

ضمان معاوضی در حقوق اسلام و ایران و مقایسه آن با نظریه علت در حقوق فرانسه*

اعظم حیدری سورشجانی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

احمد دیلمی**

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

سید مهدی دادمرزی

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

چکیده

از مهم‌ترین مباحث مطرح در قراردادهای معوض، ضمان و مسئولیت نسبت به عوض قراردادی است. همه نظام‌های حقوقی با این مسئله مواجهند و قواعدی را برای حل آن مطرح کرده‌اند؛ یعنی حقیقت ضمان معاوضی در همه نظام‌های حقوقی وجود دارد. در حقوق اسلامی از این مسئله با عنوان «ضمان معاوضی» یا «ضمان عوض» یاد می‌شود. در نظام رومی‌ژرمنی «نظریه علت» که مهم‌ترین مفهوم در حقوق قراردادهاست، شباهت زیادی با ضمان عوض دارد. هدف این پژوهش بررسی تطبیقی مفهوم، ماهیت و مبنای «ضمان معاوضی» و «نظریه علت» است. این کار به روش توصیفی تطبیقی و تحلیلی به انجام رسیده است. بر اساس یافته‌های این پژوهش ضمان معاوضی نوعی ضمان ارادی و التزام است که به عوض تعلق می‌گیرد، اعم از اینکه مولود یک عقد صحیح یا باطل باشد و از نظر ماهیت نیز قاعده‌ای امری و مقتضای ذات عقود معاوضی است. نظریه علت نیز نقشی مشابه در نظام حقوقی نوشته دارد، لکن با وجود شباهت‌های بین دو نظریه، تفاوت‌هایی نیز به‌ویژه از حیث قلمرو با هم دارند.

واژگان کلیدی: ثمن، ضمان ارادی، ضمان معاوضی، مبیع، نظریه علت.

**مقاله برگرفته از رساله با عنوان «مطالعه تطبیقی ضمان عوض در فقه امامیه و نظریه علت در نظام رومی ژرمنی» می‌باشد.

Email: A-Deylami@Qom.ac.ir

نویسنده مسئول

تاریخ دریافت: ۲۲ تیر ۱۴۰۱، تاریخ تصویب: ۱۰ بهمن ۱۴۰۱

۱. مقدمه

ضمان در لغت به معنای التزام و تعهد است (ابن‌منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۱۳: ۲۵۷-۳۴۷). یکی از کاربردهای ضمان در روابط قراردادی، ضمان نسبت به عوض (ضمان عوض) است. تسلیم عوضین در عقود معاوضی به مجرد وقوع عقد حاصل نمی‌شود، بلکه خود، تعهدی است دوطرفه که هریک از طرفین عقد با انعقاد عقد به انجام آن ملتزم می‌شوند و هر تعهدی علت وجود تعهد طرف دیگر است. چنانکه در پی خواهد آمد، با اینکه فروع و مصادیق متعددی از ضمان عوض در حقوق ایران مطرح و ضمان معاوضی در مفهومی گسترده به رسمیت شناخته شده است، لکن در منابع حقوقی ایران از این نوع ضمان به مناسبت بحث از ماده ۳۸۷ ق.م با عنوان «ضمان معاوضه» (انصاری، ۱۴۲۴ق: ج ۵: ۳۰۷، ۳۹۲؛ ج ۶: ۲۷۰-۲۷۱) و «ضمان معاوضی» (انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۵: ۳۹۲، ۳۹۵؛ ج ۶: ۱۸۶) توصیف می‌شود؛ و چون در نظام رومی‌ژرمنی «علت» و «عوض» است، در این نوشتار قرار دادن «ضمان معاوضی» که اصطلاحی رایج است؛ در مقابل آن با هدف مقایسه و مطالعه تطبیقی مناسب‌تر دانسته شد. اگرچه در نظام‌های حقوقی نظریه‌های مختلفی همچون «علت»، «عوض»^۱، «ضمان عوض» برای ایجاد و تنظیم توازن بین عوضین در یک قرارداد معاوضی وجود دارد، همه آنها هدف و تا حدودی مضمون مشترکی دارند.

مسئولیت و ضمان نسبت به عوض قراردادی در همه عقود معاوضی مطرح شده است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱: ۱۶۰؛ رشتی، ۱۳۱۱ق: ۲۱۶)؛ به این صورت که طرفین مسئول تسلیم اصل یا بدل عوض قراردادی به طرف مقابل هستند. این مسئولیت و ضمان با تحقق عقد معاوضی ایجاد می‌شود و در مرحله اجرای قرارداد، و حتی در فرض تلف عوض و بطلان یا انحلال قرارداد نیز وجود دارد و با تسلیم عوض یا بدل آن ساقط می‌شود. در نظام رومی‌ژرمنی نیز با هدف تعیین معیاری به‌عنوان عنصر اساسی در اعتبار قراردادها و به‌عنوان قرینه‌ای بر جدی بودن و ملتزم بودن طرفین به تعهدات، «تئوری علت» را مطرح کرده‌اند. این تحقیق درصدد بررسی وجوه اشتراک و افتراق این دو قاعده است. پرسش اصلی این است که «ضمان عوض» در حقوق اسلام و ایران و «نظریه علت» در نظام رومی‌ژرمنی از جهت مفهوم، ماهیت و مبنا چه نسبتی با هم دارند؟ پیشنهادی برای مطالعه تطبیقی این دو مشاهده نشده است. اگرچه ضمان معاوضی در مفهوم رایج بین حقوقدانان (مورد ماده ۳۸۷ ق.م) در مقالات متعددی مورد بحث قرار گرفته است (سلطانی‌نژاد، ۱۳۸۷: ۷۵-۹۲؛ خدابخشی، ۱۳۹۱: ۲۷-۵۲؛ امینی، ۱۳۹۲: ۱۶۵-۱۹۰)، لکن در این پژوهش‌ها ضمان معاوضی تنها در فرض تلف مبیع قبل از قبض بررسی شده؛ یا به یکی از آثار

1. Cause
2. Consideration

آن یعنی انتقال ریسک پرداخته شده یا تنها به بررسی موضوع در حقوق ایران اکتفا شده است. همچنین در پاره‌ای آثار، خسارت استرداد در کامن‌لا و حقوق ایران مورد مطالعه تطبیقی قرار گرفته است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۹: ۸۹-۱۷۳). ولی استرداد عوض اگرچه از آثار ضمان معاوضی است، چون عنوان «خسارت استرداد» نهادی مختص نظام کامن‌لا است، از قلمرو این پژوهش خارج است. بنابراین از ضمان معاوضی در مفهوم گسترده، پیشینه تحقیقی مستقلی مشاهده نشده است. در این مقاله، ابتدا مفهوم و ماهیت ضمان معاوضی و تئوری علت توضیح داده شده و سپس مبنا و ماهیت هر دو نظریه بررسی می‌شود و در نهایت وجوه تفاوت و تشابه آنها تبیین می‌شود.

ثمره نظری و عملی بحث در این است که اثبات ضمان معاوضی در مفهوم گسترده و به وسعت همه عقود معاوضی موجب تمییز و اعمال این نوع ضمان در همه عقود معاوضی می‌شود، در نتیجه احکام آن از جمله امری و حکمی بودن این نوع ضمان، و عدم امکان شرط خلاف آن نیز، در همین گستره اعمال می‌شود. همچنین در مرحله اجرای آثار و جبران خسارت، میزان آن بر اساس ارزیابی‌ای که هنگام قرارداد، بر آن توافق شده است (مانند مقدار ثمن و مثن) صورت می‌گیرد؛ و نه به مقدار خسارت واقعی و قیمت کارشناسانه بازاری.

۲. مفهوم «ضمان معاوضی» و «نظریه علت»

در این بخش مفهوم ضمان معاوضی را از منظر حقوق اسلام و ایران و همچنین مفهوم نظریه علت در نظام رومی‌ژرمنی بررسی خواهیم کرد.

۲.۱. مفهوم ضمان معاوضی در فقه و حقوق ایران

گاهی ممکن است با اینکه خاستگاه یک واژه حقوقی فقه است، اما در ادبیات حقوقی مفهوم آن دچار تحول شده باشد. از این رو لازم است مفهوم آن در هر دو محیط علمی به طور جداگانه بررسی شود.

