

بررسی تطبیقی قواعد حقوقی انتقال ضمان معاوضی در کنوانسیون بین المللی کالا بین دو کشور ایران و عراق

خالد حاجی زاده^۱

^۱ کارشناس ارشد حقوق بین الملل

نویسنده مسئول:

خالد حاجی زاده

مجله علمی پژوهش در علوم انسانی و تحقیقات میان رشته ای (سال ششم)
شماره ۲۱ / پاییز ۱۳۹۹ / ص ۴۹-۷۹

چکیده:

معاوضی مسأله ایست که به طور یکسان در یک قرارداد بیع بین المللی ذهن خریدار و فروشنده را به خود مشغول می کند. زیرا این مسأله می تواند تا حد زیادی بر فرایند و نتیجه ی معامله ی آنها تأثیر بگذارد. در این پژوهش بررسی تطبیقی قواعد حقوقی انتقال ضمان معاوضی در کنوانسیون بین المللی کالا بین دو کشور ایران و عراق مورد بررسی قرار گرفته است. مسأله اساسی این پژوهش این است امروزه توسعه ی تجارت بین الملل باعث ایجاد دشواری های ویژه برای کشورهای رو به توسعه گردیده است. بخشی از این وضع را می توان ناشی از وضعیت حقوقی پیچیده ی تجارت بین المللی دانست. جهت رفع این معضل و آشنایی فعالان تجاری با موازین و مفاهیم حقوقی که جنبه ی بین المللی دارند تلاش های زیادی صورت گرفته است. یکی از بهترین تلاشها در این زمینه کنوانسیون بین المللی کالا می باشد که در سال ۱۹۸۰ تدوین یافت. همچنین اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) از آغاز تشکیل در سال ۱۹۱۹، به تدوین جزئیات قوانین و قواعد قابل قبول همگان برای تجارت بین المللی پرداخته است که به اختصار "اینکوترمز" نامیده می شوند. این قرارداد شناخته ترین نمونه های کوشش این مؤسسه در این زمینه می باشد که سنگ بنای قراردادهای و تجارت بین المللی است. اینکوترمز از سال ۱۹۳۶ که برای اولین بار تدوین گردیده تاکنون تحولات زیادی را پشت سر گذاشته و چندین نسخه از آن منتشر شده است که آخرین آنها اینکوترمز ۲۰۱۰ است. این مجموعه از ۱۱ اصطلاح تشکیل شده است که هر کدام مشروحاً مورد بررسی قرار گرفته است و در تجارت بین الملل مورد استفاده می باشند. قواعد راجع به انتقال ضمان معاوضی به این مسأله پاسخ می دهند که آیا حتی اگر کالا به طور "اتفاقی" تلف شود یا خسارت ببیند خریدار همچنان مکلف به پرداخت قیمت می باشد، و فروشنده در چنین صورتی می تواند قیمت کالا را مطالبه کند؟ این موضوع، به دلیل اهمیت آن نمی توانست از محدوده ی یکی از موفق ترین تلاشها برای یکنواخت سازی حقوق بیع بین المللی که همانا کنوانسیون ۱۹۸۰ وین راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا است کنار گذاشته شود. قواعد مشابهی نیز در اصطلاحات استاندارد تجاری اتاق بازرگانی بین المللی "اینکوترمز" که به طور گسترده توسط تجار و شرکتهای سرتاسر جهان مورد استفاده قرار می گیرد، درج شده است.

واژگان کلیدی: اینکوترمز، ایران، عراق، قواعد حقوقی، ضمان معاوضی.

مقدمه و تبیین مسأله

در تجارت بین المللی دادوستد کالا طبق عرف و عادت انجام می پذیرد. عرف و عادت ملل مختلف متفاوت و موجب بروز مشکلات در معاملات بین المللی است به عبارت دیگر اغلب طرفین قرارداد از روشهای تجاری مختلف کشور مقابل بی اطلاع هستند. این موضوع می تواند موجب سوء تفاهم اختلاف و دعوی حقوقی و اتلاف وقت و پول ناشی از آنها شود و همچنین بر روابط بین الملل تأثیر گذار باشد. این مشکلات در جنبه های مختلف اجرای قرار داد می تواند ظاهر شود، طرفین قرارداد از عرف و عادت کشورهای یکدیگر اطلاعی ندارند و پس از انعقاد قرارداد، در اجرای آن مواجه با سئوالاتی هستند که هر یک جواب متفاوتی برای آن دارند: چگونه کالا را باید تهیه کرد؟ تهیه پروانه ها، مجوزها و انجام تشریفات گمرکی که از ضروریات عبور کالا از مرز است، به عهده کیست؟ خطرانی که در جریان حمل متوجه کالاست بر کدامیک از متعاملین تحمیل است، هزینه ها به عهده کیست؟ قرارداد حمل کالا و بیمه را با بایع یا مشتری و به هزینه کدامیک منعقد خواهد شد؟ محل دقیق تحویل کالا کجاست؟ انتقال ضمان چگونه است؟ با بایع در چه شرایطی قیمت کالاهای فروخته شده را دریافت خواهد کرد؟ بسته بندی به چه صورت انجام خواهد شد و مخارج آن به عهده کیست؟ بازرسی کالا و انطباق و عدم انطباق آن با کالاهای موعود به چه نحوی و به هزینه چه شخصی صورت می پذیرد؟ و چه عواقبی را بدنبال دارد؟ با گذشت زمان عرف و عادت کشورهای مختلف شکل انسجام یافته ای به خودمی گیرد بطوریکه در بعضی از کشورها برای تمام سئوالات مطرح شده جواب استاندارد قابل ارائه می شود. بعدها به صورت اصطلاحات خاص مورد استفاده قرار می گیرد. ولی این اصطلاحات در کشورهای مختلف پراکنده است و به علت عمیق پراکندگی طرفین قرارداد نمی دانند و نمی توانند دقیقاً از حدود وظائف و مسئولیت های خود در معاملات تجاری بین المللی آگاه شوند. در بعضی از موارد اصطلاحات مشابه در دو کشور محل اقامت متعاملین وجود ندارد و حتی در مواردیکه چنین اصطلاحاتی در دو کشور وجود دارد هر یک به گونه ای متفاوت با آن برخورد داشته است. بطوریکه حدود وظائف و مسئولیت های با بایع و مشتری در یک روش حمل از کشوری به کشور دیگر متفاوت است. (راهنمای مراجعان، ناشر: گمرک جمهوری اسلامی ایران: ۱۳۸۳) بر این اساس از اوایل قرن بیستم با افزایش سریع معاملات بین المللی ضرورت یافتن جواب های یکسان برای سئوالات مشابه و ایجاد وحدت رویه در حمل و نقل بین المللی که سرعت بیشتری از پیش را می طلبید، احساس می شد. به این منظور سازمانهای مختلفی در سطح جهان که موفقترین آنها اتفاق تجارت بین المللی بود، اقدام به تهیه مجموعه ای از مقررات بین المللی کردند تا رایج ترین اصطلاحات تجاری را در تجارت خارجی تفسیر کنند. مقررات بین المللی برای تفسیر اصطلاحات تجاری بین المللی موفقیت فوق العاده ای داشته است بطوریکه کمتر قراردادی در تجارت بین المللی منعقد می شود که در خصوص حمل و نقل از یکی از این اصطلاحات استفاده نکند.

اینکوترمز به مسائل مرتبط با حمل کالا از فروشنده به خریدار پاسخ می دهد. مسائلی شامل حمل کالاها، ترخیص کالاها، واردات و صادرات کالاها، اینکه چه کسی مسئول پرداخت می باشد و اینکه ریسک جابجایی و انتقال کالا در مراحل مختلف حمل بر عهده چه کسی می باشد. اصطلاحات مختلف اینکوترمز (Incoterms) معمولاً با ذکر مکانهای جغرافیایی مورد استفاده قرار می گیرند نه عناوین مرتبط با جابجایی. اینکو ترمز توسط اطلاق بازرگانی بین المللی تهیه و تدوین شده است. هدف از اینکوترمز ارائه مجموعه ای از مقررات بین المللی برای تفسیر متداولترین اصطلاحات مورد استفاده در تجارت خارجی است. و بدین ترتیب از چندگانگی تفسیر این اصطلاحات در کشورهای مختلف پرهیز می شود یا حداقل تا میزان ملاحظه ای کاهش می یابد. اغلب طرفین قرارداد از روشهای تجاری مختلف کشور مقابل بی اطلاع هستند. این موضوع می تواند موجب سوء تفاهم اختلاف و دعوی حقوقی و اتلاف وقت و پول ناشی از آنها شود و به منظور رفع چنین مشکلاتی اتاق بازرگانی بین المللی اولین بار در سال ۱۹۳۶ مجموعه ای از مقررات بین المللی را برای تفسیر اصطلاحات تجاری منتشر کرد که به «اینکوترمز ۱۹۳۶» موسوم شد. بعداً در سالهای ۱۹۵۳، ۱۹۶۷، ۱۹۷۶، ۱۹۸۰، ۱۹۹۰، ۲۰۰۰ و اکنون در سال ۲۰۱۰ به منظور انطباق با روشهای معمول تجارت بین المللی جاری اصلاحات و اضافاتی در آن صورت گرفته است. (محترم قلاتی، ۱۳۹۰: ۵۶). بنظر می رسد که در مورد اینکوترمز دو غلط خاص بسیار متداول است. اول اینکه اغلب اینکوترمز را اصطلاحات مربوط به قرار داد حمل تلقی می کنند تا قرار داد فروش. دوم اینکه گاهی به اشتباه تصور می کنند اینکوترمز ناظر بر تمام وظایفی است که طرفین ممکن است مایل باشند آن را در قرار داد فروش بگنجانند (اتاق بازرگانی بین المللی ۱۳۸۷، ص ۱). همانطور که همیشه اتاق بازرگانی بین المللی تأکید کرده است اینکوترمز صرفاً محدود می شود به رابطه بین فروشنده و خریداران تحت قرار داد فروش و آن هم در برخی زمینه های کاملاً مشخص. ضمن اینکه برای صادر کنندگان و وارد کنندگان حائز اهمیت زیاد است که ارتباط علمی بین قرار دادهای مختلف مربوط به فروش بین المللی (کالا) را که در آن علاوه بر قرار داد فروش قرار داد حمل قرار داد بیمه و قرار داد تأمین مالی نیز مورد نیاز می باشد مدنظر داشته باشند اینکوترمز فقط مربوط می شود به یکی از این قراردادهای یعنی قرار داد فروش (راسترو، ۱۳۸۴: ۷۱). معهذاً توافق طرفین در مورد استفاده از یک اصطلاح اینکوترمز خاص الزماً بر سایر قراردادهای نیز تأثیر می گذارد مثلاً اگر فروشنده ای با قرار داد مبتنی بر شرایط CFR یا CIF موافقت کند، نمی تواند قرار داد را بجز از طریق حمل دریایی از طریق شیوه حمل دیگری اجرا نماید. زیرا که طبق شرایط مذکور باید بارنامه یا هر سند دریایی دیگری را به خریدار ارائه نماید که در صورت استفاده از روش حمل دیگری تسلیم

چنین مدرکی امکانپذیر نیست (راسترو، ۱۳۸۴: ۷۸). بعلاوه سند حمل قید شده در اعتبار اسنادی، الزماً مربوط به وسیله حمل مورد نظر می باشد ثانیاً اینکوترمز با برخی از وظایف و تکالیف معین سروکار دارد مانند وظیفه فروشنده در مورد قرار دادن کالا در اختیار خریدار یا تسلیم و تحویل آن جهت حمل یا تحویل در مقصد و همچنین وظایف مربوط به تقسیم خطر (ریسک) بین طرفین در موارد مذکور بعلاوه وظایف دیگری که اینکوترمز به آنها مربوط می شود عبارتند از ترخیص کالا برای صدور و ورود بسته بندی کالا وظایف خریدار در مورد تحویل گرفتن کالا همچنین تکلیف اثبات اینکه وظایف مربوط کاملاً انجام شده است می باشد اگر چه اینکوترمز برای اجرای قرار داد فروش فوق العاده مهم می باشد ولی بسیاری از مشکلاتی که ممکن است در قرارداد بوجود آید مانند انتقال مالکیت (کالا) و سایر حقوق مالکیت ناشی از آن و نقص قرار داد و عواقب براءت از مسئولیت در موارد خاص ارتباطی با اینکوترمز ندارد (اتاق بازرگانی بین المللی، ۱۳۸۷، ص ۲). باید متذکر شد که هدف این نیست که اینکوترمز جایگزین آن دسته از شرایط قرار داد اعلم از شرایط استاندارد و یا شرایط ناشی از مذکرات که در یک قرارداد کامل فروش مورد نیاز است بشود بطور کلی اینکوترمز با عواقب ناشی از نقض قرار داد و هر گونه سلب مسئولیت ناشی از موانع مختلف ربطی ندارد. اینگونه مسائل باید با شرایطی که در قرار داد فروش مقرر می شود و قوانین حاکم حل و فصل گردد (حبیب زاده، ۱۳۹۰: ۶۳). هدف اصلی اینکوترمز همواره این بوده که در موارد فروش کالا برای تحویل ورای مرزهای ملی کاربرد داشته باشد: از این رو اصلاحات مزبور مربوط به بازرگانی بین المللی هستند. البته در عمل اینکوترمز در مواردی همچنین وارد قراردادهای فروشی که صرفاً در محدوده بازار یابی داخلی است، می شود (اتاق بازرگانی بین المللی، ۱۳۸۷، ص ۲). بر این اساس در پژوهش بررسی تطبیقی قواعد حقوقی انتقال ضمان معاوضی در کنوانسیون بین المللی کالا بین دو کشور ایران و عراق مورد بررسی قرار می گیرد.

سؤالات تحقیق

- مقررات حقوقی اینکوترمز چه تأثیری بر روابط بین الملل دو کشور ایران و عراق دارد؟
- مقررات حقوقی اینکوترمز چه تأثیری بر تفاهم نامه های تجاری بین دو کشور ایران و عراق دارد؟
- مقررات حقوقی اینکوترمز چه تأثیری بر کاهش مشکلات ناشی از تفسیرهای مختلف در مورد اصطلاحات تجاری مورد استفاده در دو کشور ایران و عراق دارد؟
- مقررات حقوقی اینکوترمز چه تأثیری بر قوانین تجاری از قبیل چگونگی حمل کالاها، ترخیص کالاها، واردات و صادرات کالاها، حمل کالا، ریسک جابجایی، بیمه و انتقال کالا در مراحل مختلف بین دو کشور ایران و عراق دارد؟

روش شناسی تحقیق

باتوجه به موضوع مورد بررسی، روش انجام این تحقیق اسنادی می باشد. در این روش از فیش، اسناد و گزارشات و مقالات مؤسسات و وزارتخانه ها و سازمان های ذیربط و مهمتر از همه از قوانین و مقررات تجارت بین المللی بین دو کشور ایران و عراق استفاده خواهد شد. روش اسنادی از جمله روش های کیفی در تحقیقات اجتماعی می باشد. به عبارت دیگر روش اصلی در این طرح مطالعه اسنادی از نوع تحلیل و استنباط متون است. در این مطالعه تحقیقات انجام شده در حوزه مقررات بازرگانی بین المللی، بررسی و اطلاعات مورد نیاز در دسته بندی موضوعی، روش شناسی یافته ها و پیشنهادها ارائه خواهد شد و سپس با استفاده از ابزارهای روش اسنادی مورد تحلیل و فراتحلیل قرار خواهند گرفت. و همچنین با استفاده از تطبیق و مقایسه بازرگانی بین به روشن شدن بهتر موضوع و علل آن کمک شده و با اتکاب منابع و مآخذ موجود به ارزیابی و تحلیل دقیق موضوع پرداخته می شود.

ضمان معاوضی، یک مفهوم متغیر

قبل از بررسی قواعد خاص انتقال ضمان معاوضی در بیع بین المللی بر مبنای کنوانسیون وین و اینکوترمز ۲۰۱۰ اشاره ای به قواعد کلی ضمان معاوضی یا همان ریسک، ضروری به نظر می رسد. ریسک دارای معانی گوناگون است، صرف نظر از ریسک مد نظر در کنوانسیون وین و اینکوترمز ۲۰۱۰ که "ضمان قیمت" می باشد، مفهوم ریسک ممکن است متضمن "ضمان بیمه" و "ضمان سیاسی" و "ضمان اقتصادی" نیز باشد (Day.D.M.1981, P104).

ادبیات تحقیق

معنای ضمان

معنای "ضمان" در یک بیع بین المللی می تواند شامل وضعیت های مختلفی نظیر تلف ، فساد ، یا خسارت به کالای فروخته شده باشد. خصوصیت مشترک در همه ی این موارد آن است که تلف یا خسارت می بایست اتفاقی باشد. بنابر این نباید به وسیله ی فعل یا ترک فعل یکی از طرفین قرارداد ایجاد شده باشد.

بنابر این کلمه ی "ضمان" وضعیتهایی نظیر سرقت، حوادث ناشی از آب دریا ، حرارت زیاد مؤثر بر کیفیت کالا، اختلاط کالا (مخصوصا مایعات) با کالای دیگر، فساد کالا ، تبخیر، انبار داری نامناسب و یا کنترل غیر محتاطانه کالا از متصدی حمل و نقل را شامل می شود . (Goodfriend .D.E.1983 , P22)

یک سؤال مهم آن است که آیا معنای ضمان خسارت یا تلف وارده به کالا به دلیل اقدامات دولتی برای مثال به علت مصادره، تشریفات گمرکی واردات یا صادرات ، یا تحریم ها نیز داخل در مفهوم ضمان خواهد بود راشامل می شود؟

در این زمینه باید گفت دیدگاهی که به نظر غالب می باشد این است که این افعال خارج از مفهوم ضمان می باشند. در واقع زمانی که کالایی مصادره می شود، خود کالا هدف نیست ، بلکه مصادره مشتمل بر یک اقدام تنبیهی علیه شخصی است که مالک کالا می باشد. به علاوه، عمل دولت یک عمل حقوقی است که هیچگونه تناسبی با ضمان ندارد و عملاً غیر ممکن است که حمایت بیمه ای در مقابل آن تحصیل شود.

در مقابل در وضعیت هایی که کالا در طول جنگ به وسیله ی اقدامات دشمن (مانند بمباران ، توقیف و...) تلف شده یا دچار خسارت شود، به نظر منطقی به نظر می رسد که در داخل قواعد راجع به ضمان تلقی شود. در واقع دلیل پذیرش این دیدگاه آن است که خریدار قادر است کالا را در مقابل خطرات جنگ بیمه نماید.

زمان انتقال ضمان معاوضی

کالا ممکن است در نقاط مختلفی از زمان تشکیل قرارداد بیع تا تحویل عملی کالا به خریدار تلف شده یا دچار خسارت گردد. زیرا این دو اقدام (انعقاد قرار داد و تحویل کالا) ممکن است با یکدیگر ادغام شده و در یک زمان رخ دهد یا اینکه یک دوره ی طولانی مدت بین آنها وجود داشته باشد، در طول آن مدت همیشه این احتمال وجود دارد و تجار آن را به خوبی می شناسند، که کالا در اثر یک حادثه اتفاقی، ناگهانی و غیرمنتظره که نه فروشنده و نه خریدار در قبال آن مسئولیتی ندارند، تلف شده یا دچار خسارت گردد، در نتیجه، برای مثال ، کالا ممکن است در حال بسته بندی در انبار فروشنده یا در طول راه به بندری که از آن جا صادر خواهد شد (وقتی که قرارداد متضمن حمل کالا از طریق دریا است) یا در طول مسافرت دریایی یا از بندر مقصد تا محل اقامت خریدار تلف شده یا دچار خسارت شود. سؤال مهم در همه ی این وضعیت ها این می باشد که در چه زمانی ضمان و مسئولیت مربوط به تلف و خسارت وارده به کالا به خریدار منتقل می شود؟ پاسخ به این سؤال مهم بسیار حیاتی می باشد، زیرا با پاسخ به این سؤال تعیین می شود که کدام یک از طرفین (فروشنده یا خریدار) ضمان و نتایج آن را متحمل خواهند شد. بنابر این قواعد راجع به انتقال ریسک به این مسأله مربوط است که آیا خریدار، همچنان می بایست بهای کالای تلف شده یا خسارت دیده را، حتی اگر او هرگز کالا را دریافت نکرده باشد، بپردازد. این مسأله "ضمان قیمت" نامیده می شود. برخی سیستم های حقوقی متضمن قواعدی هستند که "ضمان عدم اجرا" صرف نظر از "ضمان قیمت" را تنظیم می کنند. قواعد ضمان عدم اجرا این مسأله را تنظیم می کنند که آیا فروشنده می بایست کالا را دوباره تحویل دهد و متقابلاً اینکه آیا خریدار حق دارد، تحویل کالای دیگری را از فروشنده مطالبه کند، حتی اگر کالا ها به طور اتفاقی تلف شود یا متحمل خسارت شوند (Romein .A ,2003: 268).

تئوری های انتقال ریسک در دو کشور ایران و عراق

از زمانی که کالا فروخته می شود تا زمانی که به بنگاه خریدار می رسد (به ویژه در قراردادهایی که با بایع و مشتری در دو کشور جداگانه قرار دارند) ممکن است کالا با خطراتی مواجه شود، از قبیل غرق شدن کشتی یا سرقت محموله و حتی ممکن است در این فاصله کالا تلف یا ناقص شود. حال این سؤال مطرح می شود که چه کسی باید این خطرات و خسارات را متحمل گردد، بایع یا مشتری؟

بر حسب اینکه تاریخ انتقال ضمان کالا به مشتری را چه زمانی بدانیم، پاسخ به این سؤال فرق می کند. بعلاوه منظور از ضمان، آن تلف و نقصی است که در اثر حوادثی واقع شده که نمی توان آن را به بایع یا مشتری نسبت داد و الا در صورتی که نقص یا تلف در اثر نقض تعهد مثلاً از ناحیه بایع باشد، هر چند بعد از انتقال ضمان روی دهد، باز هم بایع مسئول است . این تفکیک به وضوح در مواد ۳۶ و

۶۶ کنوانسیون وین بیان شده است. (داراب پور، ۱۳۷۴، ص ۱۵)

به طور کلی در رابطه با زمان انتقال ریسک یا ضمان معاوضی سه راه حل کلی در حقوق داخلی وجود دارد:

- تاریخ انعقاد قرارداد؛ این راه حل در حقوق سوئیس پذیرفته شده است. (ماده ۱۸۵ قانون تعهدات) این راه حل همچنین در کشورهای اسپانیا و هلند نیز پذیرفته شده است.
- تاریخ انتقال مالکیت؛ این راه حل در حقوق عراق، فرانسه، ایتالیا و انگلستان پذیرفته شده است.
- زمان تسلیم مبیع؛ این راه حل به غیر از حقوق ایران در کشورهای دیگری مثل آلمان، عراق، یونان، سوئد، آمریکا نیز پذیرفته شده است. (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۳).

