

امکان سنجی حق بازفروش مبیع در فقه امامیه

علی اکبر جعفری ندوشن*
حسین حقیقت‌پور**

تاریخ تألیف: ۱۳۹۹/۲/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۵/۳۰

زینب زارع***

چکیده

در نظام فقهی و حقوقی ما، ضمانت اجراهای نقض تعهد در عقد بیع در مواردی همچون حق حبس، الزام به پرداخت، حق فسخ به استناد خیار تأخیر ثمن یا خیار تفلیس و تضامین قراردادی نظیر وجه التزام و پیش‌بینی حق فسخ... خلاصه می‌شود. حال آنکه در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا علاوه بر ضمانت اجراهای معمول با پیش‌بینی حق بازفروش کالا، این اختیار را به هریک از طرفین می‌دهد که در برابر نقض تعهد دیگری که موجب می‌شود تا مبیع در اختیار طرف دیگر باقی بماند با فروش آن به ثالثی در صدد جلوگیری از خسارات ناشی از نقض تعهد برآید. بررسی این نهاد حقوقی در کنوانسیون مزبور و امکان‌سنجی تأسیس آن در نظام حقوقی ایران درفروض مختلف کنوانسیون را می‌تواند در قالب نهادهای فقهی مختلفی از جمله به استناد مبانی فقهی تقاص، می‌تواند امکان ایجاد حق بازفروش را در موارد لزوم در مقررات مدنی و تجاری ما فراهم کند.

واژگان کلیدی: بازفروش کالا، تأخیر غیر متعارف، لاضرر، اضطرار، تقاص.

۲۶۷

حقوق اسلامی / سال هفدهم / شماره ۶۶ / پاییز ۱۳۹۹

* استادیار گروه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه یزد/ نویسنده مسئول (jafarinadoushan@yazd.ac.ir).

** استادیار بخش فقه و حقوق دانشگاه یزد (haghighatpoor@yazd.ac.ir).

*** دانشجوی حقوق خصوصی دانشگاه میبد (zz.zare72@gmail.com).

مقدمه

حق فروش مجدد کالا توسط بائع به جهت نقض تعهدات قراردادی توسط خریدار بدون انحلال بیع صورت می‌گیرد. در قوانین ایران پیش‌بینی نشده است و تا موقعی که قرارداد فسخ نشده و مال مورد معامله در ملکیت مشتری است، چنین حقی برای فروشنده به‌وجود نمی‌آید، چراکه بازفروش کالا در این حالت (عدم فسخ بیع)، تصرف در مال غیر محسوب می‌شود که مجوزی ندارد و تابع احکام معاملات فضولی است. بررسی این نهاد حقوقی از حیث مصادیق، شرایط و آثار، برابر ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و امکان‌سنجی تأسیس آن در حقوق ایران مورد مطالعه این پژوهش توصیفی - تحلیلی است. بدیهی است که با توسعه روابط تجاری بین‌المللی و حاکمیت مقررات کنوانسیون مزبور بر برخی قراردادهای بین‌المللی که تجار ایرانی با طرف خارجی منعقد می‌کنند، ضرورت شناخت ابعاد مختلف چنین نهادهای حقوقی بین‌المللی و حتی بومی‌سازی آنها در مجموعه مقررات مدنی ایران بیش از پیش مطرح می‌گردد. سؤالاتی در این باره مطرح می‌شود که به آنها در مقاله حاضر، پاسخ داده شده است، از جمله اینکه آیا در نظام حقوقی ایران، حق بازفروش کالا قابل پذیرش است؟ چگونه می‌توان نهاد بازفروش را با توجه به مبانی فقهی توجیه کرد؟ سعی شده است با بررسی قواعد فقهی همچون قاعده اضطرار، قاعده تقاص و قاعده لاضرر در فقه، و مقایسه آنها با نهاد بازفروش این موضوع را بررسی کرده، لکن به‌نظر می‌رسد بازفروش کالا به آن معنی اخص خود که در کنوانسیون آمده است، جایگاهی در حقوق ایران ندارد و شایسته است که قانونگذار ایران این نهاد را به رسمیت بشناسد. بدین منظور ابتدا مصادیق و شرایط بازفروش بیع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در یک بخش مورد مطالعه قرار می‌گیرد و در بخش دوم، امکان‌سنجی بازفروش کالا در فقه امامیه که مبنای نظام حقوقی ایران است نیز بررسی می‌شود.

راجع به ماهیت و آثار بازفروش کالا، مقالاتی تحت عنوان «بازفروش کالا نوشته حجت‌الاسلام والمسلمین محمد جواد ارسطا»، «بازفروش مبیع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ و بررسی امکان آن در حقوق ایران نوشته حسن محسنی»، «حق بازفروش کالا مطالعه تطبیقی نوشته دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی، رضا زارعی» ارائه و به چاپ رسیده است.

۱. بازفروش کالا در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

در هر معامله‌ای ممکن است وضعی پیش آید که سبب ورود خسارت، یا فساد کالای موضوع معامله گردد. اگر تدبیری برای رفع این مشکل نشود، امکان ورود ضرر به یک طرف بدون توجیه قانونی وجود دارد. به‌منظور جلوگیری از بروز چنین حالت‌هایی، کنوانسیون در مواد ۸۵ و ۸۶ تکالیفی برای هردو طرف معامله در مواقعی که به واسطه بروز اختلاف، کالای موضوع معامله در معرض خسارت، یا فساد قرار می‌گیرد، معین کرده تا مانع از بروز ضرر اضافی بر طرفین گردد.

از آنجاکه برابر ماده سی‌ام کنوانسیون - از اینجا تا پایان مقاله، منظور از کنوانسیون، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰م است - بیع بین‌المللی کالا، با بیع مکلف است با توجه به شرایطی که در قرارداد پیش‌بینی شده کالا را تسلیم کند یا مطابق آنچه در ماده ۵۳ کنوانسیون آمده، مشتری نیز مکلف به پرداخت ثمن و قبض کالا است، چنانچه هریک از طرفین از انجام تعهد خود تخلف کنند و سبب شوند که کالا در ید دیگری باقی بماند، برابر مواد ۸۵ و ۸۶ کنوانسیون، طرف مزبور ملزم به حفظ و نگهداری کالا است، اما از آنجاکه معمولاً تکلیف نگهداری علاوه بر صرف هزینه گاهی موجب ضرر و حرج طرف مقابل می‌گردد؛ لذا برابر ماده ۸۸ در مواردی نگهدارنده اختیار بازفروش کالا را می‌یابد و در برخی موارد نیز ملزم به بازفروش آن می‌گردد. بررسی موارد مزبور و شرایط تحقق آن طی دو مبحث در این بخش صورت می‌گیرد.

۱-۱. بازفروش اختیاری

برابر بند اول ماده ۸۸ کنوانسیون: «اگر طرف دیگر در تصرف کالا یا پس گرفتن آن یا در پرداخت ثمن یا هزینه‌های حفظ کالا به‌نحو غیر متعارف تأخیر ورزد، طرفی که طبق مواد ۸۵ و ۸۶ ملزم به حفظ آن است می‌تواند آن را به طرق مقتضی بفروشد، مشروط بر اینکه اخطار لازم مبنی بر قصد فروش به طرف دیگر ارسال کرده باشد». از آنجاکه در بند اول ماده ۸۸ کلمه «می‌تواند» به‌کار رفته است؛ لذا می‌توان به‌نوعی بازفروش اختیاری مبیع از سوی نگهدارنده نظر داد که مطابق ماده ۸۵ با بیع اختیار بازفروش می‌یابد و مطابق ماده ۸۶ این اختیار از آن مشتری است.

۱-۱-۱. موارد بازفروش اختیاری

بازفروش اختیاری برابر مقررات کنوانسیون بسته به اینکه تاخیر غیر متعارف در قبض، استرداد

وتادیه ثمن یا هزینه های حفظ کالا باشد قابل تقسیم بندی است .

الف) تأخیر غیرمتعارف در قبض کالا

از آنجا که برابر مواد ۳۵ و ۶۰ کنوانسیون مشتری مکلف به قبض مبیع است؛ لذا در صورت خودداری از قبض مبیع، بایع می تواند آن را به موجب حق حبس نگاه دارد، اما اگر این عدم قبض طولانی شود؛ یعنی از مواعد معمول بگذرد، چنین تأخیر غیرمتعارفی، اختیار بافروش کالا را به بایع اعطا می کند.

ب) تأخیر غیرمتعارف در استرداد کالا

بر اساس بند ۱ و ۲ ماده ۸۶ مشتری می تواند پس از قبض، کالا را رد کند. در این صورت، اگر بایع نسبت به استرداد کالا تأخیر غیرمتعارف معمول دارد، مشتری حق بافروش کالا را می یابد.

