

## تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران و انگلستان

حامد خویبیری\* / محمد صادق طباطبائی\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۳/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۹/۰۵

### چکیده

چرایی لازم الاتباع بودن اعمال حقوقی، چالش بنیادینی است که در حقوق انگلستان تحت عنوان «نظریه قراردادها» مورد بحث قرار می‌گیرد. پرسش اصلی این نظریه آن است که چه امری موجب عزیمت امر اعتباری از دنیای اخلاق به حقوق می‌شود؟ پاسخ ابتدایی این پرسش را می‌توان در نظریه «آزادی اراده» و قدرت خلاق اراده دید. چالش فوق در حقوق ایران و فقه امامیه نیز قابل طرح است؛ به ویژه آن که در هر دو نظام مذکور، وفای به برخی اعمال حقوقی، لازم و اجرای برخی دیگر از آنها جایز قلمداد می‌شوند. پرسشی که در نوشتار حاضر در پی پاسخ آنیم «چرایی الزام آوری اعمال حقوقی لازم از منظر حقوق» است. از نظر نگارندگان، لزوم و جواز وفای به اعمال حقوقی، در مصلحت کامنه آنها نهفته است. مصلحت کامنه اقتضا دارد که در اعمال حقوقی رایگان، اصل بر جواز و در اعمال حقوقی معوض، اصل بر لزوم باشد. به این ترتیب، وجود عوض، علت لزوم وفا و ایجاد تعهد به نتیجه خواهد بود. این رویکرد نزدیک به نظریه عوض در حقوق انگلستان بوده و نگارندگان تلاش خواهند کرد تا موضوعاتی از قبیل وعده بلاعوض در حقوق انگلستان و شروط ابتدایی در فقه امامیه و حقوق ایران را در پرتو آن تحلیل نمایند.

**کلیدواژه:** مصلحت کامنه، نظریه عوض، شروط ابتدایی، وعده بلاعوض، لزوم قراردادها، اعمال حقوقی، آزادی قراردادها

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

\*\* دانشیار حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول)

## ۱- مقدمه

تعهدات در جامعه ایران ممکن است از نظر اخلاقی، قانونی یا شرعی لازم الوفاء باشند. تعیین مرز دقیق بین تعهدات قانونی و سایر انواع تعهد، یکی از پیچیده ترین مسائل پیش روی حقوقدانان است. این معضل در حقوق انگلستان، پیدایش بحث های بسیاری را در سده های اخیر در پی داشت. تلاش ابتدایی حقوقدانان انگلیسی برای پاسخ به این پرسش، منجر به ایجاد نظریه عوض در سده شانزدهم میلادی شد (Valente, 2010: 1) که البته امروزه با انتقادات فراوانی روبرو است. این نظریه ریشه در اصطلاح لاتینی "Ex nudo pacto non oritur action" به معنای «تعهد خالی از عوض موجب حق دعوا نخواهد بود» دارد؛ که در سال ۱۶۹۸ در رأی یکی از قضات انگلستان منعکس شده است (Furmston, 2017: 103). پس از آن در سال ۱۷۷۸ تغییری در رویه قضایی پدید آمد<sup>۲</sup> که عوض را تنها نشانه قصد جدی طرفین برای پایبندی به قرارداد می دانست. این برداشت از عوض که نقش آن را صرفاً اثباتی می پنداشت در سال ۱۸۴۰ و به موجب رأی صادره از دادگاه اعیان مهجور ماند.<sup>۳</sup>

نظریه عوض، قابل انطباق با بسیاری از مباحث مطروحه در حقوق ایران از جمله لازم الوفاء نبودن شروط ابتدایی - به زعم مشهور فقها- است. اصطلاح شرط ابتدایی در تاریخ فقه امامیه قدمتی کوتاه، در حدود دو قرن داشته و به شروطی اطلاق می شود که ضمن عقد نبوده یا ارتباطی با عقد نداشته باشند (آهنگران، ۱۳۹۶: ۱۵). پیش از آن، فقهای امامیه برای این مفهوم از تعابیر وعده، الزام مستقل یا التزام ابتدایی استفاده می کردند (بهمن پوری، بی نیاز، ۱۳۹۷: ۱۶۰). ویژگی مشترک شروط ابتدایی در فقه امامیه با وعده بلاعوض در حقوق انگلستان، مجانی بودن این نوع اعمال حقوقی است

۱. Holt C. J in *Harrison v. Cage and His Wife* (1698).

۲. Lord Mansfield in *Rann v Hughes* (1778) 4 Bro PC 27, 2 ER 18.

۳. Lord Denman in *Eastwood v Kenyon* (1840) 11 Ad & E 438, 113 ER 482.

۲۳۵ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹

که برخی از فقها به این ویژگی اشاره کرده اند (خوئی، ۱۴۱۷: ۴۱۱/۱). بررسی نظریه عوض این پرسش را در ذهن تداعی می کند که آیا وجود عمل حقوقی، با لزوم وفای آن ملازمه دارد؟ پاسخ این پرسش در حقوق انگلستان منفی است. رویه قضایی و اغلب حقوقدانان، اعمال حقوقی بلاعوض را معتبر، اما غیر لازم الاجراء دانسته اند (Johnson, 2010: 552). بررسی عقود و ایقاعات موجود در قانون مدنی نیز ما را به نتیجه ای مشابه با حقوق انگلستان می رساند؛ به این ترتیب که اعمال حقوقی جایز، علی الاصول رایگان و اعمال حقوقی لازم، معمولاً معاوضی یا با شرط عوض هستند. برای مثال، طلاق علی القاعده قابل رجوع است؛ اما طلاق خلع به دلیل وجود عوض، لازم الوفاء بوده و رجوع شوهر منوط به استرداد عوض زوجه می باشد (بند ۳ ماده ۱۱۴۵ ق.م). همین طور است هبه، که در حالت عادی قابل رجوع از سوی واهب بوده، اما در صورت وجود شرط عوض لازم خواهد شد (بند ۲ ماده ۸۰۳ ق.م). وضعیت وصیت و چالش های پیرامون آن، عرصه مناسبی برای آزمودن این نظر است. برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۰۱/۳) وصیت را از آنرو که نمود آخرین اراده موصی است در هر حال قابل رجوع می دانند. با این وجود، برخی از فقها (طاهری، ۱۳۷۶: ۷۹/۵) درج شرط عوض در وصیت را ممکن دانسته و در نتیجه، وجود شرط عوض را مسقط حق رجوع و موجب لزوم وصیت می دانند (کیائی، ۱۳۸۸: ۱۳۶/۲). از آن چه گفته شد می توان نتیجه گرفت که در حقوق ایران نیز علت لازم الوفاء بودن عقود را می توان در نفع مالی متقابل طرفین جستجو کرد.

درباره چرایی لازم الوفاء بودن اعمال حقوقی لازم، نظرات مختلفی از جمله حاکمیت اراده و نظریه عوض مطرح شده است. پس از پیدایش و سلطه پارادایم مدرن بر اندیشه ها و توجه به انسان و محوریت فرد در جامعه، حقوقدانان اصل را بر حاکمیت اراده گذاشته و تا آنجا پیش رفتند که حتی اراده یک شخص در ایجاد تعهد

---

۱. Unenforceable Contract.

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۳۶

را نیز کافی دانستند (شهابی، ۱۳۹۸: ۱۰۹۰). این رویکرد هرچند در رویه قضایی و نگاه قانونگذاران به طور جدی مؤثر نبود؛ اما همراستا با مرور زمان و پیچیده تر شدن روابط تجاری سبب شد تا در برخی موارد، انجام بعضی تعهدات بلا عوض، لازم قلمداد شود. پرسش اصلی که در این نوشتار در پی پاسخ آنیم، تعلیل لزوم برخی از عقود است. در واقع، چه چیزی باعث می شود تا وفای به بعضی عقود، جایز و اجرای بعضی دیگر لازم باشد؟ دکتر جعفری لنگرودی در جلد نخست کتاب «فلسفه حقوق مدنی»، «نظریه جهت در اعمال حقوقی» به چرایی لزوم اجرای برخی عقود پرداخته اند؛ البته ایشان نظام حقوقی فقه را فاقد نظریه ای جهت لزوم قراردادها دانسته اند. بر منابع فوق می توان مقاله «مروری بر تعهد ابتدایی در نظام حقوقی کامن لا در پرتو نظریه عوض» نوشته عباس طوسی را اضافه کرد که به لازم الوفاء نبودن تعهد ابتدایی در کامن لا پرداخته است. نگارندگان در مقاله پیش رو ابتدا دلایل لزوم وفای به تعهدات را از منظر حقوقی تحلیل کرده و سپس در پرتو دلیل منتخب، وضعیت وعده بلاعوض در حقوق انگلستان و شروط ابتدایی در حقوق ایران و فقه امامیه را بررسی خواهند کرد. در انتها با تحلیل برخی از مصادیق قانونی مرتبط با بحث، ثمره علمی این نوشتار را در عرصه عمل خواهیم دید.

