

اندیشه‌های نو در «تئوری موازنه» و مقایسه آن با برخی از نظریه‌های فرانسوی

سیدحسین صفایی^۱

چکیده:

تئوری موازنه کتاب جالبی است که استاد جعفری لنگرودی تألیف و در آن اندیشه‌های نو و بدیعی را مطرح کرده‌اند که در آثار قدیم و جدید بی‌سابقه است. اندیشه‌های وی در کتاب مزبور در این مقاله مورد بررسی واقع شده است.

در مقاله، اصول موازنه تملیک در برابر تملیک، موازنه تسلیم در برابر تسلیم و موازنه در ارزش عوضین در قراردادهای مالی معوض مورد شرح و بحث قرار گرفته است. این سه اصل موازنه از اراده طرفین نشئت می‌گیرد و مبتنی بر عقل و منطق و عدالت است.

اصل دیگری که در کتاب و مقاله بر آن تأکید شده اصل ابقای عقد است که با اصل لزوم عقد تفاوت دارد و در آثار متقدمان و متأخران به آن توجه نشده یا به ندرت به آن اشاره شده است. این اصل گره گشای برخی از مسائلی است که در کتاب و مقاله مطرح شده است.

به هم خوردن هر یک از اصول موازنه پیامدهایی را به دنبال دارد. هرگاه موازنه در تملیک به هم خورد. چه بسا عقدی واقع نمی‌شود، یا به تعبیری عقد باطل است، مانند فروش مال معینی که در زمان عقد موجود یا مقدورالتسلیم نیست، یا فروش مالی که جزئی از آن متعلق به دیگری است و مالک تنفیذ نمی‌کند که در این صورت معامله نسبت به جزئی که موازنه در آن مخدوش و باطل است و از این رو مشتری می‌تواند جزئی را که اشکالی ندارد قبول و ثمن را به نسبت تقلیل دهد یا معامله را کلاً با اعمال اختیار تبعض صفقه فسخ کند.

اصل موازنه در تسلیم هم که در فقه و حقوق عملی مهمتر از تملیک است باید رعایت شود و در صورت به هم خوردن موازنه مزبور قرارداد منفسخ می‌شود، مانند مورد تلف مبیع قبل از قبض، یا متعهد له می‌تواند از اجرای تعهد امتناع کند تا طرف دیگر حاضر به ایفای تعهد شود. (حق حبس) یا در پاره‌ای موارد مشتری حق فسخ پیدا می‌کند، مانند اختیار تأخیر ثمن و اختیار تعذر تسلیم.

موازنه در ارزش عوضین نیز در قراردادهای مغاینه مهم و به هم خوردن آن دارای پاره‌ای تبعات و ضمانت‌های اجرایی است، مانند اختیار عیب، اختیار غبن و اختیار تدلیس.

اصل موازنه تملیک در برابر تملیک تا حدی قابل مقایسه با نظریه علت یا جهت تعهد در حقوق فرانسه و اصل موازنه تسلیم در برابر تسلیم تا حدی قابل مقایسه با نظریه کاپیتان استاد بزرگ فرانسوی درباره علت تعهد است.

کلیدواژه: تئوری موازنه، نظریه‌های فرانسوی، جعفری لنگرودی

مقدمه

تئوری موازنه نام کتاب جالبی است که استاد جعفری لنگرودی نوشته و چاپ اول آن به سال ۱۳۸۱ به وسیله کتابخانه گنج دانش منتشر شده است. نام کامل کتاب «فلسفه عمومی حقوق؛ تئوری موازنه بر پایه اصالت عمل» است. این کتاب ارزشمند که مربوط به فلسفه حقوق است مشحون از اندیشه‌های نو و نظریه‌های ابتکاری و چه بسا خلاف مشهور است که همگی مبتنی بر دلایل شرعی، فقهی، قانونی و عقلی است. این کتاب بیشتر به حقوق عملی توجه دارد نه صرفاً نظری. مؤلف محترم بارها تأکید می‌کند که علم از عمل نباید فاصله بگیرد. اگر فاصله بگیرد به این معنی خواهد بود که این علم مطلبی می‌گوید که جدا از عمل و حقیقت خارجی است. در واقع استاد^۱ طرفدار اصالت عمل (پراگماتیسم) است و با علم نظری محض که رابطه‌ای با عمل نداشته و در اندیشه حل مشکلات عملی نباشد موافق نیست.^۲

استاد در آغاز کتاب اشاره می‌کند به اینکه موازنه در زندگی جوامع بشری و در طبیعت یکی از اصول است. مثلاً در دو گوش مایعی است که موازنه و تعادل بدن را حفظ می‌کند؛ کنگره‌های دیوارها که بنیان می‌سازند با رعایت موازنه است؛ پنجره‌های متعدد یک ساختمان مظاهری از موازنه را ارائه می‌کند؛ اما طبیعت به تنهایی قادر به برقراری موازنه نیست و چه بسا لازم است انسان‌ها در این خصوص مداخله کنند، چنان که منع شکار حیوانات در فصل تولید مثل برای برقراری موازنه است؛ در اقتصاد هم موازنه عرضه و تقاضا و موازنه صادرات و واردات مورد توجه است.

استاد اظهار نظر می‌کند: در هر مورد که به قاعده عدل و انصاف حکم می‌کنند فکر موازنه وجود دارد: ماده ۱۰۹ قانون مدنی که حکم به مشترک بودن دیوار بین دو ملک می‌کند، مگر اینکه قرینه یا دلیلی بر خلاف آن موجود باشد، مبتنی بر اندیشه موازنه است. در ماده ۳۷۷ ق.م. (حق حبس) فکر موازنه آشکار است؛ در ماده ۳۷۱ قانون تجارت که حق حبس برای حق العمل کار به منظور وصول مطالبات خود، شناخته فکر موازنه منعکس شده است. قاعده تلف مبیع قبل از قبض (ماده ۳۸۷ ق.م.) و حق مطالبه ارش برای خریدار کالای معیوب و امثال آن مبتنی بر اصل موازنه است.^۳ مثال‌های متعدد نشان می‌دهند که قاعده موازنه عام الشمول است: از طبیعت تا علم حقوق مدنی و اقتصاد و حقوق جزا و حقوق اداری و حقوق بین‌الملل را فرا می‌گیرد و دارای طبع فلسفی است، آن هم فلسفه‌ای عملی و سودمند که مجردگرا نباشد.^۴ البته هدف اصلی استاد در کتاب تئوری موازنه بحث از موازنه در عقود معوض مالی و خصوصاً بیع است که نمونه بارز عقد معوض مالی به شمار می‌آید. قابل ذکر است که استاد در کتاب تئوری موازنه از سه قسم موازنه یعنی موازنه تملیک در برابر تملیک، موازنه در ارزش عوضین و موازنه تسلیم به تسلیم سخن

۱. در این مقاله هر جا کلمه استاد یا مؤلف به کار رفته مقصود استاد محمدجعفر جعفری لنگرودی است که این مقاله به مناسبت بزرگداشت ایشان نوشته شده و به ایشان تقدیم می‌گردد.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تئوری موازنه بر پایه اصالت عمل، چاپ ۱، گنج دانش، ۱۳۸۱، ش ۱/۱۸/۱، ص ۱۹.

۳. همان، ش ۷/۱.

۴. همان، ش ۸/۱.

می‌گوید. ولی در جلد چهارم کتاب رنسانس فلسفه که در سال ۱۳۹۶ منتشر شده است استاد به اصول سه گانه موازنه چهار اصل دیگر افزوده است که عبارتند از: موازنه التزام در برابر التزام، موازنه در حدود ملتزم به، موازنه در تأسیس اثر عقد و موازنه ثبوتی. لیکن با توجه به گنجایش این مقاله و با عنایت به اینکه موازنه‌های سه‌گانه بررسی شده در کتاب تئوری موازنه مهمتر و روشن‌تر از همه به نظر می‌رسند، ما فقط از سه موازنه یاد شده سخن می‌گوییم و گاه به مناسبت به موازنه التزام در برابر التزام که به موازنه تملیک در برابر تملیک نزدیک است اشاره می‌کنیم. بنابراین در بخش اول مقاله، موازنه در تملیک به تملیک و پیامدهای به هم خوردن آن را بررسی می‌کنیم؛ در بخش دوم به موازنه تسلیم در برابر تسلیم و در بخش سوم به موازنه در ارزش عوضین می‌پردازیم. هدف اصلی ما تبیین اندیشه‌های نو و ابتکاری استاد در کتاب تئوری موازنه است.

بخش اول - موازنه تملیک در برابر تملیک

در این بخش نخست از مفهوم موازنه تملیک در برابر تملیک (بند اول) و سپس از پیامدهای برخوردن این موازنه و به دیگر سخن از آسیب‌های موازنه در تملیک (بند دوم) سخن می‌گوییم.

بند اول - مفهوم موازنه تملیک در برابر تملیک

موازنه در تملیک (در عقود معوض تملیکی) بدان معنی است که تملیک در برابر تملیک صورت می‌گیرد. حتی در بیع سلم این موازنه وجود دارد. ماده ۳۳۸ قانون مدنی که بیع را تملیک عین به عوض معلوم می‌داند، به اعتقاد مؤلف شامل همه اقسام بیع است، حتی بیع سلم که مبیع در آن عین کلی است که در ذمه بایع قرار می‌گیرد و بعداً تسلیم می‌شود. «در این موازنه زمان دو تملیک یکی است، یعنی هر دو در یک‌زمان در کفه‌های ترازوی موازنه قرار داده می‌شوند و این در حقوق اسلام و قانون مدنی اصلی مسلم است»^۱. قابل ذکر است که این نظر با نظر برخی از استادان حقوق که تملیکی بودن عقد بیع را منحصر به موردی دانسته‌اند که مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد و در صورتی که مبیع کلی باشد انتقال ملکیت را در زمان تسلیم مبیع به مشتری تلقی کرده‌اند^۲ ظاهراً سازگار نیست، چنانکه استاد هم به آن اشاره کرده‌اند. لیکن باید اضافه کرد که امامی به مالکیت ما فی الذمه در اصطلاح فقهای امامیه هم اشاره می‌کند، ولی می‌گوید: «مالکیت در مورد مزبور در معنی عام خود که سلطه و اختیار است استعمال شده است». نه به معنی مالکیت مصطلح امروز که مالکیت عین است.

به نظر می‌رسد که این نظر متأثر از نظر حقوق دانان فرانسوی است که بیع را هنگامی تملیکی می‌دانند که موضوع تملیک، عین خارجی باشد و اگر مبیع عین کلی یا دین باشد بیع را عهدی به شمار می‌آورند؛ بنابراین، در بیع سلم بیع را نسبت به بایع عهدی به شمار می‌آورند.

۱. همان، ش ۱/۱۶.

۲. امامی، سیدحسن، (۱۳۳۵)، حقوق مدنی، ج ۱، دانشگاه تهران، ص ۴۴۸.

برای ایضاح بیشتر قاعده موازنه در تملیک بدان گونه که مورد نظر مؤلف بوده شایسته است نخست عناصر تملک را فهرستوار مطابق نظر ایشان بر شماریم.

عناصر تملیک

عناصر تملیک فهرستوار به قرار زیر است:

- ۱- عمل حقوقی اعم از عقد یا ایقاع
- ۲- در آن عمل حقوقی کار تسلیط صورت گیرد. این تسلیط در عقود معوض مالی تسلیط بر مال اعم از عین یا ذمه است (مانند مورد سلم).
- ۳- قصد تسلیط

۴- تسلیط کننده خود قانوناً (شرعاً) صاحب سلطه باشد زیرا فاقد شیء، معطی آن نمی‌تواند باشد. بنابراین اگر شارع بر قصد تسلیط عاقد فضولی اثر مترتب می‌کند، نه از باب مؤثر بودن قصد خیالی اوست، بلکه از باب اداره عقد است که حکم عقد صحیح تمام عیار را (دراثر اجازه مالک) بر عمل عاقد فضولی بار می‌کند. ۵- قصد نتیجه تسلیط، یعنی برای طرف مقابل ایجاد حق کند. مکره می‌تواند قصد نتیجه کند ولی او حاجت به قصد تسلیط ندارد چه رسد به قصد نتیجه تسلیط. (بنابراین قصد تسلیط در این مورد منتفی است).

۶- ایجاد سلطه برای طرف^۱.

مؤلف از ذکر عناصر فوق به این نتیجه می‌رسد که نه عقد فضولی عقد واقعی است و نه عقد مکره و سپس می‌گوید: «در تمام مذاهب خمسسه گروه بسیار عقد مکره را باطل دانسته‌اند، هر چند به علت آگاه نبودن از عناصر تملیک سطحی سخن گفته‌اند به سائقه ذوق سلیم. به این ترتیب چون تملیک با عناصر مزبور در مورد عقد فضولی و عقد مکره وجود ندارد، پس موضوع موازنه در تملیک هم در این دو قسم عقد به کلی منتفی است»^۲.

از ظاهر این عبارت چنین بر می‌آید که به نظر مؤلف عقد فضولی و مکره به علت فقدان عناصر موازنه در تملیک باطل است و این مغایر چیزی است که در حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است. با وجود این به نظر می‌رسد ایشان از باب اداره عقد و بر اساس مصلحت، تأثیر و نفوذ این عقود را به شرط اجازه مالک یا مکره می‌پذیرند، چنانکه در معامله فضولی به آن اشاره کرده‌اند.

پس از ذکر مفهوم و عناصر تملیک اینک به جاست به مواردی اشاره کنیم که موازنه در تملیک مخدوش شده و از این رو عقد کلاً یا جزئاً باید باطل باشد.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۵/۵ با تلخیص.

۲. همان، ش ۶/۵.