انتقال ریسک با تسلیم کالا (نظریه منتخب در بیع بین المللی)

در بیع بین المللی این نظریه گسترش یافته است، در واقع پذیرش چنین نظری منطقی تر و منصفانه تر می باشد. زیرا طرفی که متصرف کالا می باشد، برای نگهداری آن، اتخاذ تدابیری ضروری برای حفاظت از آن یا اقدامات مناسب.

برای حفظ آن بعد از وقوع حادثه منجر به خسارت، در موقعیت بهتری قرارداد دارد. همچنین است در خصوص جمع آوری کالاهای باقیمانده که از تلف یا خسارت رهایی یافته است و همچنین در رابطه با ارزیابی خسارت و ارتباط با بیمه گر به منظور وصول غرامت در موقعیت هایی که کالا بیمه شده است.

اما در بیشتر موارد قراردادهای بیع بین المللی یعنی مواردی که مستلزم حمل کالا است، فرض بر این است که فروشنده کالا را به طور مستقیم تحویل خریدار نداده است بلکه کالا تحویل متصدی حمل شده است که او نیز به نوبه ی خود کالا را به خریدار تسلیم خواهد کرد. در این موارد یک وضعیت اضافی ایجاد شده است؛ زیرا نه فروشنده و نه خریدار کنترل مادی و فیزیکی بر کالا ندارد. بر عکس آنها، متصدی حمل همان کسی است که تصرف عملی کالا را در اختیار دارد. معمولاً در این موارد خریدار موقعی ضمان را بر عهده می گیرد که کالا به متصدی حمل تحویل شده باشد. این حکم به نظر غیر منصفانه می آید. زیرا کالا بسیار دور از کنترل خریدار است. همانطور که در مورد فروشنده اینگونه است و خریدار در موقعیتی نیست که بر متصدی حمل نظارت داشته باشد (Wilson, J.F. 2001, P122).

در واقع در این راستا می باشد که حقوقدانان تصرف خریدار بر مبیع را دوگونه دانسته اند،

۱- تصرف واقعی،

۲- تصرف حکمی یا فرضی،

و گفته می شود معنای تصرف، داشتن کنترل مادی وارادی است. تصرف از دو عنصر تشکیل شده است:

مادی ۴، یعنی داشتن کنترل مادی و عنصر معنوی یعنی قصد داشتن و اعمال این کنترل. و در ادامه گفته می شود که تعریف تصرف، دیگر بر توانایی شخص متصرف بر انتفاع از موضوع تصرف و جلوگیری از تصرف دیگران مبتنی نیست. بلکه تصرف امروزه بیش از آنکه امری فیزیکی باشد، یک واقعیت اجتماعی است؛ بدین معنی که شخص وقتی متصرف معرفی می شود، که آن نوع و تا آن حد کنترل موضوع تصرف را در اختیار داشته باشد که جامعه، او را به طور متعارف و متناسب با موضوع تصرف و شرایط و اوضاع و احوال، متصرف تلقی کند. این بدان معنی است که شخصی ممکن است متصرف تلقی شود، بدون اینکه کنترل فیزیکی شی را در اختیار داشته باشد، اما دارای این قدرت و اراده است که در زمان مشخص تسلط و کنترل خود را بر موضوع تصرف اعمال نماید. این نوع تصرف را می توان حکمی (فرضی) در مقابل تصرف واقعی نامید. بدین ترتیب، تصرف، مفهومی نسبی می شود که اعمال آن در شرایط مختلف بنا به اوضاع خاص و طبیعت هر موضوع تغییر می یابد. (علوم یزدی، ۱۳۸۰، ص ۸۰)

در بیع بین المللی نیز، مثلاً در مواردی که نیاز به حمل دریایی است، فروشنده ترتیبی می دهد که کالا به وسیله ی یک اسناد مورد نیاز برای رسیدگی خسارت که معمولاً بیمه گذار باید در اختیار بیمه گر قرار دهد به شرح زیر است:

- اصل و یا گواهی بیمه نامه صادره،
- اصل و یا گواهی صورت (سیاهه) متصدی حمل به انضمام صورت مربوط به وزن کالا،
- اصل بارنامه و یا کپی قرارداد و حمل،
- گزارش کارشناسی که نشان دهنده میزان خسارت وارده به کالا می باشد،
- گواهی تخلیه کالا در بندر مقصد،
- کلیه ی مکاتبات انجام شده بین بیمه گذار و متصدی حمل در مورد اعلام خسارت و انجام تعهدات متصدی حمل در قبال کالا،
- گواهی کسر تخلیه،
- اصل و کپی جواز سبز گمرکی که نشان دهنده وزن و سایر مشخصات کالا است،
- صورت بسته بندی کالا. (دستباز، ۱۳۸۷، ص ۲۴۱)

متصدی حمل دریایی برحسب یک قرارداد حمل تحویل شود. بنابراین متصدی حمل سندی صادر می کند (بارنامه) که کار کرد های زیر را بر عهده دارد:

الف؛ رسید کالای ارسال شده بوده و متضمن توصیف کیفیت و کمیت کالا است،

ب؛ دلیل قرارداد حمل است،

ج؛ دلیل مالکیت کالا است.

که کارکرد اخیر در واقع بدان معنی است که بارنامه می تواند به عنوان معادل با تصرف کالایی که در بارنامه قید شده است تلقی بشود و اینکه دارنده بارنامه می تواند کالا را در بندر مقصد تحویل بگیرد یا کالا را در حالیکه در مرحله حمل می باشد به وسیله ی ظهرونی بارنامه بفروشد. (فخاری ، ۱۳۷۸، ص ۴۵).

درواقع با توجه به توضیحی که در مورد انواع تصرف دادیم در بیع بین المللی پس از تحویل کالا به متصدی حمل، مشتری یک نوع تصرف حکمی (فرضی) بر مبیع پیدا می کند و همین تصرف موجب انتقال ضمان به او می شود.

انتخاب کنوانسیون وین و اینکوترمز

در کنوانسیون وین راه حل دوم پذیرفته نشده است. زیرا کنوانسیون راجع به انتقال مالکیت قاعده ای ندارد و از آنجا که اختلافاتی در سیستم های حقوقی در این زمینه وجود داشته کنوانسیون آن را مسکوت گذاشته است.

اما از دو راه حل دیگر، کنوانسیون زمان تسلیم کالا رابه عنوان قاعده ی اصلی درانتقال ضمان پذیرفته است (ماده ی ۶۷ کنوانسیون) و به طور استثنایی و به عنوان قاعده ی فرعی در برخی موارد راه حل اول (زمان انعقاد عقد) را قبول کرده است. (ماده ی ۶۸ کنوانسیون) در توجیه راه حل پذیرفته شده در کنوانسیون (زمان تسلیم) گفته شده است کسی که کالا تحت تصرف و کنترل اوست، برای جلوگیری از خطرات و یا اندیشیدن تمهیداتی برای رفع ضرر از قبیل مراجعه به کارشناس یا بیمه گر در وضعیت بهتری قرارداد و منصفانه است که ضمان کالا هم بر دوش او باشد. (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۴).

در اینکوترمز ۲۰۱۰ انتقال ریسک در بخش های A و B تنظیم شده است که مقرر می دارد ضمان در هر یک از اصطلاحات اینکوترمز در لحظه ی تحویل به خریدار منتقل می شود و معنای لحظه ی تحویل نیز در بخش های A و B ذکر شده است و موقع تسلیم کالا توسط فروشنده و گرفتن کالا توسط خریدار را معین می کند. هنگام تحویل در انواع مختلف اینکوترمز متفاوت است و به این ترتیب هنگام انتقال ضمان نیز متغیر است. (شیرزاد، ۱۳۸۰، ص ۱۰۵).

انتقال ضمان معاوضی بر مبنای قواعد کنوانسیون وین

قواعد کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG) درباره ی انتقال ضمان معاوضی تنها هنگامی اعمال خواهد شد که طرفین هیچ گونه ترتیب صریح با ضمنی قبلی راجع به مسأله اتخاذ نکرده باشند، زیرا کنوانسیون ، دارای جنبه ی تکمیلی است ، به این معنی که طرفین می توانند اعمال مقررات CISG را به طور کامل کنار بگذارند یا اینکه آثار ماده ی ۴ کنوانسیون مقرر می دارد : مقررات این کنوانسیون صرفاً ناظر بر انعقاد قرارداد بیع و حقوق و تعهداتی که برای طرفین در اثر چنین قراردادی ایجاد می شود بوده و ارتباطی به طور خاص با موارد زیر ندارد مگر خلاف آن تصریح شده باشد: (الف) اعتبار قرارداد یا هریک از شرایط آن یا اعتبار هر گونه عرف مربوط. (ب) اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت داشته باشد مواد خاصی را تغییر دهند. (ماده ی ۶ ک) در کنوانسیون وین، انتقال ضمان از فروشنده به خریدار در مورد ۶۶ الی ۷۰ فصل چهارم پیش بینی شده است. این مواد مربوط است به تخصیص "ضمان قیمت" و به سئوالات زیرپاسخ می دهد؛ اینکه آیا خریدار در صورت تلف یا ورود خسارت اتفاقی به کالا همچنان علیرغم تلف یا ورود خسارت متعهد به پرداخت قیمت آنها می باشد؟ و همچنین آیا فروشنده هنوز حق دارد تا پرداخت قیمت را مطالبه کند؟

کنوانسیون وین بر خلاف برخی سیستم های حقوق ملی در فصل راجع به ضمان به ضمان عدم اجراء نمی پردازد. اینکه آیا فروشنده به انجام تحویل دیگری به خریدار در مورد تلف یا خسارت اتفاقی کالا متعهد است؟ اما متضمن برخی مقررات راجع به این موضوع در فصل دوم (بخش سه) می باشد که به تعهدات فروشنده می پردازد. انتقال ضمان عدم اجرا یا انتقال ضمان تحویل دوباره کالا در مواد ۳۶-۳۱ کنوانسیون تنظیم شده است. بر طبق این مواد، ضمان در لحظه ای به خریدار منتقل می شود که فروشنده تعهدات خود را برای تحویل انجام داده است یا اینکه هر چیزی را که برای انجام تعهدات خود برای تحویل کالا ضروری است، انجام داده باشد. تنها در این لحظه فروشنده از تعهد تحویل دوباره ی مبیع مبری می شود. زیرا از آن لحظه، خریدار ضمان و خطر تلف کالا را بر عهده می گیرد. ماده ی ۳۶(۱) مقرر می دارد که فروشنده برای هر گونه عدم مطابقت کالا در لحظه ی انتقال ضمان به خریدار ، مسئول است . صرف نظر از این موضوع که عدم مطابقت صرفاً ممکن است بعد از آن تاریخ ، ظاهر شود و پاراگراف دوم ماده ی ۳۶ مقرر می دارد، وقتی که عدم

مطابقت ۳ ، نتیجه ی نقض هر یک از تعهدات قراردادی فروشنده از جمله هر یک از تضمین های خاص باشد، و همچنین مسئول است (Romein , A, 2003: 21).

اگر کالا به طور کامل تخریب شود، در مورد فروش کالاهای کلی برای فروشنده این امر راحت تر است که تعهد خود به تحویل را انجام دهد. زیرا او می تواند کالاهای دیگری از همان نوع تهیه کند. اگر کالا تلف شده یا به طور کامل تخریب شود و تحویل مجدد آن برای فروشنده ناممکن باشد؛ در این صورت خریدار حق دارد که قرارداد را ابطال نموده و بعلاوه می تواند مبالغی را که ممکن است قبلاً پرداخت کرده باشد، استرداد نماید. مضافاً اینکه در مورد تلف یا خسارت اتفاقی ، مواد ۷۹ و ۸۰ کنوانسیون به این سؤال پاسخ می دهند که آیا فروشنده می بایست خسارات را پرداخت نماید یا خیر؟ (Bollee . S, 2003: 273)

اثر انتقال ضمان معاوضی (ماده ی ۶۶ کنوانسیون) و مقایسه با دو کشور ایران و عراق

ماده ی ۶۶ کنوانسیون مقرر می دارد: " تلف یا خسارت وارده بر کالا ، بعد از انتقال ضمان معاوضی (ریسک) به خریدار ، موجب براءت وی از ایفاء تعهدش مبنی بر پرداخت ثمن نمی شود، مگر اینکه تلف یا خسارت مذکور ناشی از فعل یا ترک فعل فروشنده باشد." این ماده طلیعه ی فصل چهارم کنوانسیون و راجع به انتقال ضمان معاوضی است که آثار اصلی انتقال ضمان را بیان می دارد. اصول بعدی که در این فصل آمده در رابطه با لحظه ی انتقال ضمان معاوضی (اصل ۶۷ تا ۶۹) و رابطه ی بین انتقال ضمان و نقض اساسی قرارداد است (ماده ی ۷۰) . فصل مشابه ای که در قانون متحدالشکل بیع بین المللی (فصل ششم)، قرارداد شده بود، اما در کنفرانس وین این فصل جدید جلوتر آورده شد، یعنی در موضع فعلی ، به این علت که انتقال ضمان معاوضی و اجرای تعهدات طرفین به یکدیگر مربوط هستند. (داراب پور ، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۱۴).

معنای ریسک در این فصل از کنوانسیون مشتمل بر هر گونه تلف یا خسارت وارده به کالا در اثر هر رویدادی است که هیچ یک از طرفین مسئول وقوع آن نبوده اند. چنین تلف یا خسارتی ممکن است به دلیل سرقت ، فساد کالا ، تقلیل کیفیت کالا، خسارت ناشی از انبار داری یا بسته بندی نا مناسب و غیر آن باشد. خریدار می بایست کالای خسارت دیده را قبول کند و قیمت را پرداخت نماید، بدون اینکه حقوق و شیوه های جبران خسارت که در اصل ۴۵ آمده را در اختیار داشته باشد، زیرا تلف اتفاقی بوده است. در این مورد خریدار نمی تواند فروشنده را به عدم اجرا متهم کند و انجام تعهدات خود را نفی کند. ممکن است به نظر برسد که این یک قاعده ی سختگیرانه علیه خریدار است ، اما در تجارت بین الملل همیشه احتمال حوادث پیش بینی نشده وجود دارد. مخصوصاً در خرید و فروش های بین المللی که بر حسب ماهیت خود یک حوزه ی پر خطر است و برای خریدار بیشتر متعارف است که همان طرفی باشد که ضمان تلف را متحمل می شود. بنابر این ماده ی ۶۶ کنوانسیون به وضوح اعلام می دارد که خریدار بعد از انتقال ضمان به او به پرداخت قیمت کالا متعهد است. به این نکته ی مهم باید توجه داشت که هنگام انتقال ضمان در هر مورد متفاوت است و به وسیله ی مواد (۶۶-۶۹) کنوانسیون تنظیم شده است.

اما معنای دقیق عبارت " فعل یا ترک فعل فروشنده " چیست؟ دو دیدگاه مختلف وجود دارد که به این سؤال پاسخ می دهد. اولین دیدگاه آن است که عبارت فعل یا ترک فعل به معنی نقض تعهدات ۴ فروشنده به موجب قرارداد بیع یا کنوانسیون است.

دیدگاه دوم متضمن این مطلب است که فعل یا ترک فعل فروشنده ضرورتاً نمی بایست دارای ماهیت نقض قراردادی باشد ، بلکه هر حادثه ای می تواند می باشد که فروشنده در قبال آن مسئول است و منجر به تلف یا خسارت به کالای شود.

در مواردی مثل این فروشنده یا به موجب قانون حاکم بر قرارداد یا به موجب کنوانسیون و یا به موجب قواعد: مسئولیت مدنی ، مسئول خواهد بود. بر طبق دیدگاه دوم می بایست ماده ی ۶۶ به نحوی تفسیر شود که در مواردی که رفتار فروشنده به موجب قانون قرارداد، غیر قانونی نیست، (نقض تعهدات) اما ممکن است به موجب حقوق مسئولیت مدنی غیر قانونی باشد، در بر گیرد، پس ضمان با فروشنده باقی می ماند (داراب پور ، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۱۶).

۲- ماده ی ۳۸۷ قانون مدنی ایران تصریح می کند که تلف می بایست بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع حادث شده باشد. بنابر این، یکی از شرایط اعمال قاعده تلف مبیع قبل از قبض وقوع تلف در اثر حادثه خارجی می باشد. چنانکه فقها نیز میان تلف مبیع و اتلاف آن تفاوت نهاده اند و معتقدند اتلاف مورد معامله توسط فروشنده ، خریدار و حتی شخص ثالث تابع احکام جداگانه می باشد. تلف مال توسط خود مشتری در حکم قبض مبیع است و در نتیجه حکم تلف مبیع بعد از قبض را دارد که به عهده ی مشتری است و نه بایع و در مورد ثالث نسبت به اینکه حالت قوه قاهره را دارد و موجب انفساخ عقد می شود یا باید مثل با قیمت را به مشتری بپردازد ، اختلاف نظر است. (شهیدی ، ۱۳۸۰، ص ۲۱۹)

کشور عراق در این زمینه طبق ماده ۶۶ کنوانسیون عمل می کند و همین ماده را بر معاهدات بین المللی خود جاری ساخته است.

انتقال ضمان معاوضی در موارد متضمن حمل کالا (ماده ی ۶۷ کنوانسیون).

انتقال ضمان معاوضی در خرید و فروش های متضمن حمل کالادر کنوانسیون وین دریک ماده ی مستقل یعنی ماده ی ۶۷ تنظیم شده است و از آنجا که خرید و فروش های بین المللی متضمن حمل کالا معمول ترین وضعیت در قراردادهای بیع بین المللی است ، ماده ی ۶۷ حکم کلی انتقال ضمان بر طبق کنوانسیون را تشکیل می دهد. پاراگراف اول از ماده ی ۶۷، دو قاعده را ایجاد می کند : الف ، اگر قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد و فروشنده ملزم به تسلیم آنها در محل معینی نباشد، ضمان معاوضی (ریسک) وقتی به خریدار منتقل می شود که کالای مطابق با قرارداد

بیع به اولین حمل کننده جهت ارسال به خریدار تسلیم شود. ب، در صورتی که فروشنده ملزم به تسلیم کالا به متصدی حمل و نقل در محل معینی باشد تا زمانی که کالاتسلیم متصدی حمل و نقل در محل مزبور نشود ضمان به خریدار منتقل نمی شود.

تسلیم کالا به اولین متصدی حمل و نقل

در رابطه با قاعده ی اول ماده ی ۶۷ که در بالا بیان شد، اولاً می بایست بررسی شود که کدام قرارداد بیع مستلزم دخالت وسایل حمل است. به این معنا که چه نوع فرایند حمل و نقلی باید مد نظر قرار بگیرد. پاسخ به این سؤال باید چیزی فراتر از این موضوع بدیهی باشد که کالا بر یک کامیون ، قطار ، کشتی یا هواپیما به منظور اینکه برای خریدار ارسال شود، بارگیری گردد. به علاوه فروش مستلزم حمل کالا به این معناست که فروشنده باید همان کسی باشد که اختیار یا تعهد تهیه ی حمل کالا و انجام اقدامات ضروری برای ارسال ۱ کالا به خریدار را بر عهده دارد. ثانیاً عبارت، بر طبق قرارداد بیع ، ممکن است مبهم باشد به مفهومی که می تواند به این معنی تفسیر شود که انتقال ضمان وقتی نافذ است که با رعایت قرار داد بیع باشد، اگر چه معنای درست، آن است که تسلیم می بایست مطابق با قرارداد باشد (

Enderlein.,1990: 264)

مسئله ای که راجع به موضوع حمل و نقل مطرح می شود، مربوط می شود به مفهوم "اولین متصدی حمل و نقل اهمیت عملی انتقال ضمان بنحوی است که معمولاً در متن قرارداد یا با استفاده از اصطلاحات تجاری بر آن توافق می شود. بنابر این ، باید تأکید شود که قواعد مواد ۶۷ تا ۶۹ فقط در صورتی اعمال می شود که چنان توافقی حاصل نشده باشد.

در مورد مفهوم اولین متصدی حمل و نقل دو دیدگاه وجود دارد ، یک دیدگاه این نظر را تقویت می کند که متصدی حمل و نقل حتماً باید بین المللی باشد و متصدی حمل داخلی مشمول ماده ی ۶۷ قرار نمی گیرد و موجب انتقال ریسک بر مبنای قاعده ی اول ماده ی ۶۷ نمی شود، دیدگاه دیگر این است که متصدی حمل داخلی نباید متفاوت از متصدی حمل بین المللی تلقی شود، و تحویل کالا به او موجب انتقال ریسک می شود.

