

## جایگاه تئوری موازنه در قراردادها

تاریخ دریافت: ۹۹/۱/۱۵

حمید بذریاچ<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۹۹/۲/۳۰

## چکیده

عقود و قراردادها ممکن است به جهات مختلف خدشه دار گردد، نظام زندگی اجتماعی به شدت وابستگی به کیان عقود دارد، پس قانونگذاران به حمایت از جامعه، اصل ابقاء عقود را وجهه نظر خود قرار می‌دهند تا نظام معاملات و عقود از موازنه‌های ممکن برخوردار گردد چنان که به خریدار مبیع معیوب حق اخذ ارزش داده‌اند، و تلف مبیع قبل از قبض را به عهده بایع نهاده‌اند، همچنین ضمان معاوضی از بارزترین مظاهر موازنه است.

عقود معوض مانند بیع، مکان مناسبی برای جلب نظر به قاعده موازنه است. پیشینگان به آسانی درک می‌کردند که بیع بر سه معادله استوار است: الف- تملیک در برابر تملیک، ب- موازنه ارزش عوضین، پ- تسلیم در برابر تسلیم، به طوری که معادله اول و دوم، مقدمه برای معادله سوم است. سه معادله‌ای فوق در عقد بیع، مصداقی است از قاعده عام موازنه.

در استنتاج از سه معادله مذکور خیار عیب را می‌توان استخراج کرد و گفت: بیع بر قاعده مساوات بین عوضین نهاده شده است پس اگر بعد از عقد معلوم شود که مبیع، عیب داشته است مساوات مورد نظر عاقدین بهم خورده است و مشتری حق دارد آنچه را که به علت عیب، فوت شده است به حکم عقد بیع، از بایع مطالبه کند، و چون بایع مال معیوب، عاجز از تسلیم وصف سلامت است (چون مبیع عین شخص بوده است) پس راه چاره، دادن حق خیار است به مشتری.

البته می‌توان از قاعده لاضرر در بحث خیارات بهره برد، اما لاضرر به تنهایی مشکلات خیارات را نمی‌تواند حل کند، کاری که از قاعده موازنه ساخته است از لاضرر ساخته نیست!

واژگان کلیدی: تعادل عوضین، تئوری موازنه، عدالت معاوضی،

<sup>۱</sup> استادیار، عضو هیأت علمی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، هشتگرد، ایران. (نویسنده مسئول)

## ۱- مروری بر تاریخچه موازنه

موازنه یکی از عمومی‌ترین اصول است که هم در طبیعت رعایت می‌شود و هم در جوامع انسانی: در دو گوش مایعی است که تعادل و موازنه بدن را حفظ می‌کند اگر در یکی از دو گوش چرکی یا جوشی به هم رشد شما بی اختیار به یک سو متمایل می‌شوید و نمی‌توانید روی دو پای خود بندیشوید. این نمونه یک تعادل طبیعی روشن و ساده است.

در زندگی جوامع بشری از جهات مختلف، موازنه طرف توجه قرار می‌گیرد: کنگره‌های دیوارها که بنایان می‌سازند با رعایت موازنه است، پنجره‌های متعدد یک ساختمان و یا بالکن‌های متعدد مظاهری از موازنه را ارائه می‌کنند.

ماده ۳۸ ق.م. مالکیت فضا را بدون قید و شرط مطرح کرده است به سبک قرون قدیم اما برای تعادل و موازنه در ارتفاع اماکن و ابنیه شهرداری‌ها بر اساس اصول شهرسازی اذن به مالک نمی‌دهند که از ارتفاع معین فراتر رود به ویژه نزد جوامع عاقل که به زیبایی شهرها علاقه نشان می‌دهند.

استفاده از مالکیت هم مطلق العنان نیست و نباید خارج از متعارف و حاجت مالک باشد تا تعادل و موازنه بین مالکیت او و مالکان مجاور رعایت شود (ماده ۱۳۲ ق.م).

رعایت موازنه بین عرضه و تقاضا در اقتصاد، ضوابط خاص دارد. نیز رعایت موازنه در واردات و صادرات مملکت؛ چنین است رعایت میزان تولید و مصرف.

در حقوق بین الملل ضوابط مهمتر برای رعایت موازنه دارند مانند: (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴)

الف- اصل شرط دولت کامله الوادد.

ب- اصل مقابله به مثل.

ج- تعیین خط القعر و خط الراس در مورد خطوط مرزی آبی و کوهی بین دو کشور از فکر موازنه سرچشمه می‌گیرد.

د- تقاص بین المللی: دولتی اموال یا امتیازات مالی دولتی را مورد قانون ملی شدن قرار می‌دهد، دولت طرف مقابل هم پول‌های او را در بانک‌های خود فریز می‌کند. خصوص این قسم مقابله به مثل را (صحیح یا سقیم) می‌توان تقاص بین المللی نامید. این مثال برای کسانی که از بحث تقاص در فقه و مدنی گریزانند درس خوبی است.

ه- در برخی از امثله گروگان‌گیری هم فکر موازنه را می‌توان دید و این یک موازنه منفی و نامطلوب است.

و- اخیراً تلاشی آغاز شده است برای متحد‌الشکل کردن مقررات بیع بین الملل که مسلماً یک نوع فکر موازنه در آن وجود دارد.

