

مقاله علمی پژوهشی

مقایسه ضمانت اجرای خریدار و فروشنده در فقه امامیه و حقوق ایران با بازفروش کالا در

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰)

فاطمه رجائی^{۱*}، سیدمحسن آذیز^۲

۱. استادیار فقه و مبانی حقوق، دانشگاه حکیم سبزواری

۲. استادیار فقه و مبانی حقوق، دانشگاه حکیم سبزواری

(دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۰۳ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۰۷)

Comparison of Buyer and Seller Guarantees in Imamieh Jurisprudence and Iranian Law with the Repurchase of Goods in the International Commodity Convention (Vienna 1980)

Fateme Rajaei^{1*}, Seyed Mohsen Aziz²

1. Assistant Professor of Jurisprudence and Legal Fundamentals, Hakim Sabzevari University

2. Assistant Professor of Jurisprudence and Legal Fundamentals, Hakim Sabzevari University

(Received: 22/Feb/2020

Accepted: 27/May/2020)

Abstract

on one the executive guarantees in buyer and seller commitments in case of refusing for doing commitment International selling convention between Iran English Franch and unidroit. In Iran law the right of goods reselling is possible in case of contract would be dissolution by means of one of the law or contract ways. There for executive guarantees is not fore seen like conventions. The importance of studying this issue in case of Iran decision to join to convention and understanding Iranian merchants law and governmental companies in contract side to joining countries of convention. The anther compares reselling right in similar institute in iran law and Imamie jurisprudence and also explain and identifying it. In author opinion justification based on vengeance and authority and price delay is not correct. According to lack of loss and default two characters of article 371-372 mortgage law reselling aspect in ready in Iran law and doesn't have any conflict to jurisdiction and law basics and seller can sell the object of sell by goodness independently according to fair current price. Therefore he should pay to buyer obtained price from selling before decreasing current expenses. In case of price would not enough to seller it was returned to buyer.

Keywords: Good Reselling, Customer Commitment, Execution Guarantee, International Convention, Price, Renegance.

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 راههای قانونی یا قراردادی فسخ شده باشد و کالا به متعاملین برگشت داده شده باشد. اهمیت و ضرورت بررسی بازفروش 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 بازفروش، آن را با نهادهای مشابه در فقه امامیه و حقوق ایران مقایسه کرده و توجیه آن را به تقاض 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 بازفروش در حقوق ایران مهیا است لذا تارضی با مبانی فقهی و حقوقی ندارد.

کلیدواژه‌ها: بازفروش کالا، تعهدات مشتری، ضمانت اجرا، کنوانسیون بیع بین‌المللی، خیار تأخیر ثمن، تقاض.

* Corresponding Author: Fateme Rajaei

E-mail: f.rajaei.at.hsu.ac.ir

نویسنده مسئول: فاطمه رجائی

مقدمه

کنید شرایط ذیل به وجود آمده ۱- مبیع از مواردی است که در کمتر از سه روز فاسد یا کم قیمت نمی شود، بنابراین مضمول ماده ۴۰۹ ق.م و خیار ما یفسد لیومه نمی شود. ۲- ثمن در معامله مؤجل است، بنابراین مضمول ماده ۴۰۲ ق.م و خیار تأخیر ثمن قرار نمی گیرد. ۳- فروشنده سایر خیارهای 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 ضمانت معاوضی به خریدار منتقل می شود ولی گاهی ممکن است در حالی که مبیع در معرض فساد یا کاهش فاحش قیمت قرار گیرد، دسترسی به خریدار نباشد یا مورد شناسایی قرار نگیرد، چه راه حلی می توان برای فروشنده تصور کرد؟ این نوشتار در پی پاسخ به این پرسش‌هاست. لذا ضمانت اجرای تعهدات خریدار و فروشنده در صورت امتناع از تعهداتشان را در فقه امامیه و حقوق ایران برشمرده سپس حق بازرش را در کنوانسیون بیع بین المللی و اصول قراردادهای بین المللی 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 بازرش که در کنوانسیون به عنوان یکی از ضمانت اجرای تعهدات خریدار و فروشنده در صورت امتناع از انجام تعهد پیش بینی شده است، در ابتدا به ضمانت اجرای 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 می گیرد یا بر اساس قواعد عمومی سازگار با شرع و قانون است یا خیر را مورد بررسی قرار می دهیم. طبق ماده ۳۶۲^۴ پس از وقوع عقد بیع، فروشنده و خریدار موظفند به تعهدات خود عمل کنند، یعنی فروشنده مبیع و خریدار ثمن را تحویل دهد.

3. Principles of International Commercial Contracts,

این اصول که اولین نسخه آن در سال ۱۹۹۴ (unidroit) توسط مؤسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی تدوین شده؛ 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/blackletter2010_english.Pdf

که در این مقاله به اختصار «اصول بین المللی» نامیده می شود.

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

در تمام سیستم‌های حقوقی، ضمانت اجرای متعددی درباره امتناع بایع یا مشتری نسبت به انجام تعهدات ایشان پیش بینی شده است. یکی از این ضمانت اجراها در کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره قراردادهای بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین^۱ و برخی کشورها در خصوص خودداری کردن خریدار از تحویل کالا و پرداخت ثمن، «حق بازرش»^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 ضمانت اجرای در این باره در فقه امامیه و حقوق ایران مثل حق فسخ، بطلان بیع و موارد دیگر وجود دارد اما بازرش به این شکل پیش بینی نشده است. اهمیت موضوع مورد بررسی اولاً در صورت تصمیم ایران جهت الحاق به کنوانسیون و ثانیاً به جهت شناخت حقوق تجار و شرکت های دولتی طرف معامله با کشورهای ملحق شده به کنوانسیون روشن می گردد. هر چند مقالاتی در این زمینه نگارش شده است ولی تمام ضمانت اجرای 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 هر گاه 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 پیش بینی شده است؟ این امتناع به طرفین عقد چه اختیاراتی می دهد؟ با دقت در مبنای ضمانت اجرای تعهدات خریدار می توان حق بازرش را به عنوان یک ضمانت اجرا پذیرفت؟ حق بازرش با مبنای فقهی و حقوقی سازگار است یا خیر؟ به عبارت دیگر می توان 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 نمی دهد و با عدم انجام تعهد خود خسارات فراوانی به فروشنده وارد می آورد، درباره ضمانت اجرای این تعهد خریدار نیز در قانون صراحتی دیده نمی شود. حال فرض

