باشد (مانند اینکه در عقد بیع شرط شود که خریدار اموال بیگانه‌ای را به رایگان اداره کند)، آیا طرف قرارداد می‌تواند اجبار او را بخواهد یا به استناد تخلف از شرط و عدم امکان اجبار ملتزم عقد را فسخ کند؟ و آیا شخص ثالث نیز از همین حق برخوردار است یا به دلیل بیگانه بودن در قرارداد تنها از آن سود می‌برد، بدون این که حق در اجبار ملتزم یا فسخ عقد پیدا کند؟

۱) در رابطه بین دوطرف عقد، هرچند مفاد شرط به سود شخص ثالث باشد، بیگمان مشروطه نیز نفعی در اجرای شرط دارد. پس، در این فرض نیز حق دارد اجبار ملتزم را از دادگاه بخواهد و، در صورت نومید شدن از این اقدام، عقد را فسخ کند. زیرا طرف قرارداد او است و نفعی که به تبع تراضی او با ملتزم به شخص ثالث می‌رسد این عنوان را از او نمی‌گیرد.

۲) در رابطه ملتزم به شرط و شخص ثالث مشروطه حق را که به سود دیگران ایجاد شده نمی‌تواند اسقاط کند؛ بیگانه در این فرض حق قابل احترام و مستقل دارد و می‌تواند آن را مطالبه نماید.

زیرا، گذشته از این که ایجاد حق مطالبه برای شخص ثالث لازمه امکان شرط به سود او است، در بیمه عمر حقی که برای ذی نفع ایجاد می‌شود بیگمان قابل مطالبه از بیمه‌گر است. ولی، از آنجا که شخص ثالث در قرارداد نقشی ندارد و تنها از آن سود می‌برد، در صورت تعذر اجبار ملتزم حق فسخ قرارداد را ندارد.

[یعنی؛ شخص ثالث حق اجبار مشروط علیه را دارد اما در صورت تعذر، حق فسخ عقد را ندارد؛

در حالی که مشروطه حق اجبار مشروط علیه و در صورت تعذر، حق فسخ عقد را دارد.]

* تعذر انجام شرط

ماده ۲۴۰ ق.م.ا اعلام می‌کند: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروطه باشد».

خیاری که در این ماده پیش‌بینی شده و گاه «خيار تعذر شرط» نامیده می‌شود و با «خيار تخلف شرط» بسیار نزدیک و از اقسام آن است، با این تفاوت که در ماده ۲۴۰ تنها به طبیعت شرط، قطع نظر از ناتوانی یا خودداری ملتزم به آن، توجه شده است، در حالی که «خيار تخلف شرط» به هر دو چهره انجام ندادن شرط توجه دارد.

ماده فوق تعذر شرط را در ۲ فرض پیش‌بینی کرده است:

۱- اجرای شرط در زمان تراضی ممتنع است: در این فرض، اگر طرفین، آگاه به عدم امکان اجرای شرط باشند و با وجود این مفاد کار ناشدنی را در عقد شرط کنند، باید گفت اراده جلدی در این تراضی نداشته‌اند. پس، شرط باطل است و از این راه به صحت و لزوم عقد نیز صدمه‌ای نمی‌زند و مشروطه نمی‌تواند بر مبنای بطلان شرط قرارداد اصلی را فسخ کند.

برای مثال، هرگاه حیوانی که بایستی به طرف قرارداد تسلیم شود در اثر بی‌مبالاتی خود او از بین رفته باشد، اجرای شرط در زمان قرارداد ممتنع بوده است، ولی مشروطه به این استناد حق فسخ ندارد.

۲- بعد از عقد انجام شرط ممتنع می‌شود: مشروطه حق فسخ عقد را دارد، مشروط بر این که خود باعث این امتناع نشده باشد. ولی حق ندارد با حفظ قرارداد از عوضی که به عهده دارد بکاهد. زیرا، شرط تعهد فرعی است که در برابر عوض قرار نمی‌گیرد، پس تفویت آن در معادله دو عوض اثر ندارد. این است که می‌گویند: تعذر شرط موجب تقسیط ثمن نمی‌شود و تنها حق فسخ ایجاد می‌کند.

* اسقاط شرط

شرط فعل را می‌توان اسقاط کرد: اگر شرط به سود هر دو طرف باشد، سقوط آن تنها به تراضی امکان دارد. ولی، هرگاه تنها به سود یکی از آن دو باشد «طرف معامله که شرط به نفع او شده می‌تواند از عمل به آن شرط صرف‌نظر کند، در این صورت مثل آن است که این شرط در معامله قید نشده باشد...» (ماده ۲۴۴ ق.م.ا).

اشکال در موردی است که شرط فعل به سود ثالث می‌شود و برای بیگانه‌ای حق به وجود می‌آورد. زیرا، از یک سو می‌توان گفت حقی که به سود بیگانه ایجاد شده است، جز با اراده خود او ساقط نمی‌شود و هیچ کس نمی‌تواند حق دیگری را از بین ببرد، هر چند که خود آن را ایجاد کرده باشد. از سوی دیگر، نباید انکار کرد که منشأ حق بیگانه قراردادی است که او در آن نقشی ندارد. دو طرف حاکم بر سرنوشت پیمان خویش هستند و مشروطه می‌تواند از حقی که به سود خود تحصیل کرده است بگذرد. نفعی که به بیگانه می‌رسد تابع حق مشروطه است و با سقوط آن از بین می‌رود. وانگهی، اگر پذیرفته شود که حق بیگانه زاده پیمانی است که دو طرف بسته‌اند، آن دو حاکم بر آفریده خود هستند و آن را چنان که می‌خواهند می‌آفرینند. فرض این است که دو طرف، شرط را تابع قواعد متعارف حاکم بر عقد ساخته‌اند. بر مبنای این قواعد، مشروطه می‌تواند از اجرای آن بگذرد. پس باید گفت «حق» از آغاز به گونه‌ای متزلزل و قابل اسقاط آفریده شده است.

[پاورقی:] بین امکان مطالبه حق از طرف شخص ثالث و قابل اسقاط نبودن آن هیچ ملازمه‌ای وجود ندارد. زیرا حق تا زمانی که باقی است آثار ویژه خود را دارد و قابل مطالبه است، ولی امکان اسقاط آن به دلیل تابعیت از عقد مسأله دیگری است که باید بر طبق اصول کلی مورد مطالعه واقع شود.

این اشکال را فقیهان نیز دریافته بودند و بر سر آن نزاع می‌کردند. حقوق کنونی نیز راه حل صریحی برای آن ارائه نکرده است. هر دو سوی استدلال قوی و عدم امکان اسقاط قوی‌تر است؛ منتها راه حل اخیر [=امکان اسقاط] از لحاظ عملی مفید و با پاره‌ای قوانین سازگارتر است: مفید است زیرا به مشروطه امکان می‌دهد که شرط را به سود خود برگرداند یا ساقط کند، و این اختیار در توجیه بیمه عمر که مورد نیاز کنونی است به کار می‌رود و با پاره‌ای قوانین سازگارتر است. زیرا قطع نظر از اطلاق ماده ۲۴۴ ق.م.، مواد ۲۵ و ۲۶ قانون بیمه ۱۳۱۶ به بیمه‌گذار حق داده است که ذی‌نفع در سند بیمه عمر خود را تغییر دهد یا بیمه‌نامه را به دیگری منتقل کند و این به معنی اسقاط حقی است که ذی‌نفع پیش‌بینی شده در بیمه عمر پیدا کرده است. پس دست‌کم باید آن را [=امکان اسقاط را] گاه به طور استثنایی پذیرفت.

[سرانجام معلوم نشد که استاد کاتوزیان چه پاسخ قاطع و روشنی برای این سؤال دارد که آیا مشروطه می‌تواند از شرطی که به سود ثالث شده است، بگذرد یا نه؟ در این فصوص به رویه آزمون‌های سراسری توفه گردد.]

این نکته را باید افزود که بر فرض مشروطه در اسقاط شرطی که به سود بیگانه شده آزاد باشد در تغییر ذی‌نفع یا تصاحب آن به سود خود اختیار کامل ندارد؛ زیرا این اقدام نوعی تغییر در قرارداد است و جز با رضای طرف دیگر عقد امکان ندارد. برای مثال در هبه یا صلحی که بر مذهب یا متصالح شرط شده است که نفقه شخص معینی را بپردازد، واهب یا مصالح نمی‌تواند از ملتزم بخواهد که نفقه را به او یا شخص دیگر بپردازد، مگر اینکه در این باره تراضی شود یا معلوم باشد (شرط صحیح یا ضمنی) که بنای طرفین بر وجود این اختیار است.

[در بحث شرط نتیجه به سود شخص ثالث:]

آنچه ممکن است با دشواری روبرو شود اجرای شرط به نفع ثالث است: آیا نتیجه مطلوب به سود بیگانه‌ای که در عقد شرکت نداشته است، بدون رضای او ایجاد می‌شود و بعد از عقد باید او را مالک یا وکیل یا همسر شمرد، یا تحقق نتیجه موکول به رضای اوست و اثر عقد درباره او همچون ایجابی است که با قبول شخص ثالث به نتیجه می‌رسد؟

پاسخ اخیر با اصل نسبی بودن قرارداد سازگارتر است، منتها با این اشکال روبرو است که در فاصله میان عقد و قبول شخص ثالث، که احتمال دارد مدتی به درازا کشد، نتیجه مطلوب موقوف می‌ماند و پس از قبول تحقق می‌یابد، در حالی که طرفین خواسته‌اند تا نتیجه بی‌درنگ حاصل شود و در دارائی آنها باقی نماند. پس برای جمع میان حاکمیت اراده دوطرف عقد و آزادی شخص ثالث، باید پذیرفت که در مورد تعهد به سود ثالث حق بی‌درنگ ایجاد می‌شود و ثالث می‌تواند نتیجه موجود را رد کند و اجرای شرط را بی‌اثر سازد:

[پاورقی، مهم:] نکاح را باید از این حکم استثناء کرد. از روح ماده ۱۰۶۸ که تعلیق در نکاح را باطل می‌داند و م. ۱۰۶۹ یک شرطی

خیار فسخ را نیز جایز نمی‌شمارد، چنین برمی‌آید که زواج را نمی‌توان مراعی و متزلزل کرد. پس در موردی که نکاح یکی از

دوطرف قرارداد با شخص ثالث به طور نتیجه شرط می‌شود، حداکثر این است که نتیجه در حکم پیشنهاد به او باشد و با قبول شخص ثالث، نکاح واقع شود. این فرض را نباید با شرط نکاح بین دوطرف قرارداد قیاس کرد. زیرا در آن صورت نتیجه مطلوب با تراضی زن و شوهر واقع می‌شود و به هیچ مشکلی بر نمی‌خورد. [یعنی نکاح یک عقد رضایی است].

بدین ترتیب شرط به نفع شخص ثالث در چارچوب قواعد عمومی قراردادها قابل توجیه نیست؛ نهادهای استثنایی که باید احکام آن را بر مبنای اصول کلی حقوقی و نیازهای جامعه استخراج کرد. به همین جهت نباید آن را به تملیک و نکاح وکالت سرایت داد.

*** بطلان شرطی که تحقق آن نیاز به سبب خاص دارد:**

در جایی که تحقق نتیجه نیاز به سبب خاص دارد (مانند «انتقال ملک ثبت شده» یا «طلاق» در قالب شرط نتیجه) اجرای شرط با مانع حقوقی روبه‌رو می‌شود و در حکم شرط نامشروع است. در این گونه موارد، از آنجا که اجرای شرط نتیجه را نمی‌توان درخواست کرد، ناچار باید گفت شرط باطل است (مگر اینکه دو طرف به لزوم انجام تشریفات آگاه باشند و چنین تعبیر شود که شوهر به طور ضمنی تعهد به طلاق دادن زن خود کرده است، که در این صورت، تعهد با نظم عمومی مخالف است).

مثال دیگر: در سند عادی وکالت‌نامه شرط می‌شود که ملک ثبت شده موکل متعلق به وکیل باشد. این انتقال نیز با سند عادی انجام نمی‌پذیرد (ماده ۲۲ ق.ث.). زیرا این انتقال موکول به تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر املاک است. پس، اگر بتوان تعهد ضمنی به انتقال در دفتر رسمی را از آن استنباط کرد، به استناد این تعهد ضمنی باید اجبار موکل را از دادگاه خواست، وگرنه شرط نتیجه باطل و بی‌اثر است.

*** فسخ معامله مشروط [به شرط نتیجه]:**

فسخ معامله مشروط زمانی مورد، پیدا می‌کند که تحقق نتیجه مطلوب به مانع حقوقی برخورد کند و ممتنع شود. این فرض را باید تابع موردی دانست که شرط نامشروع و باطل است. پس، اگر کسی که شرط به نفع او شده است آگاه از بطلان آن نباشد، حق دارد عقد را فسخ کند.

*** عدم امکان اسقاط شرط [نتیجه]:**

دیدیم که در پایان ماده ۲۴۴ ق.م. آمده است که «شرط نتیجه قابل اسقاط نیست». دلیل حکم قانون این است که با وقوع عقد، یا نتیجه مورد نظر حاصل می‌شود و موضوعی برای اسقاط باقی نمی‌ماند، یا از آغاز، شرط، نامشروع است و در حکم معدوم و قابلیت آن را ندارد که موضوع تصرف قرار گیرد. با وجود این، حق فسخی که به سبب بطلان شرط نتیجه به وجود می‌آید همیشه قابل اسقاط است و به هر فعل یا لفظی که دلالت بر آن کند حاصل می‌شود (ماده ۲۴۵ ق.م.).

این نکته را نیز باید افزود که هرگاه معامله اصلی اقاله یا فسخ شود، شرط نتیجه نیز به دنبال آن منحل می‌گردد: برای مثال فرض کنیم ضمن قرارداد بیع، شرط شود که خریدار وکیل فروشنده باشد. با انعقاد بیع، وکالت نیز خودبه‌خود واقع می‌شود، ولی هرگاه بیع اقاله شود، وکالت نیز منفسخ خواهد شد. البته اگر به استناد وکالت در فاصله عقد و اقاله، معامله‌ای انجام شده باشد، باید آن را نافذ شناخت، زیرا هنگام معامله نیابت موجود بوده است. مقصود از کلمه «بطلان» در ماده ۲۴۶ ق.م. انفساخ شرط است و هیچ‌گاه اقاله یا فسخ معامله شرط را از آغاز باطل نمی‌کند (ملاک ماده ۷۳۳ ق.م.).

در موردی که خریدار یا نماینده او [طبق قرارداد] از حق تصرف حقوقی در مبیع می‌گذرد، در اثر تراضی اختیار او ساقط می‌شود. به بیان دیگر، ملکیت ناقص به او انتقال می‌یابد. در نتیجه، اگر مبیع را انتقال دهد باطل است [نه غیرنافذ]؛ زیرا بنا به فرض حق انتقال ندارد. آنچه اختیار مالک را سلب می‌کند از قبیل «شرط نتیجه» است، چراکه نتیجه مورد نظر (اسقاط حق انتقال) با تراضی و همراه با اصل معامله تحقق می‌یابد و اجرای آن نیاز به انجام دادن فعل خارجی ندارد. برعکس، در جایی که خریدار تعهد می‌کند تا اختیار خویش را به کار نبرد و از انتقال بپرهیزد، مفاد تراضی «شرط فعل» است، چون تحقق نتیجه مورد نظر با عدم انجام فعل خارجی (عدم انتقال) صورت می‌پذیرد. انتقال مبیع نیز [در این فرض] باطل نیست و فروشنده می‌تواند معامله اصلی [= اولیه] را به دلیل تخلف از شرط فعل و عدم امکان الزام خریدار فسخ کند.

لزوم عقد، قاعده‌ای است شکننده و انعطاف‌پذیر که تنها به عنوان اصل پذیرفته می‌شود (اصالة‌اللزوم): یعنی هر عقد لازم است، مگر اینکه جواز عقد به طور کلی یا امکان فسخ آن در موارد خاص اجرا شود.

برعکس، التزام به مفاد عقد قاعده‌ای است عام که در عقد لازم و جایز و خیار و نیز وجود دارد:

از نمونه‌های جالبی که التزام به مفاد عقد جایز را نشان می‌دهد، وضع حقوقی شرط ضمن آن است. دیدیم که شرط ضمن عقد جایز نیز تا زمانی که برهم نخورده است، الزام‌آور است؛ التزام به چنین شرطی از کجا ناشی می‌شود؟ آیا جز این است که عقد جایز نیز در حدود مفاد خود ایجاد التزام می‌کند؟

بنابراین، مقصود از نیروی الزام‌آور عقد، به معنی خاص خود بیان همین «التزام به مفاد عقد» است، هرچند که در عرف خردمندان (بنای عقلا) شامل لزوم قرارداد نیز می‌شود.

* مبنای التزام

نیروی الزام‌آور عقد از چه منبعی سرچشمه می‌گیرد؟

قرارداد وسیله توزیع ثروت و مبادله خدمات و کالاها است. پس، باید کارگزار و محترم باشد و دو طرف آن به سرنوشت دادوستد خود و اجرای کامل خواسته‌هایشان اعتماد پیدا کنند. نیروی الزام‌آور پیمان‌های خصوصی نه از قدرت اراده سرچشمه می‌گیرد نه از تکلیف اخلاقی؛ ضرورت‌های اجتماعی و نیاز سوداگران به وسیله‌ای که بتواند حاکم بر روابط بازرگانی باشد پشتوانه نفوذ عقد است. به همین جهت، قوانین، این نهاد ارادی را در استخدام مصالح اجتماعی قرار داده است و از اجرای پیمان‌های خلاف نظم عمومی جلوگیری می‌کند، چندان‌که می‌توان گفت توافق، شرط اجرای قانون است.

برای نتیجه‌گیری از این بحث، باید پذیرفت که در حقوق کنونی اراده خلاق منبع مستقل الزام‌های اجتماعی نیست و قانون و عرف آخرین سخن را می‌گوید. از سوی دیگر، منابع اجتماعی نیز ریشه‌های اخلاقی و سنتی فراوان است. در حقوق ما قوانین بخش قراردادهای را به توافق خصوصی سپرده است و اصل حکومت اراده را به عنوان وسیله مفید اجتماعی می‌پذیرد. ولی، دولت به نظارت و هدایت قراردادهای می‌پردازد و هر جا که اصل را با مصلحت اجتماعی سازگار نیابد در تجاوز به آن تردید نمی‌کند. به عنوان نمونه: ماده ۲۱۹ و ۹۷۵ ق.م.پس گراف نیست که گفته شود، قراردادی الزام‌آور است که از دیدگاه حقوق «مشروع» باشد یا، به بیان دیگر، الزام ناشی از عقد چهره‌ای از الزام اجتماعی است.

نیروی الزام‌آور عقد در حقوق کنونی بدون آسیب باقی نمانده است و جاذبه پیشین و سنتی را ندارد. نظریه پردازان و گاه قوانین و دادگاه‌ها سعی می‌کنند تا از انصاف و عدالت حدود تازه‌ای برای نفوذ عقد ایجاد کنند. منتها، برای اینکه نفوذ قرارداد به صراحت انکار نشود، حمله‌ها بیشتر متوجه به مفاد عقد است تا به اصل اطاعت از آن:

۱- نظریه حادّه پیش‌بینی نشده.

۲- لازمه احترام به نیروی الزام‌آور عقد این است که تغییر قوانین نتواند در حقوق و تکالیف ناشی از آن اثر کند. ولی، گاه قوانین به این قاعده تجاوز می‌کنند و هر جا که مصلحت ایجاب کند بر قراردادهای پیش از خود چیره می‌شوند.

۳- در مقام تفسیر قرارداد نیز رعایت انصاف و حسن نیت جای شایسته‌ای دارد هرچند که زیر سرپوش «اراده مشترک» قرار گیرد.

* وسایل تضمین نیروی الزام‌آور عقد در قوانین

در قوانین به ۳ طریق از عهدشکنی جلوگیری شده است. این موارد که در واقع نیروی الزام‌آور عقد را تضمین می‌کند، عبارتند از:

۱- الزام مدیون و اجرای قهری قرارداد ۲- جبران خسارت ناشی از عهدشکنی ۳- حق حبس در قراردادهای

[پیرامون مورد سوم: حق حبس:]

سنت فقیهان ما، که قواعد عمومی قرارداد را در باب مکاسب و عقد بیع بیان می‌کردند، از نظر تاریخی می‌تواند شیوه نویسندگان قانون مدنی [که حق حبس را فقط در بیع ذکر کرده‌اند] را توجیه کند، وگرنه، از دیدگاه منطقی، عقد بیع هیچ خصوصیتی در این زمینه ندارد تا حق حبس ویژه آن باشد.

آیا ماده ۲۱۹ ق.م. دلالت بر لزوم قراردادها دارد یا تنها ناظر به رعایت مفاد عقد است، خواه لازم باشد یا جایز؟ [نظر استاد کاتوزیان: دلالت بر لزوم قراردادها دارد - توضیح:]

طرح سؤال را نباید بدعتی شگفت‌آور و بیهوده شمرد. از دیرباز فقیهان نیز با آن رویرو بوده‌اند و هنوز هم به طور قاطع به آن پاسخ نگفته‌اند که آیا امر وفای به عقود (اوفوا بالعقود) به معنی رعایت مقتضا و اجرای مفاد آن است، خواه جایز باشد یا لازم، یا از این حکم لزوم عقد نیز استفاده می‌شود؟

از ماده ۲۱۹ ق.م. اصل لزوم قراردادها استنباط می‌شود: زیرا:

۱- بخش دوم ماده، که در مقام بیان استثناء اعلام می‌کند: «مگر این‌که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود»، نشان می‌دهد که در بخش نخست از لزوم عقد سخن گفته شده است و واژه «لازم‌الاتباع» نیز این قرینه را تأیید می‌کند.

۲- چنان‌که اشاره شد، نخستین مفهوم امر به وفای عقد این است که مفاد آن رعایت شود، خواه تملیک باشد یا ایجاد تعهد یا دادن اذن. ولی، در درون این تکلیف احتراز از پیمان‌شکنی نیز به چشم می‌خورد. لازمه وفای به عهد این است که اگر متعهد از اجرای آن خودداری کند، طرف دیگر بتواند اجبار او را از دادگاه بخواهد. این نتیجه، در صورتی به دست می‌آید که عقد لازم باشد و متعهد نتواند با فسخ عقد مبنای التزام خود را واژگون سازد. [پاورقی:] به بیان دیگر، اگر اجرای مفاد عقد، «مدلول مطابقی» امر قانون‌گذار است، لزوم عقد نیز «مدلول تضمینی» است.

۳- بنای خردمندان:

این بنای عقلی چندان قوی و شایع است که باید آن را عرف مسلم معامله به شمار آورد. بنابراین دو طرف قرارداد، نه تنها درباره اجرای مفاد آن به صراحت تراضی می‌کنند، به طور ضمنی نیز ملتزم به حفظ پیمان می‌شوند. التزام به عقد از لوازم عرفی تراضی است. در نتیجه باید گفت امر به وفای عقد به طور غیرمستقیم ناظر به تکلیف نگاهداری آن نیز هست. [پاورقی:] یعنی لزوم عقد، مدلول التزامی حکم قانون‌گذار است.

۴- اصل استصحاب: از آنجا که آثار عقد، همراه با انعقاد آن پیگمان به وجود می‌آید و تردید در این است که آیا اراده متعهد توان از بین بردن آن آثار را دارد، باید بقای آثار ایجادشده را استصحاب کرد (ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م.). نتیجه استصحاب یادشده اعتقاد به اصل لزوم قرارداد است که باید، تا احراز دلیلی که بتواند مبنای خیار فسخ قرار گیرد، محترم باشد.