در حقوق اداری که گاه دولت‌ها به علت بالا رفتن نرخ اجناس مصرفی، حقوق کارمندان را زیاد می‌کنند فکر موازنه بین خرج و دخل دیده می‌شود.

در هر مورد که حکم به قاعده عدل و انصاف می‌کنند فکر موازنه وجود دارد مانند مورد ماده ۱۰۹ ق.م. در هر مورد که حکم به دادن مهرالمثل کنند فکر موازنه وجود دارد. در قانون قصاص از قدیم الایام فکر موازنه وجود داشته است.

در آیه الاعتداء اندیشه موازنه را در سطوح مختلف علم حقوق (مدنی، جزائی، حقوق بین الملل) می‌توان دید. در ماده ۳۷۷ ق.م. در حق حبس، فکر موازنه آشکار است و ماده ۳۷۱ قانون تجارت هم این حق را مورد تصریح قرار داده است.

عقود و قراردادها ممکن است به جهات مختلف خدشه دار گردد، نظام زندگی اجتماعی به شدت وابستگی به کیان عقود دارد، پس قانونگذاران به حمایت از جامعه، اصل ابقاء عقود را وجهه نظر خود قرار می‌دهند تا نظام معاملات و عقود از موازنه‌های ممکن برخوردار گردد چنان که به خریدار مبیع معیب حق اخذ ارزش داده‌اند، و تلف مبیع قبل از قبض را به عهده بایع نهاده‌اند، همچنین ضمان معاوضی از بارزترین مظاهر موازنه است.

با این امثله متنوع و فراگیر از طبیعت تا علم حقوق مدنی و اقتصاد و جزا و حقوق اداری و حقوق بین الملل، شمول چشم گیر قاعده موازنه روشن شد و ثابت کرد تا قاعده موازنه طبع فلسفی دارد، شمول بسیار وسیع در ابعاد مختلف، به قاعده موازنه طبع فلسفی دارد، شمول بسیار وسیع در ابعاد مختلف، به قاعده موازنه طبع فلسفی داده است آن هم فلسفه عملی (در رابطه با علم حقوق) فلسفه حقوق سودمند که مجردگرا نباشد فلسفه عملی حقوق است.

عقود معوض مانند بیع، مکان مناسبی برای جلب نظر به قاعده موازنه است. پیشینگان به آسانی درک می‌کردند که بیع بر سه معادله استوار است:

الف- تملیک در برابر تملیک

ب- موازنه ارزش عوضین

پ- تسلیم در برابر تسلیم، به طوری که معادله اول و دوم، مقدمه برای معادله سوم است.

بعض از آنان در استنتاج از سه معادله مذکور خیار عیب را استخراج می‌کردند و می‌گفتند: بیع بر قاعده مساوات بین عوضین نهاده شده است پس اگر بعد از عقد معلوم شود که مبیع، عیب داشته است مساوات مورد نظر عاقدین بهم خورده است و مشتری حق دارد آنچه را که به علت عیب، فوت شده است به حکم عقد بیع، از بایع مطالبه کند، و چون بایع مال معیب، عاجز از تسلیم وصف سلامت است (چون مبیع عین شخص بوده است) پس راه چاره، دادن حق خیار است به مشتری.

همچنین لاضرر به تنهایی مشکلات خیار را نمی‌تواند حل کند؛ کاری که از قاعده موازنه ساخته است از لاضرر ساخته نیست! از این سخن کوتاه می‌خواهم دو نتیجه بگیرم:

اول- سه معادله‌ای که در عقد بیع به آن اشاره شد مصداقی است از قاعده عام موازنه. پیشینگان، رابطه آن معادلات را با قاعده عام موازنه کشف نکرده‌اند. این کاری است که من در این مجلد از فلسفه عمومی حقوق کردم. باید این گونه معادلات را از موازنه که سرچشمه آنها است استخراج کرد.

دوم- که قاعده موازنه دو بعد عمده دارد:

الف- بعد فلسفی که در این مقدمه با تنوع امثله ثابت کردم.

ب- بعد منطقی؛ که در این مقدمه با تنوع امثله ثابت کردم.

مثال- در مورد خیار غبن اگر در کتب فقه سیر کنید می‌بیند که نویسندگان سه مرحله را در استدلال برای اثبات خیار غبن مورد توجه قرار می‌دهند:

یک- نصوص (احادیث که احتمالاً راجع به خیار غبن است).

دو- قاعده لاضرر

سه- اجماع

اما دیدند که دلالت نصوص ضعیف است، از قاعده لاضرر هم نتیجه‌ای نگرفتند، سرانجام روی به اجماع آوردند و گفتند. مدرک منحصر خیارغبن، اجماع است. این عمل یک نتیجه دارد و آن این است که قاعده لاضرر، توانایی اثبات هیچیک از اختیارات را ندارد. در باب معادلات به ویژه در اختیارات. اجماع تبعی وجود ندارد، آن اجماع ریشه‌ای دارد و هیچ قاعده برای توجیه اختیارات مناسب‌تر از قاعده موازنه نیست چنان که در باب اختیارات، این را به دفعات خواهید دید.

