


Original Article

Voluntary and compulsory resale of goods (self-help and emergency sales) in the Convention on Contracts for International Sale of Goods (1980) and Iranian law with an emphasis on Iranian transportation laws

Meysam Akbari¹, Hani Hajian*² 

¹ PhD in Private Law, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran.

² PhD Student in Private Law, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Tehran, Iran.



10.22080/LPS.2021.22051.1248

Received:

July 31, 2021

Accepted:

November 8, 2021

Available online:

November 27, 2021

Main Subjects:

CIVIL LAW

Keywords:

Resale, Voluntary sales (Self-help), Compulsory sales (emergency), Preservation of goods, Trustee, Unauthorized management of other people's property

Abstract

dissolved for any reason and the goods are in the hands of the buyer, he is obliged to return the goods; But if the other party refuses to receive the goods, in Iranian law, the solution that has been considered is to refer to the ruler to oblige the owner of the goods to receive. If the owner of the goods is not required to do so, the only thing that happens is the change of iodine to a safe deposit. In some legal systems, the solution is to resell the goods. One of the most important legal texts in this regard is the Convention on the International Sale of Goods. The study of the possibility of replay in Iranian law is the main question of this research, which has been addressed in a descriptive-analytical manner and with library tools. From the available data, it has been obtained that, firstly, in transportation contracts in Iranian law, this issue has been explicitly accepted without any shortcomings. Secondly, regarding compulsory resale, it is a matter of common sense that the trustee should resell.

*Corresponding Author: Hani Hajian

Address: PhD Student in Private Law, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Tehran, Iran.

Email: hanihajian@gmail.com



Extended abstract

1. Introduction

After the sale, the seller has to deliver the goods, and if the purchase agreement is dissolved for any reason, the buyer is obliged to return the goods. However, if the other party refuses to retake the goods, in Iranian law, he must be forced to do so. Otherwise, he must change the possession under a defective title to a possession in trust and provide a safe deposit. In some legal systems, the solution is to resell the goods. One of the most important legal texts in this regard is the Convention on the Contracts for International Sale of Goods. The possibility of resale in the Iranian law is the main question of this research. The available data analysis has shown that, first, in transportation contracts in the Iranian law, this issue has been explicitly accepted. Second, regarding the compulsory resale, it is a matter of common sense that the trustee should resell the goods.

2. Methods

The present research has been done using library data and receipts and classifying them according to the subject matter.

3. Conclusion

Resale of goods is accepted in various legal systems, especially Kamnola legal systems, as a solution to prevent damage or corruption of goods in a situation where the parties of the contract have a dispute and are not willing to receive their goods. Since it is not possible to expect and impose an obligation on one of the parties to keep the goods for an indefinite period of time, the issue of voluntarily and compulsorily resale has been proposed by the law. According to the philosophy of resale, determining the voluntary resale is

the right of the preserver of the goods and compulsory resale is his duty.

In the Iranian law, the issue of whether the resale should be voluntary or compulsory is a matter of dispute among jurists. However, it should be noted that a review of the law on transportation reveals whether voluntary resale or compulsory resale is acceptable to the legislature. Due to the fact that transportation contracts are rooted in the lease contract and the lease contract is one of the exchange contracts, by inducing the nature of resale rules, they can be extended to other exchange contracts, including the sale contract. Considering the compulsory resale, it should be noted that the resale rules have been accepted in cases where possession under a defective title is changes to a possession in trust and that there is no difference between the obligations arising from lawful possession to possession caused by contracts. As a result, it can be said that this is a general rule in all trust contracts and is supported by rational and customary certainties. Thus, when the goods are subject to corruption, the trustee must resell the goods. This can be deduced from Article 612 of the Civil Code, which considers the customers in preservation of the goods. Therefore, it can be said that in case of non-resale, the depositor has the right to claim damages.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the scientific consultants of this paper. The present article was written at the suggestion of Dr. Seyed Hossein Safaei as a research card of the advanced civil law course of the doctoral program and after its completion, it has been fully reviewed by him. The authors of this article dedicate it to dear Dr. Safaei.





علمی پژوهشی

بازفروش مبیع (فروش خودیار و اضطراری) در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) و حقوق ایران با تأکید بر قوانین حمل و نقل

میثم اکبری دهنو^۱، هانی حاجیان^{۲*} ID

^۱ دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران
^۲ دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، تهران، ایران

doi 10.22080/LPS.2021.22051.1248

چکیده

پس از انجام بیع فروشنده موظف به تسلیم مبیع بوده، همچنین در صورتی که بیع به هر دلیل منحل گردد و کالا در دست خریدار باشد موظف است اقدام به استرداد کالا نماید؛ اما اگر طرف مقابل حاضر به دریافت کالا نگردد در حقوق ایران راهکاری که اندیشیده شده مراجعه به حاکم جهت الزام صاحب کالا به دریافت می‌باشد. در صورتی که صاحب کالا ملزم به این امر نگردد تنها اتفاقی که واقع می‌گردد تغییر ید ضمانی به امانی است. در برخی از نظام‌های حقوقی راهکاری که در این خصوص پیش‌بینی شده بازفروش کالا می‌باشد. از مهم‌ترین متون قانونی که در این خصوص وجود دارد کنوانسیون بیع بین المللی کالا می‌باشد. بررسی امکان بازفروش در حقوق ایران سؤال اساسی این تحقیق است که با شیوه توصیفی تحلیلی و با ابزار کتابخانه‌ای به آن پرداخته شده است. از داده‌های موجود این مطلب بدست آمده که اولاً در قراردادهای حمل و نقل در حقوق ایران این موضوع به صراحت و بدون هیچ کم و کاستی مورد پذیرش قرار گرفته است. ثانیاً در خصوص بازفروش اجباری این مطلب از مسلمات عقلی قواعد امانت است که امین باید اقدام به بازفروش نماید.

تاریخ دریافت:

۰۹ مرداد ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۷ آبان ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۰۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق خصوصی

کلیدواژه‌ها:

بازفروش کالا، فروش اختیاری

(خودیاری)، فروش

اجباری(اضطراری)، حفظ کالا،

امین، اداره فضولی مال غیر،

* نویسنده مسئول: هانی حاجیان

آدرس: دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد ایمیل: hanihajian@gmail.com

اسلامی، واحد تهران شمال، تهران، ایران

۱ مقدمه

بیان داشته‌اند به دلیل عدم وجود ماده‌ای مبنی بر حق بافروش این حق با قواعد حقوقی ایران سازگار نمی‌باشد. تمامی اساتیدی که در این زمینه تحقیق نموده‌اند بیان داشته‌اند در حقوق ایران ماده‌ای که به صراحت حق بافروش را مورد قانونگذاری قرار داده باشد، وجود ندارد. در خلال بررسی‌های که در این مقاله انجام می‌گردد مشخص می‌شود برخلاف نظر مذکور در حوزه حقوق حمل و نقل موادی وجود دارد که حق بافروش را مورد شناسایی قرار داده‌اند.

با توجه به اینکه نهاد بافروش برخی راهکارهای تازه در زمینه بیع و مخصوصاً تعهدات فروشنده و خریدار را ارائه می‌نماید می‌بایست به صورت دقیق مورد بررسی قرار گیرد، در این مقاله ابتدا قواعد بافروش در حقوق کشورهای انگلیس و آمریکا و سپس در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) مورد بررسی قرار می‌گیرد، سپس موضع حقوق ایران و آراء موافقین و مخالفین مورد بررسی قرار گرفته و پس از آن به بررسی قوانین موجود پرداخته می‌شود و در آخر بر مبنای قوانین حوزه حمل و نقل نتیجه گیری می‌شود. بدواً باید اعلام شود نهاد بافروش مبیع در صورت درج به صورت شرط ضمن عقد با توجه به اینکه شرطی مخالف کتاب و سنت نبوده و مخالفتی با مقتضای ذات عقد بیع نداشته، می‌تواند راهکار مناسبی برای تکمیل تعهدات بایع و مشتری باشد؛ اما این موضوع به دلیل بدهت امر خارج از موضوع این مقاله بوده و به آن پرداخته نمی‌شود.

۲ سابقه تقنینی در خصوص بافروش کالا

در خصوص نهاد بافروش کالا گفته شده است که سابقه تاریخی این نهاد را باید در کشورهای اسکانداویجی جستجو کرد (امیر معزی، موسوی، ۱۳۹۳: ۳۱). اما صرف نظر از کشورهای اسکانداویجی، در خصوص حق بافروش کالا می‌شود قوانین کشورهای ذیل و کنوانسیون بیع بین المللی کالا را بررسی نمود.

پس از انجام معامله ممکن است خریدار از قبض مبیع خوداری نماید و یا در صورتی که به هر دلیل قرارداد فسخ گردد مبیع در دست خریدار باقی مانده و فروشنده حاضر به تحویل کالا نباشد؛ در این صورت ید حافظ کالا امانی بوده و قواعد امین در این حالت جاری می‌گردد. بر طبق قاعده کلی مورد پذیرش در قانون مدنی ایران مذکور در ماده ۲۷۳ حافظ کالا با تحویل کالا به حاکم بری می‌گردد و دیگر مسئولیتی نخواهد داشت اما تحویل به حاکم اولاً- راهکار ساده‌ای نمی‌باشد چراکه در وضعیت موجود مستلزم روند دادرسی می‌باشد که شاید حداقل یک سال به طول انجامد، ثانیاً- در این مدت ممکن است کالا در معرض فساد قرار گیرد و یا در بردارنده هزینه‌ای گزاف برای حافظ کالا باشد. در حقوق برخی از کشورهای دنیا از جمله آمریکا و انگلیس و همچنین در کنوانسیون بیع بین المللی کالا در ماده ۸۸ حقی مورد شناسایی قرار گرفته است که به بافروش کالا مشهور گردیده است. بر طبق قواعد این نظام‌های حقوقی حافظ کالا در برخی از موارد این حق را داشته است، و در برخی موارد مکلف است برای جلوگیری از زیان به صاحب کالا اقدام به فروش کالا نموده و حاصل آن را پس از کسر مخارج نگهداری نماید.

