

تحلیل فقهی - حقوقی آثار «شرط عوض» در عقد هبه بر مبنای نظریه تقابل تعهدات

حجت مبین*

امین امیر حسینی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۹/۰۲

نوع مقاله: پژوهشی - تحلیلی

چکیده

در بیشتر عقود غیر معوض طرفین می‌توانند شرط عوض را در قرارداد پیش‌بینی نمایند. به اعتقاد اغلب حقوقدانان، درج چنین شرطی عقد غیر معوض را به یک عقد معوض تبدیل نمی‌نماید ولی مسلماً در ماهیت و آثار حاکم بر عقد غیر معوض بی‌تأثیر نیز نمی‌باشد. در این مقاله تلاش شده است تا تأثیر شرط عوض در عقد هبه به عنوان یکی از مهم‌ترین مصادیق قراردادهای غیر معوض مورد بررسی قرار گیرد. از بررسی و مذاقه در احکام ویژه هبه معوض می‌توان دریافت که در کتب حقوقی و فقهی، مبنای مشخصی که بتواند این احکام را توجیه کند بیان نشده است. به اعتقاد ما، احکام شرط عوض و به‌ویژه مبنای لزوم هبه معوض را می‌توان بر اساس نظریه «تقابل تعهدات» تبیین و توجیه نمود. بر اساس این نظریه، درج شرط عوض در برخی قالب‌های آن سبب ایجاد «تقابل تعهدات» در عقد هبه شده و منجر به لزوم «عقد هبه معوض» می‌گردد.

واژگان کلیدی: شرط عوض، هبه، عقد جایز، تقابل تعهدات، تقابل عوضین.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز (نویسنده مسؤول).

hojjat.mobayen@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

amin181170@chmail.ir

مقدمه

در یک تقسیم‌بندی، عقود به عقود معوض و غیر معوض (مجانی) تقسیم می‌شوند. عقودی که بر حسب طبیعت خود دارای دو موضوع هستند و هر یک از دو طرف در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که بر عهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری را به نفع خود تحصیل می‌نماید «عقد معوض» نامیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ب، ج ۱، صص ۱۱۳-۱۱۲؛ صفایی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۵ و بهرامی، ۱۳۸۱، ص ۳۳). در عقود معوض، هر یک از دو طرف در همان حال که از دیگری طلبکار است مدیون او نیز هست. تفاوت ارزش دو عوض نیز مانع از معوض شناختن عقد نیست مگر اینکه عوض چندان ناچیز و کم‌بها باشد که عرف آن را در حکم هیچ بدانند، مانند صلح تمام دارایی شخص در برابر یک سیر نبات، که در چنین مواردی باید از ظاهر گذشت و عقد را مجانی دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ب، ج ۱، ص ۱۱۵). در مقابل، عقد غیر معوض آن است که در آن عوضی نباشد (امامی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۷۲؛ امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۶۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰، ب، ج ۱، ص ۱۱۴؛ صفایی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۵ و بهرامی، ۱۳۸۱، ص ۳۳). یا به عبارت دیگر فقط یک طرف مالی را به دیگری بدهد، مانند هبه.

هر چند که در عقود غیر معوض اصولاً عوضی وجود ندارد، لیکن در غالب این دسته از عقود نیز می‌توان «شرط عوض» را درج نمود؛ عقود هبه، عاریه، ودیعه و حتی وصیت از این دسته‌اند. در مقابل، اقتضای ذات برخی عقود غیر معوض همچون وقف، رایگان بودن است و در نتیجه شرط عوض در چنین قراردادهایی ممکن نیست و سبب بطلان شرط و عقد می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ب، ج ۱، صص ۱۱۷-۱۱۸).

چنانکه بیان شد، «هبه» یکی از مهم‌ترین مصادیق عقود غیر معوض است که به اعتقاد فقها و حقوقدانان و همچنین به تصریح ماده ۸۰۱ قانون مدنی، قرار دادن شرط عوض در آن امکان‌پذیر است. در خصوص اثر درج شرط عوض در عقد هبه مباحثی بین فقها و حقوقدانان مطرح و به این نکته اکتفا شده است که درج شرط عوض، ماهیت عقد هبه را به یک عقد معوض تغییر نمی‌دهد. در عین حال وجود شرط عوض سبب می‌شود عقد هبه که از سوی واهب جایز (قابل رجوع) است، به یک عقد لازم (غیر قابل رجوع) تبدیل شود.

بررسی پژوهش‌های پیشین حکایت از آن دارد که در خصوص ماهیت حقوقی هبه معوض و تأثیر حقوقی شرط عوض بر ماهیت هبه تحلیل‌های جامعی از سوی فقها و حقوقدانان ارائه نشده و بیشتر کسانی که از این موضوع سخن گفته‌اند نیز بدون ارائه

تحلیل حقوقی قابل قبول، صرفاً آثار شرط عوض را مورد مطالعه قرار داده‌اند. در این مقاله تلاش شده است با استفاده از یکی از تئوری‌های حقوقی به نام قاعده «تقابل تعهدات» که در حقوق کامن‌لا مطرح و مورد مطالعه قرار گرفته است آثار شرط عوض در عقد هبه تحلیل شود. لذا در این مقاله به دنبال یافتن پاسخ این پرسش‌ها هستیم که وجود شرط عوض در هبه چه تأثیری بر اوصاف و آثار این عقد می‌گذارد؟ کدام مبنای حقوقی می‌تواند لازم شدن هبه و در نتیجه درج شرط عوض را توجیه نماید؟ آیا شیوه حقوقی قرار گرفتن شرط عوض در عقد هبه در آثار آن تأثیر دارد؟

برای یافتن پاسخ این پرسش‌ها ابتدا «مبنای نظری» موضوع مورد بررسی قرار می‌گیرد و در ادامه «اثر شرط عوض بر عقد هبه» مطالعه می‌شود و در نهایت نیز «مبنای لزوم هبه معوض» مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

۱. مبانی نظری

به منظور شناخت عقد هبه و بررسی تأثیر شرط عوض در آن از حیث حقوقی و فقهی، در این بخش ابتدا تعریف عقد هبه و ماهیت حقوقی آن و نیز موضوع لزوم و جواز این عقد بررسی می‌گردد. با عنایت به اینکه مبنای تحلیل آثار شرط عوض در این مقاله بر نظریه «تقابل تعهدات» استوار است ضرورت دارد که تعریف کلی از مفهوم این قاعده در نظام حقوقی کامن‌لا ارائه گردد.

۱-۱. تعریف عقد هبه و ماهیت حقوقی آن

هبه در لغت به معنای بخشیدن و دادن چیزی به کسی بدون عوض است. در اصطلاح حقوقی نیز هبه عبارت از عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به شخص دیگری تملیک می‌کند (امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۶۲). تملیک‌کننده را واهب، طرف دیگر عقد را متهب (موهب له) و مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می‌گویند. به هبه، عطیه و نحله نیز می‌گویند (مدنی، ۱۳۹۰، ج ۵، ص ۳۰۳). در اصطلاح فقهای امامیه هبه دارای دو معنا می‌باشد: ۱- هبه به معنای عام و آن تملیک مال بدون عوض می‌باشد. هبه در معنای مزبور مترادف با کلمه عطیه است و شامل هدیه، جایزه، نحله، صدقه، وقف و عتق نیز می‌باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۵۹؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۵۹۶ و بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۲، ص ۲۹۶). ۲- در معنای عام، هر بخششی را می‌توان هبه نامید، که اگر با قصد قربت صورت پذیرد همان صدقه است (حلی، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۱۷۲). فقهای امامیه هبه (در معنای خاص کلمه) را «عقدی تعریف نموده‌اند

که مقتضای آن تملیک منجز و بلاعوض عین است بدون اینکه قصد قربت در آن شرط باشد.» (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۴۵۷ و نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸، ص ۱۵۷). البته باید توجه داشت که وجود قصد تقرب نیز مانع از صحت و نفوذ هبه نیست.

