

بررسی فقهی و حقوقی تهاتر قهری با مطالعه تطبیقی در نظام‌های حقوق نوشته و انگلیس^۱

علمی - پژوهشی

احمد اسفندیاری*

غلامعلی سیفی زیناب**

علی زارع***

چکیده

به رغم پذیرش امکان وقوع تهاتر از سوی اکثر نظام‌های حقوقی در بیان مفهوم تهاتر قهری، مبانی، قلمرو و آثار آن، دیدگاه‌های متفاوتی، وجود دارد. برخی دیدگاه‌ها از قبیل تهاتر عقلی، تهاتر شرعی و تهاتر اختیاری در فقه اسلامی و تهاتر خود بخودی، تهاتر قانونی و تهاتر اعلامی در نظام حقوق نوشته به عنوان قاعده‌ای، ماهوی، موجب سقوط دو دین متقابل می‌شود. برعکس در نظام حقوق انگلیس، جز در موارد استثنایی، تهاتر، قاعده آیین دادرسی است که در صورت استناد خوانده و پذیرش آن، موجب صدور دستور توقف دعوی اصلی از سوی دادگاه به مقدار دعوای متقابل می‌شود و نه لزوماً تهاتر ماهوی و سقوط دو دین. رگه‌هایی از چنین رویکردی، نسبت به تهاتر از سوی برخی فقهای اهل سنت و نهاد مشابهی مانند حق حبس در فقه اسلامی، مشاهده می‌شود. ماده ۲۹۵ قانون مدنی ایران، عبارت «تهاتر قهری» را با الهام از برخی دیدگاه‌های موجود در فقه اسلامی و نظام حقوق نوشته، مطرح نمود بدون اینکه مفهوم آنرا به طور صریح روشن سازد. نخستین شارحان قانون مدنی، عبارت مذکور را معادل تهاتر عقلی و تهاتر خود بخودی تفسیر نمودند. اگرچه قانونگذار فرانسوی، در قانون مدنی ۱۸۰۴ تهاتر قانونی را -که به عنوان امر دفاعی، مستلزم استناد خوانده در دادگاه بود- جایگزین آن نموده بود، در اصلاحات ۲۰۱۶ مجدداً به تهاتر خودبخودی روی آورد. توجه دقیق به مستندات روایی دیدگاه‌های فقهی و صرافت در عبارات به کار رفته در قانون مدنی، آنرا به مفهوم تهاتر اختیاری در فقه و تهاتر قانونی و تهاتر اعلامی در حقوق نوشته، نزدیکتر می‌سازد.

واژه گان کلیدی: تهاتر کاهشی، تهاتر قانونی، تهاتر اعلامی، تهاتر عقلی و تهاتر شرعی

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۹/۰۲/۲۸) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۰/۰۲/۱۰)

* استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. (نویسنده مسؤول)
ahmadesfandiari@iausari.ac.ir

** استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. gh.Seifi.z@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. dr.alizare@gmail.com

۱- مقدمه

مطالعه نظام‌های حقوقی نشان می‌دهد که تهاتر دو دین متقابل، همواره یکی از موضوعات بحث‌انگیز میان نویسندگان حقوقی و قانونگذاران بوده و دیدگاه‌های مطرح شده در این مورد در میان انکار تهاتر تا قبول مطلق آن از یک سو و پذیرش آن به عنوان امری، صرفاً مربوط به آیین دادرسی - که نتیجه آن، صرفاً صدور دستور توقف دعوی اصلی است - تا قاعده‌ای، ماهوی - که موجب سقوط دو دین مذکور می‌شود - در نوسان بوده است. اعتقاد به عدم وقوع تهاتر میان دو دین کلی متقابل میان دو شخص، امر جدیدی نیست بلکه دیدگاه‌های کم و بیش مشابهی در سایر نظام‌های حقوقی، وجود داشته است. چنانکه مطابق اصل رسیدگی واحد^۱ در حقوق روم، دعوی واحد، فقط می‌توانست شامل طلب واحد باشد به این معنی که پاسخ به دعوا، صرفاً به صورت بله یا خیر یعنی از طریق اقرار به دعوی یا انکار، نسبت به آن، قابل طرح بوده و این امکان برای خواننده فراهم نبود تا در برابر دعوی خواهان، به تهاتر، استناد نماید زیرا برای چنین کاری، او می‌بایست ابتدائاً به حقانیت دعوا علیه خود، اقرار کند و پس از تصدیق آن، دیگر نمی‌توانست ادعا نماید که او نیز بر ذمه خواهان، طلبی دارد تا میان دو دین، تهاتر صورت گرفته و نهایتاً دو دین ساقط گردد. بنابراین، ابتدا دادگاه، حکم به محکومیت خواننده صادر می‌نمود و سپس او می‌توانست برای طلبی که بر ذمه خواهان داشت، دعوی مستقلی اقامه کند (سنهوری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۷۶). در نظام حقوقی انگلیس - که از سه منبع کامن‌لا، انصاف و حقوق موضوعه الهام گرفته است - دادگاه‌های انصاف تا سال ۱۶۷۷ تهاتر را به رسمیت نمی‌شناختند. کامن‌لا نیز در ابتدا هر نوع دعوی متقابل^۲ از سوی خواننده در برابر دعوی در حال رسیدگی را نفی می‌نمود و در قوانین موضوعه آن کشور نیز تا پیش از ۱۷۲۹ قانونی در مورد پذیرش تهاتر، به تصویب نرسیده بود. از برخی آراء فقهی نیز می‌توان انکار تهاتر دو دین متقابل بدون تراضی را استنباط نمود. زیرا با وجود معلوم بودن اشتغال ذمه دو طرف، نسبت به یکدیگر، می‌توان هر طلب را به طور جداگانه و بدون توجه به طلب دیگری، استیفاء نمود و طلب بدهکار، مانع استیفاء طلب بستانکار نخواهد بود اگر چه هر دو طلب، کلی باشند (اردبیلی، ۱۴۱۷، ۹: ۹۹).

^۱ -Single Issue

^۲ -Cross-Action

پس از اینکه تهاتر به عنوان قاعده‌ای، ماهوی به مفهوم تهاتر قضایی به حقوق قدیم فرانسه راه پیدا نمود (سنه‌وری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۸۶) به دلیل تفسیر عبارت ipsojure به «تهاتر خود بخودی»^۱ از سوی نویسندگان کلاسیک حقوق مدنی فرانسه، این نوع، تهاتر جای خود را در حقوق این کشور تثبیت نمود (Nichet, ۱۹۳۴, p. ۱۵۳) به طوری که دو دین متقابل، از لحظه تلاقی به مقداری که با یکدیگر معادله می‌نمایند، زایل می‌گردند. در همین راستا در حقوق فرانسه نیز به سرعت از اعتبار دیدگاه تهاتر خود بخودی-که تا حد زیادی، غیرواقع‌گرایانه و تعارض‌آمیز می‌نمود-کاسته شد (Dirakidis, ۲۳۹, p. ۱۹۵۵) و بر اساس ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی سابق فرانسه^۲ مصوب ۱۸۰۴ «تهاتر قانونی»^۳ به مفهوم تهاتر دو دین متقابل، «به حکم قانون» به محض تلاقی آندو به تدریج بر تهاتر خود بخودی و تهاتر قضایی، غلبه یافت که در پذیرش آن، شکل‌گیری تمایلاتی از درون نهادهای قضایی برای جلوگیری از تکرر پرونده‌ها (Van Deventer, ۲۰۱۶, p. ۶۷) از یک سو و اندیشه حفظ استقلال قوه قانونگذاری در برابر قوه قضاییه و رها کردن تهاتر از قید صلاحدید دادگاهها (Belanger, ۱۳۹, p. ۲۰۰۳) از سوی دیگر، مؤثر بوده است. با این حال، قانونگذار فرانسوی در ماده ۱۳۴۷ اصلاحی ۲۰۱۶ بدون اینکه برای مبنای تهاتر، عنوانی را به کار برده باشد، به تهاتر خودکار در نظریات دوما نزدیک شده است. منتهی در راستای تفسیر مراجع قضایی فرانسه از ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی سابق فرانسه، وقوع تهاتر را در صورت جمع شرایط تقابل دو دین به استناد به آن از سوی خواننده در دادگاه، منوط نموده است. تهاتر اگرچه از طریق حقوق روم به حقوق ژرمنی، راه پیدا نمود اما به رغم حفظ برخی اصول مشترک به تدریج، راه خود را از مفهوم تهاتر در نظام حقوق فرانسوی جدا نمود و به لحاظ مفهوم و مبنای، هویت مستقلی یافت. مطابق حقوق آلمان و هلند در صورت وجود دو دین متقابل میان دو شخص، تهاتر به طور خود بخودی یا به حکم قانونگذار واقع نمی‌شود بلکه حصول آن، مستلزم ارسال اعلامیه‌ای از سوی بدهکار خطاب به بستانکار می‌باشد (Van Deventer, ۲۰۱۶, p. ۶۷).

در فرهنگ‌های فارسی، «قهر» در لغت به چیره شدن و غلبه کردن و «قهری» به جبری و از روی

^۱-Compensation Automatiques

^۲-Art. ۱۲۹۰ 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.

^۳-Compensation Legale

قهر، معنی شده است (دهخدا، ۱۳۷۱، ۱۱: ۱۵۷۱۰). در آثار فقهی در مورد مفهوم تهاتر قهری، اتفاق نظر، وجود ندارد و از پیشینه فقهی قانون مدنی، استنباط می‌شود که علیرغم پذیرش تهاتر قهری به عنوان قاعده‌ای ماهوی از سوی اکثریت قاطع فقها در تبیین منبع و مبنای آن، اختلافاتی وجود داشته است. چنانکه برخی، آنرا عقلی و برخی نیز ناشی از حکم شارع، اعلام نمودند با این حال، مطابق نظر مشهور فقها، تهاتر قهری، نوعی از تهاتر است که به دلیل اشتغال همزمان ذمه دو شخص به دو دین کلی - که از لحاظ جنس و وصف، یکسان می‌باشند - برای برائت ذمه دو بدهکار بستانکار از یکدیگر، اگرچه نیازی به تراضی آنها نمی‌باشد ولی اراده یکی از طرفین در وقوع آن، لازم بوده و این امر، هرگز به حکم عقل یا شارع، واقع نمی‌شود و البته به استناد خواننده در دادگاه، نیازی نیست. با اینکه ماده 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، اما به دلیل تعدد منشأ اقتباس، مفهوم تهاتر قهری، همواره، موضوع تعبیر و تفسیرهای ضد و نقیضی قرار داشته است:

نخستین شارحان قانون مدنی - که با مبانی حقوق رومی و فقه امامیه، آشنایی داشتند - آنرا در راستای دیدگاه تهاتر خود بخودی 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 اراده بدهکاران بستانکار از یکدیگر، تهاتر شده و زایل می‌گردند. سیاق برخی قیود ماده فوق در القای چنین استنباطی، مؤثر بوده 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 ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی سابق فرانسه، معرفی نموده و خلأهای موجود را از طریق دخالت دادن استناد خواننده به تهاتر در فرآیند دادرسی، مرتفع نمایند. 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 اراده یکی از طرفین، خطاب به طرف دیگر، واقع می‌گردد - تداعی نماید. با این حال، منطبق حاکم بر قواعد مشابه تهاتر در حقوق مدنی از جمله حق حبس در عقود معوض می‌طلبد که قانونگذار در تدوین قواعد تهاتر همانند حقوق انگلیس به جنبه‌های آئینی آن، اهمیت بیشتری دهد.