۲.۱.۱. مفهوم ضمان معاوضی در فقه

در اصطلاح فقهی ضمان به معنی درک و جبران خسارت است (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۳: ۲۸۲)؛ و در کاربرد مصدری به معنای به عهده گرفتن به کار می‌رود و در معنای اسم مصدری، به مفهوم قرار گرفتن بر عهده است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق: ج ۱: ۷۱). در حقیقت ضمان وضعیتی است که گاهی از سوی قانونگذار و در پاره‌ای موارد توسط اشخاص ایجاد می‌شود. بر این اساس، ضمان را می‌توان به اعتبار منشأ ایجاد تعهد به ضمان واقعی (قهری) و ضمان ارادی تقسیم کرد. ضمان

معاوضی (جعلی، المسمی یا عوض) گونه‌ای از ضمان ارادی است. ضمان قهری به وضع شرع و قانون است و اراده اشخاص خصوصی در آن بی‌تأثیر است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۸)، درحالی‌که در ضمان عوض اراده اشخاص تأثیر دارد. برخلاف اعتقاد برخی مبنی بر اینکه ضمان معاوضی تنها در فرض تلف مذکور در قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» مطرح می‌شود، مطالعه در متون فقهی نشان می‌دهد که ضمان عوض (معاوضی) صرفاً با تلف یکی از عوضین محقق نمی‌شود، بلکه با تحقق عقود معاوضی، ایجاد می‌شود و منشأ ایجاد آن عقد معاوضی است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ج ۱: ۸۱-۸۲؛ نائینی، ۱۴۱۳: ج ۱: ۱۴۱). در کلام فقها از «ضمان معاوضی» با تعابیر مختلف دیگری از جمله «ضمان معاوضه»، «ضمان المسمی»، «ضمان عوض»، «ضمان العقود»، ضمان جعلی، ضمان ثمن و ضمان معاملی یاد شده است که در مقابل ضمان واقعی به کار می‌رود (انصاری، ۱۴۲۰: ج ۵: ۳۹۵؛ ج ۶: ۲۷۰؛ حکیم، ۱۴۱۶: ج ۱۲: ۵۶؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ج ۱: ۱۵۸؛ خمینی، ۱۴۲۱: ج ۱: ۴۰۴؛ سید خوئی، ۱۴۰۹: ج ۳: ۱۷۹؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ج ۲: ۹۷؛ ۱۴۱۹: ج ۷: ۱۸۶)؛ و در موارد مختلف از جمله بحث خیارات، مقبوض به عقد فاسد، ضمان فضولی و تلف مبیع قبل از قبض از آن صحبت شده است (انصاری، ۱۴۲۰: ج ۵: ۳۹۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ج ۳۷: ۱۸۴؛ نائینی، ۱۴۱۸: ج ۳: ۳۳۰ و ۶۰۰؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۰: ج ۱: ۱۱۸؛ ج ۲: ۴۴-۴۵، ۷۰-۷۱). این ضمان اعم از این است که معامله صحیح باشد یا باطل. زیرا در فرض بطلان نیز توافقی نسبت به ارزش عوضین وجود دارد. به همین سبب است که برخی فقها در فرض بطلان قرارداد نیز از ضمان معاوضی (عوض) صحبت می‌کنند و معتقدند که اگرچه بیع واقع نشده است، لکن توافق نسبت به ارزش کالا برقرار است (انصاری، ۱۴۲۰: ج ۳: ۴۸۹؛ شهیدی، ۱۳۷۹: ۹۹-۱۰۱). به عبارت دقیق‌تر ضمان معاوضی را می‌توان مسئولیت نسبت به کل عوض یا بخشی از عوض که در مقابل آن به سبب ناقص بودن آن، چیزی به طرف مقابل تعلق نگرفته است، تعریف کرد. بر این اساس برخی فقها معتقدند ضمان معاوضی یعنی اینکه بایع ضامن تسلیم مبیع به شکل کامل و سالم به مشتری است (انصاری، ۱۴۲۰: ج ۵: ۳۹۳). در حقیقت، ضمان عوض یک معنای مصطلح و خاص دارد که به ضمان معاوضی معروف است و عبارت است از ضمان هریک از طرفین نسبت به عین معین قبل از تسلیم آن به طرف مقابل که در این معنا به تلف مورد معامله قبل از قبض منوط و معلق است (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۹۲) و در معنای دیگر (عام) ضمان عوض ناشی از پذیرش تعهد قراردادی است که ضمان منجز است؛ ضمان معاوضی به این معنا چندان مصطلح نیست و به معنای بر عهده گرفتن مال غیر است. در این نوشتار مفهوم ضمان معاوضی اعم از هر دو معنی است. مسلم است که در فقه به صورت موردی در برخی مباحث از جمله در اجاره، عوض خلع، مهریه مطرح شده است (شیخ طوسی، بی‌تا، ج ۳: ۲۲۲-۲۲۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۸: ج ۴: ۲۷۶ و ۳۵۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ج ۸: ۱۸۷؛ نجفی، ۱۴۰۸: ج ۳۳: ۳۹). چنانکه گذشت مرحوم بحرالعلوم به وجود آن در

هر عقد معاوضی تصریح می‌کند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱: ۱۶۰). پس مضمون بودن عوض در هر عقد معاوضی، در حقیقت مفهوم عام ضمان معاوضی را بیان می‌کند. ضمان معاوضی در مفهوم گسترده عبارت است از: مسئولیت قانونی و متقابل طرفین قرارداد معاوضی نسبت به عوض (مانند ثمن و مئمن) به میزانی که درباره ارزش اقتصادی آن توافق شده است؛ و نه به مقدار ارزش کارشناسانه بازاری (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۵: ۳۹۲-۳۹۵؛ ج ۶: ۲۷۰؛ اصفهانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۲۰۷).

۲.۱.۲. مفهوم ضمان معاوضی در حقوق ایران

در حوزه حقوق قراردادها هر گاه سخن از جبران خسارت و ضمان نسبت به چیزی است که قبلاً مورد معاوضه قرار گرفته، در اصطلاح به آن ضمان معاوضی گفته می‌شود. مقتضای هر عقد معاوضی، مبادله عوضین است و هریک از آن دو در عوض دیگری قرار دارد (شهیدی، ۱۳۹۰: ۸۰؛ صفائی، ۱۳۸۲: ۳۵). رابطه تقابل بین عوضین برگرفته از اصلی پذیرفته شده در حقوق قراردادهاست که از آن به اصل همبستگی دو عوض متقابل تعبیر شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴: ۸۵) و در زمان تراضی و نیز در زمان اجرای تعهد وجود دارد. در هر عقد معاوضی دادن مال یا تعهد از جانب یک طرف، علت گرفتن مال یا تعهد از طرف مقابل است (امامی، ۱۳۶۸: ۱۷۲ و ۳۵۰). به عبارت دیگر، انگیزه اصلی طرفین دارا شدن و در اختیار گرفتن عوض متقابل است و بطلان یکی از دو تعهد متقابل باعث بطلان عقد و انحلال تعهد دیگر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۳۹).

اصطلاح رایج در متون حقوقی و در بین حقوقدانان ضمان معاوضی است که به‌ویژه در تلف مبیع پیش از تسلیم (ماده ۳۸۷ قانون مدنی) و تلف عین مستأجره در مدت اجاره (ماده ۴۸۳ ق.م) و ضمان درک مبیع یا ثمن (بند ۲ ماده ۳۶۲) مصداق پیدا می‌کند. به باور همه حقوقدانان، التزام به استرداد عوض قراردادی دریافت شده یا خودداری از تسلیم عوض در فرض تلف یکی از عوضین پیش از تسلیم ضمان معاوضی است؛ در برابر ضمان قهری که ضمان نسبت به قیمت کارشناسانه و بازاری (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲۲، ۶۸-۶۹، ۳۲۶-۳۲۷، ۱۳۸۲: ۲۸۰-۲۸۱)، و ناظر بر جبران خسارت به مثل یا قیمت واقعی مال تلف شده است و به سود مالک ایجاد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴: ۱۰۰). از جمله مصادیق دیگر ضمان معاوضی در قوانین موضوعه ایران مورد مستحق للغير درآمدن مبیع (ماده ۳۹۰ قانون مدنی) است. قانون مدنی همچنین در ماده ۴۵۳ به ضمان معاوضی اشاره می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۶۶). تلف یکی از دو عوض در عقد مزارعه و مساقات (مواد ۵۲۷ و ۵۴۵) نیز حاکی از ضمان معاوضی است. بر حسب ماده ۲۵۹ قانون مدنی نیز مالک در صورت رد معامله فضولی می‌تواند عین و منافع مال خود را مطالبه کند. بنابراین با استقرا در مواد قانون مدنی به‌نظر می‌رسد ضمان معاوضی همچون فقه، در کلیه معاوضات همزمان با عقد محقق می‌شود؛ ولی شامل عقود و معاوضات مشابه عقود

معوض از جمله عقد قرض، مهر در عقد نکاح و هبه مشروط، اقاله و عقود رایگان نمی‌شود. بر این اساس، هرچند اصطلاح ضمان معاوضی در مفهوم گسترده در ادبیات حقوقی ایران رایج نیست، لیکن مصادیق آن به‌صورت جداگانه و تحت عناوین خاصی در قوانین مطرح شده است.

۲.۲. مفهوم نظریه علت

نظریه علت از بحث‌برانگیزترین موضوعات در حقوق تعهدات در نظام رومی‌ژرمنی است. با شروع دوران جدید روشنگری، اصل «استقلال اراده» به‌عنوان سنگ بنای حقوق مدرن قرارداد تأسیس شد. با وجود این، حقوقدانان مجبور شدند به این سؤال جواب بدهند که چگونه بین «تعهدات قابل اجرا» (علی‌القاعده) و «تعهدات تصادفی» تفاوت قائل شوند؟ بنابراین بر اساس نیاز به تعیین معیارهای انتزاعی جدید برای استفاده به‌عنوان یک عنصر اساسی در اعتبار قراردادهای و نشانه‌ای از جدی بودن طرفین، تئوری «علت» را مطرح کردند (Stoyanov, 2016: 3). در مورد منشأ تاریخی علت، نویسندگان بسیاری اظهار کرده‌اند که این مفهوم کاملاً غیررومی است (Zimmermann, 1992: 549)، زیرا داشتن چنین اصل انتزاعی برای رومیان دارای سیستم حقوقی بدوی، غیر ممکن بوده است (Peterson, 1905: 39).

از این رو اکثریت قریب به اتفاق حقوقدانان با این واقعیت که نخستین ایده‌های «علت» از تفسیرهای حقوقدانان ظهور کرده است، موافقاند؛ به این صورت که اگر هر چیزی دارای «علت» است، پس باید این اصل در مورد قراردادها نیز صدق کند؛ بنابراین همه قراردادها دارای یک علت معین هستند که آن را همواره با خود دارند (Zimmermann, 1992: 551). اصل «علت» اولین بار در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه به‌عنوان یکی از چهار مورد ضروری برای اعتبار قراردادها مطرح شد. در مواد ۱۱۳۱ تا ۱۱۳۳ قانون مذکور^۱ نیز ممنوع بودن تعهدی که هیچ علتی ندارد یا علتی اشتباه یا غیرقانونی داشته باشد، پیش‌بینی شد. لکن فرمان شماره ۲۰۱۶-۱۳۱ دهم فوریه ۲۰۱۶ اصلاح قانون قرارداد و رژیم عمومی اثبات تعهدات، مفهوم «علت» را حذف کرد (ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی). با این حال، برخی از عملکردهای خود را به‌عنوان یکی از شرایط اعتبار قرارداد، در متون پراکنده اصلاحات حفظ کرده است. اکنون ماده

1. 1131- L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

1132- La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

1133- La Cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.

۱۱۲۸ قانون مدنی فرانسه، مقرر می‌دارد: «موارد زیر برای اعتبار قرارداد ضروری است: ۱. رضایت طرفین، ۲. اهلیت و ۳. محتوای قانونی و مشخص. بنابراین اگرچه به موجب این فرمان، کلمه «علت» حذف شده است، لیکن وظایف اساسی آن بر اساس این فرمان حفظ می‌شود (C.D: 2016: 1).

اصطلاح «cause» در لغت به معنای علت، عامل، دلیل مناسب، انگیزه، موجب، اثر، شرط و همچنین به معنای عنصر تولیدکننده منبع، به کار رفته است (Cornu, 1996: 124; Gerard, 1993: 221). با توجه به کاربردهای مختلف «علت»، دست‌کم سه مفهوم برای آن مطرح شده است: مفهوم اول، این است که قرارداد نباید خلاف اخلاق یا عرف عمومی باشد. بنابراین عنصر معیوب در قراردادهای غیرقانونی به عنوان علت نامشروع توصیف می‌شود. ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه این قاعده را به این صورت بیان می‌کند که علت غیرقانونی علتی است که به وسیله قانون ممنوع یا خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد (Lorenzen, 1919: 14). در مفهوم و کاربرد دوم، علت دلیل واقعی حقوقی و اقتصادی ورود به یک قرارداد است (Ribeyrolles, 2005: 200-201). همین معنای علت است که موجب سردرگمی شده است. برای مثال در بیع علت تعهد فروشنده، تعهد خریدار است و برعکس. به عبارت دیگر، علت نتیجه تعهدی است که توسط طرف قرارداد انجام گرفته است (Newman, 1952: 664). در حقیقت علت اثر حقوقی ذاتی عمل حقوقی است که در آن نوع عمل حقوقی، عینی و تغییرناپذیر است (Gerard, Ibid: 221; Cornu, 1996: 124). مفهوم سوم علت اما، به نظر برخی حقوقدانان با موضوع^۱ و انگیزه^۲ ارتباط دارد؛ بر اساس این معنا، «علت» توجیهی برای قرارداد است که آن، می‌تواند از نوع مالی، اخلاقی یا هر انگیزه مشروع قابل استنباط، باشد. انگیزه امری فردی است و در همان نوع از عمل حقوقی، از یک فرد به فرد دیگر متفاوت است. لکن به نظر می‌رسد هر چند انگیزه‌ها ممکن است دلایلی برای تحقق قرارداد باشند، اما هیچ‌یک، به معنای حقوقی، «علت» را تشکیل نمی‌دهند (Newman, 1952: 664).

به طور کلی منظور از «علت» سبب بر عهده گرفتن تعهد، توسط هر یک از طرفین قرارداد است که در هر نوع قرارداد یکسان است (معنای دوم): در فروش، فروشنده متعهد می‌شود که کالا را برای دریافت قیمت تحویل می‌دهد و خریدار باید هزینه را برای تحویل گرفتن کالا بپردازد (Newman, 1952: 667; Henri et Mazeaudt, 1956: 7). بنابراین علت در قانون مدنی فرانسه دو بعد دارد: از یک سو، «علت عینی» است که به هدف انتزاعی قرارداد اشاره دارد؛ این هدف برای هر دسته از قراردادها یکسان است و می‌تواند به عنوان عملکرد متقابل مورد انتظار

طرف مقابل توصیف شود (Rowan, 2017: 806, 817). از سوی دیگر، «علت ذهنی» دلایل شخصی را نشان می‌دهد که طرفین را به انعقاد قرارداد سوق می‌دهد. در نتیجه از قراردادی به قرارداد دیگر متفاوت است. به عبارت دیگر در نقش دوم آن، علت ابزاری برای کنترل قانونی قرارداد است (C.D, 2016: 1). علت در قراردادهای دوجانبه شامل تعهد به دادن چیزی یا انجام کاری است و در قراردادهای یکجانبه چیزی است که داده شده یا انجام گرفته است. همچنین در قراردادهای بلاعوض علت را باید در خواست و اراده متعهد به نفع متعهدله جست‌وجو کرد (Drake, 1905: 6). بنابراین مفهوم و حقیقت «علت» مختص عقود معاوضی نیست، بلکه بر اساس آن، عمل حقوقی باید یک علت (اثر) نوعی ذاتی و عینی داشته باشد که وجود آن هدف قانونگذار از تأسیس آن نهاد حقوقی بوده است و دستیابی به همین امر هدف مستقیم و انگیزه ایجاد مصداقی از آن در خارج توسط اشخاصی که نقش اصلی در خلق آن ماهیت حقوقی دارند، است. از این رو نه اختصاص به عقود معاوضی دارد و نه لازم است که عمل حقوقی عقد باشد؛ و نه ضروری است که آن اثر نوعی، امری مادی و مالی باشد.

