

## ماهیت و آثار حقوقی شرط فهرست کالاهای احتمالی

### در معامله بیع متقابل

دکتر همایون مافی \*

محمد تقی کریم پور آل هاشم \*\*

#### چکیده

معامله بیع متقابل در غالب موارد از دو قرارداد اولیه و اصلی تشکیل می شود که بوسیله ی یک پروتکل یا رابط حقوقی به همدیگر مربوط شده اند . هر کدام از این قرار دادها شرایط ویژه خود را دارند و در این میان درک صحیح شرایط قرارداد اصلی که غالباً طولانی مدت می باشد از اهمیت ویژه ای برخوردار است . در چارچوب قرار داد مذکور (اصلی) ممکن است شرطی تحت عنوان « فهرست کالاهای احتمالی » گنجانیده شود . تجزیه و تحلیل حقوقی شرط مزبور جهت روشن کردن مفهوم ، ماهیت و آثار این شرط و قلمرو تعهدات طرفین نسبت به آن ، موضوع مقاله حاضر است.

واژه های کلیدی : تجارت متقابل ، بیع متقابل ، قرارداد اولیه ، قرارداد اصلی ، فهرست کالاهای احتمالی ، رابط حقوقی (پروتکل) ، موافقتنامه.

\* استادیار دانشگاه مازندران عهده دار مکاتبات

\*\* دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی علوم و تحقیقات تبریز

## مقدمه

قبل از پیدایش پول، معاملات غالباً به صورت پایاپای صورت می گرفتند. با شکل گیری نظام های پیچیده ی بانکی و ایجاد اشکال متعدد پول، معاملات نقدی توسعه ی چشمگیری پیدا نمودند. با وجود این، در سه دهه ی اخیر، معاملات تجارت متقابل توسعه ی فراوانی یافته اند، (اصغرزاده، ۱۳۷۴، ص ۴۴-۳۸) تا جایی که برخی منابع ارزش این معاملات را از ۲۵ تا ۵۰ درصد کل تجارت جهانی می دانند. (Alba, 1985) p 5

معاملات تجارت متقابل معاملاتی هستند که در آنها، یکی از طرفین معامله کالاها، خدمات، فناوری یا هر ارزش اقتصادی دیگری را برای طرف دوم تهیه می کند و در عوض طرف اول از طرف دوم مقدار توافق شده ای کالا، خدمات، فناوری یا هر ارزش اقتصادی دیگری را خریداری می کند با این مشخصه که رابطه ای حقوقی میان قراردادهای مذکور در دو جهت وجود دارد، به این ترتیب که انعقاد قرارداد یا قراردادها از یک جهت مشروط است بر انعقاد قرارداد یا قراردادها از جهت دیگر. (UNCITRAL, 1993, chap.1, para. 1.)

(Francis, 1987, p.14) یکی از اقسام معاملات تجارت متقابل، معامله بیع متقابل است. در تعریف این معامله می توان گفت که: «بیع متقابل مجموعه ای از روش های قراردادی است که در آن یک طرف تسهیلات تولیدی<sup>۱</sup> را در اختیار طرف دیگر قرار می دهد و در مقابل تعهد می نماید

<sup>۱</sup>. فرانسس به شرح ذیل ۱۲ نوع از معاملات تجارت متقابل را ذکر می نماید:

- |  |                                    |
|--|------------------------------------|
| (۷) معاملات موازی (Parallel Deals)       | (۱) تهارتری (Barter)               |
| (۸) همکاری های متقابل (Co-operation)     | (۲) خرید متقابل (Counter Purchase) |
| (۹) معاملات متقابل (Reciprocal Deals)    | (۳) جبران (Compensation)           |
| (۱۰) معاملات دو جانبه (Bilateral Deals)  | (۴) آفست (Offset)                  |
| (۱۱) معاملات سه جانبه (Triangular Deals) | (۵) بای بک (Buy Back)              |
| (۱۲) معاملات به هم پیوسته (Linked Deals) | (۶) مبادله ی انتقالی (Switch)      |

(۱) تسهیلات تولیدی که فناوری / تجهیزات نامیده می شود شامل: ماشین آلات، تجهیزات، حق اختراع، دانش فنی و کمک فنی است

که تمام یا قسمتی از محصولات ناشی از آن تسهیلات تولیدی را از طرف مقابل خریداری نماید.» ( کمیسیون اقتصادی اروپا ، ( ۱۳۷۲ ، ص ۶-۲ ).

مفهوم ، ماهیت و شرایط انعقاد این معامله تا حدودی مورد بررسی قرار گرفته است. ( صادقی ، جوانمرد ، ( ۱۳۸۳ ) ، شماره ۵ ص ۱۲۱ به بعد). معامله ی بیع متقابل غالباً از دو قرارداد اولیه و اصلی تشکیل شده که توسط یک پروتکل یا رابط حقوقی به هم مرتبط شده اند. در بیشتر موارد، قرارداد اصلی طولانی مدت بوده و شرایط و آثار پیچیده ای دارد. در چارچوب این قرارداد ممکن است شرطی تحت عنوان «فهرست کالاهای احتمالی» ، گنجانیده شود. در مقاله ی حاضر سعی داریم شرط مذکور را به لحاظ حقوقی مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم .

#### مبحث اول : شرایط معامله بیع متقابل

شرط در فقه استدلالی و حقوق دارای دو مفهوم عرفی است . تلاش می شود در حد امکان هر دو مفهوم مذکور در معامله بیع متقابل مورد بررسی قرار گیرد .

شرط در اصول فقه و قواعد عمومی به معنای آن چیزی است که از عدم آن عدم چیزی لازم می شود بدون اینکه از وجود آن وجود آن چیز لازم آید. (عراقی ، ۱۳۰۵ ، ص ۱۳۷).

در این مفهوم «وقوع» یا «تأثیر» عمل حقوقی معلق به وجود شرط می شود . از این شروط به شرایط اساسی صحت معامله تعبیر شده است .

بدیهی است که وجود هر یک از شروط صحت به تنهایی برابر با صحت و تاثیر عقد نیست ولی عدم هر کدام از اینها مانع صحت و تاثیر عقد است (کاتوزیان ، ۱۳۸۰ ، ص ۱۲۳) .

در معامله بیع متقابل شرایط عمومی صحت معامله که مندرج در ماده ۱۹۰ ق. م. صادق است .

معاملات بیع متقابل دولتی از جمله عقود تشریفاتی<sup>۱</sup> و الحاقی هستند، چرا که علاوه بر شرایط مذکور، قانون مقنن، شرایط دیگری را برای صحت آن ضروری دانسته است که شامل موارد ذیل است:

(۱) کتبی بودن<sup>۲</sup>، (۲) لزوم انجام معامله از طریق مناقصه<sup>۳</sup>، (۳) لزوم تعیین شروط قراردادی به طور یک جانبه توسط مقنن (امامی و استوار سنگری، ۱۳۷۶، ص ۱۶۸-۱۶۷) (۴) لزوم تصویب طرحهای بیع متقابل توسط مجلس<sup>۴</sup>.

