

معامله جایگزین در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون بیع بین المللی

ابراهیم رضایی^{*۱}

۱ - استاد دانشکده حقوق دانشگاه کاتب

چکیده

هر قراردادی طرفین را متعهد و مکلف به انجام تعهدات قراردادی می‌نماید، قوانین ضمانت اجراهای را برای وادار کردن متعهد به انجام تعهداتش در نظر گرفته است؛ یکی از آن ضمانت اجراها، تکلیف به جبران خسارت‌های است که از عدم انجام تعهدات متعهد ناشی می‌شود. زیان دیده می‌تواند خسارتی که از ناحیه عدم انجام تعهد طرف مقابل متحمل شده است را در صورتی مطالبه نماید که تعهدات قانونی خویش را انجام داده باشد، یکی از تعهداتی که حقوق غرب و حقوق برخی کشورهای متأثر از حقوق اسلامی به دوش متعهد له گذاشته است، تکلیف مقابله با خسارت یا جلوگیری از توسعه خسارت است. یکی از مهم‌ترین شیوه‌ها در کاهش خسارت یا جلوگیری از توسعه خسارت، انجام معامله جایگزین است. در این مقاله اطلاعات به شیوه کتابخانه‌ای جمع آوری شده و به شیوه تحلیلی استنباطی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

کنوانسیون بیع بین‌المللی، اصول قراردادهای اروپایی و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی متعهد له را به معامله جایگزین مکلف نموده است. معامله جایگزین فرع بر قاعده مقابله با خسارت است. این قاعده در فقه اسلامی از جمله فقه امامیه به صراحت مطرح نشده است، ولی از قواعد مثل قاعده لا ضرر، قاعده اقدام، اصل حسن نیت و غیره می‌توان برای تعهد به انجام معامله جایگزین استناد نمود. در حقوق افغانستان قانون‌گذار در قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال صراحتاً متعهد له را به معامله جایگزین مکلف نموده است و از مواد قانون مدنی نیز این قاعده را می‌توان استنباط کرد؛ اما قانون‌گذار ایران صراحتاً این تکلیف را به دوش متعهد له نگذاشته است ولی از اصول از قبیل اصل حسن نیت در معاملات، قاعده اقدام، قاعده لا ضرر و غیره می‌توان این تکلیف را استنباط کرد.

واژه‌های کلیدی: معامله جایگزین، باز فروش، تقلیل خسارت، حسن نیت در اجرای قرارداد

* - i.rezaei@kateb.edu.af (Corresponding Author)

مقدمه

هر قراردادی برای طرفین تعهداتی را ایجاد می‌نماید و نقض تعهدات قراردادی باعث ایجاد مسئولیت مدنی و تکلیف به جبران خسارت می‌گردد. یکی از تعهداتی که قانون به عهده طرفین گذاشته است، مقابله با خسارت است. بعد از نقض شدن تعهدات قراردادی، زیان دیده، از نظر قانون مکلف است از خسارت جلوگیری یا از توسعه آن بکاهد. عدالت و انصاف ایجاب می‌نماید که در صورت عدم توانایی یکی از طرفین به انجام تعهداتش یا کوتاهی در انجام تعهد، طرف مقابل تلاش نماید، با خسارت‌ها مقابله کند و در صورت عدم تلاش در جهت کاهش خسارت، حق مطالبه بخشی از خسارت‌ها را که می‌توانست با آن مقابله کند، ندارد.

معامله جایگزین یکی از شیوه‌های مقابله با خسارت است. یکی از راه‌های که زیان دیده می‌تواند در پیش گیرد تا از ورود خسارت یا توسعه آن جلوگیری نماید، انجام معامله جایگزین است. در حقوق کامن لا به صورت خاص قاعده مقابله با خسارت (Mitigation of damage) یک اصل مسلم و کلیدی است و در حقوق رومی - ژرمنی نیز این قاعده راه یافته و در کشورهای مثل فرانسه نیز می‌توان این قاعده را با عناوین دیگری مثل تقصیر مشترک، مورد استناد قرارداد، اسناد بین‌المللی مثل کنوانسیون بیع بین‌المللی وین، اصول قراردادهای اروپایی و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز به این تعهد و فرع آن معامله جایگزین اشاره نموده است. قانون متحد الکشل تجاری ایالات متحده آمریکا که در قراردادهای تجاری بین‌المللی از اهمیت زیادی برخوردار است، نیز به تعهد به انجام معامله جایگزین اشاره نموده است.

حقوقدانان تلاش نموده‌اند، معامله جایگزین و قاعده مقابله با خسارت را در فقه اسلامی از طریق قاعده اقدام و امثال آن توجیه نمایند. حقوقدانان در حقوق موضوعه ایران نیز تلاش نموده‌اند تا با استناد به خیار تأخیر ثمن، برخی مواد قانون مجازات اسلامی، قانون بیمه و قانون تجارت، توجیه نمایند. در حقوق افغانستان تا قبل از سال ۱۳۹۳ ماده صریحی برای معامله جایگزین وجود ندارد ولی در سال ۱۳۹۳ با تصویب قانون جدید در زمینه معاملات، حق معامله جایگزین را قانون گذاری نمود.

در این مقاله تلاش خواهد شد به این سؤال‌ها پاسخ داده شود. مبنای تکلیف به معامله جایگزین چیست؟

در حقوق افغانستان و ایران چگونه می‌توان به قاعده کلی حق معامله جایگزین به‌عنوان مهم‌ترین شیوه کاهش خسارت رسید؟

به نظر می‌رسد، مهم‌ترین مبنای معامله جایگزین، تعهد به کاهش خسارت و اصل حسن نیت طرفین است و بر اساس این مبانی، معامله جایگزین را می‌توان به همه قراردادهای تسری داد به یک قاعده کلی مبنی بر تعهد به انجام معامله جایگزین در صورت نقض تعهد از سوی طرف مقابل رسید.

۱. معامله جایگزین در حقوق غرب

به‌عنوان نماینده حقوق غرب اصول قراردادهای اروپایی و کنوانسیون بیع بین‌المللی مورد ارزیابی قرار گرفته است. کنوانسیون وین در ماده ۷۵ به خریدار و فروشنده انجام معامله جایگزین را اجازه داده است. در صورتی که بعد از فسخ قرارداد خریدار کالای جایگزین را تهیه و فروشنده مبیع را باز فروش نموده باشد، هریک از طرفین می‌تواند تفاوت قیمت قراردادی را با قیمت معامله جایگزین از نقض‌کننده قرارداد مطالبه نماید. ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی حق باز فروش را به اجباری و اختیاری دسته‌بندی نموده است.