## ۲- مبنای لازم الوفاء بودن اعمال حقوقی

یکی از تقسیم بندی‌های عقد در قانون مدنی ایران، تقسیم آن به لازم و جایز است (ماده ۱۸۴ ق.م). در فقه امامیه نیز فقها عقود را به لازم الوفاء و جایز الوفاء تقسیم کرده اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۶۷/۷). همان طور که از نام این اقسام پیداست تفاوت آنها در لازم الاجرا بودن است. اوصاف لزوم و جواز، اختصاصی به عقود نداشته و در ایقاعات نیز دیده می شود. برای مثال حتی آنان که وصیت را ایقاع می دانند معتقد به

۲۳۷ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹  
جواز آن هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۵۴). همچنین ایقاعاتی از قبیل اعراض  
(محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۷۷/۲) و طلاق رجعی، قابل رجوع از سوی انشاء کننده هستند.  
در محلّ مورد بحث، سؤال این است که علت لازم الوفاء بودن اعمال حقوقی برای  
پدیدآورندگان آنها چیست؟ آیا اراده ایجاد کننده عمل حقوقی، نقش اصلی در لزوم  
و جواز آن دارد یا آن که لزوم، تابع وجود شرایط دیگری است؟ در ادامه، مبانی لازم  
الوفاء بودن اعمال حقوقی در حقوق ایران، فقه امامیه و حقوق انگلستان را بررسی  
خواهیم کرد.

### ۱-۲- حاکمیت اراده<sup>۱</sup>

برخی از حقوقدانان نیروی الزام آور عمل حقوقی را اراده اشخاص می دانند  
(کولن به نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۲۰/۳). ایشان اعمال ارادی را همواره عادلانه  
دانسته و معتقدند که قانون فقط نگاهبان اراده اشخاص است. این رویکرد نتیجه ای جز  
ستایش و نگاه حداکثری به قرارداد نداشته و در راستای خوانش لیبرالیست های  
کلاسیک از آزادی است (لیدمن، ۱۳۸۴: ۲۲). در دهه های اخیر، نگاه لیبرالیست های  
مدرن به آزادی اراده، از «آزادی از» به «آزادی بر» تغییر کرده است. در این رویکرد،  
آزادی اراده هرچند شرط لازم انعقاد عهد شمرده می شود اما برای لازم الوفاء بودن  
آن کافی نیست (Chen-Wishart, 2009: 443). امروزه نمی توان پذیرفت اصل  
آزادی قراردادی که یک اصل اعتباری است کاملاً بر همه جوانب زندگی بشری سلطه  
داشته باشد و نه عدالت و انصاف و نه ارتباطات وسیع اجتماعی نتواند آن را محدود  
کند. باید این اصل را پذیرفت؛ اما در مقابل به جامعه و اصول عدالت و انصاف نیز  
اصالت داد (آگنر به نقل از شهابی، جلالی، ۱۳۹۵: ۲۵۶). نکته قابل توجه این که  
آزادی اراده تنها تا لحظه انعقاد قرارداد ادامه داشته و پس از آن جای خود را به

---

۱. Freedom of contract

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۳۸

التزامات و الزامات ناشی از قرارداد می دهد. به همین دلیل، به نظر می رسد در فقه امامیه، اصل آزادی اراده را می توان با عنوان اقدام به ایجاد التزام هم معنا دانست.

اقدام در برخی موارد، رافع مسئولیت دیگری و گاهی موجب مسئولیت شخص اقدام کننده است. از طرف دیگر، اقدام می تواند عملی حقوقی و بر اساس قصد انشاء باشد (عمید زنجانی، ۱۳۹۰: ۹۱/۱). از همین رو، برخی از فقها ضمان ناشی از عقد صحیح را مبتنی بر قاعده اقدام دانسته اند (نائینی به نقل از نعمت اللهی، ۱۳۹۴: ۵۵۸)؛ به این معنا که تصرف مال دیگری، توأم با اقدام بر ضمان واقعی یا جعلی موجب ضمان است. پرسش قابل طرح در این بحث آن است که دایره شمول اقدام چقدر وسعت دارد؟ این پرسش در حقوق با عنوان محدودیت های اصل حاکمیت اراده مطرح می شود. ماده ۱۰ قانون مدنی، گستره شمول این اصل را به مخالفت با قانون و ماده ۹۷۵ قانون مدنی، به تعارض با اخلاق حسنه و نظم عمومی محدود کرده است. در حقوق انگلستان نیز آزادی قراردادها ممکن است جهت حمایت از قشری خاص (مثلاً کارگران) یا در راستای تأمین منافع عمومی محدود شود (Craswell, 1995: 2).

در فقه امامیه اما فقها قاعده اقدام را در برابر قاعده لاضرر قرار داده و در عبادات، لاضرر و در معاملات، اقدام را مقدم می دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰: ۲۳۶). بنابراین شخص می تواند اموال خود را به قیمتی پایین تر از قیمت بازار فروخته یا در معرض اتلاف قرار دهد. علیرغم آن چه گفته شد اقدام شخص علیه خود در همه موارد نمی تواند مقدم بر لاضرر و مسقط ضمان دیگران باشد. برای مثال، در خسارت های بدنی، اقدام رافع ضمان نیست. همینطور است در مورد اسقاط خیارات تدلیس و تعذر از تسلیم (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۱۹/۵ و ۳۴۱). علت تقدم لاضرر بر اقدام در مواردی که مربوط به خسارت های جانی و نظم عمومی می شود واضح است؛ اما علت مخالفت برخی فقها با اسقاط خیار تعذر از تسلیم یا اسقاط حق رجوع در هبه یا طلاق چندان روشن نیست. نکته جالب توجه آن است که برخی وجود شرط عوض در هبه یا طلاق

۲۳۹ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹  
را مسقط حق رجوع دانسته، اما اسقاط رایگان آن را نپذیرفته اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۸۴/۳). به نظر می رسد این مخالفت، ریشه در لزوم وجود نفع مالی متقابل و نظریه عوض دارد. توضیح آن که اغلب فقها، رجوع در هبه را از جنس حکم و غیر قابل اسقاط دانسته اند؛ چراکه منافع و اهدب چنین ایجاب کرده و شارع درصدد حمایت از واهدب و رفع ضرر از او برآمده است (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۷۱/۱؛ عمید، ۱۳۴۲: ۶۳). فقهای بسیاری نیز دلیل جایز بودن عقد هبه - علیرغم وجود استثنائات بسیار - را مجانی بودن آن دانسته اند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۷۷/۳). به این ترتیب، بعید نیست عوض اخذ شده در برابر مال موهوبه یا حتی در طلاق رجعی، موجب ایجاد تقابلی بین منافع طرفین، هرچند به صورت ظاهری و لزوم آنها شده باشد.

## ۲-۲- نظریه عوض

در نظام حقوقی فرانسه و کامن لا، مسأله چرایی لازم الوفاء بودن عقود و ایقاعات، ذیل عنوان نظریه جهت مطرح شده است (ره پیک، ۱۳۷۶: ۲۵). در حقوق فرانسه، نظریه های جدید پیرامون جهت، دلیل لازم الوفاء بودن عقود را علت اقتصادی وجود تعهد می دانند. به این ترتیب، تعهدی که مالی را از دارایی متعهد خارج می کند جز با ورود مالی به دارایی او قابل توجیه نیست (صفایی، ۱۳۵۰: ۵۷). این نظریه، مقتبس از اصل لاتینی «شیء در برابر شیء»<sup>۲</sup> بوده و در حقوق کامن لا، تحت عنوان «نظریه عوض» مطرح شده است. هرچند نظریه عوض، ریشه در آراء قضایی قرن ۱۷ دارد<sup>۳</sup> اما نخستین تلاش ها برای تبیین ماهیت عوض به قرن ۱۹ بر می گردد. در سال ۱۸۷۵،

---

۱. Cause

۲. Quid pro quo

۳- قاضی Holt C.G در پرونده Harrison v Case (1698)، در رأی خود می نویسد: «قول فاقد عوض باطل است؛ با این حال چنان چه قولی در برابر قولی باشد یک قول می تواند عوض قول دیگر تلقی شود؛ زیرا هر کدام از متعهد لهم بابت عدم ایفای آن، حق اقامه دعوا علیه دیگری را خواهد داشت.»

