

بررسی قاعده معاوضه در فقه امامیه و حقوق ایران و انگلیس

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۲/۰۵

تاریخ تأیید: ۹۳/۱۱/۱۸

اسماعیل نعمت‌اللهی^۱

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

چکیده

به نظر مشهور فقهای امامیه، مقتضای عقود معاوضی، داخل شدن عوض در ملکیت مالک معوض و بالعکس است؛ به طوری که اگر عوض در ملک مالک معوض داخل نشود یا بالعکس، معاوضه‌ای واقع نمی‌شود. در مقابل، فقهای برجسته‌ای با نظر مشهور مخالفت کرده و این عمل را معاوضه‌ای صحیح دانسته‌اند. بر اساس نظریه اخیر، این مسئله مطرح می‌شود که آیا ثالث ذی نفع حق درخواست اجرای تعهد را دارد یا نه؟ در قانون مدنی ایران، اشاراتی به این قاعده و موارد نقضی برای آن وجود دارد. حقوقدانان انگلیس نیز این قاعده را مطرح کرده‌اند که عوض باید از متعهدله منتقل شود، اما لازم نیست به متعهد منتقل شود. مقاله حاضر درصدد بررسی قاعده مذکور در فقه امامیه و حقوق ایران و انگلیس است. این مقاله می‌کوشد اثبات کند که اولاً، قاعده معاوضه، مقتضای اطلاق عقود معاوضی است نه مقتضای ذات آن‌ها؛ و ثانیاً، ثالث ذی نفع می‌تواند مستقلاً اجرای تعهد را مطالبه کند.

واژگان کلیدی: قاعده معاوضه، عوض، معامله، حقوق ایران، حقوق انگلیس

مقدمه

عقود معوض تحت حاکمیت قواعد مختلفی است که از قدیم‌الایام مورد توجه فقهاء قرار گرفته‌اند. یکی از این گونه قواعد، قاعده لزوم داخل شدن عوض در ملک مالک معوض و بالعکس، داخل شدن معوض در ملک مالک عوض است و ما به تبعیت از برخی فقهاء از جمله، مراغی و قزوینی از آن به «قاعده معاوضه» تعبیر کردیم (مراغی، ۱۴۱۷: ۶۵)؛ (قزوینی، ۱۴۳۴: ۷۲۶). در حقوق انگلیس نیز قاعده معاوضه از زیرمجموعه‌های بحث عوض^۲ به شمار می‌رود، و به تعبیر یکی از حقوقدانان نظریه عوض متشکل از مجموعه‌ای از قواعد و اصول فرعی است که یکی از آن‌ها قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله است (Richards, 2009: 58).

1. Email: esmail_nematollahi@yahoo.com

2. consideration

۱- بررسی قاعده در حقوق انگلستان

۱-۱- مروری بر نظریه عوض

در حقوق انگلستان، تعهد برای اینکه الزام‌آور باشد باید یا در قالب قرارداد رسمی تنظیم گردد یا با عوض تأیید و حمایت شود. نظریه عوض مبتنی بر مفهوم تقابل و معاوضی بودن^۱ است؛ یعنی برای اینکه تعهد قراردادی لازم الاجرا باشد باید «چیزی که از دیدگاه حقوقی دارای ارزش است» در مقابل آن داده شود، و در نتیجه، تعهد بلاعوض اگر در قالب سند رسمی تنظیم نشده باشد، منجر به پیدایش قرارداد نمی‌شود (Treitel, 2003: 68).

تا قبل از نیمه نخست قرن هجدهم، عوض به عنوان جزء لاینفک قرارداد و دلیلی برای الزام‌آور بودن آن تلقی می‌شد. لرد منسفیلد^۲ در سال ۱۷۸۲ نظریه تعهد اخلاقی^۳ را مطرح کرد، که بر اساس آن، شخصی که وظیفه اخلاقی به پرداخت مبلغی پول دارد و سپس تعهد به پرداخت آن می‌کند، تعهد اخلاقی پیشین وی، عوضی را برای آن تعهد فراهم می‌کند.^۴ نظریه برابری عوض و تعهد اخلاقی در سال ۱۸۴۰ رد شد. در طول قرن نوزدهم گفته می‌شد که عوض یا به معنای نفعی است که متعهدله به متعهد اعطاء می‌کند یا ضرری است که متعهدله متحمل می‌شود (Cheshire, 1991: 71). مفهوم سود و زیان در این تعریف، امری نسبی است و شیء واحدی ممکن است از یک دیدگاه سود و از دیدگاه دیگری زیان تلقی شود (Treitel, 2003: 68-69, 79).

با توجه به ایراداتی که بر تعریف عوض به سود و زیان وارد شد، برخی از حقوقدانان برای بیان مفهوم عوض، تعبیر خرید و فروش را پیشنهاد کرده‌اند؛ به این معنا که خواهان باید اثبات کند که تعهد خوانده را با انجام کاری در مقابل آن یا ارائه تعهدی متقابل خریداری کرده است (Richards, 2009: 58); (Treitel, 2003, 79); (Cheshire, 1991: 73). مجلس اعیان نیز در سال ۱۹۱۵ این نظر را تأیید کرد (Treitel, 2003: 70). بارزترین قاعده‌ای که نشان می‌دهد نظریه عوض، نظریه‌ای معامله‌محور است، همین قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله است (Oughton, 2000: 120).

1. reciprocity
2. Mansfield
3. moral obligation

۴. البته مقصود وی این بود که عوض را به گونه‌ای تعریف کند که شامل تعهد اخلاقی هم بشود نه اینکه هر تعهد اخلاقی، عوض است.

۱-۲- تبیین مفهوم قاعده

در حقوق انگلستان، قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله^۱ را به سه قاعده جزئی تر تجزیه کرده‌اند: ۱- متعهدله باید عوض فراهم کند. مفهوم این قاعده که عوض باید از متعهدله منتقل شود این است که متعهدله تنها در صورتی می‌تواند اجرای آن را درخواست کند که خود وی در مقابل آن، عوضی فراهم کرده باشد و اگر عوض از سوی شخص ثالثی منتقل شده باشد، حق درخواست اجرای آن را ندارد.

نمونه سنتی قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله دعوی (Tweddle v Atkinson (1861) است. در این دعوا، پدران دختر و پسری که قصد ازدواج داشتند تعهد کردند که هر کدام مبلغی را به پسر (خواهان) بپردازند. آن دو همچنین توافق کردند که خواهان اختیار کامل دارد که برای مبالغ مذکور علیه آن دو اقامه دعوا کند. پدر دختر مبلغ مذکور را پرداخت و چون وی از دنیا رفته بود، خواهان علیه مدیر تصفیه وی اقامه دعوا کرد. دادگاه رأی داد که خواهان حق اقامه دعوا ندارد، زیرا طرف قرارداد نبوده است. قاضی وایتمن^۲ چنین گفت: امروزه مسلم است که شخصی که عوضی فراهم نکرده نمی‌تواند از قرارداد منتفع شود، هر چند که قرارداد به نفع او منعقد شده باشد. همچنین، قاضی کرامپتون^۳ اظهار داشت: عوض باید از شخصی که حق دارد بر اساس قرارداد اقامه دعوا کند منتقل شود. این سخن که شخص برای اقامه دعوا به نفع خودش، طرف قرارداد است و برای اینکه علیه وی اقامه دعوا شود، طرف قرارداد نیست، سخنی نفرت‌انگیز است (Salzedo, 2000: 44).

۲- عوض لازم نیست به متعهد منتقل شود. عوض باید از متعهدله منتقل شود، اما لازم نیست به متعهد منتقل شود. بنابراین، اگر متعهدله به درخواست متعهد متحمل زبانی شود، اما سودی به وی نرساند، شرط وجود عوض رعایت شده است. از این رو، ممکن است متعهدله با دست کشیدن از شغل یا اجاره‌خانه، عوضی فراهم کند هر چند نفع مستقیمی از این کارها به متعهد نرسد. همچنین، در صورتی که متعهدله به درخواست متعهد، سودی به شخص ثالثی برساند، عوض از متعهدله منتقل شده، اما به متعهد انتقال نیافته است.

۳- وجود نفع برای متعهد کافی است. قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله در بادی امر، مؤید این نظر است که جوهر عوض، زیان به متعهدله است. اما اگر متعهدله متحمل زبانی نگردد

1. consideration must move from the promisee: (Ibid. 81).

2. Wightman

3. Crompton

بلکه به متعهد سودی برساند یا به درخواست وی سودی به شخص ثالث برساند، قاعده مذکور رعایت شده است (Treitel, 2003: 81-83). از این رو، می‌توان نتیجه گرفت که هر یک از عوضین باید از ملکیت مالک آن خارج شود، اما لازم نیست هیچ‌یک از آن دو به ملکیت طرف مقابل داخل شود، بلکه کافی است به کسی که طرف مقابل تعیین می‌کند منتقل شود. در نتیجه ممکن است در بیع واحد، ثمن به شخصی غیر از بایع، و مبیع به شخصی غیر از مشتری منتقل شود.

یکی از حقوقدانان برجسته، ضمن مبهم و نامفهوم دانستن این قاعده، برای آن سه معنای احتمالی در نظر گرفته است: ۱- وعده در صورتی لازم الاجرا است که در مقابل آن عوضی فراهم شود. بر اساس این معنا، مفاد قاعده مورد بحث چیزی بیش از شرط لزوم عوض نیست. ۲- هر چند که مخاطب وعده^۱ در برابر وعده، عوضی فراهم کرده، اما عوض باید از خواهان منتقل شده باشد. به تعبیر دیگر، شخصی که خواهان اجرای قرارداد است باید خود وی عوض وعده را فراهم کرده باشد. طبق این معنا، قاعده مورد بحث با اصل نسبی بودن قرارداد هم‌پوشانی دارد. ۳- مخاطب وعده نمی‌تواند اجرای وعده‌ای را مطالبه کند که عوض آن را شخصی دیگر فراهم کرده است. بر اساس این معنا، قاعده مورد بحث، مفادی مستقل و متفاوت با دو معنای اول یعنی شرط لزوم عوض و اصل نسبی بودن دارد، و موارد کاربرد آن بسیار نادر است (Beatson, 2010: 98-99).

۱-۳- نظریات راجع به قاعده

قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله به این معنا نیست که متعهدله تنها در صورتی می‌تواند درخواست اجرای تعهد کند که عوضی وجود داشته باشد، چون در این صورت، قاعده مذکور تعبیر دیگری از قاعده لزوم وجود عوض برای تعهد است؛ بلکه بر اساس برداشت دیگری از این قاعده که مورد پذیرش عموم است، شخصی که تعهدی به نفع او ایجاد شده، تنها در صورتی می‌تواند اجرای تعهد را درخواست کند که خود وی عوضی فراهم کرده باشد (McKendrick, 2000: 103).