هدف این تحقیق آن است که با تحلیل مفهوم و مبانی تهاتر عقلی، شرعی و اختیاری از یکسو و تهاتر خودکار، قانونی و اعلامی، از سوی دیگر، مشخص نماید که مفهوم تهاتر قهری به کدامیک از آنها نزدیکتر است؟ و آیا می‌توان تهاتر قهری را به گونه‌ای تفسیر نمود که ویژگی‌های تهاتر مبتنی بر آیین دادرسی برجسته‌های تهاتر ماهوی، غلبه داشته باشد؟ برای بررسی موضوع و پیدا نمودن پاسخی برای پرسش‌های فوق، با توجه به وجود دو رویکرد آیین دادرسی و ماهوی، نسبت تهاتر در دو نظام حقوق نوشته و کامن‌لا، موضوع در دو قسمت مجزا مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۲- تهاتر آیینی

به لحاظ تاریخی، پذیرش تهاتر یا عدم پذیرش آن در نظام‌های حقوقی، بر ملاحظات آیین دادرسی، استوار بود. چنانکه در حقوق روم نیز تهاتر^۱ در ابتدا نوعی، ابزار دادرسی، محسوب می‌شد (Jousselein, ۲۷, p. ۱۹۰۰) و صرفاً به عنوان یک مکانیزم دادرسی، عمل می‌نمود. در زمان ژوستینین، شکل اولیه این نوع تهاتر، به صورت قاعده‌ای آئینی با کارکرد ماهوی- که استناد به آن تنها در دادگاه، ممکن بود و کاملاً به صلاحدید دادگاه بستگی داشت- در این نظام حقوقی پذیرفته شد. بنابراین، در صورتی که 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) اما شکل کامل این نوع تهاتر را باید در نظام حقوقی انگلیس جستجو نمود. این نوع تهاتر، دارای چند ویژگی مهم است: نخست اینکه این نوع تهاتر، فقط می‌تواند در فرآیند رسیدگی قضایی، مطرح شود (Van Deventer, ۲۰۱۶, p. ۱۱). دوم اینکه دادگاه به هیچ وجه، رأسا و بدون استناد خواننده ولو اینکه برای او امکان تهاتر وجود داشته باشد، اقدام به صدور حکم به تهاتر نمی‌نماید. سوم اینکه پذیرش تهاتر از سوی دادگاه به منزله پرداخت دین و سقوط آن، محسوب نمی‌شود (Lyod, ۱۹۱۶, p. ۵۴۸) و از آنجایی که بسیاری از دادگاهها نیز در فقدان اوضاع و احوال اجبارکننده، اساساً تهاتر را به عنوان وثیقه در نظر می‌گرفتند نه به عنوان یک اصل جبرانی (Sepinuck, ۱۹۸۸, p. ۵۱۸) در صورت پذیرش ادعای تهاتر، صرفاً اقدام به صدور دستور توقّف دعوی اصلی به مقدار دعوی متقابل

^۱ -Compensatio

می‌نمودند (Pinsler, ۲۰۱۱, p. ۵۱۷) که اثر آن بر دادرسی، معادل صدور قرار عدم استماع دعوی اصلی است.

علاوه بر این، چنین عقیده ای بر مبنای مقایسه تهاوتر با حق حبس به برخی نویسندگان حقوق مدنی فرانسه از جمله بودری، بارد، پلانیول، ریپیر و وردان نیز نسبت داده شده است. مطابق این دیدگاه چنانکه حق حبس در خصوص حقوق عینی در عقود معوض، نوعی، تضمین محسوب می‌شود و در آن هریک از طرفین عقد می‌تواند مادام که طرف دیگر، آنچه را به موجب قرارداد برعهده داشته است، تسلیم نکرده است، از تسلیم آنچه بر عهده دارد، خودداری نماید، تهاوتر نیز همین نقش را در حقوق دینی، ایفاء می‌نماید و بدهکاری که همزمان بستانکار نیز محسوب می‌شود، می‌تواند تا زمانی که طرف دیگر، آنچه را به موجب قرارداد برعهده گرفته است، پرداخت نکرده است، از پرداخت از پرداخت آنچه بر ذمه دارد، خودداری نماید (سنهوری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۷۵). البته در حقوق فرانسه هرگاه فروشنده از تسلیم مبیع خودداری کند، خریدار می‌تواند الزام او را به تسلیم آن درخواست نماید یا از دادگاه بخواهد عقد را باطل اعلام کند. دادگاه مجبور نیست درخواست اعلام بطلان را بپذیرد بلکه صرفاً در صورتی حکم به انحلال قرارداد می‌دهد که چگونگی خودداری فروشنده، آنرا ایجاب کند و صدور حکم به جبران خسارت به تنهایی نتواند زیان‌های ناشی از خودداری فروشنده را جبران سازد (گستن، به نقل از: کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۸۳/۱).

در حقوق ایران، خریدار نمی‌تواند از دادگاه، انحلال قرارداد را درخواست کند بلکه فقط می‌تواند الزام فروشنده را به تسلیم مبیع بخواهد و اگر چنین الزامی، ممکن نشود، خریدار، حق حبس را دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱: ۱۸۰). یعنی می‌تواند از پرداخت ثمن، امتناع نماید. اگرچه چنین دیدگاهی در فقه و حقوق ایران در مورد امتناع یکی از دو بدهکار دین متقابل از انجام تعهد خود، مطرح نشده است اما زمینه آن با توجه به مقررات مربوط به حق حبس وجود دارد. از این گذشته، برخلاف اکثر فقها که اثر تهاوتر را برائت ذمه و به تبع آن، سقوط دو دین می‌دانند، فقهای حنفی، اثر آنرا صرفاً محدود به سقوط حق مطالبه دین معرفی می‌نمایند (زحیلی، ۱۹۸۵، ۳: ۳۸۴) و نه سقوط اصل دو دین. براین اساس هرگاه بدهکار پس از اجتماع شرایط تهاوتر، از روی میل دین خود را پرداخت نماید، نمی‌تواند به استناد اینکه با ایجاد شرایط تهاوتر، دین او ساقط شده است، استرداد آنچه را که پرداخته است، مطالبه کند.

اگرچه ماده ۲۹۴ قانون مدنی، تهاوتر را یکی از اسباب سقوط تعهد، معرفی نموده است، براساس مواد

۱۷، ۱۸ و ۱۴۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، تهاتر از طرق دفاعی دانسته شده است. عده ای از نویسندگان حقوقی با درک مشکلات لاینحل ناشی از تهاتر قهری در حقوق ایران بر لزوم استناد خوانده به عنوان شرط متأخر تهاتر قهری، تأکید نموده است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۵۷). به عبارت دیگر، شرایط تهاتر قهری مانند تساوی در جنس، وصف و ... زمانی کامل می شود که خوانده به آن استناد کند و دادگاه در صورت اطلاع از وجود دو دین متقابل نمی تواند رأسا درباره اعلام تهاتر میان دو دین مذکور و سقوط آن دو تصمیم گیری کند. بنابراین با وجود ماهوی بودن تهاتر در حقوق ایران، اظهار دعوی تهاتر قهری به عنوان یک امر دفاعی، مورد پذیرش واقع شده است. علاوه بر این با تحلیل مفهوم مقاصه - که نام دیگری برای تهاتر می باشد - می توان نتیجه گرفت که تهاتر عبارت از این است که با بدهکاری که خود به طرف دیگر به مثل همان دین، بدهکار می باشد و پرداخت نمی نماید می توان مقابله به مثل نمود و از پرداخت طلب او امتناع نمود. صدور حکم به توقف دعوی خواهان اصلی در حقوق انگلیس تا اینجا با دیدگاه مشهور فقها و حقوق مدنی، تعارضی ندارد. زیرا حکم به تهاتر دو دین، مستلزم توقف دعوی خواهان می باشد. امکان تهاتر ماهوی دو دین و سقوط آندو و مبنا و آثار آن، ذیلا بررسی می شود. بر اساس، نظام حقوقی انگلیس، از نیمه دوم سده هفدهم، سه نوع تهاتر، به لحاظ ارتباط میان دعوی اصلی و دعوی متقابل به تدریج شکل گرفته است: تهاتر مبتنی بر کامن لا یا تهاتر کاهشی، تهاتر قانونی یا مستقل و تهاتر مبتنی بر انصاف. تحول تاریخی سه نوع تهاتر مذکور منجر به شکل گیری قواعد متمایزی شده است که هیچ یک به تنهایی نمی تواند به تمام موقعیتها که در آنها عدالت، مستلزم رسیدگی توأمان به دو نوع دعوی مذکور است، تعمیم یابد. وجه مشترک هر سه نوع تهاتر مذکور، آن است که تهاتر، قاعده ای مربوط به آیین دادرسی است:

۱-۲- تهاتر کاهشی

کامن لا - که از سال ۱۰۶۶ میلادی به تدریج در دادگاههای شاهی و از میان مجموعه ای از آیینهای دادرسی تراوش نمود و قواعد مشترک حقوقی برای سراسر انگلستان محسوب می گردد و بخش اصلی و لاینفک حقوق آنها محسوب می شود (داوید و اسپینوزی، ۱۳۸۹، ۱۶۰) - اگرچه در ابتدا هر نوع دعوی متقابل از سوی خوانده در برابر دعوی در حال رسیدگی را نفی می نمود، به تدریج به او اجازه

داد که در مقابل دعوی خواهان ادعا نماید که به دلیل نقض الزام قانونی-که از موضوع دعوی خواهان ناشی می‌شود-متحمل خسارت شده است. بنابراین، خواننده، اجازه یافت تا در هنگام پرداخت ثمن، خسارات را کسر^۱ کند خواه، دعوا ناشی نقض قرارداد یا نقض یک الزام قانونی از سوی خواهان باشد (Sepinuck, ۱۹۸۸, p. ۵۱۸; Lyod, ۱۹۱۶, p. ۵۴۸). این نوع، تهاتر-که می‌توان آنرا تحت عنوان تهاتر کاهشی^۲ یا تهاتر یکپارچه^۳ نامید، با دعوی متقابلی سرو کار دارد که از همان اوضاع و احوال دعوی اصلی، ناشی شده و بلاواسطه، دعوی اصلی را به میزانی که با آن معادله می‌نماید، بی‌اثر می‌سازد. در این صورت، خواسته خواهان به همان نسبت، کاهش می‌یابد.

