

تحلیل نهاد فروش خودیاری در نظام حقوقی ایران

| احسن رهپیک* | استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضائی و

خدمات اداری، تهران، ایران

| سجاد امیربنده | دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضائی

و خدمات اداری، تهران، ایران

چکیده

فروش خودیاری به‌عنوان ضمانت اجرای نقض قرارداد بدون مراجعه به دادگاه صورت می‌گیرد. چنین نهادی مبتنی بر کارکردگرایی حقوقی و رویکرد روان‌شناسانه نسبت به حقوق قراردادهای شکل گرفته است تا با کاهش هزینه و زمان جبران خسارت متضرر و نظارت مبتنی بر مبادله، ضمانت اجرای مؤثری اعمال شود. در صورت پذیرش نهاد خودیاری می‌توان آن را در زمره اختیارات و نه تکالیف اقدام‌کننده دانست، مگر در مواردی که صریحاً قانون‌گذار پیش‌بینی کرده باشد. مقاله حاضر تلاشی است با هدف رفع ابهام از ماهیت فروش خودیاری، بررسی قلمرو و کارکردهای استفاده از آن در روابط قراردادی و در نهایت تعیین جایگاه این نهاد در نظام حقوقی ایران. نتیجه به‌دست آمده این است که با توجه به مقررات موجود و مبنای فروش خودیاری و با رد نظری که قائل به اعمال نهاد خودیاری در همه موارد است، این نهاد تنها در اموال منقول و موارد مصرحه و مواردی که توافق شده است امکان اعمال دارد. در حقوق ایران نزدیک‌ترین نهاد به فروش خودیاری، نظریه نمایندگی است. از جمله مهم‌ترین کارکردهای نهاد خودیاری تقلیل خسارت و مزایای اقتصادی آن است. حاصل مطالعات و پژوهش‌ها در نظام حقوقی ایران این نتیجه را نشان داده است که با توجه به وجود فواید مزبور و پذیرش این نهاد در برخی مقررات قانونی و رویه قضائی، قانونگذار بایستی در راستای تعیین قلمرو و جایگاه آن قواعدی وضع کنند.

واژگان کلیدی: نقض قرارداد، جبران خسارت، فروش خودیاری، تقاص، وثیقه.

مقدمه

در دیدگاه سنتی، پذیرفته شده که اصلی‌ترین ضمانت اجرای قرارداد مراجعه به دادگستری برای اجرای عین تعهد است. در بحث اجرای قرارداد از دهه ۱۹۶۰ میلادی با طرح تئوری قراردادهای خود الزام‌گر توسط حقوقدان آمریکایی - اسکاتلندی پذیرفته شد که بدون مراجعه به اشخاص ثالث و بر مبنای ساختار درون قراردادی می‌توان اجرای قرارداد را تضمین کرد (وکیلی مقدم، ۱۳۹۷: ۵۴۴). در بحث ضمانت اجرای نقض قرارداد نیز علاوه بر ضمانت اجراهای سنتی غیرقضائی موجود نظیر فسخ، فروش خودیاری پیشنهاد شده است. فروش خودیاری به‌ویژه با پیش‌بینی بازفروش کالا در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مصوب ۱۹۸۰ مورد توجه قرار گرفته است که با توجه به تقریب مقررات کنوانسیون با حقوق داخلی، مسائل جدیدی توسط حقوقدانان در حقوق قراردادهای مطرح شده است. نهاد فروش خودیاری که در حقوق ما صریحاً از جانب قانون‌گذار به‌عنوان قاعده پذیرفته نشده، اخیراً آثاری در باب آن نگاشته شده است. اما عموم حقوقدانان در بحث ضمانت اجراهای قراردادی بیشتر بر روی جبران خسارت و عمل متقابل یعنی الزام یا فسخ که دارای منشأ قانونی هستند تمرکز دارند. لذا با اقداماتی که یک طرف قرارداد به دلیل نقض قرارداد بدون مراجعه به دادگاه انجام می‌دهد بعضاً مخالفت هم شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۹۷). اما باید گفت، راهکارهای فروش خودیاری که در برخی مواد قانونی مورد پذیرش قرار گرفته است در نوع خود از اهمیت عملی زیادی برخوردار است، چراکه توسل به هر نوع شخص ثالث برای جبران خسارات نقض قرارداد تنها در مواردی است که فروش خودیاری مجاز نباشد و از تضمین‌های درون ساختاری بهره نبرده باشد.

لذا در این دیدگاه با وجود امکان تحقق هدف جبران خسارت، دیگر نیازی به استفاده از سازوکارهای قضائی یا خارج از قرارداد برای جبران ضرر وجود نخواهد داشت. این نهاد به‌عنوان یکی از نظریاتی که در نظام‌های حقوقی مدرن مطرح است مورد توجه و بررسی حقوقدانان ایران قرار گرفته است. تحقیقاتی که در این زمینه وجود دارد، عمدتاً به بررسی شرایط این نهاد و مصادیق آن در قانون تجارت پرداخته‌اند و اساساً قلمرو برخی از آثار غیرمستقیم این نهاد مورد توجه قرار نگرفته است. گفتنی است از نوآوری‌های مقاله حاضر که مستخرج از رساله دکتری بوده، آن است که به این سؤال‌ها پاسخ داده شود که آیا می‌توان در حقوق ایران خودیاری را به‌عنوان قاعده کلی پذیرفت یا تنها در موارد مصرح جایز است؟ مبنا و ماهیت نهاد خودیاری چیست و چه آثاری در پی

دارد؟ در این زمینه ابتدا به بررسی مفهوم، مبنا و قلمرو این نهاد پرداخته و در پایان آثار این نهاد حقوقی تبیین شده است.

۱. مفهوم فروش خودیاری و علل استفاده از آن

خودیاری از جمله به دلیل عدم مداخله شخص ثالث در احقاق حق، نهادی غیرقضائی (محسنی، ۱۳۹۱: ۱۱۸) محسوب شده و دارای قلمرو گسترده‌ای است که علاوه بر امور حقوقی، در امور کیفی در مواردی نظیر دفاع مشروع نیز مورد استفاده قرار گرفته است. یکی از مصادیق خودیاری، فروش است که در تعریف آن بیان شده که «حقی است که به یک طرف قرارداد که از تخلف ناقض قرارداد متضرر شده داده می‌شود تا با فروش کالای متخلف که در اختیار ایشان است از خسارات بیشتر جلوگیری و ضررهای خود را جبران نماید» (اصغری آقمشهدی و موسوی، ۱۳۹۴: ۱۶). این تعریف در عین حال که فروش خودیاری را از بافروش کالا متمایز کرده است از این امر که فروش خودیاری صرفاً منحصر به کالایی که در اختیار متضرر است نیست، غفلت کرده است. در واقع در فروش خودیاری هر زمان که زیان‌دیده به مالی از ناقض قرارداد دست یابد می‌تواند به شرط عدم نقض صلح (میرزای قمی، ۱۳۷۲: ۹۸) درصد جبران خسارات خود برآید. البته این امر که فروش خودیاری منوط به تصرف فعلی نیست قاعده کلی است و نظام حقوقی می‌تواند حسب مورد آن را مقید به تصرف کالا نماید. لذا نظام حقوقی انگلیس و آمریکا با شناسایی وثیقه شناور که دارای موجود و آینده بدهکار را شامل می‌شود (عیسائی تفرشی و همکاران، ۱۳۸۸: ۱۹۸؛ ره‌پیک و همکاران، ۱۳۹۳: ۳۸۶). حکم بر عدم لزوم تصرف فعلی برای فروش خودیاری کرده است که این امر در نظام حقوقی ایران تنها به موجب قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانک‌ها مصوب ۱۳۸۶ امکان‌پذیر است که سازوکار اجرایی آن مشخص نیست. برخی نیز معتقدند که خودیاری اقداماتی است که یک طرف ممکن است برای جبران نقض قرارداد بدون مراجعه به دادگاه انجام دهد (Gergen, 2009: 1397). هرچند این تعریف راجع به مطلق خودیاری است و از این جهت که آن را مقید به قرارداد کرده، قابل نقد است، اما انصراف تعریف مزبور به فروش خودیاری فاقد ایراد است. ایراد دیگری که به هر دو تعریف فوق وارد است مقید کردن فروش خودیاری به نقض قرارداد است. توضیح آنکه حسب بند ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، طرفی که ملزم به حفظ کالا است در صورت امکان فساد سریع کالا یا تحمیل هزینه‌های غیرمتعارف مکلف به فروش است، درحالی که هیچ‌گونه نقض قراردادی صورت نگرفته است. لذا نمی‌توان نقض قرارداد را اصولاً در زمره شرایط یا قیود فروش خودیاری برشمرد. لذا در تعریف خودیاری می‌توان گفت که

«حقی قانونی یا قراردادی است که به طرف متضرر از نگهداری کالا یا نقض قرارداد داده می‌شود تا بتواند با فروش کالا از خسارت بیشتر جلوگیری و ضررهای خود را جبران نماید». شاید بتوان همانند قراردادهای خودالزام‌گر به دلیل عدم مراجعه طرفین به مرجع قضائی برای پیگیری و جبران خسارات عنوان قراردادهای غیررسمی را برای آن‌ها به کار برد (وکیلی مقدم، ۱۳۹۷: ۵۴۵). پیش‌بینی و تجویز چنین سازوکارهایی را باید نتیجه عدم کارآمدی رسیدگی مراجع قضائی به برخی مسائل تجاری خصوصاً در معاملات تجاری بین‌المللی دانست. فارغ از دشواری‌هایی که در ضرورت مراجعه به اشخاص ثالث وجود دارد و به نظر از ضمانت اجرای سنتی حقوق قراردادها جدایی‌ناپذیرند، سازوکارهای عمومی جبران خسارت در قراردادهای بلندمدت و معاملات تجاری، خصوصاً در بُعد بین‌المللی چندان کارآمد به نظر نمی‌رسد. در واقع در بیشتر موارد در معاملات تجاری به‌ویژه قراردادهای بین‌المللی اجرای عین تعهد بعد از نقض قرارداد مطلوب طرفین نیست و شاید در برخی موارد عقلایی هم نباشد، چراکه فرایند طولانی رسیدگی موجب بروز خساراتی می‌شود که کم‌تر قابل تدارک است (ستوده تهرانی، ۱۳۹۳: ۱۸). روش‌های غیرقضائی حل و فصل اختلافاتی که در محیط‌های تجاری به وجود می‌آیند، با جلوگیری از بروز تنش و تشدید اختلاف در دادگاه، روابط تجاری روان‌تری را ترویج می‌کنند. فروش خودیاری همچنین می‌تواند با تسهیل حل و فصل اختلافات، موجب صرفه‌جویی در زمان و هزینه طرفین اختلاف شود. البته هرچند فروش خودیاری می‌تواند موجب حفظ و تداوم رابطه قراردادی و در نتیجه کسب منافع مادی و غیرمادی فراوانی شود، اما نباید در مزیت و کارآمدی این شیوه افراط کرد؛ در مورد نقش افراد در سیستم حقوقی، اینکه هیچ فردی نباید خود را مجری قانون بداند، برای سنت حقوقی آن‌قدر اساسی است که نیازی به استناد ندارد. این امر ممکن است موجب بی‌میلی دادگاه‌ها در کنار گذاشتن یا سهم کردن اختیارات خود در زمینه حمایت از اشخاص باشد، هرچند این احساسات نمی‌تواند مانع از اعمال خودیاری شود. فروش خودیاری در بسیاری از موارد می‌تواند مخالف صلح باشد، زیرا به افراد اجازه می‌دهد خودشان قانون را تعیین و اعمال کنند. بر این اساس، فروش خودیاری نباید به عنوان راه‌حل قابل توجه قانون مدنی در نظر گرفته شود، بلکه به عنوان ابزار مفید برای کمک به تجار بین‌المللی به کار می‌رود.

۲. مبنای فروش خودیاری

خودیاری به عنوان یکی از ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی جهت جبران خساراتی است که با ارزش قرارداد برابری می‌کند. در واقع نمی‌توان نظامی کلی برای همه ضمانت اجراها پیش‌بینی

کرد و باید به صورت موردی مبنای هر یک از ضمانت اجراها تجزیه و تحلیل شود. مبنای ضمانت اجراهای نقض تعهدات قراردادی به سه مورد تقسیم می‌شوند (Brooks & Stremitzer, 2010): ۱. جبران خسارت تا میزانی که متضرر استحقاق دارد؛ ۲. جبران تا میزانی که با ارزش قرارداد برابری می‌کند؛ ۳. جبران تا میزانی که وضعیت متضرر را به پیش از قرارداد برمی‌گرداند (انصاری و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۸۲). انتخاب هر کدام از موارد مزبور، قلمرو و نحوه جبران خسارت را مشخص می‌کند. در خودیاری حسب بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا متعهدله تنها می‌تواند «... مبلغی معادل مخارج فروش و هزینه‌های متعارف نگهداری کالا برای خود منظور نماید...». و فروشنده در صورتی که قیمت کالا را دریافت نکرده باشد حق دارد این مبلغ را از عایدات حاصل از فروش کسر کند و این امر تعارضی با رد مابقی عایدات ندارد (اصغری آقمشهدی و موسوی، ۱۳۹۴: ۲۷). لذا تمام آنچه متضرر استحقاق دارد جبران نمی‌شود و تنها سود و هزینه‌های جاری جبران می‌شود و اگر ادعاهای دیگری داشته باشد باید برای مطالبه آن‌ها اقامه دعوا کند (همان: ۲۶). در نتیجه خسارات ناشی از انتظار متعهد که او را در وضعیتی قرار می‌دهد که گویی قرارداد اجرا شده است در خودیاری جبران نمی‌شود و تنها او را در وضعیتی قرار می‌دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد در آن وضعیت قرار می‌گرفت و ملاک جبران خسارت در خودیاری برون‌گرایانه است. لذا تمرکز قانون‌گذار تنها بر اجرای قرارداد و ارزش آن است. این در حالی است که دیدگاه همگام با مقتضیات تجاری قائل به جبران خسارت تا جایی است که متعهدله استحقاق آن را دارد تا آنجا که به دارا شدن ناعادلانه منجر نشود (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۱۷) که این امر به‌عنوان رویکرد کلی از ماده ۷۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قابل برداشت است که این کنوانسیون زیان‌های مستقیم و غیرمستقیم را پوشش می‌دهد و به‌طور ضمنی از خسارات ناشی از انتظار و اعتماد محافظت می‌کند (Fisher, 1997: 254). به همین دلیل برخی مفسران معتقدند که در صورت وجود ادعایی مبنی بر نقض قرارداد انتقال باقیمانده عایدات می‌تواند تا تعیین تکلیف ادعاها به تعویق بیفتد (Sarcevic & Volcen, 1986: 261) که به نظر این امر خود موجب تحقق اختلاف و برخلاف فلسفه پیش‌بینی نهاد مزبور است که در راستای اصل سرعت در معاملات تجاری وضع شده است. البته فروش خودیاری برابر با مبنایی است که فقیهان امامیه و بالتبع قانون مدنی در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ اتخاذ کرده است و آن هم اینکه، اجرای عین تعهد به‌عنوان اصل بیشترین سازگاری را با مبنای دوم ضمانت اجراها یعنی برابری با ارزش قرارداد دارد و اینکه بیشترین ارزش را برای وفای به عقد قائل هستند. فروش خودیاری نیز در راستای اجرای قرارداد است و

موجب انحلال آن نمی‌شود. البته جز در مواردی که فروش خودیاری الزامی است این ضمانت اجرا جنبه سلبی ندارد و مانع اعمال سایر ضمانت اجراها نیست.

در بیان مبنای خودیاری عموماً چه در بحث بازفروش به‌عنوان یکی از مصادیق خودیاری و چه در بحث خودیاری به قاعده تقاص استناد شده است (صفایی و همکاران، ۱۳۹۲: ۳۲۶) و برخی خیار تأخیر ثمن را نیز به‌عنوان مبنا ذکر کرده‌اند (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۴). با این حال مطالعه نهادهای دیگری در حقوق نشان می‌دهد که استفاده از نظریه نمایندگی می‌تواند توجیهی برای نهاد خودیاری در حقوق ایران باشد. در فقه نیز تقاص بدین دلیل جایز است که بنا بر برخی نظرات اموال بدهکار وثیقه طلب محسوب می‌شوند و وثیقه دین منحصر در رهن نیست و در تأیید آن می‌توان به وکالت در فروش موضوع رهن اشاره کرد که برای مرتهن پیش‌بینی شده است (شهید ثانی، ۱۳۸۸: ۴۵-۴۷) و خود تقاص موضوعیتی ندارد و به همین دلیل جواز رهن مبیع بر ثمن نیز پذیرفته شده است (انصاری، ۱۴۱۳ق: ۵۳). لذا به این دلیل که فروش خودیاری در عرض سایر ضمانت اجراهاست نمی‌توان تقاص را مبنایی برای فروش خودیاری محسوب کرد، چرا که تقاص از جمله نیازمند شرایطی از قبیل انکار حق از جانب مدیون و عدم وجود مستندات قانونی جهت طرح دعواست. در واقع تفاوت تقاص با فروش خودیاری در این است که تقاص جایگزین دادگستری و خودروشی تحت عنوان دادگستری خصوصی بوده است، در حالی که امروزه در این مورد خلأیی وجود ندارد و خودیاری گونه‌ای نمایندگی است. همچنان که شمول خودیاری به حقوق کیفری و حقوق خصوصی گسترده بودن قلمرو آن را نشان می‌دهد و در واقع این نهاد وجود جوازهایی از دادگستری خصوصی را نشان می‌دهد. با وجود اینکه نهاد تقاص پس از انقلاب از سوی قانونگذار مورد توجه قرار نگرفته است در عمل رویه قضائی به پیروی از فقه و با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی در بسیاری موارد تقاص را عاملی موجه محسوب کرده است (نکونام، ۱۳۹۶: ۳۶۶). در حقوق ایران اصولاً شرط تحقق خودیاری این است که مال در تصرف فروشنده باشد، در حالی که همان‌طور که بیان شد در حقوق آمریکا و انگلیس در تصرف بودن از شرایط خودیاری نیست و به همین دلیل قانون‌گذار آمریکا در ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری آن را مقید به عدم نقض صلح کرده که این امر خود دلیلی بر نمایندگی بودن خودیاری است. لذا به‌نظر می‌رسد که می‌توان تحت عنوان نمایندگی اضطراری^۱ آن را بررسی کرد. از لحاظ تاریخی، دکترین نمایندگی اضطراری فقط برای حمل کالا از طریق دریا اعمال می‌شد که شامل اقدام ناخدا برای

1. the doctrine of agency of necessity

نجات کشتی یا بار در طول سفر است که ممکن است در موقعیت‌های تهدیدآمیز حمل کند (Brown, 1992: 414). به تدریج، موارد مشابهی که شامل حمل و نقل زمینی کالا و برخی دیگر از اشکال روابط کارگزار و اصیل بود، در محدودهٔ دکتترین قرار گرفتند (cf. Srivastava, 2015).^۱ طبق این اصل، فرمانده کشتی می‌تواند کالایی را به منظور محافظت از کشتی یا بار بفروشد (مادهٔ ۸۹ قانون دریایی)، چراکه مانند هر حمل‌کنندهٔ کالای فاسدشدنی و حمل‌کننده یا نگه‌دارندهٔ حیوانات ممکن است هزینهٔ نگهداری آن‌ها را متحمل شود. دکتترین نمایندگی اضطراری فقط در مواردی اعمال می‌شود که مال در نتیجهٔ یک رابطهٔ حقوقی، مانند قرارداد وثیقه، در تصرف نماینده باشد. اصل عدم امکان نمایندگی اضطراری است، اما مبنای آن این است که اقدام با حسن نیت و معقول متعهد، به نفع اصیل است (Bridge, 2010: 46). حقوق انگلیس بر این عقیده پافشاری می‌کند که اختیار نماینده از فوریت خود موقعیت ناشی می‌شود و بنابراین یک مرجع کاملاً مجزاست که در چارچوب پیش‌شرط‌های خود عمل می‌کند (Brown, 1992: 419). مبنای این امر در ادارهٔ مال غیر قابل ملاحظه است و درجایی که تکلیف به فروش خودیاری وجود دارد این امر در قالب ادارهٔ مال غیر قابل توجیه است و به همین دلیل تنها در موارد مصرح الزامی می‌شود که از جمله در بند ۲ مادهٔ ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و مادهٔ ۳۶۲ قانون تجارت برای حق‌العمل کار نیز چنین تکلیفی پیش‌بینی شده است. این نهاد اصولاً برای این است که تعهد به نگهداری و حفظ کالا نمی‌تواند برای مدت نامحدود بر یکی از طرفین تحمیل شود (صفایی و همکاران، ۱۳۹۲: ۳۱۹). در واقع فروشنده به وکالت و به حساب طرف مقابل اقدام به فروش می‌کند (Schlechtriem, 1998: 680). به همین دلیل در حقوق داخلی نیز برخی معتقدند که اگر از فروش سودی حاصل شود با توجه به قواعد کلی نمایندگی و فقدان حکم خاص در کنوانسیون این سود به طرف مقابل تعلق می‌گیرد (اصغری آق‌مشهدی و زارعی، ۱۳۸۹: ۱۹۸). لذا این گفته که فروش خودیاری استثنای بر ممنوعیت فروش مال غیر است (آق‌مشهدی و موسوی، ۱۳۹۴: ۲۷) صحیح نیست، چراکه این امر تحت عنوان نمایندگی قانونی یا قراردادی صورت می‌گیرد و الا جایز نیست و اشخاص نمی‌توانند در هر موردی یا در غیر وجود نمایندگی دادرس ادعای خود شوند. رویهٔ قضائی نیز بعضاً در راستای پذیرش چنین اقداماتی گام نهاده است که هر چند در مواردی مستقیماً ناظر به فروش خودیاری نیست، اما می‌تواند در این زمینه مورد استفاده قرار گیرد و رویکرد رویهٔ قضائی را نشان

1. Srivastava, S. Sh. (2015). Review Of The Doctrine Of Agency By Necessity, available at: <https://www.lawtopus.com/academike/review-doctrine-agency-necessity>.

دهد. برای مثال دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۰۳۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۱/۲۵ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر تهران، وجود ضرر در عدم انجام تعهد را موجب امکان اقدام خارج از دادگستری از جانب متعهدله و مطالبه هزینه‌های وارده می‌داند. در مواردی نظیر شرکت‌های سهامی یا جایی که قانون‌گذار به متصدی حمل و نقل یا حق‌العمل کار چنین حقی را داده است مبنای قانون است، اما در سایر موارد غیر مصرح باید مبنای قرارداد محسوب کرد، زیرا با توافق طرفین چنین امری میسر است، همان‌طور که در عقد رهن، وکالت در فروش پیش‌بینی شده است و در بحث کنوانسیون نیز می‌توان کنوانسیون را جزو توافق طرفین دانست که با الحاق کشورها لازم‌الاجراست. اما مبنای اصلی قانون است، زیرا در صورت عدم جواز قانونی نمی‌توان طرفین را مختار در اعمال چنین ضمانت اجرایی دانست که با نظم دادگستری در ارتباط است (White, 1973: 503) و در بحث رهن نیز این امر به دلیل هدف خاصی است که قانون‌گذار تنها در این مورد چنین امری را میسر دانسته است.

۳. قلمرو فروش خودیاری

یکی از مسائلی که در باب فروش خودیاری مورد بررسی قرار نگرفته است تبیین قلمرو آن است که در این بند طی سه عنوان مورد بررسی قرار گرفته است.

۳-۱. از حیث عمومیت

برخی قائل بر این نظرند که در صورت وجود شرایط لازم برای به‌کارگیری نهاد فروش خودیاری می‌توان از آن در قراردادهای دیگر غیر از موارد مصرح در قانون نیز استفاده کرد (آقمشهدی و موسوی، ۱۳۹۴: ۱۵). البته طرفداران امکان اعمال خودیاری در غیر موارد مصرح نیز این امر را پذیرفته‌اند که طرفین با توافق می‌توانند جواز فروش مال خریدار را به فروشنده دهند (همان: ۲۷). اگر قائل باشیم که در هر توافقی طلبکار می‌تواند خودیاری را اجرا کند باید بحث وکالت در رهن را در همه موارد جاری بدانیم. فسخ نوعی ضمانت اجرای غیرقضائی است که با وجود آن نمی‌توان نظام خودیاری را در همه موارد جاری دانست، چراکه اولاً، قانون‌گذار در مقام بیان بوده است و اگر لازم می‌دانست این نهاد را پیش‌بینی می‌کرد؛ ثانیاً، اجرای روند قضائی برای مطالبه حق از جمله

اصول قانون اساسی (اصل ۱۵۹) است^۱ که حق طرف قرارداد نیز محسوب می‌شود و در نتیجه تنها در موارد مصرح امکان عدول از آن وجود دارد؛ ثالثاً، اصل عدم جواز تصرف در مال غیر است الا به اذن بدهکار یا به اذن حاکم، در صورتی که بر حاکم ثابت شود و مدیون ممانعت کند (میرزای قمی، ۱۳۷۲: ۹۹). مقرراتی که توسط قانون‌گذار پیش‌بینی شده از قبیل خیار تأخیر ثمن و سایر اختیارات در واقع جبران ضررها را پوشش می‌دهد و توافق طرفین در این مورد نیز مورد تردید است و اصل بر عدم آن است. در مجموع، برای گسترش مفهوم ضرورت به فراتر از مقوله‌های شناخته‌شده رغبتی وجود ندارد (Brown, 1992: 414). بنابراین، حداقل در موقعیت‌هایی که یک رابطه نمایندگی از پیش موجود و صریحی وجود دارد، به نظر می‌رسد یک فرض معقول است که این دکتترین دارای مبانی نظری اساسی است. همچنین سؤال دیگری که قابل طرح است اینکه، آیا اجراکننده نهاد فروش خودیاری می‌تواند بابت مطالبات دیگری که از بدهکار دارد از مبلغ فروش مال کسر کند؟ در این زمینه به نظر می‌رسد می‌توان دو نظر ارائه داد، اما در صورت پذیرش چنین امری طلب مزبور باید به طریق غیرقابل اختلافی اثبات شود (سربازیان و هاشمی، ۱۳۹۶: ۲۵۸). البته باید تأکید کرد که طلبکار تنها نسبت به همان مال موضوع توافق حق اعمال فروش خودیاری دارد و نمی‌تواند به سایر اموال بدهکار مراجعه کند.

قانون‌گذار اگر خودیاری را اصل می‌دانست در قرارداد پیش‌فروش ساختمان و فروش خودرو نیز آن را مجاز می‌دانست. در بحث فروش خودرو نیز که به صورت لیزینگ صورت می‌گیرد مالکیت به خریدار منتقل و تنها پرداخت ثمن به صورت اقساط است و در نتیجه فروشنده تنها می‌تواند اقساط را مطالبه کند، هرچند خودرو در تصرف ایشان باشد و اقساط به تعویق بیفتد.^۲ همچنین در صورتی که متضرر نزد مرجع قضائی اعم از داوری یا دادگاه اقدام به طرح دعوا کند دیگر نمی‌تواند اقدام به خودیاری کند (اصغری آقمشهدی و موسوی، ۱۳۹۴: ۲۲)، زیرا در این موارد به شکل ضمنی حق فروش خودیاری ساقط می‌شود و نمی‌توان بدون دلیل آن را اعاده کرد. لذا از موارد استثنایی پیش‌بینی شده از جانب قانون‌گذار نمی‌توان یک اصل کلی را استنباط کرد و به نظر می‌رسد قانون‌گذار بایستی با توجه به نیازهای اجتماعی و اقتصادی با تصویب قاعده‌ای جامع خلأ موجود را پر کند. برای ملاحظه آرای دادگاه‌ها در این خصوص و به‌طور کلی در باب پذیرش فروش خودیاری

۱. البته می‌توان گفت که با فقدان هر گونه اقدام دولتی هیچ‌گونه نقضی در شرط قانونی رسیدگی صورت نگرفته است.

۲. دادنامه شماره ۱۰۱۴۳۱/۲۲۰۹۹۷۰۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۹ شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

به نظر بایستی آرای کیفری مورد ملاحظه قرار گیرد، چراکه در عمل اگر این نهاد پذیرفته نشود معمولاً دعوای کیفری خیانت در امانت و یا فروش مال غیر مطرح می‌شود که در این مورد دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۳۴۰۰۵۳۰ مورخ ۱۳۹۴/۰۶/۲۱ شعبه ۳۴ دادگاه تجدیدنظر تهران بیان داشته که عدم پرداخت ثمن معامله از جانب شاکی مانع تحقق رکن مادی بزه انتقال مال غیر است که این امر بر پذیرش این نهاد دلالت دارد. همانطور که بیان شد نهاد مزبور برای جلوگیری از ورود ضرر به متعهدله وضع شده است و این امر در بخشی از دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۸۲۶۴۳۴۰۱۵۰۲ مورخ ۱۳۹۴/۰۴/۱۰ شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که صراحتاً مقرر داشته است: «... علی‌هذا چون قرائن و امارات پیش‌گفته همگی دلالت بر آن دارند که تجدیدنظر خوانده فاقد رکن روانی بزه فروش مال غیر بوده و هدف وی تضمین بازپرداخت بدهی‌های خود به تجدیدنظرخواه بوده نه فروش آپارتمان...» ذکر شده است. لذا با توجه به آرای مذکور می‌توان گفت که نهاد عنوان‌شده حتی در غیر از موارد مصرح قانونی عملاً در نظام حقوقی ایران وجود دارد، هر چند در پذیرش آن از عناوین معمول استفاده نشده است.

۳-۲. از حیث نوع مال

فروش خودیاری ناظر بر اموال اعم از منقول یا غیرمنقول می‌شود که قابلیت فروش دارند و لذا در بحث قلمرو علاوه بر اصل یا استثنا بودن باید شمول یا عدم شمول آن بر اموال منقول و غیرمنقول مورد بررسی قرار گیرد. بدیهی است که اموال منقول که موضوع معاملات تجاری قرار می‌گیرند موضوع اصلی فروش خودیاری محسوب می‌شوند اما آیا اموال غیرمنقول نیز می‌توانند موضوع فروش خودیاری واقع شوند یا اینکه در مقام تردید باید اصل را بر عدم امکان فروش خودیاری در این اموال قرار داد. در این مورد صراحتاً مطلبی بیان نشده و تقسیم‌بندی مزبور مورد توجه قرار نگرفته است، اما از اطلاق عبارات برخی نویسندگان ممکن است این دیدگاه ایجاد شود که این امر را در اموال غیرمنقول نیز مجری می‌دانند. در مقابل باید گفت که با توجه به مطالب پیش‌گفته که به تبعیت از آن‌ها فروش خودیاری اصولاً راجع به اموال منقول یا کالاهاست و از برخی مقررات قانونی می‌توان این امر را که فروش خودیاری در اموال غیرمنقول مجری نیست استنباط کرد. بر این اساس، بنا به اینکه استیفای طلب از مال مرهون در صورت شرط وکالت در فروش یا شرط تملک مال مرهون در مقابل طلب مشروط به مراجعه به اداره ثبت (یا دادگاه) است که موضوع ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت و امری است (صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۰: ۲۰۳) فروش خودیاری در

چنین مواردی به تنقیح مناط مجاز نیست؛ به عبارت دیگر، مقررات اجازه انتقال حقوق مالکیت را بدون دخالت دادگاه‌ها یا اداره ثبت، یعنی بدون طی مراحل قانونی نمی‌دهد.

۳-۳. از حیث نقض صورت گرفته

خودیاری تنها در صورتی قابل اعمال است که نقض اساسی قرارداد صورت گرفته باشد، چراکه شیوه جبران پیمان‌ها متناسب با نوع تخلفات و با حفظ ثبات قراردادهاست و میزان و اهمیت پیمان‌شکنی مؤثر در تعیین ضمانت اجراست (احمدی، ۱۳۹۳: ۱۱۲)؛ به عبارت دیگر، این واقعیت که فروش خودیاری مستلزم نقض اساسی قرارداد است هم با روح نظام حقوقی ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در زنده نگه داشتن قرارداد حتی در صورت مواجهه با نقض اساسی قرارداد^۱ و هم با ملاحظات عملی در جلوگیری از نقل و انتقالات غیرضروری کالا، همسوست. نقض اساسی در برابر نقض غیراساسی یا جزئی قرار دارد، اما این نقض علاوه بر تعهد اصلی می‌تواند تعهدات فرعی را نیز در برگیرد؛ چراکه مطابق با ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، نقض اساسی عبارت است از نقضی که: «... منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند...». به عبارت دیگر، آنچه به منزله «عدم انجام» یا اصطلاح مترادف نقض قرارداد است، باید به معنای بسیار گسترده‌ای درک شود و همیشه باید با ارجاع به موضوع تعهد مورد بحث تعیین شود (Agapiou, 2016: 33). در واقع شخصی که براساس نقض قرارداد خواهان اعمال فروش خودیاری است نباید سوءنیت داشته باشد. در ماده ۷-۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بیان شده است که: «در تجارت بین‌المللی هر طرف قرارداد باید مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه اقدام نماید» (قاسمی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۹۲). در مواردی که نقض قرارداد با وجود عمدی بودن، اساسی نباشد، فروش خودیاری برخلاف حسن نیت است، هرچند حق مطالبه خسارت از دادگاه به تقصیر یا عدم حسن نیت بستگی ندارد. این امر علاوه بر این از مفهوم خودیاری که ناظر بر تقابل عوضین بوده و اصل تفسیر محدود این نهاد نیز قابل برداشت است که نباید به دلیل نقض هر تعهد ناچیزی اقدام به فروش خودیاری کرد. البته این امر به مقررات مربوطه نیز مرتبط است و اگر طرفین چنین امری را پیش‌بینی کرده باشند و توافق آن‌ها هر نقضی را شامل شود محدودیتی در این زمینه قابل اعمال نیست. در این موارد شرط قابلیت پیش‌بینی نقض در نقض اساسی توسط متخلف مشکلی را ایجاد نمی‌کند، چراکه یکی از

۱. از جمله بند ۱ ماده ۴۵ و بند ۲ ماده ۴۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا.

شرایط فروش خودیاری اخطار به متعهد است و متعهد از این طریق می‌تواند از فروش مال جلوگیری کند، هرچند که حسب ماده ۲۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ضرورتی به آگاهی ناقض قرارداد از اخطار وجود ندارد. البته با توجه به عدم تجزیه رهن به اعتبار پرداخت حتی بخشی اندک از دین که موجب امکان فروش مال مرهونه توسط وکیل در فروش را به صرف عدم پرداخت بخشی از دین فراهم می‌کند این سؤال مطرح می‌شود که آیا نباید در غیر آن هم این قاعده را معجری دانست؟ به نظر می‌رسد در بحث رهن این امر به دلیل نص صریح قانون است که رهن را غیرقابل تفکیک دانسته و این امر در حالی است که در غیر آن نباید این قاعده را قابل اعمال دانست. لذا در مواردی که مقدار باقیمانده از تعهد به صورتی نیست که آن را نقض اساسی محسوب کنیم نمی‌توان فروش خودیاری را جاری دانست.

امری که بیان شد قاعده کلی و در جایی است که قانون‌گذار یا طرفین صرفاً حق فروش خودیاری را پیش‌بینی کنند. ضرورت تحقق نقض اساسی در بحث فسخ و تحویل کالای جایگزین به ترتیب در بند ۱ ماده ۴۹ و بند ۲ ماده ۴۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا پیش‌بینی شده است. از مواردی که در بند ۱ و ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا راجع به بازفروش ذکر شده، و نیز در تطبیق با ماده ۲۵ کنوانسیون که نقض اساسی را تعریف کرده است می‌توان به این امر پی برد. پذیرش نقض اساسی حاوی این امر است که تنها در جایی که زمان اجرای قرارداد وحدت مطلوب باشد امکان اعمال فروش خودیاری وجود دارد و در غیر آن به نظر می‌رسد که با توجه به عدم تحقق نقض اساسی فروش خودیاری امکان‌پذیر نیست و باید از طریق مرجع قضائی اقدام کرد. دلیل محدود کردن پیامدهای حقوقی شدید به مواردی که نقض قرارداد اساسی است، ماهیت بین‌المللی قرارداد را در نظر دارد و در تضمین اجرای آن و اجتناب از هزینه‌های غیرضروری قابل توجه، مانند هزینه‌های مرتبط با نگهداری یا بازگرداندن کالاها به کشور دیگر است. این امر همچنین تعداد مواردی را که در آن طرف متضرر ممکن است از نقض طرف متخلف به منظور تجدیدنظر در توافق بر اساس یک وضعیت اقتصادی خاص یا انتقال خطر تغییر در شرایط بازار به طرف دیگر، استفاده کند، محدود می‌کند» (Ferrari, 2006: 491). لذا با توجه به شروط دوگانه یعنی زیان قابل توجه و قابلیت پیش‌بینی که برای نقض اساسی وجود دارد تحقق آن آسان نخواهد بود. البته برخلاف جایی که قرارداد فسخ می‌شود در بحث خودیاری تا قبل از فروش، امکان اجرای تعهد نقض شده و جلوگیری از فروش امکان‌پذیر است.

همچنین امر دیگری که مورد توجه قرار نگرفته و می‌تواند به عنوان شرایط فروش خودیاری نیز ذکر شود عدم استناد نقض قرارداد به متعهدله است، چراکه در این فرض نقض اساسی قرارداد نیز

محقق نشده است (احمدی، ۱۳۹۳: ۱۲۵) و در این صورت به دلیل نقش زیان دیده در نقض قرارداد باید به طرف مقابل نیز حق مطالبه خسارت داد. البته این حق خودیاری به دلیل اینکه استثنای محسوب می شود باید تفسیر محدود شود و لذا در هر زمانی قبل از فروش مال، ناقض قرارداد درصدد جبران برآید حق فروش خودیاری از بین می رود و در صورت ورود خسارت بر زیان دیده، ایشان می تواند با طرح دعوی مستقل درصدد مطالبه خسارات خود برآید. اما نکته ای که قابل ذکر است اینکه مرجع تشخیص نقض قرارداد متعهدله است که با توجه به شرایطی که مورد اشاره قرار گرفت تشخیص آن با دشواری همراه است. لذا علی رغم فواید این نهاد که در ادامه مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته و در راستای اصل سرعت در معاملات تجاری است پذیرش آن می تواند خود منشأ بروز دعوی جدیدی شود.

۴. کارکردهای فروش خودیاری

پذیرش خودیاری می تواند از حیث تحلیل اقتصادی حقوق و تقلیل خسارات آثاری داشته باشد که در ادامه این دو بررسی شده اند.

۴-۱. تحلیل اقتصادی حقوق

پذیرش خودیاری مانع اعمال سایر ضمانت اجرای قراردادی نیست و لذا میان فروش خودیاری، انجام عین تعهد و قابلیت جمع ضمانت اجرای قراردادی (فسخ و پرداخت خسارت) رابطه معناداری وجود دارد که با انجام هر یک نوبت به دیگری نمی رسد. اگر پیش شرط های هر سه راه حل برآورده شود، خریدار باید بین آن ها تصمیم بگیرد، زیرا امکان ترکیب این سه راه حل وجود ندارد، چراکه آثار حقوقی آن ها با یکدیگر ناسازگار است (Agapiou, 2016: 34). این در حالی است که به دلیل الزامی یا اختیاری بودن فروش خودیاری در موارد مصرح، برخلاف جمع میان اجرای عین تعهد و فسخ نیازی نیست که هر یک از موارد مزبور کارایی ویژه ای داشته باشد و از حیث تحلیل اقتصادی حقوق قانون گذار میان آن ها سازگاری به وجود آورد. بلکه به دلیل خلاف اصل صلاحیت دادگستری بودن این نهاد، هر جا قانون گذار مصلحت بداند آن را تجویز می کند یا راجع به برخی اموال منع می کند. لذا حتی وجود ضمانت اجرای عمومی یعنی اجرای عین تعهد و فسخ قرارداد مانع نمی شود که قائل بر این نظر باشیم که فروش خودیاری می تواند از حیث تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای قراردادی، در فرض نقض قرارداد با کم ترین هزینه بیشترین حمایت را از متعهدله کند و به تخصیص کارایی منافع منجر شود. البته در نقد نهاد مزبور از حیث فلسفه

وضع قراردادهای می‌توان گفت که هدف از انعقاد قرارداد این است که تا حد ممکن اغراض طرفین از توافق حاصل شود، درحالی که اگر یکی از طرفین بتواند به صورت یک‌جانبه مورد معامله را به فروش برساند این امر که همان فروش خودیاری است نقض غرض محسوب می‌شود. لذا برخلاف نظام حقوقی ایران است که با وضع مقرراتی درخصوص ضرورت تقدم اجرای عین تعهد و ضمان معاوضی سعی در تضمین اجرای تعهدات قراردادی دارد و به نظر می‌رسد در صورتی که قائل به اجرای نهاد مزبور در موارد مصرح باشیم و توافق طرفین را هم در چنین مواردی معتبر محسوب نکنیم ایراد مزبور مرتفع می‌شود.

ذکر این نکته لازم است که عدم پذیرش فروش خودیاری راجع به اموال غیرمنقول یا به طور کلی عدم جواز قانونی این نهاد در همه موارد موجب می‌شود که متعهدله برای اعمال ضمانت اجراها بدو الزام به انجام عین تعهد را از دادگاه بخواهد و در صورت تعذر و اخذ حکم بتواند میان ضمانت اجراهای فسخ و مطالبه خسارت جمع کند و یا حتی برای تنفیذ فسخ ناچار به طرح دعوا در دادگاه شود و این امر برای متعهدله عملاً هزینه‌ها و برای متعهد سودها دارد. به نظر می‌رسد که عدم پذیرش مطلق فروش خودیاری یا عدم جواز آن در اموال غیرمنقول با هیچ‌یک از معیارهای کارایی اقتصادی یعنی معیار پارتو، کالدور - هیکس و معیار به حداکثر رساندن ثروت سازگاری ندارد. با معیار پارتو سازگاری ندارد، چراکه در نتیجه عدم پذیرش کلی و یا راجع به اموال غیرمنقول وضعیت متعهد بهبود می‌یابد و وضعیت متعهدله بدتر می‌شود. در واقع با الزام متعهدله به اقامه دعوا خصوصاً دعوی اجرای عین تعهد هزینه‌های گزاف به متعهدله تحمیل و وقت ایشان تلف می‌شود و متعهد با نقض قرارداد وضعیت اقتصادی متعهدله را بدتر می‌کند و وضعیت خود را با سوءاستفاده از این وضعیت بهبود می‌بخشد. همچنین به دلیل عدم تکلیف متعهد در پرداخت خسارت وارده به متعهدله از محل سود حاصله وضعیت متعهد بهتر می‌شود و لذا با معیار کالدور- هیکس سازگاری ندارد. از این مباحث می‌توان پی برد که با عدم پذیرش کلی و یا راجع به اموال غیرمنقول فروش خودیاری، دعاوی متعددی که اقامه می‌شود، نمی‌تواند کارا شمرده شود و ثروت را به حداکثر برساند، زیرا با طرح دعاوی متعدد هزینه‌های زیادی بر متعهدله و جامعه تحمیل می‌شود و تنها متعهد از این امر سود می‌برد و این امر با معیار به حداکثر رساندن ثروت تعارض دارد. همین امر موجب شده که برخی تنها دلیل محدود شدن اجرای عین تعهد در حقوق انگلیس را موضوع هزینه‌ها عنوان کنند (Agapiou, 2016:57). از این مباحث می‌توان پی برد که فروش خودیاری در راستای تحلیل مبتنی بر کارایی است.

در تحلیل مبتنی بر رفاه در پی این هستیم که آیا قواعد حقوقی (از جمله عدم پذیرش کلی یا موردی فروش خودیاری) به افزایش رفاه اجتماعی منجر می‌شود؟ (انصاری و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۸۹). به نظر می‌رسد که به نحو مطلق نمی‌توان عدم پذیرش مزبور را با تخصیص کارا و افزایش رفاه اجتماعی سازگار دانست. چراکه لزوم طرح دعوا به وسیله متعهدله در دادگاه موجب تحمیل هزینه‌های نقض قرارداد به ایشان می‌شود، حال آنکه این هزینه‌ها باید بر عهده متعهد باشد و این امر با تحلیل اقتصادی سازگار نیست. محروم ساختن متعهدله از داشتن این ضمانت اجرا با رفاه اجتماعی سازگار نیست، زیرا ایشان ناچار به طرح دعوا در دادگاه و تحمیل هزینه‌های گزاف می‌شود. براساس تحلیل مبتنی بر هزینه - فایده نیز باید ابتکار استفاده از ضمانت اجراها را تماماً به متعهدله داد تا بتواند با ارزیابی خود نفع و ضرر را تشخیص دهد و اگر نفع خود را در فروش خودیاری دید، آن را انتخاب کند. لذا با توجه به فقدان انگیزه در طرفین قرارداد و تحمیل هزینه‌های گزاف بر جامعه و متعهدله باید گفت که فروش خودیاری با تحلیل مبتنی بر رفاه تعارض دارد. تحلیل مبتنی بر نظریه بازی‌ها بیانگر این است که راهبردهای استراتژیک را در اختیار طرفین قرارداد قرار می‌دهد که در صورت تعارض با منافع طرف مقابل و پیش‌بینی رفتارشان از آن‌ها استفاده کنند و دست به انتخاب زنند. لذا با عدم پذیرش کلی و یا موردی فروش خودیاری قواعد بازی کم‌تری در اختیار متعهدله قرار می‌گیرد و تکلیف به طرح دعوا خصوصاً در حقوق کشورهایی از جمله ایران که اجرای عین تعهد تقدم دارد موجب می‌شود که متعهد در برابر متعهدله رفتار غیرهمکارانه‌ای داشته باشد.

اعمال صحیح فروش خودیاری مرتبط با میزان آگاهی افراد جامعه از این نهاد حقوقی است و در صورت پذیرش گسترده این نهاد می‌توان آن را عاملی در کاهش اطاله دادرسی دادگاه‌ها دانست. همچنان که هزینه خودیاری را نمی‌توان برابر با هزینه‌هایی دانست که به دلیل نقض قرارداد، متعهدله باید اقدام به طرح دعوا کند. همچنین مصالح اقتصادی ایجاد می‌کند که زیان‌دیده در مواجهه با زیان اقدام متعارف انجام دهد و از توسعه زیان وارده جلوگیری کند (شعاریان و مولائی، ۱۳۹۲: ۳۷). فروش خودیاری از این جهت که موجب تقدم حق متعهدله بر فروش مال می‌شود، می‌تواند موجب برتری ایشان بر سایر طلبکاران شود و در فرض ورشکستگی متعهد نیز ایشان را باید دارای حق تقدم دانست که مانع از مداخله سایر طلبکاران می‌شود.

از جهت تئوری «نقض کارآمد» نیز می‌توان گفت که این نظریه معتقد است که ترتیبات جبرانی، یعنی اجرای عین تعهد، جبران خسارات و اعاده وضعیت در اثر تقصیر، باید به گونه‌ای طراحی شوند که تولید نتایج کارآمد را به حداکثر برسانند. برای حقوق‌دانان اقتصادی، هدف از ایجاد قواعد حقوقی، به حداکثر رساندن دستیابی به یک نتیجه خاص، یعنی کارایی اقتصادی است

(Al-Tawil, 2015: 396). لذا به نظر می‌رسد که حق فروش خودیاری در راستای نظریه نقض کارآمد است که قائل به مناسب بودن نقض قرارداد از سوی متعهد در مواردی است که هزینه اجرای تعهد بیشتر از سود آن باشد که در این موارد متعهد قرارداد را نقض و خسارت را می‌پردازد (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۰). البته این نظریه از جمله به دلیل اجرای اجباری قرارداد موردنقد قرار گرفته است (قاسمی حامد و نواریان، ۱۳۹۰: ۷۵)، چراکه در حقوق ایران اجرای عین تعهد مقدم بر سایر ضمانت اجراهاست و همین امر می‌تواند در راستای تفسیر محدود فروش خودیاری مورد استفاده قرار گیرد. البته برخلاف آنچه در ابتدا به نظر می‌رسد، نمی‌توان گفت که فروش خودیاری مانع طرح نهاد مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قراردادها می‌شود، چراکه فروش خودیاری در راستای اجرای قرارداد است، زیرا همان‌طور که بیان شد، ممکن است متعهدله ادعاهای دیگری در رابطه با نقض قرارداد داشته باشد.

۲-۴. قاعده تقلیل خسارت

براساس قاعده تقلیل خسارت، زیان دیده نباید با این امید که تمام خسارات را از زیان‌زننده مطالبه می‌کند، نظاره‌گر توسعه خسارت باشد. بلکه باید تمام اقداماتی را که برای جلوگیری از توسعه خسارت ضروری است تحت شرایطی به کار گیرد و الا استحقاق خساراتی را که می‌توانست با اقدامات متعارف از افزایش آن‌ها جلوگیری کند نخواهد داشت (شعاریان و مولائی، ۱۳۹۱: ۳۶). در واقع مشارکت زیان دیده در خسارات وارده موجب می‌شود که هر دو سبب عرفی ضرر و مسئول به‌شمار آیند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۴: ۲۲۷) و این تقصیر مشترک در مسئولیت قراردادی و قهری کاربرد دارد. این قاعده از جلوه‌های اصل حسن نیت است که از زمره تعهدات طرفین است. البته در این فرض به نظر می‌رسد در هر حال باید فروش خودیاری را الزامی محسوب کرد، چراکه در زمره تعهدات طرفین است. اما می‌توان گفت که فروش خودیاری تنها راهی نیست که متضرر بتواند برگزیند و در نتیجه موجب الزامی شدن این شیوه نمی‌شود؛ علاوه بر آنکه خودیاری حق است و این حق هر زمانی قابل اسقاط یا تعلیق است. لذا در جایی که خریدار به فروشنده یا بالعکس مهلتی برای اجرا بعد از نقض تعیین می‌کند، حتی اگر نقض قرارداد اساسی باشد، وی نمی‌تواند به فروش خودیاری اقدام کند (مستنبط از بند ۱ ماده ۴۵ کنوانسیون). لذا از آنجایی که تقلیل خسارت پس از نقض قرارداد و تحقق مسئولیت ایجاد می‌شود (شعاریان و مولائی، ۱۳۹۱: ۳۶) و نهاد خودیاری نیز جهت جبران خسارت است، می‌توان از جمله کارکردهای خودیاری را تقلیل خسارات دانست. البته دکتترین تقلیل خسارت ممکن است به موضوع جبران خسارت خودیاری نامربوط به نظر

برسد، زیرا این دکترین معمولاً بر میزان خسارات قابل پرداخت برای نقض تأثیر می‌گذارد. اما باید گفت که، نهاد خودیاری معمولاً می‌تواند بر میزان خسارات وارد شده بر اثر نقض مؤثر باشد. همچنین، در صورت پذیرش قاعدهٔ تقلیل خسارات در نقض قابل پیش‌بینی (هجده نفر از دانشمندان حقوق، ۱۳۷۴: ۱۱۵) دیگر جایگاهی برای نهاد خودیاری وجود ندارد، چراکه خودیاری نهادی برای جبران خسارت است. در حالی که پیش از نقض قرارداد می‌توان با خاتمهٔ قرارداد (بند ۱ ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا) و انعقاد قرارداد جایگزین (غفاری فارسانی، ۱۳۸۸: ۲۴۰) اقدام به تقلیل خسارات کرد و لذا خلأیی وجود نخواهد داشت. در این موارد پس از انحلال قرارداد و انعقاد قرارداد جایگزین، می‌توان علیه فروشنده به دلیل تفاوت بین قیمت پرداخت شده و قیمت قراردادی طرح دعوا کرد.^۱ لذا تقلیل خسارات، برخلاف خودیاری، یک تعهد قضائی است. برای انجام کاری که تنها در موارد زیان‌آور، اختیار ایجاد می‌کند و فقط مستلزم آن است که زیان دیده آنچه را که معقول و قانونی محسوب می‌شود، انجام دهد. با وجود مزایای متعددی که نهاد مزبور دربر دارد از حیث اصول دادرسی قابل نقد به نظر می‌رسد، چراکه در آیین دادرسی مدنی مقرراتی وضع شده که از ابتدای رسیدگی دادگاه تا زمان اجرای حکم را پوشش می‌دهد که این امر جهت رعایت عدالت و حفظ حقوق طرفین است و به همین دلیل این اصول قابل چشم‌پوشی نیستند. در مرحلهٔ اجرای قرارداد اینکه بخواهیم یکی از طرفین را داور قرار دهیم که با قضاوت شخصی در جهت احقاق حقوق خود گام بردارد به نظر قابل پذیرش نیست و به دلیل عدم منصفانه بودن چنین امری است که در داوری هم با وجود قراردادی بودن مبنای آن تعیین کردن یکی از طرفین به‌عنوان داور مورد پذیرش نیست (خدابخشی، ۱۳۹۱: ۲۳۳). در مرحلهٔ اجرای رأی نیز مقررات متعددی برای حفظ حقوق محکوم علیه پیش‌بینی شده که از جمله برای فروش مال نیز تشریفات آمراهی وضع شده است. بنابراین، هنگامی که یک حق فروش خودیاری وجود دارد، متضرر معمولاً می‌تواند بین استفاده از حق خود برای خودیاری یا تأمین چاره از طریق دادرسی رسمی قانونی یکی را انتخاب کند. با این حال، در وضعیت تقلیل خسارت، متضرر باید بین استفاده از تمام اقدامات معقول برای کاهش خسارت و از دست دادن هرگونه راه‌حل قضائی برای ضررهای ناشی از عدم تقلیل خسارت، یکی را انتخاب کند. این شکل از خودیاری نشان‌دهندهٔ جهت‌گیری قانون به تقسیم عادلانهٔ مسئولیت برای رفتارهای فاقد حسن نیت است. نهایت اینکه با وجود انتقاداتی که بعضاً بیان شد بنابر ماهیت نهاد فروش خودیاری که مبتنی بر نظریهٔ نمایندگی

1. Oberlandsgericht München (Germany) 15 September 2004 (CLOUT No. 595).

است و در مقررات قانونی (از جمله ماده ۳۷۲ قانون تجارت) و رویه قضائی به صورت موردی اجرا می‌شود از یک طرف و قابل پذیرش بودن نهاد وثیقه دارایی در گردش (ره‌پیک و همکاران، ۱۳۹۳: ۳۸۳) و تقاص به صورت نسبی از طرف دیگر می‌توان قائل به شناسایی ضمانت اجرای مزبور در حقوق ایران شد.

نتیجه

نهاد خودیاری به عنوان یکی از چهره‌های دادگستری خصوصی دارای قلمرو گسترده‌ای در حقوق خصوصی و کیفری است. یکی از مصادیق خودیاری، فروش است که در آن زیان دیده با وقوع نقض قرارداد تحت شرایطی می‌تواند از این حق استفاده کند. برخلاف بسیاری از حقوقدانان نباید مبنای فروش خودیاری را قاعده تقاص دانست، بلکه مبنای این نهاد در حقوق، نظریه نمایندگی است که تقاص را هم می‌توان زیرمجموعه آن محسوب کرد. نهاد فروش خودیاری اصولاً در اسناد بین‌المللی و مقررات تجاری پیش‌بینی شده که در راستای اصل سرعت در معاملات تجاری است و همین امر در کنار مبنای آن که نمایندگی است، موجب قائل شدن بر این نظر می‌شود که این نهاد تنها در موارد مصرح قابلیت اعمال دارد. هرچند توافق طرفین پیرامون آن جز در معاملات راجع به اموال غیر منقول با هیچ قاعده امری تعارض ندارد. در تعریف این نهاد باید این نکته را در نظر داشت که اعمال این نهاد را نباید مقید به مال در تصرف کرد و این نهاد می‌تواند در اموال دیگر متخلف از قرارداد نیز اعمال شود. همان‌طور که در بحث وثیقه شناور که در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا پیش‌بینی شده است، چنین امری امکان‌پذیر است. این حق در کنار حق فسخ و حق الزام به اجرای تعهد قابل اعمال است و لذا در جایی که چنین حقی پیش‌بینی شده است باید آن را اختیاری اضافی دانست که متضرر می‌تواند در روابط قراردادی خود اعمال کند و در واقع باید قائل به قابلیت جمع ضمانت اجرای قراردادی شد.

در پایان و با توجه به مزایای اقتصادی که برای فروش خودیاری برشمردیم، می‌توان فروش خودیاری را در قراردادهای تجاری که متعهدله دارای سند معتبر است جاری دانست. این امر در راستای اصل سرعت در معاملات تجاری است. در واقع بیشترین کارایی اعمال فروش خودیاری در قراردادهای تجاری است که قانون‌گذار باید ابزارهای متعدد را به عنوان ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی در اختیار طرفین قرار دهد که هم از حیث بازدارندگی و هم از حیث ضمانت اجرا در راستای اصل سرعت در معاملات تجاری است. در قراردادهایی که بین طرفین قرارداد

توازن وجود ندارد، یعنی در قراردادهای مصرف‌کننده، به نظر نباید این حق را مجری دانست، چراکه می‌تواند به‌واسطه موقعیت برتر یک طرف حقوق مصرف‌کننده را تضییع کند و موجب طرح دعاوی متعددی در دادگاه‌ها شود. در واقع وقتی شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده باطل است؛ به‌طریق اولی فروش خودیاری که اختیاراتی را به‌طرف قرارداد می‌دهد پذیرفته نیست. اما در قراردادهای عادی به نظر قانون‌گذار می‌تواند به‌صرف تجویز وثیقه شناور (در صورت توافق طرفین قرارداد) چنین امری را رواج دهد و ضرورتی به پذیرش این نهاد به‌عنوان قاعده، خصوصاً راجع به اموال غیرمنقول در قراردادهای عادی دیده نمی‌شود؛ هرچند ضرورت دارد که فسخ قرارداد و مطالبه خسارت را در عرض اجرای عین تعهد قرار دهد. لذا با توجه به مبتنی بودن نهاد مورد بحث بر نظریه نمایندگی که اصل پذیرش آن در نظام حقوقی ایران را در پی دارد و فواید متعددی که پذیرش محدود نهاد یادشده دربر دارد، قانونگذار بایستی در راستای تعیین قلمرو و شرایط اجرای حق مزبور مقرراتی وضع کند و رویه قضائی ایران نیز امکان اجرای منطقی این نهاد را به خوبی فراهم آورد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- اصغری آقمشهدی، فخرالدین و مهدی موسوی (۱۳۹۴)، «فروش خودیاری در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰) و حقوق ایران»، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۱.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین و رضا زارعی (۱۳۸۹)، «حق بافروش کالا (مطالعه تطبیقی)»، پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۵۷.
- انصاری، مهدی (۱۳۹۰)، «نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوق»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۱.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۱)، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضائی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ره‌پیک، حسن، سید مرتضی قاسم‌زاده و هادی شعبانی (۱۳۹۳)، «مطالعه تطبیقی وثیقه دارایی در گردش»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۹۳)، حقوق تجارت، جلد اول، تهران: نشر دادگستر.
- سربازیان، مجید و سیدرضا هاشمی (۱۳۹۶)، «نقش نهارت بر سقوط حق مطالبه و وصول وجه ضمانت‌نامه‌های بانکی»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲.
- شعاریان، ابراهیم و یوسف مولانی (۱۳۹۲)، «شرایط و موانع قاعده تقلیل خسارت»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۳.
- صفایی، حسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۴)، مسئولیت مدنی، تهران: سمت.
- صفایی، حسین و همکاران (۱۳۹۲)، حقوق بیع بین‌المللی، تهران: دانشگاه تهران.
- صفایی، حسین و محمدهادی جواهرکلام (۱۴۰۰)، حقوق مدنی پیشرفته تضمین‌های دین (رهن و ضمانت)، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- طالب احمدی، حبیب (۱۳۹۳)، «نقض اساسی قرارداد در معاهده بیع بین‌المللی کالا»، مطالعات حقوقی، شماره ۱.
- غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۸۸)، «اثر نقض قابل پیش‌بینی بر روابط قراردادی»، حقوق، شماره ۲.
- قاسمی، رسول، سید محمدهادی مهدوی و داوود نصیران (۱۳۹۷)، «بررسی تطبیقی مفهوم و معیارهای تشخیص نقض اساسی قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۱.
- قاسمی حامد، عباس و علیرضا نوریان (۱۳۹۰)، «نظریه نقض کارآمد قرارداد مطالعه تطبیقی و انتقادی در حقوق آمریکا»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، قواعد عمومی قراردادها (اجرای قرارداد)، جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محسنی، حسن (۱۳۹۱)، «مفهوم مرجع قضائی در نظام قضائی کشور»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۹.
- محسنی، حسن (۱۳۹۰)، «بازفروش مبیع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) و بررسی امکان آن در حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱.
- وکیلی مقدم، محمدحسین (۱۳۹۸)، «مفهوم و مبانی قرارداد خودالزام‌گر و جایگاه آن در حقوق قراردادها»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳.

➤ هجده نفر از دانشمندان حقوق (۱۳۹۵)، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ترجمه مهتاب داراب‌پور، تهران: گنج دانش.

ب) منابع عربی

- انصاری، مرتضی (۱۴۱۳ق)، کتاب المکاسب، جلد ششم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۸۸)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، ترجمه عباس زراعت، تهران: مؤسسه فرهنگی هنری دانش‌پذیر.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۲)، جامع الشتات، جلد هشتم، تهران: کیهان.

ج) منابع انگلیسی

- Agapiou, N. (2016), **Buyer'S Remedies Under The Cisg And English Sales Law: A Comparative Analysis**, Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester.
- Bridge, M., et al. (eds) (2010), **Benjamin's Sale of Goods**, Vol. 1 & 2, (8th edition (Inc. Supp) Sweet & Maxwell ltd.
- Brown, L. (1992), "Authority and Necessity in the Law of Agency", **The Modern Law Review**, Vol. 55.
- Ferrari, F. (2006), "Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention: 25 Years of Article 25 CISG 25", **Journal of Law and Commerce**, vol.25..
- fisher, C.F. (1997), "Remedies for breach of contract under the international sales convention", available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MacarthurLawRw/1997/14.pdf>
- Gergen, M. P. (2009), "A Theory Of Self-Help Remedies In Contract", **Boston University Law Review**, vol. 89.
- Schlechtriem, P. (1998), **Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, Translated by Geoffrey Thomas, 2ed, Oxford University Press.
- Steven, K. S. (1973), "Self-Help Repossession under the Uniform Commercial Code: The Constitutionality of Article 9", **New Mexico Law Review**, Section 503, 4 N.M. L. Rev. 75.
- Tawil, T. (2015), "English Contract Law and the Efficient Breach Theory: Can They Co-Exist?", **Maastricht journal of European and comparative law**, Vol. 22, issue: 3.
- White, J. J. (1973), "The Abolition of Self-Help Repossession: The Poor Pay Even More", *Wis. L. Rev*, No. 503.