

Research Paper

A Review of Set-off in French and German Legal Systems Considering "Ghahri" Set-off in Iranian Law

Ahmad Esfandiari*¹ ¹ Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, Sari Branch, Sari, Iran.

10.22080/LPS.2022.22597.1281

Received:

November 7, 2021

Accepted:

December 15, 2021

Available online:

February 14, 2022

Keywords:

Automatic purity, Legal purity, Declarative purity, Voluntary purity, Confrontation

Abstract

The objective of this research is a study of the set-off in French and German Legal Systems with an approach to "Ghahri" set-off in Iranian law. This is an analytical-descriptive Study. The extinction of mutual debts to amount that equivalence each other from time of confluence, automatically by inspiring of word "ipsojure" in Roman law and under influence of thoughts of Domat and Pothier, became a dogma in French law, but since this concept of compensation is considerably exaggerated and idealistic, the concept of legal set-off in French Civil Code and concept of declaratory set-off in German Civil Code. Article 295 of Iranian Civil Code laid phrase "Ghahri" set-off by inspiring of some existent approaches in Islamic jurisprudence and civil law. Because of ambiguity in concept of word "Ghahri" in jurisprudential books, more jurists described it as equivalent of automatic set-off or legal set-off. Careful attention to the jurisprudential background of the subject and the expressions used in the civil law, brings it closer to the concept of declared set-off in German law and voluntary Set-off in Islamic jurisprudence.

***Corresponding Author:** Ahmad Esfandiari**Address:** Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, Sari Branch, Sari, Iran.**Email:** ahmadesfandiari@iausari.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

The French and German legal systems went through ups and downs to reach the current concept of set-off. The roots of the views and solutions in the field of set-off in these two systems must be sought in Roman Law where set-off was initially considered just a means of procedure and could be raised exclusively in the judicial process (Van Deventer, 2016: 11). In Justinian's era, set-off was accepted conditionally and gradually as a rule in the Roman legal system by prescribing judicial set-off- which can only be invoked in court and the possibility of which depends on the discretion of the judicial authority- so that when the proceeding and decision on mutual debts did not require much time and complex actions, the court could issue a verdict of set-off (Sanhoury, 1988, 3: 886).

2. Research Methodology

In this article, the main emphasis is on identifying and introducing the historical course and views on set-off in the two legal systems of France and Germany and comparing them to the concept of "Ghahri Set-off" in Iranian legal system. To this end, an analytical-descriptive method is used along with library tools. Our studies in this field indicate that:

In the seventeenth century, automatic set-off was crystallized in the French Civil Law system, based on which, two mutual debts, from the moment intersected, disappeared to the extent that they equated with each other (Carbonnier, 1997: 559). Some Muslim jurists have introduced the set-off between the two mutual debts as rational and refused their survival (Rashti, 1401: 202) without considering any role for the will of at least one of the parties or the direct ruling of the Shariah

in this case. However, the Shariah also confirmed this rational ruling and indirectly ruled the set-off of the two mutual debts. As some commentators on the Civil Law argue, the "Ghahri Set-off" in Article 295 of the Iranian Civil Law has been interpreted as a rational set-off. (Emami, 1993, 1: 343; Katozian, 2000: 452). Due to the unrealistic theory of automatic set-off and the existing conflicts, its validity was declined rapidly (Drakidis, 1955: 239) and the concept of "Legal Set-off" gradually overcame it in French Law. According to Article 1290 of the French Civil Code, when two mutual debts meet and, if there are conditions, set-off takes place without the need for a court order and even without the need to inform the parties. Some Muslim jurists argued that the simultaneous engagement of a person in a debt, which is obligatory against him, is contrary to the rules of the Sharia without accepting a role for the will of one of the two mutual debtors or the rule of reason. They considered "Canonical Set-off" which is somewhat close to the concept of "Legal Set-off" (Hakim, Bita: 401). The works of the first commentators on the Civil Law do not mention legal set-off. This term- which entered the Iranian's legal literature through French law- was considered by some late legal writers as comparable to "Ghahri Set-off" and "Rationale Set-off" (Jafari Langroudi, 1993: 182; Shahidi, 2010: 164; Katozian, 2000: 454). However, one of the legal writers implicitly approached the concept of "Canonical and Legal Set-off" by referring to the non- extinction of two obligations in the absence of the rule of law (Jafari Langroudi, 2002, 2: 1474). According to German Civil Law- which, despite maintaining some common principles of set-off, gradually parted ways with French law- in the presence of two mutual debts, achieving set-off between the two

requires a declaration by the debtor being addressed to the creditor. This type of setting off is known as “Declaratory Set-off”.

Research Results

In Islamic jurisprudence, set-off is a matter of choice and “Ghahri Set-off” refers to cases where due to the mutuality between the two debts, there is no need for mutual consent for set off to occur. However, the will of one of the two mutual debtors in the process of its occurrence is emphasized. This means that whenever a person's dhimma is engaged in something that another person's dhimma is engaged in, the debtor can set it off (Khansari, 1976, 1: 125; Khoei, Bi Ta, 38: 404). Although most Iranian Civil Law writers have tried to reconcile the “Ghahri Set-off” in the Civil Law with “Automatic Set-off” or “Legal Set-off”, in exceptional cases they have pointed to the need for the will of one of the parties. One of these cases is Article 282 of the Iranian Civil Code, according to which if a person owes several debts to another, it is up to the debtor to determine which debt the payment is for.

3. Conclusion

Article 295 of the Iranian Civil Code, without referring to the spontaneity of set-off and the legislator's ruling in this process, recognizes the concept of “Ghahri Set-off” versus “Contractual Set-

off”. The clause “... without the parties agreeing on this issue” in the mentioned article only denies the necessity of agreement for the occurrence of set-off. However, it does not expose the necessity of announcing the will of one of the parties in this case. Furthermore, the clause “... as soon as two persons with each other, and the parties go against each other in the amount equal to each other” is also a potential for the creation of a set-off, which becomes an action by announcing the will of one of the parties. In this case, the effect of set-off is immediate and applies only to the future. Thus, it turns out that the “Ghahri Set-off” in the Iranian law is closer to the concept of “Declarative Set-off” in the German Law compared to the “Automatic Set-off” or “Legal Set-off” in the French Law.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

All parts of the paper have been prepared by the corresponding author.

Conflict of interest

The author declares no conflict of interest.

Acknowledgments

The author is grateful to all the consultants to this paper.



علمی پژوهشی

تهاتر در نظام های حقوق فرانسه و آلمان با نگاهی به تهاتر قهری در حقوق ایران

احمد اسفندیاری^{*۱} ID

^۱ استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران.

doi 10.22080/LPS.2022.22597.1281

چکیده

سقوط دو دین متقابل به طور خودکار به مقدری که با یکدیگر معادله می‌نمایند، از لحظه‌ی تلاقی با الهام از عبارت "Ipsa Jure" در حقوق روم و تحت تأثیر و نفوذ اندیشه‌های دوما و پوتیه در حقوق فرانسه به عنوان یک قاعده شکل گرفت. اما از آنجایی که این مفهوم از تهاتر تا حد زیادی، مبالغه‌آمیز و غیرواقع‌گرایانه بود، برای رفع تعارضات موجود در اطراف آن و سازگار نمودن آن با واقعیات، مفهوم تهاتر قانونی در قانون مدنی فرانسه و مفهوم تهاتر اعلامی در حقوق آلمان، پیش‌بینی شده است. ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی ایران، عبارت «تهاتر قهری» را با الهام از برخی دیدگاه‌های موجود در فقه اسلامی و نظام حقوق نوشته، مطرح نمود. به دلیل ابهام در مفهوم واژه «قهری» در کتاب‌های فقهی، بیشتر نویسندگان حقوقی، آن را معادل تهاتر خودکار یا تهاتر قانونی به حساب آوردند. هدف از انجام این تحقیق، بررسی تهاتر در نظام‌های حقوق فرانسه و آلمان با نگاهی به تهاتر قهری در حقوق ایران و شناسایی نقاط قوت و ضعف و خلأهای مقررات موجود است و روش تحقیق در نگارش این مقاله به صورت تحلیلی-توصیفی است. در نهایت چنین به نظر می‌رسد که توجه دقیق به پیشینه‌ی فقهی موضوع و عبارات به‌کاررفته در قانون مدنی، تهاتر قهری در قانون مدنی را به مفهوم تهاتر اعلامی در حقوق ژرمنی و تهاتر اختیاری در فقه اسلامی، نزدیک‌تر می‌کند.

تاریخ دریافت:

۱۶ آبان ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۴ آذر ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۵ بهمن ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

تهاتر خودکار؛ تهاتر قانونی؛
تهاتر اعلامی؛ تهاتر اختیاری؛
تقابل.

* نویسنده مسئول: احمد اسفندیاری

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد ایمیل: ahmadesfandiari@iausari.ac.ir اسلامی، ساری، ایران.

۱ مقدمه

بنیادینی قرار گرفت. به طوری که هرکدام از دیدگاه‌های تهاتر خودکار، تهاتر قانونی و تهاتر اعلامی در این کشورها با مفاهیم و مبانی و آثار خاص خود، ادبیات حقوقی اصیلی را در مقایسه با نظام حقوقی روم قدیم خلق نمودند. با این حال در سایه تحولات ایجادشده، دیدگاه دو نظام حقوقی رومی و ژرمنی در مورد تهاتر- بدون در نظر گرفتن برخی تفاوت‌های جزئی، بسیار به یکدیگر نزدیک شده است و علی‌رغم داشتن تمایلات مغایر، هر دو نظام حقوقی در نهایت، نقش اراده در وقوع تهاتر را به رسمیت شناختند و تفاوت آن‌ها در این زمینه به تفسیر سکوت، محدود شده است: مطابق سیستم نخست، در صورت سکوت خوانده، فرض بر این است که وی خواست تا تهاتر انجام شود. برعکس در سیستم اخیر در صورت سکوت بدهکار، فرض بر این است که وی نخواست که تهاتر واقع شود.

