

ماهیت و آثار معاملات افسست در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه

ربیعا اسکینی* تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۸/۱۶

رضا آقاموسی طهرانی** تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۱۱/۲

چکیده

امروزه رواج و اهمیت معاملات متقابل به ویژه قرارداد افسست در سطح بین‌الملل و در عین حال عدم آشنایی کافی از این‌گونه معاملات در حقوق ایران، موجب شده است تا اشخاص حقیقی و حقوقی، از سطح وسیعی از تعاملات و مبادلات متداول در سطح تجارت بین‌الملل محروم بمانند. در این پژوهش با مطالعه بر مفهوم و انواع قرارداد افسست، به بررسی ماهیت و آثار آن از منظر حقوق ایران و فقه امامیه پرداخته شده است. بر اساس این‌گونه از معاملات، خریدار محصولی را تهیه می‌کند و در مقابل فروشنده نیز تعهد می‌کند قطعات به کار رفته در آن محصول را از کشور خریدار تهیه نماید و یا به طور کلی معادل ارزش قرارداد فروش، از خریدار کالا خریداری نماید. در نتیجه بر اساس نحوه ارتباط تعهدات فروشنده نسبت به قرارداد اصلی، معاملات افسست به دو گروه، مستقیم و غیرمستقیم تقسیم می‌شوند.

نوآوری این پژوهش را می‌توان در قالب‌ریزی و یافتن ماهیت و آثار برای یکی از پیچیده‌ترین معاملات در حوزه تجارت متقابل و هم خانواده با بیع متقابل؛ بر اساس مفاهیم، قواعد و اصول حقوقی ایران و فقه امامیه دانست. در حقوق ایران و فقه امامیه چندین دیدگاه برای تعیین ماهیت خاص معاملات افسست قابل طرح می‌باشد. اجاره اشخاص، عقود مختلط، قرارداد خصوصی، بیع عهدی و بیع مبیع کلی فی الذمه چارچوب‌هایی هستند که در این زمینه قابل بررسی خواهند بود. در خصوص آثار این‌گونه از معاملات بحث تعلیق در تملیک مبیع، قبض ثمن حین العقد، ضمانت اجرای تخلف از اجراء تعهدات و فروش پیش از موعد قابل طرح می‌باشد که به منظور رعایت اجمال به برخی از این موارد در این مقاله اشاره گردیده و البته توضیحات کامل آن، در پایان نامه‌ای با همین عنوان مورد مطالعه قرار گرفته است.

واژگان کلیدی

معاملات جبرانی، معاملات افسست، تجارت متقابل، بیع کلی فی الذمه، بیع سلف، بیع صناعات.

* استاد پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای.

** دانشجوی دکتری مدیریت قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز (نویسنده مسئول). tehrani83@gmail.com

مقدمه

حسب ظاهر این پژوهش می‌بایست در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل گنجانده شود، چرا که از روابط بین‌المللی تجار سخن می‌گوید (اسکینی، ۱۳۸۹، ص ۲) لکن به جهت آنکه بحث از ماهیت و به تبع آن، آثار حقوقی این قراردادها بر اساس موازین حقوق مدنی و فقه امامیه مورد تبیین و بررسی قرار گرفته است، لذا از سوی دیگر می‌توان این پژوهش را در قلمرو حقوق مدنی نیز قلمداد کرد.

در خصوص علت انتخاب موضوع باید ابراز داشت، متداول بودن این نوع از شیوه‌های معاملاتی در عرصه تجارت بین‌الملل از یک‌سو، و عدم آشنایی کافی به مکانیزم‌های این‌گونه قراردادها در میان تجار داخلی و همچنین پیچیدگی‌های حقوقی که در عمده این مبادلات وجود دارد، سبب شد تا بررسی ماهوی قرارداد افسست و بالتبع آثار آن‌ها که بیشتر معاملات نظامی و صنعت هواپیمایی بر طبق آن منعقد می‌شوند، بر اساس حقوق ایران و فقه امامیه مورد توجه قرار بگیرد.

مباحثی که در این مطالعه مورد نظر قرار گرفته را می‌توان در سه سؤال کلی خلاصه نمود. اول اینکه معاملات افسست به چه نوع معاملاتی اطلاق می‌شوند؟ دوم اینکه ماهیت این قراردادها با کدامیک از معیارهای حقوق ایران و فقه امامیه قابل انطباق است؟ و آخر آن که با توجه به ماهیتی که برای این‌گونه معاملات تبیین می‌شود، چه آثار حقوقی‌ای به دنبال خواهند داشت؟

معامله افسست از جمله معاملات جبرانی محسوب می‌شود که از دو نوع مستقیم و غیرمستقیم تشکیل شده است. این قراردادها از سه نوع توافق به ظاهر جداگانه میان طرفین به وجود می‌آید که شامل دو عقد بیع و یک توافق جداگانه و حسب ظاهر مصداق قرارداد خصوصی که وظیفه مرتبط کردن این دو عقد بیع به یکدیگر را دارد، خواهد بود. در این معاملات پرداخت‌ها به صورت نقدی انجام می‌شود، ولی مبیع در آینده تحویل خریدار داده خواهد شد. چنانچه کالاهای خریداری شده برای ساخت کالای دیگر مورد نیاز باشد؛ این قرارداد، معامله افسست مستقیم خواهد بود و چنانچه میان کالاهای خریداری شده توسط طرفین، هیچ‌گونه ارتباطی نباشد، این قرارداد معامله افسست غیرمستقیم محسوب می‌شود. آثار

این گونه از معاملات نیز مشابه آثار عقد بیع بوده خصوصاً در معامله افسست که شباهت زیادی با بیع مبیع کلی فی الذمه در فقه امامیه دارد.

عمده مطالعاتی که در این زمینه پیش از این وجود داشته بیشتر به شناخت موضوع توجه داشته و رویکرد ترجمه‌ای را دنبال می‌کرده است. لذا مباحث ماهوی منطبق با موازین حقوقی کمتر مورد بررسی قرار گرفته و شاید به جز دو یا سه پایان‌نامه در خصوص بیع متقابل که یکی از انواع قراردادهای حوزه معاملات جبرانی را تشکیل می‌دهد، می‌توان ابراز داشت هیچ مطالعه‌ای با رویکرد حقوقی و فقهی به نحو خاص در قرارداد افسست در حقوق ایران سابقه نداشته است. لذا همین امر را می‌توان به عنوان مهم‌ترین نوآوری و دستاورد این پژوهش به حساب آورد.

چنانچه معیار تحقیقات کاربردی را مورد استفاده واقع شدن آن‌ها به صورت بلاواسطه بدانیم و چنانچه معیار تحقیقات تحلیلی را نیز تحلیل پدیده‌های حقوقی به نحو کلی بدانیم، می‌توان این پژوهش را یک مطالعه کاربردی - تحلیلی قلمداد نمود. زیرا از یک سو نتیجه این پژوهش می‌تواند مستقیماً در قراردادهای خصوصی تجار مورد استفاده و بهره‌برداری قرار بگیرد و از سوی دیگر عمده مباحثی که در این تحقیق مورد توجه قرار گرفته است، تحلیل قراردادهایی است که پیش از این در حوزه تجارت بین‌الملل مورد استفاده بوده اما تا به حال بر اساس موازین حقوقی و فقهی تبیین نشده بودند.

روش گردآوری اطلاعات بر اساس مراجعه به منابع مکتوب کتابخانه‌ای، اینترنتی و نرم‌افزاری می‌باشد.

در خصوص مشکلات در سر راه این تحقیق باید ابراز داشت، کمبود منابع فارسی در این زمینه و لزوم مراجعه به متون اصلی و ترجمه آن‌ها و همچنین محدود بودن و غالباً محرمانه بودن اطلاعات مرتبط با این قبیل معاملات و به ویژه معامله افسست که عمدتاً قراردادهای نظامی و هوایی بر این قالب منعقد می‌شوند، مشکلی بود که این پژوهش در ابتدا با آن مواجه بود.

ضمناً پیچیدگی و گستردگی محتوای معاملات متقابل از یک سو و در عین حال فقدان سابقه مطالعاتی در خصوص ماهیت و آثار این قبیل معاملات و به ویژه در معامله افسست و لزوم مراجعه به منابع اولیه حقوقی و فقهی جهت ارائه تحلیل، بر دشواری آن بیش از پیش افزود. و اما دیگر دشواری که این پژوهش با آن مواجه بود، بحث‌برانگیز

بودن عمده مباحث حقوقی بود که در تحلیل معاملات متقابل به ویژه قرارداد افسست به کار می آمدند.

این تحقیق از سه بخش تشکیل شده است. بخش اول مفهوم معامله افسست و انواع آن را مورد توجه قرار داده است. در بخش دوم به ماهیت خاص معامله افسست در حقوق ایران و فقه امامیه پرداخته شده است. و در بخش سوم آثار خاص این گونه از معاملات مورد مطالعه قرار گرفته است.

۱. مفهوم قرارداد افسست و انواع آن

افسست^۱ در لغت به معنای جبران کردن، متوازن کردن، هم سنگ کردن و هم وزن کردن آمده است که به اتفاق با مفهوم معاملات جبرانی که عنوان کلی این گونه از قراردادها می باشد، کاملاً تناسب و همخوانی دارد. البته در اصطلاح نسبت به ارائه تعریفی از معامله افسست، نظرات متعددی ابراز شده است.