ج) تأخیر غیرمتعارف در پرداخت ثمن

بایع همچنین در مواردی که با تأخیر غیرمتعارف مشتری در پرداخت ثمن روبهرو می شود، برابر بند اول ماده ۸۸ حق بافروش می یابد. در همین زمینه می توان به رأی دیوان داوری ایران و امریکا اشاره داشت که در یکی از تصمیمات خود به مورد مذکور در ماده ۸۸ کنوانسیون استناد کرده است: فروشنده از تسلیم تجهیزات، به دلیل امتناع خریدار از پرداخت ثمن خودداری کرده و دیوان داوری تصریح می کند که حق فروشنده به فروش تجهیزات تسلیم نشده به منظور تقلیل خسارات با حقوق شناخته شده قراردادهای بازرگانی بین المللی سازگار است و منظور ماده ۸۸ کنوانسیون تماماً محقق شده است. در اینجا تأخیر غیرمتعارف از سوی خریدار در پرداخت ثمن انجام شده و فروشنده اخطار معقول و متعارفی از قصد فروش خود ارسال کرده است (Schwenzer, ..., 2007, p.601).

د) تأخیر غیرمتعارف در پرداخت هزینه های محافظت کالا

هرگاه هر یک از بایع و مشتری که حسب مورد، مبیع را مطابق ماده ۸۵ یا ۸۶ نگهداری می کنند طرف مقابلشان، حسب مورد از پرداخت هزینه های نگهداری خودداری کند، نگهدارنده کالا مستند به ماده ۸۸ کنوانسیون می تواند کالا را بافروش کند.

۱-۱-۲. شرایط بازفروش اختیاری

در بیان شرایط بازفروش اختیاری به شرط اخطار قصد بازفروش و مقتضی بودن روش بازفروش می‌توان اشاره داشت.

الف) اخطار قصد بازفروش

برای آنچه در بند اول و دوم ماده ۸۸ کنوانسیون آمده، یکی از شرایط بازفروش صدور اخطار لازم قبل از اقدام به بازفروش کالا است. هدف از این اخطار این است که چون اصولاً بازفروش کالا یک حکم خلاف قاعده است و اساساً فروش مال غیر می‌باشد، باید مالک از فروش مال مطلع گردد که در صورت امکان فرصتی برای اجرای تعهد خود بیابد یا با حضور در جلسه بازفروش از رعایت غبطه خویش اطمینان یابد (داراب‌پور، ۱۳۷۴، ص ۱۹۴).

اخطار مورد نظر این ماده می‌تواند کتبی یا شفاهی باشد. این موضوع از اطلاق ماده ۸۸ و ماده ۲۸ کنوانسیون قابل دریافت است، اما برای آنچه در ماده ۲۷ قابل استنباط است، اخطار باید ارسال گردد و به محض ارسال صدور اخطار محقق می‌گردد و بر خلاف ایجاب و قبول که در کنوانسیون به نظریه «وصول» تمایل دارد، در اینجا با ارسال اخطار انجام می‌گیرد. در باب ضمانت اجرای عدم ارسال اخطار نیز هر چند پیش‌نویس کنوانسیون تا مرز ابطال بازفروش پیش رفته بود، اما در متن نهایی به این موضوع اشاره‌ای نشده است؛ چون متخلف از دادن اخطار، صرفاً یک تعهد فرعی را نقض می‌کند و در نتیجه بازفروش انجام شده باید صحیح تلقی و صرفاً حکم به جبران خسارت طرف متقابل داده شود (Enderlein & Maskow, 1992, p.362).

واپسین نکته آنکه نحوه اخطار نیز باید به گونه‌ای باشد که متعارف تلقی شود؛ یعنی شخصی که برایش اخطار فرستاده می‌شود، اطلاع یابد یا اینکه می‌باید اطلاع حاصل کند. گفته‌اند متعارف بودن اخطار ناظر به محتوا و زمان اخطار است (Ibid, p.194).

ب) مقتضی بودن روش فروش

برابر بند اول ماده ۸۸ بازفروش باید به طریق مقتضی صورت گیرد که بنا به تفسیر دبیرخانه سازمان ملل از پیش‌نویس کنوانسیون درباره قراردادهای بیع بین‌المللی، کنوانسیون شیوه مقتضی را ترسیم نمی‌کند؛ زیرا شرایط در کشورهای مختلف متفاوت است. برای تعیین اینکه آیا روش اعمال شده متناسب و مقتضی است یا خیر، باید به روشی ارجاع داد که در احوال مشابه

در چهارچوب قانون کشوری که فروش در آنجا صورت می‌پذیرد مطلوب می‌باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ص ۱۹۳).

بنابراین طرفی که قصد بافروش کالا را دارد، باید این کار را طبق روشی انجام دهد که در قانون ملی قابل اعمال در مکان فروش به رسمیت شناخته شده است. هرچند در برخی کشورها درخصوص روش بافروش قائل به استفاده از مکانیزم حراج یا دلالی هستند، اما با عنایت به تفسیر دبیرخانه سازمان ملل به نظر می‌رسد که فروش از طریق دلالی یا حراجی ضرورت ندارد. برخی مفسران نیز از عبارت «مقتضی بودن» لزوم متعارف بودن شرایط بافروش و به‌ویژه قیمت را استنباط کرده و نتیجه گرفته‌اند که فروشنده حتی مجاز است کالا را برای خود نیز بخرد؛ به شرط آنکه این معامله به قیمت عادلانه بازار صورت گیرد (Schlechtriem, 1998, p.682).

۱-۲. بافروش الزامی

ماده ۸۸ کنوانسیون در بند دوم آورده است: هرگاه کالا در معرض فساد سریع یا نگهداری آن مستلزم هزینه غیرمتعارف باشد، طرفی که مطابق ماده ۸۵ یا ۸۶ ملزم به نگهداری آنهاست مکلف است برای فروش آن، اقدامات متعارفی معمول دارد. او تا جایی که امکان دارد مکلف است خطاری مبنی بر قصد فروش برای طرف دیگر ارسال کند.

همان‌طور که در این بخش ماده دیده می‌شود، عبارت «مکلف است» حاکی از نوعی الزام نگهدارنده کالا به بافروش آن است. بدیهی است که باتوجه به این عبارت و تکلیفی که بر عهده نگهدارنده است، چنانچه وی در بافروش تعلل کند و خسارتی به مالک وارد آید، می‌توان حتی به مسئولیت مدنی وی نظر داد (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴، ص ۴۳۲).

۱-۲-۱. موارد بافروش الزامی

در مواردی که کالا سریع الفساد باشد و یا در صورتی که نگهداری کالا مستلزم هزینه غیرمتعارف باشد بافروش الزامی خواهد بود.

الف) کالای در معرض فساد سریع

منظور از «در معرض فساد سریع» در این بند هر نوع عیب و هدم فیزیکی کالاست و بر اساس نظر مفسران، کاهش قیمت را دربرنمی‌گیرد؛ چون فساد سریع معمولاً درمورد کالاهایی روی

می دهد که فاسدشدنی باشند؛ مثل گوشت و میوه؛ لذا توسعه کلمه فساد به فساد اقتصادی به مفهوم تنزل قیمت تناسبی ندارد. این نظر با بررسی متن مذاکرات پیش نویس کنوانسیون نیز تقویت می شود چون در پیش نویس اولیه کنوانسیون درخصوص این بند، عبارت «در معرض ضرر یا فساد سریع» (Subject to loss or rapid deterioration) درج شده بود که عبارت «در معرض ضرر» بهنگام مذاکرات نهایی حذف گردید. برخی مفسران کنوانسیون نیز حذف این عبارت را به مفهوم خارج کردن فساد اقتصادی یا تنزل ارزش کالا دانسته اند (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ص ۱۹۵).

بدیهی است که در هر مورد، هر کالایی حسب نوع و جنس آن و زمان و مکان حمل و نقل و نگهداری، مفهوم «در معرض فساد» متفاوت خواهد بود.

ب) نگهداری کالا مستلزم هزینه غیر متعارف

به نظر می رسد مفاد بند دوم ماده ۸۸ در جهت تعدیل ماده ۸۵ پیش بینی شده است؛ زیرا مطابق ماده ۸۵، تأخیر خریدار در پرداخت ثمن یا قبض کالا، فروشنده را نیز از تکلیف نگهداری کالا بری نمی کند و او ملزم به نگهداری کالا است، اما بند دوم ماده ۸۸ ناظر به این است که در صورتی که هزینه های نگهداری نامتعارف باشند، فروشنده تکلیف به بازفروش می یابد.

