



تحلیلی بر شرط تملیک اعتباری در ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی ایران به عنوان شرطی صحیح، ترکیبی، پیچیده، بینابین و ضروری

سید سعید مومنی^۱

۱-دانش آموخته دکترای تخصصی حقوق خصوصی دانشگاه آزاداسلامی شیراز، مدرس دانشگاه آزاد اسلامی تنکابن، وکیل پایه یک دادگستری

چکیده

مطابق صدر ماده ۵۵۸ ق.م. "اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود، یا خسارت حاصله از تجارب متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است." بلافاصله ذیل ماده مذکور مقرر می دارد "مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود بمقدار خسارت یا تلف مجانا" به مالک تملیک کند." درج شروط ضمن عقد در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. مانع انشاء عقد است، عقد باطل است لذا برای شرط صدر ماده ۵۵۸ ق.م. چه وجود مستقلی قائل باشیم و چه تابع عقد باطل، در هر صورت ید متصرف مذکور (که با مجور نیست و در حکم امین نیست)، ضمانتی خواهد بود اما درج شرط ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. شرطی صحیح است هر چند شرطی، ترکیبی و پیچیده است اما هیچ مرحله از مراحل عقد را مانع نمی شود (نه مانع انشاء و نه مانع نتیجه). شرط ذیل ماده مذکور مثل پیوندک است که مراحل خود را دارد علاوه بر مراحل عقد می باشد لذا به نظر می رسد تکنیک قانونگذار در ذیل ماده مذکور (نسبت به صدر ماده ۵۵۸ ق.م.)، تالی فاسد ندارد، روشی بینابین است یعنی درعین اینکه با درج آن عقد مضاربه باطل نیست و خللی نمی بیند (و تصرف مضارب با مجوز است و مضارب در حکم امین است) پاسخگوی نیاز جامعه نیز می باشد شرط ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. با توجه به مقررات هبه و وصیت و صلح و مقررات شروط صحیح و مقررات تعلیقی و کلی و بیمه و نیز ماده ۱۰ ق.م. قابل دفاع می باشد.

واژگان کلیدی: درج شرط، تملیک اعتباری، شرط صحیح ضمن عقد، معلق، کلی



مقدمه

هر جامعه بشری جهت سلامت روابط حقوقی افراد خود نیاز به قواعد و قوانینی دارد که تنظیم کننده روابط آنها و حتی جوابگوی نیازهایشان باشد و به هنگام تعارض منافع آنان در انجام عقود و ایقاعات بتواند تعادل منصفانه برقرار سازد. در پاره ای از موارد، برقراری این تعادل با مشکلات و موانع بسیار مواجه شده است که گاهی راه های عملی حل مسائل طبعا به سختی اتخاذ شده است از جمله آن مشکلات، وضع صدور ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی است در باب عقد مضاربه. مطابق ماده مذکور " اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود، یا خسارت حاصله از تجارب متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است... " بلافاصله ذیل ماده مذکور مقرر میدارد " مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود بمقدار خسارت یا تلف مجانا " به مالک تملیک کند. " آیا این راه حل در تعارض با سایر قواعد و قوانین حقوقی شناخته شده قرار می گیرد و موجب توالی فاسد است؟

بعضی صاحبان سرمایه که قادر به استفاده صحیح از سرمایه خود نیستند و یا آنکه تمایل به توسعه فعالیت های خود دارند با افرادی که به نظرشان خیره در کار تجارت می باشد روابطی تحت عنوان عقد مضاربه ایجاد می کنند. از آنجائیکه صاحبان سرمایه جهت احتراز از خطرات این عقد ریسکی به سهولت راضی نمی گردند که سرمایه خود را در اختیار دیگری قرار دهند و از طرفی دیگر سیاست اقتصادی هر جامعه نیز اقتضا دارد که سرمایه هایی را که در جریان فعالیت های اقتصادی قرار گیرد نیاز به وجود عامل اطمینان بخش برای صاحبان سرمایه از ناحیه قانونگذار دارد و بر این اساس قانونگذار به وضع ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی مبادرت نمود که بنظر حقیر جای بحث فراوان دارد. آنچه قابل ذکر است از آنجائیکه صاحبان دکتربین حقوقی و شارحین قانون مدنی نیز در مقام تفسیر ماده ۵۵۸ بر آمدند صرفا با اختصاص دادن یک الی دو سطر و یا کمی بیشتر به سرعت از آن گذشتند در استدلال و حکم اختلاف نظر دارند. طبق حکم قانونگذار در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. عقد مضاربه با شرط ضمان مضارب " باطل است " که در مقاله دیگر با عنوان " نقدی بر نظریه حکمی و استدلالی حقوقدانان از شرط ضمان مضارب در ماده ۵۵۸ قانون مدنی ایران " بحث شد لیکن زاینده گی عقد مضاربه در امر تجارب و به جریان انداختن سرمایه هایی را که در جامعه، باعث شده تا قانونگذار بلافاصله بنحوی که در ذیل همین ماده ۵۵۸ ق.م. آمده، تکنیکی (شرطی) را اتخاذ نماید (که شرط باطل نباشد بلکه صحیح باشد) بطوریکه شرط مذکور " شرط مانع انشاء " عقد نباشد (عقد مشمول " حکم باطل است " نباشد) و نیز شرط مذکور در لحظه عقد " مانع نتیجه " عقد نباشد (یعنی خلاف مقتضای ذات عقد نباشد تا عقد مشمول حکم بطلان نتیجه عقد نشود).

ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. مقرر می دارد: "... مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود بمقدار خسارت یا تلف مجانا " به مالک تملیک کند. " صاحبان دکتربین حقوقی و شارحین قانون مدنی نیز در مقام تفسیر ذیل ماده ۵۵۸ بر آمدند صرفا با اختصاص دادن یک الی دو سطر و یا کمی بیشتر به سرعت از آن گذشتند.



