



Interdisciplinary Legal Research

Jul 2021, 2(4): 11-28

Available online on: www.ilrjournal.ir

e-ISSN: 2717-1795

ORIGINAL RESEARCH PAPER

Offset in the Principles of International Trade Agreements with a Comparative Study of Iranian Law and Imami Jurisprudence

Mazaher Kajvand¹, Davood Soltanian^{2*} 

Received:

29 Nov 2021

Revised:

16 Dec 2021

Accepted:

24 Dec 2021

Available Online:

01 Jan 2022

Keywords:

Offset,
Debt Reciprocity,
Materials' Unity,
Falling
Obligations.

Abstract

Background and Aim: Offset is one of the ways to fulfill the obligation and consequently the fall of the obligation. In this article, an attempt has been made to introduce the position of offset as one of the methods of falling commitment in the set of principles of international commercial contracts of the Institute for the Equalization of Private Law in Rome and its concept, conditions and effects are explained by a comparative study of Iranian law and Imami jurisprudence.

Materials and Methods: This is a descriptive-analytical article using the library method to investigate the question.

Ethical Considerations In this research, with the originality of the texts, honesty and trustworthiness have been observed.

Findings: The results of the research indicate that in order to achieve purity in the principles of international trade agreements, it is necessary to observe formalities such as sending a notice. But in domestic law and jurisprudence, offset is achieved as a legal event without the need for formalities, as soon as the conditions are met.

Conclusion: In general, the rules of offset in the principles of international trade agreements are better coherence and strength.

1 Faculty Member, Department of Law, Nowshahr Branch, Islamic Azad University, Nowshahr, Iran.

2 PhD, Department of Law, Tonekabon Branch, Islamic Azad University, Tonekabon, Iran.*

(Corresponding Author) Email: davodsoltanian@yahoo.com Phone: +989122834672

Please Cite This Article As: Khajvand, M & Soltanian, D (2022). "Offset in the Principles of International Trade Agreements with a Comparative Study of Iranian Law and Imami Jurisprudence". *Interdisciplinary Legal Research*, 2(4): 11-28.



This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

مقاله پژوهشی

(صفحات ۱۱-۲۸)

تهاتر در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی؛ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فقه امامیه مظاهر خواجه‌نود^۱، داود سلطانیان^۲

۱. عضو هیأت علمی، گروه حقوق، واحد نوشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، نوشهر، ایران.

۲. دکتری، گروه حقوق، واحد تنکابن، دانشگاه آزاد اسلامی، تنکابن، ایران. (نویسنده مسؤول)

Email: davodsoltanian@yahoo.com

دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۰۸ ویرایش: ۱۴۰۰/۰۹/۲۵ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۰۳ انتشار: ۱۴۰۰/۱۰/۱۱

چکیده

زمینه و هدف: تهاتر یکی از شیوه‌های اجرای تعهد و به تبع آن سقوط تعهد است. در این مقاله تلاش شده است جایگاه تهاتر به عنوان یکی از شیوه‌های سقوط تعهد در مجموعه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه یکسان‌سازی حقوق خصوصی رم معرفی شده و مفهوم، شرایط و آثار آن با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فقه امامیه تشریح گردد.

مواد و روش‌ها: مقاله توصیفی تحلیلی بوده و با استفاده از روش کتابخانه‌ای به بررسی سؤال تحقیق پرداخته است.

ملاحظات اخلاقی: در این تحقیق با اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: نتایج تحقیق بیانگر این امر است که برای تحقق تهاتر در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی رعایت تشریفات از جمله ارسال اخطاریه لازم است. اما در حقوق داخلی و فقه، تهاتر به عنوان یک واقعه حقوقی قهری بدون نیاز به تشریفات، به محض تحقق شرایط، حاصل می‌شود.

نتیجه‌گیری: در مجموع، مقررات تهاتر در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی از انسجام و استحکام بهتری برخوردار است.

کلمات کلیدی: تهاتر، تقابل دیون، وحدت جنس، سقوط تعهدات.

مقدمه

۱- بیان موضوع

کشور ایران از سال ۱۳۴۳ عضو مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی رم گردیده است. اتفاقی که موجب بهبود مناسبات و روابط تجاری ما نسبت به چند دهه قبل شد. شاهکار مؤسسه، تدوین اصول جاری در قراردادهای تجاری بین‌المللی به صورت مجموعه‌ای مدون بوده که از لحاظ حقوقی و ادبی یک دستاورد پرارزش و بی‌نظیر محسوب می‌شود. مجموعه‌ای که در آن قواعد تجاری با وجهه بین‌المللی مورد بررسی قرار داده شده است. آنچه ما قصد داریم در این مقاله به آن بپردازیم بررسی یکی از این مباحث حقوقی و تجاری بین‌المللی است که در حیطه ایفای دیون و سقوط تعهدات جای می‌گیرد. ما به دنبال بررسی «تهاتر» به عنوان شیوه‌ای قهری در سقوط تعهدات هستیم و قصد داریم جایگاه این شیوه را در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تبیین کنیم. نزدیک‌ترین معادل معنایی که برای «تهاتر» استعمال می‌شود، «سرشکن شدن دیون» است. به عبارت دیگر تهاتر از اتفاقاتی سخن می‌گوید که به صورت کاملاً قهری در عالم فرض و اعتبار رخ می‌دهد. به این صورت که تقابل دیون به همراه شرایطی همچون وحدت جنس، زمان و مکان، موجب تحقق تهاتر و در نتیجه سرشکن شدن دیون می‌شود و مسئولیت متعهدین را تا میزان دین کمتر منتفی می‌کند. علت انتخاب این قسم از طرق سقوط تعهد، یک نوع صلح‌آمیزی و کدخدانمشی خاصی بوده که در این شیوه وجود دارد. در واقع بررسی تهاتر، ما را به مزیت‌های قابل توجهی می‌رساند که معمولاً در روزمرگی‌های حقوقی نسبت به آن بی‌توجه هستیم. موتور محرک این تحقیق، جذابیت چنین مزیت‌هایی بوده است. از سوی دیگر بررسی جریان آن در قراردادهای تجاری بین‌المللی مشخص می‌کند که این شیوه صلح‌آمیز تا چه میزان در قانونگذاری این مبادلات عظیم تجاری، نفوذ پیدا کرده است. این شیوه از پرداخت با سیستم

خاص و منحصر به فرد خود، فواید در خور توجهی را با خود به همراه دارد. در واقع تهاتر، صلح‌آمیزترین نوع از شیوه‌های ایفای دین است و بحث و مناقشه در آن به کمترین میزان می‌رسد. این امر بالطبع یادآور مشکلاتی بوده که در این زمینه وجود داشته است، از قبیل محدودیت منابع، تکراری بودن، مختصر بودن و عدم بررسی ریزبینانه، عدم وجود تفسیری در مورد منبع مطالعاتی خارجی (مجموعه اصول) و.... با این وجود، تحقیق فوق با استفاده از منابع اصلی و معتبر در این زمینه نگاشته شده است. در بیان یک چارت کلی از مطالب بررسی شده می‌توان به صورت مختصر عنوان نمود که تحقیق ما در شش قسمت ارائه می‌شود که عبارتند از: تعریف تهاتر، اقسام، قلمرو، شرایط، تحقق تهاتر و آثار آن.

۲- تبیین مفاهیم

تهاتر شیوه‌ای از پرداخت است که در رویارویی تعهدات دو طرف به کار برده شده و با کسر متقابل میزان تعهدها از یکدیگر، هر دو را تا میزان مبلغ کمتر ساقط کرده و در نتیجه نیاز هر یک از طرفین به اجرای جداگانه تعهدش را برطرف می‌سازد (Anderson, et al. 2009:4). در فصل هشتم، مجموعه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که به بحث تهاتر اختصاص داده شده است، تعریفی از این مفهوم ارائه نشده و فقط جریان و شرایط تحقق این واقعه عنوان گردیده است. ماده ۱-۸ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در این زمینه مقرر می‌دارد: «هنگامی که دو طرف یک قرارداد، مبلغی پول یا اجرای تعهد از نوع مشابه را به هم مدیون هستند، هریک از آن‌ها (طرف اول) می‌تواند تعهد خود را در مقابل تعهد ذینفع آن تعهد (طرف دیگر) «تهاتر» کند به این شرط که الف - طرف اول حق اجرای تعهدش را داشته باشد؛ ب - تعهد طرف دیگر از لحاظ تحقق و میزان تعهد، قطعی و موعد اجرای آن رسیده باشد ...». بنابراین مطابق این ماده، تهاتر وسیله‌ای برای اجرای دو تعهد متقابل از طرف دو مدیون است. البته در همین خصوص چنانچه به مذاکرات اولیه اصول قراردادها مراجعه شود

می‌توان مشاهده نمود که ایده اولیه تهاتر از اصل *Dolo agit* و *qui statim redditurus est* با تکیه بر حسن نیت برگرفته شده که به طور مشخص در ماده ۷-۱ به عنوان یک مبنای بنیادین در نظر گرفته شده است (Berger, 2005: 21).