* اقاله

قانون مدنی «اقاله» را در زمره اسباب سقوط تعهدات آورده است. این شیوه تدوین نادرست نیست. زیرا اقاله سبب سقوط تعهد نیز می‌شود. ولی، از لحاظ علمی بهتر است که در شمار اسباب انحلال قرارداد بیاید. زیرا، اقاله باعث برهم خوردن عقد می‌شود و تعهد به تابعیت از آن ساقط می‌شود، به اضافه، اقاله تنها در اسقاط تعهد ناشی از عقود به کار می‌آید. از بین بردن تعهدی که به حکم قانون و به طور قهری ایجاد شده است، به تراضی نیاز ندارد و با ابراء از بین می‌رود و گاه نیز، به دلیل ارتباط با نظم عمومی، قابل اسقاط نیست. م. ۲۸۳ ق.م. آنچه را گفته شد تأیید می‌کند.

* دو نکته پیرامون اقاله:

الف) از آنجا که اقاله، تراضی دوباره دو طرف عقد بر انحلال آن است، در واقع استثناء بر اصل لزوم قرارداد به شمار نمی‌آید.
ب) اقاله در صورتی مؤثر است که به حقوق اشخاص ثالث صدمه نزند، مگر اینکه از قانون خلاف آن استنباط شود. برای مثال، ضامن و طلبکار نمی‌توانند به تراضی ضامن را اقاله کنند و دین را دوباره بر ذمه مدیون نهند. به طریق اولی، در فرضی که اقاله به زیان عموم است و با نظم عمومی برخورد دارد، امکان ندارد چنان‌که عقد وقف را نمی‌توان اقاله کرد و عین حبس شده را به ملکیت واقف درآورد یا نکاح را به تراضی منحل کرد.

در بحث خیارات، اشاره به چند نکته ضروری است:

۱- خیار فسخ در زمره حقوق است؛ به میراث می‌رسد (مگر اینکه برای ثالث، شرط شده باشد) و قابل اسقاط است.

۲- هنگام معامله، و حتی پیش از ایجاد سبب خیار، «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان ضمن عقد شرط نمود» (ماده ۴۴۸ ق.م.ا.پس، وجود و بقای خیار به نظم عمومی ارتباط ندارد

۳- حق خیار امری است استثنایی و خلاف اصل. نمی‌توان ادعا کرد که چون خیار برای جلوگیری از ضرر است، در هر مورد که عقد ضرری ناروا به بار آورد، حق فسخ به وجود می‌آید.

* امکان اخذ ارش، ویژه عقد بیع نیست و می‌توان در تمام قراردادهای معوض از آن برای تعدیل قرارداد استفاده کرد. در توجیه این قاعده، برخی (موافق با نظر استاد کاتوزیان) گفته‌اند: ارش را غرامت کمبود ارزش مبیع و وسیله تکمیل آن شمرده‌اند و بین وصف صحت و سایر اوصاف مورد معامله تفاوتی نگذاشته‌اند. قانون مدنی نظر اخیر را پذیرفته است، زیرا اگر ارش بخشی از ثمن باشد که به گمان سلامت مبیع پرداخته شده است، خریدار باید بتواند عین آن بخش را بازستاند و بیع بایستی نسبت به آن بخش باطل باشد و خیار عیب از اقسام «خیار تبعض صفقه» به شمار آید.

از نظر تحلیلی نیز باید این نظر را تأیید کرد. زیرا، با اینکه تمام ثمن بر مبنای سالم بودن مبیع بر عهده گرفته شده است، در عالم انشاء و تراضی بخشی از آن را در برابر وصف سلامت ننهادند تا فقدان آن وصف بتواند مبنای بازستاندن آن شود. ولی، آنچه انکارناپذیر به نظر نمی‌رسد [یا می‌رسد؟] این است که «سلامت مبیع» انگیزه تعیین میزان زیاده‌تر ثمن بوده است. پس، اگر این وصف مورد تراضی در کالا نباشد عدالت ایجاب می‌کند که غرامت ناشی از تخلف جبران شود و «ارش» وسیله این جبران است و باید آن را در شمار قواعد عمومی آورد.

* «قدرت بر تسلیم» یکی از شرایط درستی معامله است، لیکن امکان دارد ناتوانی در تسلیم عارضی باشد، یعنی پس از عقد به وجود آید. این ناتوانی، عقدی را که واقع شده است باطل نمی‌کند، ولی به خریدار حق فسخ معامله رامی‌دهد. [پاورقی:] قانون مدنی در مورد تلف عین معین [قبل از تسلیم]، این نتیجه را نپذیرفته و حکم به انفساخ بیع داده است، نه بطلان؛ زیرا تملیک در اثر عقد واقع می‌شود... ولی در مورد عین کلی، حکم خاصی ندارد و چون قبل از تسلیم، تملیک واقع نمی‌شود، احتمال بطلان قوی‌تر است. «خیار تعذر تسلیم»، هرچند در اصطلاح ویژه تسلیم عین معین یا عقد بیع باشد، ملاک آن در هر جا که وفای به عهد ممتنع شود، خواه در عقد بیع باشد یا سایر قراردادهای معوض و خواه تعذر مربوط به تسلیم عین معین باشد یا دادن عین کلی و انجام دادن کار، وجود دارد و مفاد آن باید رعایت شود.

بنابراین، در هر مورد که اجرای مفاد عقد نسبت به یکی از دو عوض ممکن نباشد و عقد را نتوان بر آن مبنا باطل شناخت، طرف قرارداد حق فسخ آن را پیدا می‌کند؛ خواه دلیل عدم امکان قوه قاهره باشد یا امتناع و تقصیر یا ناتوانی طرف قرارداد، مشروط بر این که آگاهانه خود را در آن وضع قرار نداده باشد و عدم امکان اجرا را به تقصیر او نتوان مستند کرد.

این قاعده در پاره‌ای از موارد با ویژگی‌ها و احکام خاصی روبرو است که باید مورد توجه باشد: چنان‌که تلف مبیع پیش از قبض (ماده ۳۸۷ ق.م.) و تلف مورد اجاره در خلال مدت (ماده ۴۹۶ ق.م.) و عیب رفع ناشدنی عین مستأجره (ماده ۴۸۱ ق.م.) از جمله آن‌ها است. این موارد، در واقع از فروع بطلان و انفساخ قرارداد است و زیر عنوان «خیار تعذر تسلیم» به معنی عام و پیشنهادشده خود در نمی‌آید.

ملاک ماده ۲۳۹ ق.م.ا.پس به خوبی نشان می‌دهد که قاعده این است: طلبکار باید برای اجبار طرف قرارداد اقامه دعوا کند و تنها در صورتی می‌تواند آن را بر هم زند که این اجبار ممکن نباشد و دیگری نیز نتواند به هزینه متعهد آن را اجرا کند. در این مورد نیز اثر فسخ نسبت به آینده است و عقد را از آغاز ابطال نمی‌کند. بدین ترتیب، شرط ضمنی مربوط به وفای به عهد (فعل) منسوب به طرفین، بر فرض که پذیرفته شود، امکان فسخ عقد را توجیه نمی‌کند، زیرا هرچه باشد قوی‌تر از شرط صریح نیست که در قانون ضمانت اجرای نخستین آن اجبار ملتزم است نه فسخ قرارداد.

از پیوند میان تعهدهای متقابل نیز جز این نتیجه نمی‌شود که از بین رفتن موضوع یکی از دو تعهد دیگری را نیز از قید التزام رها سازد و تعذر اجرای عقد به او حق فسخ دهد. امکان فسخ عقد در صورت تخلف، قاعده‌ای است که بایستی بر مبنای دیگر

استوار شود. ضمانت اجرای طبیعی تخلف از وفای به عهد الزام متخلف است نه فسخ عقد، چنانکه در ماده ۳۷۶ ق.م. می خوانیم: «در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ممتنع اجبار به تسلیم می شود» و، حتی برای خروج از بن بست مربوط به اجرای حق حبس از سوی هر دو طرف، رویه قضایی و نویسندگان اجبار آنان و مبادله دو عوض در مقام اجرای حکم را پیشنهاد کرده اند و هیچ کس سخنی از امکان فسخ عقد نمی گوید. پس نظر اخیر را به عنوان قاعده باید تأیید کرد و تخلف از اجرای عقد را مجوز فسخ آن از طرف مخالف نشمرد.

* موارد انحراف از قاعده بی اثر بودن تخلف از شرایط عقد در لزوم آن:

(۱) خیار تأخیر ثمن

(۲) تخلف از شرایط در عقد اجاره (م ۴۹۶ ق.م.):

قانون مدنی در بخش دوم ماده ۴۹۶ اعلام می کند: «... نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است، خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد». پس در ظاهر می توان نتیجه گرفت، وقتی تخلف از شرط باعث ایجاد حق فسخ شود، به طریق اولی تخلف از انجام تعهدهای اصلی، مانند نپرداختن اجاره بها نیز این حق را به طرف مقابل می دهد. با وجود این، نویسندگان قانون مدنی این نتیجه را نپذیرفته اند، [و واقعاً هم چنین نتیجه ای منطبق با قانون نیست].

بنابراین، حکم استثنایی ماده ۴۹۶ ق.م. در مورد تخلف از شروط اجازه را نمی توان از راه قیاس شامل تعهدهای اصلی موجر و مستأجر کرد و استقراء در موارد قانون مدنی به خوبی نشان می دهد که در اجاره نیز محدود بودن حق فسخ به «تعذر در اجرای تعهد» به عنوان مبنا حفظ شده است. چنانکه م. ۴۸۷ و ۴۹۲ ق.م.

حتی این فکر نیز معقول است که گفته شود: در ماده ۴۹۶ نیز خیار از تاریخ تخلف ثابت می گردد، ولی اعمال آن منوط به عدم امکان اجبار موجر یا مستأجر است. چنین تفسیری، هرچند مخالف با ظاهر ماده است، از دوگانگی نامعقول بین تعهدهای اصلی و شروط اجاره و دشواری های عملی تمیز این دو جلوگیری می کند. منتها، امکان پذیرش آن در رویه قضایی و ذهن حقوقدانان ما، که به متن و ظاهر ادبی قانون احترام فراوان می گذارند، ضعیف است.

* این نکته را باید افزود که آنچه درباره حق فسخ گفته شد، ویژه اجاره های مشمول قانون مدنی است؛ [نه قانون روابط موجر و مستأجر].

* یکی از نمونه های اجرای «عدالت» این است که قانون موارد همانند را برابر بداند. انحراف بدون دلیل از قاعده تجاوز به اصل برابری در مقابل قانون است و باید آن را استثنایی تلقی کرد. پس، هرگاه در این انحراف تردید باشد، باید قانون به گونه ای تفسیر شود که با قاعده همگام و همسو باشد. در حقوق ما، قاعده این است که تخلف از اجرای تعهد به لزوم عقد صدمه نزند و خیار فسخ به تعذر انجام تعهد اختصاص یابد؛ در نتیجه م. ۳۵۴ ق.م. نیز بنابه فرض از همین قاعده پیروی می کند و ویژه عین معین است.

* نتایج لزوم عقد

(۱) التزام به عقد

(۲) بقا حق یا دین ناشی از عقد، حتی با فوت یا حجر طرفین (چون حق و دین ناشی از عقد به دارایی طرفین پیوسته و از شخصیت آنان جدا شده است).

ماده ۹۵۴ ق.م. نیز که می گوید: «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می شود و همچنین به سغه در مواردی که رشد معتبر است» ناظر به عقود اذنی است، نه عقد جایز تملیکی.

چون حق و دین ناشی از عقد به دارایی دو طرف پیوسته و از شخصیت آنان جدا شده است، در اثر مرگ از بین نمی رود و به مالکان جدید دارایی یا وراثت می رسد.

تجاوز اثر عقد به دیگران محدود به ماده ۱۹۶ (تعهد به نفع شخص ثالث) نیست و عقود جمعی، و از پاره ای جهات، معامله فضولی، نیز زمینه این تجاوز را فراهم می آورد.

* شخص ثالث:

در بیان مفهوم «شخص ثالث» باید به تعریف منفی پرداخت و گفت: «کسی است که از دیدگاه حقوق یکی از دو طرف عقد یا قائم مقام او نیست».

نمی توان پذیرفت که عقد درباره دیگران مؤثر نیست. زیرا گاه وجود قرارداد و موقعیتی که در نتیجه آن به وجود آمده است باعث زوال یا ایجاد حق برای شخص ثالث می شود: برای مثال، شخصی اتومبیلی را از مالک آن می خرد سپس معلوم می شود که نماینده مالک اتومبیل را پیش از آن به دیگری فروخته بوده است. دو «یا» [در؟] قرارداد وکالت و بیع نخستین، با این که خریدار نسبت به هر دو شخص ثالث است، باعث می شود که معامله او باطل گردد و اتومبیل به خریدار نخستین داده شود. [پاورقی؟] برعکس، فروشنده کالا نمی تواند بر همه خریداران آینده آن شرطی را تحمیل کند. برای مثال، شرط مربوط به حائز قل بهای فروش تنها برای نخستین خریدار که با او طرف قرارداد است ایجاد الزام می کند و خریداران دست های بعد، پای بند به آن نیستند.

چگونه می توان ادعا کرد که «معاملات و عقود درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است»؟ این اعلام در صورتی درست است که محدود به «اثر الزام آور عقد» و تعهدهای ناشی از آن باشد، وگرنه، وجود قرارداد و موقعیت حقوقی آن بر همه تحمیل می شود و به بیان دیگر، در برابر همه قابل استناد است.

* دو طرف عقد

مقصود از دو طرف عقد یا، به اصطلاح مختصر «طرفین» کسانی نیستند که از نظر مادی در تراضی دخالت داشته اند و ایجاب و قبول را گفته اند، مقصود اشخاصی هستند که عقد برای آنان واقع می شود و از پیمان حق یا تعهد پیدا می کنند. نباید اثر عقد در دارایی موکل و مولی علیه را استثناء بر اصل نسبی بودن قراردادها پنداشت. در این فرض، نماینده تراضی می کند، ولی طرف عقد نیست، واسطه است.

گذشته از نمایندگی مرسوم، گاه با این که عاقد اختیاری در معامله برای دیگری ندارد و حتی در موردی که به مال غیر و برای خود معامله می کند، قانون گذار فضول را در حکم نماینده می شمارد و اثر عقد را برای مالک قرار می دهد. در فرضی که مالک معامله فضول را اجازه می دهد، طرف عقد به اعتبار اثر الزام آور آن مالک است نه فضول. (پایان ص ۲۴۴)

بنابراین، در تعریف «طرف عقد» می توان گفت: «شخصی است که خود یا نماینده اش در انعقاد قرارداد دخالت داشته و عقد برای او بسته شده است، خواه نمایندگی عهدی باشد. یا قهری یا حکمی و خواه عاقدان برای او عهد بسته باشند یا قانون عقد را برای او بداند».

آمر در حق العمل کاری را نباید در این تعریف آورد. زیرا، هر چند رابطه او با عامل تابع قواعد وکالت است (ماده ۲۵۸ ق.ت.)، چون قرارداد به نام عامل بسته می شود، خود او در برابر طرف قرارداد ملتزم است و نقشی بیش از واسطه دارد، دو طرف بر همین مبنا معامله می کنند و آمر هم مایل نیست که به طور مستقیم با طرف دیگر روبرو شود. به همین جهت، نمایندگی عامل را ناقص و غیرمستقیم نامیده اند.

* قائم مقام قانونی

اصطلاح «قائم مقام» در هیچ یک از قوانین تعریف نشده است. «قائم مقام» نه یکی از دو طرف عقد است نه نماینده آنان؛ بیگانه ای است که به دلیل انتقال حقی از سوی یکی از دو طرف به او، جانشین طرف اصلی می شود و عهده دار اجرای مفاد عقد است. پس، در تعریف «قائم مقام»، به معنای ویژه خود، می توان گفت: «کسی است که به طور مستقیم یا به وسیله نماینده خود در تراضی شرکت نداشته، ولی در نتیجه انتقال تمام یا بخشی از دارایی یکی از دو طرف به او جانشین طرف قرارداد و عهده دار و بهره مند از اجرای آن شده است».

از این تعریف چنین برمی آید که جانشینی «قائم مقام» به اعتبار انتقال دارایی یا حق خاصی به او است. پس، احتمال دارد قائم مقام، عام، یعنی شامل تمام حقوق و تعهدهای دارایی باشد یا خاص که ناظر به حق و مال معین است.

*** موارد قائم مقامی:**

الف) وارثان

چه اشخاصی را باید قائم مقام عام شمرد؟ در پاسخ به طور معمول می‌گویند، وارثان قائم مقام مورث خود هستند. این پاسخ در غالب موارد درست است، زیرا ورثه ترکه را می‌پذیرند و دیون مورث را می‌پردازند. ولی، تأمل بیشتر نشان می‌دهد که این گفته را باید تعدیل کرد، زیرا، گاه وارث قائم مقام مورث قرار نمی‌گیرد و گاه خود نیز می‌تواند از آن بگریزد. باید گفت وراثت قائم مقام مورث خود در تمام دیون و حقوق، و از جمله آثار قرارداد، هستند: اشخاص ثالثی که در نتیجه انتقال ترکه در حکم طرف عقد قرار می‌گیرند؛ کسانی که در واقع زندگی حقوقی مورث را ادامه می‌دهند و جانشین او می‌شوند. برای مثال، اگر مورث مال معین خود را نسبه فروخته باشد، وارث باید مبیع را به خریدار تحویل دهد و در برابر، حق دارد برای مطالبه بهای آن به او رجوع کند.

نتیجه مهم قائم مقام شدن وارث این است که طلبکاران مورث و سایر اشخاصی که حقی بر ترکه ادعا دارند باید حق خود را از او [یعنی وارث] مطالبه کنند (ماده ۲۳۲ ق.ا.ح.). برعکس، «ورثه می‌توانند برای اثبات طلب یا حقی برای متوفی اقامه دعوا کنند، هر چند بعد از ثبوت حق چیزی عاید آن‌ها نشود، مثل این که دین متوفی مستغرق ترکه او باشد» (ماده ۲۳۴ ق.ا.ح.). ولی، باید افزود که اگر شخص چند وارث داشته باشد، هر کدام به نسبت سهم مشاعی که از ترکه می‌برد قائم مقام است. پس، اثبات دعوا [نه طرح دعوا] به طرفیت بعضی از ورثه نسبت به همان بعضی مؤثر است (ماده ۲۳۳ ق.ا.ح.); با مباحث دادرسی مدنی فلت نشود... و دین هر وارث نیز به میزان نسبتی است که از ترکه ارث می‌برد (ماده ۲۴۸ ق.ا.ح.). مطالبه طلب نیز به همین نسبت امکان دارد و وراثتی که نیمی از ترکه را می‌برد حق ندارد برای گرفتن تمام طلب اقامه دعوی کند.

این وضع مشروط بر این است که ورثه ترکه را قبول کنند (ماده ۲۴۸ ق.ا.ح.). در صورت رد ترکه، وارث قائم مقام متوفی به شمار نمی‌آید. در موردی هم که قبول ترکه در حدود صورت تحریر انجام می‌شود (ماده ۲۴۰ ق.ا.ح.)، آنچه از متوفی باقی مانده است پیش از تصفیه کامل به دارایی ورثه نمی‌پیوندد. دیون و حقوقی که بر عهده متوفی است از ترکه پرداخته می‌شود و مسئولیت وارث در پرداخت دیون محدود می‌گردد. بنابراین، با رد ترکه یا قبول مشروط آن، وارث بیش از آنچه از ترکه می‌برد، ضمانتی بر عهده نمی‌گیرد و می‌تواند از قائم مقام شدن خود از مورث بگریزد. با وجود این، نباید چنین پنداشت که وارث با رد ترکه نسبت به آن بیگانه می‌شود: پس از تصفیه ترکه، آنچه باقی می‌ماند به او داده خواهد شد (مواد ۲۵۸، ۲۶۷ و ۳۳۵ ق.ا.ح.). زیرا هیچ کس نمی‌تواند صفت «وارث بودن» را از خود سلب کند.

از سوی دیگر، با قبول ترکه چنین فرض می‌شود که میزان آن برای پرداخت تمام دیون متوفی کافی است و بر مبنای همین اماره وارث مسئول تمام دین به نسبت سهم خود از ترکه می‌شود. ولی، هرگاه او خلاف این اماره را ثابت کند و نشان دهد که میراث او به اندازه دین نیست، آن مسئولیت تا میزان ارث کاهش می‌یابد. پس، در هر حال وارث تکلیفی ندارد که از دارایی خود دیون مورث را بپردازد. [در مقام ثبوت]

ماده ۲۴۸ ق.ا.ح. در این باره اعلام می‌کند: «در صورتی که ورثه، ترکه را قبول نمایند، هریک مسئول ادای تمام دیون به نسبت سهم خود خواهند بود، مگر اینکه ثابت کنند دیون متوفی زائد بر ترکه بوده یا ثابت کنند که پس از فوت متوفی ترکه بدون تقصیر آن‌ها تلف شده و باقی‌مانده ترکه برای پرداخت دین کافی نیست که در این صورت نسبت به زائد از ترکه مسئول نخواهند بود». مفاد این ماده نشان می‌دهد که پیش از تصفیه ترکه، وارث، مالک دو دارایی با دیون خاص هر کدام است و تکلیفی ندارد که دین مربوط به میراث را از دارایی خود بدهد.

در موردی هم که ترکه قبول می‌شود، وارث درباره دیون و حقوقی قائم مقام مورث است که به ترکه تعلق می‌گیرد نه آنچه وابسته به شخصیت او است [مثل تعهد به جراحی].

در چنین حالتی، فرض این است که دو طرف عقد آثار آن را محدود به شخص و اجرای تعهد را مقید به مباشرت یکدیگر کنند یا اعلام دارند که تعهداتی را که بر عهده می‌گیرند به وراثت ایشان منتقل نمی‌شود وراثت قائم‌مقام طرف متوفی به شمار نمی‌آید و پیمان مقید با مرگ یکی از آن دو پایان می‌پذیرد، هرچند که طبیعت عقد نیز اقتضای دوام را داشته باشد (مانند اجاره‌ای که شرط انفساخ آن در صورت مرگ موجر یا مستأجر بشود).

آثار عقود جایز که با اذن و اباحه آغاز می‌شود، در زمره این گروه است، هرچند که در جریان اجرای عقد تعهدی نیز ایجاد کند. بنابراین، پس از مرگ امین، وراثت او تعهدی در حفاظت از مال مورد امانت ندارد و رابطه او و مالک، تابع «عقد ودیعه» نیست. ودیعه با فوت امین منحل می‌شود و مال مورد امانت نزد وراثت «امانت شرعی» است و به حکم قانون باید آن را به مالک بازگرداند. طبیعت پاره‌ای از قراردادهای [ظاهرًا منظور؛ حقوق] نیز چنان است که با مرگ طرفین یا یکی از آنها پایان می‌پذیرد: مانند حق انتفاعی که به مدت عمر برقرار می‌شود یا حقوق دوران بازنشستگی.