همچنین مطابق بند دوم ماده ۸۶ کنوانسیون، اصولاً در صورتی که نگهداری کالا مستلزم هزینه غیر متعارف باشد، خریدار مکلف به تصرف آن نیست؛ زیرا این بند صراحت دارد که «چنانچه کالای ارسال شده جهت مشتری در مقصد مورد نیاز در اختیار او قرار داده شود و او از حق رد استفاده کند، مکلف است به نیابت از بایع کالا را در تصرف خود نگاه دارد، به شرط آنکه این امر بتواند بدون پرداخت قیمت و هزینه های نامعقول صورت گیرد».

بدیهی است که در تشخیص هزینه های غیر متعارف، باید نوع و جنس هر کالا و زمان و مکان حمل و نقل آن را در نظر داشت.

برخی مفاد بند دوم ماده ۸۸ را درخصوص تکلیف به بازفروش موجب تخصیص حکم ماده ۶۲ کنوانسیون دانسته اند (Honnold, 1991, p.584) چون برابر ماده ۶۲، «بایع می تواند تأدیه ثمن، قبض مبیع یا ایفای سایر تعهدات مشتری را از وی بخواهد، مگر اینکه به یکی از طرق جبران خسارتی که با این درخواست وی منافات داشته باشد متوسل شود».

۱-۲-۲. شرایط بازفروش الزامی

با اخطار قصد بازفروش و انجام اقدامات متعارف شرایط بازفروش الزامی مهیا می‌گردد.

الف) اخطار قصد بازفروش

در قسمت آخر بند ۲ ماده ۸۸ آمده است: نگهدارنده حتی الامکان مکلف است اخطاری مبنی بر قصد فروش به طرف دیگر ارسال کند. به نظر می‌رسد کلمه «حتی الامکان» در این عبارت، مفید نوعی معنای اخطار غیرضروری است؛ چون در مورد کالایی که در معرض فساد است یا ادامه هزینه نگهداری آن موجب خسارت فراوانی است، عملاً فرصت صدور اخطار به دست نمی‌دهد؛ چون در چنین مواردی باید از هر مانعی که فرایند بازفروش را با تأخیر روبه‌رو می‌کند عبور کرد.

عده‌ای از مفسران غیرالزامی بودن اخطار را منحصر به مواردی دانسته‌اند که کالا در معرض فساد سریع است و لذا در موارد بازفروش به دلیل نگهداری با مخارج غیرمتعارف قائل به ضرورت اخطارند. بر خلاف بند اول ماده ۸۸ که به لزوم متعارف بودن اخطار اشاره می‌کند، بند دوم فاقد چنین قیدی است، اما توجیهی برای حذف این قید وجود ندارد. بنابراین باید ضابطه متعارف بودن اخطار در این بند ملحوظ گردد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ص ۱۹۷)؛ کمالینکه در ماده هشتم کنوانسیون نیز ناظر به این موضوع است که الفاظ و دیگر اعمال هر یک از طرفین محمول بر استنباط افراد غیرمتعارف همان صنف در اوضاع و احوال مشابه است.

ب) انجام اقدامات متعارف در فروش کالا

بند دوم ماده ۸۸ در باب چگونگی انجام بازفروش مقرر می‌دارد که نگهدارنده باید «اقدامات متعارف را برای فروش کالا معمول دارد». منظور از متعارف بودن بی‌شک پیروی از شیوه‌های خاص فروش همچون دلالتی یا حراجی نیست، اما فروش به قیمت مناسب و اقدامات معمولی در فروش همچون بازاریابی مناسب و ارائه کالا در بازار مناسب از حیث زمانی و مکانی می‌تواند اقدام متعارف تلقی شود. مثلاً در پرونده‌ای که در دیوان بین‌المللی داورای اقتصادی - تجاری چین مورد رسیدگی قرار گرفت، شرکت هلندی در برابر دعوی خواهان که یک شرکت چینی بود، نسبت به عمل وی در خصوص بازفروش کالا به پایین‌تر از قیمت بازار اعتراض کرد، اما خواهان اظهار داشت که امکان فروش کالا به قیمت بازار در مکان کالا وجود نداشته و انتقال آن به محل دیگر نیز مستلزم هزینه‌های جانبی بسیاری است که عملاً بازفروش را در محل دیگر فاقد توجیه اقتصادی

می‌کرده است. بنابراین عمل او در آن شرایط مکانی و زمانی متعارف تلقی می‌شود و دیوان مزبور نیز استدلال خواهان را پذیرفت (اصغری آقمشهدی و همکاران، ۱۳۸۹، ص ۱۹۶).
بدیهی است که چنانچه ثابت شود بافروش تحت شرایط متعارف و اقدامات معمول صورت نگرفته، بافروشنده ضامن پرداخت خسارت وارده است. مفسرین کنوانسیون نیز این ضمانت اجرا را تأیید کرده‌اند (Schlechtriem, 1998, p.883).

۱-۳. آثار بافروش

بند سوم ماده ۸۸ کنوانسیون را می‌توان ناظر به برخی از آثار عمل بافروش دانست. «طرفی که اقدام به فروش کالا می‌نماید، حق دارد از محل فروش، مبلغی معادل مخارج فروش و هزینه‌های متعارف نگهداری کالا، برای خود منظور نماید. مشارالیه مکلف است حساب باقی‌مانده را به طرف دیگر بدهد». از این بند می‌توان دو اثر مختلف را که یکی در بردارنده حق و امتیازی برای بافروشنده است و دیگری متکفل تکلیفی برای اوست، برداشت کرد.

۱-۳-۱. حق اخذ مخارج فروش و هزینه‌های متعارف

مقصود از مخارج فروش در اینجا، هزینه‌هایی است نظیر دستمزد حق‌العمل‌کار یا هر عامل دیگری که در فروش دخالت داشته باشد و همچنین هزینه‌های حمل و نقل و جابه‌جایی کالا که به منظور فروش انجام گرفته است و نیز مخارج مربوط به درج آگهی و پیشنهادهای عمومی برای فروش یا مربوط به امور اداری و قضایی و... برای فروش. هزینه‌های متعارف نگهداری کالا نیز مخارجی است مانند آنچه به منظور نگهداری کالا، انبارداری و تغذیه حیوانات و... صرف شده است (ارسطا، ۱۳۸۱، ص ۱۰۴).

به نظر می‌رسد بافروشنده در اینجا صرفاً حق برداشت این مخارج و هزینه‌ها را خواهد داشت و چنانچه در اثر بافروش سودی ناشی از اختلاف قیمت فروش و بافروش پدید آید، این سود متعلق به مالک مال بافروش شده است (بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون).

۱-۳-۲. ارائه حساب باقی‌مانده عایدات

تکلیف بافروشنده کالا بر اساس قسمت اخیر بند سوم ماده ۸۸ ناظر بر این است که مشارالیه باید حساب باقی‌مانده عایدات را به طرف دیگر پس بدهد.

نظری مطرح است مبنی بر اینکه این قسمت از بند سوم ماده مزبور با سابقه تاریخی آن؛ یعنی بند دوم ماده ۹۴ قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی فرق دارد؛ زیرا مطابق آن قانون، طرفی که مبیع را بافروش می‌کند مکلف است باقی‌مانده عایدات فروش را برای طرف دیگر ارسال کند؛ درحالی‌که مطابق بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون، طرفی که کالا را بافروش می‌کند فقط موظف است حساب باقی‌مانده عایدات را به طرف دیگر پس دهد، نه مبلغ باقی‌مانده را (همان، ص ۹۴)، اما چنین برداشتی حتی به اتکای پیشینه ماده ۸۸ در قانون متحدالشکل بین‌المللی چندان موجه به نظر نمی‌رسد؛ زیرا وقتی در ابتدای بند سوم صراحتاً قانون‌گذار حق برداشت مخارج فروش و هزینه‌های متعارف برای حفاظت کالا را از محل عایدات فروش تجویز می‌کند، بی‌شک در ادامه این بند با تکلیف به پس دادن حساب باقی‌مانده عایدات، درصدد تکلیف به بازپرداخت الباقی مزبور می‌باشد.

۱-۳-۳. سود حاصل از بافروش

بند سوم ماده ۸۸ کنوانسیون اشعار دارد که بافروشنده باید حساب باقی‌مانده عایدات را به طرف دیگر پس بدهد؛ حال آنکه آنچه عایدات حاصل از بافروش به‌شمار می‌آید، عبارت است از ثمن حاصل از بافروش که می‌تواند مبلغی معادل مبلغ فروش پیشین یا کمتر یا بیشتر از آن مبلغ باشد؛ در صورتی که مبلغ مزبور معادل یا کمتر از مبلغ فروش باشد که پس از کسر مخارج و هزینه‌ها الباقی باید برای طرف دیگر محاسبه و النهایه پرداخت شود، اما چنانچه مبلغ مزبور پیش از مبلغ فروش قبلی باشد سود حاصل از این بافروش متعلق به چه کسی است؟ آیا بافروشنده یا طرف دیگر معامله که مالک کالای مزبور محسوب می‌شود؟ چراکه اگر قائل این باشیم که سود حاصله متعلق به بافروشنده است، طبیعی است که مخارج و هزینه‌ها باید پس از کسر سود از ثمن بافروش از مبلغ مزبور کسر گردد. حال آنکه با احتساب سود حاصله به نفع طرف دیگر معامله یعنی مالک کالا، مخارج و هزینه‌ها نیز از ثمن بافروش کسر می‌گردد و الباقی محاسبه و طرف دیگر پرداخت می‌شود.

