

تحلیل حقوقی تعلیق در انشاء در قراردادهای حمل و نقل تجاری

احد قلی زاده منقوای^۱

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۳/۷ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۱/۱۲/۲۱)

چکیده

به نظر می‌رسد، قرارداد حمل و نقل در حقوق تجارت، قراردادی متضمن تعلیق در انشاء است. منظور این نیست که قرارداد میان ارسال کننده و متصدی حمل و نقل قراردادی معلق در انشاء است؛ بلکه به نظر می‌رسد این قرارداد متضمن تعهد به نفع ثالث و حتی تکلیف به ضرر ثالث، یعنی مرسل‌الیه، است و انعقاد این تعهد یا تکلیف، به عنوان یک عقد، منوط به قبول او است. این قبول، نه در زمان انعقاد قرارداد میان ارسال کننده و متصدی، بلکه با ارسال بارنامه یا رسید به مرسل‌الیه، یا بعد از رسیدن کالا به مقصد با مطالبه کالا از سوی او، یا با اطلاع به او برای مراجعه و دریافت کالا، به آن تعهد یا تکلیف متصل می‌شود. با حصول معلق به و قبول تعهد و تکلیف، رابطه متصدی و مرسل‌الیه منعقد می‌شود. تعلیق در انشاء را در توافق درباره خسارت، به مبلغی کمتر یا بیشتر از قیمت کامل کالا، نیز مشاهده می‌کنیم. چون در زمان انعقاد آن توافق هنوز خسارتی وارد نشده است، انعقاد آن در لحظه انعقاد قرارداد حمل و نقل با اشکال مواجه می‌شود. در این باره، می‌توان گفت که چون سبب خسارت با قرارداد حمل و نقل ایجاد شده، پس توافق درباره آن قابل انعقاد است. ولی این استناد قابل اشکال است. در حالی که به نظر می‌رسد چاره بهتر کار در این باره، توسل به تعلیق در انشاء است. تحلیل تحقیقی حاضر، علاوه بر اثبات درستی فرضیه‌های آن، سبب کشف موارد جدید متعددی از احکام ظریف تعلیق در انشاء می‌شود.

کلید واژه‌ها: تعلیق در انشاء، تعهد به نفع ثالث، تکلیف به ضرر ثالث، توافق درباره خسارت، قرارداد حمل و نقل

مقدمه

تحلیل حقوقی ماهیت قرارداد حمل و نقل، نه تنها در حقوق تجارت داخلی بلکه در حقوق تجارت خارجی نیز، مبهم و قابل بحث باقی مانده است. به نظر می‌رسد، این قرارداد متضمن تعلیق در انشاء است. در واقع، این قرارداد متضمن تعهد به نفع ثالث (یعنی مرسل‌الیه) و حتی تکلیف به ضرر اوست. انعقاد این تعهد یا تکلیف، به عنوان یک عقد، بدون قبول مرسل‌الیه (ثالث) ممکن نیست. چنین قبولی، در زمان انعقاد قرارداد حمل و نقل نیست که به تعهد یا تکلیف مزبور متصل می‌شود، بلکه لازمه چنین اتصالی، ارسال بارنامه یا رسید به مرسل‌الیه، یا بعد از رسیدن کالا به مقصد، مطالبه کالا از سوی مرسل‌الیه یا اطلاع به او جهت دریافت کالا است. با حصول معلق به و قبول تعهد و تکلیف، رابطه میان متصدی و مرسل‌الیه منعقد می‌شود. رابطه ارسال کننده با متصدی حمل و نقل، طبق قانون، مبتنی بر وکالت است و به نظر می‌رسد آن رابطه جدید، یعنی رابطه متصدی حمل و نقل و مرسل‌الیه، نیز متضمن وکالت خواهد بود. در ضمن، تعلیق در انشاء در قرارداد درباره خسارت به مبلغی کمتر یا بیشتر از قیمت کامل کالا نیز مشاهده می‌شود. چون در زمان آن قرارداد هنوز خسارتی وارد نشده، و به عبارتی موضوع قرارداد موجود نیست، انعقاد آن در لحظه انعقاد قرارداد حمل و نقل با اشکال مواجه می‌شود. در این باره، می‌توان گفت که چون سبب خسارات با قرارداد حمل و نقل ایجاد شده، پس توافق درباره آن قابل انعقاد است. ولی خواهیم دید که این استناد قابل اشکال است. ظاهراً چاره بهتر کار، در مواردی که موضوع معامله هنوز موجود نشده باشد، توسل به تعلیق در انشاء است.

۱. منظور از تعلیق در انشاء

آن گونه که بعضی (منقوای، تعلیق در انشاء، ۱۰۳) تحلیل کرده‌اند، تحقیقاً قانونگذار ایران در قوانین متعدد از جمله در قانون مدنی (ق.م.) و قانون تجارت (ق.ت.) تعلیق در انشاء را علیرغم نظر بعضی (زیناب و پیری، تعلیق‌پذیری، ۲۱۱)، صحیح دانسته است. قانون تعلیق در انشاء را به معنی تعلیق در ایجاب یا تعلیق در قبول یا تعلیق در هر دو می‌داند و منظور قانونگذار از عقد معلق در ماده ۱۸۹ ق.م. عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشاء معلق به امر دیگری باشد؛ یعنی انشاء آن اثر نکند تا معلق به آن محقق شود. بدیهی است منظور از انشاء، همان ایجاب یا قبول است. در قانون مدنی، عقد معلق در

مقابل عقد منجز قرار گرفته است. پس در تعلیق در انشاء، انعقاد عقد، معلق به حصول معلق به است؛ یعنی انشاء ایجاب و حتی انشاء قبول، منجر به تحقق عقد نمی‌شود؛ بلکه ایجاب یا قبول انشاء شده آن‌گونه که دیگران (محمدی، ۲۷۴) هم مطرح کرده‌اند، اصولاً به صورت جایز (قابل رجوع) باقی می‌ماند تا با حصول معلق به بهم ملحق شده، به انعقاد عقد منجر شوند.

در این باره، هر تعهد به نفع ثالثی (به عنوان عقدی فرعی) متضمن تعلیق نیست؛ ولی به طور کلی تعهد به نفع ثالث، علی‌رغم نظری که بعضی (محمدی، ۲۷۴) مطرح و بعضی (شهیدی، صلح مال، ۱۵۷؛ سماواتی، ۹۸) ابراز کرده‌اند، منافاتی با اصل نسبی بودن قراردادها ندارد و استثنایی نیست. بنابراین، طرفین عقد اصلی نمی‌توانند بدون قبول متعهده (طرف دیگر عقد فرعی) در دارایی او به طور مثبت یا منفی دخل و تصرف کنند. ضمن این‌که، علی‌رغم نظری که بعضی (محمدی، ۲۷۴؛ محقق داماد، ۱۶) مطرح کرده‌اند، و آن‌گونه که بعضی (منقوطای، تعلیق در انشاء، ۱۱۳) نظر داده‌اند، ایجابی که به این ترتیب به نفع یا به ضرر ثالث (مرسل‌الیه) می‌شود، قانوناً، به طور قراردادی یا در عمل می‌تواند ایجابی لازم (غیرقابل رجوع) تلقی شود. یعنی فوت یا ورشکستگی یکی از ایجاب‌کنندگان (در اینجا آن‌گونه که بعضی (سماواتی، ۹۸) نیز مطرح کرده‌اند، ارسال‌کننده یا متصدی حمل و نقل) علی‌رغم نظری که بعضی (امامی، ۲۵۶/۱) مطرح کرده‌اند، اصولاً آن ایجاب را منتفی نکند. علاوه بر آن، در مواردی مثل وصیت یا بیمه عمر، فوت ایجاب‌کننده یا یکی از ایجاب‌کنندگان «معلق به تعهد» است ولی در این موارد آن‌گونه که بعضی (منقوطای، تعلیق در انشاء، ۱۰۹) درباره وصیت نظر داده‌اند، و علی‌رغم نظری که بعضی (محمدی، ۲۷۴) مطرح کرده‌اند، با فوت، ایجاب نه منتفی، بلکه کامل و لازم شده، قابل قبول یا قابل رد می‌شود.

در اینجا، آن‌گونه که دیگران (یزدانیان، ۱۴۱) هم مطرح کرده‌اند، «تعلیق در انعقاد معامله» مورد نظر است. بدیهی است «تعلیق در انحلال معامله» نیز صحیح است و می‌توان انعقاد اقاله یک عقد و حتی وقوع فسخ آن را معلق به حصول معلق به خاصی کرد. پس آن‌گونه که دیگران (منقوطای، تعلیق در انشاء، ۱۰۴) هم توجه داشته‌اند، قانونگذار طلاق معلق را مطرح، ولی به عنوان یک استثناء، از میان ایقاعات، آن را باطل اعلام کرده است. منظور قانونگذار از عقد معلق اصولاً عقدی است که انعقاد آن معلق باشد و منظور عقدی نیست که به آن تعلیق در منشاء (اثر) نام داده‌اند و در آن عقد به طور منجز منعقد می‌شود، ولی اجرای آن معلق به حصول معلق به است.