[ظاهرًا استاد کاتوزیان، پرداخت حقوق بازنشستگی را ناشی از قرارداد دانسته است (۱۳۸۸)]

سوال: آیا همان‌گونه که دو طرف عقد می‌توانند آثار آن را محدود به رابطه میان خود سازند، حق دارند که از تحمل آثار عقد بگریزند و آن را بر وارثان خود تحمیل کنند؟

پاسخ این پرسش به انتخاب صورت و چگونگی اجرای هدف آنان بستگی دارد: اگر دو طرف، اثر عقد را (به شکل تملیک رایگان از ترکه همراه با شرط تعهد طرف دیگر) معلق به فوت خود سازد، می‌توان عقد را به دو وصیت تملیکی تحلیل کرد، وصیتی که وراثت عهده‌دار اجرای آن هستند و باید آن را مقدم بر حقوق خود شمارند. همچنین در صورتی که دو طرف نخواهند تملیک معلق انشاء کنند و وراثت را ملتزم به اجرای تعهدی از ترکه سازند، باید عمل حقوقی را به وصیت عهده‌ای تحلیل کرد و نفوذ عقد را در هر ۲ حال، مشروط به امکان نفوذ وصیت تملیکی یا عهده‌ای ساخت. زیرا تصرف معلق به فوت در حقوق ما «وصیت» است، خواه به صورت تملیک باشد یا تعهد به تملیک و دستور اجرای آن بعد از مرگ.

برعکس، اگر دو طرف عقد از دارایی خود تعهد نکنند و بخواهند بدین وسیله وراثت را به طور مستقیم ملتزم سازند (نه به عنوان قائم‌مقام خود در ترکه) باید آن را باطل دانست. زیرا وارثان بدین اعتبار در زمره اشخاص ثالث قرار دارند و در اثر عقدی که در آن شرکت ندارند متعهد نمی‌شوند. به بیان دیگر، نفوذ چنین قراردادی درباره وراثت با اصل نسبی بودن عقد که نیروی الزام‌آور آن را محدود به طرفین می‌کند، منافات دارد، مگر در مورد شروطی که به سود آنان می‌شود. [تعهد به نفع ثالث]

ب) موصی‌له

در موردی که موصی‌به عین معین از ترکه است، موصی‌له تنها در مورد همان عین قائم‌مقام خاص موصی است ولی، باید دید، اگر وصیت به تمام ترکه یا جزء مشاعی از آن بشود، آیا می‌توان موصی‌له را همانند وراثت، قائم‌مقام عام موصی شمرد؟ [خیر]: در وصیت، سهم مشاع یا تمام اموال موصی مورد انتقال قرار می‌گیرد نه دارایی او. این سهم مربوط به بخش خالص ترکه بعد از وضع دیون است (مواد ۸۶۹ و ۸۷۰ ق.م.) در مقام تصفیة ترکه، نخست باید دیون و واجبات مالی متوفی پرداخته شود و آنگاه از آنچه باقی می‌ماند موصی‌به اخراج گردد. بنابراین، هیچ‌گاه تملیک موصی‌به همراه با دیون متوفی نیست تا گفته شود که وزنه متقابل تملک دارایی است و هرکه مالک دارایی می‌شود متعهد به پرداخت دیون نیز خواهد شد [دقت - مطلب ظریف و دقیق].

مسئولیت وارثی که ترکه را می‌پذیرد، در برابر سهمی است که بعد از وضع دیون و اجرای وصایا به او می‌رسد. پس، وضع موصی‌له به جزء مشاع را نباید همانند وراثت پنداشت. بیگمان، دین ناشی از عقد از سهم موصی‌له می‌کاهد، ولی آیا از کسی که موصی‌له ثلث مشاع از ترکه است می‌توان یک‌سوم از بهای کالایی را که موصی خریده و بدهکار است مطالبه کرد؟

موصی‌له قائم‌مقام طرفی که در گذشته نیست: نه حقوق او را می‌تواند مطالبه کند نه ملزم به اجرای مفاد عقد است.

[استثناء]: با وجود این، اگر موصی التزام مربوط به اجرای عقد را، همراه با تملیک موصی‌به، بر عهده موصی‌له قرار دهد، او در

مقام اجرای وصیت قائم‌مقام موصی می‌شود. منتها، این وضع نتیجه شرط اضافی است نه تملک جزء مشاع یا تمام ترکه.

ماده ۱۳۰۵ ق.م. نیز تاریخ اسناد عادی را «درباره اشخاصی که شرکت در تنظیم آن‌ها داشته و ورثه آنان و کسی که به نفع او وصیت شده» معتبر می‌داند. موصی‌له را در کنار ورثه در شمار قائم‌مقام‌های عام آورده است، که مقصود وصیت به تمام یا جزء مشاع از ترکه است. [آیا یعنی به نظر استاد کاتوزیان، ق.م. هم نظر نادرست را پذیرفته است؟]

ج) طلبکاران عادی [این‌ها هم قائم‌مقام نیستند]

طلبکاری که بدون گرفتن وثیقه به پیمان و عهد بدهکار اعتماد می‌کند، در واقع دارایی و اعتبار او را پشتوانه و ضامن اجرای حق خویش می‌بیند. قانون‌گذار نیز، با توجه به همین اعتماد مشروع، دارایی مدیون را وثیقه عمومی و ناقص طلبکاران می‌داند و به آنان اجازه داده است که گاه بجای مدیون طرح دعوا کنند. [استاد کاتوزیان در بحث عقد رهن (ج ۴ عقود معین، ش...) معتقد است اینکه گفته می‌شود دارایی مدیون، وثیقه عمومی دیون او در برابر طلبکاران است، صرف کاملاً صمیمی نیست و ایراد دارد.]

این وضع باعث شده است که گروهی از نویسندگان طلبکار عادی را نیز، همانند وارث، قائم‌مقام عام مدیون شمارند، ولی این نظر را نمی‌توان پذیرفت. آنچه انکارناپذیر به نظر می‌رسد این است که قراردادهای مدیون، جز در مورد حيله و تقلب، در برابر طلبکار قابل استناد است و از این جهت در حقوق او مؤثر می‌شود. ولی، نه حقی برای طلبکار ایجاد می‌کند نه دینی: یعنی، تعهدی که مدیون در برابر دیگران می‌کند طلبکار را ملتزم نمی‌سازد و حقی که به دست می‌آورد به طلبکار نمی‌رسد. او طلبی ثابت دارد که باید از دارایی مدیون استیفا شود و ترکیب دارایی نه از آن می‌کاهد و نه بر آن می‌افزاید. درست است که قانون، در مورد اعسار و ورشکستگی مدیون، به طلبکار اختیار می‌دهد که به نام او اقامه دعوا کند یا به دعاوی دیگران بر او پاسخ دهد (ماده ۴۱۸ قانون تجارت و ماده ۴۶ قانون اعسار و ماده ۲۳۵ قانون امور حسبی)، ولی باید دانست که در این گونه موارد طلبکار، حق مدیون [=متوفی] را به نام و حساب او اعمال می‌کند: نماینده است نه اصیل؛ در حالی که «قائم‌مقام» به کسی می‌گویند که جانشین طرف دعوا است و حق را به نام و برای خود اعمال می‌کند. [یعنی اگر طلبکار در دادرسی پیروز شد، و بپوه و اموال دریافتی، به «ترکه» افزوده می‌شود؛ نه مستقیماً به خود طلبکار یا وارث ...]

ماده ۲۳۵ ق.ا.ج.: «بستانکار از متوفی نیز در صورتی که ترکه به مقدار کافی برای ادای دین در ید ورثه نباشد، می‌تواند بر کسی که او را مدیون متوفی می‌داند یا مدعی است که مالی از ترکه متوفی در ید اوست اقامه دعوی کند.»

* در این زمینه شایسته است به دو سوال از آزمون دکتری سراسری (اسفند ۹۲) توجه نماییم:

— سوال شماره ۴۷:

شخص «الف» زمین مزروعی خود را به مدت یک سال زراعی به شخص «ب» اجاره می‌دهد. شخص «ب» به منظور کشت گندم، مقداری کود از شخص «ج» خریداری می‌کند و در مزرعه مورد اجاره مصرف می‌کند، اما شخص «الف» قرارداد اجاره را فسخ می‌کند و خود در آنجا گندم کشت می‌کند و در نتیجه حاصل خیز شدن زمین، چند برابر سال‌های قبل، گندم برداشت می‌کند. شخص «ب» قبل از اینکه پول کودها را به شخص «ج» بپردازد، فوت می‌کند، اما ترکه او به اندازه‌ای نیست که پول کودها از آن پرداخت شود. در این قضیه آیا شخص «ج» می‌تواند برای گرفتن تمام یا بخشی از پول کودها به شخص «الف» مراجعه کند؟

الف- با عنایت به اینکه شخص «الف» قائم‌مقام خاص شخص «ب» است، مکلف است تمام پول کودها را به شخص «ج» بپردازد.
ب- شخص «ج» می‌تواند برای گرفتن معادل تمام یا بخشی از ثمن کودها به شخص «الف» مراجعه کند.
ج- با توجه به اینکه بین شخص «الف» و شخص «ج» رابطه قراردادی وجود ندارد، شخص «ج» حق مراجعه به شخص «الف» را ندارد.
د- چنانچه در قرارداد اجاره بین شخص «الف» و شخص «ب» به شخص «ب» حق کودپاشی در زمین داده شده باشد، شخص «ج» می‌تواند برای گرفتن تمام ثمن به شخص «الف» مراجعه کند.

متن سوال فوق، برگرفته از کتاب مسئولیت مدنی دکتر کاتوزیان، ج ۲ (مسئولیت‌های خاص و مختلط)، قرائت و تمرین ۱۵ می‌باشد.

پاسخ: گزینه «ب»

— سوال شماره ۶۱:

شخص «الف» مبلغ ۱۰۰ میلیون تومان از شخص «ب» طلبکار است. شخص «ب» فوت می‌کند و ترکه برای ادای دین مزبور کافی نیست. شخص «ج» مبلغ ۱۰۰ میلیون تومان به شخص «ب» (متوفی) بدهکار است. اگر شخص «الف» بخواهد برای گرفتن طلب خود بر علیه شخص «ج» طرح دعوا کند، کدام گزینه صحیح است؟

الف- شخص «الف» حق طرح دعوا علیه شخص «ج» را ندارد، زیرا قائم مقام عام متوفی تنها ورثه‌اند.

ب- شخص «الف» می‌تواند علیه شخص «ج» دعوا طرح کند و مبلغ محکوم به به ترکه افزوده می‌شود.

ج- شخص «الف» تنها در صورتی که طلب او مستند به سند رسمی یا حکم قطعی باشد به مقدار طلب خود حق طرح دعوا علیه شخص «ج» را دارد و مبلغ محکوم به تنها به وی تعلق می‌گیرد.

د- شخص «الف» می‌تواند علیه شخص «ج» طرح دعوا کند و مبلغ محکوم به بابت طلب شخص «الف» تنها به وی تعلق می‌گیرد.

پاسخ: گزینه «ب»

در نتیجه، در مواردی که حکم خاصی در حمایت از حقوق طلبکار وجود ندارد، باید طلبکار عادی را «شخص ثالث» شمرد. برای مثال، تاریخ سند عادی تنها در برابر تنظیم‌کنندگان آن و قائم مقام آن‌ها معتبر است و در برابر اشخاص ثالث نمی‌توان به آن استناد کرد (ماده ۱۳۰۵ ق.م.). طلبکار نیز در گروه اشخاص ثالث جای دارد و ملزم به اعلام تاریخ سند عادی از سوی بدهکار نیست.

* قائم مقام خاص

در قائم مقامی عام وارثان تردیدی وجود ندارد. این قائم مقامی نیز به طور قهری انجام می‌پذیرد و رضای ورثه در قبول ترکه، شرط التزام او به قرارداد مورث است. منتها، همین اندازه که وارث ترکه را بپذیرد، لوازم آن را نیز در ضمن پذیرش ترکه قبول می‌کند.

سوال: آیا می‌توان منتقل‌الیه را نسبت به پیمان‌هایی که انتقال‌دهنده پیش از انتقال درباره آن حق یا مال با دیگران بسته است «قائم مقام» شمرد؟ و آیا قبول انتقال به معنی پذیرش حق و دین مربوط به موضوع انتقال است؟

در پاسخ باید بین قراردادهای مربوط به حق عینی نسبت به مال مورد انتقال و قراردادهای شخصی تفاوت گذارد:

الف) قراردادهای موجد حق عینی: درباره عقود که حق عینی به سود یا زیان مالک به وجود می‌آورد، انتقال گیرنده قائم مقام او است. زیرا، این گونه پیمان‌ها در واقع باعث فزونی یا کاستی حق مورد انتقال است. مالک نیز آنچه را دارد با همه اوصاف و چگونگی آن، به دیگری انتقال می‌دهد. وانگهی، طبیعت حق عینی ایجاب می‌کند که در برابر همه و از جمله انتقال گیرنده قابل استناد باشد. او نیز انتقال را با وضع موجود می‌پذیرد و به رضای خویش قائم مقام مالک پیشین قرار می‌گیرد، خواه عقد تملیکی معوض باشد (مانند بیع) یا رایگان (مانند هبه) و خواه انتقال در زمان حیات واقع شود یا به موجب وصیت تملیکی.

بنابراین [مثال‌های مهم]: هرگاه مالک در قراردادی حق عبور از باغ خود را به همسایه دهد یا حق ارتفاق دیگری به سود ملک به دست آورد، سپس آن را بفروشد، خریدار باید آن حق عبور را محترم بدارد و نیز می‌تواند از حق ارتفاق تحصیل شده استفاده کند (ماده ۱۰۲ ق.م.). همچنین است قراردادی که موضوع آن حق انتفاع به سود دیگری باشد. ماده ۵۳ ق.م. در این باره اعلام می‌کند: «انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود، ولی اگر منتقل‌الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت».

مثال دیگر: عقد اجاره که آن هم حق عینی بر منافع ایجاد می‌کند و موجر نیز می‌تواند عین مستأجره را به دیگری انتقال دهد: م. ۴۹۸ ق.م.: در نتیجه، انتقال گیرنده را در مورد قراردادهای اجاره پیش از انتقال بایستی قائم مقام مالک پیشین شمرد. این قائم مقامی ناظر به آینده است و در مبادله گذشته اثر ندارد. بنابراین، اجاره بهای ملک تا پایان مدت به موجر [= مالک اول] تعلق دارد،

هرچند به اقساط آینده باشد، مگر اینکه در سند انتقال خلاف آن شرط شود، یا از قرائن و عرف بتوان دریافت که مقصود از انتقال عین، واگذاری اقساط آینده اجاره نیز بوده است. [این مطلب تماماً مقایسه شود با مطلب زیر صفحه ۵۲ همین جزوه]

قائم مقامی انتقال گیرنده در مورد حق عینی تبعی بر مال نیز صادق است. پس، اگر راهن بتواند مال مورد رهن را به دیگری انتقال دهد، این جابه جایی وثیقه طلبکار را از بین نمی برد و انتقال گیرنده را بایستی جانشین راهن به شمار آورد.

ب) قراردادهای شخصی و موجد تعهد:

در مورد قراردادهای شخصی که موضوع آن ایجاد تعهدی به سود یا زیان مال است، انتقال گیرنده اصولاً قائم مقام نیست، هر چند که راجع به مال مورد انتقال باشد؛ مگر در دو مورد:

۱- معاملاتی که پیش از انتقال، انجام شده و موضوع آن ذات حق مورد انتقال است.

۲- معاملاتی که پیش از انتقال، انجام شده و موضوع آن در دید عرف یا مقنن، از لوازم و توابع حق است.

مثال: اگر مالکی با دیگری قراردادی درباره رنگ اتاق ها یا سمپاشی مزرعه خود بسته باشد، خریدار ملک به این قرارداد پای بند نمی شود و از آن استفاده نمی کند و «شخص ثالث» است.

مثال دیگر: اگر به موجب قراردادی طلب مؤجل شود، انتقال گیرنده آن نیز جانشین طرف قرارداد است. همچنین تضمین های طلب گاه همراه با آن به انتقال گیرنده می رسد (مانند ضامن و ظهر نویس های برات و سفته و چک)

م. ۱۷ ق. بیمه ۱۳۱۶ مثال دیگری از توابع و لوازم حق را به دست می دهد و انتقال موضوع بیمه را در ردیف انتقال قهری آن به ورثه، موجب انتقال عقد بیمه و حقوق و تعهدات ناشی از آن به انتقال گیرنده می داند. منتها در این قانون به انتقال دهنده و بیمه گر حق فسخ قرارداد بیمه داده شده است.

مثال دیگر را در ماده ۳ ق. بیمه اجباری مسئولیت دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی مصوب ۱۳۴۷ [م. ۶ قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵] می توان مشاهده کرد. در این قانون خریدار وسیله نقلیه بیمه شده قائم مقام او در عقد بیمه است. زیرا نظم عمومی ایجاب می کند که وسیله نقلیه هیچ گاه بدون بیمه نماند.

معیار تعیین توابع حق را در ماده ۳۵۶ ق. م. می توان مشاهده کرد. [عرف و یا قرائن]

دو طرف قرارداد می توانند ضمن آن به نفع شخص ثالث تعهد کنند. بنابراین، هرگاه در قراردادی که انتقال دهنده با دیگران بسته است حقی به سود انتقال گیرنده به وجود آورد، آن حق به سود او ایجاد می شود. (۴)

در حقوق فرانسه، هرگاه حقی که به سود مالک ایجاد شده است چنان به مالکیت وابسته باشد که در صورت انتقال ملک هیچ فایده ای برای او نداشته باشد، فرض این است که حق به سود مالک و برای او است و جنبه شخصی ندارد و همراه با اصل ملک به انتقال گیرنده می رسد. این ضابطه را در حقوق ما نیز باید تأیید کرد، زیرا حقی که تنها برای مالک مفید است و به این اعتبار برقرار می شود و دیگران هیچ نفعی از آن نمی برند، در دید عرف از توابع ملک است و با آن انتقال می یابد:

برای مثال، اگر مالکی هنگام فروش قطعه ای از زمین خود شرط کند که خریدار حق ندارد در آن ساختمان بیش از دو طبقه بسازد یا محل آماده برای اجاره فراهم آورد، این شرط جنبه شخصی ندارد و برای حفظ بهای ملک مجاور و مصلحت آن است. پس اگر آن ملک را بفروشد، این امتیاز نیز به خریدار انتقال می یابد، هر چند که به عنوان حق ارتفاق در اسناد خرید و فروش و مالکیت نیامده باشد، زیرا، سود این قرارداد نیز، همانند حق ارتفاق، جز به مالک نمی رسد و در حکم آن است.

بعضی از نویسندگان در توجیه این نتیجه خواسته اند شرط را به سود ثالث (انتقال گیرنده) تعبیر کنند یا طرف قرارداد را نماینده انتقال گیرنده شمارند. این تعبیرها برای این است که همه چیز به حکومت اراده باز گردد و انتقال تعهد از آن قاعده بیرون بماند [یا نماند؟] در حالی که نه تنها طرف قرارداد به هنگام کسب امتیاز در اندیشه مالکان آینده نیست تا به نمایندگی آنان اقدام کند یا شرط را به سود آنان ببندد، منطقی ایجاب می کند که حقوق و تعهدات وابسته و فرع بر ملکیت، خواه به سود مالک یا زیان او باشد، یکسان موضوع حکم قرار گیرد.

بنابراین، تمام مسأله بدین باز می گردد که در آثار قراردادهای انتقال دهنده کدام یک از حقوق و تعهدات با ملک در آمیخته و در زمره اوصاف و توابع آن قرار گرفته و کدام یک تنها راجع به ملک [یا مالک؟] است و حاکم بر رابطه دو شخص. زیرا، تنها ائمه اگر چه نخست است که به انتقال گیرنده می رسد و او را «قائم مقام» خاص طرف قرارداد می کند.

← با انتقال دین و طلب فرق دارد.

مثال

← مثلاً مستأجری ملک مورد اجاره را به دیگری اجاره می‌دهد. این حالت مصداقی از قائم مقامی نیست اما انتقال عین مستأجره توسط مالک عین، مصداق انتقال قرارداد و قائم مقامی است.

مثال دیگر: مالکی در قولنامه‌ای تعهد می‌کند که ملک خود را در برابر مبلغی به دیگری بفروشد. طرف قرارداد این حق تملک را به دیگری انتقال می‌دهد و او را جانشین خود می‌سازد.

در مورد امکان و شرایط انتقال قرارداد قانون مدنی حکمی ندارد و نویسندگان حقوقی ما نیز تاکنون به این مسأله نپرداخته‌اند: در فقه، عنوان خاصی برای انتقال عقد دیده نمی‌شود و در عقد اجاره پیش‌بینی شده است که مستأجر می‌تواند مورد اجاره را به دیگری اجاره دهد. از این حکم نیز به دشواری می‌توان نظریه عامی برای انتقال قرارداد استخراج کرد. زیرا، اجاره عقدی است تملیکی که مستأجر را مالک منافع عین مورد اجاره می‌کند و طبیعی است که مالک منافع می‌تواند، مانند هر مالک دیگر، در حق عینی متعلق به خود تصرف کند و از جمله آن را به وسیله اجاره به دیگری انتقال دهد. مستأجر نخستین خود موجر عقد جدید است و انتقال گیرنده مستأجر او است نه مالک. بنابراین در قرارداد انتقال، مستأجر جدید به عنوان قائم مقام مستأجر نخستین در برابر مالک عین قرار نمی‌گیرد، دو اجاره جداگانه بسته می‌شود که هر کدام از اطراف خاص خود را دارد.

* تفاوت انتقال دین و طلب با انتقال قرارداد: در انتقال قرارداد، تنها هدف این نیست که دین یا طلب ناشی از عقد به دیگری واگذار شود. مقصود این است که انتقال گیرنده جانشین طرف قرارداد شود و از تمام ویژگی‌های موقعیت قراردادی بهره‌مند باشد و همانند طرف عقد بتواند آن را فسخ کند و اجبار طرف را بخواهد و از حق حبس سود برد. پس، انتقال قرارداد را نباید با انتقال دین یا طلب ناشی از آن اشتباه کرد.

* موارد انتقال قرارداد در حقوق ایران:

انتقال قرارداد به شکلی پراکنده در قوانین ما پیش‌بینی شده است و گاه قراردادی است: از جمله این نمونه‌ها، باید از:

(۱) انتقال اجاره (۲) انتقال بیمه (۳) انتقال وکالت (۴) انتقال کارگاه نام برد:

۱- انتقال اجاره:

در ماده ۴۹۸ ق.م.؛ [مصداق انتقال قرارداد] آمده است که: «اگر عین مستأجره به دیگری منتقل شود اجاره به حال خود باقی است...» باقی بودن اجاره بدین معنی است که از این پس انتقال گیرنده جانشین موجر می‌شود و همان حقوق و تکالیف را دارد. شاید در آغاز چنین به نظر برسد که چون منافع مدت اجاره پیش از انتقال عین به مستأجر واگذار شده است، دیگر انتقال گیرنده را نباید قائم مقام او شمرد. او عین بدون منفعت را خریده است و عقد اجاره در برابر او قابل استناد است، بدون این که حق یا تکلیفی برایش به بار آورد. به همین جهت نیز اجاره‌بها از آن موجر (مالک پیشین) است، هر چند که موعد اقساط آن فرا نرسیده باشد. ولی، باید دانست که قطع نظر از مبادله منافع و اجاره‌بها و اشکال نظری آن، اجاره عقدی است مستمر و در جریان مدت، دو طرف حقوق و تکالیفی در برابر یکدیگر دارند.

وضع موجر وابسته به حق مالکیت عین است و به این اعتبار طرف حق و تعهد قرار می‌گیرد. برای مثال، مالک باید عین مستأجره را تعمیر و برای انتفاع آن آماده نگه دارد (ماده ۴۸۶ ق.م.) و در برابر تعدی و تفریط مستأجر اجاره را فسخ کند (ماده ۴۸۷ ق.م.) پس از انتقال چه کسی در این وضع قرار می‌گیرد؟ آیا از موجر می‌توان انتظار داشت که مال فروخته شده را تعمیر کند یا از تجاوز و تقصیر مستأجر جلوگیری کند؟ او دیگر در این باره نفعی ندارد و بیگانه است و معنی ادامه اجاره این است که انتقال گیرنده یا

مالک کنونی باید جانشین او گردد. [این مطلب با آنچه در ذیل صفحه ۵۰ همین جزوه آمده است، در باری امر، متعارض به نظر نمی‌رسد؛ اما باید دانست استاد کاتوزیان در هر دو مورد (ص ۵۰ و اینجا)، معتقد است که اجاره‌بها باید به مالک اول (= موجر = انتقال دهنده) پرداخت شود.]