بند دوم - آسیب‌های موازنه در تملیک

این موازنه در موارد زیر مخدوش می‌شود:

اول - اصلاً از یک طرف عقد (عقد ظاهری) تملیکی صورت نپذیرد. مؤلف در این خصوص عقد فضولی و عقد مکره را ذکر می‌کند (که قابل بحث است). لیکن می‌توان در این زمینه مثال‌های دیگری آورد. فرض کنید شخصی مال معینی را می‌فروشد که به هنگام عقد از بین رفته یا تسلیم آن نامقدور است یا معامله‌ای انجام می‌دهد که موضوع آن فاقد منفعت مشروع است. (مانند مشروبات الکلی) در این موارد تملیک در برابر تملیک صورت نمی‌گیرد و از این رو معامله باطل است. به تعبیر علمای حقوق فرانسه چون تعهد یک طرف به علت فقدان یا نامقدور بودن یا نامشروع بودن موضوع باطل است تعهد طرف دیگر نیز فاقد علت (جهت تعهد) و باطل خواهد بود. اصل همبستگی تعهدات که از نظریه علت یا اصل تملیک در برابر تملیک استنباط می‌شود مقتضی بطلان قرارداد در این گونه موارد است.

دوم - فی الجمله عقدی واقع شود ولی با وجود این که تملیک در برابر تملیک واقع می‌شود، اما موازنه در تملیک نیست. مورد تبعض صفقه بهترین نمونه این فرض است، مانند اینکه کسی هزار بطری سرکه می‌فروشد که بعد معلوم می‌شود مقداری از آنها (مثلاً ۵۰۰ بطری) خمر است. در این جا معامله تجزیه می‌شود. قرارداد نسبت به ۵۰۰ بطری سرکه درست و نسبت به ۵۰۰ بطری دیگر باطل است. موازنه در تملیک نسبت به بخشی از مواد معامله وجود دارد و نسبت به بخشی دیگر به علت نامشروع بودن موضوع معامله موازنه مخدوش می‌شود و از این رو معامله نسبت به آن بخش باطل است.

سوم - جنس دو تملیک اختلاف دارد، مانند اینکه تملیک از یک طرف آنی باشد و از طرف دیگر تدریجی، چنان که در اجاره اعیان و اعمال دیده می‌شود: تملیک اجاره بها آنی است. اما تملیک منافع عین مستأجره تدریجی است^۱. به نظر می‌رسد که خدشه در موازنه تملیک هنگامی به هم می‌خورد که عین مستأجره تلف شود یا استیفای منفعت از آن غیرممکن باشد. در این صورت اجاره نسبت به بخشی از منافع که استیفا نشده باطل و به تعبیری منفسخ می‌شود. (مواد ۴۸۳ و ۴۹۶ ق.م.ا). بطلان اجاره نسبت به منافع استیفا نشده ناشی از به هم خوردن موازنه در آن بخش از منافع است. این در واقع یکی از مصادیق تبعض صفقه است.

سپس مؤلف بخشی از کتاب را به بحث تفصیلی از خیار تبعض صفقه اختصاص می‌دهد. در آغاز این بخش به طور کلی می‌گوید:

«هر خلل که مانع انتقال قسمتی از مال مورد معامله به طرف گردد موجب تبعض در صفقه است و مستلزم ابقای عقد و اخذ مقداری از ثمن به نسبت حصه‌ای که انتقال آن با مانع برخورد کرده و یا فسخ عقد و استرداد عوض المسمی است. فرقی نمی‌کند که خلل به صورت بطلان عقد (نسبت به جزء مخدوش) باشد

یا انحلال عقد و یا غیر آنها و نیز فرق نمی‌کند که خلل مقارن عقد باشد یا خلل حادث...^۱. در ضمن مؤلف اشاره می‌کند به اینکه ماده ۴۴۱ قانون مدنی فقط ناظر به صورت بطلان است که همه فروض خیار تبعض صفقه را فرا نمی‌گیرد، یعنی جامع افراد نیست و خطای محض است و این نکته مهمی است که اغلب نویسندگان به آن اشاره نکرده‌اند. به هر حال، به نظر می‌رسد که از ماده ۴۴۱ ق.م.حصر تبعض صفقه و خیار ناشی از آن به موارد بطلان استفاده نمی‌شود. قانون مدنی مصداق بارز آن را ذکر کرده ولی موارد دیگری هم برای تبعض صفقه می‌توان تصور کرد مانند مواردی که مشتری قرارداد را نسبت به جزئی از مورد معامله به علت عیب یا تخلف وصف فسخ کند. در این فرض نیز با تبعض صفقه مواجه هستیم و بایع می‌تواند بیع را با رد حصه‌ای از ثمن به نسبت بخش فسخ شده ابقا یا آن را کلاً با اعمال خیار تبعض صفقه فسخ کند و کل ثمن را باز گردانده و مبیع را مسترد دارد. مگر اینکه مبیع غیرقابل تجزیه باشد. همین قاعده که در حقوق ایران پذیرفتنی است در حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی مانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مورخ ۱۹۸۱ نیز پذیرفته شده است.^۲

در این بخش از کتاب، مؤلف، مورد جزء بی‌ارزش مبیع را که مصداقی از مخدوش شدن موازنه در تملیک به علت تبعض صفقه است مطرح می‌کند و مثال یکی از استادان پیش کسوت حقوق را به شرح زیر می‌آورد: «کسی دو تن گندم و ده من تلخه را به گمان اینکه مرغان می‌خورند به صد تومان خرید؛ سپس معلوم شد که تلخه را مرغ نمی‌خورد و کسی برای آن ارزشی قائل نیست. " پس این جزء از مبیع فاقد ارزش است سپس به نقل از این استاد به عنوان شارح اول قانون مدنی می‌گوید: به نظر ایشان، «در مقام تقسیط و به دست آوردن قیمت هر جزء مبیع (جزء بی‌خلل که گندم است و جزء با خلل که تلخه است) باید هر دو را قیمت کرد، تلخه را که قیمت در بازار ندارد باید فرض کرد که چه مبلغ دارد!»؛ آنگاه مؤلف با رد این نظر و واهی خواندن آن راه حل معقول و مناسبی پیشنهاد می‌کند به شرح زیر:

اولاً، از تقسیط باید به کلی صرف نظر کرد.^۳ ثانیاً، برای جبران ضرر مشتری یک راه بیشتر وجود ندارد و آن دادن حق فسخ به او و پس گرفتن تمام ثمن است.^۴

مؤلف اضافه می‌کند که شاید برای تأیید این راه حل بتوان به ماده ۴۳۴ ق.م.هم استناد کرد که می‌گوید: «اگر ظاهر شود که مبیع معیب اصلاً مالیت و قیمت نداشته بیع باطل است و اگر بعض مبیع قیمت نداشته بیع نسبت به آن بعض باطل است و مشتری نسبت به باقی از جهت تبعض صفقه اختیار فسخ دارد»^۴.

۱. همان، ش ۷/۵، ص ۹۷.

۲. ر. ک: سلطان احمدی، جلال، تجزیه پذیری قرارداد، مطالعه تطبیقی در فقه، حقوق ایران، انگلیس و کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا، جاودانه، ۱۳۹۱، ص ۷۹ به بعد.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۲۲/۵.

۴. همان، ش ۲۳/۵.

قابل ذکر است که قسمت اول ماده مصداق بارز خدشه دار شدن کامل تملیک در برابر تملیک و قسمت دوم هم مصداقی از آن در بخشی است که مبیع نسبت به آن باطل است. استاد پس از ارائه راه حل مذکور که در تأیید آن به سخن شیخ انصاری هم استناد کرده آن را مورد انتقاد قرار داده است، می‌گوید: در مثال فروش گندم با تلخه «موازنه تملیک به تملیک بین دو چیز برقرار شده است: الف- گندم به علاوه تلخه ب- ثمن المسمی؛ به علت مالیت نداشتن تلخه آن موازنه بهم خورده است. بنا به نظر شارح اول قانون مدنی هرگاه مشتری عقد را فسخ نکند باید از تمام ثمن المسمی چشم‌پوشد... در این صورت بایع با استفاده از راه حل مذکور از آن موازنه که بهم خورده است به صورت یک موازنه سالم و بی‌عیب استفاده می‌کند؛ منطق و استدلال صحیح این را نمی‌تواند بپذیرد. زیرا عاقدین در زمان عقد در راه موازنه قدم نهاده‌اند و خود را در چهارچوب موازنه قرار داده‌اند؛ نمی‌شود که یکی (بایع) از موازنه استفاده کند و دیگری (مشتری) نکند».

به نظر استاد، راه حل این است که گندم را قیمت کنند به قیمت روز معامله که قابل تحصیل است. با معلوم کردن قیمت گندم و تفریق آن از ثمن المسمی مبلغی ظاهر می‌شود که بایع آن مبلغ را برای تلخه گرفته و قابل استرداد برای مشتری است، هرگاه نخواهد بیع را کلاً فسخ کند. با این راه حل خدشه‌ای به قاعده موازنه وارد نمی‌شود^۱. به دیگر سخن موازنه‌ای که به هم خورده است از نو برقرار می‌شود. گفتنی است که این راه حل ابتکاری و معقول و منطقی و سازگار با تئوری موازنه است.

آنگاه مؤلف به جای مثال واهی تلخه دو مثال عملی می‌آورد که به ذکر یکی از آنها بسنده می‌کنیم: کسی رساله‌ای تألیف کرد و رساله دیگری را که خطی بوده و دیگری آن را دویست سال قبل تألیف کرده (و حق چاپ آن را نداشته) است به ضمیمه رساله خود چاپ کرد... و جمیع نسخه‌ها را به کتابفروشی فروخت. بعداً حقیقت کشف شد و کتابفروش اعتراض کرد که بر رساله مسروقه احدی حقی نداشته است و قابل مبادله به مال نبوده است... این جزء از اثر چاپ شده مورد معامله مستقلاً قابل تقویم نیست مانند مثال تلخه و گندم^۲؛ لیکن می‌توان با بهره‌گیری از راه حل منطقی فوق ارزشی برای آن تعیین و به مشتری اجازه داد که مبیع را ابقا و جزئی از ثمن را باز پس گیرد.

بخش دوم - موازنه در تسلیم به تسلیم

بند اول - مفهوم

مؤلف به درستی اعلام می‌کند که موازنه در تسلیم به تسلیم اهم اقسام موازنه است؛ زیرا دو موازنه دیگر مقدمه برای این موازنه است. سپس در مقام توضیح اضافه می‌کند که به عقد از دید دو گروه باید نگریست. **اول** - سوداگران و اهل عمل که عقد عملی را در نظر دارند و در نظر آنان تسلیم اهم اجزای عقد است و

۱. همان، ش ۲۸/۵.

۲. همان، ش ۲۹/۵.

هر شرط که خلاف موازنه در تسلیم باشد، در عقد عملی، شرط خلاف ذات عقد (و باطل و مبطل) است. به دیگر سخن، مردم در معاملات خود بیشتر به تسلیم مال مورد معامله نظر دارند و تملیک بدون تسلیم فایده‌ای برای آنان ندارد. فرض کنید کسی مالی را به دیگری می‌فروشد ولی از تسلیم آن امتناع می‌کند یا تسلیم آن متعذر می‌گردد؛ فایده‌ای بر آن مترتب نیست و مشتری طرفی از آن بر نمی‌بندد و به مقصود خود که برخورداری از مال و بهره‌برداری از آن است نمی‌رسد.

دوم - اصحاب نظر، یعنی فقیه و حقوق‌دانی که به مباحث نظری می‌پردازند و در پی حل مسائل عملی نیستند و با بحث در ماهیت و وجود سروکار دارند و ماهیت عقد را در موازنه تملیک در برابر تملیک خلاصه می‌کنند و بر این اساس بین دو نکته فرق می‌گذارند:

(۱) ماهیت عقد بیع

(۲) اجرای تعهدات ناشی از بیع که همان تسلیم در برابر تسلیم است. ماده ۳۶۲ قانون مدنی که تسلیم را جزء آثار بیع دانسته بر اساس عقد بیع نظری نوشته شده است. آیا درست است که علم از عمل این قدر فاصله بگیرد؟ «اصالت عمل (پراگماتیسم) در این گونه موارد قد علم می‌کند و سخن خود را می‌گوید»^۱. به هر حال تسلیم در برابر تسلیم در عمل مهمترین جزء عقد و موازنه در تسلیم عنصر اصلی سازنده بیع عملی است و هر شرط خلاف آن فاسد و مفسد است.^۲

نکته جالب دیگری که مؤلف به آن اشاره می‌کند این است که نباید موازنه در تسلیم در برابر تسلیم را به مقیاس دقیق ریاضی در نظر گرفت. از این رو در موارد ذیل هم موازنه در تسلیم را قانون‌گذاران قبول کرده‌اند زیرا هدف مهمتری دارند که در اصل ابقای عقود خلاصه می‌شود:

(الف) هرگاه تسلیم بعضی مبیع میسر باشد، چنان که در مورد خیار تبعض صفقه دیده می‌شود، با اینکه کل مبیع در برابر کل ثمن تسلیم نمی‌شود، فی الجمله موازنه وجود دارد، یعنی در آن مقدار که معامله بی‌اشکال است موازنه در تسلیم محقق می‌شود.

(ب) در مورد تخلف وصف (مثلاً در بیع عین مشخص غایب) که فقدان وصف مورد نظر مانع تسلیم اصل بیع نیست؛ به همان مقدار (مبیع بدون وصف) موازنه در تسلیم صورت پذیر است و اصل ابقای عقود بر اساس این مقدار از تسلیم به زیان دیده از تخلف وصف حق می‌دهد که عقد را با گرفتن ارش ابقا کند، یا آن را فسخ کند.^۳

البته این نظری منطقی و مستدل است، هرچند که اغلب فقها و حقوق‌دانان در مورد تخلف وصف فقط حق فسخ را پذیرفته‌اند.

۱. همان، ش ۱/۱۸/۱.

۲. همان، ش ۲/۱۸/۱.

۳. همان، ش ۳/۱۸/۱.

به گفته مؤلف گاهی موازنه در تسلیم که ریشه در قصد طرفین دارد بهم می خورد و جای آن را موازنه دو مصلحت پر می کند.