در مورد خیار تدلیس گفته‌اند: لاضرر اقتضاء دارد که مشتری زیان دیده یا عقد را فسخ کند و ثمن خود را پس بگیرد و یا آن را قبول کند و دم از مطالبه ارش نزند. این نتیجه را از لاضرر گرفته‌اند! و حال اینکه می‌توان سوی دگر لاضرر را در نظر گرفت که نتیجه دگر می‌دهد: (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹)

توضیح: ای بسا که مشتری نفعش در بقاء عقد باشد ولی در این حال چرا باید او را جریمه کرد و گفت: حال که می‌خواهی باقی بر عقد بمانی باید چوب مُدّلس را بخوری! فرض کنید مشتری فنانی خریده است و بایع در زمان بیع، آب قنات را که به تدلیس در پس یکی از چاه‌ها جمع کرده است یکباره جاری می‌سازد تا مشتری خیال کند که آب قنات مطلوب و نیکو است. مدتها پس از بیع، تدلیس او کشف می‌شود، قنات هم مانند یخچال و لباس نیست که مشتری بتواند آن را پس بدهد و از جای دگر بخرد، قنات را پس نمی‌دهند ولی باید تکلیف تدلیس هم روشن شود: لاضرر نباید مشتری را مخیر بین یکی از دو امر ذیل کند:

الف- پس دادن قنات و استرداد ثمن

ب- ابقاء بیع و خوردن چوب تدلیس بایع که نتواند ارش بگیرد و بایع هم نسبت به مقابل تدلیس (ما به التفاوت مال مورد تدلیس و مال غیر مورد تدلیس) اکل مال به باطل کند (= دارا شدن بی جهت) و به

روی مبارک خود نیاورد!

راه چاره، اجراء مراتب ذیل است با هم:

یک- فاعده ابقاء عقود مهمما امکن که مدارک بسیار در شرع (و در قانون مدنی) دارد.

دو- پس از ابقاء عقود باید قاعده موازنه را جاری کرد، ضمن اجرا قاعده موازنه نباید از قاعده لاضرر هم غفلت کرد.

پس نتیجه این می‌شود که مشتری می‌تواند اگر بخواهد، بیع را فسخ کند، و اگر نخواهد بیع را ابقاء کند ولی برای اینکه ضرر از او رفع شود به حکم لاضرر، ارش بگیرد، با گرفتن ارش موازنه‌ای را که عاقدین در حین انعقاد بیع به آن گردن نهاده بودند جبران می‌کنند. پس لاضرر دو بار به نفع مشتری جاری می‌شود:

یک- در فسخ بیع اگر بخواهد.

دو- در ابقاء بیع با گرفتن ارش که طرفین تابع موازنه می‌شوند، موازنه‌ای که موقع انعقاد عقد بیع، گردن به آن نهاده بودند و عهده دار شده بودند.

ملاحظه می‌کنید که در اثبات اصل خیار تدلیس و کیفیت آن، سه قاعده به شرح فوق دخالت کرده‌اند:

قاعده اول- قاعده ابقاء عقود

قاعده دوم- قاعده لاضرر

قاعده سوم- قاعده موازنه

اشتباه اسلاف ما این بوده است که فقط یکی از سه قاعده مذکور (یعنی لاضرر) را به کار گرفته‌اند. عین این بحث در مورد خیار تصریه هم جاری است.<sup>۲</sup>

در فقه جمهور هم در خیار غبن به برخی از نصوص استناد می‌کنند و ابدا متوجه موازنه نیستند و به خصوص سخن از ارش که اشاره کرد، اصلا به میان نمی‌آورند، مثلاً در کتاب بایع می‌گوید:

البیع ... عقد معاوه تملیک بتملک و تسلیم به تسلیم.

دو معادله از سه معادله‌ای که گفتم در این عبارت دیده می‌شود اما به خاطر او و مانند او، نه قاعده موازنه خطور کرد و نه استنتاج ارش در غبن و تصریه و تدلیس و عیب و مانند این‌ها، چنان که در ذهن شارحان قانون مدنی هم ابدا خطور نکرده است. آنچه که مولف بدایع گفته است فکری است ابتدائی و ناپخته و تخمی است کاشته و بارور نشده.

<sup>۲</sup> شارحان قانون مدنی در باب خیار غبن حول محور لاضرر دور می‌زنند. اگر به تعادل ارزش عوضین اشاره می‌کنند هرگز از امکان ابقاء عقد و گرفتن ارش سخن به میان نمی‌آورند زیرا آنان پیروان با صفای فقه‌اند که ارش را در خیار عیب (که نص دارد) خلاف قاعده شمرده‌اند و حال اینکه خلاف قاعده نیست.

## ۲- اصول موازنه و اقسام آنها

### ۲-۱. اصول موازنه

در هر بیع<sup>۳</sup> سه قسم موازنه وجود دارد:

اول- موازنه در تملیک یعنی از دو طرف عقد، تملیک در برابر تملیک صورت می‌گیرد حتی در بیعی چون بیع سلم، ماده ۳۳۸ ق.م که از فقه اسلام گرفته شده است صریح در این نظر است. مواد ۳۶۳-۳۶۴ ق.م هم موید همین نظر است.

در این موازنه زمان دو تملیک یکی است یعنی هر دو در یک زمان، در کفه‌های ترازوی موازنه قرار داده می‌شوند و این در حقوق اسلام و قانون مدنی اصلی مسلم است و استثناء ندارد.

دوم- موازنه در ارزش عوضین اگر متعاقبین عالمماً عامداً این موازنه را بهم زنند بیع به صورت بیع محاباتی در می‌آید و آن از محل اصلی بحث در عقود تملیکی معوض<sup>۳</sup> که رکن اقتصادی در مبادلات است) خارج است.