۲-۲- تهاتر قانونی

در نظام حقوقی انگلیس، حقوق موضوعه در کنار کامن‌لا، دارای حجم وسیع و اهمیت ویژه‌ای بوده و بخش قابل ملاحظه‌ای از حقوق این کشور را تشکیل می‌دهد. مجلس قانونگذاری با لحاظ نمودن وجود کامن‌لا، اقدام به تصویب قانون، می‌نماید و بجز مواردی که قوانین به صورت مجموعه مقررات به عنوان شاخه‌ای از حقوق در می‌آیند، قوانین مصوب، الحاقیه یا غلط نامه کامن‌لا محسوب می‌گردند و بدون مراجعه به آن، قابل فهم شناخته نمی‌شوند، با این حال، در صورت ایجاد تعارض میان حقوق موضوعه و کامن‌لا به دلیل اختیارات نامحدود قوه قانونگذاری، مقررات موضوعه، دارای اولویت است (هیأت پژوهشگران کاوندیش، ۱۳۸۹، ۱۹). تهاتر قانونی یا مستقل^۴ در قوانین موضوعه کشور انگلیس، مصوب ۱۷۲۹ و ۱۷۳۵ بنا بر ملاحظات دادرسی و با هدف جلوگیری از کثرت دعاوی پذیرفته شده است که از اوضاع و احوال کاملاً بی‌ارتباط به یکدیگر، ناشی شده‌اند. این نوع، تهاتر از یک سو، «قانونی» نامیده می‌شود زیرا قانون موقتی ورشکستگی ۱۷۰۵، قانون بدهکاران معسر ۱۷۲۹ و قانون دادرسی ۱۸۷۳ منبع آن، محسوب می‌شود و از سوی دیگر، «مستقل» نامیده می‌شود زیرا دیون متقابل که موضوع تهاتر قرار می‌گیرند، بی‌ارتباط به یکدیگر محسوب می‌شوند (Pinsler, ۲۰۱۱, p. ۵۲۰). این مفهوم از تهاتر با تهاتر قانونی مندرج در ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی سابق فرانسه، و

^۱-Recoupment

^۲-Abatement Set-off

^۳-Integrated Set-off

^۴-Independent or Legal Set-off

^۵-Circuity of Action

تفسیری که در مورد مفهوم تهاتر در ماده ۲۹۵ قانون مدنی ایران، متداول گردید، کاملاً متفاوت است. البته طرفین می‌توانند توافق کنند که دین خود را به غیر از طریق تهاتر پرداخت کنند. با این حال، مطابق قانون اعسار ۱۹۸۶ انگلیس در هر تصفیه‌ای میان شرکت معسر و بستانکاران او تهاتر میان دیون متقابل، آمره بوده و طرفین نمی‌توانند آنرا با توافق سلب نمایند.

۳-۲- تهاتر انصافی

انصاف- که در حقوق انگلیس به لحاظ اهمیت پس از کامن‌لا و حقوق موضوعه، قرار می‌گیرد- به عرف‌های دادگاه‌های این کشور، خارج از دادگاه‌های کامن‌لا اطلاق می‌شود که در زمینه اداره دادرسی، برخلاف کاربرد مکانیکی قواعد، راه‌حلهایی ارائه می‌نماید (Encyclopedia Americana inc, ۲۰۰۶, ۱۰, p. ۵۳۹) و در وضعیتهایی که کامن‌لا و حقوق موضوعه، جبران‌های مناسبی، پیش‌بینی نکرده باشند یا در صورت پیش‌بینی، با اینکه جبران‌ها قانونی به شمار می‌رود، غیرمنصفانه باشند، بدون اینکه حکمی برخلاف دو بخش مذکور، صادر نماید، جبران‌هایی فراهم می‌آورد (Encyclopedia Britanica inc, ۲۰۰۵, ۴, p. ۵۳۴). این معنی از انصاف با معنی نزدیک به تنصیف- که در سوابق حقوق ایران از این اصطلاح به کار می‌رود- متفاوت می‌باشد (مظاهری و آل اسحق، ۱۳۹۱، ۱۳۵) تهاتر به عنوان یکی از جبران‌های مبتنی بر انصاف، برخلاف دو دسته دیگر به موقعیت خاصی، محدود نمی‌شود. ظاهراً اولین بار در سال ۱۶۷۷ تحت تأثیر نظریه عدالت طبیعی^۱، تهاتر به معنای لغو دعوای متقابل دوجانبه بر مبنای انصاف، مورد توجه قرار گرفت زیرا انصاف- که از وجدان الهام می‌گیرد- این اجحاف را بر نمی‌تابد که بدهکار، بدهکار خود را به پرداخت بدهی معادل بدهی خود، مجبور نماید. دادگاه‌های انصاف، ضمن ناعادلانه دانستن انکار تهاتر در برابر اشخاص با منابع مالی اندک، برای خود، صلاحیت انصافی در رسیدگی به موضوع قایل شدند و لزوم اجتناب از تکرر پرونده‌ها را به رسمیت شناختند. میان تهاتر مبتنی بر کامن‌لا- که دعوای اصلی و دعوای متقابل از معامله یکپارچه ناشی شده- و تهاتر قانونی یا مستقل- که دو دعوای مذکور به دو معامله مستقل کاملاً بی‌ارتباط به یکدیگر مربوط می‌شوند- موقعیتهایی به چشم می‌خورد که هرچند از دو معامله جداگانه‌ای ناشی شده‌اند اما ارتباط تنگاتنگی با یکدیگر داشته و درهم تنیده محسوب

^۱-Natural Justice

می‌شوند و با این حال نه در کامن‌لا و نه در حقوق موضوعه، اثباتا یا نفیا در مورد امکان تهاتر میان دیون ناشی از آنها حکمی وجود ندارد. از آنجایی که منبع این نوع، تهاتر، اصل کلی عدالت است که از وجدان نشأت می‌گیرد، انصاف سعی می‌نماید برای چنین وضعیت‌هایی با استمداد از وجدان، جبران‌هایی پیدا کند. نقطه برجسته تهاتر مبتنی بر انصاف^۱ در آن است که صرف وجود ارتباط میان دعوی اصلی و دعوی متقابل را برای حکم به تهاتر کافی نمی‌داند بلکه ارتباط میان آندو باید به اندازه‌ای مهم و معنادار باشد که این نتیجه را توجیه نماید که صدور حکم بدون در نظر گرفتن دعوی متقابل، آشکارا مغایر با عدالت است. تهاتر انصافی، نظریه قابل انعطافی است که فارغ از قواعد و فرمول‌های فنی حقوقی بر اساس احساس عدالت دادگاه، عمل می‌کند. با این حال، دعوی متقابل، اگرچه از همان قرارداد موضوع دعوی خواهان، ناشی شده باشد، ممکن است مشمول تهاتر انصافی قرار نگیرد. این واقعیت که طرفین، روابط تجاری مستمر و تثبیت شده معاملاتی در مورد همان کالا داشتند به تنهایی کفایت نمی‌کند. برای شناسایی ارتباط میان دعوی اصلی و دعوی متقابل در هر مورد باید بررسی شود که دعوی مذکور به اندازه‌ای به یکدیگر ارتباط دارند که هرگاه یک ادعا بدون توجه به ادعای متقابل، اجرا شود، وجدان و حس عدالت‌خواهی اشخاص را تحریک نماید (Pinsler, ۲۰۱۱, p. ۵۳۰). چنانکه در دعوایی^۲ این واقعیت که دعوی اصلی و دعوی متقابل به حمل چند محموله در مورد یک محصول و از طریق یک کشتی، مرتبط بود، در راستای معاملات میان دو طرفی که روابط تجاری نزدیک و طولانی مدتی با یکدیگر داشتند، به دلیل فقدان ارتباط معنا دار برای اثبات تهاتر انصافی، کافی محسوب نگردید چراکه ارتباط میان آنها به آن درجه از نزدیکی نرسید که غیرقابل تفکیک و درهم تنیده^۳ در نظر گرفته شوند. با این حال در پرونده دیگری^۴، خوانده در سال ۱۹۸۴ قراردادی با خواهان در مورد کمک‌های فنی در تولید محصولات شیمیایی منعقد کرده بود. در سال ۱۹۹۴ قرارداد جدیدی میان آنها برای تولید نوع دیگری از همان محصول منعقد شد. پس از مدتی، خواهان براساس قرارداد ۱۹۹۴ دعوایی، علیه خوانده اقامه نمود و خوانده نیز بر اساس قرارداد ۱۹۸۴ به تهاتر، استناد نمود و دادگاه پژوهش علی رغم وجود فاصله زمانی ده سال، میان دو معامله

^۱-Equitable Set-off

^۲-Abdul Salam Asanaru Pillai v. Nomanbhoy & Sons Pete Ltd

^۳-Interwoven

^۴-Bim Kemi ABv. Blackburn Chemicals Ltd

مذکور بر این مبنا که میان دو دعوا، ولو اینکه از قراردادهای جداگانه، ناشی شده باشند، ارتباط نزدیک و غیرقابل تفکیکی وجود دارد و صدور حکم به اجرای یک دعوا بدون توجه به دعوای دیگر، آشکارا غیرعادلانه است، حق خوانده به تهاتر انصافی را تأیید کرد. موقعیت قرارداد ۱۹۹۴- که جایگزین قرارداد ۱۹۸۴ بود- از دو قرارداد مستقل بی‌ارتباط با یکدیگر مانند پرونده عبدالسلام- که فاقد این مقدار، درهم تنیدگی است- متمایز می‌نماید (Grant, ۱۹۶۷, p. ۱۹۶۷; Pinsler, ۲۰۱۱, p. ۸۲). در حقوق انگلیس اگرچه تهاتر به حق بدهکار به کاستن از مبلغ بدهی خود، نسبت به بستانکار به میزان طلب تعبیر گردیده است (Martin, ۱۹۹۷, p. ۴۲۷) برخی نویسندگان حقوقی آنرا دعوای متقابلی توصیف نمودند که برابر تمام یا بخشی از ادعای خواهان، دفاع محسوب می‌شود و در صورت پذیرش دعوای متقابل، ممکن است در موارد استثنایی، موجبات زوال تمام یا بخشی از دعوای خوانده را فراهم می‌آورد (Pinsler, ۲۰۱۱, p. ۵۱۷). اثر تهاتر در این مورد، شبیه آن چیزی است که در نظام حقوق نوشته، فقه اسلامی و قانون مدنی ایران تحت عنوان سقوط دو دین متقابل مطرح شده است.