مثال: در بیع شرط تسلیم ثمن قطعی است ولی تسلیم مبیع متزلزل است؛ زیرا با بیع حق فسخ قرارداد را دارد و شرط خیار به نفع بایع مقرر شده است و در نتیجه مشتری حق ندارد در مبیع تصرفاتی کند که با حق خیار بایع مغایرت دارد. دو تسلیم از حیث کیفیت نابرابرند و نوعی بهم خوردگی موازنه در آن دیده می شود. اما موازنه مصالح طرفین بر اساس تراضی آنان جایگزین آن می شود^۱ و به همین جهت بیع شرط صحیح و نافذ است.

مؤلف برای تکمیل مطلب اضافه می کند که موازنه در تسلیم عبارت است از تسلیم نهایی در برابر تسلیم نهایی. در مورد خیار شرط به نفع مشتری (همچنین خیار مجلس و خیار حیوان)^۲ تسلیم مال به مشروط له تسلیم نهایی نیست زیرا شرط خیار که عاقدین عالمأ و عامداً در بیع گنجانده اند مانع از تسلیم نهایی است و به دیگر سخن، تزلزل در تسلیم پدید آورده است نه در تملیک و نه در ارزش عوضین. یکی از دو امر ذیل می تواند به این تزلزل خاتمه دهد: الف- سپری شدن مدت خیار، بدون اینکه مشروط له آن را اعمال کند، یا اسقاط خیار پس از عقد بیع.

ب- تلف شدن مالی که به مشروط له منتقل شده است. در فرض تلف مال قبل از تسلیم نهایی از آنجا که تسلیم نهایی از طرف بایع صورت نگرفته است، مشتری هم می تواند از تسلیم ثمن خودداری کند و اگر داده آن را پس بگیرد و این مقتضای موازنه تسلیم در برابر تسلیم است. ماده ۴۵۳ ق.م که تلف مبیع در زمان خیار مختص مشتری را بر عهده بایع می گذارد و مبتنی بر قاعده فقهی «التلف فی زمن الخیار ممن لاخیار له» می باشد بدین گونه توجیه می شود.^۳ به عبارت روشن تر هرگاه فقط مشتری به موجب شرط حق فسخ داشته باشد، مبیع به مشتری تسلیم نهایی نشده و مالکیت او متزلزل است. بنابراین اگر مبیع قبل از اعمال فسخ مشتری تلف شود، به اقتضای قاعده موازنه و ماده ۴۵۳ قانون مدنی تلف از مال بایع است، یعنی چون موازنه در تسلیم به هم خورده بیع منحل می شود و مشتری که خیار فسخ داشته و مالکیت او قطعی و نهایی نبوده می تواند ثمن را پس بگیرد و اگر نپرداخته از پرداخت آن معاف است. استاد از توضیح فوق چنین نتیجه می گیرد که ماده ۴۵۳ و قاعده التلف فی زمن الخیار ممن لاخیار له مطابق قاعده است نه خلاف قاعده یا استثنایی بر آن: بنابراین اختصاص به مبیع و حتی بیع ندارد و در

۱. همان، ش ۳۱/۱.

۲. مؤلف به صراحت اعلام می کند که ذکر خیار شرط به تنهایی برای رعایت اختصار است؛ مطلب شامل خیار مجلس و خیار حیوان هم هست (پاورقی ص ۵۲ کتاب). ایشان خیار شرط و خیار مجلس را خیار تروی (تفکر) نامیده است؛ زیرا در آنها مشتری فرصت تفکر دارد و می تواند با تفکر و سنجش سود و زیان قرارداد را فسخ یا ابقا کند اما خیار حیوان را جدا کرده و نام خیار اختیار بر آن نهاده اند. (همان، ش ۲۰/۲ و ۹/۷).

۳. همان، ش ۲۸/۲.

کلیه عقود معوض جاری است و این مقتضای اصول موازنه در تسلیم است که قاعده‌ای منطقی است و از اراده طرفین نشئت می‌گیرد.

البته این نظر خلاف قول مشهور فقها و حقوق دانان است که قاعده مذکور را استثنای بر اصل تلقی کرده‌اند.^۱ مؤلف برای توضیح بیشتر می‌گوید: «قاعده مذکور مربوط به تلف بعد از قبض در زمان خیار مشتری است. وقتی که وضع آن روشن شد وضع تلف قبل از قبض (که اساساً تسلیمی صورت نگرفته است) به طریق اولی روشن شده است: بایع مبیع را تسلیم نکرده است و به علت تلف شدن، موازنه در تسلیم منتفی است. پس مشتری هم معاف از تسلیم است... معنی نص «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» این است. توجیه سنتی که برای انحلال بیع در این صورت کرده‌اند پنداری بیش نیست»^۲.

حال که مفهوم موازنه در تسلیم در برابر تسلیم روشن شد به بحث از ضمانت‌های اجرایی این موازنه و به تعبیری بازتاب‌ها و پیامدهای بهم خوردن موازنه مزبور می‌پردازیم.

بند دوم - بازتاب‌ها و پیامدهای به هم خوردن موازنه در تسلیم

در این جا از بازتاب‌ها و پیامدهای موازنه تسلیم در برابر تسلیم خصوصاً در زمینه تلف مبیع قبل از قبض، حق حبس و برخی از اختیارات مانند خیار تأخیر ثمن و خیار تعذر تسلیم سخن می‌گوییم. قابل ذکر است که سازمان‌دهی این مطالب از ابتکارات استاد است و پیشینگان^۳ به چنین کاری دست نزده‌اند.

الف - تلف مبیع قبل از قبض

چنان که گفته شد، موازنه تسلیم در برابر تسلیم مهمترین نوع موازنه و بیشتر مورد توجه اهل عمل و دست‌اندرکاران تجارت است. استاد هم که فلسفه خود را بر پایه اصالت عمل (پراگماتیسم) نهاده است بیشترین بها را به این موازنه می‌دهد. بر اساس این موازنه، به نظر مؤلف، تسلیم مورد معامله جزئی از عقد و مقتضای ذات عقد به شمار می‌آید و تا زمانی که تسلیم نهایی و قطعی واقع نشده ضمان معاوضی بر عهده بایع است و تلف از مال او محسوب است. بدین معنی که هرگاه عین شخصی مورد معامله تلف شود، موازنه تسلیم بر هم می‌خورد و چون بایع یا هر انتقال دهنده دیگر در عقد معوض نمی‌تواند مورد تعهد را تسلیم کند، قرارداد منحل می‌شود و انتقال گیرنده (مشتری در بیع) از پرداخت ثمن معاف می‌شود و اگر پرداخته است آن را پس می‌گیرد. ماده ۳۸۷ قانون مدنی که متضمن مدلول قاعده "کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه" می‌باشد بازتاب اصل موازنه تسلیم در برابر تسلیم است. بنابراین، مطابق قاعده است. پس شامل ثمن شخصی و نیز غیرعقد بیع از عقود معوض هم هست^۴. البته اکثر فقها و حقوق دانان

۱. امامی، سیدحسین، پیشین، ص ۵۵۳؛ کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ ۲۵، میزان، ۱۳۸۹، ذیل ماده ۴۵۳ ق.م.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۲۹/۲.

۳. استاد در آثار خود کلمه پیشینگان را به کار می‌برد. اما کلمه پیشینیان که در فرهنگ‌های فارسی آمده و درست است بیشتر معمول است.

با وجود این ما به تبعیت از استاد کلمه پیشینگان را به کار می‌بریم.

۴. همان، ش ۳/۳.

با این نظر مخالفند و ماده ۳۸۷ ق.م. و قاعده تلف مبیع قبل از قبض را یک قاعده استثنایی می‌دانند.^۱ لیکن مقتضای قاعده موازنه در تسلیم که قاعده‌ای عقلی است شمول قاعده مذکور بر قراردادهای معوض دیگر و عدم اختصاص به بیع است.^۲

توجیه دیگری از قاعده تلف مبیع قبل از قبض که مولف به آن اشاره و رد می‌کند آن است که مبیع از ملک مشتری تلف شده است، بر اساس قاعده المبیع یملک بالعقد (ماده ۳۶۲ یا ۳۶۳ ق.م. که دلالت بر مالکیت مبیع از زمان عقد دارد)؛ اما چون بایع به علت تلف مبیع قبل از قبض نتوانسته به تعهد تسلیم عمل کند، پس متقابلاً مشتری هم از تسلیم ثمن معاف است.

اشکال عمده این توجیه آن است که اگر تلف از دارایی مشتری حساب شود همین امر در حکم وصول مبیع به مشتری است؛ زیرا تا مبیع وصول نشود نمی‌توان از دارایی او محسوب داشت. پس اگر مبیع وصول شده باشد و در ضمن مشتری بتواند ثمن را پس بگیرد جمع بین عوض و معوض کرده که غیرمعقول است و به قولی خلاف نظم عمومی است.

استناد به ماده ۳۶۳ ق.م. هم درست نیست زیرا این ماده منعکس کننده قاعده «المبیع یملک بالعقد» است که مدرک آن چند حدیث است و آن حدیث‌ها قادر به گره‌گشایی مسائل فسخ و انفساخ و به دیگر سخن، ناظر به این مسائل نیستند.^۳

تفسیر اقتصادی قاعده تلف مبیع قبل از قبض

مؤلف قاعده مزبور را از دیدگاه اقتصادی نیز قابل توجیه می‌داند: اگر تلف بر عهده بایع نباشد، چه بسا فروشندگان در حفاظت مبیع مسامحه می‌کنند. اما به نظر استاد تفسیر اقتصادی و حقوقی در نتیجه یکسان نیستند. بر اساس تفسیر اقتصادی مانعی نیست که متعاملین اسقاط مسئولیت (ضمان معاوضی) بایع را شرط کنند و تلف را برگردن مشتری گذارند، چنان که برخی از استادان حقوق همین نظر را پذیرفته‌اند^۴، لیکن به نظر استاد و بر مبنای روش حقوقی مستفاد از قاعده موازنه تسلیم این شرط بر خلاف بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م. و خلاف مقتضای ذات عقد است؛ پس هم فاسد و هم مفسد عقد است.

مسئله نمائات (منافع)

مسئله مهمی که در زمینه تلف مبیع قبل از قبض مطرح می‌شود مسئله نمائات مبیع در فاصله بین عقد و انفساخ آن به علت تلف است. آیا این نمائات (منافع) متعلق به بایع است که ضمان (معاوضی) بر عهده اوست یا متعلق به مشتری که مبیع در زمان مالکیت او تلف شده است. در این جا قاعده «الخراج بالضمان» (منافع در برابر ضمان است، یعنی کسی که ضمان را بر عهده دارد نمائات متعلق به اوست) و قاعده

۱. ر. ک: سیدحسن امامی، پیشین، ص ۴۶۷ و ۴۶۸؛ مصطفی عدل، ش ۴۵۱، ص ۲۶۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۳/۳.

۳. همان، ش ۳۰/۲.

۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین (۱)، معاملات معوض، چاپ ۶، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ش ۱۳۹.

«المبیع یملک بالعقد» که مقتضی تعلق نمائات به مالک است تعارض دارند. به عبارت دیگر، مسئله این است که نماء تابع ملک است یا تابع ضمان؟ به گفته استاد این سؤال عالمانه را صاحب مفتاح الکرامه مطرح کرده اما پاسخی به آن نداده است.^۱ فقها و حقوق‌دانان معمولاً منافع منفصل را متعلق به مالک (مشتری) می‌دانند. ولی نظر استاد بر اساس قاعده موازنه آن است که نمائات متعلق به بایع است و به تعبیری ایشان قاعد «الخراج بالضمنان» را در این مورد مقدم می‌دارند.

به گفته استاد: «عقل و منطق بدیهی اقتضا می‌کند که هر کس در مور تلف مبیع قبل از قبض تحمل تلف را می‌کند خراج (نماء آن مبیع) هم باید مال او باشد و مشتری نباید هم تمام ثمن را استرداد کند و هم چیزی اضافه یعنی نمائات را و حال آنکه بابت آن چیزی نپرداخته است... پس در حالت تراحم مذکور جانب قاعده «الخراج بالضمنان» را باید گرفت. این نه تفسیر ادبی است و نه تفسیر تاریخی بلکه عقل و قاعده موازنه، قاعده «الخراج بالضمنان» را ترجیح داده است»^۲.

آنگاه مؤلف با توجه به اینکه نصوص قاعده «الخراج بالضمنان» راجع به ضمان مالک است و در تأیید نظر خود به دو دلیل اصولی دیگر استناد می‌کند:

اول - قاعده اصولی معروف که گفته‌اند مورد مخصص نیست. پس صرف اینکه نصوص باب «الخراج بالضمنان» در مورد تلف مال مالک (ضمنان مالک) وارد شده موجب اختصاص آنها به ضمان مالک نمی‌شود.
دوم - تعلیق حکم بر وصف ضمان در نص «الخراج بالضمنان» در علم اصول دلالت بر علت می‌کند و علت (ضمنان) هر وقت روی دهد، معلول (منافع) را می‌طلبد خواه تلف در ضمان مالک باشد، خواه در ضمان غیر مالک، مانند ضمان بایع در تلف مبیع قبل از قبض.^۳

ب- حق حبس

حق حبس نیز از پیامدهای اخلال در موازنه در تسلیم است. ماده ۳۷۷ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد. در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود».

در تبیین نظر استاد در این زمینه چند نکته قابل توجه است:

۱- حق حبس نه تنها در جهت اثبات وجود دارد بلکه در طرف سلب هم مطرح می‌شود. بدین معنی که هرگاه عقد به سبب فسخ یا اقاله یا شفعه گسیخته شود، روح موازنه در تسلیم سایه خود را بر سر این امور می‌افکند و دامنه موازنه در تسلیم به طرف سلب هم کشیده می‌شود. پس از فسخ یا تفاسخ جریان معکوس

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۴۰/۱.

۲. همان، ش ۴۱/۴.

۳. همان، ش ۴۳/۱.

