

سید مصطفی محقق داماد

تعهد به نفع شخص  
ثالث از نظر شیخ انصاری و  
دکترین های حقوقی معاصر

\_\_\_\_\_

20

اصل شخصی بودن قراردادها (Privacy of Contracts) یکی از اصول حاکم بر عقود است که در حقوق اروپا، هم در نظام حقوق کامن لا<sup>۱</sup> و هم در نظام مدون<sup>۲</sup> پذیرفته شده است. منظور از این اصل آن است که در قراردادی که میان اشخاص منعقد می شود، فقط طرفین قرارداد از آن عقد منتفع می گردند و تنها آنان خواهند توانست درباره آن عقد به عنوان ذی نفع در دادگاه طرح دعوی نمایند، و نیز هیچ کس خارج از عقد، مسؤولیت و تعهدی نسبت به عقد نخواهد داشت. به عبارت دیگر کسانی که خارج از عقد می باشند و طرفین عقد نیستند به هیچ وجه نفع و یا زیانی از عقد نخواهند داشت. این اصل مبتنی است بر اصل استقلال و آزادی فردی در ایجاد روابط حقوقی و به عبارت دیگر اصل حاکمیت اراده که به موجب آن

۱. اصل فوق را حقوقدانان نظر به مقابل فرانسوی آن (Relativité de Contrat) نسبی بودن قراردادها ترجمه

کرده اند ولی ما برای مقابل انگلیسی آن با توجه به تعریفی که ارایه خواهیم داد ترجمه فوق را ترجیح دادیم.

2. Cheshire & Fifoot, The Law of Contract, Seventh edition, London ButterWorths, 1992, p. 903.

۳. سنهوری، الوسیط، ج ۱، ص ۵۶۶.

هیچکس نمی تواند اراده خود را بر دیگری تحمیل نماید و بدون اینکه طرف دیگر دخالتی داشته باشد، دینی را بر عهده او گذارد و یا حقی را برای او بوجود آورد و یا از او سلب نماید.

### ریشه تاریخی

ریشه این اصل را در حقوق روم یافته اند. حقوقدانان رومی معتقد بودند که قرارداد نمی تواند حقی را برای غیر ایجاد نماید. آنان در پایبندی به این قاعده آنقدر اصرار داشتند که حتی نیابت و وکالت در انعقاد عقود را نیز قبول نداشته و آن را بی اثر می دانستند و نیز معتقد بودند چنانچه در عقد بیع، بایع به جهتی نتواند شخصاً ثمن را دریافت کند، قادر نخواهد بود خریدار را ملزم کند که ثمن را به دیگری تسلیم نماید. خواه او را وکیل کرده و یا به او هبه کرده باشد.<sup>۱</sup>

اثر مترتب بر این اصل، با این عمومیت و اطلاق، این بود که هیچکس نمی توانست ضمن عقد هبه و یا عقد صلح و یا بیع، شرط کند که متَّهب و یا متصالح و یا مشتری مالی را به شخص ثالثی بدهد، و یا عملی را برای وی انجام دهد و به عبارت دیگر هرگونه تعهدی که در ضمن تعهد به نفع ثالث مطرح گردد، بی اثر و لغو و باطل است.

برای بلااثر بودن تعهد برای شخص ثالث، استدلال می نمودند که شخص ثالث نمی تواند از تعهدی که میان دو نفر به عمل آمده منتفع شود، زیرا مداخله در عقد نداشته است و طرفین عقد نیز نمی توانند از آن تعهد منتفع گردند، چرا که تعهد به نفع آنان نبوده و خود آنها هم چنین اراده ای را نداشته اند.

این اصل و یا قاعده حقوقی به قدری وضوح داشت که حقوقدانان بحث درباره آن را بی فایده می دانستند و هنگام طرح، به سرعت از آن عبور می کردند و آن را از اصول مسلم می پنداشتند.

۲. همان مأخذ.

این قاعده اگرچه در حقوق انگلیس و فرانسه عیناً وارد شده، ولی توسعه روابط اقتصادی و بوجود آمدن احتیاجات جدید زیست اجتماعی، بخصوص پدید آمدن موضوع بیمه، موجب آن شده که بعضی مکاتب حقوقی جوامع مزبور انعطافهای اساسی و استثنائاتی را بر این اصل پذیرا گردند و از این رهگذر تحولات شگرفی به وجود آید. در حقوق انگلیس علی‌رغم نشیب و فرازهای مختلف، این قاعده هنوز به صلابت خود پایرجاست ولی در حقوق فرانسه، استثنائات زیادی بر آن وارد آمده است که ما ذیلاً به آن اشاره می‌کنیم:

### در حقوق انگلیس

اصل شخصی بودن قراردادهای که به موجب آن طرفین قرارداد فقط باید بتوانند اقامه دعوا نمایند، تا نیمه دوم قرن نوزدهم بخوبی جانیفته‌ای و تثبیت نشده بود.<sup>۵</sup>

در سال ۱۸۳۳ در قضیه Price. V. Easton چنین رأی داده شد که خواهان، بدون اینکه طرفی از قرارداد باشد، قادر به اقامه دعوی و مطالبه چیزی نیست و بدین ترتیب اصل نسبیت به معنای فعلی آن مطرح شد. در سال ۱۸۶۱ در قضیه "Tweddle V. A. thinson" این اصل به خوبی تثبیت گردید. در این قضیه، پدران زن و شوهری، طی قراردادی بین خودشان به نفع زوج تعهد نمودند که یکی از آنها ۲۰۰۰ پوند و دیگری ۱۰۰۰ پوند به شوهر پرداخت کنند. بعداً شوهر که طرفی از قرارداد نبود جهت اخذ مبلغ مورد تعهد، علیه پدرزن خود اقامه دعوا نمود ولی به دلیل عدم وجود رابطه قراردادی، دعوی او رد شد.

در سال ۱۹۱۵ این اصل توسط مجلس لردها مورد تأیید قرار گرفت و طی آن قاضی «لردهالدين» اظهار داشت: «در حقوق انگلیس برخی اصول بنیادی و اساسی هستند، یکی از آنها این است که فقط فردی که

5. Chitty on Contract, vol. 1, General principle, ed. 20 Th, 1989, p. 831.

طرف قرارداد است می تواند بدان جهت اقامه دعوا نماید».<sup>۶</sup>  
 مجدداً در سال ۱۹۳۷ کمیته تجدید نظر به علت وجود مشکلات  
 اجتماعی با پیشنهاد الغای عموم و کلیت اصل مزبور موافقت کرد.<sup>۷</sup>  
 در سال ۱۹۶۸ اصل مزبور برای چندمین بار توسط مجلس لردها  
 تأیید شد و هنوز در حقوق عرفی (کامن لا) عامل تعیین کننده ای محسوب  
 می شود.<sup>۸</sup>

### در حقوق فرانسه

حقوق قدیم فرانسه که وارث حقوق روم بود، قاعده مزبور را پذیرفت  
 ولی بتدریج با روبرو شدن با تحولات اجتماعی ناچار به انعطاف و قبول  
 استثنائاتی بر آن شد که ناپلئون قاعده رومی را با عموم و کلیت آن به  
 عنوان یک اصل پذیرفت و در ماده ۱۱۲۱ مقرر داشت: «متعاقداً  
 نمی تواند چیزی را شرط نماید مگر برای خود». قانونگذاران فرانسوی  
 بعداً ناچار شدند که شرط در ضمن عقد هبه به نفع دیگری و بالاخره  
 بتدریج کلاً تعهد به نفع شخص ثالث را بپذیرند.<sup>۹</sup>

مشکل عمده ای که حقوق فرانسه را وادار به پذیرش استثناء بر اصل  
 شخصی بودن قراردادهای کرد، پیدایش پدیده بیمه بود. در قرارداد بیمه  
 عمر، بیمه گر با بیمه گذار قراردادی منعقد می سازد و طی آن تعهد می کند  
 در قبال مبلغی که بیمه گذار به اقساط معینه به او می دهد، مبلغ معینی در  
 انقضای مدت به بیمه گذار بدهد و هرگاه در مدت مزبور فوت کند،  
 بلافاصله آن را به کسی که نام او در قرارداد بیمه برده شده که نوعاً اولاد  
 یا عیال بیمه گذار است، بپردازد.

مفاد اینگونه قراردادهای، تعهد به نفع شخص ثالث است، چرا که

6. Chity on Contract, p.823-no. 1338.

۷. همان مأخذ.

8. Chesshire & Fifoot, p.403.

۹. سنهوری، همان مأخذ.

عیال و اولاد بیمه گذار که طرف قرارداد نبوده اند از عقد منتفع می گردند و چنانچه اصل شخصی بودن قراردادها به عموم و کلیت خود باقی باشد، چنین اجازه نخواهد داد و قبول قرارداد حقوقی بیمه، در واقع قبول استثنایی بر اصل مزبور است.

حقوقدانان اروپایی از یک سو تحت فشار نیازها و تحولات اجتماعی ناچار به قبول شده و از سوی دیگری به تحلیل ماهیت حقوقی و توجیه خردپذیر آن دست یازیده اند که بسیاری از توجیهات مزبور کاملاً متکلفانه و همراه با عدم قبول ذوق سلیم است. ما نخست به نمونه ای از راه حل های آنان می پردازیم و سپس طرحی را که در حقوق اسلامی مطرح و توسط شیخ انصاری مورد نقد و تحلیل قرار گرفته است، ارایه خواهیم داد.

### تحلیل ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در حقوق جدید

در ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث و توجیه اینکه چگونه به موجب قراردادی، حقی برای شخصی که طرف قرارداد نبوده است ایجاد می شود، نظریه های مختلفی ابراز شده است که مهمترین آنها دکترین زیر است:

#### ۱- دکترین پیشنهاد

به موجب این نظریه در قراردادی که به نفع شخص ثالث می شود، نخست حق به نفع طرف قرارداد (شرط کننده) ایجاد می شود و سپس او استفاده و بهره گیری از مزایای شرط را به شخص ثالث پیشنهاد می کند و حق در صورتی و از زمانی برای شخص مزبور ایجاد می گردد که آن را قبول نماید. نتیجه این نظریه آن است که به موجب آن، شخص ثالث مستقیماً ذی حق نمی گردد و حق حاصل از شرط نخست، وارد دارایی شرط کننده نمی شود و از زمان موافقت شخص ثالث به وی تعلق می یابد، و چنانچه مشروط له قبل از قبول شخص ثالث فوت کند، موردی برای قبول و موافقت

او باقی نمی ماند. و از طرف دیگر قبل از قبول شخص ثالث، حق از اموال و دارایی مشروط له است و بستانکاران می توانند اقدام به توقیف آن بنمایند.

این نظریه مشکل بیمه را حل نمی کند زیرا در اغلب موارد شخص ثالث که منتفع از بیمه عمر است تا زمان فوت بیمه گذار از قرارداد بیمه آگاه نمی شود و قبل از قبول شخص ثالث، طلبکاران مشروط له می توانند مورد شرط را بازداشت نمایند و در صورتی که بیمه گذار قبل از قبول شخص ثالث، فوت کند، تعهد جزء ترکه متوفی و متعلق حق طلبکاران قرار می گیرد و آنان می توانند از آن استیفاء طلب خود را بنمایند.

#### ۲- دکترین معامله فضولی

به موجب این نظریه، تعهد به نفع ثالث یک معامله فضولی است که توسط متعهده به نمایندگی از سوی شخص ثالث انجام گرفته است. چنانچه شخص ثالث عمل مزبور را قبول نماید، عمل متعهده به وکالت تبدیل می شود و گویی به حساب او و نمایندگی از او انجام یافته است و در حقیقت متعهده واقعی همان شخص ثالث بوده که به نام او قرارداد واقع شده است. بعضی این نظریه را به شکل اداره مال غیر (موضوع ماده ۳۰۶ قانون مدنی ایران) تقریر کرده اند.<sup>۱۰</sup>

این نظریه را حقوقدان معروف فرانسوی Pothier نخستین بار ابراز داشت که بعدها تفصیل یافت. "ایراد عمده ای که به این نظریه وارد است این است که شرط کننده در اینگونه اعمال حقوقی، شخصاً و اصالتاً خود طرف قرارداد است و به حساب خود عمل می کند نه به حساب دیگران و نمایندگی از آنان.

۱۰. دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۴.

۱۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۲۵۶.

## ۳- دکترین تعهد یک طرفی

بعضی از علمای حقوق غرب تحت تأثیر دکترین آلمان اظهار نظر نموده اند که تعهد به نفع شخص ثالث از موارد تعهد یک طرفی (ایقاع) است. متعهد، یک جانبه در مقابل شخص ثالث متعهد می شود. ایرادی که به این نظریه گرفته اند این است که در مسأله مورد نزاع، اراده یک جانبه شخص نیست که ایجاد تعهد به نفع شخص ثالث نموده است، بلکه این تعهد ناشی از توافق اراده دو طرف قرارداد است. "البته به نظر می رسد که این نظریه به نحوی قابل دفاع است که ما در آینده به بعضی وجوه آن خواهیم پرداخت.

## نظریه شیخ انصاری با جعل حق مستقیم

نظریه شیخ انصاری، مبتنی بر دکترین جعل حق مستقیم و یا تعهد مستقیم است. تحلیل حقوقی این نظریه آن است که: قراردادی که میان متعاملین منعقد می گردد و در آن یکی از طرفین تعهدی به نفع شخص ثالث می نماید، و مستقیماً به نفع شخص مزبور از طریق تعهد ایجاد حق می شود، بدون آنکه احتیاج به قبول و موافقت او داشته باشد. یعنی شخص ثالث بدون آنکه مداخله در قرارداد کند، متعهد می گردد و می تواند از قرارداد منتفع شود و از این رهگذر می تواند در دادگاه علیه متعهد اقامه دعوی کند به موجب این نظریه عموم قاعده «شخصی بودن قراردادهای پذیرفته نشده است.

البته باید توجه داشت که مشکل قرارداد بیمه از نظر بعضی فقهای امامیه از جهت غرری بودن آن است که بیمه گر نمی داند در مقابل مورد تعهد، چه مقدار بدست خواهد آورد و در بعضی از اقسام قرارداد بیمه، مقدار مورد تعهد بیمه گر نیز معلوم نیست، چنانکه در بیمه خسارت اتومبیل رانی چنین است.

ما اینک در مقام توجیه و حل مشکل عقد بیمه نمی باشیم و آن را به

جای خود ایکال می‌کنیم. ولی چنانچه تعهد به نفع شخص ثالث از نظر فقهی حل گردد، برای قرارداد بیمه از این نظر، مشکلی مطرح نخواهد بود، چرا که شیخ انصاری در موارد متعدّد اموری را پذیرفته که از مصادیق تعهد به نفع شخص ثالث محسوب می‌گردد که ما ذیلّاً به نمونه‌هایی از آن اشاره می‌کنیم.

### مورد اول: جعل خیار برای شخص ثالث

شیخ انصاری در این مسأله مانند بسیاری دیگر از فقیهان معتقد است علاوه بر آنکه در عقد به موجب شرط طرفین یا یکی از آنان می‌توانند دارای خیار باشند، برای شخص ثالث، یعنی کسی که نسبت به عقد بکلی بیگانه است نیز ممکن است خیار قرار داده شود: «و یصح جعل الخیار لاجنبی»<sup>۱۳</sup> وی پس از نقد و بررسی متونی از قدما،<sup>۱۴</sup> از قول علامه چنین نقل می‌کند:

«قال فی التذکرة لوباع العبد و شرط الخیار للعبد صحّ البیع و الشرط عندنا و حکى الاجماع فی الاجنبی قال لان العبد بمنزلة الاجنبی»<sup>۱۵</sup>  
یادآوری این نکته لازم است که علامه در تذکره، قبل از عبارت فوق حکم کلی صحت وضع خیار به نفع شخص ثالث را به شرح زیر پذیرفته است:

«إذا شرط الخیار للاجنبی صحّ سواء جعله وکیلاً فی الخیار اولا». «  
در فقه عامه بعضی بر این نظرند که اگر کسی خیار برای شخص ثالث قرار دهد، خیار به تنهایی برای آن شخص به وجود نمی‌آید، بلکه به موازات او خود شارط نیز دارای خیار می‌گردد. علامه این نظر را به طور غیرمستقیم، به نقل از جامع الصغیر از ابوحنیفه نقل می‌کند، به شرح زیر:

۱۳. شیخ انصاری، مکاسب، ص ۲۲۹، چاپ طاهر.

۱۴. برای مطالعه اقوال رک. محقق عاملی.

۱۵. مکاسب، همان مأخذ، تذکرة الفقهاء، چاپ قم، ج ۱، ص ۵۲۱.

۱۶. علامه حلی، تذکرة الفقهاء چاپ قم، ج ۱، ص ۵۲۱.

«لو قال بعتك على ان الخيار لفلان كان الخيار له ولفلان».<sup>۱۷</sup>

این نظریه بر این مبنا استوار است که جعل خيار برای اجنبی از باب توکیل غیر می باشد. فقهای امامیه این امر را پذیرفته و معتقدند که در این موارد طرفین از هیچگونه حقی در مورد خيار برخوردار نیستند و در تحلیل ماهیت حقوقی شرط مزبور بعضی آن را تملیک حق برای دیگری می دانند و بعضی آن را نوع تحکیم محسوب می کنند. شهید می گوید:

«و اشترط الاجنبی تحکیم لا توکیل عن جعل عنه».<sup>۱۸</sup>

علامه می گوید:

«لو شرط الخيار للاجنبی دونهما صح البيع والشرط عندنا و یثبت الخيار للاجنبی خاصه عملاً بالشرط».<sup>۱۹</sup>

به هر حال جعل خيار برای شخص ثالث، از مصادیق بارز تعهد به نفع شخص ثالث است. زیرا بازگشت آن چنین است که شخصی که به کلی بیگانه از عقد می باشد و هیچگونه سمت و قوائم مقامی هم از جانب متعاقدين ندارد، از ناحیه عقد دارای حقی شده و مداخله در عقد خواهد کرد.

ممکن است در نظر آید که جعل خيار برای شخص ثالث از قبیل تعهد به نفع او نیست. ولی ناگفته پیداست که به هر حال شخص ثالث با عقد مزبور دارای حقی شده و مشروط علیه نمی تواند از اعمال حق او جلوگیری کند.

حق محسوب شدن این امر وقتی کاملاً روشن می گردد که بدانیم در فرض مرگ شخص ثالث قبل از استیفاء تکلیف، تعهد مزبور چه خواهد

۱۷. همان مأخذ و جامع المقاصد، ج ۱، ص ۵۲۱.

۱۸. الروضة البهیة، ج ۲، ص ۴۵۳؛ مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۶۰۹؛ ریاض، ج ۱، ص ۵۲۹.

۱۹. همان مأخذ، علامه حلی با توجه به موضع صریحی که در کتاب تذکره به شرح فوق اخذ نموده است، به نظر نمی رسد نظرش با آنچه در کتاب قواعد اختیار نموده متفاوت باشد. عبارت قواعد چنین است: «لو شرط الخيار للاجنبی كان الفسخ اليه لا الى المشترط، الا ان تقول ان شرط الخيار للاجنبی شرط له و توکیل للاجنبی»، قواعد الاحکام، کتاب متاجر، المقصد الخامس فی لزوم البيع، المطلب الثاني). ذیل عبارت فوق اشاره به همان قول عامه دارد و هیچ تمایلی از این جمله استفاده نمی شود.

شد. شیخ انصاری در پاسخ به سؤال مزبور سه وجه به شرح زیر تصویر می‌کند:

الف- حق مزبور به وراثت شخص ثالث منتقل شود. توجیه این نظریه آن است که حق مزبور از ترکه متوفی محسوب، و علی‌القاعده باید به وراثت وی منتقل گردد.

ب- به شرط بازگشت کند، با این توجیه که شخص ثالث در اینجا به منزله وکیل از سوی شرط است و با مرگ وی به شرط بازگشت می‌کند. این قول مبتنی بر عدم پذیرش تعهد به نفع شخص ثالث است. زیرا همان طور که ملاحظه می‌کنید رابطه میان شرط و مشروط له را رابطه وکالت دانسته است.

شیخ انصاری نظریه سوّمی مطرح می‌کند، مبنی بر اینکه با مرگ شخص ثالث خیار به کلی ساقط گردد و چنین توجیه می‌کند:

«من ان ظاهر الجعل او محتمله مدخلية نفس الاجنبی، فلا یدخل فی ما ترکه و هذا لا یخلو عن قوة لاجل الشک فی مدخلية نفس الاجنبی».<sup>۲۰</sup>

## ۱

## نقد نظریه شیخ

همانطور که ملاحظه می‌کنید، شیخ انصاری انتقال حق خیار را به وارث شخص ثالث نپذیرفته است، ولی این بدان معنی نیست که به نظر ایشان تعهد مزبور ایجاد حق نمی‌کند و شخص ثالث ذی حق محسوب نخواهد شد، بلکه شیخ انصاری در اینجا براساس روش خاص خود در تفسیر قراردادهای خصوصی توسط دادگاه، اظهار نظر نموده و گفته است: قرارداد خصوصی مورد بحث، ظهور در اعتبار مباشرت دارد و یا لااقل احتمال اعتبار می‌رود، و در هر دو فرض، حق مزبور از ترکه محسوب نخواهد شد. این استدلال مبتنی بر تفسیری است که ایشان از قرارداد در موارد وجود ابهام ارایه می‌دهد و نتیجه آن است که در فرض تصریح و عدم

۲۰. شیخ انصاری، مکاسب، احکام الخیار.

وجود هرگونه ابهام، محلی برای تغییر توسط دادگاه نخواهد بود. مثلاً چنانچه در متن قرارداد به صورت صریح در خصوص مداخلت نفس شخص ثالث و عدم مداخلت او تعیین تکلیف شده باشد، بی گمان بایستی وفق قرارداد عمل نمود و در فرض تصریح به عدم مداخلت، نظر به انتقال حق مزبور به ورثه وی داد و در فرض تصریح به مداخلت، سقوط حق را مرجح دانست.

بنابه مراتب فوق نتیجه می گیریم که شیخ بی تردید تعهد مزبور را موجد حق می داند. افزون بر آن، شیخ انصاری در مبحث شرط خیار، پس از نقد و بررسی همه اقوال بالصراحة چنین می گوید:

«فحینئذ یجوز للمتبايعین اشتراط حق للاجنبی فی العقد».<sup>۲۱</sup>

شیخ، حق خیار را از حقوق معنوی محسوب نموده و از این رهگذر به این نتیجه رسیده است که هرگونه حقی اعم از حقوق مادی و عینی و معنوی برای شخص ثالث در ضمن عقد قابل جعل است. مخالفین شیخ انصاری در مسأله شرط خیار برای ثالث، کسانی هستند که معتقد به حاکمیت اصولی از جمله اصل شخصی بودن قرارداد (Privacy of Contracts) می باشند. آنان بر این باورند که شرط خیار برای ثالث، مخالف اصول و قواعد آمره حاکم بر عقود است که مرادشان از اصل و قواعد مزبور در این مسأله عبارت است از:

الف- اصل لزوم، که به موجب آن هیچ عقدی قابل فسخ نیست، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود.

ب- اصل حاکمیت اراده، که به موجب آن طرفین عقد می توانند با اراده و توافق طرفین در مورد معامله تصمیم بگیرند. این اصل بر اصل قبل، اولین استثناء را وارد می سازد و انحلال عقد را از طریق تفاسخ و اقاله ممکن می نماید.

ج- اصل محدودیت اراده به ضوابط قانون، که به موجب آن موارد خیارات منصوصه از طریق ضوابط شرعیه استثناء دیگری بر اصل اولیه وارد

۲۱. شیخ انصاری، مکاسب، ص ۲۲۹.

می سازد.

د- اصل شخصی بودن قراردادها، که به موجب آن هیچ کس جز طرفین عقد از عقد منتفع نمی شوند و از این رهگذر ممکن نیست شخصی خارج از ناحیه عقد، دارای سلطه و اقتدار گردد. شیخ انصاری مطالب فوق را به صورت متن زیر آورده است:

«ثم انه ربما يتخیل ان اشتراط الخيار للاجنبی مخالف للمشروع نظراً الى ان الثابت فی الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ او بدخول الخيار بالاصل كخیاری المجلس والشرط او بالعارض كخیار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين».<sup>۲۲</sup>

شیخ انصاری از میان اصول فوق، اصل اخیر را انکار می کند و می گوید:

«و هو ضعيف لمنع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعاً ولا عقلاً بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد او بالعین و ان كان اجنبياً فحينئذ يجوز للمتبايعین اشتراط حق فی العقد و سیجئ نظیره فی ارث الزوجه للخيار مع عدم ارثها من العین».<sup>۲۳</sup>

از نظر شیخ محدود بودن حق انتفاع و مداخله در عقد به طرفین عقد (اصل شخصی بودن قراردادها) امری مخدوش و اعتبار آن مردود است. چرا که اعتبار آن نه توسط نصوص شرعیه ثابت گردیده و نه مقتضای موازین عقلی حقوقی چنین است. بلکه مقتضای موازین مزبور از جمله اصل حاکمیت اراده، آن است که اولاً، طرفین عقد بتوانند با اراده خود هرگونه حقی اعم از مادی و معنوی<sup>۲۴</sup> برای هرکس که بخواهند وضع نمایند، هر چند که شخص مزبور نسبت به معامله فردی بیگانه باشد و ثانیاً، جدایی و

۲۲. همان مأخذ.

۲۳. همان مأخذ.

۲۴. منظور از حق مادی، حق عینی است که برای شخص ثالث متصور می گردد و مراد از حق معنوی سلطه ای است که از طریق شرط ضمن عقد، برای شخص ثالث نسبت به فسخ معامله ایجاد می گردد و یا از طریق توارث به وی منتقل می گردد. مثل موردی که خیار به زوجه منتقل می شود بدون آنکه نسبت به عین حقی داشته باشد.

تفکیک حق عینی از حق معنوی (حق خیار) مواردی در شرع تحقق یافته که دلیل بر تأیید است. مثل موردی که زوجه از طریق توارث خیار، دارای حق واقتدار بر هم زدن معامله می گردد، بدون آنکه نسبت به عین غیر منقول حقی داشته باشد.

### وضعیت قبول متعهدله

فقیهان متقدم که جعل خیار برای شخص ثالث را پذیرفته اند، ذکر از نیاز و یا عدم نیاز به قبول توسط ثالث به میان نیاورده اند، آنچه آنان مطرح نموده اند، صرفاً توانایی رد خیار توسط شخص ثالث است که البته این مطلب چیزی جز آن است که ما اینک در آن سخن می گوئیم. سخن ما در اینجا این است که آیا در اصل تحقق خیار، قبول شخص ثالث معتبر است یا خیر. به هر حال، از اینکه شیخ انصاری همانند بسیاری از پیشینیان خود خیار را برای شخص ثالث بطور مطلق پذیرفته است و حتی سخنی از اطلاع وی به میان نیاورده، چه رسد به رضا و اراده وی، می توان استنباط کرد که نظر ایشان بر عدم اعتبار قبول است.

فقیهان پس از شیخ انصاری، درخصوص اعتبار قبول در تحقق خیار برای شخص ثالث، تحلیلهایی ارائه داده اند<sup>۲۵</sup> که به طور خلاصه به بررسی آنها می پردازیم:

الف- ثبوت قهری خیاری برای شخص ثالث، با اصل تسلیط مردم بر خویش منافات دارد.

ب- همانطور که گفته شد، ماهیت حقوقی خیار برای بیگانه، یا از قبیل توکیل است و یا تحکیم و یا تملیک حق. در فرض اول و دوم اعتبار قبول روشن است. فرض سوم نیز از مصادیق تملیک قهری است و مشروعیت تملیک قهری جز در موارد ارث و وقف بر بطون اثبات نشده

۲۵. منیه الطالب، ج ۲، ص ۴۳؛ حاشیه طباطبائی بزدی بر مکاسب، ص ۲۵؛ حاشیه محقق اصفهانی بر

مکاسب، ج ۲، ص ۴۰.

است.<sup>۲۶</sup>

## انتقاد

به نظر می‌رسد برای تحقق حق شخص ثالث نیازی به قبول وی نمی‌باشد، اگرچه اعمال و تنفیذ خارجی وی متوقف بر قبول خواهد بود و اینک نقد دلایل ارایه شده:

اولاً، اصل تسلیط مردم بر خویش توسط هیچ نصّ شرعی به اثبات نرسیده و صرفاً در کلمات فقهاء دیده شده است.<sup>۲۷</sup> ثانیاً، «اگر هم دلیلی بر آن وجود داشته باشد، اصل مزبور اعتبار قبول را اثبات نمی‌کند زیرا، همین که شخص ثالث، قادر بر رد باشد برای تسلط وی کفایت می‌کند».<sup>۲۸</sup> درخصوص دلیل دوم (عدم مشروعیت تملیک قهری) می‌گوییم: به نظر طباطبایی «موارد زیادی در شرع، تملیک قهری به اثبات رسیده از جمله وقف و وصیت تملیکی»<sup>۲۹</sup> محقق اصفهانی نیز بر همین نظر است «نذر و صدقه به نحو شرط نتیجه موجب ملکیت است و نیازی به قبول نیست، بلکه نظر محققانه بر آن است که وصیت تملیکی از انواع ایقاع است، و با جواز رد از ناحیه موصی له منافاتی ندارد... بلکه وقف هم بخصوص بالنسبه به بطون آتیه از همین قبیل است، زیرا ولایت حاکم و یا متولی حاضر بر اشخاص غیر موجود بالفعل که او از طرف آنان قبول کند قابل توجیه نمی‌باشد».<sup>۳۰</sup> نگارنده نیز در کتاب بررسی فقهی و حقوقی وصیت این نظر را ترجیح داده که وصیت تملیکی، ایقاع است و تملیک از ناحیه موصی صورت می‌گیرد بدون قبول موصی له، و همین است ماهیت

۲۶. منیه الطالب، همان مأخذ

۲۷. شیخ انصاری، مکاسب، ص ۳۰۶، سطر ۲.

۲۸. مبانی العروة الوثقی، ج ۲، کتاب الوصیه، ص ۳۶۶.

۲۹. حاشیه طباطبایی یزدی بر مکاسب، ج ۲، ص ۲۵.

۳۰. حاشیه اصفهانی بر مکاسب، ج ۲، ص ۲۰.

وصیت اگرچه تصرف مالکانه موصی له، متوقف به هر قبول او خواهد بود.<sup>۳۱</sup>

بنابراین، تحقق خیار برای شخص ثالث متوقف بر قبول وی نیست، چرا که مشروعیت موارد زیادی از تملیک قهری از ناحیه شرع به اثبات رسیده، افزون بر آنکه منافاتی با سلطه و اقتدار او بر خویشتن ندارد. البته اعمال و تنفیذ خارجی حق مزبور، متوقف بر قبول او خواهد بود. آری، چنانچه ماهیت حقوقی جعل خیار برای ثالث را از نوع توکیل بدانیم، به نظر بزرگانی از فقها بی گمان نیاز به قبول دارد، زیرا وکالت از ایقاعات نیست بلکه از عقود است و صحت آن محتاج به ایجاب و قبول است و در صرف انشاء توکیل از متعاقدين، مادام که شخص ثالث قبول نکند، اقدامات وی مبنی بر فسخ و یا امضاء فاقد وجهه شرعی است.<sup>۳۲</sup>

البته جای این سخن باقی است که چه مانعی دارد، حتی در مواردی مثل وکالت نیز همین نظر را انتخاب کنیم و چنین بگوییم که اگرچه وکالت به نحو رایج شرعی از عقود است، ولی چه مانعی وجود دارد که نحوه دیگری از نمایندگی به نحو ایقاعی از طریق شرط ضمن العقد نیز مشروع باشد؟

منع شرعی در این زمینه به نظر نمی رسد، افزون بر آنکه، چنانچه پذیرفتیم که توکیل دیگری از طریق شرط نتیجه، امکان پذیر و محقق می گردد به ناچار همین امر را باید پذیرفت. چرا که کلیه اعمال حقوقی مذکور در ضمن عقد به نحو شرط نتیجه، به محض قبول تحقق می یابد و چنانچه تحقق وکالت منوط به قبول وکیل باشد، لازمه اش آن است که اولاً، عمل حقوقی مزبور همزمان با انعقاد عقد محقق نشده باشد و این خلاف فرض است. و ثانیاً، چنانچه در ضمن عقد، وکالت در بیع داده باشد و وکیل قبل از قبول بفروشد، باید بیع نافذ نباشد، چون هنوز وکالت محقق نشده است. بنابراین، بعید نیست بگوییم، ماهیت حقوقی وکالت و اعطای نمایندگی به شخص ثالث، ضمن عقد لازم نیز ایقاع است و تحقق آن نیاز به قبول وکیل ندارد. البته این بدان معنی نیست که وکالت بصورت عقد

۳۱. رک. کتاب فوق، ص ۵۰، اولین چاپ، سال ۱۳۶۲.

۳۲. مبانی العروة الوثقی، کتاب النکاح، ج ۲، صص ۲۳۶-۲۳۷.

ممکن نیست، بلکه منظور آن است که اعطای نمایندگی بر دو گونه است، یکی به صورت عقدی است که از طریق ایجاب و قبول متحقق می‌گردد و دیگری ایقاعی که از طریق شرط ضمن عقد حاصل می‌شود. از میان محققان معاصر، طباطبایی یزدی چنین ابراز نظر نموده است که به طور کلی وکالت ایقاع است ولی می‌توان آن را به صورت عقد نیز انجام داد.<sup>۳۳</sup>

### وضعیت اسقاط شرط خیار برای شخص ثالث

خیاری که از طریق شرط برای شخص ثالث ملحوظ می‌گردد، آیا توسط شارط قابل اسقاط است یا خیر؟ این سؤال بطور خاص در کلمات فقیهان چندان مطرح نشده است. ولی به نظر می‌رسد که با توجه به قواعد عامه و موازین حقوقی حاکم بر شروط، پاسخ سؤال روشن است. توضیح: شرط خیار برای ثالث یکی از مصادیق شرط نتیجه است، و شرط نتیجه، از سوی شارط قابل اسقاط نیست چرا که اسقاط متوقف است بر وجود حقی سابق و مادام که حقی وجود نداشته باشد، اسقاط آن ممکن نیست. و چون آن دسته از اعمال حقوقی که نتیجه آن در ضمن عقد شرط می‌شود همزمان با انعقاد عقد، تحقق می‌یابد بنابراین، پس از انعقاد عقد حقی به نفع شارط وجود ندارد تا مشروط علیه را الزام به انجام آن نماید و چون الزام مطرح نیست، لذا اسقاط آن هم ممکن نیست. ولی حق خیاری را که از طریق شرط نتیجه برای شخص ثالث ایجاد شده است، شخص مزبور می‌تواند اسقاط نماید و باید توجه داشت که میان حق خیار که نتیجه حاصل شده از شرط است و قابل اسقاط است، با خود شرط که گفته شد قابل اسقاط نیست، تفاوت آشکار است. چرا که مجدداً متذکر می‌شویم اسقاط، متوقف است بر وجود یک تعهد قابل الزام. و در شرط نتیجه، همزمان با شرط ضمن عقد، نتیجه عمل حقوقی متحقق می‌شود و تعهدی باقی نمی‌ماند تا اسقاط شود.

۳۳. رک. طباطبایی حکیم، العروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۱۹.

چنانچه شرط نتیجه را با شرط فعل مقایسه کنیم، مطلب کاملاً روشن می شود. هرگاه در ضمن عقد، فعلی اعم از حقوقی یا مادی شرط شده باشد، شارط می تواند آن را قبل از انجام اسقاط کند، چرا که به موجب شرط تعهدی به عهده مشروط علیه قرار گرفته که شارط می تواند آن را الزام کند و لذا می تواند آن را هم اسقاط نماید.

### مورد دوم: جعل ملك برای شخص ثالث از طریق شرط نتیجه

شیخ انصاری جعل ملك برای شخص ثالث را هم به نحو شرط نتیجه پذیرفته است. شرط نتیجه را شیخ به شرط غایت تعبیر کرده است. وی پس از طرح اشکال در صحت شرط نتیجه بطور کلی، ورد دلیل قائلین به عدم صحت اینگونه شروط با توجه به عموم «المؤمنون عند شروطهم» و دلیل «اوفوا بالعقود» می گوید:

«و كيف كان الاقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة كما يصح نذر مثل هذه الغايات بأن يندر كون المال صدقة أو الشاة اضحية أو كون المال لزيد».<sup>۳۲</sup>

شیخ انصاری تحقق کلیه اعمال حقوقی را که از طریق نذر امکان پذیر است، از طریق شرط نتیجه، امکان پذیر می داند. شیخ بطور کلی در تقسیم شرط به شرط صفت و شرط فعل و شرط نتیجه می گوید:

«و اما ان يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل كاشتراط تملك عين خاصة و انعتاق مملوك خاص و نحوهما...».<sup>۳۳</sup>

به نظر ایشان صرفاً آن دسته از اعمال حقوقی که محتاج به اسباب خاصه باشد، تحقق آن از طریق شرط نتیجه غیرممکن است و به صراحت می گوید تملیک مال از آن موارد نیست:

۳۲. مکاسب، ص ۲۸۳.

۳۳. همان مأخذ.

«و اما توقف الملك و شبهه على اسباب خاصة فهي غير مسموعة».<sup>۳۶</sup>  
 در کلمات ایشان مطلبی که تملیک مال را مقید به موردی کند که طرف آن یکی از متعاقدین باشد، وجود ندارد و از این نظر اعم است از آنکه متعهدله، شخص ثالث باشد یا احد از طرفین.  
 محقق نایینی بطور صریح تر این مطلب را ابراز داشته، وی در مثالی که آورده دقیقاً شخص اجنبی را ذکر نموده است:  
 «كان يقال بعثك هذا الكتاب بدرهم على ان يكون هذا القميص لي أو لزید».<sup>۳۷</sup>

همانطور که ملاحظه می کنید، در مثال فوق مورد معامله کتاب است و تملیک پیراهن برای فروشنده و یا زید که شخص ثالث است، در ضمن معامله شرط شده است. وی در تحقیق موضوع، نسبت به اشتراط تملیک بنحو شرط نتیجه می گوید:

«بالجملة فالظاهرا نه لا ينبغي الاشكال في عدم اختصاص الملكية بسبب خاص و لذا يجوز حصولها بالصلح عليها بلا خلاف فيه ظاهراً و اذا جاز حصولها بالتسالم عليها جاز حصولها بالاشتراط ايضاً فانهما توأمان يرتضعان من ثدي واحد».<sup>۳۸</sup>

به موجب بیان فوق، از نظر ایشان تفاوتی میان ماهیت حقوقی صلح بر تملیک و شرط نتیجه تملیکی، وجود ندارد. و چون صلح بر تملیک امکان پذیر است بنابراین از طریق شرط نتیجه نیز ممکن است.  
 بعضی از معاصرین از جمله محقق طباطبایی یزدی، تملیک به شخص ثالث را به شرح زیر مورد نقد قرار می دهد:

«ويمكن أن يقال شرط الملكية انما يصح في كل مورد يكون المتعلق مما يمكن ضمّه الى المبيع كحمل الدابة أو دابته الاخرى أو نحو ذلك اذا اشترط لخصوص احد المتعاقدین لا اذا اشترط لثالث... والوجه في الفرق ان

۳۶. همان مأخذ.

۳۷. محقق نایینی، (تقریرات) منية الطالب، ج ۲، ص ۱۲۸.

۳۸. همان مأخذ.

الملکية حينئذ كأنها حاصلة بالبيع لا بلاسبب بخلاف القسم الثاني فإنه لو حكم لمصلحة كان بلاسبب»<sup>۳۹</sup>

به نظر محقق طباطبایی یزدی به موجب اصل شخصی بودن عقود (Privacy of Contracts) چنانچه شرط ملکیت به گونه ای به مورد معامله پیوست گردد که صرفاً طرفین عقد از آن منتفع شوند نه شخص اجنبی، ملکیت بلاسبب تحقق نیافته، بلکه از طریق عقد محقق شده است، در حالی که در شرط ملکیت برای شخص ثالث، ملکیت بلاسبب است. محقق طباطبایی در نهایت امر، نقد خود را چنین پاسخ می دهد:

«والتحقيق ما عرفت من ان عموم المؤمنون... كاف في السببية و يدل على اعتبار سبب آخر، خرج ما خرج و بقي الباقي».

به نظر ایشان سبب شرعی برای ملکیت را می توان از عموم قاعده شروط استنباط کرد و گفت، همانطور که ملکیت از طریق بیع، صلح و... حاصل می گردد، همچنین یکی از طرق شرعیه ملکیت، می تواند اشتراط در ضمن عقد محسوب شود. بنابراین به نظر ایشان قاعده شخصی بودن عقود توسط قاعده شروط تخصیص خورده است.

#### مورد سوم: تعهد به نفع شخص ثالث به صورت شرط فعل

تعهد به نفع شخص ثالث به صورت شرط فعل همان نوع معمول و طریق رایج است که به صور مختلف انجام می گیرد. در عبارت شیخ انصاری صوری برای عهد بر نفع ثالث، تصویر شده که بی گمان همه از باب نمونه محسوب است:

۱. شرط عتق (آزاد کردن عبد)

۲. فروش مبیع به شخص ثالث به کمتر از ثمن المثل

۳. صدقه دادن مبیع به شخص ثالث

اصل تعهد به گونه شرط فعل برای شخص ثالث، مورد پذیرش

۳۹. طباطبایی یزدی، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، ص ۱۲۲.

ایشان است. ولی در تحلیل ماهیت حقوقی آن اختلاف نظر نسبتاً شگرفی میان ایشان و متقدمین وجود دارد که کلاً می‌توان آن را به شرح زیر در دو نظریه دسته بندی کرد:

نظریه اول: شهید اول در دروس و بعد از ایشان علامه حلی در تذکره معتقدند، در مورد شرط عتق در کنار حق بایع که شرط است از یک سو و حق خداوند به جهت آنکه آزاد کردن بردگان از امور عبادی است از سوی دیگر، شخص ثالث، یعنی همان اراده ای که آزادی او مورد شرط قرار گرفته نیز ذی حق می‌گردد. شیخ انصاری از قول علامه در تذکره چنین نقل می‌کند:

«قال فی التذکرۃ: الاقوی عندی ان شرط العتق اجتماع فیه حقوق: حق لله و حق للبايع و حق للعبد ثم استقرب بناءً علی ما ذکره مطالبه العبد بالعتق لو امتنع المشتري».<sup>۲۰</sup>

همان طور که ملاحظه می‌کنید، بر این نظریه دو اثر مهم حقوقی مترتب است. یکی، همان چیزی که علامه در آخر کلامش آورده است یعنی، حق مطالبه عید در فرض امتناع مشتری از انجام تعهد، و دوم، عدم امکان اسقاط توسط بایع. این مطلب را فخرالمحققین، فرزند علامه در کتاب ایضاح الفوائد، افزوده است: (... فلا یسقط بالاسقاط).<sup>۲۱</sup> شهید اول در دروس نیز این امر را تأیید کرده: لو اسقط البایع الشرط جاز الا العتق لتعلق حق العبد...<sup>۲۲</sup>

نظریه دوم: علامه حلی، در کتاب دیگر خود قواعد الاحکام، از این نظریه برگشته و نظریه دیگری اختیار نموده که مورد پیروی متأخرین قرار گرفته است. وی در کتاب قواعد چنین گفته است:

«لو باعه العبد بشرط العتق مطلقاً أو عن المشتري صح و الاقرب انه حق للبايع لاله تعالى فله المطالبة به، ولو امتنع المشتري تخیر البایع فی

۲۰. مکاسب، ص ۲۸۶.

۲۱. همان مأخذ.

۲۲. همان مأخذ.

الفسخ و الامضاء لا اجبار المشتري».<sup>۲۳</sup>

علامه حلی در متن فوق، در فرض امتناع مشروط علیه، بایع را ذی حق دانسته و سخنی از حق عید به میان نیاورده و مبتنی بر نظریه خودش در مبحث شروط، در فروض مختلف اجبار مشروط علیه را نپذیرفته و صرفاً برای مشروط له (بایع) حق خیار فسخ قایل شده است. شیخ انصاری در مکاسب، کلام علامه در قواعد را نقل نمی کند و صرفاً نظریات تذکره و دروس و ایضاح الفوائد را مطرح ساخته و سپس به نقد می پردازد بدین شرح:

«اقول اما کونه حقاً للبایع من حیث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر المطلوب للشارع فهو واضح و اما کونه حقاً للعید فانه ارید به مجرد انتفاع بذلك فهذا لا یقضى سلطنة له علی المشتري بل هو متفرع علی حق البایع دایر معه وجوداً و عدماً و ان ارید ثبوت حق علی المشتري یوجب السلطنة علی المطالبة فلا دلیل علیه و دلیل الوفاء لا یوجب الاثبوت الحق للبایع، و بالجمله اشتراط عتق العید لیس الا کاشتراط ان یبیع المبیع بأدون من ثمن المثل او یتصدق به علیه و لم یذكر احد ان لزید المطالبة...»<sup>۲۴</sup>

همان طور که ملاحظه می کنید، ظاهراً به نظر شیخ انصاری، گرچه شخص ثالث در فرض مطالبه شارط و انجام تعهد توسط مشروط علیه از شرط منتفع می گردد ولی این بدان معنی نیست که بتواند مطالبه نماید. به نظر ایشان دلیل وجوب وفاء، صرفاً حق را برای بایع اثبات می کند نه شخص ثالث و اگر بگوییم برای شخص ثالث حق ایجاد می شود تالی فاسدش آن است که باید به امری گردن نهیم که هیچ فقیهی قائل به آن امر نیست. و آن این است که چنانچه در ضمن عقد شرط شود که مبیع به شخص ثالث به کمتر از قیمت فروخته شود و یا به او صدقه داده شود، در فرض امتناع مشروط علیه، شخص ثالث بتواند مطالبه حق نماید، و به نظر ایشان این امر را هیچ فقیهی قائل نشده است.

۲۳. قواعد الاحکام، کتاب المتاجر، الفصل الثالث فی الشرط، قرع سوم.

۲۴. مکاسب، همان مأخذ.

این صفحه در اصل مجلد ناقص بوده است

این صفحه در اصل مجلد ناقص بوده است

می‌هراسد و آن را غیرقابل قبول توسط فقیهان محسوب می‌کند، مسلم و قابل اجتناب نیست، ولی به نظر می‌رسد که توالی مزبور از نظر فقهی فاسد نیست. بلکه با موازین سازگاری دارد هرچند که در کلمات فقهاء به صراحت مطرح نشده باشد.

### خروج از اصل شخصی بودن قراردادها در قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران به موجب ماده ۲۳۱ اصل شخصی بودن قراردادها را پذیرفته و تعهد به نفع شخص ثالث را به صورت استثناء بر آن دانسته است بدین شرح:

«معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶».

ماده ۱۹۶ بدین شرح است:

«کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود، معذک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید».

مستفاد از ظاهر ماده فوق آن است که تعهد به نفع شخص ثالث، از راه شرط ضمن عقد میسر است، ولی با توجه به مواد دیگری در قانون مدنی راههای دیگری نیز برای تعهد به نفع شخص ثالث وجود دارد که ذیلاً به ذکر آن می‌پردازیم:

#### ۱- از طریق انعقاد قرارداد خصوصی

ماده ۱۰ قانون مدنی می‌گوید:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

به موجب ماده فوق، می توان از طریق انعقاد قرارداد خصوصی به نفع شخص ثالث تعهد نمود. و چون نصّی در قانون مخالف آن وجود ندارد پس خلاف قانون تلقی نمی شود.

## ۲- از طریق عقد صلح

در قانون مدنی در این زمینه چند ماده پی در پی وجود دارد.

ماده ۷۶۸:

«در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می گیرد متعهد شود که نفقه معینی همه سال یا همه ماهه تا مدت معین تأدیه کند. این تعهد ممکن است به نفع طرفین مصالح یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود.»

ماده ۷۶۹:

«در تعهد مذکوره در ماده قبل به نفع هر کس که واقع شده باشد ممکن است شرط شود که بعد از فوت منتفع، نفقه به وارث او داده شود.»

ماده ۷۷۰:

«صلحی که برطبق دو ماده فوق واقع می شود به ورشکستگی یا افلاس متعهد نفقه فسخ نمی شود مگر اینکه شرط شده باشد.»

همان طور که ملاحظه می شود، در موارد فوق چنین تصور شده که تعهد به تأدیه نفقه در مقابل مال الصلح، همانطور که ممکن است به نفع یکی از طرفین مصالحه باشد، همچنین ممکن است تعهد مزبور به نفع شخص ثالث باشد که به یکی از دو طریق زیر فرض می شود:

## الف- از طریق شرط ضمن العقد

بدین نحو که شخصی به دیگری مال معینی را مصالحه می کند و

ضمن عقد صلح شرط می کند که متصالح، نفقه معینی را به مصالح یا شخص ثالث بدهد. این شرط برای شخص ثالث به طور ایقاع ایجاد حق می کند و نیازی هم به قبول وی ندارد و می تواند به استناد حق مزبور اقامه دعوی نماید. و در صورت تخلف مشروط علیه و عدم امکان اجبار توسط حاکم، شارط می تواند مصالحه را فسخ کند.

#### ب- از طریق صلح معوض

بدین نحو که شخصی مصالحه معوضی انجام می دهد، یکی از عوضین معاوضه مال الصلح است و عوض دیگر تعهد متصالح است به تأدیه نفقه به شخص ثالث.

قانون مدنی در مواد فوق از فقه پیروی کرده زیرا همانطور که گفته شد، قاعده شخصی بودن عقود در فقه اسلامی، اگرچه از نظر کلی پذیرفته شده ولی مواردی بر آن تخصیص وارد آمده است، از جمله تعهد به نفع شخص ثالث است که توسط فقیهان امامی از جمله علامه حلی مطرح گردیده و شیخ انصاری آن را پس از تحلیل و بررسی پذیرفته است.