در دو صورت ذیل خلل در موازنه بهم می‌رسد ولی لطمه به کیان عقد بیع، وارد نمی‌کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴)

الف- اگر بایع عالم به عیب باشد یا تدلیس کند یا مشتری را مغبون کند و در هر حال مشتری جاهل به حقیقت امر باشد.

ب- اگر هر دو جاهل باشند مثلاً مبیع معیب باشد و هر دو جاهلاً اقدام به بیع کنند. سوال این است که در این صورت، بیع باید به علت بهم خوردن موازنه، باطل باشد یا صحیح و خیاری باشد و به هر حال چرا؟

شاید ذوق سلیم اقتضاء بطلان کند ولی در این حال امنیت معاملات متزلزل می‌شود و قانونگذاران و شارع مقدس صلاح را در ابقاء عقد و دادن حق خیاری به زیان دیده می‌بینند. پس خیاری عیب و غبن و تدلیس و تصریه و کذب، اساس در قانون ابقاء عقود دارد.

سوم- موازنه تسلیم به تسلیم که اهم اقسام بین سه وازنه است زیرا دو موازنه نخست، مقدمه برای موازنه سوم هستند:

توضیح- به عقد بیع از دید دو طائفه باید نگریست:

الف- سوداگران یا اصحاب عمل که عقد عملی را در نظر دارند و هر سه قسم موازنه دست به دست هم داده و عقد بیع را می‌سازند و در عقد عملی، تسلیم اهم اجزاء وجود عقد است و هر شرط که خلاف موازنه در تسلیم باشد در عقد عملی، شرط خلاف ذات عقد است.

<sup>۳</sup> بیع را به عنوان مظهر بارز عقود مالی معوض انتخاب می‌کنیم.

ب- اصحاب نظر (فقیه، حقوقدان) که با بحث ماهیت و وجود سر و کار دارند و ماهیت عقد را در موازنه اول (تملیک در برابر تملیک) خلاصه می‌کنند، آنگاه بر این اساس، بیع دو نکته ذیل فرق می‌گذارند:

۱- ماهیت عقد بیع

۲- اجراء تعهدات ناشی از بیع که همان تسلیم در برابر تسلیم است و صریحاً می‌گویند: اجراء عقد، غیر از خود عقد است! اما کدام عقد؟ از دید چه کسانی؟ عقد نظری از دید اصحاب نظر! ماده ۳۶۲ ق. م هم بر اساس عقد بیع نظری نوشته شده است بوسیله عالم این علم، لذا در بند سوم و چهارم تسلیم را جزو آثار بیع دانسته است! آیا این کار درست است که علم از عمل این قدر فاصله بگیرد؟ اگر فاصله بگیرد به این معنی خواهد بود که این علم مطلبی می‌گوید که جدا از عمل و حقیقت خارجی است! اصالت عمل (پراگماتیسم) در این گونه موارد قد علم می‌کند و سخن خود را می‌گوید.

تسلیم در برابر تسلیم را در سه حالت ذیل باید بررسی کرد: (امامی، ۱۳۹۶)

الف- تسلیم به حسب مکان. لازم نیست که به حسب مکان تسلیم، موازنه رعایت شود: مشتری ثمن را در محل انعقاد بیع می‌دهد و قرار می‌گذارند که مبیع در مکان دیگر تسلیم شود. این وضع خلل به موازنه در تسلیم وارد نمی‌کند.

ب- تسلیم به حسب زمان. موازنه در این قسمت هم لازم نیست چنان که در بیع سلم مشاهده می‌شود.

ج- اصل تسلیم صرف نظر از اوصاف و عوارض مانند مکان و زمان و غیره. در این مورد است که موازنه جزو عناصر سازنده بیع عملی است و هر شرط خلاف آن، فاسد و مفسد است. پس شرط اسقاط خیار تعذر تسلیم و اسقاط خیار تفلیس که موازنه در تسلیم را مخدوش می‌کند. با ذات عقد بیع عملی، مخالف است. بیع نظری هم خواب و خیال است و فقط به درد مجردگرایان می‌خورد که در عالم خیال چیزی بسازند و بنویسند و بحث کنند.

نکته‌ای که به اختصار باید ذکر کنم این است که نباید موازنه در تسلیم در برابر تسلیم را به مقیاس دقیق ریاضی در نظر گرفت پس در موارد ذیل هم موازنه در تسلیم را قانونگذاران (شارع اسلام و دیگران) قبول کرده‌اند زیرا هدف مهمتری دارند و آن هدف در اصل ابقاء عقود خلاصه شده است:

۱- هرگاه تسلیم بعضی مبیع، میسر باشد چنان که در مورد خیار تبعیض صفقه دیده می‌شود. با اینکه در برابر کل ثمن، کل مبیع، تسلیم نمی‌شود ولی فی الجمله موازنه وود دارد یعنی در آن مقدار که معامله بی اشکال است.

۲- در مورد تخلف وصف (در بیع عین شخصی غائب از جلسه بیع) که فقدان وصف مورد نظر مانع تسلیم اصل مبیع نیست و به همان مقدار، موازنه در تسلیم صورت پذیر است، اصل ابقاء عقود بر اساس این مقدار از تسلیم، به زیان دیده از تخلف وصف، حق خیار می‌دهد تا عقد از فرو پاشیدن مصون بماند، و مصلحت اقتصادی جامعه در گردش معاملات چنین اقتضاء دارد.