مبادله خودنمایی می‌کند، یعنی حق حبس در اموالی که پس از فسخ یا تفاسخ مبادله می‌شوند نیز جاری است. به نظر مؤلف «پس از فسخ یا انفساخ، تمانع از تسلیم، حکمی است فطری و از بدیهیات عقول است»^۱.
۲- حق حبس تا وقتی که تمام مورد معامله (حتی موضوع شرط ضمن عقد) تسلیم نشده باشد وجود دارد. نظر خلاف، دلیل ندارد^۲.

۳- وحدت زمان مطالبه برای ایجاد حق حبس کافی است، بنابراین اگر یکی از تعهدات حال و دیگری مؤجل باشد و تعهد حال به موقع اجرا نشود، تا زمان اجرای تعهد مؤجل فرا رسد، حق حبس وجود دارد. وحدت زمان مطالبه از عناصر حق حبس است نه وحدت زمان اجرای تعهد به موجب عقد بیع. همچنین هرگاه عوضین مؤجل باشند با اجل نامساوی و ابعد الاجلین حلول کند و عوضین تسلیم نشده باشند، از تاریخ حلول آن اجل حق حبس شروع می‌شود^۳.

۴- معمولاً حق حبس را در محدوده عقد واحد رسم می‌کنند و به دیگر سخن آن را در تعهدات متقابل قابل اعمال می‌دانند. لیکن به اعتقاد استاد دامنه آن وسیعتر است و در تعهدات ناشی از قراردادهای مختلف یا تعهدات غیرمتقابل نیز هرگاه زمان مطالبه هر دو یکی باشد تصور حق حبس دشوار نیست^۴.
گفتنی است که نکات فوق که مبتنی بر قاعده کلی موازنه در تسلیم است با نظر برخی از فقها و استادان حقوق یا قول مشهور سازگار نیست. ^۵ وانگهی نکته جالب چهارم از نکات فوق با حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی و قانون تجارت ایران (مواد ۳۷۱ و ۳۹۰) هم سازگار است. ^۶ افزون بر آن، نظر مذکور با عدالت و انصاف و حقوق عملی هم وفق می‌دهد. هرچند ارتباط دادن آن به قاعده موازنه در تسلیم که ناشی از اراده طرفین عقد است خالی از اشکال به نظر نمی‌رسد. اکثر علمای حقوق هم با توجه به ظاهر ماده ۳۷۷ ق.م. آن را به تعهدات متقابل اختصاص داده‌اند.

نکته دیگر آنکه حق حبس که ریشه در موازنه تسلیم به تسلیم دارد در هر عقد معوض جاری است و منحصر به عقد بیع نیست. این معنی از عنصر اول از عناصر حق حبس (عقد معوض) که استاد ذکر کرده‌اند قابل استنباط و نظری معقول و منطقی است وانگهی منطبق با قاعده کلی تسلیم در برابر تسلیم است که اختصاص به بیع ندارد^۷.

۱. همان، ۲۱/۶.

۲. همان، ۲۲/۶.

۳. همان، ۲۲/۶.

۴. همان، ۲۴/۶.

۵. ر. ک: امامی، سیدحسین، پیشین، ص ۴۵۸؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، چاپ ۱، بهنشر، ۱۳۶۹، ش ۷۲۷ به بعد.

۶. ر. ک: ماده ۸۵ و ۸۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی و شرح آن در: صفایی، سیدحسین و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی، چاپ ۸، دانشگاه

تهران، ۱۳۹۷، ش ۲۹۳ و ۲۹۴.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۲۰/۶ و ۲۲/۶.

ج- برخی از خيارات مرتبط با موازنه در تسليم

از جمله خياراتی که با موازنه تسليم در برابر تسليم ارتباط دارند خيار تأخير ثمن، خيار خلف و خيار تعذر تسليم است. مؤلف در اين باب از خيار تعذر شرط هم سخن گفته که نوعی از خيار تعذر تسليم است. خيار تفليس هم با اين موازنه ارتباط دارد. ليکن ما برای رعایت اختصار به آن نمی‌پردازیم و فقط از سه نوع اول خيارات مذکور بحث می‌کنیم.

اول - خيار تأخير ثمن

در تعريف خيار تأخير ثمن گفته‌اند: اگر بايع مبيع را به قبض ندهد و ثمن را قبض نکند و شرط تأخير ثمن هم نشده باشد، بيع تا سه روز لازم است. پس هرگاه مشتری در اين مدت ثمن را ندهد بايع بدون مراجعه به دادگاه می‌تواند بيع را فسخ یا آن را ابقا کند و ثمن را از مشتری بخواهد^۱. همين معنی در ماده ۴۰۲ ق.م منعکس شده است. استاد پس از ذکر تعريف فوق ده عنصر برای خيار تأخير ثمن ذکر می‌کند^۲ که از مواد قانون مدنی هم قابل استنباط است. سپس اعلام می‌دارد که «روش عناصرشناسی کار دیگری است و قابل قیاس با آن تعريف‌های دو سه سطرى نیست. علم در حال پیشرفت است»^۳.

به هر حال خيار تأخير ثمن از پیامدهای اخلاص در موازنه تسليم به تسليم است. هرگاه مشتری ظرف سه روز که مهلت قانونی است ثمن را ندهد موازنه در تسليم به هم می‌خورد و بايع حق فسخ یا ابقای قرارداد را پیدا می‌کند. اين خيار نیاز به مراجعه به دادگاه و الزام مشتری به تأدیة ثمن ندارد، چنانکه صاحب جواهر بر آن فتوا داده و مخالفت خود را با ارجاع صاحب خيار به دادگاه و حاکم صریحاً اعلام داشته است^۴. همين معنی از ماده ۴۰۲ قانون مدنی هم قابل استنباط است.

در ضمن مؤلف به نظر برخی از فقها مبنی بر بطلان معامله پس از انقضای سه روز از تاریخ انعقاد بيع به استناد حدیث «لا بيع له» اشاره و به درستی اعلام می‌دارند که از اين حدیث بطلان بيع فهمیده نمی‌شود. به ویژه آنکه در برخی از احادیث گفته شده است: «لا بيع بينهما»^۵. آنگاه به فرق بين فقه نظری و فقه عملی که خود طرفدار آن است اشاره کرده می‌گویند: «... اگر به فقه عملی توجه کنند خواهند دید که «لا بيع له» نفی مبادله یعنی نفی تعهد تسليم از بايع می‌نماید. نفی تعهد تسليم از بايع لطمه‌ای به موضع تراضی و انعقاد عقد نمی‌زند؛ بنابراین مجال به اصل ابقای عقد می‌دهد و آنگاه برای اینکه ضرری متوجه بايع نشود قاعده لا ضرر به حمایت او می‌آید و اختیار فسخ به او می‌دهد» و به عنوان نتیجه می‌گویند:

۱. تعريف علامه حلی، ش ۴/۶

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۴/۶

۳. همان، ش ۵/۶

۴. همان، ش ۱۰/۶

۵. روایت علی بن یقطين که در پاورقی صفحه ۱۱۶ کتاب آمده است.

«نفی تعهد تسلیم نفی بیع عملی است نه بیع نظری»^۱.

این استدلال که با قانون مدنی هم وفق می‌دهد استدلالی جالب و قانع کننده به نظر می‌رسد.

دوم - خیار خلف

تخلف یکی از طرفین قرارداد از اجرای تعهد خود در عقود معوض مالی صحیح به طرف دیگر با رعایت شرایط قانونی حق فسخ می‌دهد که آن را خیار خلف گویند (مواد ۲۳۷، ۳۷۶^۲ و ۳۷۹^۴، ق.م.ا. ۵). این تعریف شامل دو موضوع زیر است: الف- تخلف از اجرای تعهد اصلی ناشی از عقد که موضوع ماده ۳۷۶ ق.م.ا. است؛ ب- تخلف از اجرای تعهدات فرعی و تبعی (یعنی شرط فعل ضمن عقد که موضوع مواد ۲۳۷ و ۳۷۹ ق.م.ا. است). این نوع خیار را قانون مدنی خیار تخلف شرط نامیده است. (ماده ۴۴۴ ق.م.ا.) خیار خلف بنا بر تعریف استاد شامل خیار تخلف وصف (ماده ۴۱۰ قانون مدنی) نمی‌شود.

این خیار از پیامدهای موازنه در تسلیم در برابر تسلیم است: هنگامی که یک طرف از تسلیم یا اجرای تعهد اصلی یا شرط ضمن عقد خودداری می‌کند، قاعده موازنه در تسلیم ضمانت اجرایی برای آن به نفع متعهدله در نظر گرفته که عبارت از حق فسخ است: مشروط له می‌تواند قرارداد را ابقا یا آن را فسخ کند. استاد در مورد خیار خلف و خیار تعذر تسلیم لزوم مراجعه به دادگاه و الزام متعهد به اجرای تعهد را به درستی مورد انتقاد قرار داده است، می‌گوید: در حقوق اسلام در باب اعمال خیار در رابطه با رجوع به دادگاه سه نظر وجود دارد: یکی رجوع به دادگاه، دیگری عدم رجوع به دادگاه، سومی رجوع به دادگاه در مسائل اجتهادی و نظری و عدم رجوع به دادگاه در مسائل غیر اجتهادی یا غیر نظری. آنگاه اضافه می‌کند: «به نظر ما اصل عدم رجوع به دادگاه است که صاحب جواهر هم این نظر را دارد ولی دلیل نداده است. از دیگران هم دلیل دیده نشده است»^۶.

سپس مؤلف دلایلی برای اثبات نظر خود می‌آورد که قابل توجه است:
اولاً: هر دعوی از نظر اخلاقی فاجعه است و لطمه به اخلاق طرفین و کسان آنان می‌زند؛ تخم کینه را در قلوب آنان می‌کارد و آبیاری می‌کند... دعوی اشد از غیبت است (که شارع آن را نهی کرده) ولی حاجت عمومی مجوز آن شده است. پس در حدی که ضرورت دارد مجاز است.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۶/۶

۲. ماده ۲۳۷ ق.م.ا. «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید».

۳. ماده ۳۷۶ ق.م.ا. «در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن ممتنع اجبار به تسلیم می‌شود».

۴. ماده ۳۷۹ ق.م.ا. «اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند، بایع حق فسخ خواهد داشت و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند، مشتری حق فسخ دارد».

۵. همان، ش ۳۱/۶

۶. همان، ش ۱۱/۶

ثانیاً؛ دعاوی بار سازمان قضایی کشور را سنگین می‌کند و هزینه سازمان قضایی را که از بیت‌المال پرداخت می‌شود افزایش می‌دهد. پس افزایش آن بار فقط تا حد ضرورت مجاز است.

ثالثاً؛ مردم در معاملات محقر به دادگاه برای الزام به تسلیم ثمن نمی‌روند. چرا چیزی باید نوشت که هرگز مردمان به آن نیاز ندارند؟ آن نوشته‌ها مجردگرایی محض است که از خصوصیات حقوق عملی فاصله زیاد دارد.

رابعاً؛ در طول مراجعه به دادگاه، اگر مبیع تسلیم نشده باشد ضمان معاوضی بر عهده بایع است؛ اگر مبیع تلف شد از مال او تلف شده است. بار حفاظت از مبیع هم در تمام مدت محاکمه (که چه بسا طولانی است) بر دوش او گذارده می‌شود؛ او باید هزینه دادرسی را هم بپردازد تا پس از مدت‌ها آیا وصول شود یا نه؟ حق الوکاله هم باید بپردازد که وصول آن معلوم نیست. این در حالی است که چه بسا خواسته دعوی ارزش این همه زحمات و هزینه‌ها را ندارد.

خامساً؛ آیا حدیث لاضرر توالی فاسده مزبور را نفی نمی‌کند؟ ضرر مراجعه دادگاه در مورد تأخیر مشتری در دادن ثمن (و امثال آن) کم نیست.

سادساً؛ موازنه در تسلیم که عاقدین در حین انعقاد اندیشیده‌اند اقتضا می‌کند که کسی که مانع عملی شدن آن گردیده، مانند مشتری که از پرداخت ثمن امتناع کرده به دادگاه برود و ابطال فسخ بایع را، اگر آن را فاقد شروط لازم تشخیص می‌دهد، تقاضا کند. «حقوق علم عدالت است و عدالت در این مسئله چنین اقتضا دارد».

سابعاً؛ طرفداران رجوع به دادگاه، در خیار تأخیر، چرا در مورد تقاص رجوع به دادگاه را تجویز نکرده‌اند! گفتنی است که دلایل مذکور قابل توجه است و اختصاص به تأخیر ثمن ندارد و به هر حال مصلحت اجتماعی و عدالت اقتضا می‌کند که متعهد له یا مشروط‌له در مورد تخلف متعهد اصلی یا مشروط علیه بتواند بدون مراجعه به دادگاه حق فسخ خود را اعمال کند، چنان که در برخی از اسناد بین‌المللی همین قاعده پذیرفته شده است (مواد ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا).

لیکن پذیرش این قاعده در حقوق ایران جز در مورد خیار تأخیر ثمن نیاز به اصلاح قانون دارد؛ مگر اینکه دادگاه‌ها شجاعت نشان داده، قانون را به گونه‌ای تفسیر کنند که این هدف را تأمین کند، چنان که حکم ماده ۴۰۲ قانون مدنی راجع به خیار تأخیر ثمن را به موارد دیگر تعمیم دهند یا بدون مراجعه قبلی مشروط‌له به دادگاه و بعد از فسخ قرارداد، به درخواست یکی از طرفین اعلام کنند که الزام به اجرای تعهد عرفاً غیرمقدور یا به علت انقضای مدت بی‌فایده بوده و از این رو فسخ موجه و نافذ است.

