

مروری بر «تعهد ابتدایی» در نظام حقوقی کامن لاد پر تو نظریه «عوض»^۱

عباس طوسی^۲

چکیده:

تعهد بدوی در حقوق کامن لاد به تعهدات غیر قابل اجرا اطلاق می‌گردد. در اینجا مسئله اصلی این است که علت غیر قابل اجرا تلقی شدن اینگونه تعهدات چیست؟ در حالی که پاسخ به این سؤال می‌تواند از نظامی به نظام حقوقی دیگر متفاوت باشد، جواب این سؤال را در حقوق کامن لاد باید در دکتترین عوض جستجو نمود. بر اساس این دکتترین برای اینکه وعده‌ای لازم الاجرا تلقی شود باید در برابر آن عوضی دارای ارزش داده شده باشد و یا چنین تعهدی به موجب سند رسمی بر عهده گرفته شده باشد و الا تعهد، بدوی محسوب شده و باطل و کان لم یکن خواهد بود. اینکه «عوض» از لحاظ کامن لاد چیست؟ ریشه‌های تاریخی - نظری پیدایش آن چه می‌باشد موضوعاتی است که پژوهش پیش‌رو در صدد بحث از آنهاست. با وجود جایگاه ویژه این دکتترین در کامن لاد، در دهه‌های اخیر، شاهد ظهور تئوری‌های رقیب جدید مانند اتکاء معقول به عنوان معیار جایگزینی برای تشخیص اینکه آیا تعهدی الزام آور می‌باشد یا خیر می‌باشیم.

واژگان کلیدی: تعهد بدوی، عوض، شرط، انگیزه، اتکاء معقول

۱- تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۵/۲۵

۲- استادیار گروه حقوق دانشگاه علم و فرهنگ

مقدمه

در زندگی اجتماعی قول و قرارهای عدی‌دهی میان افراد جامعه مبادله می‌گردد اما تمام آنها قانوناً الزام‌آور نیستند. برای نمونه، قرار دو نفر همکلاس جهت حضور در استخر شهر، گرچه یک ترتیب و توافق اجتماعی است اما در صورت عدم حضور یکی از آن دو، ضمانت اجرایی برای الزام آن وجود ندارد. برای اینکه توافق، قول یا وعده‌ای چهره قانونی به خود گرفته و جنبه الزام‌آور پیدا نماید، لازم است با شرایط خاص مقرر در نظام حقوقی آن جامعه واقع شده یا بر ذمه گرفته شود. بدین ترتیب، در یک نگاه کلی، می‌توان توافقات، ترتیبات و قول و قرارهای میان افراد جامعه را از حیث الزام‌آور بودن و یا غیر الزام‌آور بودن به دو دسته تعهدات قابل الزام (enforceable promise) و غیر قابل الزام (unenforceable promise) تقسیم‌بندی نمود که دسته اخیر را اصطلاحاً تعهد بدوی یا ابتدایی (Nudum Pactum) نامیده‌اند.

موضوع تحقیق حاضر اختصاص دارد به بررسی تعهدات بدوی در نظام حقوقی کامن‌لا با تاکید بر حقوق انگلیس. هدف اصلی آن، این است که روشن شود از نظر نظام کامن‌لا کدام وعده‌ها لازم‌الاجرا می‌باشند و کدام‌یک، لازم‌الاجرا به شمار نرفته بلکه تعهد ابتدایی محسوب می‌گردند؟ به بیان دقیق‌تر، عنصر اصلی در تشخیص و تمییز یک تعهد بدوی چیست؟ ریشه تاریخی و جایگاه بحث از تعهدات ابتدایی، در آن نظام حقوقی چیست؟ و سرانجام اینکه آیا نظام حقوقی کامن‌لا در این رابطه دچار تحولات نظری گردیده است یا خیر؟

۱- جایگاه مطالعاتی «تعهد بدوی» در نظام کامن لا^۱

برای درک بهتر موضوع ابتدائاً باید دانست تعهدات بدوی در کدام مبحث از حقوق تعهدات انگلیس مورد بحث و بررسی قرار گرفته است و آیا اساساً موضوع یاد شده تحت همین عنوان جایگاه مطالعاتی در حقوق انگلیس داشته است یا خیر؟

با نگاهی به کتب معتبر در رابطه با حقوق قراردادهای و تعهدات انگلیس و مجموع فصول و مباحث مطروحه در آنها، چنین معلوم می‌گردد که این موضوع به صورت مستقل و جداگانه‌ای مورد بررسی نبوده است، با این حال، تعریف و احکام این قبیل تعهدات به صورت مفصل در رویه قضایی انگلیس بیان گردیده و تبعاً نیز حقوقدانان در کتب مربوطه به استخراج قواعد کلی و توضیح و تشریح موضع حقوق انگلیس در رابطه با این موضوع پرداخته‌اند. احکام مربوط به تعهدات بدوی را در حقوق انگلیس، می‌توان در مبحث مربوط به نظریه «عوض» (The doctrine of consideration) ملاحظه نمود که در فصول و مباحث آتی به بررسی اجمالی آن و نقش آن در سرنوشت تعهدات خواهیم پرداخت.