هرچند که بیشتر فقها در تعریف عقد هبه، به مجانی بودن این عقد اشاره نموده‌اند، لیکن اینکه «بلاعوض» بودن را جزء ماهیت و ارکان سازنده عقد هبه برشمیریم صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چه اینکه بلاعوض بودن مقتضای اطلاق عقد هبه است نه مقتضای ذات آن. بر همین اساس برخی فقها «فقدان عوضی که در مقابل مال موهوب قرار گیرد» را به عنوان ماهیت عقد هبه بیان نموده‌اند. به اعتقاد ایشان هبه عبارت است از «تملیک منجز مال طلق، بدون وجود عوض در مقابل مال موهوب بدون اینکه قصد قربت در عقد شرط شده باشد.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۲۳۹ و طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۵۹). در این تعریف، بر عدم تقابل عوض در برابر مال موهوب تأکید شده است؛ یعنی ممکن است در عقد هبه، عوض وجود داشته باشد لیکن در هر حال رابطه تقابل بین این عوض و مال موهوب وجود ندارد. لذا ایشان ماهیت اصلی و حقیقت هبه را «تملیک مجانی صرف و بدون در نظر گرفتن هر عنوان دیگری» دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۲۴۰ و خوئی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۱۸۹). توجه به همین جوهره اصلی می‌تواند هبه را از سایر عقود مشابه متمایز نماید؛ چه اینکه تفاوت صلح بلاعوض و هبه را در این دانسته‌اند که صلح، مبتنی بر تسالم است و نمی‌توان آن را تملیک صرف دانست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۲۳۹).

۲-۱. لزوم یا جواز عقد هبه

در مورد اینکه عقد هبه جائز است یا لازم، اختلاف نظرهایی در بین حقوقدانان و فقها وجود دارد، ولی آنچه مسلم است این هست که «بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع نماید.» (ماده ۸۰۳ قانون مدنی) که حتی بر آن ادعای اجماع شده است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۲، ص ۳۲۶). البته امکان رجوع از هبه مطلق نیست و محدودیت‌هایی دارد. برخی اساتید، هبه‌های غیر قابل رجوع را به دو دسته کلی «هبه‌های لازم» و «عواملی که امکان رجوع را از بین می‌برد» تقسیم کرده‌اند. ایشان مواردی چون هبه به خویشاوندان، هبه معوض، صدقه و هبه دین به مدیون را در دسته نخست و مواردی از قبیل خروج عین موهوبه از ملکیت متهب، تعلق حق غیر بر مال موهوب، تغییر در عین موهوبه، فوت واهب یا متهب و تراضی طرفین را در دسته دوم

قرار داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، الف، ج ۳، صص ۹۴ به بعد). با اندک تأملی می‌توان دریافت که جواز هبه با سایر عقود جایز متفاوت است؛ زیرا اولاً هبه بر خلاف سایر عقود جایز که اصولاً اذنی هستند، یک عقد تملیکی است. ثانیاً جواز رجوع فقط برای واهب وجود دارد و متهب امکان رجوع از هبه را ندارد و لذا گفته شده که هبه از سوی واهب جایز و از سوی متهب لازم است (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۶۲؛ حسینی المراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۲ و بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۲، ص ۳۳۰). ثالثاً هبه بر خلاف سایر عقود جایز، نه تنها با مرگ یکی از طرفین منحل نمی‌شود بلکه بالعکس «بعد از فوت واهب یا متهب، رجوع ممکن نیست.»

این احکام ویژه و تفاوت آن با قواعد حاکم بر سایر عقود جایز سبب شده است که بعضی از بزرگان بر این عقیده باشند که بهتر است هبه را در زمره عقود لازم بدانیم که مانند سایر عقود لازم، در برخی موارد قابل فسخ است (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸، ص ۱۹۲). با وجود اختلاف نظرها، بیشتر فقها و حقوقدانان هبه را در زمره عقود جایز قرار داده‌اند که در پاره‌ای موارد خاص لازم می‌شود. به اعتقاد ایشان، همین که موارد عدم امکان رجوع از هبه در شرع و قانون به صورت استثنا بیان شده حکایت از این دارد که اصل بر جواز این عقد است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۷۰؛ امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۸۱ و ۱۳۸۰، الف، ج ۳، ص ۳۶) و حتی برخی فقها جواز عقد هبه را ذاتی دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۹).

به اعتقاد برخی فقها، هرچند که هبه عقدی جایز است لیکن جواز در هبه با جواز در سایر عقود جایز متفاوت است. به اعتقاد ایشان اصولاً جواز و لزوم به معنای امکان فسخ معامله و یا عدم آن است (همانند موضوع خیار در معاملات)، اما مواردی که موضوع استرداد مال و تملک مجدد آنچه که به دیگری منتقل شده مطرح می‌شود (همانند بحث هبه)، موضوع متفاوت است. به همین سبب برخی فقها جواز هبه را تحت عنوان «جواز حکمی» تعریف نموده‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۱۳) بدین توضیح که «جواز حقیقی» به معنای خیار و «جواز حکمی» به معنای رد خارجی است و به همین سبب، جواز حکمی خاص موردی است که عین باقی باشد. البته باید توجه داشت که هرچند در رجوع نسبت به عین در عقد هبه مستقیماً فسخ صورت نمی‌گیرد، ولی باید پذیرفت که در این مورد نیز هبه فسخ می‌شود، و الا رجوع به مال موهوب بدون فسخ عقد، تصرف در مال غیر به شمار می‌رود (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۱۶). در مجموع به نظر می‌رسد که قول به جواز هبه از سوی واهب، قابل قبول‌تر به نظر می‌رسد.

۳-۱. مفهوم قاعده «تقابل تعهدات»

یکی از مبانی‌ای که بر اساس آن می‌توان ماهیت هبه معوض را تحلیل نمود و در حقوق ما کمتر مورد توجه قرار گرفته قاعده «تقابل تعهدات» است. در حقوق آمریکا در کنار نظریه «تقابل عوضین»^۱، نظریه «تقابل تعهدات»^۲ نیز مطرح می‌شود که با قاعده «تقابل عوضین» متفاوت است (Oliphant, 1925, p. 722). بر اساس قاعده تقابل تعهدات، «یا هر دو طرف عقد باید به تعهدات خود پای‌بند باشند؛ یا اینکه هیچ یک از آنها به آن پای‌بند نخواهند بود.» (Lehman and Phelps, 2005, p. 152). بنابر رویه قضایی محاکم آمریکا، در صورتی که در یک قرارداد دو جانبه، تقابل بین تعهدات وجود نداشته باشد قرارداد محکوم به بطلان است.^۳ در اثبات نظریه تقابل تعهدات، استدلالاتی مطرح شده است. نخستین استدلال مبتنی بر دو مقدمه است: نخست اینکه «هر تعهدی که الزام‌آور نباشد بی‌ارزش است.» و دوم اینکه «هر تعهدی که بی‌ارزش باشد نمی‌تواند به عنوان پشتوانه تعهد دیگری به شمار آید که در مقابل آن داده می‌شود.» (Oliphant, 1925, p. 710). همچنین استدلال شده است که «تعهدی که الزام‌آور نباشد نمی‌تواند به عنوان عوض متقابل یک تعهد دیگر به حساب آید.» (Oliphant, 1925, p. 713). نتیجه اینکه، یا هر دو تعهد با هم اجرا می‌شوند و یا هیچ یک اجرا نخواهد شد.