۱-۱. باز فروش اختیاری

بر اساس فقره ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون بیع در موارد ذیل طرف نگه‌دارنده کالا می‌تواند اقدام به باز فروش مبیع نماید:

۱. تأخیر غیرمتعارف در قبض مبیع

در صورت تأخیر غیرمتعارف در قبض مبیع توسط خریدار، فروشنده می‌تواند مبیع را باز فروش نماید. یکی از وظایف خریدار بر اساس ماده ۵۳ و ۶۰ کنوانسیون، فراهم کردن شرایط تحویل‌گیری و قبض مبیع است؛ در صورت تخطی از این وظیفه، فروشنده می‌تواند درخواست اجرای اصل تعهد را نماید (ماده ۶۲) یا مهلت اضافی به خریدار دهد، (ماده ۶۳) یا قرارداد را فسخ نماید. (ماده ۶۴) در صورت فسخ می‌تواند اقدام به باز فروش مبیع نموده و تفاوت قیمت بین قیمت بازفروش و قرارداد اولیه را به‌عنوان جبران خسارت مطالبه نماید. علاوه بر تفاوت قیمت، خسارتهای دیگر از قبیل عدم النفع و امثال آن نیز مطابق ماده ۷۴ قابل مطالبه می‌باشد. بر اساس این قاعده، دیوان حکمیت تجارتنی بین‌المللی، باز فروش کامیونهای فروخته شده‌ای که خریدار در قبض آن تأخیر غیر متعارف داشت، مورد تأیید قرارداد (uncitral, 2016, 409).

۲. تأخیر غیر متعارف در پرداخت ثمن

بر اساس ماده ۵۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی، خریدار مکلف به پرداخت ثمن در موعد مقرر یا قابل تعیین است. پرداخت ثمن مستلزم فراهم کردن هیچ‌گونه تشریفات خاص از سوی فروشنده نیست. ماده ۵۸ کنوانسیون به فروشنده حق حبس داده، بر این اساس وی می‌تواند تحویل کالا را منوط به پرداخت ثمن نماید. با این حال اگر خریدار در پرداخت ثمن تأخیر غیرمتعارف داشته باشد، فروشنده می‌تواند، قرارداد را به دلیل نقض اساسی مندرج ماده ۶۴ کنوانسیون، فسخ و اقدام به باز فروش مبیع نماید و بر اساس ماده ۸۸ کنوانسیون، تفاوت قیمت قراردادی و قیمت معامله جایگزین را به‌عنوان خسارت مطالبه نماید. سایر خسارتهای مشمول ماده ۷۴ کنوانسیون نیز قابل مطالبه است. دیوان داوری بین‌المللی بر اساس این مقرر باز فروش کالا توسط شرکت چینی را مورد تأیید قرارداد (International caselaw.n, 19980622). اصول قراردادهای اروپایی در ماده ۹: ۱۰۱ مقرر نموده است که اگر سررسید ثمن رسیده باشد و متعهد هنوز به تعهد خود عمل نکرده باشد باوجود عدم

تمایل متعهد له به عدم انجام تعهد وی می‌توان به تعهد خود عمل کند و ثمن را دریافت کند، مگر اینکه بتواند بدون زحمت و بدون هزینه معامله جایگزین را انجام دهد.

در پرونده دیگر که بانک صادرات ایران با شرکت جانسون آمریکا قرارداد خرید تجهیزات الکترونیکی را امضاء نموده بود و بعد از تأخیر غیرمعارف در پرداخت قیمت از جانب بانک صادرات ایران، شرکت آمریکایی اخطاریه فروش مجدد به بانک صادرات ارسال و بعد از آن اقدام به باز فروش تجهیزات نمود. قانون حاکم در این قرارداد، قانون ایران و آمریکا تعیین شده بود و در صورت تعارض بین این دو قانون، قانون ایران معیار رسیدگی تعیین شده بود، بانک صادرات به ماده ۲۴۷ قانون مدنی استناد و مدعی بود که اموال و تجهیزات متذکره، ملک بانک صادرات بوده و شرکت آمریکایی حق فروش ملک غیر را نداشته و همچنین اصل تلاش برای کاهش خسارت (Mitigation) در حقوق ایران مورد پذیرش واقع نشده است. براین اساس بانک صادرات خواهان فسخ بازفروش و تحویل تجهیزات از سوی شرکت جانسون به بانک صادرات شد. دیوان دآوری، تعارض بین C.C. U. آمریکا و قوانین ایران را در زمینه (Mitigation) رد نمود و همچنین استناد بانک صادرات به ماده ۲۴۷ را نپذیرفت و مدعی شد که بر اساس قرارداد، مالکیت تجهیزات متذکره به ایران منتقل نشده است تا موضوع ماده ۲۴۷ باشد (unilex.info/cisg/case/38). در این پرونده نیز دیوان دآوری برای حق باز فروش به قاعده مقابله با خسارت (Mitigation) استناد نموده است.

همانگونه که در این رأی دآوری مشاهده می‌شود، مبنای باز فروش، تعهد به تلاش در جهت کاهش خسارت (Mitigation) از سوی متضرر ذکر شده است. شرکت جانسون به عنوان فروشنده با تأخیر غیر معارف در پرداخت ثمن از سوی طرف ایرانی مواجه می‌شود، مطابق این تعهد نباید به صورت غیر معارف صبر می‌کرد و این صبر به توسعه خسارت می‌انجامد، لذا شرکت به تعهد خویش مبنی بر بازفروش کالا جهت کاهش خسارت عمل نمود و داوران نیز این اقدام را عمل به تعهد تلقی و درخواست طرف ایرانی را رد نمود.

۳. تأخیر غیرمعارف در بازپس‌گیری کالا

در صورتی که خریدار به دلیل عدم انطباق کالا با قرارداد، از پذیرش کالا خودداری کند، مکلف به حفظ و نگهداری و استرداد آن به فروشنده است. در صورت تأخیر غیرمعارف فروشنده در باز پس گرفتن مبیع، بر اساس ماده ۸۸ کنوانسیون می‌تواند اقدام به فروش مبیع نموده و هزینه‌های که برای محافظت و نگهداری انجام داده است از آن به دست آورد. این مقرر نیز در براساس همان تعهد به کوشش برای مقابله با توسعه خسارت است. دیوان حکمیت تجاری بین‌المللی باز فروش داریست فلزی را که خریدار، قرارداد را به درستی فسخ کرده و فروشنده از بازپس‌گیری مبیع خودداری می‌کرد، تأیید و آن را مستند به ماده ۸۸ و عمل کردن به تکلیف مقابله با خسارت تلقی نمود (Uncitral, digest of case Law). براین اساس اگر خریدار اقدام به فروش مبیع نمی‌نمود و در نگهداری کالا ادامه می‌داد، بالا رفتن هزینه نگهداری و امثال آن برخلاف قاعده مقابله با خسارت تلقی می‌شد.

همچنین در پرونده‌ای دیگر، خریدار لباس جین به دلیل عدم مطابقت کالا با قرارداد، آن را رد و قرارداد را فسخ نمود و در ۲۲ سپتامبر ۱۹۹۳ کالا را به فروشند مسترد می‌گردد و فروشنده از بازپس‌گیری آن امتناع می‌نماید. خریدار در آوریل ۱۹۹۵ تا نوامبر ۱۹۹۶ اقدام به باز فروش مبیع می‌نماید. در این باز فروش به دلیل آسیب دیدن بخشی از مبیع، آن را به‌عنوان کالای درجه ۲ به فروش می‌رساند. دیوان حق باز فروش مبیع از سوی خریدار را با این کیفیت تأیید می‌نماید (Uncitral, digest of case Law, p, 409). در واقع این اقدام را دیوان اقدام متعارف در جهت مقابله با خسارت تلقی می‌نماید.