جستجو در حقوق کامن‌لا نیز ما را به اقتباس صورت گرفته از قوانین موضوعه و عاریتی بودن این شیوه می‌رساند. چنانچه سابقه اولین رأی در این زمینه به سال ۱۷۲۹ می‌رسد که به نوعی پذیرشی رسمی و قانونی از تهاتر به عنوان شیوه ایفای دین بوده و ترکیبی جدید از کامن‌لا و انصاف را به سیستم حقوق معرفی می‌نماید (Anderson, Gelbman and Pullen, 2009: 1).

در فقه برخلاف اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و قوانین مدون اکثر کشورها، مباحث تهاتر منقح و مدون نشده است و فقط به صورت پراکنده و ذیل عناوینی از جمله غصب و رهن، گاه واژه «تقاص» و گاه «تهاتر» به کار رفته است (نجفی، بی‌تا: ۲۵/ ۱۷۹). در واقع خود نصوص شرعی مسکوت عنه است و منبع اصلی تهاتر در این زمینه آراء و عقاید علما است. بر این اساس همانند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، اکثر فقها بجای تعریف به مفهوم، تعریفی به سبب و شرایط ارائه داده و مقرر داشتند: «تهاتر قهری با اجتماع شرایط از جمله تساوی در نوع و صفت واقع می‌شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۴۰۹؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۲۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۷).

۳- روش تحقیق: روش تحقیق مقاله حاضر، توصیفی تحلیلی می‌باشد.

بحث و نظر

۱- اقسام تهاتر

به طور کلی تهاتر در حقوق داخلی ما دارای سه قسم قهری، قراردادی و قضایی است. در مجموعه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، صراحتاً تقسیم‌بندی‌ای برای تهاتر ارائه

نشده و ما برای تحلیل نظر مؤسسه یکسان‌سازی حقوق خصوصی رم، به عنوان گردآورنده این مجموعه اصول، در جهت تبیین اقسام تهاتر، باید به مفاد فصل هشتم نگاه کرده و در آن دقیق شویم. در پذیرش تهاتر قهری که هیچ مشکلی وجود ندارد. زیرا اصل در بررسی تهاتر، بررسی تهاتر از نوع قهری است و همانند حقوق داخلی، روح مواد این فصل از مجموعه اصول در راستای توضیح تهاتر قهری آمده است. اما در مورد تهاتر قراردادی باید گفت که این قسم از تهاتر نیز در مجموعه اصول پذیرفته شده است. در بند هشتم از ماده اول این فصل آمده است که: «حتی اگر شرایط مذکور در ماده فوق محقق نشوند، طرفین می‌توانند با توافق هم به آثار ناشی از تهاتر دست یابند. طرفین به‌طور مشابهی می‌توانند توافق کنند که تعهدهای متقابل آن‌ها به‌طور قهری در یک تاریخ مشخص یا در طی مدت زمانی معین، تهاتر شوند. همچنین طرف‌هایی بیش از دو نفر می‌توانند توافق کنند که تعهدهای مربوط آن‌ها، برای مثال با در نظر گرفتن شبکه‌ای از تعهدهای متقابل، ساقط شوند». پس همان‌طور که می‌بینیم امکان تهاتر قراردادی ولو با عدم عنوان‌بندی مجزا، در اصول پیش‌بینی شده است. گفتنی است که با توجه به ماهیت توافق در این قسم از تهاتر، لازم است شرایط لازم برای انعقاد یک قرارداد صحیح اعم از قصد، اهلیت، موضوع مشخص و مشروعیت مورد نظر قرار گیرد (Anderson, et al., 2009: 5). در مورد تهاتر قضایی نیز می‌توان گفت که به این نوع تهاتر به صورت ضمنی در ذیل بند ۵ ماده اول اشاره شده است. در این قسمت آمده است که: «تحقق یک تعهد هنگامی قطعی می‌شود که امکان تنازعی درباره آن موجود نباشد. برای مثال، هنگامی که یک تعهد مبتنی بر قراردادی معتبر و منجز یا یک حکم یا رأی نهایی و قطعی و غیرقابل اعتراض (دادگاه یا دیوان داوری) باشد آن تعهد قطعی است». از این مفهوم برداشت می‌کنیم که جریانی همانند تهاتر قضایی موجود در حقوق داخلی، در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز جاری است هرچند به صورت مجزا به

آن اشاره نشده است.

در فقه، تهاتر قهری پیوسته در تألیفات بزرگ فقهی مانند مفتاح الکرامه و جواهر الکلام، مورد استعمال بوده است و فقها تهاتر قهری را امری بدیهی تلقی کرده‌اند. البته یکی از فقها برای تهاتر قهری دلیل عقلی تراشیده است و در توجیه آن می‌گوید: «و هو امتناع کون الواحد بالجنس او النوع مستحقاً علیه کالواحد الشخصی...» (رشتی گیلانی، ۱۴۰۱: ۲۴). تهاتر قراردادی که در فقه تحت عنوان تهاتر اختیاری شناسایی می‌شود، جایگاهی مقابل تهاتر قهری دارد. چنانکه علامه حلی در کتاب ارشاد خود می‌گوید: «هرکس حقی بر ذمه دارد و مثل آن‌ها طلبکار است، دین و طلب ساقط می‌شود؛ ولی، اگر آن دو از نظر جنس و وصف مخالف باشد، تساقط نیاز به تراضی دارد» (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹۹). مع‌الوصف فقیه مذکور در کتاب شرح ارشاد خود از این هم فراتر رفته و برای تحقق تهاتر در هر حال تراضی طرفین را لازم می‌بیند. او در توجیه ادعای خود می‌نویسد که چون اشتغال ذمه آن دو در برابر هم معلوم است، براءت آنان نیاز به دلیل شرعی دارد. زیرا هر حق را جداگانه می‌توان مطالبه و استیفاء کرد و حق بدهکار بر صاحب حق مانع اجرای آن نیست. پس در فرضی هم که موضوع دو دین مثل یکدیگر است، مانند موردی که بین آن دو اختلاف جنس وجود دارد، تراضی با احتیاط نزدیکتر است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹۹).

۲- قلمرو تهاتر

در فصل هشتم مجموعه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مواردی به عنوان ممنوعیت قلمرویی تهاتر عنوان نشده است. بالطبع در این مورد باید به سیستم داخلی و مقررات ملی هر یک از طرفین توجه نمود. برای مثال زمانی که یک تاجر ایرانی قصد دارد در تجارت بین‌المللی خود، به تهاتر دین خود با دین طرف مقابل استناد کند، باید با نگاهی به پیشینه و قانون ملی خود گام بردارد. زیرا هیچ‌یک از اصول

قراردادهای تجاری بین‌المللی نمی‌تواند در تعارض با قواعد آمره داخلی، مستند و محل استفاده تاجر قرار بگیرد. بند اول توضیحی از ماده اول و فصل چهارم مجموعه اصول در بیان قواعد امری مقرر می‌دارد: با در نظر گرفتن ماهیت خاص «اصول» نمی‌توان انتظار داشت که آن‌ها بر مقررات امری قابل اعمال، غلبه داشته باشند، خواه مقررات مزبور منشأ ملی یا بین‌المللی داشته باشند، خواه منشأ آن‌ها فوق ملی باشد. به بیان دیگر «اصول» نمی‌توانند بر مقررات امری غلبه کنند؛ خواه مقررات امری به‌طور مستقل از سوی دولت‌ها تصویب شده باشد (مثل بحث حاضر)، یا تصویب آن‌ها برای اجرای کنوانسیون‌های بین‌المللی باشد و خواه تصویب آن‌ها در سازمان‌های فوق ملی صورت گرفته باشد. با توجه به این بند و از آنجا که موارد تحدیدکننده قلمرو تهاتر همگی جزء قواعد آمره و بخشی از نظم عمومی حقوق داخلی ما است، لاجرم در استناد به مجموعه اصول از جانب یک تاجر ایرانی باید به آن دقت و مفاد آن رعایت شود. بر این اساس، گذری به حقوق داخلی ایران می‌شود تا موانعی را که در مسیر تحقق تهاتر به عنوان شیوه‌ای از ایفای تعهدات وجود دارد، بررسی و تبیین گردد.