مراجعه به پیشینه‌ی فقهی موضوع، نیز نشان می‌دهد که مطابق نظر مشهور فقها، منظور از تهاتر قهری، نوعی از تهاتر است که به دلیل اشتغال همزمان ذمه‌ی دو شخص به دو دین کلی- که از لحاظ جنس و وصف، یکسان می‌باشند- برای برائت ذمه‌ی دو بدهکار بستانکار از یکدیگر، نیازی به تراضی آن‌ها نمی‌باشد؛ ولی اراده‌ی یکی از طرفین در وقوع تهاتر، لازم بوده و این امر، هرگز به طور خودبه‌خودی یا به حکم شارع واقع نمی‌شود و به استناد خوانده در دادگاه، نیازی نیست. از این گذشته، برخلاف اکثر فقها که اثر تهاتر را برائت ذمه و به تبع آن، سقوط دو دین می‌دانند، فقهای حنفی، اثر آن را صرفاً محدود به سقوط حق مطالبه‌ی دین معرفی می‌کنند (زحیلی، ۱۹۸۵، ۳: ۳۸۴) و نه سقوط اصل دو دین. بر این اساس هرگاه بدهکار پس از اجتماع شرایط تهاتر، از روی میل دین خود را پرداخت نماید، نمی‌تواند به استناد اینکه با ایجاد

نظام حقوقی رومی و ژرمنی برای رسیدن به مفهوم کنونی از تهاتر، راه پرفرازونشیبی را پیمود. ریشه‌ی دیدگاه‌ها و راه‌حل‌های موجود در زمینه‌ی تهاتر را در این دو نظام باید در حقوق روم جست‌وجو کرد. به لحاظ تاریخی، پذیرش تهاتر یا عدم پذیرش تهاتر در نظام‌های حقوقی بر ملاحظات آیین دادرسی، استوار بود. در حقوق روم نیز از ابتدا تهاتر یک ابزار دادرسی، محسوب می‌شد (Jousselin, 1900: 27) و صرفاً به‌عنوان مکانیزم دادرسی، عمل می‌نمود و منحصرأ در فرایند رسیدگی قضایی، قابلیت مطرح‌شدن داشت (Van Deventer, 2016: 11).

مطابق اصل رسیدگی واحد^۲، دعوای واحد، فقط می‌توانست شامل طلب واحد باشد؛ به این معنی که پاسخ به دعوا به صورت بله یا خیر یعنی از طریق اقرار به دعوی یا انکار نسبت به آن، قابل طرح بود. لذا این امکان برای خوانده فراهم نبود تا در برابر دعوای خواهان، به تهاتر استناد نماید؛ زیرا برای چنین کاری، او می‌بایست ابتدا به حقانیت دعوای خواهان اقرار کند و پس از تصدیق به حقانیت دعوای خواهان، دیگر نمی‌توانست ادعا نماید که او نیز بر ذمه‌ی خواهان طلبی دارد تا میان دو دین، تهاتر صورت گرفته و نهایتاً دو دین ساقط گردد. به این ترتیب، ابتدا دادگاه، حکم به محکومیت خوانده صادر می‌نمود و سپس او می‌توانست برای طلبی که بر ذمه‌ی خواهان داشت، دعوای مستقلی اقامه نماید (سنهوری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۷۶). با این حال بعد از مدتی، دیدگاه تهاتر قضایی به مفهوم وقوع تهاتر میان دو دین متقابل با صلاح‌دید و اختیار دادگاه در این نظام حقوقی پذیرفته شد.

حقوق روم در مسیر خود به سمت اروپای قاره‌ای در مواجهه با اندیشه‌ها و افکار نویسندگان فرانسوی و آلمان در مورد تهاتر دستخوش تحولات بسیار شگرف واقع شده و البته در معرض تفاوت‌های



شرایط تهاتر، دین او ساقط شده است، استرداد آنچه را پرداخته است، مطالبه کند.

با اینکه ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی، وقوع «تهاتر قهری» میان دو دین کلی، مربوط به دو شخص، نسبت به یکدیگر را در صورت وجود شرایط تقابل، مطرح نموده است، حقوق ایران تحت تأثیر تحولات حقوق رومی- ژرمنی از یک سو و دیدگاه‌های فقهی از سوی دیگر، در مورد تهاتر، صحنه‌ی تعارضات بحث‌انگیزی شده و به دلیل تردید در منشأ اقتباس یا حداقل تعدد آن و همچنین ناتوانی در حل پاره‌ای از مسائل، مفهوم تهاتر قهری، همواره، موضوع تعبیر و تفسیرهای ضدو نقیضی قرار گرفته است. در وضع کنونی مفهوم «تهاتر قهری» مندرج در ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی به دلیل تعدد منشأ اقتباس آن در معرض تفسیرهای ضد و نقیضی قرار دارد. شارحان قانون مدنی- که با مبانی حقوق رومی و فقه امامیه، آشنایی داشتند- آن را در راستای دیدگاه تهاتر خودکار موجود در آثار برخی نویسندگان فرانسوی، قبل از تدوین قانون مدنی آن کشور و تهاتر عقلی در اندیشه‌های برخی فقهای متأخر، تفسیر نمودند؛ به طوری که به محض اجتماع شرایط، دو دین متقابل بدون نیاز به دخالت اراده‌ی بدهکاران بستانکار از یکدیگر، تهاتر شده و زایل می‌گردند. سیاق برخی قیود ماده فوق در القای چنین استنباطی، بی‌تأثیر نبوده است. نویسندگان متأخر حقوق مدنی با درک ناتوانی تفسیر مذکور در حل پاره‌ای از موضوعات به لحاظ نظری و عملی، تلاش نمودند تا مفهوم تهاتر قهری را مترادف با تهاتر قانونی، مندرج در ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه ۱۲۹۰، معرفی نموده و خلأهای موجود را از طریق دخالت‌دادن استناد خوانده به تهاتر در فرایند دادرسی، مرتفع نمایند. علاوه بر این با وجود تلقی آن به عنوان امری ماهوی، ادبیات حقوقی، نتوانست نقش قواعد دادرسی را در این مورد نادیده بگیرد. چنانکه نویسندگان متأخر حقوق مدنی، تلاش نمودند تا خلأهای موجود در مفهوم تهاتر قهری را با استمداد از مفهوم تهاتر قانونی در قانون مدنی فرانسه و از طریق

دخالت‌دادن استناد خوانده به تهاتر در فرایند دادرسی، مرتفع سازند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۶۴). از مواد ۱۸ و ۱۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، استنباط می‌شود که تهاتر از طرق دفاعی است؛ اما مواد ۱۷ و ۱۴۱ به بعد قانون مذکور نشان می‌دهد که دعوای متقابل علاوه بر جنبه‌ی دفاعی از طواری تهاجمی بوده و متضمن مطالبه‌ی چیزی از خواهان اصلی است که نیاز به تقدیم دادخواست دارد. در نتیجه هرگاه خوانده، ادعای خود را در قالب دعوای متقابل مطرح نماید، از آنجایی که به‌عنوان یک امر دفاعی به تهاتر استناد نکرده است، دادگاه نمی‌تواند رأساً تهاتر را اعمال کند. علاوه بر این، نارسایی دیدگاه‌های مذکور در تبیین تهاتر قهری و لزوم دخالت اراده در توجیه آن در مواردی، موجب گردید تا دیدگاه برخی نویسندگان، مبانی نظام حقوقی ژرمنی را- که بر اساس آن، تهاتر صرفاً به اعلام اراده‌ی یکی از طرفین، خطاب به طرف دیگر، واقع می‌گردد- تداعی نماید.

هدف این تحقیق آن است با تحلیل مفهوم و مبانی تهاتر قضایی، تهاتر خودکار، تهاتر قانونی و تهاتر اعلامی، مشخص نماید که مفهوم تهاتر قهری به کدامیک از آن‌ها نزدیک‌تر است؟

۲. تهاتر قضایی

در زمان ژوستینین، تهاتر به‌عنوان قاعده‌ای، ماهوی با تجویز تهاتر قضایی- که استناد به آن تنها در دادگاه، ممکن بود- به صورت مشروط و به تدریج در نظام حقوقی رومی پذیرفته شد. به طوری که هرگاه رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مورد دین متقابل، مستلزم صرف زمان بسیار و اقدامات پیچیده نبود، دادگاه می‌توانست، اقدام به صدور حکم به تهاتر نماید (سنهوری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۸۶). بنابراین در این نوع از تهاتر، امکان وقوع آن به صلاح‌دید مرجع قضایی واگذار شده است. بدیهی است این معنی از «تهاتر قضایی» با آنچه که در حقوق مدنی ایران مد نظر قرار می‌گیرد، تفاوت زیادی دارد.

مطابق نظر برخی نویسندگان حقوق مدنی ایران، تهاتر، یکی از مصادیق وفای به عهد بوده و در زمره وقایع حقوقی به حساب می‌آید که در صورت وقوع، اثر خود را بر جای می‌گذارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴: ۸). در این صورت، اراده‌ی بستانکار و بدهکار نباید در تهاتر دخیل باشد و منبع اصلی آن، حکم قانون است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۴۱۵) البته منظور از حکم قانون، اراده‌ی عام و غیرمستقیم قانون‌گذار است. بنابراین، تهاتر، وسیله‌ای برای دو پرداخت متقابل از سوی دو بدهکار و ساده‌کردن آن می‌باشد و با وقوع آن، تعهد، اجرا و اسقاط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۳۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۱۰) و موجب احتراز از پرداخت مکرر دیون بوده و مانع صرف هزینه‌های راجع به ارسال دین و اقامه و تعقیب دعوی و هزینه‌های دادرسی و اطالهی آن می‌شود. با این حال، مطابق نظر عده‌ای دیگر، وفای به عهد، نه واقعه‌ی حقوقی بلکه از جمله اعمال حقوقی است (شهیدی، ۱۳۸۹: ۱۶۷). در این صورت از آنجایی که احکام تهاتر از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی محسوب نمی‌شود که نتوان خلاف آن را اراده نمود، وقوع تهاتر به اراده‌ی طرفین یا اراده‌ی یک طرف، موکول می‌گردد.

دوم آنکه دو بدهکار متقابل برای تهاتر دیون، تمایل ضمنی دارند. تهاتر خودکار، از این فرض قانونی سرچشمه می‌گیرد که قصد دو بدهکاری که به طور همزمان، بستانکار یکدیگر نیز محسوب می‌شوند، آن است که بدین وسیله، تعهدات متقابل را زایل نمایند. بنابراین، آنچه فرض می‌شود که دو بدهکار متقابل می‌خواهند انجام دهند، ذاتاً معتبر است و از آنجایی که تهاتر، همزمان برای طرفین به یک اندازه، دارای مطلوبیت است، عمل تهاتر به حکم و اجبار قانون حتی بدون اطلاع بدهکاران، واقع می‌شود (Larombier, 1885: 115).

صلاحید دادگاه یا حکم قانون‌گذار به طور خودبه‌خودی زایل می‌گردند.