۴. تأخیر غیرمتعارف در پرداخت هزینه نگهداری

ماده ۸۸ کنوانسیون یکی از موارد حق باز فروش را تأخیر غیرمتعارف در پرداخت هزینه نگهداری ذکر نموده است. نگه‌دارنده برای دریافت هزینه‌هایش می‌تواند اقدام به حبس کالا نماید و هرچه زمان حبس به طول انجامد، هزینه نگهداری افزایش می‌یابد، لذا برای مقابله با خسارت وی می‌تواند اقدام به باز فروش کالا نماید. دیوان داوری باز فروش بخشی از کالا که به دلیل عدم پرداخت قیمت، از سوی فروشنده حبس شده بود و درنهایت به فروش رسیده بود، مورد تأیید قرارداد و آن را مطابق ماده ۸۸ کنوانسیون بیع و در جهت عمل کردن به کاهش خسارت تلقی نمود (Uncitral, digest of case Law, p, 409).

۱-۲. شرایط باز فروش اختیاری

ماده ۸۸ کنوانسیون وین برای باز فروش شرایط ذیل را مطرح نموده است:

۱. تأخیر غیرمتعارف

در تمام‌موارد باز فروش شرط اساسی آن تأخیر غیرمتعارف در تحویل کالا، پرداخت قیمت، پرداخت هزینه نگهداری و یا بازپس‌گیری کالا است. در کنوانسیون تعریفی از متعارف بودن ارائه نشده است و باید تأخیر غیرمتعارف را از عرف به دست آورد و مطمئناً مورد به مورد متفاوت خواهد بود. برای تحویل کالا، پس‌گیری آن و پرداخت ثمن و همچنین پرداخت هزینه نگهداری یک‌زمانی معقولی را عرف می‌پذیرد و اگر از آن زمان معقول تجاوز کند، تأخیر غیرمتعارف تحقق می‌یابد. اصول قراردادهای اروپایی در ماده ۹: ۳۰۱ و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در ماده ۱-۳-۷ نیز برای فسخ قرارداد، لزوم تأخیر انجام تعهد از سوی طرف مقابل را شرط کرده است.

۲. فروش به شیوه مناسب

یکی از شرایطی را که کنوانسیون برای باز فروش معین کرده است، انتخاب شیوه مناسب است. شیوه مناسب مطابق حقوق داخلی باید انجام پذیرد. در حقوق داخلی باید دید که شیوه مناسب چیست؟ مزایده، حراج و غیره در حقوق افغانستان، قانون‌گذار شیوه مناسب را قانون‌گذاری نموده است که در بحث مربوط به افغانستان اشاره خواهد شد. در حقوق ایران نیز تلاش خواهد شد تا مقررات ماده ۳۷۲ قانون تجارت که شیوه فروش مال‌التجاره را بیان نموده است، تنقیح مناط شده و در سایر موارد تسری داده شود.

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در ماده ۵-۴-۷ نیز به این شرط اشاره نموده است، همچنین اصول قراردادهای اروپایی در ماده ۹: ۵۰۶ به شیوه مناسب اشاره نموده است.

۳. اخطار قصد باز فروش

کنوانسیون یکی از شرایط باز فروش را ارسال اخطار به طرف مقابل مبنی بر قصد باز فروش، قرار داده است. ماده ۸۸ کنوانسیون این اخطار را منوط به متعارف بودن نموده است؛ اخطار متعارف اخطاری است که اولاً بیانگر اراده جدی شخص مبنی بر باز فروش باشد؛ ثانیاً طرف مقابل از آن مطلع گردد، ثالثاً اگر در حقوق داخلی شیوه خاصی برای فروش در نظر گرفته شده است، از قبیل حراج امثال این‌ها، اخطار باید حاوی زمان دقیق و محل دقیق آن باشد. اصول قراردادهای اروپایی گرچه به اخطار به معامله جایگزین اشاره نکرده است، ولی فسخ که مقدمه انجام معامله جایگزین است را منوط به دادن اخطار به طرف مقابل نموده است. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز در ماده ۲-۳-۷ شرط فسخ قرارداد را اخطار به ذکر نموده است. این دو سند بین‌المللی به لزوم اخطار به انجام باز فروش یا انجام معامله جایگزین اشاره نکرده است.

دیوان داوری بین‌المللی در قضیه بین شرکت آمریکایی جانسون و بانک صادرات ایران، باز فروش کالا توسط شرکت آمریکایی مطابق ماده ۸۸ کنوانسیون و اصول تجارت بین‌الملل تلقی نمود و متذکر شد که شرکت آمریکایی اخطار به مبنی بر قصد فروش داده و بانک صادرات جواب اخطار به را نداده است (Uncitral, digest of case Law, p, 409).

۱-۳. باز فروش الزامی

اصول قراردادهای اروپایی و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به معامله جایگزین الزامی اشاره نکرده است. ماده ۸۸ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، مواردی تحت عنوان باز فروش الزامی مطرح نموده است. این‌ها عموماً مواردی است که اگر باز فروش انجام نشود، زیان قابل‌توجهی به طرف مقابل تحمیل می‌گردد. تهیه‌کنندگان کنوانسیون برای جلوگیری از وقوع خسارت، نگاه‌دارنده را مکلف به فروش نموده است تا از این طریق در جهت مقابله با خسارت گام برداشته باشد.

۱. باز فروش کالای در معرض فساد

در صورتی که کالا در معرض فساد باشد، کنوانسیون وین، نگاه‌دارنده را مکلف به باز فروش نموده است. اینکه کالا ذاتاً سریع الفساد باشد، یا نگهداری آن نیازمند شرایط خاص و امکانات خاص باشد که نگاه‌دارنده آنها را در اختیار ندارد، تفاوتی نمی‌کند. مهم این است که خطر فساد وجود داشته باشد.

در مورد کالاهای در معرض کاهش قیمت قرار دارد برخی حقوق‌دانان آنان را در ردیف کالای در معرض فساد قرار نداده و معتقد است که منظور از فساد، فساد فیزیکی و واقعی است. (محسنی، ۱۳۹۰، ۱۵۲) به نظر می‌رسد که منظور از فساد، از دست رفتن قابلیت مصرف و ارزش است، بنابراین کالاهای که تاریخ مصرفشان سپری می‌شود و یا در معرض کاهش قیمت قرار می‌گیرد، در شمار کالاهای در معرض فساد است.

۲. باز فروش کالاهای با هزینه نگهداری غیرمتعارف

یکی از مواردی که ماده ۸۸ کنوانسیون نگه‌دارنده را مکلف به باز فروش نموده است، کالاهای است که نگهداری آنان هزینه نامتعارفی را بر نگه‌دارنده تحمیل می‌کند. تکلیف مقابله با خسارت ایجاب می‌کند که نگه‌دارنده مکلف به فروش کالاهای باشد که نگهداری آن هزینه غیرمتعارف دارد. همانگونه ملاحظه می‌شود، بازفروش اجباری نیز دقیقاً بر مبنای (Mitigation) می‌کالاهای که در معرض فساد است یا هزینه نگهداری غیر معمول دارد، اگر از سوی متضرر فروخته نشود، برخلاف تعهدش مبنی بر تلاش جهت کاهش خسارت می‌باشد.