۳- تهاتر ماهوی

منظور از تهاتر ماهوی آن است که پذیرش آن، لزوماً مستلزم طرح آن در فرایند رسیدگی قضایی نیست و نتیجه آن نیز صرفاً صدور دستور توقّف دعوی اصلی به مقدار دعوای متقابل نخواهد بود بلکه به این معنی است که به محض تلاقی دو دین و در صورت وجود شرایط، بدون نیاز به حکم قضایی، تهاتر، صورت می‌گیرد و موجب سقوط دو دین متقابل را فراهم می‌نماید. گفته شد که در زمان ژوستینین، تهاتر به عنوان قاعده‌ای، ماهوی با تجویز تهاتر قضایی- که استناد به آن تنها در دادگاه، ممکن بود- به صورت مشروط و به تدریج وارد نظام حقوقی روم شد و در صورتی که 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. این مفهوم از تهاتر- که مخلوطی از تهاتر ماهوی و قضایی بود- به حقوق قدیم فرانسه راه پیدا نمود (سنه‌وری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۸۶) باین حال، چهره نسبتاً متفاوتی از تهاتر در حقوق ژرمنی، خود را نمایان ساخت. شگفت اینکه وضعیت کم و بیش مشابهی در میان دیدگاههای فقهی نیز قابل مشاهده است:

۳-۱- تهاتر غیر ارادی

در میان دیدگاه‌هایی که از سوی فقها درباره تهاتر مطرح گردید، طیفی از نظرات گوناگون را می‌توان مشاهده نمود که به نقش اراده اشخاص در وقوع تهاتر، اهمیتی نمی‌دهد بلکه عوامل دیگری از قبیل عقل یا شرع در این امر، دخیل، محسوب می‌شوند. در نظام حقوق رومی نیز دیدگاه‌های نسبتاً مشابهی البته با مبانی و آثار متفاوت وجود دارد.

۳-۱-۱- تهاتر عقلی

برخی فقها در مورد کسی که دینی بر ذمه دارد و مثل آنرا نیز از بستانکار خود، طلب دارد، حکم به تساقط دو دین داده اند (حلی، ۱۴۱۰، ۱: ۱۷۷) بدون آنکه مبنای چنین حکمی را مشخص سازند. از لابلای چنین عباراتی، مفهوم تهاتر عقلی را دقیقاً نمی‌توان استنباط نمود. با این حال برخی دیگر، تهاتر میان دو، دین متقابل را عقلی معرفی کرده و به امتناع بقای آنها حکم داده اند (رشتی، ۱۴۰۱، ۲۰۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۲۵، ۱۳: ۴۸۱). در میان اهل سنت، چنین دیدگاهی به فقهای شافعی و حنبلی، نسبت داده شده است. زیرا عقل به جواز وقوع تهاتر به عنوان تنها راه پرداخت دو دین متقابل، حکم می‌دهد و از آنجایی که مطالبه طلب از سوی کسی که به مثل آن مدیون باشد، عبث و بی فایده است، تهاتر به محض ثبوت دو دین مذکور بدون نیاز به رضایت طرف دیگر واقع می‌شود (زحیلی، ۱۴۰۵، ۵: ۳۷۳) 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، هر دو شخص به حکم عقل، نسبت به یکدیگر، بری‌الذمه محسوب می‌شوند. نتیجه چنین دیدگاهی، آن است که شارع نیز بر این حکم عقلی، صحه گذاشته و به تهاتر آن دو دین، حکم می‌دهد. چنانکه گروهی، اشتغال همزمان ذمه را به دینی - که مثل آن را محال علیه به در مقابل او بر ذمه دارد- بر خلاف احکام شارع معرفی نمودند (حکیم، بی

^۱ - من علیه الحق و له مثله تساقطا

^۲ - و السر فی ذلك ان دلیل التّهاتر عقلی و هو امتناع کون الواحد بالجنس او النوع، مستحقاً له و مستحقاً علیه کالواحد الشخصی... اذا لا یعقل اشتغال ذمه الشخصی بعین ما اشتغله ذمه الشخص الآخر

تا: ۱۴۰۱). البته مداخله شارع در این مورد به صورت غیر مستقیم و در تأیید حکم عقل بوده و فاقد جنبه تأسیسی است.

دیدگاه تهاتر خودبخودی در نظام حقوق مدنی فرانسه و بلژیک را تا حدی می‌توان معادل دیدگاه تهاتر عقلی محسوب نمود. به این معنی که دو دین متقابل، از لحظه ای که با یکدیگر تلاقی نمودند، به مقداری که با یکدیگر معادله می‌نمایند، زایل می‌گردند (Van Deventer, ۲۰۱۶, p. ۱۱). تهاتر خود بخودی بر چند مبنا استوار شده است که البته به دلیل عدم سازگاری با واقعیت های حقوقی به شدت، قابل خدشه می‌نماید: نخست اینکه تهاتر، عبارت از پرداخت دو دین متقابل است - که به صورت خود بخودی^۲ و برای اجتناب از پرداختها میان دو بدهکار - صورت می‌گیرد (Ripert & Boulanger, ۱۹۶۷, p. ۱۹۶۶). دوم آنکه این نوع تهاتر از این فرض قانونی ناشی می‌شود که قصد ضمنی دو بدهکار، آن است که دو دین کلی متقابل را ساقط نمایند. بنابراین، آنچه فرض می‌شود که طرفین مایل به انجام آن بوده و برای آنها به یک اندازه، دارای مطلوبیت است، ذاتا معتبر بوده و تهاتر به صورت خود بخودی، واقع می‌شود (Larombiere, ۱۸۸۵, p. ۱). با این حال، پذیرش ارزش ذاتی تهاتر خود بخودی برای طرفین، دشوار می‌نماید. زیرا به ندرت اتفاق می‌افتد که هر دو طرف، مایل باشند، دیون آنها به یکدیگر، تهاتر شود بلکه تهاتر، فقط برای خوانده‌ای، مفید است که مایل باشد، آنرا علیه خواهان به عنوان روش پرداخت، اعمال نماید، نه برای کسی که مجبور است، برخلاف میل خود به آن، تن دهد (Bélanger, ۲۰۰۳, p. ۱۳۶).

ظاهرا شارحان قانون مدنی، عبارت نخست ماده ۲۹۵ این قانون را تحت تأثیر دیدگاه تهاتر عقلی در فقه از یک سو، و دیدگاه تهاتر خود بخودی نویسندگان حقوق کلاسیک فرانسه، از سوی دیگر، تفسیر نمودند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۵۲). در تأیید دیدگاه فوق، مطابق دیدگاه برخی نویسندگان حقوق مدنی، تهاتر یکی از مصادیق وفای به عهد و در زمره وقایع حقوقی محسوب شده است که به محض وقوع، اثر خود را برجای می‌گذارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴: ۸) و منبع اصلی آن، حکم قانون بوده و اراده دو بدهکار متقابل در آن دخالتی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۱۵). علاوه بر این، تهاتر، وسیله‌ای برای دو

۱ - 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

پرداخت متقابل از سوی دو بدهکار بوده و با وقوع آن، تعهد، اجرا و اسقاط می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۹۱۰). با این حال یکی از نویسندگان حقوقی نیز ضمن اصرار بر ترجمه شدن ماده ۲۹۴ قانون مدنی از ماده ۱۲۸۹ قانون مدنی فرانسه (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۹۰۹) با اشاره به عدم تساقط دو ذمه در صورت فقدان حکم قانون به طور تلویحی، تهاتر عقلی را نفی کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲: ۱۴۷۴). به نظر می‌رسد هیچ استبعادی ندارد که دو ذمه بدهکار در مقابل یکدیگر مشغول بماند. زیرا هر بستانکار می‌تواند موضوع دین را علیه بدهکار خود اجرا کند یا آنرا از عهده او اسقاط نماید. مثال روشن و حجت واضح در تأیید چنین دیدگاهی، پذیرش حق حبس در فقه و حقوق مدنی است که با وجود اختلاف نظر میان فقها و نویسندگان حقوقی، قدر متیقن و برآیند دیدگاه‌های مطرح شده در این مورد آن است که تعهد به تسلیم مبیع یا ثمن، ساقط نمی‌شود. شاید دلیل چنین دیدگاهی از یک سو، آن بود که شارع مقدس، وقوع تهاتر بدون تراضی طرفین را وسیله پرداخت و سقوط تعهد معرفی ننموده است. از سوی دیگر، مواردی که در قوانین به عنوان اسباب سقوط تعهد معرفی شده است، جز مالکیت مافی الذمه، منوط به مداخله اراده یکی از طرفین تعهد یا هر دو معرفی شده است. دلیل استثنا شدن مالکیت مافی الذمه از حکم کلی مذکور، آن است که با فوت مورث طلبکار و انتقال طلب او به بدهکار، از آنجایی که شخص اخیر، مالک مافی الذمه خود شده است، از یک سو، معنی ندارد که دین را از ذمه خود، اسقاط کند و از سوی دیگر، مانند سایر بستانکاران، آن را علیه خود اجرا نماید. چراکه به واسطه اجتماع دو عنوان بدهکار و بستانکار در شخص واحد و در واقع اتحاد دو ذمه قبلی، دین، رکن اصلی خود را - که تعدد طرفین آن است - از دست بدهد و به این وسیله زایل گردد. زیرا چنانکه گفته شد، تعهد زمانی، معنی پیدا می‌کند که بستانکار بتواند آنرا علیه بدهکار اجرا کند یا آنرا از عهده او اسقاط نماید. عقلاً نمی‌توان پذیرفت که شخص، اجرای طلب خود را علیه خود از مراجع رسمی مطالبه نماید یا بر عکس آنرا از عهده خود ساقط کند در حالی که در مورد عدم اعمال تهاتر قهری، عقل سلیم هرگز چنین حکمی نمی‌دهد. حتی در صورتی که عقل وقوع تهاتر میان دو دین متقابل، را به رسمیت بشناسد، هرگاه شارع، آنرا به عنوان وسیله احقاق حق به رسمیت نشناسد، حکم به تهاتر عقلی، دارای تالی فاسد است. مثلاً شخص بستانکار بدهکار، عملاً نمی‌تواند درباره اسقاط چنین حقی اراده خود را اعمال نماید در حالی که شارع و قانونگذار، بر نقش اراده اشخاص در اداره حقوق مالی خود تأکید دارد.

۲-۱-۳- تهاتر شرعی

به نظر گروهی از فقها با وجود حکم شرع در مورد تهاتر، نیازی به کمک عقل نیست. دلیل این دیدگاه، وجود برخی روایات در مورد امکان تهاتر دو دین متقابل است. چنانکه برخی از آنها اشتغال همزمان ذمه شخص را به دینی-که مثل آنرا محال علیه در مقابل او بر ذمه دارد- برخلاف احکام شارع معرفی نموده و به تهاتر شرعی قایل شدند (حکیم، بی تا، ۱۴۰۱) مفهوم مخالف عبارت مذکور، آن است که تهاتر دو ذمه-که همزمان به دو دین متقابل، مشغول باشند و تساقط آندو، موافق حکم شارع است. با وجود اهمیت این دیدگاه، تبیین مبانی و آثار آن در حقوق ایران، تقریباً مغفول مانده است. در قانون مدنی و در آثار نخستین شارحان آن به تهاتر شرعی یا چیزی معادل آن، تصریح نشده است مطابق این دیدگاه، تهاتر به حکم خاص و مستقیم شارع، واقع می‌شود و دارای جنبه تأسیسی است نه تأییدی. در میان نویسندگان حقوق مدنی، عده ای به لزوم حکم مستقیم و بی واسطه قانونگذار برای وقوع تهاتر، اشاره نمودند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲: ۱۴۷۴) اما از تبیین و تفصیل آن خودداری کردند.