1. A convention on contracts the international sale of goods (1980)

که در این مقاله به اختصار «کنوانسیون» نامیده می شود. جهت مشاهده متن انگلیسی این کنوانسیون رک:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.Pdf>

2. resale

توانایی تحویل مبیع را داشت، بنا بر نظر برخی از فقها، عقد باطل نمی شود، و تعهد فروشنده مبنی بر تسلیم مبیع همچنان باقی است، و لیکن خریدار بین فسخ معامله یا امضای آن مخیر است. (شهید ثانی، ۱۴۰۵: ۳/۴۲۲؛ نجفی، بی تا: ۲۴/۳۳۶؛ امام خمینی، ۱۴۱۵: ۱/۵۴۶).

تبدیل ید فروشنده و خریدار به ید غاصبانه

هرگاه فروشنده و خریدار، مبیع و ثمن را عمدتاً 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 می شود؛ زیرا عده ای از فقها بیان کرده اند که وجوب تسلیم مبیع و امتناع غیر قانونی آن که در حکم غاصبانه بودن ید است، از احکام عقلایی مترتب بر عقد بیع می باشد 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 گردیده اند 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 می شوند (امام خمینی، ۱۳۶۳: ۳۷۱/۵) و مشمول قسمت اخیر ماده ۳۰۸ ق.م.شده و احکام غضب 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) می شوند. (امامی، ۱۳۴۹: ۴۳۵/۱)

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 می تواند 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 کنند، فقهای امامیه اجبار و الزام هر دو را ترجیح داده اند (نجفی، ۱۲۶۶: ۱۴/۲۳؛ انصاری، بی تا: ۲۶۱/۶).

حق تقاص

در صورتی که خریدار از پرداخت ثمن خودداری می کند، فروشنده می تواند از مالی که از خریدار در اختیار دارد حتی به عنوان ودیعه، ثمن را که بر اساس عقد بیع مالک آن است از

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 به صورت شرط ضمن عقد پیش بینی نمایند. یا در ضمن عقد شرط کنند اگر خریدار در موعد مقرر ثمن را تأدیه نکند بیع منفسخ گردد، در این صورت شرط انفساخ به صورت شرط نتیجه عمل می کند. در صورتی که طرفین ضمانت اجرایی را در ضمن عقد تعیین نکنند، ضمانت اجراهای ذکر شده در فقه و قانون به قرار ذیل است.

بطلان بیع

هرگاه 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. به عنوان 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 غیر ممکن بوده، یا ثمن کلی فی الذمه بوده و پرداخت آن متعذر شده، بیع باطل است. یا ناتوانی فروشنده از تسلیم مبیع به سبب دو عامل تلف مبیع و متعذر یا غیر ممکن شدن تسلیم باشد. هرگاه مبیع عین معین یا کلی در معین باشد، بعد از بیع معلوم شود که مبیع به هنگام انعقاد بیع، از بین رفته بوده است، درحالیکه خریدار و فروشنده از این امر غافل بوده اند، بیع باطل است. (شهیدی ۱۳۷۷: ۲۲۹/۱؛ امامی، ۱۳۷۱: ۱/۴۲۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۲۷۵/۱-۲۷۶) این مطلب را می توان از ماده ۳۶۱ ق.م. که یکی از شرایط صحت عقد را موجود بودن مبیع به هنگام انعقاد عقد می داند و همچنین از قسمت اخیر ماده ۳۴۸ ق.م که قدرت بر تسلیم و تسلط فروشنده و خریدار را بیان می کند، دریافت. اگر مصادیق مبیع کلی در معین و مبیع کلی فی الذمه 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 (ماده ۳۴۸ ق.م).

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 تعهد خود را عمل کند، بیع باطل است و اگر مبیع عین معین باشد بیع منفسخ خواهد شد. (امامی، ۱۳۴۹: ۴۳۱/۱) 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

از اموال فروشنده بگیرد و اگر از آن جنس نباشد، اخذ به مقدار قیمت آن جایز می باشد و اگر اخذ آن امکان نداشته باشد مگر با فروش مالی از وی، می تواند آن را بفروشد، به مقدار مبیع بردارد و بقیه را رد کند. (همان)

تقاص برای غیر صاحب حق جایز نیست، مگر اینکه ولی یا 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: ۴۷/۱)

دیدگاه حقوقدانان در تقاص

حقوقدانان معتقدند که 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 (میر محمد صادقی، ۱۳۷۹: ۱۶۷) و در ایقاع بودن تقاص چه ان را مفید ملکیت دائم بدانیم یا آن را یک معاوضه مادامیه تلقی کنیم اختلافی بین حقوق دانان نیست؛ زیرا در تقاص شخص طلبکار معادل طلب خود را از مال مدیون منکر یا ممتنع یا مامطل تملک میکند و در این تملک نیازی به جلب رضایت مدیون نیست و صرف قصد انشاء در این تصرف کفایت می کند. بنابراین، تقاص مال به جهت شرط بودن قبض یا تصرف عمل مال مورد تقاص از جمله ایقاعات عینی محسوب می گردد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۱۵۱)

فسخ

الف) حق فسخ خریدار

خریدار می تواند 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 می تواند عقد را فسخ نماید یا خیر؟ بین فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ اکثر فقها در باب بیع معترض این مسئله نشده اند، 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، می تواند عقد مشروط را در صورت عدم وفای مشروط علیه به شرط فسخ نماید یا خیر؟ بیان داشته اند. در میان این آراء دو نظر مهم دیده می شود.