## ۲-۲. اقسام موازنه

اول- موازنه کمی که تابع مقدار ارزش دو مال مورد بیع است. ارزش عیب از این موازنه پیروی می‌کند. اگر ارزش در غبن را بپذیریم آن هم از موازنه کمی پیروی می‌کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸)

دوم- موازنه کیفی، این را در دو مثال ذیل می‌توان دید که یکی از غیربیع است و مقدمه است:

الف- در قرارداد بیمه: محاسبه حسابگران بیمه که ریسک‌ها را با اصول پیچیده‌ای حساب می‌کنند و در مقابل ریسک‌ها نرخ بیمه را معین می‌کنند. این جا معیار محاسبه ارزش که در بیع دیده می‌شود وجود ندارد کیفیت ریسک‌ها معیار است.

ب- در بیع شرط: موازنه ارزش عوضین مطلقاً مطرح نیست و عالملاً عامداً موازنه کمی را به هم می‌زنند به این شرح.

۱- بایع قصد تهیه سرمایه دارد ولی با حبل خیار دراز مدت (ولی معلوم) راه استرداد مالکیت مبیع را مسدود نمی‌کند.

۲- مشتری هم بخت خرد را در تملک ارزان مبیع می‌آزماید. طرفین به انتظار حوادث آینده می‌نشینند. این بیع در واقع بیع بخت و اقبال است. موازنه کمی در ارزش عوضین، فدای بخت و اقبال و حوادث آینده می‌شود. وضعی شبیه قرارداد بیمه (در عدم دخالت ارزش‌ها) در بیع شرط پیش می‌آید اما از آن سه موازنه که در غیر بیع شرط گفته شد به جز موازنه کمی در ارزش، باقی موازنه‌ها وجود دارد یعنی: الف- تملیک در برابر تملیک. پس نباید آن را رهن دانست. صاحب شعائر بیع شرط را رهن دانسته است. البته به نظر می‌رسد اشتباه کرده است: زیرا در رهن، تملیک در برابر تملیک صورت نمی‌گیرد. احتمالاً ماده ۴۳۶ ق.م هم دنبال همان اشتباه رفته است.

ب- تسلیم در برابر تسلیم

در تقسیمی دیگر می‌توان موازنه در ارزش را به دو قسم تقسیم کرد:

اول- موازنه قطعی یعنی به علم عادی چنان که در بیع‌های معمولی رسم است. چانه کاری عاقدین، در زمینه قطع پیدا کردن به موازنه مورد نظر است.

دوم- موازنه ظنی که در برخی از عقود تجویز شده است مانند موازنه در عقد قبالة.



### ۲-۳. موازنه در امور مالی

در حقوق خصوصی (در مدنی) مسائل مالی بیشترین اهمیت را دارا است، و موازنه در مسائل بسیاری از امور مالی نقش انکارناپذیر دارد. در باب ضمانات قهری که امروزه مسئولیت مدنی گفته می‌شود جبران خسارت تابع موازنه است در موارد ذیل:

الف- ضمان اتلاف و تسبیب در رابطه با ایراد خسارت به مال غیر.

ب- ضمان غرور خواه در عقود باشد (ماده ۳۲۵ ق.م) خواه در خارج عقود

ج- ضمان مقبوض به عقد فاسد.

د - ضمان به سَوم.

در مسئولیت مدنی اگر به متن قانون مسئولیت مدنی نگاه کنید گاه از ضمان کمی (=ارزش مقدار خسارت) به ضمان کیفی رو می‌آورد و به عبارت خودمان از موازنه کمی به موازنه کیفی توجه می‌کند. همان قدر که موازنه کمی به صورت ضمان قهری در خارج عقود (و گاه در عقود مانند مورد ماده ۳۲۵) مورد توجه است به همان اندازه در بابا عقود، ضمان معاوضی مورد توجه است به طوری که در متون فقه پیسوته ضمان معاوضی را در مقابل ضمان قهری قرار می‌دهند و این هر دو قسم قدر مشترکی دارند که همانا موازنه کمی است (غالباً).

در باب عقود معوض مالی، ضمان معاوضی اصل است و هر گونه جبران (مانند ارش عیب یا تلف مبیع) بر اساس موازنه کمی به صورت ضمان معاوضی صورت می‌گیرد. هر اندازه که ضمان معاوضی قابل اجراء باشد نوبت به ضمان قهری (که گاه ضمان قیمت هم گفته می‌شود یعنی قیمت جنس در بازار معامله آن) نمی‌دسد. این قاعده از اهمیت بسیار برخوردار است. اهمیت آن در موقعی بروز می‌کند که هر دو قسم ضمان، در موردی تجمع کنند و باید دید که موازنه (برای حل مقدار شمان ضامن) را بر اساسا ضمان معاوضی باید برقرار کرد یا بر اساس ضمان ثیمت عادلانه در بازار؟ پس لازم است که مواردی از تجمع دو موازنه را گرد آورده و مورد بررسی قرار دهیم.

