

Comparative Analysis of the Influence of "Consideration" and Reasonable Reliance on the Type of the Contractual Obligations in Iranian and British Laws

Heydar Khodadadi

Ph.D. Student, private law, Isfahan University, Isfahan, Iran.
(Email: h.khodadadi59@gmail.com)

Rasul Mazaheri Kuhanestani*

Assistant Professor in private Law at Isfahan University, Isfahan, Iran.

(Received: 2020/06/13, Accepted: 2020/09/07)

Abstract

Most legal experts believe that contract brings about obligation and for this reason, as long as the contract is valid the parties are required to follow its content. Contrary to the aforementioned view, the study of contracts in Iranian law shows that some contracts (e.g. representation) are not associated with certain obligations rather they are just a token of one's right to represent someone. Nevertheless, one cannot deny that such contracts as representation, endowment or reward are considered to be binding under a number of conditions. The main challenge of the present essay is identification of the source of bindingness of some contract and the analysis of the type of obligation resulted from the contract. The authors after the comparative evaluation of the extensions of the obligation in Iranian and British laws have concluded that the inclusion of the price in the contract leads to the emergence of obligation of the conclusion and creation of normal confidence on behalf of the parties leads to the obligation of the means for another party. Acceptance of the theories of price and normal confidence in Iranian law will lead to the emergence of a new basis for the bindingness of the contracts and also the creation of a barrier for prevention from the right. In addition to the above results, distinguishing between the obligations of the result and the obligations of the means will be useful in the mechanism of the demonstration of the violation of the contractual obligations.

Keywords

Consideration Theory, Reasonable Reliance Theory, Obligation of Means, Obligation of Result.

مطالعات حقوق تطبیقی
دوره ۱۱، شماره ۲
پاییز و زمستان ۱۳۹۹
صفحات ۵۵۱ تا ۵۷۰ (علمی - پژوهشی)

تحلیل تطبیقی نحوه تأثیر عوض و اعتماد متعارف در نوع تعهدات قراردادی در حقوق ایران و انگلیس

حیدر خدادادی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان
(Email: h.khodadadi59@gmail.com)

رسول مظاهری کوهانستانی*

استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۲۴، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۶/۱۷)

چکیده

از نگاه اغلب حقوق دانان، عقد سبب تعهد بوده، به همین دلیل تا زمانی که عقد پابرجاست، تبعیت از مفاد آن برای طرفین لازم است. برخلاف نظر پیش گفته، بررسی قراردادهای در حقوق ایران نشان می‌دهد مقتضای بعضی عقود (مانند وکالت) تعهد نبوده، تنها موجب اختیار و نیابت‌اند. با این حال، نمی‌توان انکار کرد که عقود از قبیل وکالت، ودیعه یا جعاله تحت شرایطی الزام‌آور قلمداد می‌شوند. چالش اصلی این نوشتار شناسایی علت تعهدآور بودن برخی عقود و سپس تحلیل نوع تعهد ناشی از قرارداد است. نگارندگان این نوشتار با بررسی تطبیقی مصادیق تعهد در حقوق ایران و انگلیس به این نتیجه دست یافته‌اند که اندراج عوض در قرارداد موجب تعهد به نتیجه، و وجود اعتماد متعارف از سوی یکی از طرفین، سبب ایجاد تعهد به وسیله برای دیگری خواهد بود. پذیرش نظریات عوض و اعتماد متعارف در حقوق ایران موجب پدید آمدن مبنایی جدید برای لزوم قراردادهای و همین‌طور ایجاد مانعی برای جلوگیری از سوءاستفاده از حق خواهد بود. افزون بر نتایج پیش گفته، تمییز تعهدات به نتیجه از تعهدات به وسیله در چگونگی اثبات نقض تعهدات قراردادی نیز مفید خواهد بود.

واژگان کلیدی

تعهد به نتیجه، تعهد به وسیله، نظریه اعتماد متعارف، نظریه عوض.

مقدمه

در اغلب نظام‌های حقوقی مفهوم عقد با تعهد رابطه‌ای تنگاتنگ دارد. برخی از اندیشمندان عقد را سبب تعهد خوانده، توافقی که تعهدآور نباشد عقد ندانسته‌اند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱: ۶۲). عده‌ای دیگر از این قرابت و رابطه پیش‌تر رفته، بین مفاهیم عقد و تعهد قائل به این‌همانی شده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲: ۱۷۶). در فقه امامیه نیز عبارت برخی فقها با مضمون «کلُّ عقدٍ عهدٌ» مؤید همین نظر است (خمینی، ۱۴۲۸ق: ۱۲۱). در نگاه نخست، به نظر می‌رسد قانون مدنی ایران در ماده ۱۸۳ از این نظر پیروی کرده و مانند ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه، عقد را سبب تعهد دانسته است. با وجود این در قانون مدنی عقود به چشم می‌خورد که به خودی خود موجب تعهد نیست؛ برای مثال عقد وکالت برای وکیل تنها موجب اختیار است و از آن رو که سالب اختیار موکل نیست، برای وکیل الزام‌آور تلقی نمی‌شود. همین‌طور اگر عقد ودیعه را از عقود رضایی بدانیم، با ایجاب و قبول تعهدی برای مستودع ایجاد نخواهد شد؛ چراکه بدون قبض و سلطه بر مال، تعهد به نگهداری و استرداد موضوعاً منتفی خواهد بود. در واقع در عقود این‌چنینی تعهد مستودع و وکیل زمانی آغاز می‌شود که تصرفی در مورد قرارداد صورت گیرد (فصیحی‌زاده و نیازی، ۱۳۹۷: ۲۰۲) و به این ترتیب، تعهد ناشی از تصرف خواهد بود و نه عقد ودیعه یا وکالت. بنابراین می‌توان گفت در حقوق ایران برخی عقود تعهدآور بوده، برخی فاقد تعهدند. حقوق دانان بسیاری با این نظر مخالفت نموده و برای اثبات لازم‌الاتباع بودن تمامی عقود به ماده ۲۱۹ قانون مدنی استناد کرده‌اند. برخی از ایشان ماده ۲۱۹ را مؤید اصل لزوم قراردادها دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۲۶). نگاه دقیق به این ماده نشان می‌دهد، ماده یادشده تنها در مقام بیان لازم‌الاتباع بودن عقود لازم است، چراکه در قسمت اخیر ماده به‌عنوان استثنا، عبارت «مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شوند» را آورده و بدیهی است اقاله و اختیارات قانونی مخصوص عقود لازم‌اند. از سوی دیگر با توجه به شرط هم‌جنسی مستثنی با مستثنی‌منه، باید صدر ماده را نیز مربوط به عقود لازم دانست. برخی دیگر با تمییز اصل لزوم از اصل لازم‌الاتباع بودن قراردادها، ضمن رد ارتباط ماده ۲۱۹ با اصل لزوم، آن را ناظر بر اصل لازم‌الاتباع بودن عقود دانسته‌اند (رحیمی و کریمی، ۱۳۹۱: ۸۱)؛ به این ترتیب که تا زمانی که عقد اعم از لازم یا جایز وجود دارد، اتباع از مفاد آن بر طرفین لازم است. چنانچه بپذیریم ماده ۲۱۹ مربوط به عقود لازم است، این تحلیل نیز نادرست خواهد بود؛ چراکه لازم‌الاتباع بودن را باید صفت عقود لازم بدانیم.

آنچه گفته شد به معنای نفی وجود تعهد در تمامی عقود جایز نیست؛ هرچند دیدیم که ماده ۲۱۹ ارتباطی با عقد جایز یا تعهدآور بودن این نوع عقد ندارد. برای مثال در نظر بگیرید که شخصی قصد اکتشاف مناطق ناشناخته‌ای از جنگل را دارد و به همین دلیل با یکی از بومیان

منطقه عقد جعله‌ای منعقد می‌کند، آیا می‌توان در میان راه و در بین خطرهای جنگل به عامل حق داد که با استناد به جواز جعله، عقد را فسخ کرده، به خانه بازگردد؟ یا پدری را فرض کنید که زمینی را برای ایجاد بنا به فرزندش عاریه می‌دهد، آیا می‌توان به پدر حق داد تا مطابق مقررات قانون مدنی پس از ساخت بنا از عاریه رجوع کرده، فرزند را به قلع بنا ملزم نماید؟ چنانچه بپذیریم در صورت‌های پیش‌گفته تعهداتی وجود دارد که مانع سوءاستفاده عامل و معیر از حق رجوع خود می‌شود با این چالش مواجه خواهیم شد که این چه نوع تعهدی بوده و با تعهد یادشده در عقود لازم چه تفاوتی دارد؟ آیا می‌توان برای تعهدات ناشی از عقود لازم و جایز مبانی متفاوتی در نظر گرفت؟ با وجود تألیفات گسترده حقوق‌دانان در باب تعهدات، نه تنها توجه چندانی به نقش عوض و اعتماد متعارف در شکل‌گیری تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله نشده است، بلکه برخی حقوق‌دانان این تقسیم‌بندی را فاقد نتیجه عملی دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۹۳: ۵۴). در میان نوشته‌های حقوقی که به این مسئله پرداخته‌اند، می‌توان به کتاب «حقوق تعهدات تعهد به وسیله و به نتیجه» تألیف عبدالحمید مرتضوی اشاره کرد. نویسنده در این کتاب پیرامون معیار تمایز تعهد به وسیله و به نتیجه قلم زده، مطالب موجود در مقاله «مطالعه تطبیقی تعهد به وسیله و به نتیجه در فقه، حقوق فرانسه و ایران» را که با همکاری محمدعیسی تفرشی تألیف شده، تفصیل داده است. با این حال، کتاب و مقاله یادشده در مورد نقش عوض و اعتماد متعارف در تعهدات قراردادی ساکت بوده و همین‌جا، انگیزه نگارش این نوشتار است.

نظریه عوض در نظام حقوقی کامن‌لا ریشه دارد و نظریه اعتماد متعارف به‌تازگی در این نظام گسترش یافته که البته در حقوق انگلیس با تعبیری متفاوت و دامنه‌ای محدودتر مطرح شده است. بیان این نکته لازم است که تفکیک تعهدات به وسیله و به نتیجه حتی در حقوق انگلیس نیز با منتقدان جدی روبرو است (Dupuy, 1999: 375)؛ اما آنچه در این مقاله مد نظر است، اثبات تأثیر نظریه‌های عوض و اعتماد متعارف در حقوق ایران و شناسایی این نظریه‌ها به‌عنوان مبنای تعهدات قراردادی است. در این راستا، نگارندگان این مقاله، نخست ماهیت تعهد به وسیله و نتیجه و همین‌طور آرای حقوق‌دانان پیرامون این نوع تعهدات را بررسی کرده، سپس با مطالعه نظریات عوض و اعتماد متعارف، آن‌ها را با تعهدات قراردادی یادشده تطبیق خواهند داد.

۱. تعهدات و اقسام آن

حقوق‌دانان تعهد در معنای عام را معادل الزام، شرط، عهد، عهده، التزام و به‌طور خلاصه تمامی تکالیف و حقوق دینی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۹). باب سقوط تعهدات در قانون مدنی ناظر به همین معنای عام تعهد است. تعهد ممکن است ناشی از اقتضائات مختلفی از جمله

اخلاقی، اجتماعی یا حقوقی باشد. تعهد در معنای حقوقی را «رابطه‌ای که نتیجه آن انتقال مال یا انجام دادن فعل یا ترک فعل معین یا اسقاط یک اثر حقوقی باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۰۹) تعریف کرده‌اند. در حقوق ایران مانند حقوق فرانسه اسباب تعهدات را به وقایع و اعمال حقوقی تقسیم کرده، سپس عقد را از اقسام اعمال حقوقی قرار داده‌اند (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۲۵). منابع تاریخی حقوق انگلیس نیز مبحث تعهدات کامن‌لا را برآمده از مباحث پیچیده تعهدات در حقوق روم می‌دانند (Ibbeston, 2001: 1). حقوق دانان انگلیسی تعهد را به‌عنوان یک امر حقوقی، مسبب در نظر گرفته‌اند و به‌جای آنکه اسباب ایجاد تعهد را به عمل و واقعه حقوقی تقسیم کنند و سپس مصادیق هریک را بررسی نمایند، اموری از قبیل قانون، وعده، قرارداد، و مناسبات اجتماعی را منشأ تعهدات دانسته‌اند (Black's Law Dictionary, 2011: Obligation).^۱ مرور متون حقوقی قرن نوزدهم نیز نشان می‌دهد که حقوق دانان انگلیسی تمایلی برای دسته‌بندی و تمییز انواع تعهد از یکدیگر نداشته، به‌طور کلی تعهدات را ناشی از چهار سبب می‌دانسته‌اند: ۱. تعهدات قراردادی و نقض آن؛ ۲. تعهدات ناشی از شبه جرم (Delictual Obligation)؛ ۳. تعهدات ناشی از شبه قرارداد (Quasi-contractual obligations) و ۴. تعهدات غیرمستقیم ناشی از توافقات مانند نکاح و تراست (Lawrence Clark, 1894: 13-14). به‌تازگی قسم دیگری به این دسته‌بندی با عنوان تعهدات مربوط به اعاده (Restitutionary Obligations) اضافه شده است که شامل تعهداتی از قبیل بازگرداندن مال به دلیل دارا شدن بلاجهت است (Anson & Others, 2010: 23).^۲ به‌نظر می‌رسد عدم تقسیم دقیق تعهدات و نظام‌مند ساختن آن‌ها تعمدی و به دلیل فراغت قضات از چارچوب‌ها بوده باشد. یکی از تقسیم‌بندی‌های تعهد که ریشه‌های آن به نظام حقوقی رومی- ژرمنی می‌رسد، تقسیم به تعهد به وسیله و به نتیجه (Obligation of Result and Mean (Conduct)) است (Crawford and Others, 2010: 375). البته این تقسیم‌بندی در نظام‌های حقوقی ایران، کامن‌لا و حتی فرانسه مخالفان جدی دارد. یکی از مهم‌ترین دلایل مخالفان این تقسیم‌بندی، نبود معیار دقیق در تمییز و در نتیجه عدم کارایی آن است.

امروزه اصطلاحات تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه از حقوق مدنی به تعهدات بین‌المللی حکومت‌ها و همین‌طور تعهدات دولت در برابر شهروندان سرایت کرده است. مطالعه و تحلیل

۱. شایان ذکر است که تقسیم‌بندی پدیده‌های حقوقی به وقایع و اعمال، شامل قوانین تعهدآور به‌عنوان یک عمل

حقوقی و سایر اسباب تعهد خواهد بود (Black's Law Dictionary, 2011: Obligation).

۲. اختلاف نظر در مورد اسباب تعهد در نظام کامن‌لا تا به امروز ادامه دارد؛ برای مثال، برخی تعهدات ناشی از نقض اعتماد متعارف و برخی تعهدات ناشی از نقض احتیاط متعارف را به این دسته‌بندی اضافه کرده‌اند

(Burrows, 1998: 1).

این مفاهیم نشان می‌دهد که مصادیق این تعهدات در رشته‌های مختلف دارای جوهر یکسان هستند. در حقوق بین‌الملل تعهدات دولت‌ها به‌ویژه در اعمال معاهدات جهانی و همین‌طور تعهدات تجاری-گمرکی، تعهد به نتیجه است؛ مگر آنکه معاهدات و قوانین، دولت‌ها را به تلاش و سعی در جهت رسیدن به هدفی مکلف بدانند. به این ترتیب، تعهد به نتیجه، تعهد به انجام فعلی معین، و تعهد به وسیله، تعهد به سعی و مراقبت معنا می‌شود (Bedjaoui, 1991: 363). صدر اصل سوم قانون اساسی با عبارت «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد...» بستر بحث ماهیت تعهدات حاکمیت در برابر شهروندان را در حقوق عمومی فراهم آورده است. پژوهشگران حقوق عمومی بر این باورند اگر تعهد دولت از نوع به وسیله باشد، دولت تنها در تهیه وسایل در حد امکانات موجود وظیفه دارد، هرچند به نتیجه مطلوب نرسد؛ درحالی که در تعهد به نتیجه، تحقق کامل هدف مد نظر است و صرف عدم دستیابی به نتیجه مقصود موجب مسئولیت است (حبیب‌نژاد و سعید، ۱۳۹۶: ۶۰). اندیشمندان حقوق قراردادهای تعهد به نتیجه را تعهدی دانسته‌اند که به موجب آن متعهد ملزم به قرار دادن نتیجه‌ای خاص نزد متعهدله می‌شود (تفرشی و مرتضوی، ۱۳۸۸: ۱۳)؛ به همین دلیل، برخی حقوق‌دانان ایرانی از آن به‌عنوان «تعهد به انجام فعل معین» (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۶)، حقوق‌دانان انگلیسی و فرانسوی «تعهد دستیابی به نتیجه مشخص» (Obligation to Achieve a Certain Result and Obligation de) (Siebeck, 1973: 12) و حقوق‌دانان مصری «التزام به تحقق غایت» تعبیر کرده‌اند (سنهوری، ۱۳۷۶: ۴۷). بارزترین مثال برای تعهد به نتیجه، تعهد به پرداخت دین از سوی مدیون است. در مقابل، به باور حقوق‌دانان در تعهدات به وسیله، متعهد انجام عملی را که فراهم کردن وسیله، اعمال دقت و به‌کارگیری اطلاعات علمی از اقتضات آن است، به‌عهده می‌گیرد و مکلف می‌شود تا در زمان و شرایط حاکم بر اجرای تعهد، همانند یک انسان متعارف، به اجرای تعهد اقدام نموده، رفتار و تلاش در این حد، اجرای تعهد قلمداد می‌شود (تفرشی و مرتضوی، ۱۳۸۸: ۱۳). از همین رو، برخی از حقوق‌دانان ایرانی این نوع تعهد را «تعهد به حفاظت» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۴۸۸۷)، حقوق‌دانان انگلیسی «تعهد به رفتار» (Chapman: 201: 2002)، و حقوق‌دانان مصری «تعهد به عنایت» نامیده‌اند (سنهوری، ۱۳۷۶: ۴۶). به‌نظر می‌رسد بعضی از حقوق‌دانان تحت تأثیر معنای لفظی «تعهد به وسیله»، آن را با مفهوم تعهد به انجام مقدمات اشتباه گرفته و به همین دلیل این تقسیم‌بندی را نادرست خوانده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۳: ۵۵). تلقی نادرست آنان از مثال‌های مطروحه پیداست؛ مثلاً برای اثبات مدعای خود، تعهد به حفر چاه و رسیدن به آب را مطرح کرده‌اند که در آن تعهد رسیدن به آب، نتیجه و تعهد به حفر چاه، تعهد به وسیله پنداشته شده است (همان: ۲۱۳). شهیدی در

مثال‌های معروف تعهد به وسیله، یعنی تعهد پزشک و وکیل نیز مناقشه کرده، اعمال پزشک را کار (نتیجه) معینی دانسته که پزشک به انجام آن متعهد است (همان). ایراداتی از این قبیل حتی حقوق‌دانان فرانسوی را بر آن داشته است تا تقسیم تعهدات به وسیله یا به نتیجه را تقسیمی ناکارآمد بیندارند (به نقل از کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۵). البته ما در تطبیق نظریات عوض و اعتماد متعارف با تعهدات به نتیجه و به وسیله خواهیم دید که این پندار ناشی از عدم شناسایی معیار مناسب برای تمییز آنهاست.

نتایج تقسیم تعهدات به وسیله و به نتیجه تنها به موارد نظری محدود نبوده، فواید عملی بسیاری را دربر دارد. برخی از پژوهشگران آثاری از قبیل ارائه دلیل، اثبات تقصیر، حذف تناقضات ظاهری مواد، چگونگی وفا به عهد، پیش‌بینی حدود تعهد و حصول هدف را عنوان کرده‌اند (مرتضوی، ۱۳۹۱: ۷۷-۶۱). به عقیده نگارندگان، تمامی آنچه را که گفته شد می‌توان در این دو اثر خلاصه کرد:

۱. بار اثبات. برخی از حقوق‌دانان مهم‌ترین فایده تمییز تعهد به وسیله از تعهد به نتیجه را تحمیل بار اثبات نقض بر دوش متعهد یا متعهدله دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱: ۹۱). آنان معتقدند در تعهدات به نتیجه کافی است متعهدله عدم وصول نتیجه مطلوب را اثبات نماید، در این صورت متعهد مسئول است؛ مگر آنکه قوه قاهره را ثابت کند (جعفری لنگرودی: ۱۳۸۶، ج ۲: ۲۸۸). برخی دیگر بین تعهد به فعل و تعهد به ترک فعل قائل به تمایز شده و بار اثبات نقض ترک فعل را همواره متوجه متعهدله دانسته‌اند؛ چراکه اثبات امر عدمی از سوی متعهد سخت یا ناممکن است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۶). باید توجه داشت که متعلق اثبات گاهی انجام یا عدم انجام تعهد (نقض کلی) بوده و گاهی انجام جزئی یا معیوب (نقض جزئی) آن است. آنچه تاکنون گفته شد مربوط به اثبات انجام یا عدم انجام بود، اما با کمی تأمل در مصادیق تعهدات به نتیجه می‌توان گفت که بار اثبات بیش از آنکه به نوع تعهد مربوط باشد به مورد تعهد بستگی دارد. برای مثال چنانچه شخصی متعهد به تسلیم مالی باشد، تعهد وی به نتیجه بوده، در صورت ادعای متعهدله مبنی بر تخلف از تسلیم، متعهد باید تسلیم را اثبات نماید. در مقابل اگر متعلق تعهد، انجام کاری باشد که تحت نظر متعهدله است، مانند ساخت و نقاشی دیوار یا حفر چاه، اثبات تخلف با متعهدله بوده، و اگر مورد تعهد، عملی باشد که بر روی مال متعهدله انجام می‌شود (مانند خیاطی)، اثبات انجام تابع حکم تسلیم مال است. شناسایی مدعی در مواردی که نقض تعهد جزئی باشد، برای مثال، خیاطی که لباس را معیوب دوخته است یا امینی که مال را ناقص به مالک برمی‌گرداند در گرو شناختن دقیق نظریه‌های مسئولیت است. در حقوق ایران نظریات تقصیر، تقصیر مفروض یا مسئولیت محض و نوعی بیشتر در تشریح مبانی مسئولیت مدنی طرح شده است (بادینی، ۱۳۹۴: ۱۴۹ و ۲۱۱)؛ اما همان‌طور که برخی حقوق‌دانان

گفته‌اند این نظریات محدود به مسئولیت مدنی نبوده، می‌تواند توجیه‌کننده مسئولیت قراردادی نیز باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۴۹). در حقوق انگلیس، حقوق دانان متقدم از نظریات تقصیر و مسئولیت محض (Fault and Strict liability) در بیان الزامات خارج از قرارداد استفاده می‌کردند، اما رویکرد جدید کامن‌لا که در انگلیس نیز مورد توجه قرار گرفته، تعمیم این دیدگاه‌ها به مسئولیت‌های قراردادی است (Hillman, 2014: 275). مطابق نظریه تقصیر، تنها زمانی متعهد مسئول قلمداد می‌شود که تقصیر وی از سوی متعهدله اثبات شود؛ اما در نظریه مسئولیت محض، متعهد، تنها با اثبات قوه قاهره می‌تواند از جبران خسارات نقض قرارداد رهایی یابد (Scott, 2009: 1382). در قانون مدنی ایران مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ناظر به تعهد به نتیجه و تابع نظریه مسئولیت محض بوده، موادی از قبیل ۲۷۸ و ۵۱۶ مربوط به تعهد به وسیله و تابع نظریه تقصیر هستند. از این‌رو، شناسایی تعهدات به نتیجه از تعهدات به وسیله، در بار اثبات نقض کلی و جزئی و همین‌طور رفع تناقضات ظاهری مواد قانونی سودمند است.

۲. تأثیر در لزوم و جواز عقود. اغلب نوشته‌های حقوق دانان درباره تعهد به نتیجه و وسیله، به کارایی این تفکیک به بار اثبات ادعا ختم می‌شود؛ اما از نظر نگارندگان، به نتیجه بودن تعهد ارتباط مستقیم با لزوم آن دارد. از سوی دیگر، چنانچه عقد جایز واجد تعهد باشد، آن تعهد حتماً تعهد به وسیله خواهد بود و نه تعهد به نتیجه. برای مثال تعهد پیمانکار به تسلیم موضوع پیمان، تعهد متعاملین به تسلیم عوض معامله، تعهد اجیر به انجام موضوع اجاره یا تعهد کفیل به احضار مکفول، همگی تعهد به نتیجه بوده، منشأ عقود لازم‌اند؛ اما تعهد مستودع به نگهداری مورد ودیعه، تعهد به وسیله و مسبب عقد جایز است. ذکر این نکته لازم است که در برخی عقود همچون اجاره اموال هر دو نوع تعهد وجود دارد؛ تعهد به نگهداری عین، به وسیله و تعهد به پرداخت اجاره بها، به نتیجه قلمداد می‌شود. پرسش اینجاست که بر چه مبنا یک عقد موجب تعهد به نتیجه و عقدی دیگر موجب تعهد به وسیله می‌شود؟ پاسخ به این پرسش در شناسایی مبناي لزوم و جواز قراردادها نیز مفید خواهد بود. هرچند در حقوق ایران جواز و لزوم اوصاف عقد تلقی می‌شوند (مواد ۱۸۵ و ۱۸۶)، اما برخی از حقوق دانان امکان اتصاف تعهد به این اوصاف را نیز ممکن دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۱۸۰). جعفری لنگرودی با استناد به ابتدای ماده ۵۶۵ قانون مدنی و معرفی عقد جعله به‌عنوان «تعهدی جایز»، معتقد است در تعهد جایز هر زمان متعهد بخواهد، می‌تواند بدون استناد به اختیارات قانونی تعهد را از بین ببرد (همان، ۱۳۸۸: ۸۱۲). در مقابل، برخی مفهوم تعهد و اختیار در انجام را مغایر دانسته، تمامی تعهدات را لازم می‌دانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۵۰). البته اگر بپذیریم که قانون مدنی لفظ تعهد را در معنای سببی اراده کرده است، محل منازعه همان لزوم و جواز عقد خواهد بود و نه تعهد. در ادامه با این پیش‌فرض که لزوم و جواز عقد با نوع تعهد ارتباط و پیوستگی مستقیم

دارد، به بررسی مبنای تعهدات پرداخته، در نهایت با ایجاد علاقه بین نظریات عوض و اعتماد متعارف با انواع تعهدات، پیش فرض یادشده را به اثبات می‌رسانیم.

۲. مبنای تعهدات به وسیله و به نتیجه

از آنچه گفته شد می‌توان به اهمیت تقسیم تعهد به نتیجه و به وسیله پی برد. با این حال، حقوق‌دانان در تشخیص معیار شناسایی این دو نوع تعهد، متفق نبوده، همین تشکست آرا سبب کم‌رنگ شدن این تقسیم‌بندی در آثار مربوط به تعهدات است. برخی از آنان تا ده معیار را برای تمییز این تعهدات از هم عنوان کرده‌اند^۱ که از بین آن‌ها می‌توان به این معیارهای مورد اتفاق حقوق‌دانان اشاره کرد:

۱. معیار مبتنی بر موضوع تعهد. بر اساس این معیار، تعهد به ایفا یا تسلیم از نوع نتیجه و تعهد به احتیاط و مراقبت، تعهد به وسیله است (ژوردن، ۱۳۸۲: ۶۱). با وجود این، در برخی موارد از قبیل جعله، تعهد موجود در آن از نوع انجام یا تسلیم بوده، اما در برخی، تعهد به وسیله قلمداد می‌شود (مرتضوی، ۱۳۹۱: ۲۱۴).

۲. احتمالی بودن نتیجه تعهد. مطابق این معیار، تعهدی که رسیدن به نتیجه قطعی از سوی طرفین یقینی نباشد و آنان نتوانند مطمئن شوند که مراقبت مدیون به نتیجه موردانتظار خواهد انجامید و متعهد به مراقبت و احتیاط تعهد می‌کند، تعهد به وسیله است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۲۴). با این تعبیر، این معیار بیشتر شبیه معیار موضوع تعهد خواهد بود و اگر منظور احتمالی بودن وجود تعهد باشد، تعهد بیمه‌گر به جبران خسارت که از نوع تعهد به نتیجه است، می‌تواند مثال نقض این معیار تلقی شود. به‌علاوه بسیاری از تعهدات احتمالی وجود دارند که هرچند در ابتدا به وسیله هستند، اما با اندراج شرط یا عوض به نتیجه تبدیل می‌شوند.

۳. معیار مبتنی بر اراده طرفین. توجه به معیارهای پیش‌گفته نشان می‌دهد که تمامی آن‌ها سعی در کشف اراده طرفین قرارداد دارند. به این ترتیب، می‌توان گفت اراده طرفین قرارداد می‌تواند مشخص‌کننده نوع تعهد باشد یا حتی تعهد به وسیله را به تعهد به نتیجه تبدیل کند (مانند شرط ضمان بر مستعیر در ماده ۶۴۲). اما درمورد تبدیل تعهد به نتیجه به تعهد به وسیله تردیدهای بیشتری وجود دارد؛ چراکه در اغلب این موارد حصول نتیجه با اقتضای ذات عقد پیوند خورده است. برای مثال آیا در عقد بیع می‌توان تعهد بایع را به سعی در تسلیم

۱. ده معیار بیان‌شده عبارت است از: ۱. تحلیل اراده طرفین، ۲. معیار مبتنی بر موضوع تعهد، ۳. احتمالی بودن نتیجه تعهد، ۴. نقش مؤثر و کنش‌گر متعهدله در اجرای تعهد، ۵. قابلیت متعهدله، ۶. نوع قرارداد، ۷. معیار مبتنی بر انصاف (حاکم)، ۸. میزان خطر ناشی از فعالیت، ۹. بار اثبات و ۱۰. زمان ایجاد تعهد (مرتضوی، ۱۳۹۱: ۶۱-۴۹).

محدود کرد؟ در این صورت با متعذر شدن تسلیم مبیع، خریدار حق فسخ معامله را ندارد و باید ثمن را به بایع پرداخت نماید. این درحالی است که اغلب حقوق دانان اسقاط خیار تعذر از تسلیم را نافی اقتضای ذات عقود معاوضی دانسته‌اند (صفایی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۳۰۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵: ۳۴۰). برای رد این ادعا ممکن است به تبدیل تعهد متصدی حمل و نقل قانون تجارت از تعهد به نتیجه به تعهد به وسیله اشاره شود (مرتضوی، ۱۳۹۱: ۱۰۴). نکته جالب درباره تعهد متصدی حمل و نقل در تسلیم سالم بار، آن است که تعهد وی اساساً تعهد به وسیله بوده و آنچه باعث به نتیجه شدن تعهد متصدی حمل و نقل تجاری (ماده ۳۸۶) برخلاف متصدی حمل و نقل در قانون مدنی (ماده ۵۱۶) می‌شود، شرط عرفی حاکی از حرفه‌ای بودن متصدی است (یزدانیان، ۱۳۹۰: ۲۴). به این ترتیب، تبدیل تعهد متصدی حمل و نقل به‌مثابه اسقاط این شرط ضمنی بوده و بدون تردید صحیح است. باید توجه داشت که آنچه گفته شد راجع به تبدیل تعهدات قراردادی بوده، منصرف از بحث شرط تحدید یا عدم مسئولیت در موارد مسئولیت مدنی است.

با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان گفت که اراده طرفین نقش بسزایی در تعیین نوع تعهد قراردادی بازی می‌کند، اما چالش اصلی مربوط به جایی است که کشف اراده طرفین به هر دلیلی امکان‌پذیر نیست. از نظر نگارندگان در فرض اخیر عقود معوض همواره لازم و واجد تعهد به نتیجه بوده، عقد جایزی که انعقاد آن موجب نوعی اعتماد متعارف برای یکی از طرفین باشد، واجد تعهد به وسیله خواهد بود. پیش از این گفتیم که به نتیجه بودن تعهد با لزوم آن ارتباط مستقیم دارد و از سوی دیگر چنانچه عقد جایز واجد تعهد باشد، آن تعهد حتماً تعهد به وسیله خواهد بود و نه تعهد به نتیجه. اکنون و با تحلیل‌های ارائه‌شده باید اطلاق گزاره پیش‌گفته را منصرف از مواردی دانست که متعاقدين با اراده خود تعهد به وسیله را به تعهد به نتیجه تبدیل می‌کنند. با وجود این، به نظر می‌رسد برخلاف امکان تبدیل تعهد به وسیله به تعهد به نتیجه به‌واسطه اشتراط، عقد جایز را نتوان با شرط به لازم یا لازم را به جایز تبدیل کرد و لزوم و جواز عقود در گرو وجود یا عدم وجود عوض است^۱. به این ترتیب، نوع تعهد تابع اراده طرفین و در صورت اطلاق، تابع نظریات عوض و اعتماد متعارف بوده، اما لزوم و جواز عقود تابع نظریه عوض است. در ادامه با تحلیل جداگانه نظریات عوض و اعتماد متعارف، نقش آن‌ها را در نوع تعهد و همین‌طور لزوم و جواز عقد بررسی خواهیم کرد.

۱. ممکن است ایراد شود که درج خیار عقود لازم را به عقود جایز تبدیل می‌کند. دقت در ماده ۱۸۴ پاسخ این پرسش را روشن می‌سازد، چراکه عقد لازم واجد خیار را عقد خیار نامیده و از عقد جایز متمایز ساخته است.

۲.۱. نظریه عوض و تعهد به نتیجه

نظریه عوض در قرن هفدهم میلادی از سوی حقوق دانان انگلیسی در پاسخ به چرایی الزام آور بودن قراردادهای ارائه شده است (Valente, 2010: 1) و هرچند امروزه با انتقادات زیادی روبرو شده، اما همچنان مورد استناد قضات انگلیسی است. این نظریه ریشه در اصطلاح لاتینی «تعهد خالی از عوض موجب حق دعوا نخواهد بود»^۱ دارد و در سال ۱۶۹۸م در رأی^۲ یکی از قضات انگلستان منعکس شده است (Furmston, 2017: 103). پس از آن در سال ۱۷۷۸م تغییری در رویه قضایی پدید آمد که عوض را تنها نشانه قصد جدی طرفین برای پایبندی به قرارداد می دانست.^۳ این برداشت از عوض که نقش آن را صرفاً اثباتی می پنداشت در سال ۱۸۴۰م و به موجب رأی صادره از دادگاه اعیان مهجور ماند.^۴ نخستین تلاش‌ها برای تبیین ماهیت عوض به قرن نوزدهم میلادی برمی گردد. در سال ۱۸۷۵م یکی از قضات عوض را شامل نفعی برای متعهد یا ضرری به متعهدله دانست.^۵ این تعریف در سال ۱۹۱۵م به این ترتیب کامل تر شد: «عوض اعم از فعل، ترک فعل یا تعهد از جانب متعهدله است که در برابر تعهد متعهد قرار می گیرد».^۶ لازم نیست عوض زمان قرارداد تسلیم شود، بلکه ممکن است تعهدی باشد که به مرور زمان برعهده متعهد بار می شود (Furmston, 2017: 104). به این ترتیب در حقوق انگلستان، تنها تعهداتی الزام آور تلقی می شوند که در قبال آن‌ها عوضی قرار گرفته باشد (Anson & Others, 2010: 88). مهم ترین گزاره‌های نظریه عوض به این شرح است:

- تعهدات علی القاعده قابل الزام نیستند؛ مگر آنکه نفعی از جانب متعهدله به متعهد رسیده یا ضرری به متعهدله وارد شود.
- در قراردادهای موجد تعهدات دوجانبه، عوض تعهد، متقابل است و در قراردادهای موجد تعهد یکجانبه، انجام عملی بوده که از سوی متعهد مشخص شده است.
- حقوق قراردادهای تنها معاوضات را لازم الاجرا می داند، نه تعهدات رایگان را؛ به همین دلیل عوض را باید ثمن برای تعهد متعهد به حساب آورد.
- عوضی که در گذشته مورد معامله قرار گرفته (عوض گذشته)، عوض واقعی محسوب نمی شود؛ توضیح آنکه اگر شخصی پیش از انعقاد معامله تعهدی در قبال طرف مقابل داشته باشد، نمی تواند امتیاز جدیدی کسب کرده، همان تعهد سابق را عوض جدید قلمداد کند.
- عوض همواره از جانب متعهدله ایفا می شود (Atiyah, 1971: 6).

1. Ex nudo pacto non oritur action.

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

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

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

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

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

نظریه عوض به نحوی که در حقوق انگلستان مطرح شده در فقه امامیه و حقوق ایران مورد بررسی قرار نگرفته، اما از این گزاره نباید نتیجه گرفت که مبنای عقلانی نظریه عوض در حقوق ایران و فقه امامیه سابقه نداشته است. برای مثال در حقوق انگلستان، مانند فقه امامیه و حقوق ایران، عقد جعاله را ابتدائاً تعهدی جایز می‌دانند؛^۱ با وجود این، چنانچه عامل به انجام عمل مورد نظر جاعل اقدام نماید، پرداخت جعل از سوی جاعل لازم خواهد بود (ماده ۵۶۵ ق.م). به نظر می‌رسد جواز تعهد جاعل پیش از انجام و لزوم آن پس از انجام عمل عامل، ریشه در نبود وجود نفع متقابل دارد. در مقابل این نظر می‌توان به نظریاتی از قبیل حاکمیت قانون و حاکمیت اراده اشاره کرد. حاکمیت قانون با توجه به وجود پسینی آن نسبت به معاملات نمی‌تواند توجیه مناسبی قلمداد شود، اما احترام به قصد شخص و اثر اقدام متعامل در نظر بسیاری از اندیشمندان علت پایبندی به عقود است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۲۰؛ شهبابی، ۱۳۹۴: ۶۰۳). اقدام در برخی موارد رافع ضمان دیگری و گاهی موجب تعهد شخص اقدام‌کننده است که می‌تواند عملی حقوقی و بر اساس قصد انشا باشد (عمید زنجانی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۹۱). به این ترتیب، می‌توان گفت مشروعیت قرارداد، ناشی از اقدام طرفین آن بر پذیرش تعهدات بوده که در قانون مدنی مطابق ماده ۱۰ پذیرفته شده و این آزادی به عدم تغایر با قانون، اخلاق حسنه و نظم عمومی محدود شده است (ماده ۹۷۵ ق.م). به علاوه فقها معتقدند که در معاملات اقدام بر «لاضرر» تقدم دارد و به همین دلیل اسقاط خیار از سوی شخص زیان‌دیده پذیرفته شده است (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰: ۲۳۶). در نقد این نظر می‌توان به موارد بسیاری اشاره کرد که تقدم قاعده اقدام از سوی فقها و حقوق‌دانان پذیرفته نشده یا دست‌کم مورد اختلاف است. برای مثال، اسقاط خیار تعذر از تسلیم، اسقاط حق رجوع در وصیت و هبه، انعقاد عقود رایگان از قبیل وقف، هبه و احباس بدون وجود قبض، اعمال حقوقی است که بسیاری از اندیشمندان ترجیح داده‌اند در جهت حمایت از منافع عاقد، انجام آن‌ها را با وجود اراده و اقدام فرد، باطل بدانند. در همین راستا برخی فقهای معاصر دلیل عدم امکان اسقاط حق رجوع در هبه غیرمعوض را حمایت شارع از اراده و اهب و دفع ضرر از او دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱: ۱۷۱ و عمید، ۱۳۴۲: ۶۳). بنابر آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد اراده افراد به تنهایی نمی‌تواند مبنای لزوم و جواز اعمال حقوقی باشد و باید علت تمایل عرف و شرع در حمایت از عاقد را در نظریه‌های دیگری جستجو کرد.

نمونه‌هایی از قبیل اعمال حقوقی یادشده و تأثیر جعل عوض در لزوم آن‌ها، عده‌ای از فقها را بر آن داشته است تا به‌صراحت اصل در معاوضات را لزوم و عقود مجانی را علی‌القاعده جایز الوفا بدانند (آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۳: ۷۷). برای اثبات جریان نظریه عوض در حقوق

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

ایران همچنین می‌توان به طلاق خلع و وصیت معوض اشاره کرد؛ توضیح آنکه طلاق علی‌القاعده قابل رجوع است، اما طلاق خلع به دلیل وجود عوض، لازم‌الوفا بوده و رجوع شوهر منوط به استرداد عوض زوجه است (بند ۳ ماده ۱۱۴۵ ق.م). برخی از حقوق‌دانان وصیت را از آن رو که نمود آخرین اراده موصی است، در هر حال، قابل رجوع می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳: ۴۰۱). با وجود این، برخی فقها درج شرط عوض در وصیت را ممکن دانسته، در نتیجه وجود شرط عوض را مسقط حق رجوع و موجب لزوم وصیت می‌دانند (طاهری، ۱۳۷۶، ج ۵: ۷۹؛ کیانی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۱۳۶). برخی از فقهای معاصر نیز علت عدم لزوم وفای به شروط ابتدایی را معوض نبودن آن‌ها خوانده و راز لزوم وفای عقود لازم را وجود عوض در آن‌ها دانسته‌اند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۲۳). مخالفان این گزاره برای رد آن عقد صلح را مثال زده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۷۱) که حتی در صورت بلاعوض بودن نیز لازم است (ماده ۷۶۰ ق.م). نگاه دقیق به فلسفه وجودی عقد صلح نشان می‌دهد که فقهای امامیه با دقتی مثال‌زدنی برای حمایت از اراده انتقال‌دهنده، تنها در صورتی عمل حقوقی وی را لازم می‌دانند که آن را در قالب عقدی معین منعقد نماید. این نحو از ساختارگرایی در حقوق انگلستان نیز با الزام‌آور قلمداد شدن تعهدات رایگان در قالب اسناد رسمی دیده می‌شود (Furmston, 2017: 102; Chen-Wishart, 2013: 212). در واقع، همان‌طور که قانون‌گذار از اراده آزاد طرفین در انعقاد عقود حمایت می‌کند، لازم می‌بیند تا انعقاد عقود رایگان را منوط به رعایت تشریفات خاصی کرده (احباس، وقف و هبه) یا راه جبران را برای کسی که در اثر عمل حقوقی مالی را به رایگان از دست می‌دهد، باز بگذارد (رجوع در عقد هبه و حبس مطلق). تحلیل نظریات پیرامون شروط ابتدایی نیز حکایت از حمیت فقها برای حمایت از اراده «مَنْ اِنْتَقَلَ عَنْهُ» دارد. نظریه عوض بین حقوق‌دانان ایرانی چنان‌که باید، مورد توجه قرار نگرفته است؛ با وجود این، طرح تئوری موازنه یا عبارت زیر که شبیه به آن در آثار برخی حقوق‌دانان است، نشان از وجود ارتكازی این نظریه در ذهن ایشان دارد:

«در هر معامله‌ای که برای طرفین ایجاد تعهد می‌شود، سبب تعهد یک طرف، تعهد طرف دیگر است. به این ترتیب، سبب التزام مشتری به تأدیة ثمن، همان التزام بایع است به تسلیم مبیع. به عبارت اخری بین هریک از تعهداتی که در نتیجه عقد بیع برای بایع و مشتری حاصل می‌شود همان رابطه‌ای وجود دارد که بین علت و معلول موجود است» (عدل، ۱۳۴۲: ۴۵۱).

به این ترتیب می‌توان با رأی فقهای همراه شد که سر لزوم عقود را در معوض بودن آن‌ها می‌دانند. از سوی دیگر در عقود معوض همواره مورد معامله «مال یا عملی است که هریک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند» (ماده ۲۱۴ ق.م). از جمع مقدمات پیش‌گفته می‌توان نتیجه گرفت که عقود معوض همواره لازم و واجد تعهد به نتیجه است. بررسی مصادیق

عقود لازم از جمله بیع، اجاره، پیمان ساخت، معاوضه، مزارعه و مساقات که مال در برابر وسایل زرع و تعهد به انجام عملی به عنوان عوض قرار گرفته و همین طور جواز عقود رایگانی از قبیل هبه، ودیعه، عاریه و وکالت مؤید این ادعاست. در مقابل، ممکن است ایراد شود که وکالت هر چند در قانون مدنی عقدی رایگان و جایز بوده، اما در قانون آئین دادرسی مدنی عقدی معوض ولی جایز و واجد تعهد به وسیله است. پاسخ به این اشکال مستلزم بازشناسی عقد وکالت در دادرسی مدنی از عقد وکالت در قانون مدنی است. برخلاف تصور رایج، أخذ حق الوکاله از سوی وکلای دادگستری منوط به انجام عمل از جانب ایشان است (ماده ۴ آئین نامه تعرفه حق الوکاله، حق المشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری و وکلای موضوع ماده ۱۸۷). قانون آئین دادرسی مدنی نیز که حق استعفا برای وکیل را به رسمیت شناخته، ناظر بر قراردادهای مطابق با قانون طرفین است. بنابراین وکالت در آئین دادرسی بیشتر از آنکه به عقد وکالت شباهت داشته باشد، شبیه عقد جعاله است؛ چراکه وکیل تنها پس از انجام عمل مستحق حق الوکاله می شود. با وجود این، ممکن است وکیل پیش از روند دادرسی حق الوکاله خویش را أخذ کرده باشد، در این صورت باید دید معوض حق الوکاله انجام امور مربوط به وکالت است یا أخذ رأی به نفع موکل؟ بسیاری از حقوق دانان در این فرض، تعهد وکیل به تسلیم دادخواست و انجام امور مربوط به دفاع را تعهد به نتیجه دانسته اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۵؛ قهرمانی، ۱۳۸۴: ۱۲۰) و به نظر نگارندگان این نوشتار علت آن را باید در أخذ عوض جستجو کرد.

ایراد دیگری که می توان طرح کرد، تعهد اجیر در مواردی از قبیل حمل کالا است؛ چراکه عقد اجاره عقدی معوض و لازم بوده، اما تعهد اجیر در حفاظت و نگهداری از اشیایی که به وی سپرده شده، همان است که برای امانت داران مقرر است (ماده ۵۱۶ ق.م). پاسخ به این ایراد نیز در گرو شناسایی عوضین در عقد اجاره است. در واقع، مستأجر اجاره بها را در برابر منفعت اجیر (عمل او) می پردازد و تعهد اجیر در انجام مورد اجاره، تعهد به نتیجه است؛ اما تعهد وی به محافظت از مال مورد اجاره، رایگان و به وسیله خواهد بود. به همین ترتیب، اگر مستودع در برابر انجام عمل خود از مودع مالی مطالبه نماید، عقد لازم بوده، تعهد وی به مراقبت از نوع نتیجه خواهد بود. ایرادی که می توان بر این جواب طرح کرد آن است که حتی در صورت جعل عوض در عقد ودیعه مودع می تواند هر زمان که بخواهد مال را مسترد کند. در پاسخ باید گفت امکان استرداد مال با لزوم عقد تنافی نداشته، عقد معوض سابق پابرجا خواهد بود. به همین دلیل اگر مودع وجه مقرر را به مستودع نپردازد، مستودع می تواند آن را مطالبه نماید؛ در حالی که اگر عقد منحل شده بود، محملی برای مطالبه عوض وجود نداشت. به بیان دیگر آنچه از بین رفته، إذن امانت ساز است و نه إذن عقدساز (ر.ک. الشریف و سعیدی، ۱۳۹۷). برخی از حقوق دانان بین صرف نظر کردن از حق ناشی از عقد و فسخ عقد خلط کرده، هر دو را یکسان

پنداشته‌اند. ایشان با استناد به ماده ۱۳۲ قانون دریایی، ادامه ندادن سفر از سوی مسافر کشتی را فسخ قرارداد قلمداد کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۹۰)؛ درحالی که در همان ماده انصراف مسافر مانع مطالبه تمامی کرایه سفر نیست. در آخر باید خاطر نشان کرد که جعل عوض در عقود مانند ودیعه، ید را از امانی به ضمانی تبدیل نمی‌کند؛ بلکه همان‌طور که گفته شد، نوع تعهد را تغییر داده، بار اثبات تقصیر را از دوش مودع برمی‌دارد و بار اثبات قوه قاهره را بر دوش مستودع می‌گذارد.

۲.۲. نظریه اعتماد متعارف و تعهد به وسیله

اغلب عقود جایز را قراردادهایی تشکیل می‌دهند که إذن در ایجاد آن‌ها مؤثر بوده، به اصطلاح عقود إذن نام دارند. نبود تعهد در عقود إذن سبب شده است تا برخی از فقهای متأخر اطلاق عنوان عقد بر این نوع از تراضی را مسامحه در تعبیر بدانند (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۸۱)؛ برای مثال در حالت معمول ودیعه، پیش از تسلیم مال، تعهدی برای قابل ایجاد نمی‌شود. با این حال در برخی موارد، اوضاع و احوال حاکم بر تراضی سبب می‌شود تا از سوی مودع اعتمادی متعارف شکل گیرد و به موجب این اعتماد برای مستودع تعهدی ایجاد گردد. فرض کنید مودع نزد مستودع آمده، با عجله کلید خانه خود را به او بدهد تا بتواند شیء قیمتی مودع را به منزل آورده، از آن مراقبت کند. مودع به مستودع اهمیت مسئله را تذکر داده، مستودع با لحاظ اهمیت موضوع، ودیعه را قبول می‌کند. در این صورت آیا مستودع می‌تواند پس از رفتن مودع عقد را فسخ نماید و مسئولیتی متوجه او نباشد؟ یا اگر سبزی‌فروشی به همسایه وکالت فروش سبزی‌ها را بدهد و با عجله مغازه را ترک کند، آیا همسایه می‌تواند فوراً و بدون دلیل از سمت خود استعفا نماید بدون آنکه مسئول خسارات وارده بر سبزی‌ها باشد؟ چه چیزی سبب می‌شود تا در حالت نخست تعهدی برای وکیل وجود نداشته باشد، اما در فرض اخیر وکیل را متعهد به انجام موضوع وکالت بدانیم؟ پرسش مهم دیگر آن است که با وجود این تعهد، آیا عقد همچنان جایز و قابل فسخ است یا آنکه لازم قلمداد می‌شود؟ نظریه اعتماد متعارف در حقوق انگلیس شباهت بسیاری با نوشته‌های حقوق دانان ایرانی برای جلوگیری از سوءاستفاده از حق به استناد اوضاع و احوال حاکم بر تراضی دارد (برای مثال برای مطالعه توجیه ماده ۱۲۰ ق.م.ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۲۱). به همین دلیل در ادامه، نظریه اعتماد متعارف را به صورت اجمالی بررسی خواهیم کرد.

نظریه اعتماد متعارف برخلاف نظریه عوض یا حاکمیت اراده طرفین قرارداد، سعی داشته است تا مبنای جدیدی برای تعهدات قراردادی معرفی نماید (Jackson, 1998: 106). برخی از حقوق دانان حتی این نظریه را در برابر نظریه عوض مطرح کرده، عقود را که به موجب رفتار

یکی از طرفین واجد اعتماد متعارف برای دیگری است الزام‌آور خوانده‌اند (Atiyah, 1986: 12). بسیاری از کشورهای حوزه کامن‌لا اعتماد متعارف را همچون عوض موجب لزوم وفای به قرارداد دانسته‌اند که تخلف از آن می‌تواند با ضمانت اجرای الزام همراه باشد. برای مثال، ماده ۹۰ ویراست نخست شرح جدید حقوق امریکا^۱ مقرر داشته است: «وعده‌ای که وعده‌دهنده به‌طور متعارف توقع دارد که موجب فعل یا ترک فعل معین و اساسی از سوی طرف وعده گردد و در عمل هم موجب ترک فعل یا فعل شود، الزام‌آور است؛ منوط به آنکه تنها با اجرای آن وعده بتوان از بی‌عدالتی جلوگیری کرد». با وجود این در حقوق انگلستان اعتماد متعارف به‌عنوان سبب الزام‌آور قرارداد پذیرفته نشده، نقض اعتماد متعارف تنها موجب مسئولیت مدنی و نه قراردادی برای متخلف می‌شود (Stone, 2017: 110). مقاومت رویه قضایی انگلیس در برابر شناسایی اعتماد متعارف به‌عنوان مبنای لزوم قراردادها به آن دلیل است که اعتماد متعارف پیش از آنکه در دیدگاه‌های حقوق دانان استرالیایی و امریکایی پدیدار شود، در حقوق انگلیس ذیل یکی از نظریات قاعده معروف استاپل (Estoppel) مطرح شده بود (Robertson, 2000: 362). قاعده استاپل را چنین تعریف کرده‌اند: «در صورتی که مقصود متعهد، پایبندی به مفاد تعهد باشد و متعهدله نیز بر اساس آن عمل کند، دیگر مجاز به عدول از تعهد خود نخواهند بود» (Stone & Others, 2011: 115). استاپل ممکن است مبتنی بر بی‌احتیاطی ناشی از وعده یا ناشی از رفتار^۲ باشد و نظریه اعتماد متعارف را می‌توان در مجموعه استاپل ناشی از رفتار گنجانند. بر اساس این نظریه، چنانچه رفتار یکی از طرفین قرارداد سبب شود تا برای طرف مقابل اعتمادی متعارف ایجاد شود و طرف مقابل بر مبنای آن اعتماد عمل کرده، در نتیجه عمل به اعتماد متعارف ضرری متوجه وی گردد، طرف دیگر ضامن آن خسارت خواهد بود (Crawford, 2005, v.8: 352). نکته قابل توجه آن است که برخلاف استاپل ناشی از وعده، استاپل ناشی از رفتار موجب لزوم قرارداد نشده، برای مقصر موجب مسئولیت مدنی است. البته ممکن است نحوه جبران خسارت، الزام به انجام اصل تعهد باشد که در این صورت الزام متعهد نه از باب تعهد قراردادی، بلکه بابت مسئولیت مدنی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱: ۳۰۴- Chen-Wishart, 2009: 103). حقوق دانان ایرانی که پیرامون نظریه اعتماد متعارف تحقیق کرده‌اند نیز معتقدند اعتماد متعارف بیش از آنکه به حوزه تعهدات قراردادی مرتبط باشد، به حوزه الزامات خارج از قرارداد مربوط است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۵: ۸۰۱).

در قانون مدنی، حقوقی از قبیل حق رجوع از اذن توسط اذن‌دهنده، استعفای وکیل یا فسخ جعاله از سوی طرفین عقد، به رسمیت شناخته شده است. با وجود اطلاق قانون مدنی در امکان

1. First American Restatement (1932).

2. Estoppel by Negligence, promissory and by Conduct.

استفاده از حق، بدیهی است که اعمال تمامی این حقوق مطابق با اصل ۴۰ قانون اساسی مقید به عدم اضرار به دیگری است. بسیاری از حقوق دانان اصل منع سوءاستفاده از حق را ذیل قاعده لاضرر بررسی کرده، مواردی از قبیل ماده ۱۳۲ ق.م. یا معامله به قصد فرار دین را مشمول این اصل می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۴۲۷). با وجود این، منظور نگارندگان این مقاله از طرح منع سوءاستفاده از حق با آنچه تاکنون در نوشته‌های حقوق دانان رایج بوده تفاوت دارد. از دیدگاه رایج، شخص دارای حق با توجه به قاعده لاضرر از اعمال آن منع می‌شود، اما در اعتماد متعارف برای دارنده حق، تعهد به وسیله‌ای ایجاد می‌شود که امکان نقض آن وجود دارد، ولی ناقض باید خسارات وارده را جبران سازد. اتخاذ این رویکرد با جواز عقود موجد تعهد به وسیله همخوانی دارد و از سوی دیگر در صورت تقصیر متعهد، اسباب مسئولیت وی را فراهم می‌آورد. این رویکرد در نوشته‌های برخی فقهای امامیه در باب عاریه مشهود است. برای مثال در عاریه دادن دیوار برای قرار دادن چوبی که یک سر آن در ملک مستعیر است یا زمینی که برای ساختن بنا در آن یا کشت و کار در مدتی معین عاریه داده شده است، برخی فقها معتقدند که معیر می‌تواند با پرداخت خسارت از عاریه رجوع نماید (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۷: ۱۵۹؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۵: ۱۳۵). شایان ذکر است که لزوم عاریه در مورد عاریه زمین برای دفن میت یا عدم امکان رجوع از عاریه چوب در کشتی حامل مسافر به دلیل وجود احکام اولیه حرمت نبش قبر و حرمت سلب جان انسان است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۵: ۱۳۴). به این ترتیب، اعتماد متعارف در عقود جایز می‌تواند موجب تعهد به وسیله باشد که نقض آن سبب مسئولیت جبران خسارت برای ناقض است.

نتیجه

تقسیم‌بندی تعهدات به تعهد به نتیجه و به وسیله در حقوق ایران تقسیمی شناخته شده است. با این حال، میان حقوق دانان در مبنای ایجاد این تعهدات اختلاف آرای زیادی وجود داشته است و در آثار این دسته‌بندی نیز اغلب به تشریح نحوه تحمیل بار اثبات بر متعهد یا متعهدله اکتفا کرده‌اند. نگارندگان این نوشتار با بررسی مصادیق تعهدات به وسیله و به نتیجه، نقش لزوم و جواز در تمییز این دو نوع تعهد را شناسایی کرده و به این نتیجه رسیده‌اند که عقود لازم همواره واجد تعهد به نتیجه بوده و عقود جایز چنانچه واجد تعهد باشند، آن تعهد از نوع به وسیله خواهد بود. البته دیدیم که با اندراج شرط می‌توان تعهدات به وسیله را به تعهد به نتیجه تبدیل کرد. اما عکس این گزاره در موارد بسیاری به اختلاف شرط با مقتضای ذات عقد منجر خواهد شد. بنابراین مهم‌ترین معیار در تمییز این دو نوع تعهد از یکدیگر، تشخیص اراده طرفین خواهد بود. با این حال، در بسیاری از موارد، طرفین اراده خود را به‌صراحت آشکار نمی‌سازند. از

نظر نگارندگان، در این حالت می‌توان عقود معوض را لازم و واجد تعهد به نتیجه دانست. از سوی دیگر، عقود رایگان همواره جایز است؛ مگر آنکه از ساختارهای مخصوصی مانند عقد صلح پیروی کند. چنانچه در تشکیل این عقود برای یکی از طرفین در اثر رفتار دیگری اعتمادی متعارف ایجاد شود، شخصی که رفتار وی سبب اعتماد شده، متعهد است تا در چارچوب اعتماد دیگری عمل نماید. نکته قابل توجه آن است که این تعهد، به وسیله بوده و متعهد می‌تواند از آن به استناد جواز عقد تخلف کند. در این صورت، متخلف به جبران خسارات وارده به طرف دیگر ملزم خواهد بود.

منابع و مأخذ

۱. فارسی

۱. امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات، ج ۲، چ ۱، تهران: میزان دادگستر.
۲. آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق)، تحریر المجله، ج ۳، چ ۱، تهران: مکتبه النجاشی.
۳. بادینی، حسن (۱۳۹۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، چ ۳، تهران: سهامی انتشار.
۴. تفرشی، محمدعیسی و مرتضوی، عبدالحمید (بهار ۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی تعهد به وسیله و به نتیجه در فقه، حقوق فرانسه و ایران»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۵، ش ۱۵.
۵. جبعی عاملی، علی‌بن احمد (۱۴۱۳ق)، مسالک الافهام، ج ۵، چ ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، الفارق، ج ۲، چ ۱، تهران: گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، دائره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت: حقوق تعهدات عقود و ایقاعات، چ ۱، تهران: گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، چ ۴، تهران: گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۶)، دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات، چ ۴، تهران: گنج دانش.
۱۰. حبیب‌نژاد، احمد و سعید، زهرا (تابستان ۱۳۹۶)، «لزوم گذار از «تعهد به وسیله» به «تعهد به نتیجه» در تفسیر تعهدات دولت در تفسیر اصل سوم قانون اساسی»، حقوق اسلامی، سال چهاردهم، ش ۵۳.
۱۱. خمینی، روح‌الله (۱۴۲۸ق)، البیع (تقریرات الإمام الخمینی (س) للخرم‌آبادی)، مقرر: حسن طاهری خرم‌آبادی، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی (قدس سره).

۱۲. رحیمی، حبیب‌الله و کریمی، زهره (۱۳۹۱)، «مبانی تجزیه قرارداد در حقوق ایران»، پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، ش ۲.
۱۳. ژوردن، پاتریس (۱۳۸۲)، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، چ ۱، تهران: میزان.
۱۴. سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۷۶)، عقد و کالت، ترجمه حسینقلی حسینی‌نژاد، چ ۱، تهران: حقوقدان.
۱۵. الشریف، محمد مهدی (تابستان ۱۳۹۷)، «إذن عقدساز و إذن امانت ساز (کنکاشی پیرامون کارکردهای مختلف إذن)»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۵، ش ۲.
۱۶. شهبابی، مهدی (۱۳۹۴)، «قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)، تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، ش ۲.
۱۷. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳)، آثار قراردادهای و تعهدات، چ ۶، تهران: مجد.
۱۸. صفایی، حسین (۱۳۸۳)، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادهای، چ ۲، چ ۱، تهران: میزان.
۱۹. طاهری، حبیب‌الله (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، ج ۵، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۴ق)، تکملة العروة الوثقی، ج ۱، چ ۱، قم: مکتبه الداوری.
۲۱. عدل، مصطفی (۱۳۴۲)، حقوق مدنی، چ ۱، تهران: امیرکبیر.
۲۲. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۹۰)، قواعد فقه، ج ۱، چ ۳، تهران: سمت.
۲۳. عمید، موسی (۱۳۴۲)، هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، چ ۱، تهران: گنج دانش.
۲۴. فصیحی‌زاده، علیرضا و نیازی، عباس (تابستان ۱۳۹۷)، «مسئولیت مدنی مستودع و شرط تغییر میزان آن در حقوق ایران و فرانسه»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۳، ش ۸۲.
۲۵. قهرمانی، نصرالله (۱۳۸۴)، مسئولیت مدنی و کیل دادگستری، چ ۲، تهران: نسل نیکان.
۲۶. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۴)، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، چ ۳، تهران: دادگستر.
۲۷. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۵)، حقوق مدنی: الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، ج ۱، چ ۴، تهران: دانشگاه تهران.
۲۸. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۶)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، چ ۱۵، تهران: میزان.
۲۹. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۱ و ۳ و ۵، چ ۵، تهران: سهامی انتشار.
۳۰. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۰)، عقود معین، ج ۳، چ ۷، تهران: گنج دانش.
۳۱. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۱)، نظریه عمومی تعهدات، چ ۶، تهران: میزان.
۳۲. کیانی، عبدالله (۱۳۸۸)، قانون مدنی و فتاوی امام خمینی، ج ۲، چ ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی و انتشارات سمت.

۳۳. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ج ۱، چ ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۴. مرتضوی، عبدالحمید (۱۳۹۱)، حقوق تعهدات: تعهد به وسیله و به نتیجه، چ ۲، تهران: جنگل.
۳۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۰)، قاعده لاضرر، ترجمه محمدجواد بنی سعید لنگرودی، چ ۱، قم: علی بن ابی طالب (ع).
۳۶. موسوی بجنوردی، محمد (تابستان ۱۳۷۹)، «لزوم انجام تعهد»، متین، ش ۹.
۳۷. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳ق)، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، تقریر موسی خوانساری نجفی، ج ۱ و ۲، چ ۱، تهران: مکتبه المحدثه.
۳۸. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۳ق)، مکاسب و البیع، تقریر محمدتقی آملی، ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
۳۹. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۷، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۰. نعمت‌اللهی، اسماعیل (پاییز و زمستان ۱۳۹۵)، «معرفی و نقد نظریه اعتماد متعارف»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، ش ۲.
۴۱. یزدانیان، علیرضا (بهار ۱۳۹۰)، «مبانی مسئولیت مدنی متصدی در قراردادهای حمل و نقل کالا در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری، سال پنجاه و هفتم، ش ۵۳.

۲. خارجی

42. Anson, William Reynell, S. Burrows, J. Beatson, Andrew, Cartwright, John (2010), Anson's Law of Contract, 29th Ed, New York: Oxford University Press.
43. Atiyah, Patrick Selim (1971), Consideration in contracts: a fundamental restatement, 1st Ed, Canberra: Australian National University Press.
44. Atiyah, Patrick Selim (1986), Essays on Contract, 1st Ed, London: Clarendon paperbacks (OUP).
45. Bedjaoui, Mohammed (1991), International Law: Achievements and Prospects, 1st Ed, Paris: Martinus Nijhoff.
46. Black's Law Dictionary (2011), Bryan A. Garner, 11th Ed, Toronto: Thomson Reuters.
47. Burrows, Andrew (1998), Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution, 1st Ed, London: Hart Publishing.
48. Chapman, Audrey R (2002), Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights, 1st Ed, Oxford: Hart Publishing.
49. Chen-Wishart, Mindy (2009), "Consideration and Serious Intention", Singapore Journal of Legal Studies, No 29, 434- 456.

50. Crawford, James, Pellet, Alain, Olleson, Simon, Parlett, Kate (2010), *The Law of International Responsibility*, 1st Ed, , New York: Oxford University Press.
51. Crawford, James, Lee, Karen, Lauterpacht, Elihu (2005), *ICSID Reports*, Vol. 8, 1st Ed, New York: Cambridge University Press.
52. Dupuy, Pierre Marrie (1999), "Reviewing the difficulties of codification: on Ago's classification of obligations of means and obligations of result in relation to state responsibility", *European Journal of International Law*, Vol. 10, No 2, 371- 385.
53. Furmston, Michael (2017), *Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract*, 17th Ed, New York: Oxford University Press.
54. Hillman, Robert A (2014), "The Future of Fault in Contract Law", *Cornell University Law School*, Vol. 52, Summer, 275- 302.
55. Ibbeston, David. J (2001), *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, 1st Ed, New York: Oxford University Press.
56. Jackson, Craig Leonard (1999), "Traditional Contract Theory: Old and New Attacks and Old and New Defenses", *New England Law Review*, Vol. 33, No 1, 97- 112.
57. Lawrence Clark, William (1894), *Hand-book of the Law of Contracts*, Vol. 2, 2nd Ed, Minnesota: West Publishing Company.
58. Robertson, Andrew (2000), "Reasonable Reliance in Estoppel by Conduct", *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 23, 360- 368.
59. Scott, Robert E (2009), "In (Partial) Defense of Strict Liability in Contract", *Michigan Law Review*, Vol. 107, Iss 8, 1381- 1396.
60. Siebeck, Paul (1973), *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*, 1st Ed, University of California: International Association of Legal Science.
61. Stone, Richard, Devenney, James (2017), *The Modern Law of Contract*, 12th ed, Florida: Taylor & Francis.
62. Stone, Richard, Devenney, James, Cunnington, Ralph (2011), *Text, Cases and Materials on Contract Law*, 2nd Ed, London: Routledge.
63. Valente, Dena (2010), *Enforcing promises consideration and Intention in the Law of Contract*, A dissertation submitted in partial fulfilment of the degree of Bachelor of Laws, Otago: University of Otago.