3- Automatique

مفهوم از تهاتر قضایی از طریق حقوق روم به حقوق فرانسه و آلمان راه پیدا کرد (سنهوری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۸۶) که البته در هر کدام مسیر نسبتاً متفاوتی پیمود:

۳ تهاتر خودکار^۱

مفهومی از تهاتر- که مخلوطی از تهاتر قانونی و تهاتر قضایی بود- از حقوق روم به حقوق قدیم فرانسه راه پیدا کرد (سنهوری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۸۶) و تحت عنوان «تهاتر خودکار^۲» از سوی ژواس مطرح شده و تحت تأثیر و نفوذ اندیشه‌های پوتیه و دوما در نظام حقوق مدنی این کشور تبلور یافته و ریشه دوانید (Carbonnier, 1997: 559; Nichet, 1934: 153) و در حقوق مدنی ایالت کبک کانادا نیز به عنوان قاعده پذیرفته شد. تهاتر خودکار به این معنی است که دو دین متقابل، از لحظه‌ای که با یکدیگر تلاقی نمودند، به مقداری که با یکدیگر معادله می‌نمایند، زایل می‌گردند (Van Deventer, 2016: 11).

تهاتر خودکار بر چند مبنا استوار شده است که به دلیل عدم سازگاری آن‌ها با واقعیت‌های حقوقی به شدت قابل خدشه است:

نخست آنکه تهاتر وسیله‌ی ایفای دین، بر اساس دیدگاه کلاسیک، ماهیت تهاتر، عبارت است از پرداخت دو دین متقابل که به صورت خودکار صورت می‌گیرد. نظام‌های حقوق رومی مانند فرانسه و بلژیک، دیدگاه خود را درباره تهاتر را بر اساس نظریات پوتیه پایه‌گذاری و مقرر نمودند که تهاتر به طور خودکار^۳ یعنی بدون دخالت اراده‌ی دو بدهکار متقابل یا حداقل یکی از آن‌ها یا بدون مداخله‌ی اراده‌ی بی‌واسطه‌ی قانون‌گذار انجام می‌شود.

1- La Compensation Automatiques

۲- تهاتر خودکار، نوعی از تهاتر است که در آن دو دین متقابل، از لحظه‌ای که با یکدیگر تلاقی نمودند، به مقداری که با یکدیگر معادله می‌نمایند، بدون دخالت اراده‌ی طرفین،

۸: (۴۸۱) بدون اینکه اراده‌ی حداقل یکی از طرفین یا حکم بی‌واسطه‌ی شارع در این مورد دخیل باشد. مطابق این دیدگاه هرگاه شخصی به دیگری بدهکار باشد و در مقابل به همان مقدار از بستانکار خود طلب داشته باشد، در صورت اجتماع سایر شرایط، هردو شخص به حکم عقل، نسبت به یکدیگر بری‌الذمه محسوب می‌شوند. البته، شارع نیز بر این حکم عقلی، صحه گذاشته و به‌طور غیرمستقیم به تهاتر دو دین، حکم می‌دهد. چنانکه گروهی، اشتغال همزمان ذمه را به دینی- که مثل آن را محال علیه در مقابل او بر ذمه دارد- بر خلاف احکام شارع معرفی نمودند(حکیم، بی تا: ۳۴۰۱). با این حال، عده‌ای در انتقاد از دیدگاه فوق، ضمن لازم‌شمردن تراضی برای تحقق تهاتر، عقیده دارند که با وجود معلوم‌بودن اشتغال ذمه‌ی دو طرف، نسبت به یکدیگر، هر طلب را به‌طور جداگانه و بدون توجه به طلب دیگری می‌توان استیفا نمود و طلب بدهکار، مانع استیفا‌ی طلب بستانکار نخواهد بود؛ اگر چه هر دو طلب، کلی باشند(اردبیلی، ۱۴۱۷، ۹: ۹۹).

ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی، وقوع «تهاتر قهری» میان دو دین کلی، مربوط به دو شخص، نسبت به یکدیگر را در صورت وجود شرایط تقابل، مطرح نموده است. «قهر» به لحاظ لغوی به چیره‌شدن و غلبه‌کردن و «قهری» به جبری و از روی قهر معنی شده است(دهخدا، ۱۳۷۱، ۱۱: ۱۵۷۱۰). از مطالعه‌ی دیدگاه‌های بسیاری از شارحان قانون مدنی می‌توان استنباط نمود که تهاتر قهری مندرج در ماده‌ی مذکور به تهاتر عقلی تعبیر شده است(امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۴۳) و حتی عده‌ای از نویسندگان حقوقی به صراحت آن را اعلام کردند(کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۲؛ شمس، ۱۳۸۵، ۱: ۵۰۷).

به‌رغم دیدگاه مذکور در پرتو تحولاتی که در تفسیر تهاتر اتفاق افتاد، دیگر نمی‌توان باور کرد که خودکاربودن آن از ارزش ذاتی به‌کارگیری این روش اجرا برای دو بدهکار متقابل، ناشی شده باشد؛ زیرا تهاتر، فقط برای شخصی که طرف دعوی قرار می‌گیرد و می‌خواهد از آن استفاده کند، مفید است نه برای کسی که بر او تحمیل می‌شود. به عبارت دیگر، به‌کارگیری تهاتر، فقط نفع طرفی را تضمین می‌کند که مایل باشد، آن را علیه دیگری اعمال کند نه نفع طرفی که بر او تحمیل می‌شود. بنابراین، خودبه‌خودی‌بودن تهاتر، صفت و نسبتی محسوب می‌شود که قانون‌گذار بدین وسیله، خواست در مواردی که شرایط قانونی تهاتر وجود دارد، مزیت متقابل ممکن را برای طرفین فراهم آورد(Belanger, 2003: 135). علاوه بر این، به‌ندرت اتفاق می‌افتد که هر دو بدهکار متقابل، تمایل داشته باشند میان دیون آن‌ها به یکدیگر به‌طور خودکار، تهاتر حاصل شود؛ بلکه آنچه در اغلب موارد اتفاق می‌افتد این است که یک طرف می‌خواهد از طریق ادعای تهاتر از آن به‌عنوان روش پرداخت استفاده کند و طرف دیگر مجبور می‌شود به‌صورت منفعلانه یا حتی علی‌رغم میل خود به آن تن دهد. در مورد چنین شخصی در صورت وقوع تهاتر خودکار بدون اینکه تمایل داشته باشد، تعهد زایل می‌شود(Belanger, 2003: 136).

برخی فقها در مورد کسی که دینی بر ذمه دارد و مثل آن را نیز از بستانکار خود طلب دارد، تساقط دو دین را بدون تبیین مبنای چنین حکمی پذیرفتند(حلی، ۱۴۱۰، ۱: ۱۷۷) از لابلای چنین عباراتی، مفهوم تهاتر خودکار به‌آسانی و دقیقاً قابل استنباط نیست. گروهی دیگر، تهاتر میان دو دین متقابل را عقلی معرفی کرده و به امتناع بقای آن‌ها نظر دادند(رشتی، ۱۴۰۱: ۲۰۲؛ جعبی عاملی، ۱۴۱۳،

۳- اما إذا كانت (ذمه المحال علیه ...) مشغوله فحينئذ يقع التهاتر قهرا فلا تشتغل ذمه المحيل بشئ فيكون الحكم الشرعي أنه تشتغل ذمه المحيل بأداء المال إذا لم تكن ذمه المحال علیه مشغوله به للمحيل

۱- من علیه حق و له مثله تساقطا

۲- و السرّ في ذلك أنّ دليل التهاتر عقليّ و هو امتناع كون الواحد بالجنس او النوع، مستحقا له و مستحقا عليه كالواحد الشخصی... اذا لايعلق اشتغال ذمه الشخصی بعین ما اشتغله ذمه الشخص الآخر

گفته خواهد شد، تهاتر قانونی اگرچه برخی ایرادات تهاتر خودکار را مرتفع می‌نماید، ولی انجام تهاتر به حکم قانون را به‌طور کامل توجیه نمی‌نماید. بر اساس ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه^۲ به‌محض تلاقی دو دین و در صورت وجود شرایط، بدون نیاز به حکم قضایی و حتی بدون نیاز به اطلاع طرفین، تهاتر، به حکم قانون صورت می‌گیرد. به‌عنوان قاعده‌ی کلی، تهاتر برای اجتناب از پرداخت‌ها میان طرفینی- که همزمان بدهکار و بستانکار به یکدیگر محسوب می‌شوند- به کار می‌رود (Ripert et Boulanger, 1967: 699). بر اساس قانون، در صورتی که شرایط فراهم باشد، تهاتر دیون متقابل، خودبه‌خودی و قهقریایی خواهد بود.

در خصوص دلیل پذیرش تهاتر قانونی از سوی نظام حقوقی فرانسه، عوامل متعددی ذکر شده است: نخستین عامل آن است که نویسندگان ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه در پرتو اندیشه‌ی استقلال قوه‌ی قانون‌گذاری به این وسیله خواستند با طرح اتوماتیسم حقیقی قانونی و رهاکردن تهاتر از قید صلاحدید دادگاه‌ها از اقتدار و فربه‌ی قوه‌ی قضاییه، اندکی بکاهند. این سبک از برائت ذمه و سقوط تعهد، در ماده‌ی ۱۶۷۳ قانون مدنی ایالت کبک کانادا نیز به چشم می‌خورد^۳. هر دو نظام حقوقی مذکور، محصول مدرنیسم قانونی است که خود را با اصطلاح عقل‌گرایی، بر مبنای کفایت حقوق و ابزارهای قانونی اظهار می‌نمایند. بنابراین، نخستین ایده‌ای که قانون‌گذار فرانسوی، خود را به آن پایبند می‌داند، آن است که تهاتر، دیگر کار قاضی نیست؛ بلکه ناشی از خود قانون است. به عبارت بهتر، به‌محض وجود همزمان دو دین متقابل، در صورت

مبنای چنین استدلالی آن است که با اجتماع دو عنوان بدهکار و بستانکار در شخص واحد، رکن اصلی دین- که تعدد طرفین آن است- زایل شده و دین، ساقط می‌گردد؛ زیرا عقل نمی‌پذیرد که شخصی، اجرای طلب را علیه خود از دادگاه مطالبه نماید. زیرا دین زمانی معنی پیدا می‌کند که بستانکار بتواند آن را علیه بدهکار اجرا کند یا آن را از عهده‌ی او اسقاط نماید. عقلاً نمی‌توان پذیرفت که شخص، اجرای طلب خود را علیه خود از مراجع رسمی مطالبه نماید یا برعکس آن را از عهده‌ی خود ساقط کند. در حقوق ایران، مثال بارز سقوط عقلی دو دین متقابل، نهاد مالکیت ما فی‌الذمه است که به دلیل اتحاد ذمه‌ی بستانکار و بدهکار در شخص واحد، دو دین متقابل، عقلاً ساقط می‌شوند. این در حالی است که در مورد تهاتر، عقل سلیم، لزوماً چنین حکمی نمی‌دهد و مطالبه‌ی اجرای طلبی را- که متقابلاً بر ذمه‌ی دیگری قرار دارد- دور از ذهن نمی‌شناسد.