به عبارت دیگر، یک تعهد زمانی می‌تواند به عنوان عوض تعهد دیگر در نظر گرفته شود که هر دو تعهد الزام‌آور باشند. بنابراین اگر ایفای تعهد یکی از طرفین به «خواست» وی بستگی داشته باشد، تقابل تعهدات وجود ندارد و در نتیجه قرارداد باطل خواهد بود (Anonymous, 1908, p. 340). همچنین بر اساس رأی دیوان عالی ایالت ویسکانسین، تعهدی که عوض تعهد دیگر را تشکیل می‌دهد تعهدی است به ضرر متعهد له یا به نفع متعهد و معیار سنجش آن نیز در زمان اجرای تعهد است نه زمان تشکیل تعهد (Welker, 1972, p. 92). در خصوص چگونگی استفاده از این قاعده در تبیین لازم شدن هبه معوض، در ادامه به تفصیل مطالبی بیان خواهد شد.

در نظام حقوقی ایران، «تئوری موازنه» را که از سوی دکتر جعفری لنگرودی پیشنهاد شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱) به نوعی می‌توان با «نظریه تقابل تعهدات» مقایسه

1. Consideration.

2. Mutuality of Obligation.

3. Jackson v. Alpha Portland Cement Co. (1907); Metro-Goldwyn-Mayer Distributing Corp. v. Home Theatre Co., (C. C. A. 7th, 1934).

نمود. به عقیده ایشان، اصول موازنه عبارتند از: موازنه در تملیک (تملیک به تملیک)، موازنه در تسلیم (تسلیم به تسلیم) و موازنه در ارزش عوضین (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۳). به نظر می‌رسد که قاعده تقابل تعهدات را می‌توان به معنای موازنه در تملیک دانست. البته در این قاعده، موازنه در تسلیم و موازنه در ارزش عوضین وجود ندارد و فقدان همین اصول، تئوری تقابل تعهدات را از تئوری عوض که واجد همه اصول موازنه است متمایز می‌سازد. لذا با وجود یک اصل از اصول موازنه در هبه معوض، این عقد همچنان از عقود مسامحی به شمار می‌آید؛ زیرا بنای طرفین در این عقد بر اعمال همه اصول موازنه نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۰۸).

۲. آثار شرط عوض بر عقد هبه

بنا بر تعریف فقها، هبه معوض هبه‌ای است که در آن شرط عوض شده باشد (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۴). در اینکه درج شرط عوض، سبب ایجاد همه آثار عقود معوض در هبه نمی‌شود تردیدی وجود ندارد (امامی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۷۲). در نتیجه در هبه معوض، ولو در مقام بیع باشد، اخذ به شفعه ممکن نیست (علامه حلی، بی‌تا، ب، ج ۱، ص ۵۹۲) و برای طرفین حق حبس نیز نخواهد بود، لیکن اثر این شرط بر اوصاف عقد هبه به‌ویژه دو وصف «مجانی بودن» و «لازم شدن هبه» و نیز «اثر شرط عوض بر متهب»، موضوعی است که بایستی مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۱. اثر شرط عوض بر «مجانی بودن» عقد هبه

چنانکه در مقدمه بحث نیز بیان شد، در برخی عقود غیر معوض مانند وقف، رایگان بودن مقتضای ذات عقد است و خلاف آن را نمی‌توان در قرارداد شرط نمود. لیکن در صورت وجود شرط عوض در عقد هبه، نسبت به نافذ بودن شرط و درستی عقد تردیدی در میان فقها (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸، ص ۲۰۴ و محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۴۶۰) و حقوقدانان (امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۶۲ و کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۴۱) وجود ندارد و حتی در تذکره، نسبت به آن ادعای اجماع شده است (علامه حلی، بی‌تا، ب، ج ۲، ص ۴۲۲). ماده ۸۰۱ قانون مدنی نیز به صراحت اعلام می‌کند که «هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب می‌تواند شرط کند که متهب، مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً به‌جا آورد.» البته ممکن است متهب بدون شرط نیز چیزی را در مقابل هبه‌ای که گرفته مجاناً به واهب بدهد. برخی فقها فقط حالت نخست را هبه

معوض دانسته و آن را چنین تعریف نموده‌اند: «مقصود از آن، هبه‌ای است که در صیغه عقدش عوض را شرط کنند.» (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۲۳). لیکن به نظر می‌رسد که مفهوم هبه معوض، هر دو حالت را شامل می‌شود.

بیشتر حقوقدانان این موضوع را مطرح نموده‌اند که وجود شرط عوض در عقود غیر معوض سبب تغییر ماهیت اصلی این عقود نمی‌شود و احکام عوض و معوض بر تعهدات ناشی از آن بار نمی‌شود (صفایی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۷)؛ چه اینکه در این‌گونه موارد، دو طرف قصد مبادله دو مال را ندارند. دینی که به موجب شرط و به صورت تبعی بر عهده متعهد قرار می‌گیرد در برابر الزام اصلی، استقلال خود را حفظ می‌کند و رابطه معاوضی که ممیز اصلی عقود معوض است بین آنها به وجود نمی‌آید و به همین سبب این عقود را «عقد معوض ناقص» نامیده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، صص ۱۲۲-۱۲۱). در توجیه این دیدگاه نیز گفته شده است که عقد غیر معاوضی که در آن شرط عوض درج شده باشد، با عقد معوض از جهاتی متمایز می‌گردد:

نخست اینکه در عقد معوض، هر یک از تعهدات باید دارای شرایط درستی موضوع تعهد باشد و ضمانت اجرای آن هم بطلان عقد است، ولی در عقد غیر معوض، تنها تعهد اصلی تابع این حکم است و بطلان الزامی که به سبب شرط ایجاد شده، به قرارداد اصلی صدمه نمی‌زند. به همین دلیل اگر در هبه معوض، بعد از عقد معلوم شود که مورد شرط وجود نداشته و یا باطل بوده، معامله باطل نیست، ولی برای مشروطاً له حق فسخ ایجاد می‌شود و می‌تواند معامله را به هم بزند. در صورتی که در عقود معوض، غیر موجود بودن عوض و یا بطلان آن (مانند نامشروع بودن یکی از عوضین) موجب بطلان عقد می‌گردد (امامی، ۱۳۷۳، ج ۱، صص ۱۷۳-۱۷۲).

دوم اینکه در عقد غیر معوض ولو اینکه شرط عوض شده باشد، بین مورد معامله و تعهد موضوع شرط رابطه معاوضی وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۲۲)، ولی در عقود معوض اصل بر این است که عوضین باید متعادل باشند، یعنی هم‌ارزش باشند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۴۲).

سوم اینکه در عقد غیر معاوضی که در آن شرط عوض شده، چون عوضین در مقابل هم قرار ندارند، برای هیچ یک از طرفین، حق حبس نیز وجود ندارد (صفایی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۸).