اموال وی تقاص کند. همچنین خریدار در صورت عدم تسلیم مبیع از سوی فروشنده، می تواند از اموالی که از وی در اختیار دارد حق خود را تقاص کند. (حلی، ۱۴۱۵: ۱۱۱/۴؛ امینی، آیتی، ۱۳۹۰: ۱۸۶)

تقاص عبارت است از «طلبکار، بدون مراجعه به دادگاه (اگر خوف فتنه نباشد) از اموال بدهکاری که دین خود را انکار می کند یا از پرداخت آن امتناع می ورزد، به قدر طلب خود، یک-جانبه به قصد تملک بر دارد». (نجفی، ۱۲۶۶: ۲۴/۳۳۶)

در قوانین موضوعه ایران نصی درباره تقاص وجود ندارد اما در کتب فقهی به طور مفصل به آن پرداخته شده است، لذا با توجه به تعریف آن می توان تقاص را زیر مجموعه آنچه که قانون مدنی در موارد تهاتر غیر قراردادی و غیر قضایی آورده، قرار داد (لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۳۷۹/۲) و اگر تقاص را زیر مجموعه تهاتر غیر قراردادی و غیر قضایی قرار نداده و قائل شویم که تقاص با تهاتر متفاوت است، می توان با استناد به اصل ۱۷۶ قانون اساسی، این مورد را جزو موارد سکوت قانون تلقی نمود و به فتاوی معتبر فقها رجوع نماییم، چنانکه برخی از فقها صریحاً تقاص را یکی از راههای استیفای دین شمرده اند. (نجفی، بی تا: ۲۴/۳۹۰) شرایط اعمال حق تقاص در کتب فقهی ذکر شده است. من جمله مطالبه حق توسط تقاص کننده و استتکاف بدهکار، عدم امکان انتزاع عین، عدم امکان ترافع نزد حاکم، علم مقاص به وجود حق، اهلیت مقاص را می توان نام برد (امام خمینی، ۱۴۱۵: ۲/۴۳۶؛ خویی، ۱۴۰۳: ۴۷/۱). اعمال حق تقاص ممکن است به حسب 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 به قرار ذیل است.

الف) هرگاه مبیع عین معین باشد، خریدار می تواند بدون اذن فروشنده آن را اخذ نماید، زیرا مبیع به موجب عقد به ملکیت او در آمده و هرکس بخواهد در مال خود تصرف کند نیاز به اذن دیگری ندارد (قاعده تسلیط). (نجفی، بی تا: ۲۴/۳۹۰؛ امام خمینی، ۱۴۱۵: ۲/۴۳۶)

ب) هرگاه مبیع کلی فی الذمه باشد و فروشنده منکر حق خریدار گردد، در تسلیم مامطله بنماید، خریدار می تواند از اموال فروشنده تقاص کند. و تقاص از غیر جنس مبیع جایز است. (همانجا)

ج) اگر مبیع عین معین یا در حکم آن باشد و خریدار متمکن از اخذ آن نباشد، می تواند از جنس مالش به مقدار مبیع

اجل بین آن دو سه روز است، پس اگر آن را پس از سه روز به خریدار تحویل داد، بیع منعقد شده است و گرنه بیعی بین آن دو نیست» (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۱۸/۳۵۷) و سه روایت دیگر در این مورد وجود دارد که در وسائل‌الشیعه باب نهم از ابواب خیار جمع‌آوری شده است. (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۱۸/۲۲ و حرعاملی، ۱۴۱۴: ۱۸/۲۳) امام خمینی در کتاب البیع می‌نویسد: «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 غیر متعارف، نوعاً یا بر حسب غالب امری حرجی است». (۱۴۰۹: ۴/۳۸۷) در نهایت پس از نقد و بررسی مدرک این خیار را صرفاً روایات خاص این باب می‌دانند. شرايطی که از مواد ۲۳۷ تا ۲۴۰ قانون مدنی ماده مذکور و مواد بعدی و اقوال فقها برای تحقق خیار تأخیر ثمن استنباط می‌شود:

- ۱- مبيع عين خارجی یا در حکم آن باشد.
- ۲- مدتی برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبيع مقرر نشده باشد. روایات ناظر بر مواردی است که برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبيع مدتی مشخص نگردیده باشد بنابراین روایات از موردی که در آن مدت تعیین شده انصراف دارد، همچنین قانون مدنی به صراحت مؤجل بودن مبيع 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 مبيع را به خریدار تسلیم نکرده باشد. در صورتی فروشنده دارای خیار تأخیر ثمن می‌شود که کل مبيع را در مدت ۳ روز از تاریخ انعقاد عقد به قبض خریدار نداده باشد. بنابراین بر اساس مفهوم مخالف هرگاه فروشنده مبيع 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 بعض مبيع توسط فروشنده سبب سقوط خیار نیست. دلیل آن علاوه بر مفهوم مخالف ماده ۴۰۴ ق. م، استصحاب بقای خیار در صورت شک است.
- ۴- خریدار تمام ثمن را تأدیه نکرده باشد.

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، بی‌تا: ۴۹۰؛ محقق داماد، ۱۴۱۰: ۴۴؛ طبابایی یزدی، بی‌تا: 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، عمل بر طبق شرط است اختیاراً یا قهراً. 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: ۳-۳۳؛ شهیدی، ۱۳۷۹: ۳-۴۲؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۷۸ و ۱۹۶)

با توجه به مواد ۲۳۷ تا ۲۴۰ قانون مدنی در باب شروط ضمن عقد، مشروط له باید در ابتدا به حاکم رجوع نموده اجبار مشروط علیه را بر انجام شرط بخواهد و هر گاه اجبار متعذر شد حق فسخ برای او به وجود می‌آید. به عبارت دیگر فسخ به عنوان 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 مبيع عين خارجی یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبيع بين دو طرف معامله اجلی معین نشده باشد، اگر ۳ روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه فروشنده مبيع را تسلیم خریدار نماید و نه خریدار تمام ثمن را به فروشنده بدهد، فروشنده مختار در فسخ معامله می‌شود».

فقها (نجفی، بی‌تا: ۲۳ / ۵۲؛ انصاری، ۱۳۳۹: ۲۴۴) دلیل این خیار را روایات مستفیضه دانسته‌اند، از جمله روایت علی بن یقطين که می‌فرماید: «سوال کردم از ابوالحسن (ع) در مورد شخصی که بیعی منعقد ساخته در حالی که آن را به قبض طرف مقابل خود در نیاورده و ثمن را قبض نکرده، فرمودند:

کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۱/ ۳۲۹) البته باید به این نکته نیز توجه کرد که نمی توان حق حبس را نسبت به منافع و نمائات اعمال کرد چنان که نمی توان مبیع را برای استیفای منافع ثمن حبس کرد. (انصاری، ۱۳۳۹: ۳۱۲)

ضمانت اجرای قراردادی

هر کدام از فروشنده و خریدار می توانند ضمانت اجرایی را در صورت عدم انجام تعهد توسط طرف مقابل مانند پیش بینی فسخ یا انفساخ یا وجه التزام در ضمن عقد شرط کنند. (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۲۲۱-۲۲۲) وجه التزام به صورت پیش بینی خسارت تاخیر یا عدم انجام تعهد می شود. (همان: ۲۱۲) این ضمانت اجراها بر اساس ماده ۱۰ ق.م و عدم منع شرعی و قانونی ممکن است.

بازرش در کنوانسیون و اصول بین المللی

همان طور که بیان گردید یکی از ضمانت اجرایی که در کنوانسیون بیع بین المللی کالا درباره تعهدات خریدار و فروشنده وجود دارد بازرش است. از آنجایی این نوشتار درصدد مقایسه آن با ضمانت اجراهای فقه امامیه و حقوق ایران است به صورت مختصر به آن اشاره می شود.

۱. تعریف بازرش

تعریفی از بازرش به طور صریح در کنوانسیون ذکر نشده است. در ماده ۲۸۸ کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره قراردادهای بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین، به حق بازرش اشاره شده است. به موجب بند ۱ ماده ۸۸ حق بازرش به طرفی داده می شود که موظف به حفاظت کالا است.

۲. ماده ۸۸-۱ چنان چه تاخیر غیر متعارف در تصرف کالا، یا باز پس گیری آن یا پرداختش یا هزینه های محافظت از کالا توسط یک طرف قرار داد رخ دهد، طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ مکلف به حفاظت از کالا می باشد می تواند آن را به طرق مقتضی بفروشد، مشروط به اینکه اخطار متعارفی 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 حتی الامکان اخطاری مبنی بر قصد خویش برای فروش کالا به طرف دیگر بدهد. منبع ترجمه کنوانسیون را بیان کنید. ۳- طرفی که اقدام به فروش کالا می نماید حق دارد از عایدات فروش مبلغی معادل مخارج فروش به هزینه های متعارف برای حفاظت کالا برای خویش منظور دارد مشار الیه باید حساب باقی مانده عایدات را به طرف دیگر بدهد. (صفایی، ۱۳۷۵: ۵۱۴)

اگر خریدار ثمن را در مدت ۳ روز از تاریخ انعقاد عقد تادیه کرده باشد، فروشنده حق خیار تاخیر ثمن را ندارد. (مفهوم ماده ۴۰۲ و ۴۰۴) البته تادیه مقداری از ثمن براساس ماده ۴۰۷ ق.م موجب سقوط خیار فروشنده نمی گردد. ۱ (نهرینی، ۱۳۸۳: ۲۶۶) در صورتی که خریدار به طور ارادی تاخیر در تادیه ثمن می کند فروشنده می تواند 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 می داند: «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 می تواند در تسلیم آن امتناع کند». هر چند 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: ۴/ ۳۷)

در صورتی خیار تفلیس برای فروشنده و خریدار ایجاد می شود 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 می شود و جایی برای خیار باقی نمی ماند. (نجفی، بی تا: ۲۵/ ۲۷۹؛ شهید ثانی، ۱۴۰۵: ۴/ ۳۴؛ امامی، ۱۳۴۹: ۱/ ۵۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۵/ ۴۲۱)

حق حبس

هر یک از فروشنده و خریدار می توانند ایفای تعهد خود را منوط به ایفای تعهد از سوی طرف دیگر معامله نماید. (امام خمینی، ۱۴۰۹: ۵/ ۳۷۲) این حق «حق حبس» نامیده می شود. حق حبس در عقد و عقود معاوضی دیگر جاری است. در قانون مدنی به صراحت نامی از آن برده نشده، ولی در ماده ۳۷۷ ق.م به آن اشاره کرده است. بنابراین تسلیم مبیع در موردی که حق حبس به دلیلی از دلایل مانند تادیه ثمن یا مؤجل بودن آن ساقط شده باشد، لازم است. (بروجردی عبده، ۱۳۷۸: ۲۲۰؛

۱. «تسلیم بعض ثمن یا دادن به کسی که حق قبض ندارد خیار فروشنده را ساقط نمی کند.»