اگرچه در اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه مفهوم «علت» حذف شد، در عمل تفاوت چندانی ایجاد نشده است. چون ماده ۱۱۲۶ قانون جدید، «علت ذهنی»^۱ را مورد اشاره قرار می‌دهد و تصریح می‌کند: «شروط و اهداف یک قرارداد نمی‌تواند از نظم عمومی عدول نماید». همچنین مفهوم «علت عینی» را می‌توان در ماده ۱۱۶۹ این قانون ملاحظه کرد که مقرر می‌دارد: «منافع یک قرارداد واقعی و محکم، نمی‌تواند در زمان انعقاد آن واهی یا تمسخرآمیز باشد». در قوانین برخی کشورها از جمله اسپانیا به صورت خاص معنی علت را می‌توان از مواد قانونی فهمید، ماده ۱۲۷۴ قانون مدنی^۲ این کشور مقرر می‌دارد: «در قراردادهای سنگین (قراردادهای حاوی یک عوض با ارزش)، علت برای هر طرف متعاقد، تعهد چیزی یا خدمتی توسط طرف دیگر است؛ و در عطایا، خدمات یا مزایایی که به عنوان پاداش دریافت می‌کند؛ و در امور خیریه، آزادی مطلق شخص نیکوکار «علت» محسوب می‌شود».

1. Objective cause

2. 1274: "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor. (In onerous contracts cause is for each contracting party the prestation or promise of a thing or service for the other party; in remunerative [contracts], the service or benefit that is remunerated, and in [contracts] of pure beneficence, the mere liberality of the donor).

۲.۳. مقایسه مفهوم «ضمان معاوضی» و «نظریه علت»

ضمان معاوضی، مسئولیت طرفین نسبت به کل یا بخشی از عوض است؛ و منشأ ایجاد آن عقد است و در زمان تحقق تراضی و نیز در زمان اجرای تعهد و همچنین در صورت تلف عوض و ارزیابی میزان و چگونگی جبران خسارت، وجود مؤثر دارد. البته بر اساس دیدگاهی حتی در فرض بطلان و انحلال قرارداد هم ضمان معاوضی وجود دارد، زیرا اگرچه عمل حقوقی خاص وجود ندارد، لکن توافق عامی نسبت به ارزیابی ارزش اقتصادی عوضین وجود دارد و از این رو در صورت تلف، جبران خسارت به مقدار توافق شده صورت می‌گیرد، نه ارزش واقعی و کارشناسانه. علت در مفهوم دوم، نیز دلیل حقوقی و اقتصادی برای ورود به قرارداد و بر عهده گرفتن تعهد توسط طرفین است که برای هر نوع قراردادی یکسان است. بنابراین به نظر می‌رسد مفهوم هر دو قاعده، مسئولیت نسبت به عوض است و هر دو از زمان تشکیل قرارداد تا زمان اجرا شدن همراه قرارداد هستند. بنابراین در قرارداد معاوضی، متعلق ضمان معاوضی همان عوضین قراردادی است؛ تطبیق نظریه علت در قرارداد معاوضی هم مستلزم وجود عوضین است. لکن «عوض» در ضمان عوض بیشتر به عنوان متعلق ضمان و مسئولیت مورد توجه قرار می‌گیرد و در نظریه علت اغلب به عنوان سبب تشکیل عقد. این امر در بحث از ماهیت آن دو، بیشتر توضیح داده خواهد شد.

۳. مبنای ضمان معاوضی و نظریه علت

چون ماهیت این دو تابع مبنای آنهاست، از این رو ابتدا مبنا و سپس ماهیت آنها بررسی می‌شود.

۳.۱. مبنای ضمان معاوضی

یکی از مبانی ضمان معاوضی عرف عقلا و خردمندان در قراردادهای معاوضی است. از این رو مقتضای ذات هر عقد معاوضی، توازن و تقابل عوضین است. ماهیت عقد معوض نیز در همه نظام‌های حقوقی بر مبنای این تقابل و توازن تعریف می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ج ۴: ۸۵). در هر عقد معوضی انگیزه اصلی طرفین دارا شدن عوض مقابل است و بطلان یکی از دو تعهد متقابل موجب بطلان عقد و انحلال تعهد دیگر می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۳۹؛ محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۹۲-۱۹۴). به عبارت دیگر، در صورتی که یک تعهد فاقد عوض مناسب باشد، به دلیل غیرعقلایی و غیرحکیمانه بودن باطل است و چنین عقدهای در زمره عقود معوض قرار نمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱: ۳۶-۳۷).

مبنای دیگر ضمان معاوضی را می‌توان برقراری عدالت معاوضی دانست که اصلی پذیرفته شده در حقوق قراردادها به نام اصل همبستگی دو عوض متقابل را در پی دارد (کاتوزیان،

۱۳۹۲: ج ۴: ۸۵). همبستگی عوضین نیز، هم در زمان تحقق تراضی و هم در زمان اجرای تعهدات و هم در فرض تلف عوض و چگونگی جبران آن باید رعایت شود. قاعده لاضرر نیز از جمله مبانی ضمان معاوضی است. به این صورت که چنانچه یکی از طرفین از انجام تعهد خود امتناع کند یا به هر دلیل امکان اجرای تعهد یکی از طرفین نباشد، به حکم قاعده لاضرر طرف مقابل می‌تواند برای جلوگیری از ضرر ناروا، قرارداد را فسخ کند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۳: ۱۴۵ و ۱۴۶). برخی حقوقدانان معتقدند قاعده لاضرر کفایت نمی‌کند، بلکه قاعده موازنه و به‌طور مشخص موازنه در ارزش عوضین و موازنه تسلیم در برابر تسلیم را به‌عنوان مبناي ضمان معاوضی مطرح می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱۴: ۶۸-۶۹). این بیان با مقتضای ذات عقد معاوضی و عدالت معاوضی هماهنگی دارد و تفاوت آنها تنها در نوع بیان است.

۳.۲. مبنای نظریه علت

تئوری علت بر این عقیده استوار است که یک قرارداد باید علت داشته باشد (Fatahollah & Hum, 2016: 3). از جمله مبانی نظریه علت، عقلایی و عقلانی بودن تعهد است؛ با این توضیح که در حقیقت نقش علت وجود توجیهی برای تعهد منعقد شده، است؛ یعنی علت پاسخ به چرایی قبول تعهد است. برای ارزیابی وجود علت، رویه قضایی مبتنی بر ضرورت وجود یک «علت عینی» است، که همان هدف فوری و مستقیم است که برای هر نوع از قراردادها یکسان است و کنترل عقلانی و عقلانی بودن تعهد را ممکن می‌سازد (C.D, 2016: 1). بنابراین ماده ۱۳۱ سابق ق.م.ف که ضرورت وجود علت را بیان می‌کرد، بخشی از بیان لزوم عقلانیت در قرارداد است که به‌واسطه استقلال اراده مطرح می‌شود. در حقیقت، استقلال اراده مبتنی بر فرض عقلانیت است و ضمانت اجرای عدم علت همان ضمانت اجرای عدم عقلانیت طرفین است (Ribeyrolles, 2005: 93). چون عقلانیت طرفین، اساس نظریه استقلال اراده و شرط وجود نیروی الزام‌آور برای قرارداد است و صرفاً عقلانیت طرفین می‌تواند توجیه کند که آنها می‌توانند آزادی خود را از طریق پیوندهای قراردادی از بین ببرند (Ribeyrolles, 2005: 112).

مبنای دیگر نظریه علت، تضمین حداقل تعادل و برقراری عدالت معاوضی بین عوضین است. این امر نیز ناشی از وابستگی متقابل تعهدات طرفین است. اگر نابرابری از حد متعارف فراتر رود قرارداد مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۵: ۱۹۶). در قانون مدنی فرانسه صرفاً در پاره‌ای قراردادها عدم تناسب عوضین (غبین) مؤثر است، لیکن رویه قضایی تلاش کرده است که از راه اثبات ضرورت وجود ثمن، موارد غبن (غیرقابل قبول) را توسعه دهد، برای مثال در فرضی که مالی در برابر منافع دیگر (ثمن) به مدت عمر فروخته

شده و منافعی که ثمن قرار داده شده کمتر از منافع مبیع است، عقد باطل دانسته شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۵: ۲۱۹ و ۲۲۱). مسئله تضمین یکسان بودن عوضین نیست، بلکه به طور سنتی غبن فقط به عدم تعادل فاحش، مربوط می‌شود (Ribeyrolles, 2005:93). عده‌ای از حقوقدانان دکترین «علت» را بی‌فایده می‌دانند و معتقدند چگونه ممکن است تعهد یک طرف سبب تعهد طرف دیگر باشد؟ این امر به لحاظ منطقی غیرممکن است، زیرا همه تعهدات همزمان از عقد ناشی می‌شوند و ممکن نیست که هر یک از آنها علت دیگری باشد و مسبب و سبب نمی‌توانند همزمان باشند؛ در غیر این صورت دور باطل لازم می‌آید. بر این اساس، این ایده غیرقابل درک و نادرست است (7: 1919; Lorenzen, 1919; 357: Planiol, 1923). در پاسخ گفته شده است که چرا زمانی که یکی از تعهدات هیچ موضوعی ندارد، تعهد دیگری نیز باطل می‌شود؟ اگر تعهدات طرفین به طور جدی اجرا نشود، یا یکی از تعهدات فاقد موضوع باشد، تعهدات دیگر نیز به وجود نمی‌آید. این امر ناشی از وابستگی متقابل تعهدات قراردادی طرفین است. بنابراین اگر یکی از تعهدات متقابل در زمان انعقاد قرارداد وجود نداشته باشد، تعهد دیگر نیز به وجود نمی‌آید، زیرا علت تعهد یکی از طرفین تعهد طرف دیگر است (14: 1956; Henri et Mazeaud). از نظر منطقی نیز این اشکال وارد نیست. از این حیث که وجود علمی تعهد مقابل علت پیدایش وجود واقعی هر تعهد است. در نتیجه این نظریه مستلزم تناقض نیست، زیرا سبب و مسبب از همه جهات وحدت ندارند و شرایط تناقض برقرار نیست.

در حال حاضر «علت» مندرج در ماده ۱۳۷۱ قانون مدنی کبک مانند آنچه در ماده ۱۱۳۱ سابق قانون مدنی فرانسه بود، به قاضی اجازه می‌دهد تا ناسازگاری‌هایی را که گاهی در قرارداد ایجاد می‌شود، محدود کند. از این منظر، علت برای محافظت از قرارداد و الزام به انسجام مادی قرارداد ابزارهای لازم را اعطا می‌کند (37: 2015; Arnaud Berthold). بنابراین همبستگی عوضین قطعاً در ایجاد توازن حقوق و تعهدات طرفین و عدالت معاوضی نقش دارد و درجه‌ای از تناسب بین مزایا و زیان‌های طرفین قرارداد ایجاد می‌کند (8, 11: 1998; Storme).

مبنای دیگر نظریه علت اخلاق است. اگر شخصی با هزینه دیگری ثروتمند شود، یا اگر یکی به نفع دیگری فقیر شود، باید طرف مقابل مورد حمایت قرار گیرد. از این رو دارا شدن یا فقیر شدن مورد توجه قرار می‌گیرد تا تعادل بین عوضین به ناحق بر هم نخورد. وجه سلبی نظریه «علت»، تصاحب غیرموجه یک چیز متعلق به دیگری یا ادعای غیرموجه شخصی علیه دیگری است. در نتیجه، نظریه علت اساس و مبنای اخلاقی دارد (689: 1952; Newman).

۳.۳. مقایسه مبناي ضمان معاوضی و نظریه علت

نظریه علت و ضمان معاوضی از حیث مبنا نسبتاً مشترک‌اند و هر دو دارای مبناي اخلاقی و عقلایی با هدف حفظ و برقراری عدالت معاوضی و توازن بین عوضین هستند؛ یعنی بر اساس هر دو نظریه، هر گاه دو نفر می‌خواهند که رابطه حقوقی خویش را بر اساس دادوستد و بده و بستان تنظیم کنند، وجود عوض‌های متقابل از ارکان آن ماهیت حقوقی است که تنظیم‌کننده چنین رابطه‌ای خواهد بود؛ و اصل وجود عوضین رکن تحقق آن است، اگرچه ارزش اقتصادی آن تا حدودی تابع اراده و توافق طرفین است، تا جایی که با ذات دادوستد ناسازگار نباشد. لکن با وجود این مشابهت، درحالی‌که ضمان معاوضی تنها در عقود معاوضی مطرح است، نظریه علت با تأکید بر اصل وجود علت برای تعهد، با غیرمعاوضی بودن عمل حقوقی هم سازگار است، و چنانکه گفته شد، در عقود غیرمعاوضی و حتی در ایقاعات هم مصداق پیدا می‌کند. به این صورت که علت علاوه بر قراردادهای معوض (Newman, 1952: 686)، شامل قراردادهای با منفعت خالص یا عطایا نیز می‌شود و صرف قصد اعطای یک منفعت رایگان (بلاعوض) برای این امر کافی است (Drake, 1905: 3). افزون بر این مبانی توجیهی نظریه علت بیشتر بر پیدایش تعهد تأکید دارد؛ درحالی‌که بنیادهای ضمان معاوضی برای توجیه چگونگی مراحل بعدی حیات و پایان تعهد یعنی ضمانت اجرای تکلیف ناشی از علت هم کارآمد است. این امر مربوط به قلمرو و آثار این دو و از چارچوب این مقاله خارج است.

۴. ماهیت ضمان معاوضی و نظریه علت

مراد از ماهیت در اینجا اغلب از حیث امری یا تکمیلی بودن و به عبارت دیگر، حق یا حکم بودن آنهاست. اگرچه از نظر ماهیت کاربرد، و ارادی بودن یا نبودن نیز قابل بحث است.

۴.۱. ماهیت ضمان معاوضی

ضمان عوض در حقیقت مسئولیت نسبت به دادن عوض و در شرایطی مسئولیت تحمل خسارت واردشده بر عوض است. در فرض موجود بودن عوض، مسئولیت نسبت به تحویل دادن عین آن و در فرض از بین رفتن نسبت به دادن مثل یا قیمت توافق (المسمی) شده، است. بنابراین ضمان نسبت به عوض حتی در فرض بطلان یا انحلال قرارداد هم دست‌کم طبق برخی دیدگاه‌ها، وجود دارد. به این صورت که اگر قرارداد صحیح باشد، ضمان ارادی است و مسئولیت اثر قرارداد است؛ و برعکس اگر قرارداد باطل باشد، مسئولیت از جنس قراردادی است؛ یعنی بر اساس این دیدگاه، در هر دو صورت صحت و بطلان ضمان ارادی و قراردادی است، زیرا اصل توافق وجود دارد ولی اراده‌ای که سازنده قرارداد معین باشد، وجود ندارد و به

اصطلاح نوعی اقدام (ارادی) به ضمان وجود دارد (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۸۲) و در دو حالت ضمان معاوضی وجود دارد.