چنانچه گفته شد، در حقوق فرانسه دیدگاه تهاتر خود بخودی-که تا حد زیادی، غیرواقع‌گرایانه و تعارض‌آمیز می‌نمود- به سرعت اعتبار از دست داد (Drakidis, ۱۹۵۵, p. ۲۹۳) و بر اساس ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی سابق فرانسه «تهاتر قانونی^۲» به مفهوم تهاتر دو دین متقابل، «به حکم قانون» به محض تلاقی آندو به تدریج و به دلایل زیر بر تهاتر خود بخودی و تهاتر قضایی، غلبه یافت: نخست آنکه وجود برخی تمایلات از درون نهادهای قضایی برای جلوگیری از تکثر پرونده‌ها (Van Deventer, ۲۰۱۶, p. ۶۷) نهاد قانونگذاری را به قبول این دیدگاه، رهنمون گردید. دوم آنکه اندیشه حفظ استقلال قوه قانونگذاری در برابر قوه قضاییه و رها کردن تهاتر از قید صلاحدید دادگاهها (Bélanger, ۲۰۰۳, p. ۱۳۹) در این رویکرد، مؤثر بوده است. این دیدگاه مطابق ماده ۱۳۴۷ اصلاحی ۲۰۱۷ قانون مدنی فرانسه، مورد اصلاح واقع شده و تهاتر خود به خودی، مجدداً مورد تأکید

۱- اما اذاکانت (ذمه المحال علیه...) مشغوله فحینئذ یقع التهاتر قهرا فیکون الحکم الشرعی انه تشتغل ذمه المحیل...
 ۲- Compensation Legale

واقع شده است^۱. چنانکه گفته شد، در قانون مدنی و در آثار نخستین شارحان آن به تهاتر شرعی، هیچ اشاره‌ای نشده است و اصطلاح تهاتر قانونی، ظاهراً از طریق حقوق فرانسه، وارد ادبیات حقوقی کشور گردید و از سوی نویسندگان حقوق مدنی متأخر، مترادف با تهاتر خود بخودی و تهاتر عقلی، تلقی شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۱۸۲؛ شهیدی، ۱۳۸۹، ۶۴). عده‌ای نیز به تبعیت از این نامگذاری، برخی آثار آندو را درآمیختند اما گاهی با درک وجود تفاوت، تهاتر قانونی را به عنوان مفهوم تعدیل شده تهاتر قهری مورد توجه قرار دادند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۵۴). دیدگاه تهاتر قانونی در حقوق فرانسه بر مبنای زیر استوار می‌باشد: نخست آنکه حکم به تهاتر از اراده بی‌واسطه قانونگذار ناشی می‌شود. به عبارت بهتر، به محض اینکه شرایط خاصی، فراهم شود، دو دین متقابل به حکم قانون، مورد تهاتر واقع و ساقط می‌شوند نه اینکه به طور کاملاً خود بخودی یا تنها به حکم عقل، تهاتر شوند. برعکس، سایر انواع تهاتر از اراده عام و با واسطه قانونگذار ناشی می‌شوند و از طریق ارتباط دادن تهاتر به اراده یکی از طرفین یا هر دو یا حکم قاضی، اعمال می‌گردند. البته عبارت معروف *ipsojure* در حقوق رومی اگرچه به طور ضمنی، حاکی از آن است که تهاتر، امری، ماهوی بوده و دیگر به معنای دقیق کلمه، قضایی نیست اما به طور قطع، مشخص نمی‌سازد که اراده قانونگذار، با واسطه یا بی‌واسطه عمل می‌نماید (Bélanger, ۲۰۰۳, p. ۱۳۸). برخی نویسندگان حقوقی ایران نیز با درک نارسایی تهاتر قهری به معنای پرداخت خود بخودی دو دین و سقوط آندو، آنرا با تهاتر به حکم قانون و تهاتر عقلی، مترادف قلمداد نموده و حتی ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه را بر تهاتر قهری، حمل کردند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۵۳؛ شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۶۵). این در حالی است که قسمت اول ماده ۲۹۵ قانون مدنی به ذکر عبارت «تهاتر، قهری است...»، اکتفا نموده و فاقد قید «به حکم قانون» می‌باشد و از سایر مواد قانون مذکور، استنباط می‌شود که تهاتر قهری همانند تهاتر قراردادی و... به طور با واسطه از اراده قانونگذار، ناشی می‌شود. بنابراین نمی‌توان تهاتر قهری را بر تهاتر شرعی در فقه یا تهاتر قانونی منطبق نمود. دوم آنکه در حقوق فرانسه تهاتر به عنوان ابزار تضمین با کاربرد غیرمستقیم برای حمایت از بدهکاری است که به طور همزمان، بستانکار بستانکار خویش، محسوب می‌شود (Bélanger, ۲۰۰۳, p. ۱۳۷).

^۱. Article ۱۳۴۷ C.C: La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes. Elle s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies.

بر این اساس، تهاتر، وثیقه مطمئنی برای پرداخت دین بوده و بستانکار می‌تواند از محل اشتغال ذمه بدهکار، طلب خویش را مسترد دارد و مانند یک بستانکار مرتهن، مقدم بر سایر بستانکاران به وصول طلب خود، اقدام کند (سنهوری، ۱۹۹۸، ۳: ۸۷۴). به دلیل سکوت مقررات مدنی، برخی با وجود اذعان به اینکه تهاتر، وسیله پرداخت دو دین متقابل و تسهیل دو پرداخت می‌باشد، آنرا نوعی، تضمین معرفی نموده‌اند به این معنا که تهاتر، وثیقه 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 (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۹۱۰). چنین تعبیری، ممکن است بخشی از اشکالات مفهوم تهاتر قهری را بکاهد ولی تعارضات موجود در این نظریه را بیشتر می‌کند زیرا هرگاه تهاتر، وسیله پرداخت دو دین متقابل فرض شود در این صورت با اجتماع شرایط، پرداخت انجام می‌شود و دو دین، خود به خود ساقط می‌شوند و فرصتی برای یکی از دو بدهکار باقی نمی‌ماند تا به عنوان ابزار تضمین از آن استفاده نماید. سوم آنکه تهاتر، یک ابزار دفاعی است. اگرچه ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه به لحاظ نظری، تردیدی باقی نمی‌گذارد که تهاتر به حکم قانون واقع می‌شود، با این حال، دادگاههای این کشور به دلیل خلاف قاعده بودن سقوط خود بخودی دو دین، اجرای دقیق آنرا در رسیدگی‌های قضایی غیرعملی، اعلام نمودند (Van Deventer, ۲۰۱۶, p. ۶۶). مطابق دکتربین حقوقی فرانسه، وقوع چنین تهاتری، منوط به اراده حداقل، یکی از طرفین است (Terre, Simler & Lequetete, ۱۹۶۶, p. ۱۰۴۳). بنابراین در حال حاضر، وقوع تهاتر، منوط به آن است که با استناد خوانده از حالت سکون، خارج شود و به عنوان یک امر دفاعی در دادگاه، مطرح شود تا مانع اجرای دعوای بستانکاری شود که همزمان به بدهکار خود، بدهکار است. بی‌طرفی قاضی، اقتضا دارد که او صرفاً به ارزیابی دفاع خوانده در برابر ادعای خواهان بپردازد و حقوق او را رأساً اعمال نکند. در این صورت، هرگاه خوانده به عنوان دعوای تقابل، بدون استناد به تهاتر، طلب خود از خواهان را اثبات نماید، دادگاه نمی‌تواند حکم به تهاتر، صادر کند. مطابق دیدگاه عده ای از حقوقدانان مدنی در حقوق ایران نیز تهاتر، عمل حقوقی و موکول به اراده حد اقل یک طرف می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۹، ۱۶۷). چهارم آنکه وقوع تهاتر به حکم قانون، قاعده امره و نظم عمومی، محسوب نمی‌شود (Bélanger, ۲۰۰۳, p. ۱۳۹) بلکه امکان اسقاط آن وجود دارد. چنانکه دیوان عالی فرانسه در رأی مورخ ۱۱ می ۱۸۸۰، توافق طرفین در خصوص عدم وقوع تهاتر، پیش و پس از اجتماع شرایط را معتبر و مانع وقوع آن، معرفی نموده است. علاوه براین برای

خواننده دعوی نیز امکان اعراض از تهاتر قانونی وجود دارد. یکی از موارد اعراض، آن است که بدهکار با اطلاع از امکان وقوع تهاتر، دین خود را می‌پردازد. فرض بر این است که چنین شخصی از حق خود، نسبت به تهاتر، اعراض نموده و اقدام او مانع تحقق شرط متأخر سقوط دو دین می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۵۹) در حالی که هرگاه تهاتر، مستقل از اراده طرفین، مؤثر تلقی شود، پذیرش چنین امری، غیرممکن می‌نماید. البته قبول چنین توجیهی، مخصوصاً وقتی که خواننده نمی‌دانست که تهاتر می‌تواند انجام شود، دشوار بوده و اعراض را تحریف می‌سازد. بدهکاری که دین قابل تهاتر را می‌پردازد، هرگاه دلایل معتبری بیاورد که از امکان تهاتر، مطلع نبوده، مطابق ماده ۱۲۹۹ قانون مدنی فرانسه، دفاع او پذیرفته می‌شود. امکان اعراض از تهاتر یا توافق بر جلوگیری از آن، پیش اجتماع شرایط قانونی به استناد اصل آزادی قراردادها توجیه شده است زیرا قهری بودن تهاتر، بیش از این افاده نمی‌نماید که وقوع آن، نیازمند توافق طرفین نیست و این امر، مانع نمی‌شود که آنها با توافق یکدیگر، پیش از اجتماع شرایط از وقوع آن جلوگیری کنند. در غیر این صورت به محض اجتماع شرایط، دو دین، ساقط شده و پس از آن، دینی وجود ندارد تا در مورد بقای آن، توافق شود (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۷۴). چنین دیدگاهی از مصادیق ابراء مالیم، محسوب می‌شود که باطل، اعلام شده است (جعبی عاملی، ۱۳۰۸ق، ۲: ۲۲۲؛ سنه‌وری، ۱۹۹۸، ۳: ۹۱۵). شاید به همین دلیل، عده‌ای، امکان اعراض بدهکار از تهاتر را نپذیرفتند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ۲۳۹). علاوه بر این، تهاتر از توابع و فروعات حق حبس در موارد کلی بودن دین محسوب شده است که قبل از موعد لازم الاجرا شدن دین نمی‌توان آنرا اعمال نمود (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ۳: ۸۹۸). اعراض از تهاتر، پس از اجتماع شرایط نیز از سوی عده‌ای، پذیرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۵۹) اما این امر نیز خالی از تکلیف نیست زیرا به لحاظ عقلی، شخص نمی‌تواند حقی را که واجد آن نیست، اسقاط کند اگرچه بتواند مانع تحقق آن در آینده شود. بنابراین، توافق بر جلوگیری از تهاتر یا اعراض از آن، سقوط دینی را که قبلاً انجام شده است به طور قهقریایی، مرتفع نمی‌نماید (Bélanger, ۲۰۰۳, p. ۱۴۰). پنجم اینکه حکم راجع به تهاتر، دارای اثر اعلامی است. درباره تهاتر خودبخودی بدون تردید، اثر حکم به تهاتر، ناظر به لحظه-ای در گذشته است که دو، دین متقابل در برابر هم قرار گرفتند و دادگاه در حکم خود این لحظه را تعیین می‌نماید. اما این سؤال در ذهن متبادر می‌شود که در تهاتر قانونی-که فرض بر این است که شرایط تهاتر دو، دین از لحظه تقابل در آنها جمع نیست- تهاتر از لحظه تقابل دو، دین یا از تاریخ

استناد خواننده به آن، مؤثر واقع می‌شود یا تأثیر آن از تاریخ صدور حکم دادگاه بوده و صرفاً در آینده اجرا می‌گردد؟ 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. این تفاوت اصلی تهاتر قانونی در مقایسه با تهاتر قضایی است. اگرچه وصف قهقرایی بودن، لزوماً به لحاظ عقلی و منطقی از تهاتر قانونی، استنباط نمی‌شود اما بالقوه از ویژگی خودبخودی بودن، مندرج در ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه ناشی می‌شود (Bélanger, ۲۰۰۳, p. ۱۴۲). علت این تناقض‌نما را فقط تاریخ می‌تواند توجیه نماید. به طور مختصر می‌توان گفت که این دیدگاه، احتمالاً برای آستی دادن تهاتر قانونی با تهاتر خودبخودی، مطرح شده است که از سوی حقوقدانانی مانند پوتیه و دوما ارائه گردیده بود.

به رغم وجود نزدیکی میان برخی دیدگاه‌های فقهی و ابراز تمایل عده ای از نویسندگان حقوقی به تهاتر قانونی و تأکید بر لزوم استناد خواننده به عنوان شرط متأخر تهاتر قهری، پذیرش تمام آثار تهاتر قانونی دشوار می‌نماید. مثلاً با اینکه اثر اعلامی حکم به تهاتر، نسبت به تهاتر قهری و قهقرایی بودن اثر تهاتر با توجه به تأثیر اجازه در معاملات فضولی و اکراهی و قبول وصیت پس از فوت در گذشته، مورد قبول واقع گردید. گاه، ایجاد نموده است، بی‌تردید، اثر تهاتر از تاریخ توافق یا صدور حکم، محقق می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۷۲-۴۵۷) و از این جهت با تهاتر قانونی در حقوق فرانسه تفاوت دارد.

۴- تهاتر ارادی

در فقه امامیه برای بیان مفهوم تهاتر از واژه‌های مقاصه، تقاص، احتساب و تهاتر، استفاده شده است: مقاصه در لغت از ریشه «قص» به قطع کردن، کوتاه کردن.... تسویه حساب، مساوات و مماثله آمده است و تهاتر به ادعای باطل هر یک از طرفین علیه دیگری و تکذیب گواهان یکدیگر، تعبیر شده است (ابن منظور، ۱۹۹۷، ۵: ۱۹۰؛ ابن مطرز، ۱۹۷۹، ۲: ۳۷۷) و به لحاظ فقهی، تهاتر، 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- استیفاء نماید (خوانساری، ۱۳۵۵، ۶: ۶۹).. در تمام موارد فوق به نقش اراده مدیون در وقوع تهاتر، اشاره شده است. مطابق دیدگاه برخی فقها تهاتر، امری، اختیاری و ارادی

محسوب می‌شود: در مواردی که دو دین به لحاظ جنس، وصف، مقدار و أجل، مساوی نباشد، وقوع تهاتر، مستلزم توافق دو طرف می‌باشد و در صورت تساوی دو دین در اوصاف مذکور، اراده یک طرف برای وقوع تهاتر، لازم است ولو اینکه طرف دیگر از پذیرش آن امتناع نماید (ابن قدامه، بی تا، ۳: ۲۲۷؛ زحیلی، ۱۹۸۵، ۵: ۳۷۲). در میان فقهای شیعه نیز عبارت «تهاتر قهری» ناظر به مواردی است که به دلیل وجود تقابل میان دو دین برای وقوع تهاتر، نیازی به تراضی طرفین نیست لیکن لزوم اراده یکی از دو بدهکار در وقوع آن نه تنها نفی نشده بلکه مورد تأکید قرار گرفته است. چنانکه برخی فقها به تهاتر اختیاری درباره دو دین متقابل قایل شدند به این معنی که عقل، حکم می‌نماید در صورتی که ذمه شخصی به چیزی مشغول باشد که ذمه دیگری به آن مشغول است، مدیون می‌تواند آن را تهاتر کند (خوانساری، ۱۳۵۵، ۱: ۱۲۵؛ خوبی، بی تا، ۳۸: ۲۴۰۴). برخی نویسندگان معاصر نیز در حالی که به استناد دیدگاه برخی فقهای متقدم، تهاتر اختیاری را در زمره اعمال حقوقی دوجانبه به شمار آوردند که به معنی تراضی طرفین بر وقوع تهاتر در صورت عدم اتحاد دو دین بدون نیاز به قبض آن دو یا یکی از آنها می‌باشد، تهاتر قهری را عمل حقوقی یکجانبه شمردند که به اراده یکی از دو بدهکار متقابل واقع می‌شود (ایزدی فرد، محسنی دهکلانی و بابایی، ۱۳۹۲، ۱۴). این دیدگاه، برخلاف تهاتر عقلی، بر نقش اراده یکی از دو بدهکار در فرایند تهاتر، تأکید می‌نماید. 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 در صورتی که زوجه دارا باشد، به اراده شوهر، منوط شده است (ابن قدامه، بی تا، ۵: ۲۴۸؛ نجفی، ۱۳۷۹، ۳۱: ۳۴۶) چنانکه یکی از مشهورترین آنها در مواضع مختلف، اعلام کرد: «در صورتی که شوهر از همسر خود، طلبی داشته باشد، جایز است که آنرا با نفقه، تهاتر نماید» (حلی، ۱۴۰۳، ۲: ۵۷۳)؛ حلی، ۱۴۱۹، ۳: ۱۱۳^۲. عبارت «جاز أن یقاصها» در متون فقهی، حاکی از آن است که تهاتر دین شوهر بابت نفقه با دین او به زوجه به اراده یکی از دو بدهکار، بستگی دارد و در غیر این صورت، تهاتر واقع نمی‌گردد. مصداقی، دیگر در این مورد، تهاتر دین زکات‌دهنده با طلب او از مستحق می‌باشد. در

^۱- أنه یحتسب التالف قهراً فی مقابل الدین و التهاتر القهری

^۲ - ... و ذالک لأنّ کلاً منهما (ای العاین و مغبون) إذا طالب الآخر بخمسه قرانات فأراد احدهما أداء ما فی ذمته فلامحاله یسقط عنه بالتهاتر کما یسقط عن ذمه الآخر فالذمیتان متساویتان فیتساقطان بالتهاتر القهری

^۳ - إذا کان له علی زوجته دین جاز أن یقاصها ... إن کانت موسره. لوکان له علی زوجته دین جاز أن یقاصها ... إن کانت موسره.

این مورد نیز برخی فقها ضمن استناد به روایات متعدّد (حرعاملی، ۱۴۲۷، ۳: ۴۴۱) به زکات‌دهنده، اختیار داده‌اند که طلبش از مستحقّ را با دین او، تهاتر کند (نجفی، ۱۳۷۹، ۱۵: ۳۶۳). فقیه دیگری در پاسخ به استفتایی مبنی بر اینکه آیا شوهر می‌تواند نفقه 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 نمودند تا تهاتر قهری مندرج در قانون مدنی را با تهاتر خودکار یا تهاتر قانونی، سازگار نمایند، در موارد استثنایی به لزوم وقوع تهاتر به اراده یکی از طرفین، اشاره نمودند. یکی از این موارد، ماده 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. بنابراین 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 هر یک از دیون متعدد با دین طرف دیگر، ترجیح بلا مرجح خواهد بود، تهاتر به تعیین و اراده بدهکاری که دیون متعدد دارد، واقع خواهد شد (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۷۷). زیرا ممکن است بدهکار در مورد یکی از دو دین، 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 تصمیم گیری در این مورد را که پرداخت بابت کدام دین محسوب می‌شود به بستانکار واگذار نموده اند (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، معامله جدیدی محسوب شده است. در این صورت، بدهکار می‌تواند هر یک از افراد کلی را به منظور 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 اعلاء، آزادی کامل دارد و

۱ - سئل ابوالحسن (ع) عن دین لی علی قوم طال حبسه عندهم لایقرون علی قضاءه و هم مستوجبون للزکاه هل لی أن ادعه و أحسب به علیهم الزکاه؟ قال: نعم

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 قاعده کلی، مستثنی نمی‌شود. در این صورت، چنین بدهکاری باید بتواند انتخاب کند که دین خود را به وسیله تهاتر یا از طریق دیگری پرداخت کند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۵۵). برخی فقها برای اجتناب از چنین اشکالی، وقوع تهاتر را منوط به خودداری بدهکار دیگر، از پرداخت دین نمودند (نجفی، ۱۳۷۹، ۳۹: ۲۶۴)^۱ با این حال، نویسندگان حقوقی، عموماً، قید «..... بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند» در ماده ۲۹۵ قانون مدنی را حاکی از رد دیدگاه فقیهانی، اعلام نمودند که وقوع تهاتر را منوط به تراضی دو طرف دانستند (امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۴۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۵۴) نه دیدگاه کسانی که به لزوم اعلام اراده بدهکار در وقوع تهاتر نظر داشتند. علاوه بر این، برای اجتناب از اشکالات تهاتر خودکار، گروهی ضمن نفی لزوم تراضی طرفین یا اعلام اراده بدهکار برای وقوع تهاتر، مجبور شدند، استناد خواننده را به عنوان شرط متأخر و کلید حرکت تهاتر قهری در حقوق ایران، معرفی نمایند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۵۷).

