

بررسی نظریه عوض در حقوق ایران با نگاهی به حقوق انگلستان حسین تفویزی^۱ - سید پدram خندان^۲*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۶

چکیده:

در حقوق ایران نقش عوض در جنبه الزام آور بودن قراردادهای وضعیت چندان مشخصی ندارد و همین امر موجب تشویش و تشتت در نظریات مولفین حقوقی درباره مبنای لزوم و جواز قراردادهای شده است. اما، اینکه آیا بین غیرمعمول بودن و جواز یک قرارداد و معوض بودن و لزوم آن قرارداد، رابطه منطقی وجود دارد موضوعی است که هدف نگارش این مقاله 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 قراردادهای است، در حقوق انگلیس عوض در تمیز قراردادهای الزام آور از وعده‌های صرف، نقش تعیین کننده‌ای 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.

واژگان کلیدی: عوض، لزوم، جواز، قراردادها

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

^۱ - دانشجوی دکتری، حقوق خصوصی، دانشکده الهیات، حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

h.tafvizi@yahoo.com

^۲ - استادیار و هیئت علمی گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، البرز، ایران: نویسنده مسئول
Spkhandani@gmail.com

مقدمه

در حقوق ایران نقش عوض در لزوم و جواز قراردادهای 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 مهمور باشد، صورت دوم اینکه عوض پشتوانه آن باشد. از آنجا که اصل بر غیر تشریفاتی بودن قراردادهای است، در حقوق انگلیس عوض در تمیز قراردادهای الزام آور از وعده‌های صرف، نقش تعیین کننده‌ای 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.

۱- تئوری عوض در حقوق ایران با تاکید بر معوض بودن عقود

۱-۱- تئوری عوض در حقوق ایران

در حقوق ما، وجود عوض، شرط نفوذ قرارداد نیست و بر عقد مجانی نیز آثار حقوقی مترتب می‌شود. هر چند قانونگذار در برخی از عقود معین مجانی یا معوض بودن آن را مورد حکم قرار داده است اما طرفین می‌توانند از طرق دیگر، مانند انعقاد عقد صلح یا قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، توافق خود را به هر شکلی که مایلند، اعم از معوض و مجانی تنظیم نمایند. (شعاریان، ۱۳۸۸: ۱۷۴)

در قانون مدنی درباره لزوم و جواز قراردادهای حکم یکپارچه‌ای وجود ندارد و همین امر موجب تشویش و تشتت در نظریات مولفین حقوقی درباره مبنای لزوم و جواز قراردادهای شده است. از این رو، برخی مبنای لزوم و جواز را به حاکمیت اراده منتسب نموده‌اند. 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 قراردادهای به بنای عقلا (ضرورت حفظ ثبات معاملات) متوسل شده‌اند. حال در صورتی می‌بینیم که نظریه عوض در حقوق یا قانون مدنی ایران وضعیت چندان روشنی ندارد که این خلاء به سادگی قابل مشاهده می‌باشد.

۱-۲- مفهوم عقد معوض

اصولاً بشر برای رفع نیازمندی‌های خویش، محتاج آن است که به طور روزمره به داد و ستد

و مبادله کالاها و خدمات بپردازد. او باید در برابر دیگران مالی را از دست بدهد یا تعهدی مالی را برعهده گیرد تا متقابلاً مالی به چنگ آورد یا دیگران را به نفع خویش متعهد کند و بدین وسیله نیازش را برطرف سازد. تمامی این مبادلات در قالب قراردادهایی انجام می‌پذیرد که در فقه بدانها عقود معاوضی می‌گویند. یکی دیگر از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲) عقد معوض را چنین تعریف کرده: «معاوضه» اختصاص به مبادله کالا به کالا پیدا کرد.

۱-۳- آثار و احکام عقد معوض

آثار و احکام عقد معوض به شرح ذیل است:

۱- عقد معاوضی، لازم است. در اینگونه عقود، مصلحت هریک از دو طرف ایجاب می‌کند که طرف مقابل حتی الامکان علاقه خود را از مال خویش به طور کامل قطع کند. در غیر این صورت، هدف اقتصادی آنها میسر نخواهد بود و هیچکس اقدام به معاملات خطیر نخواهد کرد؛ چه اینکه هر طرف می‌خواهد با آرامش خاطر نسبت به مالی که به دست آورده از هم اکنون برنامه ریزی و در آن به دلخواه تصرف کند و این هدف جز با لازم دانستن این عقود، تحقق نخواهد یافت.

۲- در عقد معاوضی، حق حبس وجود دارد. مقتضای هر معاوضه، مبادله و جابه جایی است. این جابه جایی فقط در ملکیت اعتباری وجود پیدا نمی‌کند، بلکه به علاوه در خارج نیز باید مبادله صورت گیرد تا هدف اصلی از انعقاد عقد تحقق پذیرد. (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۵۹۵) همبستگی مزبور میان دو عوض تا جایی است که هر طرف می‌تواند از اجرای تعهد خویش امتناع ورزد تا طرف دیگر تعهد خود را عملی سازد. برای مثال در بیع که شایع‌ترین مصداق عقد معاوضی است، فروشنده می‌تواند تا ثمن را دریافت نکرده از تسلیم مبیع خودداری ورزد و برعکس، خریدار نیز حق دارد پرداخت ثمن را تا دریافت مبیع به تأخیر اندازد و نتیجه استفاده هر دو از این حق، لزوم تسلیم هم زمان و تبادل مقارن عوضین است که در نزد حاکم انجام می‌گیرد. (نجفی، ۱۳۷۶: ۱۴۵) این حق گرو گرفتن که در اصطلاح فقهی بدان «حق حبس» گفته می‌شود در نظر عده‌ای از فقیهان امامیه از آثار معاوضی بودن عقد است. (انصاری، ۱۳۶۷: ۳۴۷)

۳- عقد معوض موجب ضمان معاوضی است: در عقود معاوضی، مادام که مورد معامله به مالک جدید تحویل داده نشده در ضمان مالک اول است، بدین معنا که در صورت تلف شدنش، مالک باید عوض مسمی را بازگرداند. از این ضمان در فقه، تعبیر به «ضمان معاوضی» می‌شود و در میان فقیهان امامیه درباره مبنای آن که آیا یک حکم تبعیدی است یا قاعده عقلایی و همچنین درباره محدوده قاعده اختلاف نظر وجود دارد. به نظر عده‌ای قاعده تلف مورد معامله

قبل از قبض، یک قاعده عقلایی و بر معاوضی بودن عقد استوار است. زیرا درست است که هر طرف در حین عقد ملکیت خویش نسبت به مال را به طرف دیگر انتقال می‌دهد، ولی این تملیک، مقدمه اخذ و اعطاست. از طرف دیگر، قبلاً گفتیم ویژگی اصلی عقود معاوضی، تقابل میان تعهدات دو طرف است. بدین ترتیب می‌توان گفت که حقیقت عقود معاوضی و قوام آنها به مبادله واقعی و محسوس میان دو عوض است. از این رو، در بنای عقلا، مادام که عوضین قابلیت اخذ و اعطا داشته باشند و بتوانند بدل یکدیگر قرار گیرند، عقد را می‌توان باقی دانست، ولی همین که این قابلیت از بین رفت، عقد را باید منفسخ و از هم پاشیده قلمداد کرد. اینجاست که عوض باقیمانده به صاحب قبلی آن بازگشت می‌کند. (انصاری، ۱۳۶۷: ۳۵۳-۳۵۸)

بدیهی است که بنابراین استدلال، قاعده مربوط به ضمان معاوضی نه فقط شامل ثمن است، بلکه علاوه بر بیع در سایر عقود معاوضی نیز جریان خواهد داشت.

۴. عقود معاوضی، نهادهایی هستند که قانون‌گذار آنها را برای مواردی که دو طرف، هدف اقتصادی دارند تأسیس کرده است. به همین خاطر، بیع بلا ثمن و اجاره بلا اجرت باطل است. چرا که عنصر معاوضه و تعهد متقابل در این دو عقد منتفی است. (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۰۵)

در بیان علت اینگونه اظهار شده است که اصل استحکام معاملات در تبرعات به شدت عقود معوض نیست و از طرف دیگر، بر اثر بی اعتباری عقد، متبرع له ضرر می‌کند و از منفعت مورد نظر محروم می‌گردد و بالاخره در عقد غیرمعوض اراده یک طرف اهمیت دارد و اراده طرف مقابل اهمیت چندانی ندارد. (همان)

۲- مفهوم نظریه عوض در حقوق انگلستان با تأکید بر مبانی و اصول

۲-۱- مفهوم نظریه عوض در حقوق انگلستان

هنگامی که حقوقدانان می‌گویند 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 در برگیرنده منافع اقتصادی است، را تشکیل می‌دهد). (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۰۵)

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

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

پروفسور آتیاه می‌نویسد: از نظر شروط عملی، عوض نقطه اصلی انجام معامله است. عوض چیزی است که شما می‌خواهید آنرا بدست آورید. اگر آن را دریافت نکنید (اگر عوض حاصل نگردد) معمولاً به نقض قرارداد منجر می‌گردد و عوض یعنی دلیلی برای اجرای یک تعهد. در طی سالیان متمادی دعاوی بسیاری مطرح شده که ایده عوض را تا حدی توسعه داده‌اند یکی از ارکان قرارداد است که بدون آن قراردادی لازم الاجرا نیست. از نظر عملی وقتی متعهد به انجام کار می‌شویم می‌توانیم تعهد خود را نقض کنیم مگر اینکه آن تعهد بخشی از قرارداد باشد و یا چیزی در عوض دریافت کرده باشیم. تعهد در مقابل عدم دریافت چیزی (یک تعهد مجانی) الزام آور نیست. (رمضانی نوری، ۱۳۹۱: ۱۰۶)

یکی از تعاریف عوض، که بسیار نقل می‌شود، تعریفی است که قاضی Lush در دعوی Cvrrie V Misa سال (1875) 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 Frederich Pollock) عوض را به سادگی بها یا قیمتی که برای آن وعده یا تعهد به وجود می‌آید، تعریف کرد. این نظریه در مجلس اعیان تصویب شده است (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۲: ۷۰)؛ 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 نمی‌کند که آیا عوض در گروه «حقایق معین» وجود دارد. نظریه‌ای که منجر به عدم قطعیت بیشتری می‌شود این است که عوض دلیلی برای اجرای تعهدات و وعده‌ها معنا می‌دهد. (Atiyah, 1971: 60)

در حقوق انگلیس اگر قراردادی رسمی و مهمور نباشد، در صورتی معتبر و لازم الاجرا شناخته می‌شود که عوض پشتوانه آن باشد به عبارت دیگر متعهد له در صورتی می‌تواند برای اجرای قراردادی اقامه دعوا نماید که اثبات نماید در برابر آن عوض معتبر قانونی تدارک نموده است. نظریه عوض در واقع معیاری است برای تشخیص تعهدات قراردادی لازم الاجرا از وعده‌های صرف که فاقد ضمانت اجرایی هستند. در بیان فلسفه وجودی نظریه عوض به این نکته اشاره شده است که تمسک به نظریه مزبور در واقع برای کاستن از دامنه 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, 67). زیرا در حقوق انگلیس اعتقاد

عمومی بر این است که خلاف خرد جمعی است اگر پذیرفته شود که هرگونه تعهدی باید لازم الاجرا شناخته شود چرا که با این توصیف نظم و ثبات روابط معاملاتی در هم می‌ریزد و آزادی اراده به مخاطره می‌افتد.

بنابراین، لازم است تأسیس‌هایی قانونی در اختیار دادرس قرار گیرد تا با توسل به آنها بتواند تا جایی که ممکن است از دامنه تعهدات لازم الاجرا در روابط معاملاتی بکاهد و از آزادی اراده اشخاص حمایت نماید. یکی از این تأسیس‌ها نیز نظریه عوض می‌باشد که بیان می‌دارد: اگر در برابر تعهد قراردادی، عوض متقابل تدارک نشود، تعهد مزبور از نظر قانونی قابلیت اجرایی نخواهد داشت.

۲-۲- مبنای نظریه عوض

درباره مبنای نظریه عوض برخی از مولفین به ایده تقابل استناد نموده‌اند و مهمترین توجیه برای پذیرش نظریه عوض را تقابل و پیوستگی میان تعهدات طرفین قرارداد دانسته‌اند. (Mck- endrich Ewan, 2000: 79) یعنی هرگاه متعهد له عوض تعهد را تأمین نموده باشد، قرارداد لازم الاجرا خواهد بود.

اعمال قاعده عوض در حوزه و محدوده خاص خودش مطرح شده بود تا بر این نکته تأکید کند که عوض نباید صرفاً «مقداری از ارزش» باشد بلکه باید «مقداری از ارزش در نظر قانون» باشد. یعنی ارزش موصوف از نظر قانونی ارزش شناخته شده باشد. قانون در موارد خاصی از اینکه «ارزش اقدامات» یا تعهدهایی را تشخیص دهد که ممکن است به وسیله فرد عادی ارزشمند محسوب شود، امتناع می‌ورزد. این امتناع براساس سیاست‌های بسیار گوناگونی از نظر قانونگذار صورت پذیرفته است.

