

فصلنامه پژوهش حقوق

سال سیزدهم، شماره ۲۴، پاییز ۱۳۹۰

صفحات ۲۹۹-۳۳۰

بازفروش مبیع

دکتر محمد حسن صادقی مقدم mhsadeghy@ut.ac.ir

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران

عبدالله رجبی rajabya@ut.ac.ir

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

تاریخ پذیرش مقاله: ۹۰/۴/۱

تاریخ دریافت مقاله: ۸۹/۱۱/۲۰

چکیده

بازفروش مبیع را می‌توان در بیشتر نظام‌های حقوقی کنونی دنیا یافت. معنای آن، فروش مبیع از جانب یکی از طرف‌های قرارداد است که در عین عدم مالکیت بر مبیع برابرقانون ملزم به حفاظت از آن است. این کار به منظور پیشگیری از انسداد نامحدود رابطه قراردادی یا جلوگیری از فساد مبیع یا ازدیاد هزینه‌های نامتعارف نگهداری کالا صورت می‌پذیرد. کامل‌ترین نوع بازفروش مبیع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وجود دارد. در حقوق ایران، به ویژه در قوانین موضوعه، برغم نیاز روزافزون، نمی‌توان اثری از حق یا تکلیف بازفروش را یافت؛ اما یادقت در پاره‌ای نهادهای سنتی، همانند برخی از خیارهای فسخ، تقاص، اداره مال غیر یا حتی با استفاده از تصمیمات قضایی، کمابیش می‌توان به نتیجه‌ای برابر با چنین نهادی دست یافت.

واژه‌های کلیدی: بازفروش مبیع، حق حبس، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، حق بازفروش، تکلیف

بازفروش، خیار فسخ، اداره مال غیر، تقاص.

مقدمه: مفهوم بازر فروش

بازفروش میب، دستاورد روزگار کنونی و معلول پیشرفت تجارت و روابط معاملاتی است. این نهاد، عرصه تعارض اصول و نیازهاست؛ ممکن است به علت اختلاف طرف‌های بیع در تفسیر مفاد یا کوتاهی در اجرای آن، قرارداد در میان راه عقیم بماند. برای نمونه، از سویی، خریدار، میب را منطبق با قرارداد نمی‌داند و آن را پس می‌دهد و از سوی دیگر، با بیع ثمن را مطالبه می‌کند و بازپس گرفتن میب را بر نمی‌تابد. در این صورت، نگهداری کالا از جانب غیر مالک، بر هزینه‌ها می‌افزاید و خطر کاهش قیمت و تغییر کیفیت را به همراه دارد. پس، فروش مجدد میب، برای جبران هزینه‌ها و خسارات و نیز برای رهنانیدن قرارداد از بن بستنی است که در نتیجه اعمال حقوق طرف‌های قرارداد به وجود می‌آید.

با این همه، از ظاهر قوانین داخلی بر نمی‌آید برای طرف عقد بیع، که مالی را به موجب آن در تصرف داشته و در عین حال، مالکیتی بر آن ندارد، فروش میب روا باشد. لیکن، در نظام‌های حقوقی خارجی و بین‌المللی، فروش میب به دست خریدار یا فروشنده‌ای که ملکیتی بر میب ندارد، نهادی آشنا با چهره‌هایی گوناگون است. البته همه آن را به نام «بازفروش میب»^۱ نمی‌شناسند و ممکن است چند نهاد حقوقی، باهم پیامد بازر فروش را داشته باشد و با به کار گرفتن آن‌ها، مشکلات حبس نامحدود کالا، فساد مورد معامله، افزایش نامتعارف هزینه نگهداری و یا دیگر مسایل در گیر این نهاد را حل نمود. جامع‌ترین نوع بازر فروش میب را می‌توان در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۲ یافت. برابر مقررات آن سند بین‌المللی، «بازفروش میب»، نوعی ضمانت اجرا، برای پیشگیری از انسداد رابطه قراردادی مختل (بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون) و یا جلوگیری از دیاد هزینه‌های نگهداری میب (بخش دوم بند ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون) یا پیشگیری از فساد کالاهای موضوع قرارداد (بخش اول بند ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون) است.

بازفروش را به دو معنا می‌توان به کار گرفت: معنای نخست، بیع مجدد کالا از جانب خریدار عمده و به منظور توزیع است. لیکن معنای دوم که هدف این نوشته است، نفی تحمیل نگهداری نامحدود میب به طرف قرارداد و بلا تکلیفی آن است. این نهاد، از جمله راه‌های جبران خسارات قراردادی و نتیجه نگهداری و حفظ میب است. این «حق»، که در کالاهای فاسدشدنی و کالاهای مشمول هزینه زیاد، یک «تکلیف» است، ممکن است به دست «فروشنده» اجرا شود یا «خریدار».

1. Resale of Goods

2. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980/ CISG

پس، در تعریف بازفروش میب می توان گفت: «فروش میب به منظور پیشگیری از انسداد نامحدود رابطه قراردادی یا جلوگیری از فساد میب یا ازدیاد هزینه های نامتعارف نگهداری کالا به دست طرف دیگر قرارداد که در عین عدم مالکیت ملزم به نگهداری آن است». به عبارت دیگر، فروشنده یا خریدار، بنا بر شرایطی که پس از انعقاد بیع و به سبب رفتار طرف مقابل یا بیرون از اراده او ایجاد شده، برای جبران خسارات یا پیشگیری از خسارات بیشتر، میب را که ملکیت آن با انعقاد یا فسخ قرارداد، به طرف دیگر انتقال یافته، می فروشد.

مبنای بازفروش

در بازفروش، ما با اصول حقوقی گوناگونی روبرو هستیم، که در برخی موارد با یکدیگر تعارض داشته و بایستی برخی از آنان را بر دیگران حاکم دانست؛ اصل بر لزوم قرارداد و الزام آور بودن آن است؛ پس هنگام اقتضای پیشگیری از ورود زیان به یکی از طرف های قرارداد، این دو اصل، محکوم اصل «پیشگیری از ورود زیان به دیگری یا خود» می شود که بر پایه آن «می توان» و در برخی موارد، «باید» به فروش میب اقدام نمود. البته بازفروش کالا، یک استثناست و بایستی با حاکم دانستن سایر اصول قراردادی، محدوده آن را بسیار مضیق دانست. در عین حال می توان برابر قاعده تقلیل خسارت از وظیفه تقلیل و کاهش خسارت نیز استفاده کرد. مبنای بازفروش میب، تکلیف متصرف کالا بر حفاظت و نگهداری از کالا است. متصرف باید برابراوضاع و احوال برای نگهداری کالا اقدامات متعارفی را معمول نماید. (مواد ۸۵ و ۸۶ کنوانسیون)

گفتار نخست - موارد بازفروش

ممکن است که بازفروش را منتسب به «اراده طرف های قرارداد» و خواست آنان در هنگام انعقاد قرارداد نماییم و یا اینکه آن را ناشی از «قواعد جبران خسارت» بدانیم؛ در خصوص فسخ قرارداد نیز چنین تردیدی وجود دارد و برخی حقوق دانان بر آن هستند که مبنای وجود برخی از اختیارات در قرارداد، همانند خیار غبن یا خیار عیب، مسؤلیت مدنی و جبران خسارت طرف زیان دیده است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۹۸). بنابراین، گاهی اوقات حق و تکلیف بازفروش در ضمن قرارداد و به خواست طرف ها شناخته شده است. مثلاً ممکن است در قرارداد اصلی، بازفروش میب و یا حتی باز خرید کالای دیگر برای طرف غیر مقصر شرط شود تا در صورت خطای طرف دیگر، بتواند بدون استناد به مقررات خاص جبران خسارت، اقدام به بازفروش یا باز خرید نماید (Chitty,

964, p.1977). با این حال، سخن ما بر سر مواردی است که از نظر قانون و سکوت طرفین درباره این حق یا تکلیف، بتوان میبچ را برای جبران خسارات قراردادی فروخت. در ذیل، از منظر اختیار و توانایی اقدام کننده به فروش میبچ به بررسی این نهاد می پردازیم. برابر کنوانسیون بیع بین المللی کالا، با فروش ممکن است برای اقدام کننده، یک حق باشد و یا یک تکلیف. در این جا، منظور از حق، توانایی اقدام به بافروش یا فروگذاردن آن، به منظور حمایت از حقوق نگهدارنده کالا است (بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون) و منظور از تکلیف، اجبار قانونی فروش کالا است که کنوانسیون بر نگهدارنده کالا، برای حمایت از حقوق طرف مقابل تحمیل نموده است (بند ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون). لیکن پیش از هر چیز، شرط نخست بافروش، یعنی نگهداری میبچ را بررسی می کنیم و سپس به آن دو بحث می پردازیم.

بند نخست - شرط ایجاد: حفاظت از میبچ

پیش شرط بافروش میبچ، حفاظت از میبچ است. یعنی، حق یا تکلیف بافروش، هنگامی حاصل می شود که میبچ در تصرف یکی از طرف ها باشد؛ در حالی که وی مکلف به حفظ آن است. بر اساس مواد ۸۵ و ۸۶ کنوانسیون، طرفی که متصرف میبچ است، ملزم به حفاظت از آن است. این قاعده کلی، دربردارنده تعهد همکاری طرف های قرارداد است، که از این مواد و اصول کلی حاکم بر کنوانسیون برمی آید (Enderlein & Maskow, 1992, p.359). برابر این مواد، نگهدارنده بایستی حسب اوضاع و احوال، برای نگهداری کالا اقدامات متعارفی معمول نماید و طرف مقابل نیز باید هزینه های متعارف را تأدیه نماید. یکی از راه هایی که سبب رهایی از تعهد حفاظت کالا می شود، رعایت شرایط ماده ۸۸ و اخطار به طرف دیگر و فروش میبچ است. اصول اروپایی قراردادها در مواد ۱۱۰-۷ تا ۱۱۲-۷ نیز از مسایل مرتبط با نگهداری کالا و بافروش آن سخن گفته است؛ ماده ۱۱۰-۷ اصول درباره نگهداری «کالا های عینی» و فروش آن و ماده ۱۱۱-۷ آن در خصوص نگهداری «پول نقد» است. ماده ۱۱۰-۷ در بند ۱، نگهدارنده را ملزم به اقدامات متعارف حفاظت از کالا دانسته است. حقوق فرانسه نیز به حق حبس و در نتیجه، تکلیف نگهداری کالا، در ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی اشاره می کند و حبس کالا در مقابل پرداخت هزینه ها و تعهد نگهدارنده درباره حفاظت متعارف، از ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی برمی آید. علاوه بر این، در مواردی نیز خریدار کالا، حق حبس آن را دارد و بایستی به گونه ای متعارف از کالا محافظت کند، که منطبق با انصاف مقرر در ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی است (صفایی و همکاران،

۱۳۸۴، ص ۴۳۴). لازم به ذکر است که برخی نویسندگان فرانسوی حق بازداشت^۱ را از حق حبس^۲ تفکیک کرده اند؛ اولی حقی است که قانون برای طلبکار در بازداشت مال بدهکار به منظور وصول طلب خود شناخته است؛ در حالی که حق حبس ناشی از قرارداد و وابسته به تمهیدی است که از قرارداد ناشی می شود (ر. ک. شهیدی، ۱۳۸۲، ص. ۱۶۰).