۲-۱- طلب کارگر از کارفرما

ماده ۴۴ قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹ مقرر می‌دارد: «چنانچه کارگر به کارفرمای خود مدیون باشد در قبال این دیون وی، تنها می‌توان مازاد بر حداقل دستمزد را به موجب حکم قطعی دادگاه برداشت نمود. در هر حال این مبلغ نباید از یک چهارم کل مزد کارگر بیشتر باشد». حکمی که از روح این ماده در زمینه تهاتر برداشت می‌شود این است که طلب کارگر از کارفرما قابل تهاتر با طلب کارفرما از او نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۲۴۱)؛ زیرا این دین برای اعاشه کارگر و غیر قابل توقیف است (صفایی، ۱۳۸۵: ۲۶۷). تدقیق در متن ماده، یک نتیجه استثنایی در قواعد عمومی تهاتر را به ذهن خاطر نشان می‌سازد؛ اینکه در روابط کارگر و کارفرما، ایفای قهری

سیاست‌های مالی شرکت ایجاد نموده و علاوه بر ضرر شرکت، حق سایر شرکا را تضییع نماید (Anderson, et al. 2009:26). نظریه مشورتی شماره ۷/۲۶۶۱ مورخ ۱۳۶۰/۶/۲۵ نیز مؤید این امر است.

۲-۳- دیون و مطالبات دولت

تهاتر دیون دولت با سایر اشخاص به دلیل برهم خوردن نظم مالی دولت ممنوع است. در مقابل و در مقام بیان مفهوم مخالف این حکم گفته شده است که اگر بدهی و طلب دولت ناشی از یک منشأ باشد (یعنی، طلب از دولت ناشی از همان خدمتی باشد که دولت از آن بابت طلبکار است)، تهاتر مانعی ندارد. به عنوان مثال مقاطعه‌کاری پلی را برای دولت بسازد و از دولت طلبکار شود و بابت مالیات این طلب، بدهی به دولت پیدا کند که در این حال تهاتر قهری محقق می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۴۷۳). علت این حکم نیز ناشی از مفهوم مخالف مطلب اصلی است؛ یعنی در حالتی که تهاتر، نظم‌ها را برهم نزند، به طبع ممنوعیتی هم نخواهد داشت زیرا هدف، روح، بطن و سیاست حکم، حفظ شده است و همین امر سبب شده که در مواردی با وجود اصل ممنوعیت تهاتر، حکم به جواز آن داده شود. البته نظر و توجیه دیگری نیز در زمینه ممنوعیت تهاتر بدهی و مطالبات دولت عنوان شده است. بنابراین نظر علت منع دولت (از اجرای تعهدات و وصول مطالبات در قالب تهاتر)، عدم وجود مقتضا و هدف اصلی تهاتر در این حالت است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۴۴۸). زیرا هدف اصلی تهاتر، جلوگیری از مواجهه با اعسار طرف مقابل است. در بحث ما که در مقام مواجهه، یک طرف دولت و در طرف مقابل شخص قرار می‌گیرد، این خطر سالبه به انتفاء موضوع است و در نتیجه، هدف مذکور نیز محقق نیست. زیرا ما هیچ‌گاه مواجه با اعسار دولت نخواهیم شد و زمانی که دولت در مقابل ما قرار دارد، هدف تأمین مندرج در تهاتر به کار نخواهد آمد. پس در این زمینه تهاتر کاربرد نخواهد داشت.

تعهدات متقابل هم جنس اصولاً ممکن نیست مگر در مورد مازاد حداقل مزد کارگر که این بخش قابلیت رودررویی و تساقط با طلب کارفرما از طریق تهاتر را دارد. به بیان دیگر در اقسام تهاتر، تهاتر قهری و قراردادی در زمینه دیون متقابل کارگر و کارفرما سالبه به انتفاء موضوع هستند و فقط تهاتر قضایی آن هم نسبت به مازاد طلب کارگر کاربرد دارد.

۲-۲- تهاتر دین شریک و طلب شرکت تجاری و بالعکس

شرکت‌های تجاری دومین گروهی هستند که از بحث تهاتر خارج می‌شوند. ماده ۱۳۰ ق.ت در این زمینه مقرر می‌دارد که نه مدیون شرکت، می‌تواند در مقابل طلبی که ممکن است از یکی از شرکا داشته باشد، استناد به تهاتر کند، نه خود شریک می‌تواند در مقابل قرضی که ممکن است طلبکار او به شرکت داشته باشد، به تهاتر استناد کند. معذک کسی که طلبکار شرکت و مدیون به یکی از شرکا بوده و پس از انحلال شرکت طلب او لاوصول مانده در مقابل آن شریک، حق استناد به تهاتر را خواهد داشت. از تحلیل ماده ۱۳۰ ق.ت و تمیز مبنای حقوقی آن مبرهن می‌شود که قانونگذار در این ماده به تبیین یک قاعده پرداخته نه استثنا، چراکه علت اصلی عدم امکان تهاتر بین دیون شرکت و طلب شریک و بالعکس، جدا بودن شخصیت و در نتیجه دارایی شرکا و شرکت از یکدیگر می‌باشد؛ (اسکینی، ۱۳۸۶: ۶۲؛ پاسبان، ۱۳۸۷: ۳۴؛ کاویانی، ۱۳۸۶: ۱۷ و ۱۸). اموال شرکت تعلق به شرکت دارد و جزء دارایی شرکا نمی‌باشد تا طلبکاران آن‌ها اعم از خود شرکا و اشخاص ثالث بتوانند دیون شخصی خود را به عنوان دارایی شریک محسوب نموده و از محل آن طلب خود را با طلب شرکت تهاتر کنند. حقی که شریک در شرکت دارد سهم‌الشرکه او است که به موجب طبیعت خاص آن حق دارد از سود شرکت بهره‌بردار و از لحاظ ماهیت حقوقی در زمره حقوق معنوی توجیه و تبیین می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۱). از سوی دیگر جواز تهاتر دین و طلب شریک نسبت به شرکت می‌تواند اختلالاتی را در سیستم پرداخت و

۲-۴- دیون و مطالبات معیشتی

گروه دیگر از دیونی که از حیطة و قلمرو تهاتر خارج می‌شوند، دیون و مطالبات معیشتی‌اند. همانند بحث توقیف اموال یا بحث مستثنیات دین که در آن‌ها نیز این گروه از اموال قابل بازداشت نیستند. زیرا هدف و اساس وضع دیون معیشتی، حفظ و ادامه حیات و امرار معاش است. پس نمی‌تواند موضوع معامله یا تهاتر و... قرار گیرد. قدرتی همانند قدرت نظم عمومی در این قسمت نیز مانع می‌شود. برای مثال، دین پدر تنگدستی که نیاز به انفاق از سوی فرزند ثروتمندش دارد را نمی‌توان با طلب این فرزند تهاتر کرده و بر آن اساس فرزند را از پرداخت نفقه به پدر بری نمود، ولو دادگاه میزان آن را تعیین نموده باشد. زیرا در غیر این صورت، وضعیت زندگی و معاش پدر در معرض خطر قرار می‌گیرد و این امری نیست که قانونگذار بخواهد با بی‌توجهی از کنار آن بگذرد. هدفی همانند تمام موارد قبل، یعنی حفظ امر اهم، در این مورد نیز مانع می‌شود. در این زمینه از دو توجیه دیگر نیز می‌توانیم استفاده کنیم:

الف) ملاک ماده ۴۴ ق.ک: همان‌طور که در قبل بیان شد، کارفرما نمی‌تواند دستمزد کارگر خویش را موضوع تهاتر قرار دهد؛ پس به طبع در این حالت که رابطه‌ای بسیار نزدیک‌تر در میان است به طریق اولی نباید قائل به جواز اعمال این شیوه پرداخت باشیم.

ب) ملاک مواد ۶۵ ق.ا.ا، ۵۲۴ ق.آ.د.م و ۶۱ آ.ا.م.ا.ر.ل: به موجب این مواد بستانکار نمی‌تواند وسیله اعاشه بدهکار را در مقام وصول طلب خود توقیف و تملک کند؛ در نتیجه به طریق اولی ملزم به انفاق نمی‌تواند اصل اعاشه بدهکار را قطع نماید و به تهاتری استناد کند که موجب سقوط طلبش برای ندادن نفقه است (صفایی، ۱۳۸۵: ۲۶۷).

در فقه نیز امکان تهاتر طلب شوهر با نفقه زن مطرح شده است: صاحب شرایع تهاتر را مشروط به تنگدست نبودن زن کرده است. بدین استدلال که دین از آنچه افزون بر قوت

روزانه است پرداخت می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۵۷۳/۱). ولی صاحب جواهر و سید محمدکاظم طباطبایی یزدی این احتمال را داده‌اند که در صورت اعسار زن نیز تهاتر صورت پذیرد (نجفی، بی‌تا: ۳۶۴/۲۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۲۵۱/۹). همچنین، بعضی در اصل تهاتر اشکال کرده‌اند که حق زن اضعف از طلب شوهر و سایر دیون است. پس مانند این است که فاقد مماثلت است (ابن نجیم، ۱۴۰۳: ۲۶۶).

۲-۵- ضمانت و روابط تضامنی

در مورد ضمان باید میان ضمانت نقل ذمه به ذمه و ضم ذمه به ذمه قائل به تفکیک شد. بدین صورت که اگر ضمانت واقع شده به صورت نقل به ذمه باشد، با تحقق ضمان، ذمه مدیون اصلی بری و ذمه ضامن مشغول می‌شود. یعنی به‌طور کلی مدیون اولیه به کنار رفته و ضامن به عنوان مدیون جدید و طلبکار باقی می‌ماند. در این حالت اگر طلبکار دینی نسبت به مدیون سابق پیدا کند، نمی‌تواند به تهاتر طلب خود با این دین استناد کند زیرا دیگر آن شخص (مدیون اولیه)، مخاطب و مدیون طلب او قرار نمی‌گیرد. در مقابل اگر ضمانت واقع شده، از نوع ضمان تضامنی باشد، چون پس از تحقق ضمان، تعهد ضامن و مضمون عنه در عرض یا طول هم قرار می‌گیرد و مدیون اصلی و ضامن هردو (حسب مورد بر اساس نوع ضمان از حیث تضامنی یا وثیقه‌ای) مسؤول تأدیه می‌باشند، پس کماکان دین محقق بعدی طلبکار با دین مدیون اصلی قابل تهاتر باقی می‌ماند. در نتیجه در مورد ضمان باید ابتدا به نوع آن توجه نمود. ماده ۲۹۷ ق.م.د در مبحث تهاتر مقرر می‌دارد: «اگر بعد از ضمان، مضمون له به مضمون عنه مدیون شود، موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد بود» این ماده ناظر به ضمان نقل ذمه به ذمه است نه ضمان تضامنی. به طوری که اصل در حقوق مدنی ما نیز بر این نوع از ضمان است (نوبین، ۱۳۸۷: ۱۵۷). این امر نیز به پیروی از فقه امامیه است (نجفی، بی‌تا: ۲۵/۱۲۷). چنانچه ماده ۶۹۸ ق.م.د در این زمینه مقرر می‌دارد: «بعد از اینکه ضمان به طور

صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود». در حالی که در فقه اهل سنت و همچنین حقوق فرانسه، عقد ضمان از نوع ضم ذمه به ذمه است و مضمون عنه کماکان مدیون مضمون له محسوب می‌شود. در نتیجه اگر از مضمون له طلبکار شود، این طلب قابلیت تهاتر با دین مضمون له را پیدا می‌کند. به‌طور کلی هر جا که ضمان از نوع نقل به ذمه باشد غیرقابل تهاتر و اگر از نوع ضمان تضامنی باشد، قابل تهاتر است (افتخاری، ۱۳۸۲: ۳۳۶ و ۳۳۷). البته نوع دیگری از ضمان ضم ذمه وجود دارد که با عنوان ضمان وثیقه‌ای نام‌گذاری شده است. در این نوع ضمان نیز ذمه مضمون عنه تا زمان پرداخت دین به حال خود باقی می‌ماند و تفاوت آن با ضمانت تضامنی تنها در شرایط رجوع طلبکار به ضامن است؛ اینکه مضمون له ابتدا برای وصول طلب خود به مدیون اصلی رجوع می‌کند و اگر به نتیجه نرسید، به مدیون تبعی (وثیقه) مراجعه می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۴۰). بدین ترتیب در ضمان ضم ذمه اعم از تضامنی و وثیقه‌ای امکان تهاتر دیون مضمون له و ضامن وجود دارد.

۳- شروط تهاتر

برای تحقق تهاتر، شروطی لازم است که در ذیل بررسی می‌شوند:

۳-۱- تقابل دو دین

شرط اولی که در زمینه تهاتر لازم است، وجود دو دین متقابل است. شرطی که تقریباً در همه سیستم‌های حقوقی پذیرفته شده است (Berger, 2005: 2). باید توجه داشت که این تقابل دیون در ردیف سایر شروط تهاتر نیست، بلکه به نوبه خود، مقتضای تهاتر را تشکیل می‌دهد. یعنی به زبان ساده اگر این شرط وجود نداشته باشد، به هیچ وجه نمی‌توان انتظار وقوع تهاتر را داشت. ماده اول فصل هشتم اصول قراردادهای تجاری بین‌الملل، به چنین شرطی اختصاص داده شده است و

با توجه به تفکیکی که میان شرط تقابل دیون و سایر شروط تهاتر شده است، این امر به ذهن می‌رسد که در مجموعه اصول، تقابل دیون، از مرحله شرط ساده گذشته و بن‌مایه تهاتر را تشکیل می‌دهد. این ماده مقرر می‌دارد: «هنگامی که دو طرف یک قرارداد، مبلغی پول یا اجرای تعهدی از یک نوع مشابه را به هم مدیون هستند، هر یک از آن‌ها (طرف اول) می‌تواند تعهد خود را در مقابل تعهد ذینفع آن تعهد (طرف دیگر) تهاتر کند ...». در اینجا باید به این نکته نیز توجه داشت که این تقابل دیون، الزاماً باید به این کیفیت باشد که متعهد و ذی‌نفع تعهد در سمتی واحد و برای هر یک از طرفین محقق شده باشد. در نتیجه اگر برای مثال «الف»، به نام خود تعهدی را در قبال تعهد «ب» بر عهده داشته باشد ولی در سمت دیگری به عنوان امین یا مالک مطلق شرکت «ج»، ذی‌نفع تعهدی در مقابل «ب» باشد، تهاتر امکان‌پذیر نخواهد بود. زیرا به هر عنوان او به عنوان متعهد طرف اول «الف»، موظف به اجرای تعهدش است و تعهد او طلب طرف مقابل «ب» محسوب می‌شود و حال که او به هر عنوانی در طرف مقابل قرار گرفته و این بار ذی‌نفع است، این ذی‌نفعی او موجب ایراد به طلب طرف دوم «ب» و اعمال تهاتر نمی‌شود. لذا با توجه به این که ذی‌نفع و متعهد بودن هم‌زمان در طرف واحدی برای او ایجاد نشده، امکان استناد به تهاتر برای او نیز وجود ندارد.

در این خصوص اصول قراردادهای نکته ظریفی در خصوص واگذار شونده اشاره می‌کند که در پیش‌نویس به عنوان یک استثنا معرفی شده است. در واقع موضوع لزوم واحد بودن متعهد و متعهدله در تقابل دیون، در ماده ۹ با یک چالش برای واگذار کننده روبه‌رو شده و او را در معرض تهاترهای موجود تا تاریخ وصول اخطار واگذاری قرار داده است. بر اساس این ماده متعهد می‌تواند به تهاترهای ایجاد شده برای او تا این تاریخ استناد نموده و دیون خود در برابر واگذار شونده را تا میزان دین برطرف نماید (Berger, 2005: 4).