برخی نیز با اینکه ماده‌ی مذکور را مقتبس از قانون مدنی فرانسه و وضع آن را با هدف جداکردن قانون مدنی از فقه اسلامی معرفی نموده، اساساً منکر حکم عقل در مورد اشتغال همزمان دو ذمه به دو دین متقابل و تساقط آن دو شدند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲: ۴۷۲ و ۴۷۴).

۴. تهاتر قانونی

از آنجایی که مفهوم از تهاتر خودکار، تا حد زیادی، مبالغه‌آمیز و غیرواقعی‌گرایانه می‌نمود، تعارضات موجود در اطراف آن به سرعت از اعتبار آن کاست (Drakidis, 1955: 239) و در حقوق فرانسه، مفهوم جدیدی از تهاتر- که «تهاتر قانونی»^۱ نامیده می‌شود- به تدریج بر مفاهیم تهاتر قضایی و تهاتر خودکار غلبه یافت که دارای مبنای مستقلی است. چنانکه

1- La Compensation Legale

2- Art. 1290 C.C: La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

3-Art. 1673 C.C.Q: La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce.



اگرچه در کتاب‌های فقهی در مورد اصطلاح تهاتر قانونی، مطلبی دیده نمی‌شود، برخی فقها، اشتغال همزمان ذمه‌ی شخص را به دینی-که مثل آن را محال علیه در مقابل او بر ذمه دارد- برخلاف احکام شارع معرفی نموده و بدون اینکه برای اراده‌ی یکی از دو بدهکار متقابل یا حکم عقل در این مورد، نقشی بپذیرند، به «تهاتر شرعی» قایل شدند (حکیم، بی‌تا: ۳۴۰۱). با این حال، تبیین مبانی و آثار این دیدگاه در حقوق ایران، کاملاً مهجور و مغفول مانده است.

در آثار نخستین شارحان آن به تهاتر قانونی نیز هیچ اشاره‌ای نشده است و این اصطلاح، ظاهراً از طریق حقوق فرانسه، وارد ادبیات حقوقی کشور گردید و از سوی برخی نویسندگان حقوقی متأخر با تهاتر قهری و تهاتر عقلی، مترادف تلقی شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۸۲؛ شهیدی، ۱۳۸۹: ۱۶۴؛ شمس، ۱۳۸۵، ۱: ۵۰۷). عده‌ای نیز به تبعیت از این نام‌گذاری و بدون توجه به تفاوت‌های موجود، اگرچه برخی آثار آن دو را در هم آمیختند، اما گاهی با درک وجود تفاوت، تهاتر قانونی را به‌عنوان مفهوم تعدیل‌شده‌ی تهاتر قهری مورد توجه قرار دادند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۴). با این حال یکی از نویسندگان حقوقی نیز ضمن اصرار بر ترجمه‌شدن ماده‌ی ۲۹۴ قانون مدنی از ماده‌ی ۱۲۸۹ قانون مدنی فرانسه (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۰۹) با اشاره به عدم تساقط دو ذمه در صورت فقدان حکم قانون به‌طور تلویحی با نفی تهاتر عقلی به مفهوم تهاتر شرعی نزدیک شده و حکم مذکور را موجد وضعیت جدید معرفی کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲: ۱۴۷۴).

وجود شرایط خاص، به حکم قانون، دو دین مذکور به میزان کمترین آن دو، تماماً ساقط می‌شوند (Belanger, 2003: 139). دومین عاملی که برخی نظام‌های حقوقی را به پذیرش تهاتر قانونی سوق داده، تمایلاتی است که از درون نهادهای قضایی برای جلوگیری از تکثر پرونده‌های قضایی شکل گرفته است. چنانکه موضع سختگیرانه و نسبتاً غیرقابل‌انعطاف نظام حقوقی کامن‌لا در برابر تهاتر، مشکلاتی را موجب شده بود، حقوق موضوعه‌ی انگلیس در سال ۱۷۲۹ و سپس در سال ۱۷۳۵ بنا بر ملاحظات آیین دادرسی و با هدف جلوگیری از کثرت و تعدد دعاوی^۱، تهاتر را پذیرفت. همین امر، یکی از علل پذیرش تهاتر قانونی در حقوق فرانسه قلمداد شده است (Van Deventer, 2016: 67). در صورتی که هدف از تهاتر، اجتناب از جریان و تکثر دعاوی باشد، راه حل بهتر آن بود که به هر دو دعوی به طور توأمان رسیدگی شود. امروزه که بیش از دویست سال از ورود مفهوم تهاتر قانونی به حقوق موضوعه می‌گذرد، برخلاف ثبات ظاهری حقوقی، معیار تهاتر، تحول یافته و با نیازهای حقوقی سازگار شده است. با این حال، تهاتر به حکم قانون در ماده‌ی ۱۲۹۰ در مقررات اصلاحی ۲۰۱۶ قانون مدنی این کشور^۲، دست نخورده مانده و عیناً مورد تأکید واقع شده است. هرچند معمولاً، تهاتر قانونی نیز گاهی خودکار نامیده می‌شود اما این ویژگی، امری نسبی است. دکتترین حقوقی فرانسه، اکنون این دیدگاه را می‌پذیرد که وقوع چنین تهاتری، منوط به اعلام اراده‌ی حداقل، یکی از دو بدهکار متقابل (Terre, Simler et Lequette, 1996: 1043) در فرایند دادرسی است که از آن تحت عنوان «لزوم استناد به تهاتر» یاد می‌شود.

۳- اما إذا كانت (ذمه المحال علیه...) مشغولة فحينئذ يقع التهاتر قهراً فيكون الحكم الشرعي أنه تشتغل ذمه المحيل...
La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

1- Circuity of Action
2-Art. 1290 C.C: La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

می‌نماید- به‌طورقطع، مشخص
نمی‌کند(Belanger, 2003: 138).

قسمت اول ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی ایران به آوردن عبارت «تهاتر، قهری است...» در این مورد اکتفا نموده است و از سایر مواد قانون مدنی در این مورد به هیچ وجه، استنباط نمی‌شود که تهاتر قهری به‌طور مستقیم از اراده‌ی قانون‌گذار ناشی می‌شود. با این حال در برخی کتاب‌های حقوقی با تطبیق تهاتر قهری بر تهاتر قانونی، تحقق آن به حکم قانون، مورد پذیرش واقع شده است (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۶۵). در این میان گروهی با درک نارسایی تهاتر قهری به معنای پرداخت خودکار دو دین متقابل و سقوط تعهد، آن را با تهاتر به حکم قانون و تهاتر عقلی، مترادف قلمداد نموده و حتی منظور ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه را که بر وقوع تهاتر به حکم قانون، تأکید دارد بر تهاتر قهری، حمل کردند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۳). یکی از نویسندگان آیین داری مدنی، ضمن رد تقسیم تهاتر به قهری، قضایی و قراردادی، تهاتر را به‌طورکلی، ناشی از قانون دانست (شمس، ۱۳۸۵، ۱: ۵۰۷). به نظر می‌رسد منظور از حکم قانون در اینجا اراده‌ی غیر مستقیم و باواسطه‌ی قانون‌گذار است که به یکی از طرق تهاتر خودکار، اختیاری، قضایی یا قراردادی عمل می‌نماید. این درحالی است که تهاتر قانونی در مفهوم خاص خود از اراده‌ی مستقیم و بی‌واسطه‌ی قانون‌گذار ناشی می‌شود.

دوم آنکه تهاتر، دارای جنبه‌ی تضمین است. گروهی از نویسندگان حقوقی فرانسه، عقیده دارند که تهاتر قانونی، برای حمایت از بدهکاری وضع شده است که به‌طور همزمان، بستانکار خویش است. مطابق این دیدگاه، تهاتر قانونی نه به‌عنوان وسیله‌ی پرداخت دو دین متقابل بلکه صرفاً به‌عنوان یک ابزار تضمین در نظر گرفته می‌شود. در این اوضاع و احوال، دیگر، عقیده بر این نیست که چنان تهاتری

تهاتر قانونی در حقوق فرانسه بر مبانی زیر استوار است:

نخست آنکه تهاتر، از اراده‌ی بی‌واسطه‌ی قانون‌گذار ناشی می‌شود. منظور از تهاتر قانونی، عبارت است از سقوط دو دین متقابل به حکم قانون‌گذار، به‌محض اینکه شرایط خاصی فراهم شود. با این حال، این فقط یک شیوه‌ی جبرانی در میان سایر شیوه‌هاست (De kotzebue, 1945: 70). از نظر دکتترین، تمایز اساسی میان تهاتر قانونی از تهاتر خودکار- که قبلاً در حقوق روم در خصوص دعاوی راجع به بانک‌داری، جهیزیه و... وجود داشت، و انواع دیگر تهاتر (قراردادی، قضایی و اختیاری) - در این است که از یک سو، بلاواسطه از اراده‌ی قانون‌گذار ناشی می‌شود، نه اینکه به‌صورت کاملاً خودکار یا لزوماً تنها به حکم عقل انجام شود و از سوی دیگر، میان تهاتر قانونی و سایر انواع تهاتر در لحظه‌ی وقوع آن نیز تفاوت دیده می‌شود و به‌محض اینکه شرایط ایجاد شود، تهاتر قانونی بلافاصله و به‌صورت قهقرایی مؤثر می‌گردد؛ برخلاف سایر انواع تهاتر که در آن‌ها اراده‌ی طرفین یا دادگاه، حسب مورد باید لحظه‌ی مؤثر واقع‌شدن را تعیین نماید. بنابراین، تفاوت شیوه‌ی تهاتر قانونی از سایر شیوه‌ها در این است که اراده‌ی قانون‌گذار به‌طور بی‌واسطه پس از تحقق شرایط مورد نظر قانونی دو دین عمل می‌کند. برعکس، در سایر شیوه‌های تهاتر، اراده‌ی قانون‌گذار به‌طور باواسطه از طریق ارتباط‌دادن تهاتر به اراده‌ی یکی از طرفین یا هر دو یا حکم قاضی، اعمال می‌شود. اختلاف بی‌پایان حقوق‌دانان رومی، درباره‌ی عبارت بسیار معروف «به حکم قانون‌گذار»¹ ipso jure ریشه در ابهام این مندرجات دارد. این درست است که آن‌ها به‌طور ضمنی، حاکی از آن هستند که تهاتر، امری ماهوی است و دیگر به معنای دقیق کلمه، قضایی نیست، اما تعیین این امر را - که اراده‌ی قانون‌گذار، باواسطه یا بی‌واسطه عمل

تهاتر که در آن‌ها اراده‌ی قانون‌گذار به‌طور باواسطه از طریق ارتباط دادن تهاتر به اراده‌ی یکی از طرفین یا هر دو یا صلاح‌دید قاضی، اعمال می‌گردد.

1 - ipso jure در تهاتر قانونی به محض تحقق شرایط مورد نظر قانون برای تهاتر دو دین متقابل، اراده‌ی قانون‌گذار به‌طور بی‌واسطه و مستقیم عمل می‌کند. برخلاف سایر شیوه‌های



به‌طور خودکار و بی‌واسطه عمل می‌کند بلکه نوعی تضمین قانونی با کاربرد غیرمستقیم، محسوب می‌شود (Belanger, 2003: 137). بر این اساس، تهاتر، وثیقه‌ی مطمئنی برای پرداخت دین بوده و بستانکار از محل اشتغال ذمه‌ی بدهکار، طلب خویش را مسترد می‌دارد و حتی می‌تواند مانند یک بستانکار مرتهن، مقدم بر سایر بستانکاران، اقدام به وصول طلب خود کند؛ زیرا در غیر این صورت، بدهکاری که تمامی بدهی خود را به بستانکار پرداخت نمود، در صورت عدم ملائت و اعسار بدهکار برای وصول طلب خود در ردیف سایر غرما قرار می‌گیرد. در حالی که تهاتر، دین بدهکار را در برابر بستانکار به‌مثابه یک وثیقه تأمین می‌کند (سنهوری، ۱۹۹۸، ۳: ۸۷۴).

برخی نویسندگان حقوق مدنی ایران نیز با اذعان به اینکه تهاتر، وسیله‌ی پرداخت دو دین متقابل و تسهیل دو پرداخت می‌باشد، آن را نوعی تضمین معرفی نموده‌اند به این معنا که تهاتر، وثیقه‌ی پنهانی اجرای دو تعهد بوده و مانع از آن می‌شود که بدهکار، طلبی را که از دیگری دارد، بگیرد و در مقابل مطالبه او به اعسار خود استناد نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲۳۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۱۰). چنین تعبیری، ممکن است بخشی از اشکالات مفهوم تهاتر قهری را بپوشاند، اما تعارضات موجود در این نظریه را بیشتر می‌کند؛ زیرا هرگاه تهاتر، وسیله‌ی پرداخت دو دین متقابل فرض شود در این صورت با اجتماع شرایط، پرداخت‌ها انجام می‌شود و دو دین مذکور، خودبه‌خود ساقط می‌شوند و فرصتی برای یکی از دو بدهکار باقی نمی‌ماند تا از آن به‌عنوان ابزار تضمین استفاده نماید.

سوم آنکه تهاتر، ابزار دفاعی است. اگرچه به لحاظ تئوری، ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه، تردیدی باقی نمی‌گذارد که تهاتر بدون اراده و حتی بدون نیاز به اطلاع دو بدهکار متقابل واقع می‌شود؛ با این حال، دادگاه‌های آن کشور، اجرای دقیق این مقرر را در رسیدگی‌های قضایی به دلیل خلاف قاعده‌بودن سقوط خودبه‌خودی دو دین، غیر عملی، اعلام نمودند (Van Deventer, 2016: 66). به این

معنی، تهاتر به‌عنوان یک ابزار دفاعی در دعوی به کار می‌رود تا مانع اجرای دعوای بستانکاری شود که همزمان به بدهکار خود، بدهکار است. در این صورت، دفاع در برابر دعوای خواهان بر عهده‌ی خواننده است. لزوم بی‌طرفی قاضی، اقتضا دارد که صرفاً به بررسی و ارزیابی دفاع خواننده در برابر ادعای خواهان بپردازد و رأساً حقوق او را اعمال نکند. مثلاً در صورتی که خواننده به‌عنوان دعوای متقابل، طلب خود را از خواهان اثبات نماید، لیکن به تهاتر استناد ننماید، دادگاه نمی‌تواند حکم به تهاتر دو دین صادر کند. بنابراین، انجام خودبه‌خودی تهاتر، منوط به آن است که با استناد خواننده از حالت سکون، خارج شود و تهاتر هنگامی مؤثر واقع گردد که به‌عنوان یک دفاع در دادگاه، مطرح شود. بنابراین از آنجایی که دادگاه نمی‌تواند رأساً تهاتر را اعمال کند، اراده‌ی یکی از دو بدهکار متقابل برای مؤثر شدن تهاتر، تعیین‌کننده است. به این ترتیب، تهاتر قانونی برخلاف مفهوم تهاتر خودکار-که مستقل از اراده‌ی طرفین بوده و خودبه‌خود انجام می‌شود- مستلزم مداخله‌ی حداقل یکی از دو بدهکار متقابل می‌باشد. به این معنی، تهاتر، اساساً بدون اراده‌ی بدهکاری که از سوی طرف خود، به دعوی فراخوانده شده، صورت نمی‌گیرد و ضرورت دارد که بدهکار به دعوی فراخوانده شده و در دادگاه برای شکست بستانکارش در دعوای پرداخت که بر اساس آن، او بستانکار شده است، با او مقابله کند (Drakidis, 1955: 239). مکانیزم تهاتر به شرایط خاص کاربرد بستگی دارد اما برای شروع، به اراده‌ی یکی از دو بدهکار متقابل طرف نیاز دارد. به این معنا تهاتر قانونی، بیش از آنکه به تهاتر خودکار، شبیه باشد به تهاتر قضایی نزدیک خواهد بود (Mendegris, 1969: 145). تهاتر خواه، قانونی، خواه قضایی باشد، باید شرایط قانونی را تأمین کند. این دیدگاه، تهاتر را به مفهوم آن در نظام حقوقی ژرمنی- که مستلزم اعلام اراده‌ی یک طرف، خطاب به طرف دیگر است- نزدیک‌تر و حتی در مقایسه با آن، محدودکننده‌تر می‌سازد؛ چراکه مستلزم آن

۱۳۷۹: ۴۵۹). با این حال، امکان توافق طرفین بر جلوگیری از تهاتر یا اعراض یک طرف پس از اجتماع شرایط آن، خالی از تکلف نیست؛ زیرا توافق بر جلوگیری از تهاتر یا اعراض از آن، سقوط دینی را که قبلاً انجام شده است به صورت قهقرایی، مرتفع نمی‌نماید؛ زیرا به لحاظ عقلی، شخص نمی‌تواند حقی را که دیگر واجد آن نیست، اسقاط کند، بلکه صرفاً می‌تواند از تحقق آن در آینده جلوگیری نماید (Belanger, 2003: 140). برخی از نویسندگان حقوق مدنی ایران نیز در تأیید چنین دیدگاهی عقیده دارند که توافق زمانی می‌تواند مانع وقوع تهاتر شود که پیش از اجتماع شرایط، فراهم آید؛ زیرا در اولین لحظه پس از اجتماع شرایط، دو دین ساقط شده و پس از آن دیگر، دینی وجود ندارد تا در مورد بقای آن توافق شود (شهبیدی، ۱۳۷۷، ۱۷۴). با این حال، دیدگاه اخیر، تمام اشکالات را مرتفع نمی‌کند و از آنجایی که تهاتر در برخی نظام‌های حقوقی از توابع و فروع حق حبس در موارد کلی بودن موضوع دین محسوب شده است و پیش از موعد لازم‌الاجرا شدن دین نمی‌توان آن را اعمال نمود (سنهوری، ۱۹۹۸، ۳: ۸۹۸)، اسقاط تهاتر پیش از اجتماع شرایط نیز با موانعی مواجه می‌باشد. البته سازوکار «حق حبس» صرفاً در مورد دو دین ناشی از قراردادهای معوض، پیش‌بینی شده است و نه سایر دیون.

یکی از موارد اعراض از تهاتر در جایی مطرح می‌شود که طرفی که از امکان وقوع تهاتر مطلع باشد، دین خود را می‌پردازد. فرض بر این است که چنین شخصی از حق خود، نسبت به تهاتر، صرف نظر نموده است. چنین امری در صورتی که تهاتر، مستقل از اراده‌ی طرفین، مؤثر واقع شود، غیرممکن بود (Van Deventer, 2016: 67). در حقوق ایران نیز هرگاه بدهکار با علم به این که معادل دین از بستانکار خود، بستانکار است، آن را پردازد، انصراف

است که تهاتر قبل از اینکه اعلام شود باید در دادگاه مطرح گردد (Van Deventer, 2016: 66).

چهارم آنکه تهاتر، قابل اسقاط است. تفسیر ناصحیح عبارت ipso jure از سوی نویسندگان کلاسیک، مبنی بر اینکه تهاتر، خودکار است (Savatier, 1949: 249) در تهاتر قانونی با استثنای مهمی روبه‌رو شده و آن، امکان اسقاط آن است. به عبارت بهتر، اگرچه تهاتر بدون اراده‌ی طرفین و به حکم قانون انجام می‌شود اما این قانون، آمره و نظم عمومی، محسوب نمی‌شود (Belanger, 2003: 139). اسقاط تهاتر ممکن است توسط طرفین یا یک طرف (خواننده) صورت گیرد:

علی‌رغم ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه^۱، دیوان عالی این کشور در رأی مورخ ۱۱ می ۱۸۸۰، توافق طرفین را در خصوص عدم وقوع تهاتر، معتبر و مانع وقوع آن، معرفی نموده است؛ زیرا تهاتر قانونی، قاعده‌ای، آمره نیست که نتوان بر خلاف آن، توافق نمود. علاوه بر این، خواننده نیز می‌تواند تهاتر را اسقاط نماید. چنانکه خواننده از استناد به تهاتر، صرف نظر نماید، صرف نظر نمودن در این مورد، حسب تعریف، اقدامی آگاهانه و ارادی است و به معنای اعراض از سقوط دینی است که قبلاً در لحظه‌ای که شرایط تهاتر فراهم شده، واقع شده بود.

سؤالی که مطرح می‌شود آن است که توافق بر اسقاط اثر تهاتر دو دین یا اعراض از تهاتر قانونی، ناظر به آینده است یا عطف به ماسبق شده و از لحظه‌ی تقابل دو دین، مؤثر واقع می‌شود؟ دیوان عالی این کشور در رأی مذکور، توافق طرفین را در خصوص عدم وقوع تهاتر، پیش و حتی پس از اجتماع شرایط آن، معتبر و مانع وقوع تهاتر معرفی نموده است. امکان اعراض از تهاتر، پیش و پس از اجتماع شرایط آن از سوی عده‌ای از نویسندگان حقوقی ما نیز مورد قبول واقع شده است (کاتوزیان،

۱ همان‌گونه در متن مقاله گفته شد تهاتر به حکم قانون در ماده‌ی ۱۲۹۰ در مقررات اصلاحی ۲۰۱۶ قانون مدنی این کشور، دست‌نخورده مانده و عیناً مورد تأکید واقع شده است.