یکی از حقوقدانان، اعتبار این قاعده را با توجه به مفهوم عوض ارزیابی کرده (Cheshire, 1991: 77) و گفته است: تا زمانی که ممکن بود عوض را تحت تأثیر نظریه منسفیلد، با تعهد اخلاقی یکی دانست، امکان داشت از دعوای شخصی حمایت کرد که تعهدی به نفع او صورت گرفته ولی عوض توسط وی فراهم نشده است. اما هنگامی که یگانگی عوض و تعهد اخلاقی رد شد، قضات بر این نکته اصرار ورزیدند که فقط کسی می‌تواند بر اساس تعهد

1. promisee

شخص دیگر اقامه دعوا کند که ثمن (عوض) آن را پرداخت کرده باشد. به عنوان نمونه، در دعوی (Price v. Eaaston (1833) خواننده در برابر شخص ثالثی تعهد کرد که اگر شخص اخیر کاری برای وی انجام دهد، مبلغی پول به خواهان بپردازد. شخص ثالث کار مورد نظر را انجام داد، اما خواننده از پرداخت پول به خواهان خودداری کرد. دادگاه رأی داد که خواهان نمی‌تواند علیه خواننده اقامه دعوا کند، و نظر خود را به دو طریق مختلف توجیه کرد: الف- خواهان نمی‌تواند اثبات کند که عوضی توسط وی به خواننده منتقل شده است؛ و ب- رابطه‌ای^۱ بین خواهان و خواننده وجود ندارد. قضات در دعوی Tweddle v. Atkinson با اینکه رأی دعوای Price v. Eaaston را تأیید کردند، دلیل اول را ترجیح دادند.

به عقیده برخی از نویسندگان، مواردی که عوض توسط متعهدله فراهم نشده است تحت عنوان تعهد اخلاقی قرار می‌گیرد (Chloros, 1968: 160).

۱-۴- استثنائات قاعده

یکی از استثنائات مهم قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله را می‌توان در قانون قراردادهای (حقوق اشخاص ثالث) مصوب ۱۹۹۹ یافت. بر اساس این قانون، شرط مندرج در قرارداد بین الف (متعهد) و ب (متعهدله) در برخی موارد^۲ توسط ج (شخص ثالث) علیه الف قابل اجراست و عدم انتقال عوض از شخص ثالث مانع اجرای شرط توسط وی نمی‌شود. حق اجرای شرط توسط شخص ثالث را برخی از حقوقدانان یک شبه‌استثناء نسبت به قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله توصیف کرده‌اند، نه استثنای حقیقی؛ با این استدلال که در مثال مذکور، متعهدله قرارداد، شخص ب است که باید عوض تعهد الف را فراهم کند نه شخص ثالث (Treitel, 2003: 83). در واقع همان طور که کمسیون حقوقی (Law Commission, 1996, no 242; Treitel, 2003: 651) اظهار داشته، این قانون استثنایی عام و گسترده را نسبت به اصل نسبی بودن اثر قرارداد ایجاد می‌کند. دو مورد از دیگر استثنائات قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله عبارتند از: ۱- در صورتی که تعهد برای چند شخص صورت گیرد، هر یک از آنان می‌تواند اجرای تعهد را درخواست

1. privity

۲. این موارد عبارتند از: ۱- در صورتی که طرفین قرارداد تصریح کرده باشند که ثالث حق مطالبه اجرای تعهد را دارد (Treitel, 2003: 651)؛ و ۲- در صورتی که قرارداد متضمن سودی برای شخص ثالث باشد. البته در مورد این صورت، اگر احراز شود که طرفین قصد نداشته‌اند که ثالث حق مطالبه اجرای تعهد را داشته باشد، ثالث حق مطالبه ندارد (Treitel, 2003: 653).

کند هر چند که هر کدام از آنان تنها بخشی از عوض را تأمین کرده باشد. ۲- در صورتی که تعهد برای دو یا چند شخص به صورت مشترک^۱ صورت گیرد، هر یک از آنان می‌تواند اجرای تعهد را مطالبه کند، هر چند که کل عوض را یکی از آنان تأمین کرده باشد (Chitty, 2004: 239-240).

۲- بررسی قاعده در فقه امامیه

۲-۱- طرفداران قاعده

بر اساس نظر مشهور،^۲ مقتضای معاوضه، داخل شدن عوض در ملکیت مالک معوض و بالعکس است و در غیر این صورت، عوض و معوض نمی‌توانند عوض و بدل یکدیگر باشند (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۲۹۹/۳)، و به تعبیر معاوضه‌ای واقع نمی‌شود. اولین کسی که این قاعده را ذکر کرده، علامه حلی (ره) است.^۳ ایشان در بحث از متعلق وکالت آورده است: اگر شخصی به دیگری بگوید: «برای من از مال خودت مقداری گندم بخر»، صحیح نیست. چون جایز نیست انسان با مال خود چیزی بخرد که شخص دیگری مالک آن شود (حلی، ۱۴۱۳: ۳۴۵)؛ (حلی، بی‌تا: ۱۶۸). پس از ایشان فقهای بزرگی از این قاعده حمایت کرده‌اند: از جمله، محقق کرکی تعلق عوض به غیر مالک معوض را محال می‌داند (کرکی، ۱۴۱۴ق: ۹۱/۱۳)؛ و (همان، ۲۰۸/۸-۲۰۹). شیخ انصاری، دخول عوض در ملک مال معوض را از لوازم عقلی معاوضه صحیح (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۰۰/۳)، و مقتضای معاوضه (همان، ۳۰۷/۶) دانسته، و عدم دخول عوض در ملک مالک معوض را خلاف عقل تلقی کرده است (همان، ۸۳/۳ و ۳۰۹/۶).

مرحوم نائینی نیز این قاعده را مقتضای مفهوم معاوضه دانسته و می‌گوید: معاوضه، برخلاف ارث، جانشینی اموال (تبدیل دو مملوک) است نه جانشینی اشخاص (تبدیل دو مالک). لذا بدل باید در ملک مالک مُبدل، و مُبدل در ملک مالک بدل وارد شود. صرف مجانی نبودن و قرار گرفتن مال در برابر مال، مفهوم معاوضه را تشکیل نمی‌دهد. زیرا عقد عبارت است از اثر ناشی از عمل طرفین عقد؛ و شخص ثالث طرف آن دو نیست. از این رو، اگر اثر تملیک بایع، تملیک مشتری به شخصی غیر از بایع باشد، در این صورت، اگر این دو تملیک نیازمند قبول باشند، دو عقد محقق می‌شود و اگر نیازمند نباشند، دو ایقاع مستقل هستند

1. jointly

۲. در مورد انتساب این نظریه به مشهور، ر. ک: (بحر العلوم، ۱۳۶۲: ۱۴۷/۲)؛ (یزدی، ۱۴۱۰: ۱۶۰/۲)؛ (حکیم، ۱۴۱۶: ۱۹/۱۳).

۳. در مورد این انتساب، ر. ک: (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۹/۳۰۹).

(نائینی، ۱۳۷۳: ۳۷۰/۱). ایشان این قاعده را حتی به عقد صلح نیز تسری می‌دهد و تصریح می‌کند که اگر شخصی مال خود را با زید مصالحه کند در مقابل اینکه عوضی که مال زید است متعلق به عمرو باشد، صلح باطل است، مگر آنکه نفع ثالث به صورت شرط ضمن عقد واقع شود، که در این صورت، شرط در ملکیت مشروطه داخل می‌شود نه در ملکیت عمرو (همان، ۷۵/۱). برخی از فقهاء معتقدند که اگر عوض در ملک مالک معوض داخل نشود، معاوضه‌ای در کار نیست بلکه دو هبه مجانی خواهد بود (خویی، ۱۴۰۹ق: ۳۱۵/۱). همچنین، اگر بر بایع شرط شود که ثمن [به طور مستقیم] در ملک ثالث داخل شود یا بر مشتری شرط شود که مبیع به ملک ثالث داخل شود، چنین شرطی خلاف مقتضای عقد و موجب بطلان آن است (خوئی، بی تا: ۵۵۱/۲-۵۵۲).

بدین ترتیب، بر اساس نظریه طرفداران این قاعده، در صورت عدم رعایت قاعده مورد بحث، معاوضه‌ای واقع نمی‌شود، اما اینکه اصلاً عقدی واقع نمی‌شود یا اینکه دو عقد غیرمعوض مانند دو هبه یا دو ایقاع واقع می‌شود، بر حسب موارد و نظریات، حکم متفاوتی دارد.

۲-۲- موارد نقض قاعده

قاعده معاوضه با چند اشکال و مورد نقض مواجه شده است و طرفداران آن در صدد حل و فصل و توجیه آن‌ها برآمده‌اند:

۲-۲-۱- تعارض با قاعده تبعیت عقد از قصد

در صورتی که مشتری عین مال متعلق به دیگری را به عنوان ثمن پرداخت کند و قصد خرید برای خودش را داشته باشد یا فروشنده، مال متعلق به دیگری را تسلیم کند و قصد فروش و تملک ثمن برای خودش را داشته باشد، یا بالعکس، عین مال متعلق به خودش را تسلیم کند و برای دیگری چیزی خریداری کند، در این سه مورد، معاوضه برای مالک عوضین واقع می‌شود نه برای کسی که معامله برای او قصد شده است. بنابراین، قاعده تبعیت عقد از قصد اقتضاء می‌کند که ملکیت برای کسی واقع شود که در ضمن عقد قصد شده است، و در مقابل، قاعده معاوضه اقتضاء می‌کند که هر یک از عوضین به ملک کسی داخل شود که عوض دیگر از ملک او خارج شده است. در نتیجه تعارض این دو قاعده، باید حکم به بطلان معامله کرد چون در مورد مالک، قصد صورت نگرفته و در مورد شخص مقصود نیز عوضی توسط وی تأمین نشده است (مراغی، ۱۴۱۷ق: ۶۴)، (یزدی، ۱۴۱۰ق: ۱۱۷/۱).

دو مورد از پاسخ‌هایی که به این اشکال داده‌اند (مراغی، ۱۴۱۷ق: ۶۵-۶۷) برای بحث ما

سودمند است. پاسخ اول، ممکن است گفته شود که معامله برای شخص مورد نظر واقع می‌شود و لذا قاعده تبعیت نقض نگردیده است. در مورد نقض قاعده معاوضه می‌توان پاسخ داد که در مواردی که مالک ثمن قصد می‌کند که مبیع به ملکیت دیگری منتقل شود، قصد مالک به دو چیز تجزیه می‌شود: اینکه ثمن را به آن شخص قرض دهد یا هبه کند تا وی مالک ثمن شود؛ سپس با آن مال، چیزی را برای دیگری خریداری می‌کند. نهایت اینکه در این دو عقد، مالک، هم موجب است و هم از طرف شخص دیگر قبول می‌کند: ابتدا مالک، مال خود را به دیگری قرض می‌دهد یا هبه می‌کند و خود وی ایجاب و قبول آن را واقع می‌سازد. در نتیجه، این گونه موارد از باب عقد ضمنی است. ارزیابی این پاسخ را به انتهای این بحث واگذار می‌کنیم.