برخی در قالب مثال این چنین تعریف نموده اند که: یک کشوری که می خواهد به ارزش یکصد میلیون دلار تجهیزات نظامی از کشور دیگر وارد کند، به همان فروشنده به ارزش یکصد میلیون دلار کالاها و قطعات اولیه نظامی می فروشد. و یا آنکه کشور واردکننده ممکن است بر کشور صادرکننده یا شرکتی که طرف معامله خود است، چنین شرط کند که صادرکننده طبق قرارداد، متعهد شود که بخشی از عوائد حاصل از یکصد میلیون دلار خود را در صنایع نظامی کشور وارد کننده سرمایه گذاری کند و اقدام به تولید مشترک نمایند و یا در هر زمینه ای دیگر که تمایل دارد و امکان آن وجود دارد سرمایه گذاری کند. این برگشت نقدینگی و جبران سرمایه، می تواند معادل ارزش تمام معامله اولیه باشد و یا معادل بخشی از ارزش آن باشد. اگر این برگشت سرمایه مربوط به قسمتی از معامله خرید تجهیزات نظامی باشد و مرتبط با قرارداد اصلی باشد، به این ترتیب معاملاتی، افسست گفته می شود (Brauer and Dunne, 2004, p. 2).

در جای دیگر آمده است، قراردادهای افسست به قراردادهایی اطلاق می شود که بر طبق آن دولتی، پروژه ها و یا اقلام گران قیمت و کاملاً تخصصی مثل تجهیزات پیشرفته نظامی را از یک کشور صنعتی خریداری می کند، مشروط به اینکه صادرکننده یک یا چند مورد از تعهدات زیر را تقبل نماید:

- با صنایع داخلی کشور خریدار، همکاری نموده تا بعضی از قطعات یا بخش‌هایی از پروژه در داخل کشور تولید شود.
- از پیمانکاران داخلی کشور خریدار، در ساخت پروژه استفاده کند.
- کارکنان داخلی کشور خریدار را استخدام کند یا به آن‌ها آموزش دهد.
- تکنولوژی و مهارت لازم را به کشور خریدار منتقل نماید.
- در زمینه پروژه و یا در یک بخش اقتصادی دیگر در کشور خریدار سرمایه‌گذاری کند.
- بخشی از تولیدات پروژه را از کشور خریدار وارد کند.
- به کشور خریدار در فعالیت‌های اقتصادی مرتبط با پروژه خریداری شده یا فعالیت‌های اقتصادی دیگر، کمک فنی، مالی یا مدیریتی نماید (شیروی، ۱۳۸۳، ص ۲۲).

برخی نیز تصریح داشته‌اند قراردادهای افسست عموماً در صنایع نظامی و هوایی کاربرد داشته و با موضوع تولید داخلی، تولید مشترک و انتقال تکنولوژی همراه هستند و مستلزم دوره نسبتاً طولانی مدت قراردادی در حدود پنج سال می‌باشند. در این قرارداد یک طرف تأمین‌کننده اصلی بوده و بر اساس این شیوه معاملاتی موجبات تأمین اعتبار و تسهیل امر درآمد کشور خریدار و یا حفظ ارزش خارجی آن کشور را فراهم می‌سازد. این مهم از طریق خرید متقابل انجام می‌شود و موجب توسعه صنعتی کشور خریدار می‌گردد. بر این اساس تأمین‌کننده اصلی کالا یک قرارداد فروش تجهیزات را منعقد کرده که ضمن آن مجوز تولید مشترک و یا امکان مذاکره نسبت به آن را نیز صادر می‌نماید. تولید مشترک خود مستلزم تنظیم قرارداد مستقل بوده و طرفین ضمن آن مبادرت به تأسیس شرکت مشترک می‌نمایند. در این قراردادها ممکن است تأمین‌کننده اصلی تجهیزات نسبت به خرید محصولات و خدمات حاصل از تجهیزات اقدام نماید (Ernest e smith and others, 2010, p. 935).

از مجموع تعاریف صاحب‌نظران، می‌توان این چنین ابراز داشت که معامله افسست یکی از مهمترین نوع از معاملات جبرانی (Offset-real Benefit or unnecessary hindrance? Kpww. 34741; Behera, 2009, vol. 3 No. 1).

- از گروه بزرگ معاملات متقابل است که بر اساس آن خریدار، کالایی را تهیه می‌کند؛ و در مقابل فروشنده نیز تعهد می‌کند، یکی از اقدامات زیر را برای خریدار به انجام برساند:
- قطعات ساخت کالای سفارش داده شده را از کشور خریدار تهیه کند.

- در صورتی که کشور خریدار توانایی ساخت قطعات چنین کالایی را ندارد، ابتدا اقدام به انتقال تکنولوژی ساخت قطعات نموده و پس از تولید قطعات، آن‌ها را تهیه کند.
 - عملیات ساخت کالا را در داخل کشور خریدار انجام دهد. که این امر موجب انتقال تکنولوژی ساخت کالا به خریدار نیز خواهد شد.
 - کالاهایی را که هیچ‌گونه ارتباطی با محصول فروخته شده ندارد را از کشور خریدار تهیه کند؛ تا از این طریق به نوعی بازگشت سرمایه و جبران نقدینگی از دست رفته در نهایت حاصل شود (Defense Trade, 1998).
- در نتیجه بر اساس نوع تعهدات متقابلی که فروشنده می‌پذیرد، قراردادهای افست به دو گروه عمده، تحت عنوان قراردادهای «افست مستقیم» و قراردادهای «افست غیرمستقیم» تقسیم می‌شوند.
- برخی در مقام تعریف آورده‌اند: هرگاه فروشنده برای انجام تعهدات ناشی از قرارداد افست، مجبور باشد، قطعات مورد نیاز خود را از شرکتی که در داخل کشور خریدار وجود دارد، تهیه کند، چنین معامله‌ای افست مستقیم خواهد بود و در غیر این صورت قرارداد افست، غیرمستقیم محسوب می‌شود. به عبارت دیگر در قرارداد فروش از نوع افست غیرمستقیم، تهیه کالاها و خدمات توسط پیمانکار اصلی با سیستم و برنامه‌های نظامی (که معمولاً معاملات افست به این منظور تنظیم می‌شوند) کاملاً بی‌ارتباط است (Defense Trade, 1998).
- عده‌ای دیگر نیز در تعریفی مشابه آورده‌اند: در معاملات افست مستقیم، صادرکننده تجهیزات یا تکنولوژی متعهد می‌شود، قطعاتی را که در ساخت این تجهیزات به کار می‌رود، از کشور واردکننده خریداری نماید. این قطعات ممکن است با همکاری فنی صادرکننده یا به طور مستقل در کشور واردکننده ساخته شود. به این ترتیب در این روش، فعالیت تعهد شده به محصولات فروخته شده ارتباط دارد. اما در معاملات افست غیرمستقیم، صادرکننده تجهیزات، هرگونه محصولاتی را که در کشور واردکننده برای صادرات اختصاص یافته است، خریداری می‌کند، یا موجبات خرید آن را فراهم می‌آورد، در این روش فعالیت تعهد شده به محصولات فروخته شده هیچ‌گونه ارتباطی ندارد (اصغرزاده، ۱۳۷۴، ص ۱۸).

با عنایت به تعاریف مذکور می‌توان این چنین ابراز داشت که هرگاه تعهد فروشنده کالای اصلی، به خرید قطعات ساخت همان کالا، از کشور خریدار باشد (اعم از آنکه در ابتدا این خرید صورت بگیرد و یا اینکه بعد از انتقال تکنولوژی ساخت قطعه، عملیات خرید صورت بگیرد و یا اینکه علاوه بر خرید قطعات، عملیات ساخت کالای اصلی نیز در کشور خریدار صورت بگیرد) معامله افست، مستقیم خواهد بود. و هرگاه تعهد فروشنده کالای اصلی، هیچ‌گونه ارتباطی با محصول فروخته شده نداشته باشد (اعم از آنکه تعهد او خرید کالاهای غیرمرتبط باشد و یا اینکه تعهد او سرمایه‌گذاری در سایر صنایع کشور خریدار باشد) معامله افست، غیرمستقیم محسوب می‌شود.

۲. ماهیت معامله افست

در معامله افست خریدار، کالایی را نقداً خریداری می‌کند که هنوز تولید نشده و وجود خارجی ندارد. فروشنده نیز متقابلاً متعهد می‌شد که اولاً این کالا را در زمان معینی تحویل بدهد و ثانیاً در ساخت آن از قطعات تولید شده توسط خریدار استفاده نماید و آن‌ها را در تولید محصول نهایی خود به کار بگیرد.

البته در معامله افست غیرمستقیم نیز چنانچه کالای خریداری شده وجود خارجی نداشته باشد وضعیت به همین ترتیب است اما با این تفاوت که تولیدکننده به انتخاب و اختیار خود قطعات تولید محصول نهایی را در عملیات ساخت محصول به کار می‌گیرد.

۲-۱. ماهیت معامله افست در حقوق ایران

با توجه به تعریف فوق، در حقوق ایران چندین دیدگاه برای تعیین ماهیت خاص معاملات افست قابل طرح می‌باشد.

الف. نظریه اجاره اشخاص

برخی معتقدند، «در مقاطعه کاری (اجاره اشخاص) سازنده کالا چنانکه به او سفارش داده‌اند و صاحبکار میل دارد عمل می‌کند و ابتکار از خود ندارد» (به نقل از کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۵). بنابراین چون در معامله افست مستقیم، سازنده کالا به سفارش و تمایل صاحبکار اقدام می‌کند و قطعاتی را که او تمایل دارد در ساخت محصول به کار می‌بندد، لذا به نحوی ابتکار عمل از سازنده محصول سلب شده و اقدامات او بر

اساس سفارش صاحبکار می‌باشد، در نتیجه معامله افست مستقیم تابع عقد اجاره می‌باشد. اما می‌توان معامله افست غیرمستقیم را تابع قرارداد بیع دانست زیرا صنعتگر به ابتکار خود کالای موضوع توافق را می‌سازد و طرح انجام کار را می‌ریزد و لذا صرفاً مأمور اجراء نمی‌باشد. البته حقوقدانان در نقد این دیدگاه ابراز داشته‌اند، «این ضابطه روانی در جایی که طرح ساختن کالا به طور مشترک تهیه می‌شود و طرفین درباره آن تبادل نظر و گفتگو می‌کنند بکار نمی‌آید و همین نقض سبب شده است که چندان مورد توجه قرار نگیرد» (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۵).