بنابراین می توان این تعریف را برای بازر فروش 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 بازر فروش کالا را دارد، باید به قانون فروش و روش آن، در کشوری که قصد بازر فروش دارد عمل کند. اگر در آن مکان شیوه های گوناگونی برای بازر فروش وجود داشت؛ برای انتخاب شیوه بازر فروش 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 بازر فروش تصریح نکرده است. (Honnold 1991: 584) صفایی، ۱۳۷۵: ۴۵۰) لذا روش مناسب فروش؛ اولاً بر اساس قانون کشوری است که در آنجا بازر فروش انجام می شود. ثانياً براساس ماهیت کالا و بررسی روشهای فروش آن و نفع طرفین انتخاب می شود.

۲. اندراج حق بازر فروش در قوانین

حق بازر فروش با اندکی تفاوت در حقوق کشورها، کنوانسیون بیع بین المللی و اصول قراردادهای تجاری بین المللی^۳ پیش بینی شده است.

در ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ لفظ بازر فروش به صراحت ذکر نگردیده ولی حق بازر فروش بدون شرط انحلال قرارداد پیش بینی شده است. در قانون یکنواخت بیع بین المللی اشیاء منقول مادی ۱۹۶۴^۴ به حق بازر فروش تصریح شده است. در بند ۲ ماده ۶۱ این قانون، مقرر گردیده «هنگامی که بازر فروش مال برای جبران خسارت بر حسب رسوم و به طور معقول ممکن باشد فروشنده نمی تواند از خریدار پرداخت قیمت را بخواهد» بنابراین بازر فروش مبتنی بر انحلال قرارداد و بازگشت مال به ملکیت فروشنده است. و وقتی بازر فروش محقق شود قرارداد خود به خود منحل می گردد. (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۴۷) هر چند بازر فروش در این دو قانون پیش بینی شده است اما با یکدیگر تفاوت کمی دارد. در در بند سوم ماده ۷۰۶-۳ قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده^۵ UCC به بازر فروش به

به عبارت دیگر، طرفی که کالا تحت تصرف فیزیکی اوست. بنابراین طبق ماده ۸۵ فروشنده و طبق بند ۱ ماده ۸۶، خریدار، حق بازر فروش دارد ولی بیشتر فروض آن برای فروشنده است. لذا هر طرفی که حق تصرف مالکانه کالا را دارد و می تواند آن را انتقال دهد، حق بازر فروش دارد. (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۳۱) جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴: ۳/ ۱۹۹) در ماده ۷۵ به صراحت لفظ بازر فروش آمده است اما منظور از آن بازر فروش ماده ۸۸ نیست بلکه فرضی است که معامله منحل شده است در حالی که ماده ۸۸ درباره موردی است که معامله منحل نشده اما فروشنده حق فروش مجدد را دارد. صفایی بازر فروش 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 بازر فروش در ضمن تفسیر کنوانسیون نوشته اند: «هنگامی که کالا در معرض فساد سریع یا مستلزم مخارج نامتعارف نباشد، بازر فروش کالا اختیاری است ولی اگر کالا در معرض فساد سریع باشد یا نگهداری آن مستلزم هزینه های نامتعارف باشد، بازر فروش کالا اجباری است. بنابراین بازر فروش اختیاری یک حق و امتیاز و بازر فروش اجباری یک تکلیف است» (Honnold 1991: 584).

اصول ۸۵ و ۹۵ قانون متحد الشکل بیع بین المللی و اصل (۲) ۷۷ پیش نویس آسیترال کنوانسیون که پیشینه تاریخی بازر فروش هستند، بازر فروش اجباری را علاوه بر موارد فساد کالا، در مورد تلف کالا نیز جاری دانسته اند. البته با تفسیر موسع فساد سریع می توان گفت اصل (۲) ۸۸ در مورد تلف نیز اعمال می شود. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴: ۳/ ۲۱۰)

۱. ماده ۸۵: اگر خریدار نسبت به قبض کالا تاخیر نماید یا در موردی که تأدیه ثمن یا تحویل کالا باید به طور هم زمان صورت پذیرد، چنان چه خریدار موفق به تأدیه ثمن نشود و کالا در ید فروشنده باقی بماند یا مشار الیه 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 می باشد را معمول دارد. فروشنده حق دارد تا زمانی که خریدار هزینه های متعارف به انجام شده را تأدیه نماید کالا را حبس نماید. (صفایی، ۱۳۷۵: ۵۱۴)

۲. بند ۱ ماده ۸۶: اگر خریدار کالا را دریافت کرده و قصد اعمال احدی از حقوق خود، در چار چوب 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 هزینه های متعارف انجام شده را تأدیه ننموده کالا را حبس نماید (صفایی، ۱۳۷۵: ۵۱۴)

3. unidroit

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

5. uniform commercial code

تفکیکی بین این دو حالت قابل نشده، می توان دریافت که حق بازرش برای فروشنده بدون شرط انحلال قرارداد پیش بینی شده است. (Schlechtriem, 1998: 681؛ اشتیموف، ۱۳۷۸: ۲۹/۱) لذا بازرش را میتوان براساس نظریه نمایندگی توجیه کرد. طرف ذی حق به نمایندگی از طرف مالک کالا، که تخلف کرده است، کالا را مجدداً می فروشد. (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۴۷)

۴. شرایط اعمال حق بازرش

شرایط گوناگونی برای اعمال حق بازرش وجود دارد که در ادامه مورد بررسی قرار می گیرد. شرایط بازرش 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 غیر متعارف کند، فروشنده می تواند آنرا به طرق مقتضی به فروش برساند. البته اگر فروشنده شروط مزبور را رعایت نکند، اثبات تأخیر خریدار در قبض کالا مشکل می شود. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴: ۱۹۳/۳)

ب) تأخیر در پرداخت ثمن: حق فروش کالا در فرض تأخیر خریدار در پرداخت ثمن در پیش نویس آنسیترال کنوانسیون (اصل ۷۷) و در اصل ۹۴ قانون متحدالشکل بیع بین المللی وجود نداشت و در کنفرانس وین اضافه شده است. خریدار مسئول انجام همه اقدامات منظور شده در قرارداد برای پرداخت ثمن می باشد. بنابراین در صورت تخلف خریدار، فروشنده طبق ماده ۸۸ می تواند کالا را بازرش کند. (Schlechtriem, 1998: 681) به عنوان نمونه در دعوی بین ایران و آمریکا در خصوص قرارداد تجهیزات الکترونیکی در سال ۱۹۷۶، دیوان بین المللی طبق ماده ۸۸ کنوانسیون رای به بازرش 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 بازرش کالا را دارد. چون نگهداری کالا به عهده طرفی است که حق توقیف کالا را دارد (Schlechtriem, 1998: 681)

عنوان یک روش جبران خسارت تصریح شده است. در حقوق انگلیس به موجب کامن لا و در ماده ۴۷ و ۴۸ قانون فروش کالا مصوب^۱ ۱۸۹۲ فروشنده در بعضی موارد حق بازرش دارد. (اشتیموف، ۱۳۷۸: ۲۴/۱) در حقوق فرانسه از حق بازرش برای فروشنده سخنی به میان نیامده ولی به نظر می رسد که دادگاه در صورتی که بر طبق ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی^۲ حکم به فسخ قرارداد دهد، می تواند اجازه بازرش مورد معامله را به منظور تعیین میزان خسارت صادر کند. (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۴۷)

حق بازرش به صراحت در اصول قرارداد های تجاری بین المللی^۳ پیش بینی نشده است، ولی در ماده ۱-۴-۷ مقرر گردیده حق مطالبه تمامی خسارات در صورت عدم اجرای تعهد توسط متعهد برای زیان دیده پیش بینی شده است. (اخلاقی، ۱۳۷۹: ۲۷۲؛ مؤسسه بین المللی وحدت حقوق خصوصی رم، ۱۳۷۸: ۲۲۷). با توجه به اینکه حق بازرش در بیشتر کشورها پذیرفته شده است می توان آن را به عنوان یکی از راه های جبران خسارت از مصادیق این ماده دانست. البته در نسخه ۲۰۱۰^۴ این سند نیز صراحتی درباره بازرش وجود ندارد و ماده ۱-۴-۷ نیز تغییری نکرده است. (مؤسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، ۱۳۹۳: ۳۱۲)

۳. مبنای بازرش

مبنای بازرش در حقوق کشورها متفاوت است. بازرش ممکن است براساس اراده طرفین در ضمن عقد باشد یا براساس جبران خسارت باشد. در ماده ۸۸ کنوانسیون بازرش به عنوان یک راه جبران خسارت پذیرفته شده است. اما آیا این جبران خسارت مبنی بر انحلال قرارداد است یا خیر محل بحث است. بازرش 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 1992: 265) بدون انحلال قرارداد پیش بینی شده است. از مفهوم ماده ۸۸ کنوانسیون که دو حالت انتقال و عدم انتقال مالکیت کالا به خریدار را بیان می کند و

1. sale of goods act 1892

۲. اگر یکی از طرفین قرارداد به تعهدات خود عمل نکند می توان قرارداد را فسخ کرد.

3. unidroit

4. http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010_english.Pdf

هر چند برخی به صراحت گفته اند اگر بهای بازاریابی بیشتر از قیمت قرارداد باشد مازاد آن برای طرف فروشنده خواهد بود. (White & Summers, 1992: 265) ولی به طور کلی قاعده این اقتضا را دارد که فروشنده در وضعی قرار داده شود که در صورت اجرای قرارداد برای او حاصل می شود. بنابراین فروشنده علاوه بر گرفتن خسارت خود، باید امتیازاتی را که از اجرای قرارداد می توانست بدست آورد را جبران کند. (Honnold, 1991: 59؛ اشتیموف، ۱۳۷۸: ۹۶/۱)

تطبیق بازاریابی در فقه امامیه و حقوق ایران

هر چند برخی از احکام بازاریابی با ضمانت اجرای ذکر شده در فقه امامیه و حقوق ایران مثل بطلان بیع، تبدیل ید فروشنده و خریدار به ید غاصبانه، الزام ایشان توسط دادگاه، حق تقاضا، حق فسخ خریدار و فروشنده (خیار تاخیر ثمن)، خیار تفلیس و حق حبس از جهاتی تداخل یا تشابه دارد. ولی بازاریابی با ضمانت اجرای که در فقه امامیه و حقوق ایران شمرده شده تفاوت ماهوی دارد. لذا دو حالت وجود دارد. ۱- با توجه به تعریف و شرایط بازاریابی در کنوانسیون نتیجه گرفته شود که بازاریابی با مبانی فقهی و حقوقی ایران تعارضی ندارد، مخصوصاً اگر بازاریابی بر مبنای انحلال قرارداد باشد لذا با طرفین در ضمن عقد آن را قرار دهند یا قانونگذار آن را در قوانین داخلی پیش بینی کند. ۲- بازاریابی را بر اساس برخی قواعد و بعضی از مواد قانونی توجیه کرد.

قبل از توجیه بازاریابی راه حلهایی که برای امتناع خریدار از تعهداتش وجود دارد را مختصراً بیان کرده و سپس آنها را نقد می کنیم.

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 نمی تواند راه حل جامعی باشد، زیرا در مواردی مثل غیبت خریدار یا مفقودالاثربودن وی نمی تواند 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 خیار را دو قاعده لاضرر و عسر و حرج دانسته چنانکه برخی از فقها گفته اند (نجفی، بی تا: ۵۲/۲۳؛ انصاری، ۱۳۳۹: ۲۴۴؛ امام خمینی، ۱۴۰۹: ۳۸۷/۴) این دو قاعده حکم اولیه لزوم بیع را برداشته و به عنوان حکم ثانوی، فروشنده

د) دادن اخطار (مطلع کردن طرف دیگر)؛ هرگاه هر کدام از طرفین قصد اقدام به بازاریابی کالا را داشته باشد باید به طرف دیگر اطلاع رسانی کند. آگاه کردن طرف دیگر باید به صورت 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 نمی داند. قاعده کلی مذکور در ماده ۲۷ مقرر می دارد فروش بعد از ارسال اخطار مقتضی شروع شود. (Ibid). در آراء صادره از دیوان بین المللی نیز به ارسال اخطار تاکید شده است. (شعاریان، ۱۳۹۳: ۱۰۲۶)

۵. سود حاصل از بازاریابی

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

طبق بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون طرفی که کالا را می فروشد حق دارد از عایدات فروش مبلغی معادل هزینه های 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 بازاریابی فقط مربوط به «مخارج^۱» است. مخارجی که برای حفاظت کالا مانند نگهداری، تغذیه حیوانات، انبار داری در آن جایی که مشمول ماده ۷۷ است، مخارجی که برای فروش منظور گردیده، مانند حق العمل کار در مواقعی که لازم بوده، آگهی ها و پیشنهادات عمومی که برای فروش صورت گرفته، مخارج اداری و قضائی که لازمه اقدامات مربوط به فروش بوده است. (Schlechtriem, 1998: 684)

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

دارای حق فسخ می شود و به این ترتیب از خود دفع ضرر می کند.

به نظر می رسد که راه حل مناسبی نیست؛ زیرا دلیلی برای فسخ وجود ندارد، شرایط هیچ خیاری در اینجا محقق نیست. همچنین بعید است که بتوان از طرق مذکور خیاری فسخ را برای فروشنده ثابت نمود، چنانکه برخی از فقها مدرک خیاری را فقط اخبار خاص بیان کرده اند. (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) نمی شود، بلکه فروشنده باید به حاکم رجوع نماید و کالا را تحویل دهد، آن گاه از آن تاریخ مسئول خسارات احتمالی نخواهد بود. اما اگر بدون رجوع به خریدار یا نماینده وی به حاکم رجوع کند، ذمه او بری نمی شود 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 بازرش را توجیه می کنیم.

(الف) بازرش را با الغاء خصوصیت از مواد ۳۷۱ و ۳۷۲ ق.ت و استخراج یک قاعده عام از آن دو می توان 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، به عنوان وثیقه مطالبات و ابزار جبران خسارت باشد.

ماده ۳۷۲ ق.ت. مقرر می دارد: «اگر فروش مال ممکن نشده و یا امر از اجازه فروش رجوع کرده و مال التجاره را بیش از حد متعارف نزد حق العمل کار بگذارد حق العمل کار میتواند آن را با نظارت مدعی العموم بدایت محل یا نماینده او به طریق مزایده به فروش برساند، اگر امر در محل نبوده و در آنجا نماینده ای 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 سریع الفساد باشد». بر این اساس حق العمل کار می تواند در صورتی که در مدت مناسبی تکلیف مال التجاره مشخص نشود نسبت به فروش آن اقدام کند. این حق به ویژه در فرضی که مال التجاره در معرض فساد سریع یا کاهش قیمت است، برای حق العمل کار در نظر گرفته شده است. شبیه این حق نیز طبق ماده ۳۸۴ به متصدی حمل و نقل داده شده است. در این موارد حق العمل کار و متصدی حمل و نقل امین محسوب شده و باید قصد خود را به اطلاع مدعی العموم برساند تا فروش تحت نظر وی یا نماینده او انجام شود. هر چند این ماده منصرف از بازرش

است و آگاه کردن دادستان محل یا نماینده آن برای فروش و نظارت شرط شده ولی مبنای آن همانند بازرش به ویژه در فرضی که کالا در معرض فساد سریع است، جلوگیری از بروز و گسترش ضرر و زیان است. بنابراین اگر مقصود از بازرش در کنوانسیون بیع بین المللی جلوگیری از بروز خسارات و هزینه های 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 بازرش 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 بازرش کالا را به عنوان یکی از راههای جبران خسارتی که توسط قاضی مقرر می شود، پذیرفت. در ماده ۳ مقرر شده است: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد، جبران زیان را به صورت مستمری نمی توان تعیین کرد مگر آنکه مدیون، تأمین مقتضی برای پرداخت آن بدهد یا آنکه قانون آن را تجویز نماید».

بحث و نتیجه گیری

بازرش (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 بین المللی بیع کالا (وین ۱۹۸۰) و قانون برخی از کشورها پیش بینی شده است. در اصول قراردادهای تجاری بین المللی تصریح نشده است، اما براساس قوانین کلی حاکم بر آن می توان این حق را برای فروشنده قرار داد. بازرش در فقه امامیه و حقوق ایران جایگاهی نداشته است. توجیه آن به تقاص و خیاری تأخیر ثمن صحیح نیست؛ زیرا خیاری تأخیر ثمن اثر فسخ یا بطلان بیع پس از گذشت سه روز و تقاص فرع بر صحت بیع و ملکیت خریدار است و هر دو منصرف از قصد کنوانسیون هستند؛ زیرا کنوانسیون، بازرش را حق و تکلیف دانسته و اثر فسخ یا انحلال قرارداد نمی داند. از سویی با استفاده از دو قاعده لاضرر و عسر و حرج در فقه و از سوی دیگر با توجه به مواد ۳۷۱ و ۳۷۲ قانون تجارت و ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی در حقوق ایران می توان زمینه پذیرش بازرش را مهیا کرد. ضمن اینکه الحاق به کنوانسیون و پذیرش بازرش، منافاتی با مبانی و قواعد شرع و قانون ندارد.

————— (۱۴۱۰). *منهاج الصالحین*. قم: ناشر مدینه العلم.
 شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). *تشکیل قراردادهای و تعهدات*. جلد ۱. تهران: نشر حقوقدان.
 ————— (۱۳۷۹). *اصول قراردادهای و تعهدات*. تهران: عصر حقوقدان.
 ————— (۱۳۸۳). *سقوط تعهدات*. چاپ ششم. تهران: انتشارات مجد.

شعاریان، ابراهیم؛ رحیمی، فرشاد (۱۳۹۳). *حقوق بیع بین‌المللی*. چاپ اول. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

صفایی، سیدحسین 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، سیدحسین (۱۳۷۵). *حقوق مدنی و تطبیقی*. تهران: میزان.

صفایی، سید حسین؛ عادل؛ مرتضی؛ کاظمی، محمود (بی‌تا). *حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

طبیبایی یزدی، محمد کاظم (بی‌تا). *حاشیه بر مکاسب*. چاپ قدیم (رحلی).

عاملی، شیخ حر (۱۴۱۴ق). *وسائل الشیعه*. جلد ۱۸. قم: مؤسسه آل بیت لاحیا التراث.

قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۸). *ضمانت اجرای تأخیر در پرداخت ثمن، حقوق تطبیقی*. تهران: سمت.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، چاپ ششم، تهران، میزان.

————— (۱۳۷۲). *حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود معین*. جلد ۱. چاپ پنجم. تهران: نشر شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.

————— (۱۳۷۳). *دوره عقود معین*، بیع. تهران: برنا.

————— (۱۳۸۰). *قواعد عمومی قراردادهای*. تهران: سهامی انتشار.

کیایی، عبدالله (۱۳۷۶). *التزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله*. تهران: فقتوس.

محقق داماد، سید مصطفی (بی‌تا). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

بنابراین فروشنده در صورت تخلف خریدار از تعهداتش می‌تواند مبیع را براساس قیمت رایج، به فروش برساند، سپس ثمن حاصل از فروش را، پس از کسر هزینه‌های ناشی از فروش از جمله اجرت المثل فروش، به خریدار بپردازد و در صورتی که ثمن آن، کافی نباشد، نسبت به مقدار کسری به خریدار رجوع کند.

منابع

اشتیموف، کلائیوم (۱۳۷۸). *حقوق تجارت بین‌الملل*. ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران. تهران: سمت.

امینی، علیرضا؛ آیتی، محمدرضا (۱۳۹۰). *تحریر الروضه فی شرح الممعه*. تهران: انتشارات سمت.

امامی، حسن (۱۳۷۱). *حقوق مدنی*. ج ۱. تهران

————— (۱۳۴۹). *حقوق مدنی*. تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة. انصاری، مرتضی (۱۳۷۹). *مکاسب*. قم: انتشارات مجبین.

انصاری، مرتضی بن محمد امین (بی‌تا). *المکاسب*. جلد ۶ تهران: چاپ کنگره.

انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۳۹ق). *المکاسب*. قم: اسماعیلیان.

بحرانی، شیخ یوسف (۱۳۳۶ق). *حلائق الناصره الی احکام العترة الطاهره*. نجف: بی‌نا.

بروجردی عبده، محمد (۱۳۷۸). *حقوق مدنی*. تهران: گنج دانش.

جبعی عاملی، زین‌الدین (۱۴۰۵ق). *شهید ثانی*. *الروضه البهیه فی شرح لمعه الدمشقیه*. بیروت: مطبوعه 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.

چهاره ماسیمو بیانکا، با همکاری جمعی از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان (۱۳۷۴). *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، کنوانسیون ۱۹۸۰ وین*. ترجمه مهراب داراب‌پور. تهران: کتابخانه گنج دانش.

حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی) (۱۴۱۵). *شرایع الاسلام فی المسائل الحرام و الحلال*. قم: انتشارات بهمن.

————— (۱۳۷۷ق). *شرایع الاسلام فی المسائل الحرام و الحلال*. قم: مکتبه اسلامیة.

حلی، علامه (بی‌تا). *تذکره الفقهاء*. تبریز: مکتبه الرضویه لاحیاء آثار الجعفری.

خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۳ق). *مبانی تکمله المنهاج*. قم: بی‌نا.

- _____ (بی تا). «مفاد شرط فعل مال ضمن عقد در حقوق اسلامی». مجله تحقیقات حقوقی.
- مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی رم (۱۳۷۸). *اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (۱۳۷۹). *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*. ترجمه بهروز اخلاقی. تهران: شهر دانش.
- مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (۱۳۹۳). *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*، براساس نسخه ویرایش شده سال ۲۰۱۰. ترجمه بهروز اخلاقی و فرهاد امام. چاپ سوم. تهران: مؤسسه مطالعات پژوهش‌های
- حقوقی شهر دانش.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۵ق). *تحریر الوسیله*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
- _____ (۱۴۰۹ ق). *کتاب البیع*. قم: دارالفکر.
- _____ (۱۳۶۳). *کتاب البیع*. جلد ۳ و ۵. قم: مؤسسه مطبوعات اسماعیلیان.
- نجفی، محمدحسن (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.
- 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*.