«در فقه امامیه، حق امتناع از تسلیم مالی که به موجب معامله، ملک طرف مقابل شده است، بر تقدیر خودداری طرف از تسلیم، امری مورد اتفاق است و جز مقدس اردبیلی که منع از توقف نموده و به طور مطلق حکم به وجوب تسلیم کرده و لو اینکه طرف مقابل حاضر برای انجام تکلیف خود نشده باشد، ظاهراً مخالفی در بین نیست و گویا مشارالیه نظر به اطلاق لزوم وفا به عقد و اصالت عدم اشتراط داشته است» (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۲۲۲). در قانون مدنی، بر اساس ماده ۳۷۷ قانون مدنی، حق حبس در عقد بیع شناخته شده است. برخی، این حق را به سایر قراردادها گسترش می دهند و مقامی مانند یک اصل، در قراردادها برای آن قایلند (کاتوزیان، ۱۳۷۶ (ب)، صص. ۸۷ - ۹۳). برخی دیگر آن را استثنایی می دانند که تنها بر موارد مصرح قانونی حاکم است (شهیدی، آثار قراردادها، ص ۱۶۱). به هر حال، هزینه های نگهداری کالای موضوع حبس برعهده مالک آن است و اعمال حق حبس مسئولیتی برای حبس کننده ندارد.

با همه این اوصاف، حق حفظ و نگهداری کالا در کنوانسیون، ضرورتاً همان نیست که ما با عنوان حق حبس می شناسیم. دایره حفظ میبع در کنوانسیون، بسیار وسیع تر از حق حبس است. حبس، حقی است که به طرف قرارداد اعطا شده تا به این وسیله به عوض قراردادی خود برسد؛ در نتیجه تنها با این هدف موجه است. لیکن، در کنوانسیون، در مواردی طرف مکلف به حفظ کالا است؛ تا به این وسیله، منفعت طرف مقابل نیز رعایت شود؛ همچنین، ممکن است طرف مقابل میبع کلی را به امانت و جهت بررسی منطبق بودن با مفاد قرارداد به حفظ کننده دهد و آن را بازپس نگیرد. برخلاف مقررات کنوانسیون، حق حبس حاوی فروش مال توقیف شده و اولویت در استیفای طلب از آن نیست؛ برعکس، در حق حبس نزد فروشنده، خریدار می تواند پیش از قبض، آن را به دیگری بفروشد یا اجاره دهد؛ زیرا ملک اوست؛ مگر اینکه قبض شرط صحت عقد باشد (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶ (ب)، ص ۱۰۴).

1. Droit de Réention
2. L'exception D'inexécution

بند دوم - حق بازفروش در کنوانسیون

هنگامی نگهدارنده میباید، حق فروش آن را دارد که طرف مقابل، در موارد زیر، «تأخیر نامتعارف» نماید: الف. در قبض میباید؛ ب. در پرداخت ثمن (هنگامی که تسلیم میباید و پرداخت ثمن بایستی همزمان باشد - ماده ۸۵)؛ ج. در پس گرفتن میباید (ماده ۸۶)؛ د. در پرداخت هزینه نگهداری میباید (عبارت‌های آخر ماده ۸۵ و بند ۱ ماده ۸۶). این قاعده، علاوه بر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، در سایر متون، همانند قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده به رسمیت شناخته شده است؛ اما به موجب ماده ۷۰۶-۲، اصولاً بازفروش میباید برای جبران خسارات، الزامی نیست و باع می‌تواند ثمن معامله را همراه خسارات وارده مطالبه کند (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۴۹). به هر حال، لازم است مصادیق بازفروش کالا را برشمرده و تأخیر نامتعارف را بررسی کنیم.^۱

نخست، تأخیر نامتعارف در قبض میباید؛ در حالتی که خریدار در قبض میباید تعلل می‌کند، تکلیف فروشنده به حفاظت از میباید و تلف پیش از قبض، ممکن است سبب نتایج مشابه حقوق ایران (برای مطالعه در این باره ر. ک. شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۷۱) در کنوانسیون شود؛ در نتیجه، در حالی که ضمانت میباید به خریدار انتقال یافته، تلف میباید بر عهده حبس‌کننده آن (فروشنده) است (Honnold, 1991, p. 519). برای حل این مشکل، نگهدارنده را محق به فروش میباید شناخته‌اند. کشورهای اروپای بری نیز، به جز فرانسه، چنین حقی را برای فروشنده قایل‌اند (Schelechtriem, 1998, p. 680). در حقوق فرانسه، فروشنده بر مبنای ماده ۱۶۵۷ قانون مدنی، اختیار فسخ قرارداد یا حق درخواست اجرای آن را دارد (Boyer et autres, 1951, p. 280)؛ اما در قراردادهای تجاری، می‌تواند میباید را بفروشد (Schelechtriem, 1998, p. 680).

دوم، تأخیر نامتعارف در پرداخت ثمن؛ هرگاه خریدار از پرداخت ثمن سر باز زند، در نظامی همانند حقوق روم، دادن حق فروش به فروشنده‌ای که ثمن را دریافت نکرده، ضرورت ندارد؛ هنگامی این امر بایسته است که پیش از تسلیم میباید، مالکیت آن به خریدار منتقل شود (Zulueta, 1945, p. 52). در این نظام حقوقی، مالکیت تا زمان تسلیم میباید و حتی گاهی بعد از آن، منتقل نمی‌شود؛ مگر اینکه در مورد اخیر، ثمن پرداخت شود یا فروشنده با دریافت اعتبار موافقت کند و حتی در این صورت، ممکن است انتقال مالکیت مشروط به پرداخت ثمن شود (Zulueta, 1945, p. 52).

۱. در ادامه تنها به بیان مفهوم موصوف‌های «تأخیر نامتعارف» می‌پردازیم و بحث در باره مفهوم آن را به مباحث آتی وامی‌گذاریم.

53, p. 1945). علاوه بر این، بایع می‌تواند با شرط قراردادی که عموماً به شرط انفساخ معروف است، حق خود را، که لغو قرارداد در صورت پرداخت نکردن ثمن است، اعمال کند؛ البته نکته اخیر از این جهت مردد است که با اعمال این حق به دست فروشنده، فرض می‌شود که مالکیت میبع به خریدار انتقال یافته است (Zulueta, 1945, p. 53).

همچنین، در فرض مذکور، ماده ۱۶۵۴ قانون مدنی فرانسه اعلام می‌کند: «اگر خریدار ثمن را نپردازد، فروشنده می‌تواند فسخ بیع را بخواهد». اعمال فسخ در این خصوص از راه ماده ۱۱۸۵ قانون مدنی صورت می‌گیرد (Boyer et autres, 1951, p. 258). در حقوق انگلیس نیز، گاهی اوقات فروشنده می‌تواند به فروش میبع اقدام کند (Chitty, 1977, p. 961; Atiyah, 2001, p. 465-467): الف. حالت مذکور در ماده (۳) ۴۸ قانون بیع کالاها؛ یعنی هنگامی که میبع فاسدشدنی است یا با اعلام قصد فروش از جانب فروشنده‌ای که ثمن را دریافت نکرده، خریدار در زمان متعارف ثمن را نپردازد و حتی پیشنهاد پرداخت آن را نیز ننماید؛ ب. وقتی که خریدار ناتوان از اجرای تعهدات قراردادی خویش است؛ مثلاً، ورشکسته شود یا مرتکب نقض اساسی گردد؛ در این صورت، فروشنده حق خاتمه قرارداد و انتقال میبع را به دیگری دارد. در این نظام حقوقی، بازفروش مبتنی بر انحلال قرارداد اصلی است؛ مال به ملکیت فروشنده بازگشته و به خریدار دوم منتقل می‌شود. البته تا زمانی که قرارداد نخست منحل نشده، خریدار یا قایم مقام او می‌تواند با پرداخت ثمن، از بازفروش جلوگیری کند (بنیامین، ش. ۱۰۳۳؛ به نقل از: صفایی، ۱۳۷۵، ص. ۴۵۷). با این همه، یکی از قضات انگلیسی در دعوایی^۱ اعلام کرد که موارد مقرر در بند (۳) ۴۸، قرارداد اصلی را فسخ یا باطل نمی‌کند و فروشنده شبیه راهن است تا مالک. این نظر در دعوای دیگر^۲ رد شد. در نتیجه، در کامن‌لا بازفروش میبع، خاتمه دهنده قرارداد نخست است (Atiyah, 2001, p. 467).

سوم، تأخیر بایع در بازپس گرفتن میبع؛ هنگامی که خریدار، پس از قبض میبع و زمان متعارف کشف عدم انطباق کالا یا زمانی که این عدم انطباق می‌بایست کشف می‌گردید، حق رد خود را اعمال کرد، موظف به حفاظت متعارف از آن است؛ البته این در صورتی است که فروشنده یا نماینده آن در محل حضور نداشته باشد. به هر حال، اگر فروشنده یا نماینده او در بازپس گرفتن کالا تأخیر نامتعارف نمایند، خریدار حق فروش آن را دارد.

1. Gallagher v. Shilcock
2. R V Ward Ltd. v. Bignal [1967]

چهارم، تأخیر در پرداخت هزینه نگهداری میباید؛ یکی از مواردی هم که برای نگهدارنده میباید، حق فروش آن را شناخته‌اند، هنگامی است که طرف او، یا به عبارت بهتر، مالک میباید در پرداخت هزینه‌های حفظ و نگهداری آن تأخیر نامتعارف نماید.

بند سوم - تکلیف بازفروش

الزام نگهدارنده به فروش میباید، که به آن «فروش اضطراری» نیز می‌گویند، از بند ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون برمی‌آید و درباره کالایی مصداق دارد که دستخوش فساد زودرس باشد یا نگهداری آن هزینه نامتعارفی را به بار آورد (Schelechtriem, 1998, p. 680). در صورت وجود یکی از شرایط مذکور، حفظ‌کننده کالا ملزم به فروش میباید به طریق متعارف است (Schelechtriem, 1998, p. 682). قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده، تنها در حالتی که میباید فاسدشدنی یا در معرض تنزل قیمت باشد، نگهدارنده را مکلف به بازفروش می‌کند (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۶۱). اما بند ۳ ماده ۱۱۰-۷ اصول قراردادهای اروپایی، در هر دو حالت مذکور، فروش مناسب میباید، بدون اخطار به طرف دیگر را روا می‌داند. این دو را در زیر بررسی می‌کنیم.

نخست، کالاهای مشرف به فساد؛ بند ۲ ماده ۸۸ درباره فروش کالایی است که در معرض فساد سریع است. در این بند، تکلیف بازفروش از زمانی بر نگهدارنده میباید بار می‌شود که کالا مشرف به خرابی باشد؛ منظور از فساد سریع این است که کالا را نتوان برای اهداف سودآور به کار برد یا ماهیت و کیفیت آن با سرعتی خراب شود که بتوان آن را تنها با قیمت بسیار کم فروخت (Schelechtriem, 1998, p.683). بنابراین، وقتی کالا از نظر فیزیکی، با گذر زمان نابود شود یا در مفهوم تجاری، غیرقابل فروش شود، فاسدشدنی است (Chitty, 1977, p.962). همچنین، کاهش سریع قیمت را می‌توان به این تعبیر کرد که حتی پس از مدت کوتاه، «تأخیر نامتعارف» به وجود آمده و سبب حق فروش مطابق بند ۱ ماده ۸۸ است (Schelechtriem, 1998, p. 683). با وجود این و به رغم معنای ادبی ماده مذکور، باید با استناد به پیش‌نویس ماده گفت که فساد اقتصادی کالا، مانند از بین رفتن ارزش کالا، در پی پایین آمدن قیمت بازار موجد تکلیف فروش نیست (Schelechtriem, 1998, p. 683; Heuzé, 2000, p. 347). علت منطقی مقرر مذکور نیز، دشواری پیش‌بینی تغییر قیمت کالا است (Enderlein & Maskow, 1992, p. 386).

دوم، کالاهایی که هزینه نگهداری آن، نامتعارف است؛ مطابق بند ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون، هنگامی که هزینه‌های حفظ کالا نامتعارف باشد، تکلیف فروش به وجود می‌آید. برای نمونه، به خاطر ویژگی خاص میب و به منظور حفظ آن، اقداماتی فراتر از معمول که هزینه‌ای فراتر از اقدامات معمولی دارد، ضرورت یابد؛ انبار کالا با شیوه خاص یا لزوم مراقبت خاص و گسترده یا مراقبت از طریق افراد خاص و آموزش دیده از این جمله است (Schelechtriem, 1998, p. 683). به عبارت دیگر، هزینه نگهداری میب، هنگامی به طور نامتعارف زیاد است که فراتر از میزان معمول آن باشد (Schelechtriem, 1998, p.683). همچنین، هرگاه هزینه انبارداری و محافظت از کالا در برابر ارزش کالا بالا رود، تعهد فروش ایجاد می‌شود (Heuzé, 2000, p. 346). مفهوم هزینه نامتعارف، متفاوت با هزینه‌های نامتعارف مقرر در ماده ۸۷ کنوانسیون درباره امانت در نزد دیگری است (Schelechtriem, 1998, p.683).

پس از این که مصادیق مربوط را بررسی کردیم، باید بگوییم که تعهد فروش کالا در بند ۲ ماده ۸۸، یک تعهد به وسیله است (Heuzé, 2000, p. 347). یعنی اینکه فروشنده ملزم نیست، حتی در صورتی که مشتری برای کالا نباشد، آن را محقق کند؛ بلکه تعهد او در حد تلاش متعارف برای یافتن مشتری جهت میب تحت تصرف اوست. از این تکلیف بر می‌آید که مقررات مذکور، تا اندازه‌ای تمایل به ایجاد همکاری میان طرفین قرارداد را دارد و نگهدارنده بایستی نفع طرف مقابل را مد نظر داشته باشد و هنگام ضرورت، کالا را بفروشد (Heuzé, 2000, p.646).

گفتار دوم - مسئولیت و مراحل باز فروش

درباره دو موضوع «اقدام کننده به فروش میب» و «تأخیر نامتعارف» مطالبی در ادامه می‌آید.

بند نخست - اقدام کننده به فروش

بازفروش، با عنایت به شخصیت اقدام کننده، شامل فروش از ناحیه فروشنده و فروش از جانب خریدار بیع اصلی است.

نخست، فروشنده؛ چنانکه پیش از این گفتیم، بازفروش نتیجه نگهداری کالا است؛ پس بایستی پیش از هر چیز، مواردی را که فروشنده متعهد به نگهداری کالا است، ذکر کنیم. ماده ۸۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا اعلام می‌کند: «هرگاه خریدار در قبض کالا تأخیر کند یا موردی که تأدیه ثمن و تحویل کالا بایستی هم‌زمان باشد، خریدار در تأدیه ثمن کوتاهی کند و کالا در دست فروشنده باشد...»، فروشنده مکلف به نگهداری کالا و در نتیجه و با وجود شرایط بازفروش، ممکن

است به فروش کالا اقدام نماید. چنان که می‌بینیم، این ماده، به دو مورد اشاره می‌کند: الف. هنگامی که خریدار در گرفتن مبیع تأخیر می‌کند؛ ب. هنگامی که خریدار از پرداخت ثمن کوتاهی می‌کند، البته به شرطی که تسلیم مبیع و پرداخت ثمن هم‌زمان باشد. علاوه بر این، پایان ماده مقرر می‌کند: «... یا به نحو دیگری بر کالا استیلا داشته باشد...». در این جا، می‌توان به حالتی اشاره کرد که خریدار با استفاده از حق رد خود، کالا را باز می‌گرداند و فروشنده، اعمال حق رد را قانونی نمی‌داند. در نتیجه، با نگهداری مبیع و حصول شرایط بازفروش، می‌تواند آن را بفروشد.^۱

۵۰۵ خریدار؛ وقتی خریدار می‌تواند به فروش مبیع اقدام کند که بر اساس مواد ۸۱ و ۸۸ کنوانسیون، پیش از آن مبیع را قبض نموده و سپس با ابطال عقد یا فسخ آن قصد بازگرداندن مبیع را داشته باشد و فروشنده ثمن را پس ندهد یا مبیع را پس نگیرد. فرضی هم که خریدار مبیع را برای بازرسی تحویل گرفته و سپس قصد رد آن را دارد، تابع همین حکم است؛ او مبیع را تنها برای بازرسی تحویل می‌گیرد، نه به قصد انتقال مالکیت (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۲۷-۴۲۹). در این صورت، نه می‌تواند مبیع را نگاه دارد و نه می‌تواند تلف کند و نه بگذارد تا خود تلف شود؛ بنابراین باید از آن حفاظت کند و این امر نیز سببی برای بازفروش است. علاوه بر این موارد، در صورتی که فروشنده بایستی ثمن را باز گرداند و در اجرای این تعهد، پیشنهاد آن یا جانشینی کالا، تعلل نماید، خریدار می‌تواند اقدام به بازفروش کند (Enderlein & Maskow, p.360).

بند دوم – مفهوم تأخیر نامتعارف

معیار ایجاد «حق بازفروش»، تأخیر نامتعارف است. یعنی تأخیری بیش از آنچه که در هر مورد خاص معمول است (Schelechtriem, 1998, p.681). با استناد به این تعبیر، می‌توان تأخیر نامتعارف را معیاری برای ایجاد «تکلیف بازفروش» مبیع نیز دانست؛ ولی با عنایت اینکه هر تأخیری در فرض فساد سریع مبیع یا تحمیل هزینه‌های نامتعارف، به هدف تدارک زیان طرف مقابل و برقراری تکلیف قانونی بازفروش لطمه می‌زند، بایستی آن را تأخیر نامتعارف دانست؛ پس، به دلیل بداهت، نیازی به تقریر شرط مذکور در فروض اخیر نیست.

۱. باید در نظر داشت که بازگشت کالا، تمهیدات دیگری از جمله انجام جایگزین تعهد را بر دوش فروشنده قرار ندهد و از اموری نباشد که بتوان گفت فروشنده با پس گرفتن کالا رد را پذیرفته است.

بنابراین، مهم‌ترین معیار تشخیص تأخیر نامتعارف، بر اساس الفاظ مقرر در بند ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون راجع به تکلیف بازفروش نسبت به کالای فاسدشدنی، بررسی اوضاع و احوال پیرامون موضوع است. زیرا اوضاع و احوال مربوط سبب شده تا حق بازفروش در بند ۱ آن ماده که مربوط به کالاهای معمولی است، به تکلیف بازفروش در بند ۲ آن که مربوط به کالاهای فاسدشدنی یا کالاهایی است که نگهداری آن موجب هزینه بسیار است، تبدیل شود. ممکن است بهای کالایی، همانند فیلم عکاسی، به سبب فروش دیر هنگام آن و به واسطه خاصیتی که دارد، با کاهش روبرو شود؛ لذا در این جا، تأخیر نامتعارف بسیار متفاوت با کالای دیگری است که ممکن است سریع‌تر خراب شود یا اصلاً تأخیر در آن تأثیری نداشته باشد. در نتیجه، هنگام بررسی اوضاع و احوال مربوط جهت سنجش تأخیر نامتعارف، باید میزان هزینه‌هایی که افزوده می‌شود، به حساب آید؛ مثلاً، هرگاه نگرانی موجهی وجود داشته باشد که هزینه نگهداری مبیع را نمی‌توان از طرف دیگر تحصیل کرد یا تحصیل آن توأم با مشکلات خاصی است، می‌توان کالا را در زمان متناسب و کوتاه‌تر فروخت (Schelechtriem, 1998, p.681).

برای ایجاد حق بازفروش، علاوه بر تأخیر نامتعارف از سوی طرف، بایستی برای فروش کالا به او اخطار نمود (هجده نفر از حقوق‌دانان دانشگاه‌های جهان، ۱۳۷۴، ص. ۱۹۷). حال، ممکن است این سؤال پیش آید که آیا اعلام اخطار قصد بازفروش مبیع به طرف مقابل را می‌توان شرطی برای تأخیر نامتعارف دانست؟ به عبارت دیگر، آیا اخطار به طرف دیگر، پیش از موعد متعارف، سبب تأخیر متعارف خواهد شد، یا اینکه بایستی در همه فروض، شرایط و اوضاع و احوال مربوط رعایت شود؟

به نظر می‌رسد که شرط تحقق بازفروش کالا، تأخیر متعارف از موعدی است که تعهد تحویل گرفتن مبیع یا پرداخت هزینه‌های نگاهداری آن بایستی با توجه به اوضاع و احوال صورت بگیرد؛ لذا برای دو طرف قرارداد بیع، این حق وجود دارد تا به این موعد استناد نمایند. در نتیجه، نمی‌توان با اعلام یا اخطار، این مدت را به طور یک جانبه کوتاه یا طولانی‌تر نمود. اما از سوی دیگر، هنگامی که زمان قید قرارداد نیست، زیان‌دیده ملزم نیست تا زمان نامتناهی منتظر اجرای قرارداد بماند. او می‌تواند با اعلام اخطار به طرف مقابل زمان را قید^۱ قرارداد نماید (Treitel, 1999, p.769) و اجرای قرارداد را در زمان مقرر بخواهد و در صورت عدم اجرای تعهدات قراردادی از ضمانت اجرای متناسب آن برخوردار شود. لذا با اعلام اخطار به دست فروشنده، زمان قید قرارداد می‌شود (Atiyah, 2001, p.467).

بنابراین، وقتی که همه چیز روشن بوده و نیازی به بحث در باب مشکلات نیست، اقدامات لازم باید در زمان معین انجام شود و در غیر این صورت، با دادن اخطار اجرای تعهد^۱ تأخیر بیش از حد مقرر غیرموجه است؛ البته در زمانی که میان طرفین اختلاف است، تا وقتی که مباحث اساسی رد و بدل شود و تعارضات به جایی ختم شود، می‌توان تأخیر کرد؛ ولی نه تا وقتی که به طور کامل تصمیم گرفته شود (Enderlein & Maskow, 1992, p.360). به گمان برخی، از این نیز می‌توان پیش‌تر رفت و گفت که رد قطعی اجرای تعهد را می‌توان تأخیر نامتعارف قلمداد کرد (Schelechtriem, 1998, p.681).

همچنین، برابر بخشی از مقررات ماده ۳۲۶ قانون مدنی آلمان، ممکن است اخطارکننده ضمن اخطار برای مطالبه اجرای تعهد، به متعهد مهلت معقول برای آن دهد؛ در این صورت، حق اجرا ساقط می‌شود و تنها او می‌تواند خسارت عدم انجام تعهد و فسخ عقد را از دادگاه بخواهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۷۸).

گفتار سوم - شیوه بازفروش

در این گفتار بحث اصلی درباره نحوه بازفروش و اقدام به آن است، که در زیر و در ضمن دو بند بررسی می‌کنیم.

بند نخست - اخطار قصد بازفروش

نگهدارنده میباید، پیش از فروش آن، ملزم است تا با اخطار قصد فروش میباید، از اجرای تعهد طرف دیگر اطمینان یابد. علت این تکلیف، خلاف اصل بودن اختیار اشخاص در تصمیم‌گیری و اجرای اموری است که بر منافع دیگران مؤثر است. بنابراین، برای رعایت حقوق دو طرف، آزادی بی‌حد فروشنده در فروش میباید، محدود به آگاهی و حتی رضایت طرف دیگر می‌شود. مفاد این اخطار نیز اقدام شخص به عمل احتمالی، یعنی فروش است (Enderlein & Maskow, 1992, p.362).

همچنین باید گفت که نگهدارنده کالا مجبور به اخطار دادن نیست؛ بلکه این الزام، صرفاً شرط فروش میباید است و لزوم آن، دست کم در مواردی، وابسته به امکان آن است (هجده نفر از حقوق‌دانان دانشگاه‌های جهان، ۱۳۷۴، ص. ۱۹۷). توضیح اینکه، ممکن است ارسال اخطار قصد فروش و انتظار برای پاسخ احتمالی، به اهداف قراردادی طرف‌های عقد و کالای موضوع قرارداد

آسیب بزند؛ از جمله، گذر زمان و نگهداری میب هزینه زیادی را بر نگهدارنده تحمیل کند یا اگر اقدام سریعی برای فروش صورت نگیرد، منجر به خرابی کالا شود.

بند ۳ ماده ۱۱۰-۷ اصول قراردادهای اروپایی فروش بدون اخطار را در فرضی که میب فاسدشدنی است یا هزینه نگهداری بسیار می طلبد، معتبر می داند. قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده نیز اخطار را برای جبران نقض عهد از جانب خریدار، مقرر نموده است (۲-۷۰۶، «۳»)
(Tepper, 1995, 341; Raphael, 1967, p.76)؛ لیکن، هرگاه کالا در حال نابودی یا ارزش آن رو به کاهش باشد، می توان بدون اخطار، اقدام به فروش میب نمود (۲-۷۰۶، «۴»)
(Raphael, 1967, p.77). همچنین، برابر ماده ۴۸(۳) قانون بیع کالاها و بر اساس یکی از دعاوی معروف انگلیس،^۱ فروشنده محروم از ثمن می تواند در فرضی که زمان، قید قرارداد نیست، قصد فروش میب را به خریدار اخطار نموده و بعد از گذشت زمان مشخص، به فروش آن اقدام نماید (Treitel, 1999, p.770). بر اساس ماده ۲۸۳ قانون مدنی آلمان نیز، تنها در فرضی که علیه طرف مقابل حکم نهایی صادر شود، می توان مدت معقولی را برای اجرای قرارداد معین نمود (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۳).

حال، لازم است چگونگی اخطار معلوم گردد. ابتدا به مهم ترین مسأله، یعنی زمان مناسب اخطار می پردازیم (Enderlein & Maskow, 1992, p.360). نظر بیشتر اعضای کنفرانس کنوانسیون بیع بین المللی کالا بر این بوده که بایستی اخطار را پیش از تأخیر نامتعارف طرف مقابل، یعنی پیش از تکمیل شرایط بازاری فروش ارسال نمود (Enderlein & Maskow, 1992, p.361). به نظر می رسد که این عقیده از نظر عملی درست باشد. نمی توان متصرف میب را مکلف نمود تا در دو زمان متفاوت منتظر واکنش طرف مقابل باشد: ۱. شرایط تأخیر نامتعارف حاصل شود؛ و پس از آن ۲. منتظر پاسخ طرف باشد (Schelechtriem, 1998, p.682). از طرف دیگر، اخطار باید زمانی ارسال شود که طرف مقابل فرصت جبران خطای خود را بیابد (Enderlein & Maskow, 1992, p.360). یعنی بتواند با اقدامات لازم، از جمله اجرای تعهدات خود، از فروش میب پیشگیری کند (Schelechtriem, 1998, p.682).

به هر حال، کافی است اخطار به گونه ای که میان طرف ها معمول است، تحقق یابد و اگر روش معمول وجود نداشت، بایستی مفاد ماده ۲۷ کنوانسیون بیع بین المللی کالا را رعایت نمود و ضرورتی به ابلاغ نیست (Schelechtriem, 1998, p.682). لازم نیست که اخطار به صورت نوشته باشد؛ صرف دادن اخطار و حصول اطمینان از وصول آن به طرف مهم است (هجده نفر از

حقوق دانان دانشگاه‌های جهان، ۱۳۷۴، ص. ۱۹۲). زیرا هدف آن دادن فرصت به طرف برای وفای به عهد است (Schelechtriem, 1998, p.682).

هرگاه طرف مقابل به اخطار قصد بافروش یا نحوه آن اعتراض داشت، چه باید کرد؟ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا درباره اعتراض به اخطار، مقررهای ندارد. بنابراین، می‌توان بدون توجه به اعتراض طرف مقابل، اقدام به فروش نمود (Schelechtriem, 1998, p.682). در نتیجه، تنها اثر اعتراض به اخطار، مراقبت بیشتر فروشنده در رعایت شرایط بافروش است (Schelechtriem, 1998, p.682). با این همه، به نظر می‌رسد که طرف مقابل می‌تواند برای نقض شرایط بافروش مبیع طرح دعوا نماید.

بند دوم - کیفیت فروش

بر اساس کنوانسیون، فروشنده باید شیوه متناسب فروش نوع مبیع را رعایت نماید (Schelechtriem, 1998, p.682). تعهدی که از ماده ۸۸ برخاسته و بر دوش نگهدارنده گذارده شده است؛ لذا او بایستی در پی تحقق آن به صورت متعارف باشد، به گونه‌ای که یک فرد با همان ویژگی حرفه‌ای و وضعیت مشابه انجام می‌دهد (Heuzé, 2000, p.346). در اینجا تناسب، بیشتر از ضوابط تجاری پیروی می‌کند تا حقوقی (Enderlein & Maskow, 1992, p.360). ممکن است که فروش کالای در معرض فساد سریع یا تلف آسان نبوده یا حتی ناممکن باشد؛ برای همین، در بند ۲ اصل ۸۸ کنوانسیون، عبارت «تلاش متعارف» آمده است (هجده نفر از حقوق دانان دانشگاه‌های جهان، ۱۳۷۴، ص. ۱۹۵).

برخلاف مقررات داخلی برخی کشورها، در کنوانسیون شرایطی همانند فروش در حراجی یا دخالت دلال در معامله یا فروش در بازار مربوط به نوع کالا و... مقرر نشده و اقدام کننده به بافروش می‌تواند با هر وسیله‌ای مبیع را بفروشد (Schelechtriem, 1998, p.682). توضیح این که برخی نظام‌های حقوقی، اجازه فروش شخصی را نمی‌دهند، مگر آن که کالا دارای قیمت بازاری باشد. در غیر این صورت، کالا باید به وسیله نهاد عمومی یا از طرف دادگاه به فروش رسد (Schelechtriem, 1998, p.682).

در قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده هم بافروش ممکن است به صورت عمومی باشد یا خصوصی. («۲۰۶-۷۰۶-۲») (Raphael, 1967, p.76). این فروش، دارای شرایطی است، از

جمله، با حسن نیت تحقق یابد و به شیوه‌ای باشد که از نظر بازرگانی معقول^۱ است؛ ارزیابی این امر بستگی به ماهیت کالا و وضع بازار و دیگر اوضاع و احوال دارد. تخلف از این شرایط، فروشنده را از مطالبه خسارات محروم می‌کند، اما خریدار با حسن نیت، ملکیت کامل را تحصیل می‌کند (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۵۰). بنابراین، فروش عمومی بایستی متعارف باشد؛ یعنی منطبق با رویه عرفی آن نوع از فروش باشد (Tepper, 1995, p.341).

آیا فروشنده می‌تواند مبیع را به هر کسی که بخواهد بفروشد؟ برابر اصول، مبیع را می‌توان به هر کس، اعم از خود یا بستگان یا شرکا و... فروخت. زیرا از نظر فنی، این نوع فروش با دیگر اشکال آن تفاوتی ندارد و از شرایط صحت برخوردار است؛ چه تفاوتی دارد که خریدار خود شخص باشد یا دیگری. مشکل اصلی، وجود اماره جانبداری و فروش کالا با قیمت پایین‌تر است. زیرا در این جا، به ویژه هنگامی که کالا دچار فساد شده یا بهای آن رو به کاهش است، گمان سود شخصی فروشنده نیز می‌رود. با این همه، اگر مبیع دارای قیمت روز بازار باشد، از اشکال آن کاسته می‌شود (Enderlein & Maskow, 1992, p.362). از شرط «فروش به شیوه مناسب» نیز می‌توان استنباط نمود که شرایط فروش، به ویژه میزان ثمن دریافتی باید متعارف باشد؛ این، عاملی برای جلوگیری از فروش کمتر از بهای متعارف به خود یا خویشان فروشنده است (Schelechtriem, 1998, p.682).

علاوه بر رعایت مسایل شکلی در فروش، باید قیمت کالا نیز معقول باشد و کالا با نام فروشنده به فروش رود (Schelechtriem, 1998, p.682). یعنی بایستی اوضاع و احوال مربوط را در نظر گرفت؛ ممکن است بهای یک کالا به واسطه طبیعت خاص و به سبب فروش دیر هنگام، با کاهش روبرو شود. در نتیجه، اقدام به فروش در زمان معین برای برخی کالاها متعارف و برای برخی دیگر نامتعارف است.

گفتار چهارم – آثار بازفروش

بند نخست – هزینه، سود و خسارات ناشی از بازفروش

روشن است که نگهدارنده مبیع، به هزینه خود اقدام به فروش می‌کند (Enderlein & Maskow, 1992, p.362). لیکن، مبیع را به حساب خود نمی‌فروشد و ثمن بازفروش نیز، پس از کسر هزینه‌های متعارف نگهداری و فروش، متعلق به طرف مقابل است (Heuzé, 2000, p. 349). در نتیجه، او می‌تواند پس از فروش کالا، هزینه متعارف را از ثمن بکاهد یا اینکه پیش از

فروش، مبیع را حبس کند تا هزینه‌های فروش پرداخت شود. از بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز چنین حقی را می‌توان برای نگهدارنده استنباط نمود. این حق محدود به رعایت حدود متعارف نیست؛ بلکه حتی اگر هزینه‌های فروش، عملاً نامتعارف باشد، فروشنده مستحق هزینه‌های متعارف است. به هر حال، درباره ارزیابی هزینه متعارف، می‌توان عمل و عقیده تاجر سخت‌کوش و با وجدان را معیار دانست (Schelechtriem, 1998, p.684). برابر ماده ۷۱۰-۲ قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده، هزینه‌های جنبی، شامل هزینه‌های متعارف تجارته است؛ هزینه‌هایی که برای بازگرداندن یا فروش کالا یا غیر آن، در خصوص توقف، انتقال، نگهداری و امانت کالا بعد از نقض تعهد خریدار، تحقق یافته است (Raphael, 1967, p.76). با این همه، هرگاه علت بازفروش کالا، نپرداختن ثمن از جانب خریدار نخست باشد، چه باید کرد؟ آیا همانند موارد دیگر، بایستی بهای حاصل از بازفروش را با کاستن مقداری هزینه به خریدار پرداخت و فروشنده را ملزم نمود تا برای دریافت ثمن قراردادی، اقامه دعوا نماید یا اینکه راه ساده‌تری نیز هست؟ به نظر می‌رسد در اینجا می‌توان فروشنده را مستحق ادعای تهاثر آنچه طلب دارد (ثمن قراردادی و هزینه‌های بازفروش) در برابر طلب خریدار (ثمن بازفروش) نمود و سایر مسایل را به نظر دادگاه واگذار (see: Schelechtriem, 1998, p.680). در قانون یکنواخت بازرگانی آمریکا، هرگاه خریدار بخشی از ثمن را پرداخته باشد، در محاسبه هزینه‌ها و خسارات به حساب می‌آید و بقیه را به وی می‌پردازند (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۵۱).

علاوه بر این، ممکن است مثلاً به واسطه تأخیر خریدار در پرداخت به موقع ثمن، خساراتی بر فروشنده وارد شود؛ آیا فروشنده می‌تواند، مطابق ماده ۸۸ کنوانسیون، ادعای نگهداری ثمن را برای خساراتی نماید که بر او وارد شده است؟ به نظر می‌رسد که اصولاً می‌توان علاوه بر هزینه‌ها، حکم به احتساب خسارات نیز داد و این مسأله در کنوانسیون تابع قانون ملی است (Schelechtriem, 1998, p.684).

حال اگر ثمن بازفروش کمتر از ثمن قراردادی باشد، چه باید کرد؟ در حقوق فرانسه، اگر بهای بازفروش کمتر از قیمت قراردادی باشد، کاهش قیمت به عهده خریدار است (Boyer et autres, 1951, p.259). فروشنده می‌تواند خسارات ناشی از این امر، از جمله تفاوت قرارداد و بهای حاصل از فروش و هزینه نگهداری و ... را از خریدار در خواست نماید (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۳۴). در ارزیابی خسارات، میزان سود فروشنده نیز به حساب می‌آید (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۵۸). همچنین، در حقوق انگلیس، اگر ثمن بازفروش از ثمن قرارداد اصلی کمتر باشد، خریدار اصلی بایستی میزان زیان و هزینه‌های فروشنده را جبران کند (Chitty, 1977, p.964).

سود حاصل از بازفروش و خسارت ناشی از آن هم به حساب می‌آید (صفایی، ۱۳۷۵، صص. ۴۵۷ و ۴۵۸). در قانون یکنواخت بازرگانی آمریکا، هنگامی که بازفروش با حسن نیت و با شیوه متعارف تجاری تحقق یافته باشد، فروشنده می‌تواند در صورت کمتر بودن بهای بازفروش از بهای قراردادی، کاهش مزبور را به همراه خسارات جنبی دیگر،^۱ به جز هزینه‌هایی که به سبب نقض قرارداد کاهش یافته است، ادعا کند («۱۱» ۷۰۶-۲) (Raphael, 1967, p.76). در حقوق انگلیس، اگر عمل فروشنده غیرعقلانه باشد، مطابق نظریه تقلیل خسارت،^۲ به طور نسبی حق دریافت خساراتی را که مستحق است، کاهش می‌یابد (Chitty, 1977, p.964).

حال اگر بهای بازفروش میبع، بیش از ثمن قراردادی شود یا نگهداری آن برای فروشنده منفعتی داشته باشد، تکلیف چیست؟ در حقوق انگلیس، بازفروش مبتنی بر انحلال قرارداد اصلی است؛ نتیجه این که فروشنده نمی‌تواند ثمن را از خریدار اصلی بخواهد و اثر عملی آن این است که فروشنده در برابر خریدار مسؤول سود بیشتر از ثمن اصلی نیست و خریدار حق اقامه دعوا در برابر فروشنده‌ای که عمل متعارف می‌کند، ندارد (Chitty, 1977, p.963). بنابراین، فروشنده به حساب خود می‌فروشد و مستحق منافع است (Atiyah, 2001, p.468). در قانون یکنواخت بازرگانی آمریکا، اگر فروشنده در بازفروش کالا سود نماید، تمام آن متعلق به خود اوست و خریدار نخست، سهمی نداشته و فروشنده در برابر او مسؤول نیست («۶» ۷۰۶-۲) (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص. ۴۴۰ و نیز: Raphael, 1967, p.77). کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در این باره مقرره‌ای ندارد؛ ولی از ظاهر بند ۳ ماده ۸۸ بر می‌آید که منافع حاصل از فروش، مشمول «باقیمانده»^۳ مقرر در آن حکم متعلق به مالک است (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۶۲). لذا فروشنده تنها حق دارد از محل فروش، مبلغی معادل مخارج فروش و هزینه‌های متعارف نگهداری کالا را برای خود نگهدارد و بقیه را به طرف مقابل بپردازد. این امر با اصول حقوقی نیز منطبق است و مالکی که زیان کالای خود را متحمل می‌شود باید از آن سود هم ببرد.^۴ در نتیجه، حق خریدار برای تحویل گرفتن میبع، تبدیل به ادعای پرداخت منافع بازفروش می‌شود (Schelechtriem, 1998, p.684). تنها می‌توان به فروشنده حق داد تا مطالبات دیگر خود را با ادعای تهاوتر مطرح کند

1. Incidental Damage

2. Mitigation

3. Balance

۴. این استدلال منطبق با قاعده فقهی «من له الغنم، فعليه الغرم» است، به معنای هرکس نفع مالی را می‌برد، باید خسارات ناشی از آن را نیز تحمل کند.

(Enderlein & Maskow, 1992, p.360). مثلاً می‌تواند از منافع فروش، خسارات تأخیر خریدار را نیز حساب کند (Schelechtriem, 1998, p.684).

به هر حال، پرداخت بقیه سود به خریدار، به این معنی است که او از کالایی که برایش هزینه‌ای نداشته، سود می‌برد و این خلاف انصاف و حسن نیت است. همچنین باید گفت که حفظ سود حاصل از بافروش و مطالبه هزینه فرعی از خریدار، به ویژه هنگامی که نقض قرارداد عمدی نبوده و با سوء نیت نباشد، منصفانه نیست (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۵۲)؛ فلسفه و هدف قانون نیز اقتضای عدالت را داشته و نمی‌خواهد فروشنده را در وضع بهتری قرار دهد، بلکه به وضع پیش از قرارداد بازگرداند، که این تفسیر در یکی از آراء^۱ نیز به کار رفته است (صفایی، ۱۳۷۵، صص. ۴۵۳ و ۴۵۴).

اگر خسارات مزبور را به حساب نیاوریم، خلاف اصل لاضرر و داراشدن غیر عادلانه است. علاوه بر این، همچنین مواد ۳۱۱ و ۳۱۲ و ۳۲۸ تا ۳۳۱ قانون مدنی ایران نیز به زیان‌دیده حق جبران کامل زیان می‌دهد؛ ولی او نمی‌تواند چیزی از آن بخواهد (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۵۹). علاوه بر این، مطابق اصول حقوقی، دو قاعده سبب احتساب سود حاصل از بافروش در احتساب زیان است: ۱. زیان‌دیده بایستی در وضعیتی قرار گیرد که با اجرای قرارداد برای او حاصل می‌شد و بایستی از نقض بهره‌مند شود؛ ۲. قاعده تقلیل خسارات^۲ (ر. ک.: صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۶۲) بنابراین، قاعده مقرر بند ۱ ماده ۷۰۶-۲ قانون یکنواخت بازرگانی آمریکا که مقرر می‌دارد فروشنده خسارات ناشی از بافروش را به اضافه خسارات جنبی دریافت می‌کند و بند ۶ آن که مقرر می‌دارد بایع مکلف به پرداخت سود حاصل از بافروش، به مشتری نیست، با منطق و استدلال بالا سازگارتر است.

در دیوان دعاوی ایران-آمریکا، در خصوص احتساب سود و خسارات ناشی از بافروش در دو پرونده مختلف، دو رویکرد متفاوت اتخاذ شده است؛ در رأی شماره ۳-۱۸۰-۱۴۴ مورخ ۱۳۶۳/۹/۱۵ سود حاصل از بافروش را در احتساب خسارات اعمال نمی‌کند؛ و رأی شماره ۲-۲۴۵-۹۹ مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۶ اعمال می‌کند (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۵۵).

خریدار در صورت فروش، علاوه بر استحقاق دریافت ثمن پرداختی، حق دریافت هزینه‌های متعارف و دریافت اجرت^۳ را نیز دارد و در صورت عدم توافق یا نبود عرف، حق دریافت حداکثر

1. Amtorg Trading Co. v. Micle Printing Co. & mfg Co.
2. Mitigation
3. Commission

تا ۱۰ درصد درآمد ناشی از فروش را دارد (ماده (۲) ۶۰۳) (صفایی، و همکاران، همان منبع، ص ۴۳۹).

بند دوم - ضمانت اجراها

در این گفتار از ضمانت اجراهایی سخن می‌گوییم که در تخلف از شرایط بازفروش بر مقرر بار می‌شود. بخشی از این ضمانت‌ها در متن کنوانسیون بیان شده و برخی دیگر از تفسیر مواد آن بر می‌آید؛ که به پاره‌ای از آن در بخش‌های پیشین اشاره شد.

نخست، خودداری از بازفروش؛ بازفروش، حقوق فروشنده است؛ اما گاهی، مثلاً در کالای فاسد شدنی و کالایی که نگهداری آن هزینه بسیار دارد، این حق تبدیل به تکلیف می‌شود. هرگاه الزامی هست، بایستی ضمانت اجرایی هم باشد. بنابراین، در فرض اخیر، اگر نگهدارنده اقدامی برای فروش اضطراری نکند، طرف حق مطالبه خسارات ناشی از ترک فعل او را دارد (درباره مسئولیت ناشی از ترک فعل ر. ک. کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۳۶۲ و بعد). چرا که کوتاهی در بازفروش اضطراری، می‌تواند موجبات ورود خسارات سنگین را فراهم کند (Schelechtriem, 1998, p.683).

البته با استناد به به عمل طرف مقابل و با کمک قاعده اقدام، می‌توان این حکم را رد نمود؛ ولی به باور مفسرین کنوانسیون، تعلل یا خودداری طرف در پرداخت ثمن در هنگام ورود یا ایجاد خسارت، مانع جبران آن نیست و تأخیر عمدی یا تقصیر سنگین نگهدارنده مبیع در فروش، برای مسئولیت او کافی است (Schelechtriem, 1998, p.684). این مورد از فروش اسباب گوناگون ورود خسارت است و بر اساس قواعد سبب نزدیک ورود زیان و ترک فعل آخرین عامل پیشگیری از ورود خسارت، نگهدارنده ملزم به جبران است (ر. ک. کاتوزیان، ۱۳۸۲، صص. ۴۶۹ و ۴۷۰). بازفروش ضمانت اجرای عمل طرف مقابل است و نمی‌توان آن عمل را بهانه‌ای برای خودداری از بازفروش قرار داد! توضیح اینکه، قانون مستقیماً تکلیفی را بر نگهدارنده بار نموده و او از این تکلیف سرپیچی نموده است؛ لذا شرایط ایجاد مسئولیت موجود بوده و تأخیر خواهان هم یکی از شرایط ایجاد آن بوده است، لذا برای گریز از مسئولیت نمی‌توان به یکی از شرایط آن استناد نمود.

دوم، فروش به بهای کم؛ هرگاه فروشنده اقدام متعارف نماید؛ اما مبیع را به کمتر از بهای قراردادی یا متعارف بفروشد، مسئولیتی ندارد و تعیین شیوه فروش با او است. با این همه، در حقوق فرانسه، فروشنده باید با در نظر گرفتن نفع خریدار اقدام کند و مسئول خطای خویش در

این مورد است (Boyer, 1951, p.259). پس او ملزم به فروش با شیوه متعارف است (Enderlein & Maskow, 1992, p.363)؛ فروشنده نمی‌تواند اعمال حق خود را سبب آسیب دیگری قرار دهد؛ پس هرگاه میباید خسارات وارده را جبران کند. اما هرگاه بهای فروش میباید، کمتر از ثمن قراردادی و بدون تقصیر فروشنده باشد، طرف مقابل، در فرض زیان فروشنده، ملزم به جبران خسارت وی است؛ چون سبب زیان، عمل طرف مقابل بوده است (Atiyah, 2001, p.469). باری، مینا، جبران خسارات طرفی است که تقصیری مرتکب نشده است.

سوم، خودداری از اخطار قصد فروش؛ اگر فروشنده، بدون اینکه به طرف مقابل خود اخطار کند، میباید بفروشد، بازفروش چه وضعیتی دارد و مسئولیت فروشنده چگونه است؟ در کنوانسیون قاعده‌ای وجود ندارد، اما از پیش نویس آن بر می‌آید که اخطار قصد فروش میباید، شرط صحت بازفروش است. مشکل اصلی، فرض حسن نیت خریدار دوم است؛ در این جا باید فروشنده‌ی ناقض تعهدات قراردادی را مسئول جبران خسارات خریدار مذکور دانست (Schelechtriem, 1998, p.682). بنابراین طرفی که مبادرت به بازفروش کالا بدون اخطار قصد فروش میباید به طرف دیگر می‌کند، تعهد فرعی قراردادی را نقض کرده و تکلیف به جبران خسارات دارد (Schelechtriem, 1998, p.682).

در حالت وجود تکلیف بازفروش، تکلیف جبران خسارات به واسطه خودداری از اخطار را نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا بند ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون و انصاف حکم می‌کند که در موارد فوری، اخطار لازم نباشد. بنابراین، در تکلیف بازفروش یا فروش اضطراری نیز، قصد فروش بایستی تا حد ممکن به طرف دیگر اعلام شود؛ مسأله اصلی، تشخیص فوریت است. این تشخیص بر عهده اقدام‌کننده به بازفروش است و با اثبات تقصیر او، می‌توان در آن تجدید نظر نمود. با این همه، علاوه بر این که احتمال پیروزی دعوای طرف مقابل کم است (Schelechtriem, 1998, p.683)، این تکلیف، جهت همکاری طرف‌های قرارداد و برای جلوگیری از زیان طرف مقابل است و چون اقدام به بازفروش، خود تکلیف اضافی بر نگهدارنده است، نباید درباره شرایط تحقق این تکلیف سختگیری نمود.

گفتار پنجم – جایگاه بحث در حقوق داخلی

آیا در حقوق ایران، بازفروش میباید حبس شده، برابر شرایط موجود در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا وجود دارد؟ آیا شرط بازفروش کالا در قرارداد بیع درست است؟

در حقوق ایران، اصل بر لزوم قراردادهاست، که یکی از نتایج آن، اجرای کامل مفاد قراردادی به دست طرف‌های قرارداد است؛ لذا متعهد باید آنچه را برعهده گرفته، اجرا کند و در صورت خودداری، از راه‌های قانونی و به تقاضای متعهدله اجبار به اجرای تعهد می‌شود؛ و گرنه تعهد به حساب و هزینه متعهد اجرا می‌شود (ماده ۲۲۰ و ۲۲۲ قانون مدنی) (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۸). پس ظاهراً نمی‌توان بازفروش میبع را در قوانین داخلی پذیرفت؛ اما با تفسیر قواعد موجود، می‌توان نهادهایی را یافت که دارای نتایج مشابه بازفروش است. از جمله این روش‌ها می‌توان به راه‌های موجود در ماده ۳ قانون مسؤلیت مدنی با نظر به هدف جبرانی بازفروش اشاره نمود. اما توسل به این روش با رأی دادگاه امکان‌پذیر است. دو طریق کلی دیگر نیز در حقوق قابل شناسایی و دست کم با برخی مصادیق آن منطبق است: نخست، اعطای حق فسخ عقد و فروش کالا نتیجه‌ای نسبتاً برابر با بازفروش میبع دارد؛ تنها مسأله این که بازفروش را نباید در دل فسخ عقد قرار داد، بلکه نتیجه فسخ و مالکیت فروشنده بر کالا است. دوم، تغییر ماهیت قرارداد به حکم قانون‌گذار و استناد به مقررات قانونی و شرعی، از جمله راه‌های تطبیق نهاد بازفروش با مقررات حقوق داخلی است. تقاص نیز از جمله مباحث فقهی است که با بازفروش مرتبط است و مصداق‌هایی از آن نیز در قوانین داخلی وجود دارد.

بند نخست - فسخ قرارداد

ممکن است بازفروش پایان‌بخش و فاسخ قرارداد اولیه بیع باشد و اقدام‌کننده به آن، مالک میبع. در این صورت، صدق عنوان «بازفروش» بر عمل کسی که مال خود را می‌فروشد، چندان دقیق نیست؛ اما برخی نظام‌های حقوقی که در زیر می‌آید، آن را با عنوان بازفروش شناخته‌اند. همچنین به نظر می‌رسد که طرح آن در حقوق ایران نیز موجه باشد. با این همه، بر خلاف بند ۲ ماده ۶۱ قانون یکنواخت راجع به بیع بین‌المللی اشیای منقول مادی ۱۹۶۴، که بازفروش را مبتنی بر انحلال قرارداد و بازگشت مال به ملکیت فروشنده می‌داند، از مفاد ماده ۸۸ کنوانسیون ۱۹۸۰ چنین چیزی بر نمی‌آید (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۶۰-۴۶۱).^۱

در هر حال، حقوق برخی کشورها (از قبیل انگلیس) به طرف قرارداد معوض حق می‌دهد تا در صورت خودداری طرف مقابل از اجرای تعهد، ابطال عقد را بخواهد یا آن را فسخ کند، که فایده

۱. بر این اساس، در این بند، هرگاه از بازفروش نام می‌بریم، به ماهیت آن، یعنی فروش ملک دیگری نظر نداریم. بلکه بیشتر به نتیجه آن، یعنی جبران خسارت فسخ‌کننده از راه فروش میبع نظر داریم.

مهم آن شکستن بن بست ناشی از اجرای حق حبس است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ (الف)، صص. ۲۶۴-۲۶۵). لیکن در حقوق ایران، از طرفی، بر خلاف نظر برخی حقوق دانسان (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۴۰) اقدام فروشنده به بازفروش تنها با فسخ قرارداد ممکن است؛ بیع، عقد رضایی و تملیکی است و با انعقاد عقد، خریدار مالک مبیع است و بدون فسخ، به فروش و تصرف در مال غیر حکم کرده‌ایم. از طرف دیگر، جهت رعایت دو ضرورت مکمل یکدیگر، یعنی صیانت از حقوق فردی و پاسداری از ثبات قرارداد، بایستی راه‌های فسخ را محدود نمود و الزام به اجرا را از دادگاه خواست (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۴۳). چنانکه ماده ۳۷۶ قانون مدنی بر اجبار ممتنع بر تسلیم مبیع تصریح می‌کند.

مسائل مربوط به بازفروش بعد از فسخ عقد در حقوق ایران را در زیر بررسی می‌کنیم:

فخست، حق فسخ به طور کلی (تخلف از تعهد یا شرط)؛ می‌توان در قلمرو ماده ۲۳۹ قانون مدنی از ایجاد حق فسخ دفاع کرد. پس، در صورتی که متعهد از اجرای تعهد ناشی از عقد امتناع کند: ۱. الزام آن از دادگاه خواسته می‌شود (ملاک ماده ۳۷۶ و ۲۳۷ قانون مدنی)؛ ۲. تعهد به حساب متعهد و به وسیله شخص ثالث (اگر میسر باشد) انجام گیرد (ملاک ماده ۲۳۸)؛ ۳. بعد از این دو، متعهدله می‌تواند فسخ را برگزیند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۵۵). در نتیجه، در صورتی که قیمت بازفروش کمتر از ثمن قراردادی باشد، می‌توان ما به التفاوت آن را به عنوان خسارت ناشی از نقض عهد مطالبه کرد (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۵۹؛ صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۴۱).^۱ علاوه بر این، ماده ۲۹ آیین‌نامه اجرایی اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۲،^۲ در مواردی که موضوع معامله عین کلی در ذمه است، به متعهدله اجازه می‌داد، تا زمان تحصیل حکم از دادگاه، قایم مقام متعهد گردد و مورد معامله را به حساب او خریداری و قبض کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۳۰۵).^۳ این آیین‌نامه، انجام تعهد سند لازم الاجرا به وسیله خود متعهد له را صریحاً مجاز دانسته است.

۱. فسخ آخرین راه حل برای پیشگیری از زیان است و پس از آن، فروش کمتر از ثمن قرارداد، به خریدار مربوط نیست. به عبارت دیگر، فروشنده حساب سود و زیان خویش را می‌نماید و سپس، اقدام به فسخ قرارداد می‌کند؛ پس نباید عمل او را به دیگران منتسب نمود. با این‌همه، پیداست هرگاه به دلیل تخلف از تعهد یا شرط، به فروشنده ضرری وارد شود و رابطه ضرر و فعل خریدار را بتوان اثبات نمود، فروشنده حق مطالبه خسارت از او را دارد.

۲. اکنون، آیین‌نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که در تاریخ ۱۳۸۷/۶/۱۱ به تصویب رئیس قوه قضاییه رسیده، لازم الاجراست و چنین مقرره‌ای را در بر ندارد.

۳. بدیهی است که این اختیار مقید به ضروری بودن موضوع معامله برای خریدار است.

۴۰۵، خیار تأخیر ثمن؛ یکی از اسباب ایجاد حق بازفروش میب در کنوانسیون، پرداخت نکردن یا تأخیر در پرداخت ثمن است. در حقوق ایران هم نهاد مشابهی، با عنوان خیار تأخیر ثمن وجود دارد (ماده ۴۰۲ قانون مدنی).

بر اساس احکام خیار تأخیر ثمن، در بیعی که میب تسلیم مشتری نشده و او ثمن را نپرداخته و تأخیر آن را شرط نکرده باشد، عقد تا سه روز لازم است و بعد از آن، با بایع مختار به فسخ عقد و مطالبه ثمن است؛ زیرا نگهداشتن میب و صبر بر آن دائماً مضر است و ضرر مرفوع است (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۳۴۳). به ویژه هنگامی که از حق حبس استفاده می‌شود، فروشنده در وضع نامطلوبی قرار می‌گیرد؛ خریدار مالک منافع میب بوده و مسئول پرداخت هزینه نگهداری میب در دوران حق حبس است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، (ب)، ص ۱۰۳)؛ در صورت تلف کالا، خریدار از پرداخت ثمن معاف می‌شود و ضمان معاوضی نیز بر عهده فروشنده است (ماده ۳۷۸ قانون مدنی) (کاتوزیان، ۱۳۷۶، (الف)، ص ۲۶۸-۲۶۹؛ امامی، ۱۳۷۹، ص ۴۷۰). به هر حال، زمان ایجاد خیار پایان روز سوم است؛ اما زمان اعمال آن پس از سه روز است و اعمال آن هم فوری نیست. در موردی که خریدار پس از ایجاد حق خیار، ثمن را به فروشنده عرضه می‌کند، وضعی که مبنای خیار است، پایان می‌یابد و نباید اجازه داد که بیهوده پیمان بگسلد؛ لذا حتی بعد از این، خیار نیز از بین می‌رود (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۲۱۶).

همچنین، به رغم این که تأخیر پرداخت ثمن در مواردی، سبب حق فسخ در حقوق ایران و سبب ایجاد حق بازفروش در کنوانسیون است، هرگاه میب فاسدشدنی باشد، تعلل در فسخ عقد یا بازفروش میب جایز نیست. در این فرض، خریدار (مالک) تا سه روز برای دریافت میب مراجعه نکند، تا پیش از پایان یافتن سه روز، خیار «ما یفسد لیومه» این حق را به بایع می‌دهد تا در صورت دریافت نکردن ثمن، بیع را فسخ کند. در نتیجه، میب به ملکیت او بازمی‌گردد و چون مالک آن است، به هر که بخواهد، بفروشد و این نتیجه‌ای همانند بازفروش دارد.

۴۰۶، خیار تفلیس؛ خیار تفلیس از این جهت می‌تواند با بازفروش میب مورد معامله مقایسه گردد، که اگر خریدار ورشکسته شده و نتواند ثمن مقرر را بپردازد یا پرداخت آن به تأخیر افتد و یا اینکه با عنایت به تغییر وضعیت او، نتواند به موقع میب را قبض کند، فروشنده دارای حق بازفروش است و در موارد کالای فاسدشدنی، تکلیف بازفروش به وجود می‌آید. علاوه بر این ماده ۵۳۳ قانون تجارت نیز که از مصادیق خیار تفلیس بوده، به صراحت حق معامله کننده با تاجر ورشکسته را برای عدم تحویل میب به رسمیت شناخته (شهیدی، ۱۳۷۸، ص ۱۹۰ و بعد)، که نتیجه‌ای جز ایجاد حق برای فروشنده جهت بازفروش آن ندارد.

در فرض افلاس مشتری، نپرداختن ثمن به اراده او نیست و اجبار او نادرست است و بهترین راه حل، اعطای حق فسخ عقد به فروشنده است (کاتوزیان ۱۳۸۱، ص ۲۱۸). بنابراین، می‌توان بعد از تسلیم میبع مطابق ماده ۳۸۰ قانون مدنی، حکم این ماده را با قیاس با ماده ۵۳۰ قانون مدنی، به ورشکسته نیز سرایت داد (کاتوزیان ۱۳۸۱، ص ۲۲۱). خیار تفلیس، که چهره خاصی از حق حبس است (کاتوزیان ۱۳۸۱، ص ۲۱۶-۲۱۷)، تنها درباره ثمن کلی کاربرد دارد؛ در صورتی که ثمن عین معین باشد و مشتری مفلس گردد، بایع می‌تواند طبق ماده ۳۶۳ قانون مدنی، آن را از مشتری بخواهد (امامی، ۱۳۷۹، صص ۵۰۸-۵۰۹). ممکن است این خیار را با تلف میبع پیش از قبض مقایسه کنیم؛ اما باید گفت در تلف میبع، بازگشت وضعیت ناممکن است و انفساخ عقد بهترین چاره است، اما در خیار تفلیس، شاید ورشکسته باز هم بتواند به ثروت برسد؛ لذا به فروشنده حق فسخ داده می‌شود (کاتوزیان ۱۳۸۱، ص ۲۱۹).

بند دوم - تغییر ماهیت قرارداد

می‌توان حق بازفروش میبع را تغییر قانونی ماهیت عقد دانست و آثار قانونی جدیدی را در نتیجه عمل یکی از طرف‌های قرارداد و به حکم قانونگذار، بر قرارداد بار نمود. چنانکه حق طرف مقابل برای مطالبه ثمن یا میبع تبدیل به درخواست خسارات و منافع حاصل از بازفروش می‌شود. نخست، نمایندگی؛ در این فرض، رابطه دو طرف قرارداد، یعنی بایع و مشتری، تبدیل به نمایندگی می‌شود. قایلین این نظر بسیارند، چنانکه برخی، از جمله نظر غالب در حقوق آمریکا (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۵۱)، نیز بازفروش موجود در کنوانسیون را نوعی نمایندگی اقدام‌کننده به بازفروش از طرف مقابل خویش می‌دانند (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۶۱).

با این همه، نظریه نمایندگی در فرضی درست است که فروشنده طرف قرارداد، مال طرف دیگر را در معرض فروش گذارد؛ پس در فرضی که او مالی را می‌فروشد که در باره ملکیت آن اختلاف است، به نمایندگی اقدام نکرده است. علاوه بر این، نمایندگی دارای شرایطی است که در بازفروش کالا نمی‌توان یافت: نماینده باید نفع موکل خود را مدنظر داشته باشد و موکل هر وقت که بخواهد، نماینده خود را برکنار کند؛ در حالیکه فلسفه بازفروش مبتنی بر جلوگیری از انسداد قراردادی و در نتیجه نفع طرفین قرارداد است و حتی هنگامی که تکلیف بازفروش درباره کالاهای فاسدشدنی یا مشمول هزینه بسیار به وجود می‌آید، نمی‌توان نفع انحصاری برای طرف مقابل متصور شد؛ چه بسا در خصوص کالاهایی که نگهداری آن سبب ازدیاد هزینه می‌گردد، نفع

نگهدارنده آن مدنظر قانون گذار است. با این حال، بررسی نهاد امانت شرعی یا اداره مال غیر ممکن است تا حدی از اشکالات مذکور بکاهد و برخی از فروض بازفروش میبع را در بر گیرد.

الف. امانت شرعی؛ مشهور است که می گویند استفاده کننده از حق حبس، امین قانونی است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ (ب)، ص ۱۰۳). پس، کسی را که به بازفروش کالایی دست می زند که قانوناً در تصرف اوست و مدتی برای نگهداری آن متصور نیست، می توان امین قانونی طرف دیگر قرارداد شناخت. همچنین، برای تطبیق حقوق داخلی با برخی فروض بازفروش میبع، هنگامی که متعهد به متعهدله اخطار می کند مورد معامله را بپذیرد و متعهدله از قبض امتناع می کند، از طریق وحدت ملاک ماده ۳۸۷ قانون مدنی و متن ماده ۲۷۸ آن قانون، تسلیم به حاکم یا قایم مقام او موجب برائت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۸۲). همچنین است، اگر شخصی نتواند کالا را تحویل بگیرد، مثلاً در مسافرت باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۸۳).

در فقه نیز گفته اند هنگامی که بابع بیع شرط، قصد فسخ و رد ثمن را دارد، ولی مشتری خود را پنهان نموده یا از گرفتن ثمن خودداری می کند، می تواند ثمن را به مجتهد عادل که ولی غایب است، رد کند و در صورتی که در دسترس نباشد، می تواند به عدول مؤمنین تسلیم کند و همچنین عدول مؤمنین می تواند نگهداری آن را به خود بابع بسپارد و او خود صیغه فسخ بیع را جاری کند و شاهد بر فسخ بگیرد (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ص ۴۶۸). همچنین در فرضی که خریدار قرارداد بیع را فسخ می کند، میبع در دستان او بسان امانت شرعی است و او باید فوراً میبع را تحویل بابع بدهد؛ و اگر تأخیر کند و مال تلف شود، ضامن است؛ در صورتی تسلیم به مالک ممکن نشد، باید به وکیل خاص یا عام یا ولی او بدهد؛ اگر این نیز ممکن نشد، به حاکم شرع، و گرنه به عدول مؤمنین بسپارد؛ در غیر این صورت خود از باب حسبه نگاه دارد (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ص ۱۷۲). البته امانت مذکور مقید به این شرط است که نگهداری کالا و محافظت آن از تلف جز به این طرق ممکن نباشد (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ص ۱۷۳).

ب. اداره مال دیگری؛ اداره مال غیر، نتیجه امانت شرعی است و مدیر، امین قانونی مالک است. البته باید در نظر داشت که اصل نخستین، نداشتن ولایت بر دیگری حق دخالت در اداره اموال اوست، مگر در شرایط اضطراری، از باب تصرف حسبی و امانت شرعی، مشروط به اینکه با قصد حفظ مال و با نیت احسان باشد. همچنین، ماهیت اداره مال غیر، اداره است و بایستی ضرر صاحب مال ملاک قرار گیرد.

در فقه، مصادیق گوناگونی را می توان درباره اداره مال دیگری یافت: هزینه تحویل میبع به فروشنده یا نماینده او، بعد از فسخ بیع برعهده خود بابع است؛ اما خریدار می تواند خود اقدام کند

و هزینه‌های این عمل را از خود مال بر دارد (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ص ۱۷۲). همچنین، کسی که مال دیگری را از تلف برهاند، صاحب مال باید اجرت او را بدهد و چنین است پاک کردن قنات دیگری یا ذبح حیوان مشرف به هلاکت او (ابوالفرج عبدالرحمان حنبلی، القواعد، صص ۱۴۱-۱۴۳؛ به نقل از جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۴). به نظر برخی از فقها، شرط ولایت حسبی عالم بودن و سپس نبودن عالم است. پس بافروش نیز باید با اجازه دادگاه باشد؛ ولی این نظر به طور کامل پذیرفته نشده است. زیرا در انجام برخی امور حسبیه از جمله عالم بودن شرط نیست، چه رسد به مجتهد بودن (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ص ۴۶۵). برای نمونه، در لقطه (مال گم شده)، هرگاه یابنده مال فاسدشدنی را بیابد، می‌تواند آن را بفروشد و سپس، اعلام یا تعریف نماید (علامه حلی، ص ۲۳۲).

تنها در فرضی می‌توان بافروش مبیع را منطبق با اداره مال دیگری دانست که کالا فاسد شدنی باشد؛ چرا که تنها در این فرض، ضرر به غیر متصور است. پس هنگامی که هزینه نگهداری مال افزایش می‌یابد، موضوع پرهیز از زیان، برای دو طرف قرارداد وجود دارد. در صورتی هم که حق بافروش ایجاد می‌شود، فروشنده برای نفع خویش عمل می‌کند. با این همه، در کنوانسیون، وقتی که کالا فاسدشدنی است یا نگهداری آن هزینه بسیاری را در بر دارد، تنها تکلیف به فروش ایجاد می‌شود و سایر روش‌های اداره مال دیگری را نمی‌توان به کار بست. مثلاً هرگاه مصلحت در نگهداری و به امانت سپردن مبیع باشد، متصرف می‌تواند از طریق ولایت در مال غایب، آن را به امانت بسپارد (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ص ۱۷۲). بنابراین، رابطه فروش و سایر شیوه‌های دخالت در مال دیگری، عموم و خصوص است.

۵۰۵؛ وثیقه؛ بر اساس این نظریه، بافروش مبیع، نتیجه پذیرش وثیقه بودن مبیع در دستان نگهدارنده آن است. چنان که در حقوق داخلی، ممکن است وثیقه گرفتن یک مال یا تأمین آن منتهی به فروش شود و این امر جزئی از رهن یا تأمین یک کالا است. پس، نگهداری کالا و سپس بافروش مبیع، نوعی وثیقه برای رسیدن به طلب یا در اینجا، رسیدن به ثمن است که اقدام کننده به بافروش با اقدام به فروش کالا، دست به اعمالی می‌زند که در نتیجه آن، به حق اصلی خود می‌رسد. لذا نگهداری کالا مطابق ماده ۸۵ و ۸۶ کنوانسیون، می‌تواند رهن تلقی شود و بافروش نیز یک قاعده کلی است که به موجب آن بایستی با زیان ناشی از نقض عهد مقابله شود؛ زیرا هم از زیان می‌کاهد و هم تضمین جبران هزینه‌هاست.

وثیقه ممکن است همانند عقد رهن به صورت قراردادی باشد یا همانند قرار تأمین به صورت قضایی باشد و یا سرانجام، همانند مواد ۸۶۸ و ۹۴۸ قانون مدنی، به صورت قانونی باشد (جعفری

لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۴۸). اشکال نظریه این است که لازمه وثیقه بودن، شناختن حق فروش است؛ پس برای استدلال به نفع بازفروش نمی توان به نهاد وثیقه دست یازید.

بند سوم - تقاص

تقاص در فقه، از شیوه‌های وصول به حق است. اصطلاح فقهی تقاص را بدین گونه می توان معرفی نمود: «داین حق خود را از اموال مدیون، بدون مراجعه به قاضی استیفا کند» (میرسعیدی، ۱۳۸۲، ص ۷۶۲). به نظر برخی از فقها، این حق تنها هنگامی ایجاد می شود که تردیدی در وجود دین یا تعلق مال نباشد. تقاص کننده می تواند مالی را که از جنس دین نیست، بفروشد و به میزان دین خود بردارد (میرسعیدی، ۱۳۸۲، ص ۷۶۳).

با شناختن حق بازفروش برای نگهدارنده، او طلبکاری شناخته می شود که می خواهد طلب خود را از راه فروش مال دیگری، وصول نماید. برخی فقها، در یکی از فروع مطرح در بازفروش مبیع، به صراحت تقاص را جایز دانسته اند. به باور ایشان، هرگاه فروشنده نتواند ثمن را بگیرد، برای دفع ضرر خویش، خیار فسخ دارد و در صورت نبود حق خیار تأخیر ثمن، قرارداد لازم است و برای دفع ضرر، می تواند از مبیع تقاص نماید (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ص ۲۵۲). علیرغم آن، به نظر ایشان، مشتری بعد از فسخ عقد و پیش از مطالبه قیمت از بایع و دعوا و نبود امکان استخلاص حق، نمی تواند هزینه های خود را از مبیع مورد فسخ تقاص نماید و مبیع را به قیمت المثل بفروشد؛ چون تقاص دارای محل و موقع خاصی است؛ همچنانکه بایع نمی تواند دادن قیمت را موکول به دادن مبیع نماید (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ص ۱۷۳).

اشکال نظریه تقاص و انطباق آن با بازفروش این است که تقاص در صورتی ممکن است که تقاص کننده از این عمل سود ببرد و برای جلوگیری از ضرر باشد. پس در جایی که حق بازفروش و نه تکلیف، وجود دارد، ایجاد حق تقاص مشکلی ندارد. یعنی صرفاً در صورتی که کالاهایی در دست اقدام کننده است که با فروش آن سود می برد و او برای جبران خسارات خویش به میل خود آن را می فروشد.

نتیجه گیری

به طور مسلم، شیوه های بازفروش را نمی توان به گونه ای که در کنوانسیون یا سایر نظام های داخلی یا بین المللی وجود دارد، در حقوق ایران یافت. هر یک از نهادهای داخلی می تواند پاره ای از موارد بازفروش را در بر گیرد؛ همچنین ممکن است که در یکی از موارد بازفروش، دو یا چند

نهاد داخلی شرکت داشته باشد. بنابراین، یک یک موارد بازفروش کنوانسیون را نام برده و نتیجه آن را در حقوق ایران منعکس می‌کنیم:

نخست، تأخیر نامتعارف در قبض مبیع؛ هنگامی که خریدار در گرفتن مبیع تأخیر کند، می‌توان به نهاد «امانت شرعی» توسل جست و بایع را امین خریدار دانست. همچنین، در حالتی که مبیع فاسد شدنی است، حکومت احکام اداره مال دیگری و فروش مبیع از این راه شایسته است و در حالتی که نگهداری مبیع مشمول هزینه نامتعارف است، همانند سایر موارد تعسر فروشنده، رها کردن مبیع به گونه‌ای که خریدار بتواند بر آن استیلا یابد کافی است.

دوم، تأخیر نامتعارف در پرداخت ثمن؛ در این حالت، فروشنده حق حبس دارد؛ همچنین، برابر شرایطی، خیار تأخیر ثمن به وجود می‌آید و در صورت ورشکستگی خریدار، اعمال خیار تفلیس نیز راه‌گشاست. در غیر فروض این دو خیار و بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و متون فقهی امامیه، می‌توان به ترتیب و امکان، با سپردن مبیع به حاکم، عدول مؤمنین و سرانجام فروش آن، نتیجه مورد نظر را گرفت. هرگاه مبیع فاسد شدنی است، می‌توان از نهاد اداره مال دیگری نیز یاری گرفت.

سوم، تأخیر بایع در پس گرفتن مبیع؛ از این جهت که مالک مبیع از قبض آن خودداری می‌کند، شبیه مورد تأخیر در قبض مبیع است و مسایل آن بر این حالت حاکم است. تنها مسأله خاص، وجود رابطه قراردادی طرفین در فرض تأخیر در قبض مبیع و امکان عدم آن در فرض پس گرفتن مبیع است.

چهارم، تأخیر در پرداخت هزینه نگهداری مبیع؛ این حالت می‌تواند در قالب وثیقه در حقوق و تقاص در فقه قرار گیرد. در فرضی که مبیع در تصرف حافظ و هزینه نگهداری آن رو به افزایش است و مالک نیز حاضر به پرداخت هزینه‌های آن نیست، مبیع می‌تواند وثیقه طلب متصرف باشد. لیکن، ولایت در اموال دیگری نیاز به حکم قانونگذار دارد و نمی‌توان بدون اراده قانونگذار یا مالک، مالی را وثیقه طلب دیگری قرار داد؛ بنابراین، بایستی با عنایت به مقررات فقهی، این مورد را از موارد تقاص در فقه دانست.

پنجم، کالاهای مشرف به فساد؛ هنگامی که کالا دستخوش نابودی، تغییر کیفیت یا کاهش ارزش اقتصادی است، چنانکه گفته شد، می‌توان از موارد اداره فضولی مال غیر دانست (ماده ۳۰۶ قانون مدنی) و فروش کالا، اگر چه همانند مقررات کنوانسیون تکلیف نیست، می‌تواند از مصادیق اداره مال دیگری باشد.

ششم، کالاهایی که هزینه نگهداری آن نامتعارف است؛ هنگامی که هزینه نگهداری میبع به صورت نامتعارف رو به افزایش است، می توان نهاد اداره مال دیگری را به دلیل ورود ضرر به مالک پذیرفت؛ ولی مشکل، ورود زیان بیشتر به حافظ آن است. لذا شایسته است تقاص را نسبت به میبع پذیرفت و سرانجام برای هزینه های بیش از بهای میبع، مسؤولیت مدنی ناشی از اموال دیگری را به کار گرفت.

سرانجام باید گفت: بازفروش، صرفاً "اختصاص به میبع داشته و در نتیجه ویژه عقد بیع است؛ اما خود قاعده کلی جبران خسارت است و می تواند در قالب یکی از راه های جبرانی (ماده ۳ قانون مسؤولیت مدنی) قرار گیرد. درباره وجود نهاد حق بازفروش میبع نیز نیازمند شناسایی نهاد جدیدی هستیم؛ قواعد پراکنده ای که اختصاص به بیع ندارد و در هر امری جاری است و نیازمند تدوین در حقوق امروزی است.

فهرست منابع

— فارسی

- امامی، سید حسن (۱۳۷۹) **حقوق مدنی**، جلد ۱، چاپ بیست و یکم، تهران، اسلامیه.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، **حقوق مدنی**، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، **دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات**، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تذکره الفقهاء**، ۱۷ جلد، قم، مؤسسه آل‌الیت.
- هجده نفر از حقوق دانان دانشگاه‌های جهان (۱۳۷۴)، **تفسیری بر حقوق بیع بین المللی کنوانسیون وین ۱۹۸۰**، ترجمه مهراب داراب‌پور، جلد سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۸)، «تفسیری پیرامون ماده ۵۳۳ قانون تجارت»، **مجموعه مقالات حقوقی**، صص. ۱۸۹-۲۰۲، تهران، حقوقدان.
- ----- (۱۳۸۲)، **حقوق مدنی**، جلد ۳ (آثار قراردادهای و تعهدات)، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- صفایی، سید حسین (۱۳۷۵)، «بازفروش کالای مورد معامله از سوی فروشنده در صورت تخلف خریدار»، **مقالاتی درباره حقوق مدنی و تطبیقی**، تهران، نشر میزان.
- ----- مرتضی عادل، محمود کاظمی، و اکبر میرزائزاد (۱۳۸۴)، **حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی**، تهران، دانشگاه تهران.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۱۳ ق.)، **جامع الشتات**، تدوین توسط مرتضی رضوی، جلد ۲، تهران، مؤسسه کیهان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، **حقوق مدنی: دوره عقود معین**، جلد ۱ (معاملات معوض، عقود تملیکی)، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ----- (۱۳۷۶)، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۳ (آثار قراردادها)، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ----- (۱۳۷۶)، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۴ (اجرای عقد و عهدشکنی و مسؤولیت قراردادی)، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ----- (۱۳۸۲) **الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری**، چاپ سوم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

- میرسعیدی، سیدمنصور (۱۳۸۲)، «تقاضا»، دانشنامه جهان اسلام، جلد ۷، زیر نظر غلام‌علی حدادعادل، تهران، بنیاد دایره‌المعارف اسلامی.

– لاتین

- Atiyah, P S, John N Adams, and Hector MacQueen (2001), **The Sale of Goods**, 10th Ed. Pearson Education.
- Audit, Bernard (1990), **La Vente Internationale de Marchandises**, Paris.
- Boyer, Louis, et autres (1951), **La Vente Commerciale de Marchandises**, Paris: Dalloz.
- Chitty (1977), **The Law of Contracts**, 24th Ed. vol. 2, 2 vols. London: Sweet & Maxwell.
- Enderlein, Fritz, and Dietrich Maskow (1992), **International Sales Law (United Nation Convention on Contracts for the International Sale of goods)**, NewYork: Ocean Pub.
- Fawcett, James 'anathan Harris, and Michael Bridge (2005), **International Sale of Goods in the Conflict of Laws**, First pub. Oxford University Press.
- Gross, Bernard (1987), **Le Droit de la Vente**, Paris: Presses Universitaires de France.
- Heuzé, Vincent (2000), **Traité Des Contrats: La Vente Internationale de Marchandises Droit Uniforme**, Paris: L.G.D.J.
- Honnold, John (1991), **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nation Convention**, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Raphael, Jesse S (1967), **The Uniform Commercial Code Simplified**, NewYork: The Ronald Press Comopany.

- Schelechtriem, Peter, ed. (1998), **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, 2nd, Translated by Geoffrey Thomas, Oxford: Clarendon Press.
- Tepper, Pamela R (1995), **The Law of Contracts and Uniform Commercial Code**, NewYork: Delmar Publisher.
- Treitel, G H (1999), **The Law of Contract**, 10th Ed. London: Sweet & Maxwell.
- Zulueta, F De (1945), **The Roman law of Sale**, Oxford: Clarendom Press.