۲. جایگاه مرسل‌الیه در قرارداد حمل‌ونقل

مطابق قانون تجارت و آن‌گونه که در تجارت خارجی (Yan and Filimonov, 134) نیز معمول است، قرارداد حمل‌ونقل ابتدا میان ارسال‌کننده کالا و متصدی حمل‌ونقل بسته می‌شود. بنابراین، این قرارداد در ابتداء دوطرفه است؛ اما، در اثنای اجرای آن تحویلی آن را از حالت اولیه خارج می‌کند تا جائی که متصدی حمل‌ونقل، به‌عنوان وکیل ارسال‌کننده، با این تحول دیگر از دستورات و تعلیمات نه ارسال‌کننده، بلکه مرسل‌الیه پیروی می‌کند. برای مثال، با این تحول، در اجرای مفاد صریح قانون، متصدی حمل‌ونقل کالا را علیرغم درخواست ارسال‌کننده به او مسترد نمی‌دارد. در تحلیل این تحول، به‌نظر می‌رسد آن‌گونه که دیگران (محسنی و نهاوندی، ۳۳۲) هم مطرح کرده‌اند و در کامن‌لا (Andersson, 36) نیز معمول است، قرارداد حمل‌ونقل متضمن تعهد به‌نفع ثالث (مرسل‌الیه) است. حتی این قرارداد متضمن تکلیف به‌ضرر اوست. پس اصولاً تعهد موردنظر آن‌گونه که دیگران (Pejovic, 50) هم مطرح کرده‌اند، متضمن حق مطالبه و متصرف‌شدن (نه لزوماً مالک‌شدن) ذینفع بر کالا خواهد بود. وجود حق حبس^۱ برای متصدی حمل‌ونقل در مقابل مرسل‌الیه نیز آن‌گونه که در کامن‌لا (Pejovic, 52) هم معمول است، آن‌گونه که دیگران (امینی، حائری و ناصری مقدم، ۱۱۰؛ نصیری، تفرشی و چلکاسری، ۱۳۷) هم بیان کرده‌اند، نشان می‌دهد که نوعی رابطه معوض میان آن دو وجود دارد.

بدیهی است آن‌گونه که دیگران (ایزانلو، ۴) هم مطرح کرده یا (شهیدی، صلح مال، ۱۶۱) نظر داده‌اند، این تعهد به‌نفع یا تکلیف به‌ضرر باید پذیرفته شود تا قابل‌اجراء باشد. این که بعضی (محقق داماد، ۲۵) در این باره به متعهدله حق رد قائل شده‌اند، تلویحاً به معنی آن است که حق قبول هم قائل بوده و آن را مفروض گرفته‌اند. ضمن این که وقتی حق رد برای متعهدله را پذیرفته باشند، قاعدتاً نمی‌توانند تعهد را ایقاع حساب کنند. البته، با لازم فرض‌شدن ایجاب معلق به‌نحو توضیح‌داده‌شده، علی‌القاعده طرف مقابل ایجاب (در اینجا مرسل‌الیه) اگر قبل از قبول فوت کند، علیرغم نظر بعضی (شهیدی، صلح مال، ۱۵۹)، حق قبول، مثل هر حق مالی دیگری، قاعدتاً به‌ورثه او خواهد رسید. ولی چنین قبولی در لحظه انعقاد قرارداد حمل‌ونقل و پیدایش تعهد به‌نفع یا تکلیف به‌ضرر ثالث نیست که اعلام می‌شود و به‌نظر می‌رسد آن‌گونه که در عمل در قراردادهای حمل‌ونقل ملاحظه می‌شود، اگر هم در آن لحظه اعلام شود تأثیری نخواهد داشت. بنابراین، آن تعهد یا تکلیف به‌صورت معلق و آن‌هم تعلیق در انشاء متولد می‌شود.

1. Lien

۲.۱. تعهد یا تکلیف معلق به نفع یا ضرر ثالث (مرسل‌الیه)

دقت در قرارداد حمل و نقل نشان می‌دهد که آن‌گونه که دیگران (فخاری، ۱۳۶) هم تلویحاً مطرح کرده‌اند، در ضمن آن، در لحظه انعقاد، تعهدی به نفع ثالث (مرسل‌الیه) و حتی تکلیفی به ضرر او گنجانده می‌شود. ولی از نظر قانون، در لحظه انعقاد قرارداد حمل و نقل، مرسل‌الیه حضور ندارد تا در همان لحظه آن تعهد یا تکلیف را بپذیرد و حضور داشتن او لازم هم نیست؛ چون پذیرش او قبل از حصول معلق به اثری ندارد. به محض تحویل کالا به متصدی، او تحویل گرفتن کالا را به اطلاع مرسل‌الیه می‌رساند، ولی صرف این اطلاع قانوناً منجر به حصول معلق به یا انعقاد آن تعهد یا تکلیف نمی‌شود. ولی چهار امر، به عنوان معلق به، رابطه اولیه دوجانبه متصدی حمل و نقل با ارسال کننده را متحول کرده آن را با رابطه ثانویه متصدی حمل و نقل با مرسل‌الیه جایگزین می‌کند. این چهار امر عبارتند از این که برنامه حمل و نقل کالا به مرسل‌الیه ارسال شده باشد؛ مرسل‌الیه، رسیدی بابت وصول کالا به ارسال کننده داده باشد و رسید در دست مرسل‌الیه باشد؛ کالا به مقصد رسیده و مرسل‌الیه آن را مطالبه کرده باشد؛ یا کالا به مقصد رسیده و به مرسل‌الیه اطلاع داده شده باشد که برای دریافت آن مراجعه کند.

البته، در موارد غیر از مورد سوم، گرچه معلق به حاصل شده، ولی واقع شده بودن قبول تعهد به نفع ثالث (مرسل‌الیه) هنوز معلوم نیست. اما چون تردیدی در چیده شدن مقدمه لازم در آنها نیست، برای این امر، احتیاطاً و اصولاً چنین فرض می‌شود که مرسل‌الیه، آن تعهد یا تکلیف را پذیرفته است. پس با حصول هر یک از چهار امر فوق، با مفقود شدن کالا در مسیر، برخلاف نظر بعضی (محسنی، ۳۳۲)، اصولاً آن‌گونه که دیگران (محقق داماد، ۳۰)، هم به استناد فقه مطرح کرده‌اند و در کامن‌لا (Pejovic, 49) نیز معمول است، مرسل‌الیه است که محق در پیگیری موضوع، مطالبه خسارت، و اقامه دعوا خواهد بود. پس، به نحو پیش گفته درباره امکان لازم کردن ایجاب معلق در قبل از حصول معلق به، در این باره علی‌رغم نظری که بعضی (محمدی، ۲۷۴) مطرح کرده‌اند، و رشکستگی ایجاب کنندگان یا ایجاب شونده در قبل یا بعد از حصول معلق به نیز بسته به مورد نمی‌تواند، یا همیشه نمی‌تواند، مانع تحقق تعهد به نفع ثالث (مرسل‌الیه) یا تکلیف به ضرر او شود.

درباره رسید، اصولاً وقتی ارسال کننده نتواند رسید دریافتی از متصدی را بازگرداند، حق دادن دستور جدید، از جمله حق استرداد محموله، را نخواهد داشت. شاهدند که

معلق به در این مورد به نوعی سلبی است؛ این امر ایرادی ندارد چون آن گونه که دیگران هم (یزدانیان، ۱۴۳) مطرح کرده‌اند، معلق به می‌تواند ایجابی یا سلبی باشد. با رسیدن رسید به دست مرسل‌الیه، متصدی تابع دستورات و تعلیمات او خواهد بود. اگر در اختیار مرسل‌الیه بودن رسید معلوم نشود، این امر آن گونه که دیگران (محسنی، ۳۴۲) نیز توجه داشته‌اند، باعث می‌شود هیچ‌یک از ارسال‌کننده یا مرسل‌الیه نتواند دستور جدیدی به متصدی حمل‌ونقل بدهد و متصدی تابع دستورات سابق خواهد بود. در این مورد حمل‌ونقل به نحو معمول در تجارت خارجی (Hoeks, 5)، می‌تواند ترکیبی بوده، متصدی حمل‌ونقل انجام قسمت یا قسمت‌هایی از تعهد خود را به سایر متصدیان سپرده باشد.