در نگاه نخست ممکن است اشتراکات اندکی داشته باشند. این اشتباه است که منجر به پیچیدگی بسیار زیادی در قاعده عوض می‌شود و همچنین منجر به تعمیم‌های ناخواسته و اتفاقی آن شده و در نتیجه منجر به درخواست اصلاح قانون شده است.

تعریف سنتی و قدیمی عوض بر این شرط تمرکز و تأکید می‌کند که مقداری از ارزش باید داده شده باشد، از این رو، گفته می‌شود که عوض هم، ضرر و زیانی برای متعهدله (ممکن است ارزش یا بهائی بدهد) یا سود یا منفعتی برای متعهد کسب کند. (Treithel, 67)

معمولاً این سود و زیان فقط یک چیز هستند که از نقطه نظرهای مختلف نگریسته می‌شوند. بنابراین، پرداخت قیمت و بهاء از سوی خریدار عوضی برای تعهد فروشنده است تا کالاها را

تحويل دهد و می‌توان به عنوان ضرر و زیانی برای خریدار و یا سود و منفعتی برای فروشنده توصیف شود؛ و برعکس تحويل کالا به وسیله فروشنده عوض برای تعهد خریدار محسوب می‌شود تا بهای آن را بپردازد و می‌تواند به عنوان ضرر و زیانی برای فروشنده و سود و منفعتی برای خریدار توصیف شود. اینگونه اظهارات در صورتی به عوض مرتبط هستند که به تعهد هر یک از طرفین به صورت جداگانه نگریسته شود. برای مثال، فروشنده زمانی که کالا را تحويل می‌دهد متحمل ضرر و زیانی می‌شود و این مسئله او را قادر می‌سازد تا قول و تعهد خریدار جهت پرداخت بها را مورد اجرا بگذارد. و این مطلب که فروشنده معامله خوبی انجام داده است و از این رو، سود و منفعتی از اجرای قرارداد به دست می‌آورد، کاملاً بی‌ارتباط و خارج از موضوع بحث است.

با این وجود نظریه عوض به صورت یک طرح پیشنهادی جهت اصلاح قانون در این باب دوباره رونق یافته و طرفدارانی پیدا کرده است. از این رو، قوانین انگلیسی وضعیت فعلی اجرای توافق نامه‌ها یا قراردادها (نه اسناد) را با ارجاع آنها به مجموعه‌ای از قوانین و اصول پیچیده و گوناگون معروف به «قاعده عوض» محدود می‌کنند. این قاعده براساس «نظریه تقابل» است: قسمتی از عوض که دارای ارزش قانونی باشد. (Treithel, 67) باید برای وعده یا تعهد داده شود تا اینکه وعده یا تعهد به عنوان قرارداد قابلیت اجرایی داشته باشد. از این رو، یک تعهد یا وعده بلاعوض غیررسمی معنا و مفهوم قراردادی ندارد. به شخصی تنها به انگیزه‌های عاطفی یا بخشندگی وعده هدیه‌ای داده می‌شود ولی چیزی برای تضمین وعده داده نمی‌شود؛ مطالبات و تقاضای چنین متعهدله‌ای نسبت به مطالبات فردی که به جای تعهد یا وعده متعهد به انجام کاری شده است، کمتر الزام آور است. بی‌اعتباری تعهدهای غیررسمی و بلاعوض از این نوع می‌تواند همچنین تأیید شود به این دلیل که تحمیل اجرای آنها می‌تواند طرفین ثالثی مانند اعتبار دهنده به متعهد را نیز متضرر سازد. (Treithel, 67) در واقع نظریه‌ای وجود دارد که می‌گویند «ضرر و زیان برای متعهدله از شروط اساسی قاعده عوض می‌باشد و زمانی که سودی عاید متعهد می‌شود، صرفاً تصادفی است». (Ibid)

پس می‌بینیم پایه و اساس نظریه عوض، از دیدگاه سنتی ایده عمل متقابل است و گفته می‌شود که قانون معاملات را اجرا می‌کند و نه صرف تعهدات را. لیکن در جایی که عوض در یک ترک فعل، مصالحه یا اجرای یک وظیفه قراردادی موجود یافت می‌شود توجیه نظریه سنتی سخت‌تر می‌گردد. (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۲: ۶۲) هدف از نظریه عوض، تعیین این نکته

است چه تعهداتی باید قانوناً لازم الاجرا محسوب گردند. مسلماً همه تعهدات نمی‌توانند این گونه باشند و اگر بنا باشد که نظریه عوض کنار گذاشته شود، دادگاه‌ها باید شیوه دیگری را برای تصمیم‌گیری در مورد اینکه چه تعهداتی باید به اجرا گذاشته شوند به کار گیرند (همان)

۲-۳- تاریخچه و منشأ نظریه عوض

نظریه عوض، همانند سایر مفاهیم حقوق انگلیس ریشه در رویه قضایی کهن این نظام حقوقی دارد. اما، درباره منشأ این نظریه بین حقوقدانان کامن لو اتفاق نظر وجود ندارد. حتی برخی از صاحب نظران عقیده دارند که این نظریه از حقوق رومانیستی در باب تعهدات لازم الاجرا از عنصر Cause سخن گفته می‌شود و تعهدات هریک از طرفین قرارداد را در واقع علت و سبب تعهد طرف مقابل می‌شناسند. نظریه مذکور احتمال می‌دهد که عنصر Consideration همان عنصر Cause در نظام حقوقی رومانیستی باشد که به تدریج در نظام حقوق انگلیسی وارد شده است. (Sim, 1988: 231) این دیدگاه که قرارداد صرفاً بدون عوض هم الزام آور هستند، ۲۰۰ سال پیش در انگلستان رد شده بود. (Treithel, 69) اما نظری که بیشتر مورد پذیرش واقع شده، این است که منشأ نظریه عوض به حقوق مسئولیت مدنی باز می‌گردد. (Zweigert, 1987: 23) محاکم انگلیس تا حوالی قرن پانزدهم میلادی، اصولاً تعهدات قراردادی در خصوص مسئولیت‌های مدنی را لازم الاجرا نمی‌شناختند. ولی در قرن ۱۵ و بویژه قرن ۱۶، با استفاده از دعوی مسئولیت مدنی و شبه جرم، به تدریج قواعدی کلی برای اجرای تعهدات قراردادی در باب مسئولیت مدنی فراهم ساختند. (Beatson, 1998: 15)

در حقوق مسئولیت مدنی براساس قاعده‌ای معروف به دعوی اسمپیت^۱، هرگاه شخص ملتزم به انجام عملی می‌شد و آن را به گونه‌ای انجام می‌داد که موجب ورود زیان به طرف مقابل می‌گردید، متعهدله می‌توانست علیه متعهد طرح دعوی نموده و جبران خسارت وارده به خود را مطالبه نماید. مبنای جبران خسارت در این دعوی، اعتماد و تکیه متعهدله بر تعهد طرف مقابل و بر نفع حاصل از آن بود. ابتدا دعوی اسمپیت، در صورتی قابل طرح بود که متعهد اقدام به اجرای تعهد می‌نمود اما آن را ناقص و غیرقابل قبول انجام می‌داد و از این طریق زبانی به متعهد می‌رسید. اما اگر متعهد اصلاً اسباب اجرای تعهد را فراهم نمی‌کرد، به متعهد له حق اقامه دعوا داده نمی‌شد، استدلال محاکم این بود که هرگاه متعهد تعهد خود را ناقص انجام

۱- قاعده Assumpsit در حقوق انگلیس نوعی دادخواهی می‌باشد که از قرارداد نشأت می‌گیرد بنام اسمپیت معروف می‌باشد.

دهد، به واسطه خطایی که مرتکب شده مطمئناً حق طرح دعوا علیه او به وجود می‌آید. اما وقتی شخصی تعهدی را برعهده می‌گیرد و هیچ عملی انجام نمی‌دهد، نمی‌توان بدون وجود نوشته‌ای ممه‌ور، علیه او طرح دعوی نمود. اما در نیمه قرن ۱۵، در دادگاه‌های انگلیس تدریجاً این تمایل پیدا شد که هرگاه متعهدله با اعتماد به تعهد طرف مقابل اقداماتی انجام دهد و هزینه‌هایی را صرف کند و از این طریق متحمل زیان شود، به او حق طرح دعوی علیه متعهد داده شود ولو اینکه متعهد در مقام اجرای تعهد برنیامده باشد. در این حالت نیز مبنای دعوی، اعتماد متعهدله بر تعهد طرف مقابل و زیان ناشی از آن بود. (Sim, 1988: 236)

بنابراین، قراردادهای مجانی و بدون عوض تابع دادخواهی «اسمپیت» نمی‌شوند. (رنه داوید، ۱۳۸۹: ۱۱۶)

۲-۴- قراردادهای مشمول نظریه عوض

قراردادهای مشمول نظریه عوض عبارتند از:

الف) قراردادهای حکمی، ثبت شده در دادگاه (ب) قراردادهای تشریفاتی رسمی (ج) قرار-
دادهای ساده.^۱

۲-۴-۱- قراردادهای حکمی، ثبت شده در دادگاه

الف) قراردادهای حکمی شامل آراء یک دادگاه و التزام نامه‌ها می‌شود. (۱) آراء دادگاه. حقوق قبلی تحت یک قرارداد در حکم دادگاه گنجانده می‌شوند. بنابراین، الف به موجب یک قرارداد ۱۰ پوند به ب بدهکار می‌شود. ب علیه الف اقامه دعوی می‌کند و رأی را به نفع خود دریافت می‌کند. حقوق قبلی در حکم دادگاه گنجانده می‌شوند و اگر لازم باشد ممکن است علیه الف اجرائیه صادر شود که مبلغ مزبور را بپردازد. (Law Made Simple, 98)

(۲) التزام نامه‌ها. در محاکم کیفری ممکن است یک مجرم همزمان با محکومیت، به داشتن رفتار خوب و به حفظ آرامش مکلف شود. شخصی که بدین ترتیب موظف می‌شود اقرار می‌کند که اگر او در رعایت شروط التزام نامه قصور کند، مبلغ معینی پول به دولت بدهکار می‌شود. (Law Made Simple, 98)

۲-۴-۲- قراردادهای تشریفاتی رسمی و مصادیق آن

این نوع از قرارداد تنها قرارداد رسمی به معنای اخص و شناخته شده در قانون است. قراردادهای تشریفاتی در معاملات مختلف مانند انتقال زمین، اجاره اموال برای بیش از سه سال و اساسنامه شرکت

^۱ - (a)Contracts of Record,(b) specialty contracts, and,(c)simple contracts.

استفاده می‌شوند. (Ibid)

ویژگی‌های یک قرارداد از طریق سند رسمی آنهایی هستند که (۱) امضاء شده (۲) مهر شده (۳) به طرف مقابل تحویل شده باشند. امضاء نیاز به هیچ توضیحی ندارد. اگر امضاء کننده قادر به نوشتن نیست درج یک ایکس کافی خواهد بود. امروزه مهر کردن الصاق یک لفاف کاغذی است که بوسیله شخص تنظیم کننده سند لمس شده و انگشت زده است. تسلیم بوسیله تحویل واقعی سند به طرف دیگر (یا نماینده‌اش مثلاً مشاور حقوقی) بعمل می‌آید و یا به طور ضمنی از طریق لمس مهر و با ادای عبارت من این سند را بعنوان عمل و سند خویش تحویل می‌دهم. (Law Made Simple, 98)

وقتی تسلیم سند منوط به یک شرط بعمل می‌آید. آن سند امانی نامیده می‌شود، این بدین معناست که «گرچه سند تسلیم شده است، اما آن موثر نخواهد بود تا وقتی که شرط معین انجام شود».

هرگاه دو یا چند شخص وجود داشته باشند، گاهی سند، سند چند نسخه‌ای نامیده می‌شود.

(Law Made Simple, 99)

قراردادهای ذیل باید از طریق سند رسمی باشند در غیر این صورت، معامله بی اعتبار است:

(الف) قراردادهایی که به وسیله عوض ارزشمند حمایت نمی‌شوند، برای مثال تعهد به هبه.

(ب) اجاره‌های زمین برای بیش از سه سال (قانون حقوق راجع به اموال مصوب سال ۱۹۲۵).

(ج) انتقال کشتی‌های بریتانیایی یا سهام کشتی‌های بریتانیایی.

(د) انتقال حق مالکیت زمین (قانون حقوق راجع به اموال. مصوب سال ۱۹۲۵). (Ibid, 115)

۲-۴-۳- قراردادهای ساده و مصادیق آن

قراردادهای ساده، قراردادهای غیررسمی هستند. آنها ممکن است (۱) شفاهاً (۲) کتباً، یا

(۳) بطور ضمنی از طریق رفتار منعقد شوند. (Law Made Simple, 99) در یک قرارداد ساده

معتبر باید بوسیله عوض ارزشمند حمایت شود، در صورت نبود عوض قرارداد قابل اجراء نخواهد بود.

۲-۵- 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, 116).
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 آن را هفته بعد بپردازد. اگر آستون دستگاه دوچرخه را فوراً تحویل دهد، عوض توسط آستون ایفاء شده است.

عوض مؤجل یا ایفایی تعهدی است جهت تفویض یک سود یا تحمل نوعی ضرر در بعضی زمان‌های آینده. برای مثال تا جائیکه به بری مربوط می‌شود (در مثال فوق) عوضش ایفایی است چرا که ۲۰ پوند در آینده قابل پرداخت است. به همین ترتیب اگر شخص ام و ان برای تشکیل یک شرکت تضامنی در اول ژانویه سال آینده موافقت کنند هر دو طرف متقابلاً تعهد می‌کنند و عوض مؤجل ایفایی خواهد بود. (Law Made Simple, 108)

۲-۵-۱- 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. (Law Made Simple, 108)

۲-۵-۱-۱- 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 «نیازارندن» پدرش نبود. (Law Made Simple, 109)

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. وقتی از سوی مقامات

پلیس جهت هزینه اقامه دعوی گردید، مالکین معدن زغال سنگ با توجه به اینکه پلیس به موجب یک وظیفه عمومی تدابیر امنیتی پلیس را ارائه کرد از پرداختن پول امتناع ورزیدند. رأی داده شد که پلیس بیش از آنچه که موظف به انجام آن بودند اقدام نموده‌اند و حفاظت ویژه عوض کافی در حمایت از قرارداد بود. (Law Made Simple, 109)

در دعوی Collins V Godefroy (سال ۱۸۱۳). G احضاریه‌ای 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. (Law Made Simple, 109)

در دعوی Shadwell V Shadwell (سال ۱۸۶۰). عمویی به برادرزاده‌اش قول داد اگر با الن نیکول، کسی که برادرزاده‌اش قبلاً با او نامزد شده بود، ازدواج کند، سالانه ۱۵۰ پوند به او بپردازد. برادرزاده با آن خانم ازدواج کرد و پرداخت‌های معینه بوسیله عمو پرداخت می‌شد و با فوتش، برادرزاده علیه اوصیاء جهت باقیمانده معوقه اقامه دعوی کرد. رأی داده شد: که با ازدواج، برادرزاده متحمل مسئولیت‌هایی شده است و بنابراین موقعیت و وضعیتش را تغییر داد و عمو با دیدن اینکه برادرزاده‌اش سروسامان گرفته نوعی منعفت بدست آورده بود. (Law Ma- de Simple, 109)

صرف نظر کردن یا تعهد به انجام دادن عملی، اگر فقط قانون با 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 هر چند که نتوان ارزش آن را دقیقاً تعیین کرد. اما «اعتبار واقعی» خودش به تنهایی عوض مناسب و کافی نیست. (Treithel, 83)

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)

۲-۵-۱-۲- 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 نوری، 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 نمی‌دهند، 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 (Treithel, 74)، یا آیا توافق، سختگیرانه یا غیرمنصفانه بوده است یا نه. (Ibid) دلیل این نیست که محاکم نمی‌توانند وعده و تعهد هریک از طرفین را ارزشیابی کنند. محاکم باید زمانی که صدمات و خسارات را ارزیابی می‌کنند، عادلانه رفتار کنند. محاکم نباید در معامله‌ای 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. برای مثال زمانی که ادعا شده است که «سود-های بیش از تعرفه قانونی» در قراردادهای دولتی تنظیم شده است یا اینکه به صورت غیر-متعارفی پرداخت‌های «بیش از اندازه‌ای» از صندوق‌های عمومی صورت گرفته است. محاکم این امکانات را ندارند تا بتوانند قیمت‌ها را به طور کامل کنترل کنند و همچنین امتناع محاکم به عنوان یک اصل کلی و اینکه خود را به شایستگی و کفایت عوض مشغول می‌کنند، انعکاسی از این حقیقت است. (Treithel, 68)

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. 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. (Treithel, 68)

اما این نظریه که نفوذ و منفعت برای متعهد به تنهایی کافی و بسنده است تا از شروط عوض

باشد در تعدادی از پرونده‌ها تأیید شده است. در پرونده‌هایی که در آنها تعهدها حتی اگر هیچ ضرر و زیان آشکاری برای متعهد نداشتند به دلیل وجود چنین سودی اجرا شده‌اند.

عوامل بیشتری نیاز است تا پرونده‌ای مشمول یکی از استثناءها قرار بگیرد: برای مثال، وجود رابطه‌ای که در آن یک طرف قرارداد قادر است سود و منفعت ناعادلانه‌ای را از طرف دیگر بگیرد، قاعده کلی نشان می‌دهد که هیچ معامله‌ای 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. برای مثال با ذکر قیمت از اینکه آنها آماده هستند تا کالاهایشان را بفروشند. یک شخص نمی‌تواند خواستار مساعدت یک محکمه حقوقی صرفاً به دلیل اینکه او یک معامله زیان آور انعقاد کرده است، باشد. خریدار باید آگاه باشد (اجازه بدهید خریدار آگاه باشد) یک قاعده اساسی است. اگر فردی در ازای یک پوند تابلویی بخرد و بعداً معلوم شود که تابلوی خریداری شده از خریدار یک اثر از رامبراند است، او آدم خوش شانسی است، در صورتی که فروشنده نیز سودی نکرده و قرارداد معتبر است. (Law Made Simple, 110) در دعوی Bainbridge V Firmstone (سال ۱۸۳۸) بریج به فریم 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 هرچند کوتاه. جبران خسارت به نفع خواهان، داده شد. (Law Made Simple, 110).

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 غیرقابل اجرا است. (Ibid)

هرگاه یک مدعی اصالتاً قصد داشته باشد اقامه دعوی قانونی را ترک کند، چنین ترکی عوض ارزشمند است بشرطی که دعوی فی نفسه ایذایی، واهی و یا دعوایی نباشد که شخص ترک کننده بداند که باید از آن نتیجه نگیرد، دعوی Callisber V Bischoffsbeim سال (۱۸۷۰) و دعوی Wade V Simeon سال (۱۸۴۶). (Law Made Simple, 110).

هرگاه ادعای تدلیس شود، مکفی بودن عوض بی ارتباط با آن نمی‌باشد. بنابراین، اگر الف

بنحو متقابلانه‌ای 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.

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

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 بنا به تقاضای پی. او در اول اکتبر ۵ پوند و ۲ سنت و ۶ پنی 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. (Law Made Simple, 110) 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 نمی‌تواند 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 می‌دهد که او مطلقاً مستحق آن نیست و این عوض محسوب می‌شود. 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 می‌باشد و بدین ترتیب دین ساقط می‌گردد. 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. به همین ترتیب، هنگامی که الف موظف است تا برای مثال ۲۰ پوند به ب در لندن بپردازد و ب از الف تقاضا کند تا ۱۵ پوند در همان روز در شهر یورک بپردازد. اگر الف درخواست را اجابت کند و ۱۵ پوند در شهر یورک بپردازد، یک برائت ذمه معتبر وجود خواهد داشت. (Law Made Simple, 111)

(۳) هنگامی که چیزی اضافه شود، در این پرونده‌ها 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. (Ibid)

۲-۵-۱-۳- 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 می‌شود 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 می‌برد، چرا که توافقش حداقل به تبنانی کیفری منجر خواهد شد. (Law Made Simple, 111)

در دعوی Foster V Driscoll (سال ۱۹۲۹) به منظور حمل دریایی ویسکی از انگلستان به ایالات متحده در طی دوره‌ای 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. (Law Made Simple, 111)

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 رفته‌اند. (Treithel, 69) 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. برطبق این نظریه، متعهدله ممکن است با انجام هرکاری که از نظر قانونی ملزم به انجام آن نیست، عوض را فراهم آورد، خواه ناخواه در واقع منجر به ضرر و زیانی برای او (متعهدله) و یا سود و منفعتی برای متعهد می‌شود، در حالی که برعکس ممکن است او فقط با انجام آنچه که از نظر قانونی ملزم به انجام آن است، عوض را فراهم نسازد، ولی با این وجود، ممکن است متحمل ضرر و زیان شود و باز هم سود و منفعتی را عاید متعهد سازد.

محاکم انگلیسی همواره به مفهوم این دو واژه «سود» و «زیان» توجه دارند. در بعضی موقعیت‌ها که بحث می‌شوند، بر سود واقعی تأکید شده است. (Treithel, 69) 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 می‌شد و این بدان معنا می‌باشد که سود و زیان ممکن است ظاهری باشد.

ممکن است یک محکمه سود واقعی برای متعهد را در چنین موقعیت‌هایی کافی و بسنده محسوب کند. حتی در غیاب سود قانونی برای او یا ضرر قانونی برای متعهدله، و ممکن است (اگر چه اصلاً قطعی نیست) این شیوه و رویکرد حداقل به بعضی از موقعیت‌ها نیز تسری و تعمیم پیدا کند، موقعیت‌هایی که در گذشته در محاکم بر سود و زیان قانونی اصرار و پافشاری داشته‌اند. (Ibid)

۲-۵-۲- 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 داده‌اند فقط در صورتی می‌تواند 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 می‌تواند 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. (Treithel, 68) رابطه‌ای که بین متعهد و متعهد له وجود دارد به اصل نسبیّت قرارداد مشهور است. از آنجا که طرفین قرارداد باید عوض تهیه نمایند، به عنوان یک قاعده کلی، بدین معناست که شخصی که به موجب قراردادی منفعتی دریافت می‌کند ممکن نیست به موجب قرارداد حقوق را اجرا کند، مگر اینکه او عوض را عرضه کرده باشد. به عبارت دیگر، هیچ بیگانه‌ای ممکن نیست به استناد قراردادی برای عوض اقامه دعوی کند. استثنائات خیلی کمی برای این قاعده وجود دارند. (Treithel, 69)

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 بپردازد. 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 نمی‌تواند اقامه دعوی کند چرا که هیچ عوضی توسط T داده نشده بود. فقط پدر T جهت اقامه دعوی مستحق بود. (Treithel, 112)

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, 81) اگر چه از این اقدامات هیچ سود مستقیمی عاید متعهد نمی‌شود. عوض ممکن است همچنین از سوی متعهدله پیشنهاد شود بدون اینکه به متعهد منتقل شود، در جایی که متعهدله به

۲-۵-۳- مقذور بودن عوض

قانون قراردادی را که اجرای آن از توانایی بشر خارج است، لازم الاجرا نمی‌داند. بنابراین، تعهد برای رفتن به مرکز زمین در عوض پرداخت ۱۰۰ پوند محال و غیرممکن خواهد بود و این سوال را مطرح می‌سازد که آیا طرفین بطور واقعی می‌توانستند روابط قانونی را بر این مینا در نظر داشته باشند. بهر حال، تعهدی جهت انجام امر غیرممکن باید از تعهدی که گر چه بعداً امکان ایفای آن، زمانیکه قرارداد منعقد شده، غیرممکن می‌شود متمایز گردد. این مطلب به موجب نظریه انتفای تعهد بحث (Frustration) می‌شود. (Law Made Simple, 112)

۲-۵-۴- عوض نباید گذشته باشد

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

مثلاً اگر A اتومبیلی به B هدیه بدهد و B یک سال بعد به A تعهد دهد تا ۵۰۰ پوند بپردازد، هیچ عوضی برای تعهد یا وعده B وجود ندارد، همانطور که A ماشین را در عوض آن وعده به B نداده بود. این استنباط اغلب در جایی به کار می‌رود که بین اعمال و وعده‌هایی که به عنوان عوض داده شده، فاصله زمانی وجود دارد. در چنین مواردی عوض ادعا شده عوض گذشته است. از این رو، چنانچه چیزی پس از اینکه فروخته شده، بعنوان تضمین باشد و حال اینکه این تضمین نمی‌تواند عوض شناخته شود. همینطور وعده یا تعهد پرداخت مبلغی پول ممکن است به کارمندی پس از بازنشستگی او یا به نماینده‌ای پس از خاتمه نمایندگی او، داده شود. اگر عوض فقط و به صورت انحصاری برای خدماتی است که کارمند یا نماینده بر طبق قرارداد خاتمه یافته شان قبلاً انجام داده‌اند، عوض گذشته است، بنابراین، وعده یا تعهد بر طبق قرارداد الزام آور نخواهد بود. اگر متعهد له عوض را به غیر از خدمات گذشته فراهم کرده باشد، عوض الزام آور خواهد بود. دیگر عوض‌ها ممکن است بر طبق قرارداد اصلی از واگذاری حقوق معوقه او (متعهدله) ناشی شده باشند، یا از تعهد دادن یا تحقق بعضی اعمال یا صرف نظر کردن- های دیگر که بر طبق قرارداد اصلی برعهده متعهدله نبوده است ناشی شده باشند. برای مثال، تعهد دادن او که با متعهد رقابت نکند. یعنی تعهد کند که با متعهدله رقابت نخواهد کرد. (شرط عدم رقابت) معروف است.

به همین ترتیب در دعوی Re McArdle سال (۱۹۵۱) مردی خانه‌اش را برای بیوه‌اش، در زمان حیات او و سپس برای فرزندانش در وصیتنامه‌اش بجا گذاشت. تعمیراتی نسبت به خانه

صورت پذیرفت، که آن بچه‌ها 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. (رضانی نوری، ۱۳۹۱: ۱۱۲) 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. (Sim, 1988: 163)

این بدین معناست که یک منفعت تفویضی در گذشته عوضی برای یک تعهد کنونی نیست. در زندگی روزمره این ممکن است خشن به نظر برسد، چرا که بیشتر ما منفعت‌های زیادی از سوی سایرین مثل والدین، معلمان، دوستانی که کمکی در لحظات بحرانی ارائه کرده‌اند، دریافت نموده- ایم. لذا این موارد نمی‌تواند بعنوان عوض در نظر گرفته شود. (Law Made Simple, 112)

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 نمی‌تواند 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. (Law Made Simple, 112) تعهدی که عوض واقع می‌شود باید ناظر به انجام دادن چیزهایی در آینده باشد. طرف قرارداد نمی‌تواند عملی را که قبلاً انجام یافته، به عنوان پیشنهاد یا ایجاب کند و عوض قرار دهد. (براون، ۱۳۹۰: ۱۷۲)

در تعیین اینکه آیا عوض مربوط به گذشته است دادگاه ملزم به تحقیق و کارشناسی در این قضیه نمی‌باشد. عمل یا اقدامی که در گذشته صورت گرفته در صورتی می‌تواند عوض برای یک تعهد باشد که سه شرط را داشته باشد: ۱- عمل باید به درخواست و تقاضای متعهد انجام شده باشد. (Treithel, 78) 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. (Treithel, 78) یکی از شروط قاعده عوض این است که عوض قبلی، عوض معتبری محسوب می‌گردد. تعهد به انجام کاری که شخص از قبل ملزم به انجام آن است نمی‌تواند عوض محسوب شود. (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۲: ۱۲۴)

۳- چالش‌های تعارضی

۳-۱- تعارض با برخی از مقررات عقود معین

از بررسی استقرایی عقود جایز این امر قابل استنباط است که بین غیرمعموس 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 اساسی‌ترین این آثار اشاره شده است. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۷۴)

۳-۲- تعارض با اصل لزوم

مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی که حکم قراردادهای خصوصی و عقود غیرمعین را بیان می‌کند مفاد این ماده برخلاف سخن پاره‌ای 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».

مهمترین مسأله‌ای که اعمال قاعده عوض را در نظام حقوق قراردادهای ایران با مشکل مواجه می‌نماید، 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 ویژه‌ای هم بر هریک موجود نباشد با جاری ساختن اصل مزبور، لزوم عقد نتیجه گرفته می‌شود. البته، در فقه برخی از فقیهان (نراقی، ۱۴۱۷: ۸) حاکمیت چنین اصلی را انکار کرده و مدعی شده‌اند که اصل، عدم لزوم است مگر اینکه لزوم عقدی ثابت شود.

اما آنچه که مسلم است بسیاری از نویسندگان حقوق مدنی (امامی، ۱۳۶۸: ۱۷۴) و نیز فقها این اصل را معتبر و یکی از پایه‌های استنباط احکام در حقوق اسلامی می‌دانند.

در تألیفات فقهی مبنای اصل لزوم را عموماً همانند «وفوا بالعقود» دانسته‌اند و نویسندگان حقوق مدنی نیز ماده ۲۱۹ ق.م. را مبنای اصل مذکور معرفی می‌نمایند. یکی از حقوقدانان در این باره می‌نویسند: «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. (شهیدی، ۱۳۷۹: ۲۵۷-۲۵۸)

در پاسخ این ادعا می‌توان بیان داشت که، در پذیرش اصل لزوم و مزایای عملی آن تردیدی وجود ندارد، اما مسأله اساسی این است که در نظام عقود معین، علیرغم پذیرش اصل لزوم، بیش از نیمی از قراردادهایی که احکام آنها توسط شارع مقدس مقرر گردیده، به صراحت جایز اعلام شده‌اند که این امر نیز برخاسته از ضروریات زندگی اجتماعی است. حال با توجه به این موضوع چگونه می‌توان ادعا نمود که هر قرارداد خصوصی که اشخاص برای رفع نیازهایشان بین خود منعقد می‌نمایند، 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؟

از طرف دیگر اصل لزوم در هر حال یک اصل عملی است که همانند سایر اصول عملی بدون ارائه واقعیت صرفاً برای رفع سرگردانی و تحیر مورد استفاده قرار می‌گیرد و واقعی دانستن حکم آن دور از ذهن می‌نماید. به بیان دیگر اصل عملی تنها در جایی باید مورد استناد قرار گیرد که دلیل خاصی در میان نباشد. (شهیدی، ۱۳۷۹: ۱۸۰)

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 می‌آید که بر مبنای آن به سهولت می‌توان در باب لزوم یا جواز قراردادهای خصوصی داوری نمود.

نگارنده عقیده دارد آنچه که اصل لزوم بیان می‌کند، حکمی ظاهری است که صرفاً به دلیل ضروریات نظام معاملاتی مقرر شده، اما محتوای قاعده عوض برخاسته از ملاحظات اقتصادی است که حکمی واقعی و خردپسند را بیان می‌دارد، به بیان دیگر در حقوق ایران نیز با پذیرش چند مورد استثنایی که از قاعده عوض تبعیت نمی‌کنند، می‌توان ادعا نمود که در اکثریت موارد بین غیرمعوض بودن و جواز یک قرارداد و معوض بودن و لزوم آن قرارداد رابطه منطقی وجود دارد و این در مرحله ثبوتی است و مقدم بر مرحله اثبات که محل استناد به اصل لزوم می‌باشد.

نتایج و پیشنهادات:

الف- نتیجه

نتایج حاصل از تحقیق حاضر به شرح ذیل است:

۱- در این پژوهش نتیجه‌ایی که از حقوق انگلیس می‌گیریم این است که لزوم و جواز قراردادهای 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 می‌شود. صورت اول اینکه رسمی و ممه‌ور باشد، صورت دوم اینکه عوض پشتوانه آن باشد. پس می‌بینیم وجود یا فقدان عوض در بود یا نبود قابلیت الزام آور در قراردادهای، نقش تعیین‌کننده‌ای دارد و محاکم انگلیس قراردادی را الزام آور می‌شناسند که در آن تعهد یک طرف با عوض متقابل حمایت و همراه شود. گرچه قاعده عوض نیز دارای اشکالاتی، مثلاً اینکه در تعهدات و قراردادهایی که با عوض پشتیبانی نمی‌شوند، قانون نیز از آنها حمایت و پشتیبانی نمی‌کند، حتی اگر طرفین به نحو منطقی تعهدی ارزشمند و معتبر در نظر گرفته باشند و یا اینکه ممکن است طرفین قرارداد جهت برخورداری از قانون، عوض صوری یا کم ارزش، در تعهد خویش قرار دهند، که این موارد ضعف‌هایی هستند که در قاعده عوض وجود دارد. بنابراین، می‌توان گفت: در نظام حقوق انگلیس وجود قاعده عوض در تمیز قراردادهای الزام آور از وعده‌های صرف، و لزوم یا جواز قراردادهای، پاسخی روشن و تعیین‌کننده‌ای دارد و همین امر مبنای لزوم و جواز قراردادهای قرار گرفته است.

۲- راجع به حقوق ایران نیز می‌توانیم بگوییم: از آنچه که تاکنون درباره قاعده عوض و مزایای آن نسبت به اصل لزوم گفته شد نتیجه ذیل حاصل می‌گردد:

نظام حقوقی و (قانون مدنی) ایران درباره لزوم و جواز قراردادهای حکم یکپارچه‌ای ندارد و همین امر موجب تشویش و تشتت در نظریات مولفین حقوق درباره 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 قراردادهای در حقوق کشور ما، سردرگمی فراوانی را برای حقوق دانان به وجود آورده است و فقدان اعمال قاعده عوض در حقوق ایران بیشتر نمایان می‌شود.

ب- پیشنهادات

در صورتی که قاعده 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 آنها توسط قانونگذار مشخص شده است و از مطالعه استقرایی عقود معین استنباط

می‌شود که در اکثریت موارد بین غیرمعمول 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 می‌باشد. در واقع هر عقد معوض لازم است، در عقد غیرمعمول نوعاً جایز است، مگر به خاطر مصالحی استثناء شده باشد.

از آنجا که اصل آزادی قراردادی در ماده ۱۰ ق.م.تشریح شده در باب قراردادهایی می‌توانند درباره لزوم یا جواز آنها تصمیم‌گیری نمایند لکن اگر در چنین قراردادی طرفین موضوع لزوم یا جواز را مسکوت گذارده باشند را می‌تواند با استناد به قاعده عوض به عدالت درباره لزوم یا جایز بودن قرارداد مزبور اتخاذ تصمیم نماید و اگر احیاناً در مواردی بر مبنای قاعده عوض که معیار آن ثبت به اصل لزوم واقعی‌تر 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 می‌طلبد 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 ماده‌ای 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».

تبصره: مقصود از عوض قانونی، عوضی که مشروع باشد، باید از طرف متعهد له پرداخت گردد، واقعی و با ارزش باشد.

ماده ۱۸۶ قانون مدنی «عقد جایز عقدی است غیرمعمول، و هریک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند».

منابع فارسی کتب

- آدامز جان.ان، راهبر براونزورد، تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان، ترجمه سید مهدی موسوی، بی تا، بی جا
- امامی، سیدحسن (۱۳۶۸)، **حقوق مدنی**، جلد ۱، چاپ هفتم، تهران، اسلامیه
- براون (۱۳۹۰)، GCSE LAW، ترجمه حسین رحیمی خجسته، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد
- حائری، مسعود (۱۳۷۳)، **اصل آزادی قراردادها و تحلیل از ماده ۱۰ قانون مدنی**، چاپ دوم، تهران، انتشارات کیهان
- رضائی نوری، محمود (۱۳۹۱)، ترجمه تحت اللفظی و روان **LAWTEXTS** قسمت قراردادها، چاپ هفتم، تهران، انتشارات بهنامی
- رنه داوید (۱۳۸۹)، **گزیده‌های از حقوق انگلیس**، ترجمه، سلجوقی، محمود، چاپ اول، تهران، نشر میزان
- ره پیک، حسن (۱۳۷۶)، **نظریه جهت در اعمال حقوق**، تهران، انتشارات اطلاعات
- سیدمصطفی محقق داماد، جلیل قنواتی، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور (۱۳۹۰)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد ۲، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت
- شعاریان، ابراهیم (۱۳۸۸)، **انتقال قرارداد نظریه عوض، عقود معین، مطالعه تطبیقی**، چاپ اول، تبریز، انتشارات فروزش
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹)، **حقوق مدنی اصول قراردادها و تعهدات**، جلد ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات عصر حقوق
- صفایی، سیدحسین (۱۳۵۱)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، جلد ۲، «تعهدات و قراردادها»، چاپ اول، تهران، انتشارات مدرسه عالی حسابداری
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **حقوق مدنی، دوره عقود معین**، جلد ۱، چاپ یازدهم، گنج دانش
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۰)، **قواعد عمومی قراردادها**، چاپ دوازدهم، تهران، نشر میزان
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۲)، **مسائل تحلیل از حقوق قراردادها در انگلستان**، چاپ اول، تهران نشر میزان

مقاله

- صفائی، سیدحسین (۱۳۵۱)، نظریه جهت در قراردادها، جهت در حقوق فرانسه، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۹

منابع عربی

- النقیب، عاطف (۱۹۸۸م)، نظریه العقد الطبعه الاولى، بیروت، پاریس، منشورات عویدات
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۶۷)، المکاسب، جلد ۳، چاپ دوم، قم، انتشارات علامه
- (۱۳۶۷)، المکاسب، جلد ۶، چاپ دوم، قم، انتشارات علامه
- حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی) (۱۴۱۴ه.ق)، تذکر الفقهاء، جلد ۱۲، چاپ دوم، قم، موسسه آل البيت

- جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، مسالک الضمام، جلد ۲، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، الروضه البهیة فی شرح اللمعہ الدمشقیه

- رشتی، حبیب الله (۱۴۱۴ه.ق)، الاجاره، چاپ سنگی، بی جا، بی نا
- طوسی، امام ابی جعفر محمد بن الحسن (۱۴۲۲ ه.ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۳، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی

- فرج، توفیق حسن (۱۹۸۸م)، النظریه العامه للالتزام، فی مصادر الالتزام، بیروت، الدار الجامعیه
- کرکی، شیخ علی بن الحسین (۱۴۰۸ ه.ق)، جامع المقاصد، جلد ۵، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت

- محمدحسین میرزای نائینی، شیخ موسی نجفی خوانساری (۱۴۲۱ه.ق)، منیه الطالب فی شرح المکاسب، جلد ۳، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی

- موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ ه.ق)، المستند فی شرح العروه الوثقی، جلد ۲، چاپ دوم، قم، موسسه احیاء آثار امام خویی

- محمد حسین میرزای نائینی، شیخ موسی نجفی خوانساری (۱۴۲۱ ه.ق)، منیه الطالب فی شرح المکاسب، جلد ۳، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی

- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۷۶)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه

- نراقی، ملاحمد (۱۴۱۷ه.ق)، عوائد الایام، چاپ اول، قم، مرکز نشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی

English Resources

Book

- Beatson. J.(1998), **Anson Law of Contract**, 27th Edition. Oxford university press
- Mckendrich Ewan.(2000),**The Law of contract**, 4th.ed, London, Made Simple Bock
- Sim. R.S and ect. (1988), **A level English Law**, 6th.ed, London, Butter
- Zweigert, K and H.Kote.(1987), **H An introduction to comparative law**.tr.to-ny weir clearandon