سوم- خیار تعذر تسلیم

خیار تعذر تسلیم هم پیامد اخلال در موازنه تسلیم به تسلیم است. این موازنه که ریشه در اراده طرفین دارد اقتضا می‌کند که اگر تسلیم از جانب یک طرف متعذر باشد طرف دیگر حق فسخ داشته باشد، حتی در صورتی که تعذر دائمی و مطلق باشد می‌توان قائل به انفساخ عقد شد؛ زیرا همان‌طور که در حقوق فرانسه گفته‌اند: «هیچ کس نمی‌تواند متعهد به امر غیرممکن باشد».^۱

همان‌طور که استاد گفته‌اند، مورد این خیار عقد معوض مالی صحیح است. البته مقصود تعذر بعد از عقد است که آن را تعذر طاری نیز نامیده‌اند. اما اگر در زمان عقد تعذر تسلیم وجود داشته و به تعبیری اجرای تعهد غیرمقدور باشد، عقد باطل است. خیار بر عقد صحیح عارض می‌شود، نه باطل.^۲ به گفته مؤلف تعذر تسلیم بر دو قسم است:

اول- تعذر ناشی از علت خارجی که خارج از اراده متعهد است، مانند آنکه مبل‌سازی که دو ماه فرصت برای اجرای تعهد دارد، در آن دو ماه به علت سقوط دستش بشکند و نتواند کار کند (و اجرای تعهد به وسیله شخص دیگر هم مقدور یا مطلوب نباشد).

دوم- اراده متعهد در تعذر دخالت دارد، مانند فرار عامل مزارعه و مسابقات از محل کار یا سفر او که در اثنای سفر مانع بازگشت پیش آید. البته تعذر طاری با امتناع صرف تفاوت دارد. تعذر طاری در رابطه با موضع متعهد است که ممکن است متعهدله بگوید: متعهد فعلاً فراری است و اجرای تعهد به مانع برخورده و متعذر شده است و من نمی‌توانم صبر کنم که او آیا برگردد یا برنگردد؛ من نمی‌توانم بلامتکلیفی را تحمل کنم. البته ممکن است عامل فراری به قصد امتناع فرار نکرده باشد.^۳

مؤلف به تعذر مطلق و دائمی، تعبیری که ما به کار برده و آن را موجب انفساخ عقد دانسته‌ایم^۴ نیز اشاره می‌کند. ایشان مثال می‌زنند به مواردی که مبیع قبل از قبض غصب شده و اخذ آن مقدور نیست. (مانند غصب اتموبیل و خروج از کشور که عادتاً به دست آوردن آن غیرمقدور است) و اضافه می‌کنند که در این مورد مبیع تلف شده (به تلف حکمی) محسوب و بیع منفسخ است.^۵ در بحث از عناصر خیار تعذر تسلیم به عنوان شرط پنجم نیز می‌گویند: «احتمال معقول و متعارف برای وصول متعهد له به مورد تعهد وجود داشته باشد. اگر این احتمال نرود چنین عقدی به علت اینکه موضوع آن منتفی است منحل و منفسخ است، مانند مثال قحط گندم در بیع سلم».^۶

۱. A l'impossible nul n'est tenu

۲. همان، ش ۳۵/۶

۳. همان، ش ۳۶/۶

۴. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، چاپ ۳۰، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۷ ص ۳۱۸

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۳۸/۶

۶. همان، ش ۴۲/۶

بنابراین می‌توان گفت در فرض تعذر دائمی و مطلق عقد باطل (منفسخ) است و موارد یبرای خیار تعذر تسلیم نیست. این مورد مشابه تلف مبیع قبل از قبض است که موجب انفساخ بیع می‌گردد. با انفساخ عقد نوبت به اعمال خیار نمی‌رسد زیرا خیار فرع بر بقای عقد است.^۱

باید یادآور شد که در همه موارد مذکور اخلال در موازنه تسلیم به تسلیم دیده می‌شود منتهی در برخی موارد ضمانت اجرا انفساخ عقد و در پاره‌ای موارد خیار است، بر حسب اینکه منطق حقوقی و مصلحت چه اقتضایی داشته باشد.

بخش سوم - موازنه در ارزش عوضین

بند اول - مفهوم موازنه در ارزش عوضین

در قراردادهای معوض مالی و به تعبیری قراردادهای مغاینه، موازنه در ارزش عوضین و به دیگر سخن تعادل عوضین مورد نظر طرفین بوده و به هم خوردن آن پیامدهایی دارد که در فقه و حقوق پیش‌بینی شده است.

گاه متعاقدين در مرحله انعقاد عقد به تراضی، موازنه ارزش را عالمماً و عامداً بهم می‌زنند تا به پاره‌ای مقاصد و مصالح دست یابند. مثلاً در بیع شرط موازنه در ارزش با تراضی طرفین به هم می‌خورد و موازنه کیفی یعنی موازنه مصالح جای آن را می‌گیرد، یعنی بین دو مصلحت عاقدین موازنه برقرار می‌شود. یا در بیع سلم طرفین عالمماً و عامداً موازنه ارزش را به هم می‌زنند و به جای آن موازنه دو مصلحت قرار می‌گیرد. استاد به درستی اعلام می‌کنند که «اسلاف، در باب موازنه ارزش عوضین و موازنه مصالح متعاملین (در بیع شرط و سلم) هیچ کار نکرده‌اند و مسائل را یله و رها کرده‌اند».^۲

به هر حال صرف نظر از مواردی که طرفین معامله با علم و اراده موازنه در ارزش عوضین را به هم می‌زنند، چه بسا این موازنه که از عقد نشئت می‌گیرد. بعد از عقد بهم می‌خورد و در این صورت پیامد یا ضمانت اجرای آن باید بررسی شود.

مؤلف در بخش موازنه در ارزش عوضین دو دسته عوامل را بررسی می‌کند:

اول - عوامل سازنده موازنه، یعنی عواملی که به هنگام وقوع عقد در ایجاد موازنه در ارزش دخالت دارند.

دوم - عواملی که پس از عقد، موازنه در ارزش را که هنگام عقد از طرف متعاملین برقرار شده است ویران می‌کنند و آن را به عدم توازن مبدل می‌نمایند.^۳

عواملی که نقش سازنده در موازنه ارزش دارند فهرست‌وار عبارتند از:

الف - شرط ضمن عقد (للشرط قسط من الثمن).

۱. همان، ش ۱۹/۹

۲. همان، ش ۳۰/۱

۳. همان، ش ۲/۴

ب- وصف مورد معامله که مؤثر در بالا بردن ارزش موصوف است.

ج- کمیت مورد معامله (مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ ق.م).

د- اجل (للاجل قسط من الثمن) ^۱.

اینها عوامل سازنده موازنه ارزش هستند که به هم خوردن هر یک از آنها آثار و پیامدهایی دارد. اینک برای رعایت اختصار فقط سه عامل سازنده نخست را مورد بحث قرار می‌دهیم و سپس از بهم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد نیز سخن می‌گوییم.

الف- موازنه در ارزش شروط

به گفته استاد، در مبیعی که در آن شرط فعل (مثلاً) گنجانده شده باشد،

اولاً، تمام ثمن در برابر تمام مبیع است؛

ثانیاً، تمام ثمن در برابر مبیع وابسته به شرط است نه مبیع مجرد از شرط؛

ثالثاً، وجود شرط غالباً در افزایش ثمن مؤثر است، مانند اینکه کسی مزرعه‌ای بخرد و شرط کند که بایع طبق مشخصات معین چاه عمیقی در آن حفر کند... اما اگر خانه‌ای بخرد که مبلغی نسبه باشد و بایع بر مشتری شرط کند که دکان خود را بابت ثمن رهن بدهد، عادتاً این شرط در افزایش ثمن تأثیر ندارد. بنابراین دو مأثوره (عبارت منقول) هر دو به جای خود درست است: یکی «الشرط لا یقسط علیه الثمن»، یعنی در مقام انعقاد عقد بخشی از ثمن برای شرط در نظر گرفته نمی‌شود و دیگر «الشرط قسط من الثمن» (بدین معنی که در غالب موارد شرط در افزایش ثمن مؤثر است). ^۲

در غالب موارد که شرط در افزایش ثمن مؤثر است، روش سنتی که مستند به نص هم نیست می‌گوید: خریدار در صورت عدم تحقق شرط می‌تواند قرارداد را فسخ کند و پول خود را پس بگیرد یا آن را ابقا کند، بدون اینکه حق مطالبه ارزش داشته باشد. استاد می‌پرسد «پس تکلیف ضرر چه می‌شود که یکه تاز معرکه خیار است؟»

آنگاه استاد به اصل ابقای عقود که مستند فراوان در نصوص شرع دارد (و با حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی نیز هماهنگ است) اشاره می‌کند و سپس اظهار می‌دارد که راه حل سنتی دو راه پیش پای خریدار می‌گذارد که هر دو مخالف لاضرر است: ۱- فسخ عقد در حالی که ممکن است نفع او در بقای عقد باشد؛ ۲- بقای عقد بدون مطالبه ارزش بابت شرط متعذر که این هم ضرری است بر او.

آنگاه استاد نظر جالب و موجه خود را بدین نحو بیان می‌دارد: «راه حل صحیح این است که خریدار (مشروط له) مخیر باشد بین فسخ یا امساک عقد با مطالبه ارزش». به اعتقاد مؤلف در هر مورد که شرط

۱. همان، ش ۴/۳

۲. همان، ش ۴/۵

مؤثر در ارزش باشد، مطالبه ارش (در فرض تخلف شرط) کاملاً و صد در صد مطابق قاعده است.^۱ روح موازنه در ارزش این است و روح نصوص خیار عیب هم مؤید آن است.^۲

ب- موازنه ارزش در اوصاف مبیع

مؤلف در اوصاف مبیع و تخلف از شرط صفت راه کارهای مشابهی را ارائه می‌کند: در شرط صفت در مبیع، چون خرید گندم به شرط دیمی بودن (یا وصف دیگری را داشتن):

اولاً، تمام ثمن در برابر مبیع است؛

ثانیاً، تمام ثمن در برابر مبیع وابسته به وصف است نه مبیع مجرد از شرط صفت؛

ثالثاً، وجود شرط صفت مانند شرط فعل عادتاً در افزایش ثمن مؤثر است.

به اعتقاد استاد، قاعده عقلی و بدیهی آن است که اگر مشروط له در فرض تخلف شرط ابقای عقد را ترجیح دهد، حق مطالبه ارش داشته باشد، مگر اینکه نص صریح بر خلاف آن باشد.^۳

لیکن قول مشهور آن است که زیان دیده از تخلف وصف مخیر است یا عقد را فسخ کند یا آن را بدون مطالبه ارش ابقا کند. البته به گفته استاد، نصی بر قول مشهور وجود ندارد و به احتمال قوی مستند آن همان قاعده «الاوصاف لا یقابل بالاعواض»^۴ است که هیچ اساس ندارد. ابن ادریس بر خلاف قول مشهور گفته است: خریدار در صورت ابقای عقد می‌تواند ارش بگیرد ولی هیچ دلیلی نیآورده است. سلب حق ارش مخالف قاعده لاضرر است. ابقای عقد با روح اقتصاد معاملات هم وفق می‌دهد. عبارت بی‌اصل و اساس «الاوصاف لا یقابل بالاعواض» که ریشه در فقه جمهور دارد یک شعار میان تهی است و معلوم نیست چرا اکابر علم تسلیم آن شده‌اند.^۵

ج- موازنه ارزش در تخلف مقدار

ممکن است مقداری که در بیع برای مبیع تعیین شده با مقداری که تسلیم گردیده متفاوت باشد. در این صورت تخلف مقدار مطرح می‌شود که به موازنه ارزش که منظور طرفین بوده لطمه می‌زند و ضمانت اجرایی را در پی دارد. بنابر آنچه استاد گفته‌اند، در متون فقه امامیه مقدار را هم گونه‌ای از وصف دانسته‌اند، با این استدلال که کم و کیف دو عرض‌اند پس هر دو وصف‌اند... مقصود این است که حکم تخلف وصف را در مورد تخلف مقدار هم جاری کنند که خالی از اشکال نیست؟ زیرا صرف اینکه کم و کیف دو عرض

۱. همان، ش ۵۵/۶

۲. همان، ش ۸/۴

۳. همان، ش ۱۰/۴

۴. مفهوم این عبارت با عبارات دیگری مانند «الوصف لا یقابل بشيء من الثمن» یا «الثلث لا یقابل بالاعواض» نیز بیان شده است.

۵. همان، ش ۱۱/۴

۶. همان، ش ۱۴/۴

هستند دلیل بر وحدت احکام و آثار تخلف وصف و تخلف مقدار نیست. افزون بر آن اگر مقصود از این الحاق استفاده از قاعده «الاصاف لایقابل بالاعواض» باشد، این قاعده، چنان که گفته شد، خود محل اشکال است و اساس محکمی ندارد.^۱

بنابر تقسیم بندی مؤلف، تخلف در مقدار یا در بیع متساوی الاجزاء و یا در بیع مختلف الاجزاء است:
۱- در بیع متساوی الاجزاء، مانند فروش ۱۰۰ کیلو شکر که بعد معلوم می‌شود ۹۰ کیلو بوده است، مشتری می‌تواند بیع را فسخ کند یا آن را نسبت به ۹۰ کیلو ابقا کند و ثمن را به همان نسبت کسر کند. این قول مشهور فقهای امامیه است. بدین ترتیب موازنه‌ای که با تخلف مقدار به هم خورده است از نو برقرار می‌شود.

اما استاد در این جا بر خلاف قول مشهور نظری را ارائه می‌کند که متقن و موجه می‌نماید: هرگاه در معامله شکر مذکور بایع ده کیلو شکر به مشتری بدهد و با این عمل موازنه را از نو برقرار کند، خیار مشتری ساقط است؛ زیرا موازنه‌ای که در ارزش بهم خورده بود جبران شد و اصل ابقای عقود اقتضای سقوط خیار را دارد.^۲ در تأیید این نظر به ذیل حدیث عمر بن حنظله هم که اسلاف آن را مورد اعراض قرار داده‌اند استناد می‌نماید.^۳

۲- در تخلف مقدار در بیع مختلف الاجزاء (مانند ماشینی که اجزای مختلف دارد) هرگاه مبیع کمتر از کار در آید مشتری می‌تواند بیع را فسخ کند یا عقد را ابقاء و ما به التفاوت را از ثمن المسمی پس بگیرد. ابقاء عقد و دریافت ما به التفاوت ظاهراً از اندیشه‌های ابتکاری استاد است که حدیث عمر بن حنظله هم مؤید آن می‌باشد، هر چند که مشهور آن را نپذیرفته یا به آن اشاره نکرده‌اند.

مؤلف به تعارض ظاهری ماده ۳۵۵ و ۳۸۴ ق.م. اشاره نکرده است. در ماده ۳۵۵، در فرضی که مبیع کمتر از مقدار مورد توافق درآید، قانون‌گذار فقط حق فسخ به مشتری داده ولی ماده ۳۸۴ به خریدار اختیار می‌دهد که یا معامله را فسخ (از باب خیار تبعض صفقه) یا آن را ابقا و ثمن را به نسبت مقدار کمبود کسر کند. در حل تعارض، بعضی از استادان حقوق گفته‌اند: موضوع ماده ۳۵۵ مبیع غیرقابل تجزیه (مانند فرش) و ماده ۳۸۴ ناظر به مبیع قابل تجزیه است.^۴ برخی دیگر گفته‌اند: ماده ۳۵۵ ناظر به موردی است که مقدار به عنوان وصف، مورد نظر طرفین بوده نه آنکه میزان تعهدات طرفین را مشخص کند و ثمن به نسبت مقدار تعیین شود؛ لیکن ماده ۳۸۴ مربوط به موردی است که مقدار نماینده میزان تعهد است و ثمن به نسبت واحدهای مبیع که مقدار را با آن می‌سنجند تعیین می‌شود.^۵

۱. همان، ش ۱۵/۴

۲. همان، ش ۱۸/۴

۳. همان، ش ۱۷/۴

۴. امامی، سیدحسن، پیشین، صص ۴۳۸ - ۴۳۹

۵. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ش ۸۷

با توجه به تقسیم‌بندی استاد می‌توان گفت تفاوت در متساوی الاجزاء و مختلف الاجزاء بودن مبیع است. ماده ۳۵۵ مربوط به مبیع مختلف الاجزاء و ماده ۳۸۴ ناظر به متساوی الاجزاء است. لیکن نوآوری مهم و جالب در نظر استاد بر اساس اصل موازنه در ارزش و اصل ابقای عقد و ردّ قاعده «الاصاف لا یقابل بالاعواض» آن است که ایشان در فرض مختلف الاجزاء بودن مبیع به مشتری اختیار می‌دهند که عقد را ابقا و مابه‌التفاوت ارزش کمبود مقدار را از بایع بخواهد و این نکته‌ای که استادان دیگر به آن اشاره نکرده‌اند.

د- بهم خوردن تعارض اقتصادی قرارداد

ممکن است به علت افزایش شدید و غیر قابل پیش‌بینی قیمت‌ها موازنه در ارزش و به دیگر سخن تعادل اقتصادی قرارداد بهم بخورد. این موضوع در حقوق غربی زیر عنوان تغییر اوضاع و احوال^۱ یا نظریه عدم پیش‌بینی^۲ یا حوادث پیش‌بینی نشده مطرح شده است و در حقوق ایران گاه با الهام از برخی استادان فرانسوی از آن به غبن حادث تعبیر کرده‌اند. این وضع در دو مورد ذیل ممکن است روی دهد:

اول- در عقود مستمر مانند عقد اجاره (چنان که این وضع در اروپا بعد از دو جنگ جهانی به علت افزایش شدید قیمت‌ها و نرخ تورم، پیش آمد و در کشور ما هم اکنون با این مشکل روبرو هستیم)؛

دوم- در عقود آنی که حق مطالبه مؤخر از زمان عقد است مانند بیع سلم که حق مطالبه مشتری مؤخر از زمان بیع است (و در این فاصله ممکن است قیمت مبیع دچار افزایش شدید شده باشد)^۳.

درست است که متعاملین موازنه ارزش‌ها را به هنگام وقوع عقد در نظر داشته‌اند ولی قصد طرفین بر این نبوده است که موازنه قراردادی به هر قیمت و حتی اگر به نتیجه ناعادلانه‌ای منتهی شود حفظ شود. موازنه ارزش‌ها مورد توافق طرفین بوده است ولی نباید اجازه داد که در حال بهم خوردگی تعادل اقتصادی و زوال موازنه مقصود متعاقبین یک طرف سوءاستفاده کند. تعدی را نباید تجویز کرد.^۴

پس باید چاره‌ای اندیشید. باید دید چگونه می‌توان رفع تعدی، یا از بی‌عدالتی جلوگیری کرد، تا نظام اقتصادی مطلوب حاکم بر عقود باشد. برخی از استادان حقوق با استناد به قاعده لاضرر و قاعده نفی عسر و حرج قائل به حق فسخ شده‌اند.^۵

اما نظر استاد این است که اصل ابقای عقود که سنگر استواری در مصالح اقتصادی جامعه دارد می‌تواند به حمایت چنان عقدی برخیزد و مانع انحلال عقد شود: «بدون شک اصل ابقای عقود مانع انحلال آن عقد است». اگر به علت بروز بحران اقتصادی، بایع در سلم در رأس اجل برای تسلیم گندم دچار حرج و

۱. Change of circumstances

۲. Théorie de l'imprévision

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۲/۲۷

۴. لا تعتدوا ان الله لا یحب المعتدین؛ سوره ۲/۱۹۰

۵. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ش ۵۴۳؛ صفایی، سیدحسین، پیشین، ص ۱۷۷

عسرت گردد، حاکم می‌تواند به او مهلت دهد (ماده ۲۷۷ قانون مدنی). در آیه ۲۸۰ از سوره بقره هم آمده است «و ان كان ذو عسرة فنظره الي ميسرة». این نوعی تعدیل در موازنه ارزش است که مناط آن قابل تسری به موارد دیگر است. «به هر حال بحران اقتصادی مذکور نه موجب انحلال بیع سلم می‌شود و نه حق فسخ به مشتری می‌دهد، مگر اینکه به مرز تعذر تسلیم برسد که فعلاً خارج از بحث حاضر است»^۱ در جای دیگر می‌گویند: «این بحث از خیار تعذر خارج است زیرا خیار تعذر از حقوق متعهد له است... پس خطاست که این را مصداق خیار تعذر بدانند (اگر اصل خیار در این جا محرز باشد) زیرا متعهد می‌خواهد با استفاده از خیار شانه از زیر بار تعهد خالی کند و حال آنکه خیار تعذر برای متعهد له است»^۲. به هر حال آنچه از افاضات استاد در جای جای کتاب بر می‌آید آن است که ایشان با تعدیل قضایی در فرض تغییر اوضاع و احوال اقتصادی موافقند، نه با فسخ قرارداد، نظریه‌ای که بر پایه محکم اصل ابقای عقود استوار است.

پس از روشن شدن مفهوم موازنه در ارزش و عوامل مؤثر در آن اینک به جاست از بهم خوردن موازنه ارزش و رابطه آن با برخی از خيارات سخن بگوییم.

بند دوم- به هم خوردن موازنه در ارزش و رابطه آن با برخی از خيارات

به گفته استاد پاره‌ای از خيارات با موازنه در ارزش عوضین مرتبط هستند مانند خیار تخلف شرط، خیار تخلف وصف و خیار تخلف مقدار که به مناسبتی قبلاً بررسی شد. همچنین خیار عیب، خیار غبن، خیار تدلیس، خیار تصریه و خیار کذب ناشی از بهم خوردن ارزش عوضین هستند. در این جا برای رعایت اختصار به بحث از خیار عیب، خیار غبن و خیار تدلیس بسنده می‌کنیم و در پایان این بخش به مسئله تأثیر زمان فسخ که استاد در آن نظر بدیع و جالبی دارند می‌پردازیم.

الف- خیار عیب

بنا به تعریف استاد، «عیب عبارت است از کمی و کاستی یا زیادی و فزونی که بر خلاف عادت و متعارف در چیزی یا حیوانی باشد»^۳.

بنابراین تعریف، فقدان صحت و سلامت یکی از عناصر عیب موجب خیار است و این فقدان صحت و سلامت باید مؤثر باشد به یکی از معیارهای ذیل:

۱- موجب کاهش ارزش مال شود.

۲- نوعاً موجب عدم رغبت معامله کنندگان شود، مانند اشاعه‌ای که قیمت مال را نکاهد.

۳- خلاف توقع و انتظار نوع خریداران باشد.^۴

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۳۰/۴

۲. همان، ش ۴۵/۶

۳. همان، ش ۱۶/۸

۴. همان، ش ۱۷/۸

چنین عیبی به مشتری و به طور کلی به طرف هر معامله معوض که از عیب متضرر می‌شود حق می‌دهد بیع را فسخ یا آن را با اخذ ارش ابقا کند (ماده ۴۲۲ قانون مدنی).

به نظر مؤلف، دو ضابطه برای توجیه قواعد خیار عیب و ارش به کار می‌آید: ۱- اصل ابقای عقود که مدارک شرعی متعدد دارد و منشأ آن در مصالح اجتماعی است؛^۱ ۲- قاعده موازنه در عقود مالی معوض که قاعده‌ای عقلی است و ریشه در نصوص و اراده متعاملین دارد، هر چند که «صاحب نظران در مذاهب خمسسه کلاً از آن غفلت کرده‌اند»^۲.

نظر استاد، برخلاف نظر شیخ انصاری آن است که مطالبه ارش موافق قاعده است. قاعده موازنه در ارزش مؤید آن است و اصل ابقای عقود نیز با آن هماهنگی دارد. اینک به دو مسئله قابل بحث درباره خیار عیب که در کتاب تئوری موازنه آمده است اشاره می‌کنیم:

اول- هرگاه پیش از آنکه مشتری اعمال خیار کند عیب زائل شود آیا خیار عیب ساقط می‌شود یا نه؟ فقه و قانون مدنی در این خصوص ساکت است ولی استاد بر اساس اصل ابقای عقد به درستی نظر به سقوط خیار داده‌اند.

دوم- هرگاه بایع قبل از اعمال خیار اقدام به ستردن عیب کند، آیا خیار عیب ساقط می‌شود یا نه؟ قانون مدنی در این خصوص نیز ساکت است. اما نظر موجه استاد بر این است که در این فرض موازنه ارزش که به هم خورده بود با عمل بایع به حالت مطلوب مورد نظر متعاملین بر می‌گردد؛ پس اصل ابقای عقد آن را فرا می‌گیرد و به دیگر سخن حق فسخ ساقط می‌شود.^۳ این نظر با کنوانسیون بیع بین‌المللی مورخ ۱۹۸۱ هم سازگار است.^۴

ب- خیار غبن

غبن در لغت خدعه و نیرنگ است و در اصطلاح باب معاملات بهم خوردگی تعادل ارزش عوضین است به ضرر یکی از عاقدین، بدون اینکه متضرر به آن رضایت داده باشد (مثلاً با اسقاط خیار غبن ضمن عقد)^۵ ماده ۴۱۶ ق.م در این مورد مقرر می‌دارد: «هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند».

به گفته مولف، پیشینگان برای ارائه مدرک و دلیل خیار غبن کوشش بسیار به کار برده‌اند که چندان موفق نبوده است. در فقه جمهور به احادیثی استناد کرده‌اند که به تعبیر استاد «مصدق بارز مجمل علم

۱. همان، ش ۹/۸ و ۳۶/۸

۲. همان، ش ۳۳/۸

۳. همان، ش ۸۸/۸

۴. ماده ۴۸ کنوانسیون و شرح آن در: صفایی-سیدحسین، پیشین، ش ۱۶۸

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ش ۱۲۵/۸

اصول فقه است». شیخ انصاری، در مکاسب، عمده مدرک خیار غبن را اجماع دانسته و حتی قاعده «لاضرر» را کافی برای اثبات خیار غبن ندانسته است.^۱

برخی از فقها (مانند سیدمحمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه بر مکاسب) گفته‌اند: بایع و مشتری به طور ضمنی شرط تساوی ارزش عوضین را پذیرفته‌اند پس اگر غبن پدید آید از آن شرط ضمنی تخلف شده و این تخلف به زیان دیده حق خیار فسخ می‌دهد، حتی اگر غابن ارش را به مغبون بدهد خیار فسخ ساقط نمی‌شود.^۲

قانون مدنی هم ظاهراً همین نظر را پذیرفته و به ارش اشاره‌ای نکرده است. اما استاد این نظر را به درستی مورد انتقاد قرار داده و چنین گفته است: «آن شرط ضمنی چگونه دلالت دارد که هرگاه غابن ارش بدهد پذیرفته نیست؟ در حالی که عاقدین در حین انعقاد عقد تعهد، موازنه ارزش عوضین را قبول کرده‌اند و آن تعهد با دادن ارش جامعه عمل به خود می‌پوشد.

همچنین استاد بر اساس دو اصل ابقای عقود و موازنه در ارزش عوضین بر آنند که مغبون به محض اطلاع از غبن حق فسخ پیدا نمی‌کند، بلکه اگر غابن ارش را ندهد مغبون حق دارد از طریق دادگاه او را تعقیب کند و حق خود را بگیرد؛ اما اگر اخذ ارش متعذر گردد آخرین چاره فسخ عقد است... ارش قاعده است نه استثنا حتی مخالفت با ارش در خیارات مخالفت با قاعده «لاضرر» است.^۳

قابل ذکر است که این نظر با اصل ابقای عقود بیشتر سازگار است ولی با توجه به اینکه مراجعه به دادگاه، همان‌طور که استاد گفته‌اند، دارای مشکلات عملی و اجتماعی و حقوقی است.^۴ آیا بهتر و منطقی‌تر نیست به مغبون اختیار داده شود که پس از اطلاع از غبن و بدون مراجعه به دادگاه، یا عقد را فسخ کند و یا آن را ابقا و مطالبه ارش کند؟ چنان که در خیار عیب بر طبق نظر فقهای امامیه و قانون مدنی همین نظر پذیرفته شده است. این نظر با اسناد بین‌المللی هم سازگار است مثلاً در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مورخ ۱۹۸۱ به مشتری در صورت عدم مطابقت کالا با قرارداد اختیار داده شده است که قرارداد را (البته به شرط نقض اساسی) فسخ کند یا اقدام به تقلیل قیمت کند. رجوع به دادگاه برای اعمال حق لازم نیست. به نظر می‌رسد با قبول این راه حل نیز بین دو قاعده ابقای عقد و موازنه ارزش عوضین جمع و هر دو رعایت خواهد شد.

ج- خیار تدلیس

برابر ماده ۴۳۸ قانون مدنی «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود». مؤلف

۱. همان، ش ۸-۱۲۵

۲. همان، ش ۸/۱۲۶

۳. همان، ۸/۱۲۸

۴. همان، ش ۱۲/۶ تا ۱۵/۶

تعریف کاملتری بدین عبارت به دست می‌دهد: «تدلیس عبارت است از اظهار وصف کمال بر خلاف واقع موجود و یا اخفای نقص در مال یا غیر مال (مانند انسان) در عقد یا خارج عقد. سکوت از بیان واقع موجود، با وجود آگاهی بر آن، اخفا است»^۱.

در زمینه خیار تدلیس مقصود تدلیس در مقام انعقاد عقد است، چنان که از ماده ۴۳۸ ق.م. بر می‌آید. نکته مهم و بدیهی که استاد در زمینه خیار تدلیس ذکر می‌کند مربوط به مدلول خیار تدلیس است. ایشان پس از اشاره به قول مشهور مبنی بر اینکه متضرر از تدلیس فقط می‌تواند عقد را بدون اخذ ارش فسخ کند یا آن را ابقا کند آن را با استدلال زیر رد می‌کند:

«شکی نیست که موازنه عقد معوض مالی را تدلیس کننده به هم زده است پس بار جبران موازنه، بر دوش او قرار می‌گیرد به این شرح که متضرر:

۱) اگر صلاح خود بداند عقد را رد کند و ثمن را پس بگیرد؛

۲) اگر صلاح و نفع او در ابقای عقد باشد تدلیس کننده نباید به ضرر او بی‌جهت دارای مالی شود (اکل مال به باطل) پس به مقتضای دو قاعده: ۱- اصل ابقای عقود؛ ۲- قاعده موازنه باید زیان متضرر را جبران کند^۲؛ یعنی به فریب خورده ارش بدهد.

این نظر اگرچه بر خلاف قول مشهور فقها و حقوق دانان و ظاهر قانون مدنی (ماده ۴۳۹) است، لیکن نظری معقول و منطقی و موافق با عدالت و اصول حقوقی است.

در حقوق موضوعه ایران مداخله قانون‌گذار می‌تواند نقص قانون را رفع کند یا رویه قضایی با تفسیر شجاعانه و با این استدلال که قانون مدنی ابقای عقد با اخذ ارش را نفی نکرده است و با استناد به ملاک ماده ۴۲۲ قانون مدنی این راه حل را بپذیرد.

د- زمان تأثیر فسخ در ارتباط با منافع

معمولاً در مورد زمان تأثیر فسخ بین منافع متصل و منفصل فرق می‌گذارند و می‌گویند منافع و نمائات متصل و که در فاصله بین عقد و فسخ ایجاد شده پس از فسخ متعلق به بائع است؛ اما منافع و نمائات منفصل که در زمان مالکیت مشتری تحقق یافته است، متعلق به مشتری است و در این زمینه به ملاک ماده ۲۸۷ قانون مدنی که مربوط به اقاله است استناد می‌کنند. اما استاد با این نظر موافق نیستند و آن را از اغلاط مشهور می‌دانند^۳. به نظر ایشان اقاله را با فسخ نباید قیاس کرد؛ زیرا اقاله با تراضی طرفین روی می‌دهد و با تراضی هر کاری (به شرط آن که با قواعد آمره مخالف نباشد) می‌توان انجام داد. ولی فسخ عمل حقوقی یک جانبه (ایقاع) است و از این رو چه بسا احکام آن متفاوت است.

۱. همان، ش ۱۱۶/۸

۲. همان، ش ۱۱۹/۸

۳. همان، ش ۹۷/۶

آنگاه مؤلف برای ایضاح غلط مشهور سه نکته جالب را یادآور می‌شوند:

اول- در خيارات تروی (خيار شرط و خيار مجلس و خيار حيوان) - که در آنها مهلتی برای اندیشیدن به طرف قرارداد داده می‌شود- فسخ عقد اثر قهقرایی دارد و عقد را از تاريخ عقد می‌گسلد و نمائات (متصل و منفصل) هم به ناقل، یعنی بايع، بر می‌گردد؛ زیرا عقد از اول متزلزل بوده و مالکیت طرف عقد مانند مشتری استقرار پیدا نکرده تا نمائات بعد از بيع تا زمان خيار مال او باشد.

دوم- هرگاه مورد شرط ضمن عقد تلف شود و نوبت به خيار فسخ برسد، این فسخ از زمان عقد مؤثر است^۱، مانند موردی که شخصی مزرعه‌ای را بخرد به شرط اینکه بايع در آن چاه عمیقی با مشخصات معین حفر کند. بايع چاه را حفر کند ولی قبل از تسليم به خریدار سیل بیاید و چاه را خراب کند^۲. در این فرض که مورد شرط تلف شده به اصل عقد لطمه‌ای وارد نمی‌شود ولی خریدار حق فسخ (یا ابقای عقد و مطالبه ارش) دارد. در صورت انتخاب فسخ، این فسخ از زمان عقد مؤثر است، زیرا مبيع در واقع به طول کامل تسليم نشده و ضمان بايع نسبت به شرط ضمان معاوضی خواهد بود.

سوم- در سایر خيارات (مانند خيار عيب و خيار غبن) که مبنای طرفین بر استقرار مالکیت انتقال گیرنده است:

اولاً، اگر مال انتقال یافته نزد منتقل الیه تلف شود از ملک او تلف شده است، به دلیل استقرار مالکیت او. **ثانیاً**، به قاعده «الخراج بالضمن» (منفعت در برابر ضمان است) چون منتقل الیه (مانند مشتری) متحمل تلف (ضمن) می‌شود، پس نماء از تاريخ بيع تا تاريخ فسخ هم مال اوست. به نظر استاد این سخن مطابق عقل و اعتبار و هم صحیحه ابن سنان در مورد خيار شرط است که در خيار حيوان و مجلس هم مستند است^۳.

بنابراین، نماء بین عقد و فسخ را دو ضابطه ذیل حل می‌کند: یکی قاعده الخراج بالضمن و دیگری عدم استقرار مالکیت انتقال گیرنده مانند مشتری در خيار شرط به نفع او^۴ و با توجه به این دو ضابطه باید زمان تأثیر فسخ را در رابطه با نمائات تعیین کرد.

گفتنی است که قبول اثر قهقرایی برای فسخ، حقوق ما را به حقوق غربی و اسناد بین‌المللی تا حدی نزدیک می‌کند؛ زیرا در حقوق تطبیقی و اسناد مزبور اثر قهقرایی فسخ جز در مورد قراردادهای مستمر پذیرفته شده است. (کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، ماده ۸۴)؛ هرچند که در حقوق غربی و اسناد مزبور تفکیک بین خيارات که در نظر استاد مطرح شده دیده نمی‌شود.

۱. همان، ش ۹۷/۶

۲. همان، ش ۴۱/۳

۳. همان، ش ۹۷/۶

۴. همان، ش ۹۸/۶

بخش چهارم - مقایسه تئوری موازنه با برخی از نظریه‌های حقوقی فرانسوی

پس از بحث اجمالی از تئوری موازنه اثر استاد جعفری لنگرودی و اندیشه‌های نو و ابتکاری که در این اثر آمده است، اینک بجاست آن را با نظریه فرانسوی علت یا جهت تعهد^۱ که در کشورهای ایتالیا و اسپانیا و برخی دیگر از کشورهای وابسته به خانواده حقوقی رومی-ژرمنی نیز مورد توجه و بحث واقع شده به اختصار مقایسه کنیم. البته تئوری موازنه استاد کاملتر و جامعتر از نظریه علت تعهد و در واقع یک نظریه ابتکاری در باب عقود معوض مالی با آثار خاص خود است؛ ولی می‌توان آن را از جهاتی با نظریه یاد شده مقایسه کرد.

ماده ۱۱۰۸ پیشین قانون مدنی فرانسه^۲ که مأخذ ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران است از جهت تعهد که برخی از استادان از آن تعبیر به علت تعهد کرده‌اند به عنوان چهارمین شرط صحت قرارداد سخن گفته و در ماده ۱۱۳۱ تا ۱۱۳۳ این قانون هم جهت تعهد مطرح شده است. ماده ۱۱۳۱ مقرر داشته است: «تعهد بدون جهت یا مبتنی بر جهت اشتباهی یا جهت نامشروع نمی‌تواند هیچ گونه اثری داشته باشد».

آنچه مورد نظر قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه معروف به قانون مدنی ناپلئون از جهت یا علت تعهد بوده جهت نوعی است که در یک نوع قرارداد یکسان است، در مقابل جهت شخصی یا جهت معامله و به تعبیری داعی و انگیزه عقد قرارداد که در هر قرارداد متفاوت است. در تعریف جهت تعهد گفته‌اند: مقصود مستقیم و بلا واسطه و تعیین کننده‌ای که به خاطر آن متعهد در برابر متعهد له قبول تعهد کرده است. بنابراین جهت تعهد که علت غائی^۳ تعهد است با اراده که علت فاعلی^۴ است و نیز با موضوع تعهد یا دواعی^۵ کم و بیش دور که طرف معامله را به تعهد واداشته است متفاوت است. در این نظریه که نظریه کلاسیک (سنتی) در حقوق فرانسه است بین قراردادهای معوض و قراردادهای غیرمعوض فرق می‌گذارند و در قراردادهای معوض نیز بین قراردادهای دو تعهدی^۶ (ملزم طرفین) و قراردادهای یک تعهدی^۷ یا ملزم یک طرف که قبض شرط صحت آنهاست (مانند قرارداد رهن) و سایر قراردادهای معوض یک تعهدی (مانند تعهد به پرداخت مبلغی وجه نقد در قبال دین قبلی) تفکیک می‌کنند. بحث از جهت تعهد در انواع مختلف

۱. Cause de l' obligation

برای آگاهی بیشتر از این نظریه و اشکالات و انتقادات وارد بر آن، ر. ک: صفایی، سیدحسین، نظریه جهت در قراردادها، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و ایران و فرانسه، مجموعه مقالات حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، بنیاد حقوقی میزان، چ، ۴ ۱۳۹۵، ص ۳۴۱ به بعد.
۲. در سال ۲۰۱۶ اصلاحات مهمی در قانون مدنی فرانسه انجام شده که از جمله آنها اصلاح ماده ۱۱۰۸ و مواد بعدی آن است.

۳. cause finale

۴. cause efficiente

۵. motifs

۶. contrats synalagmatiques

۷. contrats unilatéraux

قراردادها که در حقوق فرانسه به تفصیل مورد بحث و نقد واقع شده در این مقاله نمی‌گنجد. از این رو در این جا به بحث از عقود معوض دو تعهدی بسنده می‌کنیم و به مقایسه اصل موازنه تملیک به تملیک و اصل تسلیم به تسلیم با نظریه جهت تعهد در این عقود می‌پردازیم.

الف - مقایسه با اصل تملیک به تملیک

به عنوان مقدمه باید اشاره کنیم که در حقوق فرانسه عقود تملیکی معوض را هم دو تعهدی می‌دانند و بر آنند که حتی در عقدی که موجب تملیک عین معین است تعهد به تملیک وجود دارد؛ النهایه تعهد به محض ایجاد اجرا می‌شود. ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران نیز که از ماده ۱۱۰۱ پیشین قانون مدنی فرانسه الهام گرفته بر اساس همین فکر تنظیم شده است. در حقوق اسلامی هم گفته‌اند: «العقد هو العهد». به هر حال در عقود معوض دو تعهدی، بنابر نظریه سنتی فرانسه، تعهد یک طرف جهت (علت) تعهد طرف دیگر است. مثلاً در بیع تعهد فروشنده جهت تعهد خریدار و بر عکس تعهد خریدار جهت تعهد فروشنده است. در هر بیعی وضع به همین منوال است و حال آنکه اغراض و دواعی (جهت معامله) در هر بیعی متفاوت است، چنان که خریداری خانه‌ای را می‌خرد برای اینکه در آن سکونت کند؛ دیگری خانه می‌خرد برای اینکه از فروش آن سود ببرد؛ سومی خانه می‌خرد برای اینکه آن را اجاره دهد و امثال آنها. این اغراض و دواعی که جهت معامله یا جهت شخصی نامیده می‌شود با جهت تعهد متفاوت است.

نتیجه نظریه جهت تعهد، اصل همبستگی تعهدات است: اگر تعهد یک طرف به علت فقدان موضوع یا عدم قدرت بر تسلیم باطل باشد، تعهد طرف دیگر هم به علت فقدان جهت (علت تعهد) باطل است. این نظریه در آرای متعهد دیوان تمیز فرانسه منعکس شده است.^۱

صرف نظر از ایرادها و انتقادهایی که بر این نظریه وارد شده، می‌توان آن را با تئوری موازنه تملیک در برابر تملیک مقایسه کرد. البته این تئوری ظاهراً ناظر به عقود تملیکی به معنی خاص است، در حالی که نظریه جهت تعهد هم شامل عقود تملیکی و هم در برگیرنده عقود عهدی است. باید اضافه کرد که استاد در جلد چهارم کتاب رنسانس فلسفه که به سال ۱۳۹۶ منتشر شده اصول دیگری بر اصول تئوری موازنه خود افزوده‌اند که از جمله آنها اصل التزام در برابر التزام است که به نظریه جهت تعهد نزدیک است. نتیجه نظریه جهت تعهد و اصل موازنه تملیک به تملیک یا التزام در برابر التزام ظاهراً یکسان است، یعنی از هر دو اصل همبستگی تعهدات در عقود معوض استفاده می‌شود. بنابراین اگر تملیک یا تعهد یک طرف به علتی باطل باشد قرارداد باطل است و به تعبیر استاد عقدی به وجود نمی‌آید.

استاد در کتاب اخیر در تعریف اصل التزام در برابر التزام می‌گویند: «یعنی دو التزام مأخوذ چنان رویاروی هم قرار گیرند که دو خشت متکی بر یکدیگر که یک زاویه‌ای حاده و فضایی سازند. پس اگر رضای عاقدی در التزام او انگیزه رضای طرف دیگر نباشد اصلاً عرفاً عقد نیست...»^۲. در ضمن، به عنوان مثال می‌گویند:

۱. صفایی، سیدحسین، پیشین، ص ۳۵۲

۲. همان، ش ۳۴۰

«در بیع فضولی رعایت اصل التزام به التزام (قبل از صدور اجازه) نمی‌شود، پس از نظر فقدان این اصل نمی‌توان آن را عقد دانست»^۱.

البته مثال‌های دیگری نیز می‌توان آورد: هرگاه موضوع تعهد یک طرف در بیع مجهول یا غیرمقدور باشد، باید گفت التزام در برابر التزام تحقق نمی‌یابد یا به تعبیر فرانسوی، قرارداد به علت فقدان علت تعهد مشتری باطل است و به عبارت دیگر عقدی به وجود نمی‌آید.

به نظر می‌رسد که از عبارات استاد همان مفهوم نظریه جهت تعهد در عقود معوض ملزم طرفین و نقش آن در روابط متعاملین قابل استنباط است و به دیگر سخن نتایج یکسانی از هر دو نظریه به دست می‌آید، هرچند که عبارات و تکنیک حقوقی متفاوت است.

ب- مقایسه با اصل تسلیم در برابر تسلیم

در نظریه کلاسیک فرانسه جهت که جنبه نوعی دارد در زمان عقد قرارداد مطرح می‌شود، بدین معنی که اگر جهت تعهد در زمان عقد وجود داشته باشد و خلل و اشکالی در آن نباشد، قرارداد تحقق می‌یابد. لیکن اگر تعهد فاقد جهت بوده یا اشتباهی اساسی در آن روی داده باشد، چنانکه موضوع تعهد یک طرف غیر مقدور باشد یا به اشتباه یک طرف در بیع عین معین تصور کند که مبیع در زمان عقد موجود است و بعد معلوم شود که موجود نبوده است قرارداد باطل است. اما از آنجا که این نظر مورد انتقاد بوده نظریه جدیدی به وسیله هانری کاپیتان، حقوق‌دان بزرگ فرانسوی، در سال ۱۹۲۳ ارائه شده که نظریه سنتی را تعدیل و تکمیل کرده است.

به اعتقاد کاپیتان جهت تعهد همان هدف مورد نظر متعهد است که غیر از موضوع تعهد است؛ لیکن در قراردادهای دو تعهدی (ملزم طرفین) هدف یا جهت تعهد یک طرف تعهد طرف دیگر نیست بلکه اجرای تعهد آن طرف است. کاپیتان از این توضیح نتیجه می‌گیرد که فقدان جهت نه فقط در موردی که تعهد طرف دیگر به وجود نیامده صدق می‌کند، بلکه در موردی نیز که تعهد اجرا نشده صادق است. این استاد انحلال قراردادهای دو تعهدی به علت عدم امکان اجرای تعهد یک طرف (فورس ماژور) و حق حبس به علت عدم اجرای تعهد طرف دیگر یا فسخ عقد به علت نقض تعهد طرف دیگر را نیز با نظریه جهت تعهد توجیه می‌کند.^۲ این نظریه در رویه قضایی فرانسه هم منعکس شده است،

بدین گونه که دیوان تمیز فرانسه در برخی از آرای حق حبس و انحلال قرارداد، به علت عدم امکان اجرای تعهد یک طرف در اثر قوه قاهره و نیز حق فسخ ناشی از نقض قرارداد را با نظریه جهت تعهد توجیه کرده است.^۳

۱. همان، ش ۳۴۱

۲. همان، ص ۳۴۹ و ۳۵۰

۳. همان، ص ۳۵۳

بدین‌سان ملاحظه می‌شود که در نظریه کاپیتان به تسلیم یا اجرای تعهد که به تعبیر استاد جعفری لنگرودی مقصود اصلی متعاملین در حقوق عملی است توجه شده و عدم اجرای تعهد به وسیله یک طرف دارای پیامدهایی مانند حق حبس یا انحلال قرارداد یا حق فسخ تلقی شده است، چنان که در اصل تسلیم در برابر تسلیم که قسمت اصلی تئوری موازنه است این پیامدها دیده می‌شود.

در مورد آثار فسخ به علت نقض قرارداد حقوق فرانسه جز در مورد عقود مستمر مانند اجاره قائل به اثر قهقرایی فسخ است، یعنی کلیه آثار عقد نسبت به گذشته سرایت می‌کند و وضع به حالت پیشین بر می‌گردد. مثلاً در بیع نه تنها مبیع به بایع و ثمن به مشتری بر می‌گردد، بلکه منافع مبیع از تاریخ انعقاد بیع متعلق به بایع و منافع ثمن از آن مشتری خواهد بود و این همان قاعده‌ای است که استاد بر خلاف مشهور در خیارات تروی (خیار مجلس، خیار حیوان و خیار شرط) پذیرفته‌اند.

اما در زمینه موازنه در ارزش عوضین در حقوق فرانسه نظریه منسجم و جامعی دیده نمی‌شود و از این جهت تئوری موازنه کاملتر است. با وجود این، آثار و پیامدهای موازنه در ارزش عوضین و به هم خوردن آن را در حقوق فرانسه تا حدی می‌توان یافت، چنانکه در عیب مبیع که مقررات آن از حقوق رم اقتباس شده است مشتری می‌تواند بیع را فسخ یا آن را ابقا و تفاوت قیمت (ارش) را مطالبه کند. در خیار تخلف وصف نیز همین قاعده در حقوق فرانسه پذیرفته شده است (مواد ۱۶۴۱ تا ۱۶۴۴ قانون مدنی فرانسه) و این قاعده با پیامد بهم خوردن موازنه در ارزش عوضین که در تئوری موازنه مطرح شده سازگار است.

نتیجه‌گیری:

بنابر آنچه درباره کتاب تئوری موازنه گفته شد می‌توان به برخی از نکات به عنوان نتیجه اشاره کرد: ۱- کتاب که از موازنه تملیک در برابر تملیک و تسلیم در برابر تسلیم و موازنه ارزش عوضین در قراردادهای مالی معوض سخن می‌گوید دارای اندیشه‌های نو و ابتکاری فراوانی است که در کتاب‌ها و نوشته‌های دیگر دیده نمی‌شود و به‌طور کلی تئوری موازنه یک نظریهٔ بدیع و ابتکاری است که در آثار پیشینگان فقهی و حقوقی و متفکران غربی مشابه آن را نمی‌توان یافت، هر چند می‌توان آن را با برخی از نظریه‌های غربی تا حدی مقایسه کرد.

۲- استاد در تئوری موازنه بر اصل ابقای عقد که به درستی آن را غیر از لزوم عقد می‌داند تأکید می‌کند و بر اساس این اصل و قاعدهٔ موازنه، که آن را قاعده‌ای مبتنی بر ارادهٔ متعاقدین و عقل و عدالت تلقی می‌کند در زمینه نمائات مورد معامله و اختیارات نتایجی می‌گیرد که چه بسا خلاف مشهور و در عین حال متکی به دلایل عقلی، فقهی و اصول حقوقی است.

۳- در فرض تلف مبیع قبل از قبض نظر استاد بر خلاف مشهور آن است که منافع و نمائات مبیع که بعد از عقد حاصل شده است متعلق به بایع است زیرا ضمان تلف بر عهدهٔ اوست پس منافع هم بنا به قاعدهٔ «الخراج بالضمنان» و قاعده موازنه باید از آن بایع باشد؛ منطقی و عادلانه نیست که بایع هم ثمن را بدهد و هم منافع مبیع متعلق به مشتری باشد. این نوعی اکل مال به باطل است.

۴- در مورد منافع مورد معامله در فاصله بین عقد و فسخ نظر مشهور این است که منافع منفصل متعلق به مالک بعد از عقد (مثلاً مشتری) است زیرا فسخ اثر قهقرایی ندارد و منافع در ملک انتقال گیرنده حاصل شده است. در این خصوص به ملاک ماده ۲۸۷ ق.م.راجع به اقاله هم استناد شده است. لیکن نظر استاد بر آن است که در اختیارات تروی (خیار شرط، خیار مجلس و خیار حیوان) چون مالکیت به مشتری به طور کامل و نهایی منتقل نشده و مالکیت او متزلزل است، بنابه قاعدهٔ موازنه در تسلیم به تسلیم فسخ اثر قهقرایی دارد و منافع از روز عقد متعلق به انتقال دهنده خواهد بود، همان‌طور که تلف مورد معامله هم از مال اوست. لیکن در مواردی که مالکیت به طور قطعی منتقل شده است (مانند مورد خیار عیب و خیار غبن) فسخ اثر قهقرایی ندارد و منافع متعلق به انتقال گیرنده است. اثر قهقرایی فسخ قاعده‌ای است که حقوق ما را تا حدی به حقوق غربی و اسناد بین‌المللی نزدیک می‌کند.

۵- در مورد خیار غبن و خیار تدلیس و امثال آنها نظر مؤلف بر خلاف مشهور این است که زیان دیده می‌تواند عقد را ابقا و ارش بگیرد یا آن را فسخ کند و این در حالی است که مشهور فقط حق فسخ برای زیان دیده قائلند و ارش را استثنایی و مخصوص خیار عیب می‌دانند. نظر استاد مبتنی بر اصل ابقای عقد و قاعدهٔ موازنه است و استثنایی بودن ارش را فاقد دلیل کافی می‌دانند. این نظر با حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی و اصول حقوقی هماهنگی بیشتری دارد.

۶- اصل موازنه تملیک در برابر تملیک تا حدی قابل مقایسه با نظریه علت یا جهت تعهد در حقوق فرانسه است که دارای مفهوم نوعی است و در یک نوع قرارداد یکسان است. مثلاً تعهد بایع علت برای تعهد مشتری و تعهد مشتری علت تعهد بایع است. بنابراین اگر تعهد یک طرف به علت موجود نبودن یا غیرقابل تسلیم بودن موضوع باطل باشد تعهد طرف دیگر نیز به لحاظ فقدان علت باطل است و از این نظریه اصل همبستگی تعهدات در عقود معوض را استنباط می‌کنند. نتایجی که بر این نظریه مترتب است مشابه آثار مترتب بر اصل موازنه تملیک در برابر تملیک است.

۷- نظریه کاپیتان حقوق دان فرانسوی درباره علت تعهد که متفاوت از نظریه سنتی است تا حدی قابل مقایسه با نظریه موازنه در تسلیم در برابر تسلیم است. کاپیتان بر آن است که نظریه علت تعهد نه تنها در مرحله انعقاد قرارداد بلکه در مرحله اجرای آن نیز مطرح می‌شود. به نظر کاپیتان اجرای تعهد یک طرف، علت برای اجرای تعهد طرف دیگر است و از این رو این حقوق دان فرانسوی حق حبس، حق فسخ به علت نقض قرارداد و انحلال عقد در اثر قوه قاهره را با همین نظریه توجیه می‌کند و از این لحاظ نظریه او تا حدی مشابه اصل موازنه تسلیم در برابر تسلیم است. با وجود این، هیچ نظریه غربی که جامعیت و اتقان تئوری موازنه را داشته باشد در حقوق غربی، تا آنجا که ما اطلاع داریم، دیده نمی‌شود.

منابع و مآخذ:

الف- منابع فارسی

۱. امامی، سیدحسین، (۱۳۳۵)، حقوق مدنی، جلد اول، دانشگاه تهران.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، تئوری موازنه بر پایه اصالت عمل، چاپ اول، گنج دانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۶)، رنسانس فلسفه، فلسفه وجود اعتباری، جلد چهارم، چاپ اول، گنج دانش.
۴. سلطان احمدی، جلال، (۱۳۹۱)، تجزیه پذیری قرارداد، مطالعه تطبیقی در فقه، حقوق ایران، انگلیس و کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا، جاودانه.
۵. صفایی، سیدحسین و دیگران، (۱۳۹۷)، حقوق بیع بین‌المللی، چاپ هشتم، دانشگاه تهران.
۶. صفایی، سیدحسین، (۱۳۹۵)، مجموعه مقالات حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چاپ چهارم، بنیاد حقوقی میزان.
۷. صفایی، سیدحسین، (۱۳۹۷)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، چاپ سی ام، بنیاد حقوقی میزان.
۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ اول، بهنشر.
۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، عقود معین (۱)، معاملات معوض، چاپ ششم، شرکت سهامی انتشار.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ بیست و پنجم، میزان.
۱۱. کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰)، ترجمه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی مندرج در مجله حقوقی، شماره ۹، ۱۳۶۷؛ متن انگلیسی و فارسی: سید حسین صفایی و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی، ص ۴۰۳ به بعد.

ب- منابع فرانسوی

۱۲. Carbonnier (J.). Droit civil. T. 4. 20e éd. 1996, Paris 1962.
۱۳. Code civil français, Dalloz, 2017.
۱۴. Gaudemet (E.). Théorie générale des obligations. Paris 1965.
۱۵. Julliot de la Morandière (L.) , Droit civil, (Précis Dalloz) t. II, Paris 1961.
۱۶. Marty (G) et Raynaud (P.). Droit civil, t. II, 1er vol. Paris 1962.
۱۷. Mazeaud (J. H. L.). Leçons de Droit civil, t. II, 1er vol. 8e éd. Pris 1991.
۱۸. Ripert (G.). La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1949.
۱۹. Ripert (G.) et Boulanger (J.). Droit civil. t. II, Paris 1975.
۲۰. Weill (A.) , Droit civil, les obligations, Paris 1971.