۴-۱. شرایط باز فروش الزامی

ماده ۸۸ کنوانسیون برای باز فروش الزامی شرایطی را تعیین کرده است که نگه‌دارنده باید با رعایت آن‌ها اقدام به باز فروش نماید، در غیر این صورت شخص حق مطالبه خسارت را نخواهد داشت.

۱. انجام اقدامات متعارف جهت فروش

نگه‌دارنده مکلف است که اقدامات متعارف جهت فروش انجام دهد، اقدامات متعارف شامل نگهداری در مکان مناسب، حمل و نقل مناسب برای فروش و عرضه در محل مناسب است. در رأس همه این اقدامات، اقدام فوری و سریع جهت باز فروش است. به صورت کلی این تکلیف شامل اقداماتی می‌شود که باعث جلوگیری از فساد و کم کردن هزینه نگهداری می‌گردد، به گونه‌ای که کمترین زیان به مالک برسد. (محسنی، ۱۳۹۰، ۱۵۲) بر اساس مفهوم ماده ۸۸ کنوانسیون، عدم رعایت این شرایط، باعث از دست دادن حق مطالبه هزینه‌های انجام شده و مسئولیت مدنی در برابر ضررهای وارده به کالا می‌گردد. گروه دآوری اقتصادی و بازرگانی چین در پرونده‌ای که خریدار، کالا را به دلیل عدم مطابقت با قرارداد قبول نمی‌کند و به قصد استرداد در انبار به مدت سه سال نگهداری می‌نماید و هزینه نگهداری کالا تقریباً معادل قیمت قراردادی می‌شود، حکم به بی حقی خریدار در مطالبه هزینه نگهداری کالا صادر می‌نماید و استدلال می‌نماید که خریدار تعهد به باز فروش کالا را بر اساس فقره ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون نقض کرده است (Uncitral, digest of case Law, p, 410).

۲. ارسال اخطاریه قصد فروش

در صورت امکان نگه‌دارنده باید اخطاریه قصد فروش به طرف مقابل ارسال نماید. این بند ارسال اخطاریه را منوط به امکان کرده و الزام نکرده است، دلیل آن روشن است؛ زیرا در صورتی که کالا در معرض فساد باشد یا هزینه نگهداری زیاد باشد، باز فروش جنبه فوریت دارد و باید در اسرع وقت انجام گیرد. به همین دلیل منوط به امکان شده است.

۵-۱. تحلیل ماده ۸۸ کنوانسیون

تمام موارد حق باز فروش مطرح شده در این ماده، مبتنی بر قاعده مقابله با خسارت، است. دقیقاً تقسیم‌بندی باز فروش الزامی و اختیاری بر اساس این مبنا است. در موارد باز فروش اختیاری به دلیل

اینکه کالا در معرض فساد نیست یا اینکه هزینه نگهداری آن غیرمتعارف نیست، به نگره‌دارنده اختیار داده است که بر اساس شرایط مقرر باز فروش نماید و در صورت در معرض فساد بودن کالا و یا هزینه گزاف نگهداری، نگره‌دارنده را مکلف به باز فروش نموده است تا از تحمیل هزینه بدون جهت به یک‌طرف پرهیز شود. پرونده‌های که در دیوان داوری بین‌المللی فیصله شده است دقیقاً به این موضوع اشاره نموده است. بنابراین می‌توان گفت مبنای باز فروش میبایع، قاعده مقابله با خسارت (Mitigation) است.

خواستگاه اصلی قاعده مقابله با خسارت نظام حقوقی کامن لا است و در حقوق فرانسه به‌عنوان خواستگاه اصلی نظام حقوق رومی-ژرمنی در ابتدا تمایلی به پذیرش این قاعده وجود نداشته است، ولی امروزه حقوقدانان فرانسوی با مرتبط دانستن این قاعده با اصل حسن نیت در تعهدات متمایل به پذیرش این قاعده است. (شعاریان، ۱۳۹۲، ۴۰) اصول قراردادهای اروپایی در ماده ۹:۵۰۵ قاعده مقابله با خسارت (Mitigation) را صراحتاً قانون‌گذاری نموده است. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز در ماده ۸-۴-۷ قاعده مقابله با خسارت را قانون‌گذاری نموده است. توجه این دو سند مهم بین‌المللی نشان دهنده این است که تعهد به تلاش برای مقابله با خسارت در اسناد تجاری بین‌المللی یک اصل مسلم می‌باشد.

۲. معامله جایگزین در حقوق اسلام

قوانین افغانستان بر اساس فقه حنفی تدوین شده است. قانون مدنی افغانستان در ماده ۱ تصریح می‌کند در مواردی که حکمی در این قانون نباشد، قاضی باید مطابق اصول کلی فقه حنفی شریعت اسلامی موضوع را حل فصل نماید. همچنین قانون اساسی افغانستان در ماده ۱۳۰ تصریح نموده است که در صورت عدم حکم در قوانین موضوعه قاضی باید موضوع را بر اساس فقه حنفی شریعت اسلامی حل و فصل نماید. برای انجام معامله جایگزین در حقوق اسلام و غرب، افغانستان به‌عنوان نماینده فقه حنفی و حقوق ایران به‌عنوان نماینده قوانین مدون بر اساس فقه امامیه انتخاب شده است.

۲-۱. معامله جایگزین در حقوق افغانستان

۲-۱-۱. قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال

پارلمان افغانستان در سال ۱۳۹۳ قانونی را تحت عنوان قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال تصویب نمود که در این قانون جدید، به‌حق باز فروش میبایع و همچنین حق معامله جایگزین خریدار اشاره شده است. ماده ۱۱۷، ۱۱۸، ۱۱۹، ۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲ و ۱۲۳ این قانون به‌حق باز فروش و معامله جایگزین اختصاص داده شده است.

۲-۱-۱-۱. باز فروش توسط فروشنده

در صورت عدم انجام تعهدات خریدار، در موارد ذیل فروشنده می‌تواند اقدام به باز فروش مبیع نموده و خسارت‌های خویش را از خریدار مطالبه نماید.

▪ عدم تحویل گرفتن مبیع بدون دلیل توسط خریدار

بر اساس ماده ۱۱۷ قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال افغانستان، اگر خریدار بدون دلیل قانونی از تحویل گرفتن مبیع امتناع نماید، فروشنده می‌تواند، مبیع را باز فروش نماید و خسارت‌هایش را مطالبه نماید.

▪ تکذیب جزئی مبیع

تکذیب جزئی می‌تواند انکار بخشی از مبیع یا ادعای عدم مطابقت بخشی از مبیع با قرارداد باشد. اگر خریدار بخشی از مبیع را به دلیل عدم مطابقت با قرارداد قبول نکند یا اینکه آن را منکر شود، فروشنده می‌تواند بخشی قبول نشده را باز فروش نموده و تفاوت قیمت فروخته شده با قرارداد اصلی را از خریدار مطالبه نماید. البته خسارت‌های فرعی دیگر نیز قابل مطالبه است.