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۴۰

یکی از قضات، عوض را شامل نفعی برای متعهد یا ضرری به جانب متعهد له دانست. این تعریف در سال ۱۹۱۵ به این ترتیب کامل تر شد: «عوض اعم از فعل، ترک فعل یا تعهد از جانب متعهد له است که در برابر تعهد متعهد قرار می گیرد.»<sup>۱</sup> لازم نیست که عوض، زمان قرارداد تسلیم شود؛ بلکه ممکن است تعهدی باشد که به مرور زمان بر عهده متعهد بار می شود (Furmston, 2017: 104). به این ترتیب، در حقوق انگلستان، تنها تعهداتی الزام آور تلقی می شوند که در قبال آنها عوضی قرار گرفته باشد (Anson & Others, 2010: 88). نظریه عوض از زمان تشکیل تا به امروز بارها مورد هجوم قضات، حقوقدانان و حتی قانونگذاران قرار گرفته است. مهم ترین گزاره های نظریه عوض به شرح ذیل است: ۱- تعهدات علی القاعده قابل الزام نیستند؛ مگر آن که نفعی از جانب متعهد له به متعهد رسیده، یا ضرری به متعهد له وارد شود. ۲- در قرارداد های موجد تعهدات دو جانبه،<sup>۳</sup> عوض تعهد، تعهد متقابل است و در قرارداد های موجد تعهد یکجانبه،<sup>۴</sup> عوض، انجام عملی بوده که از سوی متعهد مشخص شده است. ۳- حقوق قرارداد ها تنها معاوضات را لازم الاجرا می داند؛ نه تعهدات رایگان را؛ به همین دلیل، عوض را باید ثمن برای تعهد متعهد به حساب آورد. ۴- عوضی که در گذشته مورد معامله قرار گرفته (عوض گذشته)،<sup>۵</sup> عوض واقعی به حساب نمی آید. توضیح آن که اگر شخصی پیش از انعقاد معامله، تعهدی در قبال طرف مقابل داشته باشد نمی تواند امتیاز جدیدی کسب کرده و همان تعهد سابق را به عنوان عوض جدید قلمداد کند. ۵- عوض همواره از جانب متعهد له ایفا می شود (Atiyah, 1971: 6).

1. Lush J. in Currie v Misa (1875) LR 10 Ex 153.

2. Lord Dunedin in Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd [1915].

3. Bilateral contract

4. Unilateral contract

5. Past consideration



نظریه عوض به نحوی که در حقوق انگلستان مطرح شده در فقه امامیه و حقوق ایران مورد بررسی قرار نگرفته؛ اما از این گزاره نباید نتیجه گرفت که مبنای عقلانی نظریه عوض در حقوق ایران و فقه امامیه بازتاب نداشته است. برای مثال، در حقوق انگلستان همانند فقه امامیه و حقوق ایران، عقد جعاله را ابتدائاً تعهدی جایز می دانند. با این وجود، چنان چه عامل به انجام عمل موردنظر جاعل اقدام نماید پرداخت جعل از سوی جاعل لازم خواهد بود (ماده ۵۶۵ ق.م). جواز تعهد جاعل پیش از انجام و لزوم آن پس از انجام عمل عامل، ریشه در نبود و وجود نفع متقابل دارد. نمونه هایی از این دست و وجود ملکیت جایز در هبه بلاعوض، عده ای از فقها را بر آن داشته تا صراحتاً اصل در معاوضات را لزوم و عقود مجانی را علی القاعده جایز الوفاء بدانند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۷۷/۳). وجود نمونه های بسیار از اعمال حقوقی بلاعوض و جایز در فقه موجب شد تا برخی از فقها با لازم الوفاء بودن شروط ابتدایی همچون وعده های بلاعوض در حقوق انگلستان مخالفت نمایند. غیر قابل اجرا بودن شروط ابتدایی و وعده های بلاعوض در هر دو نظام حقوقی مورد نقد قرار گرفته است. در ادامه، وضعیت حقوقی این نوع از اعمال حقوقی را در پرتو نظریه عوض بررسی می کنیم.

### ۱-۲-۲- وعده بلاعوض

همان طور که پیش از این آمد رویه قضایی انگلستان، قرارداد های مالی بلاعوض<sup>۱</sup> را جایز الوفاء تلقی می کند. این رویکرد چنان در اندیشه قضات و حقوقدانان انگلیسی ریشه دوانده است که از آن به عنوان یک نظریه یاد می کنند (Atiyah, 1971: 10). برخی از حقوقدانان (Chen-Wishart, 2013: 222) معتقدند الزام تمامی وعده های بلاعوض، مرز بین اخلاق و حقوق را از بین برده و در تعارض با هنجار های اجتماعی قرار دارد. برای مثال، جامعه الزام دوستی که برای تولد یک نفر به او وعده

1. Luxor (Eastbourne) v Cooper [1941] A.C. 108

۲. Nudum pactum

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۴۲

هدیه بخصوصی داده است را نمی پذیرد. از همین رو، ایشان تعهدات رایگان در حیطة خصوصی و تعهدات متقابل در حیطة تجاری را از یکدیگر جدا کرده و مورد نخست را غیر قابل الزام و مورد اخیر را الزام آور می داند (Chen-Wishart, 2013: 218). صورت چالش برانگیز، زمانی است که فرد به امید دستیابی به هدف، تعهد رایگانی را به عهده می گیرد. برای مثال، ممکن است شخصی به امید ایجاد رابطه تجاری با دیگری به او وعده اعطای یک دستگاه خودرو بدهد. به این ترتیب، در صورت وصول به هدف خود، تعهد رایگان وی قابل الزام خواهد بود و ریشه آن را باید اراده ضمنی طرفین دانست (Chen-Wishart, 2013: 218). برخی از حقوقدانان انگلیسی (Atiyah, 1971: 16) از «رسیدن به هدف» به عنوان عوض غیر مستقیم یاد کرده اند. این نظر شباهت بسیاری با مضمون ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی ایران دارد. این ماده مقرر می دارد: «هر یک از نامزد ها می تواند در صورت به هم خوردن وصلت منظور، هدایایی را که به طرف دیگر یا ابوی او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود نباشد مستحقّ قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می شود؛ مگر این که آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد.» مطابق با نظر برخی (طاهری، ۱۳۷۶: ۵۱/۵) هدایای مذکور در این ماده ماهیّتاً هبه تلقی می شوند. با این وجود، عده ای (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۳۹) معتقدند این هبه، مشروط به ازدواج (رسیدن به هدف) است. مفهوم مخالف ماده آن است که هدایایی که به منظور ازدواج اعطا شده است در صورت وصلت، قابل رجوع نخواهد بود. از سوی دیگر، لازم الوفاء نبودن تمامی وعده های بلاعوض، موجبات سوء استفاده های احتمالی از اعتماد دیگران را فراهم می کند. همین مسأله باعث شده است تا قضاوت و حقوقدانان انگلستان در دهه های اخیر، نظریه عوض را آماج انتقادهای خود قرار دهند. در ادامه مختصراً این انتقادات را مرور و سپس تعدیل نظریه عوض را

بررسی خواهیم کرد.

سابقه انتقادات جدی از نظریه عوض به اوایل قرن بیستم بر می گردد ( Wright, 1936: 1225). این انتقادات چنان فراگیر بود که در سال ۱۹۳۷ کمیته بازبینی قانون پیشنهاد حذف نظریه عوض را مطرح ساخت. اهم دلایل منتقدان وجود شواهدی بود که نشان می داد عوض بیش از آن که مسأله ای مربوط به ماهیت عقد باشد، عنصری مرتبط با امور شکلی است. در ذیل به دو نمونه از این شواهد اشاره می شود:

الف) عوض اسمی: «طرفین قرارداد می توانند هر چیزی را (جدای از ارزش اقتصادی) به عنوان عوض شرط کنند. اثبات این که یکی از طرفین فلفل دوست ندارد نمی تواند مانع جعل (یک دانه) فلفل به عنوان عوض باشد؛ حتی اگر برای طرفین مشخص باشد که فرد، دانه فلفل را دور خواهد انداخت.»<sup>۱</sup> نقطه عطف نظریه عوض، رأی صادره در سال ۱۹۵۹ بود. در این پرونده شرکتی که یکی از محصولات آن شکلات بود به مشتریان خود در ازای ارجاع سه جعبه خالی از شکلات ها، تعهد به فراهم کردن تخفیف چشمگیر برای خرید صفحات گرامافون یکی از شرکت های معتبر داده بود. در رأی این پرونده، عوض اسمی صراحتاً برای ایجاد قرارداد کافی دانسته شده است. برخی از طرفداران نظریه عوض این حالت را شبیه به حالت عوض غیر مستقیم می دانند؛ چراکه در فرض حاضر، شرکت تولیدکننده شکلات، درصدد افزایش فروش خود بوده است (Chen-Wishart, 2009: 439). این تفسیر با صراحت قول فوق مغایر است. سایر حقوقدانان انگلیسی (Benson, 2011: 256) نیز وجود عوض اسمی برای لازم الوفاء بودن قرارداد را کافی دانسته اند. پذیرش این نظر موجب شد تا برخی از قضات،<sup>۲</sup> وجود عوض را فقط وسیله اثبات عزم جدی طرفین برای انعقاد قرارداد دانسته و برای آن قائل به شأن طریقیّت شوند. با این وجود، در حقوق انگلستان قصد جدی جهت ایجاد قرارداد را نمی توان با ادله ای از قبیل

1. Sixth Interim Report (Statute of Frauds and the Doctrine of Consideration) (Cmd 5449, 1937) [26-40].

2. Lord Somervell in Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd [1959] UKHL 1.

3. Baragwanath J in Antons Trawling Co Ltd v Smith [2003] 2 NZLR 23 (CA).

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۴۴

شهادت شهود به اثبات رساند؛ بنابراین قول به طریقیّت جعل عوض صحیح به نظر نمی رسد (Chen-Wishart, 2010: 108).