مضافاً اینکه در معامله افست مستقیم اگر بخواهیم آن را تابع عقد اجاره بدانیم، مستلزم این است که عقد بیعی برای فروش و انتقال ملکیت محصول نهایی با سفارش دهنده کالا منعقد شود. زیرا وی فقط اجرت ساخت را پرداخت کرده است و قطعات محصول ملک اجیر می‌باشد؛ در حالی که متعاملین هیچ‌گاه چنین قرارداد چهارمی را منعقد نمی‌کنند و به مجرد رسیدن موعد تسلیم، محصول نهایی، تحویل خریدار آن می‌شود. بر اساس همین ایراد می‌توان نظریه جعاله دانستن این گونه از قراردادها را نیز مورد اشکال و انتقاد قرار داد. زیرا قرارداد جعاله در ماهیت شباهت زیادی با عقد اجاره دارد.

ب. نظریه عقود مختلط

بر طبق این نظر، «جایی که صنعتگر یا مقاطعه کار مصالح کار را نیز فراهم می‌آورد، در واقع دو عقد گوناگون در یک عمل اقتصادی جمع شده است. انتقال مصالح به صاحبکار طبیعتی جز فروش آن‌ها ندارد و توافق درباره کاری که صنعتگر تعهد انجام آن را می‌کند تابع اجاره اعمال و مقاطعه کاری است. بدین ترتیب در فرض مورد گفتگو، صنعتگر مصالح را ابتدا به صاحبکار می‌فروشد، سپس به تعهد خود درباره انجام کار بر روی آن وفا می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۵).

به عبارت دیگر در معامله افست (اعم از مستقیم و غیرمستقیم) سازنده محصول نهایی قیمتی را که تعیین می‌کند در واقع از جمع فروش قطعات مصرفی در ساخت محصول و هزینه و اجرت ساخت و مونتاژ آن‌ها می‌باشد. لذا به ظاهر، عقد واحدی منعقد می‌شود اما در عمل دو عقد بیع و اجاره موجب به وجود آمدن این توافق شده است. در خصوص این دیدگاه باید ابراز داشت، چنانچه صنعتگر بر این اساس

قیمت گذاری می کند و خریدار نیز به این معیار قیمت گذاری آگاهی دارد، اقتضاء العقود تابعه للقصد و توافق طرفین این است که چنین نوع از معاملات را ترکیبی از عقد بیع و اجاره بدانیم. اما چنانچه معیار قیمت گذاری کالا در نظر صنعتگر بر این ضابطه نباشد و یا اگر هم باشد، خریدار از آن مطلع نباشد، نمی توان معامله منعقد شده را به غیر از عقد بیع واحد دانست. زیرا ظاهر توافق متعاملین این است که صنعتگر در قبال تعیین قیمت واحد، کالایی را به خریدار می فروشد و خریدار نیز با پرداخت وجه آن صرفاً منتظر تسلیم کالای خود در زمان مقرر می شود. صرف نظر از آنکه به این واسطه فروشنده را نیز اجیر خود کرده باشد یا نکرده باشد. آنچه از ظاهر معاملات افست که در حوزه معاملات جبرانی منعقد می شود بدست می آید همین فرض اخیر بوده زیرا هیچ گاه بحثی از اجاره یا تملیک منافع اشخاص و یا ابراز ضابطه تعیین قیمت کالا بر اساس مجموع فروش قطعات و اجرت ساخت میان متعاملین به میان نیامده است.

ج. نظریه قرارداد خصوصی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی

برخی معتقدند «در حقوق ایران به وسیله ماده ۱۰ قانون مدنی اصل آزادی قراردادها پذیرفته شده است. بدین معنی که جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده باشد، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمان های ایشان است و آزادی اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۴۴). بنابراین متعاملین در ایجاد عقد، شروط و اوصاف و نوع تعهد آزاد هستند و مجرد تراضی آنان برای ایجاد التزام کافی است، بدون اینکه به شکل خاصی از عقد و یا نحوه بیان اراده انشائی یا استفاده از الفاظ خاصی مقید باشند. لذا معاملات افست را به واسطه پیچیدگی و تنوع شروط در آنها، می توان به سادگی از مصادیق بارز اصل آزادی اراده و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی بدانیم. بر این اساس، «شرایط و آثار آن بر طبق قواعد عمومی تعیین می شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۳۰).

در خصوص آثار چنین تحلیلی باید ابراز داشت اگر بحث از ماهیت معامله ای همچون قرارداد افست در دادگاه مطرح می شد و در آنجا صرفاً به دنبال مشروعیت و اعتبار چنین معامله ای می بودیم، طبیعتاً یکی از راه های اثبات این مشروعیت نزد محکمه، همین است که ماهیت معامله افست را قرارداد خصوصی تحلیل کرده و آنرا

مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی بدانیم، تا به این واسطه با استناد به ماده ۲۱۹ قانون مدنی نیز لازم‌الاتباع بودن مفاد آن را اثبات نماییم. اما این تحلیل بیش از این نمی‌تواند در رفع اختلاف‌های احتمالی میان متعاملین راهگشا باشد. زیرا قواعد عمومی که به عنوان ضابطه تعیین شرایط و آثار چنین معاملاتی شناخته شده، اولاً محدود به موارد خاصی است: یک. شرایط اساسی صحت معامله (مواد ۱۹۰ الی ۲۱۸ قانون مدنی)؛ دو. اثر معاملات (مواد ۲۱۹ الی ۲۳۱ قانون مدنی)؛ سه. شرایط صحت شروط ضمن عقد، اقسام و احکام آن (مواد ۲۳۲ الی ۲۴۶ قانون مدنی)؛ چهار. معامله به مال غیر (مواد ۲۴۷ الی ۲۶۳ قانون مدنی)؛ و پنج. سقوط تعهدات (مواد ۲۶۴ الی ۳۰۰ قانون مدنی). ثانیاً. اقتضاء قواعد عمومی اجمال، ابهام و کلی بودن است که همین امر سبب می‌شود میان صاحب نظران در تعیین شرایط و آثار معامله افسست اختلاف نظر پیش آمده و نسبت به موارد متعددی نیز که خارج از قواعد عمومی است با نقص و عدم توانایی در تعیین حقوق و وظایف طرفین قرارداد مواجه بشویم. از آن جمله می‌توان به ابهام در زمان تحقق مالکیت کالا، ماهیت تعهدات تولیدکننده، ضمانت اجرای عدم تسلیم، ماهیت وجه پرداختی توسط سفارش دهنده و غیره اشاره نمود. و اگر برای رفع این ابهامات بخواهیم قراردادهای خصوصی را تابع شرایط هر یک از عقود معین بدانیم، دیگر قرارداد خصوصی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی نمی‌تواند به عنوان یک عقد مستقل و در کنار عقود معین نقش‌آفرینی کند و در واقع ماهیت همان عقد معین را به خود خواهد گرفت. زیرا «لازمه مستقل دانستن چنین قراردادهایی همین است که آن را تابع شرایط هیچ عقد خاصی ندانیم» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۲۹۸). که البته همین امر موجب بروز اجمال، ابهام و نواقصی نیز خواهد شد.

د. نظریه بیع عهدی (بیع مبیع کلی فی الذمه)

عقد عهدی عبارت از عقدی است که ایجاد حق دینی و تعهد برای یک طرف در مقابل طرف دیگر یا برای هر یک از طرفین در مقابل طرف دیگر می‌نماید؛ مثلاً هر گاه کسی به بیع سلم یک صد تن گندم به دیگری بفروشد که پس از رسیدن محصول بپردازد، در اثر عقد، بایع مدیون یک صد تن گندم به مشتری شده و متعهد است که آن را به مشتری در موعد مقرر بدهد. همچنین است هرگاه مقاطعه‌کاری تعهد به انجام

عمل ساختمانی در مقابل صد هزار ریال بنماید که صاحب کار آن را در اقساط معینه به او بپردازد. عقد عهدی و تعهد که در فرانسه Obligation می‌نامند، در حقوق رومی و حقوق اروپایی فصل مهمی را تشکیل می‌دهد و مورد تحقیقات علمی بسیاری قرار گرفته است (امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۸۲).

برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند، «هدف اصلی در بیشتر این پیمان‌ها انتقال نتیجه کار است و به همین جهت عرف نیز آن‌ها را بیع می‌شناسد. چنانکه اگر مؤسسه‌ای ساختن چند اتومبیل یا کشتی و هواپیما را به کارخانه‌ای سفارش دهد، هیچ‌کس در بیع بودن عقد تردید نمی‌کند؛ جز اینکه عقد در چنین موردی عهدی است و مبیع در آینده باید تهیه شود» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۷). در فقه اهل سنت از این نوع بیع به «بیع استصناع» نیز تعبیر شده است (عبیدالله، ۱۳۸۷، ص ۱۴۳).

برخی از اساتید حقوق نیز در مقام بیان صحت این عقود ابراز داشته‌اند چون در استصناع کالا به نحو کلی است لذا در بیع دانستن این گونه از معاملات تردیدی نیست زیرا کالا غیر موجود و صادق بر افراد متعدد می‌باشد. لذا شبیه بیع سلم در فقه است (صفایی، ۱۳۸۹، صص ۲۵ و ۵۰).

در نتیجه آنچه به نظر می‌رسد، قرارداد افسست بر اساس حقوق ایران یکی از مصادیق بیع عهدی به حساب آمده و حتی در معامله افسست مستقیم نیز نباید تصور داشت که چون قطعات تولید محصول توسط خریدار ساخته شده است پس تولیدکننده محصول نهایی صرفاً اجیر به حساب می‌آید و توافقات تابع عقد اجاره است. زیرا وی قطعات مورد نظر را خریداری می‌کند و سپس در انتها محصول خود را با در نظر گرفتن هزینه‌ها و سود برای فروش به خریدار اصلی ارائه می‌کند.

لذا در بیع بودن چنین قراردادی تردید وجود ندارد. با وجود این اگر «ارزش کاری که در اشیاء ب کار می‌رود به اندازه‌ای زیاده‌تر از مصالح به کار رفته باشد، که بتوان موضوع اصلی توافق را بهره‌برداری از کار و هنر طرف قرارداد دانست، باید رابطه حقوقی را تابع عقد اجاره دانست» (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۸).

البته این فرض در معاملات افسست که معمولاً برای ساخت تجهیزات با ارزش و پیچیده‌ای چون هواپیماها و تسلیحات نظامی منعقد می‌شود متغی است. برخی از حقوقدانان نیز در قالب مثال به عهدی بودن این گونه از بیع اشاره داشته و ابراز می‌دارند، «کسی که قرارداد فروش هزار دستگاه اتومبیل را می‌بندد لازم نیست که هر هزار اتومبیل

را در هنگام انعقاد عقد داشته باشد (در اینجا) عقد بیع جنبه عهدی دارد نه جنبه تملیکی» (درودیان، بی تا، ص ۱۵۴). لازم به توضیح است این نظر با تحلیلی که بر اساس فقه امامیه در خصوص این نوع قراردادی ارائه می گردد هماهنگی بیشتری نیز دارد.

۲-۲. ماهیت معامله افسست در فقه امامیه

الف. بیع مبیع کلی فی الذمه (بیع استصناع)

در فقه امامیه ماهیت معامله افسست (اعم از مستقیم یا غیرمستقیم) را می توان مصداق بیع مضمون که تعبیر فقهاء متقدم می باشد و یا همان بیع سلف (سلم) که متأخرین از ایشان ابراز داشته اند، دانست. زیرا در این نوع از بیع نیز مبیع حین العقد وجود خارجی نداشته و آنچه در ابتدا بوجود می آید اشتغال ذمه بائع است به تسلیم مبیع. به عبارت دیگر بائع ضامن تهیه مبیع می شود.

همچنین تسلیم مبیع در این نوع از معامله، در زمان معینی پس از انعقاد عقد می باشد و در نهایت اینکه ثمن معامله نیز به صورت نقد و در مجلس عقد به بائع تسلیم می شود. که این خصوصیات کاملاً منطبق با آنچه در معاملات افسست نیز رخ می دهد، می باشد. در خصوص صحت و اعتبار چنین نوع از معاملات، روایات متعددی از ائمه معصومین (ع) در کتب شیعه نقل شده است (طوسی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۲۳۰، باب بیع المضمون). فقهای امامیه نیز به تبع این روایات و قواعد فقهی و سیره مستمره مسلمین به تبیین شرایط و ضوابط این نوع از معاملات پرداخته اند. (شهید ثانی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۶۵؛ محقق حلی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۶۴؛ علامه حلی، بی تا، ج ۱، ص ۲۹۴؛ خمینی، ۱۳۸۴، ج ۱، صص ۴۲۴-۴۲۵؛ طریحی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۴۰۱؛ سلار، بی تا، ص ۱۷۳؛ ابن حمزه، بی تا، ص ۲۴۱؛ ابن ادریس (حلی)، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۷؛ حلی، یحیی بن سعید، بی تا، ص ۲۴۶؛ حلی، ۱۳۸۸ق، ج ۱۱، صص ۲۵۸ و ۳۱۸؛ بحرانی، بی تا، ج ۲۰، ص ۲ به بعد؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۴۷۸).

در خصوص ماهیت خاص آنچه در معاملات افسست منعقد می شود باید ابراز داشت از منظر فقه امامیه کاملاً مشابه نوعی از معاملات سلف است که اصطلاحاً شاید بتوان آن را به بیع صناعات نام گذاری نمود. موضوعی که در فقه اهل سنت به استصناع مشهور است. به عبارت دیگر بیع سلفی است که در آن بائع به واسطه حرفه و مهارتی که دارد، تعهد به ساختن شیء معینی را بر عهده می گیرد. در این نوع از قرارداد فروشنده متعهد به ساخت و تحویل کالایی مطابق سفارش خریدار می گردد و عقد بیع

در زمان سفارش منعقد می‌گردد.

نمونه‌هایی چون «سفارش ساخت مصنوعات گران‌قیمت همچون هواپیما یا کشتی به کارخانجات و صنایع هواپیماسازی و کشتی‌سازی که در تجارت بین‌المللی امری متعارف و روزمره است و به دلیل آنکه از طریق استانداردهای پذیرفته شده جهانی تمام جزئیات کالا اعم از مواد به کار رفته در بدنه، نوع و قدرت موتور، تجهیزات ایمنی، امکانات رفاهی و غیره به وضوح مشخص می‌گردد، اساساً هیچ احتمال غرر در این معاملات داده نمی‌شود و عرف عقلاً با اطمینان خاطر به آن اقدام می‌نماید».

در میان فقهاء امامیه تنها شخصیتی که نسبت به اعتبار این نوع از معاملات سلف اظهار تردید نموده است، مرحوم شیخ طوسی (ره) است. ایشان مدعی هستند که اجماع امامیه وجود دارد بر اینکه چنین متعهدی، هیچ الزامی به تسلیم کالای سفارش داده شده ندارد. همچنین بر مشتری نیز الزامی وجود ندارد که کالای مذکور را دریافت نماید. لذا این نشانگر آن است که اگر بیع استصناع میان فقهاء عقد صحیحی می‌بود، چنین اموری جایز نمی‌بود. مضافاً به اینکه در این نوع از معاملات امکان توصیف مبیع به هیچ وجه وجود ندارد و لذا مبیع همیشه مجهول و نامعلوم باقی می‌ماند و به همین دلیل انعقاد عقدی با عنوان بیع، نسبت به چنین مبیعی واجب‌المنع می‌باشد (طوسی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۱۵). سایر فقهاء نیز در مقام رد چنین بیعی، در واقع از نظر شیخ طوسی تبعیت نموده و با ایشان هم‌نظر شده‌اند و با عدم رد خود بر آن صحنه گذاشته‌اند (راشد صمیری، بی‌تا، ج ۲، ص ۹۱).

نسبت به ادله مرحوم شیخ طوسی باید ابراز داشت، با توجه به اینکه فقهای پیش از ایشان اساساً در این باره اظهار نظر نکرده‌اند (مفید، بی‌تا، ص ۵۹۴؛ ابن بابویه، بی‌تا، ص ۳۷۲) و بلکه اطلاعات کلمات ایشان مؤید صحت این نوع از بیع می‌باشد، لذا اجماع ادعایی فاقد اعتبار و سندیت است. مضافاً اینکه روایات ائمه معصومین (ع) (طوسی، ۱۴۱۶، ص ۱۲۳۰)، صراحتاً مؤید صحت این نوع از معاملات بوده و همچنین وجود عموم ادله‌ای چون «اوفوا بالعقود» و «احل الله البیع» جای تردیدی باقی نمی‌گذارد که چنین معاملاتی از مشروعیت و اعتبار برخوردار هستند.

در مورد دلیل دوم شیخ طوسی که ابراز داشتند، بیع استصناع مصداقی از بیع با مبیع مجهول است و لذا واجب‌المنع است، اشکال جدی وارد است. زیرا چنان‌که گذشت «تمامی کسانی که استصناع را پذیرفته‌اند بر اینکه باید خصوصیات کالا چنان

وصف شود که جهالت و غرر را رفع کند تأکید نموده‌اند. امروز در مبادلات سنگین بین‌المللی، کالا چنان به طور جزئی و دقیق توصیف می‌شود که گویی یک شیء موجود حاضر و ساخته شده را توصیف می‌کنند. از کوچک‌ترین تا بزرگ‌ترین ویژگی کالا در این‌گونه قراردادها ذکر می‌شود.

مطلب دیگر این است که شیخ طوسی در اثر دیگر خود، به همراه قریب به اتفاق فقهاء امامیه (طوسی، بی‌تا، المبسوط، ج ۲، صص ۱۷۷-۱۸۱؛ حلی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۱۵۴؛ حلی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۹۴؛ حلی، ۱۳۸۸ق، ج ۱۱، مسئله ۴۶۲، ص ۲۰۵؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۵۰؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۱۳ به بعد؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۲۰، ص ۵؛ سبزواری، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۲۰؛ صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۲۸۶) به مصادیقی از صناعات اشاره کرده و برای انعقاد بیع سلف نسبت به آن‌ها توصیفات و توضیحات مبسوطی برای تعیین خصوصیات مبیع ابراز نموده‌اند. لذا آن را از جمله معاملات صحیح و مصداقی از بیع سلف دانسته‌اند که همین امر خود شاهدی است بر این مسئله که علاوه بر اینکه انعقاد چنین معاملاتی نزد ایشان صحیح و معتبر می‌باشد، مؤید آن است که مبیع در بیع استصناع، قابلیت تعیین به توصیف را نیز دارا می‌باشد.

اصولاً همان‌طور که بزرگان از فقهاء امامیه تصریح داشته‌اند اینکه چه مبیعی قابلیت تعیین به وصف را دارد یا ندارد، به تشخیص عرف می‌باشد. زیرا عرف و بلکه عوام در این امور آگاه‌تر از فقهاء می‌باشند (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۵۰؛ صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۲۸۶). لذا چنانچه نزد عرف مبیعی قابلیت تعیین به وصف را داشته باشد (هم‌چنانکه در بیع استصناع این چنین است) کافی است تا حکم به صحت آن بدهیم. در نتیجه بر اساس فقه امامیه معامله افست نوعی از بیع سلف است که نسبت به صناعات رخ داده و تردیدی در صحت آن باقی نمی‌ماند.

مضافاً اینکه وقتی در فقه امامیه نسبت به صحت بیع ثمار تردیدی وجود ندارد پس به طریق اولی باید قائل به صحت بیع استصناع میان ایشان باشیم. زیرا در بیع ثمار اراده بائع در تهیه ثمار به مراتب دورتر و دشوارتر از اراده بائع در تهیه و ساختن مصنوع است و احتمال غرری بودن چنین معاملاتی به مراتب ضعیف‌تر از بیع ثمار خواهد بود.

۳. آثار خاص قرارداد افست

۳-۱. تعلیق در تملیک مبیع

در بیعی که مبیع آن مؤجل باشد و خصوصاً این تأجیل به واسطه عدم وجود مبیع یا به

واسطه عدم دسترسی به آن حین العقد باشد، به اعتبار نوع مبیع، بیع مبیع کلی گفته می‌شود. معامله افسست نیز به جهت آنکه مبیع حین‌العقد وجود خارجی ندارد از جمله عقود محسوب می‌شود که مبیع در آن کلی و مؤجل بوده و همان‌طور که بیان شد در حقوق اصطلاحاً از آن به بیع عهدی و در فقه به بیع مضمون یا بیع سلف یاد می‌نمایند. لذا واضح است که امکان نقل مالکیت حین‌العقد وجود ندارد، زیرا مبیع هنوز ساخته نشده و وجود خارجی پیدا نکرده است.

حقوقدانان معتقدند «در امور اعتباری چگونگی و زمان و شرایط تأثیر سبب در اختیار سازنده آن است. دو طرف می‌توانند سببی برپا سازند که مقتضای آن تملیک بی‌درنگ و بی‌قید و شرط مبیع باشد، و نیز می‌توانند سبب را معلق به وجود مبیع در آینده کنند» (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۷۵). در عین حال برخی دیگر معتقدند «در صورتی که مبیع کلی باشد، ملکیت از زمان تسلیم آن به مشتری حاصل می‌شود. در اصطلاح حقوقین امامیه گفته می‌شود که مشتری در اثر عقد بیع (کلی)، مالک ما فی‌الذمه بایع شده است. یعنی مشتری مالک چیزی شده که در ذمه و عهده بایع است» (امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۲۶). همچنین برخی دیگر نیز در نظر مشابه ابراز می‌دارند، «در صورتی که مبیع کلی فی‌الذمه باشد، بدون تحویل و قبض مبیع توسط مشتری، مالکیت نسبت به مبیع برای مشتری حاصل نخواهد شد» (محقق داماد، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۷۹) این دیدگاه در میان فقها نیز طرفدارانی دارد (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۴، ص ۴۷۸).

عده‌ای نیز ابراز داشته‌اند، تا زمانی که مبیع به خریدار داده نشده یا حداقل برای تسلیم به او به طور قاطع معین نشده است، نمی‌توان خریدار را مالک آن پنداشت. البته ایشان در بیان دیگر معتقدند تملیک مبیع در این حالت اثر عقد بیع و معلق به تعیین مصداق کلی است. انتخاب این مصداق با فروشنده است ولی گاه نیز خود به خود انجام می‌پذیرد. برای مثال اگر همه مصداق‌های کلی جز به شماری که فروخته شده است از بین برود، آنچه باقی می‌ماند مبیع است که بدون نیاز به هیچ عمل حقوقی دیگر تملیک می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۳۴).

ایشان برای اثبات این تحلیل بیان می‌دارند، «در فروش مال کلی نباید تسلیم را با تملیک اشتباه کرد. سبب تملیک عقد است؛ متنها چون موضوع خارجی آن باید به وسیله فروشنده معین شود، تا این کار از طرف او انجام نگیرد، حق عینی خریدار بر هیچ مالی تحقق پیدا نمی‌کند و به طور معمول تعیین فرد مبیع با تسلیم انجام می‌شود

ولی از آن نباید نتیجه گرفت که تسلیم، عمل حقوقی مستقلی است و تملیک اثر آن است. لذا همین که مصداق مبیع کلی از طرف فروشنده به طور قطعی تعیین شود، تملیک نیز محقق می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۹۲).

مجموعاً در حقوق ایران چهار نظریه در خصوص نحوه تملیک مبیع کلی فی‌الذمه قابل ابراز است.

نظریه اول. دیدگاهی است که با توجه به برخی اطلاق عبارات (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۷۵). بیشتر نسبت به مبیع غیر موجود توجه داشته و معتقد است به محض به وجود آمدن و ساختن آن توسط بایع، مالکیت برای خریدار محقق خواهد شد. صرف نظر از آنکه این به وجود آمدن، پیش از تسلیم مبیع به مشتری باشد و یا پیش از انتخاب آن توسط فروشنده برای مشتری باشد.

نظریه دوم. دیدگاهی است که معتقد است با تسلیم مبیع به مشتری ملکیت برای خریدار محقق می‌شود. به عبارت دیگر قبض مبیع شرط تملک محسوب شده است. نظریه سوم. ملکیت مبیع برای خریدار زمانی محقق می‌شود که بایع آن را برای مشتری انتخاب کرده باشد. اعم از آنکه این انتخاب بعد از ساختن و به وجود آمدن مبیع باشد و یا هم‌زمان با ساختن آن رخ داده باشد. و بر اساس نظر چهارم در این نوع از بیع نیز انتقال ملکیت همانند مبیع عین معین بوده و از لحظه انعقاد بیع خواهد بود.

به نظر می‌رسد در چنین عقود، آنچه ماهیت اصلی تعهد بایع را به واسطه انعقاد بیع تشکیل می‌دهد، انتقال مالکیت مبیع به نفع خریدار می‌باشد. اما به جهت وجود موانعی از قبیل در دسترس نبودن مبیع و یا غیرموجود بودن آن، موقتاً امکان تحقق این مطلوب وجود نداشته و اصطلاحاً این موانع سبب تعذر تملیک در حین العقد برای خریدار شده‌اند. آنچه در حال حاضر و به موجب عقد بر بایع ایجاد می‌شود، اشتغال ذمه او به رفع موانع تملیک مبیع تا زمان معین است که البته این تعهد در واقع فرعی و بدل از تعهد اصلی او محسوب می‌شود. در نتیجه باید ابراز داشت، اقتضاء چنین تعهدی این است که به محض رفع موانع و از بین رفتن اسباب تعذر تملیک، مالکیت برای خریدار واقع بشود.

لذا طبیعتاً ممکن است گاهی این رفع مانع و موجبات تعذر، به وسیله ساختن کالا و به وجود آمدن آن حاصل شود که در این صورت به محض به وجود آمدن، موجبات

تعذر مرتفع و به موجب عقد بیع منعقد شده، تملک خریدار نسبت به مبیع خود به خود محقق می‌شود. و یا گاهی ممکن است به واسطه انتخاب مبیع از یک مجموعه کلی و یا در اختیار قرار گرفتن آنچه در دسترس نبوده است، این موجبات تعذر تملیک مرتفع شوند. که در این صورت نیز ملکیت مشتری به محض انتخاب یا در اختیار قرار گرفتن مبیع، خود به خود برای او حاصل خواهد شد. اگرچه که سبب تملیک (انعقاد بیع) در گذشته ایجاد شده است اما ملکیت از لحظه رفع تعذر تملیک برای مشتری حاصل می‌شود و به گذشته و یا به عبارتی از حین العقد تسری پیدا نخواهد کرد. فرضی که ممکن است متصور باشد این است که مبیع پیش از رسیدن موعد تسلیم، موجبات تعذر تملیک آن مرتفع بشود.

در چنین فرضی نیز باید اذعان داشت که ملکیت برای مشتری حاصل شده است اما به واسطه اقدامی که او علیه خود نموده و به موجب عقد، خود را پس از رسیدن موعد مقرر، مستحق مالکیت مبیع دانسته است، لذا بر بایع هیچ‌گونه تعهدی به تسلیم مبیع پیش از موعد مقرر به وجود نخواهد آمد. به عنوان مثال به موجب قرارداد افسست ممکن است بایع قبل از رسیدن موعد مقرر، کالای مورد نظر مشتری را بسازد و آن را آماده تحویل نموده باشد.

۳-۲. قبض ثمن حین العقد

الف. حقوق ایران

چنانچه تعهد فروشنده به تسلیم مبیع مؤجل باشد و به عبارتی بیع از نوع عهدی منعقد شده باشد، (آنچنان که قرارداد افسست نیز این‌گونه منعقد می‌شود) اگر قرار باشد ثمن نیز در آینده تسلیم شود، در این صورت به اصطلاح به این نوع از بیع عهدی، بیع کالی به کالی یا بیع دین به دین گفته می‌شود.

برخی از حقوقدانان معتقدند «در قانون مدنی به لزوم قبض ثمن تصریح نشده است. و این سکوت به معنای اجرای قواعد عمومی در (بیع عهدی) بیع سلف است و به دشواری می‌توان ادعا کرد که چون حکمی در قانون وجود ندارد، نظر فقیهان باید این نقص را جبران کند. زیرا قانون‌گذار در ماده ۱۰ قانون مدنی اصلی تأسیس کرده که به موجب آن همه قراردادها درست است مگر اینکه خلاف صریح قانون باشد.

پس اگر (قانون‌گذار) چنین نظر داشت (که قبض ثمن در بیع عهدی شرط صحت) و بیع کالی به کالی فاسد است، بی‌گمان به آن اشاره می‌کرد. لذا همین سکوت او در

مقام بیان قرینه است بر درستی معامله.

مضافاً اینکه امروزه بخش مهمی از داد و ستدهای بازرگانی بدین صورت انجام می‌پذیرد، لذا اعتقاد به بطلان بیع کالی به کالی (مؤجل به مؤجل) از جهت اقتصادی و برخورد با عرف نیز زیانبار است. ضرورت تسلیم ثمن در مجلس عقد در بیع سلف، ما را در روابط بازرگانی و به ویژه در صحنه بین‌المللی دچار تکلفی سخت می‌کند که به هر حيله باید از آن گریخت» (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۷۴).

برخی دیگر معتقدند «قانون مدنی در ماده ۳۶۴ می‌گوید: «... در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال (مالکیت) از حین حصول شرط است نه از حین وقوع عقد». لذا می‌توان استنباط نمود (از اینکه قانونگذار عبارت قانون را حصری ذکر نکرده است). که علاوه بر بیع صرف، بیع دیگری نیز موجود است که قبض، شرط صحت آن می‌باشد ولی نامی از آن برده نشده است (که آن بیع سلف خواهد بود). البته ایشان نیز ابراز داشته‌اند از نظر قضایی این امر کافی نخواهد بود که بیع سلف یا سلم را در صورتی که ثمن آن در مجلس عقد، قبض نشده باشد، باطل دانست» (امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۴۲).

در نهایت به نظر می‌رسد آن‌چنان‌که برخی از اساتید در تحلیل ماده ۳۶۴ قانون مدنی ابراز داشته‌اند «از استقراء در قوانین بر می‌آید که بیع صرف تنها موردی است که قانون‌گذار به طور استثناء تملیک را منوط به قبض مبیع کرده است» (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۶۱). نمی‌توان شرط قبض ثمن را به مقتضای اصالة العدم به سایر عقود نیز تسری داد.

ب. در فقه امامیه

در فقه امامیه نسبت به جزئیات قبض ثمن در عقدی که مبیع آن مؤجل می‌باشد (بیع سلف) اختلاف‌هایی وجود دارد. برخی (محقق حلی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۶۳) معتقدند قبض ثمن در مجلس عقد، موضوعیت داشته و هیچ امری نمی‌تواند جایگزین آن بشود. زیرا در غیر این صورت مصداق بیع دین به دین خواهد شد که مشمول نهی نبوی (ص) است. لذا به مجرد انعقاد بیع، مشتری باید به موجب چنین عقدی، عوض معامله را به قبض بائع درآورد. البته آنچه در معاملات افسست نیز معمول است، این است که مشتری تمام ثمن معامله را به نحوی به قبض بائع در می‌آورد.

برخی دیگر (شهید ثانی، ۱۳۸۳، ج ۲، همان، ص ۶۷؛ محقق حلی، بی‌تا، ج ۲، ص

۶۴؛ خمینی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۴۲۵) معتقدند قبض ثمن موضوعیت ندارد بلکه مهم آن است که به موجب معامله، عوضین (مبیع و ثمن) به صورت دین باقی نماند تا مصداقی از بیع دین به دین بشود. لذا اگر خریدار از فروشنده طلبکار باشد و به جای تأدیه ثمن، طلب خود را که حال شده به عنوان عوض معامله محاسبه کند، در این صورت به مجرد تحقق عقد، طلب مذکور ساقط شده و فقط دینی که باقی می ماند، تعهد بایع است به تسلیم مبیع در آینده، و طبیعتاً چنین قراردادی نمی تواند مصداق بیع دین به دین محسوب شود.

اما بر اساس تحلیلی که بزرگان از فقهاء امامیه (شهید ثانی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۶۸؛ خمینی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۴۲۵) آن را مطرح ساخته اند، حتی اگر ثمن معامله نیز مؤجل باشد، چنانچه این بیع موجب به وجود آمدن آن دین شده باشد، عقد صحیح و مصداق بیع دین به دین نخواهد بود. زیرا اقتضاء «باء» مقابله که در نبوی (ص) «لا بیع الدین بالدین» آمده، این است که دو دین پیش از این وجود داشته و به موجب توافق جدید در مقابل یکدیگر قرار بگیرند و با یکدیگر معاوضه شوند. لذا چنانچه دین به موجب عقد جدید به وجود آید و پیش از این سابقه نداشته باشد طبیعتاً مصداق نهی نبوی (ص) نیز نخواهد شد. به عبارت دیگر آنچه قدر متیقن نهی نبوی است، وجهی است که در آن دو دین که پیش از عقد وجود داشته اند، با یکدیگر معاوضه شوند؛ و لذا نسبت به موارد دیگری همچون موضوع بحث، فوqش این است شک کنیم که آیا مصداق نهی نبوی خواهد بود یا نه که اصل براءت جاری کرده و لذا چنین مواردی مشمول نهی نبوی نخواهند شد.

آنچه به نظر می رسد این است که این تحلیل هم از قدرت استدلالی بیشتری بهره مند است و هم با سیره مستمره مسلمین و اقتضائات بازرگانی و تجاری هماهنگی بیشتری دارد. مضافاً اینکه تصور متعاملین نسبت به آنچه منعقد ساخته اند چیزی جز «تجاره عن تراض» نبوده و هیچ گاه گمان نمی کنند که توافق آنان مصداق «اکل مال بالباطل» باشد.

۳-۳. ضمانت اجرای تخلف از اجراء تعهدات

۳-۳-۱. حقوق ایران

در قرارداد افست و معاملات مشابه آن که مبیع حین العقد وجود خارجی ندارد و باید با اقدامات بایع تهیه و ساخته شده تا در موعد مقرر آماده تحویل به مشتری گردد، این

فرض متصور است که بایع از انجام تعهدات خود امتناع کند. لذا بر اساس حقوق ایران، ضمانت اجرایی برای احقاق حقوق مشتری می‌توان تبیین نمود.

حقوقدانان معتقدند «در صورتی که در عقد موعدی برای انجام تعهد معین شده باشد، متعهد ملزم به ایفاء آن در موعد مزبور خواهد بود. موعد مزبور ممکن است مضیق باشد، چنانکه تاریخ انجام، ظهر روز سه شنبه ۲۱ آبان ماه قرار داده شود. در این صورت تعهد در زمان مزبور باید انجام گردد. و ممکن است موعد موسع باشد. چنانکه تاریخ انجام در ظرف پانزده روز اول فروردین ماه معین شود.

در این صورت متعهد می‌تواند در ظرف پانزده روز، هر زمان که بخواهد تعهد را انجام دهد. هم‌چنان‌که می‌تواند تا آخرین لحظه روز پانزدهم، ایفاء تعهد را به تأخیر اندازد» (امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۴۱). چنانچه بایع نسبت به آنچه متعهد بوده تخلف نماید، اعم از آنکه در موعد تسلیم، مبیع را تحویل مشتری ندهد و یا در آن موعد کالایی غیر از آنچه مورد توافق طرفین بوده تحویل نماید، حالات ذیل متصور خواهد بود:

الف. موعدی که برای انجام تعهد در عقد قرار داده می‌شود، دارای خصوصیتی است که انجام تعهد منحصرأ در آن موعد مقصود طرفین است. به عبارت دیگر انجام تعهد به نحو وحدت مطلوب مورد نظر قرار گرفته است. چه آنکه شخصیت و مباشرت متعهد در چگونگی انجام آن مؤثر باشد و چه آنکه شخصیت و مباشرت متعهد در چگونگی انجام آن مؤثر نباشد.

در این صورت انجام تعهد در خارج از موعد مقرر مورد عقد نمی‌باشد و بدین جهت متعهد له ملزم به پذیرش مبیع در خارج از موعد نیست. زیرا با گذشتن موعد، مقصود از انعقاد قرارداد از بین رفته و لذا تعهد متعهد نیز ساقط می‌گردد. مثل اینکه «شخصی برای جشن خود مقداری شیرینی به شیرینی فروشی سفارش دهد که برای روز جشن تحویل دهد. اگر شیرینی فروش به تعهد خود در آن تاریخ عمل نکند، ایفاء تعهد پس از آن تاریخ برای متعهد له مفید نخواهد بود» (بهرامی، ۱۳۸۱، ص ۱۲۴).

ب. موعدی که برای انجام تعهد در عقد معین می‌شود، دارای خصوصیت مزبور نیست و بنحو تعدد مطلوب است.

بدین نحو که «انجام تعهد، مقصود اصلی متعاملین است و تحقق آن در موعد مقرر مقصود فرعی می‌باشد. به طوری که اگر در موعد مقرر تعهد انجام نیافت، مقصود فرعی از دست رفته ولی مقصود اصلی که انجام تعهد باشد، هم‌چنان باقی است» (امامی،

۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۴۱). در چنین حالتی دو فرض متصور است. فرض اول اینکه «شخصیت متعهد در چگونگی انجام آن مؤثر باشد و معلوم شود در قرارداد به مباشرت او، نظر بوده است و انجام دادن کار مورد تعهد تنها به وسیله خود او امکان دارد و نه به نمایندگی وفا می شود و نه به وسیله اشخاص ثالث» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۱۹) در این صورت متعهدله می تواند به دادگاه رجوع کرده و الزام متعهد به انجام مقتضای تعهداتش را خواستار شود.

ماده ۲۳۷ق.م در این خصوص مقرر داشته: «هرگاه شرط در ضمن عقد، شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا بیاورد. و در صورت تخلف، طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید».

چنانچه الزام متعهد به هر جهت ممکن نباشد، اعم از آنکه وی حضور داشته اما به حکم دادگاه نیز تمکین نمی کند و یا آنکه غائب باشد و یا آنکه حسب مورد فوت نموده و یا اگر شرکت خاصی باشد و منحل شده باشد، متعهدله می تواند قرارداد را فسخ نماید و خود را نسبت به ثمن معامله از متعهد یا قائم مقام او طلبکار بداند. قانون مدنی در ماده ۲۳۹ مقرر نموده: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت». ظاهر این ماده نشانگر آنست که قانون مدنی مبنای حق فسخ را جلوگیری از ورود ضرر دانسته است.

زیرا تا زمانی که امکان انجام تعهد وجود دارد، هرچند بعد از موعد مقرر باشد، حق فسخ را برای متعهد له جایز ندانسته است. لذا این حق را فقط در صورتی برای متعهد له تجویز نموده است که بقاء عقد و نتیجتاً لزوم پایبندی به آن بدون امکان اجرای تعهدات قراردادی، جز ضرر برای او چیزی به همراه نخواهد داشت. اما چنانچه مبنای حق فسخ، تخلف از شرایط و توافقات قراردادی می بود، متعهدله به مجرد تخلف متعهد از حدود تراضی ای که میان طرفین واقع شده است (که از آن جمله تخلف از انجام تعهد در موعد مقرر توسط بایع می باشد) حق فسخ معامله را پیدا می کرد.

چنانکه در عقد اجاره با آنکه هیچ خصوصیتی برای آن در مقابل عقد بیع و سایر عقود از این جهت وجود ندارد، قانونگذار همین مبنا را نیز برگزیده است. ماده ۴۹۶ق.م مقرر داشته: «... و نسبت به تخلف از شرایطی که بین مؤجر و مستأجر مقرر است، خیار

فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد». زیرا آنچه مقصود و مورد تراضی طرفین بوده واقع نشده و آنچه نیز ممکن است محقق شود، مقصود و مورد تراضی متعاملین نمی‌باشد. و اما فرض دوم در جایی است که «قرارداد به شخصیت و مباشرت متعهد توجه ندارد و وفای به عهد از سوی دیگران نیز ممکن است» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۱۹). در چنین فرضی با توجه به مفاد مواد ۲۳۸ و ۲۳۷ق.م، متعهدله ابتدا موظف است به دادگاه رجوع کرده و تقاضای اجبار متعهد به وفای شرط را خواستار شود. اما چنانچه اجبار ملتزم به انجام تعهدات به هر جهت غیرمقدور باشد ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم آورد. لذا هرگاه مدیون از انجام تعهد خودداری کند، در این حالت طلبکار می‌تواند از دادگاه بخواهد که تعهدات بایع توسط شخص ثالث و البته به هزینه متعهد اصلی به مورد اجراء گذاشته شود. البته قانون مدنی به موجب ماده ۲۲۲ این اختیار را برای متعهدله قرارداده است که: «در صورت عدم ایفاء تعهد... حاکم می‌تواند به کسی که تعهد بنفع او شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تأدیه مخارج آن محکوم نماید». اما چنانچه به هر دلیل امکان انجام تعهدات بایع توسط غیر او وجود نداشته باشد (به عنوان مثال امکان رجوع به دادگاه نباشد) در آخر حکم ماده ۲۳۹ق.م مجرا بوده و متعهدله چاره‌ای جز بدست آوردن حق فسخ معامله برای جلوگیری از ضررهای وارده را ندارد.

در صورتی که «در عقد تصریح نشده باشد که تعهد موجد از کدامیک از دو قسم مذکور است (وحدت مطلوب یا تعدد مطلوب) و اوضاع و احوال و قرائن هم دلالتی بر آن نکند، ظاهر آن است که تعهد مزبور از نوع تعدد مطلوب است. یعنی هرگاه در موعد مقرر تعهد انجام نشود، تعهد ساقط نشده و متعهد ملزم به انجام آن خواهد بود مگر آنکه خلاف آن ثابت شود» (امامی، ۱۳۸۷، ص ۲۴۳). زیرا قبل از آنکه موعد تسلیم فرا برسد یقین به ذیحق بودن متعهدله نسبت به اجرای تعهدات داشته‌ایم اما پس از موعد مقرر شک می‌کنیم که آیا هنوز وی ذیحق نسبت به اجرای تعهدات می‌باشد یا نه که استصحاب بقاء حالت سابقه کرده و حکم به ذیحقی او خواهیم کرد. و این ثمره‌ای جز برگزیدن تعهدات از نوع تعدد مطلوب ندارد. همچنین اگر مشخص نشده باشد که تعهدات مزبور قائم به شخصیت و مباشرت متعهد است یا نه در این فرض نیز شک می‌کنیم که آیا شخصیت متعهد در قرار داد شرط می‌باشد و یا نه، که در این صورت

به واسطه اصل عدم اشتراط، حکم به عدم اعتبار چنین شرطی خواهیم کرد. لذا در موارد تردید، تعهدات مندرج در قرارداد را قائم به شخصیت و مباشرت متعهد ندانسته و آنان را قابل اجراء توسط دیگران خواهیم دانست.

۳-۳-۲. فقه امامیه

در فقه امامیه نسبت به ضمانت اجرای تخلف از اجرای تعهداتی که مشابه بیع سلف (همچون معاملات افسست) برای انجام آن‌ها و تسلیم مبیع مورد نظر، مدتی معین شده باشد، نظرات متعددی مطرح است. برخی معتقدند، چنانچه موعد مقرر فرا برسد و بائع به واسطه عارضه‌ای (مانند ناپاب شدن مبیع) کالا را در زمان مقرر به تسلیم مشتری در نیاورد و البته مشتری نیز مطالبه مبیع را کرده باشد، در این صورت است که وی بین فسخ قرارداد و دریافت ثمن معامله و یا عدم فسخ معامله و انتظار تا دریافت مبیع معهود، مخیر خواهد بود. بدون آنکه نیاز باشد برای رجوع به حق فسخ ابتدا به دادگاه مراجعه کرده و الزام بائع را خواستار شده باشد.

(محقق حلی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۶۶) ایشان بر این باورند که به مجرد تعذر تسلیم مبیع در موعد مقرر، قرارداد خود به خود منفسخ نخواهد شد. زیرا تا قبل از تعذر اصل بر بقاء عقد بوده است اما بعد از تعذر تسلیم شک می‌کنیم که آیا عقد به صحت خود هم چنان باقی مانده و یا اینکه منفسخ شده است. که در اینجا استصحاب بقاء حالت سابقه نموده و حکم به بقاء عقد بعد از تعذر تسلیم خواهیم کرد.

اما از آن جهت که لازم‌الاتباع دانستن عقدی که تعهدات بائع در آن با مشکل تعذر تسلیم مواجه شده است، مستلزم ورود ضرر به حقوق مشتری است، و چون در اسلام به موجب حدیث نبوی (ص): «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» هیچ حکم ضرری تشریح نشده است، لذا به همین جهت لزوم عقد برداشته شده و به مشتری حق فسخ قرارداد واگذار شده است (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۴۷). البته به نظر می‌رسد کلام فقهاء ناظر به مورد غالب باشد و متوجه به آن فرضی است که تعهدات بائع از نوع تعدد مطلوب می‌باشد و نه از نوع وحدت مطلوب.

برخی نیز ابراز نموده‌اند در این گونه از معاملات، مورد عقد ذمه‌ایست که بر عهده بائع قرار گرفته است و فقهاء امامیه اجماع دارند بر اینکه به صرف تأخیر در تسلیم مبیع، دلیلی برای سقوط این اشتغال ذمه به وجود نخواهد آمد. به عبارت دیگر اشتغال یقینی مستلزم برائت یقینی است و با عدم تسلیم مبیع در موعد مقرر هیچ گونه برائت

یقینی نسبت به اشتغال ذمه‌ای که بایع دارد، حاصل نمی‌شود. زیرا موعد مقرر، فقط زمان تسلیم را تعیین می‌کند نه امر دیگری (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۴، ص ۴۶۶؛ صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۳۳۶). در خصوص صحت این نظر علاوه بر اینکه مشهور فقهاء امامیه متمایل به این نظر شده‌اند، روایتی نیز از ابن بکیر از امام صادق(ع) نقل شده که بر اعتبار این تحلیل افزوده است (بحرانی، الحدائق الناضره، ج ۲۰، ص ۴۵).

برخی دیگر از فقهای امامیه (محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۳۶؛ سبزواری، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۲۴. صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۳۳۶. سیستانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۸۶؛ طوسی، ۱۴۲۶ق، ص ۱۲۳۲، ج ۱۹؛ روحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۷، ص ۲۲۷) معتقدند برای اینکه مشتری حق فسخ قرارداد به واسطه عدم تسلیم مبیع در موعد مقرر را داشته باشد، هیچ دلیلی وجود ندارد که ابتدا وی مطالبه مبیع را کرده باشد. لذا به صرف گذشتن موعد تسلیم و عدم ارائه مبیع توسط بایع، مشتری حق فسخ معامله را پیدا خواهد کرد. زیرا لزوم عقد تا آنجا که مقصود و توافق متعاملین بوده است، نافذ خواهد بود اما به محض آنکه از حدود تراضی طرفین خارج شویم، لزوم عقد نیز منتفی خواهد شد. لذا چه آنکه مشتری مطالبه کرده باشد و چه آنکه مطالبه نکرده باشد، به صرف تأخیر از تسلیم در موعد مقرر، تعهدات قراردادی از حدود تراضی خارج شده و لزوم عقد نیز به همین جهت از بین رفته است. مضافاً اینکه روایت امام صادق(ع) ظهور در این دارد که برای بدست آوردن حق فسخ هیچ لزومی ندارد که مشتری مطالبه مبیع را کرده باشد. لذا روایت مذکور در واقع به عنوان دلیل برای این نظر محسوب می‌شود و نه برای دیدگاه اول.

در آخر برخی دیگر از فقهاء امامیه (انصاری، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۳۳۹؛ طوسی، ۱۴۲۶ق، ص ۱۲۳۴، ج ۳۵، ۱۵؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۲۰، ص ۴۵؛ شهید ثانی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۷۲) معتقدند، مشتری علاوه بر اینکه حق خیار فسخ قرارداد و مطالبه ثمن خود را دارد و یا اینکه می‌تواند صبر کند تا مبیع را بعداً تأدیه کند، در عین حال نیز قادر است به

جای این اقدامات از بایع قیمت مبیع در یوم التسلیم را مطالبه کند. در خصوص تحلیل این نظر باید ابراز داشت آنچه به موجب عقد بر عهده بایع قرار گرفته است، اشتغال ذمه او به تأدیه عین مبیع در موعد مقرر میان متعاملین است. و چون مبیع به نحو کلی فی الذمه و یا به تعبیری به نحو مثلی می‌باشد، لذا ذمه بایع زمانی از اشتغال خارج می‌شود که عین مبیع را به تسلیم مشتری در آورده باشد. در نتیجه تا زمانی که این اقدام صورت نگرفته باشد، هم‌چنان این اشتغال ذمه برای او وجود خواهد داشت.