به باور برخی ضمان در قراردادهای معوض اعم از صحیح و باطل، کاربردی مجازی دارد و مفاد آن «تعهد نسبت به مال دیگری است» و تلف و جبران خسارت از حقیقت آن خارج و از آثار آن است (حکیم، بی تا: ۱۱۹). از نظر ماهیت در حقیقت ضمان معاوضی حکم شرعی است و حق مالی محسوب نمی شود. در نتیجه قاعده‌ای امری است و برخلاف آن نمی توان توافق کرد و قابل اسقاط نیست (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶: ۲۷۲؛ علامه حلی، بی تا، ج ۱: ۴۷۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۱۷۳). اگرچه ضمان معاوضی ناشی از ماهیت معاوضی بودن رابطه حقوقی طرفین و مبتنی بر توافق و اراده است، ارادی بودن ضمان با امری بودن آن منافاتی ندارد. به این سبب که در مرحله انتخاب اصل نهاد حقوقی معاوضی، ارادی است، اما رژیم حقوقی یعنی ضمان معاوضی موجود در آن نهاد، ماهیت امری دارد و شخص می تواند از ایجاد آن صرف نظر کند، ولی نمی تواند قاعده امری حاکم بر آن را تغییر دهد. پس شرط خلاف آن یا شرط اسقاط آن خلاف مقتضای ذات عقد بوده، و هم فاسد است و هم مفسد عقد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۶۰، ۶۸-۶۹، ۳۲۶-۳۲۷، ۳۵۴: ۳۲۳). ضمان عوض اثر قهری تلف و حکم است نه حق (امامی، ۱۳۶۸: ۴۶۳).

آنچه ضمان معاوضی را از مسئولیت مدنی متمایز می سازد این است که در ضمان معاوضی بحث استرداد عوض نیز مطرح است؛ اعم از اینکه تلف واقع شده یا نشده باشد؛ درحالی که یکی از ارکان مسئولیت مدنی، ورود خسارت بالفعل یا مسلم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۳۴). مسئولیت قراردادی جزای عهدشکنی است و نقض یک تعهد که عملی غیرانشایی است، سبب تحقق آن است. بنابراین برخلاف مسئولیت قراردادی که مختص صورت نقض قرارداد است، ضمان معاوضی به فرض نقض قرارداد اختصاص ندارد، بلکه در فرض وفاداری و اجرای قرارداد نیز صادق است.

از آنجا که الزام، غیرارادی و مستقیماً ناشی از قانون و واقعه حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۹۹) ضمان معاوضی با الزام نیز تفاوت دارد. ضمان معاوضی با تعهد نیز تفاوت دارد، زیرا جوهر و ماهیت تعهد تکلیف است، درحالی که ضمان اصولاً یک وضعیت است و تکلیف اثر آن است. التزام نیز به معنی به گردن گرفتن انجام یا ترک کاری است. سبب التزام، تصرفات اختیاری انسان است که موجب ثبوت حقی علیه او می شود. به عبارت دیگر التزام مفهومی است تابع اراده انشایی اشخاص؛ و عبارت است از وضعیتی قانونی که به موجب آن شخص معینی به نقل حق عینی یا انجام عمل یا خودداری از عملی مرتبط می گردد (السنهوری، ۲۰۰۹، ج ۱: ۱۱۲-۱۱۴). درحالی که ضمان معاوضی، حکمی است که در پی توافق معاوضی محقق می شود. ضمان معاوضی با خسارت استرداد نیز متفاوت است. خسارت استرداد، از این حیث که از لحاظ

ماهوی استرداد ثمن یا مثنی است که بدون دریافت عوض به طرف مقابل پرداخت شده (Edelman, 2002: 66) و مبنای آن دارا شدن ناعادلانه است (Edelman, 2002: 93) با ضمان معاوضی مشابه است؛ لیکن از این حیث که صرفاً در فرض نقض قرارداد محقق می‌شود و در سایر موارد از جمله عدم قابلیت اجرای قرارداد و انفساخ به صورت قهری باید به قواعد حقوق استرداد متوسل شد (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۹: ۱۷۳) با ضمان معاوضی متفاوت است.

۴.۲. ماهیت نظریه علت

مطابق قانون، یک قرارداد باید علتی داشته باشد، این امر بیان یک واقعیت بدون استدلال است. به بیان دیگر، گزارش از حقیقتی است که وجود دارد (Newman, 1952: 688). پس ضرورت علت ناشی از الزام قانونی نیست، بلکه بر منطق واقعیت محض استوار است، این امر سبب می‌شود که ترک علت غیرممکن باشد، زیرا قرارداد بدون آن نمی‌تواند به وجود آید (Newman, 1952: 688). علت به عنوان اصلی‌ترین عنصر برای انعقاد قرارداد، پایه اصلی تحقق معامله در کشورهای حقوق نوشته است (Fatahillah & Hum, 2016: 3). بنابراین علت امری مستقل و جدا از شخصیت طرف قرارداد، برای هر دسته از قراردادها یکسان است و به شرایط تکنیکی و ساختار حقوقی قرارداد مربوط می‌شود (Henri & Mazeaud, 1956: 7,17).

برای روشن شدن بهتر ماهیت علت مقایسه آن با نهادهای مشابه از جمله «عوض» در کامن‌لا، «جهت» و «موضوع» مفید خواهد بود. یکی از اساسی‌ترین اختلافات بین کامن‌لا و حقوق نوشته سؤال از علت و عوض در حقوق قراردادهاست. آنچه علت را از عوض جدا می‌کند این است که برخلاف عوض که تنها به عنوان موضوعی در رابطه با تشکیل قرارداد مطرح است، علت مربوط به الزام‌آور بودن قرارداد نیز است (Storme, 1998: 7-8). به عبارت دیگر، علت یک عنصر ضروری در ساختار محض همه قراردادهاست و از زمان تشکیل قرارداد تا زمان اجرا شدن همراه قرارداد است (Stoyanov, 2016: 15) در مقابل، دکترین عوض صرفاً یک استاندارد برای شکل‌گیری قرارداد است (Markesinis, 1978: 47). همچنین عوض کامن‌لا محدودتر از علت است؛ چون عوض شامل منافی برای متعهد یا ضرری نسبت به متعهدله می‌شود، درحالی‌که علت در واقع دلیل اصلی قرارداد است (Stoyanov, 2016: 15). به عبارت دیگر علت تعهد می‌تواند فراتر از عوض، عملکرد داشته باشد (Ribeyrolles, 2005: 157). با این حال، هر دو تئوری به وجود آمده‌اند تا به عنوان نشانه‌ای از جدی بودن به کار روند (Zweigert & Kots, 1998: 417). همچنین علت و عوض هر دو در ایجاد استقلال اراده به عنوان اصل مبنایی حقوق قراردادها نقش ایفا می‌کنند (Stoyanov, 2016: 16-18).

علت با موضوع قرارداد نیز متفاوت است. موضوع در پاسخ به پرسش از چیستی و چگونگی مطرح می‌شود؛ درحالی‌که علت دلیلی است که در پاسخ به چرایی بیان می‌شود (Henri et Mazeaud, 1956: 6). به عبارت دیگر آنچه به عنوان متعلق یک الزام مطالبه می‌شود، موضوع قرارداد را تشکیل می‌دهد؛ برای مثال در بیع، ساختمان یا هر کالای دیگر، موضوعی است که قرارداد مربوط به آن است (Newman, 1952: 665).

علت با جهت قرارداد نیز متفاوت است. در حقیقت جهت، دلیل است، دلیل (هایی) که هریک از طرفین قرارداد برای انعقاد قرارداد دارند. آنها (کاربری‌ها) و انگیزه‌های مشخصی‌اند که علت روانی را تشکیل می‌دهند. این موضوع با انگیزه طرف دیگر، که هدف شخصی را در قرارداد دنبال می‌کند، ارتباطی ندارد. به عبارت دیگر، جهت قرارداد، علت و تحریک‌کننده قرارداد است که اغلب متعددند (Henri et Mazeaud, 1956: 6,7). از طرف دیگر علت شرط اعتبار قرارداد است، درحالی‌که جهت قرارداد مربوط به شرایط اخلاقی و نظم اجتماعی است (Henri et Mazeaud, 1956: 17,7). از حیث امری یا تکمیلی بودن، تردیدی نیست که ضرورت وجود علت بر بنیاد یک حقیقت تکوینی استوار است و اراده طرفین و حتی قانونگذار در بود و نبود این ضرورت تأثیر ندارد. اشخاص تنها می‌توانند با نخواستن متعلق آن، از آن صرف نظر کنند؛ ولی اگر ماهیت حقوقی را بخواهند، ناچار باید با ایجاد علت، به آن دست یابند. از این رو بدون تردید ماهیت امری دارد. اما از حیث ارادی بودن، به نظر می‌آید ماهیت ارادی دارد و در حوزه اعمال حقوقی و مبنای اراده انشایی خواهد بود.