▪ تکذیب کلی مبیع

در صورت عدم پذیرش همه مبیع با ادعای عدم مطابقت با قرارداد، یا انکار خرید، فروشنده می‌تواند اقدام به باز فروش مبیع نماید. در این دو مورد نیز هدف قانون‌گذار مقابله با خسارت است؛ زیرا نگهداری کالا و اثبات ناروایی انکار خریدار و وادار کردن او به تحویل گرفتن کالا از طریق سیستم قضایی زمانی زیادی را می‌طلبد و نگهداری کالا در این مدت نیازمند هزینه زیاد است، لذا قانون‌گذار به فروشنده اجازه باز فروش مبیع را داده است تا از این طریق از میزان خسارت‌ها کاسته شود.

▪ عدم تحویل پول سر وقت

بر اساس ماده ۱۱۷ قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال، در صورتی که خریدار نتواند سر موعد مقرر، ثمن را پرداخت کند، فروشنده می‌تواند از حق حبس خود استفاده کند و از تحویل کالا خودداری کند در صورتی که نگهداری زمان غیرمعقول را بطلبد، فروشنده می‌تواند اقدام به باز فروش مبیع حبس شده نماید و از خریدار تفاوت قیمت و خسارت‌های دیگر را مطالبه نماید. ماده ۱۲۰ این قانون حتی در صورتی که فروشنده اقدام قضایی را شروع کرده و دادخواست مطالبه قیمت را داده باشد، نیز اجازه داده قبل از صدور حکم محکمه اقدام به باز فروش کالا نماید.

۲-۱-۱-۲. معامله جایگزین توسط خریدار

در صورت نقض تعهد از سوی فروشنده قانون‌گذار به خریدار حق داده است تا کالای موردنیازش را از جای دیگر تهیه نموده و خسارت‌هایش را از فروشنده مطالبه نماید.

▪ ناتوانی در تحویل مبیع

در صورتی که فروشنده نتواند کالای فروخته شده را به موقع تحویل دهد، خریدار می‌تواند مطابق مواد ۱۲۲ و ۱۲۳ قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال، اقدام به معامله جایگزین نموده و مطابق قانون از فروشنده اول مطالبه خسارت نماید. ماده ۱۲۲ این قانون به خریدار حق داده است در صورت ناتوانی فروشنده از تحویل مبیع، از محکمه درخواست اجرای عین تعهد را نماید. ماده ۱۲۷ این درخواست را منوط به این نموده است که مشتری جهت به دست آوردن مثل آن کالا از طریق معامله جایگزین اقدام کرده باشد و موفق به پیدا کردن آن نشده باشد. مفهوم این ماده قانون این است که در قدم اول مشتری مکلف به انجام معامله جایگزین است و اگر موفق نشد، باید از محکمه درخواست اجرای عین تعهد را نماید. ماده ۱۲۳ این قانون مقرر نموده است که در صورت نقض تعهدات فروشنده، خریدار با حسن نیت می‌تواند اقدام به معامله جایگزین نماید و خسارت‌های خودش را از فروشنده اول مطالبه نماید.

▪ امتناع از تحویل مبیع

فروشنده ممکن است توان تحویل دهی مبیع را داشته باشد، ولی به دلایلی از تحویل آن امتناع ورزد، در این فرض نیز قانون‌گذار، به خریدار حق داده است که اقدام به انجام معامله جایگزین نماید و مطابق مواد مذکور مطالبه خسارت نماید. فقره اول ماده ۱۲۲ این قانون حالات نقض قرارداد را از سوی فروشنده پیش‌بینی نموده است و در فقره اول ماده ۱۲۳ مقرر نموده است که در حالات نقض قرارداد مطرح شده در ماده ۱۲۲ خریدار می‌تواند اقدام به معامله جایگزین نماید.

▪ رد قانونی توسط خریدار

خریدار می‌تواند از تحویل‌گیری کالای غیر منطبق با قرارداد اعم از غیر انطباق مادی یا حقوقی، خودداری کند. در این صورت قانون‌گذار به خریدار اجازه داده است که اقدام به معامله جایگزین کند و مطابق مواد مذکور مطالبه خسارت نماید. (ماده ۱۲۲ و ۱۲۳).

۲-۱-۱-۳. شرایط باز فروش

قانون‌گذار افغانستان در ماده ۱۱۸ قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال شرایط باز فروش را به صورت مفصل بیان کرده است.

▪ حسن نیت

اولین تکلیفی را که قانون‌گذار به عهده فروشنده و خریدار گذاشته است، رعایت حسن نیت در باز فروش و باز خرید است. یکی از مهم‌ترین قواعدی که در اثبات معامله جایگزین، می‌تواند مورد استناد قرارگیری، اصل حسن نیت در انعقاد و اجرای قرارداد از سوی طرفین است.

▪ انتخاب شیوه مناسب برای فروش

الف) در صورت فروش خصوصی

اخطاریه قصد فروش به طرف مقابل در صورتی که فروش به صورت خصوصی صورت می گیرد، فروشنده مکلف است طرف مقابل را از قصد فروش خود آگاه نماید. در صورت عدم رعایت این شرایط باز فروش کننده نمی تواند از طرف مقابل مطالبه خسارت نماید.

ب) فروش در محضر عام

در صورتی که باز فروش در محضر عام انجام گیرد، باید اول در بازاری انجام گیرد که به این منظور در نظر گرفته شده است؛ ثانیاً در اطلاعیه موارد ذیل را به طرف قرارداد اطلاع دهد:

۱. محل فروش؛

۲. زمان دقیق بر اساس روز و ساعت.

این تدابیر به این منظور صورت می گیرد طرف قرارداد فرصت خرید کالا را داشته باشد. در صورت عدم رعایت این شرایط، طرف باز فروش کننده حق مطالبه خسارت از طرف مقابل را ندارد. قانون گذار افغانستان کالاهای را که به سرعت دچار کاهش قیمت می شود، از این پروسه استثنا کرده و در مورد آنان ارسال اطلاعیه ضرورت ندارد. این استثنا برای جلوگیری از سقوط قیمت کالا و عمل کردن به تکلیف تلاش در جهت کاهش خسارت است.

در صورت عدم رعایت شرایط فوق، قرارداد فروش مجدد اثر حقوقی دارد یا خیر؟ خریداری که از طریق فروش مجدد کالا را خریداری نموده، در حالی که که فروشنده شرایط مقرر این ماده قانون را رعایت نکرده است، مالک کالا می شود یا خیر؟ طرف نقض کننده می تواند قرارداد فروش مجددی که شرایط در آن رعایت نشده است را فسخ کند؟

فقره پنجم ماده ۱۱۸ قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال به این موضوع اشاره کرده است و بر اساس آن خریداری که با حسن نیت اقدام به خرید کرده است، ولو باز فروش کننده شرایط مندرج این قانون را رعایت نکرده باشد، مالک کالای خریداری شده می شود.

۲-۱-۲. سایر قوانین افغانستان

۲-۱-۲-۱. ماده ۱۶۲۸ قانون مدنی

ماده ۱۶۲۸ قانون مدنی افغانستان در مورد هزینه نگهداری مال امانتی است. این ماده قانون مالک را مکلف به پرداخت هزینه نگهداری مال مورد امانت تا اندازه قیمت آن دانسته است. اگر هزینه نگهداری از قیمت کالا بیشتر شود، مالک مکلف به پرداخت آن نیست، به این معنا که مصارف مازاد بر قیمت به شخص امین تحمیل می گردد. مبنای این ماده قانون همان قاعده مقابله با خسارت و اصل حسن نیت از سوی طرف مقابل است. در صورت زیاد بودن هزینه نگهداری امین باید به تعهد خود مبنی بر حسن نیت عمل می کرد و نباید کالا را با این هزینه نگهداری می کرد. یکی از راه های مقابله با خسارت و رعایت حسن نیت در این موارد همین حق فروش کالای مورد امانت است. ممکن است گفته شود که قاعده مقابله با خسارت یا مقابله با توسعه خسارت در حقوق اسلام و به تبع آن در حقوق افغانستان از جایگاه

مهم برخوردار نیست، اما اصل حسن نیست در حقوق اسلام و از جایگاه مهم برخوردار است و به نظر می‌رسد که مبنای قاعده مقابله با خسارت یا مقابله با توسعه خسارت همان اصل رعایت حسن نیست در انعقاد و اجرای قرارداد است.

۲-۱-۲-۲. ماده ۸۲۰ قانون مدنی

بر اساس ماده ۸۲۰ قانون مدنی افغانستان اگر متعهد به تعهد خویش عمل نکند، متعهد له لازم نیست منتظر بماند و بعداً از طریق مجاری قانونی مطالبه خسارت نماید؛ وی می‌تواند اجرای تعهد را از کسی دیگر بخواهد و هزینه آن را از متعهد مطالبه نماید. این ماده قانون تعهدات را به چند دسته تقسیم نموده است، تعهداتی که قائم به شخص است. در این نوع تعهد راهی جز انجام تعهد از سوی خود متعهد وجود ندارد. دسته دیگر تعهداتی که قائم به شخص نیست. در این نوع تعهد اگر تعهدات فوت شدنی نیست، متعهد له می‌تواند از محکمه درخواست انجام تعهد را از سوی شخص دیگر به حساب متعهد نماید، ولی اگر فوت شدنی است، متعهد له می‌تواند مستقیماً خودش به حساب متعهد یا از شخص دیگر بخواهد که به حساب متعهد آن را انجام دهد.

این ماده قانون مدنی نیز مبنای غیر از مقابله با توسعه خسارت یا اصل حسن نیست ندارد. انتظار برای انجام تعهد از سوی متعهد یا وادار کردن او از طریق سیستم عدلی و قضایی، متضمن در بر گرفتن زمان طولانی و افزایش هزینه‌ها و خسارات است، لذا قانون‌گذار افغانستان براساس قاعده مقابله با خسارت یا اصل حسن نیت در اجرای عقد، طرف مقابل را مکلف به انجام معامله جایگزین نموده است.

۲-۱-۲-۳. ماده ۹۱۳ قانون مدنی

ماده ۹۱۰ قانون مدنی مقرر نموده است که در صورت امتناع دائن از تحویل گرفتن دین، مدیون می‌تواند بوی اخطار دهد و این اخطار آثار حقوقی زیادی دارد از قبیل انتقال مسئولیت تلف و نقص مورد امانت و غیره در ماده ۹۱۳ مقرر نموده است که در صورتی که دین از اموال فاسدشدنی باشد هزینه نگهداری آن زیاد باشد، مدیون با اجازه دادگاه می‌تواند اقدام به فروش آن نماید و پول آن را در بانک امانت بگذارد.

۲-۱-۲-۴. ماده ۱۴۰۵ قانون مدنی

بر اساس ماده ۱۴۰۵ قانون مدنی افغانستان در اجاره اراضی کشاورزی اگر کرایه زمین از بخشی از محصول خود زمین تعیین شده باشد و محصول دچار آفت شود و از بین برود، در این صورت اجاره گیرنده مکلف به پرداخت اجاره بخشی از محصول که قبل از آفت برداشت شده است؛ اما بخشی از محصول که به دلیل آفت از بین رفته اجاره گیرنده مسئول پرداخت اجرت نیست، اما در صورتی که اجاره گیرنده

می‌توانست بعد از آفت زدن محصولات زراعتی، محصول جایگزین را کشت کند و این کار را نکرده باشد، مکلف به پرداخت اجاره بخشی آفت‌زده نیز است.

۲-۱-۳. تحلیل قوانین افغانستان

به نظر می‌رسد که قاعده مقابله با خسارت و رعایت حسن نیت در قوانین افغانستان با توجه به مواد مذکور موردپذیرش قرار گرفته است. از مواد ذکر شده در قانون مدنی و قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال، مقابله با خسارت را به‌عنوان یکی از تعهدات متعهد له در مسئولیت مدنی قراردادی و قهری می‌توان به‌عنوان یک قاعده در حقوق افغانستان استنباط کرد. به‌تبع آن از این مواد و مواد صریح قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال می‌توان معامله جایگزین را نیز به‌عنوان یک قاعده تبعی در راستای عمل کردن به تکلیف مقابله با خسارت عمل کردن به حسن نیت استنباط کرد.

۲-۲. معامله جایگزین در حقوق ایران

در حقوق ایران ماده صریحی مبنی بر معامله جایگزین نداریم، موارد در قوانین ایران مطرح شده است که حقوقدانان به آن‌ها برای حق معامله جایگزین استناد کرده است.

۲-۲-۱. فروش مال التجاره توسط نگه‌دارنده

بر اساس ماده ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون تجارت در موارد ذیل و با شرایط ذیل شرکت حمل‌ونقل به‌عنوان نگه‌دارنده مال التجاره ارسالی می‌تواند آن را به فروش رسانده و هزینه نگهداری و هزینه ارسال را از آن دریافت نماید.

۲-۲-۱-۱. حق فروش اختیاری

▪ موارد فروش اختیاری

در موارد ذیل در صورت فراهم بودن شرایط، متصدی حمل‌ونقل می‌تواند اموال ارسالی را بفروشد، بررسی این موارد و شرایط نشان می‌دهد که قانون‌گذار ایران به تعهد طرفین قرارداد در جهت مقابله با خسارت توجه داشته است. اگر قاعده مقابله با خسارت در حقوق ایران به اثبات برسد، معامله جایگزین به‌عنوان مهم‌ترین شیوه اجرای این تعهد به اثبات خواهد رسید.

۱. عدم دسترسی به مرسل‌الیه؛
۲. عدم قبول کالا توسط مرسل‌الیه؛
۳. عدم تأدیه هزینه ارسال و سایر مطالبات مالی شرکت حمل‌ونقل توسط مرسل‌الیه.

۲-۲-۱-۲. شرایط فروش اختیاری

بر اساس ماده ۳۸۴ قانون تجارت متصدی حمل و نقل ابتدا باید ارسال کننده را از وضعیت مطلع نموده و مال التجاره را نگهداری نماید، در صورتی که ارسال کننده بعد از اطلاع اقدام به تعیین تکلیف نکند یا مرسل الیه تکلیف اموال را مشخص نکند، شرکت حمل و نقل می تواند اقدام به فروش اموال نموده و هزینه نگهداری و هزینه حمل و نقل را از آن به دست بیاورد.

۲-۱-۳. نحوه فروش اختیاری

متصدی حمل و نقل باید اموال را با اطلاع مدعی العموم یا نماینده او به فروش برساند.

۲-۲-۱-۴. فروش الزامی

۲-۲-۱-۴-۱. موارد فروش الزامی

بر اساس ماده ۳۸۵ قانون تجارت، در موارد ذیل نگه دارنده مال التجاره مکلف به فروش آن بوده و حق نگهداری برای مدت بیشتر را ندارد.

۱. در صورت سریع الفساد بودن اموال ارسالی؛

۲. در صورت در معرض کاهش قیمت بودن کالا؛

۳. در صورتی که هزینه نگهداری بیش از قیمت کالا باشد.

۲-۲-۱-۴-۲. شرایط فروش الزامی

شرکت حمل و نقل مکلف است تا با اطلاع به مدعی العموم یا نماینده او و تحت نظارت او اقدام به فروش مال التجاره نماید و در صورت امکان باید ارسال کننده و مرسل الیه را از تصمیم خویش مبنی بر فروش اموال ارسالی مطلع نماید.

۲ ۴ ۴. فروش مال التجاره توسط حق العمل کار

بر اساس ماده ۳۶۲ قانون تجارت، اموالی ارسالی به حق العمل کار جهت فروش اگر در معرض فساد باشد، می تواند یا در صورت اقتضای منفعت امر باید اموال را زیر نظر مدعی العموم یا نماینده او به فروش رساند. این ماده قانون را می توان به دو قسمت فروش اختیاری و الزامی تقسیم نمود. اگر کالا در معرض فساد باشد و از سوی دیگر مصلحت امر اقتضاء نماید، حق العمل کار مکلف به فروش است.

۲-۲-۳. ماده ۴ قانون مسؤولیت مدنی

ماده ۴ قانون مسؤولیت مدنی مقرر نموده است که در موارد آتی دادگاه می تواند حکم به کاهش جبران خسارت نسبت به عامل زیان صادر کند. در فقره ۳ ماده مقرر نموده است: وقتی که زیان دیده به

نحوی از انحاء موجبات تسهیل ایجاد زیان را فراهم نموده باشد یا به اضافه شدن آن کمک یا وضعیت واردکننده زیان را تشدید کرده باشد. (شعاریان و مولایی، ۱۳۹۲، ۳۹)

۲-۲-۴. ماده ۱۵ قانون بیمه

ماده ۱۵ قانون بیمه نیز نشان می‌دهد که قانون‌گذار ایران، تعهد متعهد له را برای کاهش خسارت مدنظر داشته است. (شعاریان و مولایی، ۱۳۹۲، ۳۹) بر اساس این ماده: «بیمه‌گذار باید برای جلوگیری از خسارت، مراقبتی را که عادتاً هرکس از مال خود می‌نماید، نسبت به موضوع بیمه نماید و در صورت نزدیک شدن حادثه یا وقوع آن، اقداماتی را برای جلوگیری از سرایت و توسعه خسارت لازم است به عمل آورد و الا بیمه‌گر مسئول نخواهد بود».

۲-۲-۵. تبصره ماده ۳۵۵ قانون مجازات اسلامی سابق

بر اساس اصل این ماده اگر کسی بدون اجازه مالک در ملک او یا در معبر عمومی آتش روشن کند مسئول جبران خسارت زیان دیدگان است. تبصره این ماده مقرر نموده است که این تکلیف در صورتی است که راهی فرا از آتش وجود نداشته باشد. مفهوم تبصره قانونی این است که اگر زیان‌دیده امکان خروج از مهلکه آتش را داشته و از آن خارج نشود، حق مطالبه خسارت از روشن‌کننده آتش را ندارد. این ماده قانون نشان می‌دهد که قانون‌گذار ایران حتی در تعهدات قانونی نیز متعهد له را مکلف به تلاش در جهت کاهش خسارت می‌داند.

۲-۳. تحلیل و بررسی قوانین ایران

حقوق ایران قاعده روشنی برای مقابله با خسارت و همچنین معامله جایگزین ندارد. اصل لزوم قراردادهای و ترتیب شیوه‌های جبران به‌گونه‌ای است که اثبات معامله جایگزین در حقوق ایران دشوار به نظر می‌رسد. موارد اندکی می‌توان برای معامله جایگزین استدلال نمود، رعایت حسن نیت در انجام معاملات و اجرای تعهدات است، همچنین اصل انصاف مقتضی است که قاضی منصف متعهد له را به همان اندازه که می‌توانست از توسعه خسارت جلوگیری نماید، محکوم به بی‌حقی نماید. اثبات معامله جایگزین و تعهد به کاهش خسارت از سوی متعهد له، عدالت را بهتر تأمین کرده و متعهد را از پرداخت خسارت‌های که متعهد له می‌توانست از توسعه آن‌ها جلوگیری کند و آگاهانه این کار را انجام نداده است، معاف نماید.

ماده ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون تجارت ایران تا حدودی به توجه قانون‌گذار به مقابله با خسارت دلالت دارد، این مواد متصدی شرکت حمل‌ونقل را مکلف نموده است که از نگهداری اموال ارسالی با شرایط ذکرشده خودداری کند و هزینه بیشتر به ارسال‌کننده یا مرسل‌الیه تحمیل نکند. اگر متصدی به این تعهد خود

عمل نکند بدهی است که دادگاه در محاسبه خسارت به وی به میزانی که او می‌توانست با فروش امین اموال از توسعه خسارت جلوگیری کند، بکاهد.

با این وجود می‌توان در تفسیر مواد ۳۸۴ و ۳۸۵ ضمانت اجرا به نفع شرکت‌های حمل و نقل در نظر گرفته است و راهی برای دوری آن‌ها از مراجعه به سیستم عدلی و قضایی و تحمل هزینه زمان و هزینه‌های دیگر را معاف کرده است. مواد قوانین دیگر نیز بیشتر به قاعده تسبیب و تقصیر مشترک اشاره دارد.

تنها موضوعی که می‌توان در حقوق ایران و فقه اسلامی به نفع معامله جایگزین استناد نمود، اصل حسن نیت است. حسن نیت واقعی است که قابل تعریف دقیق نیست، از این رو حقوقدانان بیشتر از طریق ضد آن یعنی سوءنیت یا آثار و اوصاف آن تعریفاتی ارائه نموده است. حسن نیت یعنی نداشتن قصد ضرر و نداشتن رفتار مغایر با استانداردهای معقولی که توسط رویه تجاری احراز شده است. (سیمایی صراف، ۱۳۹۳، ۵۲) یا حسن نیت عبارت است «از انجام وظایف به صورت صادقانه، منصفانه، شیوه معقولی که دو طرف قرارداد یا اشخاص ثالث مرتبط با قرارداد از یکدیگر انتظار دارند همراه با اهتمام به رعایت حقوق و منافع دیگران و دوری از هرگونه سوءنیت و فریبکاری». (نقیب و تقی زاده و باقری، ۱۳۹۳، ۳۵) از آیات متعدد قرآن کریم می‌توان به اصل حسن نیت استناد نمود. به عنوان نمونه آیه ۱ سوره مائده که دستور به وفا به عهد می‌دهد، آیه ۱۵۲ سوره انعام، آیات ۱ تا ۳ سوره مطففین و ۱۸۱ سوره شعراء که در وزن و پیمانانه دستور به عدالت و دقت می‌دهد و از کم‌فروشی نهی نماید. در مورد زنان مطلقه هم خداوند به مردان دستور می‌دهد که یا آنان را به نیکی نگهدارید یا به نیکی رها کنید و به منظور اذیت آنان را نگه ندارید، رجوع یک عمل حقوقی است که در آن خداوند حسن نیت را یک اصل قرار داده است. همچنین در زندگی خانوادگی و مسکن زنان، عدالت و حسن نیت را اصل قرار داده است. این آیه در واقع در اجرای قرارداد نیز حسن نیت را اصل قرار داده است. تهیه مسکن متناسب و عدم سخت‌گیری در این زمینه اجرای تعهدات ناشی از عقد ازدواج است که خداوند دستور می‌دهد حین انجام تعهدات قراردادی حسن نیت را رعایت نماید.

در فقه اسلامی نیز می‌توان مدعی شد که حسن نیت به عنوان یک اصل پذیرفته شده است. مواردی از قبیل اختیار فسخ‌های که برای زبان دیده در نظر گرفته شده است از جمله خیار تدلیس، خیار غبن، خیار عیب، منع از تلقی رکبان، منع از نجش و غیره همه دلیل بر پذیرفته شدن حسن نیت به عنوان یک اصل در فقه اسلامی است. قاضی نعمان مصری در دعائم الاسلام بابتی را تحت عنوان «ذکر ما نهی عنه من الغش و الخداع فی البیوع» مطرح کرده و در آن به مواردی از قبیل منع از تلقی رکبان، مخلوط کردن شیر با آب، نجش، مخلوط کردن جنس خوب و بد، سوگند و غیره اشاره نموده است. (ابوحنیفه/نعمان)، (۱۳۸۵، ۳۱)

صاحب حدائق مرحوم بحرانی تلقی رکبان را به صورت مفصل بحث کرده است و در نهایت معتقد به حرمت این عمل گردیده است. قیودی را که وی مطرح می‌کند دقیقاً حسن نیت را می‌رساند قیودی از قبیل قصد خریدوفروش، بی‌خبر بودن تاجران از قیمت کالا در آن شهر و غیره (بحرانی، ۱۴۰۵، ۵۵-

۵۸) در اصل ممنوعیت بحثی وجود ندارد اما اینکه این منع دلیل بر حرمت می‌کند یا کراهت بحث‌های زیاد در فقه مطرح شده و اکثریت کراهت را پذیرفته است و حتی شیخ انصاری ادعائی اجماع در این زمینه را به شیخ طوسی نسبت داده است. (انصاری، ۱۴۱۵، ۳۴۹-۳۵۵) حرام یا مکروه بودن در بحث ما تأثیری ندارد. در هر صورت دلیل بسیار روشن بر اصل حسن نیت در قراردادها است.

نتیجه

معامله جایگزین مهم‌ترین شیوه اجرای قاعده مقابله با خسارت (Mitigation) است. اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون بیع بین‌المللی، اصول قراردادهای اروپایی و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی با توجه به اینکه قاعده تقلیل خسارت را به‌عنوان یک اصل می‌پذیرد، لذا معامله جایگزین را نیز به‌عنوان یکی از راه‌های اجرای قاعده مقابله با خسارت، قبول کرده و قانون‌گذاری نموده است. همچنین در حقوق افغانستان با توجه به مواد قانون مدنی می‌توان مدعی شد که قاعده تقلیل خسارت پذیرفته شده است و قانون‌گذار افغانستان مبتنی بر آن در قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال معامله جایگزین را نیز موردپذیرش قرار داده است. در حقوق ایران، قانون‌گذار به‌صورت صریح قاعده تقلیل خسارت و به‌تبع آن معامله جایگزین را قانون‌گذاری نکرده است. اهمیت اصالت اللزوم در قراردادها و اولویت اجرای عین تعهد، اثبات معامله جایگزین را در حقوق ایران دشوار می‌نماید. تنها موردی که می‌توان به نفع معامله جایگزین در حقوق ایران استناد نمود، این است که قوانین ایران مبتنی بر فقه اهل تشیع است، در فقه اهل تشیع حسن نیست در رابطه قراردادی به‌عنوان یک اصل پذیرفته شده است و همچنین قاعده اقدام و لا ضرر در استنباط تکلیف زیان‌دیده به مقابله با خسارت و جلوگیری از توسعه آن راهگشا است. به پیروی از قاعده تقلیل خسارت معامله جایگزین به‌عنوان مهم‌ترین شیوه در اجرای این تعهد قابل اثبات است.

منابع و ماخذ

الف) منابع فارسی

۱. قرآن کریم
۲. ابوحنیفه، نعمان بن محمد تمیمی (۱۳۸۵)، دعائم الإسلام، ۲ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، دوم.
۳. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵) کتاب المکاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، اول.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، ۱۴۰۵، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.
۵. سیمایی صراف، حسین (۱۳۹۳) بررسی تطبیقی حسن نیت در فقه، حقوق خارجی و اسناد بین المللی، آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه رضوی، شماره ۱۰.
۶. شعاریان، ابراهیم و مولایی، یوسف (۱۳۹۰) مطالعه تطبیقی مبانی قاعده تقلیل خسارت، مجله فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲.
۷. شعاریان، ابراهیم و مولایی، یوسف (۱۳۹۲) شرایط و موانع تقلیل خسارت، پژوهش حقوق خصوصی، شماره سوم.
۸. عرب احمدی، فاطمه و فهردستی، زهرا، نگاهی به قاعد اقدام از منظر فقه و قانون، <https://chista.artaveh.com/app/upload/10.pdf>
۹. قانون بیمه ایران، (۱۳۱۶).
۱۰. قانون تجارت ایران، (۱۳۱۱).
۱۱. قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال افغانستان، (۱۳۹۳).
۱۲. قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) منسوخ
۱۳. قانون مدنی افغانستان، (۱۳۵۵).
۱۴. قانون مدنی ایران، (۱۳۱۳).
۱۵. محسنی، حسن (۱۳۹۱) باز فروش مبیع در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و بررسی امکان آن در حقوق ایران، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱(۱۵)
۱۶. محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶) قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ ۱۲.
۱۷. موسوی بجنوردی، محمد قاعده اقدام از قواعد معروف نزد فقهای عظام، وبلاگ : <http://feqh1.blogfa.com/post/187>
۱۸. موسوی بجنوردی، محمد، قاعده اقدام از قواعد معروف نزد فقهای عظام، وبلاگ : <http://feqh1.blogfa.com/post/187>
۱۹. نقیبی، ابوالقاسم و تقی زاده، ابراهیم و باقری، عباس (۱۳۹۳) جایگاه حسن نیت در فقه امامیه، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال پانزدهم شماره ۳۹.

ب) انگلیسی

20. Summers, Robert S. "The General Duty of Good faith", Cornell Law Review, Vol.67, No. 4, 1982.
21. UNILES VEBSIT on CISG& NNIDRIT PRINCIPLES international case law
22. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW
23. Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Editions, 2016.
24. United Nations, Convention on Contracts for the International Sale of Goods(1980).
25. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law

۳۱ معامله جایگزین در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون بیع بین المللی

26. PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW Text of articles in English:
Parts I and II and III complete and revised version 1998)

