



## تعهدات به ضرر ثالث در نظام حقوقی ایران

امیر بارانی بیرانوند<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۵/۱۳ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۲/۰۶/۳۰

### چکیده

اصل حاکمیت اراده به پشتوانه قاعده «العقود تابعه للقصود» بیان می‌دارد که اراده انسان منبع اصلی تعهدات است، در نتیجه اراده دیگری نمی‌تواند تعهدی به سود یا برعهده وی ایجاد نماید. با این حال ضرورت ایجاد مواردی نظیر عقود جمعی و نیازهای اجتماعی سبب شده که این اصل با استثنائاتی مواجه گردد. یکی از مهم‌ترین تخصیصات به اصل حاکمیت اراده، تعهد به ضرر ثالث است. یافته‌های این جستار بیانگر آن است که برخلاف تصور برخی نویسندگان تعهد به ضرر ثالث در واقع ایجاد تعهد بر ذمه شخصی است که اراده وی در ایجاد تعهد نقشی نداشته است و نباید آن را با تعهد به فعل ثالث خلط نمود. در رابطه با ماهیت این نهاد نیز باید قائل شد که تعهد به ضرر ثالث از حیث نظری در شمول قواعد عام معاملات فضولی قرار می‌گیرد، در نتیجه تا زمانی که تنفیذ صورت نگیرد تعهدی بر عهده ثالث ایجاد نمی‌شود مگر در مواردی که قانون‌گذار به دلیل مصالح نوعیه صراحتاً تعهداتی را که ناشی از اراده افراد می‌باشد بر عهده دیگری قرار دهد.

### کلید واژه‌ها

تعهد به ضرر ثالث، حاکمیت اراده، تبعیت عقد از قصد، اصل قابلیت استناد، عقود جمعی.

<sup>۱</sup> دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

## مقدمه

تعهدات و الزامات قراردادی نقشی مؤثر در پیش‌برد اهداف و مقاصد زندگی اجتماعی افراد ایفا می‌کند، و همواره جلوه‌های نو از آن بر اثر اقتضائات اجتماعی به وجود می‌آید، اصل آزادی قراردادی یا اصل حاکمیت اراده یکی از ابزارهای هابست که در بستر سازی و ایجاد این دست تعهدات و الزامات نقش اساسی دارد، سابقاً این اصل در بسیاری از مکاتب حقوقی مورد شناسایی واقع نشده بود ولی در شریعت اسلام از مدت‌ها قبل بر مبنای تعالیم قرآن («إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» النساء: ۲۹) و «فَإِنْ طَلِّئَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا» (نساء: ۴) و سنت (احادیث نبوی که در مورد حاکمیت اراده وارد شده است، غالباً راجع به شروط مقارن با عقد است به گونه‌ای که حاکمیت اراده را با نظریه شروط، غیر قابل انفکاک قرار می‌دهد) مورد اشاره قرار گرفته است و با قرار دادن عنصر رضا به عنوان یکی از ارکان معامله، آزادی اشخاص در قراردادهای خود را مورد تأیید قرار داده است. در حقوق اسلام اگرچه اراده از جایگاه والا و تعیین‌کننده برخوردار است ولی آثار حقوقی مترتب یعنی تعهد و الزام آوری مبنایش دلیل شرعی است و حتی همین که به اراده حاکمیت می‌بخشد نیز متخذ از ادله شرعی است. دلیلی که در شرع مقدس به اراده حاکمیت می‌بخشد قاعده «العقود تابعه للقصود» است. (یزدی، ۱۴۲۱: ۱، ۱۱۶ و: کاشف الغطاء ۱۳۵۹: ۱، ۱۸)

بنا بر اصل حاکمیت اراده در قراردادهای اصل تحقق قرارداد و همه آثار و حقوق و تعهدات ناشی از آن (جزء آثار ذات عقد) با رعایت شرایط قانونی وابسته به اراده انشاء‌کنندگان آن است و هرگز قراردادی به شخصی که آن اراده نکرده است، تحمیل نخواهد شد، مگر در موارد استثنائی قانونی که مصلحت نظام حکومتی و نظم حقوقی آن را ایجاب کند. در حقوق اسلام در همان ابتدا حاکمیت اراده به واسطه دلیل شرعی مورد شناسایی قرار گرفته است، ولی در نظام‌های حقوقی کشورهای اروپایی از قرون وسطی به این سو اراده به عنوان مهم‌ترین منبع تعهد مورد پذیرش قرار گرفت (حائری، ۱۳۷۳: ۳۲)

در عصر کنونی نیز بر اثر نیازهایی که قبلاً وجود داشته یا به موجب تحولات جوامع به وجود آمده، سبب گردیده به مانند گذشته بر لزوم حاکمیت اراده در ایجاد تعهد پافشاری نگردد، به همین جهت بر اصل حاکمیت اراده استثنائاتی وارد گردید که این موارد را می‌توان از جهت، له یا علیه بودن تعهد نسبت به اشخاص ثالث به دو دسته تعهدات به نفع ثالث و تعهدات به ضرر ثالث منقسم نمود، در این جستار، تعهد به ضرر ثالث مورد بررسی قرار می‌گیرد، برای روشن شدن بحث باید اشاره شود که در برخی موارد مقنن مقرر نموده که اشخاص صلاحیت این را دارند که بر عهده دیگری تعهدی ایجاد نمایند، بدون آنکه اراده وی در تحقق آن لازم باشد، مانند قرارداد ارفاقی، قراردادهای که بین کارگر و کارفرما منعقد می‌شود، نسبت به کارگران یا کارفرمایانی که در انعقاد آن نقشی نداشته‌اند. حال مسأله این است، اولاً نهاد تعهد به ضرر ثالث در حقوق ایران معتبر است؟ و بر فرض اعتبار چه مصادیقی دارد؟ ثانیاً جایگاه آن در سایر نهادهای مشابه کجاست و رابطه آن با نهادهای مشابه چگونه است؟ جستار پیش رو؛ نخست

اعتبار سنجی تعهد به ضرر ثالث را از حیث اصول و قواعد عمومی در نظم حقوقی و فقه امامیه مورد دقت نظر قرار داده و در ادامه ماهیت و جایگاه آن مورد تحلیل قرار گرفته است و تمایز آن با دیگر نهادهای مشابه بیان شده و در آخر به مصادیق قانونی آن اشاره شده است.

## ۱: ادله شرعی حاکم بر اصل حاکمیت اراده و رابطه آن با نسبی بودن و قابل استناد بودن قراردادها

اصلی‌ترین دلیل شرعی که بر اصل حاکمیت اراده دلالت دارد قاعده «العقود تابعه للقصد» است. صاحب عنوانین در مقام مفهوم شناسی قاعده برای آن دو معنا متذکر شده است:

«الف) عقد تابع قصد است به نحوی که عقد محقق نمی‌شود مگر اینکه قصدی موجود باشد یعنی عاقد در تمام لحظات انعقاد قاصد باشد و تبعیت به این معناست که عقد بدون قصد موجودیت نمی‌یابد چرا که تابع بدون وجود متبوع خویش وجود نمی‌یابد؛ ب) عقد تابع قصد است به این معنا که عقد از اموری است که نیازمند موجب، عوض، معوض و... است و در همه این امور و لوازم نیازمند قصد است، یعنی هیچ یک از این امور تا مورد قصد قرار نگیرند واقع نمی‌شوند.» (مراغی، ۱۴۱۷: ۲، ۴۸)

نراقی در عوائد الایام در رابطه با مفاد قاعده می‌نویسد: «تنها مقصود متعاقدين بر عقود مرتب می‌شود نه غیر آن». (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۶۱) با توجه به عبارات فوق و دیگر فقها (نک: میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۲، ۹۳۰ و: بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳، ۱۳۵ و: بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۲، ۶۴ و: کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲) باید گفت در رابطه با معنای قاعده دو معنا محتمل است:

۱) عقد بدون قصد محقق نمی‌گردد. به همین جهت عقد مسکر و نائم باطل است (موسوی خمینی، ۱۳۸۹: ۵۰۸)؛

ب) عقد در خصایص و ویژگیها مانند فوری بودن، لزوم، جواز، منجز بودن، تعلیق، اطلاق و تقیید تابع قصد متعاقدين است. بنا بر معنای اول باید معتقد شد عقد با قصد بوجود می‌آید و بدون قصد به وجود نخواهد آمد یعنی باید حقیقت و مفهوم قاعده را ناظر به مرحله وجود و عدم قرارداد دانست که این مفهوم بیشتر با ماده ۱۹۱ قابل تحلیل است. زیرا، در اعمال حقوقی اراده نقش اصلی را ایفا می‌کند و اصدار هر عمل حقوقی از جانب انسان خواه مادی یا حقوقی با اراده او صورت می‌پذیرد و در ورای هر فعل ارادی، قصدی نهفته است. (خورسندیان؛ ذاکری نیا، ۱۳۸۸: ۷۴)

در رابطه با مفهوم قاعده سخن بسیار است، ولی آنچه که اهمیت دارد اینکه قاعده «العقود تابعه للقصد» مظهر اصل حاکمیت اراده در فقه است و در سایه اصل حاکمیت اراده (که متخذ از دلیل شرعی است) افراد مبادرت به انجام اعمال حقوقی (اعم از عقد و ایقاع) می‌کنند و در انتخاب نوع عقد و ایقاع و طرف عقد و تعیین حدود آثار آن و شروط مندرج ضمن عقد و نیز منحل ساختن قراردادها در موارد مجاز دارای آزادی و جواز هستند.

در رویه قضایی و قوانین موضوعه این اصل مسلم پذیرفته شده است، شبعه<sup>۲۴</sup> دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۲۴/۵۵۲ مورخ ۷۲/۸/۵ در پرونده کلاسه ۷۱۷۷/۳ - ۲۴ در رابطه با این اصل اینگونه اظهار نموده است که «... اصل حاکمیت اراده افراد در تنظیم قراردادهای خصوصی به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی پذیرفته شده است.» (به نقل: کمالان، ۱۳۹۹: ۷۶)

مقنن در ماده ۲۳۱ قانون مدنی به بیان مقررهای پرداخته است که مبین اصل حاکمیت اراده می باشد، این ماده بیان می دارد: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶».

گرچه مفاده ماده فوق، اصل مسلم حاکمیت اراده در تعهدات می باشد، ولی این ماده از جهاتی مورد

نقد است:

الف: قراردادها، کم و بیش آثاری نسبت به دیگران دارند، این آثار در جایی که حق عینی به وجود می آید نسبت به مواردی که حق دینی ایجاد می شود بارزتر است (کانونیان، ۱۳۹۲: ۲، ۳۱۴). به عنوان مثال در مواقعی که با انعقاد قراردادی، حق مالکیت به دیگری واگذار می گردد، مالک در برابر هر شخصی که مال درید اوست، می تواند به حق مالکیت خود استناد نماید و مال را از وی مسترد کند، در نتیجه قرارداد نسبت به دیگران مؤثر است.

ب: استثنای موجود در این ماده منحصر به شرط به نفع ثالث نمی باشد، بلکه در برخی از موارد مقنن مقرر نموده که از انعقاد معامله، تعهداتی نیز برعهده ثالث قرار گیرد، برای مثال قرارداد ارفاقی در قانون تجارت. (همان) به همین جهت حقوقدانان کوشیده اند از یک سو معنای عبارت «مؤثر» در ماده ۲۳۱ قانون مدنی را مشخص و از جهت دیگر استثنائات وارده بر اصل حاکمیت اراده را بیان و ماهیت آن را تشریح نمایند.

این اصل مسلم حقوقی را این گونه می توان تعریف نمود که: «طرفین دارای اهلیت، در انعقاد عقد آزاد هستند و می توانند هر نوع تعهدی را در مقابل یک دیگر قبول نمایند و این آزادی تنها به وسیله قانون مقید خواهد شد، به عبارت دیگر افراد در ایجاد تعهد به هر نحو که خود بخواهند آزادی مطلق دارند مگر آن که قانون گذار فرم خاصی را لازم شمارد یا موضوع تعهد خلاف قانون باشد.» (Larombiere, 28: به نقل از بیگدلی، عطاالله، ۱۳۹۴: ۱۲۸؛ امیری قائم مقامی ۱۳۸۷: ۵۶)

آثار مهم اصل حاکمیت اراده در گستره علم حقوق عبارتند از:

- آزادی قراردادی به این معنا که هر شخص در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد آزاد است، مگر در موارد استثنایی؛
- آزادی مفاد عقد و این که عقد به مثابه قانون حاکم بر روابط طرفین و الزام قاضی به رعایت مفاد عقد؛
- اراده فرد، به تنهایی می تواند حق ایجاد کند و آثار حقوقی پدید آورد؛

- اصل رضایی بودن عقود و شکل‌گریزی؛
- اثر نسبی قراردادهای؛
- اراده و رضای طرفین به عنوان دو عنصر اساسی عقد. (لوک اوپر، ۱۳۹۰: ۳۶)

یکی از مهم‌ترین آثار اصل حاکمیت اراده، اصل نسبی بودن قراردادهای<sup>۱</sup> است.

اثر نسبی بودن قراردادهای بدین معناست که قراردادی که میان اشخاص منعقد می‌شود فقط طرفین قرارداد از آن عقد منتفع می‌گردند و تنها آنان خواهند توانست درباره آن عقد به عنوان ذی‌نفع در دادگاه طرح دعوی نمایند، و هیچ شخصی غیر از طرفین، مسئولیت و تعهدی نسبت به عقد نخواهد داشت، به عبارت دیگر کسانی که خارج از عقد می‌باشند و طرفین عقد نیستند، مستقیماً نفع و یا زبانی از عقد نخواهند داشت.

در کنار اصل نسبی بودن قراردادهای، اصل قابلیت استناد، به عنوان ضرورت تکمیلی مطرح می‌شود و در صدد بیان آثاری از قرارداد است، که در چهارچوب اثر الزام آور عقد قرار نمی‌گیرند آثاری که موجب می‌شوند اشخاص ثالث در قلمرو آثار قرارداد نقش خود را به خوبی ایفا کنند. فرهنگ کاپیتان در تعریف این اصل این‌گونه بیان می‌دارد: «صلاحیت یا قابلیت است که یک حق یا عمل حقوقی مانند قرارداد یا یک وضعیت حقوقی در مقابل اشخاص ثالث دارا بوده که مستقیماً ملزم به پیروی از آن نخواهند بود ولی باید به وسیله آنان به عنوان یک پدیده حقوقی به رسمیت شناخته شود.» (کاپیتان، ۱۹۸۰ م: ۳۸۶).

یکی از حقوقدانان نیز در تعریف این اصل این‌گونه بیان داشته که: «عنوانی است که برای بیان آثار قرارداد در حقوق و تکالیف دیگران انتخاب شده و کمترین بازتاب اثر عقد درباره دیگران است که طرفین قرارداد در برابر اشخاص ثالث به وجود عقد به عنوان یک رویداد استناد کنند و اشخاص ثالث نیز به جهت نفع یا ضرری که از قرارداد به طور غیر مستقیم و قهری متحمل می‌شوند به قرارداد استناد نمایند.» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲: ۳۱۲) با توجه به این تعاریف قابلیت استناد ارتباط تنگاتنگی با اشخاص ثالث داشته و در مقام بیان آثار عقد نسبت اشخاص مزبور است، قابلیت استناد در سه شکل قابل تصور است:

- قابلیت استناد قرارداد توسط طرفین در مقابل اشخاص ثالث
- قابلیت استناد قرارداد توسط ثالث در مقابل طرفین قرارداد
- قابلیت استناد قرارداد توسط اشخاص ثالث در مقابل اشخاص ثالث.

توضیح این که در فرضی که به دلیل عدم انجام تعهدات قراردادی از سوی طرفین قرارداد خسارتی به ثالث وارد شود، امکان استناد به قرارداد برای اثبات تقصیر یکی از طرفین قرارداد و در نتیجه اثبات

<sup>۱</sup> privity of contract

مسئولیت مدنی مقصر وجود دارد همچنان که اشخاص ثالث در مقابل یکدیگر در فرضی که قرارداد به عنوان یک واقعه می‌تواند اطلاعاتی را در خصوص موضوع دعوا در اختیار دادرس قرار دهد، به قرارداد استناد نمایند.

حال که معنا و قلمرو سه اصل مذکور بیان گردید، باید گفت تعهد به ضرر ثالث، استثنائی بر اصل حاکمیت اراده و به تبع اصل نسبی بودن قراردادهای می‌باشد نه اصل قابلیت استناد، زیرا همان‌گونه که مقرر گردید موضوع اصل قابلیت استناد آن دست از آثاریست که بر ثالث بار می‌شود، پس در واقع تعهد به ضرر ثالث نسبت به مفاد اصل «قابل استناد بودن»، خروج موضوعی دارد و به تعبیر اصولیون تخصصاً خارج است.

## ۲: معنای تعهد به ضرر ثالث

شخص ثالث در این دست از تعهدات با توجه به ماده ۲۳۱ قانون مدنی شخصی است که، نه یکی از طرفین عقد محسوب می‌شود و نه قائم مقام آنها. موضوع تعهد نیز می‌تواند انجام یک فعل و یا ترک فعل و یا ایجاد یک نتیجه باشد، نظیر ایجاد یک حق برای دیگری در اموال ثالث. در خصوص معنای اصطلاحی تعهد به ضرر ثالث از عبارات حقوقدانان به طور کلی ۳ نظر قابل طرح می‌باشد:

الف: در عقدی که منعقد شده است، یکی از طرفین تعهدی را بر عهده می‌گیرد که در نهایت منجر به ضرر ثالث می‌شود. فی المثل در جایی که شخصی بدهکار است و اموال وی کمتر از دیونش می‌باشد و با دیگری عقدی منعقد می‌نماید که در نتیجه آن از اموال وی کاسته می‌شود. این تعریف را یکی از حقوقدانان اینگونه بیان می‌کند:

«تعهد به ضرر ثالث تعهدی است که ناشی از اراده متعهد ضمن عقدی از عقود باشد و از این تعهد زیانی به شخص ثالث برسد (خواه بستانکار باشد خواه نه) اگر ثالث متضرر از متعهد مذکور، بستانکار باشد این تعهد را تعهد به ضرر دیان نامند که موضوع ماده ۲۱۸ قانون مدنی و م ۲۱ قانون اجرای محکومیت‌های مالی است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۸۸)

این تعریف بسیار قابل نقد است، چراکه اصطلاح تعهد به ضرر ثالث با توجه به خاستگاه طرح مباحث آن یعنی نظام حقوقی فرانسه، در مواردی است که یک یا چند شخص اراده می‌کنند به صورت مستقیم تعهدی برعهده ثالث بار شود و این معنا با مفاد تعریف فوق که بیانگر موضعی است که طرفین عقد، تعهدی بر عهده گیرند و از این تعهد به ثالث ضرری وارد شود مسلماً متفاوت است.

البته نظر این حقوقدان از یک جهت می‌تواند قابل توجیه باشد، به این صورت که مبنای وی در خصوص معامله به قصد فرار از دین، این است که اموال مدیون وثیقه عمومی طلب طلبکاران است (همان)، در نتیجه معامله مدیون با دیگری در واقع تصرف در حقوق طلبکاران محسوب می‌شود بدون آن که اراده آنان در این تصرف نقشی داشته باشد، به همین جهت معامله مذکور غیر نافذ یا غیر قابل استناد

است. علاوه بر انتقاداتی که به مبنای از بین رفتن وثیقه عمومی طلب طلبکاران برای غیر نافذ بودن یا غیر قابل استناد بودن این معامله وارد است (از جمله این که طلبکاران حق عینی بر اموال بدهکار ندارند) ایشان با درج عبارت «خواه بستانکار باشد خواه نه» اشخاص ثالثی که بستانکار محسوب نمی‌گردند ولی از تعهدی که در قرارداد آمده متضرر می‌شوند را نیز مصداقی از تعهد به ضرر ثالث دانسته است. به عبارت دیگر تعریف وی مواردی را که ثالث با وجود این که از معامله ضرری متحمل می‌شود ولی نمی‌تواند اصل قرارداد را برهم زند نیز شامل می‌گردد. در حالی که در تعریف این حقوقدان ضرر ثالث از موارد استثناء بر اصل حاکمیت اراده نیست، زیرا منظور از این اصطلاح، ضرر در ایجاد تعهد است نه ضرر ناشی از اجرای تعهدی که طرفین عقد بر عهده گرفته‌اند. برای مثال اگر مالک مغازه‌ای در یک پاساژ طلا فروشی معروف با دیگری قراردادی منعقد نماید که در آن یک باب قصابی دایر گردد، صاحب حق به دلیل اضرار به دیگران و سوء استفاده از حق از تصرف ممنوع می‌شود. ولی این به معنای تعهد به ضرر ثالث که استثناء بر اصل نسبی بودن معاملات است، نمی‌باشد. به عبارت دیگر تعریف وی معنای عام ضرر ثالث را در بر می‌گیرد، و در واقع تعریف مذکور مانع اغیار نیست.

ب: در قراردادی که بین دو یا چند شخص بسته می‌شود هر یک از طرفین در مقابل طرف دیگر متعهد می‌شود که شخص ثالث عملی را برای وی انجام دهد. (امامی، ۱۳۹۰، ۱: ۳۱۴) به عنوان مثال در قرارداد فروش زمینی که بین الف و ب بسته می‌شود یکی از طرفین در مقابل دیگری متعهد می‌شود که ثالث آن زمین را شخم بزند.

با توجه به مطالبی که سابقاً بیان شد، باید گفت این نویسندگان در واقع تعهد به فعل ثالث را تعریف نموده است، نه تعهد به ضرر ثالث را. با این توضیح که تعهد به فعل ثالث به سه صورت می‌تواند ایجاد شود:

- یکی از طرفین در مقابل دیگری متعهد می‌شود که تلاش نماید، شخص ثالث تعهد مزبور را بپذیرد. (تعهد به وسیله، برای کسب رضای ثالث)
- یکی از طرفین در مقابل دیگری متعهد می‌شود که شخص ثالث تعهدی که بر ضرر او واقع شده را بپذیرد. (تعهد به نتیجه، برای کسب رضایت ثالث)
- یکی از طرفین عقد نتیجه عمل شخص ثالث را در برابر متعهد له بر عهده می‌گیرد (همان: ۳۱۴)

به نظر می‌رسد یا با اندکی تأمل ملاحظه خواهیم کرد در هیچ یک از حالات فوق، طرفین تعهدی را بر عهده شخص ثالث قرار نداده‌اند بلکه یکی از طرفین در برابر دیگری تعهد را بر عهده می‌گیرد، در نتیجه این تعهد بر خلاف اصل حاکمیت اراده و اصل نسبی بودن قراردادها نیست و خروج موضوعی دارد. به عبارت دیگر در این تعریف متعهد در اینجا یکی از طرفین قرارداد می‌باشد ولی موضوع تعهد فعل

شخص ثالث است و این خلاف اصل حاکمیت اراده نمی‌باشد، زیرا که طرفین می‌توانند تعهد نمایند که دیگری را به انجام کاری راضی نمایند، ولی فی الواقع متعهد در اینجا طرف قرارداد است نه شخص ثالث. در واقع، اگر چه غالباً اشخاصی که ضمن یک قرارداد تعهدی را به ضرر ثالث قرار می‌دهند، و در همان قرارداد یکی از طرفین نیز تعهد به فعل ثالث می‌کند ولی باید گفت این دو با هم متفاوت هستند، برای مثال در اجاره زمین کشاورزی که بین دو شخص بسته می‌شود مستأجر شرط می‌کند که فلان شخص - برای مثال فرزند موجر - زمین را شخم بزند (تعهد به ضرر ثالث) و موجر نیز به جهت اطمینان خاطر مستأجر و انعقاد قرارداد تعهد می‌کند که فرزندش زمین را شخم بزند.

آنچه که از مثال فوق مشخص می‌شود این مطلب است که تعهدی که برعهده ثالث (فرزند موجر) قرار داده می‌شود تعهد به ضرر ثالث است، در حالی که تعهدی که موجر بر عهده می‌گیرد تعهد به فعل ثالث است که در واقع یک تعهد شخصی است. در نتیجه این تعریف نیز نمی‌تواند تعریف مختار باشد، زیرا تعریف مذکور به نوعی بین تعهد به ضرر ثالث و تعهد به فعل ثالث خلط نموده است، برخی دیگر از حقوقدانان نیز دچار این خلط شده‌اند. (شیروی، ۱۳۹۶: ۱۱۶؛ مقصودی ۱۳۹۱: ۱۳۷)

ج) «در عقدی که بین دو شخص بسته می‌شود طرفین باید به صورت مستقیم، التزامی بر عهده ثالث قرار دهند». (شهیدی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۳۰۳). برای آن که این تعریف روشن گردد باید قیدی به آن اضافه نمود و اینگونه گفت: «تعهد به ضرر ثالث عبارت است از اینکه: دو شخص در ضمن قراردادی که برای خود منعقد می‌کنند، تعهدی را بر عهده شخص یا اشخاص ثالث قرار دهند؛ بدون اینکه آن شخص یا اشخاص، خود یا نماینده‌شان در حین انعقاد عقد حضور داشته و آن را پذیرفته باشند.»

همانگونه که از تعریف بر می‌آید در اینجا متعهد، ثالث است و همچنین موضوع تعهد فعل وی می‌باشد در نتیجه با اصل حاکمیت اراده در تعارض است، زیرا که طرفین قصد متعهد کردن ثالث را دارند در حالی که اراده وی در تحقق آن نقشی ندارد. این تعریف مانع اغیار نیز می‌باشد زیرا که تنها شامل آن دسته از تعهداتی می‌شود که بر عهده ثالث قرار می‌گیرند، نه هر تعهدی که در نهایت موجب ضرر به ثالث گردد. بنا بر آنچه که گفته آمد تعریف فوق به علت جامعیت و مانع اغیار بودن به عنوان تعریف منتخب مورد قبول واقع می‌شود.

لازم به ذکر است که در حقوق فرانسه برای تعهد به ضرر ثالث از اصطلاح «وعده برای دیگری»<sup>۱</sup> استفاده می‌شود. (ایزنلو، ۱۳۸۶: ۲). همچنین برخی از حقوقدانان تعهد به ضرر ثالث را با عبارتی مشابه به تعریف فوق، تبیین نموده‌اند (نک: کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۳: ۱۴۲)

تعهد بر عهده ثالث بهتر می‌تواند مرز و موضوع این نهاد را از سایر موارد مشابه جدا و مانع سوء برداشت‌های این چنینی گردد.

<sup>۱</sup> promesse pour-autrui



### ۳: مقایسه تعهد به ضرر ثالث با نهادهای مشابه:

#### الف: تعهد به نفع شخص ثالث:

قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۱۶۵ این‌گونه مقرر می‌دارد: «توافق‌های حقوقی، تنها نسبت به طرف‌های توافق اثر دارند، به شخص ثالث نه زیان می‌رسانند و نه سود، مگر در موارد مقرر در ماده ۱۱۲۱». قسمت اخیر ماده به نهاد تعهد به نفع ثالث اشاره دارد، طبق ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی فرانسه شرط کننده، وعده دهنده را ملزم می‌کند که در برابر شخص سوم که ثالث به‌رمند است و دخالتی در این توافق ندارد، تعهدی را بپذیرد. (لوک اوپر، ۱۳۹۰: ۱۱۰)

یکی از نویسندگان در تعریف تعهد به نفع ثالث این‌گونه بیان داشته است: «نهادیست که به دو طرف قرار داد امکان می‌دهد، در حالی که برای خود معامله می‌کنند تعهد به سود ثالث ایجاد نمایند.» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۳: ۳۱۶ و نک: واحدی، ۱۳۸۷: ۴۲) و دیگری بیان می‌دارد که در تعهد به نفع ثالث مستقیماً به نفع شخص مزبور ایجاد تعهد می‌شود، بدون آنکه احتیاج به قبول و موافقت او داشته باشد. یعنی شخص ثالث بدون آنکه مداخله در قرارداد کند، متعهدله می‌گردد و می‌تواند از قرارداد منتفع شود (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۷۶)

ولی در مقایسه این نهاد با تعهد به ضرر ثالث می‌توان وجوه اشتراک و افتراقی را بیان نمود، از جمله وجوه اشتراک، این مطلب که در هر دو نهاد، شخصی که اراده وی در انعقاد عقد تأثیری نداشته به صورت مستقیم از آن متأثر می‌شود و وجه افتراق اصلی این دو در آن است که در تعهد به ضرر ثالث تعهدی بر عهده ثالث قرار می‌گیرد و وی متعهد می‌شود در حالی که در تعهد به نفع ثالث تعهدی به سود و له وی ایجاد می‌گردد.

نکته که باید اذعان نمود این مطلب است که گرچه هر دو نهاد جنبه استثنایی دارند ولی در نظم کنونی با توجه به اینکه تعهد به نفع ثالث متضمن احسان به دیگری و اقدام به سود هم‌نوعان می‌باشد، در پذیرش مصادیق این نهاد سخت‌گیری کمتری صورت پذیرفته، درحالی که در تعهد به ضرر ثالث با توجه به اینکه متضمن ایجاد ضرر است، مقنن تنها در موارد استثنایی و بنابر اقتضای مصالح اجتماعی آن را مقرر نموده است.

#### ب: تعهد به فعل ثالث (تضمین فعل ثالث):

در تعریف تعهد به فعل ثالث این‌گونه بیان شده است که: «تعهد به فعل ثالث در معنای موسع خود عبارت است از: تعهد متعهد در برابر متعهد له به اینکه ثالث عملی را (اعم از مثبت یا منفی) انجام خواهد داد.» (ایزائلو، ۱۳۸۶: ۲)

همان‌گونه که سابقاً در نقد تعریف دوم از تعاریف تعهد به ضرر ثالث گفته آمد، تفاوت این نهاد با تعهد به ضرر ثالث در این است که متعهد به فعل ثالث یکی از طرفین عقد است، ولی موضوع تعهد فعل دیگری می‌باشد در حالی که در تعهد به ضرر ثالث، متعهد، شخص ثالث است.

سوالی که در مقایسه این دو نهاد ممکن است به ذهن متبادر گردد این مطلب است که اگر تعهد به ضرر ثالث در ضمن یک قرارداد مندرج شود آیا این قرارداد لزوماً حاوی تعهد به فعل ثالث هست یا خیر؟ مقدمه که برای پاسخ به این پرسش لازم است این مطلب می‌باشد که در تعهد به فعل ثالث یکی از طرفین متعهد می‌شود که ثالث را به انجام عملی راضی کند در نتیجه ثالث به واسطه درج این تعهد پای بند نمی‌شود و می‌تواند علی‌رغم آن که تعهد به فعل وی شده، از انجام آن خودداری ورزد این اثر طبیعی اصل نسبی بودن قراردادهاست. تعهد به فعل ثالث در قانون مدنی، ماده مجزا ندارد ولی در انتهای ماده ۲۳۴ قانون مدنی در تعریف شرط فعل آمده است که: «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعل بر یکی از متعاقبین یا بر شخص خارجی شرط شود».

پس از بیان مطالب فوق، در پاسخ به سؤال مطروحه، باید گفت به طور کلی دو مبنا قابل اتخاذ است: الف: هر تعهد به ضرر ثالثی که در ضمن یک قرارداد درج می‌شود لزوماً حاوی تعهد به فعل ثالث نیز می‌باشد. در فرانسه برخی حقوقدانان به این نظر گرایش یافته‌اند و مستند قانونی آنها ماده ۱۱۵۷ قانون مدنی فرانسه می‌باشد. (به نقل از: ایزانلو، ۱۳۸۶: ۸) ماده مذکور بیان می‌دارد: «هرگاه شرطی منصرف به دو معنا باشد، باید معنایی را که دارای اثر است، برای آن شرط قائل شد نه معنایی که نتوان حاصلی در بر داشته باشد». استدلال این حقوقدانان به این شکل است که هر قرارداد، در جهتی که مفید معنا و مؤثر باشد باید تفسیر گردد (اندیشه‌ای که به اصل صحت نزدیک است) و گرنه باید به بطلان این تعهد نظر داد.

این نظر به دو دلیل مورد انتقاد قرار گرفته است:

- نقد اول به جهت مفاد ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی فرانسه است، این ماده بیان می‌دارد: «در صورت وجود شک، قرارداد علیه کسی که آن را تنظیم کرده و به سود کسی که متعهد شده، تفسیر خواهد شد.» این ماده مبین اصل برائت است که بیان می‌دارد قرارداد در فرض تردید باید به نفع متعهد تفسیر گردد.
- نقد دوم اینکه تعهد به ضرر ثالث اگر چه ناموثر است، ولی راساً باطل نیست و دست کم می‌تواند یک ایجاب به شمار آید. (نک: ایزانلو، ۱۳۸۶: ۲)

ب: هر تعهد به ضرر ثالثی که در ضمن یک قرارداد درج می‌گردد نسبت به دارا بودن تعهد به فعل ثالث لااقتضاست. در حقوق روم طرف قرارداد در صورتی متعهد می‌گردید، که به صراحت به تعهد خود اشاره می‌کرد (Marcadé, 1892:383).

به نظر می‌رسد نظام حقوقی ایران به نظریه دوم نزدیک‌تر باشد. می‌توان این‌گونه استدلال نمود که با توجه به ماده ۲۲۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌نماید بلکه متعاملین را به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌نماید.» اگر طرفین به صورت صریح و یا ضمنی در قرارداد تعهدی را بر عهده نگرفته باشند و از عرف و عادت و قانون این امر نتیجه نشود نمی‌توان طرف قرارداد را متعهد به فعل ثالث دانست. از دیگر سو، با توجه به ماده ۲۳۴ قانون مدنی که امکان شرط تعهد به فعل ثالث را که یک قسم از تعهد به ضرر ثالث محسوب کرده است، نمی‌توان گفت که تعهد به ضرر ثالث اگر همراه با تعهد به فعل ثالث نباشد، باطل است و برای آن که تعهد صحیح تلقی شود نیاز است که یکی از طرفین متعهد به فعل ثالث گردد، در نتیجه تا زمانی که احراز نگردد که یکی از طرفین تعهد به فعل ثالث نموده نمی‌توان او را متعهد به فعل ثالث دانست.

سوالی که در ارتباط با سؤال اول ممکن است مطرح شود، این است که اگر ثالث این تعهد را که در قراردادی درج شده رد نماید آیا مشروط له حق فسخ قرارداد را به واسطه تخلف از شرط را دارد یا خیر؟ فرق این فرع با مسئله موجود در اصل سؤال در این است که در مورد اول آیا تعهدی بر عهده طرف مقابل می‌آید که قابل مطالبه باشد؟ و اساساً می‌توان الزام وی را خواست و در صورت عدم انجام، مطالبه خسارت نمود یا خیر؟ در حالی که در اینجا بحث این است که در صورت رد ثالث مشروط له حق فسخ دارد یا نه؟ در واقع اگر ما تعهد به فعل ثالث را نپذیریم، آیا درج تعهد به ضرر ثالث در قرارداد هیچ اثری بر قرارداد فی ما بین طرفین ندارد؟

در رابطه با پاسخ به این فرع دو احتمال به ذهن متبادر می‌شود:

الف: ایجاد خیار تخلف از شرط: زیرا در هر جا که تعهدی بر عهده ثالث شرط می‌شود طرف قرارداد نیز به نحوی ملزم می‌گردد. (نجفی، ۱۴۰۴، ق، ۲۸: ۲۰۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ق، ۲: ۱۰۸؛ ایزنلو، ۱۳۸۶: ۴)

ب: عدم وجود خیار تخلف از شرط: زیرا منظور از شرط تعهد به ضرر ثالث التزام طرف مقابل نبوده تا تخلف از آن ایجاد خیار فسخ نماید.

یکی از محققین احتمال اول را ترجیح می‌دهد و این‌گونه بیان می‌دارد که:

«موضوع تابع مفاد تراخیست، ولی ظاهر از شرط قراردادن تعهد شخص خارجی در عقد این است که طرف قرارداد نیز به گونه پایبند و ضامن اجرای فعل مشروط است و شرط قید قرارداد است و وصله ناهم‌رنگ و بی اثر نیست.» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۳: ۱۴۳) و در ادامه می‌گوید: «اگر بر خلاف این امر در قرارداد معلوم شد طرف مقابل حق فسخ قرارداد را ندارد.» (همان) برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز همین نظر را دارند. (ره‌پیک، ۱۳۸۷: ۸۵)

در بین فقها، سید یزدی در حاشیه مکاسب بعد از آن که به بیان احتمالات می‌پردازد نظریه اول را قبول می‌نماید: «هر شرطی در تمام حالات ایجاد التزام نمی‌کند، بلکه گاهی می‌تواند به نحو تقييد باشد، مانند اشتراط اوصاف عین معین. بنابراین التزامی در این شرط متصور نیست و شرط در اینجا نهایتاً به شرط به معنای اصولی باز می‌گردد که در حقیقت همان قید در لزوم بیع است، نه در اصل آن تا با تخلف از آن تعلیق و بطلان آن لازم بیاید.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ق، ج ۲: ۱۰۸)

به نظر می‌رسد احتمال اول قوی‌تر باشد با این توضیح که در ابتدا باید در پی احراز قصد مشترک طرفین بود و اگر نتوان قصد مشترک را احراز کرد، با توجه به ظاهر اندراج شرط در عقد و ماده ۲۳۹ قانون مدنی خیار تخلف از شرط ثابت می‌شود.

#### ۴: اثر تعهد به ضرر ثالث

اگر هر یک از نظرات فوق را به عنوان ماهیت تعهد به ضرر ثالث تلقی گردد، این نتیجه به دست می‌آید که به استثناء مواردی که به حکم قانون تعهدی علیه ثالث مقرر گردیده، اگر طرفین قرارداد تعهدی بر ذمه دیگری قرار دهند در صورتی نافذ است که ثالث آن را اجازه دهد در غیر این صورت تعهد باطل می‌باشد. مستند این حکم، قسمت پایانی ماده ۲۳۴ قانون مدنی است. این ماده این‌گونه مقرر می‌دارد: «... شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.» در واقع ماده به صراحت امکان شرط به ضرر ثالث را مقرر نموده اگر چه تا زمانی که تعهد از سوی ثالث قبول نشود وی را ملتزم نمی‌نماید.

#### ۵: ماهیت تعهد به ضرر ثالث

در ماهیت حقوقی تعهد به ضرر شخص ثالث و توجیه اینکه چگونه به موجب قراردادی، تعهدی بر عهده ثالث ایجاد می‌شود می‌توان قائل به دو نظریه شد که ذیلاً به بررسی و نقد آنها خواهیم پرداخت:

#### الف: نظریه در حکم ایجاب (پیشنهاد)

بنابراین نظریه آنچه در قرارداد آمده نسبت به ثالث در حکم ایجاب می‌باشد که با قبول ثالث میان او و متعهدله قرارداد جدیدی بسته می‌شود که از هر حیث (اطراف، تعهدات زمان و مکان وقوع و...) نسبت به قرارداد اولی متفاوت است. نتیجه آنکه متعهد له هر زمان قبل از قبولی می‌تواند مطابق قواعد عمومی از ایجاب خویش رجوع و طرفین قرار داد با اقاله قرارداد، پیش از قبولی ثالث از ایجاد تعهد بر عهده ثالث ممانعت به عمل آورند. در حقوق فرانسه برخی به این نظریه معتقدند (Demogue, 1933: 88):

(Baudry-Lacantinerie et Barde. 1908: 14)

در رابطه با این نظریه برخی فقها ذیل عنوان شرط فعل به بحث و بررسی پرداخته‌اند که از ظاهر کلامشان همین نظریه مستفاد می‌گردد. از جمله مرحوم سید در عروه این‌گونه بیان می‌دارد: «اگر شرط بر غیر از طرفین شود بدین صورت که بگوید این خانه را به تو فروختم به شرط آن که زید لباسی را برای من بدوزد به گونه‌ای که مراد آنها این باشد که التزامی بر عهده زید بیاید پس آیا این عمل صحیح است یا خیر؟ ظاهراً اگر قبول نماید صحیح است». (یزدی، ۱۴۲۱ ق، ۲، ۱۰۸)

همچنین فقهایی که در عقد مزارعه قائل به صحت اعطای بذر از سوی ثالث می‌باشند بیان داشته‌اند که در صورت قبول ثالث مزارعه مرکب از دو عقد می‌باشد و از فصولی بودن معامله سخنی به میان نیاورده‌اند، به عنوان مثال محقق بحرانی ایجاب مزارع را به دو ایجاب تحلیل نموده است، یکی برای عامل و دیگری برای ثالث که با قبول ثالث معتبر می‌شود. (بحرانی، ۱۴۰۵ ق، ۲۱: ۳۲۴). اگر این مبنا برای تعهد به ضرر ثالث پذیرفته شود لازم است تا طبق قواعد عمومی قائل شویم قبول اثر قهقراپی ندارد و با فوت ثالث ایجاب نیز از بین می‌رود.

بر این نظریه دو ایراد وارد است: نخست آن که قصد طرفین قرارداد ایجاد یک پیشنهاد برای ثالث نبوده است، به عبارتی آنها ایجابی را ایجاد ننموده‌اند، بلکه قصد آنها متعهد کردن ثالث بوده و دیگر آنکه اگر این نظریه به عنوان مبنای تعهد به ضرر ثالث مورد قبول واقع شود در آن صورت این تعهد استثنایی بر اصل حاکمیت اراده نخواهد بود در حالی که قبلاً گفته شد که تعهد به ضرر ثالث استثنایی بر این اصل است.

### ب: نظریه معامله فضولی

منشأ پیدایش مباحث فضولی در فقه، روایت مشهور عروه بارقی است که حسب آن فقها بسیار بحث نموده‌اند، و برخی از فقها متقدم در آثار خویش، این معاملات را باطل میدانستند (طوسی، بیتا، ۳: ۱۶۳)، لکن مشهور فقهای امامیه، این دست معاملات را غیر نافذ تلقی نمودند. به هر روی، برحسب نظریه قانون مدنی و مشهور فقها در مورد معاملات فضولی، مبنی بر عدم نفوذ این معاملات باید گفت: تعهد به ضرر ثالث در حکم معامله فضولی است، زیرا اگر تصرف در مال ثالث، فضولی محسوب شود، چرا ایجاد تعهد بر عهده وی باید یک ایجاب ساده تلقی گردد. برخی از حقوقدانان فرانسوی قائل به این نظر هستند. (Ripert-Etboulangier, 1957: 621)

به نظر می‌رسد پاسخ صحیح در پرسش از ماهیت تعهد به ضرر ثالث در حقوق ایران بستگی به قلمرو معاملات فضولی دارد، به عبارت دیگر آیا در حقوق ایران تنها معامله با مال غیر فضولیتست؟ (چنانکه از مواد ۱۹۷ و ۳۰۴ قانون مدنی همین مفهوم به ذهن متبادر می‌شود) یا آن که معامله برای غیر نیز فضولی محسوب می‌گردد؟ و در صورت اخیر آیا معامله فضولی صرفاً ناظر به عقود تملیکی است یا عقود عهده‌ی را نیز شامل می‌شود؟

در پاسخ به سؤالات فوق باید گفته شود گرچه معمولاً از معاملات فضولی در باب بیع بحث شده است و از ظاهر برخی مواد قانون مدنی نیز این امر استنباط می‌شود ولی به چند دلیل باید از این ظاهر گذشت:

اولاً: اگر تصرفات در مال بیگانه بتواند از سوی او تنفیذ شود هیچ دلیل منطقی وجود ندارد که ایجاد تعهد فضولی برای او باطل باشد و قابلیت تنفیذ را نداشته باشد زیرا مبنای معامله فضولی هر چه که باشد معامله عهده‌ی را نیز شامل می‌شود به عنوان نمونه:

- اگر مبنای حقوقی معامله فضولی را تفکیک بین قصد و رضا بدانیم در مورد معاملات عهده‌ی این گونه تعبیر می‌شود که فضول قصد ایجاد تعهد برای ثالث را انشاء نموده است و بدین ترتیب شاکله قرارداد را ایجاد نموده است، هر چند که به علت فقدان رضای مالک قرارداد کامل نیست ولی با پیوستن رضا قرارداد کامل می‌شود و آثار خود را از روز انعقاد بر جای می‌گذارد.

(شهیدی، ۱۳۸۳، ۲: ۱۱۶)

- اگر آن چنان که برخی نویسندگان پذیرفته‌اند، مبنای حقوقی این نوع معاملات نمایندگی فضول از مالک باشد باز این نوع معاملات قابل توجیه است، زیرا می‌توان گفت اجازه و تنفیذ معاملات فضولی عهده‌ی، سبب اعطای نیابت به فضول می‌شود و بدین وسیله تعهد ایجاد شده به متعهد منسوب می‌گردد و اعتبار می‌یابد. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۲: ۱۱۲)

ثانیاً: از پاره‌ای از مواد قانونی استفاده می‌گردد که معاملات فضولی اعم از معاملات تملیکی و عهده‌ی است، از جمله:

- اطلاق تمام تعهدات در صدر ماده ۶۷۴ قانون مدنی و اطلاق اعمال فضولی وکیل ذیل همان ماده دلالت بر این دارد که وکیل هرگونه تعهدی خارج از حدود وکالت خود نموده باشد، تعهد مذکور از جمله اعمال فضولی تلقی می‌شود و احکام این گونه از معاملات بر آن بار خواهد شد.

- مضافاً بر این که اکثر حقوقدانان با تکیه بر اصول حقوقی و ظاهر قانون مدنی، معاملات فضولی را ذیل قواعد عمومی معاملات آورده‌اند و در هر مورد که نیابت امکان داشته باشد باید مراعات شود، بنابراین می‌توان گفت در صورتی که طرفین ضمن عقد تعهدی را بر عهده ثالث قرار دهند، این تعهد فضولی است و نفوذ آن بستگی به اجازه ثالث دارد و کلیه مقررات حاکم بر معاملات فضولی در این مورد نیز باید رعایت شود.

## ۶: مصادیق قانونی تعهد به ضرر ثالث

قانونگذار در برخی موارد از روابط فی مابین اشخاص بر خلاف اصل حاکمیت اراده تعهد به ضرر ثالث را مقرر نموده است، به طور کلی مواردی که در قوانین ایران اراده یک یا چند شخص بتواند تعهدی بر عهده دیگری ایجاد نماید را می‌توان به دو دسته کلی منقسم نمود:

نخست در برخی مواضع، اراده یک یا چند شخص تعهدی را بر عهده ثالث قرار می‌دهد، به دیگر بیان در مواضعی ممکن است شخصی یا اشخاصی با اراده خویش بر عهده ثالث تعهدی را بار نماید، نظیر آنچه در وصایت رخ می‌دهد، ماده ۸۳۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در وصیت عهده‌ی قبول شرط نیست لیکن وصی می‌تواند مادامی که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکند بعد از آن حق ندارد اگر چه جاهل بر وصایت باشد.»

در اینجا قانون‌گذار از نظر مشهور فقها پیروی کرده است. (نک: عاملی، ۱۴۱۰، ق، ۵؛ ۸۱؛ حلی، ۱۴۰۸، ق: ۲۰۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ق: ۲۵۵) اینان به دلیل ظاهر روایتهایی وارده در باب، همچنین مصلحت‌های اجتماعی همانند حمایت از فرزندان و جلوگیری از نابودی اموال موصی حکم به وجوب وصایت داده‌اند. در مقابل این نظر برخی فقها مانند علامه در تحریر قائل برآنند که وصی تا زمانی که وصایت را قبول نکرده، ملتزم به انجام آن نیست به دلیل آن که اولاً موصی بر دیگران تسلط ندارد و ثانیاً موجب ایجاد حرج عظیم و ضرر در بیشتر موارد می‌شود، در حالی که هر دوی این موارد در آیه «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (سوره حج، آیه ۷۸) و روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (حر عاملی ۱۴۰۹، ق، ج ۱۷: ۳۶۴؛

طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹، ق، ۲۳: ۱۰۲۸) نفی شده است. (به نقل از: جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ق، ۵: ۸۱) برخی نویسندگان نیز این حکم را خلاف قواعد و اصول اولیه حقوقی می‌دانند و این‌گونه بیان می‌دارند که: «اصل تسلیط بر نفس اقتضاء می‌کند که بدون موافقت و رضای وصی عملی بر عهده او بار نگردد و جای تعجب است، که در مورد وصیت تملیکی بدون قبول موصی له مالی در ملکیت وی داخل نمی‌گردد، ولی در خصوص وصایت عهده‌ی که تعهد بر عهده وصی می‌آید قبول وی شرط نیست، در حالی که قبول تعهد از جانب وی تناسب بیشتری با موضوع دارد. و همچنین آنچه که می‌تواند این موضوع را توجیه نماید این است، که وصیت عهده‌ی به موجب ادله شرعیه وظیفه است، که شارع بر عهده فرد می‌گذارد.» (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۶۴)

**مورد دوم** در مواضعی که قراردادی بین برخی از اعضای یک جمع خاص منعقد گردد، ولی اثر آن قرارداد بر همه آنها بار شود، به این صورت که اگر چه قرارداد با همه آنها بسته نشده است، ولی نسبت به حقوق و تکالیف جمیع آنها به صورت مستقیم مؤثر است، بدون آنکه آن جمع، شخصیت حقوقی مستقل داشته باشد یا این که اعضای آن به صورت صریح یا ضمنی بر حکومت اراده اکثریت بر اقلیت یا بر نمایندگی اشخاص خاصی رضایت داده باشند، مثل قراردادهای جمعی از قبیل قراردادهای فی مابین کارگر و کارفرما و قرارداد ارفاقی؛ حال به ترتیب مصادیق قانونی فوق را مورد بحث و دقت نظر قرار می‌دهیم:

### الف: قرارداد ارفاقی

زمانی که حکم ورشکستگی تاجر صادر می‌شود طلبکاران دو راه پیشرو دارند، یا به تصفیه امور

ورشکستگی ادامه دهند، یا در صورت وجود شرایط با وی قرارداد ارفاقی منعقد نمایند، قرارداد ارفاقی دو اثر اصلی دارد:

- قرارداد ارفاقی سبب می‌شود که جریان توقف تاجر پایان پذیرد و او دوباره به زندگی تجاری بازگردد. این نتیجه را اکثریت خواسته‌اند در حالی که اقلیت به آن راضی نیستند با وجود این قرارداد درباره همه طلبکاران اجرا می‌شود (اسکینی، ۱۳۹۵، ۱۷۷)
- برابری طلبکاران بدون امتیاز یکی از اصول مورد احترام در جریان ورشکستگی است، که پس از امضای قرارداد ارفاقی طبق ماده ۴۸۹ قانون تجارت که مقرر می‌دارد «... لیکن حق ندارند در آتیه از دارایی تاجر ورشکسته بقیه طلب خود را مطالبه کنند مگر پس از تأدیه تمام طلب کسانی که در قرارداد ارفاقی شرکت داشته یا آن را در ظرف ده روز مزبور امضاء نموده‌اند.» اشخاصی که در اقلیت مانده‌اند از حق برابری با دیگران در آینده و نسبت به بقیه طلب خود محروم می‌شوند و بقیه طلب خود را تنها پس از تأدیه تمام طلب اشخاصی که قرارداد ارفاقی را امضاء کرده‌اند می‌توانند اخذ نمایند. در این حالت ملاحظه می‌گردد که قانون طلبکارانی را که قرارداد ارفاقی را امضاء نکرده‌اند از دریافت بقیه طلب خود همراه با طلبکاران امضاء کننده منع کرده در نتیجه یکی از مصادیق تعهد به ضرر ثالث است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۸۰)

### ب: قرارداد جمعی کار

قانون کار در ماده ۱۴۰ این‌گونه بیان می‌دارد که: «پیمان دسته جمعی کار عبارت است از پیمانی کتبی که به منظور تعیین شرایط کار فی‌مابین یک یا چند (شورا یا انجمن صنفی و یا نماینده قانونی کارگران) از یک طرف و یک یا چند کارفرما و یا نمایندگان قانونی آنها از سوی دیگر و یا فی‌مابین کانون‌ها و کانون‌های عالی کارگری و کارفرمایی منعقد می‌شود».

با توجه به مقررۀ فوق قراردادهای جمعی در واقع قراردادهایی هستند که سندیکای کارگران با سندیکای کارفرمایان درباره شرایط عمومی کار منعقد می‌نماید. (عراقی، ۱۳۸۶: ۷۸) این قراردادها اگرچه بین نمایندگان عضو دو سندیکا بسته می‌شود ولی درباره همه اعضا اجرا می‌گردد. به عبارت فنی‌تر انعقاد این دست از تعهدات ممکن است تعهدی بر عهده ثالث بگذارد و وی از آن متضرر شود.

### ج: ماده ۶ قانون تملک آپارتمان‌ها

اگر چه در قانون تملک آپارتمان‌ها اداره آپارتمان‌ها مد نظر مقنن است نه روابط شخصی افراد ولی باید گفت این مقررات به طور غیر مستقیم بر اراده شخصی اشخاص اثر گذار است، به طوری که حسب ماده ۶ قانون تملک آپارتمان‌ها: «چنان چه قراردادی بین مالکین یک ساختمان وجود نداشته باشد کلیه تصمیمات مربوط به اداره و امور مربوط به قسمت‌های مشترک به اکثریت آراء مالکینی است که بیش از



نصف مساحت تمام قسمت‌های اختصاصی را مالک باشند» در نتیجه برای مثال اگر اکثریت مالکان قسمت‌های اختصاصی مثلاً تصمیم به نصب دوربین در آپارتمان یا انعقاد قرارداد با پیمانکاری جهت سنگ‌کاری نمای بیرونی ساختمان بگیرند، اقلیتی که با این تصمیم مخالف می‌باشند نیز باید به میزان مالکیت خود هزینه این قرارداد را پرداخت نمایند. اگر چه ماده ۶ مقرر در جهت اداره بهتر آپارتمان است، ولی بر اراده اقلیت مخالف تصمیم، اثر می‌گذارد و آنها مجبور به قبول تصمیم اکثریت می‌شوند. که این اثر اگر چه اولاً و بذات در جهت اداره آپارتمان است ولی ثانیاً و بالعرض برای آنها ایجاد تعهد می‌کند.

### نتیجه

تعهد به ضرر ثالث از حیث مفهومی به این معناست است که اشخاص بدون آن که اراده ثالث در ایجاد تعهد (مباشراً یا به نمایندگی) نقشی داشته باشد تعهدی بر عهده وی ایجاد نمایند نه آن که خود تعهدی برعهده گیرند که موضوع آن فعل شخص ثالث است. در مورد ماهیت این نهاد نیز باید گفت مستنبط از مواد قانون مدنی این مطلب است که دامنه معاملات فضولی نه تنها عقود تملیکی بلکه عقود عهدی را نیز شامل می‌گردد در نتیجه ماهیت تعهد به ضرر ثالث را باید معامله فضولی عهدی دانست که در نتیجه تا زمانی که تعهد به وسیله ثالث قبول نشده است، وی را ملتزم نمی‌کند.

نکته دیگر که حائز اهمیت است اینکه این نهاد، مرزهای نزدیکی با بحث تعهد به فعل ثالث دارد، به نحوی که معمولاً تعهد به ضرر ثالث همراه با تعهد به فعل ثالث است اما همواره این گونه نیست، در نتیجه اگر ثالث تعهد را انجام ندهد نمی‌توان از طرف قرارداد انجام تعهد را درخواست نمود یا به واسطه عدم انجام تعهد خسارت دریافت نمود اما اگر ثالث تعهدی که به واسطه شرط در قرارداد درج شده است را اجرا نکند طرف قرارداد به واسطه مواد ۲۳۴ به بعد قانون مدنی حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. به عبارت فنی‌تر وجه افتراق تعهد به ضرر ثالث و تعهد به فعل ثالث در این است که در تعهد به فعل ثالث یکی از طرفین عقد تعهدی (چه به صورت وسیله یا نتیجه) را به عهده می‌گیرد که موضوع آن فعل شخص ثالث است در حالی که در تعهد به ضرر ثالث، متعهد همان شخص ثالث است.

از حیث جایگاه تعهد به ضرر ثالث در نظام حقوقی نیز باید اذعان داشت که با توجه به خواستگاه، قانون و منطق حقوقی، این نهاد را باید استثنایی بر اصل حاکمیت اراده و اصل نسبی بودن قراردادهای محسوب نمود، به جهت آنکه تعهد به ضرر ثالث جنبه استثنایی دارد به قدر متیقن که در واقع موارد مصرح در قانون (مواردی مثل قرارداد ارفاقی، قراردادهای جمع کار و...) است باید اکتفا نمود و نمی‌توان آن را به موارد مشابه تعمیم داد و آنها در عداد تعهد به ضرر ثالث قلمداد نمود.

### منابع

#### الف- کتب فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۵)، حقوق تجارت: ورشکستی و تسویه امور ورشکسته (چاپ بیست و یکم)، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- امامی، سید حسن (۱۳۹۰)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات، تهران: نشر میزان.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۱)، کلیات عقود و قرار دادها، تهران: نشر میزان.
- حائری، مسعود (۱۳۷۳)، تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی «اصل آزادی قراردادها»، تهران: نشر کیهان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: گنج دانش.
- ره‌پیک، حسن (۱۳۸۶)، حقوق مدنی پیشرفته مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد، تهران: انتشارات خرسندی.
- رفیعی، احمد (۱۳۹۲)، حقوق کار: دفتر یکم - مبانی نظری حقوق کار و نظام حاکم بر قرارداد کار در ایران، تهران: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی نگاه بینه.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، اصول قراردادها و تعهدات (جلد دوم)، تهران: انتشارات مجد.
- شیروی، عیدالحسن (۱۳۹۶)، حقوق قراردادها (انعقاد، آثار و انحلال)، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- عراقی، عزت‌اله (۱۳۸۶)، حقوق کار ۱، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها سمت.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۲)، قواعدعمومی قراردادها (جلد سوم)، تهران: سهامی انتشار.
- ..... (۱۳۷۷)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ..... (۱۳۷۶)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین، تهران: گنج دانش.
- ..... (۱۳۸۹)، وصیت در حقوق ایران، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کمالان، سید مهدی (۱۳۹۹)، مجموعه آرای وحدت رویه حقوقی، تهران: انتشارات کمالان.
- لوک اوپر، ژان (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات (قراردادها) (مجید ادیب مترجم)، تهران: نشر میزان.
- مقصودی، مراد (۱۳۹۱)، حقوق مدنی ۳، تهران: نشر خرسندی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۸)، بررسی فقهی و حقوقی وصیت، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- واحدی، جواد (۱۳۷۸)، قانون تعهدات سویس، تهران: نشر میزان..

## ب- مقالات

- ایزانلو، محسن (۱۳۸۶)، «تعهد به فعل ثالث»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (۱)، ۲۰-۲.
- بیگدلی، عطالله (۱۳۹۴)، «حاکمیت اراده در فقه امامیه، نظام رومی- ژرمنی و حقوق ایران؛ درآمدی مبنایی- فلسفی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، (۴۱)، ۱۲۰-۱۴۰.
- خرسندیان، محمد علی و ذاکری نیا، حانیه (۱۳۸۸)، «واکاوای اراده، قصد و رضا در فقه اسلامی و حقوق ایران»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، (۱)،
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۹)، «مبنایی و آثار حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در فقه امامیه»، مدرس علوم انسانی، (۴)

## ج- کتب عربی

### القرآن الکریم

- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵)، المکاسب، قم: دار الحکمه.
- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳)، بلغة الفقیه، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
- بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیة، قم: نشر الهادی.
- طباطبایی بروجردی، آقا حسین (۱۴۲۹)، جامع أحادیث الشیعة، تهران: انتشارات فرهنگ سبز.
- جعی عاملی (الشهید الثانی) (۱۴۱۰)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی) - کلانتر، قم: کتابفروشی داورى.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حلّی (محقق)، نجم‌الدین جعفر بن الحسن (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خمینی، سید روح الله (بی‌تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۲)، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (بی‌تا)، حاشیه بر مکاسب قم: بی تا.
- قمی، ابو القاسم بن محمد حسن (۱۴۲۷)، رسائل المیرزا القمی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان.

- مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷)، **العناوین الفقهیة**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷)، **عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- نجفی، کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر (۱۴۲۲)، **أنوار الفقاهة** - کتاب الطلاق، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.

### منابع لاتین

- Marcadé (Victor-Napléon), *Explication théorique et pratique du code civil*, t.4, Paris ,1892
- Ripert (Georges) et Boulanger (Jean), *Traité de droit civil*, t.2, LGDJ, 1957
- Larombiere, Leobon, 1862, *theorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV, Livre III du code napoleon*, art. 1101
- Ripert (Georges) et Boulanger (Jean), (1957), *Traité de droit civil*, t: 2, LGDJ.
- Baudry-Lacantincricie(G.) et Barde (L.), (1908), *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3e éd., t12.
- Demogue (René). (1933), *Traité des obligations en général*, t: 7. Paris



## *The concept, nature and effects of the obligation on third parties*

*Amir Barani Biranvand* \*

### **Abstract**

The principle of the autonomy of the will declares that a person's will is the main source of obligations. Consequently, the will of another person doesn't result in an obligation against or in favor (of) that person. However, the necessity of creating a contract such as insurance and collective contracts in addition to social needs has led to this principle being addressed in some specifications. One of the most important Exceptions is the obligation on third parties. But what are the meaning(s), nature and effects of this specification? Contrary to the belief of some writers, the obligation on third parties is, in fact, making a person obligor whose will doesn't play a role in creating that obligation. Regarding the nature of this entity, it should be noted that the obligation against third party is theoretically subject to the general rules of unauthorized transactions. Therefore, until it's confirmed, an obligation will not arise for that person, unless the legislator explicitly assumes the obligations resulting from people's will for another person.

### **Key Words**

*The Obligation on Third Parties, the principle of the autonomy of the will, the principle of relativity of contracts, the principle of citation, collective contracts.*

---

\* Master's degree in jurisprudence and private law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran  
(corresponding author): a.barani1990@gmail.com