در حقوق ایران برخی از حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۷) موازنه ارزش عوضین در عقود معوّض را شرط شمرده و تخلف از آن را موجب خیار فسخ عقد دانسته اند. نمونه های بارز عدم موازنه در ارزش عوضین، بیع شرط یا قرارداد های اضطراری است که فقها آن را لازم الاتّباع می دانند. تفاوت عوض اندک در بیع شرط و معاملات اضطراری با عوض اسمی روشن است؛ با این وجود، شرط عوض در عقد هبه را می توان از نمونه های عوض اسمی برشمرد؛ چراکه ارزش شرط برای لزوم هبه اهمیّت ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: b۱۳۹۰/۳). تفاوت عوض در هبه معوّض با آن چه از عوض اسمی در حقوق انگلستان گفته شد در آن است که وجود عوض اسمی در حقوق انگلستان برای طرفین تعهدآور است؛ اما در حقوق ایران، دریافت عوض موجب پابندی واهب به هبه خواهد بود (بند ۲ ماده ۸۰۳ ق.م).

ب) عوض گذشته: در یک سفر دریایی (۱۸۰۹)، کشتی شخصی در گیر مخاطرات دریایی شد. در این زمان دو تن از یازده خدمه کشتی آن را ترک کردند. صاحب کشتی به سایر نفرات تعهد داد که در صورت سالم رساندن کشتی به لندن، دستمزد دو خدمه فراری را بین نه نفر باقیمانده تقسیم خواهد کرد. پس از برگشت؛ به استناد آن که تعهد وی بدون عوض بوده و خدمه تنها وظیفه همیشگی خود را انجام داده اند قاضی او را از وفای به عهد معاف کرد. قاضی این پرونده ( Lord Ellenborough)، تعهد خدمه به سالم رساندن کشتی به مقصد را تعهد گذشته به حساب آورد و عدم امکان جعل عوض سابق در قرارداد را به قاعده تبدیل نمود. حقوقدانان انگلیسی (Barry, Taylor, 2001: 7) معتقدند این قاعده سال ها بعد در پرونده ای<sup>۲</sup> مربوط به سال ۱۹۸۹ دستخوش تعدیل شده است. در این پرونده، برادران

1. Stilk v Myrick [1809] EWHC KB J58.

2. Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd [1989] EWCA Civ 5.

۲۴۵ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹

رافی متعهد شدند تا یک ساختمان ۲۷ طبقه را بازسازی کنند. ایشان نیز تعهد را به پیمانکار دوم، در قبال مبلغ ۲۰۰۰۰ پوند واگذار نمودند. مقداری از کار انجام و ۱۶۲۰۰ پوند دریافت شد. پس از آن پیمانکار دوم به دلیل مشکلات مالی و قیمت پائین قرارداد نتوانست کار را ادامه دهد. برادران رافی که خود را در معرض خطر پرداخت خسارت تأخیر در انجام تعهد می دیدند به پیمانکار قول دادند که در ازای بازسازی هر طبقه مبلغ ۵۷۵ پوند اضافه بر مبلغ پیشین پرداخت خواهند کرد. پیمانکار دوم هشت طبقه را بازسازی کرد و دست از کار کشید؛ چراکه تنها ۱۵۰۰ پوند دریافت کرده بود. پس از دادخواهی پیمانکار، قاضی با استناد به شرایط حاکم بر قرارداد و این عقیده که یک پرنده در دست، بهتر از دو پرنده در بیشه است برادران رافی را به پرداخت ۳۵۰۰ پوند جهت هشت طبقه اضافی الزام نمود. این عقیده از سوی برخی از قضات مورد انتقاد قرار گرفته و برخی از حقوقدانان (Chen-Wishart, 2010: 96) برای توجیه لازم الوفاء بودن تعهدات برادران رافی، موضوع را ذیل تعهدات یکجانبه مطرح نموده اند. توضیح آن که هم در پرونده مربوط به سال ۱۸۰۹ و هم در پرونده اخیر، نوعی جعاله خاص وجود دارد؛ به این ترتیب که جاعل در برابر کار سریع تر یا کار بیشتر، اقدام به جعل مبلغی پول نموده است. الزام برادران رافی به پرداخت ۳۵۰۰ پوند، با توجه به ۱۵۰۰ پوند سابق، مؤید همین نظر است؛ چراکه تقریباً اجرت هشت طبقه اضافی را شامل می شود. این نظریه منطقی در کمیته بازبینی حقوق کانادا نیز پذیرفته شده است. بنابراین به نظر می رسد عوض سابق هنوز هم نمی تواند شکل دهنده قرارداد باشد و پرونده سال ۱۹۸۹ نیز موضوعاً از مورد بحث خارج است.

### ۲-۲-۳- الزام آوری برخی از وعده‌های بلاعوض

1. Peter Gibson LJ in In re Selectmove Ltd [1993] EWCA Civ 8.

2. Ontario Law Reform Commission 'Report on the Amendment of the Law of Contract' (No 82, 1987) 12-13, discussing the promise to accept part performance.

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۴۶

هرچند رویه قضایی در حقوق کامن لا همواره بر وجود عوض جهت لازم الوفاء دانستن عقود تأکید داشته است؛ اما عدم الزام برخی تعهدات رایگان را خلاف انصاف می دانست. از همین رو حقوقدانان و قضات اقدام به نظریه پردازی راجع به چگونگی توسعه الزام آور بودن حقوق، به وعده های بلاعوض نمودند که برخی از آنها در نظام کامن لا پذیرفته شد. در زیر به اختصار به بررسی این نظرات می پردازیم.

الف) تعهد اخلاقی، جایگزین نظریه عوض: در میانه قرن ۱۸ میلادی، یکی از قضات انگلستان که از منتقدین اصلی نظریه عوض محسوب می شد نقش عوض را مانند وجود نوشته صرفاً کاشف از اراده طرفین دانست.<sup>۱</sup> این هجسه مستقیم به نظریه عوض، در سال ۱۷۷۸ دفع گردید<sup>۲</sup> و اعلام شد که در حقوق انگلستان دو دسته قرارداد وجود دارد: قرارداد های رسمی و قرارداد های شفاهی و دسته سومی به نام قرارداد های مکتوب وجود ندارد. قرارداد های نوشته ای که رسمی نباشند، شفاهی محسوب می شوند و برای الزام آور بودن باید دارای عوض باشند (نعمت الهی، ۱۳۹۴: b۱۳۹۴: ۱۴۲). تلاش دوم این قاضی منجر به نظریه برابری عوض و تعهد اخلاقی شد. مطابق با این نظر، چنان چه شخصی به طور اخلاقی، متعهد به پرداخت مبلغی به دیگری بوده و بعد از تعهد به پرداخت آن تعهد اخلاقی نماید؛ قانوناً ملزم به تأدیه است (Teeven, 1998: 84). البته چنان که برخی از حقوقدانان تصریح کرده اند مقصود ایشان از طرح این نظریه آن بوده که عوض را به گونه ای تعریف کند که شامل تعهد اخلاقی نیز بشود؛ نه آن که هر تعهد اخلاقی عوض محسوب شود (Gunter به نقل از نعمت الهی، ۱۳۹۴: b۱۳۹۴: ۱۴۳). این نظریه نیز سرانجام در سال ۱۸۴۰ به موجب رأی یکی از قضات برجسته انگلستان<sup>۳</sup> نقض شد.

1. Lord Mansfield in *Pillans & Rose v Van Mierop & Hopkins* (1765) 3 Burr 1663, 97 ER 1035.

2. House of Lords in *Rann v Hughes* (1778) 4 Bro PC 27, 2 ER 18.

3. Lord Denman in *Eastwood v Kenyon* (1840) 11 Ad & E 438, 113 ER 482.

ب) استاپل ناشی از وعده: استاپل ناشی از وعده را می توان چنین تعریف کرد: در صورتی که مقصود متعهد، پایبندی به مفاد تعهد بوده و متعهد له نیز بر اساس آن عمل کند دیگر مجاز به عدول از تعهد خود نخواهد بود ( Stone & Others, 2011: 115). شروع این نظریه را می توان رأی صادره مربوط به پرونده ای<sup>۱</sup> در سال ۱۹۴۷ دانست. در این پرونده، خواهان که مالک مجموعه ای از آپارتمان ها در لندن بود، آنها را به مبلغ سالانه ۲۵۰۰ پوند اجاره داد. پس از شروع جنگ جهانی دوم (۱۹۳۹) بسیاری از مردم شهر را ترک کردند و به همین دلیل خواننده نتوانست مستأجر کافی برای آپارتمان ها پیدا کند. سپس خواهان توافق کرد که در این اوضاع، اجاره بهای سالیانه را به نصف برساند. این توافق تا پس از جنگ (۱۹۴۵) ادامه پیدا کرد و پس از آن، خواهان درصدد برآمد تا علاوه بر بازگشت به شرایط اولیه، نیم اجاره بهای مربوط به سال های جنگ را نیز مطالبه نماید (نعمت اللهی، ۱۳۹۴: b: ۱۴۶). نکته قابل توجه در این رأی آن است که در ازای تعهد خواهان به پذیرش مبلغ کمتر، هیچ عوضی از خواننده دریافت نشده بود؛ با این وجود، تعهد او لازم الوفاء قلمداد شد. برخی از حقوقدانان کامن لا (Atiyah, 1971: 46- 48)، انواع متعددی را برای تعهد برشمرده اند: ۱- متعهد از متعهد له انجام کاری را طلب می کند که برای وی منفعتی دارد؛ این تعهد لازم الوفاست. ۲- متعهد از متعهد له انجام کاری را طلب می کند که برای متعهد له موجب ضرر است؛ این تعهد لازم الوفاست. ۳- متعهد از متعهد له انجام کاری را طلب می کند که هیچ نفع مستقیمی برای او نداشته و برای متعهد له نیز ضرری به همراه ندارد؛ مانند آن که متعهد، خواستار ترک سیگار توسط فرزندش در ازای مبلغی باشد؛ این تعهد لازم الوفاست. ۴- متعهد از متعهد له صراحتاً انجام کاری را طلب نمی کند؛ البته ممکن است از شرایط تمایل متعهد به آن امر، مشهود باشد. برای مثال، الف به سرمایه گذار قول تعهد به بازپرداخت مبلغ بیشتری می دهد و راجع

1. Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd [1947] KB 130.

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۴۸

به افزایش زمان بازپرداخت، مطلبی عنوان نمی کند؛ هر چند از شرایط این مسأله روشن می شود؛ چنین تعهدی در صورت افزایش زمان، لازم الوفاست. ۵- متعهد تنها وعده ای به متعهد له داده و از او چیزی طلب نمی نماید؛ اما متعهد له به اعتماد وعده متعهد، اعمالی انجام می دهد که پیامد منطقی و قابل پیش بینی وعده متعهد بوده است. این نوع از رفتار، به عنوان استاپل ناشی از وعده قابل الزام است. ۶- متعهد از متعهد له انجام کاری را طلب می کند و متعهد له مقدمات انجام آن را فراهم می نماید. در این صورت، چنان چه متعهد از تعهد خود برگردد در حدود مقدمات انجام شده مسئول خواهد بود. ۷- متعهد از متعهد له کاری را طلب نمی کند ولی متعهد له اموری را انجام می دهد که توسط متعهد قابل پیش بینی نبوده و پیامد منطقی تعهد وی به حساب نمی آمده است. این تعهد جایز الوفاست.

امروزه نظریه استاپل ناشی از وعده به عنوان استثنائی بر نظریه عوض پذیرفته شده و حدود الزام آور بودن وعده های بلاعوض را گسترش داده است. با این وجود، باید دانست که استاپل ناشی از وعده، دارای شرایط خاصی بوده که اعمال آن را در دادگاه ها محدود کرده است. اهم این شرایط عبارتند از: ۱- وجود یک رابطه حقوقی سابق، ۲- متعهد له باید به دلیل اعتماد، متحمل زیان شده باشد. ۳- عدول متعهد از تعهد خود منصفانه نباشد. ۴- این نظریه تنها برای دفاع قابل استفاده است؛ نه طرح دعوا (نعمت اللهی، ۱۳۹۴: ۱۵۷). نکته قابل توجه دیگر راجع به این نظریه آن است که الزام متعهد به انجام تعهد، نه از باب تعهد قراردادی بلکه بابت مسئولیت مدنی است (Chen-Wishart, 2009: 103). در حقوق ما نیز یکی از مصادیق تقصیر، تخلف از امر متعارف است (قاسم زاده، ۱۳۸۷: ۷۱) اما جبران خسارت به این نحو پذیرفته نیست؛ چراکه انجام تعهد ناشی از قرارداد، با مسئولیت قراردادی ماهیتاً متفاوت است. البته برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۰۴/۱) با استناد به ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی، امکان الزام موجب به حفظ ایجاب به عنوان جبران خسارت را پذیرفته اند.



همان طور که گفتیم نظریه استاپل ناشی از وعده، جنبه ایجادی نداشته و تنها می تواند مانع مطالبه متعهد له باشد. با این حال، این نظریه در حقوق آمریکا و استرالیا تحت عنوان نظریه اعتماد متعارف مطرح شده و حتی می تواند موجب تعهدات قراردادی باشد (ماده ۹۰ اصلاحیه دوم قرارداد های آمریکا). ایجابی بودن یا نبودن اعتماد متعارف در خصوص تعهدات قراردادی را می توان در حقوق ایران نیز مطرح کرد. برای مثال، چنان چه گروهی از مستند سازان حیات وحش به جنگلی ناشناخته بروند و از مردم بومی آنجا طی قرارداد جعاله تقاضای راهنمایی کنند عاملی که مورد اعتماد متعارف مستند سازان قرار گرفته است نمی تواند در میانه راه، به استناد جایز بودن تعهد در جعاله، عقد را بر هم بزند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۴۵/۱). نظریه اعتماد متعارف را می توان با شرط ضمن عقد عرفی نیز توجیه نمود.

پ) تعهدات مبتنی بر سند رسمی: دانستیم نظریه تعهد اخلاقی و اعتماد متعارف در حقوق انگلستان، جهت توسعه لزوم وعده های بلاعوض ناموفق بوده و استاپل ناشی از وعده نیز استثنائی بر نظریه عوض قلمداد می شود. یکی دیگر از این استثنائات، تعهدات رایگان مبتنی بر سند رسمی است (طوسی، ۱۳۹۲: ۱۱۵). بسیاری از حقوقدانان انگلیسی دلیل لازم الوفاء بودن تعهدات رایگان، به موجب سند رسمی را قصد جدی ایشان در تنظیم سند رسمی دانسته اند (Furmston, 2017: 102). این توجیه محل اشکال است؛ چراکه رویه قضایی تنظیم سند عادی یا انجام قرارداد در حضور شاهدین را برای لازم الوفاء بودن تعهد رایگان کافی نمی داند (Chen-Wishart, 2013: 212). عده ای دیگر از حقوقدانان (Simpson, 1987: 370) عوض را «علت الزام متعهد» تعریف کرده و با این مقدمه، تنظیم سند رسمی را نوعی عوض در نظر گرفته اند. صحت این نظر نیز با توجه به تعریف مورد قبول رویه قضایی از عوض، بعید است. به نظر می رسد هم در حقوق ایران و هم حقوق انگلستان، قانونگذار اصل اولی را بر

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۵۰

لازم الوفاء بودن تعهدات رایگان گذارده و در موارد خاص، تنها تعهدات رایگانی را ملزم دانسته که از ساختار خاصی پیروی نمایند. پس از بررسی شروط ابتدایی این نظر را تحلیل خواهیم کرد.

#### ۴-۲-۲- شروط ابتدایی

منظور از شرط ابتدایی، شرطی است که ضمن عقد نبوده و عقدی نیز بر مبنای آن جاری نشده باشد (شکاری، ۱۳۷۷: ۷۴) مانند این که شخصی بگوید ملتزم می شوم مبلغ یک میلیون تومان به تو پردازم یا کار معینی را انجام بدهم یا ترک کنم. این نوع شرط ممکن است به نحو ایقاع، یعنی بدون قبول متعهد له یا به نحو عقد و با قبول طرف مقابل انجام شود (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۶۹-۱۷۰). البته لازم به ذکر است چنان چه اناطه را از عناصر ایجاب عقدی بدانیم شرط ابتدایی به نحو عقدی محقق نخواهد شد؛ چراکه در هر صورت، فاقد عنصر اناطه است. به این ترتیب، برای ردّ لازم بودن شروط ابتدایی ممکن است به اصل توقیفی بودن ایقاعات در فقه امامیه و حقوق ایران استناد شود (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۷۰). عدّه ای دیگر از فقها (خمینی، ۱۴۲۱: ۱۳۴/۱؛ خوئی، ۱۴۰۸ق: ۴۲/۱)، استعمال شرط برای شروط ابتدایی را استعمالی مجازی دانسته و از این بابت از ذیل دلیل «المؤمنون عند شروطهم» خارج ساخته و آن را جایز الوفاء می دانند. موافقین (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۰۵/۲-۱۰۶) لازم بودن شرط ابتدایی، شرط را مطلق الزام و التزام خوانده و ارتباط آن به عقد را لازم نمی دانند. البته باید توجه داشت که شرط همواره شامل الزام و التزام نبوده، گاهی ممکن است به عنوان شرط صفت یا خیار جعل شود. در این بین، برخی از فقها (روحانی، ۱۴۱۸: ۲۸۲/۶) هرچند شرط ابتدایی را مصداق حقیقی شرط دانسته، اما با تمسک به اجماع آن را لازم الوفاء نمی دانند. متقابلاً برخی (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۴۲) از شروط ضمنی، الغای خصوصیت کرده و تمامی وعده ها، حتی آنان که مصداق شرط نیستند را لازم الوفاء تلقی کرده اند. بنابراین می توان نظرات فقها را به چهار دسته تقسیم نمود: ۱- آنان که مبنای جایز بودن شروط ابتدایی را اجماع می دانند، ۲- آنان که مبنای جایز بودن شروط ابتدایی را

۲۵۱ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹

عدم صدق عنوان شرط بر این مفهوم می دانند، ۳- آنان که شروط ابتدایی را مصداق حقیقی شرط دانسته و لازم الوفاء خوانده اند، ۴- آنان که از شرط الغای خصوصیت نموده و وعده را نیز لازم الوفاء پنداشته اند (بهمن پوری، بی نیاز، ۱۳۹۷: ۱۶۴). اجماع مذکور در نظریه نخست، حتی از سوی مخالفین شرط ابتدایی نیز مورد اشکال واقع شده است (خمینی به نقل از محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۶۸). از سوی دیگر، به نظر می رسد شروط ابتدایی، مصداق حقیقی شروط باشند و برای این امر نیازی به ارتباط با عقد ندارند. دلیل این ادعا آن است که فقها بارها برای لزوم عقود به حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کرده و ناگفته پیداست که صدق شرط بر خود عقد، مستلزم آن است که مدلول شرط، مطلق الزام و التزام باشد نه صرفاً التزامات تبعی (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۶۴).

برخی از فقها علت متفاوتی برای لازم الوفاء نبودن شروط ابتدایی ذکر کرده اند. ایشان (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۲۳/۲) معتقدند شروط ابتدایی به دلیل رایگان و بلاعوض بودن، محکوم به جواز هستند. این نظریه، ملاک جواز شروط ابتدایی در فقه امامیه را مشابه ملاک جواز وعده های بلاعوض در حقوق انگلستان دانسته و مورد قبول برخی از حقوقدانان واقع شده است (نعمت اللهی، ۱۳۹۵: ۷۹۸). عدّه ای دیگر از حقوقدانان (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۷۱) برای ردّ این استدلال، صلح بلاعوض را مثال زده اند. توضیح آن که قانون مدنی از یک سو، صلح بلاعوض را ممکن دانسته (ماده ۷۵۷) و از سوی دیگر، کلیه انواع صلح را لازم (ماده ۷۶۰) دانسته است. توجیه این مسأله را می توان در نظریه ساختارگرایی در فقه امامیه و نظام های حقوقی ایران و انگلستان دید.

#### ۵-۲-۲- نظریه مصلحت کامنه و ساختارگرایی در تعهدات مجانی

عنوان مصلحت کامنه، ابتکار یکی از حقوقدانان معاصر است. در تعریف این عنوان گفته اند: «مصلحتی است که طبع یا نهاد عقد اقتضای آن مصلحت را دارد؛ به طوری که عاقد محال است بدون تصور آن مصلحت، اقدام به انعقاد عقد کند. مانند

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۵۲

نکاح، بیع و اجاره» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۸۱/۱). این نظر در تقابل با نظر مشهور فقهاست که جواز و لزوم را از احکام شرعی عقود می دانند، نه از مقتضیات طبع عقود (انصاری، ۱۴۱۹: ۱۸/۵). نظریه مصلحت کامنه، حتی سرنوشت عقد را در اختیار طرفین نگذاشته و جواز و لزوم را مربوط به طبع عقود می داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۱۶/۱). به این ترتیب، چرایی لزوم عقود را باید در طبع آنها جستجو کرد. روشن است که انسان پیش از تشکیل جامعه کوچک ابتدایی نیز بیع و نکاح می کرد و متوجه بود که مصلحت در این عقود، اقتضای لزوم را دارد. ایشان (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: b:۱۹۳/۴) طبع عقود معوض را لازم و تشکیل عقود مجانی را نیازمند طی مراحل ویژه از جمله قبض و اقباض می دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۸۶/۲).

به این ترتیب، مطابق با نظریه مصلحت کامنه، عوض، نقش تعیین کننده در اقتضای طبع عقد دارد. از سوی دیگر، دیدیم عقود رایگان علی القاعده جایز الوفاء هستند. نکته دیگری که از این نظریه مستفاد است میل قانونگذار به رعایت ساختار در عقود رایگان است. تشریفات بودن عقود رایگان از جمله هبه، در نظام های کامن لا و حقوق ایران مسبوق به سابقه است. نکته جالب توجه آن است که ساختار مد نظر قانونگذار برای تشکیل عقود رایگان یا لزوم آنها، نقش حمایت کننده از اراده را ایفا می کند، نه کاشف یا مثبت اراده. یکی از مهم ترین کارکرد های شکل در حقوق جدید، حمایت از شخص انجام دهنده عمل حقوقی است. به عنوان مثال، لزوم تنظیم سند، فرصت کافی برای طرفین فراهم می سازد تا بتوانند با تأمل بیشتر به گونه ای معقول تصمیم گیری نمایند (قاسمی، ۱۳۸۸: ۳۹). تنظیم سند رسمی جهت لازم الوفاء نمودن وعده های بلاعوض در حقوق انگلستان و نقش قبض در عقود تبرعی از جمله وقف، اجباس یا هبه در حقوق ایران و فقه امامیه، نمود بارز این نظر است. در گذشته گفته شد برخی از حقوقدانان برای لازم شمردن عقود رایگان، انعقاد آنها ذیل عنوان

۲۵۳ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹  
صلح را پیشنهاد داده اند که خود مؤید ساختارگرایی در اینگونه عقود است. ادعای عدم امکان انعقاد عقد صلح در مقام سایر عقود به صورت معاطاتی که برخی از حقوقدانان متذکر شده اند (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۳: ۱۳۹) نشان از استفاده از صلح به عنوان یک قالب و ساختار دارد. شاید ایراد شود که برخی عقود رایگان از جمله ودیعه و عاریه، برای مستودع و مستعیر موجب تعهد است. در پاسخ باید گفت آن چه موجب تعهد امین می شود نه عقد، که تسلط وی بر مال دیگری است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: b: ۱۷/۴). مضمون قاعده عکس نیز مؤید این نظر است؛ به این ترتیب که چنان چه عقد به دلیلی جز موارد مربوط به اهلیت باطل باشد، حدود مسئولیت امین همان خواهد بود که در عقد صحیح بوده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۱۷۹). در حقوق انگلستان نیز عقود موجب اختیار و امانت را واجد تعهد ندانسته و تعهد را ناشی از تسلط امین بر مال مورد قرارداد می دانند (Atiyah, 1971: 29-30).

### ۳- برخی مصادیق اعمال حقوقی بلاعوض و الزام آور

از آن چه گفته شد می توان نتیجه گرفت که لزوم و جواز اعمال حقوقی، مبتنی بر مصلحت نهفته در طبع آنهاست؛ هرچند حکومت اراده و قانون نیز می تواند این مصالح را محدود کرده یا توسعه دهد. از سوی دیگر، دیدیم مصلحت کامنه، به نوعی، تأیید نظریه عوض است. به این ترتیب باید گفت اعمال حقوقی معوض علی القاعده لازم و اصل در اعمال حقوقی رایگان، جواز است. قانونگذار نه تنها در اعمال حقوقی رایگان اصل را بر جواز نهاده، بلکه در بسیاری از موارد، تشکیل یا لزوم آنها را منوط به شرایط خاصی نموده است. ممکن است ایراد شود که برخی از اعمال حقوقی مانند تعهد به نفع ثالث، ابراء، اعراض یا پابندی اصیل به عقد فضولی، بدون عوض و به صورت لازم برای متعهد ایجاد می شوند. در ادامه این موارد را به اختصار مورد بررسی قرار می دهیم.

#### ۳-۱- تعهد به نفع ثالث

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۵۴

تعهد به نفع ثالث ممکن است به صورت شرط ضمن عقد (ماده ۱۹۶ ق.م) یا عوض معامله (ماده ۷۶۸ ق.م) باشد. پذیرش تعهد به نفع ثالث در فقه امامیه و حقوق ایران با ایراد قابل توجهی روبرو نبوده است؛ با این حال، برخی انتقاد کرده اند که در عقود معاوضی، عوض باید وارد ملک کسی شود که معوض از ملک او خارج شده است (انصاری، ۱۴۱۹: ۳۰۷/۶). در ردّ این ادعا می توان عقد مضاربه (مزارعه و مساقات) را مثال زد؛ چراکه طبق قرارداد، عامل با مالی که در ملک مالک است معاوضه را انجام می دهد اما تمام سود به ملکیت مالک در نمی آید؛ بلکه عامل به مجرد تحقق معاوضه و سود، مالک بخشی از آن می شود (خوئی، ۱۴۱۷: ۸/۳۱). فقهای معاصر نیز معاوضه به معنای فوق را نپذیرفته و گفته اند: «معنای معاوضه این نیست که عوض به ملک همان کسی داخل شود که معوض از ملکش خارج شده است و بالعکس؛ بلکه معاوضه به یک معنا عبارت است از این که انسان یک چیزی را که مال اوست بدهد تا چیزی دیگری را که محبوبش است به دست بیاورد.» (شیری زنجانی، ۹۴/۱۰/۱۲). این معنا از معاوضه با ماده ۷۶۸ قانون مدنی همخوانی کامل دارد. بنابر آن چه گفته شد علت لزوم تعهد به نفع شخص ثالث، معاوضی بودن آن، هم در قالب شرط و هم در قالب عوض بوده و نباید آن را تعهدی رایگان به حساب آورد. این برداشت از معاوضه در مورد عقد ضمان نیز به کار رفته است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۴۴/۴)؛ به این ترتیب که ضامن در ازای ابراء مضمون عه، مدیون مضمون له می شود. توجه به این نکته لازم است که در مواد ۱۹۶ و ۷۶۸ قانون مدنی یا عقد ضمان، نفع ثالث از سوی متعهد یا مضمون له تأمین می شود؛ بنابراین تعهد یا ابراء متعهد یا مضمون له لازم الوفاء خواهد بود. برخلاف اعمال حقوقی فوق در عقد بیمه، نفع ذینفع از سوی بیمه گذار تأمین می گردد نه بیمه گر. به همین دلیل در ماده ۲۵ قانون بیمه مقرر شده است: «بیمه گذار حق دارد ذینفع در سند بیمه عمر خود را تغییر دهد؛ مگر آن که آن را به دیگری انتقال داده و بیمه نامه را هم به منتقل الیه تسلیم کرده

باشد.» همان طور که از سیاق ماده پیداست بلاعوض بودن نفع، موجب جواز آن از سوی بیمه گذار بوده و لزوم آن منوط به طی مراحل شکلی ویژه است. در حقوق کامن لا و مطابق شکل ابتدایی نظریه عوض، عوض باید از متعهد له به متعهد تسلیم می شد.<sup>۱</sup> تکامل مفهوم عوض، موجب شد تا حقوقدانان آن را اعم از ضرر به متعهد له یا نفع متعهد بدانند. بدیهی است تعهد به نفع ثالث حتی اگر در بردارنده نفعی برای متعهد له نباشد، به نوعی اضرار به متعهد له خواهد بود. به این ترتیب، حقوقدانان (Gillies, 2004: 164) و رویه قضایی<sup>۲</sup> انگلستان متقاعد شدند که عوض هر چند باید از سوی متعهد له تسلیم شود اما تسلیم آن به متعهد ضرورتی ندارد. این تحولات سبب تصویب قانون حقوق اشخاص ثالث<sup>۳</sup> در سال ۱۹۹۹ میلادی شد که به ثالث ذینفع، اختیار الزام متعهد له قرارداد اصلی را اعطا می کرد (Merkin, 2013: 111). به این ترتیب، در حقوق کامن لا تعهد به نفع ثالث، در ماهیت خود تعارضی با نظریه عوض ندارد. کمیسیون بازنگری قوانین ایرلند<sup>۴</sup> نیز در سال ۲۰۰۸ نقل عوض از سوی ثالث به متعهد له را ضروری ندانسته و عوض عقد اصلی را برای الزام کافی شمرده است.

### ۲-۳- ابراء و اسقاط حق

ابراء در حقوق کامن لا ذیل مفهوم گسترده تر اسقاط حق قرار گرفته و انواع بسیاری دارد (Black's Law Dictionary, 2011: 1717). پرسشی که طرح آن در اینجا مناسب به نظر می رسد آن است که آیا اسقاط حق به نحو رایگان از سوی اسقاط کننده لازم الوفاست یا خیر؟ تفاوت اسقاط و ایجاد روشن است؛ پیش از این دیدیم که عوض باید در برابر تعهدات و مواعید متعهد قرار گیرد؛ حال آن که اسقاط حق با تعهد متفاوت است. به همین دلیل، حقوقدانان انگلیسی (Beale, 2012: )

1. Tweddle v Atkinson [1861] EWHC J57 (QB).

2. Bolton v Madden (1873) LR 9 QB 55.

3. Right of Third Parties.

4. Law Reform Commission 2008

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۵۶

1626) معتقدند اسقاط حق نیازی به عوض نداشته و بدون آن نیز به وقوع می پیوندد. عدّه ای دیگر (Chen-Wishart, 2009: 439) بحث اسقاط حق را ذیل عنوان تعدیل قرارداد گذارده و از این رو برای معوض جلوه دادن اسقاط حق تلاش کرده اند. برای مثال، در نوسانات اقتصادی، پیمانکار ممکن است از بخشی از حق الزحمه خود منصرف شود، یا کارفرما اجرای قسمتی از قرارداد را مورد چشم پوشی قرار دهد؛ با این وجود، اسقاط حق همواره با تعدیل قرارداد همپوشانی نداشته و بعضاً ممکن است مربوط به الزامات خارج از قرارداد باشد. به همین دلیل، حقوقدانان انگلیسی (Beale, 2012: 365) اسقاط حق و تعدیل قرارداد را ماهیّتاً متفاوت دانسته، و مورد اول را ایقاع و مورد اخیر را قرارداد می شمارند.

در فقه امامیه عدّه ای ابراء را از جنس اسقاط و عدّه ای از جنس تملیک دین به مدیون می دانند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۵۱/۲). قانون مدنی با ایقاع دانستن ابراء (ماده ۲۸۹) و بحث جداگانه راجع به هبه دین (ماده ۸۰۶)، جانب نظر اسقاط را گرفته است. چنانچه پذیریم ابراء، از بین بردن عین کلی ابراء کننده در ذمه مدیون است با توجه به ماده ۳۰ قانون مدنی که حق همه گونه تصرف به مالک در مال خود را داده است لزوم اسقاط رایگان دین، امری کاملاً منطقی خواهد بود. همان طور که مالک می تواند خرمن گندم خویش را در دنیای بیرون از بین ببرد، ممکن است این نابودی در ذمه مدیون اتفاق بیفتد. ذکر این نکته لازم است که سقوط، نتیجه منطقی تملیک دین به مدیون نیز خواهد بود. هرچند در این صورت، قبول متهب لازم است اما در صورت وقوع، آثار مالکیت ما فی الذمه را داشته و دین ساقط می شود (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۹۷). شاید ایراد شود که چرا ابراء و اسقاط حق به صورت رایگان، قابل رجوع نیست؟ ارجاع دین به ذمه مدیون با قواعد منطقی حاکم بر حقوق، از جمله امتناع اعاده معدوم در تعارض است. توضیح آن که موجود اعتباری چنانچه معدوم شود قابل اعاده نبوده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۶) و نیاز به اراده انشایی جدید برای وجود دوباره دارد.



برخی (سیوطی به نقل از جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۱) در مورد امکان رجوع در تملیک دین به مدیون، تردید نموده و قائل به امکان رجوع شده اند. با این حال، با توجه به گزاره های پیشین، برگشت دین اسقاط شده در این مورد نیز ممکن نیست.

### ۳-۳- پایبندی اصیل در عقد فضولی

نظر مشهور در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان آن است که پس از انعقاد عقد فضولی، اصیل به عنوان طرف عقد، پایبند به آن خواهد بود. مالک اما به دلیل این که در قرارداد نقشی نداشته، پیش از تنفیذ تعهدی در برابر اصیل ندارد (Huffcut, 1895: 36). برخی از فقهای امامیه (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۱۲/۳) پذیرش پایبندی اصیل را نتیجه پذیرش نظریه کاشف بودن تنفیذ دانسته اند؛ به این ترتیب که اگر تنفیذ مالک را به گذشته ملحق کنیم باید اصیل را پایبند به عقد بدانیم و اگر تنفیذ مالک، ناقل باشد پایبندی اصیل به عقد دلیل ندارد. با این وجود، به نظر می رسد پایبندی اصیل ناشی از قصد انشای معاوضه در انعقاد قرارداد است. فقها (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۷۶/۲۲) مباشرت مالک در انعقاد عقد را شرط ندانسته؛ فلذا معامله فضولی را از مصادیق عقد می دانند. علت پایبندی اصیل به این نوع از عقود، قصد وی برای معاوضه حقیقی می باشد و گر نه اجماع فقها بر بطلان عقدی است که اصیل هیچ امیدی به تنفیذ و دستیابی به عوض ندارد (عمید زنجانی، ۱۳۹۰: ۹۵/۱). لازم به ذکر است چنان چه اصیل در عقد فضولی، متعهد به تسلیم عوض نباشد مشمول ماده ۲۵۲ قانون مدنی و پایبند به عقد نخواهد بود. این ادعا با قیاس اولویت نسبت به وضعیت متعهدص له در سایر عقود رایگان اثبات می شود؛ چراکه در اینگونه عقود، متعهد له با اسقاط حق خود می تواند از عقد خارج شود (شهبازی، ۱۳۹۳: ۱۳۵).