۴.۳. مقایسه ماهیت ضمان معاوضی و نظریه علت

حقیقت ضمان معاوضی در اصطلاح فقهی «حکم» است نه حق؛ و در اصطلاح حقوقی، جنبه امری دارد و مبتنی بر عدالت توزیعی و نظم عمومی است. از این رو با قرارداد و شرط ساقط نمی‌شود. به نظر می‌رسد نظریه علت نیز ماهیت امری دارد؛ ضرورت وجود علت مبتنی بر منطوق واقعیت و حقیقت محض است، این امر سبب می‌شود که نادیده گرفتن علت غیرممکن باشد. حکم به ضرورت وجود «علت» در یک قرارداد، در حقیقت بیان یک امر واقعی است که با یک تصمیم و اعتبار نمی‌توان آن را از بین برد و تنها می‌توان به آن اذعان کرد و به آثار بود و نبود آن ملتزم شد. از حیث ارادی یا قهری بودن نیز چنانکه گذشت، ضمان معاوضی از جنس ضمان ارادی است و ایجاد علت برای قرارداد نیز با اراده انشایی صورت می‌گیرد. چنانکه توضیح داده شد، این ارادی بودن با امری و حکمی بودن آنها منافات ندارد.

۵. نتیجه

این پژوهش نشان می‌دهد که ضمان معاوضی یک نهاد صرفاً فقهی و مبتنی بر تعبد نیست که از فقه اسلامی وارد حقوق موضوعه ایران شده باشد، بلکه مبانی عقلی آن را تأیید می‌کند و در نظام‌های حقوقی خارجی هم پذیرفته شده است. نظام حقوقی اسلام برای ایجاد و حفظ توازن و عدالت معاوضی در قراردادهای معاوضی نهاد حقوقی ضمان عوض را پیش‌بینی کرده است. مفهوم ضمان معاوضی در حقیقت مسئولیت نسبت به عوض قراردادی است و مفهوم نظریه علت بیان ضرورت و بایستگی وجود علت برای قرارداد از ایجاد تا اجرای آن است. تأکید نظریه علت بیشتر بر روی وجود و هستی عمل حقوقی است، درحالی‌که تأکید ضمان معاوضی بیشتر بر روی ماهیت و چیستی قرارداد معاوضی و ضمانت اجرای تکالیف موجود در آن است. از نظر ماهوی ضمان معاوضی حکم شرعی و قاعده امری است و حق مالی محسوب نمی‌شود. ضمان معاوضی هم در قرارداد معاوضی صحیح و هم در قرارداد باطل وجود دارد. علت نیز مستقل و جدا از شخصیت طرف قرارداد است، و برای هر نوع از قراردادها یکسان است و به ساختار حقوقی آنها مربوط می‌شود. «علت» حقیقتی واقعی و منطقی است، که نادیده گرفتن آن غیرممکن است. هر دو مفهوم دارای مبنای مشابه از جمله عقلایی بودن و برقراری توازن بین عوضین و جلوگیری از ضرر طرفین هستند. لکن قلمرو نظریه علت از یک جهت فراتر از قلمرو ضمان معاوضی است، زیرا شامل قراردادهای غیرمعاوضی و حتی ایقاعات نیز می‌شود. لکن از جهتی دیگر ضمان معاوضی قلمرو گسترده‌تر دارد، زیرا در اصل وجود و چگونگی ایجاد، ضرورت و چگونگی اجرای قرارداد، در فرض تلف عوض، بطلان یا انحلال قرارداد معاوضی، در فرض عدم اجرای قرارداد و پیدایش مسئولیت قراردادی و چگونگی اجرای آثار این مسئولیت و میزان خسارت قابل جبران، حضوری مؤثر دارد.

بیانیه نبود تعارض منافع

نویسندگان اعلام می‌کنند که تعارض منافع وجود ندارد و تمام مسائل اخلاق در پژوهش را شامل پرهیز از دزدی ادبی، انتشار و یا ارسال بیش از یک بار مقاله، تکرار پژوهش دیگران، داده‌سازی یا جعل داده‌ها، منبع‌سازی و جعل منابع، رضایت ناآگاهانه سوژه یا پژوهش‌شونده، سوءرفتار و غیره، به‌طور کامل رعایت کرده‌اند.

منابع

الف) فارسی و عربی

۱. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم (۱۴۰۵ق). *لسان العرب*. قم: نشر ادب الحوزه.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۳. اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ق). *وسيله النجاه*. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۴. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۵ق). *حاشیه المکاسب*. قم: آل‌البيت (ع).
۵. امامی، سید حسن (۱۳۶۸). *حقوق مدنی*. ج ۱، تهران: اسلامیه.
۶. امینی، منصور (۱۳۹۲). *ضمان معاوضی یا انتقال ریسک در حقوق ایران و انگلستان. تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه ش ۱۴، ۱۶۵-۱۹۰*. در: <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1179499> (۱۲ بهمن ۱۴۰۰).
۷. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۰ق). *المکاسب*. قم: مجمع الفکر الاسلامی. ج ۳ و ۵ و ۶.
۸. بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق). *قواعد الفقهیه*. ج اول، قم: الهادی.
۹. بحر العلوم، محمد (۱۴۰۳ق). *بلغه الفقهیه*. ج چهارم، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). *فلسفه عمومی حقوق مدنی بر پایه اصالت عمل تئوری موازنه*. ج اول، تهران: گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). *ضمان عقادی در حقوق مدنی*. ج اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۳. حکیم، سید محسن (بی‌تا). *نهج الفقاهه*. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۴. خدابخشی، حسن و عربیان، اصغر (۱۳۹۱). «ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده تلف مبیع قبل از قبض. مبانی فقه و حقوق اسلامی، ۱۰، ۲۷-۵۲». در: https://jfil.srbiau.ac.ir/article_3003.html (۱۲ دی ۱۴۰۰).
۱۵. رشتی، حبیب‌الله (۱۳۱۱ق). *کتاب الاجاره*. بی‌جا، بی‌نا.
۱۶. سلطانی‌نژاد، هدایت‌الله (۱۳۷۸). *ضمان معاوضی. نامه مفید*، ۱۸، ۷۵-۹۲. در: <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/644/91/text> (۲۰ تیر ۱۴۰۰).
۱۷. السنهوری، عبدالرزاق (۲۰۰۹). *الوسیط فی شرح القانون مدنی الجدید*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۸. سید الخیمینی (۱۴۲۱ق). *کتاب البیع*. ج اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۹. سید خوئی (۱۴۰۹ق). *کتاب الحج*. چاپ الاولى، قم: لطفی.
۲۰. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۴ق). *الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه*. قم: کتابفروشی داوری.
۲۱. شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). *اصول قراردادهای و تعهدات*. ج اول، تهران: عصر حقوق.
۲۲. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). *تشکیل قراردادهای و تعهدات*. ج هشتم، تهران: مجد.
۲۳. الشیخ الطوسی، ابی جعفر محمد (بی‌تا). *النهایه*. قم: انتشارات قدس محمدی.
۲۴. صفائی، سید حسین (۱۳۸۲). *دوره مقدماتی حقوق مدنی*. ج ۲، تهران: میزان.
۲۵. علامه حلی، حسن بن یوسف (بی‌تا). *تذکره الفقهاء (ط.ق)*. بی‌جا: منشورات المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۲۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). *عقود معین*. ج ۱، ج یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). *قواعد عمومی قراردادهای*. ج ۴، ج هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۸. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸). *قواعد فقه مدنی*. ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۹. نائینی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). *منیه الطالب*. ج ۱، چاپ الاولى، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۰. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. ج هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۱. نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۹). *استرداد عوض به‌عنوان شیوه جبران نقض قرارداد در کامن‌لا و حقوق ایران. فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۴(۴)، ۱۶۹-۱۹۷*. در: <https://clr.modares.ac.ir/article-20-47260> (۲۰ تیر ۱۴۰۰).