آیا کافی است که فروشنده عملیات حمل را خودش با وسایل حمل خود و با خدمه ی خود انجام دهد ۱ یا اینکه عملیات حمل می بایست به وسیله ی یک متصدی حمل مستقل انجام شود؟

بر مبنای نظر "نیکولاس" عملیات حمل باید به وسیله ی یک شخص ثالث انجام شود و بنابر این در مواردی که حمل کالا به وسیله ی خود طرفین انجام می شود، در محدوده ی ماده ی ۶۷ قرار ندارد. بعلاوه موضوع عمل، شخص ثالث باید انجام حمل باشد یعنی یک متصدی حمل مستقل باشد. زیرا پاراگراف ۱ ماده ی ۶۷ (وقتی کالابه اولین متصدی حمل تسلیم می شود... اگر فروشنده مکلف باشد که کالا را به یک متصدی حمل تحویل دهد) صریحاً اظهار می دارد که ، فرض می شود فروشنده کالا را به یک متصدی حمل و لذا به یک شخص ثالث تحویل داده است. زیرا ممکن نیست که کالا برای حمل به خود شخص فروشنده تحویل داده شود (Nicholas . B1989). (67) اساتید دیگری نیز از این دیدگاه حمایت می کنند به این دلیل که برای انتقال ضمان به خریدار باید ، عملیات حمل به وسیله ی یک متصدی حمل مستقل و نه به وسیله ی خدمه ی فروشنده انجام شود. در واقع سیاستی که در پشت این دیدگاه وجود دارد ساده است؛ اگر فروشنده در طول عملیات حمل که به وسیله ی خودش انجام شده است ضمان را بر عهده نگیرد، در صورت تلف یا خسارت اتفاقی به کالا ، خریدار همیشه فروشنده را به عدم اجرای مراقبت های لازم نسبت به کالا متهم می کند ، که در این صورت احتمال مناقشه میان طرفین و طرح دعوا افزایش می یابد. در واقع در این موارد زمینه برای ایرادهای گوناگون از طرف خریدار بر رفتار فروشنده هنگام حمل کالا بازمی باشد. به همین دلیل است که کنوانسیون نظریه ی تسلیم مبیع به متصدی حمل را برای انتقال ضمان معاوضی از فروشنده به خریدار پذیرفته است.

مسئله ی دیگری که مناقشه بر انگیز است ، این است که آیا مفهوم نمایندگی باربری را می توانیم در معنای اولین متصدی حمل و نقل بگیریم یا خیر؟ در این مورد دیدگاه های مختلفی وجود دارد که بعضی به پذیرش این موضوع نظر داده اند و بعضی هم به رد آن. یک دیدگاه آن است که نمایندگی باربری باید به عنوان یک متصدی حمل اولیه تلقی شود و ضمان از لحظه ای که کالا به او تسلیم می شود منتقل گردد، زیرا این نمایندگی باربری ، یک مؤسسه ی مستقل را تشکیل می دهد که کنترل کالا را در اختیار دارد.

اما نظر مخالفی نیز وجود دارد که با استفاده از "معیار مسئولیت" یک تفکیک ارائه می دهد. اگر نمایندگی باربری (یا بنگاه کرایه ی حمل) برای انجام عملیات حمل و نقل نمایندگی داشته باشد و از مسئولیت معاف گردد، او را نباید به عنوان اولین متصدی حمل در محدوده ی معنای جمله ی اول ماده ی ۶۷ در نظر بگیریم، اما اگر او در حمل کالا با قبول مسئولیت مشارکت نماید، در این صورت ، او باید به عنوان اولین متصدی حمل تلقی شود.

- هافمن معتقد است که چون حمل کالا به وسیله ی خدمه ی فروشنده موجب تسریع در عملیات تسلیم می شود تحویل کالا از طرف فروشنده به آنها موجب انتقال ضمان می شود و فقط اگر فعل یا ترک فعل آنها موجب تلف کالا شود ریسک منتقل نمی شود، و در موارد حوادث اتفاقی ریسک منتقل می شود (Valioti.Zoi, 2003: 23) ..

بیشتر موارد کالا بر روی یک قطار یا کامیون بارگیری می شود و به یک بندر نزدیک حمل می شود، و از آنجا به بندری دیگر در کشور خریدار ارسال می گردد. در وضعیتی مانند این، ضمان از هنگامی منتقل می شود که کالابه اولین متصدی حمل تسلیم می شود. یعنی وقتی که کالا بر روی قطار یا کامیون بارگیری می شود. این قاعده، بسیار عملی و مؤثر است. زیرا از تجزیه و تقسیم ضمان در طول حمل اجتناب می شود. و خریدار در طول مسیر حمل و نقل زمینی و دریایی ، ضمان را بر عهده دارد. به طور کلی تقسیم ضمان در طول حمل نامطلوب است، زیرا مشکلات جدی اثباتی به وجود می آورد. لذا اثبات هنگام ورود خسارت آسان نیست که قبل یا بعد از نقطه ی انتقال ضمان به خریدار رخ داده است. مخصوصاً وقتی که خسارت بر اثر یک حادثه ی غیر واضح رخ داده باشد، (از قبیل افزایش دما، خسارت به محموله ناشی از آب دریا) که معمولاً در پایان سفر دریایی آشکار می شود؛ با تحمیل ضمان در طول حمل بر عهده خریدار، احتمال تقسیم ضمان بر طرف می شود. از یک سو این حکم منصفانه است، زیرا دیگر کالا تحت کنترل فروشنده نیست و او نباید ضمان کالایی را که دیگر در دست او نیست بر عهده بگیرد. اما از سوی دیگر در کنترل فیزیکی خریدار نیز نمی باشد، بلکه در تصرف متصدی حمل است. بنابر این آیا این قاعده برای خریدار بسیار سختگیرانه نیست؟ پاسخ این است که طرف عهده دار ضمان باید خریدار باشد، زیرا معمولاً تلف یا خسارت در پایان سفر دریایی و در هنگامی که کالا در دست خریدار است، آشکار می گردد. بنابر این او در یک موقعیت بهتری نسبت به فروشنده قرار دارد. زیرا او کسی است که می تواند با بررسی و آزمایش کالا و پیدا کردن عیوب احتمالی، حفظ کالایی که کاملاً تخریب نشده را انجام دهد و برای جبران خسارت به بیمه رجوع کند. به علاوه قاعده ی جمله ی اول ماده ی ۶۷ برای حمل و نقل کانتینری بسیار مؤثر است. (داراب پور ، ۱۳۷۴ ، ج ۳ ، ص ۲۸).

تسلیم کالا به متصدی حمل و نقل در محل معین در قرار داد ایران و عراق

جمله ی دوم از پاراگراف اول ماده ی ۶۷ کنوانسیون مقرر می دارد که اگر فروشنده ملزم به تسلیم کالا به متصدی حمل و نقل در محل معینی باشد تا زمانی که کالا تسلیم متصدی حمل و نقل در محل مزبور نشود ضمان به خریدار منتقل نمی شود. این قاعده ، در واقع مشکل خاصی را ایجاد نمی کند و در وضعیتهایی اعمال می شود که طرفین بر تحویل کالا در یک مکان خاص توافق کرده اند . در این وضعیت ها در هنگامی که کالا به اولین متصدی حمل تحویل می شود، ضمان منتقل نمی شود، بلکه ضمان با تحویل کالابه متصدی حمل در مکان مورد توافق منتقل می گردد و اگر مکان به طور کلی توصیف شده باشد، فروشنده حق تعیین آن را دارد. (مهاجر، ۱۳۸۶، ص ۱۱۱). این بند کنوانسیون در قرار داد تجاری ایران و عراق قید گردیده است.

برای مثال اگر فروشنده ملزم باشد کالا را در یک کشتی بارگیری نماید و خریدار تعهد نموده باشد که کشتی ای را که باید در آن بارگیری شود مشخص نماید، نتیجه ی آن این خواهد شد که اگر خریدار موفق به مشخص نمودن کشتی مربوطه نشود فروشنده نمی تواند کالا را ارسال دارد و ضمان کالا از جمله فاسد شدن آن برعهده فروشنده باقی می ماند و تنها چاره اش این خواهد بود که مدعی خسارت شود، زیرا ماده ی ۷۰ هم آن طور که بیان خواهیم کرد قابل اعمال نیست. (داراب پور ، ۱۳۷۴ ، ج ۳ ، ص ۲۹).

بنابر این با توجه به اینکه قاعده ی دوم ماده ی ۶۷ کنوانسیون راه را برای استفاده از اصطلاحات تجاری باز می گذارد باید گفت که رایج ترین اصطلاح تجاری که مطابق با این قاعده می باشد، اصطلاح تجاری (شرط FCA) می باشد.

بدین معنا که فروشنده تعهدش را برای تحویل کالا هنگامی به انجام می رساند که آن را پس از ترخیص برای صدر و در محل یا نقطه ی مقرر در اختیار حمل کننده تعیین شده از طرف خریدار قرار دهد. (شیرزاد ، ۱۳۸۰ ، ص ۱۳۱) حال بنا به آنچه در پاراگراف قبل گفتیم چنانچه در مورد هیچ نقطه مشخصی توافق نشده باشد یا نقاط متعددی وجود داشته باشد، فروشنده می تواند نقطه ای را در محل تحویل بر گزیند که به بهترین وجه منظورش را تأمین کند.

- این قواعد در واقع نمایانگر اصل آزادی قراردادی می باشد که در ماده ی ۶ کنوانسیون بیان شده است. در این قاعده به طور ضمنی مواردی را که طرفین برای تحویل مبیع و انتقال ضمان بر مبنای یکی از اصطلاحات تجاری توافق می کنند، پذیرفته شده است.

- این یکی از اصطلاحات اینکوترمز می باشد که به دلیل ویژگی های خاصی که دارد امروزه از شایع ترین شرط های مورد استفاده در تجارت بین المللی در زمینه ی حمل و نقل می باشد.
- به این نکته مهم باید اشاره کرد که بر مبنای ماده ۶۷ صرف تسلیم کالا به متصدی حمل موجب انتقال ضمان به مشتری نمی شود، بلکه شرط دیگری لازم است و آن اینکه کالا مشخص شده باشد. ماده (۲) ۶۷ ک (بند ۲ ماده ۶۷ کنوانسیون مقرر می دارد: "با این وصف تا زمانیکه کالاهای موضوع قرارداد خواه از طریق علامت گذاری روی آنها، خواه به وسیله بار نامه ها و یا خواه با اخطار به مشتری یا نحوه دیگر، کاملاً مشخص نشده باشد، ضمان به مشتری منتقل نخواهد شد."
- در این رابطه باید گفت که چون در بسیاری از موارد کالا به صورت فله و برای چند خریدار فرستاده می شود، در این صورت ضمان کالا تا مشخص شدن کالای مشتری بر عهده فروشنده است. برخی روشهای مشخص نمودن کالا نیز، در بند ۲ ماده ۶۷ ک، بیان شده است. لزوم مشخص نمودن کالا به خاطر جلوگیری از تقلب فروشنده در فرضی است که بخشی از کالای ارسالی تلف شده باشد، چرا که فروشنده ممکن است مدعی شود که همان مقدار تلف شده مال مشتری بوده است. (صفایی، ۱۳۷۸، ص ۱۴۶، داراب پور، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۲۷).

انتقال ضمان در بیع کالای در حال حمل (ماده ی ۶۸ کنوانسیون)

کنوانسیون ماده ی مستقلی درباره ی انتقال ضمان کالایی که در طی حمل فروخته می شود، دارد. فروش در طول حمله این معنی است که کالا در حالیکه معمولاً در یک کشتی یا قطار یا روی کامیون نگهداری می شود، فروخته شود. این غالباً در جایی است که فروشنده به طور مثال محموله های بزرگ نفت، گاز طبیعی، گندم و فلزات و به طور کلی کالاهایی که به طور فله ای (کلی) حمل می شود را خریداری کرده است و سفر دریایی به طرف یک مقصد بدون اینکه سابقاً کالا به فروش رفته باشد و بدون اطلاع از هویت گیرندگان کالا آغاز می شود. پس قراردادهای فروش در حالی که کالا در طول حمل است، منعقد می شود و در بیشتر موارد کالا در اوقات مختلف تا مقصد نهایی به فروش خواهد رفت (Pantelidou, k, 2002: 97).

با توجه به توضیحات بالا می باشد که کنوانسیون در ماده ی ۶۸ این وضعیت را بررسی می کند و با عدول از قاعده اصلی تسلیم، در چنین مواردی ضمان از لحظه ی انعقاد قرارداد به خریدار منتقل می شود و تنها در شرایط خاص، ضمان به طور قهقرازی از لحظه ی تسلیم کالا به متصدی حمل که اسناد متضمن قرارداد را صادر کرده است، انتقال می یابد. بیع کالا در حال ترانزیت (به ویژه در ترانزیت دریایی) ناشی از یکی از ویژگی های بارنامه که بعنوان دلیل مالکیت کالا می باشد، است. این ویژگی بارنامه ی دریایی قابلیت انتقال آن را از دارنده ی اصلی به اشخاص دیگر فراهم می کند. این ویژگی یکی از اساسی ترین ارکان تجارت خارجی است. گاهی بارنامه های دریایی، خصوصاً بارنامه های محمولات نفتی دهها بار مورد نقل و انتقال قرار می گیرد. بر خلاف بارنامه های هوایی، ریلی و جاده ای که صرفاً رسید کالا هستند بارنامه ی دریایی دلیل مالکیت محسوب می شود. وجود بارنامه درید دارنده دلیل مالکیت دارنده بارنامه نسبت به موضوع بارنامه است. بارنامه های حمل و نقل مرکب می توانند در قالب قابل انتقال و یا غیر... قابل انتقال تنظیم گردند. با انتقال بارنامه از طریق ظهنویسی نه تنها مالکیت کالا به انتقال گیرنده منتقل می شود، بلکه کلیه ی حقوق و تعهدات دارنده بارنامه ی دریایی نیز به گیرنده انتقال می یابد.

حال با توجه به بررسی مختصری نسبت به چگونگی بیع کالا در حال ترانزیت، باید گفت، که کنوانسیون وین در چنین فرضی (یعنی بیع کالا در حال حمل) از قاعده ی اصلی تسلیم برای انتقال ضمان عدول کرده و دو راه حل را در ماده ی ۶۸ مقرر می دارد:

۱- به عنوان قاعده ی نخستین در بخش اول مقرر می دارد که ضمان از لحظه انعقاد قرارداد به مشتری منتقل می شود. در طرح نخست تهیه شده از سوی آنسیترال ۳ آمده بود که ضمان از لحظه ای که کالا به متصدی حمل تحویل گردیده منتقل می شود که لازمه ی آن انتقال ضمان به مشتری دوم حتی قبل از انعقاد قرارداد بود. این قاعده ی خشن و سختی

بود و کنوانسیون در قسمت اول ماده ی ۶۸ آن را چنین جایگزین کرد که زمان انعقاد قرارداد زمان انتقال ضمان به شمار می آید. اشکال روش پذیرفته شده کنوانسیون آن است که در صورتی که کالا در حین حمل خسارت ببیند یا تلف شود و مشخص نباشد که حادثه قبل از انعقاد قرارداد بیع دوم بوده یا بعد از آن، نمی توان راه حلی را ارائه نمود. (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۱) در بیشتر موارد خسارت یا تلف، مشکل است که احراز شود. (مگر اینکه حادثه، واضح باشد. برای مثال تصادف یا انفجار) این مسأله در حمل و نقل کانتینری ۴ بسیار مشکل ساز است. در جایی که کانتینرها بعد از بارگیری پلمپ و مهر می شوند و تا بعد از وصول آنها به مقصد نهایی باز نمی شوند. در این موارد قواعد راجع به بار اثبات دعوی تصمیم می گیرند که کدام طرف، ضمان را عهده دار خواهد بود اما به نظرمی رسد که بروز اختلاف، غیر قابل اجتناب باشد. راه حل پیشنهادی آنسیترال این فایده را داشت که در این موارد مشکل را حل می کرد.

۲- ماده ی ۶۸ در ادامه مقرر می کند که:

"معینا اگر از اوضاع و احوال چنین برآید ، از تاریخ تسلیم کالا به مؤسسه ی حمل و نقلی که اسناد مربوط به قرارداد حمل را صادر می کند، ضمان بر ذمه ی مشتری مستقر خواهد شد ."

اما همانطور که گفتیم بر طبق دیدگاهی که به طور وسیع پذیرفته شده است ، "اوضاع و احوال" انتقال بیمه از فروشنده به خریدار مثلاً بر حسب ظاهر نویسی را شامل می شود. و از آنجا که انتقال بیمه در بیع بین المللی بسیار رایج است ،استثناء جمله ی دوم ماده ی ۶۸ عملاً به یک اصل تبدیل می شود. پس از بررسی این دوره حل در ماده ی ۶۸ باید گفت که بخش اول ماده ی ۶۸ کنوانسیون در صورتی قابل اعمال است که فروشنده در زمان انعقاد قرارداد از تلف یا نقص کالا آگاه نباشد. بنابر این اگر فروشنده ی کالا ی در حال حمل در زمان انعقاد قرارداد بداند که کالا تلف یا معیوب شده است و یا می بایست به آن آگاه باشد ۲ و آنرا به مشتری اطلاع ندهد، ضامن نقص و تلف کالا است و ضمان به مشتری منتقل نمی شود (بخش آخر ماده ی ۶۸ کنوانسیون).

انتقال ضمان در مواردی که متضمن حمل نیست (تسلیم مستقیم به مشتری ، ماده ی ۶۹)

ماده ی ۶۹ کنوانسیون فرضی را پیش بینی نموده که در دو ماده ی قبل (مواد ۶۷ و ۶۸) نیامده است. یعنی فرضی که کالا به طور مستقیم به خود مشتری تحویل می شود. ماده ی ۶۹ کنوانسیون مقرر می دارد:

- در غیر موارد مندرج در مواد ۶۷ و ۶۸ از تاریخی که مشتری کالا را قبض می کند، یا چنانچه در موعد مقرر اقدام به قبض ننماید، از تاریخی که کالا در اختیار وی قرار داده شده است و به لحاظ قصور در قبض ، مرتکب نقض قرارداد می گردد، ضمان به ذمه ی او منتقل می شود.

- معینا چنانچه مشتری ملزم به قبض کالا در محلی غیر از محل تجارت بایع باشد، با فرا رسیدن موعد تسلیم و اطلاع مشتری از این که کالا در محل مزبور در اختیار وی قرار داده شده است. ضمان به وی منتقل می شود.

دادن کالا به تصرف مشتری در دو فرض قابل تصور است. فرض اول موردی است که فروشنده کالا را در محل تجارت خود به مشتری تحویل می دهد. در این فرض مشتری ملزم است کالا را در آن محل تحویل بگیرد و با تحویل کالا ضمان به وی منتقل می شود. ولی هرگاه کالا در اختیار مشتری قرار داده شود ولی او از دریافت آن خودداری کند، از لحظه ای که کالا در اختیار او قرار داده شده است ضمان منتقل می شود، مشروط بر اینکه قصور مشتری در تحویل گرفتن کالا نقض قرار داد تلقی شود (بند ۲ ماده ۶۹ ک) بنابر این در صورتی که مشتری متعهد باشد کالا را طی یک دوره زمانی تحویل بگیرد (مثلاً طی مدت ۲۰ روز) ، تا آخر آن مدت می تواند از تحویل گرفتن کالا خودداری نماید و ضمان تا پایان مدت مزکور منتقل نمی شود، زیرا با عدم قبض کالا قبل از انقضاء مدت، نقض قرارداد صورت نگرفته است.

فرض دوم موردی است که فروشنده متعهد است کالا را در محل معینی غیر از محل تجارت خود تحویل مشتری بدهد. در این فرض ، ضمان از لحظه ای که مشتری کالا را در آن محل تحویل می گیرد منتقل می شود و در صورتی که مشتری از تحویل گرفتن امتناع کند از زمانی که کالا در اختیار او قرار داده شده و او نیز از آن آگاه بوده است ضمان منتقل می شود (بند ۲ ماده ۶۹). قید اخیر ، یعنی آگاهی مشتری ، بدین خاطر است که او قادر به قبض آن بوده و کالا نیز به نحو موثر در اختیار او قرار گرفته بوده است. بر این اساس صرف ارسال یک یادداشت برای خریدار (بر طبق ماده ۲۷ ک) کافی نیست و اطلاع مشتری از اینکه کالا در اختیار او گذاشته شده ، لازم است. بنابر این اگر کالا در یک انبار عمومی باشد و بایع به مشتری اطلاع دهد که کالا در آن محل در اختیار اوست و او می تواند آن را تحویل بگیرد، سپس کالا قبل از انقضاء دوره ی زمانی مقرر و قبل از آنکه مشتری اقدام به قبض کند تلف شود، بایع مسئولیتی نخواهد داشت و تلف از مال مشتری خواهد بود. (داراب پور، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۴۱)

تفاوت این فرض با فرض پیشین این است که در فرض پیشین کالا در محل تجارت بایع قرار دارد و او امکانات و توانایی بیشتری برای حفظ آن دارد. پس اگر کالا قبل از انقضاء مهلت تسلیم ، تلف شود، فرض می شود که بایع در تلف مقصر بوده و از این رو ضمان بر عهده ی او قرار می گیرد؛ حال آنکه در فرض دوم کالا در محلی غیر از محل تجارت بایع قرار داشت و از لحاظ قدرت بر حفظ کالا تفاوتی بین فروشنده و خریدار نیست و از آنجا که کالا در اختیار مشتری قرار گرفته و تسلیم تحقق یافته است، ضمان به مشتری منتقل شده است، هر چند که کالا به قبض واقعی او در نیامده باشد. (صفایی ، ۱۳۸۷، ص ۱۵۰، کریم کاشی ، ۱۳۷۹، ص ۵) همانطور که گفته شد قصور در تحویل گرفتن کالا در موعد مقرر موجب نقض قراردادی و انتقال ضمان به فروشنده می باشد، علاوه بر این ، قصور در تحویل گرفتن کالا شامل امتناع خریدار از پرداخت قیمت کالا نیز می شود.

در چنین مواردی حتی اگر کالا هنوز تحت حفاظت و کنترل:

۱- قابل ذکر است که نقض قرارداد توسط خریدار فقط در صورتی در انتقال ضمان موثر می باشد که این نقض مشمول عدم توفیق بر قبض کالا به موجب پاراگراف (۱) گردد یا موجب عدم توفیق او برای ممکن ساختن تنظیم کالا طبق شرایط مقرر بشود. دیگر نقض های قراردادی اثری در انتقال ریسک ندارند. (در واقع ماده ی ۷۰ در مورد نقض قرار داد توسط خریدار اعمال نمی شود.) مخصوصاً نقضی که باعث سلب قدرت تسلیم کالا از فروشنده نمی شود، ولی وظیفه اش را از میان برداشت یا معلق می کند، برای این منظور کافی نیست. (دارب پور، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۴۴).

۲- این پاراگراف مخصوصاً می خواهد که موعد تسلیم فرا رسیده و خریدار هم مطلع باشد که کالا در یک محل معین در اختیارش قرار گرفته است. اگر برای مثال فروشنده تقبل نماید کالا را از انبار الف در ماه اسفند در اختیار خریدار قرار دهد و فروشنده هم این کار را در اول اسفند انجام دهد ضمان به محض اینکه خریدار از این امر اطلاع یافت به وی منتقل می شود. بدلیل اینکه در اول اسفند موعد تسلیم فرا رسیده است. پس وقتی خریدار بر این امر واقف باشد که کالا در اختیار او قرار گرفته است، ضمان فوراً به وی منتقل می شود. فروشنده باشد، ضمان منتقل می شود، زیرا خریدار در قبال رفتار غفلت آمیز خود برای عدم تحویل گرفتن کالا یا عدم پرداخت قیمت کالا تنبیه می شود و در نتیجه ضمان به او انتقال می شود. (Valiotti, Zo, 2003: 18).

همانطور که گفته شد خریدار در فرض بند دوم ماده ی ۶۹ نسبت به اینکه کالا در دسترس او قرار گرفته است باید آگاه باشد و اگر طرفین در مورد هنگام دسترسی توافق نداشته باشند، فروشنده باید اطلاعیه ای برای خریدار ارسال کند که از لحظه ی وصول معتبر است. (بر خلاف ماده ی ۲۷ کنوانسیون که اظهار می دارد اطلاعیه از لحظه ی ارسال معتبر و موثر است).

نقض قرارداد و انتقال ضمان (ماده ی ۷۰) در حقوق تجارت ایران و عراق

کنوانسیون وین بسیاری از مفاهیم قانون یکنواخت فروش بین المللی (۱۹۶۴) را بر گزید اما آنها را تلخیص و قابل قبول تر کرده است. تمایز بین نقض اساسی و غیر اساسی قراردادهای فروش را حفظ می کند؛ اما نقض اساسی را به شیوه ای عینی تر تعریف می کند. تعریف کنوانسیون وین در ماده ی ۲۵ خود از نقض اساسی این چنین است:

"نقض قرارداد توسط یکی از طرفین ، زمانی اساسی تلقی می گردد که منجر به ورود آن چنان زبانی به طرف دیگر شود که اساساً وی را از آنچه حق داشته به واسطه ی قرارداد به آن امیدوار باشد، محروم سازد ، مگر اینکه طرف نقض کننده چنین امری را پیش بینی نکرده باشد و یک فرد متعارف هم ردیف او نیز در همان شرایط نمی توانسته چنین نتیجه ای را پیش بینی کند". از نظر عملی، معیار عینی نقض اساسی به میزان قابل توجهی آن دسته از دعاوی را که از آنها می توان ابطال قرارداد فروش بین المللی را طبق کنوانسیون وین مورد ادعا قرارداد، محدود می کند. (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۹۴) به طور خلاصه عبارت "نقض اساسی" سابقه ی تاریخی ندارد. این عبارت یک اصطلاح حقوقی تازه بوده که حاصل مصالحه است و اصطلاحی می باشد که خوب یا بد ، قابلیت تفسیر های مختلف دارد، بخصوص هنگامی که خواسته شود عبارت "خسارت عمده" و اصطلاح "غیر قابل پیش بینی" همراه آن اعمال گردد. برای تحقق نقض اساسی، فرد خسارت دیده ، خواه فروشنده باشد خواه خریدار، باید خسارت عمده ای را متحمل شده باشد. اصطلاح خسارت عمده یکی از نوآوری های کنوانسیون است که این نوآوری را با مقایسه ی کنوانسیون با قانون متحدالشکل بیع بین المللی، به روشنی می توان دید. از یک دیدگاه، بطور ساده منظور از خسارت این است که ، در برخی موارد نادر، اجازه داده شود که قرارداد فسخ شود، یا کالای جانشین تحویل گردد یا جلوگیری نماید که ضمان معاوضی خسارت وارده به خریدار منتقل شود. از این رو است که ماده ی ۷۰ کنوانسیون مقرر می دارد، چنانچه فروشنده مرتکب نقض اساسی قرارداد شده باشد اصول ۶۷ و ۶۸ و ۶۹ به طرق جبران خساراتی که به موجب نقض قرارداد در اختیار خریدار است خللی وارد نمی کند. ۴ (دارب پور ، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۰).

در حقوق ایران و عراق ضمان معاوضی با تسلیم مبیع ، به مشتری منتقل می شود. در ماده ی ۳۶۷ ق.م.آ آمده است که "تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد." حقوق دانان در تفسیر این ماده اظهار داشته اند که عنصر اصلی "تسلیم" در اختیار نهادن مبیع و استیلای مشتری بر مبیع است و قبض مادی به وسیله ی عرفی و شایع آن است. این نکته را می توان از ماده ی ۳۶۸ ق.م. استنباط نمود. با توجه به مراتب فوق ، هرگاه مبیع در اختیار خریدار قرارداده شود و او از قبض آن خودداری نماید معنای ماده ی ۷۰ که بین نقض اساسی و انتقال ضمان رابطه بر قرار می کند.

بنابراین در صورت نقض تعهد از طرف فروشنده هرگاه در نتیجه ی آن برای مشتری حق فسخ ایجاد شود، در برخی موارد این امر در انتقال ضمان مؤثر است. به عنوان مثال در خیار تخلف از شرط ، هرگاه به واسطه تخلف از شرط از ناحیه بایع برای مشتری خیار فسخ ایجاد شده باشد، این امر مانع از انتقال ضمان به مشتری خواهد بود، هر چند مبیع تسلیم مشتری شده باشد. بدین سان هرگاه بعد از تسلیم مبیع و قبل از فسخ بیع، مبیع در اثر قوه ی قاهره تلف یا ناقص شود، ضمان و خسارت آن بر عهده ی فروشنده است و مشتری می تواند

قرارداد را فسخ و ثمن را مسترد کند و اگر مبیع ناقص شده باشد آن را با همان وضعیت به فروشنده برگرداند و اگر تلف شده باشد ملزم به دادن بدل آن نیست و تلف از مال بایع است (مستنبط از ماده ی ۳۵۴ ق.م).

انتقال ضمان معاوضی بر مبنای اینکوترمز ۲۰۱۰

در مورد اینکوترمز باید گفت که از قدیم الایام در قراردادهای تجاری بین المللی اصلاحات به کار می رفته است که بیشتر با علائم اختصاری مشخص شده اند، بعضی از این اصطلاحات مخصوص تجارت دریایی و بعضی دیگر اختصاص به تجارت زمینی داشته اند. اتاق بازرگانی بین المللی این قواعد را از قواعد عرفی شناخته شده در تجارت بین الملل کشورهای مختلف استخراج و تدوین و در اختیار تجارت بین الملل قرار داده است؛ به این ترتیب عرف تجارتی بین المللی که در ابتدا پراکنده و نامنظم بوده با همت اتاق بازرگانی بین المللی و دیگر سازمان های دولتی و غیر دولتی در گذر زمان شکل انسجام یافته ای به خود گرفت (Flambourus.D, 2010: 261).

باید گفت که برای اینکوترمز دو امتیازمیتوان در نظر گرفت، اول اینکه روش شناخته شده و عمومی است و از تزلزل و چانه زنی طرفین قرارداد جلوگیری می کند و به این ترتیب موجب تسریع در مبادلات تجاری بین المللی که نیاز مبرم به این امر وجود دارد ، می شود. امتیاز دوم اینکوترمز این است که باعث یکنواختی در مقررات بیع بین المللی می شود و هماهنگی را بین ارکان یک بیع بین المللی ایجاد می کند.

به این نکته مهم باید اشاره کرد که در همه ی کشورها برای این اصطلاحات معنای برابری قائل نشده اند. معنای این اصطلاحات نه تنها بین کشورهای مختلف بلکه گاهی در محدوده ی داخلی یک کشور از یک منطقه به منطقه ی دیگر و از بندری به بندر دیگر تفاوت دارد. اینکوترمز و استفاده از آنها در قرارداد باعث می شود که چنین اصطلاحاتی که دارای معانی متفاوتی ممکن است باشند به طور یکسانی تفسیر شوند و از تشدد آرا جلوگیری شود. (خزاعی ، ۱۳۹۳، ص ۷۴) اتاق بازرگانی بین المللی در مورد تفسیر اصطلاحات تجاری مقرراتی تدوین و منتشر کرده است که تقریباً در حمل کالا از کشوری به کشور دیگر مورد استفاده جهانی قرار دارد. مقررات مذکور هر چند سال یکبار بر حسب ضرورت توسط اتاق بازرگانی بین المللی با عرف و عملکرد تجارت بین الملل تطبیق داده می شود.

در ذیل فهرستی از اصطلاحات ۱۳ گانه اینکوترمز ۲۰۱۰ بیان می شود:

- ۱- تحویل کالا در محل کار (EXW)
- ۲- تحویل کالا در محل مقرر به حمل کننده (FCA)
- ۳- تحویل کالا در کنار کشتی (FAS)
- ۴- تحویل کالا روی عرشه ی کشتی (FOB)
- ۵- قیمت کالا و کرایه تا بندر مقصد (CFR)
- ۶- قیمت کالا ، بیمه و کرایه تا بندر مقصد (CIF)
- ۷- پرداخت کرایه حمل کالا تا مقصد (CPT)
- ۸- پرداخت کرایه حمل و بیمه کالا تا مقصد (CIP)
- ۹- تحویل کالا در مرز (DAF)
- ۱۰- تحویل کالا روی عرشه ی کشتی در بندر مقصد (DES)
- ۱۱- تحویل کالا روی اسکله در بندر مقصد (DEQ)
- ۱۲- تحویل کالا در محل مقرر در مقصد بدون ترخیص و بدون پرداخت حقوق و عوارض گمرکی (DDU)
- ۱۳- تحویل کالا در محل مقرر در مقصد با ترخیص و با پرداخت حقوق و عوارض گمرکی (DDP)

مقایسه ی مواد ۶۶ تا ۷۰ کنوانسیون با قواعد اینکوترمز ۲۰۱۰ (در موضوع انتقال ضمان)

کنوانسیون وین و اینکوترمز ۲۰۱۰ هر دو اسنادی بین المللی هستند که با هدف متحد کردن قواعد مربوط به بیع بین المللی شکل گرفته اند و یک هدف مشترک را برای هماهنگی ابعاد گوناگون و گسترده بیع بین المللی دنبال می کنند. هر دو به صورت روزمره و عملی مورد استفاده ی هم خریدار و هم فروشنده قرار می گیرند و به آنها در حل مشکلاتشان کمک می کنند.

به این نکته مهم نیز باید اشاره کرد که کنوانسیون وین فقط مربوط به کشورهایی می شود که به آن ملحق شده اند در حالیکه اینکوترمز هم شامل کشورهای مذکور و هم کشورهای دیگر می گردد و از باب شروط ضمن عقد حالت عام دارد. اگر طرفین به طور صریح توافق کنند که قراردادشان متضمن اینکوترمز باشد، در نتیجه به دلیل اینکه قواعد کنوانسیون جنبه ی تکمیلی دارد و طرفین می توانند بر خلاف آن توافق کنند، در این صورت اینکوترمز جانشین قواعد مربوط به ضمان معاوضی موجود در کنوانسیون می شود که در مواد ۶۶ تا

۷۰ بیان شده اند. اما اگر طرفین صراحتاً در قراردادشان به اینکوترمز اشاره نکرده باشند، این امر مبهم می ماند که آیا همچنان قواعد اینکوترمز در قرارداد حاکم خواهد بود یا اینکه قواعد کنوانسیون اجرا می شود. باید گفت که کنوانسیون صراحتاً موادی در مورد شروط تجاری و اینکوترمز را ندارد. اگرچه به طور ضمنی بیان شده است که اینکوترمز می تواند مورد استفاده قرار بگیرد، اگرچه آنها را به عنوان عرف و رویه ی معمول بین تجار در نظر بگیریم؛ این امر را می توانیم از ماده ی (۲) کنوانسیون نتیجه بگیریم. در نتیجه اگر این موضوع را بپذیریم باید بگوییم که حتی اگر طرفین صراحتاً در قرارداد به اینکوترمز اشاره اینکرده باشند باید با توجه به ماده ی (۲) کنوانسیون قواعد اینکوترمز را جانشین قواعد کنوانسیون بدانیم.

اما نظر دیگری هم می باشد که اینکوترمز را به عنوان عرف جانشین قواعد کنوانسیون نمی دانند، چون استدلال می شود که در بسیاری از موارد و نسبت به انواع مختلفی از کالاها مثل محموله های خشک از این اصطلاحات استفاده نمی شود (Flambouras.D, 2010: 263) همان طور که در بالا توضیح داده شد، رابطه ی بین قواعد این دو سند بین المللی، اجتناب ناپذیر می باشد و برای درک صحیح موضوع انتقال ریسک در بیع بین المللی، بسیار حائز اهمیت می باشد که مقایسه ای بین قواعد کنوانسیون و اینکوترمز صورت بگیرد. در این قسمت مواد ۵ گانه کنوانسیون را با اصطلاحات ۱۳ گانه ی اینکوترمز مقایسه کرده تا به طور خاص تفاوتها و شباهت های موجود معلوم شود.

ماده (۱) ۶۷، جمله ی اول:

با مقایسه ی قواعد کنوانسیون با اینکوترمز ۲۰۱۰ باید گفت که جمله ی اول از ماده ی ۶۷ کنوانسیون با اصطلاح (FCA) که برای پوشش موقعیتهایی که حمل و نقل مرکب انجام می شود، شکل گرفته است و در نتیجه این اصطلاح قابل اعمال در موارد حمل و نقل های متوالیمی باشد، قابل انطباق می باشد. مناسب ترین قاعده در کنوانسیون، جمله ی اول ماده ی (۱) ۶۷ می باشد که بر طبق آن ریسک با تحویل کالا به اولین حمل کننده برای حمل و تحویل به خریدار منتقل می شود. به این نکته نیز باید توجه کرد که معنای حمل و نقل کننده در کنوانسیون وین و اینکوترمز ۲۰۱۰ یکی می باشد. همین قاعده ی بالا به خوبی در قراردادهای متضمن شرط (CFR)، قابل انطباق و دارای کاربرد می باشد، بر طبق CFR ضمان معاوضی هنگامی منتقل می شود که کالا در بندر بارگیری از لبه ی کشتی عبور کند. قاعده ی جمله ی اول ماده ی (۱) ۶۷ که در بالا ذکر گردید، نزدیک ترین مفهوم را با این اصطلاح از اینکوترمز دارا می باشد. در واقع از آنجایی که بر طبق (CFR) فروشنده کسی است که مسئول بارگیری و تخلیه و همچنین قرارداد حمل و نقل می باشد؛ در نتیجه، فروشنده ملزم می باشد که کالا را به یک مکان خاص نه، بلکه در اختیار حمل کننده ۱ بگذارد، که در این مورد حمل کننده ی دریایی می باشد که به وسیله ی فروشنده انتخاب می شود. بدین صورت ملاحظه می شود که قواعد مشترکی در این زمینه بین (CFR) و ماده ی (۱) ۶۷ جمله ی اول وجود دارد و در حمل و نقل مرکب اثر اصلی در هریک از این اسناد یک نتیجه را خواهد داشت. چنین قاعده ای که در بالا بیان شد در مورد اصطلاح (CIF) نیز یکسان می باشد. در واقع بر مبنای اصطلاح (CIF) فروشنده ملزم به تحویل روی عرشه ی کشتی ای می باشد که انتخاب کرده است و ریسک زمانی منتقل می شود که کالا از لبه ی کشتی عبور کند. نکته ی حائز اهمیت این می باشد که بر طبق (CIF) بندر بارگیری قسمتی از قرارداد فروش را در بر نمی گیرد و نقشی در آن ندارد. پس بر مبنای (CIF) تحویل زمانی انجام می شود که کالا در بندر بارگیری کالا، به حمل کننده داده می شود (حمل کننده ای که توسط فروشنده مشخص می شود) و علاوه بر این کالاها هم از لبه ی کشتی عبور کند و همین قاعده یعنی تحویل به حمل و نقل کننده ی اولین در ماده ی (۱) ۶۷ جمله ی اول، نیز بیان شده است. علاوه بر موارد بالا، بر مبنای اصطلاحات (CPT) و (CIP)، که قابل استفاده برای انواع شیوه های حمل و نقل از جمله حمل و نقل مرکب می باشند، ریسک زمانی منتقل می شود که کالا تحویل متصدی حمل و نقل برای تحویل آن به خریدار یا تحویل کالا به اولین حمل کننده در وضعیت هایی که متضمن حمل های متوالی می باشد، گردد. بدون هیچگونه مشکلی این بیان شده است که قاعده ی مندرج در جمله ی اول ماده ی (۱) ۶۷ با اصطلاحات (CPT) و (CIP) یکسان می باشد (Valioti, zoi, 2003, p28).

ماده ی (۱) ۶۷، جمله ی دوم

جمله ی دوم ماده ی (۱) ۶۷ مقرر می دارد که هرگاه طرفین برای تسلیم کالا به حمل کننده معین و در مکان معین به توافق رسیده اند، ریسک زمانی به مشتری منتقل می شود که فروشنده، کالا را به حمل کننده ی معین در مکان معین تسلیم کند. به نظر می رسد که این قاعده قابل انطباق با قراردادهایی که بر مبنای (FAS) می باشند، باشد. در واقع بر مبنای (FAS) ضمان معاوضی هنگامی به خریدار منتقل می شود که فروشنده، کالا را در بندر بارگیری معین شده، در کنار کشتی قرار دهد و از این به بعد خریدار می باشد که مسئولیت بارگیری کالا را به عهده دارد و از این لحظه به بعد کلیه ی خطرهای خطرهای به او منتقل می شود. در نتیجه اگر کالا در هنگام بارگیری خسارتی ببیند فروشنده مسئولیتی ندارد. البته تفاوتی هم بین این دو وجود دارد، زیرا بر طبق (FAS) ریسک زمانی منتقل می شود که کالاها

کنار کشتی گذاشته شوند، بدون اینکه لازم باشد که خریدار کالا را تحویل بگیرد، اما بر طبق کنوانسیون، ضمان هنگامی منتقل می شود که کالا تحویل حمل کننده مشخص در مکان مشخص شود و اینکه کالا تنها در اختیار و دسترس خریدار باشد (در کنار کشتی) کافی نمی باشد. در نتیجه این به نظر می رسد که کنوانسیون فرض می کند که تحویل کالا فقط زمانی معتبر است که کالا توسط طرف دیگر تحویل گرفته شود (با تحویل به متصدی) و بنابر این تحویل را یک عمل دو طرفه می داند که در تجارت بین الملل موردی همیشگی نمی باشد. (Devries.H, 2003: 519)

به نظر می رسد که همین قاعده کنوانسیون در جمله ی دوم ماده ی ۶۷(۱) در قراردادهایی که بر مبنای (FOB) می باشند نیز کاربرد دارد. زیرا بر مبنای اصطلاح (FOB) فروشنده تحویل را هنگامی به انجام می رساند که کالا را در بندر بارگیری تعیین شده، از لبه ی کشتی عبور دهد. و از این لحظه به بعد خریدار باید مسئولیت کلیه ی مخارج کالا و خطرهای از میان رفتن یا آسیب دیدن آن را تقبل کند. اگر چه لبه ی کشتی یک ضابطه ی بحث برانگیز می باشد که مستعد برای تفسیرهای متفاوت می باشد. اما جمله ی دوم ماده ی ۶۷(۱) را می توانیم با این اصطلاح قابل انطباق بدانیم. زیرا تحویل کالا بر عرشه ی کشتی، در بندر توافق شده در اصطلاح فوب، همانند تحویل کالا در مکان معین است که در جمله ی دوم ماده ی ۶۷(۱) بیان شده است. در حقوق انگلستان، در قراردادهایی که بر مبنای (FOB) منعقد می شود، اغلب نام کشتی یا شرکت حمل و نقل دریایی که باید کالاها را تحویل دهد، مشخص می شود. در غیر این صورت، مطلع کردن فروشنده از مکان حمل و نام کشتی مناسبی که کالاها را می توان در آن حمل کرد، به عهده خریدار است. قاضی لرد هوارت این وظیفه را چنین تعریف کرده است:

" خریداران موظف بودند کشتی را در محل تعیین شده و در زمان مقرر، آماده کنند، به گونه ای که فروشندگان بتوانند کالاها را به کنار کشتی حمل کرده، از نرده کشتی عبور دهند تا خریداران قادر باشند کالاها را در زمان تعیین شده تحویل بگیرند. در این قراردادها، فروش معمول این است که خریدار، مسئول تعیین کشتی و ارسال اطلاعاتی ورود کشتی به فروشنده است تا اینکه او بتواند آن قسمت از قرارداد را که بر عهده دارد، انجام دهد."

از نظر صرفاً قانونی، خریدار تحت (FAS)، هیچ وظیفه ای برای قرارداد حمل در قبال فروشنده ندارد، به جز اینکه ملزم است کالا را طبق بند ۴ از اینکوترمز تحویل بگیرد. ولی به هرحال خریدار ملزم است که ترتیب تعیین نمودن کشتی را داده و به فروشنده معرفی نماید تا وی بتواند کالا را در کنار آن تحویل دهد. واقعیت این است که، در عمل خریدار معمولاً ترتیب حمل را با توجه به منافع خود می دهد و نمی گذارد که کشتی در بندر بارگیری، متوقف بماند. از این نظر (FAS) قید می کند که خریدار باید به هزینه خود قرارداد حمل کالا را از بندر حمل تعیین شده منعقد نماید. اگر کشتی به موقع وارد نشود، مسأله دیگری می تواند بروز نماید، زیرا که در این حالت کالا را نمی توان در کنار کشتی گذاشت. در نتیجه در این حالات انتقال پیش از موعد ریسک و مسئولیت صورت می گیرد. همین نتیجه می تواند وقتی که کشتی نتواند کالا را تحویل بگیرد یا بارگیری را زودتر از زمان مقرر خاتمه دهد، حاصل شود. در حالت اخیر کالا تحت مسئولیت خریدار باقی خواهد ماند. البته برای انتقال پیش از موعد ریسک، لازم است که کالا به عنوان کالای موضوع قرارداد مشخص شده باشد. (شیرزاد، ۱۳۸۰، ص ۱۶۰)

در صورتی که در کشتی تعیین شده انصراف حاصل شود یا تعیین آن بنا به دلایل دیگری ناممکن شده باشد، خریدار موظف است در اسرع وقت یک کشتی جانشین را معرفی کند و کلیه هزینه های مربوط به تعیین آن را نیز بپردازد. به هرحال، این قاعده مشروط به این است که: اگر مطابق قرارداد فروش، خریدار باید کشتی را در زمان مقرر معین کند یا کالاها باید در مدت مقرر به کشتی تحویل داده شود، فرض بر این است که او می تواند کشتی جانشین را معین کند، مشروط بر اینکه این امر در مدت قرارداد انجام شود.

پس مشاهده می شود که در حقوق انگلستان هم بر مبنای اصطلاح فوب تحویل در مکان از پیش توافق شده صورت می گیرد، که البته تعیین مکان تحویل کالا بر عهده ی خریدار می باشد. البته در حقوق انگلستان، در برخی موارد، مطابق قرارداد، تحویل باید در یکی از بنادر متعددی به عمل آید که بر حسب منطقه تعریف شده است؛ برای مثال "تحویل کالاها روی عرشه ی کشتی در بندری در پادشاهی متحده" یا "تحویل کالاها روی عرشه ی کشتی در یکی از بنادر قاره اروپا".

چنین شرطی باید با توجه به قصد طرفین تعبیر و تفسیر شود. در صورتی که قرارداد، فوب مطلق یا از نوع فوب (که در آن خریدار با متصدی حمل قرارداد منعقد می کند) باشد، فرض این است که وظیفه ی خریدار در تعیین کشتی مناسب، معمولاً در بر گیرنده دو وظیفه دیگر نیز می باشد:

- ۱- انتخاب بندر بارگیری در چارچوب مقررات قراردادی،
- ۲- مطلع ساختن فروشنده در مدت زمان مناسب. اما اگر قرارداد از نوع فوب با خدمات اضافی در مدت زمان خاصی مثل حمل محموله در ماه اوت و سپتامبر، مجاز می داند، ترکیب شود، خریدار باید کشتی مناسبی را در مدت مقرر معین کند.

در این حالت، خریدار حق تعیین زمان بارگیری را (در طول مدت پیش بینی شده برای حمل محموله) دارد و از این لحاظ، حمل کالاها "موقوف به اعلام خریدار" است. اگر کشتی که به این ترتیب توسط خریدار تعیین شده، برای دریافت کالاها آماده باشد، فروشنده ملزم است آنها را بارگیری کند، اما موظف نیست که قبل از آن زمان، کالا را برای بارگیری آماده سازد. (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۴۳) ملاحظه می شود که در حقوق انگلستان قواعد خاصی برای قرارداد فوب در نظر گرفته شده است که در اینکوترمز و کنوانسیون وین به طور مفصل به این قواعد پرداخته نشده است.

ماده ۶۸ کنوانسیون

همانطور که قبل از این بررسی شد ماده ۶۸ کنوانسیون مربوط به یک موضوع دشوار می باشد، یعنی انتقال ضمان معاوضی ، در موردی که کالا در حال ترانزیت فروخته می شود؛ معمولاً این شیوه از بیع در بردارنده ی مواردی است که کالاهای عمده مثل سوخت یا گندم و... در حال حمل است و بدون این که فروشنده بداند که خریدار اصلی چه کسی می باشد. کالا را در حال حمل می فروشد. بر مبنای ماده ۶۸ کنوانسیون در این موارد ریسک زمانی منتقل می شود که قرارداد بین طرفین انعقاد شود و اینکه در این موارد انتقال ضمان و انتقال مالکیت که نتیجه ی بیع می باشد با هم صورت می پذیرد. اینکوترمز ۲۰۱۰ به طور خاص قواعدی را در این زمینه مقرر نمی کند، البته این امر بیان شده است که با اضافه کردن واژه "شناور" به اصطلاحات (CIF) و (CFR) می توان چنین اصطلاحاتی از اینکوترمز را هنگامی که کالا در ترانزیت فروخته می شود به کار برد (Valioti.zoi, 2003, p29). از آن جا که طبق اصطلاحات CFR و CIF، مسئولیت خطر از میان رفته یا آسیب دیدن کالا قبلاً در بندر بارگیری از فروشنده به خریدار انتقال یافته است، احتمال دارد مشکلاتی در تفسیر این واژه (شناور) پدید آید. بنا به یک احتمال می توان معنای معمولی (CIF) و (CFR) را لحاظ توزیع مسئولیت خطر میان فروشنده و خریدار، یعنی انتقال مسئولیت و خطر به هنگام بارگیری کالا را در این حالت نیز پذیرفت؛ این امر بدان مفهوم است که خریدار باید در زمان لازم الاجرا شدن قرارداد فروش، عواقب حوادثی را که قبلاً رخ داده اند، قبول کند. احتمال دیگر آن است که، زمان انتقال مسئولیت خطرهای متوجه کالا با زمان انعقاد قرارداد فروش منطبق گردد. قبول احتمال نخست عملی تراست، زیرا معمولاً نمی توان وضعیت کالا را در حالی که هنوز جریان حمل ادامه دارد، تشخیص داد. به همین دلیل ماده ۶۸ کنوانسیون وین در خصوص قراردادهای فروش بین المللی کالا مقرر می دارد:

" اگر اوضاع و احوال چنین ایجاب کند ، خریدار از زمانی که کالا به حمل کننده ی مسئول صدور اسناد مبین قرارداد حمل تحویل داده می شود، مسئولیت خطرهای متوجه کالا را می پذیرد."

البته بر این قاعده ، استثنائی نیز وارد بوده و آن هنگامی است که فروشنده "می دانست یا باید می دانست که کالا از میان رفته یا آسیب دیده ولی این مطلب را از خریدار پنهان نگه داشته است." (طارم سری، ۱۳۸۷، ص ۱۶).

با توجه به مراتب بالا تفسیر اصطلاحات (CFR) یا (CIF) همراه با کلمه ی اضافی "در حرکت" بستگی به قانون حاکم بر قرارداد فروش خواهد داشت. از این رو به طرفین پیشنهاد می گردد که قانون حاکم بر قرارداد فروش و راه حل آن برای چنین مسأله ای را مشخص سازند و در صورت وجود هر گونه ابهامی موضوع را در خود قرارداد تصریح کنند. ذکر یک مثال در این خصوص، برای روشن شدن مطلب ضروری است. فروشنده برزیلی، به ویژه در کالاهای خام و اولیه، کالاهای خود را از مبدأ بندری در برزیل به مقصد بندرعباس برای خریدار ایرانی بارگیری می کند. خریدار ایرانی مدتی پس از شروع حمل و نقل در حالی که کالا بروی دریا شناور است، آن را به شخص ثالث (خریدار دوم که هندی است) می فروشد. حال اگر خریدار ایرانی که مبیع را به شخص ثالث می فروشد، محموله شناور در دریا را با قرارداد به شرط سیف، بفروشد و در قرارداد سیف یا قرارداد خود عباراتی هم چون "سیف، با کالای شناور" یا "سیف در حرکت" یا "سیف که کالای آن مدت معینی پیش بارگیری شده"، یا عباراتی شبیه این کلمات را درج کند؛ در مواردی که کالا پیش از قرارداد فروش به تاجر هندی صدمه دیده یا تلف شده، مشکلات زیادی به وجود خواهد آمد. اگر قرارداد با شرط سیف استاندارد مشمول اینکوترمز ۲۰۱۰ باشد که ریسک و خطر اگر متعاقبین یا یکی از آنها از آثار این موضوعات علیرغم درج شروط قراردادی بی اطلاع باشند، نمی توانند از قبل تمهیدات لازم برای مقابله با خطرات و ریسک های احتمالی معمول دارند و لذا احتمال ورود خسارت ناخواسته به شدت افزایش می یابد. (داراب پور، ۱۳۸۸، ص ۳۶)

پس ملاحظه می شود که می توان با آوردن شرط خلاف مقتضای استاندارد اینکوترمز بین این اصطلاحات و ماده ۶۸ کنوانسیون رابطه بر قرار کرد و اینکوترمز را در موارد بیع در حال ترانزیت کالا عملی نمود. ولی در کل برای زیان احتمالی ناشی از تفسیرهای متفاوت پیشنهاد می شود که طرفین از قبل بر زمان انتقال ضمان توافق نموده و چنین توافقی بر طبق ماده ۶ کنوانسیون قابل انجام است. به عبارت دیگر طرفین باید توافق کنند که ریسک در ابتدای قراردادشان منتقل شود یا اینکه در انتهای ترانزیت منتقل شود.

ماده ی ۶۹ کنوانسیون

قسمت اول از ماده ی ۶۹ کنوانسیون مقرر می دارد؛ "در غیر از موارد مندرج، در موارد ۶۷ و ۶۸ ضمان هنگامی منتقل می شود که خریدار کالا را قبض می کند، یا چنانچه در موعد مقرر اقدام به قبض ننماید، از تاریخی که کالا در اختیار وی قرار داده شده است و به لحاظ قصور در قبض، مرتکب نقض قرارداد می گردد."

در این رابطه باید گفت که اصطلاح (EXW) از اینکوترمز می باشد که شباهتهای زیادی با قسمت اول ماده ی ۶۹ کنوانسیون دارایی باشد. هر دوی این ها دارای قواعدی که مربوط به مواردی که حمل کالا را به وسیله ی یک حمل کننده شامل نمیشوند، می باشند. مقررات کنوانسیون در این قسمت مقرر می دارد که خریدار باید کالا را در محلی که فروشنده می باشد تحویل بگیرد، یا اینکه او ملزم نمی باشد کالا را در مکان مشخص شده ای تحویل بگیرد. ضمان در این مورد زمانی منتقل می شود که خریدار کالا را تحویل بگیرد، یا اینکه در اختیار او قرار گیرد، اما به دلیل نقض قراردادی که از طرف او سر می زند نمی تواند کالا را تحویل بگیرد. چنین قاعده ای در (EXW) نیز موجود می باشد که در آن ریسک زمانی منتقل می شود که کالا در محل کار فروشنده در اختیار فروشنده برای تحویل قرار می گیرد. اگر چه این دو با هم تفاوتی هم دارند؛ آنجا که بر مبنای اصطلاح (EXW) فروشنده باید کالا را تنها در اختیار خریدار بگذارد و از این لحظه است که ضمان به خریدار منتقل می شود و فروشنده دیگر مسئولیتی ندارد (در اختیار خریدار برای تحویل). اما در کنوانسیون این به تنهایی کافی نیست، بلکه در کنوانسیون ریسک در یک نقطه دیگر منتقل می شود. یعنی وقتی که خریدار کالا را تحویل می گیرد و تنها زمانی که یک نقض قراردادی را مرتکب می شود و نمی تواند کالا را تحویل بگیرد، ریسک به او منتقل می شود، در حالی که کالا در اختیار او برای تحویل قرار گرفته است (Ramberg, J, 2005, p221).

قسمت دوم ماده ی ۶۹ کنوانسیون همانطور که در پیش بررسی کردیم در مورد انتقال ضمان مقرر می دارد: "معهداً چنانچه مشتری ملزم به قبض کالا در محلی غیر از محل تجارت بایع باشد، با فرا رسیدن موعد تسلیم و اطلاع مشتری از اینکه کالا در محل مزبور در اختیار او قرار داده شده است، ضمان به وی منتقل می شود." در این رابطه باید گفت که تمامی اصطلاحات موجود در گروه (D) به طور مؤثری قابل مقایسه با ماده ی ۶۹(۲) کنوانسیون می باشند. در واقع در مبنای (DAF) ریسک زمانی منتقل می شود که کالا در منطقه مرزی کشور صادر می گردد. بنابراین از بین رفتن یا آسیب دیدن کالا مثل انتقال ریسک در کلیه اصطلاحات اینکوترمز از این اصل تبعیت می کنند که تقسیم هزینه ها در نقطه تحویل صورت می گیرد. از آنجا که تحت (EXW) وظیفه فروشنده محدود می شود به قراردادن کالا در اختیار خریدار، کلیه هزینه ها و مسئولیت ها بعد از قرار گرفتن کالا در اختیار خریدار به عهده وی می باشد. زیرا بر مبنای قواعد اینکوترمز، فروشنده در اصطلاح (EXW) وظیفه ای در مورد ترخیص کالا برای صدور ندارد و این وظیفه بر عهده ی خریدار می باشد.

مواد ۶۶ و ۷۰ کنوانسیون

همانطور که بیان شد اینکوترمز ۲۰۱۰ در بخش انتقال ریسک، تنها به تلف و خسارت تصادفی به کالا مربوط می شود، در نتیجه مواردی که مربوط به فعل یا ترک فعل فروشنده می شود را شامل نمی شود و در آن موارد ماده ی ۶۶ کنوانسیون حاکم می باشد. همچنین اینکوترمز ۲۰۱۰ متضمن قواعدی که در ماده ی ۷۰ کنوانسیون، از قبیل نقض اساسی یا تلف یا خسارت از جانب فروشنده بیان شده است، نمی باشد. در نتیجه این امر مربوط به کنوانسیون می باشد که در این موارد با توجه به قواعد کنوانسیون حکم داده می شود البته اینکوترمز در بند های الف ۵، ب ۵، و الف ۶، ب ۶ به انتقال مسئولیت ها (ریسک) و تقسیم هزینه ها می پردازد. بند های الف ۵ و ب ۵ حاکی از این است که ممکن است مسئولیت و ریسک قبل از تحویل کالا از فروشنده به خریدار منتقل گردد و این در صورتی است که خریدار از انجام وظیفه خود مبنی بر تحویل گرفتن کالا به صورتی که توافق شده قصور نماید و یا چنانچه تحت اصطلاحات (F) که باید حمل کننده را تعیین و معرفی نماید از دادن اطلاع به موقع در این مورد قصور ورزد در چنین حالاتی طبق بند (۶) هزینه های ناشی از قصور خریدار در انجام وظایفش به عهده وی خواهد بود. معهداً در کل صرف نظر از این موارد مشخص در مورد نقض قرارداد از طرف خریدار، اینکوترمز کاری به نتایج حاصل از نقض تعهدات و وظایف تحت قرارداد فروش ندارد و چنین نتایجی تابع قوانین مربوطه و یا اگر کنوانسیون حاکم باشد تابع مواد ۶۶ و ۷۰ کنوانسیون در رابطه با نقض قرارداد و رابطه ی آن با انتقال ضمان خواهد بود.

تضمین کالا در تجارت بین الملل - بررسی موضع حقوقی عراق و ایران

در قلمرو اجرایی کنوانسیون آنسیترال درباره قراردادهای بیع بین المللی کالا مصوب یازدهم آوریل ۱۹۸۰، شخص می تواند مستقیماً به قواعد یکنواخت مربوط به انعقاد قرارداد که در مواد ۱۴ تا ۲۴ کنوانسیون آمده، استناد کند. درج شرایط استاندارد طرفین و شروط تجاری آنها در رابطه قراردادی در چنین حالتی طبق قاعده آخرین عبارت؛ مورد توجه قرار می گیرد: اصولاً قرارداد با ایجاب و قبول به وجود می

آید قبولی که بدون قید و شرط نباشد طبق ماده (۱) ۹ کنوانسیون بیع بین المللی کالا به عنوان رد ایجاب و در عین حال اظهار ایجاب جدید تلقی می شود . اگر یک طرف در قبول ایجاب به شروط استانداردش اشاره نماید و طرف دیگر اعتراضی ننماید ، قراردادی منطبق با آن شروط ثابت منعقد می شود . پس باید اطمینان یافت که اعتراضی نسبت به شرط حفظ مالکیت در طول مذاکرات ابراز نشود .

بحث و یافته ها

قانون قابل اجرا در ارتباط با تضمین کالا

آخرین امری که باید مورد توجه قرارگیرد مسئله قانونی است که صحت و اعتبار شرایط تضمین کالا را آنگونه که مورد توافق بایع و مشتری قرار گرفته است در صحنه تجارت بین المللی معین می کند چنین قانونی غالباً متفاوت از قانونی است که بر رابطه قراردادی طرفین بیع حاکم است و عموماً قانون کشوری است که کالا باید در آنجا تحویل داده شود .

برای آنکه بایع تضمین مقتضی را بدست آورد باید شرط حفظ و ذخیره مالکیت طبق مقررات کشور مقصد بخصوص قواعد مربوط به حقوق عینی اموال منقول و بویژه مربوط به مالکیت ، لازم الرعایه باشد . این قواعد مارا به اصل قانون محل وقوع مال که در بسیاری از نظامهای حقوقی به رسمیت شناخته شده است رهنمون می شوند . مفهوم این اصل این است که حقوق عینی که در ارتباط با یک مال وجود دارد توسط قانون محلی که مال در آنجا واقع است معین و مشخص می شوند .

قسمت اول - تضمین کالا در عراق

۱- حقوق عراق تنها حفظ ساده مالکیت را به رسمیت می شناسد . این حقوق مالکیت بایع را بر کالا تا پرداخت کامل ثمن محفوظ و باقی نگاه می دارد با انجام کار بر کالا و انتقال بعدی آنها به دیگری ، حق بایع در مورد درخواست استرداد کالا از مشتری از بین می رود همچنین در صورتیکه شخصی ، مثل حق العمل کار ، حقی نسبت به کالا می یابد . در این وضعیت بایع علاوه بر حقش نسبت به ثمن معامله ، حق مطالبه خسارت را هم دارد ، که البته این حقوق در صورت ورشکستگی مشتری ارزش اندکی دارد .

این در حالی است که تا قبل از سال ۱۹۸۰ رویه قضایی شرط حفظ مالکیت را در مقابل گروه طلبکارانی که در مقابل مشتری بصورت جمعی اقامه دعوی نموده بودند غیر قابل استناد می دانست و این امر موجب محروم شدن بایع از حقش می شد اما این رویه در قانون شماره ۳۳۵ - ۱۲۸۰ می ۱۹۸۰ و به دنبال آن با تصویب ماده ۱۲۸ (بند ۲ قانون ۱۹۸۵ تغییر کرد) و بایع حق دارد که در مقابل اشخاص ثالث به شرط استناد کند ، اگر آن شرط حد اکثر تا زمان تحویل کالا در سندی درج شده باشد.

۲ - در رویه حقوق تجارت عراق ، حفظ مالکیت علاوه بر نقش معمولیش به عنوان یک تضمین در صورت ورشکستگی مشتری ، در این مسئله نیز که کدامیک از طرفین خطر تلف کالا را بر عهده دارد مهم است . طبق حقوق عراق ، مالکیت کالا و با آن خطر احتمالی از بین رفتن آن یا گم شدن آن معمولاً هنگام انعقاد قرارداد به مشتری منتقل می شود . یعنی وقتی که در باره کالایی که باید تسلیم شود و ثمن آن توافق صورت می گیرد . و این انتقال به زمانی که کالا عملاً تسلیم می شود بستگی ندارد . البته معمولاً شرطی در قرار داد این نحوه انتقال مالکیت و ضمان را تغییر می دهد که گاه شرط ناظر به مالکیت و ضمان هر دو است و گاه تنها یکی از آنها را در نظر دارد . (که به موعده معلق ترجمه شده ولی رسا نیست) استفاده شود قرار داد با توافق طرفین و تبادل اراده ها منعقد شده اما اجرای آن و در نتیجه انتقال مالکیت صورت نگرفته و تا آن محقق شود به تعویق افتاده است اگر از شرط تعلیقی استفاده شود اگر واقعه مورد نظر اتفاق افتد اثری نسبت به گذشته خواهد داشت و فرض می شود که عقد از زمان انعقاد اثر بخشیده و مالکیت منتقل شده است اما انتقال ضمان تنها با تحقق آن واقعه صورت می گیرد مگر در صورت شرط مغایر . و تا زمانی که آن واقعه محقق نشده عقد هیچ اثری ندارد . اگر از شرط فاسخ استفاده شود مالکیت منتقل شده و با تبادل اراده ها عقد منعقد شده است اما اگر شرط محقق شود قرارداد و در نتیجه انتقال مالکیت از بین می روند و مثل این خواهد بود که مشتری هیچ گاه مالک نبوده است البته تصرفات مشتری در طول زمان انعقاد تا تحقق شرط ، موثر بوده و ضمان نیز در این زمان بر عهده مشتری بوده است .

شرط ثابتی که از سوی بایع برای حفظ مالکیت در قرار داد بیع درج می شود به صورت زیر می باشد :

فروشنده مالکیت کالا را تا پرداخت کاما ثمن برای خود محفوظ می دارد ، اما مشتری مسئول و ضامن کالا از زمان تسلیم مادی آن است ، و انتقال تصرف موجب این ضمان می شود در نتیجه ، خریدار از حالا متعهد به امضاء قرارداد بیمه ای ، درباره خطرات تلف ، سرقت یا از بین رفتن کالای معین شده می باشد ” .

درباره تحلیل ماهیت این بیع اتفاق نظر وجود ندارد و نویسندگان حقوق عراق سه نظر گوناگون را پیشنهاد کرده اند : اول این که این بیع همراه شرط فاسخ عدم پرداخت ثمن است که در صورت عدم پرداخت ثمن مالکیتی که از زمان عقد بیع منتقل شده از همان زمان از بین می رود اما ضمان همچنان تا زمان تحقق شرط بر عهده مشتری است .

حقوق عراق مالکیت بایع را بر کالا تا پرداخت کامل ثمن محفوظ و باقی نگاه می دارد با انجام کار بر کالا و انتقال بعدی آنها به دیگری، حق بایع در مورد درخواست استرداد کالا از مشتری از بین می رود

نظر دوم این که بیع با شرط حفظ مالکیت، بیعی با شرط تعلیق است که انتقال مالکیت را تا پرداخت تمام ثمن به تعویق می اندازد. قرارداد به محض تبادل اراده ها منعقد و تشکیل می شود اما مشتری بیدرنگ مالک نمی شود مشتری ضمان را هم متحمل نمی شود مگر اینکه به گونه ای دیگری توافق شود. نظر سوم این است که چون پرداخت ثمن رکن اساسی عقد می باشد نمی توان آن را به عنوان شرط در قرار داد درج نمود و در صورت درج تأثیری نخواهد داشت و تنها تأکیدی بر تعهد مشتری است. در واقع بیع با شرط حفظ مالکیت بیعی منجز است و انتقال مالکیت در آن به تأخیر افتاده است. به نظر می رسد که نظر دوم با واقع مطابق باشد و ایرادی هم بر آن وارد نیست و گر چه در هر بیعی مشتری موظف به پرداخت ثمن است اما عدم پرداخت آن تأثیری در صحت عقد و اثر گذاری آن ندارد. به همین جهت اشکالی وارد نیست اگر انتقال مالکیت معلق به پرداخت تمام ثمن شود.

۳- اگر مشتری ثمن کالا را در اجل معین نپردازد، بایع می تواند بر مبنای شرط حفظ مالکیت، تقاضای استرداد کالا را بنماید. در عمل شرط حفظ مالکیت در صورت ورشکستگی مشتری بیشترین اهمیت را می یابد. استرداد کالا را در صورتی که می توان مطالبه نمود که اولاً کالاها تغییر نکرده باشند، ثانیاً معلوم و مشخص باشند و هنوز تحت تصرف مدیون باشند. بایع باید اثبات کند که کالاها همانهایی هستند که تسلیم نموده است و ثمن آنها هنوز تادیه نشده است.

اگر مشتری کالاها را به شخصی که حسن نیت داشته فروخته باشد تقاضای استرداد آنها ممکن نیست. البته اگر ثمن بیع دوم پرداخت نشده باشد طبق ماده ۱۲۲ قانون ۱۹۸۵ بایع می تواند طلب را از او مطالبه کند و ثمن بیع دوم را دریافت دارد.

برای آنکه شرط حفظ مالکیت قانوناً نافذ و لازم الاتباع باشد باید شرایطی وجود داشته باشد حتی آنگاه که قانون حاکم بر دعوی قانونی غیر از عراق باشد. شرط حفظ مالکیت باید مکتوب باشد (ارجاع صریح و مشخص به شرط کفایت می کند). باید پیش از آنکه کالا تحویل شود طرفین درباره آن توافق نموده باشند. از زمان تصویب قانون ژوئن ۱۹۹۴، توافق بر این شرط می تواند متعاقب توافقیهای کلی طرفین انجام شود. البته معلوم نیست که آیا این مقررات در موردی که مشتری ورشکسته می شود هم قابل اجرا است یا خیر (بند ۴ ماده ۱۵۳ قانون ۱۹۸۵) بایع باید دعوی باز پس گیری کالا را ظرف سه ماه از اعلام اقدامات تصفیه و فروش اموال مشتری اقامه نماید.

۴- بنابر این بایع بین المللی که کالا را به مشتری فرانسوی به صورت نسیه و غیر نقد تحویل می دهد توصیه می شود که بر درج شرط حفظ مالکیت در قرارداد اصرار ورزد. چنین شرطی باید همیشه، حتی وقتی که قانون حاکم بر دعوی قانون عراق نیست، مطابق شرایط اساسی صحت درج شرط طبق قانون عراق باشد.

قسمت دوم - حفظ مالکیت در حقوق ایران

در حقوق ایران یکی از آثار بیع صحیح انتقال مالکیت است یعنی "به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می شود" (بند ۱ از ماده ۳۶۲ ق.م). البته این در بیعی است که مبیع آن عین معین است و اگر مبیع کلی یا کلی در معین باشد انتقال مالکیت تنها پس از تعیین مبیع ممکن خواهد بود.

بر خلاف بیشتر نظامهای حقوقی دنیا، در حقوق ایران انتقال ضمان همراه انتقال مالکیت نیست و همانطور که ماده ۳۸۷ قانون مدنی مقرر می دارد "اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد..." بنا بر این اصولاً انتقال ضمان با تسلیم کالا صورت می گیرد. (مورد استثنایی ماده ۴۵۳ ق.م.ا است)

آنچه گفته شد درباره بیعی است که در آن درباره انتقال مالکیت یا ضمان توافق دیگری نشده باشد، به عبارت دیگر طرفین می توانند بر خلاف احکام تأخیری فوق توافق کنند. یعنی طرفین می توانند انتقال مالکیت را به تأخیر اندازند یا آن را معلق به امری نمایند. متداولترین بیع معلق، تعلیق مالکیت به پرداختن ثمن است، بخصوص در مواردی که مبیع به اقساط فروخته می شود و تعلیق انتقال ملکیت موجب می شود تا فروشنده نیازی به گرفتن وثیقه نداشته باشد.

این همان بیعی است که در آن مالکیت برای بایع حفظ می شود و انتقال ملکیت موکول به پرداخت تمام ثمن است. با تادیه تمام ثمن از سوی مشتری در واقع شرط (معلق علیه) محقق شده و چون اثر تحقق شرط نسبت به آینده است از آن زمان مشتری مالک مبیع می شود. به نظر می رسد که انتقال ضمان نیز از همان زمان باشد زیرا قبل از آن عقد معلق بوده و اثری نداشته است، گر چه طرفین می توانند بر انتقال ضمان حتی پیش از تحقق شرط توافق کنند.

در حقوق ایران با وجود خیار تفلیس اثر شرط حفظ مالکیت کمرنگ شده است. زیرا بدون چنین شرطی هم در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد... (ماده ۳۸۰ ق.م). اما به هر حال درج این شرط این اثر را دارد که مشتری قبل از تادیه تمام ثمن نمی تواند کالا را به دیگری منتقل کند و معامله او نسبت به مال غیر و فضولی خواهد بود و بدون

اجازه بایع، بر خلاف حقوق عراق و برخی کشورهای دیگر، حتی در قبال شخص ثالث با حسن نیت نیز، اثری نخواهد داشت و بایع که دارای حق عینی نسبت به کالا است می تواند آن را از هر کس که آن را در تصرف دارد مطالبه کند. اگر بایع معامله مشتری را تنفیذ کند ثمن بیع دوم کلاً از آن او خواهد بود حتی اگر بیش از ثمن مقرر در بیع اول باشد بدین ترتیب اثر درج شرط حفظ مالکیت در ایران نیز همانند شرط موسع حفظ مالکیت در انگلیس خواهد بود و حتی دایره اثر آن بیش از حقوق انگلیس می باشد، چون مطالبه سود ناشی از فروش مشتری منوط به احراز رابطه امانی نخواهد بود.

شرایط فسخ در کنوانسیون خرید و فروش بین المللی کالا و حقوق مدنی ایران و عراق

از موضوعاتی که در مبحث قواعد عمومی قراردادهای مورد مطالعه قرار می گیرد بحث فسخ قرارداد است. مطابق ماده ۲۱۹ قانون مدنی قراردادی که میان متعاملین لازم الاجرا است ممکن است به دلایل مختلف فسخ، اقاله یا منفسخ شود. قرارداد فسخ شده حقوق و تکالیف جدیدی را برای طرفین قرارداد ایجاد می کند از جمله اینکه با پایان پذیرفتن رابطه قراردادی طرفین عقد ملزم به استرداد عوضین و منافع می شوند در بعضی شرایط امکان مطالبه خسارت نیز وجود دارد.

قرارداد بیع ممکن است به دلایل مختلف فسخ شود. فسخ قرارداد یا در نتیجه یکی از اختیارات مانند اختیار عیب، اختیار غبن، اختیار تدلیس و... صورت می گیرد و یا اینکه متعاقدين با توافق، عقد را اقاله یا تفاسخ می کنند. عقد ممکن است خود به خود فسخ شود مانند، تلف مبیع قبل از قبض، نامقدور گشتن انجام تعهد و... کنوانسیون بیع بین المللی کالا در مورد فسخ قرارداد راهی غیر از شیوه قوانین ملی پیموده است در این کنوانسیون مواد ۴۹ و ۶۴ به موارد فسخ قرارداد بیع از جانب خریدار و یا فروشنده اختصاص یافته است.

در این کنوانسیون واژه «avoidance» در مواد ۴۹ و ۶۴ به کار برده شده و بعضی از نویسندگان معتقدند این واژه به معنای ابطال یا فسخ نیست، بلکه ترجمه صحیح آن «اجتناب» است و اجتناب چیزی غیر از فسخ در حقوق ایران است. در متن فرانسوی از واژه «resolu» و در متن عربی از واژه فسخ استفاده شده است.

در مجموع می توان گفت که موارد فسخ قرارداد بیع تابع قانون ملی است با این وجود کنوانسیون در مواردی که متعاقدين به تعهدات خود عمل نکنند یا اینکه عامل خارجی اجرای تعهد را غیرممکن سازد به طرف مقابل حق فسخ قرارداد را داده است.

به طور کلی در قانون مدنی ایران موادی که به آثار فسخ قرارداد به صورت عام پرداخته باشد وجود ندارد بلکه در هر کدام از موارد فسخ، ممکن است به طور گذرا به این امر اشاره شده باشد مانند مواد ۲۸۶، ۲۸۷ و ۲۸۸. قانون مدنی راجع به اقاله، یا ماده ۴۲۹ در خصوص اختیار عیب. این در حالی است که در کنوانسیون بیع بین المللی کالا مواد ۸۱ الی ۸۴ به این امر اختصاص یافته است.

به طور خلاصه می توان گفت که فسخ بیع، قرارداد فی مابین را از بین می برد و متعاقدين ملزم به استرداد آنچه که ستانده اند می شوند. علاوه بر آن آثار فسخ فقط در ارتباط با روابط متعاقدين پدیدار می شود. مقررات یادشده اثری در رابطه با اشخاص ثالث یعنی آنهایی که بعد از انعقاد قرارداد بیع اصلی به نحوی از انحاء درگیر شوند ندارد (مثلاً فروش مجدد، اجاره و غیره...) یا اینکه یکی از طرفین ورشکسته شود. آثار فسخ حقی را که برای اشخاص ثالث به وجود آورده از بین نمی برد. این موضوع تابع قانون ملی است. در ماده ۸۱ کنوانسیون به طور کلی آثار فسخ بیع ذکر شده و مواد ۸۲، ۸۳ و ۸۴ دربردارنده پاره ای از استثنائات است. مطابق ماده ۸۱ کنوانسیون آثار فسخ بیع عبارت است از پایان یافتن رابطه قراردادی استرداد عوضین، که در ادامه هر کدام از این آثار را در یک مبحث جداگانه مورد بررسی قرار می دهیم.

انحلال عقد

الف پایان پذیرفتن رابطه قراردادی

اثر مهم فسخ، انحلال قرارداد بیع است. هنگامی که این فسخ به نحو معتبر و مؤثر واقع شود، به عنوان قاعده هر دو طرف از کلیه وظایف آتی خود بری می شوند.

ماده ۸۱ کنوانسیون در همین راستا مقرر می دارد:

"فسخ قرارداد هر دو طرف را از وظایف مربوطه... خلاص می کند..."

بنابراین بعد از آن فروشنده اجازه ندارد که تقاضای پرداخت ثمن را بنماید و خریدار هم حق تقاضای تسلیم مبیع را ندارد. اجرای عین قرارداد نیز به هر نحو غیرممکن می شود. اگر یکی از طرفین قرارداد فقط بخشی از قرارداد را فسخ کند طرفین تا آن اندازه از قرارداد که فسخ شده از انجام وظایف مربوطه معاف می شوند.

در حقوق مدنی ایران هیچ ماده قانونی که بیانگر اصل فوق باشد وجود ندارد اما با وجود این از مواد ۳۸۷ (تلف مبیع قبل از قبض)، ۳۹۷ (خیار مجلس)، ۳۹۸ (خیار حیوان)، ۴۰۲ (خیار تأخیر ثمن)، ۴۱۰ (خیار رؤیت و تخلف وصف)، ۴۱۶ (خیار غبن)، ۴۲۲ (خیار عیب)، ۴۲۸ (خیار تدلیس) و ۴۴۱ (خیار تبعض صفقه) می توان همین اصل را استنباط کرد.

گسیختن پیوند ناشی از قرارداد، نسبت به آینده صورت می گیرد و وجود عقد را از آغاز حذف نمی کند. بنابراین اگر طرفی که به موجب عقد مالک شده تصرفی در ملک کرده باشد، فسخ آن را باطل نمی کند. قانون مدنی دو فرض شایع از این گونه تصرفها را در احکام خود آورده است:

۱- ماده ۴۵۴ قانون مدنی:

"هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی گردد، مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است"

۲- ماده ۴۵۵ قانون مدنی:

"اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را حق غیر قرار دهد، مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخصی مزبور متعلق نخواهد شد، مگر اینکه شرط خلاف شده باشد"

از مفاد دو ماده فوق می توان قاعده ای را استخراج کرد که به موجب آن، تصرف طرفی که در اثر عقد مالک شده در موضوع تملیک نافذ است و فسخ بعدی به آن صدمه نمی زند، مگر اینکه بر خلاف این ترتیب، به طور ضمنی یا صریح تراضی شده باشد.

با وجود این، ماده ۴۶۰ قانون مدنی در مورد «بیع شرط» مقرر می دارد:

"در «بیع شرط» مشتری نمی تواند در مبیع، تصرفی که منافع خیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره، بنماید."

ماده ۵۰۰ قانون مدنی نیز در جایی دیگر اجاره منافی با حق بایع را باطل می داند. این مواد ظاهراً با قاعده پیش گفته متعارض به نظر می رسد. ولی با اندکی تأمل می توان دریافت که در خیار شرط، دو طرف تراضی می کنند که خریدار ملک را آماده بازگرداندن به فروشنده نگاه دارد و لازمه مفاد تراضی این است که از تصرف منافی با اعمال خیار بپرهیزد. پس، خیار شرط را باید در زمره مواردی آورد که «عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری به طور ضمنی شرط شده است».

در حقوق عراق نویسندگان آن نظام حقوقی معتقدند که فسخ، قرارداد را از ابتدا منحل می کند و این را از ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی در خصوص فسخ قضایی استنباط می کنند. آنان معتقدند که در صورت فسخ، خریدار باید مبیع و تمام منافع آن را و خریدار نیز باید ثمن و منافع آن را مسترد کند. این استنباط بدین معناست که فسخ عقد با بطلان آن تفاوتی ندارد. زیرا، در هر دو مورد، عقد از زمان انعقاد منحل می شود.

در حقوق مصر نیز همین برداشت وجود دارد. قانون مدنی آن کشور در ماده ۱۶۰ مقرر می دارد:

"اگر عقد فسخ شود متعاقدين به حالتی که انگار عقدی وجود نداشته برمی گردند..."

ماده مذکور قاعده عامی است که نویسندگان آن نظام حقوقی معتقدند در تمام انواع فسخ (قضایی، اتفاقی و قانونی) ناقد است. بنابراین فسخ بیع اثر رجعی دارد و این اثر از زمان پیدایش عقد پدیدار می شود.

در کنوانسیون، مواد مطروحه به صراحت بیان نمی کند که آیا اصولاً عقد از زمان فسخ منحل می شود یا از زمان انعقاد. با وجود این به نظر می رسد که از روح مواد ۸۱ و ۸۴ این چنین برمی آید که عقد از زمان انعقاد منحل می شود.

ب امکان مطالبه خسارت در صورت فسخ عقد

کنوانسیون یادآور می شود که فسخ بیع مانع مطالبه خسارت از طرف کسی که در نتیجه اهمال و یا تقصیر دیگری خسارتی به او وارد شده نیست، بلکه فسخ بیع و مطالبه خسارت قابل جمع است. بعضی از نظامهای حقوقی این نظر را نمی پذیرند. به عقیده آنان اتخاذ دو طریق برای جبران خسارت صحیح نیست متعاقدين می توانند یا عقد را فسخ کنند و یا اینکه مطالبه خسارت نمایند.

ماده ۸۱ کنوانسیون مقرر می دارد:

"فسخ قرارداد هر دو طرف را از وظایف مربوطه مشروط به پرداخت هر گونه خسارتی که قابل مطالبه باشد خلاص می نماید..."

بنابر اصل مزبور انحلال قرارداد، مشروط به پرداخت هر گونه خسارتی است که شرایط آن جمع باشد. لازم به ذکر است که اگر قرارداد به علت غیرممکن بودن انجام تعهد فسخ شود (ماده ۷۹ کنوانسیون) فسخ در این مورد مانع از مطالبه خسارت است. زیرا در این مورد تقصیری متوجه هیچ کدام از طرفین قرارداد نیست. این قاعده را بسیاری از سیستمهای حقوقی بدون تردید پذیرفته اند. بنابراین خریداری که مجبور شده قرارداد بیع را در مورد یک اتومبیل تفریحی چند روز قبل از رفتن به مرخصی به خاطر عدم مطابقت وسیله نقلیه مذکور فسخ کند ممکن است بتواند نسبت به هزینه اجاره ماشین کرایه ای، اقامه دعوی نموده و آن را مطالبه کند.

در حقوق ایران در صورتی که در اثر انجام ندادن تعهد یا تأخیر در آن خسارتی به متعهدله وارد شود او می تواند آن را از متعهد بخواهد، زیرا این خسارت به دلیل انجام ندادن تعهد در موعد مقرر از سوی متعهد به متعهدله وارد شده است و طبق قاعده عقلی، هر کس به دیگری ضرری وارد آورد باید آن را جبران کند، لذا متعهد باید آن را به متعهدله بپردازد. ماده ۲۲۱ قانون مدنی مقرر می دارد:

"اگر کسی تعهد به اقدام امری بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسؤول خسارات طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد"

همچنین ماده ۲۲۶ در مورد امکان مطالبه خسارت مقرر می دارد:

"در مورد عدم ایفاء تعهد از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی تواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و اگر برای ایفاء تعهد مدتی مقرر نبوده طرف وقتی می تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است"

از مضمون دو ماده فوق استنباط می شود در صورتی که یکی از متعاقبین به تعهد خود عمل نکند طرف دیگر علاوه بر اینکه می تواند عقد را فسخ کند (با عنایت به مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م) حق مطالبه خسارت را نیز دارد.

با این حال در بعضی موارد متعهد مسؤول خسارات وارده نیست:

۱- در صورتی که متعهدله مسبب انجام ندادن تعهد باشد، برای نمونه چنانکه مقاطعه کاری متعهد شود که ساختمانی را طبق نقشه ای معین در ظرف سه ماه به اتمام رسانده و مصالح ساختمانی را متعهدله خود تهیه نماید. اگر شخص اخیر در تهیه مصالح تأخیر کند و در اثر آن ساختمان در مدت سه ماه خاتمه نیابد متعهد مسؤول خسارات وارده نیست. یا در خصوص قرارداد بیع نیز چنانچه کارخانه قندی تعهد می کند در موعد معین ۱۰ تن قند به خریدار تحویل دهد و خریدار نیز تعهد کند که برای تهیه قندهای مزبور ۳۰ تن چغندر به کارخانه تحویل دهد، اگر بر اثر انجام ندادن تعهد اخیر کارخانه قند به تعهد خود عمل نکند در این صورت خریدار قند نمی تواند از کارخانه قند مطالبه خسارت نماید.

2 در صورتی که انجام ندادن تعهد به واسطه علت خارجی باشد که نتوان به متعهد، مربوط نمود.

در حقوق برخی از کشورها نظیر فرانسه و عراق سبب مزبور به دو کلمه Force majeure و Cas Fortuit تعبیر شده است. ماده ۲۲۷ قانون مدنی می گوید:

"متخلف از انجام تعهد، وقتی به تأدیه خسارت محکوم می شود که نتواند ثابت کند که انجام ندادن به واسطه علت خارجی بوده است که نمی توان مربوط به او نمود"

منظور ماده از کلمه "علت خارجی" کلیه عللی است که خارج از اراده متعهد است خواه داخلی باشد و خواه خارجی. بیگانه بودن علت عدم انجام تعهد، در صورتی رفع مسؤولیت از متعهد می کند که او نتواند علت مزبور را خنثی و از تأثیر بیندازد و الا هر گاه قادر باشد که از تأثیر آن جلوگیری کند و اقدام ننماید تقصیر در انجام تعهد کرده و مسؤول خسارات وارده بر متعهد است. زیرا این امر از مقدمات تکلیف است و انجام مقدمات تکلیف مانند خود تکلیف بر متعهد لازم است و عرف با منطق ساده خود در صورت انجام ندادن مقدمات تکلیف او را مسؤول می داند. بنابراین متعهد مکلف است هر چیزی که مانع از ایفاء تعهد او شود به هر نحو ممکن آن را دفع نماید.

قانون مدنی در ادامه در ماده ۲۲۹ متعهد را مکلف کرده است که آنچه را که برای انجام تعهد در حیطه اقتدار اوست انجام دهد این ماده مقرر می دارد:

"اگر متعهد به واسطه حادثه ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود"

ج عدم تأثیر فسخ در بعضی از شرایط عقد

ماده ۸۱ کنوانسیون در ادامه دربردارنده پاره ای از استثنائات است. این ماده در بند (۱) مقرر می دارد که:

"...فسخ قرارداد تأثیری در مقررات قراردادی که برای حل و فصل دعاوی وضع گردیده یا هر گونه مقررات در قرارداد که حاکم بر حقوق و وظایف طرفین که ناشی از فسخ قرارداد است ندارد."

هدف از وضع این قانون کشیدن خط بطلان بر نظریه ای بود که مطابق آن با پایان پذیرفتن حیات قرارداد، شروط و مقررات تابع آن نیز به تبع قرارداد باطل خواهند شد. ایده مذکور دارای ثمرات ناگواری است. زیرا، مقررات و شروطی که در قرارداد در خصوص چگونگی حل و فصل دعاوی و ضمانت اجرای انجام تعهد آورده شده زمانی مفید فایده است که قرارداد نتواند به مرحله اجرا گذاشته شود و فسخ گردد.

بنابراین دو دسته از شرایط علی رغم پایان حیات قرارداد همچنان باقی می ماند و میان متعاملین لازم الاجراست:

۱- شروط و قیود مربوط به حل و فصل دعاوی که شامل داوری، مذاکره مجدد (برای رفع تعارضهای ناشی از تغییرات غیر قابل پیش‌بینی در اوضاع و احوال) و مسایل و شروط مربوط به انتخاب دادگاه باشد. سیستم‌های حقوق ملی غالباً به اعتبار چنین شروط و قیودی علی‌رغم فسخ قرارداد اذعان دارند.

۲- همچنین شروط و قیودی که بیانگر آثار و عواقب عدم ایفای تعهد است. مانند شروط راجع به تحدید مسؤلیت اعم از معافیت از مسؤلیت، ازدیاد و یا کاهش مسؤلیت و یا تعیین مسؤلیت تا میزان مشخصی از خسارت و یا تعیین چگونگی استرداد عوضین و یا سایر قیود و شروط مجازاتی.

این شرایط با حاکمیت اراده طرفین قوام یافته و در حقیقت متعاقدين از همان ابتدای انشاء عقد خواسته‌اند که این شرایط در صورت فسخ قرارداد قدرت الزام آور خود را داشته باشند.

بعضی معتقدند که: «تفسیر ادبی متن ماده می‌تواند منجر به نتایجی بغرنج و پیچیده شود. برای مثال اگر وجه التزام مجازات‌کننده‌ای برای تأخیر در ایفاء تعهد وضع شده باشد و قرارداد در نهایت به علت عدم انطباق کالا فسخ شود، می‌توان استدلال کرد که پرداخت جریمه مذکور وظیفه‌ای نیست که متعاقب فسخ قرارداد ایجاد شده باشد، زیرا فسخ قرارداد به خاطر تأخیر در ایفاء تعهد نبوده است. ولی می‌توان با دو دلیل چنین شیوه تفسیری را مردود شمرد: اولاً با روح این متن که هدف از آن جلوگیری از حذف قیود و شروطی است که احتمالاً در حل تعارض بین طرفین مهم هستند در تعارض است، ثانیاً با این حقیقت که جریمه و مجازات جانشین خسارات هستند و مطالبه خسارات علی‌رغم فسخ قرارداد در دسترس است (جمله اول ماده ۸۱) باز هم راه حلی که در کنوانسیون طراحی شده همگون و موزون با قوانین ملی کشورهای مختلف است.»

به نظر می‌رسد که راه حل فوق‌الذکر در حقوق ایران نیز پذیرفته باشد و برای آن می‌توان به ماده ۲۳۰ ق.م.ا.ستناد نمود، این ماده مقرر می‌دارد که:

"اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که، در صورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند"

ماده مذکور در مواردی که عقد به علت انجام ندادن تعهد فسخ شود و مسؤلیت متعهد محدود به میزان مشخصی شده باشد قابل استناد است. در حقیقت اصل کلی باقی ماندن شروط و قیود راجع به حل و فصل دعاوی و مسؤلیت متعاقدين در صورت فسخ عقد از این ماده قابل استنباط است.

البته شرط عدم مسؤلیت متعهد در صورت اجرا نشدن تعهد نافذ است مگر در مورد صدمه‌های بدنی و لطمه به حقوق مربوط به شرافت شخص (ماده ۱۱۸ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳) و اضرار عمدی طرف قرارداد. علت بطلان چنین شروطی مخالفت آن با نظم عمومی جامعه است.

حال جای این سؤال وجود دارد که آیا به غیر از استثنائات فوق استثنائات دیگری نیز وجود دارد که ماده ۸۱ کنوانسیون به آن اشاره نکرده باشد؟

بعضی معتقدند که وظیفه فروشنده مبنی بر رعایت اقدامات متعارف برای محافظت از کالا در مواقعی که خریدار، تأخیر در قبض کالا دارد (ماده ۸۵) یا وظیفه خریدار در محافظت از کالا در زمانی که آن را تحویل گرفته و قصد دارد حقوق خود را به موجب قرارداد یا کنوانسیون اعمال کند، نباید با فسخ قرارداد در معرض تهدید قرار گیرد.

این دیدگاه محل بحث است زیرا دامنه آن از عبارت ماده ۸۱ کنوانسیون فراتر می‌رود حتی اگر به صورت موسع هم تفسیر شود، فراتر می‌رود. علاوه بر این، این ایده مفیدفایده هم نیست، زیرا همه سیستم‌های حقوقی بر این مطلب اذعان دارند که هر گاه قراردادی خاتمه یابد، طرفی که مبیع را در دست دارد موظف است از آن به نحو شایسته تا هنگام عودت محافظت نماید. مانند قاعده‌ای که در حقوق اسلام به نام قاعده «ید» وجود دارد. این قاعده می‌گوید: "علی الید ما اخذت حتی تؤدیه"

استرداد عوضین

الف) استرداد عین

دومین اثر فسخ قرارداد بیع بازگرداندن آثار عقد به حالت اول است. یعنی اگر تمام یا بخشی از قرارداد اجرا شده باشد متعاقدين بایستی هر آنچه را که دریافت نموده‌اند به طرف مقابل بازگردانند. بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون در این زمینه مقرر می‌دارد:

"... طرفی که تمام یا بخشی از قرارداد را اجرا کرده، می‌تواند تقاضای استرداد آن چیزی که وی به موجب قرارداد تحویل داده یا تأدیه کرده بنماید. چنانچه هر دو طرف ملزم به اعاده باشند آنها باید این کار را همزمان انجام دهند."

این ماده مربوط به بازگرداندن آثار عقد به گذشته است. مع الوصف این قاعده در همه نظام‌های حقوقی به رسمیت شناخته نشده است. برخی از نظام‌های حقوقی فقط به زیان دیده اجازه می‌دهند تا استرداد کالای خود را بخواهد. در نظام حقوقی کا من لا استرداد عین کالا لازم نیست بلکه استرداد، شکل پرداخت غرامت پولی را به خود می‌گیرد. این راه حل اعمال قاعده‌ای است که در حقوق عراق به عنوان «Repetition de lindu» شناخته شده، یا حتی قاعده وسیع‌تر به نام دارا شدن ناعادلانه «enrichissement sans cause» یا شبه قرارداد».

طرفین می‌توانند بر شیوه استرداد قبلاً توافق نمایند. این قرارداد تحت حاکمیت اراده متعاقدين است. این تصمیم‌گیری ممکن است به صورت تحویل کالا به نحو اقساط، استرداد بخشی از کالا و یا حتی عدم استرداد کالا باشد. در اینجا ضروری است این بحث مورد بررسی قرار گیرد که مقصود از خسارات ناشی از استرداد کالا، این است که خسارات حاصل از استرداد کالا را کدام یک از متعاقدين باید تحمل کند؟

به نظر می‌رسد هر کدام از متعاقدين که مرتکب تقصیری شده باشد و عدم اجرای قرارداد ناشی از تقصیر او باشد باید از عهده خسارات حاصله برآید. به عبارت دیگر طرفی که به تعهد خود عمل نکرده و عدم ایفاء تعهد ناشی از تقصیر او باشد مسؤول همه خسارات مربوط به استرداد کالا است.

هر چند که در کنوانسیون به صراحت به این موضوع اشاره نشده، لیکن قواعد کلی راجع به مسؤولیت همین راه حل را اقتضاء می‌کند. با وجود این اگر اجرای قرارداد به خاطر تخلف یکی از متعاقدين از مفاد عقد به علتی که خارج از اراده متعاقدين است ناممکن شود هر طرف مسؤول مخارج استرداد کالای خویش است زیرا در این حالت کسی مرتکب تقصیری نشده است.

کنوانسیون در خصوص چگونگی تقدم یا تقارن زمانی استرداد کالا از سوی طرفین قرارداد صراحت دارد که:

"...چنانچه هر دو طرف ملزم به اعاده باشند آنها باید این کار را همزمان انجام دهند"

لازم به توضیح است که در برخی موارد ممکن است فقط یکی از طرفین ملزم به استرداد باشد و آن هم زمانی است که فقط یکی از متعاقدين عوض قرارداد را تسلیم نموده است در این صورت کسی که کالا را دریافت کرده در صورت فسخ باید کالا را مسترد کند. اما اگر هر دو عوض تسلیم شده باشد در صورت فسخ هر کدام از متعاقدين باید همزمان کالا را به دیگری مسترد کند. این قاعده شبیه همان موردی است که در اجرای قرارداد، هر کدام از متعاقدين باید همزمان موضوع قرارداد را اجرا نمایند. در صورت عدم اجرای تعهد از جانب یکی از متعاقدين برای طرف دیگر حق حبس به وجود می‌آید (ماده ۷۱ کنوانسیون) این حق حبس هم در زمان اجرای مفاد عقد و هم در زمان اجرای تکالیف ناشی از فسخ عقد وجود دارد. بنابر این خریدار می‌تواند چنانچه فروشنده حاضر به استرداد ثمن نباشد از استرداد کالا امتناع کند و بالعکس. دلیل این مطلب وجود اصلی است که به موجب آن: «هر طرف می‌تواند ایفاء تعهد خود را معلق کند مشروط بر اینکه... آشکار شود که طرف دیگر بخش اساسی از وظایف خود را انجام نخواهد داد».

در حقوق ایران نیز می‌توان همین راه حل را پذیرفت. بنابراین در اثر فسخ، هر یک از دو مورد معامله در همان وضعیتی که در موقع فسخ دارد، به مالک قبل از عقد، رد می‌شود، یعنی مبیع به فروشنده و ثمن به خریدار مسترد می‌شود. اما در حقوق مدنی ایران آنچه که در قسمت اخیر ماد ۸۱ کنوانسیون آمده به صراحت وجود ندارد. یعنی در حقوق ایران به چگونگی استرداد عوضین پس از فسخ اشاره‌ای نشده است با وجود این ماده ۳۷۷ قانون مدنی می‌تواند راه‌گشا باشد این ماده مقرر می‌دارد که:

"هر یک از بایع و مشتری حق دارد که از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود".

این ماده هر چند که در خصوص بیع وارد شده است اما عقد بیع خصوصیت ویژه‌ای ندارد بلکه این اصل را می‌توان در کلیه عقود معاوضی جاری دانست. در مورد فسخ عقد هر کدام از طرفین عقد فسخ شده، در مقابل طرف دیگر تکلیفی به عهده دارد انصاف حکم می‌کند همچنان که در مورد اجرای مفاد عقد برای طرفین حق فسخ قائل می‌شویم، در مورد تکلیف متعاقدين پس از فسخ مبنی بر استرداد عوضین حق فسخ قائل شویم.

اما در مورد زمان اجرای تکلیف متعاقدين کنوانسیون صراحت دارد که این تکلیف باید همزمان صورت گیرد در حقوق مدنی ایران صراحتاً به چنین امری اشاره نشده است. با وجود این مطابق اصول کلی همین راه حل در حقوق ایران نیز قابل قبول است.

اما اگر هیچ کدام از طرفین حاضر نباشد تکلیف خود را اجرا کند و انجام تعهد خود را منوط به انجام تعهد طرف مقابل نماید در این خصوص کنوانسیون تدبیری نیندیشیده است. به نظر می‌رسد در این مورد باید به حقوق داخلی مراجعه کرد. در حقوق ایران نیز ماده قانونی در این خصوص وجود ندارد. فقها نیز در این زمینه اختلاف نظر دارند با وجود این به نظر می‌رسد اگر هر دو طرف اجبار یکدیگر را از دادگاه بخواهند و هر دو طرف به حق حبس استناد کنند باید هر دو را اجبار کرد و در موقع اجرای حکم و تسلیم در صورتی ثمن به فروشنده داده می‌شود که او مبیع را در اختیار نماینده دادگاه گذارده باشد.

لازم به توضیح است که ممکن است ورشکستگی یکی از طرفین موجب شود که عمل استرداد با مشکل مواجه شود. در این خصوص شیوه استرداد و به طور کلی فنون مختلفی که برای فیصله چنین موقعیت‌هایی وجود دارد تابع قانون داخلی است به عنوان یک قاعده کلی همه نظام‌های حقوقی مهلت اضافی را به بدهکار داده یا مبلغ بدهی را تقلیل می‌دهند و از استرداد عین خودداری می‌نمایند.

ب) از بین رفتن حق فسخ در نتیجه عدم امکان استرداد

ماده ۸۲ کنوانسیون مواردی را ذکر می‌نماید که امکان استرداد کالا به همان وضعیتی که دریافت شده است وجود ندارد. در این صورت اصل کلی این است که امکان فسخ قرارداد وجود ندارد. اما همین اصل دارای استثنائاتی است که بعد از بیان ماده ۸۲ به تشریح آن خواهیم پرداخت:

۱- اگر برای خریدار استرداد کالا عمدتاً با همان وضعیتی که آنها را دریافت کرده، مقدور نباشد حق اعلام فسخ قرارداد یا الزام فروشنده به تسلیم بدل کالا را از دست خواهد داد.

۲- پاراگراف بالا در موارد ذیل مجری نیست:

الف چنانچه عدم امکان استرداد کالا، یا عدم امکان اعاده آن عمدتاً با همان وضعیتی که خریدار آنها را دریافت کرده، ناشی از فعل یا ترک فعل وی نباشد؛

ب چنانچه تمام یا بخشی از کالا بر اثر بازرسی و آزمایش موضوع ماده ۳۸ از بین رفته یا فاسد شده باشد،

ج چنانچه تمام یا بخشی از کالا، پیش از اینکه خریدار عدم انطباق کالا را کشف نموده یا باید کشف می‌نمود، در جریان عادی تجاری توسط وی فروخته یا مصرف شده یا تغییر شکل یافته باشد.

هنگامی که استرداد ناممکن است از دست دادن حق فسخ قرارداد در برخی نظام‌های حقوقی به رسمیت شناخته نشده است. در کشورهایی که فسخ قرارداد توسط قاضی اعلام می‌گردد، عدم امکان اعاده کالا به طور غیرمستقیم تأثیر در اجازه اعمال چنین طریقه جبران خسارتی توسط قاضی ندارد. این اصل برای مجازات خریداری طراحی شده که تقصیر وی منجر به فساد کالا شده است.

از عبارت ماده ۸۲ کنوانسیون چنین نتیجه می‌شود که در صورتی استرداد کالا ناممکن است که از نظر عرف تغییر یافته باشد حال ممکن است به طور کلی تلف شده یا ناقص شده و یا اینکه به شخص دیگری منتقل شده باشد. این را می‌توان از صدر ماده که مقرر می‌نمود: «... استرداد کالا با همان وضعیتی که آنها را دریافت کرده مقدور نباشد...» استنباط کرد، بنابراین به احتمال زیاد می‌توان اتومبیلی که تنها چند بار از آن استفاده شده در همان وضعیتی که خریدار قبض کرده تلقی نمود. متن این ماده تا حدود زیادی به قاضی آزادی عمل می‌دهد.

در حقوق مدنی ایران ماده‌ای که صراحتاً به این موضوع به عنوان قاعده‌ای کلی پرداخته باشد وجود ندارد. اما با بررسی مواد راجع به فسخ قرارداد دو ماده یافت می‌شود که به ظاهر متعارض به نظر می‌رسند ماده ۴۲۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

"در موارد ذیل مشتری نمی‌تواند ببع 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 اینکه تغییر به فعل مشتری باشد یا نه
۳. در صورتی که بعد از قبض مبیع عیب دیگری در آن حادث شود، مگر اینکه در زمان خیار مختص به مشتری حادث شده باشد که در این صورت مانع از فسخ و رد نیست"

بنابراین مطابق این ماده در صورت عدم قدرت خریدار براسترداد عین مبیع، اصل بر عدم امکان فسخ قرارداد است.

اقاله نیز یکی از موارد فسخ عقد است با این تفاوت که در اقاله طرفین بر فسخ عقد توافق می‌کنند. «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». ماده ۲۸۶ قانون مدنی در مورد اقاله مقرر می‌دارد:

ملاحظه می‌شود که در اقاله حتی تلف یکی از عوضین مانع فسخ قرارداد شناخته نشده است. حال باید به این سؤال پاسخ بگوییم که در حقوق مدنی ایران به عنوان یک قاعده کلی آیا تلف یکی از عوضین یا عدم امکان استرداد مانع فسخ نیست؟ اگر اینگونه باشد ماده ۲۸۲ اصل و ماده ۴۲۹ استثنا بر آن اصل محسوب می‌گردد و یا اینکه برعکس تلف یکی از عوضین یا عدم امکان استرداد، مانع از فسخ است که اگر اینگونه باشد ماده ۴۲۹ قاعده و اصل است و ماده ۲۸۶ استثنا بر این اصل.

بعضی از حقوقدانان معتقدند که از ماده ۲۸۶ قانون مدنی این چنین برداشت می‌شود که تلف یکی از دو مورد معامله (به جز در مورد خیار عیب) مانع از فسخ عقد نیست. در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است مثل آن در صورت مثلی و قیمت آن در صورت

قیمتی بودن داده می‌شود. در صورتی که مورد معامله ناقص و یا معیوب شده باشد علاوه بر رد آن عوض نقص و عیب که ارزش است داده خواهد شد، زیرا عیب مانند نقص، تلف بعض است. تلف بعض مانند تلف کل، موجب پرداخت عوض خواهد بود.

اگر مورد معامله از ملکیت مشتری به وسیله عقدی از عقود لازم مانند وقف و بیع خارج شده باشد، مانند مورد تلف عمل می‌شود یعنی بدل آن از مثل یا قیمت داده خواهد شد. در صورتی که قبل از دادن بدل به جهتی از جهات مانند اقاله، معامله دوم فسخ شود و یا مورد معامله با عقد جدیدی به ملکیت مشتری درآید، عین مبیع به بایع رد می‌شود حتی اگر بایع رضایت ندهد، زیرا دادن بدل در صورت نبودن اصل است و انتقال به غیر حقیقت شیئی را تغییر نداده است. و هر گاه مورد معامله به عقد غیرالزامی مانند هبه و بیع خیاری به غیر واگذار شده باشد نمی‌توان مشتری را ملزم به انحلال آن کرد بلکه مانند مورد تلف، بدل به بایع داده خواهد شد.

بنابراین به اعتقاد این عده، اصل و قاعده ماده ۲۸۶ قانون مدنی است و ماده ۴۲۹ قانون مدنی استثنا بر این قاعده است، استدلال آنان این است که ماده ۴۲۹ قانون مدنی برعکس سایر خيارات دو راه پیش روی ذوالخیار گذاشته است:

۱- قبول مبیع معیوب با اخذ ارزش ۲- فسخ معامله. «هدف از فسخ قرارداد بازگرداندن وضع پیشین دو طرف قرارداد است و ارزش به خاطر جبران ضرر و نزدیک ساختن تعادل قراردادی به وضع معهود.»

بازگرداندن وضع زمانی امکان دارد که موضوع معامله موجود و سالم باشد. در صورتی که امکان رد نباشد، دادن مثل و یا قیمت، فقط می‌تواند ضرر ناشیست طرف قرارداد را جبران سازد. پس زمانی که وسیله دیگری برای جبران ضرر وجود ندارد باید به زیان دیده حق داد که مثل یا قیمت کالای تلف شده را بدهد و عوض را باز ستاند. ولی در فرضی که گرفتن ارزش پیش بینی شده است، دیگر لزومی برای دادن اختیار در فسخ معامله احساس نمی‌شود. اختیار فسخ وضع را به حال سابق باز نمی‌گرداند و تنها وسیله جبران ضرر است که با گرفتن ارزش نیز همین نتیجه به دست می‌آید به همین جهت ماده ۴۲۹ قانون مدنی انحلال عقد را در مورد تلف و عیب و تغییر مبیع ممنوع کرده است.

حال اگر ایراد شود که در اثر فسخ معامله مشتری باید عین مبیع را به بایع رد کند و با عدم قدرت بر آن در صورت انتقال یا تلف، فسخ عملی خواهد شد. عدم قدرت بر اعاده وضعیت قبل از عقد بایع، موجب ضرر بایع است و با تعارض دو ضرر (ضرر مشتری در صورت عدم فسخ و ضرر بایع در صورت فسخ) و سقوط آن دو حق فسخ ساقط می‌شود. در پاسخ گفته شده که: «اولاً لزوم رد عین مبیع، در اثر فسخ، در صورتی است که عین مبیع نزد مشتری موجود باشد نه در تمامی موارد، ثانیاً با دادن بدل از مثل یا قیمت وضعیت اقتصادی بایع تا آنجا که ممکن است مانند قبل از عقد خواهد شد و ضرری متوجه او نمی‌شود. بنابراین توهّم لزوم رد عین مبیع و یا توهّم آن که وضعیت قبل از عقد را برای بایع نمی‌توان اعاده نمود، موجب عدم جواز فسخ در مورد تلف و انتقال نمی‌شود، علاوه بر آن که خیار، عبارت از ملکیت حق فسخ است و با تلف و یا انتقال مورد معامله، حق مزبور زایل نمی‌شود و از مسقطات حق فسخ نیز به شمار نیامده است. به نظر می‌رسد که در جواز فسخ پس از تلف و انتقال مبیع، فرق ننماید که فسخ از طرف بایع باشد یا مشتری...»

از آنچه گفته شد نتیجه می‌شود که در حقوق مدنی ایران تلف شدن مبیع و یا به طور کلی عدم امکان استرداد مبیع مانع از فسخ بیع نیست این در حالی است که در کنوانسیون مطابق ماده ۸۲ عدم قدرت مشتری بر استرداد مبیع در وضعیتی که آن را تحویل گرفته است مانع از فسخ بیع است. با وجود این بر این اصل استثنائاتی وارد شده است که به آن می‌پردازیم.

اگر عدم امکان استرداد کالا ناشی از فعل یا ترک فعل خریدار نباشد و یا اینکه تمام یا بخشی از کالا بر اثر بازرسی و آزمایش موضوع ماده ۳۸ از بین رفته یا فاسد شده باشد و یا اینکه تمام یا بخشی از کالا پیش از اینکه خریدار عدم انطباق کالا را کشف نموده یا باید کشف می‌نمود در جریان عادی تجاری توسط وی فروخته یا مصرف شده یا تغییر شکل یافته باشد خریدار همچنان حق فسخ بیع را خواهد داشت.

بنابراین مطابق اولین استثنا در صورتی خریدار می‌تواند عقد را فسخ کند که عدم امکان استرداد کالا «ناشی از فعل یا ترک فعل وی» نباشد. لذا اگر کالایی که غیر منطبق با قرارداد است به خاطر سهل انگاری خریدار نابود شود مشارالیه نمی‌تواند قرارداد را فسخ کند. با وجود این چنانچه کالا به عنوان مثال توسط مقامات مملکتی یا مجوزات عمومی مصادره شود این قاعده اعمال نمی‌شود.

دومین استثنا مربوط به موردی است که کالا بر اثر بازرسی و آزمایش از بین رفته و یا اینکه فاسد شده است. این در ماده ۳۸ کنوانسیون آمده است با وجود این اگر مشخص شود که خریدار مسؤول نابودی کالا است، حق فسخ قرارداد را از دست می‌دهد.

آخرین استثنا مربوط به زمانی است که خریدار پیش از آنکه بررسی نماید که آیا کالا با آنچه که در عقد ملحوظ افتاده منطبق است یا خیر در جریان عادی تجاری فروخته یا مصرف شده یا تغییر شکل می‌یابد در این حالت نیز خریدار همچنان حق فسخ خواهد داشت.

از میان استثنائات مذکور استثنا اخیر تا حدودی غیر متعارف به نظر می‌رسد و مشکل است که بتوان توجیه معتبر و شایسته‌ای برای آن پیدا کرد.

در مورد استثنائات مذکور در حقوق ایران نص صریحی وجود ندارد با وجود این همچنان که ذکر شد در حقوق ایران تلف مبیع و یا انتقال آن مانع فسخ نیست لذا نیازی به توسل به این استثنائات نیست در مورد تصرفات غیرناقله، قانونگذار میان حقوق افراد مختلف جمع کرده

است. یعنی در عین حال که به خریدار حق فسخ داده است برای افرادی که به عنوان مستأجر و یا مرتهن حقی نسبت به مبیع پیدا کرده‌اند این تضمین را قرارداد داده که با فسخ عقد، حقوق آنان همچنان پابرجا بماند (ماده ۴۵۴ و ۴۵۵ ق. م). اما در مورد تصرفات ناقله در بیع شرط، قانونگذار این امر را به صراحت ممنوع ساخته است. (ماده ۴۶۰ م). اما در سایر موارد به نظر می‌رسد که انتقال مبیع مانع از فسخ نباشد. در این صورت به جای آنچه که انتقال یافته، مثل و یا قیمت آن به فروشنده داده می‌شود.

در صورتی که در حین فسخ مبیع نزد مشتری موجود باشد ولی در اثر تصرف او تغییری در آن حاصل شده باشد، در کنوانسیون مطابق ماده ۸۱ مشتری دیگر حق فسخ بیع را ندارد اما در حقوق ایران همچنان که گفته شد حتی تلف مبیع مانع از فسخ نیست حال در صورت تغییری مبیع به علت تصرفات مشتری استرداد چگونه صورت می‌گیرد به شرح ذیل عمل خواهیم کرد:

۱- اگر مشتری با تصرف خود تغییری در قیمت مبیع نداده باشد، مبیع با همان وضعیت به بایع مسترد می‌شود.
۲- اگر تصرف موجب نقصان قیمت شده باشد عین مبیع به بایع مسترد می‌گردد. تفاوت قیمت مبیع پس از تصرف و قبل از تصرف در زمان فسخ به بایع داده می‌شود.

۳- اگر تصرف موجب افزایش قیمت شده باشد و آنچه زیاد شده صفت محض باشد، مانند آرد کردن گندم یا ساختن زیورآلات از شمش طلا بنابر مستفاد از ماده ۲۸۸ قانون مدنی در مورد اقاله، مشتری در حین فسخ به مقدار قیمتی که به سبب عمل او زیاد شده است مستحق خواهد بود و از بایع دریافت می‌دارد، زیرا قیمت در اثر فعل مشتری بوده که به اجازه قانونی انجام گرفته است. همچنین است در مواردی که "زیاده" آنچه اضافه شده غیرقابل انفکاک باشد مانند آن که مبیع خانه بوده و مشتری کاغذ و عکس به دیوار آن چسبانده که هر گاه جدا شود از مالکیت بیفتد.

۴- اگر تصرف مشتری که باعث افزایش قیمت شده، اضافه نمودن اشیائی باشد که قابل انفکاک است مانند آنکه مورد معامله اتومبیلی باشد که مشتری یک سری وسایل زینتی و یا ابزار تکمیلی به آن نصب کرده باشد، در این صورت هنگام فسخ، "زیاده" مال مشتری است و او می‌تواند آنها را منفک کند.

۵- اگر مبیع با مالی دیگر و غیر همجنس مخلوط شده باشد به نحوی که مبیع مستهلک گردد، چنان که شیشه عطری را در حوض بریزد، مانند آن است که مبیع تلف شده است، باید مشتری مثل یا قیمت آن را بدهد. چنانچه مبیع مستهلک نشود ولی قابل تفکیک هم نباشد مانند مخلوط کردن عطر با الکل برای ساختن ادوکلن، مشتری به نسبت قیمت با بایع شریک بوده و یا آن که در قیمت شریک هستند. هر گاه مبیع با مال همجنس مخلوط شود، مانند گندم با گندم و یا برنج با برنج اگر دو کالای همجنس از نظر کیفیت و قیمت اختلاف نداشته باشند هر یک به مقدار مال خود در ممزوج شریک هستند. در صورتی که مبیع با جنس پست‌تری مخلوط شود، مشتری با بایع در ممزوج شریک‌اند و زیان ناشی از اختلاط را که تفاوت قیمت است بایع از مشتری می‌گیرد و در صورتی که با جنس بهتری مخلوط شده باشد بایع اضافه را به مشتری می‌دهد.

حال جای این سؤال وجود دارد که اگر خریدار به دلایلی همچون تلف کالا و یا معیوب شدن آن حق فسخ قرارداد را از دست بدهد آیا می‌تواند از فروشنده مطالبه خسارت نماید؟ ماده ۸۳ کنوانسیون به جواب این سؤال پرداخته است. این ماده بیان می‌دارد که: "خریداری که مطابق ماده ۸۲ حق اعلام فسخ قرارداد یا مطالبه بدل کالا از فروشنده را از دست می‌دهد سایر طرق جبران خسارت مذکور در قرارداد و این کنوانسیون را برای خود محفوظ می‌دارد"

این ماده بیان می‌کند که از دست دادن حق فسخ قرارداد توسط خریدار، وی را از حق جبران خسارت از راه‌های دیگر، که به موجب کنوانسیون و یا با توجه به حقایق پرونده قابل حصول است یعنی اجرای عین قرارداد یا تقلیل ثمن، محروم نمی‌کند.

در حقوق ایران همچنان که پیش از این اشاره کردیم مواردی که در ماده ۸۲ کنوانسیون احصاء شده است (یعنی تلف مبیع و یا انتقال آن و...) مانع فسخ قرارداد نیست. فقط در خصوص خیار عیب قانونگذار تلف شدن مبیع و یا حادث شدن عیب جدید را مانع فسخ قرارداد دانسته است (ماده ۴۲۹) در این صورت مشتری فقط می‌تواند ارش بگیرد. در حقیقت می‌توان گفت گرفتن ارش در خیار عیب شبیه آن چیزی است که در ماده ۸۳ کنوانسیون به مطالبه خسارت نام گرفته است.

استرداد منافع

پس از انعقاد بیع و تسلیم عوضین هر کدام از بایع و مشتری از آنچه را که دریافت کرده‌اند منافی را به دست می‌آورند. اگر چنانچه بیع فسخ شود تکلیف این منافع چیست؟

کنوانسیون در ماده ۸۴ مقرر می‌دارد:

۱- اگر فروشنده ملزم به رد ثمن باشد بهره آن را از تاریخ تأدیه ثمن بپردازد.

۲- خریدار در صورتی باید حساب منافع حاصله از تمام یا بخشی از کالا را به فروشنده پس دهد که:

الف) مکلف به اعاده تمام یا بخشی از کالا باشد؛ یا
ب) اعاده تمام یا قسمتی از کالا یا اعاده تمام یا بخشی از کالا عمدتاً با همان وضعیتی که آنها را دریافت کرده برای وی مقدور نباشد ولی علی رغم این عدم امکان، قرارداد را فسخ کرده یا از فروشنده مطالبه کالای جانشین را نموده باشد.»

بند اول ماده ۸۴ کنوانسیون اشعار می دارد: بایع در صورت فسخ بیع علاوه بر استرداد ثمن باید منافع آن را از تاریخ تأدیه پرداخت نماید. صراحت ماده مبنی بر تکلیف بایع به استرداد منافع و بهره ثمن تا بدان جاست که حتی شامل بایعی می شود که مرتکب هیچ گونه تقصیری نشده باشد.

در مورد نرخ بهره پرداخت عده ای معتقدند که باید براساس نرخ محل تجارت فروشنده باشد. زیرا، وظیفه پرداخت بهره از تعهدات بایع ناشی می شود تا استرداد آن را عملی سازد نه وظیفه خریدار که مدعی خسارت است. با این وجود نمی توان در این خصوص از میان مواد کنوانسیون راه حلی پیدا نمود، بنابراین تعیین قانون حاکم بر نرخ بهره عملاً پیچیده تر از آن است که تصور شود.

علاوه بر این خریدار نیز باید حساب منافع حاصله از تمام یا بخشی از کالا را به فروشنده پس دهد. البته این مطلب در صورتی صادق است که خریدار ملزم به اعاده کل یا بخشی از کالا باشد و در عمل هم آنها را بازگرداند. در حقیقت ممکن است خریدار بدون وارد کردن خسارت برخی از استفاده ها را از کالا کرده باشد. مانند اینکه اتومبیلی را که خریده بدون اینکه به آن صدمه ای وارد کند از آن استفاده کرده باشد. در اینجا استرداد منفعتی لزوم پیدا نمی کند همچنین در صورتی که خریدار قادر به استرداد کالای دریافتی در همان وضعیتی که آن را دریافت کرده، نباشد و بخواهد بیع را فسخ کند باید حساب منافع حاصله را به فروشنده پس دهد. بنابراین اگر خریدار کالایی را که از فروشنده دریافت کرده با قرارداد منطبق نباشد و علی رغم آن، مطابق قسمت اخیر ماده ۸۲ کنوانسیون، در جریان عادی تجاری فروخته باشد ثمنی را که از این بابت دریافت نموده باید به فروشنده تسلیم نماید. مبنای این مقرر اصل و قاعده کلی دارا شدن ناعادلانه است.

لازم به ذکر است در خصوص ارزیابی منافع، در صورتی که هیچ قاعده کلی در کنوانسیون یافت نشود باید به قوانین ملی رجوع کرد. بنابراین در مجموع می توان گفت که مطابق ماده ۸۴ کنوانسیون خریدار باید منافعی را که از مبيع استیفاء کرده در صورت فسخ به فروشنده مسترد نماید و در مقابل نیز فروشنده از تاریخ تأدیه بهره ثمن را به خریدار مسترد نماید.

در حقوق کشورهای فرانسه و عراق نیز در صورت فسخ، خریدار باید مبيع و منافع آن را و فروشنده ثمن و بهره آن را باید مسترد کنند. در حقوق مصر صراحت قانونگذار بیشتر است و ماده ۱۶۰ قانون مدنی آن کشور مقرر می دارد که اگر عقد فسخ شود همه چیز به حالت اول خود برمی گردد بنابراین بایع باید ثمن و ثمرات آن را از روز قبض و همچنین خریدار باید مبيع و منافع آن را از روز عقد مسترد نمایند.

لازم به توضیح است در حقوق ایران ماده صریحی که بیانگر قاعده کلی در خصوص مسأله مطروحه باشد وجود ندارد. برای پیدا نمودن راه حل با دو ماده به ظاهر متعارض مواجه هستیم ماده ۲۸۷ قانون مدنی راجع به اقاله و ماده ۴۵۹ در خصوص بیع شرط. ماده اخیر مقرر می دارد: «... ولی نمائات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است». این حکم، مالکیت تبعی منافع را که در ماده ۳۲ قانون مدنی آمده است در اجرای خیار فسخ بیان می کند: پس از عقد، چون وجود خیار مانع از انتقال نیست، منافع مبيع به تابعیت از اصل مالکیت به خریدار تعلق دارد. ولی پس از اجرای خیار فسخ، چون مالکیت به فروشنده بازمی گردد و این تحول تنها نسبت به آینده است، منافع از آن فروشنده است. بنابراین ماده ۴۵۹ بیان قاعده اجرای خیار در یکی از مصداق های آن است و نباید حکم را ویژه «خیار شرط» پنداشت.

اما ماده ۲۸۷ میان منافع متصله و منفصله تفاوت قائل شده است حال جای این سؤال وجود دارد که آیا این دو ماده با هم متعارض به نظر می رسند یا اینکه با هم قابل جمع هستند.

ماده ۲۸۷ مقرر می دارد که:

«نمات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می شود مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است ولی نمات منفصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می شود»

به نظر می رسد که این دو ماده با هم متعارض نباشند زیرا قانونگذار در ماده ۴۵۹ در مقام بیان تفصیلی حکم منافع در مورد فسخ نبوده است. پس همین اندازه به اجمال اعلام نموده است که منافع زمان عقد تا فسخ از آن خریدار است. تفصیل مطلب را ماده ۲۸۷ ق.م.د در اقاله بیان می کند و همان احکام در فسخ نیز جاری می شود بنابراین می توان نتیجه گرفت که در قانون مدنی ایران برخلاف کنوانسیون، حقوق مصر و عراق آثار فسخ از زمان فسخ پدیدار می شود نه از زمان انشاء عقد.

نتیجه گیری

در کنوانسیون بیع بین المللی کالا مواد ۸۱ الی ۸۴ به آثار فسخ بیع پرداخته است که در آن مهم ترین آثار فسخ بیع انحلال قرارداد و استرداد عوضین است. به هر کدام از این مواد، استثنائات و متفرعاتی وارد شده است از جمله در خصوص انحلال قرارداد کنوانسیون تصریح دارد که: «فسخ قرارداد تأثیری در مقررات آن قرارداد که برای حل و فصل دعاوی وضع گردیده یا هر گونه مقررات دیگر قرارداد که حاکم بر حقوق و وظایف طرفین که ناشی از فسخ قرارداد است ندارد.» همچنین در بحث استرداد عوضین مقرر نموده اگر خریدار قادر به استرداد کالا در همان وضعیتی که آن را دریافت نموده نباشد حق فسخ بیع را از دست خواهد داد. در همین زمینه کنوانسیون استثنائاتی را نیز وارد نموده و در نهایت به استرداد منافع پرداخته که خریدار ملزم به استرداد کالا و منافع آن و بایع ملزم به استرداد ثمن و بهره آن از روز تأدیه است. در حقوق ایران قانونگذار مواد خاصی را به آثار فسخ اختصاص نداده است. به طور کلی در مواد گوناگونی که به فسخ قرارداد می پردازد می توان از جمله آثار فسخ همان انحلال قرارداد و استرداد عوضین دانست. تفاوتی که حقوق ایران با کنوانسیون و حقوق عراق دارد این است که در حقوق ایران برخلاف نظام های مذکور آثار فسخ از زمان انشاء فسخ پدیدار می شود نه از زمان عقد، بنابراین تا روز فسخ، قرارداد تمامی آثار خود را به جا می گذارد لذا استرداد منافع از روز فسخ است و تفاوت عمده دیگر در این است که در حقوق ایران تلف، نقصان و یا انتقال کالا مانع فسخ نیست مگر در مورد خیار عیب. این در حالی است که در کنوانسیون در ماده ۸۲ اگر خریدار قادر به استرداد کالا در همان وضعیتی که آن را دریافت نموده نباشد حق فسخ قرارداد را از دست خواهد داد مگر در موارد خاص.

فهرست منابع و مآخذ

منابع فارسی

۱. اشمیتوف، کلائیوم، ۱۳۷۸، حقوق تجارت بین الملل (ترجمه)، جلد اول، انتشارات سمت.
۲. اصغری آقا مشهدی، فخرالدین، مهاجر، مینا، ۱۳۸۵، انتقال ضمان معاوضی در قراردادهای بیع متضمن حمل کالا
۳. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، کتابفروشی اسلامیة، اردیبهشت ۷۴
۴. حبیب زاده، طاهر (۱۳۹۰) بررسی تحلیلی اینکوترمز ۲۰۰۰ / ۲۰۱۰، مرداد ۱۳۹۰، [www. teclow. ir](http://www.teclow.ir)
۵. خزاعی، حسین، ۱۳۸۶، حقوق تجارت بین الملل، جلد پنجم، نشر قانون.
۶. داراب پور، مهرباب، حقوق بیع بین المللی، جلد سوم، گنج دانش، پاییز ۷۴
۷. داراب پور، مهرباب، ۱۳۷۴، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی (ترجمه)، دوره ۳، جلدی، کتابخانه گنج دانش.
۸. داراب پور، مهرباب، ۱۳۸۸، سیف و شروط خلاف مقتضای استاندارد آن، دانشکده ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی
۹. دستباز، هادی، ۱۳۸۷، بیمه ی باربری کالا، کشتی و هواپیما، انتشارات دانشکده علوم اقتصادی.
۱۰. راسترو، محمد، فرهنگ بازرگانی، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۴.
۱۱. راهنمای مراجعان، ناشر: گمرک جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۱۲. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۰، حقوق مدنی (تشکیل قراردادهای و تعهدات)، انتشارات مجد.
۱۳. شیرزاد، عسکر، ۱۳۸۰، راهنمای اینکوترمز ۲۰۰۰ (ترجمه)، انتشارات کمیته ی ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی
۱۴. شیرودی عبدالحسین (۱۳۸۹)، نوآوری و تغییرات اینکوترمز ۲۰۱۰، برگرفته از سایت
۱۵. صفایی، سید حسین، ۱۳۸۷، حقوق بیع بین المللی با مطالعه ی تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۶. صفایی، سید حسین، دوره ی مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادهای، تهران، ۱۳۵۵
۱۷. طارم سری، مسعود، ۱۳۸۷، اینکوترمز ۲۰۰۰ (ترجمه)، مؤسسه ی مطالعات و پژوهش های بازرگانی.
۱۸. طارم سری، مسعود، اینکوترمز ۲۰۰۰، مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی چاپ دهم، ۱۳۸۷.
۱۹. علومی یزدی، حمیدرضا، ۱۳۸۳، مفهوم تسلیم و ارتباط آن با انتقال مالکیت و ریسک (ضمان معاوضی در عقد بیع.
۲۰. فخاری، امیرحسین، ۱۳۷۸، حقوق دریایی، انتشارات دانشکده ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۲۱. قانون مدنی ایران،
۲۲. قانون مدنی عراق،
۲۳. قانون مدنی مصر،
۲۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی عقود معین، جلد اول، انتشارات بهنشر تهران ۶۳
۲۵. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، انتشارات دادگستر، پاییز ۷۷
۲۶. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، جلد چهارم و پنجم، چاپخانه بهمن، ۱۳۷۶
۲۷. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، حقوق مدنی، عقود معین، جلد اول، نشر گنج دانش.
۲۸. کریم کاشی، رضا، ۱۳۷۹، انتقال ضمان در بیع بین المللی کالا (مطالعه ی تطبیقی)، نشریه دادرسی، شماره ۲۴.
۲۹. کنوانسیون بیع بین المللی کالا، مصوب سال ۱۹۸۰ وین
۳۰. متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی حقوقی از سال ۱۳۳۰ - ۱۳۱۱ ص ۷۰، کیهان، تهران
۳۱. محترم قلاتی، رحیم؛ محترم قلاتی، ایمان؛ قلی زاده، زهرا، کاربرد اینکوترمز ۲۰۱۰ در تجارت بین الملل، نشر آترا، ۱۳۹۰.

منابع انگلیسی

1. Jan ramberg, Incoterms 2010 guide, ICC publication, 2011
2. Bolee , S , 2003 , Theory of Risk in the 1980 Vienna sale of Goods Convention , <http://cisgw3. Law. pace. edu/>.
3. Day , M. D , 1981, The law of International trade , London Butter worths.
4. Enderlein , F. and Maskow , D, 1992 , International sales law , Oceana publication.
5. Flambouras , D, 1998 , International sale of Goods , practical Issues Concerning the passing of risk under the Vienna Convention (1980), synigoras in Greek , N26.
6. Goodfreind , D. E, 1983 , After the Damag is Done (Risk of loss under the CISG) , Colombia Journal of Transnational law , 575.
7. Honnold, J. D , 1999 , uniform law for International sales under the 1980 United Nations convention , the Hague Kluwer Law International.
8. Nicholas , B , 1989 , The Vienna convention on International sales law , 105 Quarterly Review 201.

9. Ramberg , J , 2005 , To WHAT EXTENT DO INCOTERMS2010 VARY ARTICLES 67(2), 68 AND69 , journal of law and commerce25.
10. Romein , A ,2003 , The passing of Risk: A comparison between the passing of risk under the CISG and German law , <http://cisgw3.Law.Pace.edu/>.
11. Roth , P. M , 1979 , The passing of Risk , American Journal of comparative Law.
12. Valioti , Z , 2003 , passing of risk in International sales of Goods contracts. <http://cisgw3.Law.pace.edu/>.
13. Wilson , J. F , 2001 , Carriage of Goods by sea , Harlow , Longman.
14. Comparative Examination of the rules on passing of risk under the International sale of Goods Convention (vienna1980) and INCOTERMS2010
15. <http://dr.shiravi.com>
16. www.mojnews.com
17. www.vekalatonline.ir
18. www.obc.ir