در حقوق امریکا و انگلیس سود حاصل از بافروش متعلق به بافروشنده است؛ با این تفاوت که در حقوق امریکا، بافروشنده می‌تواند سود حاصل از بافروش را در میزان مخارج و هزینه‌ها محاسبه نکند، اما در حقوق انگلستان این سود به همراه اصل ثمن محل کسر هزینه‌ها و مخارج

قرار می‌گیرد (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۹، ص ۲۰۴).

عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که موضوع کنوانسیون در این خصوص مشابه حقوق انگلستان است؛ یعنی سود حاصل از بافروش متعلق به بافروشنده است. منتها او هنگام محاسبه مخارج و هزینه‌ها، کل مبلغ حاصل از بافروش را اعم از سود و اصل ثمن محل محاسبه قرار می‌دهد (صفایی، ۱۳۸۶، ص ۴۶۱).

اما به نظر می‌رسد برابر بند سوم ماده ۸۸، تنها حقی که بایع بر ثمن حاصل از بافروش دارد این است که قسمتی از آن را به جهت مخارج بافروش یا هزینه‌های متعارف نگهداری کالا برای خویش منظور دارد و به خصوص آنکه در ادامه این بند ماده ۸۸ آمده است که حساب باقی مانده عایدات یعنی آنچه حاصل بافروش است باید به طرف ارائه گردد.

اساساً از لحاظ حقوقی به نظر می‌رسد که بافروشنده به نمایندگی از طرف مقابل اقدام به بافروش می‌کند و طبیعی است که در اینجا به حساب آن طرف بافروش صورت می‌گیرد و هرگونه سود و زیانی که حاصل آن باشد، پس از کسر هزینه‌ها برایش محاسبه می‌گردد. در رأی صادره از ایران داوری ایران و امریکا در تاریخ ۱۹۸۹/۷/۲۸ در مورد شکایت یک شرکت امریکایی علیه بانک صادرات و دولت ایران دیوان بدون اعلام اینکه سود حاصل از بافروش متعلق به بافروشنده است، مقرر داشت که بافروشنده حق دارد هزینه‌های متعارف اجرای بیع و غیره را از عایدات بیع کسر کند (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۹، ص ۱۹۹).

۲. امکان سنجی حق بافروش در فقه امامیه

امکان سنجی تأسیس نهاد بافروش در فقه امامیه به مفهوم تدارک مبانی و مستندات فقهی لازم برای توجیه نهاد مزبور در راستای ایجاد ضمانت اجرای جدیدی در روابط متبایعین در نظام حقوق خصوصی ایران است. حق بافروش کالا برای فروشنده در قوانین ایران پیش‌بینی نشده است، لکن آیا می‌توان بر اساس قواعد فقهی باب معاملات، چنین حقی را برای فروشنده در نظر گرفت؟ آیا می‌توان در صورت عدم فسخ بیع (عدم انحلال عقد)، نیز این کار را جایز دانست؟ آیا ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب وین ۱۹۸۰ را می‌توان بر اساس مبانی فقهی توجیه کرد؟ به نظر می‌رسد که پاسخ مثبت نیز بدون توجیه نمی‌باشد. در واقع در حقوق ایران، نهاد بافروش را می‌توان بر اساس قواعد فقهی همچون تقاص، قاعده اضطرار و قاعده لاضرر توجیه کرد. بدین

توضیح که:

۲-۱. تقاص

پس از تحقق بیع به گونه صحیح، آثار آن نیز مترتب خواهد شد؛ از جمله اینکه طرفین ملزم به قبض و اقباض عوضین هستند. بایع ملزم به اقباض مبیع و قبض ثمن و در مقابل، مشتری موظف به اقباض ثمن و قبض مبیع است. در وهله نخست این پرسش به ذهن می‌آید که ضمانت اجرای عدم انجام این وظایف چیست؟ مبنای فقهی مسئله پژوهش را در دو مسئله باید جست: اول اینکه هزینه‌های نگهداری مبیع در وضعیت عدم تسلّم توسط مشتری بر عهده کیست؟ دوم آنکه اگر هزینه بر عهده مشتری باشد و بایع آن را متحمل گردد، آیا بازفروش مبیع توسط بایع به جهت احقاق حق خویش جایز است؟ فرض ما در پاسخ به این دو پرسش چنین است: هزینه نگهداری بر عهده مشتری است و بایع فی الجمله حق فروش دارد.

پاسخ به پرسش چندان دشوار نیست؛ زیرا اولاً چنانکه فقیهان نیز فرموده‌اند اطلاق عقد همچنانکه مقتضی وجوب تسلیم است، مقتضی وجوب تسلّم نیز هست. بنابراین اگر مشتری از قبض امتناع نماید، بایع به حاکم رجوع می‌کند و حاکم نیز وی را بر قبض اجبار خواهد کرد. حال اگر رجوع به حاکم امکان پذیر نباشد به عدول از مسلمانان رجوع می‌کند و اگر آن نیز ممکن نبود «طرحه علیه و القاه بین یدیه» که در اینصورت از ضمانت مبرّا خواهد شد (کاشف الغطاء، [بی تا]، ج ۴، ص ۱۹۷) بنابراین بایع حق دارد در صورت امتناع مشتری از تحویل مبیع، آن را بیرون از انبار خود رها کند.

ثانیاً مقتضای انتقال ملکیت مبیع به مشتری آن است که هزینه نگهداری آن نیز بر عهده وی باشد. این قاعده کلی حتی در ذیل قاعده فقهی «تلف مبیع قبل از قبض از مال بایع آن است» رعایت می‌شود. ذیل این قاعده گفته شده گرچه تلف جزئی یا کلی مبیع قبل از قبض بر عهده بایع است اما منافع مبیع از آنجاکه در ملکیت مشتری حادث شده از آن او خواهد بود. هزینه نگهداری مبیع نیز از همین قاعده کلی تبعیت می‌کند و چون در ملکیت مشتری حادث شده بر عهده او خواهد بود. از این قاعده با عنوان «نفقة المملوک علی مالکه» یاد می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۳۸۳/ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۵۲۲).

پاسخ به مسئله دوم نیازمند تأمل بیشتری است. ابتدا باید بدانیم در اصل جواز تقاص هیچ

فقیهی تردید نکرده و شروط کلی تقاص را چنین برشمرده‌اند: ثبوت شرعی اصل حق، تحقق مطالبه از سوی صاحب حق، انکار یا ممانعت مدیون، عدم تعلق حق غیر به مال مورد تقاص (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷، ص ۱۴۷) همچنین در جواز تقاص تفاوتی میان انواع دیون وجود ندارد؛ زیرا لفظ «دین» یا «مال» که در روایات وارد شده بدون نیاز به الغای خصوصیت، شامل هرگونه دین می‌شود (مؤمن قمی، ۱۴۲۲، ص ۴۵۸) و نیز تقاص هر نوع حق مالی از هر نوع مال اعم از عین یا منفعت یا حق جایز دانسته شده است.

پرسش اساسی که ذیل مسئله دوم طرح می‌شود آن است که آیا استیفای حق تقاص نیازمند رجوع به دادگاه و اقامه دعوی علیه مدیون است، یا اینکه طلبکار می‌تواند بدون رجوع به حاکم حق خویش را از طریق تقاص استیفا نماید؟ فقیهان در پاسخ به این پرسش فروض مختلفی را به شرح ذیل تصویر نموده‌اند: مدیون از نظر دائن، یا عالم به دین است یا نه؛ مدیونی که از نظر دائن عالم است یا معترف به دین است یا نه؛ در صورت اعتراف، مدیون یا حاضر به پرداخت هست یا نه؛ در صورت انکار، یا مدعی بی‌بینه و دسترسی به حاکم دارد یا نه.

پس صورت‌های مختلف از قرار ذیل است: ۱. مدیون معترف به دین بوده و در صورت درخواست داین، حاضر به پرداخت آن نیز هست؛ ۲. مدیون معترف به دین بوده اما از پرداخت امتناع می‌ورزد؛ ۳. مدیون دین را انکار می‌کند و در عین حال مدعی برای اثبات حق خویش بی‌بینه دارد و دسترسی به حاکم نیز ممکن است؛ ۴. مدیون دین را انکار می‌کند و داین بی‌بینه ندارد یا بی‌بینه دارد اما دسترسی به حاکم ناممکن یا مستلزم حرج است؛ ۵. مدیون از نظر داین اساساً جاهل به دین است. در صورت نخست گفته شده مدعی حق تقاص بطور مستقل را ندارد؛ زیرا مدیون در جهت قضای دین مخیر است و بدون تعیین او یا حاکم، حق متعین نشده و تشخیص نمی‌یابد (خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۳۶ / سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۶۷).

درباره صورت دوم و سوم، سه قول وجود دارد:

قول نخست جواز تقاص مستنداً به عموماً اذن در این جهت است. اکثر فقیهان از جمله شیخ طوسی در خلاف، محقق حلی در شرایع، علامه در قواعد و شهیدین همین قول را برگزیده‌اند. از معاصران نیز بسیاری بر همین عقیده هستند (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۰۱ / تبریزی، [بی‌تا]، ص ۳۳۲) و از اطلاق کلام امام خمینی در تحریر الوسیله نیز همین دیدگاه برداشت می‌شود (خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۳۷) شهید ثانی در کتاب «مسالك الافهام» این دیدگاه را به اکثر نسبت

داده است. همینطور در کتاب ایضاح، دلیل دیدگاه برگزیده اکثر فقیهان، اطلاق ادله است چه اینکه تمام الموضوع در ادله جواز تقاص، از بین رفتن مال و امتناع از ادای آن است که این موضوع در فرض امکان وصول به حق با رجوع به حاکم نیز صادق می‌باشد. این ادله در مقام بیان هستند و می‌توان به اطلاق آنها تمسک نمود (مؤمن قمی، ۱۴۲۲، ص ۴۳۰).

قول دوم عدم جواز است که محقق حلی در کتاب «المختصر النافع»، فاضل آبی و فخرالمحققین بدان گرویده‌اند. عده‌ای از فقیهان معاصر نیز عدم جواز را برگزیده‌اند. در توجیه آن گفته شده ازسویی اصل، عدم جواز تصرف در اموال دیگران است و ازسویی دیگر حاکم قائم مقام مالک می‌باشد؛ زیرا مشهور است که «الحاکم ولی الممتنع». بنابراین رجوع به حاکم مانند رجوع به خود مدیون است (سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۷۱/ اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۴۹۷).

قول سوم توسط بعضی از فقیهان معاصر پیشنهاد شده است، بدین شرح که اگر امکان وصول به حق از طریق رجوع به حاکم آسان باشد تقاص جایز نیست مانند اینکه حاکم عادل (در مقابل حکام جور) وجود دارد و اقامه بینه نیز آسان باشد. اما اگر مستلزم عسر و حرج و سختی باشد طلبکار میان تقاص و ترافع مخیر خواهد بود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰، ص ۴۰۲) بنابراین در صورت سهولت رجوع به حاکم و اقامه بینه بر حق، تقاص جایز نیست بلکه فقط باید به حاکم رجوع کند و حق خویش را از طریق محکمه استیفاء نماید (همان، ص ۴۲۶).

صورت چهارم قدر متیقن از ادله تجویز تقاص است و هیچ یک از فقیهان نظر مخالف نداده است. محقق حلی با اشاره به همین فرض می‌نویسد: اگر بینه‌ای نداشته باشد یا دسترسی به حاکم ناممکن باشد و از جنس طلب خویش در اموال بدهکار بیابد، حق قصاص دارد» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۰۰) از نگاه برخی فقیهان، فرضی که اثبات حق مستلزم گذشت زمان بوده یا تحمل مشقت و سختی ۱ در پی داشته باشد، به همین صورت ملحق می‌شود (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲،

۱. اگر گرفتن مال با تحمل مشقت و سختی امکان پذیر باشد، تقاص جایز است (خمینی) مقصود از این مشقت، آن سختی است که شخص طلبکار پس از مطالبه و در مقام استیفاء حق خود لازم است تحمل کند، نه مشقتی که گاه در مقام اعلام مطالبه پیش می‌آید؛ زیرا تقاص برای مطالبه جایز نیست بلکه پس از مطالبه و برای دریافت حق جایز است؛ چه اینکه تا وقتی طلبکار حق خویش را مطالبه نکرده ادای حق بر بدهکار نیز واجب نگردیده و در نتیجه تقاص حق نیز جایز نمی‌باشد بلکه پس از انکار توسط بدهکار یا ممانعت توسط او جایز خواهد بود (مؤمن قمی، ۱۴۲۲: ۴۲۶) به اعتقاد ما تحمل مشقت در نظام دادرسی امروز در مواردی چون لزوم پرداخت هزینه قابل توجه دادرسی، دوربودن مرجع رسیدگی از اقامتگاه بایع، طولانی‌بودن نوبت رسیدگی و...

ص ۴۹۷) گرچه موضوعاً ذیل صورت سوم قرار می‌گیرد.

در صورت پنجم از آنجاکه هیچ یک از انکار و مماطله (موضوع ادله تجویز تقاص) صدق نمی‌کند، فقیهان فتوا به عدم جواز اقتصاص می‌دهند. آنان معتقدند قدر متیقن از مورد تقاص جایی است که انکار و معطل کردن بدون حق باشد، اما اگر انکار یا مماطله به دلیل اعتقاد محق بودن خویش یا بی‌حقی مدعی باشد، فتوای شبیه‌تر به قواعد و اصول کلی، عدم جواز است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰، ص ۳۹۳).

اشاره به این نکته ضروری است که در موارد جواز اصل تقاص، اگر گرفتن حق مستلزم تصرف در بیش از مقدار حق باشد نیز جایز است و مقدار بیشتر به شخص بدهکار بازگشت داده می‌شود (خمینی، [بی‌تا]، مسئله ۶)؛ زیرا ادله جواز تقاص در این جهت نیز اطلاق دارند چه اینکه اساساً فرض غالب، عدم تساوی دین با مال مورد تقاص است (مؤمن قمی، ۱۴۲۲، ص ۴۳۱) امام خمینی اضافه می‌کند که اگر مقدار زاید در دست طلبکار بدون ارتکاب افراط و تفریط و تاخیر در استرداد آن تلف گردد، وی ضمانتی نسبت بدان ندارد.

بنابراین به نظر می‌رسد با جمع شرایط ذیل بایع می‌تواند طلب خود بابت هزینه‌های نگهداری مبیع را از طریق بازفروش آن وصول نماید: مشتری نسبت به تحویل گرفتن مبیع در موعد عرفی، امتناع یا مماطله نماید؛ مشتری با وجود آگاهی از هزینه‌های نگهداری مبیع و توانایی پرداخت آنها، نسبت به پرداخت هزینه‌ها امتناع یا مماطله نماید؛ رهاکردن مبیع توسط بایع ناممکن یا مستلزم تلف فوری مبیع باشد؛ مانند اینکه مبیع یک دستگاه بانفدگی فرش ماشینی باشد که در کارخانه نصب شده است یا بطور مثال حیوانی چون اسب باشد که با رهاسازی فرار می‌کند. بایع به واسطه عدم دسترسی به حاکم یا نداشتن دلیل معتبر در اثبات حق خویش توانایی وصول حق از طریق قانونی را نداشته باشد یا طی فرایند دادرسی مستلزم تحمل سختی غیر متعارف باشد.

۲-۲. بررسی قاعده اضطرار و بازفروش کالا

ضرورت و اضطرار از عناوین ثانویه و قواعد مشهور فقهی هستند که در ابواب مختلف فقه مورد استناد قرار گرفته‌اند و نقش مؤثری در رفع حرج و حل مشکلات فردی و اجتماعی داشته‌اند. بر اساس قاعده «کل حرام مضطر الیه فهو حلال» در صورت بروز اضطرار واقعی حرمت فعل حرام

صدق می‌کند.

برداشته می‌شود و مجازات آن منتفی می‌گردد (خراسانی، ۱۳۶۶، ص ۱۶۷). بر مبنای قاعده «الضرورات تبیح المحظورات» هر محظوری اعم از حرام و ترک واجب و تأخیر فوری هرگاه انجامش ضرورت یابد، مباح می‌گردد. مفاد قاعده این است که به هنگام وجود یک ضرورت یا اضطرار، حرمت حرام و وجوب برداشته می‌شود و صورت جواز را به خود می‌گیرد. بنابراین، اموری مورد نهی و منع شارع یا عقل قرار گرفته‌اند (مانند حرمت تصرف در مال غیر بدون اجازه او)، در صورتی که ضرورت یا اضطراری وجود داشته باشد، از ممنوعیت خارج می‌شود. بر اساس این قاعده، ضرورتها و اضطرارها هر امر ممنوعی را مباح می‌سازند.