### ۲-۳-۱. تجمع اسباب دو موازنه

اول- مشتری عین مالی را می‌خرد و بعد معلوم می‌شود که غبن فاحش داشته است. موازنه‌ای را که در زمان انعقاد عقد در نظر عاقدین وجود داشته است غابن بهم زده است. سبب ضمان او پدیده آمده است. اگر بنا باشد که برای جبران مابه التفاوت، ارش به مغبون داده شود این ارش تابع شمان معاوضی است. اما اگر قبل از اخذ ارش، بعد از بیع، آن مال در بازار ترقی قیمت پیدا می‌کند به طوری که خود بخود (بدون دخالت عاقدین) آن ما به التفاوت) جبران شود و موازنه مخدوش به حالت سلامت برگردد آیا باز مشتری حق اخذ ارش را دارد؟ موازنه‌ای که بر اثر نوسان نرخ کالا پدید آمده است ناشی از قصد و

رضای عاقدین نیست و حال آن که موازنه مورد قصد عاقدین، ناشی از عقد بیع بوده است: اسباب دو موازنه مختلف است:

الف- موازنه ناشی از قصد و رضای عاقدین در زمان انعقاد عقد بیع.

ب- موازنه ناشی از نوسان نرخ کالا که پس از عقد پدید آمده است و ابدأ تابع قصد و رضای طرفین نیست. زمان حدوث دو موازنه هم متفاوت است.

بدیهی است که موازنه خارج از قصد و اختیار عاقدین نمی‌تواند آثار موازنه مخدوش ناشی از بیع را محو کند و ترقی قیمت کالا که در زمان مالکیت مشتری پدید آمده است سودی به بایع نمی‌رساند و او را معاف از ضمان معاوضی نمی‌کند.

دوم- هرگاه پس از بیع و قبل از اقباض مبیع، بایع مبیع را معیب کند (با تقصیر یا بی تقصیر) دو سبب ضمان متوجه او است:

الف- ضمان اتلاف وصف مبیع به کم نصوص اتلاف و تسبیب. (قایمی خرق، مددی، ۱۳۹۷)

ب- ضمان معاوضی- به حکم تلف قبل از قبض در عقود و نصوص خاص آن. مشتری به هر دو سبب ضمان، استحقاق برقراری موازنه را دارد: وی هر سبب را که، نفع به حال او باشد می‌تواند انتخاب کند. بحث بیشتر را در خیار عیب می‌توان دید.

سوم- هرگاه پس از بیع، بایع موجب غرور مشتری گردد و مشتری از روی غرور (جهل به مالکیت خود در مبیع) مبیع را ناقص کند باز دو سبب ضمان تجمع می‌کنند و مشتری به هر یک از دو سبب ضمان (به شرح ذیل) حق مطالبه را دارد.

الف- ضمان غرور

ب- ضمان معاوضی

چهارم- هرگاه پس از عقد بیع و قبل از اقباض، ثالثی بیع را ناقص و معیب کند دو سبب ضمان به سود مشتری پدید می‌آید:

الف- ضمان اتلاف علیه ثالث

ب- ضمان معاوضی علیه بایع

به عکس صورت قبل که هر دو ضمان روی شانه یک نفر قرار می‌گرفت در این مورد روی شانه دو نفر قرار دارد.

## ۲-۳-۲. دخالت عوامل خارجی در ضمان معاوضی و موازنه

در ضمان معاوضی تنها ارزش مال معامله اساس موازنه کمی در حین انعقاد عقد نیست امکان دارد که عواملی که خارج از ارزش مذکوراند دخالت کنند و ارزش مال را بکاهند یا بیافزایند. دو مثال می‌آورم:

اول- کسی که مال را به سلم می‌فروشد عامل زمان (تاخیر تسلیم مبیع) به زیان او است: سلم فروش، جنس خود را به بهای نازل می‌فروشد. اجحافات سلم خران معروف است و داستان‌ها از آن ساخته‌اند.

ولی به هر حال موازنه ارزش عوضین با لحاظ اجل، برقرار می‌شود. اجل همان عامل خارجی است که در بیع سلم دخالت کرده است و موازنه خاصی را اقتضاء دارد.

دوم- کسی خانه‌ای می‌خرد به مبلغی به شرط اینکه بایع خانه انقاشی کده و در موعد تحویل دهد و ضمناً پنجره‌های جلو خانه را به صورت متحرک (کشویی) در آورد. این شرط در مقدار ارزش خانه تاثیر می‌کند به طوری که خانه بدون این شرط، قیمت دگر دارد. اما همه شرطها چنین نیستند: هست شرطی که تاثیر در بالا بردن ارزش مال مورد بیع ندارد. شرط مذکور همان عامل خارجی است که موجب کاهش ارزش مبیع می‌شود. پس در حساب موازنه ارزش باید دخالت عوامل خارجی را هم در نظر گرفت.

### ۲-۳-۳. موازنه در رابطه با تعهدات عقود

عقود معوض مالی یکی از عمده‌ترین منابع تعهدات محسوب است. اگر در محتوای عقود مذکور دقیق شویم می‌بینیم که این تعهدات بدون محاسبه عاقدین نسبت به موازنه ارزش عضین صورت نمی‌گیرد یا صورت نمی‌بندد: دو نکته در این عقود هست:

الف- تعهدات متعاقدين

ب- موازنه ارزش‌ها

از دیدگاه فلسفی، اولی ماده است و دومی صورت، هیچ ماده‌ای بدون صورت، وجود پیدا نمی‌کند. از آنجا که ماهیات حقوقی مانند عقود، از موجودات خارجی (موجودات اعتباری مانند عقد، ابقاع) انتزاع می‌شوند. پس موازنه مذکور، عنصری از عناصر عقود معوض مالی است که بر پایه محاسبات در ارزش عوضین قرار دارند. اسلاف، در مقام شناخت ماهیت بیع فقط به تملیک در برابر تملیک نگاه می‌کنند و موازنه ارزش را (که نقش صورت نسبت به ماده را دارد) به کلی ندیده می‌گیرند! عملی است مجردگرایانه. هر چه بیشتر باید به واقع و حقیقت موجودات اعتباری نزدیک شد؛ علم در اصطلاحات فرهنگ قرن حاضر و قرن پیشین (به قول نویسندگان: قرن نوزدهم و بیستم میلادی) از مجردگرایی فاصله بسیار گرفته است؛ حقیقتی است که غفلت از آن زیان بار است و آنکه غافل است ضرر می‌کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵)

نتیجه- موازنه، صورت خارجی تعهدات ناشی از عقود و قراردادها است. پس همانطور که تعهد یکی از عناصر عمومی عقود است. موازنه که شکل و صورت آن تعهد است نیز از عناصر عمومی عقود معوض مالی است.

### ۴-۲. موازنه در محو و اثبات

مکرر- موازنه علی‌الاصول در جهت ایجاد است مانند موازنه تملیک به تملیک در عقد بیع یا اجاره. اما موازنه در جهت اعدام هم وجود دارد چنان که در اقاله طرفین، موازنه ناشی از عقد بیع را بهم می‌زنند و

آن را تملیک به تملیک را که در بیع ایجاد کرده بودند محو می‌کنند. پس اقاله اعاده وضع سابق بر بیع است. فسخ به خیار هم اعاده وضع سابق است ولی به قصد یک جانبه.

اخذ به شفعه هر چند که اعاده وضع سابق بر بیع نیست اما آن تملیک به تملیک را که در بیع ایجاد شده بود محو می‌کند و موازنه جدیدی در تملیک به تملیک در رابطه شفیع و مشتری پدید می‌آورد پس در مورد شفعه محو و اثبات جمع شده است. در پاره‌ای از اقسام تبدیل تعهد هم جمع بین محو و اثبات دیده می‌شود.

مسئله محو و اثبات در رابطه با موازنه، ارتباط به امر نمائات دارد.

### ۳- وقتی که موازنه‌ها بهم می‌خورد

### ۴- قانون موازنه در نمائات مال مورد معامله

#### ۴-۱. نماء تابع ملک است یا تابع ضمان؟

آیا نماء مبیع، تابع مالکیت مشتری است؟ یا تابع ضمان تلف مبیع که بر بایع است؟ در صورت اول، نماء مال مشتری است زیرا مبیع ملک او بوده است قبل از اینکه تلف شود، در صورت دوم؛ نماء مال بایع است زیرا ضمان تلف آن مبیع بر عهده او بوده است. در صورت اول، قاعده «المبیع یملک بالعقد» در نظرش آمده است. در صورت دوم نص الخراج بالضمن جلوی چشمش بوده است. رویارویی این دو گروه را در سوال خود گنجانده است ولی جوابی نداده است. بحث ادامه دارد:

#### ۴-۲. تراحم دو گروه از نصوص

روی منافع مبیع که قبل از قبض تلف شده باشد دو گروه از نصوص ذیل تراحم دارند:

الف- نصوص راجع به قاعده «المبیع یملک بالعقد» که مواد ۳۶۳-۳۶۴ ف. هم آن را قبول کرده است.

ب- نصوص راجع به «الخراج بالضمن» که قانون مدنی در این باره ساکت است.

سوالی که در بالا می‌بیند حاکی از همین تراحم است که بسیار مجمل و نارسا است. باید روی نصوص کارکرد زیرا اجتهاد، رد الفروع الی الاصول است، اصول در این جا همان دو گروه از نصوص اند:

۱- اگر نصوص گروه اول: شامل مورد تراحم مزبور گردد منافع مورد بحث مال مشتری است.

۲- اگر نصوص گروه دوم: شامل مورد تراحم گردد منافع مورد بحث مال بایع است.

شارحان قانون مدنی اصلاً توجه به این امور نکرده‌اند و به تفسیر قشری و لفظی ماده ۳۶۳-۳۶۴ ق.م بسنده کرده و گذشته‌اند.

عقل و منطق بدیهی اقتضاء می‌کند که هر کس در مورد تلف مبیع قبل از قبض، تحمل تلف را می‌کند خراج (نماء آن مبیع) هم باید مال او باشد و مشتری نباید هم تمام ثمن را استرداد کند هم چیزی اضافه یعنی نمائات را و حال آن که بابت آن چیزی به طرف نپرداخته است. باید قاعده موازنه حتی در حالت انحلال عقد (بعثت تلف مبیع قبل از قبض) رعایت شود. پس در حالت تراحم مذکور جانب قاعده

الخراج بالضمان را باید گرفت. این نه تفسیر ادبی است و نه تفسیر تاریخی بلکه عقل و قاعده موازنه جانب الخراج بالضمان را ترجیح داده است.