ب) خارجی

- انگلیسی

32. Drake, Joseph H.(1905). Consideration v. Causa in Roman-American Law. *Michigan Law Review*, 4(1), 19-41. <https://www.jstor.org/stable/> (Accessed 14 July 2021).
33. Edelman, J. (2002). *Gain-Based Damages Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*. Oxford – Portland Oregon.
34. Fatahillah, Sh, M.Hum (2016). Harmonization Of Contract Binding Character Between Causa In Civil Law And Consideration In Common Law On In Developing Legal System

- Of Indonesian Trade Contract. *IOSR Journal Of Humanities And Social Science (IOSR-JHSS)* 21(1), 18-25 <https://repository.unimal.ac.id/> (Accessed 14 July 2021).
35. Lorenzen, Ernest G, (1919). Causa and Consideration In The Law Of Contracts. *The Yale Law Journal*, 28(7), 621-646. <https://doi.org/10.2307/786772>.
36. Markesinis, B., (1978). Cause and Consideration: A Study in Parallel. *the Cambridge Law Journal* 37:58, 53-75 <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/cause-and-consideration-a-study-in-parallel/31A5D709CEFE20F914570028E30F70E1>
37. Newman, H. (1952). The Doctrine of Cause or Consideration in the Civil Law. *Can. B. Rev.*, 30, 662, <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/download/1977/1977> (Accessed 14 July 2021).
38. Peterson, S. (1905). *The Evolution of "Causa" in the Contractual Obligations of the Civil Law*. Vol. 2, Bulletin of the University of Texas.
39. Smith, J. Denson (1951). A Refresher Course in Cause, Louisiana Law . *La. L. Rev.*, 12, 2. <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1900&context=lalrev> (Accessed 14 July 2021).
40. Storme, M. E (1998). *The binding character of contracts - causa and consideration, From: Towards a european Civil Code* (red. A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius). Second revised and expanded edition, Kluwer/Ars aequi, 239-254. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2872845>. (Accessed 19 July 2021).
41. Rowan, S. (2017). The New French Law of Contract, International & Comparative Law. *Quarterly* 9 (LSE Research Online, May 2017), 66(4), 805 – 831, <https://doi.org/10.1017/S0020589317000252>.
42. Stoyanov, D. (2016). Causa And Consideration; A Comparative Overview. *Lex ET Scientia International Journal*, VOL. 1. (LESIJ NO. XXIII), 23(1), 14-33, <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=416355> (Accessed 14 July 2021)
43. Zimmermann, R. (1992). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (Cape Town, Wetton, and Johannesburg: Juta & Co, Ltd
44. Zweigert, K., Kotz, H., (1998). *Introduction to Comparative Law*. 3rd Revised Edition, translated from German by Tony Weir, (Oxford: Clarendon Press.

– فرانسوی

45. Arnaud Berthold, Gabriel. (2015). « Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre ? Essai sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat, Faculté de droit Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures pour l'obtention du grade de maître en droit » (LL. M). <http://hdl.handle.net/1866/12458> (Accessed 13 July 2021).
46. Deshayes, O., Laithier, Y. M., & Genicon, T. (2016). *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 945-1090.
47. Cornu (1996). *Vocabulaire juridique*. Sexism' edition, Paris : association Henri capitant.
48. (Accessed 12 June 2021).
49. Gerard Henry Campbell, (1993). *Black's Law Dictionary*. 6th Ed, United States, west.
50. Henri Leon et Jean Mazeaudtt, (1956). *La Cause En Droit Franc*, AIS, Extrait du Tome II des Legons de Droit Civil, (12^e et 13^e leçons), i paraitre tris.
51. Ribeyrolles, Audrey- Arzac, (2005). Essai sur la notion d'économie du contrat, Université d'Auvergne – Clermont-Ferrand I. Français. NNT: CLF10285. Tel-00662822. <https://theses.hal.science/tel-00662822/> (Accessed 21 June 2021).
52. Rouviere, F. (2009). L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente, RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil. *Dalloz*, 617-638. <https://hal.science/hal-01141907/> (Accessed 17 May 2021).
53. Planiol M. (1923). *Traite' elimentaire de Droit civil*. Paris 6th ed.



Research Paper

“Exchange Liability” in Islamic and Iranian Law and Its Comparison with “The Theory of Cause” in French Law

Azam Heidari Soureshjani 

*PhD Student in Private Law, Faculty of Law, The University of Qom, Qom,
Iran*

Ahmad Deylami 

Associate professor, Faculty of Law, The University of Qom, Qom, Iran

Seyed Mahdi Dadmarzi 

Associate professor, Faculty of Law, The University of Qom, Qom, Iran

Abstract

One of the most important issues in synallagmatic contracts is the liability in contractual consideration. All legal systems have faced this problem and have proposed rules to solve it. In Islamic law, this is referred to as “Exchange Liability”. But in French Law, it is known as the “theory of cause”, which is the most important concept in contract law. The purpose of this study is a comparative study of the concept, basis, and nature of “Exchange Liability” and “theory of cause”. This will be done in a descriptive, comparative, and analytical method. According to the findings of this study, Exchange Liability is a kind of “voluntary liability” whether it is the result of a valid or invalid contract. And the theory of cause has a similar role in civil law. Despite the similarities between these two theories, there are also differences, especially in terms of territory.

One of the uses of liability in contractual relations is the “exchange liability”. The delivery of the exchange in exchange contracts is not achieved once the contract is concluded, but it is a mutual obligation that each of the parties undertakes to fulfill by concluding the contract. Even though there are many branches and examples of the exchange liability in Iranian law and the exchange liability has been recognized in a broad sense; however, in Iran's legal sources, this type of liability is referred to as "compensatory liability"; in connection with the discussion of Article 387 C.C. In jurisprudential sources, it is described as "exchange liability". Although there are various theories in the legal systems such as "Cause", "Consideration" and "exchange liability" to create and adjust the balance between the exchange parties in a reciprocal contract, they all have a common goal and to some extent a meaning.

Liability for the contractual exchange is mentioned in all reciprocal contracts and exists in the stage of the execution of the contract even in the assumption of loss of exchange and cancellation or liquidation of the contract. with the implementation of its effects, it means delivering exchange or its substitute, will be expired. Lawyers in the Roman-Germanic system have proposed the "theory of cause" to determine a standard as a basic element in the validity of contracts and as proof of the seriousness and commitment of the parties to their obligations. The main question of this study is: what is the relationship between “exchange liability” in Islamic and Iranian law and the "theory of cause" in the Germanic Roman system?

This research shows that to create and maintain balance and justice in reciprocal contracts, the Islamic law has provided “exchange liability”. The concept of “exchange liability” is the responsibility for the contractual exchange, and the concept of the “theory of cause” is to express the necessity of the existence of a cause for the contract from its creation to its execution. The emphasis of the “theory of cause” is more on the existence of the legal act, while the emphasis of the “exchange liability” is more on the nature of the reciprocal contract and the guarantee of the performance of the tasks contained in it. From the point of view of the content of the “exchange liability”, it is a mandatory rule, and it is not considered a financial right. The “cause” is also independent and separate from the character of the contracting party, and it is the same for every type of contract and is related to its legal structure. "Cause" is a real and logical truth, which is impossible to ignore. Both concepts have a similar basis, including being rational and establishing a balance between the parties, and preventing the loss of the parties. However, the domain of the “cause theory” is beyond the domain of “exchange liability”, because it includes non-reciprocal contracts and even events. But from another point of view, the “exchange liability” has a wider scope. Because in principle, the existence and manner of creation, the

necessity, and manner of execution of the contract, in the assumption of loss of exchange, annulment or liquidation of the reciprocal contract, in the assumption of non-execution of the contract and the emergence of contractual liability, and the manner of implementation of the effects of this liability and the number of compensable damages, have an effective presence.

Keywords: Exchange Liability, Object of the Sale, Price, Voluntary liability, Theory of cause.

Declaration of conflicting interests

The authors declared no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding

The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.