حقوق ژرمنی در زمینه تهاتر به تدریج، راه خود را از حقوق رومی جدا نمود و با حفظ برخی اصول مشترک، هویتی، مستقل یافت. این نظام حقوق ژرمنی، علیرغم الهام گرفتن از حقوق روم در زمینه تهاتر، مبانی خاصی را در این مورد، اتخاذ نموده است که در مقایسه با نظیر فرانسوی خود، دارای اصالت است: نخست اینکه بر اساس حقوق مدنی آلمان - که از تعلیمات پانديکتيست ها^۲ ناشی شده است - برای وقوع تهاتر، یک اعلامیه غیر رسمی خارج از دادگاه کافی است. در حقوق این کشور برای اعلام تهاتر، تشریفات خاصی پیش بینی نشده است. حتی لازم نیست که اعلامیه، صریح باشد بلکه اعلام ضمنی، کفایت می‌نماید. نیازی نیست که بدهکار در دادگاه به تهاتر استناد کند. این یک، اقدام داوطلبانه و پیش دستانه 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. دوم اینکه 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

^۱ - اذ كان له على زوجته دين و امتنعت عن ادائه جاز له ان يقاصها ... و لا يجوز له ذالك مع عدم امتناعها لأن التخيير في جهات القضا من اموالها اليها

^۲ - Pandectists

یک طرف می خواهد به آن استناد نماید، شرایط مذکور، فراهم نباشد، تهاتر انجام نمی شود. بنابراین در صورتی که دینی پیش از اعلام تهاتر، منتقل شود، یک طرف به لحاظ تئوری از تهاتر آن دین با دینی که انتقال دهنده به او بدهکار است، منع می شود (Van Deventer, ۲۰۱۶, p. ۶۹) 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 ماده ۲۹۵ قانون مدنی، قابل استنباط است. سوم اینکه در مورد قهقرایی یا فوری بودن اثر تهاتر در حقوق کشورهای حوزه نظام حقوقی ژرمنی، اتفاق نظر وجود ندارد. در حقوق آلمان، اثر تهاتر، همانند حقوق فرانسه، قهقرایی است و از لحظه ای که شرایط تهاتر (غیر از انجام اعلام) ایجاد شده باشد، مؤثر واقع می گردد. این دیدگاه برای آشتی دادن میان تهاتر به خود بخودی و دیدگاهی که عقیده دارد، تهاتر، لزوماً باید از طریق اعلامیه صورت گیرد، ارائه گردیده است (Van Deventer, ۲۰۱۶, p. ۶۹). با این حال، قانون مدنی هلند، اثر قهقرایی تهاتر را محدود می نماید به این صورت که منافعی که قبلاً در رابطه با دین، پرداخت شده است به صورت قهقرایی مورد حکم واقع نمی شود. در اینکه تهاتر در صورت وقوع، ناظر به آینده است یا اثر قهقرایی دارد، در قانون مدنی ایران، مطلب صریحی وجود ندارد اما دیدگاه برخی نویسندگان حقوقی در موردی که موضوع دین کلی بوده و نیاز به تعیین و تخصیص از سوی بدهکار می باشد بر این است که اثر تهاتر، از لحظه تعیین و تخصیص مال کلی برای پرداخت به بستانکار می باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴: ۷۳). به همین منوال در صورتی که تهاتر قهری، مستلزم اعلام اراده یک طرف باشد، از آنجایی که تهاتر، نتیجه موقعیتی است که اراده یکی از دو بدهکار، ایجاد نموده است، باید در راستای حقوق هلند و در تضاد با حقوق فرانسه و آلمان، اثر تهاتر را از تاریخ اعلام اراده او، قابل تحقق شمرده نه از لحظه تقابل دو دین. امری که در مورد تهاتر قراردادی یا قضایی به دلیل ایجاد چنین موقعیتی به واسطه قرارداد یا حکم دادگاه، مورد پذیرش واقع شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۷۲).

نتیجه گیری

از زمان حقوق روم تا عصر حاضر، مکاتب حقوقی درباره امکان تهاتر دو دین متقابل میان دو شخص، اختلافاتی داشته و دارند، اما نظر غالب در وضع کنونی این است که در صورت وجود شرایط تقابل

میان دو دین، وقوع تهاتر، ممکن است با این حال دربارهٔ شرایط، منابع، مبانی و آثار آن در نظام حقوق انگلیس از یک سو و نظام حقوق نوشته از سوی دیگر، تفاوت‌های اساسی به چشم می‌خورد. در حقوق انگلیس، تهاتر به عنوان قاعدهٔ دادرسی، وسیلهٔ جلوگیری از تکثر پرونده‌های قضایی و ایجاد عدالت طبیعی، محسوب می‌شود و در صورت پذیرش از سوی دادگاه، صرفاً موجب توقّف جریان دعوای اصلی است. برعکس در نظام حقوق نوشته و همچنین در فقه اسلامی، تهاتر، اساساً قاعده‌ای ماهوی است که در صورت پذیرش، دو دین متقابل را زایل می‌نماید. این در حالی است که در مورد منابع و مبانی تهاتر میان فقه اسلامی و نظام حقوق نوشته از یک سو و بین حقوق رومی و حقوق ژرمنی از سوی دیگر نیز اختلافاتی وجود دارد. در این مورد گروهی از فقها منبع تهاتر را حکم عقل و عده‌ای، حکم شارع و برخی ارادهٔ یکی از دو بدهکار متقابل، معرفی نمودند. در نظام حقوق نوشته حقوقدانان فرانسوی، نخست دیدگاه تهاتر خود بخودی را مطرح کردند اما به دلیل اغراق آمیز بودن و ایجاد مشکلات نظری و عملی، قانون مدنی فرانسه، دیدگاه تهاتر قانونی را پذیرفت که نه تنها تهاتر را به امری، دفاعی برای خواننده تعبیر نمود بلکه آنرا مستلزم استناد در دادگاه معرفی کرد و برای طرفین یا یکی از آنها امکان انصراف از تهاتر را پیش‌بینی کرد. با این حال، قانون مدنی اصلاحی ۲۰۱۶ فرانسه، مجدداً به مبانی تهاتر خود به خودی اما با آثاری شبیه تهاتر قانونی از قبیل لزوم استناد خواننده بازگشت نمود. برعکس، حقوق ژرمنی بدون اینکه برای دادگاه در فرایند تهاتر، نقشی قایل شود، آنرا منوط به اعلام یکی از دو بدهکار در خارج از دادگاه نمود. اگرچه شارحان مادهٔ ۲۹۵ قانون مدنی، تهاتر قهری را با نظریهٔ تهاتر خود بخودی در حقوق فرانسه و تهاتر عقلی در فقه تطبیق نمودند اما نظر اکثر فقها که مستند به روایات متعدد از معصومین(ع) است، تهاتر قهری را به تهاتر اختیاری در فقه و تهاتر قانونی در حقوق فرانسه و تهاتر اعلامی در حقوق آلمان نزدیکتر می‌نماید. با این حال در خصوص اثر قهقرایی تهاتر، از آنجایی که تهاتر قهری، نتیجهٔ موقعیتی است که ارادهٔ یکی از دو بدهکار، ایجاد نموده است، دیدگاه مورد قبول در حقوق کشور هلند مبنی بر پذیرش اثر فوری برای تهاتر، همین دیدگاه در حقوق ایران مرجح می‌نماید. با وجود تأیید شارع بر وقوع تهاتر میان دو دین متقابل در فقه و حقوق ایران، نهادهایی مشابهی وجود دارد که در صورت تقابل دو عین، دعوای خواهان تسلیم عوض تا زمان تسلیم معوض، متوقّف می‌ماند. یکی از بارزترین مصادیق چنین تقابلی، حق حبس در عقود معوض و تملیکی است که در آن، دعوای اصلی تا زمان اجرای دعوای متقابل، متوقّف می‌شود.

منطق حقوقی موجود در حق حبس، اقتضاء می‌نماید که در مورد تهاتر نیز قانونگذار ایران در صورت احراز شرایط، دادگاه را صرفاً به صدور دستور توقّف دعوی اصلی به مقدار دعوای متقابل خوانده، مکلف سازد تا براءت ذمه و سقوط حق از طرق پیش‌بینی شده در شرع و قانون، به طور ذاتی، صورت گیرد. این امر می‌تواند لزوم توجه به تهاتر آیینی در حقوق ایران را توجیه نماید.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی و عربی

۱. ابن قدامه، موفق الدین ابومحمد عبدالله بن احمد (بی تا)، المغنی. ج. بیروت: دارالفکر.
۲. ابن قدامه، شمس‌الدین ابوالفرج عبدالرحمان بن ابی عمر (بی تا). الشرح الكبير. ج ۳. بیروت: دارالفکر.
۳. ابن مطرز، ابوالفتح ناصرالدین (۱۹۷۹). المغرب فی ترتیب المغرب. حلب: مکتبه اسامه بن زید.
۴. ابن منظور، ابولفضل جمال الدین محمد بن مکرم (۱۹۹۷). لسان العرب. ج ۵. بیروت: دار صادر.
۵. اردبیلی، مولی احمد (۱۴۲۷). مجمع الفایده والبرهان فی شرح ارشادالاذهان. ج. قم: مؤسسه النشرالاسلامی.
۶. امامی، سیدحسن (۱۳۷۳). حقوق مدنی. ج ۱. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۷. ایزدی فرد، علی اکبر، محسنی دهکلانی محمد و بابایی، فاطمه (۱۳۹۲). مرور زمان و حق تقاص. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی. دوره ۹، شماره ۳۳ ص ۳۴-۱۱
۸. جبعی عاملی، زین الدین بن نور الدین (۱۳۰۸). روضه البهیة فی شرح اللعمه دمشقیة. ج ۲. تبریز: به خط عبدالرحیم
۹. جبعی عاملی، زین الدین بن نورالدین (۱۴۲۵). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. ج ۱۳. قم: مؤسسه

المعارف الاسلامیه.

۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ ششم
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷). حقوق تعهدات. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). مبسوط در ترمینولوژی. ج ۲. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). محشای قانون مدنی. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۵. حرعاملی، محمد بن الحسن (۱۴۲۷). وسایل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه. ج ۳. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
۱۶. حکیم، محسن (بی تا). مستمسک عره الوثقی. ج ۱۳. قم: دار احیاء التراث العربی.
۱۷. حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۴۰۳). شرایع الاسلام فی الحلال و الحرام. ج ۲. تهران: انتشارات استقلال.
۱۸. حلّی، ابومنصور حسن بن یوسف بن المطهر الاسدی (۱۴۱۰). ارشاد الاذهان الی احکام الایمان. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۹۰. حلّی، ابی منصور حسن بن یوسف بن المطهر الاسدی (۱۴۱۹). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۰. خوانساری، سیداحمد بن یوسف (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. ج ۱ و ۶. تهران: مکتبه الصدوق.
۲۱. خویی، سیدابوالقاسم (بی تا). موسوعه الامام خویی. ج ۳۸. بی جا: مؤسسه الخویی الاسلامیه.
۲۲. داوید، رنه و ژوفره اسپینوزی، کامی (۱۳۸۹). درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر. ترجمه و تلخیص صفایی. سیدحسین، تهران: نشر میزان.
۲۳. دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۱). لغتنامه. ج ۱۱. تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
۲۴. رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۱). کتاب القضاء. بی جا: دار القرآن الکریم.
- ۲۵- زحیلی، وهبه (۱۹۸۵). الفقه الاسلامی و ادلته. ج ۳ و ۵. دمشق: دارالفکر.
۲۶. سنهوری، عبد الرزاق احمد (۱۹۸۸). الوسیط فی شرح القانون المدنی. ج ۱. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۲۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۹). حقوق مدنی ۳، تعهدات. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۸. شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). سقوط تعهدات. تهران: نشر حقوقدان.

۲۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۶). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). عقود معین. ج ۱. تهران: شرکت انتشار.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها. ج ۴. تهران: شرکت انتشار.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). نظریه عمومی تعهدات. تهران: نشر میزان.
۳۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). درسهایی از عقود معین. ج ۱. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۳۴. مظاهری، معصومه و آل اسحق، زهرا (۱۳۹۱). قاعده فقهی حقوقی انصاف. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۴، شماره ۲۷ ص ۳۴-۱۱.
۳۵. نجفی، محمدحسن (۱۳۷۹). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. ج ۱۵ و ۳۱. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۶. هیأت پژوهشگران کاوندیش (۱۳۸۹). نظام حقوقی انگلستان. ترجمه مهرا، نسرین، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

(ب) منبع لاتین

۱. Adams, J.N. (۱۹۹۴). No Deduction of Set –clouses, *Modern Law Rewiev*, ۵۷(۶), ۹۶۰-۹۶۳.
۲. Ardabili, M.A. (۱۹۹۵). *Majmaa Al-Fayedeh va Al-Borhan Fi Sharh Ershad Al-Azhan*, Vol. ۹, Qom: Alnashr Al-Islami Publication.
۳. Bélanger, A. (۲۰۰۳). La compensation légale, son automatisme et ses conditions d'application : entre mythes et réalités. *Les Cahiers de droit*, ۴۴(۲), ۱۳۳-۱۸۱.
۴. Carbonnier, J. (۱۹۹۷). *Droit civil*, t. ۴: Les obligations, Paris: PUF De
۵. Cavendish Research Board. (۲۰۱۰). *English Legal System*, Translated by Mahra, N. Tehran: Mizan Legal Foundation.
۶. David, R.; Jauffret Spinosi, C. (۲۰۱۰). Une introduction au droit comparé et aux deux grands systèmes juridiques contemporains, *Tradit et résumé par Safa'i, S. H.* Tehran : Publication du Mizan:
۷. Dehkhoda, A. (۱۹۹۲). *Dictionary*, Vol. ۱۱, Tehran: Tehran University Publication.
۸. Dobyns, T. G. (۱۹۷۲). Banking Set-off; A Study in Commercial Obsolencece, *Hasting Law Journal*, ۲۳(۵), ۱۵۸۵-۱۶۱۱.
۹. Drakidis, P. (۱۹۹۵). *Des effets à l'égard des tiers de la renonciation à la*

compensation acquire ,R.T.D.Civ.

۱۰. Encyclopedia Britanica inc.(۲۰۰۵). *Encyclopedia Britanica*, Vol. ۴,

Untitled: Encyclopedia Britanica inc.

Encyclopedia Americana inc. (۲۰۰۶). *Encyclopedia Americana*, Vol. ۱۰,

Untitled: Encyclopedia Americana inc.

Garner, B. A. (۱۹۷۹). *Black's Law Dictionary*, Tehran: Dadgostar
Pulication.

۱۱. Grant S. B. (۱۹۶۵). *The Doctrine of Equitable Set-off*, *Melbourne
University Law Review*, ۵(۵), ۷۶-۸۷.

۱۲. Hakim, M. (Untitled). *Mostmsakel-Orva al-Vosgha*, Vol. ۱۳, Untitled.
Darol-Ehya at-Toras al-Arabi.

۱۳. Helli, A. N. (۱۹۸۴). *Sharaieol-Islam fi al-Helale va al-Haram*, Vol. ۲,
Tehran: Esteghlal Publication.

۱۴. Helli, H. (۱۹۹۰). *Ershadol-Azhan ela Ahkamel- Iman, Annashro-
islami*, Qom: Publication.

۱۵. Helli, H. (۱۹۸۳). *Sharaieol-Islam fi Masaelel-helale Val Haram*, Vol. ۲,
Qom: Esteghlal Publication.

۱۶. Helli, H. (۱۹۹۷). *Ghavaedol-ahkam fi Maarefate El-helale Val Haram*,
Vol. ۳, Qom: Annashro-islami, Publication.

۱۷. Horemeli, M. (۲۰۰۵). *Vasaal Al-shia ela Tahsil Ahkam Al-
Shariaa*, Vol. ۳, Beirut: Al-Aalami Institution .

۱۸. Ibne Ghodameh.M. (untitled). *Al-Moghne*, Vol. ۵, , Beirut: Darou-
alfekr

۱۹. Ibne Manzoor, A. J.M. (۱۹۹۷). *Lesanol-Arab*. Vols. ۱ & ۵, Beirut:
Dare Sader.

۲۰. Ibne Motraz, A.N. (۱۹۹۷). *Al-Maghref fi Tartibel-Moreb*. Halab:
Maktabah Osameh Ibne Zaid.

۲۱. Imami, S. H., *Civil Law*. Vol. ۱, Tehran: Islamieh Bookstore.

۲۲. Iazadi Fard, A. A.; Mohseni Dehkalani, M ; Babaei, F. (۲۰۱۲). *The
Laps of Time and the Right of Retaliation*, *Researchs of Jurisprudence
and Islamic Law Quarterly*, ۹(۳۳), ۱۱-۳۴.

۲۴. Jaabi Ameli, Z. (۲۰۰۴). *Masalekol-Afham fi Sharh Sharaie Al-Islam*,
Vol. ۱۳, Beirut: Al-maaref Al-Islamieh.

۲۵. Jaabi Ameli, Z. (۱۸۸۵). *Rouzeh al-Bahieh fi Sharhe al-Lomaeh alDameahgieh*, Vol.۲, Tabriz: Abd ol-Rahim Hand-writen.
۲۶. Jaafari Langroodi, M. J. (۲۰۰۹). *Law of Obligation*, Tehran: GanjeDanesh Publication.
۲۷. Jaafari Langroodi, M. J. (۱۹۹۳). *Terminology Of Law*, Tehran: GanjeDanesh Publication.
۲۸. Jaafari Langroodi, M. J. (۲۰۰۷). *A Waden in Terminology*, Tehran: GanjeDanesh Publication.
۲۹. Jaafari Langroodi, M.J. (۲۰۰۹). *Encyclopedia of Civil and Commercial law*, Tehran: GanjeDanesh Publication.
۳۰. Jaafari Langroodi, M. J.(۲۰۰۷). *Mohasha of Civil law*, Tehran: GanjeDanesh Publication.
۳۱. Jelison, D. (۱۹۴۵). *Collateral Defenses to Negotiable Instruments*, Montana Law Review, ۱۵(۱), ۸۴-۹۳.
۳۲. Jouselin, F. (۱۹۰۰). *De la compensation légale et de la compensation judiciaire*, Thèse de doc-torat, Paris: L.N.D.J.
۳۳. Katouzian, N. (۱۹۹۸). *Ggeneral Rules of Contracts*, Vol.۴, Tehran: Enteshar Company.
۳۴. Katouzian, N. (۲۰۱۲). *The General Theory of Obligations*, Tehran: Mizan Publication.
۳۵. Katouzian, N. (۲۰۰۸). *Lessons from Named contracts*, Vol.۱, Tehran: Ganj Danesh Library.
۳۶. Khansari, S. A. (۱۹۷۷). *Jameol-Madarek fi Sharhe Mokhtasaren-Nafee*, Vols. ۱&۲, Tehran: Maktabate-Al-Sadough.
۳۷. Khouei, A. (Untitled). *Encyclopedia of Imam AL-Khouei*, Vol.۳۸, Untitled: Al-Khouei Islamic Institution.
۳۸. Larombiere, M. (۱۸۸۵). *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code civil,t.V*, Paris: A. Durand.
۳۹. Loyd. W.H. (۱۹۱۶). *Development of Set-off*, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, ۴۶(۶), ۵۴۱-۵۶۹.
۴۰. Martin, A. (۱۹۷۷). *Oxford Dictionary of law*, Oxford: Oxford University Press.

۴۱. Mazaheri, M.; Al-Ishaq, Z. (۱۳۹۱). The Jurisprudential Rule of Equity, *Researchs of Jurisprudence and Islamic Law Quarterly*, ۸ (۲۷), ۱۱-۳۴.
۴۲. Najafi, M. H. (۲۰۰۰). *Jawaherol- alkelam Fi Sharhe Sharayeol-islam*, Vols. ۱۵, ۳۱ & ۳۹, Tehran: Daro-alkotobe-islamieh.
۴۳. Nichet, H. (۱۹۳۴). *Du jeu de la compensation dans les rapports des créanciers et des débi-teurs*, Thèse de doctorat, Montpellier: Université de Montpellier.
۴۴. Pinsler J. (۲۰۱۱). The Court 's Response to Counterclaims in Proceedings for Summaray Judiciary Judgment, *Singapore Academy of law Journal*, ۲۳(۲), ۵۱۷-۵۳۷.
۴۵. Rashti, M. H. (۱۹۸۲). *KetabolGheza*, Untitled: Darol-QoranEL-karim.
۴۶. Ripert, G. ; Boulanger, J. (۱۹۶۷). *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. II : Obligations:Contrats. Responsabilité, Droit réels, Biens, Propriétés, Paris: L.G.D.J.
۴۷. Sanhori, A.R. A. (۱۹۸۸). *Aivasit fi Sharhe Alghanonel- Madani*, Vol. ۱, Beirout: Al-Halabi Al-Hoghoghiah Publication.
۴۸. Savatier, R. (۱۹۴۹). *Cours de droit civi*, t. II, Paris: L.G.D.J.
۴۹. Sepinuck Stephen L. (۱۹۸۸). The Problem with Set-off: A Proposed Legislative Solution, *William & Mary Law Review*, ۳۰(۱) ۵۱-۱۳۰..
۵۰. Silverman, S. T. (۱۹۹۴). The Administrative Freeze and The Automatic Stay: A New Prespective, *Washington University law Review*, ۷۲, (۱) ۴۴۱-۴۷۴..
۵۱. Shahidi, M. (۲۰۱۰). *Civil Law*, Obligation, Tehran: Majd Scientific and Cultural Group.
۵۲. Shahidi, M. (۱۹۹۸). *Extinction of Obligations*, Tehran: Hoghooghdan Publication.
۵۳. Tabatabaei Yazdi, S. M.K. (۱۹۹۹). *Soal va Javab*, Tehran: Center of Oloome islami Publication.
۵۴. Terre, F.; Simler, P. ; Lequetete, Y. (۱۹۹۶). *Droit civil: les obligations*, Paris: Dalloz.
۵۵. Van Deventer, S. M.. (۲۰۱۶). Set-off in South African Law:

Challenges and Opportunities, Stellenbosh University: Faculty of Law.