اضطرار و ضرورت هر دو از ریشه «ضرر» هستند. ضرورت اسم برای مصدر اضطرار است (ابن منظور، ۱۳۶۲، ص ۴۶) و به معنای احتیاج و نیاز است و ضرورتی که منسوب به آن است به معنای لازم، مورد نیاز قطعی و غیراختیاری است (وطنی، ۱۳۸۱، ص ۱۸۹). آورده‌اند که «ضرورت» به معنای مشقت است و از «ضرر» مشتق گردیده و در مورد کسی به کار می‌رود که چاره‌ای ندارد (زحیلی، [بی‌تا]، ص ۶۳). اضطرار نیز مصدر باب افتعال و به معنای الجاء، ناچار شدن و محتاج بودن است و به همین معنا در آیه شریفه ۶۳ سوره نمل آمده است: (أَمَّنْ يُجِيبُ الْمُضْطَرَّ إِذَا دَعَاهُ وَيَكْشِفُ السُّوءَ). بنابراین اضطرار و ضرورت هر دو بیانگر یک حالت و وضعیت هستند؛ با این تفاوت که ضرورت حاکی از وضعیت خارجی و عینی شخصی نسبت به عملی است و اضطرار وصف این شخص در حالت ضرورت است. در واقع، ضرورت وصف فعل و اضطرار وصف فاعل آن است. بنابراین هر دو قاعده ناظر به این موضوع‌اند که در حقوق اسلامی، انسان در صورتی مکلف است که در شرایط عادی به سر برد و هیچ‌گونه ضرورتی بر شرایط و اوضاع و احوال او حاکم نباشد و وی مضطر به خرق عادت و معمول نگردد.

برای مشروعیت قاعده ضرورت (اضطرار)، می‌توان به موارد زیر استدلال کرد:

۲-۲-۱. کتاب

آیاتی چند از قرآن بر مشروعیت قاعده اضطرار دلالت دارند از جمله:

- الف) إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ ... فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ... (بقره: ۱۷۳) که دلالت بر تناول محرّمات در هنگام اضطرار دارد.
- ب) و ما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه، و قد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه

(انعام: ۱۱۹) این آیات عموم قاعده «الضرورات تبيح المحظورات» را اثبات نمی‌کنند؛ زیرا حالت اضطرار ممکن است به چیزهای مختلف باشد؛ لذا به منابع دیگر هم استناد می‌کنیم.

۲-۲-۲. سنت

برای مشروعیت «قاعده اضطرار» به روایات زیادی می‌توان استناد کرد که یکی از این روایات حدیث رفع می‌باشد.

عن ابی عبدالله علیه السلام قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: «رفع عن امتی تسعه اشیاء: ... و ما اضطرروا الیه ...» (ابن بابویه، ۱۳۹۸، ص ۳۵۳/مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۳، ص ۱۸۶/ابن بابویه، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۴۱۷/حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۵، ص ۳۶۹).

محل استشهاد این فقره از حدیث آنجاست که می‌گوید: «ما اضطرروا الیه» و معنای عبارت این می‌شود که در مورد افعال اضطراری مؤاخذه‌ای نیست. روایاتی نظیر حدیث معروف رفع که بر داشتن هرگونه مؤاخذه‌ای در اعمال اضطراری عملاً اسباب ترخیص و اباحه محظور را فراهم می‌آورد و بدیهی است که با توجه به این مدارک، رعایت ضوابط و شرایطی نظیر ضرورت بالفعل که بتواند مصداق واقعی ضرورت و اضطرار را فراهم کند، ضروری است. بنابراین به استناد این قاعده، اگر بقای حرمت اکل میته و شرب خمر یا هر حکم اولیه دیگری نظیر حرمت تصرف در مال غیر موجب حرز و زیان شخصی گردد، این حرمت برداشته می‌شود. به عبارتی در هنگام ضرورت و اضطرار، با امور حرام به مثابه امور جایز رفتار می‌شود و نه تنها حرمت برداشته می‌شود، بلکه در حکم وضعی هم تغییراتی پدید می‌آید و ا برخی فقها معتقدند اگر معروف و نیکو بودن امری از مستقلات عقلیه باشد و عقل به حسن و نیکویی آن حکم کند، مثل حفظ مال یتیم در حالی که منع تصرف در مال غیر بدون اذن مالک هم داریم، اقدام به حفظ مال غیر به مقداری که ضرورت رفع شود صحیح است و لذا اگر شخصی حسب ضرورت و اضطرار برای حفظ مال دیگری و جلوگیری از فساد و تلف آن اقدام به فروش آن کند، چون مفهوم ضرورت و اضطرار در اینجا ضرورت مقید اقتصادی است که به منظور جلوگیری از هدم و نابودی اموال دیگری مصداق می‌یابد می‌توان عمل حقوق او را تنفیذ کرد (انصاری، ۱۳۷۷ ص ۱۵۵).

همچنین روایات دیگری وجود دارد که برای جلوگیری از اطاله کلام از آوردن آنها خودداری می‌شود.

۲-۲-۳. ادله رفع حرج و نفی ضرر و بنای شرع بر سهولت

تمام ادله‌ای که برای قاعده نفی عسر و حرج و لاضرر و نیز اصل تساهل و تسامح در شریعت اقامه شده، دلیل بر حجیت قاعده ضرورت و اضطرار نیز می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۶، ص ۴۲۵) و بلکه به طریق اولی شامل حالت اضطرار می‌گردند؛ زیرا نفی عسر و حرج حکمی را که مستلزم عسر و حرج است، منتفی می‌کند و در موارد ضرورت و اضطرار، عسر و حرج شخص در واقع به نهایت درجه می‌رسد، پس به طریق اولی حکم اولی منتفی است. نیز می‌توان گفت مخالفت با ضرورت مستلزم ضرر است، پس به قاعده لاضرر حکم اولی منتفی می‌گردد.

۲-۲-۴. بنای عقلا

به وسیله بنای عقلا می‌توان بر مشروعیت این قاعده استدلال نمود، بدین نحو که می‌دانیم عقلای عالم در موارد ضرورت، ممنوعیت‌های قانونی را نادیده می‌گیرند و فرد مضطر را بی‌گناه دانسته و مورد مؤاخذه قرار نمی‌دهند، به عبارت دیگر بنای عقلا بر عمل به قاعده «الضرورات تبیح المحظورات» می‌باشد، شارع نیز این بنای عقلا را ردّ نکرده، بنابراین سکوت شارع دلیل بر آمضای آن است.

این قاعده علاوه بر احکام تکلیفی، در احکام وضعی هم کاربرد دارد. از جمله در ماده ۹ قانون روابط موقت و مستأجر مصوب ۱۳۶۸، و طلاق اجباری زوجه بدون رضایت زوج (ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی).

اسباب و عوامل متعددی باعث پیش آمدن حالت ضرورت می‌شوند و انسان را به اضطرار می‌کشاند که یکی از این عوامل، مصالح ضروری است.

زحیلی می‌گوید:

علما همه متفق‌اند که هرگاه حکمی محقق، مصلحتی ضروری برای حیات بشر باشد، از قبیل مصلحت دین، نفس، نسل، عقل و مال، چنین مصلحتی لابد منته ضروری است و بی‌شک اخذ به آن مورد قبول است و به عنوان یک حکم صحیح اسلامی اعتبار دارد (زحیلی، [بی‌تا]، ص ۱۵۴).

همچنین باید متذکر شد که در اینجا، اضطرار شخصی مراد است، دلیل آن اولاً فحوای کتاب و سنت است که اضطرار را به اشخاص نسبت داده و مثلاً می‌گوید «فمن اضطر.....»، ثانیاً بناء عقلا که از ادله قاعده بود، قائم بر اضطرار شخصی است و ثانیاً امتنانی بودن قاعده نیز با نوعی بودن

اضطرار منافات دارد.

«الاضطرار لا يبطل حق الغير». یعنی اضطرار حق دیگری را باطل نمی‌کند (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۳۹۲). دلیل این ویژگی اضطرار نیز امتنانی بودن این قاعده است، بنابراین قاعده در جایی جاری می‌گردد که برداشتن حرمت یا وجوب، جنبه امتنانی داشته باشد. از این رو اگر از جریان قاعده، خلاف امتنان لازم بیاید، جاری نخواهد شد. صحت معامله شخص مضطر هم از همین باب است. زیرا بطلان معامله او خلاف امتنان بر مضطر است. قانون مدنی ایران در ماده ۲۰۶، از فقه امامیه تبعیت کرده و می‌گوید: «اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند، مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود».