پس به نحو مشابه در تجارت خارجی (Zou, 82)، با وقوع هر یک از چهار امر فوق، مطابق قانون، ارسال‌کننده دیگر نمی‌تواند از متصدی بخواهد که کالا (محموله) را به او بازگرداند و متصدی حمل‌ونقل دیگر نمی‌تواند به دستورات و تعلیمات ارسال‌کننده عمل کند بلکه به تعلیمات و دستورات مرسل‌الیه گوش فرا خواهد داد و در صورت لزوم مرسل‌الیه می‌تواند علیه او به نحو ابراز شده از سوی دیگران (فخاری، ۱۳۲)، اقامه دعوا کند. آن گونه که بعضی (محسنی، ۳۴۳) بر شمرده‌اند، موارد دیگری نظیر تخلیه بار به حساب شخص ذینفع، فروش کالا در صورت لزوم به حساب او، و به عبارت بعضی (Zou, 81)، تغییر مسیر و تغییر محل تخلیه بار را نیز می‌توان به این موارد افزود. همچنین، حق حبس برای متصدی حمل‌ونقل برای دریافت مخارج و سایر هزینه‌ها تنها علیه مرسل‌الیه مقرر شده، و به دلیل استثنایی بودن، نمی‌توان آنرا تسری داده در مقابل ارسال‌کننده هم اعمال کرد.

اگر مرسل‌الیه بارنامه ارسال شده به او را برگرداند، همچنان اختیار محموله با ارسال‌کننده خواهد بود؛ چون به این ترتیب معلوم می‌شود ایجاب معلق تعهد به نفع ثالث و تکلیف به ضرر او، بعد از محقق شدن معلق به، از سوی ثالث (مرسل‌الیه) رد شده است. اگر معلوم شود رسیدی که متصدی حمل‌ونقل به ارسال‌کننده داده‌است، هنوز در اختیار خود او است و تحویل مرسل‌الیه نشده است، همچنان اختیار محموله با ارسال‌کننده خواهد بود؛ چون معلق به آن تعهد و تکلیف حاصل نشده است. همچنین است اگر کالا به مقصد رسیده ولی به مرسل‌الیه اطلاع داده نشده باشد که برای دریافت آن مراجعه کند یا کالا به مقصد رسیده‌است، ولی مرسل‌الیه دریافت آن را تقاضا نکرده باشد؛ چون در این دو مورد معلق به به طور کامل یعنی با همه اجزای آن حاصل نشده است.

مطابق اصطلاحات تجاری بین‌المللی^۱، دو امر اول از چهار امر فوق، نشانه اف او بی^۲ بودن (تحویل در عرشه کشتی بندر مبدا) و موارد مشابه آن در روابط بین ارسال‌کننده، متصدی حمل و نقل و مرسل‌الیه و دو مورد دوم، نشانه سی آی اف^۳ بودن (تحویل در مقصد) و موارد مشابه آن است. بنابراین، انتخاب هر یک از معلق‌به‌های فوق، لحظه انتقال حق مطالبه و تصرف به مرسل‌الیه را آن‌گونه که دیگران (Flambouras, 51) هم توجه داشته‌اند، مشخص می‌کند. در این مقاله معمولاً فرض بر این بوده که معلق‌به اول مطرح شده است، یعنی بارنامه به محض تهیه شدن آن به مرسل‌الیه ارسال شده است.

منظور از «تکلیف به ضرر ثالث (مرسل‌الیه)» آن‌گونه که دیگران (سماواتی، ۹۷) هم ابراز کرده‌اند، مکلف شدن مرسل‌الیه به پرداخت مخارج و سایر هزینه‌ها، به عبارتی در مواردی حتی کرایه حمل کالا، به متصدی حمل و نقل است. با این عدم قبول این تکلیف از سوی مرسل‌الیه، در واقع مخارج و هزینه‌ها همچون گذشته بر دوش ارسال‌کننده خواهد بود. ظاهراً نوعی درهم‌تنیدگی میان قبول آن تعهد به نفع ثالث (مرسل‌الیه) و تکلیف به ضرر او وجود دارد؛ چون اگر تکلیف را قبول نکند، تعهد هم به نفع او اجرا نمی‌شود. یعنی اگر مرسل‌الیه، مخارج و هزینه‌ها را قبول و پرداخت نکند، محموله هم‌چنان در نزد متصدی حمل و نقل باقی می‌ماند. در این باره، اصولاً کل تکلیف در مقابل کل تعهد قرار می‌گیرد؛ یعنی مرسل‌الیه نمی‌تواند با قبول و پرداخت قسمتی از مخارج و هزینه‌ها قسمت متناسبی از محموله را مطالبه کند. البته او می‌تواند با سپردن مبلغ متنازع‌فیه به صندوق دادگستری، دریافت کل محموله را بخواهد. در مورد اخیر، او در واقع تعهد و تکلیف، هر دو، را قبول کرده ولی در باره مقدار دقیق تکلیف نظر محکمه برای او ملاک خواهد بود.

در این بحث معلق‌به تکلیف به ضرر ثالث (مرسل‌الیه) با معلق‌به تعهد به نفع او یکی است. در واقع، گرچه جدا بودن معلق‌به تعهد و تکلیف ایرادی ندارد و حتی آن‌گونه که بعضی (شرعی، یزدانیان، عباسیان و مهدوی، ۱۳۸) نیز مطرح کرده‌اند، تجزیه‌پذیری در معلق‌به تنها نیز ایرادی ندارد، ولی قانونگذار برای تعهد و تکلیف مورد بحث یک معلق‌به در نظر گرفته است. پس بعد از حصول معلق‌به و قبول تعهد به نفع یا تکلیف به ضرر رابطه متصدی حمل و نقل و مرسل‌الیه طبق قاعده رابطه‌ای لازم خواهد بود. لازم بودن این رابطه مانع از پیدایش اختلاف در باره مقدار هزینه‌ها یا تطابق کالاها با خصوصیات اعلامی

1. Incoterms

2. FoB (Free on Board)

3. CIF (Cost, Insurance and Freight)

نیست. برخلاف کرایه که از پیش تعیین شده و مقداری ثابت است، مخارج و سایر هزینه‌ها ممکن است بسته به اتفاقاتی که در مسیر می‌افتد، متغیر باشد. بدیهی است مرسل‌الیه در صورت نارضایتی، حاضر به پرداخت قسمت متنازع‌فیه هزینه‌ها یا در صورت عدم مطابقت کالاها، حاضر به دریافت آنها و پرداخت هزینه‌ها و کرایه حمل نمی‌شود. با استنکاف او، مطابق قانون، مسئولیت محموله (مخارج نگهداری و هر عیب و نقص) با ارسال‌کننده خواهد بود. پس همچون گذشته آن‌گونه که دیگران (محسنی، ۲۴۶) هم توجه داشته‌اند، محموله توسط ارسال‌کننده قابل استرداد شده و تعلیمات و دستورات او است که باید با توجه به ظرفیت‌های قرارداد اصلی حمل‌ونقل درباره محموله اجراء شود. با این حال، با انجام‌دادن تکلیف پذیرفته‌شده از سوی مرسل‌الیه، مثلاً آن‌گونه که دیگران (Akhmetshin and Kovalenko, 6) هم توجه داشته‌اند، عدم تخلیه به موقع کالا، متصدی آن‌گونه که دیگران (امامی، ۲۵۸/۱) هم نظر داده‌اند، حق اقامه دعوا علیه او را خواهد داشت.

به نظر می‌رسد هر جا تعهد به نفع ثالث یا تکلیف به ضرر ثالث مطرح باشد، معمولاً تعلیق در انشاء نیز در آن جلوه‌گر می‌شود، تاجایی که گرچه آن‌گونه که دیگران (یزدانیان، ۱۴۴) هم ابراز کرده‌اند، عقد بیمه یک عقد معلق در انشاء نیست؛ ولی آن‌گونه که بعضی (محقق داماد، ۳) مطرح کرده و بعضی (هدایتکار و شاهدانی، ۱۴۳) مورد تحقیق قرار داده‌اند، بعضی از بیمه‌ها متضمن تعهد به نفع ثالث‌اند و چنین تعهدی آن‌گونه که بعضی (زنگنه، ۲۸۳) نیز تلویحاً نظر داده‌اند، مسلماً از مصادیق اصلی تعهد معلق می‌باشد. برای مثال می‌توان از بیمه شخص ثالث یا آن‌گونه که بعضی (محمدی، ۲۷۳) مطرح کرده‌اند، از بیمه عمر نام برد. آنطور که بعضی (زنگنه، ۲۷۹) مطرح کرده‌اند، این که می‌توان ذینفع بیمه عمر را بدون جلب موافقت ذینفع قبلی آن تغییر داد، تعلیق در انشاء را در آن بیمه بهتر نمایان می‌کند.

۲.۲. چگونگی رابطه مرسل‌الیه با متصدی حمل‌ونقل

براساس قانون، تردیدی نیست که رابطه ارسال‌کننده با متصدی حمل‌ونقل، برخلاف تحلیل بعضی (اخلاقی، ۳)، چگونگی آن در حقوق مدنی، در حقوق تجارت آن‌گونه که دیگران (شهیدی، قرارداد حمل‌ونقل، ۶۶؛ اسکینی، حقوق تجارت، ۸۸ و ابافت، ۱۱) هم مطرح کرده‌اند، و علیرغم نظر بعضی (یزدانی، ۱۱۳)، اصولاً مبتنی بر وکالت است. ولی

به شرح پیش گفته، رابطه متصدی حمل و نقل با مرسل‌الیه زائیده تعهد و تکلیف به نفع و ضرر ثالث (مرسل‌الیه) است که آن گونه که دیگران (سماواتی، ۹۷) هم ابراز کرده‌اند، در قرارداد حمل و نقل گنجانده شده است. بی تردید این تعهد یا تکلیف حالت دو طرفه و عقد دارد. چون آن گونه که دیگران (فخاری، ۱۳۲؛ افتخاری، ۱۰۲) هم ابراز کرده‌اند، این تعهد متضمن حق مطالبه و تصرف ذینفع ثالث بر محموله است در حالی که قاعدتاً نمی‌توان بدون موافقت ثالث (مرسل‌الیه) مالی را در مالکیت او داخل نموده، حتی را به او داده، و تکلیفی را به او تحمیل نمود. بر اساس قانون، العقود تابعه للقصود؛ و ظاهراً متصدی حمل و نقل و ارسال کننده در لحظه گنجاندن تعهد یا تکلیف به نفع یا ضرر ثالث در قرارداد حمل و نقل، چیزی فراتر از تعهد به نفع یا تکلیف به ضرر ثالث را قصد نمی‌کنند و همین قصد بعداً با حصول معلق به بی‌کم و کاست از سوی مرسل‌الیه پذیرفته می‌شود. آن گونه که دیگران (امامی، ۲۵۶/۱) هم مطرح کرده‌اند، و علیرغم نظر بعضی (شهیدی، صلح مال، ۱۶۸)، به این ترتیب قرارداد جدیدی منعقد می‌شود.

البته به نظر می‌رسد لازم نباشد به دنبال عنوان خاصی برای این قرارداد جدید باشیم؛ ولی بی تردید آن گونه که دیگران (نقی‌زاده باقی، ۴۷) هم توجه داشته‌اند، جنبه‌هایی از وکالت در آن وجود دارد؛ چون قانونگذار صریحاً از دستورات و تعلیمات مرسل‌الیه به متصدی حمل و نقل نیز آن گونه که درباره دستورات و تعلیمات ارسال کننده به متصدی حمل و نقل سخن گفته بود، سخن می‌گوید. وجود جنبه‌هایی از وکالت سبب جایز شدن رابطه متصدی حمل و نقل با مرسل‌الیه نمی‌شود؛ چون وجود چنین محتویاتی را در عقود مانند اجاره هم شاهدیم، ولی این محتویات آن عقود را هم به جایز تبدیل نمی‌کند. البته جدید بودن این قرارداد مانع از آن است که طرفین آن بتوانند به استناد این که از طرفین آن‌اند آن گونه که دیگران (شهیدی، صلح مال، ۱۵۸) هم نظر داده‌اند، عقد اصلی، یعنی رابطه بین ارسال کننده و متصدی حمل و نقل، را فسخ یا اقاله کنند. اما مسلماً فسخ یا اقاله قرارداد جدید رابطه ارسال کننده و متصدی حمل و نقل را به حالت سابق بازمی‌گرداند.

حق و تکلیفی که مرسل‌الیه با تعهد به نفع و تکلیف به ضرر بدست می‌آورد، قابل نقل و انتقال است و به همین سبب، او آن گونه که دیگران (عرب احمدی، السان و نوشادی، ۳۱) هم مطرح کرده‌اند و در تجارت خارجی (Pejovic, 43) نیز معمول است، معمولاً با

معامله اسنادی^۱ و دست به دست کردن بارنامه، این حق و تکلیف را به دارنده جدید بارنامه منتقل^۲ می‌کند. مطابق معمول در حمل و نقل، استثنائاً تکلیف مزبور بدون نیاز به گرفتن اجازه از متصدی حمل و نقل یا ارسال کننده قابل نقل و انتقال است.

بدیهی است که آن گونه که دیگران (محمدی، ۲۷۳) هم به طور کلی تحت عناوین «نظریه پیشنهاد» یا «نظریه دو قرارداد» به نقل از حقوق خارجی و فقه مطرح کرده‌اند، و آن گونه که در تجارت خارجی (1, Akhmetshin and Kovalenko) نیز معمول است، ابتدا قرارداد حمل و نقل میان ارسال کننده و متصدی حمل و نقل بسته می‌شود تا جایی که اگر مرسل الیه تعهد به نفع خودش (ثالث) یا تکلیف به ضرر خودش (ثالث) را قبول نکند، یا در مقصد به او دسترسی نباشد، همچنان طرف قرارداد متصدی حمل و نقل در این باره نیز ارسال کننده خواهد بود. ولی اگر با قبول تعهد به نفع و تکلیف به ضرر ثالث (مرسل الیه) حقوق ارسال کننده به مرسل الیه منتقل شده باشد طرفین قرارداد حداقل در ظاهر متصدی حمل و نقل و مرسل الیه (به عبارت بهتر (Pejovic, 50) در صورت وجود بارنامه، دارنده بارنامه) خواهد بود. بنابراین، در این وضعیت اقاله یا فسخ قرارداد اصلی حمل و نقل از سوی ارسال کننده و متصدی حمل و نقل علی‌رغم نظر کلی بعضی (امامی، ۳۲۸/۲)، تأثیری در جایگاه متعهدله و مکلف علیه نخواهد داشت. برای مثال اگر متصدی بعد از حصول معلق به و قبول مرسل الیه متوجه کم بودن فاحش مبلغ کرایه حمل در نظر گرفته شده در قرارداد اصلی شده باشد، و بخواهد اعمال خیار غبن کند، علی‌رغم آنچه از نظر بعضی (شهیدی، صلح مال، ۱۶۷؛ محقق داماد، ۲۶) مستفاد می‌شود، چاره‌ای جز ادامه دادن تعهد خود در مقابل مرسل الیه و مطالبه مابه‌التفاوت از ارسال کننده نخواهد داشت. زیرا در این حالت قرارداد اصلی باطل نشده بلکه اقاله یا فسخ شده و علی‌رغم آنچه از نظر بعضی (شهیدی، صلح مال، ۱۶۸) و مطابق آنچه از نظر همان نویسنده در جای دیگری (شهیدی، صلح مال، ۱۶۹) مستفاد می‌شود، آن دو اثر قهقراپی ندارند؛ پس ایجاب تعهد یا تکلیف به ضرر ثالث و قبول هر یک از آنها بعد از حصول معلق به همچنان دست نخورده باقی می‌ماند.

اصولاً برای هر یک از طرفین تعهد به نفع ثالث (مرسل الیه) یا تکلیف به ضرر او نیز حق فسخی ایجاد می‌شود و چنین حقی علی‌رغم نظر بعضی (شهیدی، صلح مال، ۱۶۵)، لزوماً منحصر به خیار شرط نخواهد بود. البته قرارداد حمل و نقل، اول میان ارسال کننده و

1. Documentary transaction

2. The old Roman law principle of Traditio longa manu

متصدی حمل و نقل شکل گرفته و بعد بی تغییر ظاهراً به قرارداد میان متصدی حمل و نقل و مرسل‌الیه بدل می‌شود و چون محتویات جدیدی، برای مثال شرط جدیدی، به آن اضافه نمی‌شود انتظار وجود اغلب اختیارات را در آن نمی‌توان داشت. احتمال طرح خیار شرط یا خیار تخلف شرط در این باره بیشتر خواهد بود. مثل این که آن گونه که بعضی (محقق داماد، ۱۹) به استناد نظر فقها مطرح کرده‌اند، به نفع ثالث جعل خیار شده در تعهد قید شود که متعهدله بعد از قبول تعهد تا وقتی کالا به نقطه خاصی از مسیر نرسیده بتواند تعهد را فسخ کند. علاوه بر آن، متعهدله (مرسل‌الیه) به خاطر منحرف شدن حامل (متصدی) از مسیر درخواستی (شرط شده) ممکن است تعهد را به استناد خیار تخلف شرط (فعل) فسخ کند. اقاله یا فسخ عقد فرعی، تأثیری بر عقد اصلی نخواهد داشت. بنابراین، چنین تعهدی متضمن دو جزء است؛ یکی درباره موضوع حمل و دیگری درباره نحوه آن. به طور کلی موضوع به روابط ارسال کننده و مرسل‌الیه، و نحوه به روابط متصدی حمل و نقل و مرسل‌الیه مربوط است؛ پس در واقع تعهد یا تکلیف صد درصد میان متصدی و مرسل‌الیه نیست که شکل می‌گیرد، بلکه هنوز هم ردپایی از ارسال کننده نمایان است. در نتیجه، اقاله عقد فرعی نیازمند توافق مرسل‌الیه، متصدی و ارسال کننده خواهد بود.

۳. ابهام در قرارداد راجع به خسارت

قانونگذار اصولاً حداکثر خسارت قابل دریافت مرسل‌الیه از متصدی حمل و نقل بابت تلف، نقص، گم شدن و تأخیر تسلیم کالا را مساوی با قیمت کالا می‌داند. محدود شدن خسارت به قیمت کالا استثنایی است، چون قاعداً متصدی حمل و نقل باید از عهده همه خسارتی که با علم مسبب آن بوده برآید؛ اعم از این که آن خسارت کمتر، بیشتر یا معادل قیمت محموله باشد. برای مثال آن گونه که بعضی (Andersson, 24) مطرح کرده‌اند، ممکن است متصدی، کشتی نامناسبی را به حمل کالا اختصاص داده باشد. بنابراین، اصل مورد بحث آن گونه که دیگران (منقوطای، حکم دارای تضاد، ۱۰۹) هم توجه داشته‌اند، اصلی ثانویه است که آن گونه که دیگران (Paterson, 987) هم مطرح کرده‌اند، با تفاوت‌هایی معمولاً در حمل و نقل اعم از داخلی یا بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرد. به نظر می‌رسد منظور قیمت کالا در مقصد و در روزی باشد که قرار بوده، قاعداً کالا به آنجا برسد. البته برای تسهیل مطالبه خسارت، آن گونه که بعضی (Grobarcikova and Sosedova, 79) ابراز کرده‌اند، در همه کنوانسیون‌های مربوط به حمل و در کامن‌لا (Andersson, 43)، در این باره یک قیمت از پیش تعیین شده وجود دارد.

در اجرای آنچه که درباره ق.ت ایران گفته شد، اگر کالا قرار بوده در روز بیستم برسد، ولی به علت تأخیر در روز بیست و پنجم رسیده، و کالا در روز بیستم یک میلیارد ولی در روز بیست و پنجم نهصد میلیون قیمت داشته باشد، حداکثر خسارتی که می‌توان از متصدی گرفت، یکصد میلیون خواهد بود. ممکن است مرسل‌الیه در انتظار رسیدن کالا از روز بیستم انبار اجاره کرده و برای هر شب بیست میلیون هزینه کرده باشد ولی، با تشخیص به عمل آمده در مثال فوق، او نمی‌تواند هزینه پرداختی برای انبار را دریافت کند. چنین است اگر مرسل‌الیه متعهد بوده کالا را به محض رسیدن به مقصد دیگری بفرستد و در صورت دیر به مقصد رسیدن آن بابت هر روز بیست میلیون بپردازد. اما قانونگذار برای محدود بودن دریافت خسارت در فوق، استثنایی مقرر کرده است. به این صورت که طرفین قرارداد می‌توانند توافق کنند، به نحو معمول در کامن‌لا (Andersson, 44)، مبلغ خسارت بیشتر یا کمتر از قیمت کالا باشد. البته به نظر می‌رسد توافق به خسارت کمتر، آن گونه که بعضی (ستوده، ۷۷) نظر داده‌اند، درباره خسارات عمدی نباشد. اما علی‌رغم نظر ایشان، بعید نیست که در این باره بتوان خسارات را اصولاً عمدی تلقی کرد. مشابه توافق فوق را در ق.م. آن گونه که دیگران (پاسبان، رحمتی و غریبی، ۲۰؛ آقای، ۲۴۲) هم توجه داشته‌اند، در قالب «وجه التزام» می‌توان دید چون در آن نیز به گفته بعضی (لنگرودی، ۷۳۹)، درباره خسارتی که هنوز واقع نشده تعیین تکلیف می‌شود. البته علی‌رغم نظر بعضی (پاسبان، رحمتی و غریبی، ۲۰)، وجه التزام گرچه اصطلاحاً جریمه تأخیر یا عدم انجام تعهد است ولی مسلماً نمی‌توان آن را به تقلید از حقوق خارجی و به سبب استفاده از کلمه «جریمه» کیفری قلمداد کرد؛ چون در حقوق ایران منظور از جریمه کیفری مبلغی است که به حساب دولت واریز می‌شود. برای اجتناب از این مشکل، بعضی (اسکینی، وجه التزام، ۹۲)، کلمه «تنبیهی» را به کار برده‌اند. در واقع، در این گونه موارد آن گونه که دیگران (بادینی و دیلمی، ۴۳۸) هم توجه داشته‌اند، با قرارداد راجع به خسارت احتمالی آتی یا آن گونه که بعضی (نمینی، ۱۲؛ یزدانیان، ۱۴۵) مطرح کرده‌اند، با معلق به احتمالی روبرو هستیم. در این باره، علی‌رغم نظر بعضی (اسکینی، وجه التزام، ۸۸)، اصولاً دریافت خسارت به معنی منتفی شدن لزوم انجام تعهد اصلی نیست.

برخلاف وجه التزام که طبق معمول خسارت را - اگر باشد - در برمی‌گیرد و آن گونه که دیگران (رنجبر و سالاری‌پور، ۱۳؛ حاتمی و صادقی، ۶۶ و اسکینی، وجه التزام، ۹۴) هم ابراز کرده‌اند، اعمال آن منوط به وجود خسارت نیست و اثبات نبود خسارت نیز آن را

منتفی نمی‌کند، توافق به کمتر یا بیشتر از خسارت حمل و نقل اصولاً وابسته به وجود خسارت است و با نبود خسارت نمی‌توان مبلغی را بابت آن مطالبه کرد. برای مثال صرف تأخیر در رساندن کالا اماره ورود خسارت نیست و علی‌رغم نظر بعضی (باقری و فهیمی، ۱۴۰)، ورود خسارت باید ثابت شود. البته، برای تعیین مقدار خسارت وارده علی‌رغم نظر بعضی (شهیدی، قرارداد حمل و نقل، ۷۰)، مسلماً نیاز به نظر کارشناس خواهد بود. بی‌تردید توافق به کمتر یا بیشتر از قیمت کالا به معنی عدم امکان درج وجه التزام در قرارداد حمل و نقل نیست. توافق به کمتر از خسارت را بعضی (رنجبر و سالاری‌پور، ۱۳)، توافق محدودکننده مسئولیت نام گذاشته‌اند؛ یعنی آن گونه که دیگران (شهیدی، قرارداد حمل و نقل، ۷۰) هم نظر داده‌اند، نمی‌توان مابه‌التفاوت این مبلغ کمتر و مبلغ واقعی خسارت را از متصدی مطالبه کرد. چنین توافقی در شدیدترین حالت آن به توافق به عدم مسئولیت می‌انجامد.

ممکن است با توجه به وضعیت اقتصادی طرفین، مبلغ بسیار کمتر یا بسیار زیادتری برای خسارت تعیین شود. ولی ق.م آن گونه که بعضی (رنجبر و سالاری‌پور، ۳۱؛ مقصودی، ۱۱۷) مطرح کرده‌اند، و ق.ت علی‌رغم نظر بعضی (پاسبان، رحمتی و غریبی، ۲۷) و آن گونه که دیگران (حاتمی و صادقی، ۷۹) هم نظر داده‌اند، مقرره‌ای برای تعدیل چنین مبلغی ندارد گرچه در این باره می‌توان از مقررات ق.ت. الکترونیکی و قانون اصل چهل و چهار قانون اساسی بهره برد. البته، شرط تعیین خسارت گزاف و نامتناسب ممکن است به سبب نقض شرایط اساسی صحت معاملات آن گونه که بعضی (حاتمی و صادقی، ۹۴) نظر داده‌اند، باطل باشد.

در این باره، وجه التزام یا توافق بر دریافت بیشتر یا کمتر از مقدار خسارت به شرح پیش گفته، علی‌رغم نظر بعضی، (احمدآبادی و رضایی‌نژاد، ۲۷۱؛ اسکینی، وجه التزام، ۸۰) حتی اگر موضوع تعهد وجه نقد باشد، آن گونه که دیگران (مقصودی، ۱۱۸؛ ابهری، فرزندگان و ظهوری، ۲۶) هم مطرح کرده‌اند، متضمن ربا نیست. علت به نحو پیش گفته آن است که استحقاق به دریافت چنین مبالغی آن گونه که دیگران (شیروی، ۴۵) هم نظر داده‌اند، نتیجه تخلف متعهد است و علی‌رغم نظر بعضی (آقایی، ۲۵۰ و ۲۵۷)، شامل قبل از سررسید و مطالبه نمی‌شود؛ پس خسارت تأخیر تادیه را هم نمی‌توان «تعدیل پول» یا «اجرای عین تعهد» نامید. قانونگذار نحوه انعقاد چنین قراردادی را مشخص نکرده و تشخیص این امر نیاز به تحلیل دارد چون قرارداد خسارت درباره چیزی بسته می‌شود که هنوز موجود نشده است.

۳،۱. صحت قرارداد به علت وجود سبب خسارت

معمولاً وقتی موضوع قراردادی در هنگام انعقاد آن موجود نیست، به موجود بودن سبب آن در آن لحظه اکتفا می‌شود. مستند اصلی این استنتاج آن است که طبق ق.م «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است». به عبارت بعضی (باقری، ۷۷)، در فقه به چنین ضمانی «ضمان ما لم یجب» گفته می‌شود. در واقع، معمولاً از مفهوم مخالف این ماده استنتاج می‌شود که ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده، صحیح است. ظاهراً عبارت «هنوز سبب آن ایجاد نشده باشد» را غایت محسوب کرده و در نتیجه گرفتن مفهوم مخالف از آن جمله را مجاز می‌شمارند. رفته رفته مفهوم مخالف ساخته شده را اصل محسوب و آن را، علاوه بر ضمان، درباره هر معامله راجع به دینی که سبب آن ایجاد شده باشد بکار می‌برند؛ به نحوی که مثلاً رهن گرفتن برای دینی که فقط سبب آن ایجاد شده باشد یا آن گونه که بعضی (زیناب و پیری، تشکیل عقود، ۱۵۴) مطرح کرده‌اند، حواله دینی که فقط سبب آن ایجاد شده است را مجاز می‌شمارند. با این استنتاج، که چندان هم مستقیم نیست، می‌توان توافق به دریافت کمتر یا بیشتر از مقدار خسارت درباره دینی (خسارتی) که سبب آن (قرارداد حمل و نقل) ایجاد شده است را نیز مجاز و صحیح شمرد. البته، منظور از ضمان در مقرر فوق، آن گونه که دیگران (بادینی و دیلمی، ۴۳۸) هم توجه داشته‌اند، مسئولیت ثانویه است حال آن که موضوع اصلی این مبحث مسئولیت اولیه می‌باشد.

ولی به نظر می‌رسد این استنتاج دارای عیوبی است؛ اول این که مبتنی بر بیش از یک ماده نیست، دوم این که نه از منطوق آن ماده یا مفهوم موافق آن بلکه از مفهوم مخالف آن انجام می‌شود، سوم این که آن مفهوم بدون دلایل قانونی کافی، اصل تلقی و آن گونه که دیگران (زیناب و پیری، تشکیل عقود، ۱۵۹) هم توجه داشته و خود «به قیاس اولویت» انجام داده‌اند، به غیر «ضمان» هم سرایت داده می‌شود. حتی ایشان (زیناب و پیری، تشکیل عقود، ۱۶۴)، پا را فراتر نهاده معتقد به وجود اصلی به نام «اصل کفایت سبب دین برای انعقاد عقد وثیقه‌ای» شده‌اند. این عیوب به نحو دیگری هم تشدید می‌شود؛ به این صورت که قانونگذار مقرر می‌دارد «اگر در بیع عین معین معلوم شود مبیع وجود نداشته بیع باطل است»؛ یعنی به نظر می‌رسد اصولاً اگر موضوع معامله موجود نباشد، آن معامله باطل است و استثنائاً ماهیت کلی و مثلی دین است که اجازه می‌دهد با وجود ناموجود بودن، معامله در مورد آن صحیح تلقی شود. با استثنایی تلقی شدن

امکان معامله راجع به دینی که موجود نشده است؛ به عبارتی معامله ما لم یجب، علیرغم نظر بعضی (باقری، ۸۹)، در تسری آن به همه موارد مشابه باید بیشتر احتیاط کرد. علاوه بر آن، آن گونه که بعضی (صفائی، ۵۴) مطرح کرده اند، در مفهوم سبب هم اختلاف هست؛ یعنی بعضی قرارداد حمل و نقل را سبب می دانند گرچه قراردادهای جایز را سبب به حساب نیاورده اند در حالی که بعضی دیگر معتقدند صرف انعقاد قرارداد کافی نیست بلکه آن گونه که بعضی (زیناب و پیری، تشکیل عقود، ۱۵۱) نیز مطرح کرده اند، باید تعهد (مسئولیت اولیه) به عهده مضمون عنه مستقر شده باشد تا بتوان آن تعهد را ضمانت کرد. مثلاً در موضوع مورد بحث، معتقدند تعدی و تفریط متصدی باید ثابت شده باشد تا بتوان مسئولیت او را ضمانت کرد. البته، با توجه به چگونگی ید متصدی حمل و نقل، تعدی و تفریط او اصولاً مفروض گرفته می شود بنابراین، نظر اخیر در این باره مصداق نخواهد داشت. پس به نظر می رسد نیاز به استدلال بی عیب تری لازم می آید. این موضوع در موارد دیگری نظیر سهام وثیقه اعضای هیات مدیره شرکت های سهامی و ضمانت حسن انجام کار نیز کاربرد دارد و آنطور که از این مثال ها نیز معلوم است همیشه نمی توان انتظار کشید تا بدهکاری ایجاد و مستقر شود تا بتوان درباره آن به اقدامات حقوقی متوسل شد و باید واقعه ای که احتمالاً اتفاق خواهد افتاد را قبل از وقوع آن علاج کرد.

ممکن است بعضی کلمه «ضمان» را در مقرر فوق مستمسک استنتاج خود قرار داده، آوردن آن در جمله قانونگذار را حصر حساب کرده و به نوع دیگری مفهوم مخالف بگیرند. یعنی بگویند «ضمان» در این مقرر استثنایی است و در غیر از «ضمان» می توان درباره «دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است» به اشکال دیگری معامله نمود؛ مثلاً بگویند بنابراین، حواله دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده نیز صحیح است. اما این استنتاج مبتنی بر بی دقتی خواهد بود چون لازمه آن وجود ادوات حصر نظیر «فقط» و «منحصراً» در این جمله است؛ حال آنکه چنین ادواتی در آن وجود ندارد. برای مثال گفته نشده است فقط ضمان دینی که سبب آن ایجاد نشده باشد، باطل است. به نحو پیش گفته، قانونگذار اصولاً معامله در مورد موضوعی که موجود نیست را صحیح نمی داند، پس در این باره علیرغم نظر بعضی (صفائی، ۶۱)، اگر سبب دینی ایجاد نشده باشد با استناد به اصل آزادی قراردادها هم نمی توان به عهده گرفتن ثانویه آن را توجیه نمود.

دقت در مفهوم مخالف مورد بحث نکته مهمتری را نیز نشان می دهد که می تواند مانع دیگری بر سر راه توسل به روش مورد بحث شود؛ آن این که مجاز دانستن ضمانت یا هر معامله دیگری راجع به دینی که فعلاً فقط سبب آن ایجاد شده است در واقع آن گونه که

دیگران هم توجه داشته‌اند (زیناب و پیری، تشکیل عقود، ۱۵۹)، توسل به تعلیق در منشاء (اثر) است. یعنی مثلاً در ضمانت ضامن به نفع مضمون‌له در مورد دینی که سبب آن ایجاد ولی خود آن ایجاد نشده فعلاً توافق می‌کنند که آن‌گونه که دیگران (زیناب و پیری، تشکیل عقود، ۱۵۸)، هم تلویحاً بیان کرده‌اند، اگر آن دین ایجاد و تثبیت شد، ضامن آن را به مضمون‌له پرداخت کند. البته این مورد حالت خاصی از تعلیق در منشاء است؛ چون در آن معلق به و موضوع عقد یکی شده‌اند. بدیهی است این حالت سهولت پذیرش تعلیق در منشاء را کمتر می‌کند. علاوه بر آن، آن‌گونه که بعضی (منقوطای، تعلیق در انشاء، ۱۰۳) نیز نظر داده‌اند، تعلیق در منشاء معمولاً در خطر غرر قرار دارد. برای مثال، برخلاف حوزه حقوق مدنی، در حوزه حقوق تجارت ضمانت عقدی معوض است و تجار حاضر نمی‌شوند بدون عوض ضمانت کسی را بنمایند و قانونگذار هم انتظاری غیر از این ندارد. بنابراین، اگر به نحو فوق، ضامن بخواهد ضمانت دینی را -که فعلاً فقط سبب آن ایجاد شده است- بنماید، باید بداند چه مدت انتظار تحقق دین طول خواهد کشید تا بداند چه مبلغی باید در عوض آن ضمانت مطالبه کند. در نتیجه، در این مورد باید حداکثر زمان انتظار مشخص شده باشد. البته، درباره موضوع مورد بحث، یعنی خسارات حمل و نقل، معمولاً مسیر و حداکثر مدت زمان حمل کالا مشخص است و چنین مشکلی متصور نیست.

۳.۲. صحت قرارداد با توسل به تعلیق در انشاء

به نظر می‌رسد توافق به پرداخت کمتر یا بیشتر از مقدار خسارت را با تعلیق در انشاء بهتر می‌توان تحلیل نمود. یعنی بگوییم تا وقتی خسارتی بوجود نیامده باشد توافقی هم در این باره شکل نمی‌گیرد چون موضوع معامله هنوز موجود نشده است. بنابراین، می‌توان شکل گرفتن این توافق را معلق به تحقق خسارت نمود و گفت ایجاب‌کننده چنین توافقی (برای مثال ارسال‌کننده) در واقع در انشاء خود این‌گونه قصد می‌کند که اگر خسارتی در نتیجه عملکرد متصدی حمل و نقل به محموله وارد شد، او موظف خواهد بود، برای مثال تنها معادل نصف خسارت را پرداخت نماید؛ ولی این ایجاب قابل قبول نمی‌شود و به عبارتی قبول این ایجاب تأثیری نخواهد داشت تا وقتی که خسارت در عمل ایجاد شود. با وقوع خسارت معلق به حاصل و ایجاب سابق قابل قبول خواهد شد.

ایجاب انشاء شده معلق آن‌گونه که دیگران (ایزانلو، ۴؛ محمدی، ۲۷۴) هم مطرح کرده‌اند، اصولاً جایز (قابل رجوع) است. ولی این ایجاب، بسته به شرایط، به صورت قانونی یا قراردادی، ممکن است به ایجاب لازم (غیر قابل رجوع) تبدیل شود. در این مورد به نظر

می‌رسد و ابستگی قرارداد اصلی به این شرط، ایجاب آن را به‌لازم بدل می‌کند. در این باره، بسته به این که توافق به‌کمتر از خسارت یا بیشتر از آن بشود ایجاب‌کننده متفاوت خواهد بود. چون مطالبه بیشتر از معادل خسارت به‌نفع ارسال‌کننده ولی مطالبه کمتر از آن به‌نفع متصدی حمل و نقل است پس ایجاب در حالت اول باید از سوی متصدی حمل و نقل و در حالت دوم از سوی ارسال‌کننده به‌عمل آید. اگر قبول بعد از حصول معلق به‌برای کسی بماند که از شرط منتفع می‌شود آن شرط با عدم‌قبول مواجه نمی‌شود حال آن که اگر غیر از این باشد با عدم‌قبول مواجه می‌شود. ضمن این که در هر یک از آن دو مورد، بسته به شرایط، جایگاه ارسال‌کننده به‌عنوان ایجاب‌کننده یا قبول‌کننده به‌مرسل‌الیه واگذار می‌شود. باید دید با توجه به آنچه قبلاً گفته شد، معلق به (خسارت) قبل از حصول تعهد به نفع ثالث واقع می‌شود یا بعد از آن؛ قبل از آن، بسته به‌حالت‌های فوق، ایجاب یا قبول با ارسال‌کننده ولی بعد از حصول تعهد به‌نفع ثالث، ایجاب یا قبول با مرسل‌الیه خواهد بود. ضمن این که حتی اگر خسارت قبل از حصول تعهد به‌نفع و تکلیف به‌ضرر مرسل‌الیه واقع شده باشد اصولاً ذینفع شرط دریافت بیشتر از خسارت مرسل‌الیه خواهد بود مگر این که به‌دلایلی که قبلاً مشخص شده است اختیار کالا به‌ارسال‌کننده بازگردد. در این باره، در هر حال ذی‌نفع شرط دریافت کمتر خسارت متصدی حمل و نقل خواهد بود.

۴. نتیجه‌گیری

از آنجایی که در ضمن یک مقاله تحقیقی کامل صحت تعلیق در انشاء ثابت شده بود تنها به‌ذکر خلاصه‌ای مورد نیاز از مطالب آن بسنده شد. تحلیل تحقیقی فوق درستی فرضیه آن یعنی وجود تعلیق در انشاء در تعهد به‌نفع یا تکلیف به‌ضرر ثالث (مرسل‌الیه) در قرارداد حمل و نقل و امکان توسل به‌تعلیق در انشاء در تحلیل توافق به‌کمتر یا بیشتر از خسارت را به‌خوبی ثابت کرد. در مصادیق دیگری از تعهد به نفع ثالث، از جمله بیمه‌های شخص ثالث و عمر، هم وجود تعلیق در انشاء نمایان است. هر دو مصداق مورد تحلیل از قراردادها (عقود) هستند ولی تعلیق در انشاء ایقاعات را هم دربرمی‌گیرد. در مصداق اول، معلق به قرارداد ارسال بارنامه یا رسید کالا به مرسل‌الیه و در نبود آنها رسیدن کالا به مقصد و اطلاع به مرسل‌الیه یا مطالبه کالا از سوی او و در مصداق دوم، معلق به قرارداد وقوع خسارت است. معلق به می‌تواند ایجابی یا سلبی باشد. معمولاً معلق به تعهد به‌نفع، با معلق به تکلیف به ضرر، یکی است، گرچه می‌تواند یکی هم نباشد. به‌محض حصول معلق به، ایجاب قابل قبول شده، با قبول، رابطه مرسل‌الیه با متصدی حمل و نقل جایگزین

رابطه ارسال کننده با متصدی حمل و نقل شده، یا تعهد به پرداخت خسارت به مبلغ کمتر یا بیشتر از قیمت کالا محقق می‌شود. تعهد به نفع مرسل‌الیه به‌طور قهری و ارادی قابل انتقال است. تکلیف به ضرر او نیز، حتی استثنائاً بدون کسب اجازه از متصدی حمل و نقل یا ارسال کننده، قابل انتقال است. در این تحلیل تحقیقی، لاجرم نکات و ظرایف جدیدی از تعهد به نفع و تکلیف به ضرر ثالث هم آشکار شده است.

این تحلیل تحقیقی با تکیه بر دو مصداق فوق سبب آشنایی بیشتر با تعلیق در انشاء، احکام حقوقی آن، و امکاناتی که در اختیار ما می‌گذارد شد. درباره تعهد به نفع یا ضرر ثالث (مرسل‌الیه): تکلیف انتقال قهری ایجاب معلق (با توجه به لازم یا جایز بودن آن)؛ امکان لازم شدن ایجاب و عدم تأثیر فوت و ورشکستگی بر آن؛ حصول توام معلق به تعهد به نفع یا تکلیف به ضرر؛ عدم امکان اقاله یا فسخ قرارداد حمل و نقل (عقد اصلی) بدون مشارکت ثالث ذینفع؛ عدم تأثیر فسخ یا اقاله قرارداد حمل و نقل (عقد اصلی) بر جایگاه مرسل‌الیه؛ و امکان فسخ یا اقاله تعهد به نفع و تکلیف به ضرر (عقد فرعی) از سوی طرفین آنها یعنی ارسال کننده، متصدی حمل و نقل و مرسل‌الیه، به‌نحو مشخص شده در متن، روشن شد. همچنین، درباره توافق به کمتر یا بیشتر از مقدار قیمت کالا به‌عنوان خسارت: امکان لازم شدن ایجاب به‌نحو معلق انشاء شده، نحوه شناسایی موردی از علل تبدیل وضعیت ایجاب مزبور به لازم، و نحوه شناسایی ایجاب کننده و قبول کننده در موقعیتهای مختلف، به‌نحو بحث شده در متن، روشن شد.

این مقاله نشان داد که ممکن است یک توافق معلق در انشاء (در اینجا توافق به کمتر یا بیشتر از مقدار خسارت) به‌عنوان شرط ضمن عقد، در درون تعهد به نفع و تکلیف به ضرری که آن هم خود به‌صورت تعلیق در انشاء است، گنجانده شده باشد. در اخذ وجه التزام نیز مشابه این تعلیق (تعلیق به معلق به احتمالی آتی) به چشم می‌خورد. البته برخلاف معلق به موضوع مورد بحث، معلق به وجه التزام لزوماً وقوع خسارت نیست. توافق به کمتر یا بیشتر از مقدار خسارت نیز با وجه التزام قابل جمع است و هیچ‌یک از این دو ربا نیستند. اصولاً معامله موضوعی که هنوز ایجاد نشده باشد باطل است؛ پس توافق منجر به خسارت کمتر یا بیشتر هم تا وقتی خسارت حادث نشده است، باید باطل باشد. این که گفته شود با ایجاد سبب خسارت می‌توان درباره آن معامله کرد، دلیل متقن ندارد. پس توسل به تعلیق در انشاء، روش بهتری برای صحیح تلقی کردن توافق به پرداخت کمتر یا بیشتر خسارت آتی است.

فهرست منابع

۱. ابافت، رسول، «قرارداد حمل و نقل هوایی در حقوق ایران»، دانش حقوق مدنی، شماره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۷.
۲. ابهری، حمید، محمد فرزندگان، و سمیه ظهوری، «قواعد و شرایط حاکم بر مطالبه خسارت تأخیر تادیه در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۸، شماره ۱، ۱۳۹۶.
۳. احمدآبادی، مصطفی محقق و همایون رضایی‌نژاد، «تأخیر در اجرای تعهد پولی و آثار آن (تحلیل حقوق موضوعه و نقد رویه قضایی)»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۸.
۴. اخلاقی، بهروز، «بحثی پیرامون ماهیت حقوقی قراردادهای حمل و نقل از دیدگاه حقوق مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۴۳، ۱۳۷۱.
۵. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت؛ کلیات، معاملات تجاری، تجار. تهران: سمت، ۱۳۷۸.
۶. -----، «وجه التزام در قراردادهای تجاری بین‌المللی» مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۸، شماره ۹، ۱۳۶۷.
۷. افتخاری، جواد، حقوق تجارت (۱) نظری و کاربردی، اشخاص و تکالیف آنها. تهران: ققنوس، ۱۳۷۹.
۸. آقایی، کامران، «ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی در آیین نظریه تعدیل پول» تحقیقات حقوقی، شماره ۸۰، ۱۳۹۶.
۹. امامی، سید حسن، حقوق مدنی. جلد ۱. تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۴.
۱۰. -----، حقوق مدنی. جلد ۲. تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۴.
۱۱. امینی، اعظم، محمدحسن حائری، و حسین ناصری مقدم، «بررسی فقهی حقوقی موجبات و مسقطات حق حبس در عقود معاوضی» جستارهای فقهی و حقوقی، شماره ۳، شماره ۹، ۱۳۹۶.
۱۲. ایزانلو، محسن، «تعهد به فعل ثالث»، فصلنامه حقوق، ۳۷، شماره ۱، ۱۳۸۶.
۱۳. بادینی، حسن، و شیوا دیلمی، «شرط تضمین پرداخت خسارت»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳، ۱۳۹۷.
۱۴. باقری، احمد، «ضمان مالم یجب»، مقالات و بررسیها، ۷۴، ۱۳۸۲.
۱۵. باقری، محمود، و صدیقه فهیمی، «بررسی وضعیت حقوقی شروط تحویل یا پرداخت در قراردادهای بلند مدت فروش گاز»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۳۴، شماره ۵۷، ۱۳۹۶.
۱۶. یاسبان، محمدرضا، پرویز رحمتی، و سارا غریبی، «تحلیل اقتصادی نهاد وجه التزام با تاکید بر نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمن»، دانش حقوق مدنی، شماره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۳.
۱۷. حاتمی، علی اصغر، و عبدالرضا صادقی، «شرط وجه التزام غیرعادلانه»، دانش و پژوهش حقوقی، شماره ۲، ۱۳۹۱.
۱۸. رنجبر، رضا، و اسماعیل سالاری پور، «بررسی ماهیت و مبانی فقهی حقوقی وجه التزام»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره‌های ۸ و ۹، ۱۳۹۰.
۱۹. زنگنه، عبدالحمید اعظمی، حقوق بازرگانی. تهران: بی‌نام، ۱۳۵۳.
۲۰. زیناب، غلامعلی سیفی، و جواد پیری، «تشکیل عقود وثیقه‌ای به‌اتکای سبب دین»، دیدگاههای حقوق قضایی، شماره ۲۳، شماره ۸۲، ۱۳۹۸.
۲۱. -----، «تعلیق‌پذیری عقود وثیقه‌ای»، تحقیقات حقوقی، شماره ۸۲، ۱۳۹۷.

۲۲. ستوده، حسن، حقوق تجارت. جلد ۴. تهران: دهخدا، ۱۳۵۰.
۲۳. سماواتی، حشمت‌الله، حقوق تجارت. جلد ۱. تهران: میزان، ۱۳۷۸.
۲۴. شرعی، الهام، علیرضا یزدانیان، رضا عباسیان، و محمدهادی مهدوی، «پایان واقعی و حکمی قراردادهای معلق با نگاهی به حقوق فرانسه»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز ۱۰، شماره ۱، ۱۳۹۷.
۲۵. شهیدی، مهدی، «برخورد قانون مدنی و تجارت در مورد قرارداد حمل‌ونقل»، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ۲، شماره ۱، ۱۳۶۴.
۲۶. شهیدی، مهدی، «صلح مال در برابر تعهد به پرداخت مستمری (تطبیق با قرارداد مشابه Rente Viagere در حقوق فرانسه)»، تحقیقات حقوقی ۱۳ و ۱۴، ۱۳۷۳.
۲۷. شیروی، عبدالحسین، «نقد و بررسی مقررات آیین دادرسی مدنی راجع به مطالبه خسارات قراردادی و تأخیر تادیه»، مجله مجتمع آموزش عالی قم ۳، شماره ۹، ۱۳۸۰.
۲۸. صفائی، سیدحسین، «تعهد حسن انجام قرارداد (ضمانت)» مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۲، شماره ۰، ۱۳۴۹.
۲۹. عرب احمدی، مجیدرضا، مصطفی‌السان، و ابراهیم نوشادی، «بررسی تطبیقی کارکرد بارنامه به عنوان سند مالکیت»، دانش حقوق مدنی ۸، شماره ۱، ۱۳۹۸.
۳۰. فخاری، امیرحسین، و شراره مفیدیان، «مطالعه تطبیقی حق رزرو گیرنده کالا در انواع قراردادهای حمل‌ونقل»، دانشنامه حقوق و سیاست ۱۰، ۱۳۸۷.
۳۱. لنگرودی، محمدجعفر جعفری، ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰.
۳۲. محسنی، سعید، و الناز نهانندی، «حق در اختیارگرفتن کالا در کنوانسیون CMR و مقایسه آن با قانون تجارت ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴.
۳۳. محقق داماد، سیدمصطفی، «تعهد به نفع شخص ثالث از نظر شیخ انصاری و دکترین‌های حقوقی معاصر»، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶ و ۱۷، ۱۳۷۴.
۳۴. محقق داماد، سید مصطفی، و سید محمدحسن ملائکه پوروشوشتری، «ماهیت بیمه مسئولیت در حقوق ایران با رویکردی تطبیقی در حقوق انگلیس»، حقوق تطبیقی ۱۰، شماره ۲، ۱۳۹۳.
۳۵. محمدی، سام، «ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث» فصلنامه حقوق ۳۹، شماره ۱، ۱۳۸۸.
۳۶. مقصودی، رضا، «تعدیل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران»، پژوهشنامه حقوقی ۲، شماره ۲، ۱۳۹۰.
۳۷. منقوطای، احد قلی‌زاده، «تحلیل حقوقی تعلیق در انشاء و کاربردهای آن در حقوق تجارت»، مطالعات حقوق خصوصی ۴۷، شماره ۱، ۱۳۹۶.
۳۸. -----، «تحلیل حقوقی حکم دارای تضاد مستند به اصول متضاد»، فقه و حقوق اسلامی ۹، شماره ۱۶، ۱۳۹۷.
۳۹. نصیری، مرتضی، محمدعیسی تفرشی، و عباداله رستمی چلکاسری، «مطالعه تطبیقی حق تعلیق و حق حبس در حقوق داخلی و قرارداد نمونه فیدیک»، مدرس علوم انسانی: ۱۳۷-۱۵۷، ۱۳۸۴.
۴۰. نقی‌زاده باقی، پیام، «ماهیت حقوقی قرارداد حمل‌ونقل و مسئولیت متصدی آن»، تعالی حقوق ۴، شماره ۱۳ و ۱۴، ۱۳۹۰.

۴۱. نمینی، محمود امامی، «بطلان یا صحت تعلیق در اعمال حقوقی»، مطالعات اسلامی ۶۳، ۱۳۸۳.
۴۲. هدایتکار، علی، و مهدی صادقی شاهدانی، «بررسی قانون اصلاح قانون شخص ثالث در مقایسه با قانون مصوب سال ۱۳۴۷» صنعت بیمه ۲۴، شماره ۱ و ۲، ۱۳۸۸.
۴۳. یزدانی، غلامرضا، حقوق تجارت ۱: بررسی تحلیلی مقررات قانون تجارت؛ تاجر، معاملات تجاری و مایه تجاری. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۷.
۴۴. یزدانیان، علیرضا، «ویژگی‌های معلق‌علیه در فقه، حقوق ایران و فرانسه»، فقه و مبانی حقوق اسلامی ۱، ۱۳۸۸.
45. Akhmetshin, Elvir, and Kseniya Kovalenko, "Essential Terms of the Contract of Carriage of Goods." *TransSiberia 2018*. Moscow: EDP Sciences. 1-7, 2018.
46. Andersson, Tord, *The Contract of Carriage by Sea in Liner Trade- the Swedish and English Law*. Master Thesis, Lund: University of Lund, 1999.
47. Flambouras, Dionysios, "Transfer of Risk in the Contract of Sale involving Carriage of Goods: A Comparative Study in English, Greek Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods." *International Trade and Business Law Annual VI*, 2001.
48. Grobarcikova, Anezka, and Jarmila Sosedova, "Carrier's Liability under the International Conventions for the Carriage of Goods by Sea." *Transport Problems* 9, no. 3, 2014.
49. Hoeks, Maria Anna, *Multimodal Transport Law: The Law Applicable to the Multimodal Contract for the Carriage of Goods*. Ph.D. Thesis, Rotterdam: Erasmus University, 2009.
50. Paterson, Alastair R., "An Outline of the Law on Carriage by Air." *The Canadian Bar Review*, 1954.
51. Pejovic, Caslav, "Documents of Title in Carriage of Goods by Sea under English Law: Legal Nature and Possible Future Directions", *Journal of Business Law* 43, no. 158, 2004.
52. Yan, Zhu, and Vadim Filimonov, "Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway between CIM and SMGS." *Frontiers of Law in China* 13, no. 1, 2018.
53. Zou, Ying Y., *Delivery of Goods by the Carrier under the Contract of Carriage by Sea; a Focus on China*. Rotterdam: Erasmus School of Law, 2005.

