

مقایسه ضمانت اجرایی خریدار و فروشنده در فقه امامیه و حقوق ایران با بافروش کالا در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (وین ۱۹۸۰)

فاطمه رجایی^۱
سید محسن آزیز^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۳/۱۵

چکیده

ضمانت اجرای تعهدات خریدار و فروشنده در صورت امتناع از انجام تعهد، در فقه امامیه و حقوق ایران شامل حق فسخ و ... می شود. یکی از ضمانت اجرای کنوانسیون بیع بین المللی حق فروش مجدد کالا (بازفروش) است که بدون انحلال قرارداد پیش بینی شده است. در فقه امامیه و حقوق ایران حق فروش مجدد کالا فقط در صورتی ممکن است که معامله با یکی از راه های قانونی یا قراردادی فسخ شده باشد و کالا به متعاملین برگشت داده شده باشد. اهمیت و ضرورت بررسی بافروش در صورت الحاق ایران به کنوانسیون و شناخت حقوق تجار ایرانی و شرکت های دولتی طرف معامله با کشورهای ملحق شده به کنوانسیون معلوم می شود. این نوشتار ضمن تعریف و شناسایی حق بافروش، آن را با نهادهای مشابه در فقه امامیه و حقوق ایران مقایسه کرده و توجیه آن را به تقاص و خیار تأخیر ثمن صحیح ندانسته است و در نهایت با بررسی ادله به این نتیجه رسیده است که بر اساس دو قاعده «لاضرر» و «عسر و حرج» و با الغاء خصوصیت از دو ماده ۳۷۱ و ۳۷۲ قانون تجارت، زمینه پذیرش بافروش در حقوق ایران مهیا است؛ لذا تعارضی با مبانی فقهی و حقوقی ندارد.

کلیدواژه ها: بافروش کالا، تعهدات مشتری، تقاص، خیار تأخیر ثمن، ضمانت اجرا، کنوانسیون بیع بین المللی.

مقدمه

مورد شناسایی قرار نگیرد، چه راه حلی می‌توان برای فروشنده تصور کرد؟ این نوشتار در پی پاسخ به این پرسش‌ها است؛ لذا ضمانت اجرای تعهدات خریدار و فروشنده در صورت امتناع از تعهداتشان را در فقه امامیه و حقوق ایران برشمرده سپس حق بازفروش را در کنوانسیون بیع بین‌المللی و اصول قراردادهای بین‌المللی تجاری^۳ مورد بررسی قرار داده و آنها را با یکدیگر مقایسه کرده است.

ضمانت اجرای ناشی از عدم تسلیم مبیع و عدم تأدیه ثمن در فقه امامیه و حقوق ایران

به جهت بررسی بازفروش که در کنوانسیون به‌عنوان یکی از ضمانت اجرای تعهدات خریدار و فروشنده در صورت امتناع از انجام تعهد پیش‌بینی شده است، در ابتدا به ضمانت‌های اجرایی که در این زمینه در فقه و حقوق ایران بیان شده، اشاره کرده، سپس این نهاد حقوقی را از این جهت که زیر مجموعه آن‌ها قرار می‌گیرد یا بر اساس قواعد عمومی سازگار با شرع و قانون است یا خیر را مورد بررسی قرار می‌دهیم. طبق ماده ۳۳۲^۴ پس از وقوع عقد بیع، فروشنده و خریدار موظف‌اند به تعهدات خود عمل کنند، یعنی فروشنده مبیع و خریدار ثمن را تحویل دهد. ممکن است آثار ناشی از عدم تسلیم مبیع یا عدم تأدیه ثمن توسط فروشنده و خریدار در قرارداد تعیین شود، مانند این که طرفین تراضی خود به پایان دادن حیات حقوقی عقد را به‌صورت شرط ضمن عقد پیش‌بینی نمایند یا در ضمن عقد شرط کنند اگر خریدار در موعد مقرر ثمن را تأدیه نکند، بیع منفسخ گردد، در این صورت شرط انفساخ به‌صورت شرط نتیجه عمل می‌کند. در صورتی که طرفین ضمانت‌اجرائی را در ضمن عقد تعیین نکنند، ضمانت‌های اجرایی ذکر شده در فقه و قانون به‌قرار ذیل است.

بطلان بیع

هر گاه شرایط به نحوی باشد که خریدار و فروشنده توانایی پرداخت ثمن و مبیع را نداشته باشند و عدم توانایی ایشان غیرارادی و دائمی باشد، عقد بیع باطل است. به‌عنوان مثال بعد از عقد معلوم شود در حالی که ثمن عین معین یا کلی در معین بوده، در هنگام عقد موجود نبوده یا پرداخت آن غیرممکن بوده یا ثمن کلی فی‌الذمه بوده و پرداخت آن متعذر شده، بیع باطل است یا ناتوانی فروشنده از تسلیم مبیع به سبب دو عامل تلف مبیع و متعذر یا غیرممکن شدن تسلیم باشد. هرگاه مبیع عین معین یا کلی در معین باشد، بعد از بیع معلوم شود که مبیع به

در تمام سیستم‌های حقوقی، ضمانت‌های اجرایی متعددی درباره امتناع بایع یا مشتری نسبت به انجام تعهدات ایشان، پیش‌بینی شده است. یکی از این ضمانت‌های اجرا در کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین^۱ و برخی کشورها در خصوص خودداری کردن خریدار از تحویل کالا و پرداخت ثمن، «حق بازفروش»^۲ است. به این معنا که اگر خریدار از پرداخت ثمن یا قبض مبیع امتناع نماید، فروشنده حق خواهد داشت کالای مورد معامله را که در تصرف دارد، به شخص ثالث بفروشد. هر چند ضمانت‌های اجرایی در این باره در فقه امامیه و حقوق ایران مثل حق فسخ، بطلان بیع و موارد دیگر وجود دارد؛ اما بازفروش به این شکل پیش‌بینی نشده است. اهمیت موضوع مورد بررسی اولاً در صورت تصمیم ایران جهت الحاق به کنوانسیون و ثانیاً به جهت شناخت حقوق تجار و شرکت‌های دولتی طرف معامله با کشورهای ملحق شده به کنوانسیون روشن می‌گردد. هر چند مقالاتی در این زمینه نگارش شده است؛ ولی تمام ضمانت‌های اجرا مطرح نشده و غالب آنها با مسائل حقوق ایران مقایسه شده است و بررسی عمیق فقهی بر روی موضوع نشده است؛ لذا ضرورت دارد این موضوع مورد بررسی قرار گیرد تا مشخص گردد، هرگاه هر یک از فروشنده و خریدار از انجام تعهد خود امتناع ورزد، چه آثاری در پی عدم تسلیم مبیع از جانب فروشنده و عدم تأدیه ثمن از جانب خریدار در فقه امامیه و حقوق ایران پیش‌بینی شده است؟ این امتناع به طرفین عقد چه اختیاراتی می‌دهد؟ با دقت در مبانی ضمانت‌های اجرایی تعهدات خریدار می‌توان حق بازفروش را به‌عنوان یک ضمانت اجرا پذیرفت؟ حق بازفروش با مبانی فقهی و حقوقی سازگار است یا خیر؟ به عبارت دیگر می‌توان مسئله را چنین مطرح کرد طبق عقد بیع خریدار متعهد است مبیع را از فروشنده تحویل بگیرد؛ اما گاهی هیچ اقدامی در خصوص آن انجام نمی‌دهد و با عدم انجام تعهد خود خسارات فراوانی به فروشنده وارد می‌آورد، درباره ضمانت اجرای این تعهد خریدار نیز در قانون صراحتی دیده نمی‌شود. حال فرض کنید شرایط ذیل به وجود آمده ۱- مبیع از مواردی است که در کمتر از سه روز فاسد یا کم قیمت نمی‌شود؛ بنابراین مشمول ماده ۴۰۹ ق.م. و خیار ما یفسد لیومه نمی‌شود. ۲- ثمن در معامله مؤجل است؛ بنابراین مشمول ماده ۴۰۲ ق.م. و خیار تأخیر ثمن قرار نمی‌گیرد. ۳- فروشنده سایر خیارات دیگر را ندارد. ۴- اجبار خریدار به تسلیم مبیع مستلزم تحمل مخارج، صرف وقت و متعذر است. ۵- تلف و عیب مبیع قبل از قبض بر عهده فروشنده است. ۶- با رجوع فروشنده به دادگاه ضمان معاوضی به خریدار منتقل می‌شود؛ ولی گاهی ممکن است در حالی که مبیع در معرض فساد یا کاهش فاحش قیمت قرار گیرد، دسترسی به خریدار نباشد یا

۱. un convention on contracts the international sale of goods (۱۹۸۰) که در این مقاله به اختصار «کنوانسیون» نامیده می‌شود. جهت مشاهده متن انگلیسی این کنوانسیون رجوع کنید به: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1۰۵۶۹۹۷-CISG-e-book.pdf>

۳. Principles of International Commercial Contracts. تدوین شده، اولین نسخه آن در سال ۱۹۹۴ (unidroit) این اصول که توسط مؤسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی؛ نسخه دوم در سال ۲۰۰۴ و آخرین نسخه مربوط به سال ۲۰۱۰ است. برای مطالعه متن مواد نسخه ۲۰۱۰ بدون تفاسیر رسمی مؤسسه رک: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010english.Pdf> که در این مقاله به اختصار «اصول بین‌المللی» نامیده می‌شود.

۴. «پس از وقوع عقد فروشنده ملزم است مبیع را به خریدار تسلیم نماید و خریدار ملزم است ثمن را به فروشنده بپردازد»

2. resale

کنند، فقهای امامیه اجبار و الزام هر دو را ترجیح داده‌اند (نجفی، ۱۳۶۶: ۱۴/۲۳؛ انصاری، بی تا: ۲۶۱/۶)

حق تقاص

در صورتی که خریدار از پرداخت ثمن خودداری می‌کند، فروشنده می‌تواند از مالی که از خریدار در اختیار دارد حتی به‌عنوان ودیعه، ثمن را که بر اساس عقد بیع مالک آن است از اموال وی تقاص کند. همچنین خریدار در صورت عدم تسلیم مبیع از سوی فروشنده، می‌تواند از اموالی که از وی در اختیار دارد حق خود را تقاص کند (حلی، ۱۴۱۵: ۱۱۱/۴؛ امینی و آیتی، ۱۳۹۰: ۱۸۶).

تقاص عبارت است از «طلبکار، بدون مراجعه به دادگاه (اگر خوف فتنه نباشد) از اموال بدهکاری که دین خود را انکار می‌کند یا از پرداخت آن امتناع می‌ورزد، به‌قدر طلب خود، یک‌جانبه به‌قصد تملک بردارد» (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۳۶/۲۴).

در قوانین موضوعه ایران نصی درباره تقاص وجود ندارد؛ اما در کتب فقهی به‌طور مفصل به آن پرداخته شده است؛ لذا با توجه به تعریف آن می‌توان تقاص را زیر مجموعه آنچه قانون مدنی در موارد تهاتر غیرقراردادی و غیرقضایی آورده، قرار داد (لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲/۱۳۷۹) و اگر تقاص را زیر مجموعه تهاتر غیرقراردادی و غیرقضایی قرار نداده و قائل شویم که تقاص با تهاتر متفاوت است، می‌توان با استناد به اصل ۱۷۶ قانون اساسی، این مورد را جزو موارد سکوت قانون تلقی نمود و به فتاوی معتبر فقهی رجوع نماییم، چنانکه برخی از فقها صریحاً تقاص را یکی از راه‌های استیفای دین شمرده‌اند (نجفی، بی تا: ۳۹۰/۲۴). شرایط اعمال حق تقاص در کتب فقهی ذکر شده است، از جمله آنها می‌توان مطالبه حق توسط تقاص کننده و استنکاف بدهکار، عدم امکان انتزاع عین، عدم امکان تراغ نزد حاکم، علم مقاص به وجود حق، اهلیت مقاص را نام برد (امام خمینی، ۱۴۱۵: ۲۳۶/۲؛ خویی، ۱۴۰۳: ۴۷/۱). اعمال حق تقاص ممکن است به‌حسب مورد در نهادهای مختلف حقوقی وجود داشته باشد؛ اما چون این نوشتار درباره تعهدات خریدار و فروشنده است دو قسمی از تقاص را که در بیع قابل تصور است به‌قرار ذیل است.

الف- هرگاه مبیع عین معین باشد، خریدار می‌تواند بدون اذن فروشنده آن را اخذ نماید؛ زیرا مبیع به‌موجب عقد به ملکیت او درآمده و هرکس بخواهد در مال خود تصرف کند نیاز به اذن دیگری ندارد (قاعده تسلیط) (نجفی، بی تا: ۳۹۰/۲۴؛ امام خمینی، ۱۴۱۵: ۲۳۶/۲).

ب- هرگاه مبیع کلی فی‌الذمه باشد و فروشنده منکر حق خریدار گردد، در تسلیم ملاحظه بنماید، خریدار می‌تواند از اموال فروشنده تقاص کند و تقاص از غیر جنس مبیع جایز است (همان).

ج- اگر مبیع عین معین یا در حکم آن باشد و خریدار متمکن از اخذ آن نباشد، می‌تواند از جنس مالش به مقدار مبیع از اموال فروشنده بگیرد و اگر از آن جنس نباشد، اخذ به مقدار قیمت آن جایز می‌باشد و اگر اخذ آن امکان نداشته باشد، مگر با فروش مالی از وی، می‌تواند آن را بفروشد، به مقدار مبیع بردارد و بقیه را رد کند (همان).

تقاص برای غیر صاحب حق جایز نیست، مگر اینکه ولی یا

هنگام انعقاد بیع، از بین رفته بوده است، درحالی‌که خریدار و فروشنده از این امر غافل بوده‌اند، بیع باطل است (شهیدی ۱۳۷۷: ۲۲۹/۱ امامی، ۱۳۷۱: ۱/۴۲۵ کاتوزیان ۱۳۷۲: ۱/۲۷۵-۲۷۶). این مطلب رامی‌توان از ماده ۳۶۱ ق.م که یکی از شرایط صحت عقد را موجود بودن مبیع به‌هنگام انعقاد عقد می‌داند و همچنین از قسمت اخیر ماده ۳۴۸ ق.م که قدرت بر تسلیم و تسلط فروشنده و خریدار را بیان می‌کند، دریافت. اگر مصادیق مبیع کلی در معین و مبیع کلی فی‌الذمه نیز در زمان انعقاد عقد موجود نباشد و فروشنده قدرت بر تسلیم آن را در زمان مقرر نداشته باشد، عقد باطل است. متعذر شدن تسلیم نیز مانند تلف مبیع موجب بطلان بیع است؛ چون قدرت تسلیم از بین رفته است.

هرگاه عدم قدرت فروشنده بر تسلیم مبیع پس از عقد بیع موقتی باشد و خریدار تسلیم مبیع را فقط در زمان مقرر و نه خارج از آن بخواهد و فروشنده نتواند در موعد مقرر، به تعهد خود عمل کند، بیع باطل است و اگر مبیع عین معین باشد، بیع منفسخ خواهد شد (امامی، ۱۳۴۹: ۱/۴۳۱)؛ اما اگر هدف خریدار از عقد بیع دو چیز بود، یکی تحویل مبیع و دیگری تحویل آن در زمان خاص، در این صورت اگر فروشنده بعد از زمان خاص توانایی تحویل مبیع را داشت، بنا بر نظر برخی از فقها، عقد باطل نمی‌شود و تعهد فروشنده مبنی بر تسلیم مبیع همچنان باقی است، ولیکن خریدار بین فسخ معامله یا امضای آن مخیر است (شهید ثانی، ۱۴۰۵: ۳/۲۳۶؛ نجفی، بی تا: ۳۳۶/۲۴؛ امام خمینی، ۱۴۱۵: ۱/۵۴۶).

تبدیل ید فروشنده و خریدار به ید غاصبانه

هرگاه فروشنده و خریدار، مبیع و ثمن را عمداً و بدون دلیل قانونی تسلیم نکنند، در حالی که آن دو به علت انعقاد بیع به ملکیتشان درآمده، ید ایشان نسبت به مبیع و ثمن از ید امانی خارج و تبدیل به ید غاصبانه می‌شود؛ زیرا عده‌ای از فقها بیان کرده‌اند که وجوب تسلیم مبیع و امتناع غیرقانونی آنکه در حکم غاصبانه بودن ید است، از احکام عقلایی مترتب بر عقد بیع می‌باشد، بدین معنا که بنای عقلا در معاوضات بر تسلیم و تسلیم است و قبض و اقباض از شروط ضمن عقدی است که طرفین در متن عقد ملزم و متعهد به انجام آن گردیده‌اند و خیار هم به علت تخلف از این شرط ضمنی ایجاد گردیده است و در صورت امتناع تسلیم ید امانی آنها به ید غاصبانه تبدیل و اجبار به تسلیم می‌شوند (امام خمینی، ۱۳۶۳: ۵/۳۷۱) و مشمول قسمت اخیر ماده ۳۰۸ ق.م شده و احکام غصب نسبت به آنها جاری (مواد ۲۲۰ تا ۳۲۷ ق.م) و مسئول تلف و ناقص شدن مبیع و ثمن (ماده ۲۷۸ و ۶۳۱ ق.م) می‌شوند (امامی، ۱۳۴۹: ۱/۴۳۵).

الزام به پرداخت مبیع و ثمن

در صورتی که فروشنده و خریدار بدون دلیل از پرداخت مبیع و ثمن خودداری کنند، طبق ماده ۳۷۶ ق.م حق دارند به دادگاه رجوع نمایند و اجبار دیگری را به انجام تعهد درخواست نمایند؛ بنابراین اگر هر یک از طرفین عقد، از ایفای تعهد (تسلیم مبیع یا ثمن) امتناع کند، طرف دیگر می‌تواند از حق حبس یا الزام شخص ممتنع استفاده کند و در صورتی که هر دو به حق حبس استناد کنند و از تسلیم و تحویل مبیع و ثمن بدون دلیل خودداری

عقد، مشروط له باید در ابتدا به حاکم رجوع نموده اجبار مشروط علیه را بر انجام شرط بخواهد و هرگاه اجبار متعذر شد حق فسخ برای او به وجود می‌آید؛ به عبارت دیگر فسخ به‌عنوان آخرین راه حل برای جبران ضرر مشروط له پذیرفته شده است (کیایی، ۱۳۷۶: ۲۴۴)؛ بنابراین قانون مدنی از نظر دسته اخیر فقها پیروی کرده است.

ب- حق فسخ فروشنده

طبق ماده ۳۹۵ قانون مدنی در صورتی که خریدار از پرداخت ثمن خودداری کند، فروشنده حق فسخ خواهد داشت. در فقه و قانون مدنی از این حق فسخ به نام «خیار تأخیر ثمن» یاد شده است.

خیار تأخیر ثمن در ماده ۴۰۲ قانون مدنی تعریف شده، در این ماده مقرر گردیده است: «هر گاه مبیع عین خارجی یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین دو طرف معامله اجلی معین نشده باشد اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه فروشنده مبیع را تسلیم خریدار نماید و نه خریدار تمام ثمن را به فروشنده بدهد، فروشنده مختار در فسخ معامله می‌شود».

فقها (نجفی، بی تا: ۲۳/۵۲؛ انصاری، ۱۳۳۹: ۲۴۴) دلیل این خیار را روایات مستفیضه دانسته‌اند، از جمله روایت علی بن یقظین که می‌فرماید: «سؤال کردم از ابوالحسن (ع) در مورد شخصی که بیعی منعقد ساخته در حالی که آن را به قبض طرف مقابل خود درنیاورده و ثمن را قبض نکرده، فرمودند: اجل بین آن دو سه روز است، پس اگر آن را پس از سه روز به خریدار تحویل داد، بیع منعقد شده است وگرنه بیعی بین آن دو نیست» (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۱۸/۳۵۷). سه روایت دیگر در این مورد وجود دارد که در وسائل‌الشیعه باب نهم از ابواب خیار جمع‌آوری شده است (همان: ۲۲ و ۲۳) امام خمینی در کتاب البیع می‌نویسند: «اگر دلیل خیار تأخیر ثمن را نفی عسر و حرج قرار داده- در صورتی که این قاعده در معاملات نیز جاری شود- بهتر است؛ زیرا لزوم حفظ مال غیر، منع از تصرف در آن، نگهداری نمائات در برخی موارد و ضمان معاوضی فروشنده با وجود محرومیت از ثمن در مدت طولانی و غیرمتعارف، نوعاً یا بر حسب غالب امری حرجی است» (امام خمینی، ۱۴۰۹: ۴/۳۸۷). در نهایت پس از نقد و بررسی مدرک این خیار را صرفاً روایات خاص این باب می‌دانند.

شرایطی که از مواد ۲۳۷ تا ۲۴۰ قانون مدنی ماده مذکور و مواد بعدی و اقوال فقها برای تحقق خیار تأخیر ثمن استنباط می‌شود:

۱. مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد.
۲. مدتی برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع مقرر نشده باشد. روایات ناظر بر مواردی است که برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع مدتی مشخص نگردیده باشد؛ بنابراین روایات از موردی که در آن مدت تعیین شده انصراف دارد، همچنین قانون مدنی به‌صراحت مؤجل بودن مبیع یا ثمن را مانع پیدایش خیار تأخیر ثمن بیان می‌کند (انصاری، ۱۳۳۹: ۲۴۵؛ امام خمینی، ۱۴۰۹: ۴/۴۰۴؛ امامی، ۱۳۴۹: ۱/۴۸۱).
۳. فروشنده کل مبیع را به خریدار تسلیم نکرده باشد. در صورتی فروشنده دارای خیار تأخیر ثمن می‌شود که کل مبیع را در مدت سه روز از تاریخ انعقاد عقد به قبض خریدار نداده

وکیل از طرف صاحب حق باشد؛ بنابراین، پدر حق دارد برای فرزند صغیر خود یا فرزند مجنون یا سفیه خود (که جنون یا سفهش متصل به دوران صغر باشد) تقاص نماید، حاکم (که ولی ممتنع است) هم بر حسب مورد ولایتش همین حق را دارد (خویی، ۱۴۰۳: ۱/۴۷).

دیدگاه حقوق دانان در تقاص

حقوق دانان معتقدند نباید با وسعت دادن به حکم تقاص به افراد اجازه داده شود که خود، قانون را در دست گرفته و بدون مراجعه به محاکم نسبت به احقاق حق خویش تلاش کنند (صادقی، ۱۳۷۹: ۱۶۷).

و در ایقاع بودن تقاص چه آن را مفید ملکیت دائم بدانیم یا آن را یک معاوضه مادامه تلقی کنیم، اختلافی بین حقوق دانان نیست؛ زیرا در تقاص شخص طلبکار معادل طلب خود را از مال مدیون منکر یا ممتنع یا ماطل تملک می‌کند و در این تملک نیازی به جلب رضایت مدیون نیست و صرف قصد انشاء در این تصرف کفایت می‌کند.

بنابراین تقاص مال به جهت شرط بودن قبض یا تصرف عمل مال مورد تقاص از جمله ایقاعات عینی محسوب می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۱۵۱).

فسخ

الف- حق فسخ خریدار

خریدار می‌تواند فروشنده را به انجام تعهد ملزم نماید و در صورتی که الزام وی متعذر شود، حق فسخ دارد (علامه حلی، بی تا: ۴۹۰؛ محقق داماد، ۱۳۸۴: ۴۳؛ خویی، ۱۴۱۰: ۴۴-۴۵)؛ اما در فرضی که خریدار متمکن از الزام فروشنده به انجام تعهد است، با این وجود باز هم می‌تواند عقد را فسخ نماید یا خیر؟ بین فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ اکثر فقها در باب بیع معترض این مسئله نشده‌اند؛ ولی برخی از ایشان نظر خود را صریحاً در مبحث «شروط ضمن عقد» در ضمن این مسئله که مشروط له در حالی که متمکن از اجبار و الزام است، می‌تواند عقد مشروط را در صورت عدم وفای مشروط علیه به شرط فسخ نماید یا خیر؟ بیان داشته‌اند. در میان این آرا دو نظر مهم دیده می‌شود.

۱- جمعی از فقها معتقدند که مشروط له در صورت عدم وفای مشروط علیه به شرط می‌تواند عقد مشروط را فسخ نماید، هر چند که متمکن از اجبار باشد؛ مبنای خویش را بناء عقلا و عرف قرار داده‌اند (امام خمینی، ۱۴۰۹: ۵/۲۳۰؛ علامه حلی، بی تا: ۴۹۰؛ محقق داماد، ۱۴۱۰: ۴۴؛ طباطبایی یزدی، بی تا: ۱۲۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۵۲؛ صفایی و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۹۳).

۲- برخی از فقها بر این هستند که مشروط له زمانی می‌تواند عقد را فسخ کند که اجبار مشروط علیه به انجام شرط متعذر گردد؛ زیرا مقتضای عقد مشروط، اختیاراً یا قهراً، عمل بر طبق شرط است؛ بنابراین وقتی مشروط له می‌تواند از طریق اجبار جبران ضرر نماید، دلیلی برای فسخ باقی نمی‌ماند، علاوه بر اینکه اصل بر لزوم معاملات است (بحرانی، ۱۳۳۶: ۱۹/۳۴؛ انصاری، ۱۳۷۹: ۳-۳؛ شهیدی، ۱۳۷۹: ۳-۴؛ قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۱۷۸ و ۱۹۶).

با توجه به مواد ۲۳۷ تا ۲۴۰ قانون مدنی در باب شروط ضمن

آن ساقط شده باشد، لازم است (بروجردی عبده، ۱۳۷۸: ۲۲۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۳۲۹/۱)؛ البته باید به این نکته نیز توجه کرد که نمی‌توان حق حبس را نسبت به منافع و نمائات اعمال کرد، چنان‌که نمی‌توان مبیع را برای استیفای منافع ثمن حبس کرد (انصاری، ۱۳۳۹: ۳۱۲).

ضمانت اجرای قراردادی

هر کدام از فروشنده و خریدار می‌توانند ضمانت‌های اجرایی را در صورت عدم انجام تعهد توسط طرف مقابل مانند پیش‌بینی فسخ یا انفساخ یا وجه التزام در ضمن عقد شرط کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۲۲۱-۲۲۲). وجه التزام به صورت پیش‌بینی خسارت تأخیر یا عدم انجام تعهد می‌شود (همان: ۲۱۲). این ضمانت‌ها اجرا بر اساس ماده ۱۰ ق.م و عدم منع شرعی و قانونی ممکن است.

بازفروش در کنوانسیون و اصول بین‌المللی

همان‌طور که بیان گردید یکی از ضمانت‌های اجرایی که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا درباره تعهدات خریدار و فروشنده وجود دارد، بازفروش است. از آنجایی این نوشتار درصدد مقایسه آن با ضمانت‌های فقه امامیه و حقوق ایران است به صورت مختصر به آن اشاره می‌شود.

تعریف بازفروش

تعریفی از بازفروش به‌طور صریح در کنوانسیون ذکر نشده است. در ماده ۸۸^۱ کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین، به حق بازفروش اشاره شده است. به موجب بند ۱ ماده ۸۸ حق بازفروش به طرفی داده می‌شود که موظف به حفاظت کالا است؛ به عبارت دیگر طرفی که کالا تحت تصرف فیزیکی او است؛ بنابراین طبق ماده ۸۵^۷ فروشنده و طبق بند ۱ ماده ۸۶^۸ خریدار، حق بازفروش دارد؛ ولی بیشتر فروض آن برای فروشنده است؛ لذا هر طرفی که

۶. ماده ۸۸۱ - چنانچه تأخیر غیر متعارف در تصرف کالا، یا بازپس‌گیری آن یا پرداختن یا هزینه‌های محافظت از کالا توسط یک طرف قرار داد رخ دهد، طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ مکلف به حفاظت از کالا می‌باشد می‌تواند آن را به طرف مقتضی بفروشد، مشروط به اینکه اخطار متعارف بر قصد فروش به طرف دیگر داده شده باشد. ۲ - اگر کالا در معرض فساد سریع بوده یا نگهداری و حفاظت از آن مستلزم هزینه غیر متعارف باشد، طرفی که بر حسب اصول ۸۵ یا ۸۶ مکلف به حفظ آن است باید اقدامات متعارف را جهت فروش آن معمول دارد، مشارالیه باید حتی‌الامکان اخطاری مبنی بر قصد خویش برای فروش کالا به طرف دیگر بدهد. ۳ - طرفی که اقدام به فروش کالا می‌نماید حق دارد از عایدات فروش مبلغی معادل مخارج فروش به هزینه‌های متعارف برای حفاظت کالا برای خویش منظور دارد، مشارالیه باید حساب باقی مانده عایدات را به طرف دیگر بدهد. (صفایی، ۱۳۷۵: ۵۱۴).

۷. ماده ۸۵: اگر خریدار نسبت به قبض کالا تأخیر نماید یا در موردی که تأدیه ثمن یا تحویل کالا باید به‌طور هم‌زمان صورت پذیرد، چنانچه خریدار موفق به تأدیه ثمن نشود و کالا در ید فروشنده باقی بماند یا مشارالیه به صورت دیگری استیلاء بر نقل و انتقال مبیع داشته باشد، فروشنده موظف است بر حسب اوضاع و احوال، اقدامات متعارفی که برای حفاظت کالا لازم می‌باشد معمول دارد. فروشنده حق دارد تا زمانی که خریدار هزینه‌های متعارف به انجام شده را تأدیه نماید، کالا را حبس نماید (صفایی، ۱۳۷۵: ۵۱۴).

۸. بند ۱ ماده ۸۶: اگر خریدار کالا را دریافت کرده و قصد اعمال احدی از حقوق

باشد؛ بنابراین بر اساس مفهوم مخالف هرگاه فروشنده مبیع را در مدت سه روز تسلیم خریدار نماید، خیار تأخیر ثمن نخواهد داشت (انصاری، ۱۳۳۹: ۲۴۵).

به نظر شیخ انصاری حکم خیار تأخیر ثمن مختص موردی است که فروشنده از اخذ ثمن امتناع نکند؛ بنابراین در جایی که فروشنده از اقباض امتناع کرده بر ضرر خود اقدام کرده و دارای خیار نیست (همان). تسلیم بعضی مبیع توسط فروشنده سبب سقوط خیار نیست. دلیل آن علاوه بر مفهوم مخالف ماده ۴۰۴ ق.م، استصحاب بقای خیار در صورت شک است. خریدار تمام ثمن را تأدیه نکرده باشد.

اگر خریدار ثمن را در مدت سه روز از تاریخ انعقاد عقد تأدیه کرده باشد، فروشنده حق خیار تأخیر ثمن را ندارد (مفهوم ماده ۴۰۲ و ۴۰۴). البته تأدیه مقداری از ثمن بر اساس ماده ۴۰۷ ق.م موجب سقوط خیار فروشنده نمی‌گردد^۹ (نهرینی، ۱۳۸۳: ۲۶۶). در صورتی که خریدار به‌طور ارادی تأخیر در تأدیه ثمن می‌کند فروشنده می‌تواند تقاضای خسارت نماید در صورتی که تمام شرایط موجود باشد دادگاه خسارت وارده را تعیین و خریدار را به جبران آن محکوم خواهد ساخت.

خیار تفلیس

هرگاه عدم توانایی خریدار و فروشنده در پرداخت مبیع و ثمن به علت افلاس ایشان باشد، به دیگری اختیار فسخ معامله داده شده است. ماده ۳۸۰ ق.م چنین مقرر می‌داند: «در صورتی که خریدار مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد فروشنده حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند در تسلیم آن امتناع کند». هرچند در این ماده خیار برای فروشنده ذکر شده؛ ولی خیار تفلیس مختص فروشنده نیست، بلکه چنانچه فروشنده مفلس شود و شرایط خیار تفلیس فراهم باشد برای خریدار نیز خیار تفلیس به وجود خواهد آمد (امام خمینی، ۱۴۱۵: ۲/۲۰؛ شهید ثانی، ۱۴۰۵: ۳۷/۴).

در صورتی خیار تفلیس برای فروشنده و خریدار ایجاد می‌شود که تفلیس ایشان پس از انعقاد عقد باشد؛ زیرا اگر افلاس قبل از انعقاد عقد باشد، حق تصرف در اموال را نداشته و در نتیجه، معامله غیر نافذ می‌شود و جایی برای خیار باقی نمی‌ماند (نجفی، بی تا: ۲۷۹/۲۵؛ شهید ثانی، ۱۴۰۵: ۳۴/۴؛ امامی، ۱۳۴۹: ۱/۵۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۲۱/۵).

حق حبس

هر یک از فروشنده و خریدار می‌توانند ایفای تعهد خود را منوط به ایفای تعهد از سوی طرف دیگر معامله نماید (امام خمینی، ۱۴۰۹: ۵/۳۷۲) این حق «حق حبس» نامیده می‌شود. حق حبس در عقد و عقود معاوضی دیگر جاری است. در قانون مدنی به صراحت نامی از آن برده نشده است؛ ولی در ماده ۳۷۷ ق.م به آن اشاره کرده است؛ بنابراین تسلیم مبیع در موردی که حق حبس به دلیلی از دلایل مانند تأدیه ثمن یا مؤجل بودن

۹. «تسلیم بعضی ثمن یا دادن به کسی که حق قبض ندارد خیار فروشنده را ساقط نمی‌کند».

حق تصرف مالکانه کالا را دارد و می‌تواند آن را انتقال دهد، حق بافروش دارد (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۳۱؛ جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴: ۳/۱۹۹). در ماده ۷۵ به صراحت لفظ بافروش آمده است؛ اما منظور از آن بافروش ماده ۸۸ نیست؛ بلکه فرضی است که معامله منحل شده است درحالی‌که ماده ۸۸ درباره موردی است که معامله منحل نشده است؛ اما فروشنده حق فروش مجدد را دارد. صفایی بافروش را چنین تعریف کرده است: «فروشنده در صورت به وجود آمدن شرایطی، از قبیل اینکه خریدار به تعهدات خود عمل نکند کالا را به خریدار دوم بفروشد و خسارت‌های وارده بر خود را از آن طریق جبران کند» (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۵۱۶). برخی دیگر در توضیح بافروش در ضمن تفسیر کنوانسیون نوشته‌اند: «هنگامی که کالا در معرض فساد سریع یا مستلزم مخارج نامتعارف نباشد، بافروش کالا اختیاری است؛ ولی اگر کالا در معرض فساد سریع باشد یا نگهداری آن مستلزم هزینه‌های نامتعارف باشد، بافروش کالا اجباری است؛ بنابراین بافروش اختیاری یک حق و امتیاز و بافروش اجباری یک تکلیف است» (Honnold ۱۹۹۱: ۵۸۴).

اصول ۸۵ و ۹۵ قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی و اصل (۲) ۷۷ پیش‌نویس آنسیترال کنوانسیون که پیشینه تاریخی بافروش هستند، بافروش اجباری را علاوه بر موارد فساد کالا، در مورد تلف کالا نیز جاری دانسته‌اند؛ البته با تفسیر موسع فساد سریع می‌توان گفت اصل (۲) ۸۸ در مورد تلف نیز اعمال می‌شود (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴: ۳/۲۱۰).

بنابراین می‌توان این تعریف را برای بافروش ارائه داد: «هرگاه یک طرف قرارداد به تعهدات خود از قبیل پرداخت ثمن یا مبیع و تحویل کالا عمل نکند و باعث ورود خسارت به طرف دیگر شود، طرف متضرر حق خواهد داشت که مورد معامله را دوباره بفروشد و از این راه خسارت خود را جبران کند».

طرفی که قصد بافروش کالا را دارد، باید به قانون فروش و روش آن، در کشوری که قصد بافروش دارد عمل کند. اگر در آن مکان شیوه‌های گوناگونی برای بافروش وجود داشت؛ برای انتخاب شیوه بافروش علاوه بر در نظر گرفتن ماهیت کالا باید نفع طرفین قرارداد نیز در نظر گرفته شود. از آنجایی که روش‌های به رسمیت شناخته شده فروش در کشورهای مختلف متفاوت است، کنوانسیون شیوه روش خاصی را برای بافروش تصریح نکرده است (Honnold ۱۹۹۱: ۵۸۴؛ صفایی، ۱۳۷۵: ۴۵۰)؛ لذا روش مناسب فروش؛ اولاً بر اساس قانون کشوری است که در آنجا بافروش انجام می‌شود. ثانیاً بر اساس ماهیت کالا و بررسی روش‌های فروش آن و نفع طرفین انتخاب می‌شود.

اندرجاق حق بافروش در قوانین

حق بافروش با اندکی تفاوت در حقوق کشورهای، کنوانسیون بیع بین‌المللی و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۹ پیش‌بینی

خود، در چارچوب قرارداد و این کنوانسیون دایر بر رد کالا، نماید، مکلف است چنان اقداماتی که بر حسب اوضاع و احوال برای حفاظت از کالا متعارف است معمول دارد. خریدار حق دارد تا زمانی که فروشنده هزینه‌های متعارف انجام شده را تأدیه ننموده کالا را حبس نماید (همان).

9. unidroit

شده است.

در ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ لفظ بافروش به صراحت ذکر نگردیده؛ ولی حق بافروش بدون شرط انحلال قرارداد پیش‌بینی شده است. در قانون یکنواخت بیع بین‌المللی اشیاء منقول مادی^{۱۰} ۱۹۶۴ به حق بافروش تصریح شده است. در بند ۲ ماده ۶۱ این قانون، مقرر گردیده «هنگامی که بافروش مال برای جبران خسارت بر حسب رسوم و به طور معقول ممکن باشد فروشنده نمی‌تواند از خریدار پرداخت قیمت را بخواهد»؛ بنابراین بافروش مبتنی بر انحلال قرارداد و بازگشت مال به ملکیت فروشنده است و وقتی بافروش محقق شود قرارداد خود به خود منحل می‌گردد (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۴۷). هر چند بافروش در این دو قانون پیش‌بینی شده است؛ اما با یکدیگر تفاوت کمی دارد. در بند سوم ماده ۷۰۶-۳ قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده^{۱۱} UCC به بافروش به عنوان یک روش جبران خسارت تصریح شده است. در حقوق انگلیس به موجب کامن‌لا و در ماده ۴۷ و ۴۸ قانون فروش کالا مصوب ۱۸۹۲^{۱۲} فروشنده در بعضی موارد حق بافروش دارد (اشتیومف، ۱۳۷۸: ۱/۲۴). در حقوق فرانسه از حق بافروش برای فروشنده سخنی به میان نیامده است؛ ولی به نظر می‌رسد که دادگاه در صورتی که بر طبق ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی^{۱۳} حکم به فسخ قرارداد دهد، می‌تواند اجازه بافروش مورد معامله را به منظور تعیین میزان خسارت صادر کند (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۴۷).

حق بافروش به صراحت در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^{۱۴} پیش‌بینی نشده است؛ ولی در ماده ۱-۴-۷ مقرر گردیده حق مطالبه تمامی خسارات در صورت عدم اجرای تعهد توسط متعهد برای زیان دیده پیش‌بینی شده است (اخلاقی، ۱۳۷۹: ۲۷۲)؛ موسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی رم، ۱۳۷۸: ۲۲۷). با توجه به اینکه حق بافروش در بیشتر کشورها پذیرفته شده است، می‌توان آن را به عنوان یکی از راه‌های جبران خسارت از مصادیق این ماده دانست. البته در نسخه ۲۰۱۰^{۱۵} این سند نیز صراحتی درباره بافروش وجود ندارد و ماده ۱-۴-۷ نیز تغییری نکرده است (موسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، ۱۳۹۳: ۳۱۲).

مبنای بافروش

مبنای بافروش در حقوق کشورهای متفاوت است. بافروش ممکن است بر اساس اراده طرفین در ضمن عقد باشد یا بر

10. United Nation Convention for International Sale of Good 1964 (ULIS)

11. uniform commercial code

12. sale of goods act 1892

۱۳. اگر یکی از طرفین قرارداد به تعهدات خود عمل نکند، می‌توان قرارداد را فسخ کرد.

14. unidroit

15. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010english.Pdf>

اخطار متعارف و با توجه به اوضاع و احوال فرد باشد؛ بنابراین اخطار باید به نحوی باشد که طرف مورد اخطار، متوجه قصد فروش شود تا بتواند اقدامات لازم برای جلوگیری از فروش را انجام دهد یا بتواند خودش مستقیماً یا نماینده اش در موقع فروش حضور داشته باشد. کنوانسیون، اخطار را «با وسیله مقتضی و با مراعات اوضاع و احوال» دانسته و اخطار کتبی را ضروری نمی‌داند. قاعده کلی مذکور در ماده ۲۷ مقرر می‌دارد فروش بعد از ارسال اخطار مقتضی شروع شود. (Ibid). در آراء صادره از دیوان بین‌المللی نیز به ارسال اخطار تأکید شده است (شعاریان، ۱۳۹۳: ۱۰۲۶).

سود حاصل از بازفروش

اگر بازفروش به قیمتی کمتر از قیمت قراردادی صورت پذیرد فروشنده می‌تواند تفاوت قیمت بازفروش و قیمت قراردادی و سایر خسارات وارده از جمله هزینه‌های مربوط به فروش کالا را از خریدار بگیرد. اگر بازفروش دارای سود باشد و به عبارت دیگر قیمت بازفروش بیشتر از قیمت قرارداد اولیه باشد، سود حاصل متعلق به کیست؟

طبق بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون طرفی که کالا را می‌فروشد حق دارد از عایدات فروش مبلغی معادل هزینه‌های متعارف برای حفاظت کالا و فروش آن برای خود منظور دارد و باید حساب باقی مانده عایدات را به طرف دیگر پس دهد.

حق حبس ثمن عاید شده از بازفروش فقط مربوط به «مخارج»^{۱۶} است. مخارجی که برای حفاظت کالا مانند نگهداری، تغذیه حیوانات، انبار داری در آنجایی که مشمول ماده ۷۷ است، مخارجی که برای فروش منظور گردیده، مانند حق‌العمل کار در مواقعی که لازم بوده، آگهی‌ها و پیشنهادهای عمومی که برای فروش صورت گرفته، مخارج اداری و قضائی که لازمه اقدامات مربوط به فروش بوده است (schlechtriem ۱۹۹۸: ۶۸).

طبق اصولی که در قراردادهای بین‌المللی پذیرفته شده سود باید در تعیین خسارت منظور گردد، بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون ۱۹۸۰ مؤید این نظر است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴: ۳/۱۹۳).

هر چند برخی به صراحت گفته‌اند اگر بهای بازفروش بیشتر از قیمت قرارداد باشد، مازاد آن برای طرف فروشنده خواهد بود (White & Summers ۱۹۹۲: ۲۶۵) ولی به طور کلی قاعده این اقتضا را دارد که فروشنده در وضعی قرار داده شود که در صورت اجرای قرارداد برای او حاصل می‌شود؛ بنابراین فروشنده علاوه بر گرفتن خسارت خود، باید امتیازاتی را که از اجرای قرارداد می‌توانست به دست آورد را جبران کند (Honnold ۵۹: ۱۹۹۱ اشتیموف، ۱۳۷۸: ۹۶/۱).

تطبيق بازفروش در فقه امامیه و حقوق ایران

هر چند برخی از احکام بازفروش با ضمانت اجراهای ذکر شده در فقه امامیه و حقوق ایران مثل بطلان بیع، تبدیل ید فروشنده و خریدار به ید غاصبانه، الزام ایشان توسط دادگاه، حق تقاص، حق فسخ خریدار و فروشنده (خیار تأخیر ثمن)، خیار تقلیس و حق حبس از جهاتی تداخل یا تشابه دارد؛ ولی بازفروش با ضمانت

اساس جبران خسارت باشد. در ماده ۸۸ کنوانسیون بازفروش به‌عنوان یک راه جبران خسارت پذیرفته شده است؛ اما آیا این جبران خسارت مبنی بر انحلال قرارداد است یا خیر محل بحث است. بازفروش در برخی از کشورها مثل فرانسه فقط در صورت انحلال و فسخ قرارداد (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۴۷) و در برخی دیگر مثل انگلیس (اشتیموف، ۱۳۷۸: ۲۹/۱) و آمریکا (White & Summers ۱۹۹۲: ۲۶۵) بدون انحلال قرارداد پیش‌بینی شده است. از مفهوم ماده ۸۸ کنوانسیون که دو حالت انتقال و عدم انتقال مالکیت کالا به خریدار را بیان می‌کند و تفکیکی بین این دو حالت قائل نشده، می‌توان دریافت که حق بازفروش برای فروشنده بدون شرط انحلال قرارداد پیش‌بینی شده است (schlechtriem ۱۹۹۸: ۶۸؛ اشتیموف، ۱۳۷۸: ۲۹/۱)؛ لذا بازفروش را می‌توان بر اساس نظریه نمایندگی توجیه کرد. طرف ذی‌حق به نمایندگی از طرف مالک کالا که تخلف کرده است، کالا را مجدداً می‌فروشد (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۴۷).

شرایط اعمال حق بازفروش

شرایط گوناگونی برای اعمال حق بازفروش وجود دارد که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد. شرایط بازفروش در بند ۱ و ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون ذکر شده است.

الف- تأخیر در قبض (تحویل) کالا؛ اگر فروشنده وظایف خود را نسبت به تحویل کالا در رابطه با موضوع ماده ۳۰ و ۳۱ و ۳۴ (مکان تحویل، زمان تحویل، مرتبط با اسناد) کنوانسیون اجرا کرده باشد و خریدار در تحویل کالا تأخیر غیرمتعارف کند، فروشنده می‌تواند آن را به طرق مقتضی به فروش برساند. البته اگر فروشنده شروط مزبور را رعایت نکند، اثبات تأخیر خریدار در قبض کالا مشکل می‌شود (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴: ۳/۱۹۳).

ب- تأخیر در پرداخت ثمن؛ حق فروش کالا در فرض تأخیر خریدار در پرداخت ثمن در پیش‌نویس آنسیترال کنوانسیون (اصل ۷۷) و در اصل ۹۴ قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی وجود نداشت و در کنفرانس وین اضافه شده است. خریدار مسئول انجام همه اقدامات منظور شده در قرارداد برای پرداخت ثمن می‌باشد؛ بنابراین در صورت تخلف خریدار، فروشنده طبق ماده ۸۸ می‌تواند کالا را بازفروش کند. (schlechtriem ۱۹۹۸: ۶۸) به‌عنوان نمونه در دعوی بین ایران و آمریکا در خصوص قرارداد تجهیزات الکترونیکی در سال ۱۹۷۶، دیوان بین‌المللی طبق ماده ۸۸ کنوانسیون رأی به بازفروش کالا به علت تأخیر در پرداخت ثمن داد (شعاریان، ۱۳۹۳، ۱۰۲۶-۱۰۲۵).

ج- نگهداری مستلزم هزینه؛ در صورتی که نگهداری کالا دارای هزینه نامتعارف برای فروشنده باشد، طبق ماده ۸۸ کنوانسیون فروشنده حق بازفروش کالا را دارد. چون نگهداری کالا به عهده طرفی است که حق توقیف کالا را دارد (schlechtriem ۱۹۹۸: ۶۸).

د- دادن اخطار (مطلع کردن طرف دیگر)؛ هرگاه هر کدام از طرفین قصد اقدام به بازفروش کالا را داشته باشد، باید به طرف دیگر اطلاع رسانی کند. آگاه کردن طرف دیگر باید به صورت

با نظارت مدعی‌العموم بدایت محل یا نماینده او به طریق مزایده به فروش برساند، اگر آمر در محل نبوده و در آنجا نماینده‌ای نداشته باشد، فروش بدون حضور او یا نماینده او به عمل خواهد آمد؛ ولی در هر حال قبلاً باید به او اخطاریه رسمی ارسال گردد، مگر این که اموال از جمله اموال سریع‌الفساد باشد. بر این اساس حق‌العمل کار می‌تواند در صورتی که در مدت مناسبی تکلیف مال‌التجاره مشخص نشود، نسبت به فروش آن اقدام کند. این حق به‌ویژه در فرضی که مال‌التجاره در معرض فساد سریع یا کاهش قیمت است، برای حق‌العمل کار در نظر گرفته شده است. شبیه این حق نیز طبق ماده ۳۸۴ به متصدی حمل و نقل داده شده است. در این موارد حق‌العمل کار و متصدی حمل‌ونقل امین محسوب شده و باید قصد خود را به اطلاع مدعی‌العموم برساند تا فروش تحت نظر وی یا نماینده او انجام شود. هر چند این ماده منصرف از بافروش است و آگاه کردن دادستان محل یا نماینده آن برای فروش و نظارت شرط شده ولی مبنای آن همانند بافروش به‌ویژه در فرضی که کالا در معرض فساد سریع است، جلوگیری از بروز و گسترش ضرر و زیان است؛ بنابراین اگر مقصود از بافروش در کنوانسیون بیع بین‌المللی جلوگیری از بروز خسارات و هزینه‌های بیشتر و غیره باشد، این منظور در مواد قانون تجارت نیز مورد توجه قرار گرفته است.

ب- با صدور قرار تأمین خواسته نسبت به مال متعهد (مبیع) و توقیف آن، سپس فروش آن (مواد ۱۲۹ - ۱۰۸ ق.آ.د.م.) هدف بافروش کالا را تأمین کرد.

ج- با در نظر گرفتن وحدت بنیادین بین مسئولیت مدنی قراردادی و قهری و توجه به ماده ۳ ق.م.م؛ که تعیین نحوه جبران خسارت را به دادگاه سپرده است، می‌توان بافروش کالا را به‌عنوان یکی از راه‌های جبران خسارتی که توسط قاضی مقرر می‌شود، پذیرفت. در ماده ۳ مقرر شده است: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع‌و‌احوال قضیه تعیین خواهد کرد، جبران زیان را به‌صورت مستمری نمی‌توان تعیین کرد، مگر آنکه مدیون، تأمین مقتضی برای پرداخت آن بدهد یا آنکه قانون آن را تجویز نماید».

بحث و نتیجه‌گیری

بافروش (حق فروش مجدد کالا) یکی از حقوقی است که فروشنده یا خریدار در صورت استنکاف بدون دلیل طرف دیگر نسبت به تعهداتشان مثل پذیرفتن کالا یا پرداخت ثمن دارند. این حق در کنوانسیون بین‌المللی بیع کالا (وین ۱۹۸۰) و قانون برخی از کشورها پیش‌بینی شده است؛ اما بر اساس قوانین کلی حاکم بر بین‌المللی تصریح نشده است؛ اما بر اساس قوانین کلی حاکم بر آن می‌توان این حق را برای فروشنده قرار داد. بافروش در فقه امامیه و حقوق ایران جایگاهی نداشته است. توجیه آن به تقاض و اختیار تأخیر ثمن صحیح نیست؛ زیرا اختیار تأخیر ثمن اثر فسخ یا بطلان بیع پس از گذشت سه روز و تقاض فرع بر صحت بیع و ملکیت خریدار است و هر دو منصرف از قصد کنوانسیون هستند؛ زیرا کنوانسیون، بافروش را حق و تکلیف دانسته و اثر فسخ یا انحلال قرارداد نمی‌داند. از سویی با استفاده از دو قاعده لاضرر و عسر و حرج در فقه و از سوی دیگر با توجه به

اجراهایی که در فقه امامیه و حقوق ایران شمرده شده تفاوت ماهوی دارد؛ لذا دو حالت وجود دارد. ۱- با توجه به تعریف و شرایط بافروش در کنوانسیون نتیجه گرفته شود که بافروش با مبنای فقهی و حقوقی ایران تعارضی ندارد، مخصوصاً اگر بافروش بر مبنای انحلال قرارداد باشد؛ لذا یا طرفین در ضمن عقد آن را قرار دهند یا قانونگذار آن را در قوانین داخلی پیش‌بینی کند. ۲- بافروش را بر اساس برخی قواعد و بعضی از مواد قانونی توجیه کرد.

قبل از توجیه بافروش راه‌حلی‌هایی که برای امتناع خریدار از تعهداتش وجود دارد را مختصراً بیان کرده و سپس آنها را نقد می‌کنیم.

الف- فروشنده می‌تواند به دادگاه رجوع کند و الزام خریدار را مبنی بر اقدام به تسلیم مبیع بخواهد؛ خواه بر مبنای شرط ضمن عقد ماده ۲۳۷ ق.م. باشد یا بر اساس آنچه از قسمت اخیر ماده ۳۸۷ استنباط می‌شود.

این راه حل هر چند در بعضی موارد مناسب است؛ اما در تمام موارد نمی‌تواند راه حل جامعی باشد؛ زیرا در مواردی مثل غیبت خریدار یا مفقودالامر بودن وی نمی‌تواند از خسارات احتمالی که متوجه فروشنده است جلوگیری کند.

ب- فروشنده به دلیل عسر و حرج و ضرر وارده بیع را فسخ کند. اگر مبنای اختیار را دو قاعده لاضرر و عسر و حرج دانسته، چنان‌که برخی از فقها گفته‌اند (نجفی، بی‌تا: ۲۳/۵۲؛ انصاری، ۱۳۳۹: ۲۴۴؛ امام خمینی، ۱۴۰۹: ۳۸۷/۴) این دو قاعده حکم اولیه لزوم بیع را برداشته و به‌عنوان حکم ثانوی، فروشنده دارای حق فسخ می‌شود و به این ترتیب از خود دفع ضرر می‌کند. به نظر می‌رسد راه حل مناسبی نیست؛ زیرا دلیلی برای فسخ وجود ندارد، شرایط هیچ‌خبری در اینجا محقق نیست. همچنین بعید است که بتوان از طرق مذکور اختیار فسخ را برای فروشنده ثابت نمود، چنان‌که برخی از فقها مدرک اختیار را فقط اخبار خاص بیان کرده‌اند (بحرانی، ۱۳۳۶: ۴۵/۱۹).

ج- تحویل مبیع به حاکم با توجه به ماده ۲۷۳ ق.م. امتناع صاحب حق (خریدار) از قبول آن (مبیع) سبب برائت ذمه مدیون (فروشنده) نمی‌شود، بلکه فروشنده باید به حاکم رجوع نماید و کالا را تحویل دهد، آنگاه از آن تاریخ مسئول خسارات احتمالی نخواهد بود؛ اما اگر بدون رجوع به خریدار یا نماینده وی به حاکم رجوع کند، ذمه او بری نمی‌شود و مسئول خسارات احتمالی در زمان تصرف حاکم نیز خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲۴۴؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۵).

با توجه به قواعد عمومی و قوانین موضوعه بافروش را توجیه می‌کنیم.

الف- بافروش را با الغاء خصوصیت از مواد ۳۷۱ و ۳۷۲ ق.ت. و استخراج یک قاعده عام از آن دو می‌توان توجیه کرد، به این ترتیب که حکم جواز فروش مال توسط متعهد له در صورت عدم امکان الزام متعهد به جبران خسارت و پرداخت دیون، به‌عنوان وثیقه مطالبات و ابزار جبران خسارت باشد.

ماده ۳۷۲ ق.ت. مقرر می‌دارد: «اگر فروش مال ممکن نشده و یا آمر از اجازه فروش رجوع کرده و مال‌التجاره را بیش از حد متعارف نزد حق‌العمل کار بگذارد حق‌العمل کار می‌تواند آن را

مواد ۳۷۱ و ۳۷۲ قانون تجارت و ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی در حقوق ایران می‌توان زمینه پذیرش بازفروش را مهیا کرد. ضمن اینکه الحاق به کنوانسیون و پذیرش بازفروش، منافاتی با مبانی و قواعد شرع و قانون ندارد؛ بنابراین فروشنده در صورت تخلف خریدار از تعهداتش می‌تواند مبیع را بر اساس قیمت رایج، به فروش برساند، سپس ثمن حاصل از فروش را، پس از کسر هزینه‌های ناشی از فروش از جمله اجرت‌المثل فروش، به خریدار بپردازد و در صورتی که ثمن آن، کافی نباشد، نسبت به مقدار کسری به خریدار رجوع کند.

منابع

اشتموف، کلاویوم (۱۳۷۸). *حقوق تجارت بین‌الملل*. ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران. تهران: انتشارات سمت.
امینی، علیرضا؛ آیتی، محمدرضا (۱۳۹۰). *تحریر الروضه فی شرح اللمعه*. تهران: انتشارات سمت.
امامی، حسن (۱۳۷۱). *حقوق مدنی*. تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة.
----- (۱۳۴۹) *حقوق مدنی*. تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة.
انصاری، مرتضی (۱۳۷۹) *مکاسب*. قم: انتشارات محبین.
----- (بی‌تا). *کتاب‌المکاسب*. جلد ۶. تهران: چاپ‌کنگره.
----- (۱۳۳۹). *المکاسب*. قم: اسماعیلیان.
بحرانی، شیخ یوسف (۱۳۳۶). *حداثق الناصره الی احکام العتره الطاهره*. نجف: بی‌نا.
بروجردی عبده، محمد (۱۳۷۸). *حقوق مدنی*. تهران: گنج دانش.
جبعی عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی) (۱۴۰۵). *الروضه البهیة فی شرح لمعه اللمشقیة*. بیروت: مطبعه آداب.
جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
----- (۱۳۸۱). *لزوم و جواز در عقد و ایقاعات*، تحولات حقوق خصوصی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
چزاره ماسیمو بیانکا، با همکاری جمعی از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان (۱۳۷۴). *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*. کنوانسیون ۱۹۸۰ وین. ترجمه مه‌راب داراب پور. تهران: کتابخانه گنج دانش.
حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی) (۱۴۱۵). *شرایع الاسلام فی المسائل الحرام و الحلال*. قم: انتشارات بهمن.
----- (۱۳۷۷). *شرایع الاسلام فی المسائل الحرام و الحلال*. قم: مکتبه اسلامیة.
حلی علامه (بی‌تا). *تذکره الفقها* (بی‌تا). تبریز: مکتبه الرضویه لاحیاء آثار الجعفری.
خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۳). *مبانی تکمله المنهاج*. قم: بی‌نا.
----- (۱۴۱۰). *منهاج الصالحین*. قم: ناشر مدینه‌العلم.
شهبندی، مهدی (۱۳۷۷). *تشکیل قراردادهای و تعهدات*. تهران: نشر حقوقدان
----- (۱۳۷۹). *اصول قراردادهای و تعهدات*. تهران:

نشر عصر حقوقدان
----- (۱۳۸۳). *سقوط تعهدات*. چاپ ششم. تهران: انتشارات مجد.
شعاریان، ابراهیم؛ فرشاد رحیمی (۱۳۹۳). *حقوق بیع بین‌المللی*. تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
صفایی، سید حسین و دیگران (۱۳۸۴). *حقوق بیع بین‌المللی*. (بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ و مقایسه آن با مقررات بیع در حقوق ایران، فرانسه انگلیس، امریکا). تهران: دانشگاه تهران.
صفایی، سید حسین (۱۳۷۵). *حقوق مدنی و تطبیقی*. تهران: نشر میزان.
صفایی، سید حسین؛ عادل، مرتضی؛ کاظمی، محمود (۱۳۹۳). *حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران
طباطبایی یزدی، محمد کاظم (بی‌تا). *حاشیه بر مکاسب*. بی‌جا: چاپ قدیم (رحلی).
عاملی، شیخ حر (۱۴۱۴). *وسائل‌الشیعه*. جلد ۱۸. قم: موسسه آل بیت لاحیاء التراث.
قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۸۸). *ضمانت اجرای تأخیر در پرداخت ثمن، حقوق تطبیقی*. تهران: انتشارات سمت.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*. چاپ ششم. تهران: میزان.
----- (۱۳۷۲). *حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود معین*. چاپ پنجم. تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
----- (۱۳۷۳). *دوره عقود معین*. بیع. تهران: انتشارات برنا.
----- (۱۳۸۰). *قواعد عمومی قراردادهای*. تهران: سهامی انتشار.
کیایی؛ عبدالله (۱۳۷۶). *التزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله*. تهران: انتشارات ققنوس.
محقق داماد، سید مصطفی (بی‌تا). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
----- (۱۳۸۴). «مفاد شرط فعل مال ضمن عقد در حقوق اسلامی». *مجله تحقیقات حقوقی*. سال سی‌ام. شماره ۶۴. صص ۸۵-۱۱۴.
موسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی رم (۱۳۷۸). *اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
موسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (۱۳۷۹). *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*. ترجمه بهروز اخلاقی. تهران: شهر دانش.
----- (۱۳۹۳). *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، بر اساس نسخه ویرایش شده سال ۲۰۱۰*. ترجمه بهروز اخلاقی و فرهاد امام. چاپ سوم. تهران: موسسه مطالعات پژوهش‌های حقوقی، شهر دانش.
موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۱۵). *تحریر الوسیله*. تهران: موسسه نشر آثار امام خمینی.
----- (۱۴۰۹). *کتاب‌البیع*. قم:

Convention on contracts for the international sale of good-kluwer-boston-1989
Honnold. John. O. (1991)**Uniform Law for International Sales Under the** 1980. United Nations Convention Kluwer nd ed London.
Schlechtriem Peter(1998)**Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods** translated by G. Thomas Oxford University Press.
White and Summers R.S. (1992) **Hand book of the Law Under Uniform Commercial.**

دارالفکر.
----- (۱۳۶۳). کتاب البیع. جلد ۳ و ۵.
قم: موسسه مطبوعات اسماعیلیان.
نجفی، محمد حسن (۱۲۶۶). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
نهرینی، فریدون (۱۳۸۳). *ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران (با توجه به آرای دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور)*. تهران: کتابخانه گنج دانش.