

Jurisprudence and Private Law Quarterly, Year 1, No:1, Spring 2024

Resale of Goods in Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Possibility of Its Justification based on Property Seizure of Debtor in Iranian Law and Jurisprudence

Elham Shariati Najafabadi¹
Abbas Karimi²

Abstract: Resale of goods, by virtue of the Article 88 of UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) is a non-judicial practice and an exception that in addition to preventing incurrence of losses, is a solution to the undecided state of contracts without having to nullify the previous contract.

This paper intends to study the possibility of justification of this practice based on Iranian law. The author has applied an analytical, descriptive and comparative method to first understand the resale of goods according to the Convention, and identify similar institutions in Iranian law and jurisprudence. Seizure of property of debtor is among the cases that can justify resale of the property accordingly.

Keywords: Resale, Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), nullification, seizure of property, debtor.

1. Assistant Professor of Jurisprudence and Private Law Department of Law, Faculty of Social Sciences and Economics, Al-Zahra University, Tehran, Iran.

(Corresponding Author) (shariatielham4@gmail.com)

2. Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. (Abkarimi@ut.ac.ir)

فصلنامه فقه و حقوق خصوصی
سال اول، شماره ۱، بهار ۱۴۰۳
(صص ۹۴-۷۲)

بازفروش کالا در کنوانسیون بیع بین‌المللی و امکان توجیه آن بر اساس تقاص در فقه و حقوق ایران

الهام شریعتی نجف آبادی^۱

عباس کریمی^۲

چکیده: بازفروش کالا، موضوع ماده ۸۸ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، اقدامی است غیر قضایی و استثنایی که بدون نیاز به فسخ معامله پیشین علاوه بر جلوگیری از ورود خسارت، راه حلی برای برون رفت از حالت بلا تکلیفی به شمار می‌آید. هدف از این مقاله بررسی امکان توجیه این اقدام بر اساس حقوق ایران است. نگارنده با به کار بردن روش تحلیلی، توصیفی و تطبیقی، ضمن شناخت بازفروش در کنوانسیون، نهادهای مشابه در فقه و حقوق ایران را مورد بررسی قرار داده است. «تقاص» از جمله مواردی است که امکان توجیه بازفروش بر مبنای آن وجود دارد.

کلیدواژه‌ها: بازفروش، کنوانسیون بیع بین‌المللی، فسخ، تقاص، مدیون.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصاد دانشگاه الزهراء (س)، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
(shariatelham4@gmail.com)

۲. استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
(Abkarimi@ut.ac.ir)

مقدمه

در عقد بیع، امتناع از ایفای تعهدات از سوی متعهد و ایراد ضرر به متعهدله، مسئله شایعی است. به همین دلیل نظام‌های حقوقی مختلف در صدد وضع مقرراتی جهت حفظ منافع متعهدله برآمده‌اند. این مسئله در کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، مورخ ۱۹۸۰ وین نیز مورد توجه قرار گرفته و با فروش کالا که موضوع ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی است، یکی از ضمانت‌های اجرائی است که بدون نیاز به فسخ معامله، جهت حفظ و حمایت از حقوق متعهدله به کار می‌رود.

اهمیت این موضوع زمانی روشن می‌شود که در یک قرارداد تجاری، یکی از متعاملین، ایرانی بوده و طرف دیگر از اتباع کشوری باشد که یا دولت متبوع وی به کنوانسیون بیع بین‌المللی ملحق شده یا اینکه خود شخص معامله‌گر، مقررات کنوانسیون را بر قرارداد حاکم بداند. بنابراین لازم است تجار و شرکت‌های بازرگانی ایرانی که با چنین اتباعی طرف معامله واقع می‌شوند از مقررات کنوانسیون مطلع گردند. از سوی دیگر، شناخت دقیق مقررات این کنوانسیون لازمه تصمیم‌گیری دولت ایران برای الحاق به کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین است و همین امر موجب اهمیت بیش از پیش موضوع این مقاله می‌گردد.

کتاب‌ها و مقالاتی در زمینه این موضوع نگاشته شده اما در هیچ یک امکان توجیه بافروش در حقوق ایران مشاهده نمی‌شود. هدف از این مقاله ضمن بررسی ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مقایسه بافروش و بررسی امکان توجیه آن براساس نهادهایی نظیر تقاص در فقه و حقوق ایران است. البته نهادهای دیگری همچون اداره مال غیر، خیار تأخیر ثمن و خیار مایفسد لیومه نیز به عنوان مواردی که امکان توجیه بافروش را در حقوق ایران فراهم می‌کند مطرح شده که طرح و پرداختن به آن تحقیق مستقلی را می‌طلبد.

۱- شناخت بافروش در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

۱-۱- مفهوم بافروش

ماده ۸۸ کنوانسیون مقرر می‌دارد:

۱. طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ کنوانسیون، ملزم به محافظت از کالا است، در صورت تأخیر غیرمتعارف طرف مقابل نسبت به تصرف یا پس دادن کالا یا پرداخت ثمن

کالا و یا پرداخت هزینه‌های محافظت از آن، می‌تواند کالا را به هر طریق مناسبی به فروش رساند، مشروط بر اینکه اخطار متعارفی مبنی بر قصد فروش به طرف دیگر داده باشد.

۲. در صورتی که کالا در معرض فساد سریع بوده یا محافظت از آن مستلزم هزینه غیرمتعارفی باشد، طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ وظیفه حفظ کالا را دارد، باید جهت فروش آن کالا، اقدام متعارفی انجام دهد. وی در صورت امکان لازم است اخطاری مبنی بر قصد فروش به طرف دیگر بدهد.

۳. طرفی که کالا را می‌فروشد، حق دارد از محل فروش کالا، مبلغی معادل هزینه‌های متعارف محافظت از کالا و فروش آن برای خود نگه دارد. وی وظیفه دارد حساب باقیمانده را به طرف مقابل بدهد.

این ماده هر چند متضمن واژه «Resale» نمی‌باشد، لیکن به تفصیل به توضیح بازفروش و ارکان تحقق آن، تشریفات، بازفروش امتیازی و الزامی و وضعیت سود حاصل از بازفروش پرداخته است. این ماده حاوی نکات قابل توجهی در خصوص بازفروش است:

نکته اول: بازفروش گاهی به عنوان یک حق و گاهی به منزله یک تکلیف قلمداد می‌شود. عبارت «طرف ملزم به محافظت از کالا، می‌تواند کالا را به هر طریق مناسبی به فروش رساند» که در بند ۱ ماده ۸۸ آمده، ناظر به حق بودن بازفروش است؛ یعنی مواردی که بازفروش به عنوان امتیاز به فرد داده می‌شود.

عبارت «طرف ملزم به محافظت از کالا باید جهت فروش آن کالا اقدام متعارفی انجام دهد» که در بند ۲ این ماده آمده، اشاره به مواردی دارد که بازفروش به عنوان یک تکلیف تلقی می‌شود.

نکته دوم: اطلاق عبارت «طرف ملزم به محافظت از کالا طبق ماده ۸۵ یا ۸۶ کنوانسیون» شامل فروشنده و خریدار هر دو می‌گردد. مثلاً در فرضی که کالا در دست فروشنده است و خریدار از پرداخت ثمن قصور کرده، فروشنده حق بازفروش دارد و در صورتی که کالا فاسدشدنی بوده یا متضمن هزینه‌های غیر متعارف است، تکلیف به بازفروش بر عهده وی خواهد آمد. در فرضی هم که خریدار کالایی را دریافت کرده و حق رد آن کالا را دارد، حق یا تکلیف به بازفروش برای وی نیز قابل تصور است. بر همین اساس حتی می‌توان بازفروش را به «بازفروش در معنای اعم» شامل بازفروش از سوی فروشنده و خریدار، و «بازفروش در معنای اخص» که تنها شامل بازفروش

از سوی فروشنده است، تقسیم کرد.

نکته سوم: ارکان ایجاد حقّ بافروش عبارتند از: «تأخیر غیرمتعارف خریدار در تصرف کالا»، «تأخیر غیرمتعارف خریدار در پرداخت ثمن»، «تأخیر غیرمتعارف فروشنده در بازپس گیری کالا» و «تأخیر غیرمتعارف خریدار یا فروشنده در پرداخت هزینه‌های محافظت از کالا».

نکته چهارم: مؤلفه‌های تحقق تکلیف به بافروش عبارت است از: «فساد سریع کالا» و «متضمن بودن هزینه‌های غیرمتعارف در نگهداری کالا».

نکته پنجم: بافروش در مواردی که به عنوان امتیاز یا حق می‌باشد مشروط است بر رعایت تشریفاتى همچون اعلام قصد بافروش به طرف مقابل.

نکته ششم: در صورتی که بافروش به عنوان یک تکلیف بر عهده طرفی از قرارداد گذاشته شود باید حتی الامکان به طرف مقابل اعلام شود.

نکته هفتم: هرچند صدر این ماده اطلاق داشته و مقید به انحلال یا فسخ قرارداد نشده، هم‌چنین وضعیت‌های انتقال و عدم انتقال مالکیت کالا به مشتری را در بر می‌گیرد، اما بر اساس ذیل بند ۳ این ماده، وضعیت انتقال مالکیت به خریدار یا مشتری اول تقویت می‌شود، بنابراین می‌توان گفت ماده ۸۸ کنوانسیون مبتنی بر فسخ قرارداد نیست.

نکته هشتم: در این ماده، صرفاً از کلمه «Sell» استفاده شده است. به همین علت برخی از مفسرین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، عملی را که شخص محافظت کننده از کالا به استناد ماده ۸۸ کنوانسیون انجام می‌دهد، «Self-help Sale» نامیده‌اند (Schlechtriem, 1998: 679). این اصطلاح برای حقّ بافروش به کار رفته و در مقابل، تکلیف به بافروش تحت عنوان «فروش اضطراری» مطرح شده است. «Self-help» در اصطلاح حقوق به معنی تقاص می‌باشد. برخی تقاص را راه‌حل قضایی اضافی و فوق‌العاده‌ای می‌دانند که مالک می‌تواند به واسطه آن مثلاً شخص متجاوز را با استفاده از نیروی منطقی در آن شرایط بیرون کند (گلکاریان و دیگران، ۱۳۸۴: ۵۳۳). البته معنای لغوی این عبارت «خودیاری، خودیاریگری، خودیاریگر و خودیار» می‌باشد (جعفری، ۱۳۸۵: ۸۱۳).

با این توضیحات می‌توان اصطلاح «Self-help Sale» را به «فروش تقاص گونه» معنا کرد. در بسیاری از تفاسیر حقوق بیع بین‌المللی، عنوان این عمل، «Resale» می‌باشد (Honnold, 1999: 609; Schwenzer and Fountoulakis, 2007: 238). برخی از محققان نیز از هر دو اصطلاح

استفاده کرده‌اند (Dimatteo, 2005: 162). در برخی از تفاسیر بازفروش به منزله راهی برای خاتمه بی‌تکلیفی قلمداد شده است (Honnold, 1999: 238; Schwenzer and Fountoulkis, 2007): 607).

تأکید این نکته نیز ضروری است که «Self-help Sale» یا «Resale» ارتباط تنگاتنگی با وظیفه محافظت از کالا، موضوع مواد ۸۵ و ۸۶ کنوانسیون دارد.

براساس مطالب عنوان شده می‌توانیم بازفروش را در اصطلاح کنوانسیون چنین تعریف کنیم: «فروش دوباره مبیع به خریدار دیگر». مثلاً در فرضی که فروشنده وظیفه محافظت از کالا را بر عهده داشته و به موجب تأخیر غیرمتعارف خریدار در پرداخت ثمن، حق بازفروش کالا را پیدا می‌کند، اگر کالا را به خریدار دیگری بفروشد، بازفروش را تحقق بخشیده است. در چنین فرضی بازفروش سه طرف دارد: ۱- فروشنده؛ ۲- خریدار اول؛ ۳- خریدار دوم.

۲-۱ - مبنای بازفروش

در برخی از سیستم‌های حقوقی، نظیر حقوق کشور فرانسه، مبنای بازفروش کالا، بر انحلال قرارداد و یا به تعبیری فسخ معامله استوار است. شاهد در این زمینه عدم نیاز به ارسال اخطار بازفروش به طرف دیگر معامله است که این امر نشانه این است که بدون مراجعه به دادگاه، قرارداد فسخ و منحل شده می‌باشد و حتی اگر عرف تجاری اقتضای ارسال اخطار را بنماید، باز هم می‌توان این اخطار را به منزله اعلام فسخ به شمار آورد. عدم تکلیف به بازگرداندن مابقی حساب بازفروش به طرف مقابل این نظریه را تقویت می‌کند. طبق قانون فرانسه، ثمن حاصل از بازفروش، حتی اگر بیش از قیمت قرارداد و مخارج و هزینه‌های وارده باشد، باز هم متعلق به بازفروش‌کننده کالا است و او وظیفه‌ای نسبت به بازگرداندن مابقی آن به مشتری ندارد. دلیل این امر، انحلال قرارداد است. بنابراین باز فروش‌کننده، کالا را به عنوان مالک مال، به شخص ثالث فروخته است. البته در صورتی که بهای بازفروش کمتر از قیمت قرارداد باشد، بازفروش‌کننده حق مطالبه مابه‌التفاوت را به عنوان خسارت دارد. چنین روشی در حقوق فرانسه «ارزیابی عینی» نام داشته و روشی برای تعیین خسارت به شمار می‌رود (Treitel, 1991, VII:41).

در حقوق انگلیس هم می‌توان مبنای بازفروش را بر اساس انحلال عقد توجیه کرد. بر اساس قوانین انگلستان، اگر فروشنده کالای فروخته شده را به شخص دیگری بازفروش کند، گویا مال خود را که مجدداً به او بازگشته است به شخص ثالث منتقل نموده است.

برخی از حقوق دانان انگلیسی در این زمینه معتقدند که حتی اگر مالکیت مال مثلاً به شخص «ب»، به عنوان خریدار اول، منتقل شده باشد، در صورتی که فروشنده، شخص «الف»، آن کالا را با فروش کند، چنین عملی نشان دهنده انحلال یا فسخ قرارداد سابق و بازگشت مالکیت به فروشنده و سپس انتقال به خریدار جدید، یعنی شخص «ج» است (Guest, 1997:805; Macintyre, 2001: 302-303). به عبارت دیگر، بایع فروش اول را منحل یا فسخ نموده و سپس آن را به دیگری فروخته است.

بر این اساس، بافروش در واقع، یک فروش جدید است و طرفین آن عبارتند از:

الف) فروشنده یا شخص «الف»؛

ب) خریدار جدید یا شخص «ج».

حال آنکه در بافروش، موضوع مقررات کنوانسیون، حداقل به سه طرف نیاز است:

الف) بایع؛

ب) خریدار اول؛

ج) خریدار جدید.

لذا می‌توان گفت بر اساس این مبنا، مسامحه‌ای در به کار بردن بافروش وجود دارد. زیرا پیش‌تر دانستیم که بافروش در اصطلاح کنوانسیون به عملی اطلاق می‌شود که علی‌رغم انتقال مالکیت به خریدار نخست و بدون اینکه قرارداد فسخ شده باشد، کالا توسط محافظت کننده که ممکن است فروشنده یا خریدار باشد، مجدداً به شخص دیگری فروخته شود. با این توضیح، نقش آفرینی سه نفر در بافروش روشن می‌گردد که عبارتند از: «فروشنده»، «خریدار اول» و «خریدار دوم یا خریدار جدید». البته بهتر است به اعتبار اینکه باز فروش کننده ممکن است فروشنده یا خریدار باشد، این اشخاص را تحت نام‌های «بازفروش کننده»، «خریدار اول» و «خریدار دوم» بشناسیم. اما در صورتی که مبنای بافروش انحلال یا فسخ باشد، فروشی که پس از فسخ یا انحلال صورت می‌گیرد، یک بیع جدید است که طرفین آن فروشنده و خریدار می‌باشد.

نظریه نمایندگی به‌عنوان یکی از مبنای بافروش در حقوق برخی از کشورها مطرح شده است. به طور مثال، در یک قرارداد و در صورت وجود برخی شرایط، فروشنده به عنوان نماینده خریدار اقدام به فروش کالای مورد معامله به شخص ثالث می‌نماید. برخی از قضات دادگاه‌ها نیز این نظریه را پذیرفته‌اند (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۵۱). ایرادی که این نظریه دارد این است که چنین مبنایی

فقط هنگامی درست است که پیش از بازفروش، مال مورد معامله به خریدار نخست منتقل شده باشد، که این وضعیت بیش‌تر در مواردی که مبیع، عین معین است، رخ می‌دهد. لیکن در مورد قراردادهای راجع به مبیع عهدی یا کالای مافی‌الذمه، فروشنده حق بازفروش را نسبت به مال خود اعمال می‌کند نه نسبت به مال خریدار و به نمایندگی از جانب او (Secundum, 1991, 78: 41; Williston, 1993: 408).

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت با توجه به اینکه بازفروشی که طبق ماده ۸۸ کنوانسیون صورت می‌گیرد، مبتنی بر انحلال قرارداد نیست، لذا مالکیت مبیع نسبت به خریدار اول مفروض بوده و بایع به نمایندگی از خریدار اقدام به بازفروش مال او کرده است.

بیان برخی از مفسرین کنوانسیون مؤید استدلال فوق است. ایشان بر این عقیده‌اند که طرف ذی‌حق در واقع به نمایندگی از طرف مالک کالا که دچار تخلف شده است، کالا را مجدداً می‌فروشد (Huet, 1996: 572).

از دیگر مؤیدات نظریه نمایندگی، لزوم اخطار و اعلام بازفروش پیش از اقدام به آن، از سوی شخص بازفروش کننده است که این اعلام می‌تواند نشانگر این باشد که شخص بازفروش کننده، بازفروش را به نمایندگی از طرف مقابل انجام می‌دهد. البته آنچه این استدلال را تضعیف می‌کند عدم اشاره به لزوم انتظار برای پاسخ از سوی شخص مقابل است.

به نظر می‌رسد نظریه نمایندگی به طور ضمنی از اطلاق ماده ۸۸ کنوانسیون قابل استنباط است؛ زیرا مفهوم ماده هر دو حالت انتقال و عدم انتقال مالکیت کالا به خریدار اول را در برمی‌گیرد. لزوم استرداد باقیمانده سود به خریدار نیز، مؤید نظریه نمایندگی بر اساس این ماده است. برخی از محققین نیز در این باره معتقدند که فروش مجدد کالا، از سوی طرف مقابل و به نفع اوست (ارسطا، ۱۳۸۱: ۹۳). این عبارت حاکی از پذیرش مبنای نمایندگی از سوی ایشان می‌باشد.

۳-۱- ارکان بازفروش

بازفروش کالای مورد معامله طبق مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، گاهی به عنوان یک حق مطرح شده و برای تحقق نیاز به مؤلفه‌هایی دارد؛ هم‌چنانکه گاهی نیز به منزله یک تکلیف بوده و مستلزم تحقق شرایطی است. از این رهگذر لازم است شرایط و ارکان ایجاد حق بازفروش و مؤلفه‌های ایجاد کننده آن مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۳-۱- مؤلفه‌های تحقق حق بازفروش

اجرای حق بازفروش فقط زمانی ممکن است که طرف دیگر تأخیر غیرمتعارفی نسبت به موارد زیر داشته باشد:

- تصرف کالا؛

- پرداخت ثمن (به طور کلی یا در جایی که شرط شده تسلیم میباید و پرداخت ثمن هم‌زمان صورت گیرد)؛

- پس دادن کالا؛

- پرداخت هزینه نگهداری.

تأخیر غیرمتعارف، لازمه این چهار شرط است. غیرمتعارف بودن هم یعنی تأخیری بیش از آنچه که معمولاً در یک مورد خاص وجود دارد. بنابراین لازم است در هر موردی به نوع عمل و اوضاع و احوال آن توجه شود، لذا نمی‌توان ضابطه‌ای برای آن در نظر گرفت. برخی از استادان حقوق معتقدند مدت زمان متعارف برای انجام عملی، عبارت است از زمانی که انتظار می‌رود و نباید از زمان متوقع فراتر رود و در صورتی که یکی از طرفین نسبت به انجام تعهدات خود به طور صریح خودداری ورزد، تأخیر غیر متعارف تلقی گشته و لزومی به گذشت مدت زمانی جهت صدق تأخیر غیر متعارف نیست (Schlechtriem, 1998: 681).

تأخیر غیر متعارف خریدار در تصرف کالا

پس از ارسال مدارک و اعلام مکان و زمان تحویل کالا از سوی فروشنده و پرداخت ثمن از سوی خریدار، تصرف یا تحویل کالا، تعهدی است که خریدار مطابق ماده ۵۳ کنوانسیون برعهده دارد. ماده ۶۰ کنوانسیون درباره تحویل کالا عنوان می‌دارد:

تعهد مشتری به تحویل کالا عبارت از الف: انجام کلیه اقداماتی که به طور متعارف از مشتری مورد انتظار است تا فروشنده را بر تسلیم قادر سازد؛ ب: تصرف کالا.

بدین ترتیب قبض، تصرف یا تحویل کالا بر عهده خریدار است. تأخیر خریدار در تحویل کالا، طبق ماده ۸۵ کنوانسیون، موجب می‌گردد فروشنده علاوه بر وظیفه محافظت از کالا، حق حبس نیز داشته باشد.

براساس بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون، اختیار تصمیم‌گیری نسبت به بازفروش یا انتظار برای

تسلّم کالا اقدامی است که فروشنده در پی طولانی شدن غیر متعارف مدت انتظار برای تحویل کالا می تواند داشته باشد.

تأخیر غیر متعارف خریدار در پرداخت ثمن

طرفین هر معامله ای می توانند نسبت به پرداخت هم زمان ثمن و مثنی یا پرداخت پیش از تحویل توافق نمایند. حال اگر خریدار نسبت به پرداخت ثمن، طبق توافق صورت گرفته تأخیر ورزد، و مدت انتظار برای پرداخت ثمن، طولانی شود، فروشنده طبق بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون، حق بازفروش کالا به شخص ثالث را دارا می شود.

به نظر می رسد شرط تحقق حق بازفروش در اینجا، تأخیر خریدار نسبت به تأدیة کل ثمن معامله است، لذا اگر بخشی از ثمن توسط خریدار پرداخت شده باشد، این ماده شامل آن نمی گردد.

تأخیر غیر متعارف فروشنده در بازپس گیری کالا

بر اساس مواد کنوانسیون، خریدار حق دارد در صورت مغایرت مبیع با اوصاف شرط شده، کالا را به فروشنده پس دهد. در مواردی هم طرفین در متن قرارداد ذکر می کنند که مثلاً اگر مبیع فاقد وصف خاصی بود، خریدار حق دارد که کالا را بازپس فرستد. بنابراین اگر خریدار پس از تحویل کالا متوجه شود که کالا فاقد وصف ذکر شده در قرارداد است می تواند تصمیم به رد کردن کالا نماید، و در صورتی که فروشنده در پس گرفتن کالا تأخیر غیر متعارفی کند، خریدار حق خواهد داشت که کالا را بازفروش نماید. بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون نیز اشاره به همین امر دارد.

یکی از پیش شرط های تحقق حق بازفروش، تأخیر غیر متعارف در پرداخت مخارج نگهداری از کالا است. طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ کنوانسیون، خریدار یا فروشنده ممکن است وظیفه نگهداری از کالا را برعهده داشته باشند و مسلماً این نگهداری مستلزم هزینه هایی است که بر دوش محافظت کننده تحمیل می شود. ماده ۸۸ کنوانسیون، بند ۱، مقرر می دارد که اگر طرف مقابل نسبت به پرداخت هزینه ها و مخارج نگهداری از کالا، قصور ورزیده و مرتکب تأخیر غیر متعارف شود، برای شخص نگهداری کننده حق بازفروش ایجاد می شود.

۲-۳-۱- مؤلفه‌های تحقق تکلیف به بازفروش

گاهی مواقع بازفروش کالای مورد معامله جنبه الزامی و تحمیلی پیدا می‌کند. چنین تکلیفی فقط در صورت وقوع حالت فوق‌العاده است. به جهت فوق‌العاده بودن این موارد، برخی از مفسرین کنوانسیون، واژه «فروش اضطراری» را برای آن به کار برده‌اند (Schlechtriem, 1998: 680). زیرا به طور قطع نگهداری کالای فاسدشدنی و یا قرار دادن آن در انبار شخص دیگر در حالی که مخارج نامعقولی به دنبال دارد، راه مناسبی نمی‌باشد و نگهداری از چنین کالایی به ارزش و کیفیت آن صدمه جدی خواهد زد.

فساد سریع کالا

مواردی همچون فساد پذیر بودن کالا، بازفروش را به صورت تکلیفی بر عهده متصرف کالا تحمیل می‌کند. بند دوم ماده ۸۸ کنوانسیون مقرر می‌دارد که اگر کالا در معرض فساد سریع باشد، شخص نگهدارنده کالا، مکلف است اقدام متعارفی جهت بازفروش آن کالا بنماید. دلیل این حکم، جلوگیری از ورود ضرر و زیان بیش‌تر است. اگر نگهدارنده کالا به این تکلیف عمل ننماید، مسئولیت جبران خسارت‌های صاحب مال بر عهده وی خواهد بود و برای طرف مقابل حق مطالبه خسارت ایجاد می‌کند (Schlechtriem, 1998: 680, 683-684).

دربوداشتن هزینه‌های غیرمتعارف در نگهداری کالا

بالا بودن هزینه‌های انبارداری و حفظ کالا از مواردی است که براساس بند ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون، تکلیف به بازفروش را تحمیل می‌کند. این در جایی است که هزینه‌ها از ارزش کالا بیش‌تر بوده یا در صورت عدم بازفروش، ضرر و زیان قابل توجهی به وجود آید (Schwenzer and Fountoulakis, 2007:609).

۴-۱- تشریفات بازفروش

بازفروش کالا عملی است ویژه و استثنایی، لذا کنوانسیون، تشریفات را برای آن مقرر کرده است. عدم رعایت این تشریفات، آثاری را در پی دارد؛ از این رو لازم است طریقه اعمال بازفروش و آثار عدم رعایت آن طبق مقررات کنوانسیون تبیین گردد. طبق بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون، بازفروش می‌تواند به هر شکل مناسب و معقولی صورت گیرد.

همچنین لازم است در نحوه بازفروش، علاوه بر توجه به ماهیت کالا، منفعت حقوق طرفین قرارداد نیز مورد لحاظ قرار گیرد.

یکی از تشریفات تصریح شده در خصوص بازفروش، این است که در تمام مواردی که حق بازفروش وجود دارد باید قبل از اقدام به بازفروش، به طرف مقابل اخطار و اعلامی در این زمینه داده شود، زیرا چه بسا وی پس از آگاهی از تصمیم بازفروش، اقدام به ایفای تعهد خویش نموده و با این کار از هزینه‌ها و زیان‌ها و حتی بازفروش جلوگیری نماید (Schwenzer and Fountoulkis, 2007: 607) در چنین حالتی ملاک جواز بازفروش از بین خواهد رفت. بنابراین دادن اخطار پیش از بازفروش از تشریفات قانونی این عمل تلقی می‌گردد و لازم است به روش متعارف و معقولی انجام شود. معنای متعارف و معقول در اینجا این است که طرف مقابل از آن مطلع شود یا از آن اطلاع یابد. برخی معتقدند این اخطار باید خیلی زود به طرف مقابل داده شود تا او بتواند در اقدامی سریع خطای خود را جبران کند (Enderlein and Maskow, 1992: 360).

بر اساس اطلاق ماده ۲۷ کنوانسیون، به نظر می‌رسد کتبی بودن اخطار شرط نبوده بلکه اطمینان یافتن از وصول اخطار به طرف مقابل کافی است؛ هم‌چنین اطلاع بالفعل طرف مقابل نیز در اینجا شرط نمی‌باشد؛ زیرا در برخی موارد چنین اطلاعی، بسیار سخت و دشوار بوده و می‌تواند از مصادیق عسر و حرج محسوب گردد. لذا در اینجا، نظریه ارسال ملاک عمل قرار گرفته و نظریه وصول اخطار منشأ اثر تلقی نمی‌گردد.

به دلیل وجود چنین خطاری است که به نظر می‌رسد بازفروش کالا مثلاً توسط بائع، به حساب مشتری بوده و در واقع قرارداد فسخ نشده است (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۳۴۳).

۱-۵- آثار بازفروش

بررسی وضعیت سود حاصل از بازفروش و نحوه جبران خسارت‌ها و هزینه‌های ناشی از آن، مهم‌ترین آثار بازفروش به شمار می‌رود.

۱-۵-۱- وضعیت سود حاصل از بازفروش

به طور کلی قاعده‌ای که از مواد کنوانسیون بیع بین‌المللی به دست می‌آید این است که سود حاصل از بازفروش باید در تعیین خسارت منظور گردد. بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون درباره وضعیت عواید حاصل از بازفروش عنوان می‌دارد:

طرفی که اقدام به فروش کالا می‌کند حق دارد از عواید فروش، مبلغی معادل مخارج [باز] فروش و هزینه‌های متعارف نگهداری کالا برای خود نگه دارد. او وظیفه دارد حساب باقیمانده را به طرف دیگر بدهد.

طبق این مقرر کسی که اقدام به بازاریابی کالا نموده است، نسبت به طرف مقابل از محل سود بازاریابی در استیفای حقوق خود، از قبیل هزینه‌های متعارف نگهداری از کالا و مخارج بازاریابی، اولویت دارد. بنابراین لازم است ابتدا مخارج معقول و متعارفی را که جهت نگهداری از کالا و یا بازاریابی، نظیر حق الزحمه حق العمل کاری که ترتیب بازاریابی را داده است، انبارداری، هزینه حمل کالا، مخارج آگهی‌های بازاریابی و... برداشت نموده و در صورتی که مبلغی باقی مانده بود، آن را به طرف مقابل بپردازد (Schlechtriem, 1998: 680). همچنین در فرض بازاریابی کالا توسط فروشنده به علت عدم پرداخت بهای کالا از سوی خریدار، لزوم رد مابقی ثمن، مانع از تهاتر ثمن معامله نیست. این بدان معناست که در مواردی که خریدار ثمن را نپرداخته، فروشنده می‌تواند پس از احتساب مخارج بازاریابی و نگهداری کالا، تا میزان ثمن معامله از سود بازاریابی کسر نماید و در این خصوص به تهاتر استناد کند.

۲-۵-۱- جبران خسارت‌های ناشی از بازاریابی کالا

بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون به بازاریابی کننده حق می‌دهد که از عواید بازاریابی، هزینه‌های متعارف خویش نسبت به نگهداری و بازاریابی کالا را نگه دارد. هزینه‌هایی که بازاریابی کننده متحمل شده مواردی از قبیل حق الزحمه حق العمل کار، هزینه حمل کالا به محل بازاریابی، آگهی‌ها و پیشنهادها عمومی برای بازاریابی و مخارج اداری و قضایی که برای اقدام به بازاریابی لازم بوده است، می‌باشد. برای هزینه‌های متعارف نگهداری کالا نیز مواردی مثل مخارج نگهداری کالا، تغذیه حیوانات و انبارداری را می‌توان برشمرد. به همین دلیل بند ۳ ماده ۸۸ به شخص بازاریابی کننده حق می‌دهد که اگر به طور متعارف اقدامات لازم را انجام داده از محل بازاریابی، خسارت‌های ناشی از بازاریابی را بردارد.

معقول بودن یا متعارف بودن هزینه‌های بازاریابی چنین برآورد می‌شود که اگر یک تاجر سخت کوش، وظیفه شناس و با وجدان تصمیم به بازاریابی و یا فروش اضطراری می‌کرد، چه هزینه‌هایی را متقبل می‌گردید. ضمن این برآورد که با در نظر گرفتن شرایط کالا، نگهداری

مناسب چه هزینه‌هایی را در پی می‌داشت. با چنین احتسابی، بازفروش کننده حق خواهد داشت که از محل بازفروش، این هزینه‌ها را کسر نماید.

مسئله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا بازفروش کننده می‌تواند کالا را به خودش بفروشد و خسارت‌های ناشی از بازفروش را از عواید آن بردارد؟ پاسخ این سؤال روشن است، زیرا به طور منطقی و با در نظر گرفتن قواعد عمومی مسئولیت مدنی به نظر می‌رسد که بازفروش کالا به شخص دیگر در جبران خسارت‌های ناشی از بازفروش موضوعیتی ندارد، ضمن اینکه با رعایت شرط معقول و متعارف بودن هزینه‌های پرداختی، ایرادی در داخل بودن این فرض وجود ندارد. بنابراین پس از آنکه بازفروش کننده، کالا را به حساب خود خریداری نمود و سود به دست آمده را با در نظر گرفتن هزینه‌ها محاسبه کرد، لازم است باقیمانده را به طرف مقابل برگرداند. مفسرین کنوانسیون هم همین رأی را برگزیده‌اند (Enderlein and Maskow, 1992: 362).

۲- توجیه بازفروش بر مبنای تقاص در فقه و حقوق ایران

به دلیل عدم پیش بینی بازفروش در حقوق ایران، بررسی امکان توجیه این اقدام بر اساس نهادهای مشابه در حقوق ایران ضروری است. در حقوق ایران «تقاص» به عنوان نهادی مشابه با بازفروش مطرح شده است.

۲-۱- تعریف تقاص در اصطلاح فقه و حقوق

نمونه‌هایی از تعریف‌هایی که علما برای تقاص ذکر کرده‌اند عبارت است از:

- «تصاحب مال دیگری بدون اذن وی در ازای مال خود» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۵۸۶)؛
- «تصرف مال مدیون که اصل دین را انکار نموده و یا از پرداخت آن سر باز می‌زند توسط طلبکار بدون آنکه به حاکم مراجعه نماید» (مختاری مازندرانی و مرادی، ۱۳۷۷: ۵۲)؛
- «قادر ساختن طلبکار بر گرفتن حق مالی اش از بدهکار» (حسینی، ۱۳۸۵: ۱۳۳)؛
- «تقاص در اصطلاح یعنی شخصی حقتش را از دیگری بدون اطلاع یا رضای او بگیرد ... مشروط به اینکه آن شخص از ادای حق ممتنع باشد» (مشکینی، ۱۳۷۹: ۱۵۵)؛
- «تملک مال کسی به قصد یک جانبه به اذن قانون علیه ممتنع از ادا یا ماطل» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲: ۱۹۵)؛

- «کسی از دیگری طلبی دارد ولی برای طلب خود دلیل کافی ندارد و مطمئن است که اگر به دادگاه مراجعه کند بدهکار قسم خورده و حق او از بین خواهد رفت. لذا شرعاً می‌تواند مالی را از او به دست آورده و بفروشد و حق خود را از آن وصول کند» (نایب زاده، ۱۳۸۶: ۱۲۲)؛

- «رتق و فتق امور به وسیله خود شخص، رفع مزاحمت یا احقاق حق به طور مستقیم و شخصی (بدون مراجعه به مراجع قضایی)، خودیاری» (رضوانی نوری، ۱۳۸۰: ۶۷۹).

در مجموع می‌توان این نکات را از تعریف‌های فوق به دست آورد:

- تقاص ممکن است بدون اطلاع مدیون یا بدون رضایت او صورت گیرد؛

- در تقاص آنچه برداشته می‌شود به ازای طلبی است که تقاص کننده دارد؛

- در تقاص قصد یک جانبه وجود دارد؛

- در تقاص قصد تملیک از سوی تقاص کننده لازم است؛

- امکان ترافع قضایی در تقاص محدود است.

در میان کتب فقهی امامیه، عبارت «التوصل بالحق» معادل واژه تقاص بوده (حسینی شیرازی، بی تا، ج ۲: ۱۰۸؛ موسوی گلپایگانی، بی تا، ج ۲: ۹۵) و نزد علمای اهل سنت نیز عبارت «الظفر بالحق» هم معنای آن می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۳۷).

۲-۲- ماهیت حقوقی تقاص

تقاص به عنوان یک حکم شرعی و راهی جهت رسیدن به حق می‌باشد که البته لازم است جهت جلوگیری از هرج و مرج و سوء استفاده افراد، علاوه بر تبیین ماهیت حقوقی تقاص به قلمرو تحقق آن و شرایط و ارکان تشکیل دهنده این نهاد پرداخت.

نکته مهم درباره تقاص، استثنایی بودن این راهکار شرعی است که باعث می‌گردد در هنگام عمل، قدر متیقن لحاظ شود. حقوق دانان معتقدند نباید با وسعت دادن به حکم تقاص، به افراد اجازه داده شود که خود، قانون را در دست گرفته و بدون مراجعه به محاکم نسبت به احقاق حق خویش تلاش کنند (میر محمد صادقی، ۱۳۷۹: ۱۶۷).

از میان فقیهان، صاحب مستند الشیعه، بر این اعتقاد است که تقاص امری است که شارع به عنوان عقوبت عمل مدیونی که منکر دین می‌باشد جایز شمرده است (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۵۲).

ایشان تقاص را نوعی گروکشی و بدل حیلوله معرفی کرده و آن را یک معاوضه جایز (غیر لازم)

می‌داند (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۵۹). صاحب مذهب الاحکام نیز تقاض را معاوضه مادامیه می‌داند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۱۵۱). عده‌ای دیگر از فقیهان نیز تقاض را موجب ملکیت و نوعی معاوضه دائم برشمرده‌اند (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۲: ۸۶۲). مرحوم مامقانی نیز معتقد است اگر مدیون منکر، استرداد آن مال را طلب کند، نیاز به انعقاد معاوضه‌ای جدید است (مامقانی، بی تا: ۴۸۵).

ثمره این دو نظریه در جایی ظاهر می‌شود که اگر تقاض را بدل حیلولة بدانیم، هر زمانی که بدهکار دست از انکار دین برداشته و بخواهد دین را ادا کند می‌تواند مال خود را از تقاض کننده پس بگیرد و در صورتی که تقاض را مفید مالکیت لازم بدانیم، بدهکار نمی‌تواند مال تقاض شده را پس بگیرد، لذا حکم به استرداد آن جایز نیست.

در هر حال، چه تقاض را مفید ملکیت دائم بدانیم یا آن را یک معاوضه مادامیه تلقی کنیم، در ایقاع بودن تقاض اختلافی وجود ندارد؛ زیرا در تقاض، شخص طلبکار، معادل طلب خود را از مال مدیون منکر یا ممتنع یا مماطل تملک می‌کند و در این تملک نیازی به جلب رضایت مدیون نیست و صرف قصد انشاء در این تصرف کفایت می‌کند. حتی در مواردی ممکن است صاحب‌حق، مخفیانه اقدام به اخذ مال خویش کند، لذا طلبکار به طور یک جانبه و با اراده واحد، قصد ایجاد اثر حقوقی خاص نموده، شارع نیز همان اثر را بر قصد یک طرفه بار نموده است. بنابراین تقاض مال، به جهت شرط بودن قبض یا تصرف عملی مال مورد تقاض، از جمله ایقاعات عینی محسوب می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۱۵۱).

نتیجه اینکه در تملک از راه تقاض تنها اراده انشائی تقاض کننده مؤثر بوده و نیازی به اراده صاحب مال یا شخص دیگری نیست.

۲-۳- عناصر تقاض

پیش از پرداختن به عناصر تقاض، به ارکان تشکیل دهنده و یا طرفین [اطراف] تقاض اشاره می‌شود:

۱-۲-۳- شرایط طرفین تقاض

الف: «من له حق المقاصه»؛ یعنی کسی که طلبکار است و حق تقاض و مقاصه کردن دارد که به او «مقاص» یا «تقاض کننده» هم گفته می‌شود.

ب: «من علیه حق المقاصه»؛ یعنی کسی که مدیون بوده و علیه او تقاض می‌شود که به او

«متقاصٌ منه» یا «تقاص شونده» هم گفته می‌شود.

ج: «متقاصٌ علیه»؛ منظور از آن دین یا حقی است که موضوع تعهد مدیون یا تقاص شونده می‌باشد.

د: «متقاصٌ به»؛ یعنی مالی که در اختیار طلبکار قرار گرفته و او می‌خواهد از آن مال به اندازه طلبش بردارد.

در هر یک از ارکان مذکور لازم است که عناصر یا شرایطی موجود باشد تا تقاص تحقق یابد.

۲-۳-۲- شرایط تقاص کننده

الف: وجود کلیه شرایط صحت اعمال حقوقی نظیر «قصد و رضا»، «اهلیت تقاص کننده» و «مشروعیت جهت تقاص»؛

ب: تقاص کننده نسبت به میزان طلب و حق خویش علم داشته باشد (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۳۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۱۲)؛

ج: قبض مال (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۳۹)؛

د: قصد انشاء (فاضل لنگرانی، ۱۴۲۰: ۴۲۵).

۲-۳-۳- شرایط تقاص شونده

الف: ممانعت، امتناع و یا انکار دین. در صورتی که بدهکار بدهی خود را انکار می‌کند یا بدون عذر شرعی نسبت به ادای بدهی خود ممانعت می‌ورزد، طلبکار می‌تواند از اموال او تقاص کند (حسینی خامنه‌ای، ۱۹۹۹، ج ۲: ۲۴۹).

ب: دلیل ممانعت یا انکار بدهکار، وجود حق متقابل نباشد (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۳۶)؛

ج: داشتن اهلیت تقاص شونده؛

د: ملء بودن تقاص شونده (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۴۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۱۵۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۱۴)؛

ه: اموال تقاص شونده محترم باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲: ۱۹۶).

۲-۳-۴- شرایط متقاصٌ علیه

الف: عین یا منفعت و یا دین بودن (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۱۵)؛

ب: عدم امکان اقامه دعوی در محاکم قضایی.

برخی از فقها معتقدند در صورت امکان ترافع قضایی، تقاض جایز نیست (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۶: ۶۹؛ مامقانی، بی تا، ۴۸۴). لذا اگر موضوع تعهد از طریق مراجع قضایی مطالبه شده، قابل تقاض نبوده و حتی اگر تقاض صورت گیرد، مال به ملکیت تقاض کننده در نمی آید (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۴۰).

عده‌ای از حقوق دانان این عنصر را تحت عنوان «عدم استمداد از قوای عمومی» مطرح کرده‌اند. با این عنصر، تهاثر قضایی از موضوع بحث خارج می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۴۰). عده‌ای از فقها نیز بر این باورند که از تمسک به اطلاق آیات و روایات استنادی در مقام جواز تقاض، به دست می آید که حتی در صورت امکان ترافع قضایی، تقاض بلاشکال است (حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۰: ۱۳۰؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۵: ۵۴ و ۵۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۱۴۹). به نظر می رسد به دلیل استثنایی بودن تقاض و اینکه خلاف قاعده بوده و امکان سوء استفاده از آن و ایجاد هرج و مرج وجود دارد، لذا باید به قدر متیقن در آن، که صورت عدم امکان ترافع است، اکتفا نماییم.

ج: عدم وجود خوف فتنه و فساد در انجام تقاض (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۳۷).

۵-۳-۲- شرایط متقاض به

الف: مفروز بودن (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۳۸)؛

ب: معلوم و معین بودن؛

ج: متقاض به نباید از مستثنیات دین باشد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۱۵۷)؛

د: متقاض به نباید به حق غیر تعلق داشته باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۱۵).

۴-۲- وجوه اشتراک و افتراق بازفروش و تقاض

از وجوه افتراق میان بازفروش و تقاض می توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف) بازفروش به عنوان یکی از ضمانت اجراهای غیر قضایی مطرح شده، حال آنکه تقاض یک راه شرعی استثنایی و ویژه جهت رسیدن به حق قلمداد شده است.

ب) بازفروش عقدی است دو جانبه که طرفین آن فروشنده و خریدار دوم و یا خریدار اول و خریدار دوم می باشند، لیکن تقاض بنابر نظر اکثر فقها، ایقاع و یک جانبه می باشد.

ج) بازفروش گاهی به عنوان حق و گاهی به عنوان تکلیف مطرح می‌شود، در حالی که تقاص صرفاً یک حق به حساب می‌آید.

د) نتیجه بازفروش انتقال کالا از خریدار اول به خریدار دوم است، اما نتیجه تقاص، ملکیت دائم یا متزلزل مال برای تقاص کننده است.

ه) بنابر یک قول، از عناصر اصلی تقاص، جحد یا انکار عالمانه مدیون می‌باشد، در حالی که چنین عنصری در بازفروش نقشی ندارد.

و) از دیگر عناصر مهم در تحقق جواز تقاص، عدم امکان ترافع قضایی است، در حالی که در بازفروش امکان اقامه دعوی وجود دارد.

خلاصه اینکه علی‌رغم شباهت‌های متعدد از جمله «غیر قضایی بودن بازفروش و تقاص»، «لزوم بازگرداندن مابقی حق»، «ضرورت اهلیت داشتن بازفروش کننده و تقاص کننده» و...، نمی‌توان وجوه افتراق این دو نهاد را نادیده گرفت. بنابراین شاید این احتمال تقویت شود که تفاوت‌های میان بازفروش تقاص بنیادین بوده و نمی‌توان بازفروش را از طریق تقاص توجیه نمود.

در پاسخ به این احتمال می‌توان چنین استدلال کرد که به هر حال هر عمل یا واقعه حقوقی، خواه عقد و خواه ایقاع، ویژگی‌های خاص خود را داشته و به عنوان وجه تمایز آن با سایر اعمال و وقایع مطرح می‌شود به گونه‌ای که بدون آنها امکان به وجود آمدن و تحقق ندارد. تفاوت‌های برشمرده شده از جمله ویژگی‌های خاص هر یک از دو نهاد بازفروش و تقاص به شمار آمده و نمی‌توان نتیجه این تفاوت‌ها را وجود اختلاف بنیادین میان آنها تلقی کرد. هم‌چنانکه معتقدیم بازفروش راهی جهت استیفای حقوق متعهدله بدون لزوم مراجعه او به محاکم قضایی است، تقاص نیز راهی جهت رسیدن به حق ذکر گردیده است. به بیان دیگر، هم‌چنانکه بازفروش یک روش استثنایی برای برون رفت از بلا تکلیفی محسوب شده و راهی جهت استیفای حقوق متعهدله بدون لزوم مراجعه او به محاکم قضایی است، تقاص نیز تأسیسی است شرعی که خلاف قاعده بوده و در شرایط خاصی برای توصل به حق تلقی می‌شود. عقد بودن بازفروش یا ایقاع بودن تقاص خدشه‌ای به تقریب این دو تأسیس وارد نمی‌کند و حتی می‌توان بازفروش را یکی از روش‌های توصل به حق و در نتیجه عملی کردن تقاص مطرح نمود. به طور مثال، فروشنده‌ای کالای مورد معامله را به جهت تأخیر غیر متعارف خریدار در پرداخت ثمن، از باب تقاص تملک کرده و به شخص ثالثی بازفروش می‌نماید.

هر چند این استدلال مستلزم غمض عین از «لزوم انکار از جانب مدیون در تحقق تقاض»، «عدم امکان ترافع قضایی به عنوان یکی از عناصر تقاض» و «تحقق تملک در تقاض» است، لیکن از آنجایی که برخی از فقها «مماطله» را نیز شرط تحقق تقاض دانسته و «امکان ترافع قضایی» را هم مانعی در تحقق تقاض نمی‌دانند، چنین مسامحه‌ای قابل قبول می‌باشد و تنها «تحقق تملک در تقاض» با «انجام بازفروش به نمایندگی از طرف مقابل» در تعارض خواهد بود که صرف این اختلاف را نمی‌توان بنیادین تلقی کرد. بنابراین می‌توان گفت اگر مماطله را از ارکان تقاض دانسته و امکان ترافع قضایی را در تقاض بپذیریم، تقاض و بازفروش شبیه یکدیگر می‌شوند. بنابراین هر زمان که شرایط تقاض جمع باشد، می‌توان ضمن تملک مال به قصد تقاض، آن را بازفروش کرده و حساب مابقی را به شخص مقابل بازگرداند.

نتیجه‌گیری

بر اساس مواد کنوانسیون، بازفروش یک روش استثنایی برای برون رفت از بلا تکلیفی محسوب می‌شود؛ بنابراین در شرایط متعارف، امکان بازفروش وجود ندارد. به دلیل استثنایی بودن بازفروش، لازم است شرایط و موجبات آن به طور کامل مهیا باشد، زیرا تعمیم بدون قید و شرط این روش در تمام موارد موجب بی‌اعتمادی طرفین معامله، به‌ویژه خریدار می‌گردد و باعث می‌شود هیچ خریداری نتواند با خیال راحت طرف قبول معاملات قرار گیرد. بازفروش اجرای عین تعهد را محدود می‌نماید. هم‌چنین از ویژگی‌های اصلی بازفروش در کنوانسیون، استیفای حقوق متعهدله بدون لزوم مراجعه او به دادگاه و اقامه دعوی است.

طبق ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، بازفروش بدون اینکه مبتنی بر فسخ معامله سابق باشد گاهی به عنوان یک حق و گاهی به منزله یک تکلیف قلمداد می‌شود.

آنچه به عنوان بررسی امکان بازفروش می‌توان عنوان داشت این است که چنین اقدامی در حقوق ایران حکم معاملات فضولی را خواهد داشت، مگر اینکه از باب تقاض شود. بازفروش مخالف صریح قانون نبوده و طرفین معامله می‌توانند آن را به عنوان یک شرط ضمن عقد میان خود قرار دهند که در این صورت به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی چنین اشتراطی نافذ خواهد بود.

منابع

- آشتیانی، میرزا محمد حسن. (۱۴۲۵ق.) کتاب القضاء، قم: زهیر، چاپ اول، دو جلدی.
- ارسطو، محمد جواد. (۱۳۸۱) «بازفروش کالا»، پژوهشنامه حکمت و فلسفه اسلامی (طلوع)، شماره ۳ و ۴.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۴۰) تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- _____ (۱۳۸۱) فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل موازنه، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- _____ (۱۳۸۶) الفارق، تهران: گنج دانش، چاپ اول، دو جلدی.
- جعفری، محمد رضا. (۱۳۸۵) فرهنگ نشر نو، تهران: دانشیار، چاپ دوم.
- حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۹۹۹) اجوبه الاستفتائات، کویت: دار النبأ، چاپ اول، دو جلدی.
- حسینی روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق.) فقه الصادق (ع)، قم: دار الکتب، چاپ اول، بیست و پنج جلدی.
- حسینی شیرازی، سید محمد. (بی تا) الفقه (کتاب القضاء)، قم: مطبعة سید الشهداء، بی چاپ.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد. (بی تا) مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، لبنان: دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ده جلدی.
- حسینی، سید محمد. (۱۳۸۵) فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی، تهران: سروش، چاپ دوم.
- خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق.) جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، شش جلدی.
- رمضان‌نوری، محمود. (۱۳۸۰) فرهنگ حقوقی، تهران: خط سوم، چاپ چهارم.
- سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق.) مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم: المنار، چاپ چهارم، بیست و هفت جلدی.
- صفایی، سید حسین و دیگران. (۱۳۸۴) حقوق بیع بین المللی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۷۵) مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران: میزان، چاپ اول.

- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۴ق.) *تکلمة العروة الوثقی*، قم: داوری، چاپ اول، دو جلدی.
 - علامه حلی، حسن ابن یوسف. (۱۴۱۰ق.) *ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، دو جلدی.
 - فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۰ق.) *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (القضاء و الشهادات)*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول.
 - گلکاریان، قدیر و دیگران. (۱۳۸۴) *فرهنگ حقوق انگلیسی به فارسی*، تهران: دانشیار، چاپ اول.
 - مامقانی، عبدالله. (بی تا) *مناهج المتقین فی فقه الائمة الحق و الیقین*، چاپ سنگی.
 - مختاری مازندرانی، محمد حسین و علی اصغر مرادی. (۱۳۷۷) *فرهنگ اصطلاحات فقهی*، تهران: انجمن قلم ایران، چاپ اول.
 - مشکینی، علی. (۱۳۷۹) *مصطلحات الفقه*، قم: الهادی، چاپ دوم.
 - موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا) *تحریر الوسیلة*، قم: دار العلم، چاپ اول، دو جلدی.
 - موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. (بی تا) *کتاب القضاء*، به قلم سید علی میلانی، قم: دارالقرآن، بی چاپ، دو جلدی.
 - میر محمد صادقی، حسین. (۱۳۷۹) *جرایم علیه اموال و مالکیت*، تهران: میزان، چاپ هفتم.
 - نایب زاده، اکبر. (۱۳۸۶) *اصطلاحات حقوقی در زبان عربی*، قزوین: طه، چاپ اول.
 - نراقی، مولی احمد. (۱۴۱۵ق.) *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، هفده جلدی.
 - هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۴) *فرهنگ فقه*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، دو جلدی.
- Dimatteo, Larry A. et al. (2005), *International Sales Law and a Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, U.S.: Cambridge University Press, First edition.
 - Enderline, Fritz and Dietrich Maskow (1992), *International Sales Law*, Oshna Press.
 - Guest, A. G. (General Editor) (1997), *Benjamin's Sale of Goods*, London: Sweet and Maxwell, Fifth edition.

- Honnold, John O. (1999), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, U.S., Third edition.
- Huet, Jérôme (1996), *Les Principaux Contracts Spéciaux, Traité de Droit Civil*, Paris: L.G.D.J. Press.
- Macintyre, Ewan (2001), *Business Law*, Harlow: Longman / Pearson Education, First edition.
- Schlechtriem, Peter (1998), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, New York: Oxford University Press, First edition.
- Schwenger, Ingeborg and Christiana Fountoulakis (2007), *International Sales Law*, New York: Routledge, Cavendish, First edition.
- Secundum, (1991), *Corpus Juris Secundum*, U.S.A.: West.
- Treitel, Guenter Heinz (1991), *Remedies for Contract: A Comparative Account*, U.S.A.: Clarendon Press.
- Williston (1993), *Williston on Contracts*, London: Sweet & Maxwell, Limited, Forth edition.