این موضوع که آیا این حق بافروش کالا بر طبق قواعد حقوقی ایران قابل پذیرش می‌باشد امری اختلافی می‌باشد و نظرات متفاوتی از سوی اساتید حقوق در این خصوص ارائه گردیده است. اولین استادی که در این خصوص اقدام به تحقیق پرداخته استاد فرزانه دکتر صفایی می‌باشد. ایشان بر مبنای نظریه تقاص امکان شناسایی حق بافروش در حقوق ایران را متصور دانسته است. پس از ایشان دکتر حسن محسنی نیز در مقاله خود این موضوع را مورد بررسی قرار داده و با نظریه دکتر صفایی همسو گردیده است؛ اما در مقابل اساتیدی همچون دکتر آق‌مشهدی با استدلالاتی حق بافروش اختیاری (خودپاری) را در حقوق ایران به رسمیت نشناخته و



۲،۱ انگلیس

در حقوق انگلیس طبق کامن لو و قانون فروش کالا مصوب ۱۹۸۲ و همچنین قانون فروش کالا که در تاریخ ۱۹۷۹ میلادی به تصویب رسیده حق باز فروش کالا به شرح ذیل پذیرفته شده است:

- ۱- در موردی که حق بازفروش در صورت نقض قرارداد از سوی خریدار صریحاً برای بایع شناخته شده باشد (ماده ۴-۴۸)
- ۲- هرگاه خریدار از پرداخت قیمت خودداری کند و کالا ضایع شدنی باشد (ماده ۳-۴۸)
- ۳- هرگاه قیمت پراخت نشده و فروشنده قصد خود را به باز فروش به خریدار اعلام کند و با وجود آن، خریدار در یک مدت معقول از پرداخت قیمت خودداری نماید (۳-۴۸)
- ۴- هنگامی که خریدار از اجرای تعهدات ناشی از قرارداد سر باز زده و مرتکب نقض اساسی^۱ شده باشد. در این صورت به موجب کامن لو بایع می‌تواند قرارداد را فسخ و مورد معامله را مانند مال خود بفروشد.
- ۵- هنگامی که مورد معامله یک مال کلی یا کالای آینده باشد ولی هنوز بایع تعهدی به تعیین آن نداشته باشد، در این صورت بایع ذیحق است هریک از کالائی را که واجد اوصاف مورد معامله باشد بعنوان مالک بفروشد (صفایی، ۱۳۹۲: ۴۵۶-۴۵۷). (Benjamin, 1974, 539).

در قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ میلادی در ماده ۴۸ موارد باز فروش کالا را در چهار مورد مجاز شمرده است که در ذیل بیان می‌گردد:

- ۱- زمانی که هنوز تعهد فروشنده در مورد تسلیم کالا به شکل التزام به تسلیم کالای معینی تحقق نیافته باشد. روشن است که در این حالت اگر فروشنده اقدام به فروش

کالا کند، هیچ‌گونه مسئولیتی در مقابل مشتری نخواهد داشت؛ زیرا نمی‌توان گفت تسلیم کدامیک از کالا به مشتری اول بر او لازم است

۲- زمانی که مشتری اقدام به فسخ عقد بیع کند. در این حالت فروشنده می‌تواند فسخ را قبول کند، و در این صورت می‌تواند اقدام به بازفروش کالا کند.

۳- زمانی که در عقد بیع تصریح شده باشد که در صورت اخلال مشتری به تعهدات خود، فروشنده حق بازفروش کالا را خواهد داشت.

۴- زمانی که کالا در معرض تلف باشد و یا فروشنده به مشتری اخطاری داده باشد که به زودی اقدام به بازفروش کالا خواهد کرد، ولی با این حال مشتری قیمت را پرداخت نکرده باشد (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۸). از بند ۳ چنین بر می‌آید که در این فرض عقد فسخ گردیده اما از بند ۴ چنین بر می‌آید که مبنای بازفروش فسخ نمی‌باشد بلکه فروشنده برای مشتری و پایبندی به عقد اول اقدام به باز فروش مبیع می‌نماید.

۲،۲ ایالات متحده آمریکا

در حقوق ایالات متحده آمریکا به موجب قانون متحده الشکل تجاری (U.C.C.)^۲ که در ۴۹ ایالت از مجموع ۵۰ ایالت مورد پذیرش قرار گرفته و به مورد اجرا گذاشته می‌شود یکی از راه‌های حمایت از فروشنده در برابر خریدار که مرتکب نقض تعهدات قراردادی گردیده اجازه باز فروش کالا می‌باشد. به موجب ماده ۲-۷۰۳ قانون مذکور هرگاه خریدار بدون دلیل موجه از پذیرفتن کالا خودداری نماید یا پذیرش آن را لغو نماید یا از پرداختن ثمن معامله یا اجرای قرارداد کلاً یا جزئاً امتناع کند، فروشنده می‌تواند یکی از اقدامات زیر را انجام دهد:

² Uniform Commercial cod

¹ fundamental breach

اما فقدان شرایط قانونی و شروط مذکور خللی به حقوقی که خریدار با حسن نیت دارا می‌گردد، وارد نمی‌آورد (Stone, 1981, p265- صفایی، ۱۳۹۲: ۴۴۷-۴۴۹؛ اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۱۸۵-۱۸۷).

۲،۲،۱ کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰

وین

در کنوانسیون بیع بین المللی کالا در دو ماده به باز فروش کالا پرداخت شده است یکی در ماده ۷۵ که عنوان می‌شود: «چنانچه قرارداد فسخ شود و اگر به طریق معقول و ظرف مدت معقولی پس از فسخ خریدار کالای جایگزین خریداری نموده باشد یا فروشنده کالا را باز فروش کند، طرفی که مدعی خسارت است می‌تواند تفاوت بین قیمت قرارداد و معامله جایگزین را به علاوه سایر خسارت قابل مطالبه طبق ماده ۷۴ را وصول نماید». و دیگری در ماده ۸۸ که بیان می‌شود: «۱- چنانچه طرف دیگر در تصرف کالا یا پس گرفتن آن یا در پرداخت ثمن یا هزینه های حفظ کالا به نحو غیرمتعارف تأخیر ورزد، طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ ملزم به حفظ کالا است، می‌تواند آن را به طرق متناسب بفروشد، مشروط بر اینکه اخطار متعارفی مبنی بر قصد فروش، جهت طرف دیگر ارسال کرده باشد.

۲- هرگاه کالا در معرض فساد سریع باشد یا نگهداری آن مستلزم هزینه غیر متعارف باشد، طرفی که مطابق مواد ۸۵ یا ۸۶ ملزم به حفظ آن است، مکلف است جهت فروش آن، اقدامات متعارفی معمول دارد. مشارالیه حتی الامکان مکلف است اخطاری مبنی بر قصد فروش جهت طرف دیگر ارسال نماید.

۳- طرفی که اقدام به فروش کالا می‌کند 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.» (مترجمین، ۱۳۶۷: ۳۰۰)

۱- از تسلیم مورد معامله خودداری کند.

۲- تحویل کالا را که به منظور تسلیم به مشتری، به متصدی حمل و نقل یا شخص دیگر سپرده شده، متوقف کند.

۳- مورد معامله را بازفروش کند و خسارات ناشی از آن را نیز مطالبه نماید.

۴- برای امتناع خریدار از تحویل گرفتن کالا، خسارت بخواهد یا عند الاقتضاء ثمن معامله را مطالبه کند.

۵- قرارداد را به علت عدم اجرای آن از سوی خریدار، فسخ نماید.

۶- به غیر از فسخ و باز فروش کالا که به دلالت بند ۳ و ۵ چنین به نظر می‌رسد قابل جمع نمی‌باشد سایر طرق مذکور در فوق قابل جمع می‌باشد و استفاده یکی از آنها با یکدیگر از استفاده از راه‌های دیگر محروم نمی‌کند.

شرایط تفصیلی بازفروش در ماده ۷-۷۰۶ قانون مذکور بیان گردیده است. در این ماده بیان شده است فروشنده متضرر از تخلف خریدار می‌تواند مال مورد معامله را بازفروش کند و وفق شرایط ماده ۲-۷۰۳ در صورتی که قیمت بازفروش کمتر از قیمت قراردادی باشد، تفاوت قیمت و نیز خسارات تبعی وارده را مطالبه کند. البته بازفروش الزامی نیست و با یکدیگر می‌تواند پرداخت ثمن و خسارات را مطالبه نماید. بازفروش وفق ماده مذکور می‌تواند به صورت عمومی و خصوصی باشد. دو شرط اساسی بازفروش در تمام انواع آن باید از سوی بازفروش کننده رعایت گردد: ۱- انجام بازفروش با «حسن نیت»؛ ۲- انجام بازفروش کالا به طریقی که «از لحاظ بازرگانی معقول»^۱ باشد؛ این شروط از بند ۵ ماده ۲-۷۰۶ به خوبی قابل برداشت می‌باشد.

عدم رعایت ترتیبات قانونی و عدم وجود دو شرط مذکور در فوق، وفق ماده ۲-۷۰۸ باعث محروم شدن بازفروش کننده از مطالبه برخی خسارات می‌باشد.

¹ Commercially Reasonable



بازفروش اجباری (اضطراری). اینکه چرا یک نوع از بازفروش کالا اختیاری و دیگری اجباری نام گرفته است به این دیدگاه مربوط می‌شود که ما باز فروش کالا را حق بدانیم یا تکلیف؛ چراکه حق دانستن آن باعث می‌شود که فرد ذی حق با گذشت از حق خود مواجه با تکلیفی نباشد اما اگر بازفروش کالا را تکلیف بدانیم عدم انجام تکلیف ممکن است ایجاد مسئولیت حقوقی را به همراه داشته باشد. با دقت در ماده ۸۸ کنوانسیون مشاهده می‌شود که در بند ۱ واژه «می‌تواند» و در بند ۲ واژه «باید» از سوی نویسندگان کنوانسیون مورد استفاده قرار گرفته است؛ لذا باعث می‌شود این برداشت بدست آید در بند ۱ بازفروش حق و در بند ۲ تکلیف طرفین می‌باشد که وظیفه حفظ کالا را بر عهده دارند (شعاریان، رحیمی، ۱۳۹۴: ۱۰۴۲).

در ذیل به احکام این دو مورد از بازفروش کالا می‌پردازیم:

۲،۲،۲ بازفروش اختیاری (خودیاری):

فلسفه وضع بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون که به باز فروش اختیاری (خودیاری) معروف است از بابت قاعده کاهش خسارت بوده تا با این اقدام از ورود ضرر بیشتر به طرفی که مسئولیت حفاظت کالا را بر عهده دارد، جلوگیری گردد. بازفروش کالا مشروط می‌باشد به ارسال اخطاری متعارف مبنی بر قصد بازفروش کالا برای طرف دیگر معامله که تأخیر غیر متعارفی در فروض چهارگانه ذیل داشته است:

۱- تصرف کالا ۲- باز پس‌گیری کالا ۳- پرداخت ثمن ۴- پرداخت هزینه‌های محافظت از کالا (Honnold, 1991: 583)

لذا با توجه به این موارد شرایطی برای بازفروش اختیاری وجود دارد که با مذاقه در مواد کنوانسیون و با لحاظ عرف‌های موجود می‌توان به شرح ذیل عنوان نمود:

در ماده ۷۵ کنوانسیون که به صراحت حق بازفروش کالا مورد پذیرش قرار گرفته، باید عنوان شود این حق در واقع بر مبنای روشی برای محاسبه خسارت می‌باشد و حق ویژه‌ای نیست که برای مالک شناسایی شده باشد، چرا که با فسخ بیع، مبیع از آن فروشنده می‌باشد و مالک حق هرگونه تصرف در مایملک خود را دارد. در واقع همانگونه که برخی از حقوق‌دانان به آن اشاره نموده‌اند حق باز فروش مذکور در ماده ۷۵ با حق باز فروش مصطلح که با عدم فسخ بیع برای طرفین در شرایطی ایجاد می‌شود و در قوانین برخی کشورها همچون ایالات متحده آمریکا و کویت وجود دارد متفاوت است (شعاریان، رحیمی، ۱۳۹۴: ۸۸۸).

ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین المللی که حق بازفروش کالا را مورد شناسایی قرار داده است در واقع همان حکم بند ۲ ماده ۸۸ و مواد ۹۴ و ۹۵ کنوانسیون ۱۹۶۴ (که به مشتمل بر قانون یکنواخت راجع به بیع بین المللی اشیاء منقول مادی^۱) و بند ۲ ماده ۷۷ پیش نویس آنسیترال را بیان می‌کند؛ لذا این مواد ریشه تاریخی بازفروش کالا می‌باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۵)، البته تغییراتی نیز در احکام بازفروش ایجاد شده است. ماده ۸۸ کنوانسیون در ذیل بخش ششم از کنوانسیون و در وظایف حفظ و نگهداری کالا، به حق بازفروش کالا برای طرفین یک بیع بین المللی پرداخته است. در واقع علت و فلسفه وضع این ماده از دو جهت قابل توجه است:

- جهت جلوگیری از ورود ضرر یا فساد کالا در فرضی می‌باشد که مابین طرفین قرارداد اختلاف ایجاد گردیده است.
 - از لحاظ این امر که تعهد به نگهداری کالا نمی‌تواند به طور نامحدود بر یک طرف و به حساب دیگری بار شود (Audit, 1990: 189)
- لذا ماده ۸۸ دارای دو حکم در خصوص بازفروش کالا می‌باشد؛ ۱- بازفروش اختیاری (خودیاری)؛ ۲-

¹ ULIS

تأخیر غیر متعارف:

از متن کنوانسیون بر می‌آید ایجاد حق بازفروش منوط به تأخیر غیرمتعارف از سوی طرفی است که از اجرای تعهدات قراردادی خود کوتاهی نموده باشد. اما اینکه تأخیر غیر متعارف چه نوع تأخیری می‌باشد، و چه مدت زمانی طرفی که از کالا محافظت می‌کند باید منتظر انجام تعهدات طرف مقابل باشد، کنوانسیون ضابطه‌ای را ارائه نمی‌دهد؛ لذا برخی از شرح‌کنندگان کنوانسیون بیان نموده‌اند مقصود از تأخیر غیرمتعارف یعنی طرف دیگر از انجام عمل متناسب با موقعیت بیع امتناع کند (Honnold, 1991: 583). تعیین یک معیار کلی برای تأخیر غیرمتعارف امری مشکل است و بستگی به اوضاع و احوال خاص همان مورد دارد؛ و تنها امتناع صریح یکی از طرفین در خصوص اجرای قرارداد، به عنوان تأخیر غیرمتعارف امری روشن تلقی می‌گردد) (Schlechtriem, 1998: 681).

ارسال اخطاریه

یکی از مواردی که قبل از انجام بازفروش اختیاری می‌بایست از سوی فردی که قصد بازفروش کالا را دارد انجام شود، (و در بند ۱ ماده ۸۸ به عنوان شرط بازفروش بیان شده)، ارسال اخطار متعارف به طرفی می‌باشد که تأخیر غیرمتعارف در تعهدات خود داشته است. در خصوص اینکه این اخطار متعارف به چه نوع اخطاری گفته می‌شود و یا باید به چه نحو باشد آیا کتبی بودن آن الزامی است یا خیر؟ نحوه ارسال چگونه است، آیا باید به صورت رسمی باشد یا غیر رسمی؟ آیا نظریه ارسال اخطار به طرف مقابل در کنوانسیون شرط می‌باشد یا نظرات وصول یا اطلاع؟ از ماده ۸۸ کنوانسیون به صورت صریح چیزی قابل برداشت نمی‌باشد.

فلسفه دادن اخطار به طرف مقابل، اعطاء فرصت به متخلف جهت اجرای تعهداتش و در نتیجه جلوگیری از وقوع بازفروش کالا (Schlechtriem, 1998: 68)، و یا حضور در جلسه بازفروش و اطمینان از فروش کالا به بالاترین قیمت می‌باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۴)؛

چراکه همانگونه که به درستی برخی گفته‌اند: «فروشنده (یعنی کسی که قصد بازفروش کالا را دارد)، مالک کالا نیست تا مجاز به انجام هرگونه تصرفی در آن باشد، بلکه فقط مکلف به حفظ کالا است. اکنون که مالک کالا به نحوی در انجام تعهدات خود، تأخیر غیر متعارفی را انجام داده، بدون شک کالا از مالکیت او خارج نمی‌شود؛ از این رو، کنوانسیون اخطار به طرف مقابل را به نحو متعارف لازم دانسته است، تا بدین وسیله از قصد بازفروشنده اطلاع یابد و بتواند تصمیم مقتضی را اتخاذ کند (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۸).

در خصوص چگونگی اخطاریه که آیا باید کتبی باشد یا شفاهی با توجه به اطلاق ارسال اخطاریه به نحوه متعارف و فلسفه مذکور در فوق چنین برداشت می‌گردد که اخطار می‌تواند به صورت کتبی باشد یا شفاهی (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۴)؛ برخی نیز عنوان نموده‌اند از اطلاق ماده ۲۷ کنوانسیون می‌توان بدست آورد هر نوع اخطاریه امم از کتبی و شفاهی همین قدر که با وسیله مقتضی و با مراعات اوضاع و احوال باشد، پذیرفته است (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۰). از بیان این موضع می‌توان نتیجه گرفت که همانگونه برخی نیز اشاره نموده‌اند (Felemegas, 2007, 522)، ارسال اخطاریه به شکل خاصی لازم نیست چرا که ابلاغ به صورت شفاهی نیز پذیرفته شده، در نتیجه ارسال اخطاریه به شکل رسمی لازم نبوده و به شکل غیررسمی نیز مورد پذیرش می‌باشد؛ حتی گفته شده است ارسال اخطاریه به شکل پیام‌های الکترونیکی نیز با توجه به ماده ۸۸ کنوانسیون در صورتی که صریحاً یا ضمناً مورد موافقت قرار گرفته باشد و نوع، شکل و آدرس مشخص شده باشد، فاقد ایراد است (Christina, 2003: 130). با بیان این مقدمات از ارسال اخطاریه می‌شود معنی درست اخطاریه متعارف را بدست آورد چراکه همانگونه که بیان شده است ارسال اخطاریه به شکل شفاهی و غیررسمی نیز پذیرفته شده است در نتیجه متعارف ناظر به محتوا و زمان اخطار می‌باشد (Enderlien & Maskow, 1992: 108).



ملاک باشد و قبل از وصول امکان بازفروش کالا نمی‌باشد.

در خصوص زمان ارسال اخطاریه این سؤال مطرح است که چه زمانی باید این اخطاریه ارسال شود و در چند مرحله؟ آیا بعد از تأخیر غیرمتعارف یا قبل از آن نیز دادن اخطار مبنی بر تذکر به انجام تعهدات قراردادی به عنوان اخطاریه باز فروش قابل پذیرش است؛ در این خصوص برخی از مفسرین کنوانسیون عنوان داشته‌اند: «به سختی می‌توان از طرفی که متعهد به نگهداری کالا شده است انتظار داشت که در دو نوبت، منتظر عکس العمل طرف مقابل بماند» (Schlechtriem, 1998: 682). برخی نیز در تبعیت از این نظریه عنوان داشته‌اند: نظریه غالب در کنوانسیون وین این بوده است که اخطاریه ممکن است قبل از اینکه «تأخیر غیرمتعارف» وجود داشته باشد، داده شود. یعنی، چنین اخطاری اگرچه قبل از تأخیر غیرمتعارف طرف مقابل هم باشد، برای اجرای بازفروش کافی بوده و در نتیجه، لزومی به اخطار مجدد در این خصوص نیست (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۱۹۳). اما به نظر می‌آید با توجه به فلسفه مذکور در خصوص بازفروش اختیاری و لحاظ اینکه بیان شد ارسال اخطاریه متعارف ناظر به زمان و محتوا می‌باشد، لذا ارسال اخطاریه بازفروش قبل از تأخیر غیرمتعارف، شیوه‌ای متعارف به حساب نمی‌آید و ارسال اخطاریه با مضمون انجام تعهد، بعد از تأخیری که متعارف بوده بدون اشاره به حق و قصد بازفروش که در صورت تأخیر غیرمتعارف ممکن است به اجراء در آید ایجاد حق بازفروش را نمی‌نماید؛ اما اگر در متن اخطاریه‌ای که با تأخیر غیرمتعارف صادر گردیده و در آن تقاضای الزام به تعهدات قراردادی مطالبه شده است به حق بازفروش اشاره شود این موضوع شیوه‌ای متعارف به حساب می‌آید. لذا به نظریه ارئه گردیده مبنی بر اینکه بین شرط اول و دوم بند اول (لزوم وجود تأخیر و لزوم دادن اخطار) ترتیبی وجود ندارد و آنچه

(361)، در نتیجه می‌شود بیان نمود که اخطاریه متعارف امری شخصی است که در هر مورد ویژگی خاص خود را دارد.

در خصوص اینکه اخطاریه باید به اطلاع مخاطب برسد یا خیر یعنی اینکه کنوانسیون کدام یک از نظرات رایج در حقوق شامل ارسال، وصول یا اطلاع را مورد پذیرش قرار داده است بین مفسران کنوانسیون اختلاف می‌باشد؛ برخی عنوان داشته‌اند که صرف ارسال اخطاریه برای شروع به بازفروش کالا کافی می‌باشد (Enderlein & Maskow, 1992: 682 - Schlechtriem, 1998: 362)، و طرفداران آنها در اثبات این نظریه اعلام نموده‌اند: «برخلاف ایجاب و قبول که مطابق مواد (۱) ۱۵، (۲) ۱۸، ۲۲ و (۴) ۴۸ نظریه وصول شرط در خصوص آنها پذیرفته گردیده است، در مورد اخطاریه، نظر ارسال ملاک عمل خواهد بود و در نتیجه، وصول اخطاریه از این جهت نباید منشأ اثر دانسته شود؛ برخی نیز اعلام نموده‌اند اخطاریه باید به اطلاع مخاطب برسد اما اطلاع به نحوه بالقوه کافی است و لزومی ندارد بالفعل باشد (ارسط، ۱۳۸۱: ۹۹). اما همانگونه که برخی گفته‌اند (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۱) با توجه به فلسفه ارسال اخطار در تبصره ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون که معیار اطلاع مخاطب اخطاریه از بازفروش کالا می‌باشد، چراکه او در تعهدات خود کوتاهی کرده و با اطلاع ممکن است به تعهدات خود عمل نماید و مانع از بازفروش کالای خود شود؛ یا اینکه در مجلس فروش جهت اطلاع از اینکه آیا کالا به بالاترین مبلغ فروخته می‌شود یا خیر، حضور پیدا کند و فلسفه بند ۲ ماده ۸۸ که جلوگیری از ضرر عمده و فاحش می‌باشد و احتیاج به اقدام سریع و عاجل جهت بازفروش دارد، و موارد بند ۱ لزومی بر اقدام عاجل و سریع ندارد، پس اگر قائل به نظریه ارسال باشیم با فلسفه بند ۱ ماده ۸۸ تضاد پیدا می‌شود، در نتیجه بنظر می‌آید در بازفروش اختیاری نظریه وصول

^۱ احتمالاً منظور این نویسنده از نظریه اطلاع بالقوه همان نظریه وصول می‌باشد.