در [م. ۱۰ و ۱۹] قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، انتقال اجاره از سوی مستأجر نیز پیش‌بینی شده است: در این قانون، نه تنها مستأجر مالک منافع عین در مدت اجاره است، پس از پایان مدت نیز اختیار ادامه آن و الزام موجر را به تمدید اجاره دارد. بنابراین، هرگاه مستأجر در این نظام بتواند اجاره را به دیگری واگذار کند، هم شخص ثالث را تا پایان مدت اجاره اصلی مستأجر خود می‌سازد، هم او را در مورد اختیار ادامه اجاره و الزام موجر به تنظیم سند اجاره قائم‌مقام خود می‌کند. بدین ترتیب، [در ق.ر.م.م.] مستأجر می‌تواند بدون رضای موجر اجاره را به دیگری انتقال دهد و او را قائم‌مقام خود در رابطه با موجر کند.

۲- انتقال بیمه: (م. ۱۷ ق. بیمه ۱۳۱۶، م. ۳ قانون بیمه اجباری ۱۳۴۷ [= م. ۶ ق. ۱۳۹۵] و م. ۵۴ تا ۵۷ ق. تأسیس بیمه مرکزی ایران.

از مفاد ماده ۱۷ قانون بیمه ۱۳۱۶ چنین برمی‌آید که در نتیجه انتقال قهری مال موضوع بیمه به وارثان یا انتقال ارادی آن به دیگری، عقد بیمه مال نیز به تابعیت از آن به انتقال گیرنده منتقل می‌شود و این انتقال تنها ناظر به آینده است. منتها، در قانون پیش‌بینی شده است که بیمه‌گر و انتقال گیرنده حق فسخ آن را دارند. ایجاد حق فسخ برای دو طرف، نه تنها با اصل انتقال منافع ندارد، مؤید آن نیز هست. زیرا، طرف قرارداد است که حق برهم زدن عقد و گسیختن قیدی را که برعهده خود احساس می‌کند دارد. بیگانه در نظام قراردادی نه نفعی دارد نه اختیاری. مگر این‌که از سوی دو طرف حق فسخ به او تفویض شود (ماده ۳۹۹ ق.م.). در ماده ۳ قانون بیمه اجباری مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷ [= م. ۶ ق. ۱۳۹۵] می‌خوانیم: «از تاریخ انتقال وسیله نقلیه تعهدات ناشی از قرارداد بیمه به منتقل‌آیه وسیله نقلیه منتقل می‌شود و انتقال گیرنده تا پایان مدت قرارداد بیمه، بیمه‌گذار محسوب خواهد شد و مکلف است ظرف پانزده روز از تاریخ انتقال وسیله نقلیه به خود، مراتب را به طریق اطمینان بخشی با ذکر مشخصات کامل خود به بیمه‌گر اعلام کند».

عقد بیمه از سوی بیمه‌گر نیز قابل انتقال است: ماده ۵۴ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران مصوب ۱۳۵۰ مقرر می‌دارد: «مؤسسات بیمه می‌توانند با موافقت بیمه مرکزی ایران و تصویب شورای عالی بیمه تمام یا قسمتی از پرتفوی (Portefeuille) خود را با کلیه حقوق و تعهدات ناشی از آن به یک یا چند مؤسسه بیمه مجاز دیگر واگذار کنند». در این ماده مقصود از واژه پرتفوی که فرانسوی است، اسناد و اوراق تجارتي و از جمله بیمه‌نامه‌ها است. همچنین با توجه به م. ۵۷ همان قانون باید گفت: عقد بیمه نیز بدون رضای بیمه‌گذاران قابل انتقال است و بیمه مرکزی به عنوان حافظ منافع و نماینده قانونی آن‌ها، با این انتقال موافقت می‌کند (ماده ۵۶ همان قانون) قانون به انتقال «وضع حقوقی بیمه‌گر» بدون توجه به انتقال طلب یا دین ناشی از آن توجه دارد و به این انتقال به عنوان نهادی اصیل می‌نگرد.

۳- انتقال وکالت

در قانون مدنی پیش‌بینی شده است که وکیل می‌تواند، در صورتی که این اختیار به او داده شده باشد، برای موکل وکیل بگیرد. انتخاب این وکیل به نمایندگی انجام می‌پذیرد ولی به اعتبار دیگر نوعی انتقال اختیار یا انتقال وکالت به دیگری است و وکیل دوم را در وضع حقوقی نخستین وکیل قرار می‌دهد و گاه قائم‌مقام او می‌سازد. منتها، در این فرض، انتقال به رضای هر دو طرف انجام می‌پذیرد و ارادی است. [این مورد، با موردی که وکیل برای خود، وکیل دیگری انتصاب می‌کند قلم نشود...]

۴- انتقال کارگاه:

در موردی که کارگاه یا موسسه‌ای که کارگران و کارکنان در آن اشتغال دارند به دیگری انتقال یابد اگر انتقال کارگاه بتواند همه تضمین‌ها و قیودی را که قرارداد کار بین کارفرما و کارگران به وجود آورده است از بین ببرد، برای فرار از اجرای قواعد حمایتی کافی است که کارفرما موسسه را به دیگری انتقال دهد و با این حيله به حقوق کارگران صدمه زند.

همان‌گونه که انتقال عین مستأجره که یکی از دو طرف عقد را تغییر می‌دهد، باعث انحلال اجاره نمی‌شود، انحلال کارگاه نیز این رابطه را از بین نمی‌برد. کارگران از توابع اقتصادی کارگاه‌اند و حقوق آنان با تغییر مدیر موسسه از بین نمی‌رود.

آیا اخذ به شفعه سبب انتقال عقد بیع است؟ [ج: خیر - توضیح:]

وضع شفیع ممکن است این توهّم را به وجود آورد که حق شفعه، وسیله انتقال عقد بیع به شریک است و او را جانشین خریدار می‌کند، ولی، این توهّم فریبنده را باید از ذهن زدود. زیرا، شفیع ملک را از خریدار به انتقال می‌گیرد نه از فروشنده و حق شفعه با تمام شدن بیع به زیان خریدار به وجود می‌آید. طرف عقد بیع همچنان خریدار است. پس، اگر بیع خیاری باشد و فروشنده بیع را فسخ کند، آن را از خریدار پس می‌گیرد و اگر اقاله‌ای صورت پذیرد باید با شرکت خریدار و فروشنده باشد نه شفیع و فروشنده؛ ماده ۸۱۷ ق.م. در مورد یکی از آثار اصلی بیع مقرر می‌دارد: «در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می‌کند، مشتری ضامن درک است نه بایع...»، در حالی که اگر عقد بیع به شفیع انتقال می‌یافت بایستی فروشنده ضامن درک می‌شد.

در گروه نخست، انتقال قرارداد امکان ندارد: زیرا انشاء مفاد عقد از سوی هر کدام مقید به شخصیت طرف دیگر است. برای مثال، عقد نکاح برای زن و شوهر موقعیت خاصی ایجاد می‌کند که قابلیت انتقال به دیگران را ندارد. همچنین، در فرضی که فرزندی برای دلجویی و نگاهداری از مادر خود و حفظ شئون خانوادگی مستمری برای مدت عمر او معین می‌کند یا حق انتفاع از ملکی را به عمری به او می‌دهد، این حق قابل واگذاردن نیست، هرچند که از نظر اصول نیز بتوان طلب را بدون رضای مدیون به دیگری انتقال داد. (بند ۳ م. ۲۹۲ ق.م.)، یا در موردی که پزشک یا هنرمند یا کارگر متخصصی برای انجام دادن کاری در برابر دستمزد معین استخدام شده است، اجیر نمی‌تواند این موقعیت را به دیگری انتقال دهد. در حکم همین موارد است قراردادی که در آن شرط شود، هیچ‌یک از دو طرف حق انتقال آن را به طور مطلق یا جز به رضای طرف به دیگری ندارد یا از اوضاع و احوال بتوان چنین شرطی را استنباط کرد.

در گروه دیگر، تغییر قرارداد تعارضی با مفاد تراضی ندارد، زیرا فرض این است که از آغاز نیز شخصیت طرف مورد نظر نبوده است. اشکال عمده این است که چگونه قرارداد انتقال می‌تواند در حقوق طرف دیگر عقد اصلی، که نسبت به آن شخص ثالث است، مؤثر افتد. طلب ناشی از عقد را، جدای از موقعیت قراردادی می‌توان بدون رضای بدهکار به دیگری انتقال داد (بند ۳ ماده ۲۹۲ ق.م.) ولی جابه‌جایی طرف عقد مفهوم وسیع‌تری دارد و به معنی تجدیدنظر در ساختمان قرارداد است که جز با رضای دو طرف امکان ندارد. لزومی ندارد که قرارداد ساق منحل شود و پیمان دلخواه جای آن را بگیرد، ولی لازم است که طرف دیگر عقد جابه‌جایی مورد نظر را اجازه دهد و به مفاد انتقال پیوندد. به‌ویژه، در عقود معوض، که انتقال قرارداد با دیون انتقال‌دهنده همراه است. لزوم این اجازه به عنوان طلبکار بیشتر احساس می‌شود (بند ۲ ماده ۲۹۲ ق.م.) [معلوم نیست نویسنده، این اشکال را وارد دانسته یا بوابی برای آن دارد؟]

* در توجیه انتقال قرارداد ما نیاز نداریم که به نهادهایی مانند «تبدیل تعهد» یا «شرط به شخص ثالث» یا «ابراء» متوسل شویم. رضای طرف دیگر قرارداد لازم است تا انتقال بتواند در حقوق او مؤثر واقع شود و قاعده «نسبی بودن اثر عقد» مورد تجاوز قرار نگیرد. ولی، نباید او را شخص ثالثی شمرد که تعهد انتقال‌گیرنده در پرداخت طلب به سود او شرط شده است. رضای طرف دیگر، شرط نفوذ عقد است و به این اعتبار باید در شمار اطراف «قرارداد انتقال» بیاید.

نتیجه

انتقال «موقعیت قراردادی» باعث می‌شود که شخص ثالث قائم‌مقام انتقال‌دهنده قرار گیرد و همانند او پای بند به حقوق و تعهدهای ناشی از عقد شود. این انتقال امکان دارد، ولی تنها نسبت به آینده اثر می‌کند. انتقال در همه حال با رضای طرف دیگر قرارداد انجام می‌پذیرد.

در رابطه بین انتقال‌دهنده دین و انتقال‌گیرنده، تنها این اثر قاطع به وجود می‌آید که انتقال‌گیرنده را ملتزم به پرداخت دین انتقال‌دهنده کند. این زمینه قراردادی نیز فراهم می‌شود که اگر طرف دیگر عقد به آن رضایت دهد، انتقال‌گیرنده باید مفاد آن را رعایت کند و، برای مثال، دینی را که برعهده خود پذیرفته است، در صورت مطالبه طرف عقد به او بدهد. رضای طلبکار باعث تحقق انتقال دین می‌شود و انتقال‌دهنده خودبه‌خود بری می‌گردد و نیازی به «ابراء» طلبکار ندارد.

انتقال «موقعیت قرارداد» را در امور مدنی بیشتر به وسیله صلح حقوق و دیون و دعاوی احتمالی ناشی از عقد انجام می‌دهند. انتخاب «صلح» به لحاظ تنوع بی‌نظیر موضوع آن و برای این است که همه آثار انتقال نیاز به تصریح نداشته باشد و عقدی معین بر روابط طرفین حکومت کند. وانگهی عقد صلح جایگاه سنتی تعهد به نفع شخص ثالث است.

اوراق تجارتي، مانند چک و برات و سفته، با امضای طلبکار دست‌به‌دست می‌گردد، در حالی که قرارداد بین متعهد و نخستین دارنده بسته می‌شود، متعهد باید دین را به هر دارنده‌ای بپردازد. به همین جهت نیز بعضی بر این راه رفته‌اند که تعهد مندرج در این ورقه‌ها ایقاعی است به سود هر دارنده احتمالی و در نتیجه، تعهد در برابر هر دارنده مستقل از پیشینیان است.

«قابل استناد بودن عقد» عنوانی است که برای بیان آثار عقد در حقوق و تکالیف دیگران انتخاب شده و در ادبیات حقوقی ما، چنان‌که باید جا نیفتاده است.

می‌دانیم که بازتاب وقوع همه قراردادهای دیگران، به ویژه کسانی که با دو طرف رابطه حقوقی دارند، می‌رسد و در حقوق و دیون آنان مؤثر است ولی همه سؤال در این خلاصه می‌شود که آیا این اثر غیرمستقیم و قهری را، می‌توان در زبان حقوقی «اثر» عقد نامید؟ به گمان ما انحراف و اختلاط از همین نقطه آغاز می‌شود.

هنگامی که سخن از «اثر عقد» به میان می‌آید، بایستی به مفاد انشاء دو طرف و توابع و لوازم آن توجه کرد، نه آثار قهری و بازتاب وقوع عقد در اجتماع. باید دید آیا تراضی این نیرو را دارد که برای دیگران حق و تکلیف ایجاد کند؟

پدیده‌های اجتماعی چنان وابسته و مؤثر در یکدیگر است که اگر مجموع آن‌ها را به بدنی زنده تشبیه کنیم گزاف نگفته‌ایم. عقد نیز یکی از این پدیده‌ها است، ریگی است که بر دریایی فرو می‌افتد و موجی از آثار قهری را به دنبال دارد. ولی، آنچه را اثر عقد می‌نامیم امری است که خاستگاه مستقیم آن نیروی اراده است؛ بقیه، اثر همستگی و ارتباط است نه اثر عقد: هر تملیک که در وصیت انشاء شود، حرمان قهری وارثان را از میراث، همراه دارد، ولی آیا می‌توان ادعا کرد که محروم شدن وارث اثر وصیت است؟ اثر معامله هر شخص نسبت به طلبکاران بی‌وثیقه او نیز از همین مقوله است: از اعتبار بدهکار و وثیقه عمومی طلبکاران می‌کاهد، ولی این پدیده اثر معامله نیست و به همین جهت گفته شد که طلبکاران را نباید قائم مقام عام یا خاص بدهکار شمرد.

مثال: مالکی خانه‌اش را به دیگری می‌فروشد. خریدار می‌تواند به این تملک در برابر همه استناد کند. ولی، آیا این نتیجه اثر بیع است که او را در برابر همه مردم مالک می‌کند؟ پس، چرا کسی که مدعی مالکیت است می‌تواند حق فروشنده و خریدار را انکار کند؟

قانون مدنی اثر عقد را فقط درباره متعاملین می‌داند، لیکن درباره بازتاب وقوع معامله در اجتماع سخنی ندارد و نمی‌تواند آن را نفی کند.

درباره ایجاد شخصیت حقوقی، از این هم می‌توان فراتر رفت و ادعا کرد، آنچه را شریکان به وجود می‌آورند، در واقع پا به صحنه اجتماع می‌نهد و تولدی است که نتیجه آن بر همه تحمیل می‌شود. لزوم اعلان تشکیل شرکت‌ها و انجمن‌ها نیز به خاطر اثری است که قرارداد شرکت درباره همگان دارد. پس، نمی‌توان اثر این قراردادها را نسبی و محدود به شریکان دانست.

وکالت هم در حکم همین موقعیت‌ها است. چراکه برای امکان ایجاد رابطه موکل با دیگران جعل شده است و مفاد آن تنها جنبه شخصی ندارد. پس، وکیل می‌تواند در برابر دیگران به نمایندگی خود استناد کند و حقوق موکل را به کار برد. اشخاص ثالث نیز حق دارند، برای اثبات التزام موکل، به اقدام وکیل او متوسل شوند.

ولی، تعهد رابطه بین دو شخص یا دو دارایی است و التزام ناشی از آن محدود به همین رابطه می‌شود. پس این تردید به وجود می‌آید که آیا به این رابطه شخصی نیز می‌توان استناد کرد یا باید آن را دور از دسترس بیگانگان نگاه داشت.

بدیهی است که تعهد ناشی از عقد دامن‌گیر هیچ ثالثی نمی‌شود. ولی، اگر این دو مفهوم از هم تمیز داده شود، اثر الزام‌آور عقد (تعهد) در رابطه میان دو طرف نیز در برابر اشخاص و به وسیله آنان قابل استناد است. منتها، کمتر اتفاق می‌افتد که از استناد به این اثر نسبی در رابطه با دیگران حاصلی به دست آید.

با وجود این، نباید امکان این استناد و فایده آن را انکار کرد:

۱- در موردی که شخص ثالث در تجاوز به قرارداد شریک یکی از دو طرف می شود، در برابر طرف دیگر مسئولیت پیدا می کند: فرض کنیم کارگر فنی یا هنرپیشه ای در برابر کارفرمای خود تعهد کرده باشد که نزد دیگری کار نکند و خدمت خود را به خود انحصار در اختیار کارفرما قرار دهد. مدیر کارگاه یا تماشاخانه دیگری به عمد و با پیشنهاد دستمزد بیشتر و شرایط بهتر کارگر یا هنرپیشه متعهد را می فریبد و به موسسه خود می برد. این اقدام نوعی تقصیر و اقدامی نامتعارف است، زیرا اغواکننده نیز باید به تعهد میان زیان دیده و کارگر احترام گذارد و قرارداد در برابر او قابل استناد است.

همچنین است در موردی که مالکی به موجب قولنامه تعهد کرده است ملک خود را بفروشد و دیگری با علم به وجود این تعهد ملک را از او می خرد و بدین وسیله موضوع تعهد را از بین می برد. وجود تعهد در برابر خریدار قابل استناد است و شرکت در این نقض عهد، تقصیر به شمار می آید. پس، اگر بر همین مبنا نتوان ابطال معامله را درخواست کرد، دست کم موجب مسئولیت خریدار در برابر فروشنده می شود. [حال آیا می توان درخواست ابطال کرد؟]

۲- قراردادی که مدیون پیش از تاریخ توقف با دیگران بسته و ضمن آن مبلغی پول مدیون شده است در برابر سایر طلبکاران قابل استناد است و طلبکار می تواند از آن برای محدود ساختن دیگر طلبکاران استفاده کند. در نتیجه، همه طلبکاران باید به نسبت طلب خود از دارایی مدیون بهره ببرند، مگر اینکه طلبکاری حق تقدم بر دیگران یا وثیقه داشته باشد.

۳- در بیمه مسئولیت، زیان دیده حق رجوع مستقیم به بیمه گر را دارد و می تواند خسارات وارد شده را از او بگیرد. این اختیار به منزله امکان استناد زیان دیده به تعهد بیمه گر در برابر مسئول خسارت است. ماده ۶ قانون بیمه اجباری مسئولیت دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی آمده است: «بیمه گر ملزم به جبران کلیه خسارات وارده به اشخاص ثالث خواهد بود...». به ویژه، از این قانون چنین برمی آید که در عقد بیمه، شرط به نفع شخص ثالث وجود دارد و بیمه گر ملزم می شود تا خسارت اشخاص ثالث را جبران کند.

ایراد اساسی بر امکان رجوع زیان دیده به سازنده اتومبیل این است که بین آن دو قراردادی وجود ندارد تا سازنده را ضامن عیب مبیع قرار دهد. پس، با نخستین نگاه می توان گفت، قرارداد فروش اتومبیل حقی برای شخص ثالث به وجود نمی آورد. ولی، به این گفته می توان پاسخ داد که اگر نتوان تضمین فروشنده را در برابر مصرف کنندگان پذیرفت، مسئولیت قهری او با مشکلی روبرو نمی شود. مصرف کننده به عنوان ثالث به تعهد فروشنده در برابر خریدار استناد می کند و بر مبنای آن موقعیت حقوقی ایجاد شده، تقصیر فروشنده را نشان می دهد.

از نمونه های یاد شده می توان به این نتیجه رسید که تعهد قراردادی نیز مانند سایر آثار آن قابل استناد است و آن را نباید با نسبی بودن آثار عقد معارض پنداشت.

عقد ظاهری: برای مثال، مالکی مایل است که مزرعه خود را به فرزندخوانده اش ببخشد یا به سود او وصیت کند. او می داند که بخشش و وصیت از اعمال حقوقی گرانی است و دولت از او مالیاتی کلان می گیرد. وانگهی، توجه دارد که بخشش مزرعه، فرزندان را بر او می شوراند و دست کم به کدورت های خانوادگی دامن می زند. پس، آنچه را بر دل دارد به زیان نمی آورد. مزرعه را به ظاهر می فروشد، به وصول ثمن اقرار می کند و منافع مزرعه را تا زمان حیات برای خود نگاه می دارد. ولی، در عقد پنهانی اعلام می شود که مزرعه را به سود فرزندخوانده وصیت کرده است و بهای اعلام شده در سند صوری است.

گاه نیز مفاد عقد منظور واقعی دو طرف است، ولی یکی از ارکان معامله پنهان می ماند و به صورت دیگر وانمود می شود: مانند اینکه در فروش خانه بها را کمتر می نویسند تا فروشنده مالیات کمتر بپردازد، یا اجازه را گزاف تر اعلام می کنند تا سرقتی املاک مجاور بالا رود، یا هویت خود را پنهان می دارند و معامله ای را برای خود و به نام دیگری انجام می دهند...

* اقسام تصنع و تمیز موضوع بحث:

۱- عقد صوری

۲- عقد تدلیسی

۳- عقد با واسطه

عقد صوری بیگمان باطل است و هیچ اثری بین دو طرف ندارد. اشخاص ثالث نیز، از لحاظ نفوذ عقد بین طرفین و ایجاد موقعیت حقوقی - نمی توانند به آن استناد کنند. تنها احتمال دارد به عنوان اقدامی زیانبار و فریبنده مورد استناد دیگران واقع شود یا به منظور ابطال صورت ظاهر و برچیدن نقاب ریا در دادگاه موضوع رسیدگی قرار گیرد.

در عقد باواسطه نیز، مسأله این است که آیا واسطه را باید ملتزم به اجرای عقد دانست یا طرف واقعی را؟ و دیدیم که در چنین مواردی واسطه، طرف عقد است و نباید شخص را ناخواسته با معامل پنهانی روبرو ساخت (ش ۳۱۰). ولی نمایندگی در رابطه دو طرف آن (معامل ظاهری و واقعی) محترم و نافذ است.

بنابراین آنچه باقی می ماند عقد تدلیسی است که سرپوش عقد پنهانی و واقعی قرار می گیرد: عقد پنهانی آثار عقد ظاهری را حذف می کند یا تغییر می دهد. در نتیجه، نفوذ و آثار هر کدام از آن دو بایستی در رابطه دو طرف و در مقابل اشخاص ثالث مورد مطالعه واقع شود.

این فرض را نباید با عقدی که به غلط توصیف شده ولی نمودار ماهیت واقعی آن است اشتباه کرد، چراکه در فرض اخیر با تفسیر قرارداد می توان به ماهیت و وصف واقعی آن دست یافت. در حالی که عقد وانمود شده و تدلیسی با عقد پنهانی دیگر تعارض دارد: نموداری از فریب و ریا است و جز به یاری آن عقد پنهانی نمی توان به ماهیت آنچه طرفین می خواسته اند پی برد. همچنین، جایی که در قرارداد ظاهری اشاره به پیمان دیگری می شود که دو طرف مایل به افشای مفاد آن نیستند، عقد را نباید تدلیسی شمرد؛ فریب و ریایی در کار نیست و طرفین اعلام کرده اند که عقد واقعی در سند دیگری اعلام شده است.

* اعتبار عقد پنهانی

[این بحث از فروع بحث عقد تدلیسی یعنی حالت دوم اقسام تصنع است:]

در رابطه بین دو طرف عقد وانمود شده [تدلیسی] بیگمان باطل است، زیرا نقش آن تنها ایجاد سرپوش مبدل برای عقد پنهانی است ولی همه پرسش ها درباره نفوذ و اعتبار عقد پنهانی است.

قانون مدنی در این باره حکمی ندارد، ولی از ماده ۱۹۱ ق.م. که اعلام می کند: «عقد محقق می شود به قصد انشاء...» و مفاد ماده ۱۹۶، که پنهان ماندن طرف اصلی عقد را مانع نفوذ آن نمی بیند، چنین برمی آید که عقد واقعی و پنهان شده بر عقد صوری و تدلیسی حکومت دارد و دو طرف پایبند به آن هستند. این استنباط را سایر موادی که حکومت اراده باطنی را بر اراده ظاهری ترجیح می دهد تأیید می کند و دیدیم که پیشینه تاریخی قانون نیز همین نتیجه را نشان می دهد.

اما در هر حال باید دانست، عقد پنهانی در صورتی نفوذ پیدا می کند که اثر آن مقصود طرفین باشد. عقد صوری، چه پنهان باشد و چه آشکار، فاسد است و ماده اصلی نفوذ و تأثیر را در خود ندارد. به طور خلاصه عقد پنهانی اصولاً نافذ و حاکم بر عقد ظاهری است؛ مگر آنکه ذاتاً ایرادی داشته باشد (مثل وجود منع قانونی، نامشروع بودن و...).

بنابراین، اگر مالک اتومبیلی نتواند آن را انتقال دهد و به ظاهر وکالت در فروش به خریدار دهد و در نهان سند انتقال،

عقد پنهانی باطل است [به دلیل اینکه اصل عقد مشکل دارد، نه به دلیل پنهانی بودن]؛ همچنین، سند پنهانی که خسارت تأخیر

تأدیه را بیش از نرخ مجاز معین کند نفوذ حقوقی ندارد، و خرید و فروش مواد مخدر و اسلحه و ارز غیرمجاز باطل است.

* قابلیت استناد به عقد پنهانی در برابر شخص ثالث:

در قانون مدنی ما حکمی در این باره وجود ندارد و از هیچ متن دیگر نیز نمی‌توان قاعده عامی درباره قابل استناد نبودن عقد پنهانی در برابر اشخاص ثالث به دست آورد. بنابراین، عقد پنهانی که آلوده به هیچ تقلب و نیرنگ نباشد. در رابطه دو طرف نافذ و در برابر دیگران قابل استناد است، مگر این که در قانون خلاف آن مقرر شده باشد.

* عقد مقرون به حيله:

گفته شد که در حقوق ما عقد پنهانی نیز مانند سایر قراردادها در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است. ولی، آیا عقدی که هدف از آن اضرار به دیگران و حيله در روابط حقوقی باشد، مشروع است؟ با توجه به م. ۴۹۰ ق.ت. پاسخ، بی‌تردید منفی است. ملاک این قاعده را در ماده ۶۵ ق.م. نیز به خوبی می‌توان مشاهده کرد، در این ماده آمده است: «صحت وقعی که به علت اضرار دیان واقف واقع شده باشد منوط به اجازه دیان است» و ماده ۲۱۸ سابق (حذف شده در اصلاح سال ۶۱) نیز عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین را در شمار قواعد عمومی معاملات آورده بود و هم‌اکنون ماده ۴ قانون محکومیت‌های مالی ۱۳۷۷ [= ماده ۲۱ قانون محکومیت‌های مالی ۱۳۹۳] جای آن را گرفته است.

توجه: قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ توسط قانونی با همین نام مصوب ۱۳۹۳ نسخ شده است. این قانون، قانون اعسار ۱۳۱۳ و نیز ماده (۵۲۴) قانون آیین دادرسی مدنی (مستثنیات دین) را نیز به صراحت نسخ کرده است (م. ۲۹).

* (نتیجه‌گیری استار از جمع مواد ۶۵ و ۶۶ ق.م. و قانون محکومیت‌های مالی) ضمانت اجرای نیرنگ‌هایی که هدف آن اضرار به دیگران است، بطلان نیست و قانونگذار آن را در شمار معاملاتی که جهت نامشروع (برخلاف قانون و نظم عمومی) دارد نمی‌آورد و مایل است تنها از حقوق زیان‌دیده حمایت کند.

«عدم نفوذ» به معنی مصطلح آن بر فرض که برای طلبکاران پیش از انجام دادن معامله راه‌حلی پذیرفته شده باشد، با نسخ معامله پنهانی متناسب به نظر نمی‌رسد، زیرا چگونه می‌توان نفوذ معامله‌ای را منوط به اجازه کسی کرد که هیچ حقی بر مدیون ندارد؟ وانگهی، آیا می‌توان پذیرفت که نخستین قربانی حيله می‌تواند معامله را تنفیذ کند و آنگاه حربه ناپاک برای ضربه زدن به دیگران آماده می‌شود؟ باید در جستجوی راه‌حلی بود که هر قربانی دیگر نیز بتواند در برابر نیرنگ بازی از خود دفاع کند و چتر حمایت قانون را بر سر خود بگیرد.

به نظر می‌رسد که مناسب‌ترین راه «قابل استناد نبودن» معامله آلوده به حيله در برابر هر شخص ثالثی است که از آن زیان ناروا می‌بیند. گذشته از ماده ۴ قانون محکومیت‌های مالی، نمونه‌های عقد غیرقابل استناد در حقوق ما چندان است که می‌توان از آن به عنوان ضمانت اجرایی در کنار «بطلان» و «عدم نفوذ» نام برد.

[برای توبیه این سفن دو استدلال می‌توان مطرح کرد: ۱- قاعده لاضرر ۲- منع سوء استفاده از حق (اصل ۴۰ ق.ا.ا.)]

۱- قاعده لاضرر: از آنجا که وضعی که در نتیجه اجرای قاعده لاضرر رعایت می‌شود حکمی است ثانوی و استثنایی، کافی است که چهره ضرری حکم زدوده شود.

در عقد پنهانی، که برای اضرار به دیگران تمهید شده است، آنچه باعث ورود ضرر به اشخاص ثالث می‌شود، قابل استناد بودن عقد در برابر آنان است، زیرا، قاعده نسبی بودن اثر قراردادها مانع از این می‌شود که تعهدی برای دیگران ایجاد شود. پس [بجای آنکه کل عقد را باطل بدانیم] کافی است که با اجرای قاعده لاضرر همین وصف [یعنی قابل استناد بودن] از بین برود تا دیگران از بازتاب وقوع عقد مصون بمانند.

۲- منع سوء استفاده از حق: اشخاص حق دارند که باهم قرارداد ببندند و پیمان خود را از دیگران پنهان دارند. اجرای این حق، تا جایی که با حسن نیت و برای رسیدن به خواستی مباح انجام می‌گیرد، با هیچ مانعی روبرو نیست. ولی، همین که پای خدعه و نیرنگ به میان آید و با قصد اضرار به دیگران آلوده شود، «سوء استفاده از حق» است. اصل ۴۰ قانون اساسی به صراحت اعلام می‌کند: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» و در واقع چهره ویژه‌ای از اجرای قاعده لاضرر را در زمینه اجتماعی بودن واژه «حق» نشان می‌دهد.

[نتیجه‌گیری - مهم:] بدین ترتیب، راه حل انتخاب‌شده با حقوق کشورهایی که عقد پنهانی را در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نمی‌دانند نزدیک می‌شود، با این تفاوت که چون در قوانین ما حکمی در این‌باره وجود ندارد، شخص ثالث باید، به عنوان مدعی، «قصد اضرار» دو طرف و نیرنگی را که به کار رفته است اثبات کند و نمی‌تواند به اصل نسبی بودن عقد پنهانی و قابلیت استناد آن متوسل شود. پنهانی بودن عقد به اثبات این دعوا کمک می‌کند، لیکن اماره قانونی بر وجود نیت پلید و تحقق ضرر نیست به بیان دیگر، عقد پنهانی در برابر اشخاص ثالث نیز قابل استناد است، مگر اینکه ثابت شود وسیله اضرار به آن‌ها قرار گرفته است. خنثی شدن بازتاب اجتماعی «قاعده» نیست؛ استثنایی است که جلوگیری از ضرر ناروا و سوء استفاده از حق، آن را ایجاب می‌کند و ارتباطی به وصف «پنهانی» عقد ندارد.

* [در حقوق ما عقد پنهانی توسط ثالث نیز قابل استناد است:] در نظامی که عقد پنهانی در برابر دیگران قابل استناد است و تنها در جایی که ثابت شود وسیله اضرار قرار گرفته و با نیرنگ درآمیخته است این قابلیت از بین می‌رود، استناد اشخاص ثالث به عقد پنهانی نیاز به حکم خاص قانون ندارد و از اصول کلی برمی‌آید.

* شخص ثالث می‌تواند به جای اقامه دعوی «عدم نفوذ» عقد بر مبنای حيله، به آن عقد استناد و از اجرای مفاد آن بین دو طرف سود برد.

این فرض، در موردی احتمال داده می‌شود که عقد وانمود شده به زیان شخص ثالث است و اثبات صوری بودن آن، ضرر را دفع می‌کند. برای مثال، موجری که قصد فروش ملک خود را دارد با مستأجر قراردادی می‌بندد که عنوان تصرف او را تغییر می‌دهد و مورد اجاره را به محل کسب تبدیل می‌کند و در سند پنهانی دیگر اعلام می‌شود که محل مسکونی است و مستأجر حق تبدیل آن را به محل کسب ندارد. ملک مورد اجاره فروخته می‌شود و مدت اجاره نیز پایان می‌یابد. مالک جدید تخلیه محل سکونت را خواستار می‌شود و مستأجر به عقد میان خود و مالک پیشین (انتقال‌دهنده) استناد می‌کند تا دعوا را با شکست روبرو سازد. خریدار از عقد پنهانی آگاه می‌شود و به آن استناد می‌کند تا معلوم شود عقد صوری بوده است و مورد اجاره تابع قواعد اجاره مسکن است و موجر می‌تواند در پایان مدت تخلیه ملک را بخواهد.

* معنی شخص ثالث

در زمینه نیرنگ دو طرف قرارداد، هرگاه اصطلاح «شخص ثالث» به کار رود، مقصود کسانی هستند که به اصالت یا نمایندگی در قرارداد شرکت نداشته‌اند.

اشخاصی که از عقد پنهانی و نیرنگ آلود زیان می‌برند، به طور معمول طلبکاران و قائم مقام خاص یکی از طرفین (انتقال گیرنده) و گاه وارثان هستند. در نتیجه، باید گفت تمام کسانی که از حيله دو طرف و پنهان ماندن عقد زیان می‌برند و به ویژه هدف نیرنگ بازی قرار گرفته‌اند، شخص ثالث محسوب می‌شوند.

* مواردی که عقد پنهانی در برابر دیگران قابل استناد نیست:

چنان‌که گفته شد، این موارد را باید در شمار استثنای قواعد عمومی آورد. با وجود این، احکامی که در آن عقد پنهانی نسبت به دیگران اثر ندارد کم نیست و قانون‌گذار بدین وسیله از ناآگاهانی که با یکی از دو طرف رابطه حقوقی دارند حمایت می‌کند:

(۱) بنا بر ماده ۳۹۵ قانون تجارت، نمایندگی قائم مقام تجارتي، عام است. از سوی دیگر طبق م. ۳۹۶ همین قانون «تحدید اختیارات قائم مقام تجارتي در مقابل اشخاصی که از آن اطلاع نداشته‌اند معتبر نیست».

همچنین با اینکه در صورت تعدد نمایندگان، اصل بر اجتماعی بودن نمایندگی است (م. ۶۶۹ ق.م). قانون تجارت در م. ۳۹۷ در راستای حمایت از کسانی که با موسسه تجارتي به دادوستد می‌پردازند، از این اصل دست برداشته و هر قائم مقام را مستقل دانسته است، مگر اینکه خلاف آن به آگاهی دیگران برسد. همچنین است عزل قائم مقامی که وکالت او به ثبت رسیده است (م. ۳۹۹ ق.ت.).

۲) بنا بر م. ۱۱۶ ق.ت. قرارداد خصوصی میان شریکان شرکت تضامنی می‌تواند مسئولیت بعضی از شریکان را کاسته یا افزایش دهد اما این قرارداد در مقابل ثالث کأن لم یکن خواهد بود.

۳) ماده ۱۰۵ ق.ت. درباره اختیار مدیران شرکت با مسئولیت محدود اعلام می‌دارد: «مدیران شرکت کلیه اختیارات لازمه را برای نمایندگی و اداره شرکت خواهند داشت مگر اینکه در اساسنامه غیر این ترتیب مقرر شده باشد هر قرارداد راجع به محدود کردن اختیارات مدیران که در اساسنامه تصریح به آن نشده در مقابل اشخاص ثالث باطل و کأن لم یکن است.» که مقصود از این بطلان نسبی، نفی قابلیت استناد قرارداد در برابر اشخاص ثالث است.

۴) ماده ۱۱۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷، محدود کردن اختیارات مدیران شرکت سهامی را حتی در موردی که در اساسنامه انجام شده باشد در برابر اشخاص ثالث معتبر نمی‌داند؛ یعنی اساسنامه و تصمیم مجمع عمومی را نیز در حکم قرارداد پنهانی دانسته و در راه حمایت از اشخاص ثالث گامی فراتر نهاده است.

۵) در ماده ۲۱۰ همان قانون می‌خوانیم: «انحلال شرکت مادام که به ثبت نرسیده و اعلان نشده باشد نسبت به اشخاص ثالث بلااثر است.»

این ماده به ظاهر ارتباطی به قابلیت استناد و عقد پنهانی ندارد. ولی باید توجه داشت که گاه انحلال به تصمیم مجمع عمومی فوق‌العاده صاحبان سهام انجام می‌شود (بند ۴ م. ۱۹۹ ق.ت.). این تصمیم در حکم اقاله قرارداد شرکت است؛ توافقی که شخصیت حقوقی را از بین می‌برد و نوعی قرارداد جمعی است. این قرارداد پیش از ثبت و اعلان از دید اشخاص ثالث پنهان است. آنان به عقد ظاهری موجود درباره بقای شرکت، اعتماد می‌کنند در حالی که قرارداد پنهانی دیگر آن را از بین برده است. در مواردی از این گونه، که عقد پنهانی در برابر دیگران قابل استناد نیست. دو طرف در برابر اشخاص ثالث پای بند به عقد وانمود شده هستند، مگر این که صوری بودن آن به دلایل دیگر اثبات شود.

تحلیل حقوقی - مطالعاتی:

نکته‌ای که یادآوری آن ضروری به نظر می‌رسد این است که قابل استناد نبودن عقد در برابر اشخاص ثالث با امکان استناد به آن در برابر دو طرف عقد منافات ندارد. زیرا، حکم قانون‌گذار نسبت به بطلان یا عدم قابلیت استناد به عقد در برابر ثالث مجازی و مبتنی بر این فرض حقوقی است که «پنهان‌کار حيله‌گر است و قصد اضرار به دیگران را دارد». احتمال دارد این فرض خلاف واقع باشد، ولی قانون‌گذار، در مقام مصلحت‌اندیشی است نه اصابت به واقع. به همین جهت نیز خلاف فرض را نمی‌پذیرد و قابل اثبات نمی‌داند. بنابراین، فرض حقوقی را باید تنها در موضوع خاص خود اجرا کرد و آن را به لوازم عقلی و عرفی گسترش نداد. درست است که لازمه عقلی بطلان عقد در برابر دیگران این است که امر باطل از سوی آنان نیز قابل استناد نباشد، ولی حکم مجازی «بطلان عقد در برابر دیگران» شامل این لازمه عقلی نمی‌شود و به هنگام استناد اشخاص ثالث به عقد، موضوع تابع قواعد عمومی است. پس، در جایی که قانون‌گذار حکم بطلان یا عدم قابلیت را به «مقابل اشخاص ثالث» اختصاص داده است، عقد از سوی اشخاص ثالث و به سود آنان قابل استناد است. برای مثال، اگر استناد به عقد پنهانی که از اختیار قائم مقام تجارتي کاسته است به سود معامله‌کننده یا با او باشد، می‌تواند از آن استفاده کند و ابطال معامله‌ای را که خارج از صلاحیت قائم مقام بوده است بخواهد.

* اثبات عقد پنهانی

گفته شد عقد پنهانی باید شرایط صوری اعتبار را دارا باشد. بنابراین مواردی که انتقال ملک یا حقی منوط به تنظیم سند رسمی است (مانند انتقال املاک ثبت شده یا انتقال سرقفلی) موضوع عقد پنهانی واقع نمی شود و بایستی با سند رسمی و آشکارا انجام پذیرد.

در مواردی که اثبات عقد موکول به تنظیم سند رسمی است، مانند انتقال املاک و شرکت و صلح و هبه (مواد ۴۶ تا ۴۸ ق. ث). اثبات عقد پنهانی که موضوع آن یکی از اعمال حقوقی یادشده است. به دشواری امکان دارد. زیرا، شهادت و اماره و حتی اسناد عادی در دادگاه پذیرفته نمی شود و تنها سند رسمی یا اقرار می تواند وجود عقد را ثابت کند. [پهن اقرار، قوی تر از سند است].

با این که مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۰۸ ق. م. درباره محدود بودن نیروی اثباتی شهادت در اصلاح سال ۶۱ حذف شده است، هنوز هم در جایی که عقد آشکار در سندی معتبر آمده است اثبات عقد پنهانی با شهادت امکان ندارد. زیرا، در ماده ۱۳۰۹ ق. م. آمده است: در «مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی گردد».

* گاه بطلان عقد، جزئی و شامل پاره ای از ارکان و شروط عقد می شود. بخش هایی که با قصد واقعی و عقد پنهانی تعارض دارد همانند شاخه ای مصنوعی از عقد حذف می شود تا جای خود را به واقعیت پنهان شده بدهد. برای مثال در موردی که بهای واقعی پوشیده می ماند و در عقد وانمود شده گزاف تر یا پایین تر می آید، عقد اصلاح می رود و دادوستد با بهای واقعی انجام می گردد، زیرا آنچه بعد از اصلاح باقی می ماند، با عقد پنهانی منطبق است.

گاه هم که عقد وانمود شده حيله ای است برای تقلب نسبت به قانون و انجام دادن کاری ممنوع عقد ظاهر و پنهان هر دو باطل است: برای مثال اگر بیع شرط وسیله گرفتن ربا و ربح گزاف قرار گیرد، نه تنها اثری در انتقال ندارد، ممنوع را مباح نمی سازد.

با وجود این، سرپوش بی محتوا می تواند گاه به عنوان لباس عقد پنهانی به کار آید و وسیله نفوذ و اثبات آن قرار گیرد: فرض کنیم برای پوشاندن طبیعت عقد هبه، دو طرف آن را در سند رسمی «بیع» وانمود کنند. می دانیم که هبه نامه باید با سند رسمی باشد وگرنه در دادگاه پذیرفته نمی شود (م. ۴۸ ق. ث.). در آن فرض، هبه با سند رسمی اعلام نشده و بیع نیز به صورت بی معنی است. پس، می توان گفت: «بیع باطل و هبه غیر قابل اثبات است. ولی، این راه حل خشن با روح اصل صحت در قراردادها مخالف می نماید. زیرا، آنچه در سند رسمی اعلام شده هبه ای است که زیر سرپوش بیع قرار گرفته و چهره ای دیگر پیدا کرده است. و عقد پنهانی وصف واقعی آن عمل را نشان می دهد. بنابراین، از جمع اراده واقعی و اعلام نادرست است که می توان هبه ای نافذ را اثبات کرد.

در مواردی که عقد پنهانی در برابر شخص ثالث قابل استناد یا معتبر نیست، در حقوق ما نیز می توان نتیجه گرفت که دو طرف پایبند به عقد وانمود شده هستند، مگر اینکه به دلایل دیگر ثابت شود عقد صوری است و طرفین قصد انجام دادن هیچ معامله ای را نداشته اند. ولی، گذشته از این موارد استثنایی، پای بند ساختن دو طرف به عقدی که باطل است، هر چند در برابر اشخاص ثالث، خلاف اصول حقوقی است و نیاز به حکم خاص قانون گذار دارد.

استفاده از مسئولیت مدنی دو طرف قرارداد، نه تنها هیچ اصلی را نقض نمی کند، می تواند به گونه ای بکار رود که آثار نیرنگ را خنثی کند. به موجب ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹، دادگاه می تواند طریقه و کیفیت جبران خسارت را، با توجه به اوضاع و احوال قضیه، معین کند. یکی از راه های جبران خسارت این است که مسئولان به عقد وانمود شده ملتزم شوند و ناگزیر از تحمل آثار آن باشند. اتخاذ این تصمیم، برای دادگاه های ما که عادت کرده اند خسارت را به وسیله پول جبران کنند، سنگین می نماید. ولی، برای چیره شدن به دشواری های اجتماعی و تازه نگاه داشتن حقوق کهن این نیاز وجود دارد که گاه عادی خرق و سستی شکسته شود.

* اثر عقد نسبت به اشخاص ثالث

م. ۲۳۱ ق.م: « معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶ ». در تفسیر ماده ۲۳۱ باید پذیرفت که مقصود «اثر مستقیم عقد» است که موضوع قصد مشترک دو طرف قرار می گیرد: عقد، دیگران را مدیون و طلبکار و مالک و مأذون نمی کند لیکن بایستی وجود و آثار عقد بین دو طرف و نتایج قهری و اجتماعی این رویداد را بپذیرند.

در این قلمرو محدود نیز اصل نسبی بودن اثر قراردادها بدون استثناء نمانده است. در بعضی موارد، اثر مستقیم عقد دامن گیر اشخاص ثالث می شود و کسانی که در انعقاد آن دخالتی نداشته اند، در اثر عقد، طلبکار، بدهکار یا مالک می شوند. با استقراء در قوانین، این موارد را می توان به عنوان استثنای بر ماده ۲۳۱ نام برد.

(۱) تعهد به نفع شخص ثالث

(۲) معامله به مال غیر یا فضولی و نیز اداره فضولی مال غیر

(۳) عقود جمعی

:: تعهد به نفع شخص ثالث ::

یکی از نویسندگان حقوقی [= دکتر لنگرودی] چنین پنداشته است که از ماده ۱۹۶ ق.م. می توان قاعده ای بدین مضمون استخراج کرد که اراده متعهد قادر است بدون نیاز به قرارداد نیز به سود اشخاص حق ایجاد کند ولی، در حقوق ما این نظریه پذیرفته نشده است یا دست کم از امکان تعهد به سود ثالث نمی توان چنین نتیجه ای را به دست آورد: در ماده ۲۳۱ ق.م. تعهد به نفع شخص ثالث اقدامی استثنایی است که تنها در قالب ویژه خود نفوذ دارد. در ماده ۱۹۶ هم فرض حالتی شده است که دو طرف ضمن معامله ای که می کنند التزامی به سود بیگانه بر عهده می گیرند. * همه نمونه های قانونی این نهاد نیز در قالب قرارداد ارائه شده است (ماده ۷۶۸ ق.م. و عقد بیمه) * بنابراین، باید پذیرفت که ایجاد تعهد به سود ثالث نیاز به یک پایه قراردادی دارد و به طور مستقل و از راه ایقاع (اراده متعهد) ممکن نیست و چنان که یکی از مؤلفان فرانسوی پیشنهاد کرده است، اصطلاح قرارداد به سود ثالث «مناسب تر» از «تعهد به سود ثالث» است.

در تعهد به نفع شخص ثالث، سبب دین تراضی طرفین قرارداد اصلی است و قبول ثالث (طلبکار) هیچ نقشی در ایجاد آن ندارد.

بدین ترتیب، در تعریف تعهد به نفع شخص ثالث می توان گفت: «نهادی است که به دو طرف قرارداد امکان می دهد، درحالی که برای خود معامله می کنند تعهد به سود ثالث ایجاد کنند».

قید «درحالی که برای خود معامله می کنند» برای این است که اگر متعهد له نماینده دیگری باشد و تعهد برای او باشد، نباید آن را «تعهد به سود ثالث» دانست. زیرا، ذی نفع به وسیله نماینده خود در قرارداد دخالت داشته است. در ماده ۱۹۶ ق.م. نیز تصریح شده است: «... ضمن معامله ای که شخص برای خود می کند» و نشان می دهد که معامله نباید برای دیگری باشد. با وجود این، دو طرف ممکن است نماینده دیگری (غیر از منتفع) باشند. پس، آنچه اهمیت دارد این است که حق به نمایندگی تحصیل نشود و صاحب آن نسبت به عقد اصلی «ثالث» باشد.

قانون مدنی در این مورد ناقص است و جز در مورد امکان این تعهد، هیچ حکم صریحی ندارد. در فقه نیز «شرط به سود ثالث» سابقه چندان روشنی ندارد و پیشینه قانون مدنی کمکی به ما نمی کند. قانون بیمه نمونه سنتی برای رفع این نقص است.

[قانون مدنی ساکت؛ زمینه فقهی مبهم؛ فقط قانون بیمه را داریم که آن هم کفایت نمی کند؛ پس باید از منطق حقوقی و نیازهای عملی کمک بگیریم]

* تعهد به سود ثالث یکی از انواع التزام به سود دیگران است که در پیوند قراردادی نقشی کم و بیش اساسی دارد و در واقع التزام یکی از دو طرف در برابر دیگری است.

*تعهد به سود ثالث به طور معمول در چهره «شرط ضمن عقد» ظاهر می شود؛ ماده ۱۹۶ ق.م. نیز همین فرض را مطرح می کند. اما نباید پنداشت که «تعهد به سود ثالث» تنها به صورت شرط ضمن عقد یا تعهد تبعی و فرعی امکان دارد؛ بلکه به طور مستقل نیز می تواند مطرح شده و عوض اصلی قرار گیرد. مانند بیمه:

مهم ترین عقدی که بر پایه «تعهد به سود ثالث» بنیان گذارده شده «بیمه» است. در این عقد، تعهد به سود ثالث یکی از دو عوض معامله است و چهره فرعی و تبعی ندارد، قانون مدنی هم در ماده ۷۶۸ صلحی را پیش بینی کرده که تعهد به سود ثالث عوض مال صلح قرار گرفته است. در این ماده آمده است: «در عقد صلح ممکن است یکی از طرفین، در عوض مال الصلحی که می گیرد، متعهد شود که نفقه همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تأدیه کند. این تعهد ممکن است به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود».

در بیمه عمر هم بیمه گذار همیشه نفع معنوی در اجرای تعهد بیمه گر دارد و نمی توان ادعا کرد که عوض را او می دهد و معوض را دیگری می برد.

[البته استار در عقد ضمان، ضمن معوض دانستن عقد ضمان، معتقد است که لزومی ندارد عوض را کسی ببرد که معوض را می دهد؛ بلکه ممکن است عوض را ثالث ببرد].

بنابراین باید پذیرفت که «تعهد به سود ثالث» می تواند نقش شرط را در معامله اصلی داشته باشد یا عوض آن قرارداد باشد و در هر دو حال الزام آور است.

انتقال تعهد نیز در حکم ایجاد آن است. پس، اگر در قرارداد صلحی شرط شود که مصالح طلبی را که از دیگری دارد به ثالث انتقال می دهد، باید آن را مشمول ماده ۱۹۶ ق.م. دانست. همچنین است اسقاط تعهدی که بر ذمه ثالث است و طلبکار ضمن قراردادی که با دیگران می بندد سقوط آن را شرط می کند. منتها، در این فرض، نفوذ اراده طلبکار نیازی به پایه قراردادی ندارد و به اراده او واقع می شود؛ به بیان دیگر، «ابراء» در حقوق ما ایقاع است و طلبکار می تواند بدون نیاز به رضای بدهکار یا انعقاد پیمان با دیگری، از حق خود به اختیار صرف نظر کند. (م. ۲۸۹ ق.م.)

سوال: آیا انتقال ملکیت نیز در قلمرو ماده ۱۹۶ قرار می گیرد یا تابع قواعد عمومی است؟

برای مثال، آیا دو طرف قرارداد می توانند شرط کنند که اتومبیل یکی از آن دو به فرزند دیگری انتقال یابد یا سهام شخص ثالث در برابر یک میلیون ریال از آن یکی از دو طرف باشد؟

پاسخ: در مورد انتقال های معوض پاسخ روشن است، زیرا تحقق شرط تنها به سود ثالث نیست، به زیان او نیز هست؛ در برابر تملک عوض باید معوض را هم بدهد و این دو چنان به هم ارتباط دارد که باید گفت، اشتراط بر معامله معوض با ثالث حاوی تعهد به زیان او است و مشمول ماده ۱۹۶، که ویژه تعهد های به سود ثالث است، نمی شود.

ولی، درباره انتقال رایگان مال، شرط تملیک رایگان به سود شخص ثالث تابع قواعد عمومی و در حکم ایجاب

هبه به سود او است که پس از قبول متب «و قبض» آن تحقق می یابد و برای واهب قابل رجوع است؛ یا اگر

مقصود دو طرف قرارداد این باشد که تملیک با تراضی تحقق یابد، باید آن را هبه فضولی شمرد که با رضای متب

نفوذ حقوقی می یابد. (ماده ۶۷۴ ق.م.).

نکاح نیز در قلمرو ماده ۱۹۶ قرار نمی گیرد و جز با تراضی زن و شوهر واقع نمی شود. پس، نکاح با شخص ثالث به صورت شرط نتیجه قابل تحقق نیست. به ویژه که برای او تعهد هایی نیز به بار می آورد و به زیان ثالث است. [ولی با طرف قرارداد می توان نکاح را به صورت شرط نتیجه انجام داد؛ ضمناً در آزمون های حقوقی، نکاح را در حقوق ایران یک عقد رضایی می دانند].

تفاوت‌های عقد حواله و تعهد به سود ثالث:

- ۱- حواله عقدی است مرکب از دو عمل حقوقی ادغام‌شده: نخستین تراضی بین محیل و طلبکار او در باب انتقال دین، تراضی دوم میان محیل با بدهکار خود (محال‌علیه)؛ ولی تعهد به سود ثالث عملی است بسیط و رضای ثالث در این راه سهم سازنده ندارد.
- ۲- نتیجه ترکیب دو عمل حقوقی انتقال دین و طلب در حواله این است که عقد با دو قبول واقع می‌شود (ماده ۷۲۵ ق.م.)، در حالی که عقد مبنای تعهد به سود ثالث با یک ایجاب و قبول واقع می‌شود و آثار خود، از جمله التزام به سود ثالث، را بجا می‌گذارد.
- ۳- حواله وسیله پرداخت دین است (ماده ۷۲۶ ق.م.)، ولی تعهد به سود ثالث به طور معمول وسیله احسان. گاه نیز طرف قرارداد با تحصیل تعهد به سود ثالث دین خود را به او می‌پردازد، ولی وجود این دین از ارکان عقد نیست و ممکن است وجود نداشته باشد.

* قرارداد برای دیگری

«تعهد به نفع ثالث» را از «قرارداد برای دیگری» باید بازشناخت: در تعهد به نفع شخص ثالث، دو طرف برای خود معامله می‌کنند ولی ضمن آن تعهدی به سود بیگانه می‌شود، خواه به صورت شرط (تعهد تبعی) باشد یا تعهد اصلی. لیکن، در قرارداد برای دیگری، مقصود این است که معامله برای بیگانه باشد و یکی از دو طرف با او (= بیگانه) پیمان ببندد. این گونه معامله‌ها بر دو قسم است:

۱- تراضی درباره ایجاد وعده قرارداد؛

۲- قرارداد فضولی؛

توضیح مورد نخست: گاه دو طرف با هم در ایجاد وعده قرارداد با دیگری تراضی می‌کنند: برای مثال، در قرارداد که بین شهرداری و مؤسسات تولید برق بسته می‌شود. موسسه به عهده می‌گیرد که به شهروندان داوطلب با نرخ و شرایط معین نیروی برق بدهد. این قرارداد حاوی وعده‌ای به سود شهروندان است که با قبول این وعده طرف قرارداد با موسسه می‌شوند. بیش از آن هیچ تعهدی به سود داوطلبان احتمالی درباره تأمین برق به وجود نمی‌آید، ولی این اختیار به وجود می‌آید که وعده عمومی را بپذیرند و با این اقدام، طرف قرارداد شوند.

* قرارداد حمل و نقل (م. ۳۸۳ و ۳۸۴ و ۳۹۰ ق.ت.) گاه برای گیرنده بسته می‌شود تا در صورت قبول مجموعه حقوق و تکالیف ناشی از آن درباره خود بپذیرد و ساختمان حقوقی آن با «شرط به سود ثالث» که ویژه سود است نه تعهد و نیاز به قبول ندارد، منطبق نیست.

* انعقاد و اعتبار تعهد به نفع ثالث:

ماده ۱۹۶ ق.م. از قواعد عمومی قراردادهاست. بنابراین، نمی‌توان ادعا کرد که امکان تعهد به سود ثالث ویژه صلح و هبه و دیگر عقود رایگان است.

ولی، این ماده ناظر به صورتی است که تعهد در آن چهره تبعی و فرعی دارد و، به بیان دیگر، شرط ضمن معامله اصلی است که بین دو طرف واقع می‌شود. آنچه تعهد به سود ثالث را به عنوان عوض اصلی، می‌پذیرد، عقد بیمه و صلح است. پس، این سوال مطرح می‌شود که آیا تنها شرط به نفع ثالث از قواعد عمومی است و تعهد اصلی در جایی امکان دارد که به آن تصریح شود، یا از جمع قوانین می‌توان نتیجه گرفت که تعهد به سود ثالث، در هر دو شکل خود، از قواعد عمومی است؟

پاسخ: در هر دو شکل تابع قواعد عمومی قراردادها است. منتها، باید افزود که هرگاه تعهد به سود ثالث عوض اصلی قرار می‌گیرد، تابع شرایط اساسی عوض در همان قرارداد است.

* موارد استفاده عملی از نهاد تعهد به سود ثالث:

۱- نمونه بارز استفاده از این نهاد، «بیمه عمر» است. در ماده ۲۴ قانون بیمه ۱۳۱۶ می‌خوانیم: «وجه بیمه که باید بعد از فوت پرداخته شود به ورثه قانونی متوفی پرداخته می‌شود، مگر این‌که در موقع عقد بیمه یا بعد از آن در سند بیمه قید دیگری شده باشد که در این صورت وجه بیمه متعلق به کسی خواهد بود که در سند بیمه اسم برده شده است». آنچه به وارثان می‌رسد به عنوان ترکه متوفی نیست؛ حقی است که به مناسبت مرگ مورث به سود آنان ایجاد می‌شود و به همین جهت مطابق قواعد ارث تقسیم نمی‌شود.

[در بحث بیمه عمر به طور کلی باید توجه داشت که این عقد در صورتی حاوی تعهد به نفع ثالث است که (از جمله) قصد بیمه‌گذار، ایجاد تعهد به سود ترکه نباشد.]

همچنین باید دانست بیمه‌گذار حق دارد تا آخرین لحظات عمر، ذینفع در سند بیمه عمر را تغییر دهد و حتی وجه بیمه را در شمار حقوق خود به دیگری منتقل کند (م. ۲۵ و ۲۶ قانون بیمه).

همچنین، ممکن است بیمه‌گذار مالی را به سود مالک آن بیمه کند و کافی است که بیمه‌گذار نسبت به بقای آن مال نفعی داشته باشد (ماده ۴ ق. ب.).

۲- بخشش‌هایی که به دیگری یا به نهادهای خیریه می‌شود و ضمن آن شرط به نفع ثالث می‌گردد.

از راه وقف نیز می‌توان به همین نتیجه (نفع ثالث) رسید: مالک می‌تواند به جای بخشیدن یا وصیت کردن مال خود به واسطه‌ای که مأمور به تصرف مورد نظر او می‌شود آن اموال را وقف کند و مصرف منافع آن را در راهی که مقصود او است معین سازد. [اما باید دانست نفع رساندن به ثالث از راه وقف، دیگر تعهد به نفع ثالث نیست و احکام این نهاد را نفاذ داشت. بنابراین مثلاً دانشجویی نمی‌تواند بر بنیادی که به منظور کمک به دانشجویان تأسیس شده است اقامه دعوا کند و کمک‌هزینه بخواهد.]

۳- ماده ۷۶۸ ق.م. تعهد به نفع شخص ثالث را در صلح معوض پیش‌بینی کرده است. این حکم نشان می‌دهد که تعهد ویژه عقود رایگان نیست و تسامح در صلح می‌تواند وسیله برقراری نفقه به سود ثالث و وراث ناشناخته و معدوم او قرار گیرد؛ چنان‌که در ماده ۷۶۹ آمده است: «در تعهد مذکوره در ماده قبل، به نفع هرکس که واقع شده باشد، ممکن است شرط نمود که بعد از فوت منتفع نفقه به وارث او داده شود». درحالی‌که احتمال دارد در آن هنگام منتفع دارای وارث نباشد یا دو طرف آگاه از آن نباشند.

۴- آوردن این نهاد در شمار قواعد عمومی قراردادها به حقوقدانان امکان می‌نهد که شرط ضمنی به سود ثالث را وسیله توجیه پاره‌ای از احکام مفید اجتماعی سازند. مسئولیت متصدی حمل و نقل در برابر جان و سلامت مسافران (تعهد ایمنی) به طور ضمنی به سود خویشاوندان و طلبکاران نفقه از آنان نیز شرط شده است و در نتیجه، آنان نیازی به اثبات تقصیر متصدی برای استفاده از این مسئولیت قراردادی ندارند.

۵- در قرارداد حمل و نقل که میان ارسال‌کننده و متصدی حمل و نقل بسته می‌شود به نظر مشهور شرطی به سود گیرنده کالا وجود دارد. بر مبنای همین شرط است که متصدی، متعهد به رعایت دستورهای گیرنده و تحویل کالا به او است. دعوای جبران خسارت از متصدی به وسیله گیرنده مسئولیت قراردادی است.

۶- پدری حساب پس‌انداز به نام کودک خود باز می‌کند اگر پدر به ولایت اقدام کند، نباید قرارداد را به سود ثالث شمرد. ولی، هرگاه او به نام خود حسابی به سود فرزند باز کند، از مصداق قرارداد به سود ثالث است. همچنین در موردی که شخص حساب اعتباری به سود دیگری باز می‌کند، یا پولی به حساب او می‌ریزد.

۷- مالکی خانه‌اش را به اجاره می‌دهد، سپس هنگام فروش خانه با خریدار شرط می‌کند که اجاره را تا مدتی ادامه دهد. [بیمه سودی]

برای ثالث (مستأجر) دارد... [۱]

* اگر تراضی انجام نشود یا موضوع آن معدوم یا مبهم باشد یا جهت آن نامشروع باشد، تعهد به سود ثالث نیز (خواه به صورت شرط باشد یا تعهد اصلی) باطل است: برای مثال، اگر بیمه عمر به سود معشوقه بیمه‌گذار و بدین منظور باشد که او را تشویق به ادامه رابطه نامشروع سازد تعهد به سود او باطل است. ولی این سوال باقی می‌ماند که آیا عقد بیمه به کلی باطل است و بیمه‌گر باید آنچه را به عنوان بیمه گرفته است بازگرداند، یا می‌توان گفت: چون عامل نامشروع در این پیمان توجه تعهد به سود معشوقه است، با بطلان این عامل فاسد مانند این است که بیمه عمر ذی‌نفع خاصی ندارد و سرمایه (وجه بیمه) باید به وارثان بیمه‌گذار داده شود؟ [پاسخ: اگر تعیین ذی‌نفع، جنبه اصلی داشته است، باطل و اگر فرعی بوده وجه بیمه باید به ورثه داده شود. چون در حالت دوم تعیین ذی‌نفع در حکم شرط نامشروع و باطل است که به اصل عقد سرایت نمی‌کند.]

می‌توان گفت در فرض سوال، در بیمه عمر تعیین ذی‌نفع جنبه فرعی دارد و در حکم شرط نامشروع است که بطلان آن به عقد سرایت نمی‌کند پس، اگر عقد بیمه در سرمایه‌گذاری به سوی هدفی آلوده متوجه شود، باید آن را قید آلوده را باطل شمرد و سرمایه اندوخته را به ورثه قانونی بیمه‌گذار پرداخت.

* از تابعیت تعهد به نفع ثالث از عقد اصلی چنین نتیجه می‌شود که:

۱- در صورتی شخص ثالث از آن سود می‌برد که دو طرف به صراحت قصد ایجاد تعهد به نفع ثالث را کرده باشند یا تراضی بر این مبنا قرار گیرد و کافی نیست که تعهد یکی از دو طرف قابلیت سود رساندن به دیگری را داشته باشد. به بیان دیگر، سودی که به شخص ثالث می‌رسد باید هدف قرارداد باشد نه اثر ساده آن. برای مثال، اگر مالک مزرعه‌ای با پزشکی قرارداد ببندد که هنگام بیماری یا بروز حادثه کارگران مزرعه را درمان کند، کارگران از قرارداد سود می‌برند. ولی، تعهد به سود آنان نیست و در نتیجه حق مطالبه از پزشک را ندارند. مگر اینکه از قصد طرفین خلاف آن استنباط شود.

۲- اگر نماینده شخصی که در قرارداد شرکت ندارد برای او تحصیل سود کند، نباید اقدام او را شرط به نفع ثالث پنداشت. برعکس، در مواردی که شخص برای وارثان خود تحصیل سود می‌کند (بیمه عمر) از مصداق‌های تعهد به سود ثالث است، مشروط بر اینکه قصد او ایجاد تعهد به سود ترکه نباشد.

برای تحقق «شرط به نفع ثالث» باید دو شرط فوق‌الذکر با هم جمع باشد: دو طرف قرارداد خواسته باشند که برای بیگانه‌ای حق به وجود آورند و به او اختیار دهند که به طور مستقیم به متعهد رجوع کند. این خواسته مشترک ممکن است به طور ضمنی از مفاد قرارداد استنباط شود، ولی در ضرورت آن نباید تردید کرد. در صورت ابهام، دادگاه باید قرارداد را تفسیر و قصد مشترک دو طرف را احراز کند [نه استتار به اصل عدم و...]. این تفسیر در موردی هم که شخص تعهدی را به سود وراثت خود تحصیل می‌کند، ضرورت می‌یابد. زیرا، باید دید آیا مقصود این است که به سود ترکه مالی تحصیل کند و وارثان به عنوان میراث از آن سود ببرند، یا خواسته است نفعی به سود شخص وارثان به دست آورد و حق به طور مستقیم برای آنان ایجاد شود. تنها در صورت اخیر است که باید شرط را به سود ثالث شمرد، چرا که وارثان قائم مقام مورث هستند و در واقع شخصیت او را ادامه می‌دهند.

از آنچه گفته شد، به خوبی برمی‌آید که تعیین مصرف وقف برای بنیادها تابع قواعد مربوط به تعهد به سود ثالث نیست. زیرا مؤسس نمی‌خواسته است که حقی به طور مستقیم به سود دیگران در برابر بنیاد ایجاد کند. برای مثال، دانشجویی نمی‌تواند بر بنیادی که به منظور کمک به دانشجویان تأسیس شده است اقدام دعوا کند و کمک‌هزینه بخواهد.

این نکته را باید افزود که گاه، قطع نظر از مفاد تراضی، قانون‌گذار به دلیل ارتباط نزدیک دو طلب، به طلبکاری حق می‌دهد که به مدیون بدهکار خود به طور مستقیم رجوع کند؛ چنان که در قانون بیمه اجباری وسایل نقلیه موتوری زمینی مصوب ۱۳۴۷ [که اکنون منسوخ شده] به شخص ثالثی که از فعالیت اتومبیل صدمه دیده است حق می‌دهد که به بیمه‌گر رجوع کند، در حالی که طرف قرارداد بیمه «دارنده» است نه ثالث. به طور معمول رجوع مستقیم را به وسیله «شرط به نفع ثالث» می‌توان توجیه کرد.

باید توجه داشت که هرچند تعهد به سود ثالث تبرعی باشد، نباید آن را در رابطه متعهد له و ذی‌نفع تابع عقد هبه قرارداد این نهاد تابع شرایط خاص خویش است و برای مثال، اثبات آن به سند رسمی نیاز ندارد [برعکس هبه‌نامه که نیاز به سند رسمی دارد] و حق رجوع از آن تابع قواعد هبه نیست و ایجاد حق برای ثالث منوط به قبول او نخواهد بود.

* اثر موقعیت تعهد در قرارداد

قاعده این است که موضوع تعهد هنگام تراضی موجود و معلوم باشد (مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ و ۴۶۱ ق.م.و.ا.، ولی، می دانیم که قانون گذار در موادی که عقد مبتنی بر احسان است و دو طرف قصد مسامحه دارند نه معامله، از سختگیری خود کاسته است. [مواردی که عقد مبتنی بر احسان و مسامحه است؛] برای مثال، ۱) می توان به مالی که احتمال وجود آن در آینده می رود وصیت کرد (ماده ۸۴۲ ق.م.و.ا. یا ۲- ضمان دینی را که اقتضای وجود آن فراهم آمده و هنوز بر ذمه مدیون قرار نگرفته است پذیرفت (ماده ۶۹۱ ق.م.و.ا. یا ۳- ضمان دینی را به عهده گرفت که مقدار و اوصاف و شرایط آن نزد ضامن مجهول است (ماده ۶۹۴ ق.م.و.ا. یا ۴- جعاله را بر عمل و اجرت نامعلوم مبتنی ساخت (مواد ۵۶۳ و ۵۶۴ ق.م.و.ا.، یا ۵- درباره دعاوی احتمالی و فرضی صلح کرد (مواد ۷۵۲ و ۷۶۶ ق.م.و.ا.).

وضع تعهد به سود ثالث، تابع موقعیت آن در قرارداد اصلی و رابطه متعهد له با ذی نفع است: چنانکه اگر در عقد بیع شرط شود که خریدار ثمن را به شخص ثالث بدهد، موضوع آن باید از حیث جنس و وصف و مقدار معلوم و معین باشد. * ولی، در مورد صلح، که مبتنی بر مسامحه و احسان است، موضوع تعهد می تواند نفقه آینده شخص ثالث باشد. همچنین، در فرضی که تعهد در موقعیت «شرط» قرار می گیرد، کافی است که موضوع آن قابل تعیین باشد.

* امکان تعهد به سود غیرموجود:

حق به معدوم تعلق نمی گیرد، بنابراین، شخص ثالثی که تعهد به سود او می شود باید موجود باشد، ولی، گاه طلب ثالث همراه با شروطی است که در آینده تحقق پیدا می کند (مانند تعهدی که پس از مرگ طرف قرارداد باید اجرا شود) و این سوال را مطرح می سازد که آیا شخص ثالثی که تعهد به سود او است باید هنگام قرارداد موجود باشد یا کافی است زمان اجرای تعهد به وجود آید؟ [پاسخ: کافی است در زمان اجرای تعهد (ایبار تعهد) موجود و دارای اهلیت تملک باشند؛ توبه شود که برای رد تعهد توسط ثالث، وی باید در زمان رد، اهلیت تصرف (نه تملک) داشته باشد.]