پاسخ دوم، آنچه در معامله لازم است قصد متعاقدين در انجام عقد و مخاطب قرار دادن یکدیگر است، اما اینکه مالک عوض چه کسی است و معامله برای چه کسی واقع می‌شود، رکن معاوضه نیست. به تعبیر دیگر، مراد از متعاقدين که از ارکان معامله‌اند، کسی است که ایجاب و قبول از آنان صادر می‌شود نه کسی که مستحق عوضین است. علم به مستحق عوض شرط نیست، لذا قصد خلاف آن هم ضرری به معامله ندارد (همان، ۶۷-۶۸).

به نظر می‌رسد این پاسخ هر چند ممکن است برای رفع اشکال عدم تبعیت عقد از قصد سودمند باشد، اما نه تنها نمی‌تواند نقض وارد شده بر قاعده مورد بحث را رد کند بلکه به عکس، مؤید این نقض است زیرا معنای این سخن که طرفین عقد باید دو عوض فراهم کنند خواه مستحق آن دو عوض، خود آنان باشند یا شخصی دیگر، چیزی جز رد قاعده معاوضه نیست.

پاسخ سومی را می‌توان از کلام شیخ انصاری در بحث بیع فضولی استفاده کرد. توضیح اینکه بر صحت بیع فضولی این اشکال وارد شده که اگر فضول قصد کند مال دیگری را برای خود بفروشد، قصد معاوضه حقیقی را نداشته است؛ زیرا معقول نیست که یکی از عوضین در ملک کسی داخل شود که عوض دیگر از ملک او خارج نشده است. بنابراین، در بیع فضولی معاوضه حقیقی غیرقابل تصور است، و آنچه در بیع فضولی وجود دارد، صرفاً دادن مبیع و گرفتن ثمن است، و این عمل بیع نیست. شیخ انصاری پاسخ می‌دهد که در بیع فضولی هم قصد معاوضه حقیقی وجود دارد به این صورت که فضول ابتدا خود را مالک حقیقی فرض می‌کند و سپس معامله را برای خود انجام می‌دهد. این فرض هر چند غیرواقعی است، اما معاوضه‌ای که بر اساس آن منعقد می‌شود واقعی است. از این رو، اگر فضول خود را مالک فرض نکند، معامله باطل است و نه برای خود واقعی می‌شود و نه برای مالک (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳/۳۷۷-۳۷۸).

۲-۲-۲- دستور معاملی

در مواردی که شخصی به دستور دیگری کاری که دارای ارزش مادی است انجام می‌دهد، مال از ملک مأمور خارج می‌شود، اما معامله برای آمر واقع می‌شود. برای توجیه این گونه موارد برخی از فقهاء به ملکیت تقدیری قائل شده‌اند که از طریق قرض یا اجاره اشخاص صورت می‌گیرد؛ با این توضیح که اگر کسی به دیگری دستور دهد که به عنوان مثال، مال خود را به منظور نجات کشتی به دریا بیندازد یا دین وی (آمر) را از مال خود (مأمور) پرداخت کند، یا ضامن وی شود، یا کالای وی را حمل کند، در همه این موارد می‌توان گفت که مأمور، مال یا عمل خود را به آمر قرض داده است. همچنین می‌توان گفت که اگر دستور آمر به اموال تعلق گرفته باشد، گویا مال را از مأمور خریده و اگر به انجام کار تعلق گرفته باشد، گویا اجاره صورت گرفته است. به هر حال، مال یا عمل قبل از آنکه کاری روی آن صورت بگیرد، در ملکیت آمر داخل می‌شود و از ملک وی تلف یا منتقل می‌شود و در نتیجه قرض یا اجاره، مأمور مستحق بدل مال یا عمل خود خواهد بود (نائینی، ۱۳۷۳: ۷۲/۱).

فرآیند ملکیت تقدیری در قالب ضمان قراردادی نیز تصویر شده است: درخواست آمر به ضمیمه امتثال امر و انجام کار توسط مأمور، موجب ایجاد ضمان قراردادی است، و لازمه چنین ضمانتی، داخل شدن مضمون به (مال یا عمل) در ملک آمر است (همان، ۷۴/۱). همچنین مواردی مانند آن، که مالک به دیگری پولی بدهد و بگوید که برای خودش چیزی بخرد، به طرق مختلفی توجیه شده است: هبه مال قبل از خرید، هبه غذا بعد از خرید، و قرض مال یا غذا (همان، ۳۷۰/۱). شیخ انصاری نیز این گونه معامله را صحیح دانسته و فرموده که مخاطب، ذی نفع معامله است اما رکن (طرف) معامله نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۰۲/۳ و ۳۰۹): (گلپایگانی، ۱۳۹۹ق: ۱۵۸-۱۵۹)؛ (بحر العلوم، ۱۳۶۲: ۱۵۱/۱-۱۵۲، پاورقی ۲).

۲-۲-۳- تعیین مهر توسط شخصی غیر از زوج

در صورتی که مهر توسط شخصی غیر از زوج تعیین شود، معوض (بضع یا تمتعات جنسی) برای زوج حاصل می‌شود، اما عوض (مهر) از ملک او خارج نشده است. در پاسخ به این مورد نقض گفته‌اند: نکاح از عقود معاوضی نیست و بنابراین، مهر عنوان عوض را ندارد و خارج از ماهیت عقد نکاح است (قزوینی، ۱۴۲۴: ۷۲۶).

۲-۳- مخالفین قاعده

در مقابل نظریه مشهور، برخی از فقهای معاصر، این قاعده را مردود دانسته‌اند (یزدی، ۱۴۱۹ق: ۲۱۰/۵-۲۱۱؛ و ۱۴۱۰ق: ۱۶۰/۲)؛ (ایروانی، ۱۴۰۶ق: ۱۲۳/۱)؛ (سبزواری،

۱۴۱۳ق: ۳۱۰/۱۹؛ (روحانی، ۱۴۱۴ق: ۲۴۴-۲۴۵)؛ (لاری، ۱۴۱۸ق: ۳۱). مخالفین برای تأیید نظر خود به ادله و شواهدی استناد کرده‌اند:

۱- دخول هر یک از عوضین در ملکیت مالک دیگر، مقتضای اطلاق عقد است نه مقتضای ذات آن تا گفته شود که در موارد دخول یکی از عوضین در ملکیت شخص ثالث، معاوضه صدق نمی‌کند (یزدی، ۱۴۱۰ق: ۱۶۰/۲)؛ (لاری، ۱۴۱۸ق: ۳۱). قیوام معاوضه به این است که چیزی در عوض چیز دیگری واقع شود، اما اینکه عوض در ملک کسی داخل شود که معوض از ملک او خارج شده، از لوازم ذاتی معاوضه نیست، بلکه امری غالبی است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۱۰/۱۹).

مرحوم ایروانی معتقد است که ماهیت بیع و معاوضه، وابسته به قصد داخل شدن عوض در ملک مالک معوض نیست. البته اطلاق بیع همین نکته را اقتضاء می‌کند، اما مالک می‌تواند قصد کند که عوض داخل در ملک شخصی غیر از مالک معوض شود، مانند اینکه با مال خود نانی برای شخص نیازمند خریداری کند به قصد اینکه نان از بائع به طور مستقیم به ملک آن شخص داخل شود (ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۲۳/۱). ایشان برای توضیح این گونه موارد به راه‌حلی متوسل می‌شود که می‌توان آن را معامله مرکب (بیع و هبه) یا بیع مشتمل بر هبه نامید. توضیح اینکه در هبه ساده، مالک تغییر می‌کند، اما مملوک در جای خود باقی است. در بیع ساده، دو مملوک تغییر می‌کنند، اما مالک‌ها در جای خود باقی هستند. اما در معامله مرکب از بیع و هبه، هر دو امر یعنی هم تبدیل دو مملوک و هم تبدیل یکی از دو مالک یا هر دوی آن‌ها واقع می‌شود؛ با تبدیل دو مملوک، بیع واقع می‌شود و با تبدیل یکی از دو مالک یا هر دوی آن‌ها، یک یا دو هبه واقع می‌شود. مواردی که شخص برای دیگری چیزی می‌خرد از این قبیل است. چنین معامله‌ای مشمول ادله صحت عقود است (همان، ۱۲۲-۱۲۳).

۲- در شرع موارد زیادی دیده می‌شود که عوض در ملکیت ثالث وارد شده است. از جمله، دستور به انجام کاری که نفع آن به ثالث باز می‌گردد، اما اجرت را باید دستوردهنده بپردازد؛ تعیین جُعل برای بازگرداندن گمشده شخص ثالث؛ هبه معوضه، بدین صورت که در ضمن هبه شرط شود چیزی به ثالث پرداخت شود؛ تزویج فرزند توسط ولی و تعیین مهر از مال ولی نه از مال زوج، مگر آنکه صحت این گونه مهر رد شود یا گفته شود که عوض زوجه، زوج است نه مهر، و مهر نوعی هدیه به زوجه است (لاری، ۱۴۱۸ق: ۳۱).

به نظر سید یزدی، برای تحقق معاوضه به چیزی بیش از وجود دو عوض، و قرار گرفتن

چیزی به جای چیز دیگر نیست. البته اگر عوضین ملک فعلی طرفین باشد، مقتضای معاوضه این است که هر یک در ملک طرف دیگر داخل شود؛ اما این گونه نیست که دخول هر یک از عوضین در ملک طرف دیگر، ماهیت معاوضه را تشکیل دهد به طوری که اگر این امر تحقق نیابد، معاوضه واقع نشود (یزدی، ۱۴۱۰: ۱۱۷/۱). ایشان تصریح می‌کند که هر چند در بادی امر، به نظر می‌رسد که معنای مبادله، قرار دادن هر یک از عوضین در محل دیگری است، و محل هر یک از آن دو، ملک مالک آن است، اما می‌توان بدلیت را در عالم اعتبار، بدون در نظر گرفتن محل و موضعی تصور نمود و مقرر کرد که عوض برای غیر مالک باشد. مؤید این سخن آن است که عرف بر بیع مال غیر برای خود با اذن مالک، بیع و مبادله اطلاق می‌کند بدون اینکه قائل به ملکیت تقدیری برای بایع شود یا فرض کند که مبیع یک لحظه قبل از بیع، به ملکیت بایع منتقل شده و بیع، بر ملک خود وی واقع شده است (یزدی، همان: ۱۶۰/۲).