چنانچه در موعد مقرر بایع به هر جهت متعذر از تسلیم عین مبیع بشود؛ و چون وجوب اسقاط ما فی الذمه به تأدیه عین مبیع در این موقع، مستلزم تکلیف به مالایطاق می‌باشد، لذا اقتضاء جمع حق بایع و حق مشتری این خواهد شد که ذمه بایع آن اما از تأدیه مثل (عین مبیع) به تأدیه قیمت آن در یوم الدفع منقلب بشود. و همین امر مبنای حق مشتری به مطالبه قیمت مبیع در زمان تسلیم خواهد بود. مضافاً اینکه روایات متعددی نیز از معصومین (ع) در جواز این اقدام نقل شده که استحکام این تحلیل را دو چندان ساخته است. البته باید توجه داشت این انقلاب در فرضی است که مشتری مطالبه حق خود را کرده باشد و الا دلیلی برای خروج از تعذر و انقلاب ذمه از مثل به قیمت باقی نخواهد ماند. و اما نسبت به حکم امام (ع) در روایت ابن بکیر باید ابراز داشت اقتضاء الجمع مهما امکن اولی من الطرح این است که حکم این روایت را ظاهر در انحصار ندانسته و مشتری را علاوه بر حق اعمال خیار یا صبر تا تأدیه مبیع و یا مطالبه قیمت مبیع در یوم‌الدفع مخیر بدانیم.

آخرین مطلبی که در این پژوهش مورد توجه قرار می‌گیرد این است که گاهی ممکن است قبل از آنکه موعد تسلیم فرا برسد، مشتری علم پیدا کند به اینکه بایع در زمان مقرر توانایی تسلیم مبیع را نخواهد داشت. در این صورت دو دیدگاه قابل طرح است.

ممکن است برخی معتقد باشند به اینکه مشتری در چنین صورتی حق فسخ عقد را خواهد داشت و می‌تواند ثمن خود را مسترد نماید، هرچند هنوز موعد تسلیم

نرسیده باشد. مانند آنکه تهیه مبیع در معامله افسست بر عهده شخص یا شرکتی قرار گرفته باشد که اولاً انجام آن تعهدات قائم به شخصیت آن فرد یا حسب مورد، آن شرکت باشد و در عین حال قبل از آنکه موعد تسلیم فرا برسد، شخص در معرض موت قرار بگیرد و یا شرکت در معرض انحلال واقع شود.

دیدگاه دیگر (حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۴۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۴۳۱؛ شهید ثانی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۷۲) این است که چون مقتضی خیار (اعم از آنکه مبناء خیار را لاضرر دانسته و یا تخلف از شرط و حدود تراضی بدانیم) در حال حاضر وجود ندارد، دلیلی نیز برای حق فسخ ایجاد نخواهد شد. مضافاً اینکه قاعده کلی، دلالت بر لزوم عقد داشته (مفاد اصاله اللزوم که در ماده ۲۱۹ق.م نیز تأکید شده) و هر آنچه بخواید مخالف این اصل باشد نیازمند تصریح به آن است؛ که در چنین فرضی هیچ گونه تصریحی برای وجود حق فسخ نمی تواند مورد استناد قرار بگیرد.

در این خصوص ماده ۲۴۰ق.م مقرر داشته است: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع، مستند به فعل مشروط له باشد». همان طور که مشهود است ماده مذکور بحث امتناع از انجام شرط بعد از عقد را مطلق بیان کرده است. لذا این امتناع می تواند بعد از عقد و قبل از موعد تسلیم باشد. یعنی قبل از موعد تسلیم معلوم شود متعهد حین العقد، ممتنع از انجام تعهد است و یا اینکه این امتناع بعد از عقد و در زمان تسلیم حاصل شود. لذا به موجب این ماده حق فسخ در هر دو صورت برای مشتری متصور بوده و می تواند ثمن معامله را مطالبه نماید.

جمع بندی

نسبت به ماهیت معاملات افسست نظرات متعددی قابل طرح است از قبیل نظریه عقود مختلط، نظریه قرارداد خصوصی، نظریه اجاره اشخاص و در نهایت نظریه مطلوب که دیدگاه بیع عهدی را مطرح می کند. بر این اساس معاملات افسست از دو عقد بیع تشکیل شده است. یک عقد بیع آن الزاماً بر اساس حقوق ایران ماهیت بیع عهدی و بر اساس

فقه امامیه ماهیت بیع مضمون را دارا می‌باشد. چنانچه کالاهایی که خرید آن‌ها در عقد بیع دوم تعهد شده برای ساخت کالای خریداری شده در عقد اول ضروری باشد، این نوع از معامله افسست را قرارداد افسست مستقیم می‌نامند و چنانچه کالاهای خریداری شده در هر یک از عقود بیع بی‌ارتباط از یکدیگر باشند، این نوع از معامله افسست را قرارداد افسست غیرمستقیم می‌گویند. در نتیجه هر یک از این عقود بیع از آثار عمومی و آثار عقد بیع مخصوص به خود که در حقوق ایران و فقه امامیه ذکر گردیده است، برخوردار می‌باشند. آثاری از قبیل تعلیق در تملیک مبیع، عدم لزوم قبض ثمن و ضمانت اجرای تخلف از اجرای تعهدات.

یادداشت‌ها

1. Offset

کتابنامه

- ابن ادریس حلی (بی تا)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، بی جا: بی نا.
- ابن بابویه، محمد بن علی (بی تا)، *المقنع*، بی جا: بی نا.
- ابن حمزه، محمد بن علی (بی تا)، *الوسیله الی نیل الفضیله*، بی جا: بی نا.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۹)، «تقریرات درس حقوق تجارت بین الملل»، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- اصغرزاده، عبدالله (۱۳۷۴)، *آشنایی با تجارت متقابل*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی.
- امامی، حسن (۱۳۸۷)، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۵ق)، *کتاب المكاسب*، قم: مؤسسه الامام المنتظر.
- بحرانی، یوسف بن احمد (بی تا)، *الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- بهرامی، حمید (۱۳۸۱)، *کلیات عقود و قراردادها*، تهران: نشر میزان.
- حسینی عاملی، جواد بن محمد (بی تا)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، مؤسسه آل البيت.
- حلی، جعفر بن حسن (۱۳۷۴)، *شرائع الاسلام*، تهران: منشورات الاعلمی.
- حلی، حسن بن یوسف (بی تا)، *تبصره المتعلمین*، بی جا: کتابفروشی اسلامی.
- همو (بی تا)، *تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه*، بی جا: بی نا.
- همو (۱۳۷۴ق)، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، بی جا: مکتب الاعلام الاسلامی.
- همو (۱۳۸۸ق)، *تذکره الفقها*، بی جا: منشورات المکتبه المرتضویه لاحیاء التراث الجعفریه.
- حلی، یحیی بن سعید (بی تا)، *الجامع للشرائع*، بی جا: بی نا.
- خمینی، روح الله (۱۳۸۴)، *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار.
- درودیان، حسنعلی (بی تا)، «جزوه حقوق مدنی ۳»، تهران: دانشگاه تهران.
- راشد صمیری، مفلح بن حسن (بی تا)، *تلخیص الخلاف و خلاصه الاختلاف*، مسئله ۳۲.
- روحانی، محمدصادق (۱۴۱۴ق)، *فقه الصادق (ع)*، قم: مؤسسه دارالکتاب.
- سبزواری، عبدالاعلی (بی تا)، *مهذب الاحکام*، بی جا: بی نا.
- سبزواری، محمدباقر بن محمد مومن (بی تا)، *کفایه الاحکام*، بی جا: بی نا.

سلار، حمزه بن عبد العزیز (بی تا)، المراسم العلویه و الاحکام النبویه فی الفقه الامامی، بی جا: بی نا.

سیستانی، علی (بی تا)، منهاج الصالحین، بی جا: بی نا.

شهید اول، محمد بن مکی عاملی (۱۴۱۴ق)، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، بی جا: بی نا.
شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۳۸۳)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه للشهید الاول، قم: دار التفسیر.

همو (۱۴۱۴ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۳)، «انواع روش های قراردادی تجارت متقابل»، اندیشه های حقوقی، سال دوم، شماره ۷.

صاحب جواهر، محمد حسن (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

صفایی، حسین (۱۳۸۹)، «تقریرات درس مدنی ۱۰»، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
طریحی، فخرالدین (۱۴۰۸ق)، مجمع البحرین، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
طوسی، محمد بن حسن (بی تا)، الخلاف، کتاب السلم، مسئله ۳۳.

همو (بی تا)، المبسوط فی فقه الامامیه، بی جا: بی تا.

همو (۱۴۲۶ق)، تهذیب الاحکام، بیروت: مؤسسه الاعلی للمطبوعات.
عبدالله، محمد (۱۳۸۷)، مهندسی مالی اسلامی، بمانپور، مسلم و سیفلو، سجاد، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).

فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق)، التنقیح الرائع لمختصر الشرایع، بی جا: مکتبه المرعشی.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳)، دوره عقود معین، تهران: شرکت سهامی انتشار.

همو (۱۳۸۴)، اعمال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار.

همو (۱۳۸۶)، مشارکت ها و صلح، تهران: گنج دانش.

همو (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار.

محقق کرکی، علی بن حسین عاملی (۱۴۰۸ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، بی جا: مؤسسه آل البيت.

مفید، محمد بن محمد (بی تا)، المقنعه، باب البیع المضمون.

- Behera, Laxman kumar (2009), "Associate Fellow, institute for Defence studies and Analyses", *Journal of Defence studies*, Vol. 3 No. 1, January .
- Brauer, Jurgen and J. Paul Dunne (2004), *Arms trade and Economic Development: Theory, policy and cases in Arms trade offsets*, New York: Routledge, .
- Defense Trade, (1998), "u. S contractors Employ Diverse Activities to Meet offset obligations", Report to the Honorable Russell D. Feingold, u. S. Senate, united states General Accounting office, G. A. O /NSIAD-99-35, December.
- Ernest e smith and others (2010), *Materials on international petroleum transaction*, third edition.
- Offset- real Benefit or unnecessary hindrance?, kpw. 34741, in the house of representatives, to increase monitoring of the use off offset in international defense trade, H. R. 2652, july, 29, 1999.