موارد احصا شده در ماده ی ۱۹۰ ق.م.حصری نبوده و طرفین می توانند علاوه بر شرایط مذکور موارد دیگری را برای معامله ی خود اساسی فرض نموده و مورد تراضی قرار دهند.<sup>۵</sup>

(۲) اما شرط به توافقی نیز اطلاق میگردد که: «بر حسب طبیعت خاص موضوع آن» یا بر مبنای تراضی طرفین در شمار توابع عقد دیگری درآمده است. این شروط که الزام و التزام تبعی نیز نامیده می شوند، خود دو دسته اند:

(الف) گاه این شروط نظر به طبیعت خاص خود، الزام و التزام مستقلمی محسوب نمی گردند (مثل شرط صفت صفات فرعی و شرط فعل).

۱ در معاملات تشریفاتی، اراده ی طرفین باید از طرق معینه ی قانونی اعلام شود وگرنه اثر ندارد، مثلا ماده ۱۱۴ قانون اجرای احکام مدنی فروش اموال محکوم علیه را لزوما از طریق مزایده قرار داده است و معامله بدون مزایده در این مورد بخصوص باطل است.

۲ ماده ۳۰ آیین نامه معاملات دولتی، مصوب ۲۷ اسفند ۱۳۴۹ کمیسیون خاص مجلس شورای سابق. این آیین نامه تا تصویب آیین نامه ی مواد ۷۹ تا ۸۸ قانون محاسبات عمومی معتبر است.

۳ ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی و بند ج تبصره ۲۹ قوانین برنامه ۱۳۷۷ و ۱۳۸۰.

۴ آیین نامه ی ماده ی ۱۶۰ قانون برنامه توسعه ی چهارم، دستگاه های دولتی را مکلف نموده است، طرح های بیع متقابل خود را یکبار و برای کل برنامه چهارم جهت گنجاندن در بودجه های سنواتی ارائه نمایند. رک طباطبائی مؤتمنی،، ۱۳۷۳، ص ۲۴ و کیانی، (۱۳۴۷)، معاملات دولتی، مجله حقوق و مردم، شماره ۱۱ و ۱۲، ص ۵۹ و امامی، و استوار سنگری، (۱۳۷۶)، ص ۶۶ و ۶۷.

۵ برای مثال می توانند اعتبار معاملات خود را مشروط به ثبت در حساب های ناظر بنمایند و شرط نمایند که توافقات شفاهی ثبت نشده باطل خواهند بود.

(ب) برخی از این شروط نظر به طبیعت موضوعشان عقدی مستقل محسوب می شوند که علی رغم این استقلال، در ضمن عقد دیگری به صورت شرط مقرر شده و شکل تبعی می یابند و با عقد اصلی تشکیل یک عقد مرکب را می دهند<sup>۱</sup>

شرط فهرست کالاهای احتمالی از نوع (الف) از دسته ی اخیر محسوب می شود (یعنی شرط غیر مستقل تابع عقد) و نظر به اختلاط مبحث با شروط دسته ی اول از آنها نیز سخن به میان آمد. معامله ی بیع متقابل ساختار قراردادی متنوعی دارد و در کل به دو صورت «قرارداد واحد» و «قرارداد مجزا» منعقد می گردد. شیوه ی قرارداد واحد خود به دو صورت تهارتری و عقد مرکب تقسیم شده و شیوه ی قرارداد مجزا نیز اشکال متنوعی دارد. جز در شیوه ی تهارتری در شیوه های دیگر، معامله ی بیع متقابل مرکب از چند عقد است. (UNCITRAL, op.cit, pp

13-19)

از آن جهت که در شیوه ی تهارتری تمام معامله در چارچوب یک عقد منعقد می گردد، شرط فهرست کالاهای احتمالی فقط می تواند ناظر به جدول زمان بندی اجرا شود و در واقع در تعیین موضوع معامله دخالتی نداشته باشد و فقط موضوع ارسال یا ارسال ها در مدت معینی را تعیین نماید. اما در شیوه قرارداد مجزا شرط مزبور در تعیین موضوع قراردادهای آتی موثر است. نظر به اینکه غالب معاملات بیع متقابل به شیوه قرارداد مجزا منعقد می گردند، در بحث حاضر شرط مزبور صرفاً در این ساختار قراردادی مورد بررسی قرار گرفته است، ولی نتیجه ی به دست آمده در شیوه ی قرارداد واحد نیز قابل استفاده خواهد بود.

مبحث دوم: مفهوم و ماهیت شرط فهرست کالاهای احتمالی

(الف) مفهوم

معامله بیع متقابل از دو قرارداد اولیه و اصلی تشکیل می شود. قرارداد اصلی مستمر و طولانی مدت است و ممکن است خاتمه موفقیت آمیز آن ۲۵ تا ۳۰ سال طول بکشد. اگر قرارداد اصلی به

<sup>۲</sup> مثل عقد وکالت ضمن عقد نکاح (ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی) یا شرط هبه در ضمن عقد هبه دیگر (ماده ۸۰۱ قانون مدنی)

صورت تک قراردادی منعقد گردد به نفع هیچیک از طرفین قرار داد نیست چرا که در این مدت طولانی:

(۱) نیازهای داخلی صادر کننده اولیه که همان وارد کننده محصولات ناشی از تسهیلات است، تغییر می کند،

(۲) در بازارهای سستی محصولات بای یک تغییراتی رخ می دهد ،

(۳) وضعیت اقتصادی کشور وارد کننده تغییر می کند. (UNCITRAL, op.cit, pp29-32).

برای حل این مشکل جدول کلی زمانی اجرای تعهدات ناشی از قرارداد اصلی به چند دوره زمانی فرعی کوتاهتر تقسیم شده و در ابتدای هر یک از این دوره ها یک قرارداد فرعی منعقد می گردد. با توجه به اینکه غالباً از تسهیلات تولیدی صادره در چارچوب قرارداد اولیه ، محصولات متعددی تولید می شود و ممکن است تمام یا بخشی از محصولات مزبور مورد استفاده وارد کننده نباشد ، شرط می شود که در ابتدای هر دوره زمانی فرعی ، خریدار مطابق با دستور العمل مورد توافق ، نوع ، کمیت و کیفیت محصولات را که برای آن دوره ی زمانی لازم دارد، اعلام نماید. برای مثال اگر ارزش معامله پانصد میلیون دلار و طول دوره ی اجرای تعهدات بیست سال و تعداد محصولات پنجاه قلم باشد ، می توان مقرر کرد که این قرارداد به ده قرارداد دو ساله تقسیم شود و در خصوص هر دوره نوع کمیت و کیفیت محصولات که باید در همان دوره تسلیم شود، مشخص گردد . احتمال دارد در یک دوره فقط ده قلم از کالاها مورد توافق قرار گیرد .

بنا بر این در شیوه ی قرارداد مجزاً این امکان وجود دارد که شرط فهرست کالاهای احتمالی در ضمن توافقنامه<sup>۱</sup> ، قرارداد اولیه ، پروتکل ، یا قرارداد اصلی گنجانیده شود. این شرط ناظر به قراردادهای فرعی یا مکمل<sup>۲</sup> موضوع قرارداد اصلی است.

<sup>۱</sup> توافقنامه بیع متقابل پیش از انعقاد معامله . منعقد می شود و ناظر بر تعهدات طرفین منبئ بر انعقاد معامله در تاریخ معین یا قابل تعیین است . رک کمیسیون اقتصادی اروپا ، پشین ، ص ۶ . به هنگام انعقاد توافقنامه در صورت عدم امکان بیش بینی متعارف وصف محصولات ، بر اصل حق مزبور توافق می گردد

<sup>۲</sup> قرارداد مکمل قراردادی است که در چارچوب قرارداد اصلی منعقد شده و حقوق و تکالیف طرفین و اشخاص ثالث شرکت کننده در خرید یا فروش محصولات بای یک را معین می نماید . رک همانجا .

نظر به مراتب فوق مفاد شرط مزبور به صورت زیر در می‌آید:

در صورت امکان به هنگام انعقاد توافقنامه یا به هنگام مذاکره پیرامون انعقاد قرارداد اولیه یا پروتکل یا قرارداد اصلی، فهرستی از محصولات ناشی از تسهیلات تولیدی ارایه می‌گردد. در معامله بیع متقابل این فهرست معمولاً مشتمل بر تعداد محدودی از محصولات ناشی از تسهیلات تولیدی است و غالباً حداقل و حداکثر مقدار هر کالا و کیفیت آن معین بوده و شیوه‌ی قیمت‌گذاری<sup>۱</sup> آن نیز قبلاً مقرر گردیده است و این امکان به خریدار ثانوی (صادر کننده تسهیلات) داده می‌شود که از میان محصولات دست به انتخاب بزند و در حدود کمی و کیفی مقرر در شرط این امکان برای مشارک الیه وجود داشته باشد که تمام یا قسمتی از آن کالاها را با کمیت، کیفیت و ارزش معین انتخاب نماید.

(UNCITRAL, op.cit, pp 54 - 56) ممکن است این شرط را به نفع ثالث خریدار نیز قرار داد. (ثالث خریدار ممکن است با خریدار ثانوی قرارداد ببندد). با توجه به مراتب فوق خریدار ثانوی (صادر کننده اولیه) امکان می‌یابد که به تنهایی و به هنگام انعقاد هر یک از قرار دادهای فرعی و مکمل موضوع قرارداد اصلی، موضوع معامله را به تنهایی انتخاب نماید. ناگفته پیداست که این شرط تا چه حد ممکن است از لحاظ حقوقی مناقشه برانگیز و دردسر ساز باشد که در ادامه‌ی بحث به آنها می‌پردازیم.

#### (ب) ماهیت

دیدیم که شرط فهرست کالاها و احتمالی از شروط غیر مستقل تابع عقد است. این شروط به کمال، روشنی و اجرای تعهد کمک می‌کنند و برای تکمیل و یا تغییر تعهد اصلی به کار می‌روند. بنابر این منظور ما از شرط در اینجا «التزامی است که ضمیمه‌ی تعهدهای اصلی عقد دیگری قرار گرفته و حدود و شرایط آن تعهدات را کامل ساخته یا دگرگون می‌نماید» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۲۴).

<sup>۲</sup> شیوه‌ی قیمت‌گذاری کالاها و خدمات موضوع قرارداد اصلی جدای از شرط، مورد توافق قرار می‌گیرد.

این شرط در تکمیل و متمیم تعهدات دو طرف نقش ایفا می نماید و البته زمانی این امر ممکن است که شرط مزبور برای مذاکره ارائه شده و مورد تصویب طرفین قرار گیرد و اگر نه ارائه فهرست مزبور بدون تراضی ارزشی ندارد. بنابراین این شرط مزبور جزو شروط تقییدی می باشد.

ممکن است این شرط، خود قرارداد اصلی هنوز به طور کامل منعقد نشده است در ضمن مذاکره برای انعقاد قرارداد اصلی مورد تصویب قرار گیرد. در این مورد توافقات آتی طرفین برای انعقاد قرارداد اصلی بر مبنای این توافق استوار می گردند. از این رو این شرط می تواند به صورت «شرط بنایی یا تبانی» در آید (همان، ۱۳۶ - ۱۲۵). شروط بنایی در حکم شروط ضمن عقد هستند و در حقوق ایران جزء شروط صحیح محسوب می شوند<sup>۱</sup>. قطعاً نظر به صحت شرط بنایی، تفاوتی نمی کند که شرط مزبور به هنگام توافق بر قرارداد اولیه یا تنظیم پروتکل یا به هنگام توافق بر قرارداد اصلی مورد تراضی طرفین معامله قرار بگیرد.

ممکن است به هنگام امضای اسناد قرارداد اصلی، فهرست کالاهای احتمالی به صورت «شرط ضمن عقد» آمده و انتخاب موضوع معامله به زمان آتی یعنی زمان انعقاد قراردادهای فرعی یا مکمل که در چارچوب قرارداد اصلی منعقد می گردد، موکول گردد. اما تصویب این شرط به هنگام انعقاد قرارداد اولیه یا پروتکل که سابق بر قرارداد اصلی است، شرط بنایی محسوب می شود، از این حیث که اثر شرط ناظر به قرارداد اصلی است نه قرارداد های مذکور.

<sup>۱</sup> مبنای خیار رویت و تخلف وصف (موضوع مواد ۴۱۰ تا ۴۱۳ قانون مدنی) و تصریح ماده ۱۱۲۸ ق. م.، صحت شرط بنایی را در حقوق ایران تجویز می نماید.

موافق ماده ۱۱۲۸ ق. م. هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده باشد و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا «عقد متبانی» بر آن واقع شده باشد. برای دیدن دیدگاه های موافق و مخالف ر.ک به منبع پیشین. همان صفحات و ص ۱۲۸-۱۲۵.

در یک معامله بیع متقابل ممکن است از یک یا چند حساب ناظر استفاده شود. برای مثال فروشنده و خریدار هر کدام یک دفتر به عنوان حساب ناظر در نظر می گیرند و قراردادها و تعهدات در آنها ثبت می شود و مقرر می گردد که اجرای قراردادها بدون ثبت در حسابهای مزبور مورد قبول نیست. در صورت تعدد در مواعد معینه حساب های مذکور با همدیگر مقایسه شده و مورد توافق قرار می گیرد. زمان توافق مذکور نقطه قطعیت یافتن حساب های ناظر است.



با توجه به پیچیدگی، گران قیمت و طولانی مدت بودن معامله ی بیع متقابل، در غالب موارد، قرارداد های موضوع معامله و تعهدات طرفین، در حساب های ناظر (Evidence Accounts.UNCITRAL, op.cit, pages 42 – 44) ثبت می گردد. شرط فهرست کالاهای احتمالی نیز که قلمرو تعهدات طرفین و موضوع معامله را معین می نماید ممکن است در حساب های مذکور ثبت گردد. گنجاندن شرط مزبور در حساب یا حساب های ناظر به منزله ی احصاء تعهدات طرفین در قبال آن شرط و پذیرش آثار آن در معامله است، بنابر این، به نظر می رسد در صورت ثبت، شرط مذکور در حکم "شرط ضمن عقد" خواهد بود. نفوذ و صحت شروط ضمن عقد که دارای شرایط لازمه ی قانونی و شرعی هستند، مورد اتفاق فقها و حقوقدانان است.

معمولاً در توافق نامه یا هر یک از قراردادهای موضوع معامله، بندی برای اصلاح قرارداد اصلی گنجانیده می شود و بدان وسیله طرفین قادر می گردند در زمان های معین یا قابل تعیین، قرارداد را اصلاح نمایند. این شرط تاثیر بسزایی در خاتمه موفقیت آمیز معامله دارد چرا که تا حدود زیادی از ابهام سود آور نبودن معامله برای فروشنده ی اولیه کم می کند. اگر فهرست کالاهای احتمالی به صورت بنایی یا ضمن عقد شرط نشده و بند ناظر به اصلاح قرارداد نیز موجود نباشد، می توان شرط فهرست کالاهای احتمالی را به صورت «الحاقی» وارد معامله نمود تا در آینده ی معامله نقش ایفا نماید. الحاق این شرط به معامله امکان اصلاح معامله را فراهم می نماید و در عین حال برون رفتی موثر از بن بست محسوب می گردد. شروط الحاقی نیز در حکم شرط ضمن عقدند. حال سوال این است که آیا شرط فهرست کالاهای احتمالی می تواند به صورت «شرط ضمنی» در آید<sup>۱</sup>؟ به نظر می رسد که پاسخ منفی باشد. چنین شرطی صرفاً می تواند صریح باشد، چرا که مفاد تراخی طرفین در مورد این شرط آن قدر دقیق و جزئی است که الفاظ به کار رفته در عقد نمی تواند به طریق التزامی بر آن دلالت نماید و تدوین این شرط مستلزم تفکر فعالانه

<sup>۱</sup> شرط ضمنی با شرط ضمن عقد فرق می کند و عبارت از التزامی است که به حکم عقل یا قانون یا عرف «لازمه ی» مفاد توافق یا طبیعت قرارداد است. رک ماده ۳۵۶ ق. م (در توابع عرفی میب) ، در حالی که شرط ضمن عقد، شرطی است که در مفاد عقد گنجانیده شده است.

ی طرفین است. اگر چه موضوع معامله من جمیع الجهات معلوم بوده و یا قابل تعیین باشد، لکن برای انتخاب کالاها و کیفیت و کمیت آنها، دستورالعمل دقیق و صریحی لازم است تا بدان وسیله هم ارزش پول مبنای محاسبه حفظ شده و هم امکان انتخاب کالاها وجود داشته باشد. برداشتی چنین دقیق، به طور ضمنی و به دلالت التزامی از مفاد تراضی ممکن به نظر نمی رسد. (کاتوزیان، ص ۱۴۸-۱۲۱)

به نظر می رسد با توجه به مفاد این شرط، بتوان آن را به صورت شرط فعل<sup>۱</sup>، و یا شرط نتیجه<sup>۲</sup> مقرر نمود. می توان شرط نمود که خریدار محصولات بای یک در انتخاب موضوع هر یک از قراردادهای فرعی یا مکمل، وکیل فروشنده باشد یا بتواند در آن مورد با ثالثی مشاوره نماید. در خصوص قراردادهای مکمل می توان به او حق توکیل داد و بدان وسیله فرد مذکور را به نفع ثالث خریدار، طرف قرارداد با خریدار ثانوی قرار داد. فروشنده ثانوی می تواند حق انتخاب موضوع قراردادهای فرعی یا مکمل را در قالب قراردادهای صلح یا هبه (در چارچوب شرط مزبور) به خریدار ثانوی یا شخص ثالث منتخب وی واگذار نماید، فرقی نمی کند در اینجا خود معامله شرط شود یا اثر اصلی آن. (شرط نتیجه)

ممکن است فروشنده ی ثانوی بر خریدار ثانوی شرط فعلی بکند که به موجب آن مشروط علیه مکلف باشد در ظرف مدت معینی موضوع قراردادهای فرعی یا مکمل را از میان محصولات مقرر در فهرست کالاهای احتمالی تعیین نماید.

بدیهی است که این شرط در ترغیب و تحریک فروشنده ی ثانوی به ورود در معامله نقش مهمی بازی می کند. شرط فهرست کالاهای احتمالی در مقابل قسمتی از عوض قرار نمی گیرد، زیرا محصولات بای یک و ارزش قرارداد کاملاً مضبوط بوده یا قابل تعیین است. برای ایجاد انگیزه در خریدار ثانوی به او حق داده می شود تا از میان محصولات موجود در فهرست، موضوع قرارداد را انتخاب نماید. نباید فکر کنیم که شرط مزبور صرفاً به نفع مشروط علیه است چرا که

<sup>۱</sup> شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. شرط فعل می تواند شرط فعل مادی یا حقوقی باشد. (ماده ۲۳۴ قانون مدنی)

<sup>۲</sup> شرط نتیجه آن است که تحقق امری (عمل حقوقی یا اثر عمل حقوقی) در خارج شرط شود. (ماده ۲۳۴ قانون مدنی)

تاخیر او در انتخاب موضوع معامله در موعد معین به طرف مقابل ضرر وارد می‌کند. ضمانت اجرای تخلف از شرط مزبور باید در مفاد شرط گنجانیده شود.

در تحلیل این شرط بر شرط فعل اشکالی به نظر می‌رسد و آن اینکه در شرط فعل، فعل مشروط موضوع تعهد و دین مشروط علیه است در حالیکه در ما نحن فیه مشروط علیه در انجام موضوع شرط ذینفع است. ذینفع بودن و در عین حال مدیون بودن چگونه قابل جمع اند؟ در پاسخ باید گفت که هیچ تعارضی بین نفع و تکلیف نیست و چه بسا مکلفینی که ذینفعد<sup>۱</sup> و از طرفی وجود شرط اجل که اعمال حق مشروط علیه را در مدت محدود و معینی تجویز نموده است و وجود ضمانت اجرای مدنی، قراردادی یا قانونی نشان از مکلف بودن او است. سوال دیگر این است که آیا تنظیم شرط مزبور به صورت «شرط صفت» صحیح است یا خیر؟ این شرط اگر به صورت شرط صفت در بیاید ناظر بر یکی از موارد ذیل خواهد بود

(۱) وصف اساسی یا جوهری مبیع مثل جنس.

(۲) مقدار یا کمیت.

(۳) کیفیت مبیع به عنوان وصف مشروط.

تردید در وصف اساسی مبیع موجب بطلان است. اگر فهرست کالاهای احتمالی به صورت شرط صفت و برای تعیین موضوع قرارداد باشد، مستلزم تردید در موضوع معامله بوده و به صورت ذیل در می‌آید:

«موضوع قرارداد فرعی (یا مکمل) یکی از محصولات ذیل یا تمامی آنها با مقدار و کیفیت مقرر و مطابق با معیار ارزشی مذکور در قرارداد خواهد بود.» این شرط باعث جهل در موضوع معامله بوده و قرارداد را باطل می‌نماید. (بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی)

اما اگر در تعیین وصف اساسی از صورت شرط فعل یا شرط نتیجه استفاده گردد و بدان وسیله حق انتخاب به خریدار ثانوی یا ثالث منتخب وی واگذار گردد، اشکال فوق بر طرف خواهد شد.

<sup>۱</sup> مانند شرط تخفیف شهریه برای یک دانشجو مشروط بر اینکه رتبه اول دوره را بیاورد. رتبه اول آوردن به نفع دانشجو است با وجود این در عقد جعاله مذکور دانشجو برای رسیدن به جعل چاره‌ای جز تسلیم موضوع ندارد. نامبرده هم مکلف است و هم ذینفع.

زیرا در آن صورت، تردید در جنس، مقدار یا کیفیت مبیع به نحوی که باعث جهل به موضوع قرارداد باشد از بین خواهد رفت. سوال دیگر این است که اگر شرط مزبور ناظر به کمیت و کیفیت مبیع باشد (مثلا حق انتخاب مقدار و کیفیت کالاها اعطا شده باشد) آیا می توان گفت که شرط مزبور باطل است؟ در پاسخ باید گفت که اگر وصف مشروط شکل تبعی داشته باشد، تردید قطعا باعث بطلان عقد نیست ولی می تواند در صورت وجود شرایط، منتهی به حق فسخ مشروط له شود.

بنابر آن آنچه گفته شد می توان به نکات زیر به عنوان مهمترین نتایج اشاره کرد:

(۱) شرط فهرست کالاهای احتمالی از شروط تبعی است و از شروط صحت بشمار نمی رود و نمی تواند شرط تطبیقی یا شرط انفساخ باشد.

(۲) اگر فهرست مزبور در مرحله ی پیش قرارداد یا تبادل پیش نویسیها ارائه شده باشد، از آنجایی که قبل از انعقاد معامله مطرح گردیده است، شرط بنایی (یا تبائی) است.

(۳) اگر فهرست در ضمن انعقاد قرارداد اولیه و یا اصلی و یا در ضمن اسناد مربوط به انعقاد قراردادهای مذکور، ارائه گردد شرط ضمن عقد خواهد بود.

(۴) در صورتی که طرفین در پاسخ به تغییراتی که در شرایط اقتصادی و اجتماعی و یا در شرایط مالی خریدار ثانویه پیش می آید، شرط مزبور را پس از انعقاد قرارداد اولیه یا قرارداد اصلی مورد توافق قرار دهند، به صورت شرط الحاقی در می آید.

(۵) شرط مزبور، نظر به پیچیدگی طبیعت آن، نمی تواند در مقام تفسیر قرارداد به اراده ی ضمنی طرفین نسبت داده شود. اما اگر شرط مذکور در سطح بین المللی به صورت عرف در آمده باشد، فرض بر این خواهد بود که در ضمن قرارداد ذکر شده است (ماده ۲۲۰ قانون مدنی). نظر به اینکه انعقاد این معاملات در سطح بین المللی معمول و متعارف نیست، نمی توان این شرط را به عرف نسبت داد.

(۶) شرط وکیل بودن خریدار ثانویه جهت انتخاب موضوع از میان فهرست کالاهای احتمالی، شرط نتیجه است و در صورتی که خریدار ثانویه مکلف به انتخاب از میان فهرست باشد، شرط مزبور به صورت شرط فعل در می آید.

(۶) چنانچه فهرست کالاهای احتمالی ناظر به تعیین وصف مبیع باشد به شکل شرط صفت در می آید. در این صورت، اگر شرط مذکور به صورت وصف کیفی و ناظر به درجه کیفی و استاندارد کالاها باشد، ممکن است شرط مزبور به واسطه ی اختلاف در تعیین قیمت مبیع یا جهل طرفین به آن، غرری فرض شود. اما، این فرض صحیح به نظر نمی رسد، چرا که قیمت معامله به عنوان فرینه ای قوی در مقابل غرری شدن معامله مقاومت میکند و اگر اشکال در تعیین متعهد شرط صفت باشد باید بگوییم که نظر به اوضاع و احوال متعهد آن ممکن است خریدار یا فروشنده ثانوی باشد. خریدار ثانوی به واسطه ی اینکه احتمال دارد به درستی به مفاد قرارداد اولیه عمل نموده و باعث تولید کالای غیر استاندارد شود و فروشنده ی ثانوی به واسطه قصور در تولید کالا، متعهد شرط صفت محسوب می شود. بنابراین به سهولت نمی توان بر این بود که شرط صفت صرفاً به نفع خریدار ثانوی است.

نتیجتاً، شرط فهرست کالاهای احتمالی از شروط تبعی است و می تواند به صورت شرط بنایی و یا تبانی و یا شرط ضمن عقد و یا الحاقی مقرر گردد. این شرط نمی تواند به اراده ضمنی طرفین یا عرف نسبت داده شود. این شرط می تواند به صورت شرط فعل یا نتیجه و یا صفت باشد، منتها، وقتی به صورت شرط صفت مقرر می شود باید دقت کرد که این امر موجب غرر طرفین یا احد از آنها نشود.

**مبحث سوم: قلمرو تعهدات طرفین معامله**

(الف) ملاحظات کلی

به هنگام تنظیم این شرط ممکن است موارد ذیل مد نظر طرفین قرار گیرد:

- (۱) ممکن است مقرر گردد که برای اعمال حق انتخاب خریدار، فروشنده مکلف به ارائه ی نمونه ی تمام محصولات موجود در فهرست باشد.
- (۲) ممکن است برای هر قسم از محصولات موجود در فهرست به لحاظ کمی یا کیفی حداقل، حداکثر و درجات را معین نمود.

(۳) ممکن است مقرر گردد که در صورت قصور یا عدم توانایی فروشنده از تسلیم بعضی از محصولات، ما به التفاوت به صورت نقدی یا از محل سایر محصولات موجود در فهرست جبران گردد.

(۴) ممکن است شرط شود که وارد کننده ی اولیه (فروشنده ی ثانوی) مکلف باشد به هنگام انعقاد قراردادهای فرعی، مشخصات ضروری کالاهای فهرست را به خریدار ثانوی (صادر کننده ی اولیه) ارائه نماید.

(۵) ممکن است انتخاب از فهرست را مشروط به سنتی نبودن محصول یا بازار مصرف داشتن آن نمود، در این صورت تعهدات فروشنده نیز باید مشخص گردد.

(۶) ممکن است برای انتخاب کالاها از فهرست، دستورالعمل یا شیوه ای را معین نمود علی الخصوص وقتی اشخاص ثالث در معامله درگیر باشند، مثل تشکیل کمیته ای جهت نظارت بر انتخاب کالاها و اجرای تعهدات (55 - 54, op.cit, UNCITRAL).

#### (ب) اجرای شرط و نتیجه ی تخلف از آن

نظر به اینکه شرط فهرست کالاهای احتمالی ممکن است به صورت شرط نتیجه یا شرط فعل در آید، اجرای شرط مزبور و نتیجه ی تخلف از آن در هر مورد مستلزم بررسی جداگانه است.

(۱-ب) وقتی شرط به صورت شرط نتیجه تنظیم شده است

در ذیل ماده ۲۳۴ قانون مدنی می خوانیم: «شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود» اگر شرط فهرست کالاهای احتمالی به صورت شرط نتیجه تنظیم گردد بدین ترتیب که فروشنده ی ثانوی به خریدار ثانوی یا ثالث خریدار وکالت دهد یا مشار الیهم را وکیل نماید که از فهرست کالاهای احتمالی، موضوع معامله را تعیین نماید یا حق خود را به آنها منتقل نماید، نتیجه به نفس اشتراط حاصل شده و نیازی به انشای مجدد نیست. در این مورد، چون وکالت ضمن عقد لازمی داده می شود موافق ماده ۶۷۹ ق.م.موکل (فروشنده ی ثانوی) حق عزل وکیل را ندارد و در صورتی که به طور مطلق حق خود را به مشار الیهم منتقل نموده باشد معامله لازم بوده و تا زمان

انفساخ و در صورت امکان فسخ تا آن زمان و در صورت باطل بودن معامله از همان ابتدا ، شرط مزبور نیز منفسخ شده یا باطل می باشد.

نظر به مراتب فوق آشکار است که فروشنده ی ثانوی در خصوص تنظیم این شرط باید دقت کافی بنماید و امکان تخلف وکیل یا عدم اعمال حق از جانب منتقل الیه در اجل مشروط را در نظر بگیرد . فروشنده ی مزبور می تواند شرط نماید که مثلا انتخاب وکیل از میان فهرست باید در ظرف مدت یک ماه قبل از فرا رسیدن زمان انعقاد قرارداد فرعی صورت گیرد . در عین حال ضمانت اجرای تخلف وکیل یا سوء استفاده منتقل الیه باید ذکر گردد . در صورتی که این ضمانت مقرر نشود وکیل مکلف است در حدود وکالت اقدام نماید (مواد ۶۶۶ و ۶۶۷ ق . م ) . همچنین می توان مقرر کرد که پس از مضمی اجل ، وکالت یا انتقال ، نفوذ حقوقی خود را از دست خواهد داد . (شرط اجل)

در مواردی که حق به صورت لازم به منتقل الیه انتقال داده شده نیز در صورتی که ضمانت اجرای قراردادی مقرر نشده باشد نامبرده نمی تواند اعمال حق خود را وسیله ی اضرار به دیگران قرار دهد و احتمالا دادگاه به مجرد تقاضای ذینفع او را ملزم به انتخاب خواهد نمود (اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۱۳۲ قانون مدنی). یا وجود این ، باید در گذاشتن شرط اجل و تضمینات اجرای قراردادی اعم از تعیین خسارت (ماده ۲۲۱ ق . م) یا وجه التزام (ماده ۲۳۰ ق . م ) یا شرط انفساخ (ماده ۱۰ ق . م) دقت کافی ، مبذول گردد<sup>۱</sup> .

#### (۲ - ب) وقتی شرط به صورت شرط فعل تنظیم شده باشد

دیدیم که ممکن است شرط فهرست کالاهای احتمالی به صورت شرط فعل تنظیم شود و خریدار ثانوی متعهد باشد در موعد معین از میان فهرست کالاهای احتمالی ، موضوع معامله را انتخاب نماید .

<sup>۱</sup> مثلا می توان شرط نمود که وکالت وکیل یا امکان اعمال حق از طرف صاحب حق از اول خرداد سال ۱۳۸۴ لغایت آخر وقت اداری اول شهریور ماه همان سال باشد و در صورت عدم اقدام یا عدم اعمال ، حق مزبور منتفی شده و موضوع قرارداد به فاصله دو ماه از تاریخ انحلال وکالت یا اضمحلال حق با تراضی طرفین تعیین خواهد گردید . می توان از شرط اجل برای تعیین : (۱) تاریخ انحلال یا (۲) مدت مطالبه حق یا (۳) اجرای آن استفاده نمود . رک کاتوزیان ، ناصر ، پیشین ، همان ، شماره ۵۵۷ .

در صورت عدم اقدام مشروط علیه (خریدار ثانوی)، موافق ماده ی ۲۳۷ ق. م.، در صورتیکه شرط مباشرت او شده باشد و الزام دادگاه مؤثر نیفتد، فروشنده ی ثانوی حق فسخ معامله را پیدا می کند (مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی). ضمانت اجرای مذکور و شیوه ی مطروحه در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ برای یک معامله بزرگ و با ارزش بالا و طولانی مدت، مناسب نیست و روند طولانی مدت الزام می تواند منتهی به اتمام زمان کل معامله و احتمالاً انفساخ معامله در صورت وجود شرط فاسخ گردد.

در اینجا سوالی که مطرح می شود این است که آیا می توان بر خلاف مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ تراضی نمود و به جای مراجعه به دادگاه جهت الزام و طی مسیر ماده ۲۳۸ (انجام فعل به خرج ملتزم و توسط دیگری) و در صورت عدم امکان فسخ معامله (موافق قانون ۲۳۹ قانون مدنی)، راه مناسبتری را انتخاب کرد؟

بدیهی است که اگر معتقد باشیم مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ آمره هستند تراضی بر خلاف آنها ممکن نخواهد بود اما به نظر می رسد فلسفه ی مواد ۲۳۷ لغایت ۲۳۹ قانون مدنی، احراز ضرر مشروط له بوده است و حق فسخ موضوع ماده ی ۲۳۹ قانون مدنی برای جبران ضرر از طرف متضرر می باشد کما اینکه ماده ۲۲۱ قانون مدنی امکان تراضی در تعیین خسارات در صورت وجود شرط اجلاً را می دهد و ماده ی ۲۳۰ نیز اجازه ی گذاشتن وجه التزام را می دهد. موافق ماده ی ۱۰ قانون مدنی به نظر می رسد تراضی بر خلاف مواد مذکور (یعنی مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی) نافذ و صحیح باشد.

نظر به موارد فوق، می توان گفت که مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی ناظر بر مورد غالب است که تراضی بر خلاف آنها صورت نگرفته و عرف معینی نیز موجود نبوده است و مواد مذکور در صدد تکمیل اثر تراضی طرفین هستند. عدم انتخاب کالاها در موعد مقرر و تاخیر در این مورد در صورتی که بدون عذر موجه باشد (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی) نوعی اضرار به طرف مقابل محسوب می شود.

از طرف دیگر تاخیر در انتخاب، نظم معامله را به هم زده و باعث تاخیر در اجرای تعهدات آتی می گردد، مگر اینکه شروطی برای کاستن از میزان مابه التفاوت تجاری و مدیریت صحیح



معامله مقرر شده باشد. از طرف دیگر می‌توان گفت که مشروط علیه که بر خلاف مفاد مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ با مشروط توافق نموده است، به ضرر خود اقدام نموده و ملتزم به آن است. از این رو به نظر می‌رسد تراضی بر خلاف مفاد مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی ممکن باشد<sup>۱</sup>.

مبحث چهارم: شرط فهرست کالاهای احتمالی؛ صحت یا فساد.

شرط پاره ای از عقد بوده و «در حکم قرارداد» است و علاوه بر شرایط صحت عقد به لحاظ قانونی شرایط دیگری برای صحت آن مقرر شده است<sup>۲</sup>:

(۱) نباید مجهول باشد<sup>۳</sup>

(۲) باید مقدور باشد (مواد ۲۳۸ و ۳۷۰ و ۳۷۲ قانون مدنی)

(۳) باید حداقل بین دو نفر مالیت داشته باشد (بند ۲ ماده ۲۳۲ قانون مدنی)

(۴) چه از حیث موضوع و چه از حیث اثر نباید نا مشروع باشد (بند ۳ ماده ۲۳۲

قانون مدنی)

(۵) نباید خلاف مقتضای عقد باشد (بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی)

(۶) نباید شرط مجهولی که باعث جهل به عوضین می‌شود، باشد (بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون

مدنی)

<sup>۱</sup> می‌توان به جای مراجعه به دادگاه ابلاغ اظهار نامه را مقرر نمود و به طرف مقابل وقتی اضافی برای اعمال حق داد. همچنین می‌توان مقرر نمود که در پایان اجل، حق زایل شده و طرفین مکلف به تراضی بر موضوع قرارداد مربوطه خواهند بود. بنابر این ضمانت اجرا تنها در خسارات قراردادی یا وجه التزام خلاصه نمی‌شود و برای تضمین ادامه‌ی همکاری مطلوب با طرف مقابل می‌توان راه کارهای ابتکاری موثری را مقرر نمود.

<sup>۲</sup> شیخ مرتضی انصاری (ره) شرایط صحت شرط را ۹ دانسته است:

(۱) مقدور باشد

(۲) به خودی خود جایز باشد

(۳) عقلایی باشد

(۴) مخالف کتاب و سنت نباشد

(۵) منافی با مقتضای ذات عقل نباشد

شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۳۷۳ به بعد.

<sup>۳</sup> کاتوزیان، ناصر، پیشین، شماره ۵۶۷.

ممکن است ادعا شود که در صورت وجود شرط فهرست کالاهای احتمالی، خریدار به تنهایی موضوع معامله را انتخاب می نماید، بالتبجیه تراضی اتفاق نمی افتد و توافق دو انشاء به وجود نمی آید. بنابراین این شرط باعث بطلان معامله است چرا که مفهوم تراضی این است که یک نفر کالاهای معلومی را عرضه نموده و طرف دیگر آن را قبول نماید و موضوع معامله باید مورد تراضی طرفین قرار بگیرد و وکالت دادن به طرف مقابل یا انتقال حق انتخاب به او منافی با ماده ۱۹۴ قانون مدنی است<sup>۱</sup>. در پاسخ باید گفت:

(۱) اولاً به لحاظ قانونی این امکان وجود دارد که فقط یک نفر موضوع معامله را انتخاب نماید، مثل معامله ولی، وصی یا قیم برای مولی علیهم. بدین ترتیب که مشارالیه از اموال یکی از مولی علیهم به قصد بیع به دیگری منتقل نماید یا وکیلی که از جانب موکله برای تزویج او به خود یا دیگری وکالت داشته باشد، او می تواند موکله را برای خود یا دیگری تزویج نماید بدون اینکه موکله در انتخاب طرف تأثیری داشته باشد (ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی).

(۲) از طرف دیگر در مانحن فیه فروشنده ی ثانوی (خریدار اولیه) به خریدار ثانوی (فروشنده ی اولیه) مبلغی بدهکار است. محصولات ناشی از تسهیلات تولیدی کاملاً معین و قیمت هر واحد از محصولات با در نظر گرفتن کیفیت آنها معین یا قابل تعیین است. در اینجا فروشنده ی ثانوی برای تهاتر دین خود به خریدار ثانوی پیشنهاد می نماید که به اندازه ی طلبش از محصولات انتخاب نماید و در واقع برای فروشنده ثانوی تفاوتی نمی کند که خریدار ثانوی با رعایت محدودیت های موجود در مفاد شرط فهرست کالاهای مربوطه کدام محصول یا محصولات را با کدام کمیت و کیفیت انتخاب نماید. در واقع فروشنده ی ثانوی تنها زمانی می تواند شرط مزبور را بنماید که متعهد به

<sup>۱</sup> ماده ۱۹۴ قانون مدنی: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین بوسیله ی آن انشای معامله می نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشای او را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود.» در مانحن فیه قصد یکی از طرفین در انتخاب موضوع معامله کارساز نیست بنابراین این ممکن است ادعای بطلان این معامله بشود.

انتقال تنها قسمتی از محصولات بای بک به خریدار ثانوی یا ثالث خریدار منتخب وی باشد.

(۳) از موارد مطرح شده آشکار می شود که در حدود شرایط مقرر در شرط، انتخاب هیچ کدام از محصولات با هر کمیت و کیفیت توسط خریدار ثانوی قصد و رضایت از پیش اعلام شده ی فروشنده ی ثانوی را متأثر نمی نماید. نتیجه این می شود که رضایت همراه با قصد فروشنده ی ثانوی بر شرط فهرست کالاهای احتمالی همانند ایجابی است با التزام اضافی و با انتخاب محصولات از فهرست طبق شرایط معینه توسط خریدار ثانوی، قبول به آن ملحق شده و موضوع معامله به طور قطعی انتخاب می گردد<sup>۱</sup>. نظر به اینکه این شرط در حکم ایجاب با التزام اضافی است فروشنده ی ثانوی مادام که انتخاب خریدار ثانوی در اجل معهود صورت نگرفته، حق عدول از ایجاب خود را نخواهد داشت.

نظر به لزوم طی مراحل نصب، راه اندازی، کار آزمایشی و پذیرش کارخانه در چار چوب قرارداد اولیه معامله بیع متقابل، پیش بینی قدرت تسلیم فروشنده ی ثانوی (خریدار تجهیزات) امری است ممکن و در عین حال محصولات و کمیت و کیفیت آنها پیشایش با دقت متعارفی قابل تخمین است و در واقع نسبت به امکان انجام تعهدات، ظن متاخم به علم وجود دارد.

### پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

<sup>۲</sup> برای تقریب ذهن مثالی می زنیم: به فرض الف به ب یک صد هزار تومان بدهکار است. الف یک مغازه ی برنج فروشی دارد. ب به الف مراجعه کرده و طلب خود را تقاضا می کند. الف به ب پیشنهاد می کند از میان برنج ها که از ارقام مختلف با کیفیت و قیمت متفاوت و معینی هستند، به اندازه طلبش جدا و تملک نماید. در اینجا، نمی توان گفت که چون انتخاب موضوع به عهده ب گذاشته شده است، تراضی موجود بوده و به واسطه عدم توافق دو انشاء عقد و در نتیجه ی نهایتاً باطلند. زیرا محصولات الف مشخص بوده و کیفیت و قیمت آنها معلوم است. از این رو، پیشنهاد انتخاب موضوع معامله به ب در حکم ایجابی است که با ما نحن فیه فقط یک فرق دارد و آن این است که شرط فهرست کالاهای احتمالی در حکم ایجابی با «التزام اضافی» است و در این مثال، الف قبل از قبول ب حق عدول از ایجاب خود را دارد ولی در ما نحن فیه فروشنده ی ثانوی فاقد چنین حقی است مگر در صورتی که شرط مخالفی مقرر شده باشد.

چنانکه ملاحظه گردید این شرط چه به لحاظ موضوع و چه به لحاظ اثر مجهول نیست و حاوی نفعی عقلایی برای هر دو طرف معامله است. خریدار ثانوی تحریک به معامله می شود و فروشنده ثانوی نیز قسمتی از تعهدات خود در چارچوب معامله بیع متقابل را انجام می دهد. به نظر می رسد در صورت رعایت لزوم الحاقی بودن معاملات دولتی و سایر ملزومات آن معاملات، گنجانیدن شرط مزبور در معاملات بیع متقابل دولتی خالی از اشکال باشد.

آشکار است که این شرط مخالفی با مقتضای ذات عقد ندارد و در چارچوب مقتضای عقد است از این رو به نظر می رسد با توجه به اصل صحت و با رعایت مراتب فوق شرط مزبور از جمله شروط صحیح است.

#### نتیجه:

به موجب شرط فهرست کالا های احتمالی، حق انتخاب کالاهای موضوع هر یک از قراردادهای فرعی یا مکمل موضوع قرارداد اصلی معامله بیع متقابل به خریدار ثانوی یا ثالث منتخب وی منتقل می گردد. این شرط از جمله شروط غیر مستقل تابع عقد است و در مقابل قراردادهای موضوع معامله استقلال ندارد و ممکن است در ضمن توافق نامه، قرارداد اولیه، پروتکل یا قرارداد اصلی گنجانیده شود. این شرط از جمله شروط تقییدی و صریح بوده و می تواند به شکل شرط بنایی، ضمن عقد و یا الحاقی تنظیم گردد که در هر صورت در حکم شرط ضمن عقد است و می تواند به شکل شرط فعل یا شرط نتیجه باشد. به نظر می رسد شرط مزبور در حکم ایجابی از جانب فروشنده ی ثانوی با التزامی اضافی است و الحاق قبول از جانب خریدار ثانوی موجب تعیین موضوع معامله می شود. می توان گفت شرط مزبور در حقوق ایران جزء شروط صحیح است. در معاملات دولتی پیش از مقرر نمودن این شرط باید به ملزومات قانونی توجه نموده و مصلحت مملکت در نظر گرفته شود. این شرط در ترغیب طرف معامله جهت ورود در معامله نقش مهمی را ایفا می کند و در اصلاح و تکمیل معامله

نقش غیر قابل انکاری دارد. مقرر نمودن شرط اجل جهت اجرای شرط و تعیین تاریخ اضمحلال حق موضوع شرط و تعیین ضمانت اجرای قراردادی عقلایی، برای موارد تخلف از آن ضروری به نظر می‌رسد. استفاده از این شرط زمانی عقلایی است که تخمین نوع کیفیت و کمیت محصولات بای بک به نحو متعارف و معقولی ممکن باشد. در مواردی که فروشنده ی ثانوی متعهد به انتقال تمام محصولات بای بک به خریدار ثانوی یا ثالث منتخب وی است، امکان گنجاندن این شرط در معامله وجود ندارد چرا که سالبه به انتفای موضوع می‌گردد.



### فهرست منابع:

#### الف- به زبان فارسی

- (۱) اصغرزاده، عبدالله، (۱۳۷۴)، آشنایی با تجارت متقابل، چاپ اول، تهران، موسسه چاپ و انتشارات امور خارجه
- (۲) امامی، محمد و استوار سنگری، کوروش، « اصول حاکم بر تنظیم انعقاد قراردادهای دولتی»، مجله کانون وکلا، دوره جدید، شماره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۷۶.
- (۳) شیخ محمود عراقی، قوام الفصول. (۱۳۰۵ هـ.ق)، چاپ سنگی در یک مجلد.
- (۴) شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، (۱۳۸۲)، چاپ دوم، قم، مطبوعات دینی.

- (۵) صادقی، جوانمرد، (۱۳۸۳)، جنبه های حقوقی قرارداد سرمایه گذاری بیع متقابل (بای بک)؛ مفهوم، ماهیت و تشریفات انعقاد، مجله پژوهش های حقوقی، شماره ۵.
- (۶) طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، (۱۳۷۳)، حقوق اداری ایران، جلد اول، تهران، سمت
- (۷) کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- (۸) کمیسیون اقتصادی اروپا، (۱۳۷۲)، قرارداد های بین المللی بای بک، مترجم حمید رضا اشرف زاده، تهران؛ موسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی.
- (۹) کیانی، زین العابدین، (۱۳۴۷)، معاملات دولتی، مجله حقوق و مردم، شماره ۱۱ و ۱۲
- (۱۰) میرزا ابوالقاسم کلانتری، تقریرات شیخ مرتضی انصاری، مطروح الانظار، (۱۳۰۸ هـ ق)، چاپ سنگی در یک مجلد.

ب- به زبان انگلیسی

11. Abdel Latif,Alba , The Egiptian Experience with Countertrade, 1990 , Jurnal of Word Trade . Vol. 24 .

12. Dick , Francis , The Contertrade Hand Book , Cambridge , Woodhud , Faulkner , 1987 .

13 . Leo , GB Welt Countertrade , Euronomy Publications , 1985 .

14. UNCITRAL , Legal Guide on International Countertrade Transactions , New York ,U.N , 1993 .