در فقه شرط تقابل دیون به صراحت بیان نشده است و علت آن‌ها می‌توان در بدهت موضوع ذکر کرد. چرا که در صورت عدم این شرط بحث از تهاتر سالبه به انتفاء موضوع است و بحث تقاص به معنی خاص کلمه مطرح می‌شود. به همین جهت در تفاوت تهاتر و تقاص گفته‌اند که: موضوع تقاص ممکن است دین کلی یا عین معین باشد، در حالی که تهاتر فقط برای دو دین جاری می‌شود. ثانیاً شرط اساسی تهاتر یکسان بودن دو دین است اما این امر در تقاص شرط نیست و شرط اصلی آن انکار و خودداری مدیون از پرداخت دین خویش است. ثالثاً تهاتر معمولاً به طور قهری صورت می‌گیرد ولی در تقاص طلبکار حق خود را از اموال مدیون که در دسترس اوست استیفا می‌کند (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۴۸۱؛ امام خمینی، بی‌تا: ۴/۱۳۹).

۳-۲- وحدت جنس

در بررسی شرط وحدت جنس در مجموعه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، به دو عنوان «عینی» و «نوعی» برمی‌خوریم. بدین بیان که در مجموعه اصول، با شرط قرار دادن تعهدهایی از نوع واحد، ذکر گردیده که در برخی نظام‌های حقوقی، الزاماً دو تعهد متقابل بایستی عینی باشند. در تبیین مفهوم «نوع» و «عین» می‌توان گفت که در تشابه عینی، دو کالا کاملاً مشابه هم و یکسان‌اند، یعنی در این جایگاه ما به تطابق کامل چه در اوصاف اصلی و چه در اوصاف فرعی می‌رسیم. این در حالی است که در تشابه نوعی، ما با اغماض بیشتری روبه‌رو هستیم. در مجموعه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تشابه نوعی برای تحقق تهاتر کفایت می‌کند. برای توضیح و تبیین بیشتر مفهوم «نوعی» و «عینی» می‌توان گفت: مفهوم تعهدهایی از یک «نوع» وسیع‌تر از مفهوم «تعهدهای عینی» است. اجرای تعهدهای غیر پولی می‌تواند از یک نوع بوده و در عین حال، عینی نباشد. مثلاً در تعهد به تحویل نوشیدنی‌هایی که از محصول یک باغ انگور تولید شده‌اند ولی سال تولید آن‌ها

متفاوت است، ممکن است تعهد مالی از یک نوع باشند، ولی تعهد عینی نخواهند بود. در مورد پرداخت با ارزهای مختلف نیز چنین است. در این نوع پرداخت‌ها، اجرای تعهد از نوع واحد نخواهد بود. با این وجود، مشابه با آنچه بر ارزهای خارجی مختلف حاکم است، اگر اوراق بهادار به سادگی قابل نقد شدن باشند و توافق بین طرفین نیز بر آن نباشد که فقط پرداخت پول یا اوراق بهادار مشخصی امکان‌پذیر باشد، از تهاتر می‌توان استفاده کرد (ذیل بند ۳ ماده اول). همان‌طور که از قسمت آخر این مطلب برداشت می‌شود، تهاتر واقع شده میان ارزهای مختلف، بدون نیاز به حکم دادگاه و معادل سازی امکان‌پذیر بوده و با توجه به اطلاق جمله و رجوع به اصل، تهاتر واقع شده نیز از نوع تهاتر قهری کامل خواهد بود. این در حالی است که در حقوق داخلی ما امکان وقوع تهاتر قهری بین ارزهای مختلف، به دلیل عدم تشابه جنس وجود ندارد. در حقوق انگلیس و سیستم کامن لا نیز امکان تهاتر بین دیون غیر پولی ولو به شکل اوراق بهادار وجود ندارد (Berger, 2005:3).

در راستای بیان تعدهای «نوعی» و «عینی» در مجموعه اصول، بایستی به تعدهای «شخصی» نیز اشاره کرد که وضعیتی مشابه مال قیمی یا عین شخصی و معین در حقوق داخلی ما دارند و به هیچ‌وجه به صورت مال نوعی قرار نمی‌گیرند. به همین خاطر، اگر یکی از تعدهای طرفین، تعهدی شخصی باشد، تهاتر امکان‌پذیر نخواهد بود.

در فقه شرط مماثلت دو دین در جنس و اوصاف به صراحت بیان شده است. چنانکه صاحب جواهر تحقق تهاتر قهری را با اجتماع شرایط از جمله تساوی در نوع و صفت می‌داند (نجفی، بی‌تا: ۲۵/۱۷۹). علامه حلی نیز در کتاب ارشاد خود می‌گوید: «و من علیه حق و له مثله تساقطا و ان كان مخالفاً افتقر الى التراضی» (حلی، ۱۴۱۰: ۳۹۰). بر این اساس، در صورت مثلی بودن موضوع دو دین نسبت به یکدیگر (اتحاد جنس موضوع دو دین) بدون هیچ نیازی به رضایت طرفین و حتی

اهلیت آن‌ها تهاتر صورت می‌گیرد (نجفی، بی‌تا: ۲۴ / ۵۳).

۳-۳- وحدت زمان

در بند ۶ از ماده یک فصل هشتم مجموعه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، به شرط زمان پرداخته شده است. متن این بند چنین است: «... موعدهای یک تعهد هنگامی فرا می‌رسد که ذی‌نفع تعهد، حق درخواست اجرای آن تعهد توسط متعهد را دارد و متعهد نیز هیچ‌گونه ایرادی را در مقابل این درخواست در دسترس ندارد...» در جزء ب بند ۱ ماده یک نیز آمده است که: «... (ب) تعهد دیگر از لحاظ تحقق و میزان تعهد، قطعی و موعدهای آن رسیده باشد...». لذا ما در راستای تحقق تهاتر در تقابل دیون ناشی از قراردادهای تجاری بین‌المللی، به دو دین قطعی نیاز داریم. صراحت ماده این را می‌رساند که امکان وقوع تهاتر مابین دیون موجلی که اجل دارند، وجود ندارد. هرچند فلسفه تهاتر و مزیت آن می‌تواند مجوز اعمال آن را در چنین جایگاه‌هایی فراهم آورد اما همان‌طور که بیان شد، استفاده از عنوان «موعد تعهد رسیده شده باشد»، اطلاق ماده را منصرف به دیون حال می‌کند. به هر طریق طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر بین دو دین موجلی که اجل واحد دارند، تهاتر را اعمال نمایند به طوری که در بند ۸ توضیحی ماده ۱ به آن اشاره شده است: «...حتی اگر شرایط مذکور در ماده فوق محقق نشود، طرفین می‌توانند با توافق به آثار ناشی از تهاتر دست یابند. طرفین می‌توانند به‌طور مشابهی توافق کنند که تعهدهای آن‌ها به‌طور قهری در یک تاریخ مشخص یا در طی مدت زمان معین تهاتر شود...» پس امکان تراضی بر وقوع تهاتر در زمان تقابل اجل دیون موجل وجود دارد؛ مضاف بر آن به استناد بند ۷ توضیحی ماده یک، اگر دو دین مؤجل، از یک قرارداد ناشی شده باشند، امکان وقوع تهاتر در آن‌ها وجود دارد. به موجب این بند: «... اگر تعهدهای دو طرف ناشی از قرارداد واحدی باشد طرف اول مجاز است که تعهد خود را در مقابل تعهد طرف دیگر تهاتر کند حتی هنگامی که تعهد طرف دیگر از جهت تحقق یافتن میزان آن قطعی نباشد...» این عین

مطلبی است که در بند ۲ ماده یک بیان شده است و بیانگر مکانیزمی است که در راستای حل و فصل سریع دعوی طرفین یک قرارداد پیش بینی شده است. اما حتی در این موارد نیز گاهی مداخله قضایی برای تعیین اینکه آیا شرایط تهاتر واقعاً محقق شده یا خیر، ضرورت پیدا می‌کند.

آنچه که مجموعه اصول نتیجه‌گیری نمود این است که اصل در قراردادهای تجاری بین‌المللی، تهاتر میان دو دین حال و متقابل است اما دو طرف به راحتی می‌توانند بر تهاتر دیون غیر محقق، در تاریخی مشخص و واحد تراضی کرده یا اینکه خود این دیون متقابل (ولو غیر محقق)، به دلیل وحدت قرارداد منشأ، موضوع تهاتر قرار گیرند؛ با توجه به اینکه در تجارت بین‌المللی، تعهدهای دو طرف اغلب ناشی از قراردادهای واحد است. نکته دیگری که در زمینه زمان نیاز به اشاره دارد، بحث مرور زمان است. در این زمینه ماده ۱۰، ۱۰ اصول قراردادهای مقرر می‌کند: «ذی‌نفع تعهد می‌تواند تا زمانی که متعهد منقضی شدن مدت مرور زمان را اعلام کند حق تهاترش را اجرا نماید». بنابر این، بند استناد به تهاتر محدود به یک دور زمانی شده و دفاع طرف مقابل مبنی بر منقضی شدن مدت مزبور، تهاتر را از دسترس خارج می‌کند (اخلاقی و امام، ۱۳۸۵: ۴۷۹). چراکه ایراد مرور زمان در حالت عادی نیز تعهد به اجرای تعهد را برطرف می‌کند (Berger, 2005: 6).

همانند آنچه که در مبحث قبل گفته شد فقه ما در زمینه شرط وحدت زمان نیز از تفصیل و تشریح خودداری کرده است که در این مورد نیز می‌توان سکوت فقها را با استقرا در فتاوی پراکنده آن‌ها و نیز قواعد عمومی تهاتر حمل بر بدهت امر کرد و نتیجه گرفت که برای تحقق تهاتر قهری باید هر دو دین حال و قابل وصول باشند.

۳-۴- وحدت مکان

در مجموعه اصول، برای تحقق تهاتر، شرطی به عنوان شرط وحدت مکان قرار داده نشده است. این امر دو تردید را به ذهن می‌آورد: اینکه شرط وحدت مکان اساساً برای انجام

اعمال می‌شود؛ یعنی متعهد باید تعهدش را در محل تجاری ذینفع عملی سازد.

بند دومی هم در ماده ۶-۱-۶ وجود دارد که به بررسی نتایج تغییر محل تجاری یکی از طرفین بعد از انعقاد قرارداد می‌پردازد. بر اساس این بند، با توجه به اهمیت محل تجاری طرفین، ضرورت دارد وضعیتی که در آن یکی از طرفین بعد از انعقاد قرارداد، محل خود را تغییر می‌دهد نیز بررسی شود. زیرا این اقدامی است که ممکن است هزینه‌ای اضافی برای طرف اجرا کننده تعهد در پی داشته باشد. لذا مطابق قاعده تثبیت شده در این بند، هزینه‌های اضافی ناشی از تغییر محل تجاری، بر عهده طرفی خواهد بود که این تغییر را انجام داده است (اخلاقی و امام، ۱۳۸۵: ۲۴۴). روشن است این مقرر به دلیل اهمیت مکان در روابط تجاری بین‌المللی پیش‌بینی شده است.^۱

در فقه راجع به شرط مکان به صورت مستقل و تفصیلی بحثی نشده است. فقط در بیان شرایط تهاتر از این شرط نام برده شده است. چنانکه صاحب شرایع و جواهر می‌گویند: «در صورتی که دو دین از لحاظ جنس و وصف یا زمان و مکان تأدیه با هم متفاوت باشند تهاتر تنها با رضایت طرفین ممکن می‌شود» (نجفی، بی‌تا: ۳۴۱/۲۴ - ۳۴۲). از مفهوم مخالف این متن می‌توان برداشت نمود که در تهاتر قهری یکی از شرایط تحقق، شرط وحدت مکان دیون است. ماده ۲۹۸ قانون مدنی ایران در این زمینه مقرر می‌دارد: «اگر فقط محل تأدیه دینین مختلف باشد تهاتر وقتی حاصل می‌شود که با تأدیه مخارج مربوط به نقل موضوع قرض از محلی به محل دیگر یا به نحوی از انحاء طرفین حق تأدیه در محل معین را ساقط نمایند». در تحقیقی که عده‌ای از حقوقدانان کشور درباره منبع اقتباس مواد قانون مدنی به عمل آورده‌اند، نیز ماده ۲۹۸ قانون مدنی مقتبس از ماده ۱۲۹۶ قانون مدنی فرانسه دانسته شده است که برای اثبات این سخن، گذری به قانون فرانسه می‌کنیم. به موجب

تهاتر لازم نیست یا اینکه کاملاً برعکس، این امر شرطی لازم، بدیهی و تأثیرگذار بوده و علت عدم ذکر آن نیز، وجود قواعد خاص در این زمینه است. با توجه به سیستم خاص تهاتر، تأثیر غیر قابل انکار مکان در ارزش کالا و مخصوصاً دقت و اهمیت این بحث در قراردادهای تجاری بین‌المللی، به نظر می‌رسد احتمال دوم قوی‌تر باشد. وقتی در یک قرارداد ساده تجاری داخلی، مکان چنان نقش مؤثری را ایفا می‌کند. به طبع، در عقود بین‌المللی با توجه به معمول حجم مبادلات آن، مکان نقش مؤثرتر و با اهمیت‌تری ایفا خواهد کرد. فصل ششم این مجموعه به بحث اجرای تعهدات پرداخته و ماده ۶-۱-۶ این فصل به محل اجرای تعهد اختصاص داده شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «۱- در صورتی که محل اجرای تعهد به‌طور قطعی در قرارداد تعیین نشده باشد یا از قرارداد قابل احراز نباشد، هر طرف باید تعهداتش را به نحو زیر اجرا کند: الف) تعهد پولی باید در محل تجاری ذینفع تعهد انجام شود. ب) هر تعهد دیگری باید در محل تجاری متعهد انجام شود. ۲- هر طرف باید هرگونه افزایش هزینه را که برای اجرای تعهداتش، تبعی و به سبب تغییر محل تجاری او متعاقب بر انعقاد قرارداد حاصل شده است متحمل شود». پس بنابر این ماده، به‌طور کلی در خصوص محل اجرای تعهد در قراردادهای تجاری بین‌المللی، دو حالت کلی وجود دارد:

الف) محل اجرای تعهد، در قرارداد مشخص شده و یا در صورت عدم درج با توجه به مفاد قرارداد قابل تعیین است که این امر اغلب به صورت درج یک شرط صریح در قرارداد است.

ب) علاوه بر عدم درج در متن قرارداد، از اوضاع و احوال نیز چیزی برداشت نمی‌شود. در اینجا قواعدی مورد نیاز است. در بند ۱ ماده ۶-۱-۶ دو راه حل در این خصوص ارائه شده است: ۱- قاعده کلی این است که هر طرف ملزم است تعهداتش را در محل تجاری خودش اجرا کند. ۲- قاعده دوم، مختص تعهدات پولی است که در آن‌ها، عکس قاعده فوق

^۱ - CHAPTER 6 - Section 1 - UNIDROIT

این ماده: «هرگاه دو دین، قابل تأدیه در محل واحد نباشند، استناد به تهاتر صرفاً با تأدیه مخارج مربوط به ارسال مورد تعهد، میسر است».

۳-۵- شرط آزاد بودن دیون

در مورد این شرط از شرایط تهاتر نیز در مجموعه اصول بحثی نشده است. علت آن ممکن است به شکلی بودن بحث تأمین و توقیف اموال مربوط شود. در واقع توقیف و بازداشت مال بدهکار توسط طلبکار، موجب می‌شود ثالث نتواند با ادعای تهاتر در این مال دخالت کند. حال در راستای تأمین و بازداشت اموال یک فرد، ولو طلبکار شخصی خارجی باشد، نیازمند اجرای قوانین داخلی هستیم. زیرا حتی وجود عنصری بین‌المللی باعث نمی‌شود که لزوماً همان حکم در ایران به موجب قوانین اجرا گردد. چنانچه در حقوق داخلی فرانسه نیز با وجود پذیرش تهاتر به عنوان یکی از شیوه‌های پرداخت، تصفیه حساب‌های ناشی از ورشکستگی از این حوزه خارج شده است (Omar, 2004:3). لذا شاید بتوان گفت عدم اشاره اصول قراردادهای به این شرط ممکن است به عدم وجود وجهه بین‌المللی توقیف اموال و بحث اجرایی بودن آن مربوط باشد. به‌طور کلی بحث توقیف و تضمین به صورت خیلی جزئی و مختصر در ماده ۳-۴-۷ مجموعه اصول آمده است. این ماده مقرر می‌دارد: «طرفی که به‌طور معقول و متعارف، اعتقاد دارد که عدم اجرای اساسی تعهد از سوی طرف دیگر محقق خواهد شد، می‌تواند خواستار تضمین مناسب برای اجرای مقرر شده باشد و در عین حال از اجرای تعهدش خودداری کند و در صورتی که تضمین مزبور در مدت زمانی متعارف فراهم آورده نشود به قرارداد خاتمه دهد.» به موجب بندهای توضیحی ماده فوق نیز، مفهوم تضمین مناسب، به اوضاع و احوال موجود بستگی خواهد داشت، به نحوی که در برخی موارد حتی اعلام طرف دیگر به اینکه تعهدش انجام خواهد شد کفایت می‌کند. همان‌طور که می‌بینیم مجموعه اصول به صورت گسترده به بحث تضمین و بازداشت مال بدهکار پرداخته و در این راستا

صرفاً به کسب یک تضمین که نوع آن را نیز می‌تواند متفاوت باشد، بسنده کرده است که این امر نشان‌دهنده این است که جایگاه اصلی تضمین و بازداشت مال، حقوق شکلی و داخلی طرفین قرارداد است. مضاف بر اینکه با توجه به امری بودن مواد مربوط به بازداشت و توقیف اموال و عدم امکان مداخله در آن، مستنداً به ماده ۴-۱-۱ مجموعه اصول، نمی‌توان مواد این مجموعه را برخلاف آنان بکار برد. ماده ۴-۱ در این زمینه مقرر می‌دارد: «هیچ یک از مواد این اصول، اعمال قواعد امری را که مطابق با قواعد مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی قابل اعمال هستند، محدود نخواهد کرد؛ خواه منشأ آن‌ها ملی یا بین‌المللی باشد، خواه فوق ملی». لذا جایگاه اصلی بحث مربوط به جواز یا ممنوعیت وقوع تهاتر در این قسمت، حقوق داخلی هر یک از طرفین قرارداد است.

آزاد بودن دیون موضوع تهاتر در فقه مورد اشاره قرار نگرفته است. البته این امر جز امور بدیهی در فقه و هر قانون دیگری است که موضوع ایفای دین و یا تهاتر نباید متعلق حق شخص یا اشخاص ثالث قرار گرفته باشد. در این زمینه می‌توان از احکام عناوین مشابه در فقه وحدت ملاک گرفت. چنانکه یکی از فقهای معاصر در کتاب خود، ذیل عنوان تقاص چنین مقرر داشته است: «تقاص از مالی که حق دیگری به آن تعلق گرفته است مانند حق رهن و حق طلبکارها در مال کسی که محجور علیه واقع شده است و در مال میت که ترکه‌اش وافی به دیونش نمی‌باشد، جایز نیست» (امام خمینی، بی‌تا: ۱۴۳/۴).

۳-۶- شرط قطعی بودن دیون

شرط قطعیت دیون در مجموعه اصول نیز مورد اشاره قرار گرفته است. در بند (ب) ماده یک چنین آمده است: «تعهد طرف دیگر از لحاظ تحقق و میزان تعهد قطعی و موعد اجرای آن رسیده باشد». سپس در مقام توجیه و تبیین مفهوم قطعیت در بند پنجم توضیحی در راستای تبیین این بند چنین عنوان می‌کند: «تحقق یک تعهد هنگامی قطعی می‌شود که امکان

می‌گیرد زیرا اصول نماینده قواعد تجاری کشورهای مختلف جهان است و این امر در نهایت ما را به یک اشتراک جهانی در این زمینه می‌رساند. اما در این میان دو نکته در خور توجه نیز وجود دارد:

نکته اول در مورد تشریفات شکلی مندرج در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در زمینه تهاتر است. زیرا بعضاً چنین معادل‌هایی در بحث تحقق تهاتر در حقوق داخلی ما وجود ندارند. مقایسه این اختلاف ما را به این نتیجه می‌رساند که حداقل در زمینه تشریفات شکلی، شروط مقرر در مجموعه اصول دارای استحکام، جامعیت و مزیت بیشتری نسبت به حقوق داخلی می‌باشد. برای مثال در بحث مرور زمان، در حقوق داخلی، مرور زمان به صورت مطلق قابلیت مطالبه دین را از بین می‌برد، اما در مجموعه اصول، این مزیت منوط به عدم ارسال اخطار از سوی متعهد شده است. با توجه به اختلاف نظرهایی که در سیستم حقوق داخلی ما در زمینه مرور زمان وجود دارد و این واقعیت که حتی پس از شمول آن نیز، وجود اصل دین قابل انکار نمی‌باشد، هرچند از قابلیت مطالبه خارج شده باشد و سایر مسائل از این دست، می‌بینیم که پیش‌بینی این شرط می‌تواند در راستای وصول به حق و به عنوان امتیازی هرچند خفیف برای متعهدله دین مزبور، مفید فایده باشد. لذا جا دارد که در حقوق داخلی ما نیز چنین فرایندی مورد استفاده قرار گیرد.

نکته دوم در زمینه شروط و حدود و ثغور مرزهای این شیوه قهری است. در این مورد نیز باید اذعان نمود که ممکن است. هر روزه قواعدی وضع شود که منشأ تغییر و تحول در این زمینه گردد. ممنوعیت‌هایی که به دلیل حساسیت قواعد تجاری بین‌المللی و وجود عنصر مرز در آن وجود دارد نیز امری دقیق، حساس و در خور توجه است. لذا نمی‌توان ادعا کرد که تحقیق حاضر دارای ثباتی دائمی در این زمینه است. اما به هر طریق پیشنهاد می‌گردد که در سایر زمینه‌ها نیز این بررسی تطبیقی انجام پذیرد. زیرا اولاً کشور ایران به موجب

تنازعی درباره آن موجود نباشد. برای مثال هنگامی که یک تعهد مبتنی بر قراردادی معتبر و منجز یا یک حکم یا رأی نهایی و قطعی و غیرقابل اعتراض (دادگاه یا دیوان دادرسی) باشد آن تعهد قطعی است.» همان‌طور که می‌بینیم، شیوه بیان مفهوم قطعیت، در مجموعه اصول، جامع و کامل است. زیرا در این تعریف، هم قرارداد و هم حکم یا رأی مورد اشاره قرار گرفته است با این وصف که از یک سو، قرارداد مبنایی به صورت منجز بوده؛ که این عنوان از هرگونه بحث و جدل بعدی در زمینه قراردادهای موجد و معلق و حواشی آن جلوگیری می‌کند و از سوی دیگر در بیان رأی مبنایی تعهد موضوعه، از وصف «قطعی و غیرقابل اعتراض» برای این حکم استفاده شده که این امر از تهاتر میان دیونی که از حکم صادره قابل اعتراض ناشی می‌شوند جلوگیری می‌کند (و البته این تأکید و وصفی به جا و شایسته است). جامعیت تعریف ارائه شده از بسیاری از بحث‌ها و اختلافات بعدی جلوگیری کرده و مسیر وصول به تهاتر را هموارتر می‌کند. در قسمتی از این بند توضیحی چنین آمده است: «حتی اگر تعهد طرف دیگر مورد اعتراض واقع نشود هنگامی که میزان تعهد قطعی نیست تهاتر را نمی‌توان اعمال کرد». لذا در راستای وصول به تهاتر ما الزاماً باید به قطعیت رسیده باشیم و در مقابل نیز ادای دین مذکور پس از قطعیت و به واسطه تهاتر، مورد حمایت قانونگذار است. بدین صورت که چنانچه پس از وقوع تهاتر، بنا به هر دلیل ذی‌نفع نبودن متعهدله ثابت شود، او ملزم به بازپرداخت مال دریافتی از این طریق خواهد بود.

نتیجه‌گیری

تهاتر به عنوان شیوه‌ای قهری در سقوط تعهدات، مورد بررسی، کاوش و تطبیق قرار گرفت. آنچه از این بررسی و تحقیق حاصل می‌شود این است که تهاتر به عنوان شیوه‌ای قهری در ادای دیون در قوانین حقوقی کشورهای دیگر جهان نیز وجود دارد و در معاملات تجاری آنان مورد استفاده قرار

«لایحه قانونی الحاق دولت ایران به مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی» مصوب اسفندماه ۱۳۴۳ به این مؤسسه ملحق شده است و از سوی دیگر مجموعه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، همچون گنجینه‌ای گران‌بها است که شاید ثقیل بودن و سختی ظاهری و اولیه آن، جذابیت مطالعه و شوق پیگیری را در مرحله اول کم کند، اما مطالعه و تحقیق در این زمینه نه تنها این مشکل را به زیباترین شکل حل می‌کند، بلکه ماحصل به دست آمده می‌تواند هر چه بیشتر به غنای حقوق داخلی ما بیفزاید.

ملاحظات اخلاقی: در این تحقیق، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

تعارض منافع: در این مقاله هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

سهم نویسندگان: نویسندگان مقاله دارای سهم برابر هستند و نظارت علمی و اصلاحات نهایی توسط نویسنده مسؤول صورت گرفت.

تشکر و قدردانی: از کلیه کسانی که در تهیه این مقاله ما را یاری رساندند، تشکر می‌نماییم.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش بدون تأمین مالی سامان یافته است.

منابع و مأخذ

الف. منابع فارسی

- اخلاقی، بهروز و امام، رهبر (۱۳۸۵). *اصول قرارداد های تجاری بین‌المللی*. ترجمه و تحقیق مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی دانش.

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۶). *حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری*. جلد اول، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات سمت.

- افتخاری، جواد (۱۳۸۲). *حقوق مدنی ۳: کلیات عقود و حقوق تعهدات*. چاپ اول، تهران: نشر میزان.

- پاسبان، محمدرضا (۱۳۸۷). *حقوق شرکت‌های تجاری*. چاپ سوم، تهران: انتشارات سمت.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. چاپ چهارم، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷). *مجموعه محشی قانون مدنی*. چاپ سوم، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.

- صفایی، سید حسین (۱۳۸۵). *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها*. جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.

- قاسم‌زاده، سید مرتضی؛ ره پیک، حسن و کیایی، عبدالله (۱۳۸۹). *تفسیر قانون مدنی*. چاپ چهارم، تهران: انتشارات سمت.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). *اموال و مالکیت*. چاپ بیست و هشتم، تهران: نشر میزان.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). *عقود معین*. جلد چهارم، چاپ ششم، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). *نظریه عمومی تعهدات*. چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.

- کاویانی، کورش (۱۳۸۶). *حقوق شرکت‌های تجاری*. چاپ اول، تهران: نشر میزان.

- نوین، پرویز (۱۳۸۷). *حقوق مدنی ۷*. چاپ دوم، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.

ب. منابع عربی

- ابن نجیم، زین‌الدین (۱۴۰۳). *الاشیاء و النظائر*. به کوشش محمد مطیع حافظ، دمشق: تراب.

- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). *مکاسب*. جلد سوم، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*. جلد بیستم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۰). *إرشاد الأذهان إلی احکام الایمان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا). *تحریر الوسیله*. جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه دار العلم.

- رشتی گیلانی نجفی، حبیب‌الله (۱۴۰۱). *کتاب القضاء*. جلد اول، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.

- شهید ثانی، زین‌الدین عاملی (۱۴۱۰). *الروضه البهیة فی*

البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. جلد نهم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- نجفی، محمد حسن (بی‌تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. جلد بیست و چهارم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

ج. منابع انگلیسی

- Berger, K (2005). *Set-Off*. in: ICC Bull. (Special Supplement) 2005, at 17 et seq

- Anderson, R; Gelbman, T & Pullen, B (2009). *Recent Developments in the Law of Set-off*. Washington DC, USA: Neely Worldwide Publishing

- Omar, P. J (2004). *Collection ... French Insolvency Law*. Nottingham: Nottingham Law School.

شرح اللمعه دمشقیه. جلد سوم، چاپ اول، قم: کتاب فروشی داوری.

- شهید ثانی، زین‌الدین عاملی (۱۴۱۳). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. جلد هشتم، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸). *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*. جلد نهم، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

- عاملی، جواد بن محمد (۱۴۱۹). *مفتاح الکرامه فی شرح عوائد العلامه*. جلد چهارم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. جلد اول، تهران: انتشارات استقلال.

- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳). *مجمع الفائده و*

References

- Akhlaqi, B & Imam, R (2006). *Principles of International Trade Contracts*. Translation and Research of the International Institute for the Standardization of Private Law, 2nd ed. Tehran: Danesh Legal Studies and Research Institute. (Persian)
- Ameli, J (1998). *Meftah Al-Keramah*. Qom: Islamic publication book. (Arabic)
- Ameli, Z (1990). *Al-Rawdah Al-Bahiya*. Qom: The Book of Froshi Dauri. (Arabic)
- Ameli, Z (1993). *Masalek Al-Afham*. Qom: The Islamic Knowledge Foundation. (Arabic)
- Anderson, R; Gelbman, T & Pullen, B (2009). *Recent Developments in the Law of Set-off*. Washington DC, USA: Neely Worldwide Publishing.
- Ansari, M (1995). *Makaseb*. Qom: Sheikh Azam Ansari. (Arabic)
- Bahrani, Y (1985). *Al-Hadaegh Al-Nazera*. Qom: An Islamic publication book. (Arabic)
- Eftekhari, J (2003). *Civil Law 3; Generalities of Contracts and Rights of Obligations*. 1st ed. Tehran: Mizan Publishing. (Persian)
- Hilli, H (1990). *Ershad Al-Azhan*. Qom: An Islamic book of publications. (Arabic)
- Ibn Njeim, Z (1982). *Al-Ashya va Al-Nazaer*. Damascus: Dust. (Arabic)
- Jafari Langroudi, MJ (2008). *Civil Law Collection*. 3rd ed. Tehran: Ganj-e-Danesh Library Publications. (Persian)
- Jafari Langroudi, MJ (2009). *Extensive in Legal Terminology*. 4th ed. Tehran: Ganj-e-Danesh Library Publications. (Persian)
- Katozian, N (2008). *Property and Ownership*. 28th ed. Tehran: Mizan Publishing. (Persian)
- Katozian, N (2010). *Certain Contracts*. Vol 4, 6th ed. Tehran: Publishing Company. (Persian)
- Kaviani, K (2007). *The Law of Commercial Companies*. 1st ed. Tehran: Mizan Publishing. (Persian)
- Khomeini, SR (N.D). *Tahrir Al-Vasileh*. Qom: founder of Dar Al-Ilm. (Arabic)
- Maqdis Ardebili, A (1983). *Majma Al-Faede va Al-Borhan*. Qom: An Islamic publication book. (Arabic)
- Muhaqqiq Helli, J (1989). *Sharayeh Al-Eslam*. Tehran: Esteghlal Publishing. (Arabic)
- Novin, P (2008). *Civil Law 7*. 2nd ed. Tehran: Ganj-e-Danesh Library Publications. (Persian)
- Omar, P. J (2004). *Collection ... French Insolvency Law*. Nottingham: Nottingham Law School.
- Pasban, MR (2008). *The Law of Commercial Companies*. 3rd ed. Tehran: Samat Publications. (Persian)
- Qasemzadeh, SM; Rahpik, H and Kiai, A (2010). *Interpretation of Civil Law*. 4th ed. Tehran: Samat Publications. (Persian)
- Rashti Gilani Najafi, H (1981). *Ketab Al-Qaza*. Qom: House of the Noble Qur'an. (Arabic)
- Safaei, SH (2006). *Introductory Course in Civil Law; General Rules of Contracts*. Vol 2, 4th ed. Tehran: Mizan Publishing. (Persian)
- Skini, R (2007). *Business Law; Commercial Companies*. Vol 1, 11th ed. Tehran: Samat Publications. (Persian)

- Tabatabai, SA (1997). *Riyad Al-Massal*. Qom: Foundation of ale-beit. (Arabic)

Berger, K (2005). *Set-Off*. in: ICC Bull. (Special Supplement) 2005, at 17 et seq.

-Katozian, N (2007). *General Theory of Obligations*. 4th ed. Tehran: Mizan Publishing. (Persian)

-Najafi, MH (N.D). *Javaher Al-Kalam*. Beirut: Arab Heritage Revival House. (Arabic)