۲-۴- قائلین به تفصیل

به نظر مرحوم حکیم، اصل قاعده یعنی لزوم دخول عوض در ملک مالک معوض صحیح است، اما عکس آن یعنی دخول معوض در ملک مالک عوض لازم نیست (حکیم، ۱۴۱۶: ۳۵۴/۱۲)؛ (همان، ۱۹/۱۳ و ۶۹-۷۰). به گفته ایشان در مورد مفهوم معاوضه، سه احتمال وجود دارد: اول، هر یک از عوضین باید در ملک طرف مقابل داخل شود. دوم، عوض باید در ملک مالک معوض داخل شود، اما عکس آن لازم نیست. سوم، لازم نیست هیچ‌یک از عوضین به ملکیت طرف مقابل درآید و بنابراین، جایز است که هر یک از عوضین در ملک شخصی غیر از مالک عوضین داخل شود. احتمال اول، نظر مشهور فقهاست، احتمال سوم ضعیف است و احتمال دوم اقوی است. ایشان برای تأیید نظر خود به یک نکته دستوری استدلال می‌کند و آن اینکه «معاوضه» برخلاف «تعاوض» که دلالت بر مشارکت و طرفینی بودن می‌کند، دلالت بر مشارکت ندارد بلکه بدین معناست که یک طرف عوض را بدهد و آن را به جای معوض قرار دهد، اما لازم نیست که معوض به جای عوض قرار گیرد. از این رو، در عقد بیع، عوض (ثمن) باید به جای معوض (مبیع) قرار گیرد ولی عکس آن لازم نیست. از این گذشته، ایشان این معنا را موافق ارتکاز عقلاء می‌داند. در مورد ضعف احتمال دوم نیز به این نکته دستوری استدلال می‌کند که فعل معاوضه با حرف «باء» به کار می‌رود و ظاهر این است که آنچه بعد از این حرف قرار می‌گیرد عوض و بدل است، و بدلیت نیز ظهور در این معنا دارد که عوض به جای معوض قرار گیرد. به همین دلیل است که امتناع جمع بین عوض و معوض از مسلمات است.

برخی از فقهای معاصر نیز این نظر را پذیرفته و گفته‌اند: ثمن باید در ملک کسی که مبیع از ملک او خارج می‌شود، داخل شود و در غیر این صورت بیعی واقع نمی‌شود. برای تصحیح مواردی مانند اینکه پدر به فرزند خود مالی بدهد تا آن را بفروشد و ثمن را برای خودش نگه دارد، دو توجیه ذکر کرده‌اند: اول، هبه مال توسط پدر به پسر یا اذن پدر به پسر در مورد تملک آن؛ در این صورت، قبل از بیع، مال به ملکیت پسر داخل می‌شود و معامله برای خود وی واقع می‌شود. دوم، اذن پدر به پسر در اینکه ثمن را بعد از بیع تملک کند. در این صورت، بیع برای پدر واقع می‌شود و ثمن در ملک او داخل می‌شود و سپس ثمن را از باب هبه به ملکیت فرزند داخل می‌شود؛ و اما در مورد مبیع، مقتضای وضع طبیعی بیع این است که مبیع در ملک کسی داخل شود که ثمن از ملک او خارج شده است، ولی می‌توان این وضعی طبیعی را بر هم زد و قصد کرد که مبیع به ملک کسی داخل شود که ثمن از ملک او خارج نشده است. مثلاً پدر می‌تواند مالی را به فرزند خود بدهد تا با آن چیزی بخرد. در این صورت، ثمن به طور مستقیم (و بدون آنکه به ملکیت فرزند در آید) از ملک پدر خارج می‌شود و مبیع از ملکیت بایع به ملکیت فرزند داخل می‌شود. در نتیجه، اگر بیع فسخ شود، مبیع از فرزند به بایع منتقل می‌شود و ثمن از بایع به پدر منتقل می‌شود نه به فرزند. به نظر ایشان، در این نوع معامله، سه طرف وجود دارد: بایع، مشتری و کسی که ثمن را پرداخت کرده است؛ و برای صحت معامله، اذن یا اجازه هر سه طرف ضروری است (حکیم، ۱۴۱۵: ۴۴/۲-۴۵).

مسئله‌ای که بر اساس نظریه طرفداران این قاعده و نیز قائلین به تفصیل مطرح می‌شود این است که آیا شخص ثالثی که از قرارداد منتفع می‌شود، حق مطالبه اجرای تعهد را دارد یا نه؟ این مسئله را در مباحث آتی به صورت جداگانه مطرح می‌سازیم.

۳- بررسی قاعده در حقوق ایران

قانون مدنی در بحث از مورد معامله (مواد ۲۱۴-۲۱۶)، مقرر صریحی درباره قاعده مورد بحث ندارد، اما از برخی مواد آن خصوصاً دو ماده ۱۹۷ و ۱۹۶ می‌توان استفاده کرد که قاعده مذکور مورد پذیرش این قانون است. ماده ۱۹۷ اعلام می‌دارد: «در صورتی که ثمن یا مثن معامله، عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود». مرحوم دکتر امامی این ماده را به قاعده مورد بحث مربوط دانسته و در تعلیل آن گفته است: «حقیقت معاوضه تبدیل عوض و معوض است، به این معنی که در عقد معوض هر یک از عوضین از ملک هر کس خارج شود، عوض دیگر در ملک او داخل می‌گردد» (امامی، ۱۳۸۹: ۲۶۹/۱). همچنین، در

موارد متعدد برای قاعده مورد بحث، به این ماده استناد کرده است (امامی، ۱۳۸۹: ۲/۲۹۳ و ۱۳۸۸: ۴/۴۵۲). اما ایشان با اینکه قاعده مذکور در ماده ۱۹۷ را از «قواعد مبنائی قانون مدنی» می‌داند، معتقد است که این قاعده، مقتضای طبیعت و اطلاق معاوضه است و با قصد طرفین قابل تغییر است (امامی، ۱۳۸۹: ۲/۴۱۱).

در ماده ۱۹۶ نیز آمده است: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود. مع‌ذلک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید». برخی از حقوقدانان این ماده را ناظر به فرض اصیل بودن طرفین معامله دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲/۵۰ به بعد).

طبق این برداشت، ماده ۱۹۶ مربوط به تنظیم روابط و کیل و اصیل، و حل و فصل اختلاف آن دو در ذی نفع معامله است. در نقد این نظر می‌توان گفت: اگر مقصود قانونگذار تنظیم رابطه و کیل و موکل بود، باید این مقرر را در بحث و کالت می‌آورد نه بحث قصد متعاملین. مهم‌تر اینکه، طبق این تفسیر، ذیل ماده که تعهد به نفع ثالث را تجویز می‌کند، ارتباطی با صدر آن نخواهد داشت. توضیح اینکه ذیل ماده که با عبارت «مع‌ذلک» آمده است، گونه‌ای استثناء از صدر ماده است و ذیل ماده تنها در صورتی می‌تواند استثناء از صدر آن باشد که صدر ماده بیانگر وقوع معامله برای طرفین باشد. شاهد سخن اینکه ماده ۲۳۱ که ناظر به اصل نسبی بودن قرارداد است، ماده ۱۹۶ را استثنایی بر این اصل به شمار آورده است و حقوقدان مذکور نیز چنین برداشتی از رابطه این دو ماده دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳/۳۱۴ به بعد).

با این حال، هر چند با توجه دو ماده ۱۹۶ و ۱۹۷ می‌توان پذیرش قاعده معاوضه را به قانون مدنی نسبت داد، در ماده ۷۶۸ از نوعی صلح یاد شده است که مفاد آن با قاعده مورد بحث سازگار نیست. بر اساس این ماده: «در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می‌گیرد متعهد شود که نفقه معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تأدیه کند. این تعهد ممکن است به نفع طرفین مصالحه یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود». مرحوم دکتر امامی در مورد این ماده می‌نویسد: در صورتی که تعهد مزبور به نفع شخص ثالث باشد ایراد شده که عوض در مقابل معوض قرار نگرفته و مفهوم معاوضه محقق نمی‌گردد و عقد صلح باطل خواهد بود (امامی، ۱۳۸۹: ۲/۴۱۰). ایشان مشخص نمی‌کند که این ایراد را چه کسی مطرح کرده، اما چنانکه در مباحث فقهی ملاحظه شد، مرحوم نائینی به صراحت چنین صلحی را باطل اعلام می‌کند. دکتر امامی برای

رفع ایراد مذکور، ابتدا به این توجیه متوسل می‌شود که، «تعهد به پرداخت مبلغی در مقابل متصالح شده است و مورد ایفاء آن، نفقهٔ شخص ثالث می‌باشد»، اما در ادامه، قاعدهٔ معاوضه را مقتضای اطلاق عقد می‌داند که توافق برخلاف آن معتبر است (همان، ۴۱۱)؛ (گرگی، ۱۳۷۸: ۲۷/۱).

در مباحث عقود معین نیز به این قاعده توجه شده است: مرحوم امامی در مسئلهٔ پرداخت مهر توسط شخصی غیر از زوج، می‌گوید: «یکی از قواعد عقلی در معاوضه آن است که معوض در ملک هر کس داخل می‌گردد، عوض از ملکیت او خارج شود». سپس با معاوضی دانستن عقد نکاح به اعتبار مهر و نزدیکی (بضع)، و اجرای این قاعده در مورد مهر، نتیجه گرفته که شخص دیگری غیر از زوج نمی‌تواند به طور مستقیم تعهد به پرداخت مهر زن کند، اما در نهایت، اجرای این قاعده را در معاوضات هم دچار اشکال دانسته است (امامی، ۱۳۸۸: ۴۵۱/۴-۴۵۲)؛ (صفایی، ۱۳۸۱: ۱۵۳).

از این گذشته، در بحث از مادهٔ ۷۶۸ ق.م. ش. (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۱۲) و نیز در بحث ضمان به این قاعده اشاره شده است. یکی از حقوقدانان در بحث عقد ضمان می‌گوید: «در عقد معوض ضرورتی ندارد که عوض عاید کسی شود که معوض را می‌دهد. چنانکه در بیمهٔ عمر، نتیجهٔ تعهد بیمه‌گر به شخص دیگری می‌رسد و هیچ‌کس نیز آن را عقد مجانی نمی‌داند» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۴۴/۴).^۱

در قانون بیمه نیز قاعدهٔ مورد بحث نقض شده است. مادهٔ ۶ قانون بیمه ۱۳۱۶ می‌گوید: «هر کس بیمه می‌دهد، بیمه متعلق به خود اوست مگر آنکه در بیمه‌نامه تصریح شده باشد که مربوط به دیگری است ...». مادهٔ ۲۶ این قانون نیز نقض قاعده را توسعه می‌دهد: «در تمام مدت اعتبار قرارداد بیمهٔ عمر، بیمه‌گذار حق دارد وجه معینه در بیمه‌نامه را به دیگری منتقل نماید ...».

از آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که هر چند از برخی مواد قانون مدنی مانند ۱۹۶ و ۱۹۷ می‌توان پذیرش این قاعده را نتیجه گرفت، اما در خود قانون مدنی موارد نقضی برای این قاعده یافت می‌شود که مهم‌ترین آن‌ها مادهٔ ۷۶۸ در باب صلح است. از این گذشته، در قوانین دیگر مانند قانون بیمه نیز می‌توان عدم التزام به این قاعده را ملاحظه کرد. این امر با نیاز روزافزون به تعهد به نفع ثالث سازگار است. حقوقدانان کشورمان نیز قاعدهٔ معاوضه را مقتضای اطلاق عقد دانسته و توافق برخلاف آن را جایز شمرده‌اند.

به نظر می‌رسد حق با کسانی است که در اعتبار این قاعده تردید کرده‌اند. در این نکته تردیدی نیست که هیچ‌کس در غیر مقام بخشش (اعم از اباحهٔ ملک خود به غیر، هدیه، عطیه، هبه، صدقه و

۱. البته باید توجه داشت که عقد ضمان به تصریح برخی از فقهاء، از عقود معاوضی نیست (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۱۵/۴)؛

(بحرانی، بی‌تا: ۳۵۷/۱۲).

امثال آن) راضی نیست که مال خود را به طور مجانی و بدون عوض از ملکیت خود خارج کند؛ و این نکته را می‌توان به تعبیر یکی از فقهاء به همه ادیان و ملل نسبت داد (قزوینی، ۱۴۱۹: ۲۰۵). پس در اصل لزوم وجود دو عوض برای معامله تردیدی نیست. اما اینکه عوض لزوماً باید به مالک معوض منتقل شود پذیرفته نیست. در واقع، علاوه بر وقوع مصادیقی از این مسئله در شرع و عرف، تحلیل عقد معاوضی نیز مؤید این نکته است که دخول عوضین در ملک طرف مقابل، امری زائد بر مفهوم معاوضه است. با استفاده از تعبیر برخی از محققین می‌توان گفت: معاوضه، تقابل عوضین در تملیک است نه در ملکیت؛ بدین معنا که ساختار اصلی معاوضه به این است که دو تملیک در مقابل یکدیگر واقع شوند و در مقابل تملیک عوض، تملیک معوض قرار گیرد (بحرانی، ۱۴۲۸: ۲۸۳)؛ اما اینکه هر یک از عوضین در ملک طرف مقابل داخل شود، امری خارج از ساختار و ماهیت معاوضه، و مقتضای اطلاق آن است. توضیح بیشتر اینکه، اگر مورد معامله، عین معین باشد، اطلاق عقد اقتضاء می‌کند که معامله برای شخصی واقع شود که مورد معامله متعلق به اوست و ماده ۱۹۷ قانون مدنی در صدد بیان همین نکته است. در این گونه موارد، اینکه معامله برای شخص دیگری واقع شود یا مورد معامله به ملکیت شخص دیگری داخل گردد، نیازمند قصد و اراده جداگانه‌ای است. اما در مواردی که مورد معامله، کلی در ذمه یا تعهد به انجام عملی است، نمی‌توان به مفاد قاعده مورد بحث ملتزم شد. قاعده لزوم جایگزینی عوض و معوض تا این اندازه قابل پذیرش است که در قراردادهای معوض وجود دو عوض ضروری است، اما اینکه عوض از ملک کسی خارج شود که معوض به ملک او داخل می‌شود، مقتضای ذات عقود معاوضی نیست. در عمل، در اغلب معاملات این قاعده رعایت می‌شود، اما غلبه وجود، دلالت بر بی‌اعتباری فرد نادر الوجود نمی‌کند.

چنانکه ملاحظه شد، طرفداران قاعده، برای رفع موارد نقض آن یا معاوضی بودن عقد را انکار کرده‌اند (در مورد تعیین مهر توسط شخصی غیر از زوج) یا به توجیهاتی متوسل شده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها نهاد عقد ضمنی است (در دو مورد نخست از موارد نقض قاعده). بر اساس این نهاد، مواردی که به ظاهر خلاف قاعده معاوضه‌اند، در واقع مشتمل بر یک عقد معاوضی هستند که در آن عقد، دو عوض متقابل وجود دارد و قاعده معاوضه رعایت شده است. به نظر می‌رسد که این توجیه مبتلا به دو اشکال است: اولاً، اینکه در پاسخ به اولین مورد نقض گفته شد که «ابتدا مالک، مال خود را به دیگری قرض می‌دهد یا هبه می‌کند و خود وی ایجاب و قبول آن را انجام می‌دهد». با این ایراد مواجه می‌شود که مالک نمی‌تواند بدون داشتن سمت از طرف شخص دیگر، عقد را از طرف وی قبول کند. ثانیاً، پذیرش عقد ضمنی یا ضمان ناشی از دستور،

امری تصنعی است که ذهن عرف جامعه به آن توجهی ندارد و با واقعیات سازگار نیست. از این گذشته، اگر قرار باشد برای توجیه موارد نقض قاعده، به نهاد عقد ضمنی روی آورده شود، مخالفین نیز می‌توانند به چنین توجیهی توسل جویند؛ همان طور که نهاد معامله مرکب یا بیع مشتمل بر هبه یا قرارداد سه‌جانبه را پیشنهاد کرده‌اند (ایروانی، ۱۴۰۶ق: ۱۲۳/۱)؛ (صفایی، ۱۳۸۱: ۱۵۳).

۴- حق مطالبه اجرای تعهد توسط ثالث

یکی از فروع قاعده مورد بحث این است که آیا شخص ثالثی که شرط به نفع او صورت گرفته یا مورد معامله برای وی قرار داده شده، حق مطالبه عمل موضوع شرط یا مورد معامله را دارد یا نه؟ به تعبیر دیگر، آیا قاعده معاوضه و لزوم انتقال عوض از ملک مالک معوض، یک قاعده ماهوی است یا می‌توان آن را به یک قاعده شکلی و مربوط به اینکه آیا ثالثی که عوض فراهم کرده، حق مطالبه اجرای تعهد را دارد یا نه، فروکاست؟ این مسئله را در دو بند جداگانه بررسی می‌کنیم.

۴-۱- در حقوق انگلیس

چنانکه معروف است، از ویژگی‌های حقوق انگلستان این است که اغلب قواعد ماهوی آن از دل قواعد شکلی بیرون می‌آید (داوید، ۱۳۷۸: ۱۹۳-۱۹۷). در بحث مورد نظر نیز قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله ابتدا به صورت یک قاعده شکلی یعنی نپذیرفتن درخواست اجرای تعهد توسط شخصی که عوض فراهم نکرده، پدید آمده است.

همان طور که در مباحث بالا دیده شد، از لحاظ حقوقدانان انگلیس تردیدی نیست که ثالث ذی‌نفع نمی‌تواند اجرای تعهدی را که به نفع وی صورت گرفته درخواست کند و در دعوی متعددی (از جمله: *Price v. Eaaston* و *Tweddle v Atkinson*) چنین درخواستی رد شده است. از این بالاتر، چنانکه در تبیین مفهوم این قاعده در حقوق انگلیس گفته شد، برخی از حقوقدانان این قاعده فرعی که «متعهدله باید عوض فراهم کند» را به این معنا تفسیر کرده‌اند که متعهدله تنها در صورتی می‌تواند اجرای آن را درخواست کند که خود وی در مقابل آن عوضی فراهم کرده باشد؛ و اگر عوض از سوی شخص ثالثی منتقل شده باشد، حق درخواست اجرای آن را ندارد.

۴-۲- در فقه امامیه

از لحاظ فقهی، جواز مطالبه اجرای شرط، منوط به وجود حق است؛^۱ و در مورد وجود حق

۱. فمن كان له الحق، فله المطالبة به: (عاملی، ۱۴۱۳: ۲۷۰/۳-۲۷۱).

برای شخص ثالثی که شرط به نفع او مقرر گردیده، دو نظر یافت می‌شود: ۱- شخص ثالث می‌تواند از شرط منتفع شود و همین امکان انتفاع، موجب ثبوت حق برای اوست و در نتیجه، می‌تواند اجرای آن را درخواست کند (حلی، ۱۴۲۰ق: ۲۶۷/۱۰). ۲- در مقابل، اغلب فقهای معاصر وجود حق را به صراحت انکار کرده‌اند: به نظر سید یزدی (ره)، شرط نیز همانند نذر موجب پیدایش وجوب تکلیفی بر عهده مشروط‌علیه است، اما موجب پیدایش وجوب وضعی بر عهده وی، و در مقابل، پیدایش حق برای مشروط‌ه نمی‌شود و لذا مشروط‌ه نمی‌تواند از باب وجود حق، انجام شرط را از مشروط‌علیه مطالبه کند. البته وی از باب امر به معروف می‌تواند اجرای شرط را مطالبه کند، اما این نوع حق مطالبه، اختصاص به مشروط‌ه ندارد و هر کس دیگری نیز می‌تواند آن را درخواست کند. بنابراین، حتی اگر پذیرفته شود که مشروط‌ه در اثر شرط دارای حق می‌شود، چنین حقی مانند سایر حقوق نیست که به وی حق مطالبه و اجبار مشروط‌علیه را بدهد. در نتیجه، حق بر دو نوع است: حقی که به مالک آن حق مطالبه می‌دهد و حقی که حق مطالبه نمی‌دهد (یزدی، ۱۴۱۰ق: ۱۲۶/۲).

به نظر امام خمینی (ره)، در موارد شرط به نفع ثالث، حقی برای ثالث وجود ندارد و حق صرفاً متعلق به مشروط‌ه قرارداد است. منشاء وجود این حق، وجود قرارداد بین وی و مشروط‌علیه است. اما بین مشروط‌علیه و ثالث ذی‌نفع، قراردادی وجود ندارد. صرف وجود نفع، موجب ثبوت حق نمی‌شود، همان‌طور که شرط چرانیدن گوسفند، موجب ثبوت حق [برای گوسفند] نمی‌شود (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۳۵۱).

