

# تشخیص معیار تبعیت در عقود تبعی و آثار آن در حقوق ایران، فرانسه و انگلیس

محمدحسن صادقی مقدم<sup>۱\*</sup>، رضا شکوهی زاده<sup>۲</sup>

۱. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران  
۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران

پذیرش: ۸۹/۱۰/۶

دریافت: ۸۹/۱/۱۶

## چکیده

در این مقاله سعی شده معیار حقوقی تبعیت عقود تبعی از تعهد پایه، در حقوق ایران شناسایی شود تا از این طریق، حدود تبعیت در عقود تبعی و مبنای آن مشخص گردد. در همین راستا، به دو نظریه عمده در خصوص مبنای تبعیت اشاره شده است: نظریات تبعیت ذهنی و تبعیت عینی. مطابق نظریه تبعیت ذهنی، علت و مبنای تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه آن است که طرفین عقد، این تبعیت را خواسته‌اند. بنابراین، حدود و آثار این تبعیت را نیز اراده ایشان مشخص می‌سازد. در مقابل، مطابق نظریه تبعیت عینی، علت تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه آن است که تعهد پایه، موضوع عقد تبعی قرار گرفته و این رابطه عینی و مادی بین عقد تبعی و تعهد پایه، باعث تبعیت کامل عقد تبعی از اوصاف و ویژگی‌های تعهد پایه می‌گردد. تعیین نظریه قابل پذیرش در حقوق ایران، دارای آثار متعددی است که مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

کلید واژه‌ها: عقد تبعی، تعهد پایه، معیار تبعیت، نظریه تبعیت ذهنی، نظریه تبعیت عینی

## ۱. مقدمه

منظور از عقد تبعی، عقدی است که موضوع آن تعهدی است که از قبل وجود دارد و عقد مورد نظر به تبع آن منعقد می‌گردد. مصداق اجلای چنین عقود، عقد ضمان است. انعقاد عقد ضمان منوط به

Email: mhsadeghy@ut.ac.ir

\* نویسنده مسئول مقاله:



آن است که قبلاً مضمون‌عنه به مضمون‌له مدیون باشد و یا در زمان انعقاد عقد ضمان، سبب این دین ایجاد شده باشد (ماده ۶۹۱ ق.م). البته مصادیق عقود تبعی محدود به عقد ضمان نیست، بلکه عقود دیگری همچون رهن، حواله، کفالت، بیمه مسؤ‌ولیت و... نیز از جمله عقود تبعی هستند.

عقود تبعی از جنبه های متعدد از تعهد پایه (یعنی تعهدی که موضوع این عقود است) تبعیت می‌کنند و اجمالاً این‌که انعقاد این عقود منوط به وجود تعهد پایه است. اثر این عقود با اثر تعهد پایه یکسان است، چرا که تعهد پایه موضوع این عقود است و اجرای عقود تبعی به منزله اجرای تعهد پایه است. انحلال این عقود نیز تابع انحلال تعهد پایه است. برای مثال، در عقد ضمان، با انحلال دین اصلی، مثلاً به دلیل تهاوتر طلب مضمون‌عنه از مضمون‌له با دین اصلی، عقد ضمان نیز منحل می‌گردد. شناخت این تبعیت در عقود تبعی مختلف، محتاج آن است که مبنا و معیار آن تشخیص داده شود. به تعبیر دیگر، معلوم گردد که آیا مبنای تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه، اراده طرفین عقد تبعی است، به این معنا که تبعیت عقد تبعی در انعقاد، آثار و انحلال از تعهد پایه، ناشی از آن است که طرفین عقد تبعی این گونه خواسته‌اند و یا آن‌که این تبعیت، ناشی از آن است که تعهد پایه، موضوع عقد تبعی قرار گرفته است. نظریه نخست را که تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه را ناشی از اراده طرفین می‌داند، «نظریه ذهنی»<sup>۱</sup> و نظریه مقابل را که این تبعیت را ناشی از آن می‌داند که تعهد پایه موضوع عقد تبعی قرار گرفته است، «نظریه عینی»<sup>۲</sup> می‌نامند.

تشخیص این‌که معیار و مبنای تبعیت کدامیک از این نظریات است، تنها جنبه نظری ندارد، بلکه آثار عملی متعددی بر آن مترتب است. در بحث از انعقاد عقود تبعی، پذیرش نظریه ذهنی، باعث می‌شود تا توافق طرفین عقد تبعی، بتواند موضوع عقد تبعی را بیش‌تر یا کم‌تر از تعهد پایه تعیین کند. این در حالی است که پذیرش نظریه عینی، متضمن آن است که موضوع عقد تبعی نتواند از موضوع تعهد پایه فراتر رود. در ادامه خواهیم دید که قوانین و رویه قضایی کشورهای مختلف، در موارد گوناگون، یکی از این نظریات را پذیرفته‌اند. در بحث آثار عقود تبعی نیز پذیرش نظریه عینی باعث می‌شود تا نحوه اجرای عقود تبعی و همچنین نتیجه اجرای آن‌که امکان مراجعه متعهد عقد تبعی به متعهد تعهد پایه است، تابع اراده طرفین باشد. در مقابل، مطابق نظریه عینی، اراده طرفین، تعیین‌کننده نحوه اجرای عقد تبعی نیست، بلکه

1. subjective theory  
2. objective theory

نحوه اجرای تعهد پایه از حیث زمان، مکان و سایر شرایط بر عقد تبعی تحمیل می‌گردد. از سوی دیگر، مطابق این نظریه، اراده طرفین تعیین‌کننده امکان مراجعه متعهد عقد تبعی به متعهد تعهد پایه نیست، بلکه صرفاً اجرای عقد تبعی، این حق را برای متعهد عقد تبعی ایجاد می‌کند، همچنانکه ماده ۲۰۲۸ قانون مدنی فرانسه، علم و جهل مضمون‌عنه به انعقاد عقد ضمان را در امکان مراجعه ضامن به مضمون‌عنه، پس از ایفای دین، بی‌اثر می‌داند. از سوی دیگر، در مقطع انحلال عقد تبعی نیز پذیرش هر یک از نظریات عینی یا ذهنی، آثار متفاوتی را در بر خواهد داشت؛ به این معنا که مطابق نظریه ذهنی، طرفین عقد تبعی می‌توانند توافق کنند که در فرض انحلال تعهد پایه نیز عقد تبعی به اعتبار خود باقی ماند، در حالی که مطابق نظریه تبعیت عینی، انحلال تعهد پایه الزاماً انحلال عقد تبعی را در پی خواهد داشت و توافق طرفین نمی‌تواند خلاف این امر را پیش‌بینی کند.

## ۲. معیار تبعیت

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

### ۲-۱. تبعیت ذهنی

منظور از تبعیت ذهنی آن است که مبنای تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه، اراده طرفین باشد و نحوه این تبعیت را در مقاطع انعقاد انحلال و آثار عقد تبعی، اراده طرفین معین کند. مطابق این نظریه، دلیل این‌که عقد تبعی بدون وجود تعهد پایه قابل انعقاد نیست، آن است که تعلق اراده طرفین به انعقاد عقد تبعی، معلق بر وجود تعهد پایه است. بنابراین، اگر مشخص شود که در زمان انعقاد عقد تبعی، تعهد پایه موجود نبوده، عقد به دلیل عدم وجود اراده واقعی طرفین باطل است. مطابق قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود»، در این فرض، اراده طرفین بر آن تعلق گرفته است که عقد تبعی صرفاً با وجود تعهد پایه منعقد گردد. حال با کشف عدم



وجود تعهد پایه، مطابق قاعده فقهی «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» آنچه واقع شده مورد قصد طرفین نبوده و عقد باطل محسوب می‌گردد. نتیجه منطقی نظریه ذهنی، آن است که طرفین عقود تبعی قادر باشند عقد را بدون وجود تعهد پایه نیز منعقد سازند. توضیح آنکه همان اراده‌ای که می‌تواند مبنای تبعیت قرار گیرد، می‌تواند این تبعیت را نیز منتفی کند. بنابراین، مطابق نظریه ذهنی، طرفین عقد ضمان می‌توانند پیش‌بینی کنند که حتی در فرض اثبات بطلان دین اصلی نیز تعهد ضامن به اعتبار خود باقی بماند. در حقوق انگلیس چنین توافقی را صحیح دانسته، عقد حاصل از آن را ضمان مستقل<sup>۱</sup> می‌نامند. [۸، ص ۳۶۸] علاوه بر این، مطابق این نظریه، طرفین می‌توانند پیش‌بینی کنند که تعهدات ضامن بیش از دین اصلی باشد. در خصوص تبعیت انحلال عقد تبعی از تعهد پایه نیز پذیرش نظریه ذهنی باعث می‌شود تا توافق طرفین عقد تبعی، نسبت به اعتبار عقد تبعی پس از انحلال تعهد پایه را معتبر بشناسیم. برای مثال، مطابق نظریه تبعیت ذهنی، طرفین عقد ضمان می‌توانند در این عقد پیش‌بینی کنند که تبدیل دین اصلی و یا حتی کشف بطلان آن نمی‌تواند باعث انحلال عقد تبعی گردد.

## ۲-۲. تبعیت عینی

مطابق نظریه تبعیت عینی، مبنای تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه آن است که تعهد پایه، موضوع عقد تبعی را تشکیل می‌دهد. بنابراین، بدون آن‌که اراده طرفین عقد تبعی، در اصل تبعیت و نحوه و شرایط آن دخالتی داشته باشد، موضوع تعهد پایه از حیث وجود، میزان و شرایط بر انعقاد، آثار و انحلال عقد تبعی تحمیل می‌گردد. مطابق این نظریه، دلیل وابستگی انعقاد عقد تبعی به وجود تعهد پایه، اراده طرفین عقد تبعی نیست، بلکه آن است که تعهد پایه موضوع عقد تبعی را تشکیل می‌دهد و عقد بدون موضوع باطل است، هرچند که اراده طرفین بر انعقاد چنین عقدی تعلق گرفته باشد. طرفداران این نظریه عنوان می‌کنند که سبب تبعیت عقد تبعی از تعهد پایه آن است که تعهد پایه موضوع عقد تبعی قرار می‌گیرد و اراده طرفین عقد تبعی تنها شرط این تبعیت است. به همین خاطر، اراده طرفین عقد تبعی، به‌تنهایی نمی‌تواند مبنای ایجاد و یا انتفای این تبعیت قرار گیرد. مطابق این نظریه، طرفین عقد ضمان نمی‌توانند بدون وجود دین اصلی، نسبت به انعقاد عقد ضمان توافق کنند؛ چرا که اراده ایشان، سبب تبعیت نیست تا

1. indemnity

همان‌گونه که در برخی موارد تبعیت را به وجود می‌آورد، در برخی موارد نیز آن را منتفی سازد. بنابراین، چنین عقدی باطل است. از سوی دیگر، مبنای انحلال عقد تبعی، در فرض انحلال تعهد پایه نیز اراده طرفین نیست تا همین اراده بتواند هر جا که خواست، این تبعیت را نفی و مقرر کند که انحلال تعهد پایه موجب انحلال عقد تبعی نمی‌گردد، بلکه انحلال تعهد پایه به صورت قهری باعث انحلال عقد تبعی می‌شود. دلیل این امر آن است که در این فرض، عقد تبعی موضوع خود را از دست داده، عقد بدون موضوع قهراً منحل می‌گردد، هرچند که طرفین عقد خواستار استمرار آن باشند.

### ۳. آثار معیارهای تبعیت

پذیرش هر یک از نظریات تبعیت ذهنی و عینی، آثار متفاوتی را در خصوص انعقاد، آثار و انحلال عقود تبعی در پی خواهد داشت. بنابراین، شایسته است تا آثار این معیارها را در هر یک از مقاطع انعقاد، آثار و انحلال عقود تبعی جداگانه مورد بحث قرار دهیم.

#### ۳-۱. آثار معیارهای تبعیت در انعقاد عقود تبعی

آثار نظریه‌های تبعیت عینی و ذهنی در مقطع انعقاد عقود تبعی، متعدد است، اما در این نوشته تنها به دو مبحث که بیش‌تر تحت‌تأثیر پذیرش یا عدم پذیرش هر یک از این نظریات است، خواهیم پرداخت. این دو مبحث عبارتند از تعیین طرفین (الف) و موضوع عقد تبعی (ب) به موجب یکی از این دو نظریه.

#### ۳-۱-۱. طرفین

مراد از طرفین در این مبحث، اعم است از اراده طرفین و حدود و قیود آن در انعقاد عقد تبعی و هویت طرفین؛ به این معنا که چه شخصی می‌تواند طرف عقد تبعی قرار گیرد. در این مبحث خواهیم دید که پذیرش هر یک از نظریات تبعیت ذهنی و عینی، چگونه تعیین‌کننده این امور است.

#### ۳-۱-۱-۱. تعلیق

یکی از مباحثی که در بحث از جایگاه اراده در عقود تبعی مطرح می‌گردد، تعلیق عقد تبعی



است. در این رابطه باید دانست که عقد تبعی همیشه معلق بر وجود تعهد پایه است. درست است که با ایجاد سبب تعهد پایه، عقد تبعی قابل انعقاد است، اما تا زمانی که تعهد پایه صحیحاً ایجاد نگردد، اثری بر عقد تبعی بار نخواهد شد. بنابراین، در فرض عدم ایجاد تعهد پایه، در هنگام انعقاد عقد تبعی، عقد تبعی دچار نوعی تعلیق موضوعی خواهد بود. منظور از تعلیق موضوعی آن است که عقد به دلیل وضعیت خاص موضوع خود، معلق باشد، بدون آن که طرفین معامله این امر را مستقیماً اراده کرده باشند.

در مقابل، تعلیق ذهنی عقود تبعی نیز ممکن است؛ به این معنا که اراده طرفین، عقد تبعی را معلق قرارداده باشد. البته تعلیق ذهنی عقود تبعی، همانند تعلیق در دیگر عقود، تنها در فرض تعلیق در منشأ صحیح است و تعلیق در انشا باطل محسوب می‌گردد. هم‌چنان‌که صدر ماده ۶۹۹ قانون مدنی عنوان می‌دارد: «تعلیق در ضمان مثل این‌که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است، ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد...». مثالی که در این ماده ذکر شده، یکی از مصادیق تعلیق در انشا است، چرا که ضامن، انعقاد عقد و ضامن قرار گرفتن خود را معلق بر عدم پرداخت دین توسط مدیون اصلی کرده است. اگرچه این ماده، مثال فوق را با قید «مثل این‌که» ذکر کرده و از این نحوه بیان، این امر به ذهن متبادر می‌گردد که مطلق ضمان معلق باطل است و نمونه‌ای که قانونگذار ذکر کرده، قابل مناقشه نیست، اما با توجه به ادامه ماده که تعلیق در التزام به تأدیه را که اثر اصلی عقد ضمان است، صحیح دانسته و با عنایت به قواعد عمومی قراردادها در رابطه با تعلیق در عقد، به نظر می‌رسد که قانونگذار تعلیق در ضمان را به طور مطلق، مبطل ندانسته است. به این ترتیب، برخلاف نظر برخی از حقوقدانان [۲، ص ۲۵۶] به نظر می‌رسد که قانونگذار تعلیق در عقد ضمان را همانند عقود دیگر تنها در فرضی موجب بطلان عقد می‌داند که تعلیق در انشا باشد، اما تعلیق در منشأ در عقد ضمان صحیح است. به این ترتیب، با این تفسیر، دیگر ملزم نخواهیم بود تا به تبعیت از برخی حقوقدانان، برای توجیه بطلان همه مصادیق ضمان معلق، معتقد به آن باشیم که فقهای شیعه بین دین و التزام به تأدیه، قائل به تفکیک شده و تعلیق در دین را باطل، اما تعلیق در التزام به تأدیه را صحیح دانسته‌اند. [۲، ص ۲۳۹] التزام به تأدیه اثر اصلی عقد ضمان و ایجاد دین برای ضامن است و عنوان عقد متفاوتی نیست. هم‌چنان‌که صاحب عروه بیان می‌کند که تعلیق در التزام به وفا، عین تعلیق در ضمان است و تفکیک بین

این دو امر معقول نیست. [۳، ص ۶۰۴] دلیل اعتقاد بسیاری از فقها بر بطلان ضمان معلق، اعتقاد به بطلان همه انواع عقد معلق است و ایشان اعتقادی به تفکیک پیش‌گفته، به‌عنوان مبنای بطلان ضمان معلق نداشته‌اند.

### ۳-۱-۲. تعیین متعهدله عقد تبعی

همان‌گونه که می‌دانیم یکی از آثار مهم اصل آزادی اراده در قراردادها، تعیین طرف قرارداد توسط شخصی است که قصد واردشدن به قرارداد دارد. در عقود تبعی، این اصل نمی‌تواند اثر پیش‌گفته را به طور کامل در بر داشته باشد. توضیح آن‌که در عقود تبعی، مالکیت تعهد پایه است که تعیین می‌کند چه شخصی باید متعهدله عقد تبعی قرار گیرد. برای مثال، در عقد ضمان، ضامن نمی‌تواند برای تضمین دینی خاص، هر شخصی را که مایل باشد به‌عنوان مضمون‌له انتخاب کند، بلکه مالکیت دین اصلی تعیین می‌کند چه شخصی باید مضمون‌له قرار گیرد. به این ترتیب، ملاحظه می‌گردد که در عقود تبعی در رابطه با تعیین متعهدله عقد، از نظریه عینی تبعیت می‌گردد. به بیان دیگر، مالکیت تعهد پایه، بر متعهد عقد تبعی تحمیل شده و وی نمی‌تواند آزادانه شخص دیگری را متعهد عقد تبعی قرار دهد. در این خصوص، حتی احتمال پیروی از نظریه ذهنی را نیز نمی‌توان مطرح کرد، چرا که در هیچ فرضی نمی‌توان پذیرفت که اراده طرفین عقد تبعی، شخصی غیر از متعهدله تعهد پایه را متعهدله عقد تبعی قرار دهد.

### ۳-۱-۲. موضوع

تعهد پایه، موضوع عقد تبعی را تشکیل می‌دهد. بنابراین، موضوع عقد تبعی اصولاً با موضوع تعهد پایه یکسان است؛ اما همان‌گونه که اشاره شد، پذیرش نظریه تبعیت ذهنی باعث تجویز افزایش یا تغییر موضوع عقد تبعی نسبت به موضوع تعهد پایه توسط طرفین عقد تبعی می‌گردد. با توجه به این مراتب، در این مبحث به بررسی میزان پای‌بندی حقوق کشورهای ایران، فرانسه و انگلیس به نظریه عینی و موارد پذیرش نظریه ذهنی در حقوق این کشورها خواهیم پرداخت.

### ۳-۱-۲-۱. میزان

در خصوص تبعیت میزان عقد تبعی از میزان تعهد پایه، به نظر می‌رسد که در حقوق فرانسه



نظریه عینی مورد پذیرش قرار گرفته است. بند ۱ ماده ۲۰۱۳ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «موضوع عقد ضمان نمی‌تواند از آنچه بر عهده بدهکار اصلی است، فراتر رود و یا آن‌که برای ضامن متضمن هزینه بیش‌تری باشد. ضمان می‌تواند نسبت به بخشی از دین و با شرایطی سهل‌تر منعقد گردد. ضمانی که میزان آن از دین اصلی فراتر رود و یا با شرایطی سنگین‌تر منعقد گردد، باطل نخواهد بود، بلکه تا میزان تعهد اصلی قابل تقلیل است». منظور از آن‌که متضمن هزینه بیش‌تری باشد، آن است که در عقد ضمان خسارت تأخیر تأدیه‌ای بیش از نرخ خسارت تأخیر تأدیه دین اصلی پیش‌بینی گردد و یا آن‌که در عقد ضمان، تأدیه دین در محلی پیش‌بینی گردد که متضمن هزینه‌ای بیش‌تر از تأدیه در محل دین اصلی باشد. به این ترتیب، ملاحظه می‌گردد که در حقوق فرانسه، ضامن و مضمون‌عنه نمی‌توانند با توافق خود، میزان ضمان را بیش از میزان دین اصلی تعیین کنند.

در حقوق انگلیس لزوم وحدت میزان موضوع تعهد پایه و عقد تبعی از طریق لزوم وجود جهت یا عوض<sup>۱</sup> توجیه می‌گردد. نتیجه اعمال نظریه جهت در خصوص عقود تبعی در حقوق انگلیس، آن است که میزان تعهد متعهد عقد تبعی باید مساوی با میزان تعهد پایه باشد و کاهش یا افزایش میزان این تعهد، بدون در نظر گرفتن عوضی خاص، حتی با توافق متعهد و متعهدله عقد تبعی جایز نیست. [۸، ص ۶۵] بنابراین، در عقد ضمان با پرداخت بخشی از دین توسط ضامن، مضمون‌عنه از کل دین بری نمی‌گردد، هرچند که این اقدام با رضایت مضمون‌له صورت گرفته باشد. به اعتقاد حقوقدانان و دادگاه‌های انگلیس، چنین قراردادی به واسطه عدم وجود جهت یا عوض، باطل است؛ البته در صورتی که برای چنین توافقی، طرفین به هر ترتیب عوضی مقرر کنند. برای مثال، چنانچه ضامن یا مضمون‌عنه درقبال این توافق، متعهد به ارائه وام یا انجام کاری گردند، توافق فوق صحیح خواهد بود، مشروط بر آنکه این تعهدات از قبل وجود نداشته باشند. در غیر این صورت، یعنی چنانچه در زمان توافق مضمون‌له و ضامن بر پرداخت مبلغ کم‌تری از دین اصلی، این تعهدات موجود باشد، صرف تعهد ضامن یا مضمون‌عنه به ایفای این تعهدات به‌عنوان عوض تعهد مضمون‌له قابل پذیرش نیست. [۸، ص ۶۶]

نظریه دیگری که در حقوق انگلیس، مبنای لزوم تساوی مقدار تعهد پایه با عقد تبعی قرار می‌گیرد، به «قاعده همترازی»<sup>۲</sup> موسوم است. مطابق این قاعده، میزان تعهد موضوع عقد تبعی

1. consideration  
2. co-extensiveness



باید از میزان تعهد پایه تبعیت کند. برای مثال، در فرضی که میزان تعهد ضامن یک قرارداد اجاره به شرط تملیک، بیش از میزان تعهد مضمون‌عنه به پرداخت اجاره‌بها بوده است، دادگاه قرارداد ضامن را نسبت به مبلغ مازاد، غیر قابل اجرا اعلام کرده است.<sup>۱</sup>

استثنای این قاعده در حقوق انگلیس فرضی است که در عقد ضامن صریحا تأکید شده باشد که ضامن تعهدات اضافی را به صورت مستقل و بدون ارتباط با تعهدات مضمون‌عنه بر عهده گرفته است. [۱، ص ۲۹۲] در این فرض نیز در حقوق انگلیس، عقد را ضامن<sup>۲</sup> نمی‌دانند، بلکه آن را تعهدی مستقل<sup>۳</sup> می‌دانند. تعهد مستقل، تعهدی است الزام‌آور، اما ارتباطی با تعهد پایه ندارد و صرف‌نظر از آن که تعهد پایه وجود داشته باشد یا خیر، یا آن که متعهد تعهد پایه اقدام به ایفای آن کرده و یا از آن قصور کند، لازم الاجرا است. [۱، ص ۹۲-۹۳] در حقوق این کشور، هر جا که عقد، تبعی محسوب گردد، موضوع آن باید از حیث میزان، مساوی تعهد پایه باشد. تنها در صورتی طرفین قرارداد می‌توانند خلاف این امر را پیش‌بینی کنند که از وصف تبعی عقد صرف نظر و عقدی مستقل منعقد کنند.

قانون مدنی ایران در خصوص تبعیت موضوع عقد تبعی از تعهد پایه از حیث میزان ساکت است. به همین خاطر، نمی‌توان از ظاهر مواد این قانون به اعتبار یا عدم اعتبار توافق طرفین عقدی مانند ضامن، نسبت به پرداخت مبلغی بیش از دین اصلی پی‌برد. البته شاید ظاهر ماده ۷۱۴ این قانون مفید آن باشد که توافق ضامن و مضمون‌له نسبت به پرداخت مبلغی بیش از دین اصلی توسط ضامن، صحیح و معتبر است. ماده ۷۱۴ قانون مدنی می‌گوید: «اگر ضامن زیادتر از دین به داین بدهد حق رجوع به زیاده ندارد، مگر در صورتی که به اذن مضمون‌عنه داده باشد». با این حال، به دلایل مختلف نمی‌توان به این ظهور اعتماد کرد. نخست آن که این ماده در ذیل مبحث سوم از فصل چهاردهم از باب سوم از قسمت دوم قانون مدنی، تحت عنوان «در اثر ضامن بین ضامن و مضمون‌عنه» آمده است. با توجه به این امر، به نظر می‌رسد که این ماده در مقام تعیین احکام روابط ضامن و مضمون‌عنه وضع شده و ناظر به روابط ضامن و مضمون‌له نیست. بنابراین، در این ماده قانونگذار در مقام بیان حکم توافق ضامن و مضمون‌له نسبت به پرداخت مبلغی بیش از دین اصلی نبوده، چرا که اگر قانونگذار

1. *Lainson v. Tremere*, 1834.

2. guarantee

3. indemnity



چنین قصدی داشت بایست این ماده یا ماده مشابهی را در ذیل مبحث دوم با عنوان «در اثر ضمان بین ضامن و مضمون‌له» می‌آورد. از سوی دیگر، فقها در مواردی که موضوع تعهد ضامن بیش از دین اصلی باشد، عقد را از مصادیق «ضمان ما لم یجب» دانسته و قائل به بطلان چنین ضمانتی شده‌اند. [۵، ص ۲۸۵]

### ۳-۲-۱. خسارت تأخیر تأدیه

در خصوص تبعیت خسارت تأخیر تأدیه عقد تبعی از خسارت تأخیر تأدیه‌ای که برای تعهد پایه تعیین شده است، دو بحث مطرح می‌گردد. نخست آن‌که اگر متعهد تعهد پایه ملزم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه نشده باشد، آیا پیش‌بینی آن برای متعهد عقد تبعی ممکن است؟ دومین پرسشی که در این رابطه مطرح می‌گردد آن است که چنانچه در عقد تبعی، پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بدون پیش‌بینی نرخ آن درج شده باشد، آیا نرخ خسارت تأخیر تأدیه عقد تبعی از نرخ خسارت تأخیر تأدیه تعهد پایه تبعیت می‌کند؟

در خصوص پرسش نخست، یعنی فرضی که برای مدیون اصلی که اقدام به خرید مالی از مضمون‌له کرده، پرداخت خسارت تأخیر تأدیه شرط نشده، اما عقد ضمان متضمن پرداخت خسارت تأخیر تأدیه است، در حقوق کامن‌لا مطابق حکمی که دادگاه نیوزلند صادر کرده است،<sup>۱</sup> دادگاه در تشخیص تعهدات ضامن باید به تعهدات شخص ضامن که در عقد ضمان مندرج است مراجعه کند و در این خصوص مفاد قرارداد پایه را ملاک تصمیم‌گیری قرار ندهد. [۱، ص ۲۶۵]

در حقوق ایران، می‌توان از یک سو استدلال کرد که چون قابلیت مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از اموری است که در صورت سکوت طرفین در خصوص آن، به موجب قانون حاکم بر قرارداد تعیین می‌گردد، این امر، تابع قابلیت مطالبه تأخیر تأدیه در تعهد پایه نیست. به این ترتیب، چنانچه در عقد تبعی، قابلیت مطالبه خسارت تأخیر تأدیه مشخص نگردد، قانون حاکم بر عقد تبعی که ممکن است قانون منتخب طرفین و یا قانون محل وقوع عقد باشد (ماده ۹۶۸ ق.م.ق)، تعیین‌کننده این امر خواهد بود. نتیجه این نظریه، در فرضی قابل پذیرش نیست که در تعهد پایه پرداخت خسارت تأخیر تأدیه پیش‌بینی نشده باشد، اما قانون حاکم بر عقد تبعی یا

1. *Perrott v. Newton King Ltd*, 1933.

توافق طرفین، پرداخت خسارت تأخیر تأدیه را مقرر کند. در این فرض، تعهدات متعهد عقد تبعی از تعهدات متعهد اصلی فراتر رفته، همان‌طور که در بحث از تبعیت در میزان تعهدات عقد تبعی بحث شد، مطابق نظریات فقهی، چنین ضمانتی از مصادیق ضمان ما لم یجب است. اما پذیرش نظریه اخیر باعث نمی‌شود تا اگر به دلایلی که نسبت به متعهد تعهد پایه شخصی است، نرخ خسارت تأخیر تأدیه تعهد پایه تغییر یابد، این امر تأثیری در نرخ خسارت تأخیر تأدیه عقد تبعی داشته باشد. برای مثال، ورشکستگی متعهد تعهد پایه و عدم محاسبه خسارت تأخیر تأدیه نسبت به وی، تأثیری بر تعهد متعهد عقد تبعی نسبت به میزان خسارتی که باید پرداخت کند، ندارد. [۴، ص ۳۸] بنابراین، در حقوق ایران نیز چنانچه در عقد تبعی و قرارداد پایه، پرداخت خسارت تأخیر تأدیه پیش‌بینی شده باشد، اما متعهد تعهد پایه به دلایلی شخصی مانند ورشکستگی، از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه معاف شود و یا میزان آن تقلیل یابد (ماده ۵۶۲ قانون تجارت)، این امر تأثیری در تعهد متعهد عقد تبعی نخواهد داشت.

درخصوص پرسش دوم نیز با عنایت به عدم وجود نص صریح درخصوص مورد و با تمسک به قواعد مربوط به عقد ضمان، به نظر می‌رسد که نرخ خسارت تأخیر تأدیه عقد تبعی، اصولاً از قانون حاکم بر عقد تبعی تبعیت می‌کند، با این استثناء که نرخ خسارت تأخیر تأدیه عقد تبعی نمی‌تواند بیش از نرخ باشد که متعهد تعهد پایه باید پرداخت کند؛ زیرا در این صورت، تعهد متعهد عقد تبعی از تعهدات متعهد اصلی فراتر رفته، مورد از مصادیق ضمان ما لم یجب محسوب می‌گردد.

### ۲-۳. آثار معیارهای تبعیت در اجرای عقود تبعی

پذیرش هر یک از نظریه‌های تبعیت عینی یا ذهنی، در مقطع اجرای عقود تبعی نیز آثار متعددی در بر خواهد داشت. مطابق نظریه تبعیت ذهنی، نحوه اجرای عقد تبعی را طرفین این عقد تعیین می‌کنند، در حالی که مطابق نظریه تبعیت عینی، نحوه اجرای تعهد پایه از هر حیث، بر عقد تبعی تحمیل می‌شود و طرفین عقد تبعی نمی‌توانند خلاف این امر را پیش‌بینی کنند. در ذیل خواهیم دید که درخصوص نحوه اجرای عقود تبعی و نقش اراده طرفین در تعیین آن در حقوق ایران، انگلیس و فرانسه چه احکامی موجود است. در این باره به بررسی آثار اصلی عقود تبعی، یعنی زمان و مکان اجرای عقد (الف) و امکان مراجعه متعهد عقد تبعی به متعهد تعهد پایه (ب) کفایت شده است.



### ۳-۲-۱. زمان و مکان اجرای عقد تبعی

مطابق نظریه تبعیت عینی، زمان و مکان اجرای عقد تبعی از زمان و مکان اجرای تعهد پایه پیروی می‌کند. بنابراین، طرفین قرارداد نمی‌توانند برای اجرای عقد تبعی، زمان یا مکانی غیر از زمان و مکان اجرای تعهد پایه را پیش‌بینی کنند. در مقابل، مطابق نظریه تبعیت ذهنی، طرفین عقد تبعی در تعیین زمان و مکان اجرای این عقد از آزادی کامل برخوردار بوده، می‌توانند بدون توجه به زمان و مکان اجرای تعهد پایه، زمان و مکان اجرای عقد تبعی را معین کنند. در حقوق فرانسه، طرفین عقد تبعی، زمان و مکان اجرای عقد را با توافق یکدیگر تعیین می‌کنند و تنها محدودیتی که در این رابطه با آن مواجهند، آن است که زمان و مکان اجرای عقد تبعی نباید به نحوی تعیین گردد که باعث شود تا هزینه اجرای عقد تبعی، بیش از هزینه اجرای تعهد پایه گردد و یا آن‌که زمان اجرای عقد تبعی به نحوی تعیین گردد که باعث بیش‌تر شدن تعهد متعهد عقد تبعی، نسبت به متعهد تعهد پایه گردد (ماده ۲۰۱۳ قانون مدنی فرانسه). بنابراین، طرفین عقد ضمان در حقوق فرانسه نمی‌توانند محل تأدیه وجه موضوع عقد را در جایی تعیین کنند که تأدیه در آن محل باعث تحمیل هزینه‌ای بیش‌تر از تسلیم در محل تعیین‌شده در تعهد پایه به مضمون‌عنه گردد.

ضمان حال از دین مؤجل نیز باعث بار شدن هزینه‌ای بیش‌تر بر ضامن، نسبت به مضمون‌عنه می‌گردد. با آن‌که در حقوق فرانسه، حقوقدانان به این فرض اشاره نکرده و ماده ۲۰۱۳ قانون مدنی فرانسه را شامل این فرض ندانسته‌اند، اما فقهای شیعه با تیزی تمام این فرض را احصا کرده و حکم به عدم صحت چنین قراردادی داده‌اند. مؤلف مستمسک از شیخ طوسی نقل می‌کنند که ضمان حال از دین مؤجل صحیح نیست، چرا که فرع نمی‌تواند اقوی از اصل باشد. استدلال دیگری که علامه از فرزند خود در تقویت قول شیخ مبنی بر بطلان چنین ضمانی نقل می‌کند آن است که چون قسمتی از ثمن به اجل اختصاص دارد، با ضمان حال از دین مؤجل، ضامن متعهد به پرداخت چیزی بیش از مبلغی می‌گردد که بر عهده مضمون‌عنه است. بنابراین، موضوع از مصادیق ضمان ما لم یجب است و عقد صحیح نیست. [۵، ص ۲۸۵] برای مثال، چنانچه موضوع دین اصلی، پرداخت یک میلیون ریال در سال آینده باشد، ارزش این طلب عبارت است از یک میلیون ریال منهای سود یک ساله این مبلغ و مثلاً نهمصد هزار ریال. حال چنانچه پرداخت این یک میلیون ریال به صورت حال ضمانت گردد،

آنچه بر عهده ضامن قرار گرفته، بیش از چیزی است که بر عهده مضمون‌عنه قرار دارد. بنابراین، چنین عقدی از مصادیق ضمان ما لم یجب و باطل است. چنان‌که ملاحظه می‌گردد، فقهای مذکور از آن‌جا که تبعیت را عینی می‌دانسته‌اند، در این مورد قائل به آن گردیده‌اند که میزان تعهد ضامن باید از دین اصلی تبعیت کند و طرفین نمی‌توانند بر خلاف آن توافق کنند. در نتیجه درخصوص زمان اجرای عقد تبعی نیز قائل به آن شده‌اند که در فرضی که تعیین زمان اجرای عقد تبعی، باعث افزایش تعهد متعهد عقد تبعی در مقایسه با تعهد پایه می‌گردد، این توافق باطل و بی‌اثر است. تفاوت حکم موجود در حقوق فرانسه و نظریات مطرح شده در فقه شیعه، آن است که قانونگذار فرانسه در ماده ۲۰۱۳ قانون مدنی فرانسه، توافقاتی را که متضمن افزایش تعهد ضامن نسبت به دین اصلی شود باطل دانسته است؛ در صورتی که فقهای شیعه، در فرضی که در عقد ضمان چنین توافقاتی صورت گرفته باشد، هم شرط را باطل می‌دانند هم عقد را. شاید مبنای این حکم را بتوان این واقعیت دانست که چنین توافقاتی باعث ایجاد جهالت نسبت به موضوع قرارداد می‌گردد.

### ۳-۲-۲. امکان مراجعه متعهد عقد تبعی به متعهد تعهد پایه

تعیین معیار تبعیت از آنجا در بحث امکان مراجعه ضامن به مضمون‌عنه مؤثر است که مطابق نظریه تبعیت عینی، متعهد عقد تبعی صرفاً پس از ایفای دین، حق مراجعه به متعهد تعهد پایه را خواهد داشت. هم‌چنان‌که صدر ماده ۷۰۹ قانون مدنی درخصوص عقد ضمان مقرر می‌دارد که ضامن تنها در صورتی می‌تواند به مضمون‌عنه مراجعه کند که دین را ادا کرده باشد. در مقابل، مطابق نظریه تبعیت ذهنی، متعهد عقد تبعی و متعهد تعهد پایه می‌توانند توافق کنند که متعهد عقد تبعی پیش از ایفای تعهد پایه، به متعهد تعهد پایه مراجعه کند؛ هم‌چنان‌که ظاهر قسمت اخیر ماده ۷۰۹ قانون مدنی نیز مفید همین معنا است. این ماده مقرر می‌دارد: «ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد، مگر بعد از ادای دین، ولی می‌تواند در صورتی که مضمون‌عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی براثت او را تحصیل کند و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند». ملاحظه می‌گردد که بین قسمت صدر و ذیل ماده ۷۰۹ قانون مدنی، نوعی تعارض وجود دارد؛ به نحوی که این طور به نظر می‌رسد که صدر این ماده با نظریه تبعیت عینی و ذیل آن با نظریه تبعیت ذهنی تطابق دارد. با این حال، همان‌گونه که برخی از



فقها ذکر کرده‌اند، مبلغی که مضمون‌عنه مطابق با ذیل ماده مذکور به ضامن پرداخت می‌کند، بابت ادای دین مضمون‌عنه به ضمان نیست، بلکه مضمون‌عنه این مبلغ را به‌عنوان امانت به ضامن می‌سپارد تا شخص اخیر، دین وی را از این محل ادا کند. [۶، ص ۱۳۹] مطابق این تفسیر، امکان توافق ضامن و مضمون‌عنه بر پرداخت مبلغی به ضامن، توسط مضمون‌عنه پیش از ادای دین توسط ضامن، از آثار اعمال نظریه تبعیت ذهنی نیست، بلکه این پرداخت از باب امانت است و خارج از چارچوب حقوقی عقد ضمان صورت می‌گیرد.

### ۳-۳. آثار معیارهای تبعیت در انحلال عقود تبعی

پذیرش هر یک از نظریه‌های تبعیت عینی یا ذهنی در بحث انحلال عقود تبعی نیز دارای آثار متعددی است. اجمالاً ذکر می‌گردد که با پذیرش نظریه تبعیت عینی، به صرف انحلال تعهد پایه، عقد تبعی نیز قهراً منحل می‌گردد، چرا که موضوع خود را از دست داده و عقد بدون موضوع باطل است. در مقابل، مطابق نظریه تبعیت ذهنی، دلیل انحلال عقد تبعی در فرض انحلال تعهد پایه، آن است که طرفین این چنین خواسته‌اند. بنابراین، طرفین در صورتی که مایل باشند می‌توانند توافق کنند که در فرض انحلال تعهد پایه، عقد تبعی به اعتبار خود باقی مانده، انحلال تعهد پایه خللی به صحت آن وارد نکند.

انحلال تعهد پایه دارای اسباب متعددی است که در یک تقسیم‌بندی عمده به اسباب ارادی و قهری تقسیم می‌گردد. برای مثال، درخصوص اسباب ارادی انحلال تعهد پایه می‌توان به تبدیل تعهد پایه، فسخ تعهد پایه، اجرای تعهد پایه و... اشاره کرد. در مقابل، انحلال قهری تعهد پایه دارای مصادیقی است، چون بطلان تعهد پایه، عدم نفوذ تعهد پایه، انفساخ تعهد پایه و... از آنجا که تبعیت انحلال عقد تبعی از انحلال تعهد پایه از قواعد مشابهی پیروی می‌کند، ذکر همه مصادیق انحلال تعهد پایه و بررسی آن در این نوشته ضروری نیست.

تنها تفاوت اسباب ارادی و قهری انحلال تعهد پایه، آن است که در اسباب ارادی انحلال تعهد پایه، اراده طرفین بر انحلال تعهد پایه تعلق گرفته و شاید بتوان استدلال کرد که انحلال عقد تبعی نیز به طور ضمنی موضوع اراده ایشان بوده است. به این ترتیب، مجالی برای دفاع از نظریه تبعیت ذهنی، در اسباب ارادی انحلال تعهد پایه ایجاد می‌گردد؛ در حالی که در اسباب قهری انحلال تعهد پایه، اراده طرفین، نه بر انحلال تعهد پایه تعلق گرفته است و نه بر

انحلال عقد تبعی. به همین خاطر، تبعیت انحلال عقد تبعی از انحلال تعهد پایه صرفاً با توسل به نظریه تبعیت عینی قابل توجیه است. برای روشن شدن بیش تر موضوع، در زیر به بررسی یکی از مصادیق انحلال ارادی تعهد پایه و یکی از مصادیق انحلال قهری تعهد پایه خواهیم پرداخت.

### ۳-۱. تبدیل تعهد پایه

تبدیل تعهد در سه فرض قابل تصور است. نخست تبدیل تعهد به واسطه تبدیل مدیون، دوم تبدیل تعهد به واسطه تبدیل دین، و سوم تبدیل تعهد به واسطه تبدیل داین. تبدیل تعهد به واسطه تبدیل مدیون در فرضی متصور است که طرفین تعهد پایه و شخص ثالث، توافق کنند که شخص اخیر، جایگزین مدیون اصلی گردد. در حقوق انگلیس، اثر انتقال دین، انتقال تعهد از یک شخص به شخص دیگر نیست، بلکه اثر آن، انحلال تعهد قبلی و جایگزین شدن تعهدی جدید است. در نتیجه، اثر آن همانند دیگر موارد براءت ذمه متعهد تعهد پایه، بری شدن متعهد عقد تبعی است. [۱، ص ۳۵۲] اغلب دادگاه‌های انگلیس در موردی که مدیون تعهد پایه توسط طلبکار بری شده و شخص ثالثی در مقابل طلبکار مسؤول می‌گردد، ضامن یا هر شخصی را که به موجب عقدی تبعی، نسبت به آن دین مسؤول بوده است بری می‌دانند، هرچند که در قرارداد ضمانت خلاف آن شرط شده باشد.<sup>۱</sup> استدلال این دادگاه‌ها آن است که در این موارد، بدهکار اولیه به طور مطلق بری شده و نمی‌توان این عمل حقوقی را صرفاً موجب سلب حق اقامه دعوا توسط طلبکار علیه بدهکار سابق دانست. [۱، ص ۳۵۲]

همان‌گونه که تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون ممکن است، از طریق تبدیل داین نیز امکان‌پذیر است. در این فرض نیز تعهد اولیه منحل و تعهدی جدید جایگزین آن می‌گردد. بنابراین، عقود تبعی منعقد شده نسبت به چنین تعهدی، همانند فرض قبل، منحل خواهند شد. البته یکی از دادگاه‌های انگلیس، بنا بر استدلالی خاص، اعلام کرده که در تبدیل تعهد به واسطه تبدیل داین، ضمانت از دین منحل نخواهد شد. این دادگاه عنوان کرده که تبدیل تعهد به واسطه تغییر داین، وضعیتی متفاوت از تبدیل تعهد به واسطه تبدیل مدیون دارد؛ چرا که در فرض اول، در وضعیت ضامن هیچ تغییری ایجاد نشده و وی به رغم تبدیل تعهد، از شخص واحدی ضمانت کرده است.<sup>۲</sup> البته در این خصوص برخی از حقوقدانان بین دو فرض

1. Privity Council in *Commercial Bank of Tasmania v. Jones*, 1893.  
2. Court of Appeal in *Bradford Old Bank Ltd v. Sutcliffe*, 1918.



قائل به تفکیک شده‌اند: نخست تبدیل تعهد<sup>۱</sup> و دیگری انتقال طلب<sup>۲</sup>. این دسته از حقوقدانان در فرض نخست، تعهد پایه را منحل دانسته و بنابراین، عقد تبعی منعقد شده نسبت به چنین تعهدی را باطل می‌دانند؛ اما در فرض دوم، ماهیت عمل حقوقی صورت گرفته را صرفاً انتقال منافع متعهدله به شخص ثالث دانسته و عقود تبعی منعقد شده نسبت به چنین تعهدی را پا بر جا می‌دانند. [۱، ص ۳۵۶] بنا بر این نظر، با انتقال طلب، بستانکار جدید حق خواهد داشت تا اجرای تعهد پایه و عقد تبعی را مطالبه کند<sup>۳</sup>. البته برخی از دادگاههای این کشور اعلام کرده‌اند که چنانچه قابل استناد بودن عقد تبعی، منوط به تعلق تعهد پایه به شخص خاصی شده باشد، با انتقال طلب، عقد تبعی منحل می‌گردد.<sup>۴</sup> اما به اعتقاد یکی از حقوقدانان انگلیسی، تفسیر شروط قرارداد به نحوی که مفید چنین معنایی باشد، خلاف اصل است. [۱، ص ۳۵۶] به نظر نمی‌رسد که این نظریه در حقوق ایران قابل پذیرش باشد، چرا که در همه عقود تبعی، داین طرف عقد است و با جایگزین شدن شخص دیگری به جای وی، عقد تبعی منحل می‌گردد. در فرض تبدیل تعهد به واسطه تبدیل دین نیز تضمینات دین قبلی منحل می‌گردد، هرچند طرفین بر خلاف آن توافق کنند، مگر آن‌که متعهد عقد تبعی، مجدداً به انعقاد این عقد نسبت به دین جدید رضایت دهد. البته باید خاطر نشان گردد که برخی از حقوقدانان کشورمان با تعبیر برخی از مصادیق تبدیل تعهد به انتقال طلب، این موارد را مشمول احکام خاص تبدیل تعهد نمی‌دانند و به این ترتیب معتقدند که در این موارد به رغم انتقال طلب، تضمینات دین به حال خود باقی می‌ماند. [۷، ص ۱۹]

### ۳-۲. بطلان تعهد پایه

اصولاً بطلان تعهد پایه موجب بطلان عقد تبعی می‌گردد، زیرا تعهد پایه موضوع عقد تبعی را تشکیل می‌دهد و با انتفای آن، عقد تبعی به دلیل انتفای موضوع منحل می‌شود. با این حال، مواردی وجود دارد که در سرایت بطلان تعهد پایه به عقد تبعی تردید وجود دارد و به همین خاطر این موارد باید مورد بررسی قرار گیرد. این امر در فرضی قابل تصور است که عقد تبعی ناظر به بطلان تعهد پایه و موضوعش استرداد عوض باشد. در این صورت با بطلان

1. novation  
2. assignment  
3. *Wheatly v. Bastow*, 1855.  
4. *International Leasing Corp (vic) Ltd v. Aiken*, 1967.



تعهد پایه، عقد تبعی لازم‌الاجرا می‌گردد. [۸، ص ۲۶۹] برای مثال، ممکن است در عقد بیع، مشتری از بایع برای استرداد ثمن در فرض بطلان بیع مطالبه ضمان کند. در این فرض با بطلان تعهد پایه، عقد ضمان باطل نمی‌گردد. چنین فرضی در ماده ۳۷۹ قانون مدنی پیش‌بینی شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند، بایع حق فسخ خواهد داشت و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند، مشتری حق فسخ دارد». بنابراین، ملاحظه می‌گردد که این ماده، انعقاد عقد ضمان نسبت به درک مبیع را که در آن عقد بیع به دلیل مستحق‌الغیر بودن باطل است، پیش‌بینی کرده است.

البته ممکن است عقد تبعی هم ناظر به اجرای تعهد پایه باشد و هم بطلان آن. چنین عقدی دارای دو موضوع مختلف است که در هر صورت، صرفاً یکی از این موضوعات قابل اجرا است. درخصوص صحت چنین عقدی که در حقوق فرانسه به «عقد انتخابی»<sup>۱</sup> موسوم است، در حقوق ایران تردید وجود دارد. اما در صورتی که قائل به صحت چنین قراردادی گردیم، با بطلان تعهد پایه، عقد تبعی لازم‌الاجرا می‌گردد.

در حقوق انگلیس، بطلان عقد تبعی در نتیجه بطلان تعهد پایه بر مبنای فقدان عوض<sup>۲</sup> برای عقد تبعی توجیه می‌گردد. [۱، ص ۳۰۱] به اعتقاد حقوقدانان این کشور، عوض در عقدی مانند ضمان، ترغیب طلبکار اصلی به انعقاد عقد مبنای دین اصلی است و اگر قرارداد اخیر باطل باشد، چنین عوض یا جهتی منتفی خواهد بود. اگرچه بطلان قرارداد اصلی در حقوق انگلیس اصولاً باعث بطلان عقد تبعی می‌گردد، اما مواردی وجود دارد که در آن‌ها به رغم بطلان قرارداد اصلی، عقد تبعی همچنان معتبر باقی خواهد ماند. برای مثال، چنانچه بطلان قرارداد اصلی ناشی از مغایرت با قانون<sup>۳</sup> باشد، اگر طلبکار اصلی از این مغایرت اطلاعی نداشته و نقشی نیز در آن نداشته باشد، همچنان می‌تواند اجرای عقد ضمان را از دادگاه بخواهد. [۹، ص ۳۹۷-۴۰۰] در این فرض، ضامن نمی‌تواند در مقابل مضمون‌له به بطلان عقد اصلی استناد کند، چرا که وقتی مضمون‌عنه امکان چنین دفاعی را ندارد، ضامن نیز به‌عنوان قائم مقام وی فاقد چنین حقی خواهد بود.

در حقوق انگلیس به قاعده فوق استثنائات دیگری نیز وارد شده است. یکی از این

1. les contrats facultatifs

2. consideration

3. illegality



استثنائات مربوط به اقدامات خارج از حدود اختیار<sup>۱</sup> مدیران شرکت‌ها است. مطابق آرای متعددی که دادگاه‌های انگلیس صادر کرده‌اند، چنانچه مدیرانی که تعهدی را خارج از حدود اختیار خود پذیرفته‌اند از آن تعهد شخصاً ضمانت کنند، چنین ضمانتی صحیح است و ملزم به ایفای تعهدات ناشی از آن خواهند بود.<sup>۲</sup>

از دیگر استثنائات وارد بر تبعیت بطلان عقد تبعی از بطلان تعهد پایه در حقوق انگلیس، آن است که در عقود تبعی، از جمله ضمان، شرط گردد که ضامن در مقابل مضمون‌له دارای تعهدی مستقل است که با منتفی شدن تعهد مضمون‌عنه خللی به آن وارد نمی‌گردد. دادگاه‌های انگلیس اثر چنین شرطی را آن می‌دانند که ضامن در مقابل مضمون‌له تبدیل به بدهکار اصلی می‌گردد. [۱، ص ۳۶۸]<sup>۳</sup>

#### ۴. نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه ذکر شد، به نظر می‌رسد که در حقوق ایران بتوان نظریه عینی را مبنای تبعیت عقود تبعی از تعهد پایه دانست. در مقابل، در حقوق انگلیس نظریه تبعیت ذهنی، آثار بیش‌تری از خود به جا نهاده است. برای اشاره به نشانه‌های نظریه تبعیت عینی در حقوق ایران می‌توان از تبعیت میزان موضوع عقد تبعی از میزان تعهد پایه نام برد. همان‌طور که ذکر گردید، فقهای شیعه در فرضی که موضوع عقد ضمان بیش از دین اصلی باشد، ضمان را از مصادیق ضمان ما لم یجب و باطل دانسته‌اند. از سوی دیگر، زمان اجرای عقد تبعی نیز در حقوق ایران، از زمان اجرای تعهد پایه پیروی می‌کند. همان‌گونه که ملاحظه گردید، فقهای شیعه ضمان حال از دین مؤجل را باطل دانسته‌اند، زیرا باعث می‌شود تعهد ضامن از تعهد مضمون‌عنه سنگین‌تر شده، موضوع از مصادیق ضمان ما لم یجب باشد. از سوی دیگر، حق مراجعه به مضمون‌عنه نیز برای ضامن صرفاً پس از ایفای دین ایجاد می‌گردد و طرفین نمی‌توانند مراجعه ضامن به مضمون‌عنه را پیش از ایفای دین از سوی ضامن پیش‌بینی کنند. همان‌طور که ذکر گردید، فقهای طرفدار این نظریه، حکم ماده ۷۰۹ قانون مدنی در رابطه با مراجعه ضامن به مضمون‌عنه، پیش از ایفای دین را در فرضی صحیح دانسته‌اند که

1. *ultra vires*

2. *Garrard v. James*, 1925.

3. *General Product Co. v. United Bank Ltd*, 1979.

مضمون‌عنه قصد دادن وکالت به ضامن برای ایفای دین را دارد. در نتیجه، مبلغ پرداختی به مضمون‌عنه را در این فرض، نزد وی از باب امانت دانسته‌اند، نه ایفای دین مضمون‌عنه به ضامن. از سوی دیگر در حقوق ایران، طرفین عقود تبعی نمی‌توانند بر اعتبار عقد تبعی، در فرض انحلال تعهد پایه توافق کنند و انحلال تعهد پایه قهراً بر عقد تبعی تحمیل می‌گردد.

در مقابل، در حقوق انگلیس در اغلب موارد، نشانه‌های نظریه تبعیت ذهنی ملاحظه می‌گردد. از یک سو، در خصوص تبعیت میزان عقد تبعی از میزان تعهد پایه، چنان‌که ملاحظه گردید، در حقوق انگلیس طرفین می‌توانند با انعقاد عقد ضامن مستقل<sup>۱</sup>، عقد تبعی را بیش از میزان تعهد پایه تعیین کنند. از سوی دیگر، در بحث تبعیت انحلال عقد تبعی از انحلال تعهد پایه، ملاحظه گردید که دادگاه‌های انگلیس در فرض تبدیل تعهد به اعتبار تغییر داین، تبدیل تعهد را موجب انحلال عقد تبعی ندانسته‌اند. از سوی دیگر، دادگاه‌های این کشور به طرفین عقد ضامن حق داده‌اند که در عقد ضامن شرط کنند که اثبات بطلان دین اصلی باعث انحلال عقد ضامن نگردد.

لازم به ذکر است که در حقوق فرانسه، آثار نظریه تبعیت عینی بیش از نظریه تبعیت ذهنی قابل مشاهده است. دلیل این امر نیز آن است که ماده ۲۰۱۳ قانون مدنی فرانسه، توافقاتی را که متضمن افزایش تعهد ضامن نسبت به دین اصلی باشد باطل دانسته است. این امر به نوبه خود باعث شده که از یک سو میزان عقد ضامن در حقوق این کشور از میزان دین اصلی تبعیت کند و از سوی دیگر، اعمال این ماده مستلزم آن است که زمان و مکان اجرای عقد تبعی از زمان و مکان اجرای تعهد پایه پیروی کند. البته طرفین عقد تبعی می‌توانند زمان و مکانی غیر از زمان و مکان اجرای تعهد پایه را برای اجرای عقد تبعی پیش‌بینی کنند، مشروط بر آن‌که اجرا در زمان و مکان تعیینی، مستلزم بار شدن هزینه‌هایی بیش از هزینه اجرای تعهد پایه بر متعهد عقد تبعی نباشد.

## ۵. منابع

[1] O'Donovan, James & Phillips, John, *The Modern Contract of Guarantee*, London, Sweet & Maxwell, 2003.

[۲] کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی دوره عقود معین*، ج ۴، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۸۲.

[۳] طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *عروه الوثقی*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ ه.ق.

1. Indemnity



[4] Seub, Jean-Baptiste, *Droits des sûrtés*, Paris, Dalloz, 2006.

[۵] طباطبایی حکیم، سید محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، ج ۱۳، بیروت، دار احیاء تراث العربی، بی تا.

[۶] موسوی بجنوردی، سید محمد، *عقد ضمان*، تهران، مجد، ۱۳۸۵.

[۷] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ضمان عقدی در حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.

[8] Mestre, Jacques, Putman, Emmanuel & Marc Billiau, *Droit commun des sûrtés réelles: Théorie general*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1996.

[9] Anson, *Anson's Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 2002.