به اعتقاد حقوقدانان، در عقد معوض باید دو تعهد یا تملیک در برابر هم قرار گیرند و در قصد مشترک با هم مبادله شود؛ در حالی که شرط عوض در عقد رایگان چهره فرعی

دارد و دو تعهد متقابل و هم‌عرض، موضوع اصلی عقد نیست. در عقد معوض، همبستگی میان دو عوض به گونه‌ای است که اگر یکی از طرفین از تسلیم عوض خودداری نماید طرف مقابل می‌تواند از حق حبس استفاده کرده و از تسلیم معوض به او تا زمان تحویل عوض امتناع نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۷، الف، ج ۱، ص ۸۴). حال آنکه در عقد مجانی که به آن غیر معوض هم گفته می‌شود، اگر جایز هم نباشد تنها راه مبارزه با عهدشکنی، تقاضای اجبار متعهد بر انجام تعهد خود از دادگاه است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۴). بنابراین بر اساس تعریف هبه معوض (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ب، ج ۱، ص ۱۳۷) این عقد را نیز بایستی به عنوان یک عقد مجانی به شمار آورد؛ چه اینکه در این عقد نیز عوضین (عین موهوبه و موضوع شرط) در مقابل یکدیگر قرار نمی‌گیرند (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۴) و یا به قولی موازنه در ارزش عوضین و حتی موازنه در تسلیم بین آنها وجود ندارد. در میان فقها در خصوص تأثیر شرط عوض در عقد هبه دو دیدگاه وجود دارد. به اعتقاد بیشتر فقها، هبه «عقد مجانی صرف» است و هبه معوض نیز از شمول این تعریف خارج نمی‌گردد. در نتیجه هبه معوض نیز عقدی مجانی است؛ زیرا در هبه معوض، عوض در مقابل مال موهوب قرار نمی‌گیرد بلکه شرط تملیک است و در حقیقت شرط عوض شرطی مجانی است که در مقابل هبه مجانی دیگری قرار می‌گیرد و حتی تأکید شده است که عدم تقابل عوض و مال موهوب جزء ماهیت و به عبارتی مقتضای ذات عقد هبه است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، صص ۲۴۰-۲۳۹) و در نتیجه شرطی که خلاف این ماهیت باشد باطل و مبطل عقد نیز خواهد بود. همچنین گفته شده است که در هبه معوض این‌طور نیست که وقتی متهب، مال موهوب را مالک شد واهب نیز به مجرد آن، عوض را تملک کند، بلکه متهب اگر عوض را به واهب هبه نکرد واهب حق دارد از هبه خویش رجوع کرده و آن را به هم بزند. در نتیجه عوضی که در هبه معوضه شرط می‌شود همانند عوضی است که در هبه شرط نشده و متهب به خواست خود آن را به واهب می‌دهد. در نتیجه در اینجا دو تملیک مستقل وجود دارد بدون اینکه عوضین به قصد معاوضه و مقابله حقیقیه رد و بدل شوند (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۲۳). بر اساس این دیدگاه نیز همانند آنچه از سوی حقوقدانان بیان شده، هبه با شرط عوض نیز تملیک مجانی است.

در مقابل، صاحب جواهر عقیده دارد اگر در هبه، شرط عوض می‌تواند قائل به وجوب پرداخت عوض توسط متهب بود، چنانکه واهب نیز ملزم به قبول آن چیزی است که متهب می‌دهد. بنابراین متهب مکلف به دادن عوض است و می‌توان وی را به این امر الزام نمود. بنابراین دیگر هبه در زمره عقود مجانی نیست و باید آن را معوض شمرد؛

چه اینکه با وجود قصد معاوضه در عقد، وجهی برای مجانی تلقی نمودن آن وجود ندارد (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸، صص ۲۰۸-۲۰۷). بخش نخست این استدلال در خصوص امکان الزام متهب، چنانکه در ادامه خواهیم دید، صحیح به نظر می‌رسد لیکن به اعتقاد ما صرف ملزم بودن متهب به دادن عوض، عقد هبه را یک عقد معوض تبدیل نمی‌کند؛ چه اینکه باز هم این الزام جنبه فرعی دارد و نمی‌تواند هم‌سنگ تعهد اصلی قرار گیرد.

۲-۲. اثر شرط عوض بر «لزوم» عقد هبه

به اعتقاد فقهای امامیه، درج شرط عوض باعث می‌شود که عقد هبه غیر قابل رجوع گردد (علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۰۹ و محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۴۶۰). همچنین تفاوتی نمی‌کند که عوض اندک یا زیاد باشد و حتی ادعا شده که در این خصوص جز نظر مرحوم سید مرتضی، قول مخالفی وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۲۶۲). برخی فقها نیز صراحتاً از این موضوع به عنوان «لازم شدن عقد هبه» یاد کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸، ص ۲۰۵). حقوقدانان نیز با استناد به بند ۲ ماده ۸۰۳ قانون مدنی بیان داشته‌اند که اگر هبه معوض و عوض هم تسلیم شده باشد قابلیت رجوع برای واهب وجود ندارد (امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۶۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۴۱ و مدنی، ۱۳۹۰، ج ۵، ص ۳۱۶).

با وجود اینکه تردید جدی در خصوص این حکم در میان فقها و حقوقدانان دیده نمی‌شود و قانونگذار نیز در بند ۲ ماده ۸۰۳ قانون مدنی از آن تبعیت نموده است، مبنای این حکم چندان مورد تأمل و مذاقه قرار نگرفته است. این در حالی است که ظاهراً این حکم با قواعد عمومی حاکم بر معاملات سازگار نیست؛ چه اینکه بر اساس مبانی پذیرفته شده در فقه امامیه، اصولاً شرط از حیث لزوم و جواز بایستی از عقد تبعیت نماید (حسینی المراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۷۲). لذا گفته شده است که شرط، ماهیت اعتباری مستقل ندارد بلکه ماهیتی وابسته به عقد دارد (شهیدی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۲۳ و کاتوزیان، ۱۳۸۰، پ، ج ۳، صص ۱۴۱-۱۳۶). در نتیجه درج شرط در ضمن عقد جایز نه تنها قاعداً تأثیری در لزوم عقد ندارد بلکه لزومی برای وفای به شرط نیز ایجاد نمی‌کند و شرط ضمن عقد جایز، جایز تلقی می‌شود (حسینی المراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۷۹). به عبارت دیگر، وقتی شرط از حیث لزوم و جواز تابع عقد است چگونه ممکن است درج شرطی در ضمن عقد جایز موجب لزوم عقد شود؟ در پاسخ به این پرسش برخی اساتید به بیان این نکته بسنده نموده‌اند که قانونگذار می‌خواهد در موردی که واهب به هر وسیله عوضی در برابر

احسان خود دریافت نموده، او را از رجوع از هبه ممنوع سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، الف، ج ۳، ص ۹۷)؛ لیکن دلیل و مبنای حقوقی این حکم مورد توجه واقع نشده است. به نظر می‌رسد علت لزوم هبه معوض را بتوان بر مبنای قاعده «تقابل تعهدات» توجیه نمود که این موضوع در ادامه به تفصیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۳. اثر شرط عوض نسبت به متهب

یکی دیگر از آثار شرط عوض، تأثیر این شرط نسبت به متهب و تعهدی است که در ارتباط با اجرای این شرط برای وی ایجاد می‌شود. بیشتر فقها عقیده دارند که اگر در هبه معوض، متهب به شرط عمل ننماید واهب فقط می‌تواند از هبه خود رجوع نماید و حق ندارد الزام متهب به اجرای شرط را از او بخواهد (علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۰۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۴۶۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۶۲ و انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۴). البته دیدگاه مخالفی نیز از سوی برخی فقها در این زمینه بیان شده است. به اعتقاد شهید ثانی مقتضای این قول، عدم لزوم وفای به شرط است. به اعتقاد ایشان «عدم لزوم وفای به شرط» بر اساس یکی از این دو مبنا قابل توجیه است: نخست اینکه اساساً شرط ضمن عقد را مطلقاً اعم از اینکه ضمن عقد لازم باشد یا نه، لازم‌الوفا ندانیم و بر این اعتقاد باشیم که ضمانت اجرا و ثمره درج شرط در ضمن عقد، ایجاد حق فسخ برای مشروط له است. دومین مبنا این است که گفته شود چون شرط یاد شده در ضمن عقد جایز بیان شده و از آنجا که اصل عقد، لازم‌الوفا نیست، شرط ضمن آن نیز لازم‌الوفا نمی‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۶۲). ایشان هیچ یک از این دو مبنا را قابل قبول نمی‌دانند. در خصوص مبنای نخست و ضمانت اجرای شرط ضمن عقد لازم، ایشان ضمن طرح اقوال مختلف^۱ معتقدند که با توجه به عموم ادله وفای به عقد و «المؤمنون عند

۱. به طور کلی در خصوص الزام ناشی از شرط فعل، چهار دیدگاه در میان فقها مطرح شده است: عده اندکی از فقها از جمله شهید اول در لمعه (شهید اول، ۱۴۱۱، ص ۱۱۰) و علامه حلی در تحریر (علامه حلی، بی‌تا، الف، ج ۱، ص ۱۸۰) فقط قائل به حق فسخ برای مشروط له شده‌اند. برخی دیگر به مشروط له اختیار داده‌اند که از بین فسخ و الزام به وفای شرط یکی را برگزینند و احتمالی هم از سوی صاحب جواهر مطرح شده (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۳، ص ۲۱۹) که فقط امکان الزام متعهد به ایفای شرط وجود دارد. ولی مشهور فقها عقیده دارند که در مرحله اول باید متعهد را به ایفای شرط الزام نمود و حق فسخ صرفاً در صورت عدم امکان اجبار متعهد به ایفای شرط، برای مشروط له ایجاد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، پ، ج ۳، صص ۲۱۷-۲۱۶ و نعمت‌اللهی، ۱۳۸۸، ص ۸). حتی در سرائر و غنیه ادعای اجماع در این خصوص شده است (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۳، ص ۲۱۸). قانون مدنی نیز از نظر

شروطهم» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، ص ۱۶)، مشروطاً علیه ملزم به ایفای شرط است و این قول را «قول اجود» می‌دانند. نتیجه این قول آن است که اگر متعهد از ایفای شرط امتناع ورزید، باید وی را الزام نمود و فقط زمانی که الزام توسط حاکم هم ممکن نبود، به دلیل تعذر اجرای شرط، مشروطاً له حق فسخ دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۲۷۴). در خصوص مبنای دوم نیز اشکال این است که هرچند عقد هبه جایز است لیکن این جواز فقط از سوی واهب است و متهب حق رجوع از هبه را ندارد هرچند که عوض را به واهب نداده باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۶۲).

صاحب جواهر نیز با طرح تردید مشابهی بر این عقیده است که مقتضای دیدگاه مشهور فقها عدم وجوب وفای به شرط است که چنین حکمی مغایر عموم آیه «اوفوا بالعقود» (مائده/۱) و روایت «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد؛ چه اینکه اگر واهب نتواند متهب را به اجرای شرط الزام نماید و فقط برای او خیار فسخ ایجاد شود عملاً بر این شرط اثری مترتب نخواهد بود؛ چه اینکه وجود خیار برای متعهد له، نمی‌تواند مانعی برای الزام متعهد (متهب) به ایفای شرط (دادن عوض) تلقی شود. مضافاً اینکه در عقد هبه، از ابتدا واهب حق رجوع از هبه را داشته و حق فسخ امتیاز جدیدی برای او محسوب نمی‌شود (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸، صص ۲۰۶-۲۰۵). با عنایت به همین ایرادات، صاحب جواهر عقیده دارند که اگر در هبه، شرط عوض شود می‌توان وجوب پرداخت عوض توسط متهب را از عبارات فقها استنباط نمود، چنانکه واهب نیز ملزم به قبول آن چیزی است که متهب می‌دهد (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸، ص ۲۰۷). بنابراین متهب مکلف به دادن عوض است و می‌توان وی را به این امر الزام نمود. دیدگاهی که علی‌رغم عدم شهرت آن، با مبانی فقهی و حقوقی و قواعد حاکم بر شروط سازگاری بیشتری دارد. برخی حقوقدانان نیز همین دیدگاه را تأیید نموده و معتقدند که از لحاظ مبانی قانون مدنی (مواد ۲۳۸ و ۲۳۹) نباید تردید کرد که الزام متهب بر آنچه که به عهده گرفته امکان دارد. وانگهی تا زمانی که عوض داده نشده است واهب می‌تواند از هبه نیز رجوع کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، الف، ج ۳، ص ۱۰۰ و امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۷۹).

مشهور پیروی نموده و ضمانت اجرای عدم ایفای شرط فعل را در ماده ۲۳۹ چنین پیش‌بینی نموده است: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.»

۴. مبنای حقوقی لزوم عقد در انواع مختلف هبه معوض

بر اساس آنچه که بیان شد به این نتیجه رسیدیم که شرط عوض، سبب می‌شود که حق رجوع واهب از بین رفته و اصطلاحاً عقد هبه از سوی واهب نیز لازم شود. اینک این پرسش مطرح می‌شود که مبنای حقوقی این لزوم چیست؟ آیا شیوه قرار دادن عوض در عقد هبه، در لزوم و جواز آن مؤثر است؟ و در نهایت اینکه آیا وجود شرط عوض در سایر عقود جایز نیز می‌تواند چنین اثری را ایجاد نماید؟

مبنای حقوقی لزوم هبه معوض را باید در ارتباط ایجاد شده بین مال موهوب و عوض آن جستجو کرد. در حقیقت آنچه سبب می‌شود حق رجوع واهب در هبه معوض از بین برود نوعی ارتباط و تقابل بین تعهدات طرفین است که در عقد هبه معوض ایجاد می‌شود. در هبه معوض زمانی که عوض داده شود، تعهدات واهب و متعهد در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرد و همین تقابل تعهدات باعث می‌شود طرف دیگر (واهب) نتواند از ایفای تعهد خود استنکاف نماید. در حقیقت، هبه معوض بدین دلیل غیر قابل رجوع است که واهب با دریافت عوض، خود را متعهد و ملتزم به عقد هبه می‌گرداند و بین تعهد وی در دادن مال موهوب و تعهد متعهد به دادن عوض پیوندی ایجاد می‌شود. این پیوند بر اساس «نظریه تقابل تعهدات» که در حقوق کامن‌لا مطرح می‌شود و پیشتر به اجمال آن را معرفی نمودیم، قابل توجیه است.

شاید این تردید حاصل شود که بنابر آنچه گفته شد، در هبه معوض، شرط عوض و تعهد اصلی در مقابل یکدیگر قرار نمی‌گیرند، پس چگونه می‌توان قاعده تقابل تعهدات را در اینجا اعمال نمود؟ در پاسخ باید گفت که هرچند در عقد هبه، عوضین در مقابل یکدیگر قرار نمی‌گیرند، لیکن این امر مانعی برای اعمال قاعده تقابل تعهدات محسوب نمی‌شود. در هبه معوض، تقابل عوضین وجود ندارد؛ چه اینکه بنا بر قاعده تقابل عوضین، منشأ دو تعهد (عوض) باید یکسان و برابر باشد، در حالی که در هبه معوض، تعهد واهب جنبه اصلی و تعهد متعهد جنبه فرعی دارد. ولی قاعده تقابل تعهدات حتی در مرحله اجرای تعهد نیز قابل اعمال است حتی اگر در مرحله ایجاد تعهد، این تقابل وجود نداشته باشد؛ یعنی هرچند که در مرحله ایجاد عوضین (تعهد به دادن مال موهوب و تعهد به دادن شرط عوض)، بین آنها رابطه تقابل وجود ندارد، ولی وقتی تعهد به دادن دو عوض ایجاد شد این دو تعهد، در مرحله اجرا در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند و از این پیوند (تقابل تعهدات) این نتیجه حاصل می‌گردد که یا دو طرف بایستی به تعهد خود پایبند باشند و یا اینکه هیچ یک تعهدی نداشته باشند. در نتیجه بر اساس

قاعده تقابل تعهدات، وجود شرط عوض سبب می‌شود که واهب نتواند از حق رجوع خود استفاده نماید. همین دیدگاه را بر اساس تئوری موازنه نیز می‌توان مطرح نمود. بر اساس تئوری موازنه در تملیک، در هبه معوض دو تملیک وجود دارد که هرچند در منشأ متفاوت هستند ولی در اصل تملیک آنها موازنه وجود دارد. در نتیجه هرچند که عقد هبه اصولاً از سوی واهب قابل رجوع است، لیکن به جهت رعایت موازنه تملیک به تملیک در هبه معوض، این حق رجوع از بین می‌رود.

اینک این پرسش مطرح می‌شود که آیا شیوه قرار دادن عوض در هبه (شرط فعل، شرط نتیجه، دو هبه مستقل) تأثیری در لزوم و جواز عقد دارد؟ برای یافتن پاسخ این پرسش بایستی نحوه قرار گرفتن عوض در عقد هبه و ایجاد تقابل تعهدات در هر یک از این فروض را بررسی نماییم.

۴-۱. عوض در قالب شرط فعل

در هبه با شرط عوض، دو تعهد وجود دارد: تعهد واهب به دادن (تملیک) مال موهوب و تعهد متهد به اجرای شرط عوض. بر اساس قاعده کلی، واهب حق رجوع از هبه را دارد و اصولاً درج شرط نیز سبب لزوم عقد نمی‌گردد؛ چه اینکه شرط از حیث لزوم و جواز از عقد تبعیت می‌کند نه اینکه عقد از شرط تبعیت نماید. در خصوص تعهد متهد به اجرای شرط نیز باید توجه داشت که بر مبنای قاعده تبعیت شرط از عقد، مشهور است که شرط ضمن عقد جایز، جایز است. مقصود از این سخن آن است که طرفی که حق فسخ دارد می‌تواند با فسخ عقد از ایفای شرط نیز خودداری نماید (حسینی المرآغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۸۰) و الا تردیدی وجود ندارد که عقد جایز نیز تا زمانی که فسخ نشود الزام‌آور است و شرط ضمن آن نیز از همین الزام تبعیت می‌نماید. در نتیجه طرفی که مایل است از وفای به شرط خودداری کند باید از عقد نیز بگذرد. تبعیض روا نیست و آن دو (عقد و شرط) را یا باید با هم رعایت کرد و یا از هر دو چشم پوشید (کاتوزیان، ۱۳۸۰، پ، ج ۳، ص ۱۴۳)؛ چه اینکه شرط حدوثاً و بقائاً وابسته به عقد مشروط است و با آن پیوند دارد (شهیدی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۳۹). بنابراین چون هبه صرفاً از سوی واهب قابل رجوع است، وقتی متهد نمی‌تواند اصل عقد را فسخ نماید به طریق اولی امکان رجوع از شرط را نیز ندارد. با این استدلال و با عنایت به دیدگاه شهید ثانی و صاحب جواهر می‌توان گفت تا زمانی که عقد جایز فسخ نشده می‌توان الزام مشروطاً علیه (متهد) را به ایفای شرط از دادگاه خواستار شد (کاتوزیان، ۱۳۸۰،

پ، ج ۳، ص ۱۴۳ و کاتوزیان، ۱۳۸۰، الف، ج ۳، ص ۹۷).

با این اوصاف اگر بخواهیم قاعده تقابل تعهدات را اعمال نماییم نتیجه این خواهد بود که چون متهب ملزم به دادن عوض می‌باشد واهب نیز ملزم به ایفای تعهد خود است؛ یعنی حق رجوع از هبه را ندارد. در مقابل، این نتیجه نیز اتخاذ می‌شود که اگر شرط عوض به جهتی از جهات باطل باشد و یا تا زمانی که متهب، به شرط فعل عمل ننموده حق رجوع واهب باقی است و می‌تواند از هبه رجوع کند؛ زیرا در هبه معوض در صورتی که عوض به ثمر نرسد و واهب چیزی به عنوان عوض دریافت نکند حق رجوع او از بین نمی‌رود (محمدی و صفوی، ۱۳۹۱، ص ۷). این مفهوم از عبارت اخیر بند ۲ ماده ۸۰۳ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «... و عوض هم داده شده باشد» قابل استنباط است. بنابراین واهب تا زمانی که عوض را دریافت ننموده می‌تواند از یک سو الزام متهب به ایفای شرط را بخواهد و از سوی دیگر چون تا قبل از دادن عوض، هبه معوض لازم نمی‌باشد می‌تواند از هبه خود رجوع نماید. ولی اگر متهب عوض را بدهد (چنانکه بند ۲ ماده ۸۰۳ مقرر می‌دارد) واهب دیگر حق رجوع نخواهد داشت و هبه لازم می‌شود.

یکی از احکامی که از سوی فقها در باب هبه معوض مطرح شده آن است که در صورت رجوع متهب از عوض، واهب نیز می‌تواند از هبه رجوع نماید (علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۰۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۴۶۰ و شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۶۲). این حکم نیز منطبق بر نظریه تقابل تعهدات است؛ چه اینکه اگر در هبه، شرط شود که متهب مالی به واهب هبه نماید (شرط هبه به صورت شرط فعل)، چون شرط ضمن عقد، شرط فعل است متهب صرفاً باید مال مورد نظر را هبه نماید، ولی متعاقباً می‌تواند از آن رجوع کند؛ چه اینکه مفاد شرط تنها لزوم انعقاد هبه است نه حفظ و بقای آن و در نتیجه رجوع از این هبه، نقض شرط به حساب نمی‌آید (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۴، ص ۲۰۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، الف، ج ۲، صص ۹۹-۹۸ و طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۱۸۹). بدیهی است که اگر متهب از هبه‌ای که به عنوان شرط عوض انجام داده رجوع نماید و تعهد خود را از بین ببرد نظریه تقابل تعهدات ایجاب می‌کند که لزوم تعهد واهب نیز از بین رفته و هبه به ماهیت اصلی خود یعنی جواز بازگردد و در نتیجه واهب نیز می‌تواند از هبه خود رجوع نماید. البته باید توجه داشت که این حکم اختصاص به حالتی دارد که شرط عوض به صورت «شرط فعل انعقاد عقد هبه» باشد و الا اگر متهب شرط نموده باشد که کار یا تعهدی برای واهب انجام دهد و یا تملیک عوض در قالب عقدی لازم مثل صلح یا بیع صورت گرفته باشد حق رجوع برای متهب وجود ندارد.

۲-۴. عوض در قالب شرط نتیجه

هرچند که عمده فقها و حقوقدانان هرگاه که از شرط عوض سخن می‌گویند اصولاً این شرط را در قالب شرط فعل تحلیل می‌نمایند، لیکن به نظر می‌رسد مانعی وجود ندارد که شرط عوض در قالب شرط نتیجه در عقد هبه گنجانده شود، مانند اینکه در هبه شرط شود که واهب از دیونی که متهدب دارد بری شود یا مال متهدب به او انتقال یابد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، الف، ج ۳، ص ۹۷).

در این حالت هرچند هبه عقدی جایز است، ولی از آنجا که شرط ضمن عقد به صورت شرط نتیجه آمده موضوع شرط خود به خود محقق شده و تا زمانی که عقد پابرجاست امکان رجوع از شرط عوض وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۴، ص ۲۰۷ و طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۱۸۹). در نتیجه با توجه به اینکه متهدب نمی‌تواند از عقد و به تبع آن از شرط رجوع نماید، بر مبنای قاعده تقابل تعهدات، حق رجوع واهب نیز از بین رفته و عقد هبه لازم می‌شود. با از بین رفتن حق رجوع واهب و متهدب در هبه معوض، عملاً عقد برای دو طرف لازم خواهد بود مگر اینکه به دلیلی امکان ایفای تعهد واهب به دادن مال موهوب و یا تعهد متهدب به اجرای شرط، متعذر شود که در این صورت الزام طرف دیگر به ایفای تعهد نیز ممکن نبوده و برای وی حق فسخ ایجاد می‌شود.

تفاوت این مورد (عوض در قالب شرط نتیجه) و مورد سابق (عوض در قالب شرط فعل) در این است که اولاً در اینجا با انعقاد هبه، شرط نیز به عنوان شرط نتیجه خود به خود محقق می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، پ، ج ۳، ص ۱۵۴) و لذا بحث از الزام متهدب موضوعاً منتفی است. ثانیاً چون عوض در قالب شرط نتیجه در ضمن عقد آمده متهدب نمی‌تواند پس از تحقق شرط از آن رجوع نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۴، ص ۲۰۵). بنابراین اینکه گفته می‌شود اگر متهدب از عوض رجوع نماید حق رجوع واهب باز می‌گردد، شامل این مورد نبوده و اختصاص به موردی دارد که شرط عوض به صورت شرط فعل (آن هم لزوماً در قالب عقدی جایز مانند هبه) در عقد گنجانده شده باشد.

۳-۴. دو هبه مستقل در یک عقد

پیش‌بینی شرط عوض ساده‌ترین و مرسوم‌ترین شکل عوض است که به عنوان مثال غالب، در قانون مدنی آمده است. لیکن عوض ممکن است خارج از عقد هبه نیز مورد تراضی قرار گیرد بدین گونه که متهدب اعلام کند مایل است مالی را به واهب ببخشد و این هبه به عنوان عوض هبه سابق مورد قبول واهب قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، الف،

ج ۳، ص ۹۷) و آن دو عمل در حقیقت پیکر واحدی را تشکیل دهند (امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۸۱). بر این اساس می‌توان شکل سومی را نیز برای هبه معوض متصور شد بدین توضیح که در این فرض دو هبه مستقل در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند به گونه‌ای که هیچ یک از دو هبه را نمی‌توان به عنوان شرط ضمن عقد دیگری در نظر گرفت. بر همین اساس برخی اساتید هبه معوض را ترکیبی از دو تملیک گسسته دانسته و معتقدند هبه معوض، عقدی مرکب از دو هبه است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ب، ج ۴، ص ۸۴؛ ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۲۳ و امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۶۴). برخی از فقهای شافعیه نیز هبه معوض را چنین تحلیل نموده‌اند (علامه حلی، بی تا، ب، ج ۲، ص ۴۲۲).

پرسش اینجاست که آیا در این فرض نیز عقد هبه لازم می‌شود؟ بیشتر فقها و حقوقدانانی که در این خصوص بحث نموده‌اند، به این پرسش پاسخ مثبت داده و معتقدند که هر دو هبه در اینجا معوض است و هیچ یک از واهب و متهدب حق رجوع ندارند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۲۶۴ و امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۸۱). همچنین گفته شده که قانونگذار می‌خواهد در موردی که واهب به هر وسیله عوضی در برابر احسان خود دریافت نموده، او را از رجوع از هبه ممنوع سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، الف، ج ۳، ص ۹۷).

لیکن به اعتقاد ما آنچه سبب لزوم عقد هبه معوض می‌شود تقابل تعهدات واهب و متهدب است. در این حالت ما با دو هبه مستقل روبرو خواهیم بود که هر دو بر اساس مقررات حاکم بر هبه، از سوی واهب قابل رجوع می‌باشند. در نتیجه بر اساس قاعده تقابل تعهدات، هیچ یک از طرفین الزامی به پایبندی به تعهد خود ندارند و لذا در این فرض، عقد هبه لازم نخواهد شد. به عبارت دیگر تقابل تعهدات، در نتیجه مفهوم «شرطیت» در هبه معوض ایجاد می‌شود و در صورتی که بین دو هبه، ارتباط و تقابلی نباشد قاعدتاً هیچ یک از طرفین الزامی برای پایبندی به تعهدات خود نخواهند داشت.

پرسش دیگر این است که آیا اراده طرفین می‌تواند بر خلاف این امر توافق نماید و تعهدات ناشی از دو هبه مستقل را در مقابل یکدیگر قرار دهد تا بتوان بر مبنای «تقابل تعهدات» چنین عقدی را لازم دانست؟ به نظر می‌رسد که این امر ممکن است، لیکن نتیجه حاصله دیگر عقد هبه نخواهد بود و به عقد صلح بیشتر شبیه است؛ چه اینکه در تعهدات ناشی از عقد هبه اصولاً چنین تقابلی وجود ندارد مگر اینکه تعهد متهدب در قالب شرط ضمن عقد در مقابل تعهد واهب قرار گیرد، ولی نمی‌توان این تقابل را به خود عقد تسری داد. لذا به نظر می‌رسد که در چنین حالتی اگر اراده طرفین بر تقابل تعهدات و لزوم عقد باشد باید احکام صلح را بر آن جاری ساخت هر چند که طرفین، نام هبه بر آن نهاده باشند.

نتیجه

به اعتقاد فقها و حقوقدانان، بلاعوض بودن مقتضای ذات هبه نیست و طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر در عقد هبه، عوض قرار دهند. درج شرط عوض در عقد هبه آثاری بر اوصاف و احکام مترتب بر این عقد ایجاد نمی‌نماید. از آنجا که شرط عوض در هبه جنبه فرعی دارد وجود این شرط ویژگی مجانی بودن هبه را تغییر نمی‌دهد ولی سبب لزوم این عقد می‌شود. همچنین وجود شرط این امکان را برای واهب فراهم می‌آورد که متهب را به ایفای شرط الزام نماید. هرچند در هبه معوض، عوضین در مقابل یکدیگر قرار نگرفته و «تقابل عوضین» وجود ندارد ولی از آنجا که در مرحله اجرای عقد، تعهد متهب به اجرای شرط در مقابل تعهد واهب به دادن عین موهوبه قرار می‌گیرد می‌توان قاعده «تقابل تعهدات» را در هبه معوض اعمال نمود و همین قاعده می‌تواند احکام هبه معوض و به‌ویژه لزوم آن را که با سایر مبانی حقوق قراردادها سازگار نیست توجیه نماید. به موجب قاعده «تقابل تعهدات» که در حقوق آمریکا مطرح شده است، یا باید هر دو طرف عقد به تعهدات خود پایبند باشند یا هیچ‌یک الزامی به ایفای تعهدات خود نداشته باشند. نتیجه اینکه، در هبه معوضی که عوض داده شده و متهب امکان فسخ عقد و رجوع از شرط را ندارد، حق رجوع واهب نیز از بین خواهد رفت و عقد لازم می‌شود. البته باید بین حالات مختلف قرار دادن عوض در عقد هبه (شرط فعل، شرط نتیجه و دو هبه در یک عقد) تفاوت قائل شد که آثار هر یک در این مقاله به تفصیل مورد بررسی قرار گرفت. خلاصه اینکه تنها در صورتی که عوض از طریق مفهوم شرط (شرط فعل و یا شرط نتیجه) در عقد هبه گنجانده شده باشد تقابل تعهدات محقق می‌گردد و در صورتی که دو هبه در یک عقد قرار گیرد تقابل تعهدات وجود نخواهد داشت و عقد هم لازم نخواهد شد. همین مفهوم در نظام حقوقی ما بر اساس تئوری موازنه (موازنه در تملیک) نیز قابل استنتاج است بدین‌گونه که هرگاه عوض به واهب تملیک شده باشد رعایت موازنه ایجاب می‌کند که تملیک عین موهوبه از سوی واهب به متهب نیز غیر قابل رجوع باشد. پیوند این دو قاعده چنان است که به نظر می‌رسد قاعده تقابل تعهدات و تئوری موازنه (موازنه در تملیک) دو روی یک سکه‌اند.

توجه به نظریه «تقابل تعهدات» این نکته را نیز اثبات می‌نماید که چرا شرط عوض در سایر عقود جایز تأثیری در لازم شدن این دسته از عقود ندارد. در عقود که از سوی دو طرف جایز می‌باشد، از آنجا که هر یک از طرفین با فسخ عقد حق دارد عقد را منحل و شرط را بی‌اثر سازد طبیعتاً طرف مقابل نیز الزامی به ایفای تعهدات خود ندارد و در نتیجه حتی با وجود شرط عوض باز هم این عقود به عنوان عقد جایز تلقی می‌شوند.

فهرست منابع

الف. فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، کتاب فروشی اسلامیة، چاپ چهاردهم، تهران، ۱۳۷۳.
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۲، کتاب فروشی اسلامیة، چاپ نوزدهم، تهران، ۱۳۸۶.
۳. بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود و قراردادهای حقوق مدنی (۳)، نشر میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۱.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تئوری موازنه بر پایه اصالت عمل*، گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۱.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مسائل منطق حقوق و منطق موازنه*، گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴.
۷. ذهنی تهرانی، سید محمدجواد، *تشریح المطالب، شرح فارسی بر مکاسب*، ج ۵، انتشارات حاذق، چاپ اول، قم، ۱۳۶۹.
۸. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی، شروط ضمن عقد*، ج ۴، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۶.
۹. صفایی، سید حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، عقود معین (عقود اذنی، وثیقه‌های دین)*، ج ۴، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۲.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار*، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۹.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی، درس‌هایی از عقود معین*، ج ۱ و ۲، کتابخانه گنج دانش، چاپ یازدهم، تهران، ۱۳۸۷، (الف).
۱۳. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین (عطایا)*، ج ۳، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۰، (الف).
۱۴. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۸۰، (ب).

۱۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۰، (پ).
۱۶. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۸۷، (ب).
۱۷. محمدی، مازیار و صفوی، سید سعید، بررسی ماهیت فقهی و حقوقی شرط عوض در عقود غیر معوض (با تأکید بر عقد هبه)، نخستین همایش ملی فلسفه حقوق با تأکید بر فلسفه حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رامهرمز، ۱۳۹۱.
۱۸. مدنی، سید جلال‌الدین، عقود معین، ج ۵، انتشارات پایدار، چاپ دهم، تهران، ۱۳۹۰.
۱۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل، ضمانت اجرای شرط فعل حقوقی، فصلنامه حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۳، ۱۳۸۸.

ب. عربی

۲۰. آخوند خراسانی، محمدکاظم، حاشیه‌المکاسب، تصحیح و تعلیق سید مهدی شمس‌الدین، وزارت ارشاد اسلامی، الطبعة الاولى، تهران، ۱۴۰۶ق.
۲۱. اصفهانی، شیخ محمدحسین، حاشیه‌المکاسب، تحقیق شیخ عباس محمد آل سبّاح، ج ۴، دار المصطفی للاحیاء التراث، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۱۹ق.
۲۲. انصاری، مرتضی، کتاب‌المکاسب، ج ۳، مجمع‌الفکر الاسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۲۰ق.
۲۳. بحرانی، شیخ یوسف، حدائق‌الناضرة فی احکام‌العتره الطاهره، ج ۲۲، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۵ق.
۲۴. الجبعی‌العاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، مسالک‌الافهام‌الی تنقیح شرائع‌الاسلام، ج ۳ و ۶، مؤسسه‌المعارف‌الاسلامیه، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۱۴ق.
۲۵. حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل‌وسایل‌الشیعه‌الی‌تحصیل‌مسائل‌الشریعه، ج ۱۸، مؤسسه آل‌البیت‌علیهم‌السلام للاحیاء‌التراث، قم، ۱۴۱۴ق.
۲۶. حسینی‌المراغی، میر‌عبدالفتاح،‌العناوین‌الفقهیه، ج ۲، مؤسسه‌النشر‌الاسلامی‌التابعه‌لجماعه‌المدرسین، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۱۷ق.
۲۷. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر‌الاحکام‌الشریعه‌علی‌مذهب‌الامامیه، ج ۱، مؤسسه آل‌البیت (ع)، الطبعة الاولى، مشهد، بی‌تا، (الف).
۲۸. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره‌الفقهاء، ج ۱ و ۲، منشورات‌المکتبه‌المرتضویه‌لاحیاء‌الآثار‌الجعفریه، قم، بی‌تا، (ب).

۲۹. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۱۸ق.
۳۰. حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، انتشارات استقلال، الطبعة الثانية، قم، ۱۴۰۹ق.
۳۱. حلی، ابن ادريس، کتاب السرائر، ج ۳، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، الطبعة الثانية، قم، ۱۴۱۱ق.
۳۲. خوئی، سید ابوالقاسم، التنقیح فی شرح المکاسب، ج ۱، مؤسسه الامام خوئی، چاپ اول، نجف، ۱۴۲۵ق.
۳۳. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، تکمله عروه الوثقی، ج ۱، مکتبه الداوری، قم، ۱۴۱۴ق.
۳۴. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، عروه الوثقی، ج ۶، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۲۳ق.
۳۵. فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف حلی، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۲، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۸۷ق.
۳۶. مکی العاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین، اللمعه الدمشقیه، دار الفکر، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۱۱ق.
۳۷. نجفی خوانساری، شیخ موسی، منیه الطالب، تقریرات میرزا محمدحسین نائینی، ج ۳، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۱۸ق.
۳۸. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۸، دار الكتاب الاسلامیه، چاپخانه حیدری، چاپ سوم، تهران، ۱۳۶۸ش.

ج. انگلیسی

39. Anonymous, *Contracts: Mutuality of Obligation*, Michigan Law Review, Vol. 6, No. 4, 1908.
40. Lehman, Jeffrey & Phelps, Shirelle, *West's encyclopedia of American law*, Vol. 11, Thomson/Gale, Michigan, 2005.
41. Oliphant, Herman, *Mutuality of Obligation in Bilateral Contracts at Law*, Columbia Law Review, Vol. 25, No. 6, Jun., 1925
42. Welker, Robert F., *Mutuality of Obligation Not Necessary at Inception of Contract to Permit Its Subsequent Enforcement*, American Business Law Journal, Volume 10, Issue 1, 1972.

Jurisprudence and Legal Analysis of the Effects of “Consideration Clause” in Donation Contract Based on the Mutuality of Obligations Doctrine

Hojjat Mobayen *

Amin AmirHosseini **

Received: 31/03/2019

Accepted: 23/11/2019

Abstract

The parties can stipulate the “consideration clause” in the most gratuitous contract. Lawyers believe, with the stipulation of this clause, the gratuitous contracts don’t become a consideration contract, but this clause is effective on the nature and consequences of the contract. In this article, we have studied the effects of the consideration clause in the donation, as a most important of gratuitous contracts. The review of the specific provisions governing the donation with consideration shows that a certain basis that would justify these provisions, is not expressed in the legal and Feq books. The provisions governing donation with consideration, especially the irrevocability of this contract, can be explained and justify on the basis of the “Mutuality of obligations” theory. According to this theory, the stipulation of the consideration clause, in some forms of it, causing the mutuality of obligations in a donation and resulting donation with consideration to be irrevocable.

Key words: Consideration Clause, Donation, Revocable Contract, Mutuality of Obligations, Consideration.

* Assistant Professor at Law and Political Science Faculty of Shiraz University.
hojjat.mobayen@gmail.com

** PhD Student of Private Law at Shahid Beheshti University.
amin181170@chmail.ir