برخی از فقهاء، تفکیک بین نفع و حق را با صراحت بیشتری بیان کرده و گفته‌اند: در موارد شرط به نفع ثالث، شخص ثالث، مورد و محل فعل مشروط است و این امر موجب ثبوت حق برای وی نمی‌شود (اراکی، ۱۴۱۴ق: ۵۱۵).^۲

۱. البته ایشان احتمال عدم وجود حق برای ثالث را هم مطرح کرده، با این استدلال که اجرای شرط منوط به اختیار مشروط‌علیه است و وی می‌تواند از انجام شرط خودداری کند، اما احتمال اول یعنی وجود حق را نزدیک‌تر [به اصول و قواعد] دانسته است.

۲. در مورد عکس این مطلب، یعنی در جایی که انجام کاری بر ثالث شرط شود نیز گفته‌اند: انجام کار در عهده ثالث قرار می‌گیرد؛ اما اثر ثبوت تکلیف در عهده وی، صرفاً حکم تکلیفی وجوب انجام کار است (نه پیدایش حق وضعی برای مشروط‌ه)؛ و لذا اگر ثالث از انجام شرط تخلف کند، مشروط‌ه نمی‌تواند معامله را فسخ کند زیرا طرف معامله، مشروط‌علیه است و مکلف به انجام شرط نیست. بنابراین، مشروط‌ه، حقی بر عهده وی ندارد تا اثر آن، جواز فسخ معامله‌ای باشد که با وی منعقد کرده است (اراکی، ۱۴۱۴ق: ۴۹۴).

شیخ انصاری (ره) نیز معتقد است که صرف منتفع شدن ثالث از شرط، موجب تسلط وی بر مشروط‌علیه نمی‌شود، زیرا منفعت ثالث ناشی از حق مشروط‌اله است و وجود و عدم این منفعت وابسته به حق مشروط‌اله است (انصاری، ۱۴۱۵: ۸۰/۶). ایشان این مطلب را به همه فقهاء نسبت می‌دهد و می‌گوید: اگر بر بایع شرط شود که مبیع را به کمتر از ثمن المثل به زید بفروشد یا آن را به زید صدقه دهد، هیچ‌کس نگفته است که زید حق مطالبه دارد (همان)؛ (تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۴۹/۴)؛ (قمی، ۱۴۰۰: ۴۰۰/۴).

۴-۳- در حقوق ایران

از لحاظ حقوقی، در مورد حق مطالبه اجرای تعهد توسط متعهدله قرارداد تردیدی نیست. زیرا هر چند متعهدله، نفع مادی از تعهد نمی‌برد، اما وجود نفع معنوی که وی را وادار به انعقاد قرارداد به نفع ثالث کرده است کافی است که بتواند وی را مستحق مطالبه کند (شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۰۰)؛ (کاتوزیان، قواعد عمومی، ۱۳۸۷: ۳۵۰/۳-۳۵۱). از این گذشته، شخص ثالث نیز می‌تواند به طور مستقل اجرای تعهد به سود خود را از متعهد درخواست کند، زیرا تعهد در حقیقت نسبت به ثالث تشکیل حقی می‌دهد که از قرارداد ناشی می‌شود، و بدیهی است که هر صاحب حقی می‌تواند حق خود را از متعهد و بدهکار آن حق درخواست کند (شهیدی، همان، ۳۰۰)؛ (امامی، ۱۳۸۹: ۲۶۲/۱). البته برخی از حقوقدانان با تفکیک بین مواردی که تعهد به سود ثالث موجب پیدایش حق برای وی می‌شود و مواردی که صرفاً موجب پیدایش نفعی برای وی می‌شود، حق مطالبه ثالث را فقط در مورد دسته اول پذیرفته‌اند (کاتوزیان، قواعد عمومی، ۱۳۸۷: ۳۵۰/۳-۳۵۱). در مورد صلح موضوع ماده ۷۶۸ قانون مدنی نیز گفته‌اند که پس از تشکیل عقد، تعهد به پرداخت مستمری بر ذمه متعهد نفقه، و حق مطالبه این مستمری برای منتفع ثابت می‌شود. البته حق مطالبه ذی‌نفع، یک حق بالقوه است که با قبول وی فعلیت می‌یابد (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۱۵).

بدین ترتیب، از مباحث مذکور می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق انگلیس و فقه امامیه، برای ثالث حق مطالبه اجرای تعهد به صورت مستقل شناسایی نشده است، با این تفاوت که در فقه امامیه، مطالبه از باب امر به معروف امکان‌پذیر است. در مقابل، حقوقدانان کشورمان این حق را برای ثالث پذیرفته‌اند. به نظر می‌رسد عدم پذیرش این حق ناشی از نوعی خلط بین نسبی بودن اثر قرارداد و قاعده مورد بحث است. در واقع اگر پذیرفته شود که اشخاص ثالثی که هیچ‌گونه ارتباطی با قرارداد ندارند، بتوانند به آثار وضعی قرارداد توسل جویند (گرچی، ۱۳۷۸: ۲۶)، چرا شخص ثالثی که متعاقبین وی را در آثار قرارداد خود سهیم کرده‌اند،

نتواند سهم خود را از قرارداد مطالبه کند؟ از این گذشته، فقهای امامیه وجوب اجرای تعهد (توسط متعهد) و جواز مطالبه آن (توسط ثالث) را صرفاً یک امر تکلیفی تلقی می‌کنند که شخص ثالث و دیگران در آن یکسانند؛ اما ذهن عرفی نمی‌پذیرد که وی با دیگران در این زمینه سهمی یکسان دارد و برای ثالث امتیازی بیش از این قائل است. درست است که هیچ‌کس نمی‌تواند بدون رضای دیگری، مالی در ملکیت وی وارد کند (کرکی، ۱۴۱۴ق: ۱۱/۹). اما این امر مانع از آن نیست که متعاقبین بتوانند نوعی حق بالقوه برای ثالث ایجاد کنند که با رضای وی فعلیت یابد. به تعبیر یکی از فقهاء در موردی مشابه، اگر چه عمل وارد کردن مال به ملک دیگری، فی‌نفسه مال نیست اما مقدمه نزدیک و متصل به مال است. بنابراین، هر چند ثالث حق مستقیم و بلاواسطه‌ای بر متعهد ندارد، اما از طریق مقدمه‌ای که ایجاد آن در اختیار اوست، یعنی قبول مال، حق با واسطه‌ای بر متعهد پیدا می‌کند (اراکی، ۱۴۱۴ق: ۴۶). بنابراین، قرارداد مشتمل بر نفع ثالث، موقعیتی را ایجاد می‌کند که می‌تواند با اراده ثالث به یک حق وضعی کامل منجر شود، و درخواست ثالث برای اجرای تعهد، حاکی از پذیرش آن حق بالقوه است. موقعیتی که برای ثالث ایجاد می‌شود را می‌توان از مصادیق «ملک آن یملک» دانست (عاملی، بی‌تا: ۳۴۸/۱-۳۴۹).

۵- تمایز با اصل نسبی بودن

در اینجا ضروری است که رابطه قاعده مورد بحث با اصل نسبی بودن قرارداد بررسی شود. البته نهاد دیگری به نام انجام معامله به نفع ثالث نیز وجود دارد که تفاوت آن با قاعده معاوضه نیاز به بررسی تفصیلی ندارد. در توضیح این نهاد می‌توان گفت: در بسیاری از موارد، شخص یا اشخاص ثالث نیز از معامله دیگران منتفع می‌شوند. این گونه موارد نه خلاف قاعده مورد بحث است و نه تعهد به نفع ثالث محسوب می‌شود، زیرا ثالث، طرف اصلی قرارداد نیست، هر چند ممکن است که ذی‌نفع واقعی قرارداد باشد. از لحاظ فقهی، شیخ انصاری (ره) نیز که از طرفداران قاعده معاوضه است، این گونه قراردادها را از باب إرجاع سود معامله به دیگری دانسته، و با آنها مخالفتی نکرده است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۰۲/۳).^۱

قاعده معاوضه در جایی نقض می‌شود که عوض یا معوض از ملکیت یکی از طرفین قرارداد خارج شود اما مقصود وی این باشد که عوض مستقیماً به ملکیت شخص ثالث وارد شود. در این صورت، مسئله نسبی بودن قرارداد مطرح می‌گردد که در زیر بررسی می‌شود.

۱. لأنه راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركني المعاوضة.

۵-۱- نسبی بودن اثر قرارداد

قرارداد مخلوق اراده طرفین است و نباید آثار آن به اشخاص ثالث که در ایجاد آن دخالت نداشته‌اند تسری یابد، یعنی نه حقی برای آنان ایجاد کند و نه تکلیفی بر آنان تحمیل نماید. از این اصل، به نسبی بودن اثر قرارداد تعبیر می‌شود. اما در موارد استثنایی، اثر قرارداد به اشخاص ثالث سرایت می‌کند. موارد جریان استثنایی قرارداد، بیشتر به سود اشخاص ثالث و در مواردی اندک، به زیان ایشان است (شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۹۴)؛ (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۲۴۱/۲-۲۴۲). از این دو دسته موارد استثنایی، آنچه بیشتر به بحث ما مربوط می‌شود، دسته نخست است که از آن به تعهد به نفع ثالث تعبیر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۱۶/۳).

تعهد به سود ثالث نیز به دو نوع قابل تقسیم است، چون تعهد مذکور ممکن است نقش شرط را در معامله اصلی داشته باشد یا عوض آن قرارداد باشد (همان، ۳۱۸)؛ (شهیدی، همان: ۲۹۵). تفاوت قاعده مورد بحث با نوع اول واضح است: در قاعده مورد بحث، سودی که به شخص ثالث می‌رسد یکی از عوضین قرارداد را تشکیل می‌دهد؛ در حالی که در تعهد به نفع ثالث، سودی که نصیب ثالث می‌شود در قالب شرط ضمن عقد است. به این معنا که قرارداد، دو عوض خود را یافته است، اما در ضمن آن نفعی هم به سود ثالث برقرار شده است. بنابراین، مال مورد شرط، در صورتی یکی از عوضین نباشد، در ساختار معاوضه دخالت ندارد و خارج از عوضین است. لذا چنین شرطی نقض قاعده مورد بحث به شمار نمی‌آید (قزوینی، ۱۴۲۴ق: ۷۲۶/۲).

اما در صورت دوم که سود شخص ثالث یکی از عوضین را تشکیل دهد، قاعده مورد بحث نقض می‌شود. بنابراین، فقط در مورد اخیر است که رابطه نسبی بودن اثر قرارداد با قاعده مورد بحث نیازمند بررسی است. در ادامه، موضع فقه امامیه و حقوق انگلیس در مورد این مسئله را به اجمال توضیح می‌دهیم.