#### ۳-۴. استفاده مشتری از دو قاعده

فقه شافعی استفاده مشتری را از نمائات در دو مورد ذیل، تابع دو قاعده می‌داند. اول- در صورت تلف قبل از قبض می‌گوید: نماء مال مشتری است به دلیل المبیع یملک بالعقد یعنی چون او به صرف عقد، مالک مبیع شده است پس نمائات بین تاریخ عقد تا تاریخ تلف هم مال اوست. دوم- هرگاه بعد از بیع و قبض مبیع عیبی در مبیع حادث شود و مشتری اعمال خیار عیب کند و عقد را فسخ نماید نمائات را پس نمی‌دهد. زیرا به حکم قاعده الخراج بالضمان نمائات را مالک می‌شود چون که اگر مبیع بعد از قبض مشتری تلف می‌شد از جیب مشتری می‌رفت پس ضمان تلف مبیع از دارایی مشتری بود ناگزیر منافع مبیع هم از آن او است. این هم میان حرف‌ها حرفی است که قابل توجیه به نظر نمی‌رسد؛ چنان که گفتیم. در هر دو مورد، قاعده الخراج بالضمان حاکم است.

#### ۴-۴. تعدی از نص

از نصوص راجع به قاعده «الخراج بالضمان» به دلائل ذیل می‌توان تعدی کرد یعنی مناط ان در غیر ضمان مالک مال/الف<sup>۵</sup> (یعنی در مورد ضمان غیرمالک) هم می‌توان اجرا کرد مثلاً در مورد تلف مبیع قبل از قبض: اگر این تعدی صحیح باشد آن وقت با انقساح بیع، نمائات بین تاریخ بیع و تاریخ تلف هم به بائع برمی‌گردد. (کاتوزیان، ۱۳۹۵)

اول- قاعده اصولی معروف که گفته‌اند: مورد، مخصص نیست. پس صرف اینکه نصوص باب الخراج بالضمان، در مورد تلف مال مالک (ضمان مالک) وارد شده است موجب اختصاص آنها به ضمان مالک نمی‌شود.

دوم- تعلیق حکم بر وصف ضمان در نص «الخراج بالضمان» در علم اصول آمده است که تعلیق حکم قانونی بر وصف، دلالت بر علت می‌کند و علت هر وقت روی دهد معلول را می‌طلبد خواه در ضمان مالک باشد خواه در ضمان غیر مالک، مانند ضمان بائع نسبت به تلف مبیع قبل از قبض، پس با انحلال بیع، نمائات هم به بائع برمی‌گردد.

سوم- دلیل عقل بر اساس قاعده موازنه به شرح ذیل است:

#### ۵-۴. نمائات در موازنه در محو و اثبات

سابقاً سه قسم موازنه را در بیع نشان دادیم. این هر سه موازنه، در اثبات است یعنی موازنه مثبت است. اما وقتی که نوبت به محو کردن عقد بیع (گسیختن یا گسیخته شدن = فسخ و انفساخ) برسد و فسخ و انفساخ پیش آید وقت موازنه منفی است (= موازنه در محو) یعنی مثلاً وقتی که بیع به علت تلف قبل از

<sup>۵</sup> مانند تلف مبیع شرطی در بیع شرط در ایام تصرف مشتری

قبض منفسخ می‌شود معادلاتی که برقرار شده بود به حکم موازنه باید برگردد: برگشت در امور ذیل مقدر است:

الف- رد ثمن به مشتری. حتی اگر ثمن، عین تشخیص بوده و نمائاتی پس از بیع داشته است آنها هم باید به مشتری رد شود (در خيارات نروی و اختیار مانند خيار شرط و حيوان و مجلس) زیرا مالکیت مشتری مستقر نشده است.

ب - رد نمائات مبيع به بايع که قاعده الخراج بالضمن هم مويد اين است. پس در مسير محو آثار بيع به علت حادثه تلف شدن قبل از قبض، بايد موازنه را رعایت کرد.

#### نتیجه گیری :

۱- موازنه یکی از عمومی ترین اصول است که هم در طبیعت رعایت می شود وهم در جوامع انسانی.

۲- عقود و قراردادها ممکن است به جهات مختلف خدشه دار گردد، نظام زندگی اجتماعی به شدت وابستگی به کیان عقود دارد، پس قانون گذاران به حمایت از جامعه، اصل ابقاء عقود را وجهه نظر خود قرار می دهند تا نظام معاملات و عقود از موازنه های ممکن برخوردار گردد، چنانکه به خریدار مبيع معيوب حق اخذ ارزش داده اند، و تلف مبيع قبل از قبض را به عهده بايع نهاده اند: ضمان معاوضی از بارزترین مظاهر موازنه است.

۳- موازنه، صورت خارجی تعهدات ناشی از عقود و قراردادها است. پس همانطور که تعهد یکی از عناصر عمومی عقود است. موازنه که شکل و صورت آن تعهد است نیز از عناصر عمومی عقود معوض مالی است.

۴- برای تعادل و موازنه در ارتفاع اماکن و ابنیه، شهرداری ها بر اساس اصول شهرسازی اذن به مالک نمی دهند که از ارتفاع معین فراتر رود، به ویژه نزد جوامع عاقل که به زیبایی شهرها اهمیت نشان می دهند.

## منابع :

- ۱- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵
- ۲- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامی، ۱۳۹۶
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۸
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه عمومی حقوق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۹
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، اصول فلسفی حقوق، چاپخانه موسوی، ۱۳۸۴
- ۸- قایمی خرق، محسن، مددی، مهدی، مکاتب فلسفی - کلامی حقوق عمومی، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۷
- ۹- خاکباز، محمد، الماسی، نجادعلی، طیرانیان، غلامرضا، عدالت معاوضی و قاعده موازنه، انتشارات مجد، ۱۳۹۸