۱- جایگاه بحث از تعهدات بدوی در فقه اسلامی مبحث «شرایط لازم برای شروط ضمن عقد» می‌باشد و بعضاً نیز تحت عنوان قاعده «المؤمنون عند شروطهم» احکام تعهدات بدوی مورد بحث قرار گرفته است. وجه تسمیه این گونه تعهدات و التزامات به شروط یا التزامات ابتدایی این بوده است که اینگونه تعهدات در ضمن یک معامله لازم معتبر به عهده گرفته نمی‌شوند؛ بلکه بدون وجود قراردادی و به صورت ابتداء به ساکن از جانب متعهد بر ذمه گرفته می‌شود. از نحوه ورود فقهای اسلامی به بحث تعهدات بدوی، چنین بر می‌آید که در توصیف یک تعهد به تعهد ابتدایی یا الزام آور صرفاً عامل «اندراج» یا «عدم اندراج» آن در ضمن یک قرارداد، نقش اساسی را ایفا می‌نماید؛ بدین ترتیب که اگر تعهد در ضمن یک قرارداد معتبر گنجانیده شود مشمول عنوان «شرط» شده و لذا به حکم حدیث «المؤمنون عند شروطهم» لازم الوفاء است؛ در غیر این صورت به دلیل عدم صدق عنوان شروط بر تعهدات خارج از عقد (غیر متکی بر عقد)، از شمول ادله وجوب وفاء به شرط خارج بوده لذا باطل و غیر الزام آور می‌باشد؛ مثلاً هر گاه کسی بدون قرارداد، در قبال دیگری خود را ملتزم به پرداخت یک میلیون تومان نماید این تعهد، ابتدایی بوده و متعهدله در صورت استنکاف متعهد حق الزام او را به تادیه مبلغ مزبور نخواهد داشت؛ زیرا بازگشت مطلب به اینجاست که متعهد بدون اینکه قراردادی در بین باشد، بر خود شرط نموده است که فلان عمل را انجام دهد. در این حکم (حکم بطلان و عدم لزوم) فرقی نخواهد نبود میان وقتی که تعهد مزبور مورد قبول متعهدله قرار بگیرد یا خیر. (برای نمونه رجوع کنید به: شیخ مرتضی انصاری، بی‌تا، ص ۲۸۲؛ میرزا حسن موسوی بجنوردی، بی‌تا، صص ۲۲۴ - ۲۲۳؛ میر عبد فتاح حسینی مراغی، ۱۴۲۵، ص ۲۷۴) شاید بتوان ادعا نمود فقهای اسلامی از راه تأکید بر اندراج شرط فاقد عوض (تعهدات مجانی) در ضمن عقد لازم، خواستند بر قصد التزام جدی متعهد به مفاد شرط اشاره نمایند؛ بدین شکل که التزام به عقد لازم کاشف از التزام متعهد به شرایط مجانی متقبله در ضمن عقد می‌باشد یعنی «اندراج» جنبه کاشفیت دارد. برداشت دیگر اینکه فقهای اسلامی با تأکید بر عامل «اندراج» به نوعی وجود عوض را در قبال تعهدات مجانی مفروض دانستند و به نوعی، از راه تأکید بر درج تعهد مجانی در ضمن عقد لازم غیرمستقیم بر ماهیت معاوضی تعهدات افراد در جامعه تأکید ورزیده‌اند.

۲- بیان قاعده

قاعده کلی در حقوق انگلیس این است که هیچ قول یا عهده‌ای، به عنوان یک قرارداد، الزام‌آور تلقی نخواهد شد مگر این که در قبال آن عوضی دارای ارزش (a valuable consideration) داده شده باشد. به عبارت دیگر در حقوق انگلیس «قول یا وعده» (Promise) به تنهایی و فی حد نفسه نسبت به متعهد آن الزام‌آور نمی‌باشد (Anson, 1998, P. 88)؛ در نتیجه برای اینکه وعده‌ای چهره قرارداد به خود گرفته و در نتیجه الزام‌آور گردد، باید معوض باشد. وجود عوض به عنوان جوهره یک قرارداد به قدری مورد تاکید حقوق قراردادهای کلاسیک انگلیس می‌باشد که برخی تاریخ‌نویسان حقوق مدعی هستند نظریه حقوق قراردادهای انگلیس در دکترین عوض خلاصه می‌گردد (Roger Halson, 2001, P. 159). در اعمال این قاعده که بعضاً در قالب ضرب المثل «هیچ عوض (پس) هیچ قرارداد» مطرح می‌شود، تفاوتی نخواهد کرد که تعهدات مزبور به صورت شفاهی باشد یا مکتوب؛ به تعبیر بهتر، از تعهد خالی از عوض حق اقامه دعوی بر نمی‌خیزد (ex nudo pacto non oritur action). بنا به گفته قاضی Holt C.G در پرونده Harrison v. Case در سال ۱۶۹۸:

«قول فاقد عوض باطل است، با این حال چنانچه قولی در برابر قولی باشد، یک قول می‌تواند عوض قول دیگر تلقی شود؛ زیرا هر کدام از متعهدلهم بابت عدم ایفاء آن حق اقامه دعوا علیه آن دیگری را خواهد داشت» (Chitty, 1986, P. 56).

گفته Holt یکی از قدیمی‌ترین عباراتی است که در رابطه با تعهدات بدوی ابراز گردیده است. بر اساس این اظهار، قاعده کلی در نظام حقوقی کامن لای این است که تعهدی که در برابر آن عوضی قرار نگرفته باشد، فاقد هر گونه آثار حقوقی است؛ اما وی بلافاصله با جمله اضرابی خود تاکید می‌نماید ضرورتی ندارد که عوض چهره مادی مشخصی داشته باشد بلکه نفس تعهد متعهدله در برابر متعهد، عوض مکفی را تشکیل می‌دهد و از این طریق به توسعه مفهومی «عوض» در کامن لای مبادرت نموده است. در آراء بعدی ملاحظه خواهیم نمود که تعهد متعهدله

از این باب عوض محسوب می‌گردد که نوعی مشقت و تحمل را به دنبال دارد.^۱

۳- استثناء قاعده

بر اساس نظام حقوق قراردادهای انگلیس مهم‌ترین استثنایی که بر اصل لزوم عوض وارد است عبارت است از تعهدات رایگانی که در ضمن یک سند شکلی به عهده گرفته می‌شوند. (Chitty, Op.Cit., p.50) بدین ترتیب سخت‌گیری محاکم کامن لا در باب ضرورت وجود عوض ناظر به قراردادهای عادی می‌باشد و الا چنانچه طرفین یک تعهد مجانی با طی شرایط شکلی مقرر در قانون به روابط خود جنبه رسمیت بخشیده باشند، محاکم قصد انشاء رابطه حقوقی الزام آور (intention to create a legally binding agreement) را مفروض خواهند دانست. (Richard Stone, 2009, P.109)

آنچه در رابطه با استثناء مذکور حائز اهمیت بوده این است که اگر چه به موجب قواعد کلی حقوق قراردادهای انگلیس، قراردادهای رسمی، معتبر و عیناً لازم الاجرا می‌باشند، مع الوصف سند رسمی متضمن یک تعهد رایگان و یکجانبه، از لحاظ قواعد انصاف (equity rules) به مانند سایر عقود معوض رسمی عیناً لازم الاجرا نخواهند بود. به عبارت واضح‌تر از لحاظ قواعد انصاف در حقوق انگلیس، اجرای عین تعهداتی که فاقد عوض می‌باشند منصفانه نمی‌باشد؛ به همین دلیل در پرونده‌های Wycherley v. Wycherley همچنین Gruves v. Gruves از صدور قرار اجرای عین تعهد (Specific performance) خودداری گردید. (Chitty, Op.Cit., p.12)

۱. نکته ای که در رابطه با اظهار Holt جالب توجه به نظر می‌رسد نحوه استدلال ایشان در رابطه با عوض تلقی نمودن «تعهد» می‌باشد. بنابه گفته وی، دلیل اینکه «قول» هر کدام از متعاهدین در برابر همدیگر «عوض» محسوب می‌گردد ریشه در حق اقامه دعوایی دارد که هر کدام از آنها علیه آن دیگری دارد. در واقع، اگر قسمت دوم جمله Holt را وارونه بخوانیم این گزاره منطقی تشکیل می‌گردد که: از آنجایی که هر کدام از متعاهدین در صورت عدم اجرای تعهد دیگری حق الزام او را خواهد داشت، در نتیجه تعهد هر کدام از آنها در برابر هم عوض محسوب می‌گردد. این در حالی است که حق طرح دعوای هر کدام از آنها فرع بر «عوض» تلقی نمودن «تعهد» هر یک از آنهاست؛ به عبارت دیگر حق الزام وعده دهنده به اجرای وعده‌اش معلول عوض تلقی نمودن وعده متعهدله می‌باشد نه علت آن، لذا مناسب بود به جای کلمه تعلیلی «پرا» از واژه استنتاجی «بنابراین» استفاده می‌گردید. شاید بتوان ادعا نمود که این نحوه استدلال تحت الشعاع نظام دادرسی محور کامن لا می‌باشد؛ بدین بیان که برخی از نهادهای ماهوی حقوق انگلیس تحت تاثیر حقوق شکلی یعنی نظام طرح دعوا بوده است.

آنچه در رابطه با استثناء بر قاعده می‌توان عنوان نمود این است که علت تاکید حقوق انگلیس بر سند رسمی جهت الزامی نمودن یک تعهد بدوی معلوم نمی‌باشد. اگر هدف از آن، این است که قصد التزام جدی متعهد، به تعهد احراز و معلوم گردد در این صورت با این ایراد منطقی مواجه است که احراز قصد جدی برای به ذمه گرفتن یک تعهد، صرفاً از رهگذر درج آن در ضمن یک سند شکلی نمی‌باشد. این ایراد وقتی منطقی‌تر به نظر می‌رسد که فرد متعهد، به تعهد خود در زمان وقوع آن اذعان داشته باشد ولی دادگاه به علت فقدان عوض، وی را بری الذمه اعلام نماید.

۴- ماهیت عوض

با روشن شدن این موضوع که عوض در نظریه سنتی حقوق قراردادهای انگلیس جایگاه مهمی را به ویژه از اوایل قرن شانزدهم به بعد کسب نموده است و در حقیقت در مقام معیار تشخیص تعهدات الزام آور از غیر الزام آور عمل می‌نموده است، سئوالات فراوانی در رابطه با عوض قابل طرح می‌باشد: از جمله اینکه عوض چیست و مختصات حقوقی آن کدامند؟ آیا انگیزه‌های اخلاقی و انسانی می‌توانند پشتوانه اجرایی تعهدات به شمار رفته و به آنها جنبه الزام آور بخشند؟ پیدایش دکترین عوض تحت الشعاع چه ایده‌ای بوده است؟

۴-۱- تعریف عوض

بطور کلی دو روش برای تعریف مفهوم عوض به کار بسته شده است. اولین روش، تعریف عوض بر اساس مفاهیم نفع (benefit) و ضرر (detriment) می‌باشد. بویژه در قرن نوزدهم عادت حقوقدانان و نویسندگان حقوق بر این بوده است که «عوض» را در پرتو دو مفهوم نفع و ضرر تبیین نمایند و بعضاً مصادیقی از آن را به دست دهند. (Chitty, Op.Cit.P.۵۰; Cheshire & Fifoot & Furmston, 1991, PP.72-73)

در پرونده Currie v. Misa در تعریف عوض چنین آمده است:

«عوض معتبر از لحاظ حقوقی می‌تواند شامل نوعی حق، علاقه، سود یا نفع باشد که عاید یک طرف (متعهد) می‌گردد یا مشقت، ضرر، زیان یا مسئولیتی که طرف دیگر (متعهدله) متحمل یا متعهد آن می‌گردد».
(H.G. Beals & others, 1985, P.59)

قاضی Patteson در پرونده Thomas v. Thomas در تعریف عوض چنین بیان می‌دارد:

«عوض یعنی چیزی که، از نگاه حقوقی واجد ارزش باشد و از خواهان (متعهدله) نشأت گرفته باشد. آن، ممکن است متضمن نوعی ضرر به خواهان (متعهدله) یا نوعی نفع به خوانده (متعهد) باشد اما به هر حال باید از خواهان نشأت گیرد».^۱ (Ibid)

با عنایت به تعاریف بالا معلوم می‌گردد عوض دو چهره دارد: مثبت و منفی. جنبه مثبت وقتی است که نفعی یا حقی عاید متعهد می‌گردد و جنبه منفی آن زمانی است که رنج و مشقت یا ضرری به متعهد له وارد می‌شود. سئوالی که در اینجا جلب توجه می‌نماید این است که تشکیل و صدق «عوض» وجود هر دو جنبه مثبت و منفی لازم است یا اینکه عوض با تحقق هر یک از دو جنبه فوق محقق می‌گردد؟ در پاسخ به این سوال گفته شده است: اگر چه در اکثریت موارد عوض یک قول و عهد هر دو جنبه ضرر (نسبت به متعهد له) و نفع (نسبت به متعهد) را داراست، با این حال تعاریف مذکور در پرونده‌های یاد شده^۱ (با توجه به حرف تفصیل «یا») جنبه تخییری یا علی‌البدل دارد. لذا وجود ضرر به متعهدله کافی جهت تحقق عنوان عوض است گرچه متعهد مستقلاً طرفی نبندد، بالعکس، همانگونه که در پرونده Bolton v. Maden قابل مشاهده است، ممکن است شخصی با اعطای نفع یا امتیاز به متعهد (یا به ثالث بنا به درخواست وی) بتواند عوضی را فراهم نماید بدون این که خود متحمل ضرری گردد. (Chitty, Op.Cit.P.۵۱; Roger Halson, ۲۰۰۱, P.۱۶۱)

1. Currie v. Misa & Thomas v. Thomas

طریقه و روش دیگر برای تبیین مفهوم عوض اتکاء بر مفهوم خرید و فروش (مبادله) می‌باشد؛ به این معنا که عوض، «قیمت» (Price) تعهد است. این تعریف توسط Pollock حقوقدان معروف انگلیسی در کتاب اصول قراردادها مطرح گردیده که در قضیه Dunlop v. Selfridge نیز توسط لورد Dunedin مورد استناد قرار گرفت. از لحاظ این تعریف: «فعل یا ترک فعل طرف دیگر (متعهد له) یا تعهد وی نسبت به آن، بها و قیمتی است که تعهد دیگر (متعهد) به ازای آن خریداری می‌شود و تعهدی که بدین شکل به ازای ارزش داده شود الزام آوراست». (Chitty, Op. Cit., Op. Loc.)

این تعریف توسط House of Lords انگلیس در پرونده فوق‌الذکر مورد تایید قرار گرفت. شاید بتوان علت تایید آن توسط دیوان کشور را در این موضوع دانست که تعریف یاد شده انعکاس ایده «مبادله یا معامله» (bargain, exchange) به عنوان تفکر پایه‌ای حقوق قراردادهای انگلیسی، بوده و چهره اقتصادی آن را بیشتر نمایان می‌سازد. علی‌رغم اینکه این تعریف مورد قبول و تمجید پاره‌ای از نویسندگان معتبر انگلیس قرار گرفته است در عین حال به نظر بعضی از آنها تعریف قبلی عوض (در پرتو مفاهیم نفی و ضرر) از این تعریف رساتر می‌باشد؛ زیرا تعریف مبتنی بر تفکر مبادلی یا معاوضی در احراز وجود یا عدم عوض در رابطه با پاره‌ای مصادیق مشکوک کمکی به دست نمی‌دهد. (Cheshire, Fifoot & Formston, Op.cit., p.13)

به نظر می‌رسد منظور از رسا نبودن تعریف مبتنی بر تفکر معاوضی این است که این تعریف از بدست دادن ضابطه و معیاری جهت قیمت تلقی کردن فعل یا ترک فعلی عاجز است و در مواردی که تشکیک شود قیمت یا بهایی برای قول وجود دارد یا نه این تعریف عاجز بوده، در حالی که تعریف مبتنی بر دو مقوله نفع و ضرر عینی تر و راهگشاتر می‌باشد.

۲-۴- عوض و مفاهیم مشابه

در حقوق انگلیس، قضات سعی نموده‌اند تا «عوض» را از برخی مفاهیم

مشابه تفکیک نمایند. ثمره این تفکیک این است که هر گاه تعهدی در قبال عوض داده شده باشد یک قرارداد لازم‌الاجرا بوده، در غیر این صورت، تعهد ابتدایی محسوب شده لذا الزام آور نمی‌باشد. این مفاهیم عبارتند از: انگیزه یا جهت (Motive) و شرط (Condition).

۴-۲-۱- انگیزه یا جهت (Motive)

عوض قسمی از انگیزه است؛ به این بیان که به دست آوردن عوض همواره انگیزه ایجاد تعهد می‌باشد اما عکس آن صادق نیست؛ زیرا هر انگیزه‌ای لزوماً عوض مورد نظر قانون را تشکیل نمی‌دهد (Chitty, Op.cit., P.52).

فرق بین عوض و انگیزه به سال ۱۸۴۲ در پرونده Thomas v. Thomas مطرح گردید. در این پرونده John Thomas (موصی) قبل از فوتش بیان می‌دارد وی تمایل (desire) دارد همسرش بعد از فوت وی در همان منزلی که خود او زندگی می‌کرده است به صورت مادام‌العمر زندگی نماید و یا ۱۰۰ پوند به وی پرداخت گردد. بعد از مرگ او، با این که تمایل مذکور به صورت مکتوب ضمن وصیت نامه وی، گنجانیده نشده بود با این حال چون اوصیاء (executors) وی این ابراز تمایل را شنیده بودند "بخاطر مراعات و ملاحظه این تمایل" (in consideration of such desire) به همسر وی قول می‌دهند که خانه مذکور را به صورت مادام‌العمر یا مادام که وی بیوه باقی می‌ماند، به وی منتقل نمایند البته مشروط به این شرط و توافق اضافی که: وی سالانه یک پوند بابت اجاره عرصه زمین پرداخت نماید و ساختمان منزل را خوب و مرتب نگهداری نماید. پس از گذشت مدتی از توافق بالا، خواندگان از اجرای تعهد خود سرباز زده و بیوه متوفی را نیز از منزل مذکور بیرون نمودند. بیوه دعوایی را علیه خواندگان مطرح نموده ضمن آن مدعی می‌شود خواندگان در قبال (به عوض) تعهد وی به پرداخت سالانه یک پوند بابت اجاره عرصه و نگهداری مرتب ساختمان، تعهد به تملیک آن به وی نموده بودند. (Smith & Thomas, 1996, PP. 198-199)

همانگونه که ملاحظه می‌شود در قضیه بالا دو امر در رابطه با بحث عوض

و در نتیجه ابتدایی بودن یا نبودن اوصیاء متوفی قابل طرح می‌باشد: اول انگیزه اوصیاء برای اجرای تمایل شفاهی متوفی از باب مراعات و احترام به خواسته و منویات متوفی بوده است که در پرونده با عبارت "In consideration of such desire" به کار رفته بود. دوم تعهد متقابل زوجه به پرداخت سالانه یک پوند و مرتب نگه داشتن اعیانی ساختمان منزل که البته به صورت جمله شرطی و توافق اضافی مطرح گردیده بود. خواهان (زوجه) برای الزام آنان به اجرای تعهد به تملیک، تعهد خود به شرح فوق را به عنوان عوض «تعهد اوصیاء» مطرح کرده بود و از ذکر انگیزه اوصیاء از اجرای وصیت و تمایل شفاهی به عنوان «عوض» خودداری نموده بود. لذا: بحث دایر مدار این بوده است که آیا برای اجرای تعهد اوصیاء، در واقع «عوض مورد لزوم» موجود بوده است یا این که تعهد مذکور صرفاً تحت تاثیر انگیزه‌های انسانی و اخلاقی اوصیاء بوده است در نتیجه بیش از یک تعهد خالی از عوض و غیر قابل اجرا نبوده است.

دادگاه بدوی، ضمن استدلال به نفع خوانندگان بیان داشت: در پرونده حاضر، «عوضی» وجود نداشته است و اگر هم بنا به فرض وجود داشته باشد، آن صرفاً اجرای منویات موصی (Testator's wishes) بوده است و از آنجایی که خواهان خود متعرض این موضوع نگردیده است، لذا دعوی وی محکوم به رد است. (H.G.Beals & Others, op.cit.P.72; Richard Stone & Ralph Cunnington, 2007, P.135)

همانگونه که ملاحظه می‌شود دادگاه بدوی، تعهد زوجه به پرداخت سالانه یک پوند اجاره را «عوض» محسوب نکرده و بلکه «احترام و ملاحظه منویات متوفی» را که مد نظر اوصیاء موصی بوده است، «عوض» تصور نموده است. دادگاه بالاتر یعنی دادگاه بخش ملکه، استدلال دادگاه قبلی را مخدوش دانسته و معتقد بود که برعکس استدلال دادگاه بدوی، «اجرای اجرای منویات موصی» عوض نمی‌تواند باشد، بلکه آن صرفاً می‌تواند جهت یا انگیزه معامله فیما بین زوجه متوفی و اوصیاء وی باشد و برعکس، آنچه ریاست دادگاه عنوان نموده است آن تعهد زوجه به پرداخت سالانه یک پوند اجاره عرصه و نگهداری مطلوب اعیانی ساختمان می‌باشد که عوض محسوب می‌شود. در فرازی از

رای دادگاه ملکه چنین آمده است: «قید پرداخت یک پوند فقط یک شرط (Proviso) نیست بلکه یک توافق صریح است (در حالی که معظم‌له، ویلیام، آنرا فقط شرط تلقی کرده است). این توافق، یک توافق صریح بوده و متضمن یک عوض قانونی مکفی می باشد که کاملاً متفاوت از انگیزه و احساس اخلاقی است که اوصیاء موصی را به انعقاد این قرارداد وا داشته است» (Ibid).

ملاحظه می‌شود که مطابق رای مذکور، انگیزه‌های اخلاقی نمی‌تواند عوض تلقی شود و این امر می‌رساند که «عوض» در حقوق انگلستان فاقد چهره اخلاقی بوده و بلکه رنگ اقتصادی و مادی به خود دارد. لذا می‌توان نتیجه گرفت که در پرونده بالا اگر تعهد متقابل زوجه به پرداخت سالانه یک پوند و حفظ مطلوب منزل در بین نبود، تعهد اوصیاء صرفاً یک تعهد بدوی محسوب شده و دعوی خواهان محکوم‌به رد بوده است؛ چرا که انگیزه اخلاقی وصی نمی‌توانست «عوض» مورد نظر حقوق تعهدات انگلیس را فراهم نماید.

۴-۲-۲- شرط (condition)

در حقوق انگلیس، میان «عوض» و «شرط» قایل به تمایز گردیده‌اند به نحوی که اگر تعهد معوض بوده باشد مشمول عنوان قرارداد (contract) گردیده لذا مشمول ضمانت اجراهای مقرر در حقوق انگلیس خواهد شد اما چنانچه تعهد صرفاً مشروط به «شرطی» باشد مانند این که کسی تعهد کند که به دیگری مبلغ مثلاً صد پوند پرداخت خواهد کرد اگر وی با فلائی ازدواج کند، تعهد بدوی به شمار رفته و در نتیجه الزام‌آور نخواهد بود. در واقع، از نظر حقوق انگلیس حادثه معلق علیه و به اصطلاح «شرط»، نمی‌تواند «عوض» تلقی شود و علت بطلان چنین تعهدی نیز در فقدان عوض ریشه دارد. (Ibid).

در پاره‌ای از موارد تشخیص این که عبارات به کار رفته در تعهد آیا مفید «شرطیت» می‌باشد یا «عوض»، بسیار دشوار بوده و در هر مورد، این قاضی است که عبارات یاد شده را بر یکی از آن دو معنا، حمل خواهد نمود. مثلاً در پرونده Thomas v. Thomas چنانچه تعهد زوجه متوفی به پرداخت سالانه

یک پوند فقط در قالب عبارات «شرطیه» به کار می‌رفت، مثلاً قید می‌شد: (provided that) و نه آنگونه که در واقع بیان گردیده بود: (provided nevertheless) and it is hereby further agreed that»، تصمیم دادگاه چه می‌توانست باشد؟ آیا علی‌رغم اینکه زوجه یک تعهد مالی و اجرایی در قبال متعهد اوصیاء متوفی به عهده گرفته بود، صرفاً به دلیل این که در قالب عبارت «مشروط بر این که» (Provided that) به کار می‌رفت باید «شرط» تلقی می‌شد؟

در مقام تشخیص این که موضوع معلق علیه، در مقام «شرط» عمل می‌نماید یا در مقام «عوض»، ضابطه کلی برای قضات انگلیس درک «انسان متعارف» (a reasonable man) از موضوع می‌باشد. (Chitty, Op.cit., PP.52-53) برای مثال در پرونده Shadwell v. Shadwell، عمویی در قبال برادرزاده خود قول می‌دهد چنانچه با خانم پیشنهادی وی ازدواج نماید (خانم Ellen Nichol)، وی را در زندگی مادی‌اش مساعدت کند. بدین شکل که مادام که وی (عمو) زنده است و تا زمانی که درآمد برادرزاده ناشی از وکالت در دادگاه Chancery، بالغ بر ۶۰۰ گینه گردد، سالانه ۱۵۰ لیر به وی پرداخت نماید. پس از پرداخت ۱۳ قسط از مبالغ مذکور، عمو فوت نموده اما اوصیاء متوفی از ادامه پرداخت مقرری خودداری می‌نمایند. خواهان ادعا می‌کند که تعهد عموی در قبال ازدواج وی با خانم Ellen بوده و لذا تعهد عمو یک تعهد معوض بوده است و نه تعهد بدوی لذا از آنجایی که هنوز درآمدش به ۶۰۰ گینه بالغ نگردیده است پنج قسط دیگر نیز باید مقرری پرداخت شود.

اکثریت دادگاه با این استدلال که، با توجه به جمیع اوضاع و احوال، ازدواج برادرزاده با خانم پیشنهادی عمو، «عوض مورد نظر» قانون را تشکیل می‌دهد (نه فقط شرط استحقاق را)، چرا که خواهان در صورت نبود تعهد عمو، ای بسا با خانم Ellen ازدواج نمی‌نمود و همین حد، نوعی ضرر و مشقت برای وی بوده است (فلذا «عوض» فراهم بوده است)، رای خود را به نفع خواهان برادرزاده (اعلام می‌نماید. (Smith & Thomas, 1996, PP. 225-228; H.G. Beale & Others, Op. cit. PP.75-76)

با این حال در پرونده فوق قاضی مخالف عقیده داشت دادگاه به منظور کمک به برادرزاده مبادرت به اختراع عوض نمود. بنا به عقیده وی اتکاء برادرزاده بر قول عمو بوده است که دادگاه را وادار به چنین تصمیمی نمود و نه وجود عوض قانونی. (Richard Stone, 2009, P.126)

۵ - پیشینه‌ی تاریخی پیدایش نظریه عوض

مبدا تکوین تئوری عوض در کامن‌لا چندان معلوم و مشخص نیست و احتمالات متفاوتی در رابطه با آن از سوی صاحب‌نظران بیان شده است. بطور کلی، همواره بر سر این موضوع اختلاف نظر بوده است که نظریه عوض به عنوان «عامل الزام‌کننده تعهد» که نبود آن تعهد را غیرقابل ترتیب اثر می‌نماید، آیا منشأ داخلی داشته است یا یک عنصری است که از سایر نظام‌های حقوقی مانند حقوق روم وارد سیستم کامن‌لا شده است. (Cheshire & Fifoot & Furmston, 1991, PP.72-73)

به طور کلی، از نظر نویسندگان حقوق انگلیس، نظریه عوض با توجه به نگرش تاریخی مبتنی بر یکی از چهار نظریه مابه‌ازاء، علت تعهد، دعوای ذمه و ایده معاوضه می‌باشد که در زیر هر یک مختصراً توضیح داده می‌شود:

۵-۱- تئوری ما به ازاء (quid pro quo)

عده‌ای از حقوق‌دانان، منشأ پیدایش نظریه عوض را در تئوری مابه‌ازاء (quid pro quo) جستجو می‌نمایند. نظریه مذکور به لحاظ تاریخ حقوق انگلیس نام دعوی قدیمی «مطالبه» بوده است. در این دعوی، خواهان جهت حاکمیت در دعوا و امکان مطالبه دین مورد ادعا لازم بود اثبات نماید، نفع یا چیزی به خواننده پرداخت نموده است (Curzon L.B. 1999, P.286).

علت تحلیل «عوض» بر مبنای تئوری مابه‌ازاء به نظر می‌رسد این باشد که در هر دو مورد خواهان باید ثابت نماید چیزی به خواننده داده است. در مورد تعهدات نیز خواهان باید ثابت نماید عوضی را - اعم از نفع یا ضرر - در قبال

تعهد متعهد پرداخت نموده است. این تحلیل یعنی توجیه تئوری عوض بر مبنای نظریه مابه‌ازاء مورد انتقاد برخی از حقوقدانان واقع شده است: ایراد این نظریه این است که دین (که اساس نظریه quid pro quo می‌باشد) مبتنی بر تعهدات متقابل (Mutual promises) نمی‌باشد، به استثناء مورد بیع که در آن هر کدام از خریدار و فروشنده در قبال هم دینی را بر ذمه می‌گیرند. ایراد دیگر این است که این نظریه مبین عنصر «ضرر» که از مفاهیم کلیدی و جوهری «عوض» می‌باشد عاجز می‌باشد. (Chitty, Op.cit.P.54)

به نظر می‌رسد منظور نویسندگان فوق این است که تکیه اصلی دعوای quid pro quo بر نفع یا چیزی است که خواهان به خواننده پرداخت نموده است و از ضرر یا مشقتی که خواهان (متعهدله) خود تحمل نموده است غافل می‌باشد و از این رو در دعوای موردی که خواهان فقط مشقت یا ضرری را در قبال تعهد متعهد، متحمل شده است به دلیل این که نفعی را به وی نرسانده است این نظریه جواب‌گو نمی‌باشد و خلاصه این که مبتنی ساختن تئوری عوض بر دعوای quid pro quo که بخشی از واقعیت عوض (یعنی «نفع») را می‌رساند، محل ایراد است.

۵-۲ - نظریه علت تعهد (causa)

مطابق این تحلیل، نظریه عوض در حقوق انگلیس، ریشه برون مرزی داشته است و تحت تاثیر نظریه علت (causa) که در حقوق رم مطرح بوده، وارد سیستم کامن‌لا شده است. به موجب این نظریه تئوری یادشده بواسطه اقدامات Lord chancellor وارد نظام حقوقی کامن‌لا شده است. یکی از حقوقدانان انگلیس، بر همین اساس ادعا نموده است که این تئوری (عوض) اصالتاً انگلیسی نبوده بلکه خارج از آن وارد کامن‌لا شده است. وی در توجیه این مطالب بیان نموده است:

Lord Chancellor برای توجیه اجرای هر تعهد وجود یک عوض (علت آن تعهد) را در قبال تعهد از جانب طرف دیگر (متعهدله) الزامی می‌دانست. (Curzon L.B. 199, Op.cit., op.Loc)

۳-۵ - دعوی ذمه Assumpsit

قبل از این که مفاد این نظریه را بیان کنیم لازم است توضیح دهیم دعوی مذکور اصالتاً شکلی از دعوی مسئولیت مدنی (غیر قراردادی) بوده است. در این دعوا خواهان جهت حاکمیت در دعوا، باید اثبات می نمود اولاً؛ خواننده در قبال وی وظیفه یا تعهدی را به عهده داشته است ثانیاً؛ در اثر اجرای نادرست و ناصحیح آن وظیفه از سوی خواننده، خواهان متحمل خسارت یا ضرر (Damage / Detriment) شده است. در ابتدای قرن شانزدهم بر اثر تحولات حاصله در رویه قضایی انگلیس، دعوی مذکور شکل قراردادی بخود گرفته و بدین ترتیب ضمانت اجرای قراردادی گردید. (Chitty, Op.cit.P.54) و اما تحلیل تئوری عوض بر مبنای این دعوا به این بیان است که تفکر «لزوم عوض» در حقوق انگلیس در واقع باز می گردد به دعوی Assumpsit در شکل قراردادی آن. زیرا، در این دعوا خواهان (متعهدله) باید نوعی ضرر (detriment) را ثابت می نمود و این در واقع اثبات شرط دوم دعوی Assumpsit در شکل غیر قراردادی آن بوده است. (Ibid).

به نظر می رسد علت مبتنی بودن «عوض» بر دعوی Assumpsit صرف نظر از تحول مفهومی دعوا از ضمان قهری به حوزه قراردادی، ناشی از خلط مفهوم detriment در اشکال غیر قراردادی (Tortious) و قراردادی (Contractual) بوده است؛ زیرا زمانی که این دعوا اصالتاً رنگ ضمان قهری (غیر قراردادی) به خود داشت، خواهان باید وقوع خسارات و ضرر را به خود ثابت می نمود و در شکل کنونی دعوی Assumpsit نیز وی باید (با توجه به قاعده عوض) تحمل نوعی ضرر (detriment) را به اثبات برساند و با توجه به این که در واقع مرکز ثقل مفهوم عوض را ضرر (detriment) تشکیل می دهد لذا این توجیه بر آن است که نظریه عوض، به همین علت نزد قضات رواج پیدا نموده است. این در حالی است که در شکل غیر قراردادی دعوی مذکور ضرر هیچگونه تقابلی با تعهد یا وظیفه خواننده نداشته است و حال آنکه در شکل قراردادی دعوی Assumpsit، میان detriment و تعهد خواننده رابطه همبستگی و تقابل وجود داشته است. به نظر می رسد همین خلط مفهومی «ضرر» در دو نوع دعوی Assumpsit بوده است

که این نظریه مورد انتقاد واقع شده است. بر اساس نوشته برخی نویسندگان حقوق قراردادهای: «اگر چه در مفهوم غیر قراردادی *assumpsit* نیز باید خواهان ثابت می نمود که در اثر تقصیر خواننده متحمل ضرر یا خسارت شده است، مع الوصف در شکل کنونی دعوای یاد شده (قراردادی)، خواهان (صرف نظر از عمل ضرر یا خسارت) باید ثابت نماید همزمان با تعهد خواننده، تعهد متقابلی نموده یا فعل یا ترک فعل را در ازای تعهد خواننده به عهده گرفته بود، موضوعی که کاملاً متفاوت از خسارات ناشی از تقصیر خواننده است» (Ibid).

۴-۵- ایده معاوضه (bargain)

واژه Bargain از دو کلمه *bar* به معنای منع کردن و *gain* به معنای بدست آوردن است. ترکیب این دو واژه در هم و به کارگیری آن در حقوق قراردادهای انگلیس این مفهوم را به ذهن می‌رساند که هر کدام از متعاملین، ضمن حفظ منافع خود و دفاع از حریم منافع شخصی، درصدد به دست آوردن حداکثر منافع از طرف مقابل می‌باشند.

به موجب این نظریه، پرسش محوری این است که آیا حقوق قراردادهای انگلیس اساساً مبتنی بر قول و عهد (Promise and Undertaking) می‌باشد یا معامله به مفهوم اخص (معاوضه و مبادله). اگر چه قضات انگلیس بطور خود آگاه پرسش یاد شده را شاید در ضمیر خود وجدان نمی‌کردند، با این حال ناخودآگاه در اثر سنت‌های دیرین حقوق مشترک (کامن‌لا) مجبور بودند حقوق قراردادهای را بر اصل معاوضه یا مبادله استوار نمایند تا قول و عهد. (Ibid). بر مبنای این نظریه، از آنجایی که قرارداد قالب عادی و رسمی تعهدات الزام‌آور می‌باشد و قرارداد نیز بر مبنای معاوضه و تبادل تعهدات متقابل (mutual or reciprocal obligations) قابل درک می‌باشد (John Adams & Roger Bronswords, 1987, pp.36-83) لذا قول تنها و بدون پشتوانه تعهد متقابل یا مابه ازای متقابل (اعم از فعل یا ترک فعل یا چیز با ارزش) قرارداد نبوده و بلکه قول محض یا تهی و به اصطلاح این مقاله «تعهد بدوی» می‌باشد که جز در موارد استثنایی قابل اجرا نمی‌باشد.

۵-۵- نظریه کاشفیت

به لحاظ تاریخی، پذیرش نظریه عوض بعنوان عامل تفکیک و تمایز تعهدات لازم از بدوی در میان قضات انگلیس، بدون مخالفت و فرارز و نشیب نبوده است. علی‌رغم این که در طول قرون ۱۶ و ۱۷ بسیاری از قواعد و ویژگی‌های عوض توسط قضات محاکم کامن‌لا طراحی و تدوین شده و بدین ترتیب تا اواخر قرن هفدهم به عنوان یکی از قواعد بنیادی حقوق قراردادهای انگلیس گردیده بود، در قضیه Pillan v. Van Mierop که در سال ۱۷۶۵ مطرح گردید، لورد Mansfield منکر این شد که عوض عنصر ذاتی قرارداد در حقوق کامن‌لا می‌باشد. به عقیده وی، عوض صرفاً واجد جنبه اثباتی بوده و دلیل التزام متعهد یا طرفین به مفاد تعهد می‌باشد و در واقع در قراردادهای تجاری که معمولاً این دلیل اثباتی از طریق سند فراهم می‌باشد، لذا اثبات عوض جهت لازم‌الاجرا بودن ضروری نمی‌باشد. (Chitty, Op.cit.P.۵۵; Roger Halson, Op.cit. P.165)

با این حال، مجلس لردان انگلستان به عنوان عالی‌ترین مرجع قضایی آن کشور در پرونده Rann v. Hughes، ضمن رد این عقیده و استدلال که در تعهدات عادی (هر چند مکتوب) عوض ضروری نیست، رسماً ضرورت عوض را به عنوان عامل لزوم قول یا تعهد اعلام نمود. بنا به گفته لورد Kinner L.C.B: «حقوق این کشور هیچ ضمانت اجرایی را جهت التزام توافق یا تعهد فاقد عوض به دست نمی‌دهد. این گونه تعهدات و توافقات، تعهد بدوی (nudum Pactum) بوده که از آن هیچ حق طرح دعوایی نشات نمی‌گیرد». (Chitty, Op.cit.Op.Loc)

علی‌رغم این که بحث لزوم عوض از لحاظ قضایی خاتمه یافته است، اما هنوز عقیده لرد Mansfield به لحاظ نظری میان حقوقدانان انگلیس طرفدار دارد و از عوض به عنوان عاملی برای احراز قصد جدی متعهد به التزام بر تعهد تعبیر می‌نمایند. (John Adams & Roger Brownsword, Op.cit., op.loc)

۶- تحولات نظری کامن لا

در مقابل دکترین عوض، برخی دیگر از نویسندگان حقوق قراردادهای در رابطه با معیار الزام آور بودن عهد یا قول، قائل به معیارهای جایگزین و رقیب گردیده‌اند که از جمله مهم‌ترین آنها «اتکاء معقول» (reasonable reliance) می‌باشند. منتقدین بر این باورند که دکترین عوض معتقد است «اتکاء» در مقایسه با دکترین مرسوم «عوض» - که مبتنی بر معاوضه متقابل تعهدات می‌باشد - معیار درست‌تری جهت الزام آور بودن تعهدات بدست می‌دهد. به عقیده آنان، محاکم وقتی حکم به اجرای وعده‌ای می‌دهند که احراز نمایند متعهدله به وعده «تکیه» نموده و بنابراین منصفانه نیست که اجازه داد تا متعهد از عهد خود شانه خالی نماید. (Richard Stone, 2009, P.153)

معیار اتکاء معقول با توجه به اینکه معیار قاطعی بدست نمی‌دهد و قابل تفسیر می‌باشد، مورد انتقاد برخی نویسندگان قرار گرفته است (Janet O'sullivan & Jonathan Hillard, 2006, PP.124-125).

به دنبال ظهور رویکرد حقوقی جدید - حقوق و اقتصاد یا تحلیل اقتصادی حقوق - در دهه‌های اخیر و پیدایش خط تحقیقاتی نو که عمدتاً مبتنی بر به کارگیری ابزار و ایده‌های اقتصادی می‌باشد، شاهد تحولات نظری در رابطه با تعهدات فاقد عوض نیز می‌باشیم. تحلیل‌گران اقتصادی حقوق در پاسخ به این پرسش اصلی حقوق قراردادهای که «کدام وعده‌ها لازم‌الاجرا می‌باشند»، پس از طرح و نقد نظریه سنتی قراردادهای (نظریه معاوضه)، عاقبت، لازم‌الاجرا دانستن وعده‌های یک‌طرفه فاقد عوض را با مبانی اقتصادی نظام حقوق قراردادهای سازگارتر دانسته‌اند. (Cooter & Ulen, 2007, Richard A. Posner, 2003, p. 283, P.142, 2007, p. 99; onwards; Cento Veljanovsky)

از مواد مربوط به کنوانسیون حقوق قراردادهای اروپایی نیز معلوم می‌شود غیر از قصد طرفین هیچ معیار دیگری برای لازم‌الاجرا بودن قراردادهای ضروری دانسته نشده است. بر اساس کنوانسیون مزبور قصد طرفین از رفتار و گفتار طرفین قابل استنباط می‌باشد.

نتیجه گیری

نظریه عوض به عنوان یکی از نظریه های اردتدوکس در نظام حقوق کامن لا مطرح بوده و هست که در خصوص ماهیت عوض و مختصات حقوقی آن و تمییز آن از مفاهیم مشابه اخلاقی آراء قضایی متهافتی از سوی قضات کامن لا صادر گردیده است. علی‌رغم اینکه هنوز نیز این نظریه حجم قابل توجهی از کتب حقوق قراردادهای کامن لویی را تشکیل می‌دهد در درستی آن به عنوان معیار تشخیص تعهدات الزام آور از غیر الزام آور (Nudum Pactum) تشکیک شده است. گرایش‌های نظری در دهه های اخیر و طرح معیار جدید اتکاء معقول همچنين ظهور مکتب جدید حقوقی (حقوق و اقتصاد یا تحلیل اقتصادی حقوق) تمایل به فاصله گرفتن از دکترین «عوض» را به نمایش می‌گذارد

فهرست منابع

۱. انصاری، شیخ مرتضی، *المکاسب* (مبحث شروط ضمن عقد)، چاپ مؤسسه مطبوعات دینی، بی‌تا.
۲. موسوی بجنوردی، میرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، جلد سوم، دارالکتب الاسلامیه، بی‌تا.
۳. حسینی مراغه‌ای، میر عبد فتاح، *عناوین*، جلد دوم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۵.
4. Anson, *Law of Contract*, 27th ed., Oxford, 1998
5. Cento G. Vejanovsky , *Economic principles of law*, Cambridge University Press, 1st ed., 2007
6. Cheshire & Fifoot & Furmston, *Law of Contract*, 12thed., Butterworth, London, 1991
7. *Chitty, on contracts*, vol.1, 23rd ed., Sweet & Maxwell, London, 1986
8. H. G. Beal BA & others, *Contract cases and materials*, Butterworth, London, 1985.

9. Janet O'sullivan & Jonathan Hillard, *The law of contract*, Oxford University Press , 2nd ed., 2006.
10. John Adams & Roger Brownsword, *Understanding contract law*, Fontana Press, Glasgow, 1987.
11. Richard H., Posner, *Economic analysis of law* , New York, Aspen Pub., 6th ed., 2003.
12. Richrd, Stone, *The Modern Contract Law*, London & New York, Routledge & Cavendish, 8th ed., 2009.
13. Richard Stone & Ralph Cunnington, *cases and Materials on Contract law* , London & New York, Routledge & Cavendish, 2007.
14. Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* , United States, Harper Collins Pub., 4th ed., 2007.
15. Roger, Halson, *Contract Law*, Great Britain, Longman Law Series , 1st ed., 2001.
16. Sim (P.S) & Pace (D.J), *A level English law*, Butterworth, 7th ed., 1991.
17. Smith & Thomas, *A Casebook On Contract*, Sweet & Maxwell, 10th ed. 1996.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی