

فصلنامه علمی (مقاله علمی-پژوهشی) جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره دوم (پیاپی ۱۰) تابستان ۱۳۹۹، صص ۹۸۶-۹۶۴

## بررسی تطبیقی مبانی نظریه عوض در حقوق ایران و حقوق انگلستان

حسین تفویزی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۱۲

سیدپدرام خندانانی\* (نویسنده مسئول)<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۱۹

سوده حامدتوسلی<sup>۳</sup>

### چکیده

در حقوق ایران نقش عوض در جنبه الزام آور بودن قراردادها وضعیت چندان مشخصی ندارد. اما، از مطالعه استقرایی عقود معین چنین استنباط می‌شود که در اکثریت موارد بین غیرمعوض بودن و جواز یک قرارداد و معوض بودن و لزوم آن قرارداد، رابطه منطقی وجود دارد که این موضوع تداعی کننده نوعی هماهنگی بین نظام حقوقی ایران و نظریه عوض می‌باشد. در مقابل در حقوق انگلیس بطور کلی قرارداد در دو صورت معتبر و لازم الاجرا شناخته می‌شود. صورت اول اینکه رسمی و ممهور باشد، صورت دوم اینکه عوض پشتوانه آن باشد، از آنجا که اصل بر غیر تشریفاتی بودن قراردادها است، در حقوق انگلیس عوض در تمیز قراردادهای الزام آور از وعده های صرف، نقش تعیین کننده ای دارد. بنابراین، در صورتی که نظریه عوض در حقوق ایران مورد پذیرش واقع شود، می‌تواند به عنوان یکی از قواعد تکمیلی در تفسیر قراردادهای خصوصی و تعیین تعهدات طرفین اثربخش باشد.

کلید واژه: عوض، لزوم، جواز، قراردادها

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
 رتال جامع علوم انسانی

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق تخصصی، گروه حقوق، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی

h.tafvizi@yahoo.com

\*.آستادیار، گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

dr.khandani@gmail.com

آستادیار، گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

soodeh.hamedtavasoli@kiau.ac.ir

یکی از قواعد مربوط به قراردادها قاعده ای است که به آن اصل لزوم گفته می‌شود. این اصل ریشه در حقوق روم قدیم دارد و به *pacta sound seruanda* شهرت دارد. منظور از لزوم قرارداد غیرقابل انحلال بودن آن جز در مورد استثنایی فسخ، اقاله، حکم قانون و لزوم اجرای مفاد آن است که در برابر قرارداد جایز قرار می‌گیرد که آن به اراده یا فوت یا حجر هریک از طرفین صورت می‌گیرد و به موجب این قاعده هر قراردادی لازم الاجراست و مادامی که قرارداد باقی است لازم الوفاء می‌باشد.

در باب مبانی پایداری قراردادها نظریه های گوناگونی ارائه شده است. اما آنچه در این پژوهش مطمع نظر می‌باشد، نقش عوض در پایداری قراردادهاست، به عبارت دیگر، پژوهش حاضر درصدد یافتن پاسخ برای این پرسش است که آیا وجود یا فقدان عوض می‌تواند در لزوم و جواز(پایداری) قراردادها موثر باشد یا خیر؟

در تألیفات نویسندگان حقوقی کشورما و فقیهان اسلامی علی رغم تفکیک عقود معوض و غیرمعوض از یکدیگر و اشاره به آثار معاوضی بودن عقد، به این موضوع به دید یک قاعده ی حقوقی نگریسته نشده است. قانون مدنی ایران نیز درباره ی لزوم و جواز قراردادها حکم یکپارچه ای ندارد و همین امر موجب تشویش و تشتت در نظریات مولفین حقوقی درباره ی مبنای لزوم و جواز قراردادها شده است. از این رو، برخی مبنای لزوم و جواز را به حاکمیت اراده منتسب نموده اند. برخی با انکار حاکمیت اراده، لزوم و جواز را احکامی تشریعی و جعل شده از سوی شارع می‌دانند و بالاخره گروه سوم برای توجیه مبنای لزوم و جواز قراردادها به بنای عقلا (ضرورت حفظ ثبات معاملات) متوسل شده اند.

در مقابل در حقوق انگلیس وجود یا فقدان عوض لازم الوفاء یا نبودن قراردادها، نقش تعیین کننده ای دارد و اصولاً محاکم انگلیس قراردادی را الزام آور می‌شناسند که در آن تعهد یکطرف با عوضی متقابل حمایت و همراه شود. (۲۱: ۱۹۹۹, Atkins Street)

با توجه به اینکه پژوهش حاضر درصدد اثبات این امر است که وعده ها و تعهداتی که اشخاص بدون عوض در قبال دیگران می‌پذیرند، اصولاً الزام آور نیست نه اینکه هر عقد لازمی حتماً دارای عوض می‌باشد.

در حقوق ایران نقش عوض در لزوم و جواز قراردادها وضعیت چندان مشخصی ندارد. اما، از مطالعه استقرایی عقود معین چنین استنباط می‌شود که در اکثریت موارد بین غیر معوض بودن و جواز یک قرارداد و معوض بودن و لزوم آن قرارداد، رابطه منطقی وجود دارد که این موضوع تداعی کننده نوعی هماهنگی بین نظام حقوقی ایران و نظریه عوض می‌باشد. در مقابل در حقوق انگلیس بطور کلی قرارداد در دو صورت معتبر و لازم الاجرا شناخته می‌شود. صورت اول اینکه رسمی و مهور باشد، صورت دوم اینکه عوض پشتوانه آن باشد. از آنجا که اصل بر غیر تشریفاتی بودن قراردادها است، در حقوق انگلیس

عوض در تمیز قراردادهای الزام آور از وعده های صرف، نقش تعیین کننده ای دارد. بنابراین، در صورتی که نظریه عوض در حقوق ایران مورد پذیرش واقع شود، می تواند به عنوان یکی از قواعد تکمیلی در تفسیر قراردادهای خصوصی و تعیین تعهدات طرفین اثربخش باشد.

## ۱- مفهوم نظریه عوض و مبانی آن

### ۱-۱- مفهوم نظریه عوض

هنگامی که حقوقدانان می گویند یک قرارداد غیررسمی باید به وسیله عوض پشتیبانی شود، منظورشان این است که تعهدات باید در قالب معامله قرار گیرند (نه در حالتی که یک توافق از مذاکرات مقدماتی منتج شده است. بلکه در حالتی که تعهد، بخشی از یک معامله که دربرگیرنده منافع اقتصادی است، را تشکیل می دهد). (آدامز و برانزورد، ۱۳۹۰: ۱۲۲)

عوض نام فنی ارائه شده برای مشارکتی است که هر طرف در معامله انجام می دهد. در دعوی Tyre CoV Selfridge سال (۱۹۱۵) عوض اینطور تعریف شده است:

«عمل یا ترک عمل یک طرف یا تعهد وابسته به آن که در واقع ثمن برای تعهد طرف دیگر است و بنابراین، تعهد داده شده در قبال ارزش قابل اجرا است.» (رمضانی نوری، ۱۳۹۱: ۱۰۴)

پروفسور آتیه می نویسد: از نظر شروط عملی، عوض نقطه اصلی انجام معامله است. عوض چیزی است که شما می خواهید آنرا بدست آورید. اگر آن را دریافت نکنید (اگر عوض حاصل نگردد) معمولاً به نقض قرارداد منجر می گردد و عوض یعنی دلیلی برای اجرای یک تعهد. در طی سالیان متمادی دعاوی بسیاری مطرح شده که ایده عوض را تا حدی توسعه داده اند یکی از ارکان قرارداد است که بدون آن قراردادی لازم الاجرا نیست. (همان: ۱۰۶)

یکی از تعاریف عوض، که بسیار نقل می شود، تعریفی است که قاضی Lush در دعوی Cvrrie V Misa سال (۱۸۷۵) ارائه کرده است: «یک عوض معتبر از نظر قانون ممکن است مبتنی بر یک حق، بهره فایده یا منفعت حاصل شده برای یک طرف و یا یک ترک فعل تعهد شده، ضرر یا خسارت وارد شده و یا مسئولیت برعهده گرفته شده توسط طرف مقابل باشد.» (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۲: ۲۱)

سرفردریک پولاک (Sir Frederick Pollock) عوض را به سادگی بها یا قیمتی که برای آن وعده یا تعهد به وجود می آید، تعریف کرد. این نظریه در مجلس اعیان تصویب شده است؛ اما اگر این نظریه به عنوان تعریفی از عوض به شمار آید، ناقص است، به این خاطر که بسیار مبهم است و هیچ کمکی به تعیین این مسئله نمی کند که آیا عوض در گروه «حقایق معین» وجود دارد. نظریه ای که منجر به عدم

قطعیت بیشتری می‌شود این است که عوض دلیلی برای اجرای تعهدات و وعده‌ها معنا می‌دهد. (Atiyeh, ۱۹۷۱: ۶۰)

در حقوق انگلیس اگر قراردادی رسمی و مهمور نباشد، در صورتی معتبر و لازم‌الاجرا شناخته می‌شود که عوض پشتوانه‌ی آن باشد به عبارت دیگر متعهد له در صورتی می‌تواند برای اجرای قراردادی اقامه‌ی دعوا نماید که اثبات نماید در برابر آن عوض معتبر قانونی تدارک نموده است. نظریه‌ی عوض در واقع معیاری است برای تشخیص تعهدات قراردادی لازم‌الاجرا از وعده‌های صرف که فاقد ضمانت اجرایی هستند. در بیان فلسفه‌ی وجودی نظریه‌ی عوض به این نکته اشاره شده است که تمسک به نظریه مزبور در واقع برای کاستن از دامنه‌ی اجرایی تعهداتی است که در روابط معاملاتی اشخاص صورت می‌گیرد و با فاکتورهایی از قبیل اشتباه، اکراه، عدم مشروعیت و ... نمی‌توان آثار آن‌ها را ملغی نمود. (Treithel, ۲۰۰۲: ۶۷) زیرا در حقوق انگلیس اعتقاد عمومی بر این است که خلاف خرد جمعی است اگر پذیرفته شود که هرگونه تعهدی باید لازم‌الاجرا شناخته شود چرا که با این توصیف نظم و ثبات روابط معاملاتی در هم می‌ریزد و آزادی اراده به مخاطره می‌افتد.

## ۲-۱- عوض معتبر و مصادیق آن

در دعوی Currie V Misa (سال ۱۸۷۵)، اصطلاح عوض ارزشمند بعنوان نوعی حق، بهره، سود و یا منفعت به یک شخص یا نوعی ترک فعل، زیان، خسارت یا مسئولیت داده شده، تحمیل شده یا تعهد شده توسط دیگری تعریف شده بود. بنابراین، عوض ارزشمند یعنی هرگونه منفعت برای متعهد یا ضرر وارده به متعهد له که از نظر قانونی برای حمایت تعهد کافی است. به عبارت دیگر، آن عوض ثمن برای تعهد طرف دیگر است که خریده می‌شود. (Ibid)

عوض ایفاء شده یعنی عوضی که از سوی یک طرف به محض اینکه قرارداد منعقد می‌شود کاملاً اجرا می‌گردد. برای مثال آستون دوچرخه اش را در قبال ۲۰ پوند به بری می‌فروشد که بری توافق می‌کند پول آنرا هفته بعد بپردازد. اگر آستون دستگاه دوچرخه را فوراً تحویل دهد، عوض توسط آستون ایفاء شده است. (ibid: ۱۰۸)

## ۲-۲- شرایط عوض معتبر

شرایط عوض معتبر عبارتند از اینکه (الف) باید واقعی یا اصیل باشد، (ب) لازم نیست عوضین برابر باشند (ج) قانونی باشد (د) باید از طرف متعهدله پرداخت گردد (ه) باید ممکن باشد و (و) نباید مربوط به گذشته باشد. (Ibid)

## ۲-۱- واقعی بودن عوض

عوض باید واقعی یا اصیل باشد. محاکم تعهدات واهی یا مبهم یا تعهداتی را که در آن اصلاً هیچ منفعتی وجود ندارد یا جائیکه هیچ ضرری به طرفین تحمیل نمی‌کنند، اجرا نخواهند کرد. «واقعی بودن» عوض از طریق مراجعه به پرونده‌های ذیل قابل درک خواهد بود. (Ibid)

در دعوی White V Bluett (سال ۱۸۵۳). یک تعهد توسط یک پسر جهت دست برداشتن از شکایت مبنی بر اینکه با او مانند برادرش خوش رفتاری نمی‌شد، به عنوان عوض، تلقی نشد. این امر چیزی بیش از یک تعهد «نیازردن» پدرش نبود. (Ibid)

به همین ترتیب یک تعهد جهت انجام عمل درست برای حمایت از یک قرارداد، مبهم است.

در دعوی Glasbrook Bros V Glamorgan C.C. (سال ۱۹۲۵)، مدیران یک معدن زغال سنگ حفاظت پلیس را در زمان یک اعتصاب درخواست کردند و تقاضا کردند که پلیس باید در محوطه استقرار یابد. پلیس مهیا شد تا این کار انجام شود و بنابراین، بطور کلی، حفاظت امنیتی پلیس بیش از آنچه که در سرتاسر منطقه لازم بود اتخاذ شد. (Ibid)

در دعوی Collins V Godefroy (سال ۱۸۱۳). G احضاریه ای از دادگاه دریافت کرد که مستلزم حضور C بعنوان یک شاهد به نفع G بود. جی تعهد کرد تا جهت اتلاف وقت C، شش پنی به C بعنوان غرامت بپردازد. اما جی از پرداختن آن امتناع کرد و C علیه G اقامه دعوی کرد. رأی داده شد: ایفاء بوسیله C نمی‌تواند عوضی در قبال تعهد G برای پرداختن مبلغ مذکور باشد. (Ibid)

در دعوی Ward V Byham (سال ۱۹۵۶). پدر یک فرزند نامشروع طبیعی تعهد کرد یک پوند در هفته به مادر طفل بپردازد بشرط اینکه از فرزند بخوبی مراقبت شود و باعث خوشحالی وی شود. رأی داده شد: که تعهد الزام آور بوده است چرا که تعهد مادر منجر به چیزی بیش از تعهد قانونی صرف او نسبت به فرزند شده است. (Ibid)

صرف نظر کردن یا تعهد به انجام دادن عملی، اگر فقط قانون یا معیارهایی مانند عرف تشخیص دهد که آن عمل مقداری از ارزش اقتصادی برخوردار است، عوض خواهد بود. آن عمل ممکن است چنین ارزشی را داشته باشد هرچند که نتوان ارزش آن را دقیقاً تعیین کرد. اما «اعتبار واقعی» خودش به تنهایی عوض مناسب و کافی نیست. (Ibid: ۸۳)

اگر تعهدی برای عوضی داده شده باشد که آن عوض غیرواقعی و خیالی است، باید نادیده گرفته شود. چنین موقعیتی زمانی رخ می‌دهد که عوض ادعا شده شامل وعده یا تعهدی است که اجرای آن تعهد با علم و دانش طرفین، ناممکن است (Ibid)

۲-۲- لازم نیست عوضین برابر باشند.

این قاعده بدین معناست که عوض باید «دارای ارزش باشد اما لازم نیست که برابر باشد». این بدین معناست که اگر چیزی با ارزش داده شود، ولی برابر نباشد این عوض دارای اعتبار است. (رمضانی، ۱۳۹۱: ۱۰۴) هرچند عوض باید واجد مالیت باشد اما لازم نیست با مورد معامله از لحاظ ارزش مساوی باشد. محاکم ارزش معامله را مدنظر قرار نمی دهند، به شرط اینکه هریک از طرفین آنچه را که تعهد شده است دریافت دارد. (براوون، ۱۳۹۰: ۱۷۰)

تعهد برطبق قاعده عوض اجبار قراردادی ندارد مگر اینکه مقدار ارزش بدان داده شده باشد. اما به طور کلی محاکم نمی‌پرسند که آیا ارزش کافی داده شده است یا نه (Ibid: ۷۴: ۲۰۰۲, Treithel)، یا آیا توافق، سختگیرانه یا غیرمنصفانه بوده است یا نه. (Ibid: ۷۴) دلیل این نیست که محاکم نمی‌توانند وعده و تعهد هریک از طرفین را ارزشیابی کنند. محاکم باید زمانی که صدمات و خسارات را ارزشیابی می‌کنند، عادلانه رفتار کنند. محاکم نباید در معامله ای که به وسیله دو طرف صورت گرفته، مداخله کنند. در حقیقت زمانی که شخصی «خیلی زیاد» یا «خیلی کم» برای چیزی پرداخت نموده، ممکن است دلیل و مدرکی برای فریب یا اشتباه باشد یا دادگاه مجبور شود تا به شرطی به عنوان کیفیت مسئله مورد بحث اشاره کند یا با این سؤال مرتبط می‌باشد که آیا قرارداد اجرا نشده است. اما این مسئله به تنهایی بر اعتبار قرارداد تأثیر نمی‌گذارد. گاهی اوقات وضعیت قانونی منجر به نارضایتی می‌شود. (Ibid: ۶۸)

بر طبق تعریف قدیمی عوض، اگر هم ضرر به متعهدله و هم سود و منفعت به متعهد وجود داشته باشد، کافی و مناسب است. بنابراین، حتی اگر متعهد سود و منفعتی نداشته باشد، ضرر و زیان به متعهد له کافی است. (Ibid: ۶۸) عوض باید قانع کننده باشد اما لازم نیست کافی و مساوی باشد. یعنی چیزهای ارزشمند، بنابراین، خواه کم و یا ناچیز باشد، این مستلزم این نیست که دارای ارزش مساوی باشد. (Ibid: ۶۸)

اما این نظریه که نفوذ و منفعت برای متعهد به تنهایی کافی و بسنده است تا از شروط عوض باشد در تعدادی از پرونده ها تأیید شده است. در پرونده هایی که در آنها تعهد ها حتی اگر هیچ ضرر و زیان آشکاری برای متعهد نداشتند به دلیل وجود چنین سودی اجرا شده اند. (Cartwright, ۲۰۱۴: ۱۸)

عوامل بیشتری نیاز است تا پرونده ای مشمول یکی از استثناء ها قرار بگیرد: برای مثال، وجود رابطه ای که در آن یک طرف قرارداد قادر است سود و منفعت ناعادلانه ای را از طرف دیگر بگیرد، قاعده کلی نشان می‌دهد که هیچ معامله ای که نتیجه عمل متقابل نیروهای معمولی است، بی اعتبار نخواهد شد.

نیاز نیست عوض کافی و برابر باشد. قاعده کلی حقوق قرارداد این است که طرفین آزادند قراردادهایی را که بدان تمایل دارند منعقد کنند.

در دعوی Bainbridge V Firmstone (سال ۱۸۳۸). بریج به فیرم اجازه داد تا دو دیگ بخار متعلق به بریج را وزن نماید، به شرطی که آنها همانطور که قرض داده شده بودند، برگردانده شوند. اف، آنها را

به قطعاتی جهت وزن کردن تقسیم کرد و آنها را با همان وضعیت برگرداند. ب جهت جبران خسارت اقامه دعوی کرد. رأی داده شد که قراردادی برای برگرداندن دیگهای بخار به شکلی کامل وجود داشت. عوض داده شده بوسیله خواهان، عبارت بود از ترک تصرف دیگهای بخار برای مدت زمان هر چند کوتاه. جبران خسارت به نفع خواهان، داده شد. (Ibid: ۱۱۰)

در دعوی Haigh V Brooks (سال ۱۸۳۹). بروکس تعهد کرد اگر های تضمینی به او تسلیم کند، بروات معینی به او بپردازد. های تضمین را تسلیم کرد که بعداً معلوم شد غیر قابل اجرا است. (Ibid)

هرگاه ادعای تدلیس شود، مکفی بودن عوض بی ارتباط با آن نمی باشد. بنابراین، اگر الف بنحو متقابلانه ای اظهار دارد که تابلو اثر واقعی از ون گوگ است و ب در قبال تابلویی که در حقیقت بی ارزش است ۵۰۰۰۰ پوند بپردازد، کفایت عوض ارتباط زیادی با قصد فروشنده برای فریفتن خریدار دارد. (Ibid)

آیا یک تعهد برای پرداخت مبلغی کمتر از میزان دین می تواند عوض باشد؟ قاعده کلی مقرر در پرونده Pinnel's (سال ۱۶۰۲) این است که پرداخت یک مبلغ کمتر از میزان دین نمی تواند بعنوان ایفاء جهت دین موجود محسوب شود. (Ibid)

در پرونده Pinnel's (سال ۱۶۰۲) پی بخاطر ۸ پوند و ۱۰ سنت علیه سی اقامه دعوی کرد که سررسید آن دین در یازدهم نوامبر سال ۱۶۰۰ بود. سی ادعا کرد که بنابه تقاضای پی. او در اول اکتبر ۵ پوند و ۲ سنت و ۶ پی به P پرداخته و اینکه پی توافق کرده بود تا این پرداخت را بعنوان ایفای کامل دین اصلی به مبلغ ۸ پوند و ۱۰ سنت بپذیرد.

گرچه دادگاه براساس یک نکته فنی به نفع Pinnel's رأی داد، ولی همچنین مقرر کرده بود که پرداخت یک مبلغ کمتر در همان روز نمی تواند هیچ گونه ایفایی جهت تمام دین باشد. اما براین قاعده کلی استثنائات ذیل وجود دارند:

(۱) هرگاه بدهکار، بنا به تقاضای بستانکار، پرداختی زودتر از موعد ارائه کند، پرداخت زودتر از موعد به بستانکار چیزی می دهد که او مطلقاً مستحق آن نیست و این عوض محسوب می شود. مع الوصف پرداخت مبلغ کمتر از میزان دین بعد از موعد کافی نخواهد بود.

(۲) هنگامی که نحوه پرداخت تغییر کند. پرداخت یک دین باید از طریق تسلیم قانونی باشد. در دعوی Goddard V O'Brien (سال ۱۸۸۲) رأی داده شده بود که دادن یک چک در قبال یک مبلغ کمتر بعنوان ایفای دینی با یک میزان بیشتر اعطای چیزی مبلغ معادل می باشد و بدین ترتیب دین ساقط می گردد. دیدگاه جدید این است که دادن یک چک در پرداخت یک دین موجود تغییر نحوه پرداخت نیست: بنا به نظر قاضی دنینگ در دعوی شرکت با مسئولیت محدود سازندگان سی دی علیه ریس خلاصه شده است.

(۳) هنگامی که چیزی اضافه شود. (Ibid: ۱۱۱)

در این پرونده ها تغییر زمان یا نحوه پرداخت یا افزودن چیزی با ارزش باید با توافق و به نفع بستانکار باشد تا منجر به یک برائت ذمه معتبر شود.

### ۳-۲- مشروع و قانونی بودن عوض

عوض باید قانونی باشد. این واضح است. اگر تعهد کننده که متعهدله در قبال ۱۰ پوند، به خانه شخص دیگر دستبرد زند، این عمل الزاماً بعنوان عمل غیرقانونی محسوب می شود و در نتیجه باطل است. هیچ مجرمی جهت اقامه دعوی بر مبنای چنین قراردادی جسارت نخواهد داشت و اگر این کار را انجام دهد پلیس سریعاً پی به جرم او می برد، چرا که توافقش حداقل به تبانی کیفری منجر خواهد شد.

در دعوی *Pearce V Broohs* (سال ۱۸۶۶) مالک یک درشکه آن را به یک فاحشه مشهور بعنوان فاحشه خانه سیار اجاره داد. رأی داده شد که مالک، پی، نمی تواند جهت اجاره بهاء اقامه دعوی کند چرا که او از نحوه استفاده از درشکه برای انجام عمل زنا اطلاع داشته است.<sup>۱</sup>

در دعوی *Foster V Driscoll* (سال ۱۹۲۹) به منظور حمل دریایی ویسکی از انگلستان به ایالات متحده در طی دوره ای که عمل فوق ممنوع بوده و قراردادی منعقد شد. رأی داده شد: که ورود عوض (ویسکی) طبق قانون به یک کشور دوست (ایالات متحده) غیرقانونی بوده و قرارداد را باطل نمود.<sup>۲</sup>

سود و زیان ممکن است واقعی یا قانونی باشد. تعریف قدیمی عوض فاقد صراحت و دقت کافی است زیرا مفاهیم اصلی «سود» و «زیان» حداقل در دو مفهوم و معنا به کار رفته اند.<sup>۳</sup> نخست، آنها ممکن است به هر اقدامی اشاره کنند که دارای مقدار ارزش است یا ثانیاً، فقط به اقداماتی اشاره کنند که اجرای آنها هم اکنون از نظر قانونی از سوی متعهدله لازم و ضروری نیستند. در مفهوم نخست، در حقیقت عوض چنانچه سودی بدست آید یا متحمل ضرر شوند، وجود دارد.

دوم، زمانی که کلمات و واژگان مورد استفاده قرار گرفتند به این سود و زیان واقعی توجه نشده است، و با تصور آنچه که ممکن است سود و زیان نامیده شود، جایگزین شده است.

محاکم انگلیسی همواره به مفهوم این دو واژه «سود» و «زیان» توجه دارند. در بعضی موقعیت ها که بحث می شوند، بر سود واقعی تأکید شده است.<sup>۴</sup> حتی اگر ضرر و زیان قانونی نیز ارائه شده باشد، در حالی که در گذشته عدم وجود ضرر و زیان یا سود واقعی به عنوان تقلب یا فریب محسوب می شد و این بدان معنا می باشد که سود و زیان ممکن است ظاهری باشد.

<sup>۱</sup> - Ibid. P. ۱۱۱

<sup>۲</sup> - Ibid. P. ۱۱۲

<sup>۳</sup> - Treitel. G.H.op.cit.P. ۶۹

<sup>۴</sup> - Ibid.P. ۶۹



ممکن است یک محکمه سود واقعی برای متعهد را در چنین موقعیت هایی کافی و بسنده محسوب کند. حتی در غیاب سود قانونی برای او یا ضرر قانونی برای متعهدله، و ممکن است (اگرچه اصلاً قطعی نیست) این شیوه و رویکرد حداقل به بعضی از موقعیت ها نیز تسری و تعمیم پیدا کند، موقعیت هایی که در گذشته در محاکم بر سود و زیان قانونی اصرار و پافشاری داشته اند.<sup>۵</sup>

#### ۴-۲- ضرورت تدارک عوض از طرف متعهدله

اصلی که عوض باید از سوی متعهد له پیشنهاد شود. به این معناست که شخصی که به او وعده یا تعهدی داده اند فقط در صورتی می تواند آن را به مورد اجرا بگذارد که خودش عوض را برای آن پیشنهاد کرده باشد. اگر عوض از سوی شخص ثالثی پیشنهاد شده باشد این شخص (متعهد) دیگر چنین حقی نخواهد داشت. با این وجود نیاز نیست متعهد له کل عوض را برای تعهد فراهم آورد: بنابراین، او می تواند تعهدی را اجرا کند، که عوض برای آن تا حدودی به وسیله خودش و تا حدی به وسیله نماینده یا شریک او یا به وسیله همکار متعهدله دیگر او فراهم شده است. رابطه ای که بین متعهد و متعهد له وجود دارد به اصل نسبیت قرارداد مشهور است. از آنجا که طرفین قرارداد باید عوض تهیه نمایند، به عنوان یک قاعده کلی، بدین معناست که شخصی که بموجب قراردادی منفعتی دریافت می کند ممکن نیست به موجب قرارداد حقوق را اجرا کند، مگر اینکه او عوض را عرضه کرده باشد. به عبارت دیگر، هیچ بیگانه ای ممکن نیست به استناد قراردادی برای عوض اقامه دعوی کند. استثنائات خیلی کمی برای این قاعده وجود دارند.<sup>۶</sup>

دعوی Tweddle V Atkinson (سال ۱۸۶۱) T با دختر X ازدواج کرده بود. برای کمک به زوج X تعهد کرد که ۲۰۰ پوند به T در عوض پرداخت ۱۰۰ پوند از طرف پدر T به T پردازد. مع الوصف X قبل از اینکه او ۲۰۰ پوند را پرداخته باشد فوت کرد و در نتیجه T علیه X، وصی X اقامه دعوی کرد. رأی داده شد که T نمی تواند اقامه دعوی کند چرا که هیچ عوضی توسط T داده نشده بود. فقط پدر T جهت اقامه دعوی مستحق بود.<sup>۷</sup>

در حالی که عوض باید از سوی متعهد له پیشنهاد شود، نیاز نیست تا به متعهد منتقل شود. متعهدله ممکن است عوض را با ترک شغل یا کرایه آپارتمانی فراهم سازد. (Treithel, ۲۰۰۲: ۸۱) اگرچه از این اقدامات هیچ سود مستقیمی عاید متعهد نمی شود. عوض ممکن است همچنین از سوی متعهدله پیشنهاد شود بدون اینکه به متعهد منتقل شود، در جایی که متعهدله به درخواست متعهد با انعقاد قرارداد با شخص ثالثی، سود را به شخص ثالث می بخشد. (Ibid: ۸۱)

<sup>۵</sup> - Ibid.P.۸۱

<sup>۶</sup> - Ibid.P.۶۹

<sup>۷</sup> - Law Made Simple. op.cit. P.۱۱۲

<sup>۸</sup> - Ibid.P.۱۱۲

عوضی که مربوط به تعهدات گذشته باشد نمی تواند اکنون و در این قرارداد عوض قانونی شناخته شود. این قاعده عجیب به نظر می رسد اما مشکل نیست. (رمضانی، ۱۳۹۱: ۱۱۱)

به همین ترتیب در دعوی *Re McArdle* سال (۱۹۵۱) مردی خانه اش را برای بیوه اش، در زمان حیات او و سپس برای فرزندانش در وصیتنامه اش بجا گذاشت. تعمیراتی نسبت به خانه صورت پذیرفت، که آن بچه ها بعداً تعهد کردند، سهمی بپردازند. آنها در انجام این کار قصور کردند. وقتی تعهد صورت گرفته بود، تعمیرات قبلاً انجام شده بود. آن یک تعهد بلاعوض بود و عوض در قبال تعهد گذشته است.<sup>۹</sup> عوض و همچنین شرط معامله نباید گذشته باشد، شرط گذشته، دیگر شرط نیست، چرا که این شرط مربوط به گذشته بوده است و ارزش قانونی ندارد. (Sims et al, ۱۹۸۸: ۱۶۳)

در دعوی *Roscorla V Thomas* (سال ۱۸۴۲) T در قبال ۳۰ پوند اسبی به R فروخت. بعد از فروش واقعی T اظهار داشت که اسب سالم و عاری از هرگونه عیب است. اما اسب در حقیقت وحشی بود و R علیه T اقامه دعوی کرد. رأی داده شد: که R نمی تواند بر مبنای این صحبت فروشنده که اسب وحشی نیست مطالبه خسارت کند. فروش قبل از زمانی که تضمینی مبنی بر صحت و طبیعت کاملاً آرام اسب صورت گیرد، واقع شده بود. بنابراین، این خسارت ادعا شده قسمتی از عوض را تشکیل نداد.<sup>۱۰</sup> تعهدی که عوض واقع می شود باید ناظر به انجام دادن چیزهایی در آینده باشد. طرف قرارداد نمی تواند عملی را که قبلاً انجام یافته، به عنوان پیشنهاد یا ایجاب کند و عوض قرار دهد.<sup>۱۱</sup>

در تعیین اینکه آیا عوض مربوط به گذشته است دادگاه ملزم به تحقیق و کارشناسی در این قضیه نمی باشد.

عمل یا اقدامی که در گذشته صورت گرفته در صورتی می تواند عوض برای یک تعهد باشد که سه شرط را داشته باشد: ۱- عمل باید به درخواست و تقاضای متعهد انجام شده باشد. (Treithel, ۲۰۰۲: ۷۸) ۲- باید اطلاع داشته باشد که پرداخت انجام شده است؛ ۳- اگر در آغاز تعهد پرداخت شده باشد، از نظر قانونی قابل استرداد و وصول است.<sup>۱۳</sup> یکی از شروط قاعده عوض این است که عوض قبلی، عوض

<sup>۹</sup> - Law Texts همان، ص ۱۱۲

<sup>۱۰</sup> - Ibid. P. ۱۱۲

<sup>۱۱</sup> - براون، GCSE LAW ترجمه، رحیمی خجسته، حسین، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۰، ص ۱۷۲.

<sup>۱۲</sup> - Treithel.G.H.op.cit. P. ۷۸

<sup>۱۳</sup> - Ibid. P. ۷۸

معتبری محسوب می‌گردد.<sup>۱۴</sup> تعهد به انجام کاری که شخص از قبل ملزم به انجام آن است نمی‌تواند عوض محسوب شود.<sup>۱۵</sup>

### ۳ - استثنائات بر قاعده عوض و مصادیق آن

گرچه قاعده اساسی کامن لا این است که عوض برای تأمین یک قرارداد ساده معتبر ضروری است، اما استثنائاتی بر این قاعده وجود دارد. این استثنائات نشان می‌دهند چطور اصول منصفانه برای اجرای عدالت جهت تعدیل قواعد خشک کامن لا عمل می‌کنند.<sup>۱۶</sup> استثنائات مزبور عبارتند از: تعهد مشروط، انجام تکالیف قانونی، تعهدات متقابل، انصراف از اقامه دعوی. در ذیل به بررسی این استثنائات می‌پردازیم:

#### ۱-۳- تعهد اخلاقی

تلاشی در قرن هجدهم و اوایل قرن نوزدهم صورت گرفت تا عوض را به گونه‌ای تعریف کنند که «تعهدات اخلاقی پیشین» را نیز در برگیرد. برطبق این نظریه حکم صادر شد که امین ترکه یا قیم چنانچه دارایی کافی از فرد متوفی در اختیار داشته باشد تا بدهی ماترک را بپردازد شخصاً مسئول تعهد های پرداخت ماترک است و نیز تعهد پرداخت بدهی تعهد شده به خاطر اعلام ورشکستگی قبل از اعلام ورشکستگی الزام آور است و وعده پرداخت بدهی مشمول قانون مرور زمان یا بدهی متعهد شده در طی دوران عدم بلوغ (خردسالی) نیز الزام آور بود. در این موارد گفته شده است که عوض برای وعده یا تعهد، تعهد اخلاقی متعهد جهت پرداخت بدهی می‌باشد.

در این متن اصطلاح «تعهد اخلاقی» در مفهوم محدودی به کار رفته بود. به مواردی محدود شده بود که در آنها تعهد قبلی متعهد از نظر قانونی قابل اجرا نبود یا در دادگاه خاصی که دعوی در آن مطرح شده بود، زیرا دارای بعضی عیوب و نقص های قانونی بود.<sup>۱۷</sup>

بسیاری از پرونده هایی که در آنها برطبق نظریه قدیمی «تعهدات اخلاقی» رأی به الزام آور بودن قراردادها داده شده است، اکنون به شیوه دیگری به پیش می‌روند.

برای مثال، مدیر ترکه که دارایی فرد متوفی را در اختیار دارد به هیچ وجه شخصاً مسئول تعهد پرداخت ماترک نیست؛ یا مسئول تعهدات الزام آور پرداخت کامل بدهی وارده به خاطر ورشکستگی نیست، مگر

<sup>۱۴</sup> - میرمحمدصادقی، حسین، مسایل تحلیل از حقوق قراردادها در انگلستان، چاپ اول، تهران نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۱۲۴.

۱۵ - همان، ص ۱۶۷

<sup>۱۶</sup> - Ibid. P. ۱۱۳

<sup>۱۷</sup> - Treithel.G.H.op.cit .P.۷۹

اینکه با عوض تازه ای پشتیبانی شود؛ و همین طور در زمینه وعده و تعهد پرداخت بدهی قبل از اینکه مشمول قانون مرور زمان شود، مسئول نیست<sup>۱۸</sup>.

در دعوی Hughes V Metropolitan Railway Co (سال ۱۸۷۷) H، موجر، یک اخطار شش ماهه برای تعمیر بعضی از خانه ها براساس اجاره به MR (مستأجر) داد. یک ماه بعد H برای خرید خانه ها با MR مذاکره کرد. با اتکا بر این MR خانه ها را تعمیر نکرد. بعد از ۲ ماه مذاکرات به شکست انجامید. بعد از شش ماه H جهت مطالبه خسارت از MR در قصور کردن از تعمیر اقامه دعوی کرد (مجلس اعیان) رأی داد انصاف باید کامن لا را لغو کند همانطور که مذاکرات عملاً تعهدی بود که H تا زمانیکه مذاکرات ادامه دارد خواسته هایش را اجرا نکند، MR بر این مذاکرات اتکاء کرد. بنابراین، هیچ تعمیراتی انجام نشد<sup>۱۹</sup>.

### ۲-۳- تعهد مشروط

در حقوق انگلیس اگر تعهدی منوط به شرطی شده باشد و آن شرط برآورده نشود، از این رو، تعهد اصلی نیز اجراء نخواهد شد و در واقع تعهدات مشروط، تعهداتی هستند که با تعهد دیگری پیونده خورده اند. دعوی Central London Property Trust Ltd V High Trees House Ltd (در سال ۱۹۴۷). در سال ۱۹۳۷ خواهان ها یک بلوک ساختمانی با اجاره ۹۹ ساله (از طریق سند رسمی) با اجاره ۲۵۰۰ پوندی در سال به خواندگان اجاره داده بودند. با شروع جنگ و مهاجرت متوالی مردم از لندن تنها طبقات کمی اجاره داده شده بودند. سپس خواهان ها برای کاهش اجاره به ۱۲۵۰ پوند در سال با خواندگان قراردادی منعقد کردند. خواندگان که قصد فسخ اجاره را داشتند، در این شرایط آن اجاره را ادامه دادند. قرارداد بطور کتبی صورت پذیرفته بود نه به موجب سند رسمی و از سال ۱۹۴۱ تا ۱۹۴۵ به آن عمل شد. آنگاه وقتی که تمام طبقات کاملاً اجاره داده شدند، خواهان ها اجاره کامل ۲۵۰۰ پوند از سال ۱۹۴۱ را مطالبه کردند. اساس ادعا این بود که هیچ عوضی برای تقلیل مورد توافق در سال ۱۹۴۱ وجود نداشته است. قاضی Denning رأی داد: که خواهان ها برای دریافت اجاره کامل از سال ۱۹۴۵ مستحق بودند چرا که در توافق سال ۱۹۴۰ یک شرط ضمنی وجود داشت مبنی بر اینکه وقتی موقعیت زمان جنگ پایان یابد، اجاره باید به جای اولیه برگردد. آن برای اجاره دادن به خواهان ها جهت رجوع به تعهدشان نسبت به سالهای ۱۹۴۱ تا ۱۹۴۵ غیرمنصفانه خواهد بود، زیرا به استناد آن خواندگان اجاره را برای مستأجرانشان کاهش داده بودن و به استناد این حقیقت که این توافق از اجرا شدن تأثیرات خشک قانونی اولین قرارداد ممانعت کرد آن یک نمونه از تعهدات مشروط بود. (Ibid: ۱۱۴)

### ۳-۳- انجام تکالیف قانونی

<sup>۱۸</sup> - Ibid. P. ۸۰

<sup>۱۹</sup> - Law Made Simple. op.cit. P. ۱۱۴

تعهدات و تکالیفی که برعهده هر شخص محول گردیده و یا توافق شده و در واقع آن تکالیفی می باشد که طبق قانون می بایست توسط متعهد انجام پذیرد و متعهد در قبال آن عوضی دریافت می کند آن عوض، عوض قانونی می باشد و اما اگر متعهد عوض بیشتری برای اجرای وظیفه قانونی و یا تعهد موجود مطالبه نماید، آن عوض مواجه با مشکل قانونی می باشد زیرا عوض خوبی نیست.

اینکه معلمی در مقابل آموزشگاهی تعهد نماید که در ازای پول بیشتر، با حداکثر توانایی خود تدریس خواهد کرد، عوض خوبی در مقابل پولی که مطالبه می کند، نخواهد بود، زیرا این وظیفه اوست که به این شکل مذاکرات انجام پذیرفته و توافق شده درس بدهد.<sup>۲۰</sup>

بنابراین، به بررسی این تکالیف در ذیل می پردازیم:

### ۱-۳-۳- وظیفه وضع شده به وسیله قانون

وظیفه وضع شده به وسیله قانون (در برابر وظیفه وضع شده به وسیله قرارداد) پاسخ های مختلفی را دریافت کرده است که به قرار ذیل می باشد:

#### ۱-۱-۳-۳- نظم عمومی

منابع قدیمی در نظم عمومی وجود دارند دال بر این که صرف تعهد به اجرای وظیفه ای که قانون قبلاً بر شخص تحمیل کرده است عوض معتبری محسوب نمی شود. اما اعتبار این دعوی با توجه به تصمیمات بعدی تردید آمیز است.

حکم واقعی این است که پول پرداخته شده به حکام رسمی یا مأمور از گیرنده وجه قابل وصول است، زیرا به صورت اخاذی و تظاهر به داشتن اختیار و سمت مأمور اخذ شده است و اگر چنین تعهداتی نیز از طرف مأمور قانونی داده شده باشد باز هم به دلایل اینکه از نظر نظم عمومی شکل ناپسند و نامطلوبی از اکراه و اجبار (با اخاذی) می باشد و یا اینکه مأمور تعهداتی غیرقانونی داشته است.<sup>۲۱</sup>

#### ۲-۱-۳-۳- اجرای وظیفه به عنوان عوض

تعهدهای پرداخت جایزه برای اخذ اطلاعات درباره مجرمان ممکن است منجر به بازداشت جنایتکار شود، اغلب تا سال ۱۹۶۸ اجرا شده اند. هرچند شخصی که چنین اطلاعاتی داشت ملزم بود تا آن اطلاعات را به پلیس اطلاع دهد، و اگر چنین نمی کرد بدون تردید مرتکب جرم سنگینی می شد. ولی نظم عمومی با اجرای چنین تعهدهایی مرتکب اشتباه نشده بود، زیرا این تعهداتی که از طرف پلیس داده شده بود ممکن بود مردم را ترغیب به جستجوی اطلاعات کند و از این رو، موجب دستگیری متهمین و

<sup>۲۰</sup> - براون، GCSE LAW، ترجمه رحیمی خجسته، حسین، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۰، ص ۱۷۱.

<sup>۲۱</sup> - Treithel.G.H.op.cit.P.۹۲

اجرای عدالت می‌شد. این موارد نشان می‌دهند که عمل یا اقدامی ممکن است عوض به نظر برسد یا به منزله عوض باشد حتی اگر از نظر قانونی انجام آن عمل وظیفه عمومی باشد.<sup>۲۲</sup>

در دعوی Williams V Williams (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۲: ۱۶۸)، قاضی Corddening اظهار داشت: «تعهد به اجرای یک وظیفه موجود به نظر من یک عوض کافی برای حمایت از یک تعهد می‌باشد، مشروط بر آن که چیزی که با منافع عمومی در تضاد باشد در معامله وجود نداشته باشد.» همان: (۱۶۸)

### ۳-۱-۱-۳- عوض های دیگر

شخص می‌تواند با انجام یا تعهد دادن به کاری بیش از آنچه که می‌بایست انجام دهد، عوض را فراهم سازد که چنین عوضی با آن حال که بیشتر انجام پذیرفته است مشکل قانونی ندارد و قابل پذیرش است.

از این رو، صاحبان معدن، در پرونده Gelam aranko V Gelasbroch که از خشونت اعتصاب کنندگان هراس داشتند خواستار تعداد بیشتری از پلیس حفاظت شدند که به طور منطقی تصور می‌شد نیاز است و تعهد دادند تا هزینه‌ها را بپردازند. رأی داده شد که مقامات پلیس برای این تعهد، با ایجاد حفاظت بیشتر عوض را فراهم کرده بودند، بنابراین این تعهد قابل اجرا بود. نشان می‌دهد که پرداخت وجه می‌تواند برای خدمات «ویژه پلیس» مطالبه شود که این خدمات ویژه به درخواست و تقاضای شخصی که بدانها نیاز داشته صادر و انجام شده است. چنین درخواست یا تقاضایی از رفتار ناشی می‌شود یعنی شخصی رویدادی را برنامه ریزی می‌کند که نمی‌تواند امنیت آن را بدون چنین خدمات ویژه ای تأمین کند. با این استدلال باشگاه فوتبالی که مسابقات را در زمین خودش برگزار می‌کند. مسئول پرداخت هزینه به مقامات پلیس برای برقراری نظم مسابقات است. چنین مسئولیتی بدون در نظر گرفتن قرارداد ایجاد می‌شود. (۴۳: ۲، Treithel)

### ۳-۱-۲- وظیفه وضع شده به وسیله قرارداد با متعهد

وظایف قراردادی، وظایفی می‌باشند که طرفین تعهد در قرارداد خویش توافق و تراز کرده اند که به بررسی موارد مختلف آن به قرار ذیل می‌پردازیم:

صرف اجرای یک وظیفه قراردادی موجود، عوض جدیدی را برای تعهد تشکیل نمی‌دهد و قاضی Mocata در دعوی «North oshen Co V Hunday Co» این را قانون درستی دانست. (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۲: ۱۶۹)

### ۳-۱-۲-۱- موارد یا پرونده هایی که در آنها هیچ عوضی وجود ندارد

موارد یا پرونده هایی وجود دارد که اصلاً ذکر از عوض بیان نگردیده و دادگاه با اتکاء به نظم عمومی در چنین مواردی حکم می دهد. نظریه اینکه هیچ عوضی برای تعهد جدید B وجود ندارد نخست در پرونده های مطرح شد که در آنها دریانوردانی که خود را ملزم ساخته بودند تا در سفر دریایی خدمت کنند، صاحبان کشتی به آنها وعده دست مزد بالاتر داده بودند چنانچه وظایفشان را با کار در کشتی انجام دهند. رأی داده شد که این وعده ها الزام آور نبودند. در اصل این نتیجه گیری براساس دلایل نظم عمومی بود که اجرای چنین وعده هایی ممکن بود منجر شود دریانوردان از اجرا و انجام قراردادهای اصلی خود سرباز زنند مگر اینکه به آنها تعهد پرداخت اضافی داده شود. (Treithel, ۲۰۰۲: ۹۴)

اکنون به طور کلی تر دیدگاه و نظریه غالب این است که تعهدهای جدید در گروه پرونده های حاضر به خاطر بلاعوض بودن غیرقابل اجرا هستند، به نظر می رسد دلیل این دیدگاه این باشد که متعهدله متحمل هیچ ضرر و زیان قانونی نشده است. نمی توان چنین وعده هایی که در مثال به دریانوردان داده شده بود بعنوان عوض قانونی به اجراء گذارد. (Ibid: ۹۵)

### ۲-۱-۳- سود و منفعت واقعی برای متعهد

در جایی که شخصی وظیفه قراردادی خود را مقروض بودن به شخص ثالثی بداند و آن را انجام بدهد (یا تعهد دهد تا انجام دهد) با توجه به اینکه سود حاصله در عوض وظیفه قراردادی کسب شده است، این سود واقعی به عنوان عوض در نظر گرفته می شود. (Ibid: ۶۹)

بحث چشم پوشی و صرف نظر کردن نشان می دهد تعهد جدید به وسیله B در عوض انجام وظیفه A در قبال B برطبق قرارداد اولیه بین آنها، الزاماً به خاطر اجبار و اکراه صورت نگرفته است، و انجام وظیفه A ممکن است در واقع به B سود برساند. در جایی که هر دو این شروط مناسب و برآورده شده اند حکم داده شده است که A می تواند وعده و تعهد جدید B را به مورد اجرا بگذارد عامل و رکن اصلی سود و منفعت واقعی مورد تأکید بود.

### ۳-۱-۲- عوض های دیگر

متعهد له ممکن است با انجام دادن یا تعهد دادن به انجام بیش از آنچه که براساس قرارداد اصلی ملزم به انجام آن بوده، عوض دیگری را برای تعهد جدید فراهم کند. بنابراین دریانوردی اگر در طی سفر دریایی، سمتهای شغلی دیگری نیز به او محول شده باشد و از این رو، وظایف مضاعفی را تعهد و قبول کرده باشد، مستحق اضافه دستمزد است.

همین اصل در پرونده ای به کار رفته بود که سازندگان کشتی افزایشی در قیمت توافقی برای ساخت نفت کش مطالبه کردند. به این دلیل که پول رایجی که با آن پرداخت صورت گرفته بود کم ارزش شده بود. قرارداد از سازندگان می خواست تا ضمانت نامه اجرایی بدهند، و رأی داده شد که آنها عوض را

برای وعده آتی و احتمالی صاحبان فراهم کرده اند تا با افزایش برابر در ضمانت نامه اجرایی آنها، افزایش بها را بپردازند. (Ibid: ۹۶)

در جایی که قرارداد با آگاهی یا با تراضی و رضایت طرفین تعیین شده است. بنابراین، تعهد پرداخت دستمزد بالاتر به کارمندی پس از اینکه او به طور قانونی قراردادش را به وسیله آگهی مشخص و تعیین کرده است، الزام آور است. یا طرفین ممکن است توافق کنند تا قرارداد را فسخ کنند و قرارداد جدیدی با میزان پرداخت بالاتر را جایگزین کنند. (Ibid: ۹۷)

### ۳-۱-۳- تعهدات متقابل (دوجانبه)

اگر فروشنده ای تعهد دهد تا کالایی را ظرف مدت ۶ ماه تحویل دهد و خریدار در زمان تحویل کالا بهای آن را بپردازد، بلافاصله عقد لازم به وجود می آید که هیچ یک از طرفین نمی تواند از آن اعراض یا صرف نظر کند. البته نمی توان درخواست اجرای قول و تعهد را تا زمان تعیین شده نمود. (Spark, ۲۰۱۳: ۴۱)

در توضیح اصلی که تعهدات متقابل می توانند عوض همدیگر باشند، در نگاه نخست ممکن است اینگونه به نظر برسد که در اجرای تعهدات متقابل و الزام آور، دادن تعهد یا وعده صرف ضرر و زیانی ندارد، در دریافت آن نیز سود و منفعتی ندارد. اما اینگونه نیست که شخص، تعهدی می دهد متحمل ضرر و زیانی خواهد شد به این دلیل که از نظر قانونی ملزم به اجرای آن بوده است، زیرا، اگر این الزام و تعهد درباره یک وعده مطرح شده است، باید در مورد سایر وعده ها و تعهدها نیز مطرح شده باشد، از این رو، «شرح و تفسیر» مسأله مورد اختلاف است. احتمالاً دلیل این اصل و قاعده ساده تراست... از این رو آنها شرط عوض در مورد تعهدات متقابل را فراهم می سازند.

وعده یا تعهد در صورتی که اجرای آن در نظر گرفته شود بعنوان تعهدات متقابل محسوب می شود.

در دعوی Doc Builders Ltd V Rees (سال ۱۹۶۶). پیمانکاران D و C در قبال کار انجام شده برای آر، ۴۸۲ پوند مطالبه کردند. خانم آر می دانسته که پیمانکاران D و C در مشکلات مالی قرار دارند برای تسویه حساب کامل از طریق چک ۳۰۰ پوند را قبول نمود و اظهار داشت که اگر پیمانکاران آن مبلغ را قبول نکنند به آنها همان مبلغ ۳۰۰ پوند را نیز پرداخت نمی کند. پیمانکاران دی و سی برخلاف میلشان قبول کردند اما بعداً جهت باقیمانده ۱۸۲ پوند اقامه دعوی کردند. رأی داده شد که پیمانکاران D و C می توانند ادعای جبران خسارت نمایند. هیچ عوضی برای توافق پیمانکاران جهت دریافت کمتر وجود نداشت. همچنین آنها از مطالبه باقیمانده پول ممنوع نمی باشند. زیرا آقا و خانم ریس با ایجاد تهدیداتی نسبت به پیمانکاران بطور غیرمنصفانه عمل کرده بودند. (McKendrick, ۲۰۱۲: ۸۹)

### ۳-۲- مصالحه و چشم پوشی از ادعا



سه موقعیت، ضرورت بحث حاضر را ایجاد می‌کنند. در موقعیت نخست، شخصی تعهد می‌دهد تا ادعای معتبر و قانونی را اجرا نسازد، در موقعیت دوم ادعایی که او تعهد می‌دهد تا انجام ندهد بی اعتبار یا مورد تردید است، و در موقعیت سوم، در واقع او به سادگی از اجرای ادعا صرف نظر می‌کند، بدون اینکه تعهد یا وعده ای جهت انصراف بدهد که به بررسی موارد ذیل می‌پردازیم:

### ۱-۲-۳- ادعای قانونی و غیرقانونی

وعده و تعهد اجرا نکردن ادعای معتبری، صریحاً عوض خوبی برای یک تعهد است که در مقابل داده می‌شود. برای مثال اگر A به خاطر غفلت یا اهمال پذیرفته شده توسط B، متضرر شود، می‌تواند به نحو موثری در مورد ادعا مصالحه یا سازش کنند، و تعهد A در این مورد که B را تحت پیگرد قرار نمی‌دهد، عوضی برای وعده B فراهم می‌کند تا خسارت یا غرامت توافق شده را بپردازد.

دادگاه به سادگی استنباط یا استدلال می‌کند که یک طرف قصد داشته تا حقوق و ادعاهایی را واگذار کند که از آنها ناآگاه بوده و نمی‌توانسته مطلع بوده باشد. به نظر می‌رسد نکته اساسی و تعیین کننده در پرونده SAVALI (Bank of Credit and Commerce international) این بود که هیچ یک از طرفین نمی‌توانسته از این امکان مطلع بوده باشند که کارمند ممکن است به موجب قانون، ادعای خسارت های معنوی مانند بدنامی (اعاده حیثیت) داشته باشد. اگر کارفرما از این امکان مطلع بود، به هیچ وجه کارمند در این مسئله موفق نمی‌شد. با این وجود کارمند با آگاهی دعوی مزبور را مصالحه و حل و فصل می‌کند. (Ibid : ۸۸)

### ۲-۲-۳- ادعاهای بی اعتبار و مورد تردید

ادعاهایی هستند که یا اعتبار قانونی ندارند و یا در اعتبار آنها شک است.

#### ۱-۲-۲-۳- ادعاهای شناخته شده بی اعتبار

تصور می‌شد که وعده و تعهد A، ادعایی بی اعتبار بود و هیچ عوضی برای وعده ای که در عوض به B داده بود وجود نداشت، زیرا B اگرچه طرف تعهد نبود، و از تعهد A سودی نمی‌برد و ادعایی نیز نداشت در عین حال این ادعا به دلیل ناچیز و کم ارزش بودن چشم پوشی و صرف نظر شد. از این رو، می‌بینیم ادعاهایی مورد شناسایی قرار می‌گیرد و حتی مطرح و اقامه می‌شود ولی به دلیل معتبر نبودن عوض چنین ادعایی بی اعتبار بوده و آثار قانونی بر آن بار نمی‌شود. (Treithel , ۲۰۰۲ : ۸۸)

#### ۲-۲-۲-۳- ادعاهای مورد تردید یا مشکوک

در جایی که ادعایی به موجب قانون مورد تردید است، ممکن است منجر به ضرر و زیان خواهان و سود و منفعت طرف دیگر شود. (Ibid : ۸۸)

بنابراین، چنین تعهدی، عوض خوبی برای تعهد متقابل است که به وسیله طرف دوم داده می‌شود، یعنی به خاطر اینکه یک طرف مبلغی پول را به طرف دیگر پرداخت می‌کند، طرف اول نیز تعهد می‌دهد تا از ادعای خود صرف نظر کند. (Ibid: ۸۸)

پس می‌بینیم چنین ادعاهایی نیز ظنی و با تردید اظهار می‌گردد قابلیت استماع را نداشته و مواجهه با رد می‌باشد.

### ۳-۲-۲-۳- ادعایی که به اشتباه معتقدند با اعتبار است

مواردی هم وجود دارند که مدعی فکر می‌کند که ذی حق است و ادعایش قانونی است ولی پس از طرح دعوی یا بررسی متوجه می‌شود که اشتباه استنباط می‌کرد، و هیچ حقی ندارد و نمی‌تواند ادعایی داشته باشد و یا حتی فکر می‌کرده که عوض دارای ارزش و مالیت است که بعداً متوجه می‌گردد که چنین نیست.

### ۴- تعارض قاعده ی عوض با سایر قواعد

#### ۴-۱- تعارض با برخی از مقررات عقود معین

از بررسی استقرایی عقود جایز این امر قابل استنباط است که بین غیرمعضوض بودن قرارداد و جواز آن رابطه وجود دارد.

از طرف دیگر در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه که مهمترین منبع الهام بخش نویسندگان قانون مدنی در تنظیم مقررات عقود معین بوده است لازم بودن عقود معوض امری مسلم و پذیرفته شده می‌باشد و در بیان آثار معاوضی بودن عقود، به لازم بودن به عنوان یکی از اساسی ترین این آثار اشاره شده است. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۷۴) پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

#### ۴-۲- تعارض با اصل لزوم

مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی که حکم قراردادهای خصوصی و عقود غیرمعین را بیان می‌کند مفاد این ماده برخلاف گفته پاره ای از نویسندگان (صفایی، ۱۳۵۱: ۱۷۵) به هیچ وجه مبین لزوم یا جواز اینگونه قراردادها نیست و از سایر مواد قانون مدنی نیز حکمی در این خصوص به دست نمی‌آید. نویسندگان حقوقی نیز در این مورد بحثی را مطرح ننموده، و تنها یکی از آنان (حائری، ۱۳۷۳: ۷۱) در این باره می‌گوید: «قراردادهای مذکور اصولاً لازم هستند مگر اینکه برای طرفین یا یکی از آن دو حق فسخ وجود داشته باشند».

مهم ترین مسأله ای که اعمال قاعده ی عوض را در نظام حقوق قراردادهای ایران با مشکل مواجه می نماید، پذیرش اصل لزوم قراردادها در این نظام حقوقی است. بر مبنای اصل لزوم، هرگاه در لازم یا جایز بودن عقد شک و تردید پیش آید و دلیل ویژه ای هم بر هر یک موجود نباشد با جاری ساختن اصل مزبور، لزوم عقد نتیجه گرفته می شود. البته، در فقه برخی از فقیهان (نراقی، ۱۴۱۷ ه.ق: ۸) حاکمیت چنین اصلی را انکار کرده و مدعی شده اند که اصل، عدم لزوم است مگر اینکه لزوم عقدی ثابت شود.

اما آنچه که مسلم است بسیاری از نویسندگان حقوق مدنی (امامی، ۱۳۶۸: ۲۳ و صفایی، ۱۳۹۰: ۱۷۴) و نیز فقها این اصل را معتبر و یکی از پایه های استنباط احکام در حقوق اسلامی می دانند.

در تألیفات فقهی مبنای اصل لزوم را عموماً همانند «اوفوا بالعقود» دانسته اند و نویسندگان حقوق مدنی نیز ماده ۲۱۹ ق.م را مبنای اصل مذکور معرفی می نمایند. یکی از حقوقدانان در این باره می نویسد: «اصل لزوم» یکی از قواعد حقوق است که حکم لزوم را به عنوان حکم اصلی برای عقود مقرر کرده است. مفاد اصل لزوم عقود یک حکم ظاهری نظیر آنچه در اصول عملی انعکاس دارد، نیست و این اصل منحصرأً برای رفع سرگردانی در موارد مشکوک، وضع نشده بلکه حکمی است واقعی که از ضروریات زندگی معاملاتی جامعه، ریشه گرفته و برای عقود ثابت شده است. به این جهت ماده ۲۱۹ ق.م و عموماً فقهی در موقعیت وضع یک حکم واقعی قانونی، لزوم را به عقود نسبت داده است نه در مقام رفع تحیر و بلا تکلیفی. (شهدی، ۱۳۷۹: ۲۵۷ - ۲۵۸)

در پاسخ این ادعا می توان بیان داشت که: در پذیرش اصل لزوم و مزایای عملی آن تردیدی وجود ندارد، اما مسأله اساسی این است که در نظام عقود معین، علی رغم پذیرش اصل لزوم، بیش از نیمی از قراردادهایی که احکام آن ها توسط شارع مقدس مقرر گردیده، به صراحت جایز اعلام شده اند که این امر نیز برخاسته از ضروریات زندگی اجتماعی است. حال با توجه به این موضوع چگونه می توان ادعا نمود که هر قرارداد خصوصی که اشخاص برای رفع نیازهایشان بین خود منعقد می نمایند، در هر صورت باید لازم دانسته شود. مگر در مصالح و ضروریاتی که شارع را بر آن داشته که عقود معین را به عقود لازم و عقود جایز تفکیک و احکام آنها را بیان نماید، در قراردادهای خصوصی که تعدادشان هم غیرمحصور و بی شمار است، وجود ندارد؟

ولی اگر معیار عوض پذیرفته شود- که این موضوع با توجه به بررسی استقرایی انجام یافته در این پژوهش از روح مقررات عقود معین قابل استنباط است- در حقیقت معیاری واقعی به دست می آید که بر مبنای آن به سهولت می توان در باب لزوم یا جواز قراردادهای خصوصی داوری نمود.

به نظر می رسد که آنچه که اصل لزوم بیان می کند، حکمی ظاهری است که صرفاً به دلیل ضروریات نظام معاملاتی مقرر شده، اما محتوای قاعده ی عوض برخاسته از ملاحظات اقتصادی است که حکمی واقعی و خردپسند را بیان می دارد، به بیان دیگر در حقوق ایران نیز با پذیرش چند مورد استثنایی که از قاعده ی

عوض تبعیت نمی‌کنند، می‌توان ادعا نمود که در اکثریت موارد بین غیرمعوض بودن و جواز یک قرارداد و معوض بودن و لزوم آن قرارداد رابطه‌ی منطقی وجود دارد و این در مرحله‌ی ثبوتی است و مقدم بر مرحله‌ی اثبات که محل استناد به اصل لزوم می‌باشد.



## الف - نتیجه

نتایج حاصل از تحقیق حاضر به شرح ذیل است:

۱- در این پژوهش نتیجه ایی که از حقوق انگلیس می گیریم این است که لزوم و جواز قراردادها به عوضین قرارداد بستگی دارد، به معنای دیگر اگر قراردادی لازم باشد بایستی دارای عوض نیز باشد، در حقوق انگلیس به طور کلی قرارداد در دو صورت معتبر و لازم الاجرا شناخته می شود صورت اول اینکه رسمی و مهور باشد، صورت دوم اینکه عوض پشتوانه آن باشد. پس می بینیم وجود یا فقدان عوض در بود یا نبود قابلیت الزام آور در قراردادها، نقش تعیین کننده ای دارد و محاکم انگلیس قراردادی را الزام آور می شناسند که در آن تعهد یکطرف با عوض متقابل حمایت و همراه شود.

۲- راجع به حقوق ایران نیز می توانیم بگوئیم: از آنچه که تاکنون درباره ی قاعده عوض و مزایای آن نسبت به اصل لزوم گفته شد نتیجه ی ذیل حاصل می گردد:

نظام حقوقی و (قانون مدنی) ایران درباره ی لزوم و جواز قراردادها حکم یکپارچه ای ندارد و همین امر موجب تشویش و تشتت در نظریات مولفین حقوق درباره ی مبنای لزوم و جواز قراردادها شده است و اصل لزوم نیز نتوانسته به طور کامل این مشکل را برطرف سازد و نبود راهکار مناسب در تشخیص و تمیز لزوم و جواز قراردادها در حقوق کشور ما، سردرگمی فراوانی را برای حقوق دانان به وجود آورده است و فقدان اعمال قاعده ی عوض در حقوق ایران بیشتر نمایان می شود.

## ب- پیشنهادات

در صورتی که قاعده ی عوض در حقوق ایران پذیرفته شده و بر اصل لزوم ترجیح داده شود به عنوان یکی از قواعد تکمیلی در تفسیر قراردادهای خصوصی و تعیین تعهدات طرفین اثربخش خواهد بود چرا که در مورد لزوم و جواز عقود معین اصولاً ابهام خاصی وجود ندارد و تکلیف لزوم و جواز آن ها توسط قانونگذار مشخص شده است و از مطالعه استقرایی عقود معین استنباط می شود که در اکثریت موارد بین غیرمعوض بودن و جواز یک قرارداد و معوض بودن و لزوم آن قرارداد، رابطه منطقی وجود دارد که این موضوع تداعی کننده نوعی هماهنگی بین نظام حقوق ایران و نظریه عوض می باشد. و در واقع هر عقد معوض لازم است، در عقد غیرمعوض نوعاً جایز است، مگر به خاطر مصالحی استثناء شده باشد.

از آنجا که اصل آزادی قراردادی در ماده ۱۰ق.م تشریح شده در باب قراردادهایی می توانند درباره لزوم یا جواز آن ها تصمیم گیری نمایند لکن اگر در چنین قراردادی طرفین موضوع لزوم یا جواز را مسکوت گذارده باشند را می تواند با استناد به قاعده ی عوض به عدالت درباره ی لازم یا جایز بودن قرارداد مزبور اتخاذ تصمیم نماید و اگر احیاناً در مواردی بر مبنای قاعده ی عوض که معیار آن ثبت به اصل لزوم

واقعی تر است نیز تکلیف لزوم یا جواز قراردادی مشخص نشود به عنوان آخرین راهکار به اصل عملی لزوم عقود استناد خواهد شد و با نظر به اینکه تاکنون هیچگونه بررسی و تحقیق جامعی پیرامون چنین موضوع مهم بحث برانگیز، به عمل نیامده است، این مهم می‌تواند حقوق دانان با بررسی و تأمل، با ارائه طریق، بتوانند زمینه تجدیدنظر و یا اصلاحاتی را در قانون مدنی توسط قانون گذار، جهت استفاده از قاعده عوض به عنوان یکی از قواعد تکمیلی در تفسیر قراردادهای خصوصی و تعیین تعهدات طرفین با تصویب و اضافه شدن ماده ای به قانون مدنی را محقق کنند و به نظر نگارنده، مثلاً مواد ۱۸۵ و ۱۸۶ قانون مدنی در تعریف عقد لازم و جایز بدین قرار اصلاح گردد:

ماده ۱۸۵ قانون مدنی «عقد لازم عقدی است معوض و به وسیله عوض قانونی حمایت و پشتیبانی شده باشد و برای طرفین الزام آور بوده و هیچ یک از طرفین قرارداد حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه».

### منابع و مأخذ :

#### الف - منابع فارسی

- ۱- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ هفتم، تهران، اسلامیه، ۱۳۶۸، ص ۲۳، صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، چاپ دوازدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰
- ۲- براون، GCSE LAW ترجمه، رحیمی خجسته، حسین، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۰
- ۳- جان.ان. آدامز و راهبر براونزورد، تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان، ترجمه، موسوی، سیدمهدی
- ۴- حائری، مسعود، اصل آزادی قراردادها و تحلیل از ماده ۱۰ قانون مدنی، چاپ دوم، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۳
- ۵- رضائی نوری، محمود، ترجمه تحت اللفظی و روان LAWTEXTS قسمت قراردادها، چاپ هفتم، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۹۱
- ۶- رضائی، نوری، محمود، ترجمه تحت اللفظی و روان LAW TEXTS قسمت قراردادها، چاپ هفتم، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۹۱
- ۷- رضائی، نوری، محمود، ترجمه تحت اللفظی و روان Law Texts، چاپ هفتم، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۹۱
- ۸- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی اصول قراردادها و تعهدات»، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات عصر حقوق، ۱۳۷۹
- ۹- صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، «تعهدات و قراردادها»، چاپ اول، تهران، انتشارات مدرسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱

- ۱۰- محقق داماد، سیدمصطفی، قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، سیدحسن، عبدی پور، ابراهیم، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۹
- ۱۱- میرمحمدصادقی، حسین، مسایل تحلیل از حقوق قراردادها در انگلستان، چاپ اول، تهران نشر میزان، ۱۳۸۲
- ۱۲- نراقی، ملاحمد، عوائد الایام، چاپ اول، قم، مرکز نشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق

#### ب- منابع لاتین

- ۱-Atkins Street,Thomas , "The History and Theory of English Contract Law" , Beard Books, ۱۹۹۹.
- ۲-Atiyah . consideration in contract: A Fundamental Restatement. 1th.ed (canbera ۱۹۷۱)p. ۶۰
- ۳-Cartwright, John , "Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer" , A&C Black, ۲۰۱۴ .
- ۴-McKendrick,Ewan , "Contract Law: Text, Cases, and Materials" , OUP Oxford, ۲۰۱۲ .
- ۵-Sim.R.S and etc. A Level English Law. ۶th.ed. London.Butter. ۱۹۸۸.P.۱۶۳