- "تملیک" قصد انشاء ایجاب کننده ای است که می خواهد مالی را از خود به دیگری منتقل کند. (جعفری، ۱۳۶۳)

- شرط ذیل ۵۵۸ ق.م. شرط عهدمستقلی است که عموم لزوم وفاء به عهود و شروط شامل آن می شود. (شاهباغ، ۱۳۸۷)

- ذیل ماده برای بازکردن راهی است که صدر ماده بسته است. (کاتوزیان، ۱۳۹۱)

در تحلیل ذیل ماده لازم است ابتدا ببینیم قانونگذار به لحاظ صورت و شکل ظاهر سعی در القا چه کیفیتی دارد که تا با تحقق آن هم از تعارض صدر و ذیل احتراز کرده و به هم به مقصود اصلی خویش رسیده باشد. بنابراین در این مقاله عمده مطالب حول عبارت ذیل ماده دور می زند باید دید که قانونگذار، به زعم خود چه طریق قابل قبول حقوقی را رهنمون می نماید و تا چه اندازه با سایر موازین حقوقی و قانونی سازگاری دارد.

هدف از تحلیل ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی ایران، این است تا معلوم شود که آیا قانونگذار در وضع ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. دچار توالی فاسد، تناقض گوئی و حيله شده است که در این صورت شایسته قانونگذار و به مصلحت جامعه نمی باشد. در غیر این صورت ذیل ماده با چه تحلیلی، قابل دفاع است در نتیجه باعث شود سرمایه های راكد جامعه با اطمینان بیشتر در جریان فعالیت های اقتصادی و در جهت شکوفائی اقتصاد قرار گیرد. می دانیم که مضاربه از جمله عقود است که در سالهای اخیر فکرهاى اقتصادى و حقوقى جامعه را مشغول نموده و هنوز از مسائل روز جامعه می باشد. بنا به مراتب فوق از اساتید گرامی درخواست دارد تا نقائص این تحقیق را با سعه صدر بیشتری که در ایشان سراغ داریم نگریسته و موجب مزید امتنان خواهد بود که جهات رفع نقص را به اینجانب تذکر دهند. قصد تحلیل تمام مواد و مسائل عقد مضاربه را ندارم و ماده ای که قصد تحلیل آنرا داریم ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی و مواد مربوطه می باشد که موضوع پایان نامه کارشناسی ارشد در سال ۱۳۷۲ بوده که امروزه با مذاقه بیشتر در دو بخش بررسی می شود.

بخش اول - نظریه انتقادی در تحلیل ذیل ماده ۵۵۸ ق.م.

مطابق صدر ماده ۵۵۸ ق.م. "اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود، یا خسارت حاصله از تجارب متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است. بلافاصله ذیل ماده مذکور مقرر می دارد "..... مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود بمقدار خسارت یا تلف مجانا" به مالک تملیک کند."

بنظر می رسد که فراز اول عبارت ذیل ماده که اشعار می دارد ".... مگر بطور لزوم شرط شده باشد..." همان شرط صدر ماده بطور لزوم باشد چون این عبارت "به طور لزوم" نقش اساسی در توجیه ندارد، زیرا طبق صدر ماده اساساً وقتی که "شرط عدم نوجه خسارت به سرمایه" در عقد مضاربه جایز درج شود، به حکم صریح قانونگذار، عقد (مشروط)"



باطل است" لذا چگونه می توان پذیرفت که صرف شکل و صورت " به طور لزوم" دادن به این شرط ، مانع انشاء عقد نشود و عقد (مشروط) صحیح باشد ؟

با قدری تعمق روشن خواهد شد که این تجویز ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. از این حیث، قابل توجیه نمی باشد و به جهاتی قابلیت تقبیح دارد. قانونگذار خواسته است تا از یک حیلۀ قانونی جهت نیل به مقصود خویش تمسک جوید این گونه کوششها از جانب قانونگذار شایسته و به مصلحت نخواهد بود.

سوال این است اگر شرط "عدم توجه خسارت به سرمایه" "به طور لزوم" خالی از اشکال است چرا در صورتیکه در ضمن عقد مضاربه آمده ، عقد (مشروط) باطل است؟ مگر نه این است که هرگاه عقد اصلی هر چند جایز واقع یا موجود و لازم الاتباع-۲۱۹ ق.م. باشد ، شرط ضمن آن نیز قاعدتا لازم الاتباع خواهد بود (تا وقتی که باقی است)؟ بنابراین ضرورتی نخواهد داشت که برای "انشاء و صحت" شرط "عدم توجه خسارت..." و لازم الاتباعی ، آنرا "به طور لزوم" برقرار نمائیم. در ایجاد یا انشاء عقد تأثیری ندارد. با این نگاه به نظر می رسد استفاده از اصطلاح "به طور لزوم" برای شرط مذکور علی الظاهر سرپوشی است بر نهی که خود قانونگذار در صدر ماده ایجاد کرده است.

به نظر می رسد که قانونگذار در حقیقت نسبت به مقرراتی که خود آنرا وضع نموده است جهت فرار از آن راه حیلۀ و نیرنگ در پیش گرفته و نقض غرض نموده است. در صورتیکه خود او می بایست اولین منادی درستکاری باشد. در این صورت کاربرد حیلۀ و نیرنگ ممکن است بتدریج یک عمل حقوقی تلقی گردد ، بکارگیری آن از ناحیه هر کس ، ولو قانونگذار سلامت جامعه را سخت تهدید می کند. این ثمره زهر آگینی است که بجای حل مشکلات موردی در نهایت آتش به خرمن اجتماع خواهد زد البته با آتشکاری خود قانونگذار. با این نگاه بدیهی است که صدر و ذیل ۵۵۸ ق.م. تناقص گوئی آشکار خواهد بود زیرا هر چند ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. انشاء (و التزام) مستقلی باشد لیکن مآلاً تفاوتی در ماهیت قضیه ندارد چون اینکه شرط "عدم توجه خسارت..." ، "به طور لزوم" باشد یا اینکه با شرط ضمن همان عقد جایز مضاربه، تفاوتی ندارد .