۵-۲- در فقه امامیه و حقوق ایران

در مباحث فقهی، بحث مستقلی برای اصل نسبی بودن و بنابراین، رابطه آن با قاعده مورد بحث یافت نمی‌شود. اما در کلمات برخی از فقها اشاراتی به این اصل دیده می‌شود. از جمله، مرحوم نائینی که از طرفداران مهم قاعده معاوضه است، این قاعده را به مسئله نسبی بودن معامله ارتباط می‌دهد. ایشان پس از طرح قاعده معاوضه و در مقام نتیجه‌گیری می‌گوید: وقوع معامله بین سه یا چهار شخص ممکن نیست؛ یعنی ممکن نیست که مبیع از ملک زید و ثمن از ملک عمرو خارج شود، اما ثمن یا مبیع به ملکیت بکر درآید، یا ثمن به ملکیت بکر و مبیع به

ملکیت خالد درآید. ایشان در ادامه تصریح می‌کند که معامله بین دو نفر اقتضاء می‌کند که شخص ثالث، طرف عقد نباشد (نائینی، ۱۳۷۳: ۷۵/۱).^۱

امام خمینی (ره) نیز عدم جواز مطالبه انجام شرط توسط مشروطاله ثالث را ناشی از عدم وجود قرارداد بین وی و مشروط‌علیه می‌داند (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۳۵۱). همچنین، شیخ انصاری (ره) پس از آنکه حق مطالبه اجرای شرط توسط ثالث را انکار می‌کند، تصریح می‌کند که دلیل وجوب وفاء به عقد، تنها موجب ثبوت حق برای مشروطاله می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۸۰/۶).

در حقوق ایران نیز هر چند اصل نسبی بودن به صورت مفصل بررسی شده است و با توجه به مبتنی بودن برخی مواد قانون مدنی مانند ماده ۱۹۷ بر قاعده مورد بحث، مناسب بود رابطه اصل نسبی بودن و قاعده معاوضه بررسی شود، اما حقوقدانان ما بحثی در این خصوص مطرح نکرده‌اند.

۵-۳- در حقوق انگلیس

رابطه قاعده مورد بحث با اصل نسبی بودن اثر قرارداد (privity of contract) مورد توجه حقوقدانان انگلیس قرار گرفته و نظریات متفاوتی در این باره مطرح شده است. یکی از حقوقدان برجسته در توضیح این رابطه، دو مورد را از یکدیگر جدا می‌کند: ۱- ممکن است شخص ثالث، عوضی فراهم نکرده باشد، اما طرف توافق باشد؛ مانند آنکه الف، ب و ج سندی را امضاء کنند که بر اساس آن ج در برابر الف و ب متعهد شود که اگر ب کار مورد نظر ج را انجام دهد، ج ۱۰۰ پوند به الف بپردازد. ۲- ممکن است شخص ثالث نه عوضی فراهم کرده باشد و نه طرف توافق باشد. مانند آنکه ب و ج توافق کنند که ب کتابی برای ج بنویسد و ج تعهد کند که ۱۰۰ پوند به الف بپردازد. بر اساس دعاوی موجود در حقوق انگلیس، در هیچ‌یک از این دو مورد، الف نمی‌تواند علیه ج اقامه دعوا کند. اما آیا باید گفت که دلیل عدم امکان اقامه دعوا به این دلیل است که شخص الف در مورد اول عوضی فراهم نکرده و در مورد دوم طرف قرارداد نیست؛ به تعبیر دیگر، دلیل عدم امکان اقامه دعوا در مورد اول را باید به قاعده معاوضه، و در مورد دوم به اصل نسبی بودن اسناد داد؟

قضات قرن نوزدهم بین این دو مورد هم از لحاظ حکمی و هم از لحاظ موضوعی تمایز قائل می‌شدند. به عنوان نمونه، قاضی هالدین^۲ در دعوی دانلپ علیه سلفریج^۳ اعلام کرد که

۱. فالمعاوضه بین اثنین تقتضی أن یکون الأجنبي أجنبيًا.

2. Haldane

3. Dunlop v Selfridge [1915] AC 847 at 853

در حقوق انگلستان دو قاعده اساسی وجود دارد: اول اینکه، فقط کسی که طرف قرارداد است می‌تواند بر اساس آن اقامه دعوا کند، و دوم اینکه، فقط کسی که عوض فراهم کرده می‌تواند اجرای یک قرارداد غیررسمی^۱ را مطالبه کند. کمیته تجدیدنظر حقوقی در سال ۱۹۳۷ این تفکیک را تأیید کرد. در واقع چنانکه از سخن برخی از حقوقدانان معاصر نیز استفاده می‌شود، بین طرف قرارداد بودن با طرف معامله بودن تفاوت است (Richards, 2009: 62).

اما چند تن از حقوقدانان بزرگ^۲ در این نظر تردید کرده و گفته‌اند: هیچ تمایز اساسی بین دو قاعده مذکور وجود ندارد و هر دوی آن‌ها تعابیر متفاوت از یک مطلب هستند. فرض اساسی حقوق انگلیس این است که قرارداد، معامله^۳ است. اگر کسی عوضی فراهم نکند نقشی در معامله ندارد، و اگر نقشی در معامله نداشته باشد، نقشی در قرارداد ندارد. در مورد دوم از دو مورد ذکر شده، واضح است که الف نسبت به قرارداد بیگانه است. اما در مورد اول نیز همین وضعیت حاکم است: الف طرف توافق هست اما طرف قرارداد نیست. درست است که اگر هم نظریه عوض منسوخ شود، مسئله نسبی بودن باقی می‌ماند - همان طور که در دیگر نظام‌های حقوقی همچنان باقی مانده است - اما تا زمانی که نظریه عوض یکی از ویژگی‌های اساسی حقوق انگلستان باشد، اهمیتی ندارد که شخص به این دلیل از اقامه دعوا ممنوع شود که عوضی فراهم نکرده یا به این دلیل که طرف قرارداد نیست.

در انگلستان این استدلال هنوز مورد ارزیابی محاکم قرار نگرفته است (Cheshire, 1991: 77-78). اما اغلب حقوقدانان، با عبارات مختلف، به ارتباط این دو قاعده اشاره کرده‌اند: اصل نسبی بودن، ارتباط متقابل و وثیقی با قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله دارد (Richards, 2009: 461)؛ قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله، از فروع اصل نسبی بودن است (Ibid. 62)؛ بخشی از جوانب آموزه نسبی بودن قرارداد، تکرار قاعده لزوم دخول عوض در ملک مالک معوض است (Stone, 2003: 52). قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله، مبنای اصل نسبی بودن است (Weitzenböck, 2012: 10)؛ و اگر شخص نتواند اثبات کند که طرف عوض است، نمی‌تواند اثبات کند که طرف معامله ادعا شده است.^۴ برخی تا آنجا پیش رفته که این قاعده را با اصل نسبی بودن به یک معنا دانسته‌اند (Turner, 2007: 25).

1. not under seal

۲. این نظر را به سه تن از حقوقدانان نسبت می‌دهد و خود نیز آن را تأیید می‌کند: (Cheshire..., 1991: 77-78, n 13).

3. bargain

۴. این مطلب به دعوی Tweddle v Atkinson (1861) 1 B & S 363 ارجاع داده شده است (Oughton, 2000: 109).

در مقابل، تفکیک این دو قاعده طرفدارانی دارد: بر اساس اصل نسبی بودن، فقط طرفین قرارداد می‌توانند اجرای قرارداد را از یکدیگر درخواست کنند، اما برای اینکه شخصی طرف قرارداد^۱ باشد باید طرف معامله^۲ باشد، و بنابراین، باید عوض نیز فراهم کند (Richards, 2009: 62). از این رو، اگر قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله پذیرفته شود، دخیل کردن وی در قراردادی که وی عوضی در آن فراهم نکرده نیز فایده‌ای نخواهد داشت (Chloros, 1968: 143). همچنین، در رد این ادعا که، این قاعده که فقط طرف قرارداد می‌تواند بر اساس آن اقامه دعوا کند، تعبیری دیگری از قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله است و بالعکس، گفته‌اند: برای اینکه کسی بتواند بر اساس قرارداد اقامه دعوا کند باید هر دو جنبه [یعنی هم طرف قرارداد بودن و هم فراهم کردن عوض] را اثبات کند (Richards, 2009: 461).

به طور خلاصه، در حقوق انگلیس رابطه اصل نسبی بودن با قاعده معاوضه مورد بحث و اختلاف است و نمی‌توان نظر قاطعی را به آن نسبت داد. در فقه امامیه قاعده معاوضه مورد توجه قرار گرفته، اما اصل نسبی بودن بحث مستقلی را به خود اختصاص نداده و عکس این مطلب در مورد حقوق ایران صادق است. از مصادیق اصل نسبی بودن، فقط مواردی که در آن‌ها عوض برای شخص ثالث تعیین می‌شود، با قاعده مورد بحث تلاقی می‌کند. اما به نظر می‌رسد که در این مورد هم می‌توان مصادیقی یافت که بین آن دو جدایی می‌افتد. مصداق مهم، جایی است که شخص، طرف یک قرارداد چند جانبه است، اما عوضی فراهم نکرده است. در این صورت اصل نسبی بودن رعایت شده اما قاعده معاوضه نقض شده است.

نتیجه‌گیری

قاعده معاوضه مشتمل بر دو بخش است: عوض باید در ملکیت مالک معوض داخل شود و بالعکس، معوض باید در ملکیت مالک عوض داخل گردد. در فقه شیعه، می‌توان سه نظریه در مورد این قاعده یافت: مشهور با دو بخش این قاعده موافق هستند. طبق این نظر، عدم رعایت این قاعده موجب می‌شود که معاوضه‌ای واقع نشود، هر چند که ممکن است دو ایقاع یا دو عقد بلاعوض واقع گردد. بسیاری از فقهای معاصر با هر دو بخش این قاعده، و اندکی با

1. contract
2. bargain

بخش دوم آن مخالفند، و تخطی از این قاعده را مانع تحقق معاوضه نمی‌دانند. طبق نظر مخالفین، این مسئله مطرح می‌شود که آیا ثالث ذی‌نفع می‌تواند مستقلاً مورد تعهد را مطالبه کند؟ در این مورد، نظر غالب این است که ثالث هر چند ذی‌نفع است، اما دارای حق نیست لذا حق مطالبه آن را ندارد.

در حقوق انگلیس، معروف است که عوض باید از متعهدله منتقل شود، اما لازم نیست به متعهد منتقل شود. بر اساس تحلیلی که از این مطلب صورت گرفت، در حقوق انگلستان هیچ‌یک از دو بخش قاعده معاوضه پذیرفته نیست، با این توضیح که کافی است عوض از مالک وی به کسی که مالک معوض تعیین می‌کند منتقل شود، و بالعکس، معوض به ملک کسی که مالک عوض درخواست می‌کند داخل گردد.

در حقوق انگلیس، قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله، در درجه اول یک قاعده شکلی و مربوط به مقام اثبات است و بر اساس آن، شخص ثالثی که عوض فراهم نکرده، نمی‌تواند اجرای تعهدی را که به نفع او صورت گرفته، درخواست کند. اثر این قاعده در فقه و حقوق ایران، برحسب نظر موافقین و مخالفین آن متفاوت است: طبق نظر موافقین، دارای اثر ماهوی و ثبوتی است، و در صورت عدم رعایت آن، معاوضه‌ای صورت نمی‌گیرد، اما به نظر مخالفین، عدم رعایت این قاعده، مانع از وقوع معاوضه نیست، بلکه اثر آن حداکثر این است که ثالثی که عوض از ملک او خارج نشده، نمی‌تواند اجرای تعهد را درخواست کند؛ و از این جهت، نظر مخالفین به موضع حقوقدانان انگلیس در مورد عدم قابلیت اجرای قرارداد توسط ثالث شباهت دارد. در واقع طبق این نظر و نیز نظر برخی از حقوقدانان انگلیس، چنین تعهدی با توجه به شخص ثالث، یک تعهد طبیعی تلقی می‌شود که توسط وی قابل اجرا نیست.

به‌رغم طرفداری مشهور فقهای امامیه از قاعده معاوضه و انعکاس آن در برخی مواد قانون مدنی، اغلب فقهای معاصر از این قاعده رویگردان شده‌اند و قانون مدنی نیز در برخی مواد خود به آن پایبند نمانده است. در قانون بیمه نیز این قاعده رعایت نشده است. در حقوق انگلیس نیز قاعده لزوم انتقال عوض از متعهدله با چند استثنای مهم مواجه است.

نکته پایانی اینکه، برخی از واقعیات اجتماعی را ممکن است نتوان با قواعد فنی حقوقی سازگار ساخت، اما نمی‌توان نیازهای اجتماعی را نادیده گرفت و به بهانه عدم انطباق با معیارهای حقوقی سرکوب کرد و برآورده نساخت. بدون شک، مقصود این نیست که می‌توان از قواعد امری تخطی کرد یا حقوق باید کاملاً دنباله‌رو اجتماع شود؛ مراد این است که تا زمانی که

از نظم عمومی تخلفی صورت نگرفته، باید از در قالب‌های پیش‌ساخته حقوقی که ممکن است سدّ راه تحول و رفع نیازهای اجتماعی باشد، دست کشید یا قالب‌های جدیدی تعبیه کرد. در بحث حاضر هم نمی‌توان شخص ثالث را به بهانه اینکه عوضی فراهم نکرده از نفع خویش محروم ساخت. در واقع با استفاده از تعبیر یکی از حقوقدانان انگلیس، باید پذیرفت که هر گاه معامله‌ای وجود داشته باشد، قراردادی هم وجود دارد.^۱

منابع

الف - فارسی

۱. امامی، حسن؛ *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ سی‌ام، ۱۳۸۹.
۲. _____؛ *حقوق مدنی*، جلد ۲، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۹.
۳. _____؛ *حقوق مدنی*، جلد ۴، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ بیستم، ۱۳۸۸.
۴. داوید، رنه؛ اسپینوزی، کامی ژوفره؛ *درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام حقوقی بزرگ معاصر*، ترجمه حسین صفایی، تهران، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
۵. شهیدی، مهدی؛ *آثار قراردادهای و تعهدات*، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
۶. _____؛ *مجموعه مقالات حقوقی*، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۷. صفایی، حسین؛ امامی، اسدالله؛ *مختصر حقوق خانواده*، جلد ۱، تهران، نشر میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۱.
۸. کاتوزیان، ناصر؛ *عقود معین*، جلد ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷.
۹. _____؛ *عقود معین*، جلد ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۹.
۱۰. _____؛ *قواعد عمومی قراردادهای*، جلد ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۱.
۱۱. _____؛ *قواعد عمومی قراردادهای*، جلد ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
۱۲. گرجی، ابوالقاسم؛ *مقالات حقوقی*، جلد ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۸.

ب - عربی

۱۳. اراکی، محمد علی؛ *الخيارات*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق.
۱۴. _____؛ *رسالتان فی الارث و نفقة الزوجه*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۵. انصاری، شیخ مرتضی؛ *کتاب المکاسب*، جلد ۳ و ۶، قم، کنگره شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۶. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین؛ *حاشیة المکاسب*، جلد ۱، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه.ق.

1. Furmston, 2000: 26: ... if there is a deal, there should be a contract .

١٧. بحر العلوم، سيد محمد؛ *بلغت الفقيه*، جلد ١ و ٢، تهران، انتشارات مكتبة الصادق (ع)، چاپ چهارم، ١٣٤٢.
١٨. بحرانی آل عصفور، حسين بن محمد؛ *الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع*، جلد ١٢، قم، مجمع البحوث العلمية، بی تا.
١٩. بحرانی، محمد سند؛ *فقه المصارف و النقود*، قم، مكتبة فذك، چاپ اول، ١٤٢٨ ه.ق.
٢٠. تبریزی، جواد؛ *إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب*، جلد ٤، قم، مؤسسه اسماعيليان، چاپ سوم، ١٤١٦ ه.ق.
٢١. حكيم طباطبائي، سيد محسن؛ *مستمسك العروة الوثقى*، جلد ١٢ تا ١٤، قم، مؤسسه دارالتفسير، چاپ اول، ١٤١٦ ه.ق.
٢٢. حكيم طباطبائي، سيد محمد سعيد؛ *منهاج الصالحين*، جلد ٢، بيروت، دار الصفوة، چاپ اول، ١٤١٥ ه.ق.
٢٣. حلي، حسن بن يوسف (علامه حلي)؛ *قواعد الأحكام*، جلد ٢، قم، مؤسسه انتشارات اسلامي، چاپ اول، ١٤١٣ ه.ق.
٢٤. _____؛ *تذكرة الفقهاء*، جلد ١٠ و ١١، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ١٤٢٠ ه.ق.
٢٥. _____؛ *تذكرة الفقهاء*، جلد ١٥، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، (بی تا).
٢٦. روحانی، سيد محمد صادق؛ *فقه الصادق (ع)*، جلد ١٩، قم، دار الكتاب، چاپ سوم، ١٤١٤ ه.ق.
٢٧. لاری، عبد الحسين؛ *التعليق على المكاسب*، جلد ٢، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول، ١٤١٨ ه.ق.
٢٨. سبزواری، عبد الأعلى؛ *مهذب الأحكام*، جلد ١٩، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ١٤١٣ ه.ق.
٢٩. عاملی، زين الدين بن علي (شهيد ثانی)، *الروضه البهيئه في شرح اللمعة الدمشقيه*، قم، كتابفروشی داوری، چاپ اول، ١٤١٠ ه.ق.
٣٠. _____؛ *مسالك الأفهام*، جلد ٣، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول، ١٤١٣ ه.ق.
٣١. عاملی، محمد بن مکی (شهيد اول)؛ *القواعد و الفوائد*، جلد ١، قم، كتابفروشی مفید، چاپ اول، بی تا.
٣٢. قزوینی، سيد علی موسوی؛ *رسالة قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، چاپ اول، ١٤١٩ ه.ق.
٣٣. _____؛ *ينابيع الأحكام في معرفة الحلال و الحرام*، جلد ٢، قم، دفتر انتشارات اسلامي، چاپ اول، ١٤٢٤ ه.ق.

بررسی قاعده معاوضه در فقه امامیه و حقوق ایران و انگلیس ۱۴۱

۳۴. قمی طباطبایی، سید تقی؛ *دراساتنا من الفقه الجعفری*، جلد ۴، قم، مطبعة الخيام، چاپ اول، ۱۴۰۰ ه.ق.
۳۵. کرکی عاملی، علی بن حسین؛ *جامع المقاصد*، جلد ۸ و ۹ و ۱۳، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ه.ق.
۳۶. مراغی حسینی، سید میر عبد الفتاح؛ *العناوین الفقهيّة*، جلد ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه.ق.
۳۷. موسوی خمینی، روح الله؛ *کتاب البیع*، جلد ۵، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۱ ه.ق.
۳۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم؛ *مصباح الفقاهه* جلد ۲، قم، مکتبه الداوری، چاپ اول، بی تا.
۳۹. _____؛ *مبانی العروة الوثقی*، جلد ۱، قم، انتشارات مدرسه دار العلم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
۴۰. موسوی گلپایگانی، محمد رضا؛ *بلغة الطالب*، قم، مطبعة الخيام، چاپ اول، ۱۳۹۹ ه.ق.
۴۱. نائینی، میرزا محمد حسین، *منیة الطالب*، جلد ۱ و ۳، تهران، المکتبه المحمدیة، چاپ اول، ۱۳۷۳ ه.ق.
۴۲. نجفی، محمد حسن؛ *جواهر الکلام*، جلد ۲۳، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چاپ نهم، ۱۳۶۵.
۴۳. _____؛ *جواهر الکلام*، جلد ۲۷، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۵۲.
۴۴. یزدی طباطبایی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، جلد ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق.
۴۵. _____؛ *حاشیة المکاسب*، جلد ۱ و ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه.ق.

ج- لاتین

46. Beatson, Sir Jack; 2010, *Andrew Burro & John Cartwright*, Anson's Law of Contract, New York, Oxford, 29th edition.
47. Cheshire, Fifoot and Furmston's; 1991, *Law of Contract*, London, Butterworths, 12th edition.
48. Chitty, Joseph; 2004, *Chitty on Contracts*, Vol. 1, London, Sweet & Maxwell, 29th edition.
49. Chloros, A. G; 1968, *The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract*, A Comparative Analysis, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 17, No. 1.
50. Furmston, Michael; 2000, *Sale and Supply of Goods*, Cavendish Publishing Limited, London, 3rd edition.
51. Law Commission; 1996, *Law Commission Report* on Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties, Law Com No. 242.

52. McKendrick, Ewan; 2000, *Contract Law*, London, Palgrave, 4th edition.
53. Oughton, David & Martin Davis; 2000, *Sourcebook on Contract Law*, London, Cavendish Publishing Limited, 2nd edition.
54. Richards, Paul; 2009, *Law of Contract*, London, Pearson Education Limited, 9th edition.
55. Salzedo, Simon & Peter Brunner; 2000, *Briefcase on Contract Law*, London, Cavendish Publishing Limited, 2nd edition.
56. Stone, Richard; 2003, *Contract Law*, London, Cavendish Publishing Limited, 5th edition.
57. Treitel, Gunter; 2003, *The Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 11th edition.
58. Turner, Chris; 2007, *Contract Law*, London, Hodder Education, 2nd edition.
59. Weitzenböck, Emily M; 2012, *English Law of Contract: Consideration*, Norwegian Research Center for Computers & Law.