در حقوق انگلستان، مشابه نظر اخیر فقه امامیه و حقوق ایران، پایبندی اصیل را نتیجه اراده وی برای انعقاد قرارداد می دانند (Huffcut, 1895: 37). این نظریه در انگلستان مورد انتقاد برخی از حقوقدانان (Twerski, 1968: 13) قرار گرفته است؛ چراکه مخالف با نظریه سنتی عوض است. قضات دلیل الزام آور نبودن عقد را عدم

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۵۸

قصد جدی متعهد در عقود رایگان بر ایجاد تعهد عنوان کرده اند ( Stone & Others, 2011: 135). این تعلیل باعث شده تا سایر حقوقدانان، لازم الاجرا بودن قرارداد را در گرو هر گونه نشانه ای در رفتار متعهد، مبنی بر پابندی به قول خود بدانند (Calleros, 2013: 104). در محلّ مورد بحث، بدون تردید شخص ثالث، قصد انشای قرارداد و پابندی به آن را داشته است؛ زیرا قرارداد اساساً معاوضی بوده و در برابر قصد ثالث، عوضی قرار داده شده است. بنابراین انتقاد فوق به پابندی اصیل وارد نیست.

### نتیجه گیری

اغلب حقوقدانان ایرانی علت لازم الوفاء بودن اعمال حقوقی را حاکمیت اراده عنوان کرده اند. در مقابل، فقهای امامیه مهم ترین دلیل لزوم وفای به اعمال حقوقی را اراده شارع می دانند که به نوعی جلوه دیگری از حاکمیت قانون به شمار می آید. در این میان، برخی نظریه مصلحت کامنه را مطرح ساخته و لزوم یا جواز اعمال حقوقی را از اقتضائات طبع آنها شمرده اند. این اقتضای طبع موجب می شود تا اعمال حقوقی معوّض علی القاعده لازم و اعمال حقوقی رایگان اصولاً جایز قلمداد شوند. در حقوق کامن لا حقوقدانان و قضات علت لازم الوفاء بودن تعهدات را وجود نفع متقابل طرفین در انعقاد قرارداد عنوان کرده اند. این نفع ممکن است در حین عمل حقوقی، به صورت بالفعل یا در زمان جاری و مربوط به آینده باشد. بررسی مصادیق اعمال حقوقی لازم و جایز در حقوق ایران نشان می دهد نظریه عوض در آراء فقها و حقوقدانان ریشه دارد، هرچند عدّه کمی از ایشان صراحتاً به این مسأله اشاره کرده اند. گرایش به نظریه عوض موجب شده است تا اغلب وعده های بلاعوض در حقوق انگلستان و شروط ابتدایی در حقوق ایران، جایز الوفاء قلمداد شوند. از سوی دیگر، اقتضائات تجاری و روابط اجتماعی سبب شد تا قانونگذار برخی از انواع تعهدات

۲۵۹ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹  
رایگان را لازم الوفاء بدانند. با این وجود، در جهت حمایت از متعهد، لزوم تعهد را منوط به رعایت ساختارهای ویژه از جمله تنظیم سند رسمی یا قبض و اقباض نمود. به این ترتیب می توان گفت در فقه امامیه و حقوق ایران - همانند حقوق انگلستان - تعهدات رایگان در قالب های حقوقی نظیر عقد وکالت یا قرض و به طریق اولی در قالب های اخلاقی لازم الوفاء نبوده و اعتبار لزوم برای آنها در اختیار قانونگذار خواهد بود.

### منابع

- آهنگران، محمدرسول (۱۳۹۶)، ماهیت و کارکرد فقهی «شروط» در معاملات بانکی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۶، ۷-۳۰.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۹ق)، *المکاسب*، ج ۶، ۵، قم: مؤسسه هادی.
- بهمن پوری، عبدالله؛ بی نیاز، مهناز (۱۳۹۷)، *پژوهشی در تعمیم ادله وفای به شرط به شرط ابتدایی*، پژوهش های فقهی، ۱/۱۴، ۱۵۷-۱۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، *فلسفی اعلی در علم حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، *فلسفه حقوق مدنی*، ج ۶، ۲، چ ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۶ا)، *وصیت*، چ ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۶ب)، *رسانس فلسفه*، چ ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حسینی روحانی، سید محمدصادق (۱۴۱۸ق)، *منهاج الفقاهه*، ج ۶، چ ۴، قم: یاران.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، *کتاب البیع*، ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوئی، سید ابولقاسم (۱۴۱۷ق)، *المبانی فی شرح العروه الوثقی*، ج ۱، ۳، نجف: مؤسسه الخوئی الاسلامیه.

تحلیل تطبیقی «نظریه عوض» به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران... — ۲۶۰

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۸ق)، *المبانی فی شرح العروه الوثقی* (کتاب المضاربه)، تقریر: سید محمدتقی خوئی، ج ۱، قم: لطفی.

- ره بیگ، حسن (۱۳۷۶)، *نظریه جهت در اعمال حقوقی*، تهران: اطلاعات.

- شیرازی زنجانی، موسی، درس خارج فقه، ۹۴/۱۰/۱۲.

- شکاری، روشنعلی (۱۳۷۷)، *شرط ابتدایی*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۳۹، ۷۱-۹۱.

- شهابی، مهدی؛ جلالی، مریم (۱۳۹۵)، *نقد نظریه سنتی یا لیبرال قرارداد با تأکید بر رویکرد انتقادی روبرتو آنگر*، مطالعات حقوق خصوصی، ۲/۴۶، ۲۴۵-۲۶۳.

- شهابی، مهدی (۱۳۹۸)، *از مطلق‌گرایی حقوقی تا نسبی‌گرایی حقوقی نقدی بر تحلیل برونو اُپتی از جریان‌های حقوقی متعارض در پارادایم مدرنیته حقوقی*، مطالعات حقوق عمومی، ۴/۴۹، ۱۰۸۹-۱۱۰۸.

- شهبازی، محمدحسین (۱۳۹۳)، *مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی*، تهران: میزان.

- شهیدی، مهدی (۱۳۹۰)، *سقوط تعهدات*، ج ۶، تهران: مجد.

- صفایی، سید حسین (۱۳۵۰)، *نظریه جهت در قراردادها*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۸، شماره پیاپی ۱۰۹، ۷۵-۸۸.

- طاهری، حبیب‌الله (۱۳۷۶)، *حقوق مدنی*، ج ۵، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۰ق)، *حاشیه‌المکاسب*، ج ۲، قم: اسماعیلیان.

- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق)، *تکمله العروه الوثقی*، ج ۱، قم: داوری.

- طوسی، عباس (۱۳۹۲)، *مروری بر تعهد ابتدایی در نظام حقوقی کامن‌لا در پرتو نظریه «عوض»*، اندیشه‌های حقوق خصوصی، ۱/۱، ۱۱۱-۱۳۰.

- عمید، موسی (۱۳۴۲)، *هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران*، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۹۰)، *قواعد فقه*، ج ۱، ج ۳، تهران: سمت.

- قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۷)، *مبانی مسئولیت مدنی*، ج ۵، تهران: میزان.

- قاسمی، محسن (۱۳۸۸)، *شکل‌گرایی در حقوق مدنی*، ج ۱، تهران: میزان.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ و ۱۳۸۵)، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳ و ۴، ج ۷، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰a)، *ایقاع*، ج ۵، تهران: میزان.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰b)، *عقود معین*، ج ۳ و ۴، ج ۷، تهران: کتابخانه گنج دانش.

۲۶۱ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹

- کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹)، *تحریر المجله*، ج ۳، تهران: مکتبه النجاش.   
- کیائی، عبدالله (۱۳۸۸)، *قانون مدنی و فتاوی امام خمینی*، ج ۲، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی و انتشارات سمت.   
- لیدمن، سون اریک (۱۳۸۴)، *سبکی فکر، سنگینی واقعیت، درباره آزادی*، ترجمه سعید مقدم، تهران: اختران.   
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴)، *بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن*، ج ۱۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.   
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، *قواعد فقه*، ج ۲، ج ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.   
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.   
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۰)، *قاعده لاضرر*، ترجمه محمدجواد بنی سعید لنگرودی، قم: علی ابن ابی الطالب (ع).   
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، *القواعد الفقهیه*، ج ۷، قم: هادی.   
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۹)، *قواعد فقهیه*، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).   
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق)، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، تقریر: موسی نجفی خوانساری، ج ۲، تهران: المکتبه المحمديه.   
- نراقی، ملااحمد (۱۳۷۵)، *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام*، قم: مرکز انتشارات حوزه علمیه قم.   
- نعمت اللهی، اسماعیل (۱۳۹۳)، *موضوع عقد و مورد معامله*، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.   
- نعمت اللهی، اسماعیل (۱۳۹۴a)، *ضمان ناشی از عقد صحیح در اندیشه فقهی*، پژوهش های فقهی، ۳/۱۱، ۵۴۵-۵۷۴.   
- نعمت اللهی، اسماعیل (۱۳۹۴b)، *بررسی نظریه استاپل ناشی از وعده*، پژوهش های حقوق تطبیقی، ۸۹، ۱۴۱-۱۶۳.   
- نعمت اللهی، اسماعیل (۱۳۹۵)، *معرفی و نقد نظریه اعتماد متعارف*، مطالعات حقوق تطبیقی، ۲/۷، ۷۸۵-۸۰۳.   
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۹۸۱م)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۲۲، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