ولی، قیاس تعهد به سود ثالث با حق انتفاع و وقف و وصیت درست نیست و تفاوت عمده ای دارد. که گاه از نظرها دور می ماند. در اعمال حقوقی که مبنای قیاس (مقیس عنه) قرار گرفته است، صاحب حق طرف اصلی قرارداد است؛ در حالی که تعهد به سود ثالث ناشی از قراردادی است که بنا به فرض، دو طرف آن موجود هستند و شخص ثالث هیچ سهمی در ایجاد آن ندارد. به بیان دیگر، ایجاد حق در رابطه با ثالث در حکم ایقاع است و ضرورتی ندارد که صاحب حق هنگام انشاء ایقاع موجود باشد و کافی است در زمانی که طلب محقق می شود وجود داشته باشد. بدین ترتیب، در بیمه عمر، چون پیش از مرگ بیمه گذار ذی نفع هیچ طلبی از بیمه گر ندارد، می توان وارثان موجود یا آینده بیمه گذار را ذی نفع قرار داد. همچنین، ممکن است شرط به نفع شخصیت حقوقی در حال ایجاد باشد.

* در ماده ۷۶۹ ق.م.و.ا. نیز اجازه داده شده است که تعهد به انفاق، به تبع موجود، به سود ثالث معدوم برقرار شود.

اهلیت تملک ثالث نیز در زمانی شرط است که تعهد به سود او به وجود می آید. همچنین است اهلیت تصرف برای رد

تعهد، که تنها در زمان رد ضرورت دارد.

* بررسی امکان تعهد به سود نامعین [ممکن است اما بایر قابلیت تعیین را داشته باشد؛]

می توان گفت طلبکار باید قابلیت تعیین را داشته باشد. بنابراین، تعهد ممکن است به سود وارثان طرف قرارداد یا عنوانی مانند دانشجویان درس خاص باشد، بدون اینکه از شما وارثان و دانشجویان و نام آنان یادی شود.

برای مثال، چنان که گفته شد، بیمه عمر ممکن است به سود وارثان بیمه گذار برقرار شود، هرچند که هنگام قرارداد برای او و بیمه گر ناشناخته باشند (ماده ۲۴ قانون بیمه). حتی ممکن است تعیین ذی نفع در اختیار بیمه گذار [نه بیمه گر] قرار گیرد و او تا هنگام مرگ بتواند شخص مورد علاقه خود را طلبکار از بیمه گر سازد.

ماده ۲۴ قانون بیمه جایی برای این بحث باقی نمی گذارد و از لحن ماده ۲۴ و پیشینه آن نیز چنین برمی آید که اثر تعیین ذی نفع

از آغاز بیمه مؤثر است [نه از لحظه تعیین].

* تعهد بدون تعیین ثالث ذی نفع

تعهد اگر بدون تعیین ثالث صورت گرفت در دو فرض باید بررسی گردد: ۱- اگر در عقد بیمه باشد در هر حال به ورثه قانونی می‌رسد؛ البته به طور کلی بیمه‌گذار می‌تواند به نفع ترکه بیمه را بپذیرد. ۲- در غیر بیمه، شرط و تعهد باید به نفع طرف مقابل اجرا شود؛ نه اینکه شرط باطل باشد یا... .

در بیمه عمر، فرض این است که «ورثه قانونی»، ذی نفع آن هستند، (مگر اینکه بیمه‌گذار دیگری را معین کند. پس، اگر بیمه‌گذار تا هنگام مرگ از این اختیار استفاده نکند، یا برگزیده او وصف معهود را از دست بدهد یا به وجود نیاید (مانند این که به سود همسر خود بیمه کند و ازدواج نکند) یا معشوق خود را ذی نفع قرار دهد تا رابطه با او پایدار بماند، و در نتیجه وجه بیمه بدون صاحب باشد، باید آن را به ورثه قانونی او واگذار کرد.)

[مهم:] ورثه، این حق را به میراث نمی‌برند و به همین جهت سهم آنان برابر است.

در فرضی که بیمه بدون هیچ اعلامی [در فصوص تعیین ذی نفع] از سوی بیمه‌گذار باقی مانده یا اعلام او، به دلیل نامشروع بودن جهت یا عدم تحقق موضوع، نفوذ حقوقی پیدا نکرده است: در ماده ۲۴ قانون بیمه، بجای ترکه یا میراث بیمه‌گذار، آمده است که وجه بیمه عمر «به ورثه قانونی متوفی پرداخته می‌شود». چنان که گویی آنان ذی نفع در بیمه بوده‌اند. با قبول این نظر، هیچ‌گاه بدون ذی نفع نمی‌ماند و طلبکاران بیمه‌گذار نمی‌توانند از محل آن طلب خود را استیفا کنند و، چنانکه اشاره شد، وجه بیمه را ورثه به میراث نمی‌برند: حقی است که در نتیجه قرارداد بیمه به طور مستقیم عاید آنان می‌شود و باید به تساوی تقسیم کنند، درست همانند موردی که به صراحت ذی نفع قرار می‌گرفتند.

به هر حال، به نظر می‌رسد که در سایر مصداق‌های «تعهد به سود ثالث»، چون فرض ماده ۲۴ قانون بیمه در مورد «ورثه قانونی» وجود ندارد، هرگاه ثالث معین نباشد و بر مبنای مفاد عقد نتوان آن را معین ساخت، باید شرط را به سود طرف قرارداد اجرا کرد و از بطلان آن، که مخالف قصد مشترک طرفین است و تعادل قراردادی را بر هم می‌زند، پرهیز نمود: در قرارداد اصلی، متعهد له آن را به سود خود تحصیل کرده است و به خواست او تعهد به سود شخص ثالث برقرار می‌شود. پس، اگر او نخواهد یا نتواند ذی نفع را انتخاب و معین کند، تعهد باید به مرجع طبیعی خویش بازگردد، در حالی که بطلان تعهد تنها به سود متعهد تمام می‌شود و استفاده ناروایی است که بایستی از آن جلوگیری کرد.

آیا قبول ذی نفع در اعتبار تعهد اثر دارد؟ [فیر - توضیح:]

پاسخ این سوال را در قوانین نمی‌توان یافت، پس باید آن را وابسته به ماهیت «تعهد به سود ثالث» دانست:

- اگر تعهد به منزله پیشنهاد ایجاد حق به سود او تلقی شود، بیگمان وقوع تعهد منوط به قبول شخص ثالث است.

(این مورد اصلاً تعهد به نفع ثالث (در معنای اصطلاحی آن) نیست.)

- همچنین است اگر تراضی دو طرف درباره حقوق ثالث نسبت به او فضولی باشد. زیرا، در این فرض نیز رضای ذی نفع به تعهد اعتبار می‌بخشد و نفوذ آن را در دارایی او ممکن می‌سازد.

(این مورد نیز مانند مورد قبل، تعهد به نفع ثالث (در معنای اصطلاحی آن) نیست.)

برعکس، هرگاه امکان تعهد به سود ثالث استناد بر قواعد عمومی و از جمله قاعده نسبی بودن قرارداد، باشد و پذیرفته شود که حق در نتیجه تراضی به سود ثالث به وجود می‌آید، قبول او سهمی در اعتبار تعهد ندارد. حفظ استقلال شخص در برابر دیگران، حداکثر می‌تواند امکان ردّ حقی را که به وجود آمده است توجیه کند، ولی ضرورت وجود قبول او را در تحقق تعهد نمی‌رساند.

* طبق قواعد عمومی، مرگ و حجر طرف خطاب ایجاب پیش از قبول نیز مانع انعقاد قرارداد و سبب انحلال ایجاب می‌شود و وراثت نمی‌توانند به قائم مقامی مورث ایجاب را قبول کنند.

در قرارداد، ایجاب و قبول دو رکن برابر و سازنده است و هرگاه این برابری به سود ایجاب برهم خورد و قبول، نقشی فروتر یابد، تردید درباره ماهیت حقوقی عمل ایجاد می‌شود، خواه قبول کاشف از وقوع تعهد در گذشته باشد یا شرط متأخر آن.

* بنابراین، در هر مورد که سخن از عقد است، قبول، آخرین رکن انعقاد آن است و هیچ اثری پیش از آن به وجود نمی‌آید، مگر این که قانون خلاف آن را به طور صریح مقرر دارد یا اجرای قواعد آن ملازم با شناسایی وجود برزخی (میان عقد و ایقاع) باشد.

* راه حل این نیست که ادعا شود قبول منتفع شرط نفوذ ایجاب است، زیرا این ادعا را نمی‌توان به درستی توجیه کرد. برای سرایت دادن اثر عقد به گذشته خود می‌توان به مفاد تراضی استناد جست: نیروی اراده، همان‌گونه که می‌تواند در آینده اثر کند، توان نفوذ در گذشته را نیز دارد، مگر این که مستلزم تناقض‌گویی باشد. نمونه‌های این نفوذ را در مواردی که قبول کاشف از وقوع انتقال قرار می‌گیرد (مانند قبول در وصیت تملیکی بر مبنای تراضی) می‌بینیم.

* تفاوت‌های اداره فضولی و تعهد به نفع ثالث:

- ۱- در اداره فضولی، مدیر به نمایندگی از سوی غایب و محجور اقدام می‌کند. پس، قراردادی که می‌بندد، در واقع پیمان طرف قرارداد با اصیل است و او در آن میان نقش واسطه را دارد. به ویژه، بعد از امضای عمل فضولی، مدیر بایستی به کنار رود و متعهد و منتفع با هم روبرو شوند. در حالی که در تعهد به سود ثالث، مشروطه به نام و حساب خود اقدام می‌کند و در اجرای تعهد نفعی مادی یا معنوی دارد و می‌تواند الزام متعهد را از دادگاه بخواهد و، به طور خلاصه، «نماینده» ثالث نیست، طرف قرارداد است.
- ۲- مدیر فضولی می‌تواند مخارجی را که برای اداره کرده از مالک بگیرد (ماده ۳۰۶ ق.م.ا) در حالی که قرارداد به سود ثالث اقدامی است که مشروطه برای خود نیز انجام می‌دهد و نمی‌تواند از آن بابت مخارجی از ثالث بگیرد.
- ۳- مدیر فضولی نسبت به معامله‌ای که برای دیگری انجام می‌دهد بیگانه است و حق فسخ آن را در هیچ صورتی ندارد، ولی مشروطه قرارداد می‌تواند، در صورت تخلف از شرط و تعذر اجبار متعهد، آن را فسخ کند و دست‌کم در بعضی موارد، مانند بیمه عمر، منتفع را تغییر دهد یا با الغای شرط، نفع قرارداد را به خود بازگرداند.
- ۴- مالک به قراردادی که مدیر فضولی برای او می‌بندد پای بند است، چرا که قانون مدیر را در حکم نماینده می‌داند، در صورتی که تعهد به سود ثالث بر او تحمیل نمی‌شود و می‌تواند تعهد را رد کند. در تحلیل پیشنهاد شده نیز نفوذ تعهد منوط به رضای ثالث و تنفیذ اقدام فضول است و ایجاد الزام نمی‌کند. التزام ثالث، تعهد قراردادی است نه قهری، ولی التزام غایب و محجور در شمار ضمان‌های قهری است.

- ۵- در اداره فضولی، مالک توانایی اداره ندارد و تصرف برای دفع ضرر او لازم است، لیکن در تعهد به سود ثالث هیچ یک از این شرایط ضروری نیست. ممکن است ادعا شود که اداره فضولی محدود به شرایط ماده ۳۰۶ ق.م.ا نیست و شامل تمام مواردی می‌شود که شخصی بدون داشتن نمایندگی برای دیگری معامله می‌کند. ولی از این تفاوت مهم نباید غافل ماند که در سایر اعمال فضولی نفوذ معامله منوط به رضای مالک است، در حالی که در شرایط ماده ۳۰۶ اداره فضولی به حکم قانون نافذ است، هر چند که مالک آن را [بعداً] رد کند.
- ۶- در اداره فضولی، هر چند که هدف احسان و اقدام به سود مالک است، احتمال دارد تعهدی را نیز به عنوان عوض خدمات برای او ایجاد کند، در حالی که تعهد به سود ثالث شامل «التزام به زیان او» نمی‌گردد و از این حیث قلمرو محدودتری دارد. همه این ایرادها ناشی از این واقعیت است که اداره فضولی بر نظریه نمایندگی تکیه دارد و این در حالی است که در تعهد به سود ثالث، طلبکار، خود طرف معامله است و تعهد به سود او نیز هست.

در برابر این تفاوت اساسی دفاع شده است آثار قراردادی که برای ثالث بسته می‌شود اختلاطی از دو رابطه گوناگون است: میان تعهد و منتفع، مشروطه مدیر فضولی است و تعهد را به سود منتفع تحصیل می‌کند. ولی در ارتباط میان دو طرف قرارداد، اصیل است و می‌تواند اجرای تعهد را از مدیون بخواهد.

این دفاع، از جهت تحلیل دو رابطه ممتاز در قرارداد «به سود ثالث» موجه به نظر می‌رسد ولی آنچه فراموش شده این است که: هر دو رابطه ناشی از یک عمل حقوقی است که ما در پی تمیز آن هستیم. این عمل [و در کل، هر عمل حقوقی واحد] یک ماهیت بیشتر ندارد و نمی‌تواند نسبت به رابطه متعهد و منتفع «اداره فضولی» و نسبت به رابطه متعهد و طلبکار قرارداد عادی باشد.

* **متعهد [در تعهد به سود ثالث]** به حساب طرف خود در مقام اجرای تعهد برمی آید و می تواند هر دفاع را که در برابر او دارد نسبت به ثالث مورد استفاده قرار دهد. برای مثال [مهم]: «الف» مبلغی به «ب» وام می دهد و قرار می گذارند که بازپرداخت آن به «ج» باشد که اتمبیلی به «الف» (طلبکار) فروخته است. در این مثال «ب» می تواند به ایراد ناشی از وام (مانند گرفتن ربح مرکب) در برابر «ج» نیز استناد کند.

با وجود این، باید پذیرفت که ایجاد تعهد در رابطه با منتفع در حکم ایقاع است، زیرا در آفریدن حق نیازی به رضای او ندارد. منتها، این ایقاع خود نتیجه یک تراضی است و همه نیروی خود را از آن پایه قراردادی می گیرد. پس، نه ساختمان این نهاد [یعنی تعهد به نفع ثالث] بر امکان ایجاد تعهد به وسیله ایقاع مهر تأیید می زند و نه از مصداق های نظریه «ایقاع» به عنوان منبع تعهد به شمار می آید. آنچه حقیقت دارد این است که در رابطه با منتفع منبعی است در حکم ایقاع، بدین اعتبار که بدون رضای او حق ایجاد می کند و اصالت ماهیت آن نیز در همین نکته است.

امروز نسیه بودن اثر قراردادها آن احترام و قلمرو پیشین را ندارد و قانون گذار هر جا صلاح بداند آن را با احترام به کنای می نهد و راه خود را می پیماید.

* ایجاد حق به سود ثالث، به گونه ای که او بتواند به طور مستقیم به متعهد رجوع کند، تابع اراده و خواست مشترک طرفین قرارداد است. پس، اگر معلوم شود که آنان خواسته اند ایجاب قرارداد تازه ای را با ثالث انشاء کنند یا معامله فصولی برای او یا با مال او انجام دهند، باید قواعد ویژه آن اقدام را رعایت کرد، چنانکه در تملیک مال معین به سود ثالث به طور معمول مقصود انشاء ایجاب است.

* نکاتی پیرامون تعهد به نفع ثالث (نتیجه):

۱- در موردی که مفاد شرط به سود ثالث یا قراردادی برای او تملیک مال معین باشد، مانند این که در عقد بیع شرط شود که مالی از فروشنده به شخص خارجی تعلق یابد، این تملیک بدون رضای ثالث تحقق نمی یابد. چگونگی اثر این قبول تابع مفاد تراضی است:

اگر دو طرف خواسته باشند تملیک را به او پیشنهاد کنند، قبول، یکی از دو رکن آن است عقد دیگری از مجموع این ایجاب و قبول بسته می شود که اثر آن تملیک مال از سوی مالک به ثالث است. برعکس، اگر آنان خواسته باشند که عقد را برای او انجام دهند، معامله فصولی است و رضای ثالث نفوذ آن را نسبت به دارایی او ممکن می سازد و ملکیت از تاریخ عقد ایجاد می شود. معامله ای که برای ثالث انجام می شود ممکن است معوض باشد یا رایگان [و اگر رایگان و ظاهر در هبه بود، علاوه بر قبول ثالث، قبض هم لازم است]؛ زیرا فرض تحمیل هیچ تعهدی بدون رضا بر او نمی رود. پس، باید گفت این فرض مشمول ماده ۱۹۶ ق.م. قرار نمی گیرد و ماهیت قراردادی دارد.

۲- در موردی که تعهدی به سود ثالث می شود، خواه موضوع آن تملیک باشد [مثال ۱] یا انجام دادن فعل دیگر یا خودداری از انجام کار، تعهد با تراضی تحقق می یابد و طلب معهود به طور مستقیم برای ثالث ایجاد می شود. رضای ثالث هیچ نقشی در ایجاد یا استقرار حق به سود او ندارد و تنها می توان گفت، اگر آن را بپذیرد، دیگر نمی تواند رد کند.

در حقوق فرانسه، تا زمانی که ثالث تعهد را نپذیرفته است، مشروطه حق دارد تعهد را از آغاز آن از بین ببرد؛ در حقوق ایران اما چنین نیست، و پس از ایجاد حق به سود ثالث، مشروطه نمی تواند [به رفاه و من غیره]، حق ثالث را از بین ببرد؛ حتی تا زمانی که ثالث حق را رد نکرده است.

* قرارداد متضمن تعهد به نفع ثالث، ممکن است:

معوض باشد؛ مانند بیع (چنان که بر خریدار مالی شرط می شود که تمام یا بخشی از ثمن را به طلبکار فروشنده بپردازد یا علاوه بر ثمن، دیوار ملک همسایه را که فاصل میان مبیع و آن ملک است تعمیر کند). یا عقد احتمالی مانند بیمه (چنانکه در قرارداد بیمه شرط می شود که اگر کارگری در اثر حادثه بمیرد بیمه گر مبلغی به زن و فرزندان او بدهد). یا عقد صلح مانند اینکه مصالح از ادعای خود در برابر تعهد متصالح به انفاق فرزندان او تا سن رشد می گذرد.

همچنین ممکن است **عقدی رایگان** باشد؛ مانند اینکه شخصی اموال خود را به همسرش می بخشد و بر او شرط می کند که از مادر در مانده اش مواظبت کند یا مبلغی پس از فوت او به موسسه خیریه معین بدهد.

* شخص ثالث می‌تواند برای اجرای شرط متعهد رجوع کند مشروطه نیز این حق را دارد، ولی نه برای خود که احتمال تعارض با حق ثالث داشته باشد؛ او هم اجرای تعهد را به سود ثالث می‌خواهد و در کنار او است. نفع مشروطه در این دعوا انکارناپذیر است: گاه این نفع مالی و محسوس است، ولی در هر حال او نفع معنوی در اجرای تعهد دارد.

درست است که مشروطه از این دعوا سود مادی و مالی نمی‌برد، لیکن رضای خاطر او در تحقق آرمان‌هایش کم از سود بردن مادی نیست. در سوداگری‌ها چه رخ می‌دهد؟ آیا جز این است که منتفع از اندیشه تملک مقداری پول خوشنود می‌شود؟ این خوشنودی چه امتیازی بر آسودگی و شادمانی ناشی از احسان و خیر دارد و چرا حقوق باید این نفع را ندیده بگیرد؟

[مهم - توبه ویژه - حالتی که فقط طرف قرارداد می‌تواند اِجبار مشروط‌علیه را بفواهد و ثالث نمی‌تواند؛]

امکان مطالبه از سوی مشروطه تنها تکرار دعوای ثالث نیست و گاه اهمیت فراوان می‌باید و تنها ضمانت اجرای مؤثر حق ثالث است. برای مثال، در قراردادی که شهرداری ناحیه‌ای با موسسه تولید برق و به سود ساکنان آن ناحیه می‌بندد، اگر متعهد از اجرای آن خودداری کند، شهرداری می‌تواند به عنوان طرف قرارداد اجبار او را بخواهد. لیکن، در صورتی که او [= شهرداری] از این حق محروم بماند، باید یک سلسله دعوای کوچک با هزینه گزاف و نفع اندک اقامه شود و با دشواری‌های گوناگون و از جمله نداشتن نفع روبرو گردد. همچنین، در شرطی که به سود عناوینی مانند فقیران و آوارگان بر بنیادی می‌شود، اقامه دعوای اجبار تنها به وسیله مشروطه امکان دارد [نه ثالث].

* گذشته از امکان رجوع مستقیم مشروطه و درخواست اجرای تعهد استفاده از وسایل غیر مستقیم متعارف در قراردادها نیز منعی ندارد. بنابراین:

(۱) مشروطه می‌تواند چنانچه اجرای تعهد کفه متقابل و عوض التزام او باشد، از انجام دادن آن خودداری کند (ماده ۳۷۷ ق.م.). یا در صورت تعدّر اجبار متعهد، قرارداد را فسخ کند و آنچه در عوض شرط داده است (مانند اقساط بیمه پرداخته شده) بازستاند. (۲) هرگاه به منظور اجبار متعهد به اجرای قرارداد وجه التزامی معین شده باشد، مشروطه می‌تواند آن را مطالبه کند، خواه ناشی از تأخیر یا عدم انجام تعهد باشد. ظاهر این است که وجه التزام به سود او معین می‌شود، مگر این که از مفاد قرارداد یا اوضاع و احوال چنین برآید که به سود شخص ثالث و بدل اجرای تعهد است که در این فرض مطالبه مشروطه نیز برای او است [یعنی مشروطه باز هم می‌تواند مطالبه وجه التزام کند اما نه برای خود، بلکه برای ثالث].

(۳) مشروطه می‌تواند خسارت ناشی از عدم انجام تعهد به خود را از ملتزم بخواهد؛ ولی درباره زیان وارد شده به منتفع، [نظر استاد کاتوزیان:] مشروطه حق ندارد خسارت وارد به شخص ثالث را مطالبه کند، زیرا از او نمایندگی ندارد و در این دعوا ذی‌نفع نیست. اما بر اساس نظر دیگر [که استاد، مخالف آن است:] مشروطه در این مطالبه نیز نفع معنوی دارد و خسارت، بدل و معادل انجام دادن تعهد است.

* شرط ضمنی به سود مشروطه

در قراردادی که تعهد به نفع شخص ثالث در آن آمده است، این شرط ضمنی وجود دارد که اگر منتفع آن را رد کند یا به دلیلی معلوم نگردد یا نتواند مالک حق شود، تعهد به سود مشروطه قرارداد اجرا گردد.

با وجود این، اگر در قرارداد تصریح شده باشد که تعهد تنها به سود ثالث قابل اجرا است یا از اوضاع و احوال و هدف قرارداد چنین برآید که تعهد از سوی مشروطه تحصیل شده و ملتزم نیز با توجه به شخصیت او در این امر شرکت داشته است، باید از این تراضی و خواست مشترک پیروی کرد.

* در ماده ۲۴ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ آمده است: «وجه بیمه که باید بعد از فوت پرداخته شود به ورثه قانونی متوفی پرداخته می‌شود، مگر اینکه در موقع عقد بیمه یا بعد از آن در سند بیمه قید دیگری شده باشد...» ملاک این ماده در سایر قراردادها که حاوی تعهد به نفع ثالث است، از حیث فرض اراده دو طرف در بقای تعهد، حتی در صورت تعدّر اجرای آن به سود ثالث، رعایت می‌شود.

قرارداد متضمن تعهد نفع به ثالث، قابل اقاله است، اما حق ثالث از بین نمی‌رود و پابرجا است؛ امکان ایجاد حق به سود ثالث با توانایی اسقاط آن ملازمه ندارد.

[به طور کلی اگر قرارداد متضمن تعهد به نفع ثالث، اقاله شود، حق ثالث از بین نمی‌رود اما در صورت فسخ، بطلان و انفساخ آن، حق ثالث نیز از بین می‌رود. البته در بطلان اصلاً حقی برای ثالث ایبار نشده که بفواید از بین برود...]

در مواد ۲۵ و ۲۶ قانون بیمه مصوب ۷ اردیبهشت ۱۳۱۶ به بیمه‌گذار حق داده شده است که ذی‌نفع در سند بیمه عمر خود را تغییر دهد یا وجه بیمه‌نامه را به دیگری منتقل کند. اگر این حق را مشروطه به تنهایی داشته باشد به یقین با تراضی متعهد، توان آن را دارد. پس تمام بحث بدین بازمی‌گردد که اختیار بیمه‌گذار یکی از موارد اعمال قاعده است یا استثنای بر آن و ویژه [بیمه] عمر؟ [ج: استثنا و ویژه بیمه عمر است. - توضیح:]

در بیمه عمر، فرض قانون‌گذار این است که دو طرف حقی نامستقر برای منتفع به وجود آورده‌اند، حقی معلق که بیمه‌گذار می‌تواند تا زنده است آن را فسخ کند و به دیگری واگذارد. پس بر مبنای این تراضی مفروض، قانون‌گذار، حق تغییر ذی‌نفع و انتقال وجه بیمه را برای بیمه‌گذار شناخته است و از آن نمی‌توان نتیجه گرفت که اختیار سلب حق از ثالث، قاعده عمومی این گونه تعهدها است: اختیار بیمه‌گذار چهره استثنایی دارد و شخصی است و طلبکاران او نمی‌توانند از این حق بهره‌مند شوند و حق به وراثت او نیز نمی‌رسد (مانند حق رجوع از وصیت برای موصی).

بنابراین اگر متعهد یا مشروطه نتواند حق منتفع را ساقط کند تراضی آن دو نیز چیزی بر این اختیار نمی‌افزاید و اقاله در آن بی‌اثر است. نیز، مشروطه نمی‌تواند با ابراء متعهد، حق منتفع را از بین ببرد و این اقدام تنها درباره حقوق خود او موثر است. منتفع می‌تواند بر طبق قواعد عمومی تعهدات از دادگاه یا اجرای ثبت (در صورت رسمی بودن سند) الزام بدهکار را بر وفای به عهد بخواهد و از بابت تأخیر یا عدم انجام تعهد خسارت بگیرد.

با وجود این، حق قابل مطالبه در صورتی برای ثالث ایجاد می‌شود که از مفاد قرارداد یا لوازم عرفی و قانونی آن برآید. گاه در قراردادی شرط می‌شود که طلب یکی از دو طرف به سود بیگانه‌ای اجرا شود، بدون اینکه او حق مستقلی پیدا کند. ثالث در این فرض، تنها منتفع است، نه طلبکار: برای مثال، شخصی دسته‌گلی می‌خرد و از گل فروش می‌خواهد که آن را به جشن عروسی دوست او ببرد؛ در این مثال، از خرید گل، بیگانه سود می‌برد ولی از فروشنده طلبکار نمی‌شوند و حق ندارد برای مطالبه به گل فروش رجوع کند. تعهد به تسلیم در برابر خریدار است که دو طرف، شیوه اجرای آن را به گونه‌ای تعیین کرده‌اند که دیگری از آن سود می‌برد. همچنین است موردی که در قرارداد برقراری حق ارتفاق می‌آید که زارعان ملک حق آب‌بردن از ملک دیگری را دارند، یا در هبه اموالی به بنیاد خیریه شرط می‌شود که در آیین نوروز، بنیاد به فقیران غذا بدهد (پاورقی: مثال دیگر: پزشکی استخدام می‌شود که کارگران کارخانه‌ای را معاینه و درمان کند. در این پیمان، حقی قابل مطالبه برای کارگران ایجاد نمی‌شود، هرچند که از آن سود می‌برند).

در این موارد «تعهد به نفع ثالث» به معنی فنی خود انجام نشده است. حقوقدانان سوئسی برای نمایاندن بیگانه از قرارداد و تفاوت آن با مواردی که به سود ثالث، حقی ایجاد می‌شود، چنین شرطی را «تعهد ناقص برای دیگری» گفته‌اند، در برابر تعهد کامل که جعل حق می‌کند.

* ایجاد حق به سود ثالث، او را در قرارداد شرکت نمی‌دهد و همچنان بیگانه است. پس ثالث (در هیچ حالتی) به عنوان تعذر وفای به شرط، حق فسخ قرارداد را ندارد، مگر اینکه دو طرف به او چنین اختیاری برای مدت معین داده باشند.

* چگونگی تعلق حق به ثالث تابع قرارداد است: اگر تعهد به سود شخص او باشد، حق با مرگ او پایان می‌پذیرد و هرگاه اجرا نشده باشد به وراثت نمی‌رسد. به طور معمول، در تعهدهای رایگان دو طرف به شخص منتفع نظر دارند، نه دارایی او. پس نمی‌توان ادعا کرد که با مرگ آن شخص، وارثان، حق را به میراث می‌برند، مگر اینکه در قرارداد خلاف آن تصریح شود. در م. ۷۶۹ ق.م. نسبت به شرط انفاق به دیگران در صلح آمده است که: «در تعهد مذکوره در ماده قبل به نفع هرکس واقع شده باشد، ممکن است شرط نمود که بعد از فوق منتفع به وراثت داده شود». لحن ماده می‌رساند که تعهد به انفاق، جنبه شخصی دارد، مگر اینکه خلاف آن شرط شود. ملاک این ماده را که مبتنی بر ظاهر است، در سایر تعهدهای رایگان می‌توان رعایت کرد.

برعکس، در جایی که اماره‌ای بر شخصی بودن تعهد موجود نیست، حق ثالث به عنوان میراث به بازماندگانش می‌رسد و آنان می‌توانند طلب مورث را به قائم‌مقامی مطالبه کنند.

[آفر نفهمیدیم اصل بر عدم انتقال به وراثت است، مگر به قرینه فلاف؛ با اصل بر امکان انتقال به وراثت است، مگر به قرینه فلاف...]

* اختیار ردّ حق توسط منتفع:

این اختیار با ایقاع بودن ایجاد حق نسبت به منتفع منافات ندارد و آن را با قبول در قراردادها نباید اشتباه کرد. امکان ردّ عمل انجام شده به آن وصف قراردادی نمی‌بخشد. بنابراین اختیار رد، منافاتی با ایجاد حق به سود ثالث و از زمان انعقاد قرارداد ندارد. دربارهٔ امکان ردّ حق، قانون حکمی ندارد، ولی این اختیار از اصول کلی به خوبی برمی‌آید. مشروطه نیز حقی بر انجام تعهد دارد که با ارادهٔ منتفع از بین نمی‌رود. پس ردّ حق، این نتیجه را می‌دهد که نفع طرف قرارداد تقویت شود و اختیار مطالبهٔ حق به سود خود را نیز پیدا کند، مگر اینکه از مفاد قرارداد خلاف آن استنباط گردد. (یعنی اگر ثالث رد کرد، تعهد باید به نفع مشروطه انجام شود).

* نتایج عملی ایجاد حق [به نفع ثالث] از زمان قرارداد:

۱- لزومی ندارد که منتفع در زمان انعقاد قرارداد، اهلیت تصرف داشته باشد، چراکه طرف قرارداد نیست؛ حق بدون دخالت او ایجاد می‌شود و اراده‌اش در تحقق تعهد هیچ اثری ندارد. دیدیم که وجود منتفع در زمان قرارداد نیز ضرورتی ندارد و کافی است که هنگام تحقق طلب موجود باشد. در همین زمان باید اهلیت تملک او مورد ارزیابی قرار گیرد.

۲- منتفع از زمان انعقاد قرارداد، طلبکار می‌شود و حق هیچ‌گاه به دارایی مشروطه نمی‌رود تا طلبکاران او حقی بر آن پیدا کنند.

۳- مرگ مشروطه و متعهد و منتفع، هیچ‌کدام مانع از جعل حق نمی‌شود و در صورت مرگ منتفع، وارثان او می‌توانند از اختیار رد استفاده کنند. زیرا فرض این است که حق را به میراث برده‌اند. [ظاهر اختیار رد در صورتی به ارث می‌رسد که اصل حق نیز به ارث رسیده باشد وگرنه قضیه، سالبه به انتفای موضوع است].

* در دعوای منتفع بر متعهد، خوانده می‌تواند ایرادهای ناشی از عدم نفوذ قرارداد را در برابر خواهان عنوان کند و آن را مستند بی‌حقی او قرار دهد:

۱- عدم اهلیت: در موردی که یکی از طرفین به دلیل حجر نتواند در برابر مشروطه و منتفع، ملتزم شود، عدم نفوذ یا بطلان قرارداد مانع از ایجاد حق به سود ثالث است و می‌توان گفت مقتضای ایجاد حق فراهم نمی‌آید.

۲- عیب اراده: اشتباه مؤثر متعهد یا اکراه وی به گونه‌ای که عقد را از اثر ببندازد، مانع ایجاد حق به نفع ثالث می‌گردد.

۳- جواز عقد و فسخ آن: در صورتی که تعهد به صورت شرط ضمن عقد جایز آمده باشد، متعهد می‌تواند با فسخ عقد جایز، خود را از تعهد برهاند. همچنین است در موردی که عقد به استناد یکی از خیارات، فسخ می‌شود.

۴- بطلان عقد؛

۵- عدم اجرای تعهد مشروطه: در اینکه آیا عدم اجرای تعهد خاص مشروطه در برابر متعهد باعث از بین رفتن تعهد به نفع شخص ثالث می‌شود یا در آن تأثیری ندارد، بین نویسندگان اختلاف وجود دارد: [دیدگاه استاد کاتوزیان]: عدم اجرای التزام متقابل شرط [نه تعهدهای فرعی] به متعهد حق می‌دهد که از اجرای شرط، خودداری کند (حق حبس)؛ زیرا در نظر طرفین، اجرای هر کدام از آن دو مشروط به اجرای دیگری است. همچنین است در جایی که اجرای تعهد متقابل، متعذر شود و متعهد ناچار از فسخ قرارداد گردد یا قرارداد، خودبه‌خود منفسخ گردد. بر همین مبنا نپرداختن وجه بیمهٔ عمر از سوی بیمه‌گذار به بیمه‌گر حق می‌دهد که از اجرای تعهد سرباززند.

[اشتباه نشود با م. «۳۶» قانون تأمین اجتماعی که مقرر می‌دارد: «...تأفیر کارفرما در پرداخت حق بیمه [کارگران] یا عدم پرداخت آن، افع مسئولیت و تعهدات سازمان [تأمین اجتماعی] در قبال بیمه‌شده نخواهد بود.» نیز ر.ک. م. «۱۴۱» قانون کار ۱۳۶۹]

* ولی عدم اجرای تعهدی که در قرارداد، شرط تحقق یا اجرای شرط به نفع ثالث نیست و عوض آن به شمار نمی‌آید، اثری ندارد. برای مثال، اگر در قرارداد فروش ملکی علاوه بر ثمن، بر خریدار شرط شود که جاده فرعی متصل به ملک فرزند فروشنده را اسفالت کند، تأخیر در تسلیم مبیع به خریدار، حق حبس تعهدی را که به سود ثالث است نمی‌دهد، چراکه این تعهد، جنبه فرعی دارد و در تراضی، عوض متقابل تملیک مبیع نیست، هرچند که در برانگیختن رضای بی‌گمان سهمی دارد.

* مشروطه هیچ تعهدی در زمینه تعهدی که به سود ثالث برقرار شده است ندارد. اجرای تعهد را نمی‌توان از او خواست یا از باب خسارت عدم انجام تعهد یا تأخیر در اجرای آن از او خسارت گرفت. همچنین منتفع نیز در برابر مشروطه تعهدی به گردن نمی‌گیرد و با او رابطه قراردادی ندارد.

با وجود این، نباید آن دو را بیگانه پنداشت و تعهد را در این رابطه بی‌اثر شمرد. این اثر در موردی که تعهد به قصد احسان به ثالث انجام می‌پذیرد با موردی که مشروطه در مقام وفای دین خود به او است تفاوت می‌کند:

۱- در فرضی که تعهد، رایگان است و به قصد احسان به منتفع انجام می‌شود، هرچند که تملک آن منوط به مرگ مشروطه باشد، نباید آن را تابع قواعد وصیت شمرد و اختیار مشروطه را محدود به ثلث دارایی کرد. برای مثال، اگر حق بیمه عمر که بایستی به منتفع پرداخته شود بیش از نیمی از میراث بیمه‌گذار باشد، وراثت او حق اعتراض بر آن ندارند و عمل حقوق نافذ است. زیرا حق بیمه به طور مستقیم از بیمه‌گر به منتفع می‌رسد و هیچ‌گاه به دارایی بیمه‌گذار نمی‌رود تا وراثت، حقی بر آن پیدا کند. این حق در زمان حیات بیمه‌گذار برای منتفع تحصیل شده است، هرچند که اجرای آن منوط به مرگ او باشد و بدان می‌ماند که بیمه‌گر ملکی برای دیگری بخرد تا پس از مرگ به او تسلیم شود.

* طلبکاران نیز حقی بر تعهد ندارند و نمی‌توانند آن را وثیقه عمومی مطالبات خود پندارند، زیرا گفته شد که تعهد تحصیل شده به دارایی او نمی‌پیوندد. با وجود این اگر معلوم شود که بدهکار در مقام حيله‌گری است تا با پرداختن وجهی کلان و نامتعارف، میزان قابل ملاحظه‌ای از دارایی خود را دور از استرس طلبکاران نگاه دارد، طلبکاران می‌توانند از این سوءاستفاده جلوگیری کنند. همچنین است درباره قراردادی که تاجر متوقف می‌بندد.

۲- در موردی که تعهد به قصد وفای به عهد مشروطه انجام می‌پذیرد، مانند اینکه خریدار ملکی با مستأجر خود شرط می‌کند که اقساط اجاره را به فروشنده بدهد، اجرای تعهد [نه انعقاد آن] در حکم وفای به عهد است و به همان اندازه که پرداخته می‌شود دین مشروطه را از بین می‌برد.

این فرض را با موردی که خریدار به دیگری حواله می‌دهد تا دین او به فروشنده را بپردازد نباید اشتباه کرد:

در حواله رضای طلبکار از ارکان عقد است و قبول آن باعث انتقال دین می‌شود و در حکم پرداخت است. ولی در تعهد به نفع ثالث، قبول طلبکار سهمی در ایجاد تعهد ندارد و انعقاد قرارداد در حکم پرداخت دین نیست. اجرای تعهد و پرداخت واقعی به طلبکار سبب برائت مشروطه می‌شود و دین تا این هنگام به جای خود باقی می‌ماند.

* هرگاه دو طرف قرارداد فریب خورده باشند و به اشتباه، ثالث را طلبکار فرض کنند، پرداخت به منتفع سبب می‌شود تا [از جمله:] مشروطه بتواند به عنوان ایفای ناروا آنچه را [که منتفع] گرفته است بازستاند.

* ایجاد حق به سود ثالث و امکان بر هم زدن آن با هم ملازمه ندارد. اگر بپذیریم که در نتیجه قرارداد، حق به طور مستقیم برای منتفع ایجاد می‌شود، باید قبول کنیم که مشروطه اختیار فسخ آن و اسقاط شرط را ندارد، مگر اینکه در عقد تصریح شود یا قانون و عرف آن را مباح بداند (مانند حق بیمه‌گذار در تغییر ذی‌نفع بیمه عمر): یعنی احراز شود که حق از آغاز به گونه‌ای متزلزل ایجاد شده است. در هر حال، قبول منتفع یا اعلام استفاده از تعهد، اگر رکن ایجاد حق نباشد، هیچ اثری در این راه ندارد.

* م. ۲۵ قانون بیمه ۱۳۱۶ مقرر می‌دارد: «بیمه‌گذار حق دارد ذی‌نفع در سند بیمه عمر خود را تغییر دهد، مگر آنکه آن را به دیگری منتقل ننماید...» و در این ماده نیز تفاوتی میان دو مرحله پیش از قبول ذی‌نفع و قبل از آن وجود ندارد.

* تعهد به نفع ثالث، اداره فصولی مال غیر و عقد فصولی از موارد تجاوز به قاعده نسبی بودن اثر قرارداد تلقی می‌شوند. قراردادهای جمعی نیز "در مواردی" چنین است. اما در مورد این‌گونه قراردادها که در آنها به طور معمول، گروهی به منظور رسیدن به هدفی مشترک «اتحادی» تشکیل می‌دهند باید قائل به تفکیک شد:

۱- جمع ایجادشده، واجد شخصیت حقوقی می‌شود؛

۲- جمع ایجادشده واجد شخصیت حقوقی نمی‌شود؛

در حالت اول، آثار پیمان‌های جمعی با اصل نسبی بودن قراردادها به طور معمول برخوردی ندارد؛ چراکه اشخاص طبیعی در آن دخالت نمی‌کنند و کثرت به وحدت می‌رسد.

در مورد حالت دوم که اتحاد ایجادشده، واجد شخصیت حقوقی نمی‌گردد بحث را با بررسی "قرارداد ارفاقی طلبکاران" و "قرارداد جمعی کار" که نمونه بارز این قراردادها است، پی می‌گیریم:

[البته معمولاً در آزمون‌ها «عقود جمعی» را به طور کلی و بدون تفکیک فوق، جزء استثنائات محسوب می‌کنند.]

* قرارداد ارفاقی:

مجمع طلبکاران فاقد شخصیت حقوقی است و ناچار قرارداد بایستی به اتفاق یا به اکثریت باشد. اعضای این گروه از پیش، به حکومت قانون اکثریت رضا نداده‌اند و ضرورت تصمیم‌گیری جمعی این قاعده را بر آنان تحمیل کرده است. ر.ک. م. ۴۸۹ ق.ت؛ بخش اول م. ۴۸۹ ق.ت. در تأیید اصل نسبی بودن قراردادها است. ولی از مفاد بخش دوم و اثر قرارداد ارفاقی نسبت به ورشکسته، نتیجه به دست می‌آید که لازمه آن تجاوز اثر عقد به ثالث (اقلیت طلبکاران) است:

۱- قرارداد ارفاقی سبب می‌شود که جریان توقف تاجر پایان پذیرد و او دوباره به زندگی تجارتي بازگردد. این نتیجه را اکثریت خواسته‌اند، در حالی که اقلیت به آن راضی نیست. با وجود این، قرارداد درباره همه طلبکاران اجرا می‌شود.

۲- «برابری طلبکاران بدون امتیاز» یکی از اصول مورد احترام در جریان ورشکستگی است. در مورد اشخاص عادی نیز طلبکاران هوشیارتر و چابک‌تر می‌تواند زودتر از دیگران به تأمین و وصول طلب خود بپردازد. ولی پس از امضای قرارداد ارفاقی، آنان که در اقلیت مانده‌اند از حق برابری یا رقابت آزاد با دیگران محروم می‌شوند. امضاکنندگان قرارداد در برابر احسانی که می‌کنند در این رقابت پیشی می‌گیرند و به حکم قانون، زودتر گلیم خویش از معرکه بیرون می‌برند.

* قرارداد جمعی کار:

قراردادهایی که سندیکای کارگران با سندیکای کارفرمایان یا یکی از آنان درباره شرایط عمومی کار می‌بندند، قرارداد جمعی کار نامیده می‌شود. این قراردادها بین نمایندگان عضو دو سندیکا بسته می‌شود. لیکن درباره همه اعضا اجرا می‌گردد.

بدین ترتیب که از آن پس، هر قرارداد کار که بین اعضای سندیکاها بسته می‌شود محدود به شرایط پیمان جمعی است و نباید آن را نادیده بگیرد و برای مثال، میزان دستمزد یا مرخصی کارگر را کمتر از حداقل مقرر در قرارداد جمعی معین کند: در توجیه این اثر بعضی به نظریه نمایندگی روی آورده‌اند: امضاکنندگان قرارداد یا سندیکا وکیل سایرین هستند یا مدیر اموال آنان به شمار می‌آیند. ولی بر آن ایراد شده است که در این صورت نماینده نباید مشمول قرارداد باشد، در حالی که قرارداد جمعی همه اعضا را پای‌بند می‌کند.

برای گریز از این اشکال، پیشنهاد شده است که قرارداد جمعی به «تعهد به سود ثالث» تحلیل شود: بدین تعبیر که سندیکا به سود کارگران پیمان می‌بندد و آنچه به دست می‌آورد برای آنان است. این تحلیل نیز شمول قواعد جمعی را چنان‌که در قوانین کار آمده است، تأمین نمی‌کند. چراکه سندیکا برای خود پیمان نمی‌بندد و اثر قرارداد نه‌تنها برای سندیکا [بلکه] برای کارفرمایان و کارگرانی هم هست که در آینده قرارداد کار امضا می‌کنند؛ هرچند که در آن زمان عضو سندیکا نباشند. پس به دشواری می‌توان آثار چنین قراردادی را با حاکمیت اراده و رضای متعهدان توجیه کرد. حکومت و گستره قواعد ناشی از پیمان‌های جمعی کار، بر اعضای سندیکاها بیشتر همانند حکومت قانون جمعی است که انشاء آن تنها صورت قراردادی دارد و به حقوق عمومی ارتباط می‌یابد. به همین جه آن را در شمار منابع حقوق نیز آورده‌اند.

پایان
والحمد لله

تدوین: گروه: امین قاسم‌پور - مهرماه ۱۳۹۴ - ویرایش: فروردین ۱۳۹۶
منبع اصلی: جلد سوم قواعد عمومی قراردادها مرحوم استاد دکتر کاتوزیان

خوانندگان محترم

جهت بیان نقطه نظرات خود و همچنین مبادلات و مشاوره علمی و درسی، می توانید از راه های زیر با نگارنده تماس حاصل فرمایید:

Email: Amin_Ghasempur@yahoo.com

Telegram: [@Amin_Ghasempur](https://t.me/Amin_Ghasempur)

آزمون وکالت ۱۳۹۵

درس	نام درس	(نمره خام) از صد
1	حقوق مدنی	63/33
2	آیین دادرسی مدنی	100/00
3	حقوق تجارت	71/66
4	اصول استنباط حقوق اسلامی	36/66
5	حقوق جزای عمومی و اختصاصی	46/66
6	آیین دادرسی کیفری	95/00



شماره پرونده	
شماره داوطلبی	
شماره ملی	
نام خانوادگی	قاسم پور
نام	امین
نام پدر	
سال تولد	
شماره شناسنامه	
جنس	مرد
سهمیه	ازاد
کانون	کانون وکلای دادگستری مرکز
نمره کل تراز نهایی	10251
رتبه در کانون و در سهمیه	31

توجه:

این جزوه در قالب «SECURED PDF» جهت انتشار در سایت اختبار و به منظور دسترسی رایگان ارائه شده است. تغییر یا ویرایش محتویات آن به هر نحو، همچنین هرگونه استنساخ و کپی برداری از آن به قصد سودجویی و یا بدون ذکر منبع:

شرعاً و قانوناً موجب ضمان است.