ضمنی از تهاتر محسوب شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۹).

دکترین حقوقی ایران در مورد امکان جلوگیری از وقوع تهاتر قهری و چگونگی و زمان انجام آن، صحنه‌ی اختلافات بحثبرانگیزی شده است. برخی نویسندگان حقوقی به استناد اصل حاکمیت اراده، توافق طرفین را در این مورد، مؤثر دانستند؛ زیرا اصل آزادی قراردادهای مقتضی آن است که توافق طرفین بر بقای دین در این مورد، معتبر بوده و مغایرتی با قانون نداشته باشد؛ زیرا قهری بودن تهاتر، بیش از این افاده نمی‌نماید که برای وقوع تهاتر قهری، نیازی به توافق طرفین نیست و این امر، مانع از آن نمی‌شود که آن‌ها با توافق یکدیگر از وقوع تهاتر جلوگیری نمایند. منتهی، چنین توافقی، هنگامی می‌تواند مانع وقوع تهاتر شود که پیش از اجتماع شرایط تهاتر فراهم آید. در غیر این صورت، اثری بر آن مترتب نخواهد بود؛ زیرا در اولین لحظه پس از اجتماع شرایط تهاتر قهری، دو دین ساقط شده و پس از آن دینی است که وجود ندارد تا در مورد بقای آن، توافق شود (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۷۴). چنین دیدگاهی از مصادیق ابراء مالیم می‌باشد، محسوب می‌شود که از سوی گروهی از فقها در خصوص اسقاط ضمان، باطل اعلام شده است (جعبی عاملی، ۱۳۰۸ق، ۲). این در حالی است که قاعده‌ی مذکور، مربوط به قوانین حاکم بر عالم تکوین بوده و عالم اعتبار را نمی‌توان به طور مطلق تابع قوانین طبیعی شمرد. علاوه بر این، عده‌ای از نویسندگان حقوق مدنی، امکان انصراف بدهکار از تهاتر را نپذیرفتند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۳۹).

در حالی که عده‌ای دیگر، صرف نظر نمودن بستانکار و اعراض او را خواه به صورت صریح یا ضمنی باشد، حتی پس از تقابل دو دین، مانع وقوع تهاتر اعلام نمودند؛ زیرا خودداری بستانکار از درخواست و استناد به تهاتر، مانع تحقق شرط متأخر سقوط دو دین می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۹). این توجیه، مخصوصاً وقتی که خواننده نمی‌دانست که

تهاتر می‌تواند انجام شود، بسیار ناخشنودکننده بوده و صرف نظر کردن و اعراض را تحریف می‌سازد.

مورد دیگری که در ماده‌ی ۱۲۹۹ قانون مدنی فرانسه ذکر شده و امری خلاف قاعده‌ی دیگری را نشان می‌دهد، درباره‌ی بدهکاری است که دین قابل تهاتر را می‌پردازد. چنین شخصی در صورتی که دلایل معتبری بیاورد که از امکان تهاتر، مطلع نبوده، دفاع او را می‌پذیرد. امری که با تهاتر خودکار، سازگاری نداشته و حکایت از آن دارد که تهاتر به‌عنوان روش سقوط دین، حداقل به اراده‌ی یکی از طرفین، بستگی دارد.

آخرین مورد در جایی است که یکی از دو بدهکار - که بستانکار یکدیگر محسوب می‌شوند - دین خود را به شخص ثالثی انتقال دهد، مطابق ماده‌ی ۱۲۹۵ قانون مدنی فرانسه، قبل از اینکه اعلامیه‌ی انتقال به بدهکار دیگر داده شود، او می‌تواند در برابر انتقال‌گیرنده، نسبت به طلبی که در برابر انتقال‌دهنده داشت، تهاتر کند؛ اما در صورتی که انتقال از سوی بدهکار، مورد قبول قرار گیرد. این امر، حاکی از آن است که او از حق خود، نسبت به استناد به تهاتر در برابر هر ادعایی که علیه انتقال‌دهنده داشته است، صرف نظر نموده است (Deventer, 2016: 68).

پنجم آنکه تهاتر، داری اثر قهقراپی است. یکی از موضوعاتی که پس از پذیرش تهاتر، مطرح می‌شود آن است که حکم راجع به تهاتر، دارای جنبه‌ی تأسیسی است یا اینکه فقط اثر اعلامی دارد؟ فایده‌ی مهم پاسخ به سؤال فوق در آن است که تعیین می‌نماید که منافع موضوع دو دین از چه زمانی به هریک از دو بدهکار تعلق می‌گیرد. درباره‌ی تهاتر خودکار بدون تردید، اثر حکم به تهاتر، ناظر به لحظه‌ای در گذشته است که دو دین متقابل در برابر هم قرار گرفتند و دادگاه در حکم خود این لحظه را تعیین می‌نماید. همین حکم در خصوص تهاتر قهری در حقوق ایران، مورد قبول واقع گردید (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۶۹). در مورد تهاتر قراردادی یا قضایی نیز از آنجایی که تهاتر، نتیجه موقعیتی است که قرارداد

۵ تهاتر اعلامی

تهاتر- که از طریق حقوق روم در اروپای قاره‌ای گسترش یافته بود- در حقوق ژرمنی به‌تدریج راه خود را از مفهوم پذیرفته‌شده در نظام حقوق فرانسوی جدا کرد و علی‌رغم حفظ برخی اصول مشترک، به لحاظ مفهوم و مبانی، هویتی مستقل پیدا کرد که تهاتر اعلامی^۲ نامیده می‌شود. مطابق حقوق مدنی آلمان در صورت وجود دو دین متقابل میان دو شخص، تهاتر به‌طور خودکار یا به حکم قانون‌گذار واقع نمی‌شود، بلکه حصول تهاتر میان آن دو مستلزم آن است که اعلامیه‌ای از سوی بدهکار خطاب به بستانکار داده شود. نظام حقوق ژرمنی، علی‌رغم الهام‌گرفتن از حقوق روم در خصوص تهاتر، مبانی خاصی را در این مورد، اتخاذ نموده است که در مقایسه با نظیر فرانسوی خود، دارای اصالت است:

نخست آنکه تهاتر، لازم است اعلام شود. بر اساس حقوق مدنی آلمان، برای وقوع تهاتر، یک اعلامیه‌ی غیررسمی خارج از دادگاه کافی است. این دیدگاه- که از تعلیمات پانديکتيست‌ها^۳ ناشی شده است- در مواد ۳۸۷ تا ۳۸۹ قانون مدنی آلمان، متبلور گردیده است. بر این اساس، بدهکار می‌تواند به صورت یک جانبه به بستانکار خود اعلام کند که دین خود را از طریق تهاتر پرداخت کرده و به این وسیله، دین ساقط شده است. در حقوق این کشور برای اعلام تهاتر، تشریفات خاصی پیش‌بینی نشده است. حتی لازم نیست که اعلامیه صریح باشد، بلکه اعلام ضمنی کفایت می‌کند. نیازی نیست که مدیون به تهاتر استناد کند؛ این اقدام، داوطلبانه است (Deventer, 2016: 69 Van).

در فقه امامیه برای بیان این منظور از واژه‌های مقاصه، تقاص، احتساب و تهاتر استفاده شده است: مقاصه در لغت از ریشه‌ی «قص» به معنی قطع کردن، کوتاه کردن... تسویه حساب، مساوات و

یا حکم دادگاه، ایجاد نموده است، بی‌تردید، اثر تهاتر از تاریخ توافق یا صدور حکم، محقق می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۷۲) اما این سؤال در ذهن متبادر می‌شود که در تهاتر قانونی- که فرض بر این است که شرایط تهاتر دو دین از لحظه‌ی تقابل در آن‌ها جمع نیست- تهاتر از لحظه‌ی تقابل دو دین مذکور یا از تاریخ استناد خوانده به آن، مؤثر واقع می‌شود یا تأثیر آن از تاریخ صدور حکم دادگاه بوده و صرفاً در آینده اجرا می‌گردد؟

تفاوت اصلی تهاتر قانونی، نسبت به تهاتر قضایی را باید در ویژگی قهقرایی^۱ بودن آن جست‌وجو کرد. این ویژگی، حاکی از آن است که آثار تهاتر قانونی از تاریخی در نظر گرفته می‌شود که شرایط تهاتر در آن محقق شده است. به این صورت که منافعی که قبلاً در رابطه با دین، پرداخت شده است به صورت قهقرایی مورد حکم واقع می‌شود. اگرچه وصف قهقرایی بودن، لزوماً به لحاظ عقلی از تهاتر قانونی، قابل استنباط نیست، ولی به‌صورت بالقوه از ویژگی خودبه‌خودی بودن، مندرج در ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه ناشی می‌شود (Belanger, 2003: 142). فقط تاریخ می‌تواند علت این تناقض‌نما را توجیه کند. به‌طور مختصر می‌توان گفت که این دیدگاه، احتمالاً برای آشتی دادن تهاتر قانونی با تهاتر خودکار مطرح شده است که از سوی حقوق‌دانانی مانند پوتیه و دوما ارائه گردیده بود.

برخی نویسندگان حقوقی که بر لزوم استناد خوانده به‌عنوان شرط متأخر تهاتر قهری اشاره نمودند، قهقرایی بودن اثر تهاتر را با توجه به تأثیر اجازه در معاملات فضولی و اکراهی و قبول وصیت پس از فوت در گذشته و تحلیل فقها از شرط متأخر در عقد معلق در حقوق مدنی ایران، قابل پذیرش معرفی کردند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۷).

3-Pandectists -

1- La rétroactivité

2 Deklaratorische Aufrechnung-



طلبی داشته باشد، جایز است که آن را با نفقه تهاتر نماید» (حلی، ۱۴۰۳، ۲: ۵۷۳؛ حلی، ۱۴۱۹، ۳: ۱۱۳)۳.

مصادیقی دیگر در این مورد، تهاتر دین زکات‌دهنده با طلب او از مستحق می‌باشد که در این مورد نیز برخی فقها ضمن استناد به روایات متعدد (حر عاملی، ۱۴۲۷، ۳: ۴۴۱)۴ به زکات‌دهنده، اختیار داده‌اند که طلبش از مستحق را با دین او به خود، تهاتر کند (نجفی، ۱۳۷۹، ۱۵: ۳۶۳). محمداکظم طباطبایی یزدی در پاسخ به استفتایی مبنی بر اینکه آیا شوهر می‌تواند نفقه‌ی زن را به عوض طلب خود حساب کند، اعلام نمود: «بلی... پس یوما فیوما حساب می‌کند. بلکه هرگاه آنچه طلب دارد با نفقه در جنس یکی باشد، محتمل است تهاتر قهری...» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۲۸۰).

اگرچه بیشتر نویسندگان حقوق مدنی ایران سعی کردند تا تهاتر قهری مندرج در قانون مدنی را با تهاتر خودکار یا تهاتر قانونی سازگار نمایند، در موارد استثنایی به لزوم وقوع تهاتر به اراده‌ی یکی از طرفین اشاره نمودند. یکی از این موارد، ماده‌ی ۲۸۲ قانون مدنی است که بر اساس آن هرگاه یک شخص دیون متعددی به دیگری داشته باشد، تشخیص اینکه تأدیه، بابت کدام دین است با بدهکار می‌باشد. برای مثال هرگاه یکی از دو بدهکار، دیون متعددی به دیگری داشته باشد و مجموع آن، دیون از دینی که بدهکار دیگر به او دارد، بیشتر باشد، هرگاه سایر شرایط تهاتر قهری موجود باشد، از آنجایی که حکم به سقوط قهری هریک از دیون متعدد با دین طرف دیگر، ترجیح بلامرغ خواهد بود، تهاتر به تعیین و اراده‌ی بدهکاری که دیون متعدد دارد، واقع خواهد شد (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۷۷). زیرا ممکن است بدهکار در مورد یکی از دو دین،

مماثله آمده است (ابن منظور، بی تا، ۱۱: ۱۹۰) و به لحاظ فقهی، عبارت است از اینکه بستانکار تحت شرایط خاصی و بدون نیاز به مراجعه به قاضی، حق خود را از اموال مدیون - که در دسترس او قرار دارد - استیفا کند (خوانساری، ۱۳۵۵، ۶: ۶۹). تهاتر در لغت به معنای دعوی باطل کردن بر یکدیگر و تکذیب گواهان توسط یکدیگر است (ابن مطرز، ۱۹۷۹، ۲: ۳۷۷). آنچه در این رابطه جلب توجه می‌نماید این است که در تمام موارد فوق به نقش اراده‌ی مدیون در وقوع تهاتر اشاره شده است.

در فقه اسلامی نیز تهاتر، امری اختیاری محسوب می‌شود و حتی عبارت «تهاتر قهری» ناظر به مواردی است که به دلیل وجود تقابل میان دو دین، نیازی به تراضی طرفین برای وقوع تهاتر نیست؛ ولی لزوم اراده‌ی بدهکار در وقوع آن نه تنها نفی نشده بلکه مورد تأکید قرار گرفته است. چنانکه برخی فقها به تهاتر اختیاری درباره‌ی دو دین متقابل قایل شدند به این معنی که عقل حکم می‌کند؛ در صورتی که ذمه‌ی شخصی به چیزی مشغول باشد که ذمه‌ی دیگری به آن مشغول است، مدیون می‌تواند آن را تهاتر کند (خوانساری، ۱۳۵۵ ش، ۱: ۱۲۵؛ خوبی، بی تا، ۳۸: ۲۴۰۴). این دیدگاه، برخلاف تهاتر عقلی و تهاتر شرعی، بر نقش اراده‌ی یکی از دو بدهکار متقابل در فرایند تهاتر تأکید می‌کند. یکی از مصادیق شایع آن، تهاتر دین شوهر بابت نفقه با طلب او از همسر خود می‌باشد. در این صورت، تهاتر دو دین مذکور - البته هرگاه زوجه دارا باشد، به اراده‌ی شوهر منوط شده است (ابن قدامه، بی تا، ۵: ۲۴۸؛ نجفی، ۱۳۷۹، ۳۱: ۳۴۶) چنانکه یکی از آن‌ها در مواضع مختلف، اعلام کرد: «در صورتی که شوهر از همسر خود،

۳- إذا كان له على زوجته دين جاز أن يقاصها... إن كانت موسره. لو كان له على زوجته دين جاز أن يقاصها... إن كانت موسره.
۴- سئل ابا الحسن (ع) عن دين لي على قوم طال حبسه عندهم لا يقدر على قضائه و هم مستوجبون للزكاة هل لي أن أدعه و أحسب به عليهم الزكاة؟ قال: نعم

۱- أنه يحتسب التالف قهرا في مقابل الدين و التهاتر القهری
۲- ... و ذلك لأن كلا منهما (ای الغابن و المغبون) إذا طالب الآخر بخمسة قرانات فأراد احدهما أداء ما في ذمته فلامحاله يسقط عنه بالتهاتر كما يسقط عن ذمه الآخر فالذميتان متساويتان فيتساقتان بالتهاتر القهری

دانستند(امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۴۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۴)، نه دیدگاه کسانی که به لزوم اعلام اراده‌ی بدهکار در وقوع تهاتر نظر داشتند. علاوه بر این، برای اجتناب از اشکالات تهاتر خودکار، گروهی ضمن نفی لزوم تراضی طرفین یا اعلام اراده‌ی بدهکار برای وقوع تهاتر، مجبور شدند، استناد خوانده را به‌عنوان شرط متأخر و کلید حرکت تهاتر قهری در حقوق ایران معرفی کنند(کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۷).

دوم آنکه وجود شرایط در زمان اعلام تهاتر، ملاک است. در نظام حقوقی ژرمنی، تمام شرایط تهاتر باید در زمانی که یک طرف می‌خواهد به آن استناد کند، موجود باشد. به عبارت دیگر، هرگاه تمام شرایط تهاتر در گذشته فراهم بوده ولی در زمانی که یک طرف می‌خواهد به آن استناد نماید، شرایط مذکور، فراهم نباشد، تهاتر انجام نمی‌شود. بنابراین در صورتی که دینی پیش از اعلام تهاتر، منتقل شود، یک طرف به لحاظ تئوری از تهاتر آن دین با دینی که انتقال‌دهنده به او بدهکار است، منع می‌شود (Van Deventer, 2016: 69). در نتیجه، مواد ۴۰۴ و ۴۰۶ قانون مدنی آلمان، مخصوصاً برای حمایت از بدهکار، وقتی که قبل از تهاتر، انتقال داده شده باشد، اما بعد از اینکه مستعد تهاتر شود، مقرراتی دارد.

در حقوق ایران با فرض پذیرش تهاتر اعلامی، لازم نیست، شرایط وقوع آن در زمان اعلام وجود داشته باشد؛ بلکه کافی است، پیش از اعلام، تقابل میان دو دین ایجاد شود. این امر از ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی، قابل استنباط است.

سوم آنکه تهاتر اصولاً، دارای اثر قهقرایی است. در مورد قهقرایی یا فوری بودن اثر تهاتر در حقوق کشورهای حوزه‌ی نظام حقوقی ژرمنی، اتفاق نظر وجود ندارد. در حقوق آلمان، اثر تهاتر، قهقرایی است و از لحظه‌ای که شرایط تهاتر(غیر از انجام اعلام) ایجاد شده باشد، مؤثر واقع می‌گردد. فقط

سود بیشتری بپردازد. در این صورت، نفع او ایجاب می‌کند که همین دین را مورد تهاتر قرار دهد. این در حالی است که منافع بستانکار او در آن است که دینی مورد تهاتر قرار گیرد که سود کمتری، بابت آن دریافت می‌نماید(امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۲۶). با این حال در صورتی که بدهکار از این اختیار قانونی خود استفاده نکند و دین را بپردازد برخی عقیده دارند که تصمیم‌گیری در این مورد را که پرداخت بابت کدام دین محسوب می‌شود، به بستانکار واگذار نموده است(کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴: ۷۲).

مورد دیگر در حقوق مدنی ایران، تعیین مصداق دین کلی است. از آنجایی که کلی فی‌الذمه، دارای افراد عدیده در خارج بوده و بدهکار، ملزم به تسلیم یکی از آن‌ها به بستانکار خود می‌باشد، تسلیم موضوع بدهی، معامله‌ی جدیدی محسوب شده است. در این صورت، بدهکار می‌تواند هر یک از افراد کلی را به‌منظور ایفای دین، انتخاب نماید(امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۱۸) و در این مورد، او در تعیین و تسلیم فردی که عرفاً معیب محسوب نمی‌شود تا فرد اعلا، آزادی کامل دارد و کافی است، مصداقی از همان جنس و وصف را به بستانکار تسلیم کند(کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴: ۳۷) و از آنجایی که تعیین مصداق مال کلی- که باید به بستانکار داده شود- در اختیار بدهکار می‌باشد، تهاتر از این قاعده‌ی کلی، مستثنی نمی‌شود. در این صورت، چنین بدهکاری باید بتواند انتخاب کند که دین خود را به‌وسیله تهاتر یا از طریق دیگری پرداخت کند(کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۵). برخی فقها برای اجتناب از چنین اشکالی، وقوع تهاتر را منوط به خودداری بدهکار از پرداخت دین نمودند(نجفی، ۱۳۷۹، ۳۹: ۲۶۴) با این حال، نویسندگان حقوقی، عموماً قید را «... بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند» در ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی، حاکی از رد دیدگاه فقیهانی اعلام نمودند که وقوع تهاتر را منوط به تراضی دو طرف

۱- اذ كان له علی زوجته دین و امتنعت عن ادائه جاز له ان يقاضها ... و لايجوز له ذلك مع عدم امتناعها لأن التخيير في جهات القضا من اموالها اليها



می‌باشد و در صورت وجود تقابل میان دو دین کلی مربوط به دو شخص، حصول تهاتر میان دو دین مذکور، مستلزم آن است که این موضوع از سوی بدهکار، خطاب به بستانکار اعلام شود و شرایط تهاتر در زمان اعلام معتبر می‌باشد؛ اما تأثیر آن، در حقوق آلمان همچنان قهقرایی است.

ماده ۲۹۵ قانون مدنی نیز بدون اینکه به خودبه‌خودی بودن تهاتر و حکم قانون‌گذار در این فرایند، اشاره‌ای داشته باشد، مفهوم «تهاتر قهری» را در برابر تهاتر قراردادی به رسمیت شناخته است. قید «... بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند» در ماده مذکور فقط لزوم تراضی برای وقوع تهاتر را نفی نموده، بدون اینکه متعزّض لزوم اعلام اراده یکی از طرفین در این مورد شده باشد و قید «... به محض اینکه دو نفر در مقابل یکدیگر در آن واحد، مدیون شدند هر دو دین به اندازه‌ای که با یکدیگر معادله می‌نمایند، به‌طور تهاتر برطرف شده و طرفین به مقدار آن در مقابل یکدیگر، بری می‌شوند» نیز به منزله‌ی ایجاد مقتضی تهاتر به‌صورت بالقوه می‌باشد که با اعلام اراده‌ی یکی از طرفین به فعل تبدیل می‌شود. در این صورت، اثر تهاتر، فوری بوده و صرفاً نسبت به آینده اجرا می‌شود.

نویسندگان حقوق مدنی ایران تحت تأثیر تحولات حقوق رومی از یک سو و دیدگاه‌های فقهی از سوی دیگر، در مورد مبنای تهاتر و آثار آن اختلاف نظر دارند. به‌طوری‌که با وجود تلقی آن به‌عنوان امری ماهوی نتوانستند نقش قواعد دادرسی را در این مورد انکار کنند. چنانکه نویسندگان متأخر سعی نمودند تا خلأهای موجود را در مفهوم تهاتر قهری با استمداد مفهوم تهاتر قانونی در حقوق فرانسه و از طریق دخالت‌دادن استناد خوانده به تهاتر در فرایند دادرسی، برطرف سازند. از مواد ۱۸ و ۱۴۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، استنباط می‌شود که تهاتر یکی از طرق دفاعی است، با این حال مطابق مواد ۱۷ و ۱۴۱ به بعد، دعوی متقابل علاوه بر جنبه‌ی دفاعی، متضمن مطالبه‌ی

تاریخ می‌تواند علت این ویژگی را توجیه نماید. این دیدگاه برای آشتی‌دادن میان تهاتر به حکم قانون و دیدگاهی که عقیده دارد تهاتر لزوماً باید از طریق اعلامیه صورت گیرد، ارائه گردیده است (Van Deventer, 2016: 69). با این حال، قانون مدنی هلند، اثر قهقرایی تهاتر را محدود می‌نماید؛ به این صورت که منافعی که قبلاً در رابطه با دین پرداخت شده است، به‌صورت قهقرایی مورد حکم واقع نمی‌شود، بلکه در چنین مواردی تهاتر دارای اثر فوری است.

مطلب صریحی در مورد اینکه تهاتر در صورت وقوع، ناظر به آینده است یا اثر قهقرایی دارد، در قانون مدنی ایران وجود ندارد اما دیدگاه برخی نویسندگان حقوقی در موردی که موضوع دین کلی بوده و نیاز به تعیین و تخصیص از سوی بدهکار می‌باشد بر این است که اثر تهاتر، از لحظه‌ی تعیین و تخصیص مال کلی برای پرداخت به بستانکار می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴: ۷۳). به همین منوال به نظر می‌رسد در سایر موارد تهاتر قهری، اثر تهاتر ناظر به آینده باشد.

۶ نتیجه‌گیری

اگرچه مطابق دیدگاه نویسندگان حقوقی فرانسوی در سده‌های هفدهم و هجدهم در صورت اجتماع شرایط، تهاتر به‌طور خودکار و بدون نیاز به دخالت اراده‌ی طرفین و حتی اطلاع آن‌ها واقع می‌شود، اما به دلیل غیرواقع‌گرایانه بودن دیدگاه مذکور، ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه، ضمن اضافه‌نمودن عبارت «به حکم قانون»، تهاتر قانونی را جایگزین تهاتر خودکار نمود و دیوان عالی این کشور با پذیرش لزوم استناد خوانده به تهاتر و امکان اسقاط آن، قبل و بعد از وقوع تهاتر، روی ایده‌ی خودکار بودن تهاتر، خط بطلان کشید. به‌طوری‌که تهاتر قانونی در نظام حقوقی این کشور، مستلزم دخالت حداقل یکی از دو طرف بوده اما اثر آن، همچنان قهقرایی است.

مطابق نظام حقوقی آلمان، تهاتر، پروسه‌ای کاملاً وابسته به اراده‌ی حداقل یکی از طرفین

اعلامی در حقوق آلمان و تهاتر قانونی در حقوق فرانسه نزدیک می‌شود.

چیزی از خواهان اصلی است که به تقدیم دادخواست نیاز دارد. بدین وسیله، معلوم می‌شود که تهاتر قهری در حقوق ایران به مفهوم تهاتر

منابع

- Helli, H. (1983), *Sharaieol-Islam fi Masaelel-helale Val Haram*, Vol. 2, Esteghlal, Publication. (In Arabic)
- Helli, H. (1997), *Ghavaedol-ahkam fi Maarefate El-helale Val Haram*, Vol. 3, Annashro-islami, Publication. (In Arabic)
- Hor Ameli, M. (2005), *Vasael Al-shia ela Tahsil Ahkam Al-Shariaa*, Vol. 2, Al-Aalami Institution. (In Arabic)
- Ibne Ghodameh. M. (untitled), *Al-Moghne*, Vol. 5, Darou-alfekr. (In Arabic)
- Ibne Manzoor, A. J. M. (1997), *Lesanol-Arab*, Vol. 1, Dare Sader. (In Arabic)
- Ibne Manzoor, A. J. M. (1997), *Lesanol-Arab*, Vol. 5, Dare Saderd. (In Arabic)
- Ibne Motraz, A. N. (1997), *Al-Maghref fi Tartibel-Moreb*, Maktabah Osameh Ibne Zaid, Halab. (Arabic)
- Imami, S. H. (1993), *Civil Law*, Vol. 1, Islamieh Bookstore. (In Persian)
- Jaabi Ameli, Z. (2004), *Masalekol-Afham fi Sharh Sharaie Al-Islam*, Vol. 1 3, Al-maaref Al-Islamieh. (In Arabic)
- Jaabi Ameli, Z. (1885). *Rouzeh al -Bahieh fi Sharhe al-Lomaeh alDameahgieh*, Vol. 2, Abd ol-Rahim Hand-writhen, Tabriz. (In Arabic)
- Jaafari Langroodi, M. J. (2009), *Law of Obligation*, GanjeDanesh Publication. (In Persian)
- Ardabili, M. A. (1995), "Majmaa Al-Fayedeh va Al-Borhan Fi Sharh Ershad Al-Azhan", Vol. 9, Alnashr Al-Islami Publication. (In Arabic)
- Bélanger, A. (2003), *La compensation légale, son automatisme et ses conditions d'application: entre mythes et réalités*. Les Cahiers de droit. (In French)
- Carbonnier, J. (1997), *Droit civil, t. 4: Les obligations*, Paris: PUF. (In French)
- De kottzebue, R. (1945), *Compensation et procédure ; essai de critique et de science juridique pure*, Paris: Sirey. (In French)
- Dehkoda, A. (1992). *Dictionary*, Vol. 11, Tehran University Publication. (Persian)
- Drakidis, P. (1995), *Des effets à l'égard des tiers de la renonciation à la compensation acquise*, R. T. D. Civ. (In French)
- Hakim, M. (Untitled), *Mostmsakel-Orva al-Vosgha*, Vol. 13, Darol-Ehya at-Toras al-Arabi. (In Arabic)
- Helli, A. N. , (1984), *Sharaieol-Islam fi al-Helale va al-Haram*, Vol. 2, Esteghlal Publication. (In Arabic)
- Helli, H. (1990), *Ershadol-Azhan ela Ahkamel- Iman*, Annashro-islami, Publication. (In Arabic)



- Mendegrès, R. (1969), *La nature juridique de la compensation*, Paris: L. G. D. J. (In French)
- Najafi, M. H. (2000), *Jawaherol- alkalam Fi Sharhe Sharayeol-islam*, Vol. 31, Daro- alkotobe-islamieh. (In Arabic)
- Najafi, M. H. (2000), *Jawahero- alkalam Fi Sharhe Sharayeol-islam*, Vol. 31, Daro- alkotobe-islamieh. (In Arabic)
- Najafi, M. H. (2000), *Jawaherol- alkalam Fi Sharhe Sharayeol-islam*, Vol. 31, Daro- alkotobe-islamieh. (In Arabic)
- Nichet, H. (1934), *Du jeu de la compensation dans les rapports des créanciers et des débi-teurs*, Thèse de doctorat, Montpellier: Université de Montpellier. (In French)
- Rashti, M. H. (1982), *KetabolGheza, Darol-QoranEL-karim*, Untitled. (In Arabic)
- Ripert, G. et Boulanger, J. (1967), *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, t. II: Obligations: Contrats. Responsabilité, Droit réels, Biens, Propriétés*, Paris: L. G. D. J. (In French)
- Sanhori, A. R. A. (1988), *Alvasit fi Sharhe Alghanonel- Madani*, Vol. 1, Al-Halabi Al-Hoghoghiah Publication. (In Arabic)
- Savatier, R. (1949), *'Cours de droit civil, t. II*, Paris: L. G. D. J. . Paris: Dalloz. (French)
- Shahidi, M. (2010), *Civil Law, Obligation*, Majd Scientific and Cultural Group. (In Persian)
- Jaafari Langroodi, M. J. (1993), *Terminology Of Law*, GanjeDanesh Publication. (In Persian)
- Jaafari Langroodi, M. J. (2007), *A Waden in Terminology*, GanjeDanesh Publication. (In Persian)
- Jaafari Langroodi, M. J. (2009), *Encyclopedia of Civil and Commercial law*, GanjeDanesh Publication. (In Persian)
- Jaafari Langroodi, M. J. (2007), *Mohasha of Civil law*, GanjeDanesh Publication. (In Persian)
- Jousselin, F. (1900), *De la compensation légale et de la compensation judiciaire*, Thèse de doc-torat, Paris: L. N. D. J. (In French)
- Katouzian, N. (1998), *A Ggeneral Rules of Contracts*, Vol. 4, Enteshar Publishing Company with Cooperation of Bahman Borna Publication. (In Persian)
- Katouzian, N. (2012), *The General Theory of Obligations*, Mizan Publication, Publication. (In Persian)
- Khansari, S. A. (1977), *Jameol-Madarek fi Sharhe Mokhtasaren- Nafee*, Vol. 1, Maktabates- Sadough. (In Arabic)
- Khansari, S. A. (1977), *Jameol-Madarek fi Sharhe Mokhtasaren- Nafee*, Vol. 6, Maktabates- Sadough. (In Arabic)
- Khouei, A. (Untitled), *Encyclopedia of Imam AL-Khouei*, Vol. 38, Al-Khouei Islamic Institution, Untitled. (Arabic)
- Larombiere, M. (1885), *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code civil, t. V*, Paris: A. Durand. (In French)



Paris: Dalloz. (In French)

Van Deventer, S. , M. (2016), Set-off in South African Law: Challenges and Opportunities, Faculty of Law: Stellenbosh University. (In English)

Zahili, W. (1985), Islamic Jurisprudence and it,s Evidence, V. 5, Dar al-Fikr. (In Arabic)

Shahidi, M. ,(1998), Extinction of Obligations, Hoghooghdan Publication. (In Persian)

Tabatabaei Yazdi, M. K. (1999), Soal va Javab, Center of Oloome islami Publication. (In Arabic)

Terre, F. , Simler, P. & Lequetete, Y. (1996), Droit civil: les obligations,