بنا به مراتب فوق با این نگاه، شرط "عدم توجه خسارت به سرمایه" خالی از اشکال است چه در ضمن عقد جایز باشد و چه در ضمن عقد لازم. بهتر است مانع را که خود قانونگذار (بلا دلیل) ایجاد نموده و بلافاصله در جهت خنثی ساختن آن برآمده برداشته شود. به این ترتیب دیگر لازم نیست جهت دفع صدر ماده، قانونگذار دچار توالی فاسد و تناقص گوئی گردد و به حیلۀ قانونی متوسل گردد. زایندهی عقد مضاربه در امر تجارت و به جریان انداختن سرمایه های راکد ، خنثی ساختن و برداشتن مانع (صدر ماده ۵۵۸ ق.م.) را می طلبد بویژه اینکه قانون مدنی در ماده ۵۴۶ ق.م. خسارت (و توجه خسارت به سرمایه مالک) را از مقتضای ذات عقد مضاربه ندانسته است (بلکه دادن مال برای تجارت بعدی و تقسیم سود



را نتیجه یا مقتضای ذات عقد مضاربه دانسته است) بویژه اینکه ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. به هر شکل لااقل تدارک خسارت از ناحیه مضارب را تجویز نموده است.

مضارب که خبره در تجارت است از مال دیگری (که به او اعتماد می کند) سرمایه می گیرد (و شخصیت وی نیز مورد نظر مالک سرمایه است) و به اراده خویش درگیر این معامله به قصد منافع شخصی (تقسیم سود) نیز می گردد و از طرف دیگر، صاحب سرمایه جهت احتراز از خطرات این عقد (مضاربه) به سهولت راضی نمیگردد که سرمایه خویش را در اختیار دیگری قرار دهد و آنچه مهم است اینکه سیاست اقتصادی هر جامعه نیز اقتضاً دارد که سرمایه های راكد در جریان فعالیت های اقتصادی قرار گیرد تا جوابگوی نیاز افراد جامعه باشد و از طرفی قانونگذار بلاجهت نباید مانعی (باطل است) را ایجاد نماید. یعنی هدف پنهانی قانونگذار از درج شرط ذیل ماده مذکور کاملاً روشن است زایندهگی عقد مضاربه در امر تجارت و به جریان انداختن سرمایه های راكد آنها می طلبد و شاید با توجه به همین وضوح حاجتی به تحقیق و تفحص در این خصوص نباشد لیکن آنچه محور اصلی بحث را تشکیل می دهد این است که آیا از اینگونه قانونگذاری ها در واقع توالی فاسدی حاصل می گردد یا خیر؟ یا اینکه روش قانونگذار قابل دفاع می باشد.

بخش دوم - نظریه شخصی در دفاع ازوضع ذیل ماده ۵۵۸ ق.م

به نظرمی رسد تکنیک حقوقی بکار رفته در ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. که مقرر می دارد. "..... مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود بمقدار خسارت یا تلف مجاناً " به مالک تملیک کند. " بسیار با اهمیت است. چنانچه خودمان را در مقام دفاع از تکنیک کاربردی قانونگذار در ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. قرار دهیم متضمن نکات ظریف و جالبی است که در چهار گفتار می آید :

گفتار اول - شرط جبران خسارت "به طور لزوم" استوار شده است

فراز اول شرط ذیل ماده که اشعار می دارد " ... مگر بطور لزوم شرط شده باشد ... " بنظر می رسد که عبارت "به طور لزوم" نقش اساسی در توجیه (با توجه به صدر ماده ۵۵۸ ق.م.) ندارد اما بطور لزوم از این حیث قابل دفاع است که اگر شرط مذکور ضمن عقد جایز درج شود با فسخ عقد جایز می توان از التزام شرطی ضمن آن خارج شد اگر " ... بطور لزوم شرط شده باشد ... " نمی تواند خارج شود. مضافاً به نظر می رسد مفهوم شرط ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. همان شرط صدر ماده (بطور لزوم) نمی باشد (که توضیح آن خواهد آمد).



گفزار دوم - تکنیک کاربردی قانونگذار در ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. شرط صحیح می باشد

تفاوت را ببینید: در صدر ماده آمده که شرط شود " خسارت وارده متوجه سرمایه مالک در تجارت ریسکی نشود که " غیر مقذور " است چون اگر خسارت وارد شود خودبخود به سرمایه تجاری وارد می شود و الا خسارت صدق نمی نماید اگر خسارتی بوجود آید حتما به سرمایه تجاری وارد می شود اما ذیل ماده دلالت دارد خسارتیکه به سرمایه تجاری وارد شود بعدا بر آورد و از مال مضارب جبران شود که امری " مقذور " است.

ظاهرا " راه حل پیشنهادی قانونگذار در ذیل ماده ، از جمله شروط صحیح ۲۳۴ ق.م. است (و نه شرط باطل ۲۳۳ و ۲۳۲ ق.م.) می دانیم که اصل این است که شرط صحیح به عقد وابسته است و تابع عقد است این وابستگی شرط به عقد " قاعدتا " هم از حیث ایجاد و بقاء است و هم از حیث جواز و لزوم و هم از جهت صحت و نفوذ. لذا بستگی دارد به اینکه شرط در چه عقدی درج شده باشد.

- شرط ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. شرطی است که در لحظه ایجاب و قبول در ضمن عقد مورد نظر قانونگذار، درج شده و انشاء شد و صحیح است (۲۳۴ ق.م.). عبارت اینکه، شرط " صحیح است " یعنی این شرط ، قابلیت " تاثیر دهی " خود را (در آینده دور و نزدیک) دارد. به عبارت دیگر درج شرط مذکور ملازمه با حصول " تاثیر " شرطی، در همان لحظه (درج شرط) ندارد صرف " قابلیت تاثیر دهی " کافی است.

شرط ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. که شرط " تملیک مجانی مال مضارب به مالک سرمایه تجاری به میزان خسارت وارده است یعنی تملیک، موقوف به ورود خسارت در آینده است (به میزانی که بر آورد می شود) می باشد. چنین شرطی از کدام نوع شرط است ؟ حال که قانونگذار شرط مذکور را صحیح (یعنی با قابلیت تاثیر دهی در آینده دور یا نزدیک) دانسته لذا لازم الاتباع است. حال چالش این است که شرط مذکور کدام قسم از شروط صحیح ۲۳۴ ق.م. می باشد؟

با توجه به ماده ۲۳۴ ق.م. که قانونگذار در مقام احصا شروط صحیح می گوید شرط (صحیح) بر سه قسم است (صفت ، نتیجه ، فعل). می دانیم اصطلاح فعل اعم از فعل حقوقی (به شرط انجام معامله، به شرط رهن دادن) و فعل مادی (به شرط کندن چاه با ...) است (ماده ۲۳۷ ق.م. به بعد) و از طرفی شرط نتیجه نیز آن است که تحقق امری (نتیجه شرطی) در خارج شرط شود. این عبارت، اطلاق دارد. (این تحقق ممکن است فوری باشد و یا با تاخیر). مطابق ماده ۲۳۶ ق.م. از احکام شرط نتیجه این است که در صورتی که حصول آن نتیجه، موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه به نفس اشتراط، حاصل می شود به نظر معنی آن این است که اگر موقوف به امری باشد با توجه به ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. آن نتیجه بعدا امکان تحقق دارد چون صحیح است یعنی این قابلیت را دارد.



می دانیم صرف "درج" شرط مذکور خود بخود به معنی "تملیک" مال مضارب به مالک سرمایه (در لحظه ایجاب و قبول) نیست چون ممکن است در تجارت بعدی اساسا خسارتی وارد نشود پس در این صورت، تملیک مال مضارب در آینده تیز منتفی خواهد بود.

گفتار سوم - تعلیق در تملیک (یا تعلیق در تاثیر)

شرط ضمن عقدا اشاره شده در ذیل ماده ۵۵۸ ق.م.حکایت دارد که با این شرط لحظه عقد، در صورت بروز (و توجه) خسارت در آینده به سرمایه، متعاقبا به میزان خسارت وارده به سرمایه (که در آینده میزان آن مثلا با کارشناسی معلوم می شود) از مال مضارب به مالک سرمایه، مجاناً خود بخود، تملیک شود. در لحظه ایجاب و قبول به صرف "درج" شرط، هنوز مالی از مضارب به مالک سرمایه تملیک نمی شود چون هنوز تجارتی نشد و هنوز خسارتی وارد نشده است.

به نظر می رسد در ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. "تاثیر" شرط (آن تملیک)، منجز نیست "موقوف" به ورود خسارت (احتمالی) در آینده می باشد که با الهام از مقررات عقد تعلیقی در ۱۸۹ ق.م.و غیره، قابل دفاع می باشد یعنی "تاثیر" شرط نیز قاعدتا می تواند با فاصله از "درج" شرط، حاصل شود (تحقق یابد) و موقوف به امر (احتمالی) دیگر باشد. این قاعده در ۱۸۹ ق.م. در مورد عقد و تاثیر بعدی آن تصریح و پذیرفته شد.

"تملیک" در ذیل ۵۵۸ ق.م. ناشی از شرط است. تملیک شرطی است نه عقدی. درج شرط نتیجه می تواند نتیجه ای مثل تملیک داشته باشد. این نتیجه شرطی می تواند بعدا تحقق یابد؟ این نتیجه می تواند معلق باشد بطوریکه شرط مذکور امروز درج شود (و انشاء شود) و صحیح باشد اما "تاثیر" آن شرط، بعدا حاصل شود (و نه به نفس اشتراط) یعنی تملیک، موقوف به امر احتمالی (ورود خسارت به سرمایه در تجارت ریسکی) باشد؟

به نظر می رسد قانونگذار، تعلیق در تاثیر را قاعدتا پذیرفته است (۱۸۹ ق.م.). موارد استثنائی محتاج به تصریح می باشد یعنی در عقد ضمان (۶۹۹ ق.م.)؛ در عقد نکاح (۱۰۶۸)، در طلاق (ایقاع ماده ۱۱۳۵ ق.م.) و در اقرار (اخبار ماده ۱۲۶۸ ق.م.) تعلیق را پذیرفته است. آیا "تعلیق در تاثیر" در شرط نتیجه، تابع قاعده است یا از موارد استثناء شده؟ به نظر می رسد صراحتا از موارد استثناء نیامده است و از این حیث می تواند تابع قاعده باشد. مگر اینکه معتقد باشیم که طبیعت یا تعریف یا احکام شرط نتیجه که فوفا اشاره شد با تعلیق نتیجه (تعلیق تاثیر شرط به امر احتمالی آینده) سازگار نیست.

به نظر می رسد "تحقق تاثیر" آن شرط نتیجه، معلق به حصول معلق علیه احتمالی (ورود خسارت در آینده و غیره) می باشد اگر ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. "شرط نتیجه" نیست اما "شرط نتیجه معلق" می باشد که مواد ۱۸۹ و بند ۲ ماده ۲۳۴ و ۲۳۶



و ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. آنرا به عنوان "شرط صحیح" (با قابلیت تاثیر دهی در آینده و موقوف به امر احتمالی) تجویز نموده است.

ذیل ماده ۵۵۸ ق.م ناظر به انجام عمل حقوقی در آینده نیست. شرط ضمن عقد درج شد و توافق شد فقط نتیجه آن شرط (یعنی فقط تملیک)، ناظر به آینده و موقوف به امر احتمالی شد. شرط فعل مثبت (صحیح) قاعدتا حتما باید انجام شود اما "تملیک" اعتباری مذکور در ذیل ۵۵۸ ق.م. تحقق آن حتمی نیست چون ممکن است اساسا خسارتی وارد نشود.

گفتار چهارم - تملیک؛ امری اعتباری

- تملیک در قانون مدنی، یک "تاثیر" (یا نتیجه) است و نه یک فعل.

- تملیک، امری اعتبار است (دیده نمی شود)، در قانون اعتبارشده، مورد احترام قانونگذار است و از سوی دستگاه قضائی حمایت می شود.

- تملیک مستقیما از سوی طرفین نیست. ما چنین شرطی را "درج" می نمایم در اینجا، تملیک، تاثیر این شرط است که به حکم قانون است که حسب مورد بلا فاصله یا بعدا ممکن است حاصل شود. مثال طبیعی آن این است که ما درخت را غرس می نمایم و درخت به حکم طبیعت، میوه می آورد یعنی ما در وقوع عقد دخالت داریم تملیک که "تاثیر عقد" است به حکم قانون است.

گفتار پنجم - تملیک مجانی

در شرط ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. قانونگذار "وصف مجانی" را به اصطلاح "تملیک" اضافه نموده است لذا لزوماً می بایست صفت و موصوف را در این "تاثیر" شرطی (یعنی این "تملیک مجانی" را) (در آینده) با همدیگر در نظر بگیریم.

در قانون مدنی به مواردی (معاملاتی) می توان اشاره نمود که در آن قانونگذار از "تملیک مجانی مال" ذکر بمیان آورده است. بعنوان مثال: در ماده ۸۲۶ در باب وصیت و نیز در ماده ۷۹۵ در باب هبه. می خواهیم بدانیم ماهیت حقوقی "درج شرط" سابق الذکر چگونه توجیه می شود؟ منظور قانونگذار در ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. از "اندراج" چنین تکنیکی (درج شرط) برای "تاثیر" گذاری بعدی آن (یعنی برای تملیک مجانی مال) موقوف به ورود خسارت در آینده "چیست؟



۱- تکنیک مذکور (درج شرط) در ذیل ماده ۵۵۸ ق.م.، وصیت در قالب " شرط ضمن عقد "

در مقام دفاع از تکنیک کاربردی قانونگذار در ذیل ماده ، آیا می توان گفت که تکنیک مذکور وصیت در قالب " شرط ضمن عقد " است؟

به نظر می رسد پاسخ منفی باشد چون درست است که طبق ماده ۸۲۶ ق.م. عمل حقوقی وصیت تملیکی ، برای " تاثیر " آن (تملیک مجانی) در آینده می باشد لیکن (صرف نظر از اینکه مقررات قانون مدنی، مفید ایقاع بودن آن است) با توجه به وضعیت خاص حقوقی وصیت تملیکی، که تاثیر آن، تملیک مجانی یقیناً برای زمان آینده و پس از فوت (موصی) می باشد. (فوت، امری حتمی است) بنابراین قطعاً " نظر قانونگذار از وضع ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. به قصد تحقق "تاثیر" وصیت (۸۲۶ ق.م.) نبوده است حتی اگر بتوانیم " وصیت تملیکی " را در لحظه معامله (که واقع و نیز انشاء می شود)، و قبل از فوت موصی نیز ، صحیح (۲۲۳ ق.م.) تصور نمائیم و مثل فضولی (۲۴۷ ق.م. غیر نافذ (غیر صحیح) ندانیم. (که به نظر در زمان حیات موصی، انشاء می شود اما هنوز صحیح نیست یعنی هنوز قابلیت تاثیردهی ندارد) بعد از فوت موصی با قبول موصی له صحیح می شود) اما در هر حال به نظر می رسد " تاثیر " وصیت تملیکی در ۸۲۶ ق.م. در آینده از حیث بحث حاضر (ذیل ۵۵۸ ق.م.) خروجی خوب و قابل استنادی دارد و آن اینکه نتیجه (تاثیر) معامله ممکن است مدتی بعد از خود معامله تحقق یابد که مجاز شناخته شده است (میوه درخت بعد از کاشت درخت با فاصله حاصل می شود) در عقد تعلیقی ۱۸۹ ق.م. نیز قاعدتاً همینطور است یعنی امر محالی نیست. همانطور که "تاثیر" عقد می تواند بطور معلق (۱۸۹ ق.م.) باشد (موقوف به امر احتمالی) . "تاثیر" شرط ضمن عقد نیز می تواند چنین باشد یعنی معلق (به امر احتمالی) و یا با فاصله از " درج " باشد. در اینجا (ذیل ۵۵۸ ق.م.) نه تنها منع نشده بلکه در ذیل ۵۵۸ ق.م. نیز به آن (فاصله) تصریح و تجویز شد. در ج شرط و انشاء آن که قانونگذار در زمان درج، آنرا صحیح (با قابلیت تاثیر دهی) دانسته و خود تاثیر آن (تملیک مجانی) موقوف به امر احتمالی (ورود خسارت) در آینده شد. صحت این شرط یک مرحله جلوتر از وصیت است. این شرط به محض درج صحیح (با قابلیت تاثیر) است اما وصیت هنوز صحیح نیست (بعد از فوت موصی، امکان صحت می یابد استثناء بر ۲۲۳ ق.م. می باشد).

۲- تکنیک ذیل ماده ۵۵۸ ق.م.، هبه در قالب " شرط ضمن عقد "

در توجیه موضع قانونگذار (در ذیل ۵۵۸ ق.م.) ممکن است گفته شود که منظور قانونگذار تحقق "تاثیر" عقد هبه در قالب شرط ضمن عقد است اما موقوف به ورود خسارت در آینده. در حالیکه مطابق ماده ۷۹۵ ق.م. هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می کند " یعنی هر چند از این حیث شباهت دارد که واهب با عقد ، تملیک مجانی مال می نماید که خروجی خوب و قابل استفاده ای از این حیث دارد . نظر به اینکه واقع شدن هبه (



با ایجاب و قبول) باقبض مال معین مورد عقد، انشاء می شود اما در ذیل ۵۵۸ ق.م هنوز (در لحظه ایجاب و قبول و درج شرط)، امکان قبض مورد شرط نیست، میزان خسارت در لحظه ایجاب و قبول، معین و مشخص نیست و اساساً ممکن است خسارتی وارد نشود و اگر گفته شود که ضرورتی ندارد که میزان شرط معلوم باشد اما باید یاد آور شد که تا میزان خسارت معلوم نباشد پس امکان قبض (وانشاء) در لحظه ایجاب و قبول، وجود ندارد. وقتی امکان انشاء نباشد یعنی "امکان" صحت ندارد. بطریق اولی هنوز صحیح نیست (هنوز قابلیت تاثیر دهی ندارد) در حالیکه درج چنین شرطی که قانوناً انشاء شد، قانوناً صحیح است (قابلیت تاثیر دهی دارد) اما فقط هنوز خود تاثیر آن (تملیک مجانی) موقوف به امر احتمالی در آینده شد.

۳- تکنیک ذیل ماده ۵۵۸ ق.م.، "صلح بلاعوض" در قالب "شرط ضمن عقد"

دفاع دیگر از موضع قانونگذار در ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. ممکن است این باشد که تکنیک مزبور یعنی "تملیک مجانی مال" نوعی "تاثیر" در "عقد صلح بلاعوض" می باشد (اما موقوف به ورود خسارت به سرمایه در آینده). ماده ۷۵۲ ق.م. مقرر می دارد "صلح ممکن است در مورد رفع تنازع موجود و جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود. یعنی عقود واقع و انشاء شود برای آن تاثیر که ذکر شد. آیا "تاثیر" چنین "شرطی" را نیز می توان در قالب "تاثیر" صلح آورد؟ به نظر می رسد هر چند مطابق ماده ۷۵۷ ق.م. ممکن است "صلح بلاعوض" باشد و از این حیث خروجی خوب و قابل استفاده ای برای بحث حاضر داشته باشد اما اساساً اشتراط (درج شرط) متعاملین در ذیل ۵۵۸ ق.م. در عقد مضاربه، چیست؟ در اینجا فعلاً تنازعی وجود ندارد هنوز هم خسارتی وارد نشد. این شرط توافقی برای پسا خسارت و نوعی دلگرمی به مالک است. این شرط برای رفع تنازع احتمالی نیز نمی باشد چون اساساً خسارت احتمالی خود بخود به سرمایه مالک وارد می شود (چه بخواهیم و چه نخواهیم) لذا تنازعی از این حیث وجود ندارد.

۴- تکنیک ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. که در قالب "شرط ضمن عقد" آمده خود عنوان خاصی دیگری دارد و ملهم از قاعده "العقود تابعه للقصد" و غیره می باشد.

در اینجا شرط، درج و انشاء شد (مرحله ۱) و صحیح (قابل تاثیر دهی) است، آثار عمومی و اختصاصی دارد (مرحله ۲ و ۳) اما تاثیر آن یا تملیک آن (مرحله ۴) موقوف به حصول معلق علیه (ورود خسارت به سرمایه) در آینده است مضافاً تملیک، موقوف به امر احتمالی است یعنی تملیک ناشی از شرط، وقتی امکان تحقق می یابد که خسارتی در آینده به سرمایه وارد شود (از این حیث، شرط نتیجه معلق است) بنابراین سپس میزان خسارت (بعد از ورود خسارت)، برآورد می شود (نه لحظه درج شرط) یعنی درست است که بعد از خسارت، خود بخود اصل تملیک تحقق می یابد اما به چه



میزان؟ تملیک، کلی است بعدا به میزان خسارت از مال مضارب، تعیین شود تا به مالک سرمایه (خسارت دیده)، به میزان فرد خارجی تعیین شده، تملیک شود (از این حیث با ملاک کلی ۲۷۹ ق.م.سازگار است).

همانطور که "عقد کلی (و معلق)" در آینده امکان نتیجه دارد به ترتیب (با تولید کالا یا با تعیین) و (با حصول معلق علیه) به نظر می رسد "شرط معلق (و کلی)" هم در آینده، امکان نتیجه دارد با ورود خسارت یا حصول معلق علیه) و با تعیین از مال کلی مضارب (یعنی همینکه خسارت احتمالی در آینده وارد شود و میزان آن بر آورد شد تملیک میزان آن، با تعیین فردی از افراد کلی است. هر چند تعیین فردی از اموال مضارب، نوعی عمل حقوقی است اما تملیک ذیل ۵۵۸ ق.م.، فعل نیست بلکه نتیجه است، تاثیر است که قانونگذار اعتبار نمود (مثل تملیک در بیع ۳۳۸ ق.م.؛ در اجاره ۴۶۶ ق.م.، در هبه، در وصیت، در قرض و در بیمه). تحقق این نتیجه معلق به ورود خسارت است. ممکن است خسارتی وارد نشود پس چنین تملیکی هم تحقق نمی یابد.

گفتار ششم - ورود خسارت، احنمالی است و فعلا میزان آن معین نیست لیکن قابل بر آورد و تعیین می باشد.

شرط ذیل ۵۵۸ ق.م. از شرط بند ۲ ماده ۲۳۳ ق.م. خارج است چون ناظر به تاثیر یا مقتضای ذات خود عقد مضاربه نیست (که مطابق ۵۴۶ ق.م. مقتضای ذات عقد مضاربه، دادن مال برای تجارت بعدی و تقسیم سود احنمالی است نه چیز دیگر). لذا شرط مذکور موجب جهل به عوضین عقد مضاربه نمی شود. شرط ذیل ۵۵۸ ق.م. ناظر به دادن سرمایه تجاری یا تجارت و یا تقسیم سود نیست ناظر به خسارت احنمالی و میزان آن می باشد.

در عقود نیز بعضا علم اجمالی کافی است. در لحظه (ایجاب و قبول) عقد ضمان، مطابق ماده ۶۹۴ ق.م. "علم ضامن به مقدار... دین که ضمانت می نماید شرط نیست..."

هر چند که میزان شرط مذکور در ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. معلوم و معین نیست اما شرط ضمن عقد مانند خود عقد اصلی ضرورت ندارد که شرایط اساسی صحت معاملات یعنی شرایط صحت "معاملات" مندرج در ماده ۱۹۰ ق.م. را دارا می باشد. وقتی که خسارتی بعدا به سرمایه وارد شود میزان آن بعدا حداکثر با جلب نظر کارشناس قابل بر آورد است اگر چه در لحظه درج شرط، میزان خسارت معلوم نیست اما در لحظه "تملیک" (بعد از ورود خسارت) قابل بر آورد است.

گفتار هفتم - جهت؛ در درج شرط

شاید گفته شود اگر قصد واقعی متعاملین و جهت توافق آنها از "اندرج شرط" ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. احیاء شرط عدم توجه خسارت به سرمایه در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. باشد (و چنین جهتی درج شود) در این صورت آنچه که قصد شده در



تعارض با صدر ماده خواهد بود و عملی غیرقانونی و باطل است چون قانونا جهت تصریح شده نمی تواند نامشروع باشد) صدر ۵۵۸ ق.م. اما به نظر می رسد در ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. بحث عدم توجه خسارت به سرمایه نیست چون امکان ندارد خساراتی وارد شود اما متوجه سرمایه نشود. ذیل ماده ، بحث دیگری است که اگر بعدا خساراتی متوجه سرمایه شد متعاقبا جبران خسارت شود (به شیوه خاص).

نتیجه گیری

از مقاله حاضر نتایج ذیل حاصل است:

- ۱- صدر ماده ۵۵۸ ق.م. مقرر داشته است که " اگر شرط شود که ... خسارت حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد بود عقد (مشروط) باطل است " و بلافاصله در ذیل همین ماده آمده ، ... مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود بمقدار خسارت یا تلف مجانا " به مالک تملیک کند." در این صورت شرط درج شده ، صحیح (قابل تاثیر دهی) است تواند تاثیر گذار باشد. (اشکالی ندارد).
- ۲- به نظر میرسد قانونگذار در صدر و ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. دچار توالی فاسد و تناقض گوئی نگردید و به حيله قانونی متوسل نشد:
- وضع " صدر " ماده به شرح مقاله قبلی (نقدی بر نظریه حکمی و استدلالی حقوقدانان از شرط ضمان مضارب ماده ۵۵۸ ق.م.) قابل درک است صد رماده ناظر به شرط " عدم توجه خسارت به سرمایه " می باشد که امری، غیر مقدور است یعنی اگر خسارتی از تجارت باشد حتما ناگزیر قبل از هر چیز به سرمایه مالک وارد می شود و نمی توان به صرف درج شرط ، مانع توجه آن به سرمایه شد، غیر مقدور است. شرط صدر ماده ۵۵۸ ق.م. مانع انشاء عقد می شود لذا عقد باطل است .
- اما تکنیک (شرط) کاربردی قانونگذار در " ذیل ماده " نیز به شرحی که در نظریه مختار آمده است ، قابل دفاع می باشد یعنی شرط ذیل ۵۵۸ ق.م. ناظر به وقتی است که خسارتی که در تجارت ریسکی متوجه سرمایه مالک شده باشد متعاقبا تدارک شود یعنی بعدا از مال مضارب جبران شود که امری مقدور و صحیح است . شرط ذیل ۵۵۸ ق.م. صحیح و لازم الانباع است. لازم الاتباعی (۲۱۹ ق.م.) غیر از " لازم بودن عقد " (۱۸۵ ق.م.) است. مطابق ۲۱۹ ق.م. عقد (لازم یا جایز) تا وقتی که باقی است لازم الاتباع می باشد ماده ۲۱۹ ق.م با توجه به موقعیت آن و بنابه تصریح ، قاعده عمومی معاملات و اثر عمومی معاملات است نه ویژه عقد لازم.
- ۳- شرط ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. " شرط فعل حقوقی " یا " شرط نتیجه " نیست یعنی شرط نشده که فعلی توسط یک طرف در آینده انجام شود بلکه شرط شد تا تملیک (نتیجه ای) بعدا تحقق یابد موقوف به ورود خسارت (امر احتمالی) در



آینده ولاغیر. مضافا این "تملیک مال خود" که نتیجه شرط است امری اعتباری است به حکم قانون است پس نتیجه) تاثیر درج این شرط)، معلق است از این حیث می تواند "شرط نتیجه معلق" باشد و با ملاک ۱۸۹ ق.م. (کلی) نیز سازگاری دارد. صرفنظر از اینکه آنرا شرط فعل حقوقی "کلی" بدانیم یا شرط نتیجه "معلق"، درج چنین شرطی، در عقد، مانع انشاء عقد نمی شود (مثل صدر ماه ۵۵۸ ق.م. نمی باشد) و مانع "تاثیر" خود عقد مضاربه نمی باشد. این شرط صحیح ذیل ۵۵۸ ق.م. با مراحل خود عقد، کاری ندارد هیچ مرحله ای از مراحل خود عقد را مانع نمی شود درج این شرط ذیل ۵۵۸ ق.م. یک پیوندک است در ضمن عقد (که خود شرط هم مراحل دارد) لذا شرط صحیح (با قابلیت نتیجه دهی) بعدا ممکن است نتیجه خود را بدهد این شرط، مانع نتیجه عقد نمی شود بلکه یک نتیجه اضافی دارد ناشی از پیوندک که هد است حکاکی با مراحل پنج گانه خود عقد ندارد (با در حکم امین بودن مضارب نسبت به سرمایه مالک منافاتی ندارد، چنین شائبه ای ایجاد نمی کند).

۴- با توجه به فضائی که مقررات عقد هبه و نیز وصیت تملیکی و صلح و عقد بیمه و مقررات مربوط به کلی و شروط صحیح ضمن عقد و معاملات تعلیقی و مقررات کلی و مقررات بیمه با توجه به اصل حاکمیت اراده و ماده ۱۰ قانونی مدنی و نیز قاعده (العقود تابعه للقصود) در جامعه حقوقی ایجاد نموده است، شرط ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. هر چند یک چالش است، شرطی ترکیبی و پیچیده است اما یک شاهکار و قابل دفاع می باشد روش ماده ۵۵۸ ق.م. روشی بینابین با رعایت قواعد می باشد. صدر و ذیل ۵۵۸ ق.م. تعادل را در مقررات مضاربه و در این تجارت ریسکی ایجاد می نماید. مضافا زاینده در امر تجارت و به جریان انداختن سرمایه های راکد، وضع شرط ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. را می طلبد بدون اینکه "مانع انشاء" عقد شود. بدون اینکه "مانع نتیجه عقدی" شود مضافا شرط تدارک خسارت موجب می گردد که سرمایه های راکد در جریان فعالیت های اقتصادی جهت شکوفائی اقتصاد جامعه بکار افتد. تعهد مضارب را در حفظ مال تقویت می نماید. تعهد مضارب را در اجرای هر چه بهتر مضاربه می افزایشد.

۵- ضمانت از دین دیگری (به عهده گرفتن دین دیگری که ذات عقد ضمان است) هر چند میزان دقیق آن در لحظه عقد برای ضامن معلوم نباشد و هر چند نفعی برای ضامن نداشته باشد در قانون مدنی و تجارت پذیرفته شده است مضارب از شخص عادی (ضامن) در موقعیت موجه و بهتری است.



منابع

- امامی دکتر سید حسن، ۱۳۷۱، حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، کتابفروشی اسلامیة.
- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۸۹، کاسب. تهران، جلد اول. تهران، انتشار خرسندی.
- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۸۹، مکاسب، جلد دوم. تهران، انتشار خرسندی.
- بهرامی احمدی دکتر حمید.، ۱۳۹۰، حقوق تعهدات و قراردادها. تهران، دانشگاه امام صادق. بیات شیرین و فرهاد.، ۱۳۹۲، شرح جامع قانون مدنی، تهران، انتشارات ارشد. چاپ دوم.
- جعفری لنگرودی دکتر محمد جعفر، ۱۳۶۳، ترمینولوژی حقوقی، تهران، بنیاد راستا.
- حائری شاه باغ سید علی، ۱۳۲۸، شرح قانون مدنی. دو جلدی. تهران، کتابخانه گنج دانش. چاپ سوم.
- حسینی نژاد دکتر حسینقلی، ۱۳۷۰، مسئولیت مدنی. تهران، جهاد دانشگاهی شهید بهشتی.
- شهید ثانی زین الدین ابن علی ابن احمد الشامی العاملی. ۱۳۸۴ هـ. ق. ۱۳۷۰ شرح المعه. جلد اول، تهران، اسلامیة.
- شهیدی دکتر مهدی. ۱۳۸۶، حقوق مدنی. جلد اول. تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد. چاپ ششم.
- شهیدی دکتر مهدی، ۱۳۸۵، حقوق مدنی، جلد دوم. اصول قراردادها و تعهدات. تهران، انتشارات مجد. چاپ چهارم.
- شهیدی دکتر مهدی، ۱۳۸۶، حقوق مدنی. جلد سوم. آثار قراردادها و تعهدات. تهران، انتشارات مجد. چاپ سوم.
- شهیدی دکتر مهدی، ۱۳۸۹، حقوق مدنی ۳. تعهدات. تهران، انتشارات مجد. چاپ چهاردهم.
- شهیدی دکتر مهدی، ۱۳۸۹. حقوق مدنی ۶. عقود معین، تهران، انتشارات مجد. چاپ دوازدهم.
- عدل منصور. ۱۳۸۹، حقوق مدنی. تهران، انتشارات خرسندی.
- کاتوزیان دکتر ناصر. ۱۳۹۱، قواعد عمومی قراردادها. جلد اول. تهران، شرکت سهامی انتشار. چاپ دهم.
- کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۸۸، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم. تهران، شرکت سهامی انتشار،
- کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۹۰. قواعد عمومی قراردادها. جلد سوم. تهران، شرکت سهامی انتشار. چاپ ششم.
- کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۹۰، قواعد عمومی قراردادها. جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار. چاپ ششم.
- کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۹۰. قواعد عمومی قراردادها. جلد پنجم. تهران، شرکت سهامی انتشار. چاپ ششم.
- کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۹۱. عقود معین. جلد اول. تهران، شرکت سهامی انتشار. چاپ یازدهم.
- کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۸۹. عقود معین. عقود ذنی- وثیقه‌های دین. تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم.
- کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۷۱. اعمال حقوقی. قرارداد- ایقاع. تهران، شرکت سهامی انتشار. چاپ دوم.
- کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۹۱، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. تهران، نشر میزان. چاپ سی و سوم.
- محقق داماد سید مصطفی. ۱۳۶۸، وصیت. قانون مدنی. تهران، علوم اسلامی.
- محقق داماد سید مصطفی. ۱۳۷۰، قواعد فقه. بخش مدنی. تهران، علوم اسلامی.