ملاحظات و مربوط به نوع کالا و عملکرد و رسوم بازرگانی است (صفایی، ۱۳۹۲: ۴۴۹). اما کنوانسیون بدون اینکه راهکاری ارائه دهد عنوان طریق مقتضی را برگزیده که این موضوع احتیاج به تفسیر دارد. در این خصوص بر اساس تفسیر دبیر کل، یعنی تفسیر دبیرخانه سازمان ملل اعلام شده که کنوانسیون شیوه مقتضی را ترسیم نمی‌کند، زیرا شرایط در کشورهای مختلف متفاوت است. برای تعیین اینکه آیا روش اعمال شده متناسب است یا خیر، باید به طریقی ارجاع داد که در اوضاع احوال مشابه در چهارچوب قانون کشوری که فروش در آنجا صورت می‌پذیرد مطلوب باشد (Graf, 1987: 628 - جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۳). از این تفسیر چند نتیجه بدست می‌آید: اولاً همانطور که برخی بیان نموده‌اند (Enderlein & Maskow, 1992: 359) منظور از معیار نوعی طریق مقتضی بوده که در شرایط مشابه افرادی که اقدام به بافروش انجام می‌دهند. ثانیاً وفق این نظریه باید به قانون محل انعقاد قرارداد جهت ارزیابی طریق مقتضی مراجعه نمود؛ لذا برخی از مفسیرین کنوانسیون عنوان نموده‌اند فروشنده باید این عمل را به شیوه‌ای انجام دهد که در قانون ملی قابل اعمال در مکان فروش به رسمیت شناخته شده است و طرفی که کالا را می‌فروشد آن روش را نه تنها در رابطه با ماهیت کالا سهل و بسنده بداند، بلکه آن نحوه فروش را به نفع حقوق طرفین قرداد محسوب کند. از این رو، اگر در محل بافروش روش خاصی همچون حراج پیش بینی شده باشد باید مطابق آن عمل شود (Schlechtriem, 2008: 295 - محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۱) بر این نظر انتقاد وارد شده که رعایت هرگونه شرایط خاص در حقوق داخلی مانند بافروش توسط ثالث یا انجام آن با رعایت فرایند خاص در کنوانسیون موضوعیت ندارد. آنچه که منظور ماده بوده عبارت است از اینکه شخصی معقول و هم صنف فردی که متعهد به حفظ

اهمیت دارد، وقوع هر دو شرط است؛ انتقاد وارد بوده و با بیانی که ذکر گردید قابل پذیرش نمی‌باشد. مطلبی که پس از بیان مطالب فوق باید بدان پرداخت ضمانت اجرای عدم ارسال اخطاریه مذکور در ماده ۸۸ می‌باشد. در پیش‌نویس کنوانسیون، ضمانت عدم ارسال اخطاریه، بطلان بافروش انجام گرفته اعلام شده، اما در متن نهایی این ضمانت اجرایی مورد تصویب قرار نگرفته در نتیجه بیان شده دادن اخطار صرفاً یک تعهد فرعی بوده و عدم ارسال اخطاریه نقض همین تعهد فرعی است؛ در نتیجه بافروش انجام شده صحیح می‌باشد چراکه با لحاظ ماده ۷ کنوانسیون که به قوانین داخلی و قواعد حل تعارض ارجاع داده در صورت سکوت کنوانسیون، قوانین داخلی حاکم گردیده و قوانین بیشتر کشورها تمایل به حفظ حقوق شخص ثالث با حسن نیت دارد (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۱۹۳ - Felemegas, 2007, 522 - Schlechtriem, 1998: 683).

نحوه فروش:

پس از تأخیر غیر متعارف و ارسال اخطاریه از سوی فردی که وظیفه حفظ کالا را بر عهده دارد حق بافروش ایجاد می‌گردد. در کنوانسیون عنوان شده که فروش باید به «طریق مقتضی» انجام پذیرد. این سؤال مطرح می‌باشد که فروش از طریق مقتضی به چه معنا می‌باشد؟ آیا این طریق مقتضی نوعی می‌باشد یا شخصی و طریق مقتضی کدام محل ملاک عمل است؟

در برخی از نظام‌هایی که حق بافروش را مورد شناسایی قرار داده‌اند^۲ در خصوص نحوه انجام بافروش دو شیوه وجود دارد ۱- بافروش از طریق خصوصی که معادل مذاکرات مستقیم و استفاده از دلال‌ها برای فروش می‌باشد؛ ۲- بافروش از طریق عمومی که معادل حراج است. در خصوص چگونگی انتخاب نحوه فروش عمومی یا خصوصی این امر تابع

^۱ حمایت از دارنده یا حسن تیت در حقوق ایران جز در اسناد تجاری جنبه‌ی استثنایی دارد.

^۲ نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا

^۱ به نظر می‌رسد در صورت قائل شدن به بافروش در حقوق ایران با پیش شرط ارسال اخطاریه باید قائل به بطلان بافروش گردیم چرا که



تغییرات در بازار موجود باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۵). اما هنگامی که این بند از ماده ۸۸ در کنوانسیون ۱۹۸۰ به بحث گذاشته شد ارجاع به واژه تلف حذف گردید و فقط مفهوم فساد سریع^۲ باقی ماند. با تفسیر موسع از فساد سریع می‌توان چنین استنباط کرد که بند ۲ ماده ۸۸ در مورد تلف هم اعمال می‌شود. (Dimatteo, 2004: 429) - جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۵ - ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۲). اما در مقابل بیان شده با توجه به اینکه تعمداً تدوین کنندگان کنوانسیون اقدام به حذف واژه تلف نموده‌اند، لذا تنها فساد مادی مورد حکم قرار گرفته و فساد اقتصادی یا همان کاهش قیمت مورد حکم قرار نگرفته است (Schlechtriem, 1998: 683) - Enderlein & Keritzer, 1989: 564 - Maskow, 1992: 361 - محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۲ - امیر معزی، موسوی، ۱۳۹۳: ۳۲).

موضوع فوق بستگی دارد به اینکه بازرش کالاهای سریع الفساد را امری استثنایی بدانیم یا یک قاعده عمومی که در صورت اول همانطور که برخی نیز اشاره کرده اند نمی‌توانیم قائل به حکم بازرش کالای که در فرض کاهش ارزش اقتصادی شود، چرا که استثناء باید در محدوده نص تفسیر شود. اما اگر این موضوع را یک قاعده عمومی جهت جلوگیری از ضرر بیشتر به طرف مقابل بدانیم و همچنین آن را تنها مختص به بیع ندانسته بلکه در تمام عقود معاوضی که یکی از طرفین عقد به هر دلیل وظیفه محافظت از کالا را بر عهده دارد جاری بدانیم باید قائل به این مطلب شود که در فرض کاهش ارزش اقتصادی نیز مسئول حفظ کالا وظیفه بازرش کالا را دارد. در حقوق ایران با توجه به اینکه هنوز به کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ ملحق نگردیده اگر بخواهیم بازرش کالا در فرض فساد سریع کالا را بپذیریم باید به دنبال یک قاعده عمومی باشیم که اجازه دهد کاهش ارزش اقتصادی کالا را نیز در حکم فساد کالا دانسته و حق بازرش را به رسمیت شناسد. در خصوص کاهش ارزش اقتصادی در رأی

کالاست، در شرایط و اوضاع احوال مشابه نحوه فروش را مناسب و معقول تلقی کند. بنابراین صرف مقتضی و معقول بودن بازرش کافی بوده است (Enderlein & Maskow, 1992: 359) - شعاریان، ۱۳۹۴: ۱۰۴۳). لذا به نظر می‌رسد مراجعه به طریق فروشی که قانون داخلی قابل اعمال می‌دانند همچون فروش از طریق حراج لازم نیست بلکه فروش معقول و متعارف با توجه به شرایط و نوع کالا ملاک است.

۲،۲،۳ بازرش اجباری (اضطراری):

بند ۲ ماده ۸۸ به بازرش الزامی کالا پرداخته است. بازرش در این بند اجباری بوده لذا تصور در این تکلیف ایجاد مسئولیت مدنی می‌نماید. فلسفه این ماده جهت جلوگیری از ورود ضرر بیشتر بر فردی می‌باشد که کالا به او باید استرداد گردد لذا هدف کاهش خسارت می‌باشد. در واقع در وضعیت تبصره ۲ ماده ۸۸ وضعیت اضطراری حادث شده است که فردی که محافظت کالا را برعهده دارد باید در سریع ترین فرصت عرفی اقدام به فروش کالا نماید. برخی به جای انتخاب واژه فروش الزامی یا اجباری کالا واژه « فروش اضطراری » را برگزیده‌اند (Felemegas, 2007, 522).

حکم بازرش الزامی شامل دو فرض می‌باشد: ۱- بازرش کالای سریع الفساد؛ ۲- بازرش کالایی که نگهداری آن مستلزم مخارج غیر متعارف است. در ذیل به توضیح هر یک از این موارد می‌پردازیم.

بازرش کالای سریع الفساد:

در خصوص این مورد سوالی مهم این است که آیا منظور از فساد، فساد فیزیکی بوده یا فساد اقتصادی را شامل می‌شود؟ در کنوانسیون وین تمایل بر این بود تا تمایزی بین تلف و فساد سریع کالا وجود نداشته باشد، لذا دبیر کل انسیترال بیان نموده: مفهوم تلف^۱ محدود به فساد فیزیکی یا از دست رفتن کالا نیست بلکه شامل مواقعی هم می‌شود که تهدید کاهش سریع قیمت کالا بخاطر

² Rapid Deterioration

¹ Loss

حفظ کالا نماید. در ماده ۸۷ به فردی که وظیفه نگهداری کالا بر عهده دارد این حق داده شده که به هزینه طرف دیگر کالا را به انبار شخص ثالث بسپارد به شرط اینکه هزینه‌ها متعارف باشد. در واقع همانگونه که بیان شد حکم اولیه الزام به استرداد کالا وفق ماده ۶۲ کنوانسیون می‌باشد اما کنوانسیون استثنایی بر این حکم در بند ۲ ماده ۸۸ مقرر نموده که همان حق بازفروش می‌باشد (Honnold, 1991: 584). این حکم استثنایی در جایی جریان پیدا می‌کند که هزینه نگهداری کالا چه نزد خود فردی که وظیفه حفظ کالا را برعهده دارد و چه در انبار فرد ثالث، چه ابتدأً و چه استدامتاً غیرمتعارف باشد. در این صورت چون حفظ کالا باعث ضرر می‌شود کنوانسیون بر فردی که وظیفه حفظ کالا را دارد، الزام به بازفروش کالا نموده است. در صورتی که حافظ از وظیفه خود در بازفروش کالا قصور نماید ناگزیر باید به تحمل مخارج گزاف و هزینه‌های غیر متعارف حفظ کالا رضایت دهد و این مخارج را شخصاً تقبل نماید و طرف دیگر تعهدی در پرداخت هزینه‌های انجام شده ندارد (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۳). اما هزینه‌هایی را می‌شود غیر متعارف دانست که با توجه به وضعیت کالا، نوع جنس، موقعیت زمانی و مکانی باعث شود هزینه‌های نگهداری از مقداری که به طور عادی صرف می‌شود فراتر رود یا باعث شود برابر و یا متجاوز از ارزش کالا شود (امیر معزی، موسوی، ۱۳۹۳: ۳۲) در رأیی که در این خصوص وجود دارد دادگاه حق بازفروش فردی که اقدام به بازفروش گوشت گوزن نموده است و اعلام نموده است خریدار از قبض کالا امتناع نموده است را پذیرفته است و اعلام نموده است که گوشت گوزن را می‌شود فریز نمود و هزینه این کار از ۱۰ درصد ارزش کالا تجاوز نخواهد کرد (UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2012, 426).

که در این خصوص صادر شده است کاهش قیمت گوشت آهو پس از کریسمس از مصادیق فساد اعلام نگردیده و باز فروش آن شامل بند ۲ ماده ۸۸ ندانسته‌اند (A/CN.9Ser.C/Digest/CISG/75, 86, 88, Digest of CISG, available at: <http://uncitral.org>).

در خصوص بازفروش کالای سریع الفساد نکته مهم این است که تنها زمانی این حق ایجاد می‌گردد که کالا در حال نزدیکی به فساد باشد و راه دیگری برای نگهداری آن وجود نداشته باشد (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۲). به طور مثال در بیع میوه‌هایی که به صورت عادی در حال نزدیکی به فساد است چون می‌شود میوه را در سردخانه نگه داشت به استناد سریع الفسادی نمی‌شود برای فردی که کالا را محافظت می‌کند حق بازفروش قائل شد، بلکه باید فردی که کالا را در اختیار دارد آن را به سردخانه بسپارد و از این طریق مانع فساد میوه شود.

دربرداشتن هزینه‌های غیرمتعارف در نگهداری کالا:

در خصوص نگهداری کالا کنوانسیون در مواد ۸۵ حفظ کالا را در فروضی بر عهده بایع قرار می‌دهد. در تمام موارد خریدار در انجام تعهدات خود قصور نموده و بایع در اکثر موارد اقدام به حبس کالا می‌نماید. البته فرضی نیز در همین ماده قابل تصور است که خریدار اقدام به پرداخت ثمن می‌نماید اما تنها در قبض کالا قصور می‌کند که باز کنوانسیون فروشنده را تا قبض کالا عهده‌دار محافظت از کالا می‌داند. در این موارد راهکار ماده ۶۲ کنوانسیون یعنی الزام خریدار به قبض راهکار اولیه و موافق با اصل تملیکی بودن بیع می‌باشد. ماده ۸۶ کنوانسیون بیانگر این تکلیف است که اگر خریدار حق داشته باشد تا کالاهای خریداری شده را در چهار چوب حقوق بدست آمده به فروشنده به هر علتی رد نماید^۱ در مقابل مکلف است تا زمان رد اقدام به

^۱ به طور مثال خریدار اقدام به فسخ معامله نماید و یا در صورت معامله به صورت کلی کالا بر طبق قرارداد نبوده و فروشنده قصد استرداد کالا جهت تعویض نماید.

بند ۱ بیان شد، (و برخی از اساتید نیز تأکید نموده‌اند) صرف متعارف بودن اقدامات برای بازفروش کالا کافی می‌باشد و لزومی نیست که این اقدامات بر اساس قانون حاکم کشور محل فروش همچون لزوم فروش از طریق دلال یا حراجی انجام گیرد (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۱۹۶). لذا اقدامات متعارف باید در هر شرایط و با توجه به خصوصیات کالا و زمان و مکان بررسی شود در همین مورد می‌توان به دعوایی که مابین یک شرکت چینی و شرکت هلندی طرح گردیده اشاره نمود. در این دعوا خواهان که شرکت چینی بود به بازفروش خوانده که شرکت هلندی بود اعتراض نموده که چرا کالا از قیمت بازار کمتر بفروش رسیده و اقدامات متعارف جهت فروش قیمت بازار و حفظ حقوق صاحب کالا رعایت نشده است؛ خوانده در دفاع عنوان نموده است امکان فروش کالا به قیمت بازار، در محل کالا وجود نداشته و انتقال کالا نیز به محل فروش با قیمت بازار، دارای هزینه جانبی زیادی بوده، و این عمل غیر اقتصادی و امکانش فراهم نبوده است. دیوان بین‌المللی داوری اقتصادی - تجاری چین نیز استدلال خواهان دعوی را پذیرفته و بازفروش انجام گرفته را دارای شرایط لازم دانسته و دعوی خواهان را مردود دانسته است (at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960308c1.htm1>).

ارسال اخطاریه:

در خصوص بند ۲ ماده ۸۸ همانگونه که مشخص است ارسال اخطاریه در شرایطی الزامی دانسته نشده و بستگی به شرایط موجود دارد چراکه از واژه «حتی الامکان» استفاده شده است؛ لذا بیان شده است ارسال اخطاریه‌ای حاکی از تصمیم به بازفروش کالا از سوی فردی که وظیفه حفظ کالا را بر عهده دارد، از انعطاف بالای برخوردار است (Flechtner, 2008: 501). در خصوص فلسفه تفاوت بند ۱ و ۲ ماده ۸۸ که در یکی الزامی و در دیگری اختیاری است، بیان شده که به لحاظ اینکه کالا در معرض فساد یا افزایش هزینه‌های نامتعارف، حفظ کننده کالا را ملزم به بازفروش می‌کند، و این اقدام باید در

واقع دادگاه در این پرونده هزینه نگهداری در سردخانه را در مقابل قیمت گوشت متعارف دانسته است.

۲،۲،۴ شرایط باز فروش:

پس از اینکه به دلیل سریع‌الفساد یا داشتن هزینه غیر متعارف حق بازفروش کالا ایجاد گردید برای اعمال این حق باید شرایط خاصی را طبق کنوانسیون رعایت کرد که به شرح ذیل است:

انجام اقدامات متعارف برای فروش:

در خصوص اقدامات متعارف در کنوانسیون تعریفی به عمل نیامده است لذا دست‌طرفی که اقدام به حفظ کالا می‌کند در انتخاب تدابیری که به نظر متناسب می‌داند کاملاً در انتخاب باز است. تنها باید در نظر داشت تدابیر متناسب باید در جهتی باشد که در راستای فروش کالا و حفظ حقوق صاحب کالا در عدم ورود ضرر باشد؛ لذا برخی از حقوقدانان بیان کرده‌اند: «انجام اقدامات متعارف برای بازفروش از جمله مستلزم آن است که نگهدارنده تا قبل از بازفروش کالا آن‌ها را در مکانی مناسب نگهداری و تلاش کند با بازاریابی شایسته آن را به خریداران عرضه کند. او به طور کلی مکلف است بازفروش مبیع را در زمان و مکان مناسبی انجام دهد، به نحوی که کمترین زیان را به کالا و طرف دیگر وارد کند» (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۳). برخی در خصوص قید مذکور اظهار عقیده نموده‌اند که کنوانسیون در این مورد خواسته است فروش به روشی انجام گردد که قانون داخلی حاکم در محل فروش مقرر نموده و به رسمیت شناخته است و باید در هر مورد خاص با توجه به نوع کالا، وضعیت کالا و اوضاع احوال حاکم، بر اساس قانون حاکم کشور محل فروش بررسی لازم به عمل آید (http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-88.html - امیر معزی، موسوی، ۱۳۹۳: ۳۵).

به نظر می‌رسد انجام اقدامات متعارف برای فروش معادل فروش از طریق مقتضی در بند ۱ ماده ۸۸ می‌باشد و همانگونه که در شرح فروش مقتضی

محمول بر استناد افراد متعارف همان صنف در اوضاع و احوال مشابه است»، لذا می‌شود گفت متعارف بودن اعمال در کنوانسیون یک اصل می‌باشد، پس به قرینه بند ۲ ماده ۸ و بند ۱ ماده ۸۸ می‌شود گفت متعارف بودن ابلاغ در بند ۲ ماده ۸۸ نیز پذیرفته شده است. برخی نیز عنوان نمود «اگر خطاری ولو غیرمتعارف را کافی بدانیم، نقض غرض لازم خواهد آمد؛ زیرا هدف از اخطار، آگاه ساختن طرف مقابل است تا از فرصت کافی برای نشان دادن عکس العمل برخوردار باشد. واضح است که این هدف با اخطار به سبک غیر متعارف در بسیاری از موارد، تأمین نخواهد شد و بدین صورت غرض از اخطار نقض خواهد شد» (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۴-۱۰۳).

۲،۲،۵ آثار بافروش:

از بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون به خوبی این نظر قابل برداشت است که بافروش کالا در کنوانسیون بر مبنای حق فسخ قرارداد اولیه نیست و بافروش کننده به نمایندگی از صاحب کالا اقدام به بافروش می‌نماید (Schlechtriem, 1998: 680)، چه آنکه کنوانسیون بافروش کننده را مکلف نموده حساب باقیمانده فعالیت تجاری ناشی از بافروش کالا را به صاحب کالا پس دهد. همانطور که در متن ماده ذکر شده و از بندهای ۱ و ۲ مشخص می‌باشد و شرح آن در فوق بیان گردید، بافروش کننده می‌تواند اقدامات و هزینه‌های متعارف که جهت نگهداری و بافروش را انجام داده‌است در حساب صاحب کالا منظور نماید و از ثمن کالا کسر و اگر اقداماتی به صورت غیر متعارف انجام شده باشد قابلیت احتساب در حساب صاحب کالا را ندارد. منظور از این هزینه‌های متعارف هزینه‌هایی است که به طور مثال در خصوص انبار داری، هزینه‌های حمل نقل، هزینه‌های دلالی، هزینه‌های حراج و غیره از سوی حافظ کالا انجام شده است.

در خصوص سود حاصل از فروش همانگونه که بیان شده برای بافروش کننده این حق وجود دارد که از محل عایدات، میزان خساراتی که از حفظ کالا

اسرع وقت به وقوع بپیوندد تا از هزینه‌های بیشتر یا خسارت بر کالا جلوگیری شود، پس باید هرگونه مانعی که پروسه بافروش را به تأخیر می‌اندازد کنار گذارده شود (Schlechtriem, 2008: 451). لذا اگر این مانع اخطاریه باشد باید این اخطار را کنار گذارد یا مقررات ارسال آن را با شرایط کالا تطبیق داد و این همان معنی انعطاف مذکور در فوق می‌باشد.

با توجه به فلسفه مذکور در فوق دبیر کل در تفسیر خود در خصوص این موضوع بیان می‌کند: «وظیفه دادن اخطار راجع به قصد فروش فقط تا حدودی وجود دارد که دادن چنان اخطاری ممکن باشد. اگر کالا به سرعت در حال فساد باشد ممکن است قبل از فروش فرصت کافی برای دادن اخطار نباشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۷). پس از این مطالب فهمیده می‌شود که وظیفه فردی که کالا را در اختیار دارد مبنی بر ارسال اخطاریه در تمام موارد ساقط نمی‌باشد بلکه در صورتی که مانع در بافروش سریع کالا باشد باید آن را کنار گذارد اما اگر در بافروش الزامی ارسال اخطاریه مانع بافروش نباشد و فرصت کافی وجود داشته باشد، وظیفه ارسال ساقط نمی‌گردد. با توجه به اینکه ارسال اخطاریه در هر دو بند ماده ۸۸ الزاماً کتبی نمی‌باشد بلکه همانطور که گفته شد اخطار شفاهی و غیر رسمی و اخطار از طریق پیام الکترونیکی نیز قابل قبول است، لذا لزوم ارسال اخطاریه یا مانع بودن ارسال برای بافروش با توجه به نوع وسایلی که در ارسال اخطاریه می‌تواند بکار گرفته شود و شرایط فردی که موظف به ارسال اخطاریه است باید مورد لحاظ قرار گیرد.

مورد دیگری که تفاوت دو بند ۱ و ۲ ماده ۸۸ در خصوص ارسال اخطاریه می‌باشد عدم ذکر قید متعارف در خصوص ارسال اخطاریه می‌باشد و این سؤال را ایجاد می‌کند که آیا ارسال اخطاریه غیر متعارف نیز امکان دارد؟ در پاسخ به این سؤال باید عنوان نمود که باتوجه به اینکه طبق تصریح بند ۲ ماده ۸ که بیان می‌کند: «در صورت عدم شمول بند پیشین، الفاظ و سایر اعمال هر يك از طرفین



از فروش کالا باید به طرفی که به نمایندگی او اقدام می‌نماید حساب تصدی گری خود را بدهد. اما در صورتی که صاحب کالا بخواهد مبلغ بافروش شده را با کسر خسارات دریافت کند این موضوع مطرح است که بافروش کننده در کدام محل باید مبلغ را رد نماید؟ به درستی بیان شده که بافروش کننده باید این مبلغ را در محلی پرداخت کند که اجرای اصل تعهد باید در آنجا انجام می‌گردد (Schwenzer & Fountoulakis, 2007 : 610)

۳ حق بافروش مبیع در حقوق ایران

در خصوص بافروش کالا در فرض ماده ۷۵ کنوانسیون بیع بین المللی کالا تفاوتی با حقوق ایران وجود ندارد؛ چراکه در هر دو مورد پس از فسخ، مالکیت به مالک قبلی باز می‌گردد و اگر بافروشی انجام می‌شود بافروش کننده در مایملک خود تصرف می‌کند.

در مورد بافروش موضوع ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین المللی کالا میان حقوق دانان در خصوص امکان بافروش اختلاف باشد. در ذیل به استدلال هر دو گروه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳،۱ نظر مخالفان بافروش کالا:

برخی از حقوق دانان با تفکیک میان بافروش اختیاری و بافروش اجباری، و پس از ذکر مشابهت‌های موجود در حقوق ایران در خصوص بافروش اختیاری عنوان نموده‌اند: «در حقوق ایران متنی که به صورت یک قاعده کلی به فروش خودیاری [بافروش اختیاری] اشاره کرده باشد وجود ندارد، اما نمونه‌هایی از آن را می‌توان در حق فروش کالا از سوی حق العمل کار، حق فروش کالا از سوی متصدی حمل نقل و حق فروش سهام سهامدار بدهکار از سوی شرکت سهامی، ملاحظه کرد. از آنجا که این عمل فروش مال غیر محسوب شده، صحت آن خلاف اصل کلی غیر نافذ بودن فروش مال غیر است و باید استثناء شمرده شود و

وارد آمده را محاسبه کند؛ لذا برخی از اساتید حقوق بیان نموده‌اند: «در مورد سود حاصل از بافروش به نظر می‌رسد طبق اصولی که در قراردادهای بین المللی پذیرفته شده است، این سود باید در تعیین خسارت منظور گردد. جمله اخیر بند ۳ ماده ۸۸ مؤید این نظر است. چه بموجب آن فروشنده باید حساب مابه التفاوت قیمت را به طرف دیگر بدهد» (صفایی، ۱۳۹۲: ۲۶۱). بدین وصف موضع کنوانسیون با حقوق انگلیس مشابه می‌باشد. در مقابل در نظام حقوقی آمریکا سود حاصل از بافروش متعلق به بافروش کننده است و اگر بهای بافروش بیشتر از قیمت قرارداد باشد مازاد از آن بافروش کننده است (صفایی، ۱۳۹۲: ۴۵۲). در خصوص مابقی عواید که باید از سوی بافروش کننده به صاحب کالا حساب آن داده شود برخی از مفسرین عنوان نموده‌اند که تا زمانی که ادعایی مابین طرفین وجود دارد که حل نگردیده است این تکالیف به تعویق می‌افتد (Sarcevic & Volken, 1986: 261). به غیر از خسارت قابل مطالبه از سوی بافروش کننده که در عواید حاصل از بافروش منظور می‌گردد، در خصوص مطالباتی که مابین طرفین قرداد وجود دارد (یعنی عدم پراخت ثمن از سوی خریدار که یکی از علت‌های عمده ایجاد حق بافروش برای فروشنده می‌باشد)، بافروش باعث می‌شود تا مبلغ ثمن حاصل از بافروش با طلب فروشنده از خریدار اولیه کالا قابلیت تهاتر را پیدا کند (Warenkaufs, 1989, : 9-82) (Schlechtriem, 1998: 684)

در بند ۲ ماده ۹۴ کنوانسیون قانون متحد الشكل بیع بین المللی بافروش کننده وظیفه داشت تا عواید حاصل را به صاحب کالا رد نماید اما در کنوانسیون بیع ۱۹۸۰ این تکلیف از بافروش کننده ساقط گردیده و او موظف است تنها حساب باقی مانده عوائد را به صاحب کالا رد نماید (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۲). علت این موضوع نیز واضح است چرا که همانگونه که بیان گردید بافروش کننده به نمایندگی اقدام می‌نماید و پس

۳۲۶). برخی نیز در بعضی فروض به تقاص استناده کرده‌اند و در برخی از فروض قاعده احسان را به عنوان مجرای بازفروش عنوان نموده‌اند (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۱۳-۱۱۲). برخی نیز عنوان داشته‌اند: «شاید بتوان با الغاء خصوصیت از مواد ۳۷۱ و ۳۷۲ قانون تجارت و استخراج یک قاعده عام از آن دو، حکم به جواز فروش مال متعهد قراردادی توسط متعهدله به عنوان وثیقه مطالبات و ابزار جبران خسارت و پرداخت سایر دیون خود حکم داد» (قاسمی، ۱۳۸۴: ۲۱۱)

۳،۳ نظریه مختار

در حقوق ایران باید دو اقدام را جهت بررسی بازفروش به عمل آورد، اولاً- جستجو و بررسی مواد و قواعدی که از ملاک آنها می‌توان در استناد به بازفروش استفاده کرد. ثانیاً- بررسی این مطلب که آیا قانونی وجود دارد که در آن دقیقاً قواعد بازفروش مورد پذیرش قرار گرفته باشد.

۳،۳،۱ کالای سریع الفساد و کالاهای با هزینه غیرمتعارف در نگهداری:

در خصوص کالای سریع الفساد و کالای که هزینه نگهداری آن نامتعارف می‌باشد، می‌شود به مواد ذیل اشاره کرد:

۱- ماده ۳۶۲ قانون تجارت بیان می‌کند: «اگر بیم فساد سریع مال‌التجاره رود که نزد حق‌العمل‌کار برای فروش ارسال شده حق‌العمل‌کار می‌تواند و حتی در صورتی که منافع آمرایجاب کند مکلف است مال‌التجاره را با اطلاع مدعی‌العموم محلی که مال‌التجاره در آنجا است یا نماینده او به فروش برساند.»

۲- ماده ۳۸۵ قانون تجارت که عنوان می‌نماید: «اگر مال‌التجاره در معرض تضییع سریع باشد و یا قیمتی که می‌توان برای آن فرض کرد با مخارجی که برای آن شده تکافو ننماید متصدی حمل و نقل باید فوراً مراتب را به اطلاع مدعی‌العموم بدایت محل یا

نمی‌توان از آن یک قاعده کلی استنباط کرد و مقرر داشت که در شرایطی که مال فردی در دست دیگری باشد، آن شخص می‌تواند برای دفع ضرر از خود، آن مال را بفروشد. از طرف دیگر، قانونگذار در خیار تأخیر ثمن که مبیع در دست فروشنده باقی مانده صرفاً به خیار تأخیر اشاره کرده و بازفروش را برای او مطرح نکرده است (موسوی، آقمشهدی، ۱۳۹۴: ۳۷-۳۸). همچنین در خصوص بازفروش اجباری بیان کرده‌اند: «در حقوق ایران نصی که به صورت یک قاعده کلی به فروش اضطراری اشاره کرده باشد وجود ندارد؛ اما مواردی از آن را می‌توان در فروش اضطراری کالا از سوی حق‌العمل‌کار و فروش اضطراری کالا توسط متصدی حمل و نقل ملاحظه کرد. از آنجا این مورد فروش مال غیر است باید استثناء محسوب شوند و نمی‌توان آن‌ها یک قاعده کلی را استنباط کرد.»

برخی از حقوق‌دانان نیز بدون تفکیک بازفروش اختیاری و اجباری پس از ذکر موارد شباهت‌های موجود در قوانین ایران با بازفروش کالای در کنوانسیون، در پایان نتیجه گرفته‌اند که بازفروش مبیع در ایران امکان پذیر نمی‌باشد؛ چراکه «بازفروش کالا در معنی اخص خود، در حقوق ایران جایگاهی ندارد و در نتیجه اگر بایع قبل از انحلال بیع به یکی از طرق قانونی یا قراردادی، به دلیل تخلف خریدار در پرداخت ثمن یا قبض مبیع اقدام به بازفروش کالا نماید، معامله اخیر تصرف در مال غیر محسوب و در نتیجه تابع احکام معاملات فضولی می‌باشد» (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۲۰۱).

۳،۲ نظریه موافقان بازفروش کالا

در خصوص بازفروش کالا برخی از حقوق‌دانان نظریه تقاص را مورد پذیرش قرار داده و عنوان نموده‌اند: «پذیرش حق بازفروش برای بایع قبل از فسخ قرارداد بیع، در حقوق ایران پذیرفته نشده، زیرا در این فرض در واقع به تصرف در مال غیر حکم داده‌ایم مگر اینکه این عمل را از باب تقاص که در فقه پذیرفته شده است مجاز بدانیم» (صفایی، ۱۳۹۲: ۱۳۹۲).



ضبط شده سریع الفساد و کالایی که نگهداری آن ایجاد هزینه اضافی یا خطر نماید اعم از این که ضبط، قطعی شده یا نشده باشد و همچنین کالایی که از تاریخ ضبط آن شش ماه گذشته ولی از طرف مرجع قضائی تعیین تکلیف نهائی نشده باشد طبق مقررات به فروش می رسد و وجوه حاصل از فروش آن تا تعیین تکلیف نهایی به عنوان سپرده نگهداری می شود مگر آن که مرجع مزبور ادامه نگهداری عین کالا را تا تعیین تکلیف نهائی لازم بداند.

۷- ماده ۱۹۳ قانون امور حسبی در مبحث مهر و موم ترکه بیان می کند: «اشیاء ضایع شدنی یا اشیائی که نگهداری آنها مستلزم هزینه بی تناسب است یا اموال کم قیمتی که حمل و نقل و نگهداری آنها مستلزم زحمت و اشغال مکان وسیعی است ممکن است مهر و موم نشود و در اینصورت اگر اشیاء نامبرده مورد احتیاج اشخاص واجب النفقه نباشد فروخته شده و پول آن در صندوق دادگستری یا یکی از بانک های معتبر تودیع می شود.»

از مجموع مواد فوق مشخص می شود در تمام مواردی که شخصی به عنوان امین و وظیفه حفظ و نگهداری کالا را به عهده دارد، در صورتی که کالا در معرض فساد بوده یا هزینه نامتعارفی داشته باشد، می تواند اقدام به فروش مال نموده و وجه آن را به عنوان امانت تا تعیین تکلیف نهایی نگهداری کند. رابطه مذکور در این مواد غالباً غیر قراردادی می باشد به غیر از ماده ۳۶۲ و ماده ۳۸۵ قانون تجارت که برای مبنای رابطه قراردادی ایجاد گردیده است. از آنچه از جمیع مواد فوق مشخص می شود این است که در صدد بیان حکمی واحد می باشد و از لحاظ قانونگذار تفاوتی نمی کند رابطه منشاء قراردادی، قضایی یا غیرقراردادی باشد. همچنین تفاوتی بین اینکه طرفین شخص حقیقی، حقوقی یا حتی دولت باشد نیز وجود ندارد، بلکه در مقام بیان یک قاعده

نماینده او رسانیده و با نظارت او مال را به فروش رساند. حتی المقدور ارسال کننده و مرسل الیه را باید از اینکه مال التجاره به فروش خواهد رسید مسبوق نمود.»

۳- قانون آیین دادرسی مدنی در تبصره ماده ۱۲۷ در مبحث تأمین خواسته بیان می کند: «...تبصره - محصولاتی که در معرض تضییع باشد فوراً ارزیابی و بدون رعایت تشریفات با تصمیم و نظارت دادگاه فروخته شده، وجه حاصل در حساب سپرده دادگستری تودیع می گردد.»

۴- تبصره ۲ ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی بیان می کند: «مالي که نگهداری آن مستلزم هزینه نامتناسب برای دولت است یا موجب خرابی یا کسر فاحش قیمت آن می گردد و حفظ مال هم برای دادرسی لازم نیست و همچنین اموال ضایع شدنی و سریع الفساد حسب مورد به دستور دادستان یا دادگاه به قیمت روز فروخته می شود و وجه حاصل تا تعیین تکلیف نهایی در صندوق دادگستری به عنوان امانت نگهداری می گردد.»

۵- ماده ۱۴۹ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که عنوان می نماید: «مالي که نگهداری آن مستلزم هزینه نامتناسب است و یا موجب خرابی یا کسر فاحش قیمت آن شود و حفظ مال هم برای دادرسی لازم نباشد و همچنین اموال ضایع شدنی و سریع الفساد، در صورت عدم دسترسی به مالک حسب مورد، به تقاضای بازپرس و موافقت دادستان و یا دستور دادگاه به قیمت روز فروخته میشود. وجه حاصل تا تعیین تکلیف نهائی در صندوق دادگستری به عنوان امانت نگهداری می شود.»

۶- تبصره ماده ۳۵ قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۹۰ که بیان می نماید: «تبصره - کالایی

۳،۳،۳ پرداخت ثمن و پرداخت هزینه‌های محافظت از کالا

این دو مورد که از موارد بازفروش اختیاری در بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون می‌باشد و در حقوق ایران با مواد ۳۷۲ قانون تجارت در مبحث حق العمل کار و ماده ۳۸۴ همان قانون در مبحث متصدی حمل نقل داری شباهت بسیاری می‌باشد را می‌شود همسو با برخی استاتید از باب تقاص قائل به تجویز گردید (صفایی، ۱۳۹۲: ۳۲۶- ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۱۲). برخی بر این نظریه ایراد وارده آورده‌اند تقاص در قانون مدنی ذکر نشده و جایگاهی با توجه به سایر قواعد باب عقود ندارد و امکان توسل به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی وجود ندارد زیرا با بودن حکم لزوم قراردادهای و احکام فسخ حکمی ساکت یا مبهم وجود ندارد و در صورت وجود احکام این باب را بیهوده خواهد نمود (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۲۰۲-۲۰۳) اما این سخن قابل نقد است چرا که اولاً- تقاص ربطی به باب معاملات به تنهایی ندارد و در ابواب مختلف فقهی مورد بحث قرار گرفته است و در واقع یکی از طرق استیفای دین می‌باشد نه نفی لزوم عقد و یا سببی در جهت انفساخ قرارداد؛ پس قائل شدن به وجود آن سایر احکام باب عقود را بیهوده نمی‌کند. ثانیاً- خود تقاص به عنوان روش استیفای دین در قانون ساکت است پس می‌توان با لحاظ اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی این ماهیت حقوقی را در نظام حقوق ایران که ریشه در فقه دارد شناسایی نمود، و از آن به عنوان راهکاری برای بازفروش اختیاری مبیع استفاده کرد.

۳،۳،۴ قوانینی که بازفروش را مورد پذیرش قرارداده (قوانین حمل و نقل):

در این مرحله باید به جستجوی قوانینی پرداخت که دقیقاً قواعد بازفروش را مورد قبول قرارداد باشد. همانگونه که در فوق نیز اشاره شد مخالفین بازفروش عنوان داشته‌اند در حقوق ایران قوانینی که دقیقاً قواعد بازفروش را دربرگیرد وجود ندارد و دلایل و موادی را که موافقین ذکر کرده‌اند مورد مناقشه قرار

عقلی می‌باشد به این بیان: «در صورتی که کالا در دست فردی امانت باشد و آن کالا در معرض تضییع بوده یا هزینه نگهداری آن نامتعارف باشد جهت جلوگیری از ضرر صاحب کالا حق فروش آن برای فردی که وظیفه حفظ کالا را دارد وجود دارد»، لذا از منطوق مواد فوق این موضوع بر می‌آید حافظ کالا الزاماً باید اقدام به فروش کالا نماید. در واقع می‌شود این حکم عقلی را از قسمت انتهایی ماده ۶۱۲ قانون مدنی که عنوان می‌نماید: «امین... اگر ترتیبی تعیین نشده باشد، آن را [مال را] به طوری که نسبت به آن متعارف است حفظ کند، و الا ضامن است»، برداشت نموده، چراکه متعارف این است اگر مال در حال تضییع باشد به هر نحو ممکن مودع باید آن را حفظ کند؛ لذا در صورتی که هیچ راهی جز فروش آن نباشد آخرین راه فروش آن جهت جلوگیری از ضرر صاحب مال می‌باشد. این حکم در سایر عقود که ایجاد امانت به هر نحوی می‌کند وفق حکم ماده ۶۳۱ قانون مدنی تسری پیدا می‌کند.

۳،۳،۲ تصرف کالا و باز پس‌گیری کالا:

در خصوص تصرف کالا و باز پس‌گیری کالا که از موارد بازفروش اختیاری در کنوانسیون بیع بین المللی کالا می‌باشد، می‌شود بر مبنای قاعده اداره فضولی مال غیر در حقوق ایران حکم به بازفروش کالا را تجویز نمود. برخی بر این نظریه نقد وارد آورده‌اند که بازفروش کالا موضوع ماده ۸۸ کنوانسیون بر مبنای قراردادی ایجاد گردیده است و اداره فضولی مال غیر بر مبنای غیر قراردادی (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۲۰۲-۲۰۳)، اما همانگونه که بیان شده است: «تفاوتهای مطرح شده در خصوص تفکیک مسئولیت قراردادی و قهری یا غیر واقعی است و قابل بحث و یا مورد اختلاف جزئی و غیر اساسی‌اند. بنابراین، می‌توان قائل به وحدت بنیادی مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری در حقوق ایران شد» (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۲: ۹۲)

اینکه منتظر کسب تکلیف از طرف شخص ذیحق باشد اقدام به فروش کالا نماید چنانچه ماهیت فاسد شدنی یا وضعیت کالا، چنین اقدامی را توجیه نماید یا چنانچه هزینه‌های نگهداری کالا بیش از ارزش کالا باشد. همچنین وی در مواردی دیگری هم ممکن است بتواند اقدام به فروش کالا کند چنانچه وی طی یک مدت زمانی معقول، از شخص ذیحق دستوراتی مغایر با آنچه وی به طور منطقی ملزم به انجام آنهاست، دریافت ننماید. بند ۴- در صورتیکه کالا فروخته شده باشد، باید درآمد حاصله پس از کسر هزینه‌های مترتب بر کالاها، در اختیار شخص ذیحق قرار داده شود. اگر درآمد حاصله از فروش، کمتر از هزینه‌های مذکور باشد، باید ارسال کننده مابه‌التفاوت را بپردازد. بند ۵- نحوه فروش برحسب دستورالعمل‌ها و قوانین لازم‌الاجرا در محل که کالا در آن قرار دارد یا برحسب عرف آن محل، تعیین خواهد شد.

این کنوانسیون‌ها مورد تصویب قانونگذار قرار گرفته و حسب ماده ۹ قانون مدنی به منزله قانون می‌باشد. باتوجه به این قوانین و مواد ۳۶۲ و ۳۸۵ قانون تجارت، مسلم است در قراردادهای حمل نقل از هر شکل بافروش در نظام حقوقی ایران مورد پذیرش قرار گرفته است. قرارداد حمل و نقل از جمله قراردادهای اشخاص است. مابین اجاره اشخاص، حیوان و اشخاص هیچ تفاوتی وجود ندارد و همگی ایجاد ید امانی می‌نماید. قواعد عمومی امانت حسب ماده ۶۳۱ ق.م. یکی می‌باشد و مسلماً بافروش اجباری از قواعد عمومی ید امانی بوده و بافروش اختیاری نیز با توجه به قواعد موجود همچون کاهش خسارت، اداره فضولی مال غیر و تقاص از احکام عقلی بوده که در حکم قواعد عمومی ید امانی می‌باشد و نباید در پذیرش آن تردیدی کرد.

۴ نتیجه گیری:

فلسفه بافروش کالا که در نظام‌های حقوقی مختلف و مخصوصاً نظام‌های حقوقی کامن‌لا پذیرفته شده است از جهت جلوگیری از ورود ضرر

داده‌اند. این افراد حتی در خصوص مواد ۳۶۲ و ۳۸۵ قانون تجارت عنوان نموده‌اند این مواد با بافروش در کنوانسیون متفاوت است چراکه اجازه دادستان محل را نیاز دارد. اما باید عنوان شود که چه موافقین و چه مخالفین استقرائی تام در قوانین انجام نداده‌اند و باید برای اولین بار اعلام گردد که ما موادی را در حوزه حقوق حمل و نقل داریم که دقیقاً متضمن قواعد بافروش کنوانسیون می‌باشد که در ذیل به آنها پرداخته می‌شود.

قوانین حمل و نقل جاده‌ای (کنوانسیون سی ام آر)

در کنوانسیون سی ام آر (SMR) مصوب ۱۳۷۶/۴/۲۹ در بند ۳، ۴، و ۵ ماده ۱۶ بیان شده: «۳- در صورتی که کالا فاسد شدنی باشد حمل کننده می‌تواند بدون اینکه منتظر وصول دستور شخصی که حق در اختیار گرفتن کالا را دارد بشود، آن را به فروش رساند، همچنین در صورتی که وضع کالا چنین اقدامی را ایجاب نماید یا هزینه‌های انبارداری کالا در مقایسه با قیمت آن نامتناسب باشد حمل کننده می‌تواند دست به چنین کاری بزند. علاوه بر موارد یاد شده در صورتی که حمل کننده پس از پایان مدتی معقول دستوری مخالف با آنچه که به طور منطقی باید صادر کند از طرف شخصی که حق در اختیار گرفتن کالا را دارد دریافت ندارد اقدام به فروش کالا خواهد نمود. ۴- چنانچه کالا به استناد این ماده فروخته شود، حاصل فروش پس از کسر هزینه‌های متعلقه در اختیار شخصی که حق در اختیار گرفتن کالا را دارد گذاشته خواهد شد. در صورتی که این هزینه‌ها مازاد بر حاصل فروش کالا باشد حمل کننده مستحق دریافت ما به‌التفاوت خواهد بود. ۵- ترتیب فروش کالا در چنین مواردی به وسیله قانون یا عرف محلی که کالا در آن قرار دارد، تعیین خواهد شد.»

قوانین حمل و نقل ریلی (کنوانسیون کوتیف)

در کنوانسیون کوتیف (COTIF) در پیوست B کنوانسیون در قواعد یکسان در خصوص قواعد حمل و نقل بین المللی ریلی کالا (CMI) در ماده ۲۲ در بند ۳، ۴ و ۵ بیان شده: «کاربر خود می‌تواند بدون

قرار گرفته است. با توجه به اینکه قراردادهای حمل و نقل ریشه در عقد اجاره داشته و عقد اجاره از جمله عقود معاوضه‌ای می‌باشد در نتیجه می‌توان با الغاء خصوصیت قواعد بافروش را نسبت به سایر عقود معاوضه‌ای از جمله عقد بیع تسری داد. همچنین در خصوص بافروش اجباری باید عنوان نمود با توجه به اینکه قواعد بافروش در مواردی که ید حافظ، ید امانی قانونی است در مواد متعددی همچون ماده ۳۶۲ و ۳۸۵ قانون تجارت، ماده ۱۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۱۴۹ قانون آیین دادرسی کیفری، ماده ۱۹۳ قانون امور حسبی و ... مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است و اینکه مابین تعهدات حاصل از ید امانی قانونی و ید امانی قراردادی تفاوت نمی‌باشد در نتیجه می‌توان گفت این یک قاعده عمومی در کلیه عقود بوده که حافظ کالا مسئولیت نگهداری و رد کالا را به صاحب آن برعهده داشته است و تفاوتی مابین عقود مبادله‌ای و امانی در این مورد وجود ندارد. این مطلب از ماده ۶۱۲ قانون مدنی که نحوه حفاظت را امری عرفی دانسته به خوبی قابل برداشت می‌باشد چراکه عدم بافروش حفاظت نبوده بلکه تضییع مال می‌باشد؛ لذا می‌توان گفت پشتوانه این مطلب مسلمات عقلی و عرفی می‌باشد. باتوجه به این مطلب باید گفت در زمانی که کالا در معرض فساد می‌باشد حافظ می‌بایست اقدام به فروش کالا نماید، پس در صورت عدم بافروش و ورود خسارت همچون تضییع به دلیل سریع الفساد بودن کالا، صاحب کالا حق داشته اقدام به مطالبه خسارت نماید.

در آخر پیشنهاد می‌شود در صورتی که اصلاحاتی در قانون مدنی ایران انجام پذیرد متن ماده ۲۷۳ مورد اصلاح قرار گرفته و بافروش اختیاری و اجباری به عنوان راهکاری که هیچ مخالفتی با مبانی فقهی، شرعی و نظام حقوقی ایران ندارد، مورد قانونگذاری قرار گیرد.

به طرفین قرارداد می‌باشد، چراکه پیش می‌آید طرفین قرارداد اختلافی داشته و حاضر به دریافت کالای خود نباشند، در این حالت ممکن است خریدار از قبض مبیع خوداری نماید و یا در صورتی که به هر دلیل قرارداد فسخ گردد مبیع در دست خریدار باقی مانده و فروشنده حاضر به تحویل کالا نباشد، از سوی نمی‌توان انتظار داشت تعهد بر حافظ کالا تا زمانی نامشخص بر عهده حافظ کالا باقی بماند. از طرفی این انتظار که حافظ کالا می‌بایست اقدام به تحویل کالا به حاکم نماید با توجه به زمان بر بودن این موضوع در مراجعه به دادگاه و با عنایت به اینکه در تجارت اصل سرعت را باید مورد لحاظ قرارداد با واقعیت‌های حال حاضر در تناسب نبوده و ممکن است این مطلب باعث ورود ضرر به حافظ کالا یا مالک کالا گردد.

در قوانینی که بافروش مورد پیش‌بینی قرار گرفته این امر به دوشکل اختیاری و اجباری مورد شناسایی قرار گرفته است. در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) حق بافروش به صراحت در ماده ۸۸ مورد شناسایی قرار گرفته و بند اول به بافروش اختیاری (خودپاری) و بند دوم به بافروش اجباری (اضطراری) پرداخته است. باتوجه به فلسفه و احکام بافروش مشخص می‌شود بافروش اختیاری حق و بافروش اجباری تکلیف حافظ کالا می‌باشد.

این موضوع که آیا حق بافروش در حقوق ایران قابل شناسایی می‌باشد (مخصوصاً بافروش اختیاری) مابین حقوقدانان امری اختلافی بوده اما باید عنوان شود از مذاقه در قوانین موجود در زمینه حمل و نقل این موضوع مشخص می‌شود که در ماده ۲۲ کنوانسیون کوتیف (COTIF) در پیوست B کنوانسیون در قواعد یکسان در خصوص قواعد حمل و نقل بین المللی ریلی کالا (CMI)، و در کنوانسیون سی ام آر (SMR) در ماده ۱۶ به صراحت بافروش اختیاری و بافروش اجباری مورد پذیرش قانونگذار



منابع

- Arista, Mohammad Javad (2002), Resale of Goods, Journal of Islamic Wisdom and Philosophy, No. 3 and 4
- Asghari Agha Mashhadi, Fakhreddin, Zarei, Reza (2010), The right to resell goods (comparative study), Quarterly Journal of Business Research, No. 57
- Aqamshahdi, Asghar, Mousavi, Seyed Mehdi (2015), Sales of Self-Help in the Convention on International Trade in Goods (Vienna 1980) and Iranian Law, Journal of Comparative Law Studies, Volume 6 Number 1
- Amir Moezzi, Ahmad, Mousavi, Seyed Mehdi (2014), Emergency Sale of Goods in the Convention on International Trade in Goods (1980 Vienna) and Iranian Law, Journal of Comparative Law Research, Volume 18, Number 3
- Shaarian, Ebrahim, Rahimi, Farshad (2015), International Sale Law - Description of the Convention on the International Sale of Goods in the Light of Doctrine and Judicial Procedure - A Comparative Study with International Documents and Iranian Law, Shahr-e-Danesh Publications
- Safaei, Seyed Hossein, Kazemi, Mahmoud, Adel, Morteza, Mirzanjad, Akbar (2013), International Sale Law Review of International Sale Law 1980, with a Comparative Study of the Laws of Iran, France, Britain and the United States, University Press Tehran, fourth edition.
- Safaei, Seyed Hossein (2013), Civil Law and Comparative Law (collection of articles), resale of the traded goods by the seller in case of buyer breach of obligation, Mizan Publications, third edition
- Safaei, Seyed Hossein, Rahimi, Habibollah (2013), Civil Liability, (Non-Contractual Requirements), Fifth Edition, Samat Publications
- Ghasemi, Mohsen (2005), Compensation for breach of contract in the Convention on the International Sale of Goods Law of Iran, France, Egypt and Lebanon, International Law Journal, No. 32
- Translators of the Office of International Legal Services (1988), United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (dated 1980), Journal of the Office of International Legal Services of the Islamic Republic of Iran, No. 9, pp. 236-313
- Mohseni, Hassan (2011), Resale of Goods in the International Convention on the Sale of Goods (1980) and the Study of Its Possibility in Iranian Law, Journal of Comparative Law Research, Volume 15, Number 1
- Eighteen law scholars of prestigious universities in the world, translated by Darbpour, Mehrab (1374), a commentary



- on international sales law, vol. 3, Ganj-e-Danesh Publications, Tehran
- A/CN.9Ser.C/Digest/CISG/75, 86, 88, Digest of CISG, available at: <http://uncitral.org>
- Audit, Bernard(1990), La vente internationale de marchndises, L.G.D.J., Paris,
- Benjamin's (1974) Sale of goods, London
- B. Stone (1981), Uniform Commercial Code, Nutshell Series of W.P.C.
- Christina Ramberg,(2003), CISG-Advisory Council Opinion No1, Electronic Communications under CISG, Rapporteur, 15 August 2003. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISGACop1.html>
- Dimatteo Larry A. & et al (2004), The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence", Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 24, Issue 2 winter
- Enderlien, Fritz, Maskow, Dietrich (1992), 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, N.Y., Oceanan Pub .,
- Felemagas, Johan(2007), An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform
- Sales Law, (1ed) Cambridge University Press,
- Flechtner Harry M. & et al, Drafting Contracts under the CISG, OxfordUniversity Press, 2008
- Graf, J B(1987), in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffre'Milan .
- Germany v. Belgium , 2U27/99, 1999, Provincial Court of Appea Braunschweig.Cited by: UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. New York, 2012
- Honnold, John(1991), Uniform Low for International Sales, Boston, Kluwer ,
- Kritzer. Albert.H.,(1998), Guide to Practical Applications of the United NationsConvention on Contracts for the International Sale of Good., Kluwer, Boston
- Netherlandsv. People's Republic of China, 1996/12, China International Economic&Trade Arbitration Commission.Available at:<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960308c1.htm>(2014/1/16.PM 1:39.)
- Schlechtriem, Peter, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, translated by G. Thomas, Oxford University Press, 1998
- Schlechtriem, Peter et Witz, Claude, Convention de Vienne sur les



contrats de vent international
de marchandises, Paris, Dalloz,
2008

Secretariat Commentary (Closest
Counterpart to an Official
Commentary), Guide to CISG
Article88. Available at: [http://
www.cisg.law.pace.edu
/cisg/text
/secomm/secomm-88.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-88.html).
(2012/11/12. PM.06:50).

Sarcevic & Volken, Petar & Paul, (1986),
International Sale of Goods:
(Provisions Common to the
Obligations of the Seller and
the Buyer), Oceana
Publications

Schwenzer, I & Fountoulakis, C, (2007)
International Sales Law,
Routledge Cavendish

WarenKaufs Rabel(1989), Vol 2,
Czerwenka.,

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی