

مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شماره سی و سوم، ۱۳۸۴، صص ۳۰۲ - ۲۷۱

ناممکن شدن ردّ مبیع و اعمال حق فسخ خریدار «بررسی تحلیلی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران»

دکتر اکبر میرزانهژاد جویباری*

چکیده

تحول و توسعه چشمگیر تجارت در سده اخیر، وضع قواعد و مقررات جدید یا دست کم بازنگری و تجدید نظر در بسیاری از قواعد و مقررات موجود را جهت رفع نیازها و مطالبات تازه فعالان تجاری ضروری ساخته است. یکی از این موضوعات و قواعد در حوزه قراردادهای بیع، اعم از داخلی یا بین‌المللی، چگونگی اعمال حق فسخ خریدار در فرضی است که وی توان ردّ کالایی را که در اجرای قرارداد از فروشنده دریافت کرده، ندارد و در عین حال می‌خواهد از حق فسخی که به او داده شده، بهره برد. بررسی تأثیر این ناتوانی در اعمال حق فسخ خریدار از منظر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران محور مطالعه این نوشتار بوده و سعی شده است به برخی پرسش‌های عمده در این باره پاسخ داده شود.

*. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.

نتایج این مقاله حکایت از آن دارد که گرایش و جهت گیری کلی کنوانسیون به سوی پذیرش عدم جواز فسخ در صورت ناتوانی خریدار از ردّ کالا است. در حقوق ایران هم به رغم شهرتی که نظریه جواز فسخ در این گونه موارد دارد، با تکیه بر مبانی و استدلال‌های تازه و نگاهی همسو با نیازها و مطالبات امروز می‌توان از نظریه عدم جواز فسخ دفاع کرد.

کلید واژگان: فسخ - ردّ مبیع - کنوانسیون وین - تلف و نقص مبیع -

تغییر مبیع.

مقدمه

تحول و توسعه بی سابقه و حیرت انگیز تجارت در سده اخیر، نیازها و مطالبات جدیدی را برای فعالان این حوزه تعریف و تحمیل کرده است. شدت و عمق این تحول به حدی بوده که این فکر را به صورت جدی تقویت کرده است که دیگر بسیاری از قواعد و مقررات گذشته نمی تواند پاسخگوی نیازها و واقعیات امروز باشد و باید جای خود را به قواعد و مقررات تازه داده یا دست کم مورد بازبینی و تجدید نظر قرار گیرند. یکی از این موضوعات و قواعد، چگونگی تأمین نظر خریدار و فروشنده در فرضی است که خریدار توان ردّ کالایی را که در اجرای قرارداد دریافت داشته و اکنون باید به هنگام فسخ، آن را به فروشنده بازگرداند، ندارد. در این گونه موارد پرسش عمده و قابل تأمل این است که آیا خریداری که قادر به ردّ کالا با همان وضعیت و اوصاف هنگام تحویل (قبض) به فروشنده نیست، مجاز است از حق فسخ خود بهره برد؛ در صورت مثبت بودن پاسخ، خریدار چه تعهدی در برابر فروشنده دارد؟ آیا باید به جای کالای دریافت شده، مثل یا قیمت آن را به فروشنده بپردازد؟ چنانچه پاسخ به پرسش مهم فوق منفی است، چه راه حلی برای جبران زیان خریدار که بدین وسیله از اعمال حق فسخ خویش محروم می شود، می توان در نظر گرفت؟ در صورتی که کالای دریافتی دستخوش تغییرات جزئی شده و به این دلیل رد آن دقیقاً با همان وضعیت و اوصاف هنگام قبض ممکن نباشد، نحوه اعمال حق فسخ خریدار چگونه خواهد بود؟ در این نوشتار تلاش شده است پرسش های فوق ابتدا از منظر کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰ وین)^۱ مورد بررسی و

۱. کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا (Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods) در سال ۱۹۸۰ در وین، پایتخت اتریش، به تصویب رسید. با وجود این که این کنوانسیون یکی از مهم ترین اسناد بین المللی در حوزه بیع به شمار می رود و کشورهای بسیاری از نظامهای حقوقی کامن لا، رومی ژرمنی، اسلام و حقوق سوسیالیستی بدان ملحق شده اند، ایران تاکنون

تجزیه و تحلیل قرار گیرد و سپس با نگاه و تأملی تازه و با تکیه بر مبانی و پیشینه فقهی موضوع و ملاحظه واقعیات و نیازهای اقتصادی و حقوقی جامعه، جایگاه این بحث در حقوق ایران که خالی از ابهام نیست، تبیین گردد. بر این اساس مطالب این مقاله در دو مبحث ارائه می‌شود: در مبحث نخست پاسخ کنوانسیون به پرسش‌های فوق مطالعه خواهد شد و در مبحث دوم هم موضع حقوق ایران در این باره بررسی می‌شود.

مبحث نخست: کنوانسیون

ابتدا باید دانست که مطابق مقررات کنوانسیون، مشتری در صورت نقض قرارداد از سوی بایع در برخی موارد خاص و با رعایت پاره‌ای از شرایط مشخص می‌تواند قرارداد را فسخ کند؛ اولین و مهم‌ترین سبب فسخ، نقض اساسی قرارداد توسط فروشنده است (بند یک ماده ۴۹)؛ لیکن گاه خریدار می‌تواند بر اساس دلایل و نشانه‌های مؤثر حاکی از وقوع نقض اساسی در آینده نیز قرارداد را پیشاپیش فسخ کند (ماده ۷۲) که دومین سبب فسخ به شمار می‌رود؛ سبب سوم فسخ قرارداد از سوی مشتری فرضی است که وی با اعطای مهلت اضافی معقول به فروشنده و عدم اجرای قرارداد در این مدت، آن را فسخ می‌کند که فسخ قرارداد به دلیل انقضای مهلت اضافی نامیده می‌شود.^۲

اعمال حق فسخ خریدار مشروط به رعایت شرایطی است که مهم‌ترین آن امکان ردّ کالایی است که وی در اجرای قرارداد از فروشنده دریافت کرده است.

بدان نپیوسته است.

۲. برای آگاهی بیشتر راجع به اسباب سه‌گانه فسخ در کنوانسیون رک. میرزا نژاد جویباری، اکبر، فسخ و آثار آن در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و مقایسه آن با حقوق انگلیس، فرانسه و ایران، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.

ماده ۸۲ کنوانسیون در این باره مقرر می‌دارد: «۱- چنانچه برای مشتری اعاده کالا عمدتاً با همان وضعیتی که آنها را دریافت داشته است مقدور نباشد، حق اعلام فسخ یا الزام بایع به تسلیم بدل کالا را از دست خواهد داد. ۲- بند پیشین شامل موارد زیر نخواهد بود: الف) چنانچه عدم امکان اعاده کالا یا عدم امکان اعاده آن عمدتاً با همان وضعیتی که مشتری دریافت نموده است، ناشی از فعل یا ترک فعل وی نباشد. ب) چنانچه تمام یا قسمتی از کالا بر اثر بازرسی موضوع ماده ۳۸ از بین رفته یا در معرض نابودی قرار گرفته باشد. ج) چنانچه تمام یا قسمتی از کالا، پیش از این که مشتری عدم انطباق آن را کشف نماید یا می‌باید کشف می‌کرد، در جریان عادی کسب وی فروخته شده یا در جریان عادی استفاده مشتری مصرف شده یا تغییر شکل داده باشد»^۳.

همانطور که ملاحظه می‌شود، کنوانسیون در این خصوص ابتدا قاعده‌ای را پایه‌گذاری کرده که به موجب آن در صورت عدم امکان رد کالا مشتری از اعمال حق فسخ خویش محروم می‌شود و سپس به مواردی به عنوان استثناء اشاره و اعلام می‌کند با رعایت پاره‌ای شرایط مشخص مشتری می‌تواند علی‌رغم غیرقابل رد بودن کالا قرارداد را فسخ کند. بر این اساس مطالب این مبحث در دو گفتار ارائه خواهد شد: در گفتار نخست قاعده یاد شده مورد بررسی و مطالعه قرار خواهد گرفت و در گفتار دوم هم استثنائات وارده بر این قاعده تجزیه و تحلیل خواهد شد.

گفتار نخست - عدم امکان فسخ قرارداد به عنوان قاعده

همانطور که اشاره شد، بند ۱ ماده ۸۲ کنوانسیون به عنوان قاعده

^۳ لازم به ذکر است ترجمه برخی از مواد کنوانسیون که در این مقاله مورد استفاده قرار گرفته، از مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش ۹، پاییز و زمستان ۶۷، نقل شده است.

مقرر می‌دارد، چنانچه خریدار نتواند اصل کالا را بازگرداند یا قادر به بازگرداندن آن با همان وضعیت هنگام قبض نباشد، حق ندارد قرارداد را فسخ کند. این حکم به آسانی قابل توجیه است، زیرا وقتی فسخ خریدار را ملزم به اعاده کلیه اموالی می‌کند که دریافت کرده است، نباید به او اجازه داد به هنگامی که قادر نیست آثار آن از جمله ردّ کالا را به مرحله اجرا بگذارد، به طرف قرارداد چنین ضمانت اجرایی را تحمیل کند.⁴

تبیین و درک درست این قسمت از ماده و چگونگی اعمال آن مستلزم تأمل و دقت در چند نکته مهم است:

نخست این که تغییر عمده کالا که مانع اجرای حق فسخ تلقی شده است، به چه معناست و تغییر جزئی و غیرعمده کدام است؟ دیگر آن که برای احراز توان ردّ کالا چه زمانی باید مد نظر قرار گیرد؟ زمان اعلام فسخ یا زمان تسلیم؟ به بیان دیگر آیا ایجاد تغییرات اساسی در کالا پس از اعلام فسخ، آن را بی اعتبار می‌سازد یا تأثیری در آن ندارد؟ با توجه به پرسش‌های مطرح شده، مطالب به ترتیب در دو قسمت ارائه خواهد شد:

الف- مفهوم تغییر اساسی کالا

ب- زمان ارزیابی توان ردّ کالا

الف) مفهوم تغییر اساسی کالا

همواره ممکن است کالاهای تسلیم شده در اثر استفاده عادی یا حتی گذر زمان دچار خسارت‌هایی شده و به طور طبیعی، تازگی و طراوت اولیه‌شان را از دست بدهند، اعاده کالا دقیقاً با همان وضعیت هنگام قبض

4. (V.) Heuzé, La Vente Internationale de Marchandise, Droit Uniforme, Paris, 1992, n° 415, p. 313.

هیچگاه، یا دست کم در قریب به اتفاق موارد مقدور نیست. بنابراین در صورتی که رد کالا بدون کمترین تغییر، شرط اعلام فسخ به شمار می‌آید، خریدار عملاً از استناد به این حق محروم می‌شود. برای اجتناب از این نتیجه نامطلوب و ایجاد تعادل میان حقوق فروشنده و خریدار، بند یاد شده از ماده ۸۲، خریدار را ملزم نساخته است که کالا را دقیقاً به همان نحوی که دریافت داشته، تحویل دهد، بلکه برای امکان اعلام فسخ کافی است که کالا عمدتاً در همان وضعیت اولیه قرار داشته و دستخوش تغییرات اساسی نشده باشد. در واقع باید تغییرات جزئی ناشی از فرسودگی طبیعی کالا و گذشت زمان را مد نظر قرار داد^۵ و آن را مانع از اعلام فسخ و رد ندانست. می‌توان گفت ذکر عبارت «عمدتاً به همان وضعیت هنگام دریافت» در بند ۱ ماده ۸۲ تا حدی به ضرر فروشنده است، زیرا به خریدار اجازه می‌دهد که علی‌رغم تغییرات جزئی ایجاد شده در کالا، ظرف یک مهلت متعارف، در اجرای بند ۲ ماده ۴۹ قرارداد را فسخ کند.^۶ به تعبیر دیگر از عبارت مزبور چنین استنباط می‌شود که خسارت غیراساسی و جزئی^۷ یا فرسودگی طبیعی^۸ کالا مانع از اعمال حق فسخ نیست.^۹ گرچه خریدار در این گونه موارد در صورت مطالبه بائع، ملزم به جبران زیان ناشی از این تغییر خواهد بود،^{۱۰} لیکن تغییر در وضعیت کالا نباید در حدی باشد که وادار ساختن فروشنده به قبول آن نامعقول و نامناسب جلوه کند.^{۱۱}

5. Ibid.

6. (B.) Audit, La Vente Internationale de Marchandise, Convention des Nations - Unies du 11 Avril 1980, Paris, L. G. D. J., 1990, n° 192, p. 184.

7. Insubstantial damage.

8. Normal wear and tear.

9. (P.) Schlechtriem, Law Economics International Trade Uniform Sale, The Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Volume 3 and 9, London, 1986, p. 346.

10. Ibid.

11. (A.) Kritzer, Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts

منع خریدار از به کارگیری حق فسخ در صورت بروز تغییرات اساسی در کالا منجر به بی‌عدالتی و تحمیل ضرر بر وی نمی‌شود؛ زیرا او می‌تواند از سایر ضمانت‌اجراهای ناشی از نقض قرارداد نظیر تقلیل ثمن یا مطالبه خسارت استفاده کند، حال آن‌که در عوض، تحمیل چنین کالایی به فروشنده با توجه به مشکلات مربوط به فروش مجدد این دسته از کالاها ناعادلانه بوده و مستلزم ورود خسارت شدید به وی است.^{۱۲}

ب) زمان ارزیابی توان ردّ کالا

از ظاهر بند ۱ ماده ۸۲ چنین برداشت می‌شود که امکان یا عدم امکان اعاده کالا، به هنگام اعلام فسخ قرارداد ضروری است نه هنگام تسلیم؛^{۱۳} زیرا، آنچه از منطوق این ماده برمی‌آید این است که عدم امکان ردّ کالا، حق اعلام فسخ را از بین می‌برد و بی‌اثر شدن حق فسخ به دلیل غیرممکن شدن اعاده کالا پس از اعلام فسخ را نمی‌توان از این ماده استنباط کرد. کما این‌که دادگاه عالی منطقه‌ای فرانکفورت آلمان نیز در دعوایی که فروشنده ادعای فسخ را به دلیل عدم امکان ردّ کالا از سوی مشتری غیرموجه توصیف کرده بود، چنین اعلام کرد که این قاعده شامل تلف یا نقص‌هایی می‌شود که قبل از اعلام فسخ رخ داده باشد نه پس از آن.^{۱۴} از طرفی بعد از اعلام فسخ به طور صحیح و در نتیجه انحلال قرارداد، عدم

for the International Sale of Goods, 1989, Kluwer Publishing, p. 532.

12. (J.) Honold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 2th ed., 1991, Kluwer Publishing, n^o 447, p. 566.

13. Czerwenka, n^o3, Article 82, cf. (K.) Neumayer and (Catch.) Ming, Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandise, Commentaire, ed. par (F.) Dessemontet, 1993, Publication GEDIDAG, p. 549.

14. Germany, 179, 1971, RIW 1991, p. 950 et s. cf. (G.) Witz, Les Premiers Applications Jurisprudentielles du Droit Uniforme de la Vente Internationale Convention des Nations - Unies du 11 Avril 1980, Paris, 1995, L. G. D. J., p. 101.

ترتیب اثر بر آن خلاف قاعده و نامعقول است، از این رو شاید بتوان ادعا کرد که تلف یا نقص پس از اعلام فسخ تأثیری در حق مشتری نداشته و سبب بی‌اعتباری فسخ اعلام شده نمی‌گردد. با این حال، از آنجا که اعاده کالا که در بند ۲ ماده ۸۱ بدان تصریح شده و طرفین قرارداد در صورت فسخ ملزم به رعایت آن شده‌اند مفهومی واقعی و مطلق بوده که شامل فرض قبل و بعد از اعلام فسخ، هر دو می‌شود و از طرفی بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون که مقرر می‌دارد در موارد سکوت باید بر طبق اصول کلی که کنوانسیون مبتنی بر آن است، موضوعات را حل و فصل نمود، به نظر می‌رسد باید عدم امکان اعاده کالا پس از اعلام فسخ را نیز موجب بی‌اعتباری فسخ اعلام شده و عدم ترتب آثار آن دانست، زیرا مبنای اصلی وضع بند ۱ ماده ۸۲ آن است که از ورود ضرر فاحش و غیرعادلانه به فروشنده و تحمیل آثار فسخ بر او به هنگامی که مشتری قادر به ردّ کالا نیست، جلوگیری کند. این ملاک کلی در این فرض نیز وجود دارد و لذا باید مبنای تفسیر قرار گیرد و با رعایت آن نتیجه‌ای جز آنچه گفته شد، نمی‌توان گرفت. به علاوه این که در عالم حقوق، بی‌اعتباری عمل حقوقی گذشته، به دلیل وقوع حوادث جدید چندان نامعقول و غیرقابل تصور نیست. تأثیر تلف یا نقص فاحش کالا پس از اعلام فسخ در بی‌اعتباری فسخ اعلام شده قبلی، همانند درج شرط فاسخ در برخی از نظام‌های حقوقی نظیر حقوق فرانسه است که به محض تحقق، قراردادی را که صحیح و مطابق شرایط و ضوابط قانونی منعقد شده است، از ابتدا بی‌اعتبار می‌سازد.^{۱۵} وقتی که تراضی طرفین این قدرت و اختیار را در عالم حقوق دارد که برخلاف قواعد علوم طبیعی، تحقق حادثه‌ای را در آینده موجب بی‌اعتباری عمل حقوقی صحیح در

15. (J.) Ghestin et (B.) Deshe, *Traité des Contrats, La Vente*, 1990, Paris, L. G. D. J., n° 557, p. 624.

گذشته قرار دهد، انجام چنین کاری از سوی قانونگذار نیز در موارد استثنائی و بنا به دلایل و مصالح خاص، معقول و پذیرفتنی است.^{۱۶} این نتیجه یعنی لزوم امکان رد کالا، حتی پس از اعلام فسخ از ارتباط متقابل تعهدات طرفین به هنگام استرداد که قسمت اخیر بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون بدان اشاره کرده است، نیز استنباط می‌شود،^{۱۷} زیرا مطابق ظاهر این قسمت از ماده، فروشنده حتی پس از اعلام فسخ در صورتی ملزم به رد ثمن به خریدار است که وی نیز همزمان مبیع دریافتی را به فروشنده بازگرداند.

گفتار دوم - استثنائات وارده

بر قاعده کلی مندرج در بند ۱ ماده ۸۲ استثنائاتی وارد آمده است. قلمرو و دامنه این استثنائات نیز به حدی است که به قول برخی از نویسندگان می‌توان ادعا کرد که جای استثناء و قاعده عوض شده است و به دیگر سخن استثناء غالب بر اصل است.^{۱۸}

به موجب این استثنائات در چند مورد خریدار علی‌رغم عدم امکان رد کالا به طور کلی یا عدم امکان اعاده آن با همان وضعیت هنگام قبض می‌تواند قرارداد را فسخ کند. بند ۲ ماده ۸۲ به این موارد اشاره نموده که از آنها در سه قسمت به ترتیب زیر بحث و گفتگو می‌کنیم: الف) نقص یا تلف کالا در اثر امور خارج از اختیار خریدار، ب) تلف یا نقص در نتیجه بازرسی موضوع ماده ۳۸ کنوانسیون، ج) فروش، مصرف یا تبدیل کالا در جریان عملیات عادی تجارت.

۱۶. کما این که قانونگذار ما نیز در ماده ۲۵۸ ق.م. در بحث از چگونگی تأثیر اجازه مالک در معامله فضولی نسبت به منافع کالای مورد معامله، اجازه را از روز انعقاد عقد فضولی مؤثر دانسته است، در حالی که عقد از تاریخ اجازه کامل و علت تامه آن محقق شده است.

17. (F.) Enderlein and (D.) Maskow, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, 1992, Oceana Publications, p. 346.

18. (F.) Enderlein and (D.) Maskow. op.cit., p. 346.

الف) نقص یا تلف کالا در اثر امور خارج از اختیار خریدار

اولین استثنائی که بر این قاعده کلی وارد شده، این است که نقص یا تلف کالا منتسب به خریدار نباشد؛ در واقع تدوین کنندگان کنوانسیون نخواسته‌اند به خریداری که خود سبب نقص یا تلف کالا شده، اجازه دهند که قرارداد را فسخ کرده و وضعیت نامطلوبی را بر فروشنده تحمیل کند. هنگامی که نقص یا تلف کالا منسوب به فعل خریدار نیست، ممکن است یکی از سه شق زیر را بتوان تصوّر کرد:

۱- تلف یا نقص منسوب به فعل فروشنده است، ۲- فعل شخص ثالثی که مسؤولیت افعال وی با خریدار نیست، سبب نقص یا تلف کالا می‌شود، ۳- تلف یا نقص کالا نتیجه فورس ماژور است و به هیچیک از طرفین قرارداد و اشخاص ثالث قابل انتساب نیست.

در هیچیک از این سه صورت، تلف یا نقص کالا مانع از اعمال حق فسخ خریدار نمی‌شود. بنابراین اگر عیوب خود کالا اعم از نحوه بسته‌بندی، کیفیت ضد عفونی در مواد خوراکی و غیره سبب ورود خسارت شود، خریدار از اعمال حق فسخ خویش محروم نخواهد شد؛ همچنان که اگر عیبی در کالا وجود داشته باشد که متعاقباً در اثر این عیب، کالا تلف گردد، خریدار کماکان حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.^{۱۹}

اینک باید دید مقصود از «فعل یا ترک فعل» که در این ماده بدان اشاره شده است، چیست؟ به تعبیر دیگر، معیار لازم برای تشخیص این که عدم امکان اعاده کالا نتیجه فعل یا ترک فعل خریدار است یا خیر، کدام است؟

بی‌تردید اگر مشتری تعهدی را که به موجب قرارداد یا کنوانسیون به عهده گرفته است، ترک کند یا موضوعی را که تعهد به ترک آن نموده

19. (P.) Schlechtriem, op.cit., p. 106.

است، انجام دهد، می‌توان گفت که نتیجه حاصله ناشی از فعل یا ترک فعل اوست. از ظاهر عبارت قسمت (الف) بند ۲ ماده ۸۱ چنین استنباط می‌شود که صرف عدم انتساب تلف یا نقص به فعل یا ترک فعل خریدار، برای استفاده از حق فسخ کافی است.^{۲۰}

در واقع از سه فرض فوق، صورت نخست که تلف یا نقص منسوب به فعل فروشنده است، بحث خاصی ندارد؛ زیرا بی‌تردید نقص یا تلف از فعل یا ترک فعل مشتری نشأت نگرفته است. اما برای درک مفهوم فعل منتسب به شخص ثالث یا فورس ماژور یعنی فرض دوم و سوم می‌توان از معیاری که ماده ۷۹ کنوانسیون^{۲۱} در زمینه مطالبه خسارت ارائه کرده است، بهره جست. با استفاده از معیار مندرج در این ماده، مشتری در صورتی از اعمال حق فسخ محروم نمی‌شود که تلف یا نقص کالا ناشی از مانعی خارج از اقتدار او بوده و نتوان از او انتظار داشت که آن را پیش‌بینی کرده و از بروز عواقب و آثار آن جلوگیری نماید؛ اعم از این که مانع خارجی فعل فروشنده یا شخص ثالث یا فورس ماژور باشد. البته در صورتی که تلف یا نقص منسوب به شخص ثالثی باشد که از طرف مشتری به کار گمارده شده است، اعمال قسمت (الف) بند ۲ ماده ۸۲ در مورد وی منوط به این است که شرایط فوق در مورد شخص ثالث نیز وجود داشته باشد (مستفاد از ملاک بند ۲ ماده ۷۹).

20. (B.) *Audit La Vente Internationale de Marchandise*, n° 192, p. 184; (K.) Neumayer and (Catch.) Ming, *op.cit.*, p. 550.

۲۱. ماده ۷۹ کنوانسیون مقرر می‌دارد «۱- طرفی که هر یک از تعهدات خود را ایفا نکرده است، چنانچه ثابت نماید که عدم ایفا به واسطه حادثه‌ای خارج از اقتدار او بوده و ثابت کند که نمی‌توان عرفاً از او انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد، آن را ملحوظ داشته یا از آن یا آثار آن اجتناب نموده یا آنها را دفع کرده باشد، مسؤول نخواهد بود. ۲- اگر قصور طرف، ناشی از قصور شخص ثالثی باشد که برای اجرای تمام یا قسمتی از قرارداد او را به کار گرفته است، طرف مزبور تنها در صورتی از مسؤولیت معاف می‌باشد که الف) به موجب بند پیشین از مسؤولیت معاف باشد. ب) متصدی انجام تعهد از جانب او نیز، در صورت اعمال مقررات بند پیشین بر او، از مسؤولیت مبری باشد...».

ب) تلف یا نقص کالا در اثر بازرسی موضوع ماده ۳۸

مطابق ماده ۳۸ کنوانسیون^{۲۲}، خریدار ملزم است و حق دارد در کوتاه‌ترین زمان ممکن با توجه به اوضاع و احوال مورد، نسبت به بازرسی و آزمایش کالا اقدام نماید. در واقع با بازرسی کالا است که امکان کشف عدم مطابقت کالا با اوصاف مورد نظر فراهم می‌گردد. مقصود از بازرسی نیز آن است که خریدار به منظور اطمینان از مطابقت کالا با اوصاف مذکور در قرارداد یا حتی جستجوی سبب و علت نقص و یا تعمیر و رفع آن به این امر مبادرت ورزد. مطابق قسمت (ب) بند ۲ ماده ۸۲ هرگاه کالا در اثر بازرسی و آزمایش انجام شده از سوی خریدار تلف یا ناقص شود و در نتیجه امکان رد آن با همان وضعیت هنگام دریافت وجود نداشته باشد، خریدار حق فسخ خویش را از دست نمی‌دهد.

ماده مزبور فرض را بر این می‌نهد که نقص یا تلف کالا نتیجه ضروری بازرسی بوده نه روش نادرستی که خریدار احتمالاً اعمال کرده است؛ ممکن است بی‌احتیاطی یا دست‌کاری‌های نامناسب خریدار سبب تلف یا نقص کالا شده باشد که در این صورت بدیهی است خریدار حق فسخ خود را از دست خواهد داد.^{۲۳}

همانطور که گفته شد، بازرسی و آزمایش کالا باید متناسب با اوضاع و احوال هر مورد و نوع کالا و امثال آن باشد. خریدار به هنگام بازرسی ملزم است با احتیاط کامل عمل کرده و مرتکب هیچ تقصیری نگردد. برای مثال، چنانچه کالای موضوع قرارداد یک دستگاه پیچیده تولیدی باشد که آزمایش آن باید از طریق متخصصین داخلی یا خارجی انجام گیرد، عدم رعایت این امر و آزمایش دستگاه مزبور توسط افراد

^{۲۲} بند ۱ ماده ۳۸ اعلام می‌کند «مشتري باید ظرف کوتاه‌ترین مدتی که با توجه به اوضاع و احوال عملاً ممکن باشد، کالا را بازرسی یا موجبات بازرسی آنها را فراهم نماید».

^{۲۳} (B.) Audit, op.cit., n° 192, p. 184.

غیرمتخصص یا آزمایش و بازرسی آن برخلاف روش مورد توافق، ممکن است موجب از دست رفتن حق فسخ خریدار گردد.^{۲۴}

ذکر این استثناء در ماده ۸۲ ضرورت داشت؛ زیرا در غیر این صورت، ممکن بود تصور شود که بازرسی عمل خریدار بوده و نتیجتاً تلف یا نقص هنگام بازرسی در هر حال منسوب به اوست.^{۲۵}

ج) فروش، مصرف یا تبدیل کالا در جریان عادی تجارت

سومین استثناء وارده بر قاعده کلی، فرضی است که در قسمت (ج) بند ۲ ماده ۸۲ آمده است، یعنی مواردی که خریدار با حسن نیت در کالاهای دریافتی از لحاظ حقوقی یا مادی تصرف می‌کند.^{۲۶}

مصرف یا تغییر شکل کالا، تصرف مادی و فروش کالا به غیر، از جمله تصرفات حقوقی تلقی می‌شود. از عبارت «در جریان عادی تجارت»، چنین استفاده می‌شود که خریدار باید در این اقدام حقوقی یا مادی حسن نیت داشته باشد؛ گرچه رعایت حسن نیت در همه مراحل و شرایط الزامی است. شاید به بیان دقیق‌تر بتوان گفت که منظور از عبارت مزبور این است که رفتار خریدار باید منطبق با عرف و رویه معمول تجاری در آن صنف خاص باشد.^{۲۷} در هر صورت عادی بودن عملیات تجاری خریدار با رجوع به اوضاع و احوال و قرائن موجود و رویه معمول گذشته روشن می‌شود. برای مثال، چنانچه روال فعالیت گذشته خریدار یا سایر تجار فعال در آن صنف خاص نشان دهد که آنها همواره پس از گذشت مدت نسبتاً طولانی اقدام به مصرف کالا یا فروش آن می‌نمایند، تبدیل یا فروش سریع کالا

24. Ibid.

25. (K.) Neumayer et (Catch.) Ming, op.cit., p. 550.

26. (B.) Audit, op.cit., n° 192, p. 185.

27. (K.) Neumayer et (Catch.) Ming, op.cit., p. 551.

پس از خرید می‌تواند یکی از امارات و قرائن دال بر غیرعادی بودن عملیات خریدار تلقی گردد.

همه این اقدامات (فروش، تبدیل یا مصرف)، باید قبل از این که عدم مطابقت کشف شده یا می‌بایست کشف شود، صورت گیرد، در غیر این صورت، انجام چنین اموری پس از کشف یا لزوم کشف با توجه به اوضاع و احوال، بدین معناست که وی اراده‌اش را دائر بر این که کالاها را علی‌رغم معیوب و غیرمنطبق بودن با اوصاف مورد توافق حفظ کند، ابراز می‌دارد.^{۲۸}

برخی از نویسندگان اعتقاد دارند قبول این مطلب که در صورت فروش کالا به غیر، خریدار باید مطلقاً از الزام به ردّ کالای دریافتی معاف شود، چندان آسان نیست،^{۲۹} زیرا ممکن است خریدار بعدی قرارداد را فسخ کند و کالا را مسترد دارد یا این که آنها را نگه دارد و از سایر طرق جبران خسارت استفاده کند. هنگامی که او قرارداد را فسخ می‌کند، خریدار نخست می‌تواند کالا را به فروشنده بازگرداند، ولی وقتی خریدار دوم از سایر طرق جبران خسارت بهره می‌گیرد و کالا را نگه می‌دارد، معلوم نیست که چرا خریدار نخست باید حق داشته باشد که قرارداد را فسخ کند؛^{۳۰} نتیجه‌ای که از نظر حقوقی چندان موجه و مطلوب نیست. بهتر است در این فرض چنین تفسیر کرد که نقض قرارداد، اساسی نبوده است، یعنی وقتی خریدار نخست کالا را به شخص ثالثی می‌فروشد و وی (خریدار دوم) قرارداد را فسخ نمی‌کند، اوج فسخ قرارداد نخست را ندارد، زیرا او به طور اساسی از منافع مورد انتظار محروم نشده است.^{۳۱} بنابراین قسمت (ج) بند ۲ ماده ۸۲ در

28. Ibid. p. 552.

29. (F.) Enderlien and (D.) Maskow, op.cit., p. 347.

30. (F.) Enderlien and (D.) Maskow, op.cit., p. 348.

۳۱. ذکر این نکته ضروری است که برابر ماده ۴ کنوانسیون، خریداران ثالث در برابر هرگونه دعوی استرداد و مطالبه فروشنده مصونیت خواهند داشت.

(B.) Audit, op.cit., n° 193, p. 185.

فرض انتقال، هنگامی اعمال می‌شود که خریدار دوم قرارداد را فسخ کند.^{۳۲} البته پذیرش این نظر با توجه به اطلاق قسمت (ج) بند ۲ ماده ۸۲ دشوار می‌آید، ولی با روح و قاعده کلی کنوانسیون در باب فسخ که زوال قرارداد را صرفاً در صورت امکان ردّ کالا پیش‌بینی می‌کند، سازگارتر است. به همین دلیل، اگر قرارداد دوم فسخ گردد و کالا به خریدار نخست برگشت، هیچ‌کس مدّعی آن نیست که صرف فروش به شخص ثالث این حق را به خریدار نخست می‌دهد که قرارداد را بدون بازگرداندن اصل کالا و دادن قیمت بجای آن فسخ کند. در واقع به نظر می‌رسد فروش کالا به غیر، مانعی برای ردّ کالا به فروشنده نخست در اعمال فسخ قرارداد بوده که با برگشت آن به خریدار نخست در نتیجه فسخ قرارداد دوم این مانع زائل شده و حکم کلی مندرج در بند ۲ ماده ۸۱ مبنی بر لزوم ردّ اصل کالا به هنگام فسخ، جاری می‌شود.^{۳۳}

در پایان یادآوری این نکته لازم است که اثر و دامنه استثناء مزبور در عمل بسیار محدود است؛ چرا که مصرف و تغییر شکل کالا باید در شرایط معمولی رخ داده باشد که اثبات آن اغلب دشوار است. به علاوه همانطور که گفته شد، اشخاص ثالث بر اساس اصل حسن نیت به نحو گسترده مورد حمایت بوده و تعرض به حقوق آنها ممکن نیست.^{۳۴} در هر حال، در این فرض نیز، همانند دو مورد فوق، جواز فسخ قرارداد علی‌رغم عدم امکان ردّ کالا، به معنی لزوم تحمل ضمان معاوضی آن از سوی بائع نیست و مشتری ملزم است پس از اعلام فسخ به جای کالایی که مصرف، تلف یا فروخته شده است، قیمت رایج کالا در بازار را البته با ملاحظه عیب، نقص

32. (F.) Enderlien and (D.) Maskow, op.cit., pp. 347- 348.

۳۳. «إذا زال المانع عاد الممنوع».

۳۴. تالون (Tallon) نقل از داراب پور، مهرباب، ترجمه کتاب تفسیری بر حقوق بین‌المللی، نوشته هجده تن از دانشمندان حقوق دانشگاههای معتبر جهان، ج ۲، چاپ نخست، تهران ۱۳۷۴، ص ۱۶۷ و ۱۶۸.

یا عدم مطابقتی که قبل از تسلیم در آن وجود داشته و منشأ ایجاد حق فسخ شده است به فروشنده بپردازد.^{۳۵} به نظر می‌رسد در صورت کاهش شدید قیمت کالا در بازار، تفاوت این قیمت و ثمن مورد توافق می‌تواند منافی باشد که در اثر اعلام فسخ قرارداد در این فرض نصیب خریدار می‌شود.

مبحث دوم: حقوق ایران

تأثیر عدم امکان رد کالا در اعمال حق فسخ مشتری از جمله موضوعاتی است که هم در فقه از دیرباز مورد توجه و مطالعه بوده و هم در حقوق موضوعه ایران اعم از متون قانونی یا نظریه‌ها و نوشته‌های حقوقی، مباحثی را، هر چند ناقص، به خود اختصاص داده است. از آنجا که بی‌گمان نمی‌توان تأثیر پیشینه فقهی موضوع را در ادبیات قانونی یا حقوقی موجود در این زمینه انکار کرد، در این مبحث ابتدا به سراغ فقه امامیه رفته و نظریه‌های موافق و یا مخالف برخی از فقهای بزرگ را اجمالاً بررسی می‌کنیم و سپس جایگاه این بحث را در حقوق موضوعه ایران خواهیم دید.

گفتار نخست - پیشینه موضوع در فقه امامیه

در فقه امامیه پرسش‌های عمده مورد مطالعه در این تحقیق معمولاً به این کیفیت مطرح می‌شود که تصرفات مادی یا حقوقی مشتری در مبیع

۳۵. بسیاری از شارحین کنوانسیون بر این عقیده‌اند که چنانچه عدم امکان اعاده کالا مستند به خریدار نبوده و حق فسخ وی هم ناشی از نقض اساسی قرارداد از سوی فروشنده باشد، به استناد ماده ۷۰ باید معتقد بود که ضمان معاوضی کالا مجدداً به فروشنده برمی‌گردد و خریدار می‌تواند بدون دادن مثل یا قیمت کالای تلف شده یا خسارت دیده، قرارداد را فسخ کند. متن ماده ۷۰ کنوانسیون چنین مقرر می‌دارد «چنانچه باعی مرتکب نقض اساسی قرارداد شده باشد، مواد ۶۷، ۶۸ و ۶۹ مانع از توسل مشتری به طرق جبران خسارت ناشی از نقض که در دسترس اوست، نخواهد بود». به عقیده نگارنده، ماده ۷۰، همچنانکه معدودی از شارحین هم اشاره کرده‌اند، در مقام بیان این مطلب نیست و پس از تسلیم کالا و انتقال ضمان نباید مشتری را از رد مثل یا قیمت آن معاف دانست. برای آگاهی بیشتر راجع به نظریه‌های موافق و مخالف در شرح ماده ۷۰ رک. میرزا نژاد جوئیاری، اکبر، پیشین، ص ۲۰۱ به بعد.

نظیر تلف، احداث بنا، مصرف، انتقال، اجاره، رهن و امثال آن که موجب ناممکن شدن ردّ کالا یا اعاده آن با همان ویژگی‌ها و اوصاف هنگام قبض می‌شود، چه تأثیری در اعمال حق فسخ خریدار دارد؟

فقه‌های متأخر غالباً بر این عقیده‌اند که تصرفات مادی و حقوقی مانع از اعمال حق فسخ مشتری نیست؛ زیرا متعلق فسخ، عقد است نه مورد معامله و عین مال، تا بتوان گفت چون مال موجود نیست، پس اعمال حق فسخ موردی ندارد. این که در خیار عیب برخی تصرفات مانع از اعمال حق فسخ به شمار آمده است، خلاف قاعده بوده و از باب تعبد و وجود نص است. به علاوه، روایاتی در برخی از خیارات مثل خیار مجلس داریم که حکایت از بقاء خیار پس از تلف عین دارد؛ کما این که اقاله نیز مقید به بقاء عین نیست و اقاله با فسخ جز این که اولی فسخ از طرفین است و دومی فسخ از یک طرف، تفاوت دیگری ندارد؛ بنابراین مقتضای قاعده حکم به ثبوت خیار در این گونه موارد است.^{۳۶} مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی اعتقاد دارد که ایجاد تغییرات و احداث بنا و به اصطلاح تصرف مستلزم تغییر در مبیع، مانع اعمال حق فسخ مشتری نیست هرچند که در خصوص نحوه غرامت مشتری اختلاف نظر وجود دارد؛ بنا به عقیده وی ظهور ادله حاکی از آن است که مشتری حق دارد بنای احداثی را در ملک بایع نگه دارد و اجرت آن راپردازد.^{۳۷} شیخ انصاری نیز بقاء خیار را اقوی می‌داند و معتقد است هدف عمده از وضع خیار نفی ضرر است که از این حیث فرقی میان بقاء عین و تلف آن نیست؛ هرچند از این جهت که ادله خیارات صرفاً ناظر به فرض تسلط مشتری بر ردّ است و در آنها هیچ تعرضی به ثبوت

۳۶. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، ج ۷، انتشارات دارالهادی، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ. ق.، ص ۱۰۱ و ۴۸۶.

۳۷. طباطبائی، سید محمد کاظم، سؤال و جواب، به اهتمام دکتر سید مصطفی محقق داماد، انتشارات مرکز نشر اسلامی، ۱۳۷۹، ش ۳۲۹، ص ۱۹۴ و ۱۹۵.

فسخ به هنگام تلف نشده است، تردیدهایی در قبول نظر نخست پدید می‌آید.^{۳۸}

اما بیشتر فقهای متقدم برآنند که تصرفات ناقله و هرگونه تصرف یا تلف کالا که رد آن را غیرممکن گرداند، مانع از اعمال خیار است.^{۳۹} برای مثال، محقق حلی در شرایع تصریح می‌کند که خیارغبن با تصرف ساقط نمی‌شود مگر این که مال از مالکیت مشتری خارج شده یا به دلایل دیگر رد آن ممکن نباشد.^{۴۰} یا شهید ثانی در شرح لمعه چنین می‌گوید که هرگاه مغبون مشتری باشد و مبیع را از مالکیت خود خارج سازد، خیار وی ساقط می‌شود. البته خود در پایان همین بحث تصریح می‌کند که این نظریه جای تأمل دارد؛ زیرا چنانچه مشتری جاهل به غبن یا خیار باشد، اعتقاد به سقوط خیار به صرف انتقال یا تصرف مانع از رد، موجب ورود ضرر به وی می‌شود که ضرر نیز برابر حدیث لا ضرر منتفی است. با توجه به این که نص خاصی هم در این خصوص وجود ندارد، ممکن است گفته شود که در این گونه موارد نیز، فسخ جایز است.^{۴۱}

بنا به آنچه گفته شد این نکته مسلم را می‌توان دریافت که جایگاه موضوع در فقه امامیه به طور کامل روشن نیست و نه تنها اجماع، حتی به نظر می‌رسد، شهرتی در مورد هیچیک از دو نظری که ارائه شده است، وجود ندارد و مسأله کاملاً اختلافی و قابل بحث است.

۳۸. انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۳، انتشارات دارالذخائر، قم، چاپ اول، ۱۴۱۱ هـ. ق.، ص ۱۰۶؛ نائینی، میرزا حسن، منیة الطالب، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۱ هـ. ق.، ص ۱۵۶.

۳۹. حسین عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامة، ج ۴، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، ص ۵۷۶. ایشان در این کتاب تصریح می‌کند که صاحب شرایع، تحریر، تذکرة، غایة المراد، جامع المقاصد، روضه، مسالک و غایة المرام نیز بر همین عقیده‌اند و حتی شهید ثانی در روضه آن را نظر مشهور دانسته است.

۴۰. محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۱ و ۲ (دو جلد در یک مجلد)، با تعلیقات سید صادق شیرازی، تهران، انتشارات استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ هـ. ق.، ص ۲۷۷.

۴۱. شهید ثانی (زین الدین ابن علی ابن احمد الثانی العاملی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، دارالعالم الاسلامی، بیروت، ص ۲۶۱.

گفتار دوم - جایگاه مسأله در حقوق موضوعه

از آن جا که موضع نگارنده در خصوص این مسأله با تکیه بر استدلال‌ها و مبانی خاص، متفاوت از نظریه‌ای است که در حقوق موضوعه ایران میان حقوقدانان شهرت یافته است، لذا مطالب این گفتار در دو قسمت جداگانه ارائه می‌شود؛ در قسمت نخست از نظر مشهور که حاکی از جواز فسخ در این گونه موارد است، سخن خواهد رفت و در قسمت دوم نیز ابتدا نظریه پیشنهادی محقق مبنی بر عدم امکان اعمال حق فسخ مطرح خواهد شد و آنگاه کیفیت جبران ضرر خریدار در این فرض بررسی می‌شود.

الف) نظر مشهور

در حقوق موضوعه ایران قاعده کلی در این باب وجود ندارد. نظر مشهور آن است که اصولاً عدم امکان ردّ کالا مانع از اعمال حق فسخ نیست. برای اثبات صحت این ادعا نیز معمولاً به ماده ۲۸۶ ق.م.ا.ج^{۴۲} در مبحث اقاله استناد می‌شود.^{۴۳} بدین ترتیب که چون اقاله همچون فسخ، قرارداد را منحل می‌سازد و اثر هر دو ناظر به آینده بوده و تأثیری در گذشته ندارد و در اقاله تلف یکی از عوضین برابر صراحت ماده فوق، مانع اعمال آن نیست و به جای آن چیزی که تلف شده است مثل یا قیمت آن داده

۴۲. ماده ۲۸۶ ق.م.ا.ج مقرر می‌دارد «تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست. در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است، مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می‌شود».

۴۳. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج اول، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۶۶، ص ۵۴۷؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ نخست، ۱۳۶۸، ش ۸۸، ص ۸۱؛ شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ نخست، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۶۸، ش ۱۵۲، ص ۱۱۲؛ حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، چاپ نخست، تهران، انتشارات عصر حقوق، ۱۳۷۹، ش ۸۷، ص ۱۶۷ و ۱۶۸؛ عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ نخست (با اضافات)، انتشارات بحرالعلوم، قزوین، ۱۳۷۳، ص ۱۶؛ صفائی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، قواعد عمومی قراردادها، چاپ اول، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲، ص ۲۵۰.

می‌شود، در فسخ هم باید گفت که علی القاعده تلف یا انتقال کالا و نتیجتاً ناممکن شدن رد آن مانع اعمال حق فسخ نیست. بدیهی است در اینجا نیز فسخ کننده ملزم است مثل یا قیمت کالایی را که دریافت کرده است، بازگرداند.^{۴۴} البته انتقال کالا به غیر نیز به منزله تلف است. علاوه بر این ماده ۴۲۹ ق.م.^{۴۵} در باب خیار عیب نیز از جمله موادی است که برای تأیید نظر فوق بدان استناد می‌شود؛ در حقوق ما در صورت معیوب بودن مبیع، مشتری می‌تواند یکی از این دو امر را اختیار کند: نخست فسخ قرارداد و دیگری بقاء قرارداد و اخذ ارش (ماده ۴۲۲ ق.م.).^{۴۶} قانونگذار در ماده ۴۲۹ با تکیه بر این فرض که برای مشتری امکان جبران ضرر به نحو دیگر با دریافت ارش وجود دارد، تصریح کرده است هنگامی که مبیع نزد مشتری تلف می‌شود یا تغییری در آن ایجاد می‌گردد یا مشتری آن را به غیر منتقل می‌کند و به اصطلاح مواردی که دیگر امکان بازگرداندن کالا با همان وضعیت هنگام دریافت وجود ندارد، مشتری حق ندارد قرارداد را فسخ کند. در واقع هرچند عدم امکان رد مبیع در خیار عیب صراحتاً از موانع اعمال حق فسخ در حقوق ایران به شمار آمده است، ولی از آن جا که فرض قانونگذار این است که این حکم به این دلیل که مشتری می‌تواند از اختیار دیگر که همان مطالبه ارش است، بهره جوید، ضرری متوجه وی نمی‌کند، تسری آن به سایر اختیارات توجیهی نخواهد داشت. به بیان دیگر از اختصاص این حکم به خیار عیب و فقدان ملاک آن در سایر اختیارات و

۴۴. پیشین.

۴۵. در ماده ۴۲۹ ق.م. می‌خوانیم «در موارد ذیل مشتری نمی‌تواند بیع را فسخ کند و فقط می‌تواند ارش بگیرد: ۱- در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن به غیر ۲- در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود اعم از این که تغییر به فعل مشتری باشد یا نه ۳- در صورتی که بعد از قبض مبیع عیب دیگری در آن حادث شود...».

۴۶. در ماده ۴۲۲ ق.م. می‌خوانیم «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع یا اخذ ارش یا فسخ معامله».

عدم تصریح قانونگذار به چنین حکمی در موارد مشابه باید چنین نتیجه‌گیری کرد که در حقوق موضوعه ایران اصولاً تلف یا نقص و انتقال کالا مانع اعمال حق مشتری نیست و ماده ۴۲۹ ق.م. اصولاً جنبه استثنائی دارد.^{۴۷}

در تأیید نظر مشهور شاید بتوان این نکته را نیز اضافه کرد که هرگاه وجود خیار برای کسی ثابت شد، مادام که زوال آن به نحوی از انحاء محرز نگردیده است، با تکیه بر اصل استصحاب باید حکم به بقای آن داد. وانگهی در هیچیک از متون قانونی، عدم امکان اعمال حق فسخ به دلیل تلف یا انتقال مبیع و به طور کلی عدم قدرت بر رد آن پیش‌بینی نشده و در واقع قانونگذار در مقام بیان، سکوت اختیار کرده است.

ب) نظر پیشنهادی

به رغم شهرتی که نظریه جواز فسخ قرارداد در فرض عدم امکان رد کالا در حقوق ایران و فقه امامیه دارد، به باور نگارنده نظریه عدم امکان فسخ ترجیح دارد. در این قسمت ابتدا دلایل و مبانی صحت چنین ادعایی را بررسی می‌کنیم و سپس به مطالعه چگونگی جبران ضرر خریدار در فرض عدم جواز فسخ می‌پردازیم:

بند نخست - دلایل و مبانی

مهم‌ترین دلایل محقق برای طرح نظریه عدم جواز فسخ در صورت ناتوانی خریدار در رد مبیع از این قرار است:

۱- از ماده ۲۸۶ ق.م. که در باب اقاله است و انحلال قرارداد در آن

۴۷. کاتوزیان، ناصر، مأخذ پیشین، ش ۸۹۰، ص ۸۵

با توافق طرفین صورت می‌گیرد، برخلاف آنچه اکثر حقوقدانان گفته‌اند،^{۴۸} نمی‌توان چنین نتیجه گرفت که تلف یا نقص کالا مانع از اعمال حق فسخ هم نیست. زیرا در مورد نخست، فرض این است که طرفین از وضعیت کالای مورد معامله و تلف آن آگاه یا دست کم می‌بایست آگاه بوده و با قصد و توافق مشترک و با قبول چنین وضعیتی اقدام به اقاله قرارداد می‌نمایند. در واقع اقدام به اقاله قراردادی که موضوع آن تلف شده است، خود متضمن این نکته است که طرفین به دادن مثل یا قیمت آن نظر داشته‌اند. کما این که اگر ثابت شود طرفین یا یکی از آنها در وجود اصل کالای مورد معامله در اشتباه بوده است، به نظر می‌رسد باید با رعایت شرایط مقرر در باب اشتباه، اقاله انجام شده را فاقد آثار حقوقی دانست؛ در حالی که در فسخ، یکی از طرفین بدون دخالت و رضایت طرف دیگر می‌خواهد از حق خویش بهره گرفته و وضعیتی خاص را بر طرف مقابل تحمیل کند. از امکان اقاله نسبت به قراردادی که موضوع آن تلف شده است، به هیچ وجه نمی‌توان این نکته را استخراج کرد که فسخ قرارداد نیز، علی‌رغم تلف کالا و نتیجتاً عدم امکان رد آن جایز است و مشتری می‌تواند به جای آن مثل یا قیمت کالا را بپردازد.

۲- از مفهوم مخالف ماده ۴۲۹ ق.م. که ناظر به خیار عیب و موارد زوال حق فسخ در صورت تلف یا تغییر کالا و انتقال آن به غیر است، لزوماً نمی‌توان چنین استنباط کرد که در سایر خیارات، تلف، تغییر یا انتقال کالا به غیر موجب محرومیت مشتری از اعمال حق فسخ نمی‌شود. به تعبیر دیگر نمی‌توان گفت که این ماده منطوقاً یا مفهوماً در سایر خیارات، فسخ قرارداد را علی‌رغم غیرممکن شدن رد کالا با همان وضعیت هنگام

۴۸. رک. پی‌نوشت شماره ۴۱.

دریافت جایز می‌شمرد.^{۴۹} آنچه از منطوق این ماده بر می‌آید، صرفاً این است که در خیار عیب، تلف کالا یا انتقال آن به غیر مانع فسخ است؛ در مورد سایر اختیارات سکوت شده است. به علاوه، مفهوم مخالف این ماده مبنی بر عدم تأثیر غیرممکن بودن رد مبیع در اعمال سایر اختیارات غیر از خیار عیب (با فرض پذیرش وجود چنین مفهومی)، چون موجب گسترش دامنه فسخ همچنین ورود ضرر به فروشنده می‌شود با منطوق قواعد و اصول کلی حقوقی دیگر نظیر اصل استثنایی بودن فسخ و ترجیح اجرای قرارداد بر انحلال آن (مواد ۲۳۸، ۲۳۹، ۳۷۶ و ۴۷۶ ق.م.ا) و همچنین قاعده لاضرر منافات دارد و بدیهی است مفهوم مخالف نیز در تعارض با منطوق قابلیت استناد ندارد. شهرت نظریه امکان فسخ قرارداد علی‌رغم تلف یا انتقال کالا که به شدت متأثر از فقه امامیه است، هم نمی‌تواند لزوماً بدین معنا باشد که ماده مزبور متضمن یک حکم استثنایی و خلاف قاعده است. همچنان‌که اندکی قبل، بررسی فقهی موضوع نشان داده است که علت عمده عدم تصریح این حکم در سایر اختیارات، فقدان ادله کافی، منسجم و روشن در مورد آنها بوده است.

۳- نتیجه طبیعی و مورد انتظار طرفین از فسخ، همچنان‌که بسیاری از حقوقدانان نیز اشاره کرده‌اند، بازگرداندن وضع پیشین دو طرف قرارداد است و اصولاً باید مبیع با همان وضعیتی که از بایع گرفته شده است، به او بازگردانده شود.^{۵۰} در واقع بازستاندن کالای مورد معامله، با همان وضعیت پیش از قرارداد حق متعارف فروشنده در صورت فسخ است؛ جواز فسخ قرارداد علی‌رغم عدم امکان رد کالا برخلاف حق مسلم فروشنده برای بازپس‌گیری کالایی است که تسلیم کرده است و سبب می‌شود که

۴۹. «اثبات شی نفی ما عدا نمی‌کند».

۵۰. امامی، حسن، مأخذ پیشین، ج اول، ص ۵۰۶؛ کاتوزیان، ناصر، مأخذ پیشین، ش ۸۸۹، ص ۸۴

فروشنده مجبور به قبول مالی گردد که عوض قرارداد نبوده است؛ ضرر یا حرجی که به موجب قواعد لاضرر، عسر و حرج و سایر قواعد مسؤولیت مدنی، ورود آن جایز نیست. به نظر می‌رسد حق فسخ خریدار که تا زمان حصول یقین به سقوط و زوال آن با تکیه بر اصل استصحاب به قوت خود باقی فرض می‌شود با حق فروشنده برای بازپس‌گیری کالا با همان وضعیت و کیفیت پیش از قرارداد تعارض داشته و نتیجتاً هر دو ساقط می‌شوند.^{۵۱} پس از سقوط این دو دلیل، باید به اصول کلی دیگر که همان اصل لزوم و صحت قرارداد است، رجوع کرد که نتیجه آن بقاء و دوام قرارداد و عدم جواز فسخ است.

تصور نشود که چون بالاخره این فروشنده است که کالای معیوب را به جای کالای سالم و بی‌عیب به خریدار تحویل داده است، اگر برای خریدار امکان رد غیر عمدی کالای دریافتی وجود ندارد، فروشنده باید عواقب آن را تحمل کند نه خریدار؛ زیرا اولاً، میان تسلیم کالای معیوب و تحمل چنین عواقبی ملازمه و حتی تناسبی وجود ندارد، ثانیاً، فروشنده در برابر خریدار پاسخگوی نقض عهد خود خواهد بود اما به اسباب و طرق دیگر از جمله پرداخت خسارت، تقلیل ثمن و امثال آن که اندکی بعد در بحث از چگونگی جبران زیان خریدار بدان خواهیم پرداخت.

۴- این عقیده، همانطور که گفته شد، در فقه هم طرفداران قابل ملاحظه‌ای دارد؛^{۵۲} عمده کسانی هم که اعمال فسخ را در صورت عدم امکان رد کالا جایز می‌دانند، دلیل آن را جلوگیری از ورود ضرر به مشتری اعلام کرده که آن هم در واقع بیشتر مبتنی بر این نکته است که در این‌گونه موارد راهی دیگر برای جبران خسارات مشتری نظیر ارزش به ترتیبی که در

۵۱. «الدلیلان اذا تعارضا تساقطا».

۵۲. حسینی عاملی، محمد جواد، مأخذ پیشین، ج ۴، ص ۵۷۶؛ محقق حلی، مأخذ پیشین، ص ۲۷۷؛ شهید ثانی، مأخذ پیشین، ج ۳، ص ۴۶۱.

مورد خیار عیب پیش‌بینی شده است، وجود ندارد. با توجه به این‌که در حقوق ما با استفاده از عمومات مواد مربوط به مطالبه خسارات ناشی از قرارداد (مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ ق.م.) و پیش‌بینی بخش مستقلی تحت این عنوان در قانون مدنی مشکل خاصی از این حیث وجود ندارد و در واقع این امر تا حد زیادی دلیل فقهای مزبور را بلا‌موضوع و منتفی ساخته است، می‌توان از عدم جواز فسخ در این‌گونه موارد دفاع کرد. ضمن این‌که هم فقها و هم حقوقدانان در تحلیل این مسأله کمتر به مبانی موضوع و مشکلات و تبعات ناشی از جواز فسخ در این‌گونه موارد پرداخته‌اند و صرفاً با یک نوع ظاهرنگری حقوقی و با تکیه بر برخی اصول تفسیر لفظی و اصول عملی و بی‌توجه به نیازها و واقعیات و مصالح و مفاصل این امر بر امکان فسخ قرارداد تأکید کرده‌اند. در واقع دغدغه عمده آنها بویژه فقها تفسیر لفظی دقیق روایات موجود و فراتر نرفتن از متن آنها توأم با نوعی تقدس بخشی بوده است، حال آن‌که غالب روایات وارده در حوزه معاملات و قراردادهای جنبه امری نداشته و متناسب با فهم و نیازهای زمان خود تدوین شده و به همین سبب ارائه راه‌حل‌ها و نظریه‌هایی برخلاف این متون، نقض قواعد آمره شرعی تلقی نشده و کاملاً موجه و ممکن است.

در پایان این قسمت از این نکته اساسی نباید غافل ماند که در حقوق ایران عدم امکان فسخ که البته فقط در خیار عیب مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است، یا ناظر به مواردی است که رد کالا اساساً ممکن نیست مثل فرض تلف یا انتقال آن (بند یک ماده ۴۲۹ ق.م.) یا موردی که اصل کالا موجود بوده ولی دستخوش عیب یا تغییرات مهم و وسیع گشته است و رد کالا با همان وضعیت هنگام قبض میسر نیست (بند ۲ ماده ۴۲۹ ق.م.)؛ با این‌که بند اخیر، واژه «تغییر» را به صورت مطلق به کار برده است، در صورتی که تغییرات حاصله جزئی و عرفاً قابل مسامحه باشد، مانع از فسخ

نیست؛ زیرا هدف و مبنای عمده تدوین این بند جلوگیری از ورود ضرر فاحش و نامتعارف به فروشنده است و در این گونه موارد ضرر نامتعارفی به فروشنده وارد نمی‌آید؛ که همچنین چنانچه تلف یا عیب پس از قبض مستند به تقصیر و فعل فروشنده باشد، خریدار می‌تواند علی‌رغم عدم امکان اعاده کالا با همان وضعیت هنگام قبض قرارداد را فسخ کند (مستفاد از ماده ۴۳۰ ق.م.ا).^{۵۳} البته بین این دو فرض از یک جهت باید قائل به تفاوت بود: در فرض نخست خریدار که اجازه می‌یابد قرارداد را علی‌رغم بروز تغییرات جزئی فسخ کند باید کسر قیمت ناشی از این تغییر را جبران کند اما در فرض دوم چون عیب یا تلف مستند به تقصیر فروشنده است، خریدار می‌تواند بدون پرداخت هیچ مبلغی کالای موجود را مسترد و قرارداد را فسخ کند.

بند دوم - چگونگی جبران زیان خریدار

با فرض قبول نظریه پیشنهادی، پرسش مهم قابل طرح که به نظر می‌رسد منشأ عمده نگرانی فقها نیز بوده و شاید توجه به آن، موجب گرایش بیشتر آنها به سمت پذیرش نظریه مقابل شده این است که چنانچه مشتری در این گونه موارد از اعمال حق فسخ محروم شود، ضرر ناشی از عیب، تخلف وصف، غبن، تبعض صفقه (تجزیه قرارداد)، تدلیس و هر امر دیگری که در حقوق ایران مبنا و منشأ ایجاد خیار به شمار آمده است، چگونه جبران می‌شود.

در کنوانسیون با پیش‌بینی ضمانت اجراهای متعدد نظیر مطالبه خسارت و تقلیل ثمن، امکان جبران زیان وارده به مشتری وجود دارد. در

۵۳. در ماده ۴۳۰ ق.م.ا می‌خوانیم «اگر عیب حادث بعد از قبض در نتیجه عیب قدیم باشد مشتری حق رد را نیز خواهد داشت».

حقوق ایران، در برخی اختیارات نظیر خیار عیب، حق مطالبه ارزش که ماهیتاً نوعی خسارت تلقی می‌شود، پیش‌بینی شده و در خیار تبعض صفقه نیز حق تقلیل ثمن پذیرفته شده است، اما در اختیارات دیگر نظیر تدلیس، خیار رؤیت و تخلف وصف، غبن و خیار تخلف شرط، قانونگذار صراحتاً راه حل دیگری برای جبران خسارات پیش‌بینی نکرده و ظاهر برخی از مواد قانون مدنی نیز به گونه‌ای است که به نظر می‌آید استفاده از چنین حقی را منع می‌کند. برای مثال در ماده ۴۱۰ ق.م. در باب خیار تخلف وصف می‌خوانیم: «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است، نباشد مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید»، یا در ماده ۴۱۳ آمده است «هرگاه یکی از متبایعین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رؤیت سابق معامله کند و بعد از رؤیت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت». همچنین ماده ۴۲۱ مقرر می‌دارد «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی‌شود...».

به نظر نگارنده به دو طریق می‌توان این نظریه را تعدیل و اعلام کرد که مشتری حق مطالبه خسارات را در این گونه اختیارات هم خواهد داشت:

۱- نخست این که گفته شود عدم پیش‌بینی امکان مطالبه خسارت در ماده ۴۱۰ یا ۴۱۳ ق.م. متأثر از سکوتی است که در فقه از این جهت وجود داشته و مطالبه ارزش برابر روایات موجود منحصرأ ناظر به خیار عیب بوده است و به همین خاطر اصولاً به بحث خسارات ناشی از قرارداد توجه ویژه و مستقلی نشده است، لیکن از آنجا که در قانون مدنی ایران تحت تأثیر حقوق فرانسه و اقتباس از آن، مبحث مستقلی به خسارات حاصل از عدم اجرای تعهدات اختصاص داده شده و به عنوان یک قاعده، متعهد را مسؤول هرگونه خسارت ناشی از نقض قرارداد دانسته است، بر اساس عموم ماده

۲۲۱ و مواد ۲۲۶ به بعد قانون مدنی و همین‌طور مواد ۵۱۵ به بعد ق.آ.د.م. باید این نظر را تأیید کرد که مشتری حتی به هنگامی که مبیع عین معین است هم، حق مطالبه خسارت را خواهد داشت. به علاوه پیش‌بینی حق ارزش برای مشتری در خیار عیب که ماهیتاً خسارت تلقی می‌شود، نیز می‌تواند مؤید نظر فوق باشد. در واقع اعتقاد به پرداخت ارزش و خسارت در خیار عیب و عدم جواز آن در سایر خیارات نمی‌تواند مستند به دلایل موجه و قابل قبولی باشد. چه تفاوتی میان خیار تخلف وصف و خیار عیب است که در یکی مشتری حق مطالبه خسارت (ارزش) دارد ولی در دیگری از چنین حقی محروم است؛ به نظر می‌رسد که گرچه در سایر خیارات، ممکن است اخذ ارزش با کیفیت خاص محاسبه آن قابل اعمال نباشد ولی مطالبه خسارت برابر قواعد عمومی با هیچ مشکلی روبرو نیست.^{۵۴}

۲- راه حل دوم که اندکی منعطف‌تر و پذیرش آن نیز سهل‌تر از نظر نخست است، این است که بگوییم حکم مندرج در مواد ۴۱۰، ۴۱۳ و ۴۲۱ ق.م. ناظر به مورد غالب یعنی فرضی است که مورد معامله موجود و مشتری نیز توان رد آن را با شرایط و اوصاف هنگام قبض دارد. لذا در مواردی که مبیع تلف شده یا انتقال یافته یا دستخوش تغییرات اساسی شده است، فسخ به دلیل عدم امکان رد آن جایز نیست و مشتری فقط می‌تواند با استفاده از قواعد عمومی مربوط به خسارت ناشی از قرارداد و قاعده لاضرر، خسارات وارده را مطالبه کند.

باید یادآور شد نظری که در این نوشتار از آن دفاع شد یعنی این که مشتری در صورت ناتوانی از رد مبیع حق فسخ قرارداد را ندارد، در مورد مبیع عین معین و کلی یکسان اعمال می‌گردد، هرچند در مواردی که مبیع

۵۴. برای آگاهی بیشتر راجع به دلایل امکان مطالبه خسارت در این‌گونه موارد رک. میرزائزاد جویباری، اکبر، بحثی پیرامون مفهوم نقض اساسی قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) با مطالعه تطبیقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، زمستان ۸۱، شماره ۵۸.

کلی است، بنا بر نظر مشهور وحتى نزدیک به اجماع^{۵۵} عدم اجرای تعهد و نقض قرارداد اساساً سبب ایجاد حق فسخ برای مشتری نیست و خریدار فقط حق دارد الزام فروشنده را به انجام تعهد و تحویل کالا مطابق با اوصاف مقرر بخواهد ولی وقتی مبیع کلی نیز به مشتری تسلیم و سپس مصرف، تلف یا منتقل گردید و طبعاً رد آن به بایع ناممکن شد، همانند مبیع عین معین، مشتری فقط می‌تواند از حق مطالبه خسارت استفاده کند و اعلام فسخ قرارداد با دادن مثل یا قیمت کالا بنا به همان استدلال‌هایی که قبلاً گفته شد، جایز نیست. البته نحوه محاسبه خسارت در این‌گونه موارد موضوع دیگری است که باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. آیا باید کسر قیمت ناشی از فقدان وصف یا تخلف شرط را ملاک و مبنای محاسبه قرار داد یا به همان کیفیتی که ارزش در اختیار عیب محاسبه می‌شود، عمل کرد؟ اگر فقدان وصف یا تخلف شرط در نظر خریدار مؤثر در قیمت باشد و در واقع بخشی از ثمن به اعتبار آن پرداخت گردد ولی عرف آن را بی‌تأثیر بداند، کیفیت محاسبه خسارت چگونه است؟ به نظر می‌رسد دادگاه می‌تواند با توجه به جمیع اوضاع و احوال، مفاد قرارداد و قصد مشترک طرفین و عرف خاص تجاری آن رشته، خسارت ناشی از نقض عهد را محاسبه و تعیین کند، شبیه راه حلی که در ماده ۳ قانون مسؤولیت مدنی جهت ارزیابی و محاسبه خسارت ناشی از ضمان قهری پیش‌بینی شده است.

۵۵. برای ملاحظه تفصیل بیشتر درباره دلایل موافقان و مخالفان فسخ به محض عدم اجرای تعهد رک. میرزا نژاد جویباری، اکبر، فسخ جزئی یا تجزیه قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ - وین) و حقوق ایران، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۲۹، پاییز ۱۳۸۲؛ میرزا نژاد جویباری، اجرای اجباری قرارداد، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ص ۳۱ به بعد.

نتیجه گیری

مطابق آنچه گفته شد، می توان به نکات زیر به عنوان نتایج و دستاوردهای این نوشتار اشاره کرد:

۱- در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین به خریداری که قادر به رد مبیع دریافتی نیست، در پاره‌ای موارد اجازه فسخ قرارداد داده شده و در برخی موارد نیز این حق از وی سلب شده است، گرچه اصل عدم امکان فسخ است ولی دامنه استثنائات مزبور در بند ۲ ماده ۸۲ هم بسیار گسترده است و به قول برخی از حقوقدانان این استثنائات خود به یک نوع قاعده بدل شده‌اند.

۲- هر دو نظریه‌ای که در کنوانسیون تحت پاره‌ای شرایط پذیرفته شده است، با بخش‌هایی از نظریه فقهای امامیه و حقوقدانان حقوق موضوعه قابل مقایسه است و نشانه‌هایی از آن دو را در هر دو حوزه می توان مشاهده کرد.

۳- عدم جواز فسخ قرارداد را که به عنوان قاعده در کنوانسیون پذیرفته شده است، می توان منطبق با نظریه فقهای متقدم امامیه دانست؛ گرچه از نظر این دسته از فقها، خریدار جز در مواردی که عیب و نقص یا تغییر و تلف مستند به فعل فروشنده است، حق فسخ ندارد و بدین جهت دامنه شمول نظریه آنان وسیع تر از راه حل کنوانسیون است؛ چرا که به خریدار اجازه می دهد علاوه بر مورد فوق، در مواردی که هم تغییر، تلف و نقص مستند به فعل شخص ثالث یا ناشی از فورس ماژور بوده یا در جریان عادی تجارت وی مصرف و یا منتقل شده است، قرارداد را فسخ کند.

۴- نظریه جواز فسخ را نیز که به صورت برخی موارد استثنائی در بند ۲ ماده ۸۲ آمده است، باید با نظر مشهور فقهای امامیه و حقوقدانان حقوق موضوعه مقایسه و تحلیل کرد؛ گرچه حوزه شمول نظریه مشهور

بسیار بیشتر از راه حل مزبور در کنوانسیون بوده و خریدار در همه موارد جز فرضی که با علم به خیار اقدام به تغییر، تصرف، انتقال و امثال آن در مبیع می‌کند، حق دارد قرارداد را فسخ کند.

۵- نظری که در این مقاله پیشنهاد وادعا شده است که در حقوق موضوعه ایران قابل دفاع است، با راه حل کنوانسیون کاملاً انطباق ندارد، هرچند جهت‌گیری کلی آن همسو با راه حل کنوانسیون است، زیرا پیشنهاد شده است که جز در مواردی که تغییر کالا جزئی است یا تغییر، عیب و تلف کالا مستند به فعل فروشنده است، خریدار حق فسخ ندارد و صرفاً باید به مطالبه خسارت یا سایر طرق جبران خسارت بسنده کند؛ چیزی که به طور مشخص و کامل نه با قاعده مندرج در بند ۱ ماده ۸۲ تطبیق می‌کند و نه با استثنائات پیش‌بینی شده در بند ۲ این ماده انطباق دارد.