۲-۲-۵. دیدگاه نویسنده

لذا می‌توان گفت چنانچه تأخیر غیر متعارف در تصرف کالا، یا بازپس گیری آن، یا پرداخت ثمن یا هزینه‌های محافظت از کالا توسط یک طرف قرارداد رخ دهد، اگر ادامه نگهداری کالا برای طرفی که مکلف به حفاظت از کالا می‌باشد، مستلزم هزینه‌های غیر متعارف و گزافی باشد به گونه‌ای که منجر به عسر و حرج شخص شود، در اینجا شخص مضطر شده و حرمت تصرف در مال غیر برداشته می‌شود و صورت جواز را به خود می‌گیرد و همانطور که اشاره شد عقلای عالم در موارد ضرورت، ممنوعیت‌های قانونی را نادیده می‌گیرند؛ لذا شخص می‌تواند برای جلوگیری از ورود ضرر، اقدام به بافروش کالاها بنماید و بطلان معامله او (بازفروش کالا)، خلاف امتنان بر مضطر است.

۲-۳. قاعده لاضرر

برای جلوگیری از اطاله کلام این که تحلیل قاعده لاضرر خارج از موضوع مقاله حاضر می‌باشد، اجمالاً مختصر توضیحی راجع به این قاعده داده می‌شود. نگهداری کالا چه نزد بایع و چه نزد مشتری، مستلزم تحمل هزینه و ضررهای متعددی است؛ به‌ویژه آنکه در خصوص بایع تلف مبیع قبل از قبض نیز بر عهده خود اوست و حال چنانچه مشتری نسبت به پرداخت ثمن اقدام نکرده باشد، تسلیم مبیع به حاکم نیز به عنوان تنها راه حل گریز از این مسئولیت نمی‌تواند رغبت‌انگیز باشد. بنابراین از سویی نگهداری مبیع موجب ضرر نگهدارنده و

حتی در مواردی که در معرض تضییع است به ضرر مالک است و ازسوی دیگر، در صورت استتکاف مالک از قبض مبیع، تسلیم آن به حاکم نیز در مواردی ضرر عدم دسترسی به ثمن را پیش می‌آورد. در فقه، برای جلوگیری از ضررهای مزبور خیاراتی نظیر خیار تأخیر ثمن بر مبنای قاعده لاضرر پیش‌بینی شده است و بنابراین می‌توان به استناد این قاعده که برگرفته از حدیثی است که با تعبیر مختلف ولی مفاد واحد در کتب روایی معتبر شیعه و سنی نقل شده، مبنای فقهی لازم را برای تأسیس حق بازفروش در حقوق ایران فراهم آورد:

نقل است که پیامبر در نزاع بین دو نفر فرمودند: «لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام». فقها در تفسیر این روایت نظرات گوناگونی ارائه کرده‌اند. برخی آن را نفی ضرر جبران‌نشده (غیرمتدارک) می‌دانند (فاضل تونی، ۱۴۱۲، ص ۱۹۴) و بعضی دیگر چون شیخ الشریعه اصفهانی، آن را نفی از ضرر رساندن به دیگران (حمل نفی بر نفی) دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۰۶، ص ۲۵). عده‌ای چون شیخ انصاری آن را نافی احکام ضرری (انصاری، [بی‌تا]، ص ۳۷۳) و آخوند خراسانی نیز نفی حکم ضرری به لسان نفی موضوع می‌دانند (خراسانی، ۱۳۶۶، ص ۳۸۱) و امام خمینی؛ هم آن را بیانگر نفی سلطانی یا حکم حقوقی دانسته است (خمینی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۵۳۲).

بر اساس برخی از این دیدگاه‌ها قاعده لاضرر صرفاً حکم ضرری را نفی می‌کند و از امکان اثبات حکم برخوردار نیست و لذا در چنین مواردی که می‌خواهیم به استناد ضرر ناشی از عدم قبض مبیع، درصدد تجویز حکم بازفروش برآییم، امکان اثبات چنین حکمی فراهم نمی‌شود؛ درحالی‌که مهم‌ترین دلیل قائلان به نفی حکم ضرری در اثبات ناپذیری حکم بر پایه این قاعده، آن است که قاعده لاضرر برای نفی آثار آن احکام شرعی که وجود دارند وضع شده، نه احکام عدمی که ازسوی شارع هیچ‌گونه جعلی در خصوصشان صورت نگرفته است. بنا به دیدگاه برخی دیگر از فقها اساساً حکم، چه وجودی و چه عدمی مشمول قاعده لاضرر است؛ زیرا اگر منظور از عدم، موضوعاتی باشد که ازسوی شارع مسکوت مانده‌اند و هیچ حکمی اعم از ضمان و براءت و... درباره‌شان صادر نشده است، قطعاً چنین اهمالی در اعلام تکلیف نسبت به شارع حکیم قابل تصور نیست. عالم تشریح با تمام شئون و خصوصیاتش محیط حکومت شارع است و سرنوشت همه اعمال مکلفان در عالم تشریح، به دست شارع است. بنابراین می‌توان گفت هیچ قضیه‌ای خالی از حکم شرع نیست؛ اگرچه حکم شرع، مساوق یا مؤید حکم عقل بر براءت باشد. به همین دلیل است که بسیاری از فقها در عمل، از قاعده لاضرر برای اثبات حکم استفاده کرده‌اند

(طباطبایی، ۱۴۰۲، ج ۱، ص ۵۲۵-۵۲۶ و ج ۲، ص ۳۰۱/ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۵۹-۴۶۰).^۱ بررسی احادیث دیگری نظیر روایت شفعه و منع فضل ماء نیز همین نتایج را دربردارند. حال اگر به واسطه حوادث خارجی، پس از ایجاد تعهد، اجرای آن ناممکن گردد، اما مستلزم ورود ضرر به متعهد باشد، قاعده لا ضرر می تواند لزوم اجرای تعهد را رفع کند و موجب تعدیل و تثبیت حکمی گردد. در فقه اهل سنت نیز قاعده لا ضرر کاربرد قابل توجهی دارد و از طریق فسخ عقود که بارزترین اثر این قاعده می باشد، موجبات تعادل وضعیت طرفین را فراهم می آورد (ر.ک: بلخی، ۱۳۱۰، ج ۵، ص ۷۶).

به طور کلی اولاً کلمه «لا» در جمله لا ضرر و لا ضرار، نافیه است، نه ناهیه؛ ثانیاً اختصاصی به ضرر شخصی ندارد، بلکه ضرر نوعی را هم شامل می شود؛ و ثالثاً احکام شریعت اسلام اعم از تکلیفی و وضعی- مبتنی بر نفی ضرر عمومی و نوعی است و در احکام اولیه اسلام این اصل؛ یعنی عدم زیان عامه رعایت گردیده و همچنین در روابط اجتماعی مردم نیز هرگونه اقدام زیانبار مورد امضای شرع مقدس نیست. به دیگر سخن قاعده لا ضرر مفید آن است که اولاً احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی بر مبنای نفی ضرر بر مردم وضع گردیده و ثانیاً چنانچه شمول قوانین و مقررات اجتماعی در موارد خاصی موجب زیان بعضی توسط بعض دیگر گردد، آن قوانین مرتفعند (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۱۵۰-۱۵۱).

از سوی دیگر التزام به شیء، التزام به لوازم آن نیز می باشد و درباره حدیث لا ضرر و لا ضرار نیز برخی فقها مدعی هستند شارع از سر لطف و امتنان با این فرمان، ارتباط همه احکام ضرری با خود را نفی کرده است و بدین وسیله اعلام کرده که چنین احکامی حکم او نیستند تا مبادا از این نظر، بندگان دچار زیان شوند (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۶۱). لازمه صحت این ادعا، منع از وارد آمدن هرگونه ضرری است که در دایره شریعت می باشد و به شارع استناد دارد. در نتیجه همان گونه که تشریح احکام ضرری، منافی چنین ادعایی است، اگر شارع با وضع نکردن حکمی که مانع زیان دیدن افراد شود ضرری در اموال دیگران را مجاز برشمرد، ادعای نفی ضرر و ضرار نادرست است. به این ترتیب نگهدارنده کالایی که به منظور جلوگیری از تحمل هزینه و ضرر بیشتر راهی جز بازفروش کالا ندارد، اگر شارع برای پیشگیری از ضرر مزبور حکم نکند و امری را که از خسارات

۱. همچنین فقها در بسیاری از موارد برای اثبات خیار به قاعده لا ضرر تمسک کرده اند (ر.ک: فیض کاشانی، ۱۴۰۱، کاشانی، ۱۴۰۱، ج ۳، ص ۷۳).

مورد نظر جلوگیری کند تشریح نکند، ادعای او صحیح نیست و تنها وقتی این ادعا منطقی و جامع تلقی می‌شود که راه همه ضررها بسته شود. نتیجه این مهم، حکم به امری است که از ضرر جلوگیری می‌کند.

لیکن باتوجه به اینکه در حقوق ایران تلف مبیع قبل از قبض به عهده فروشنده است (ماده ۳۸۴ قانون مدنی)، عدم وجود حق بازفروش کالا در مواردی که نگهداری و حفاظت از کالا مستلزم هزینه غیر متعارف باشد و فروشنده حق فسخ عقد بیع را نداشته باشد، موجب ضرر فروشنده می‌شود، و چه بسا در مواردی که کالا در معرض فساد سریع بوده و امکان اخذ اجازه و رضایت از مشتری وجود نداشته باشد، عدم وجود حق بازفروش کالا برای فروشنده، مستلزم ضرر خریدار و فروشنده است، و از آنجایی که طبق قاعده لاضرر، احکام الهی بر مبنای نفی ضرر بر مردم وضع شده، و لزوم عقد بیع موجب ضرر و زیان فروشنده و در مواردی خریدار می‌شود، و از آنجایی که در حقوق ایران حق بازفروش کالا برای فروشنده پیش‌بینی نشده است، شایسته است که قانونگذار ایران حق بازفروش مبیع را برای فروشنده به رسمیت بشناسد

نتیجه

در امکان‌سنجی حق بازفروش در فقه و حقوق امامیه حسب آنچه در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا آمده است، به نتایج ذیل می‌توان اشاره داشت:

۱. در بررسی حق بازفروش به عنوان یکی از تضمینات حقوق متبایعین در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بدین نتیجه رسیدیم که در صورت تعذر نگهدارنده کالا که ممکن است ناشی از تأخیر غیر متعارف در قبض کالا یا پرداخت ثمن و احیاناً تحمل هزینه‌های نگهداری باشد، جواز بازفروش کالای مزبور موجب جلوگیری از بروز خسارات و هزینه‌های نگهداری می‌شود و اسباب استیفای حق مالی نگهدارنده را فراهم می‌کند. بازفروش در مواردی نیز که کالا در معرض فساد سریع بوده یا هزینه و مخارج نگهداری نامتعارف باشد، برابر بند دوم ماده ۸۸ کنوانسیون الزامی است که خود مانع مؤثری در تحمیل هزینه‌های غیرموجه اقتصادی بر چرخه تولید و توزیع کالا است و از بروز و ظهور دعاوی مالی متعدد نیز جلوگیری می‌کند؛

۲. بدیهی است باتوجه به خلاف قاعده بودن حق بازفروش که عملاً موجب نقض حق مالکیت مالک است، به نظر می‌رسد با رعایت مجموعه شرایط لازم نظیر رعایت غبطه مالک و ارسال

اخطاریه، با عنایت به کارکردهای حقوقی-اقتصادی این نهاد حقوقی و امکان‌سنجی تأسیس آن در حقوق داخلی، می‌توان به توسعه ضمانت اجراهای غیرقضایی متباین در حقوق ایران مدد رساند؛^۳ بنابراین در این پژوهش با بررسی برخی اصول و قواعد و نهادهای فقهی تلاش شد تا زمینه‌های توجیه فقهی نهاد بافروش در مجموعه مقررات داخلی فراهم آید. بررسی‌های انجام‌شده نشان می‌دهند که مبنای تأسیس حق بافروش به استناد برخی قواعد و احکام ثانویه همچون قاعده لاضرر و قاعده اضطرار یا مبانی نهادهای فقهی و حقوقی نظیر تقاص در حقوق داخلی با مانع جدی روبه‌رو نیست و در مواردی که امکان حق فسخ و الزام به انجام تعهد و... وجود ندارد، می‌تواند ضامن حقوق هریک از متعاقبین باشد و از بروز ضرر نامتعارف جلوگیری کند. از آنجایی که این نهاد با اصول و مبانی ارزش‌های اساسی حقوق ایران مغایرتی ندارد، شایسته است که قانونگذار ایران با الحاق به کنواسیون، حق بافروش کالا را برای طرفین قراردادی به رسمیت بشناسد.

منابع

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم؛ لسان العرب؛ ج ۶، قم: ادب الحوزه، ۱۳۶۲.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة والبرهان؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۳. اردبیلی، سید عبدالکریم؛ فقه القضاء؛ ج ۲، قم: دانشگاه مفید، ۱۴۲۳ق.
۴. ارسطو، محمد جواد؛ «بازفروش کالا»، نشریه طلوع؛ ش ۳ و ۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۱، ص ۹۲-۱۱۶.
۵. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و رضا زارعی؛ «حق بازفروش کالا (مطالعه تطبیقی)»، پژوهشنامه بازرگانی؛ ش ۵۷، زمستان ۱۳۸۹، ص ۱۸۳-۲۰۷.
۶. اصفهانی، فتح الله؛ رساله لاضرر؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۷. اصفهانی، محمد حسین؛ حاشیه کتاب مکاسب؛ تصحیح عباس آل سباح قطیفی؛ قم: أنوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۸. انصاری، مرتضی؛ فرائد الأصول؛ تهران: انتشارات آرموس، ۱۳۸۳.
۹. انصاری، مرتضی؛ کتاب مکاسب؛ قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۳۷۷.
۱۰. بجنوردی، میرزا حسن؛ القواعد الفقهية؛ ج ۴، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۱.
۱۱. بلخی، نظام الدین؛ الفتاوی الهندیة؛ بیروت: دارالفکر، ۱۳۱۰.
۱۲. تبریزی، جواد؛ أسس القضاء والشهادة؛ دفتر مؤلف، [بی تا].
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعة؛ ج ۱۹ و ۲۹، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
۱۴. حلّی (محقق حلّی)، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام؛ ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۵. خراسانی، محمد کاظم؛ کفایة الأصول؛ تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶.
۱۶. خمینی، سید روح الله؛ تحریر الوسیلة؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، [بی تا].
۱۷. خمینی، سید روح الله؛ تهذیب الأصول؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۲.
۱۸. داراب پور، مهرباب؛ «تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، نوشته هجده نفر از دانشمندان

- حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان»، گنج دانش؛ تهران، ۱۳۷۴.
۱۹. زحیلی، وهبه؛ نظریة الضرورة الشرعية؛ دمشق: دارالفکر، [بی‌تا].
۲۰. سبحانی، جعفر؛ نظام القضاء والشهادة فی الشریعة الإسلامية الغراء؛ قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۸ق.
۲۱. سبزواری، سیدعبدالأعلى؛ مهذب الأحكام؛ ج ۴، بیروت: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
۲۲. صفایی، سیدحسین و دیگران؛ حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
۲۳. صفایی، سیدحسین؛ «بازفروش کالای مورد معامله»، مجموعه مقالات حقوق مدنی و حقوق تطبیقی؛ ج ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶، ص ۴۴۰-۴۶۱.
۲۴. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ الروضة البهیة؛ محشی کلاتر؛ قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۲۵. فاضل تونی، مولی عبدالله بن محمد؛ الوافیة فی أصول الفقه؛ تحقیق محمدحسین رضوی کشمیری؛ قم: مجمع الفکر اسلامی، ۱۴۱۲ق.
۲۶. فاضل لنکرانی، محمد؛ تفصیل الشریعة - القضاء والشهادات؛ قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۰ق.
۲۷. فاضل لنکرانی، محمد؛ القواعد الفقهیة؛ ج ۱، قم: مکتبه مهر، ۱۴۱۶ق.
۲۸. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی - عقود معین؛ ج ۱، تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۷۸.
۲۹. گلپایگانی، سیدمحمدرضا؛ کتاب القضاء؛ تقریر علی حسینی میلانی؛ قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ق.
۳۰. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه؛ تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۰.
۳۱. مغنیه، محمدجواد؛ فقه الإمام الصادق علیه السلام؛ ج ۲، قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
۳۲. مؤمن قمی، محمد؛ مبانی تحریر الوسیلة (القضاء والشهادات)؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۴۲۲ق.
۳۳. نجفی (کاشف الغطاء)، مهدی؛ مورد الأنام؛ نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، [بی‌تا].
۳۴. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۳۸، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۳۶۷.
۳۵. وطنی، امیر؛ «بررسی فقهی اضطرار و ضرورت»، مقالات و بررسی‌ها؛ ش ۷۱، تابستان

۱۳۸۱، ص ۱۸۷-۲۰۷.

36. Enderlien, Fritz and Maskow, Dietrich ، International Sales Law، United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods، New York: Oceana Pub, 1992.
37. Honnold, John ، Uniform Law for International Sale، Boston, Kluwer, 1991.
38. Schlechtriem, Peter et Witz, Claude ، Convention de Vienne sur les contracts de vente international de marchandises, Paris: Dalloz, 2008.
39. Schwenzer, I & Fountoulakis, C. International Sales Law. Routledge –Cavendish: newyork, 2007.

۲۹۲

حقوق اسلامی / علی اکبر جعفری ندویشن، حسین حقیقت پور و زینب زارع

پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی