

Loss of Right of Termination with the Repair of the Goods

Ali Akbar Jafari*
Habib Hajatmand**

Received: 27/03/2020

Accepted: 11/12/2020

Abstract

If the object of sale is defective in the contract of sale and needs to be repaired, the customer will have the right to terminate the contract under certain conditions. In this case, if the customer wants to exercise his right of termination, and on the other hand, the seller insisted on maintaining the contract and executing the contract, and to eliminate the non-compliance of the goods and to compensate for their negligence, a serious question in this regard arises here: what effect does such an action have on the buyer's right of termination if it is reasonable, appropriate and harmless? In clearer terms, if in our case the seller removes what has caused the option before the termination of the contract by the beneficiary of an option (buyer), in such a case, does the right of termination disappear or not? In this article, we review this important issue in Iranian jurisprudence and law, the International Convention on the Sale of Goods, adopted in 1980, and international trade principles. It seems that in each of the above-mentioned systems, apart from minor differences in the terms and conditions of application, acceptance of contract retention and height preference caused by the seller to create an option has priority over the customer's option. The research method in this research will be descriptive-analytical.

Keywords

Repair of Goods, Right of Termination, Option, Contract of Sale, Contract.

* PhD in Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran (Corresponding Author), a.a.jafari@gmail.com

** PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Imam Sadegh(AS) University, Tehran, Iran, hajatmand.habib@gmail.com

سقوط حق فسخ با تعمیر کالا

علی اکبر جعفری*

حبیب حاجتمند**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۹/۲۱

چکیده

در صورتی که مبیع در عقد بیع معیوب بوده و نیازمند تعمیر باشد، مشتری تحت پاره‌ای شرایط حق می‌یابد که قرارداد را فسخ کند. در این فرض چنانچه مشتری خواهان اعمال حق فسخ خود باشد و از طرفی فروشنده اصرار بر ابقاء عقد و اجرای قرارداد داشته و به رفع عدم مطابقت کالا و جبران قصور خود بپردازد، پرسش جدی بدین مضمون در اینجا مطرح می‌گردد که چنین عملی در صورتی که معقول، مناسب و بی‌ضرر باشد چه اثری بر اعمال حق فسخ خریدار دارد؟ به عبارت روشن‌تر، اگر در ما نحن فیه فروشنده قبل از فسخ قرارداد از جانب ذو الخیار (خریدار) آنچه که سبب ایجاد خیار شده است را مرتفع کند، آیا در چنین حالتی حق فسخ از بین می‌رود یا خیر؟ در این جستار، به نقد و بررسی این مسئله مهم در فقه و حقوق ایران، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ و اصول تجاری بین‌المللی پرداخته‌ایم. به نظر می‌رسد در هر یک از نظام‌های فوق‌الذکر، گذشته از تفاوت‌های جزئی در ضوابط و شرایط اعمال، پذیرش ابقای قرارداد و ترجیح ارتفاع سبب ایجاد خیار از سوی فروشنده بر حق خیار مشتری اولویت دارد. روش تحقیق در این پژوهش به صورت توصیفی - تحلیلی خواهد بود.

واژگان کلیدی

تعمیر کالا، حق فسخ، خیار، عقد بیع، قرارداد.

* دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

m.shoab68@gmail.com

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران

hajatomand.habib@gmail.com

مقدمه

فسخ قرارداد ملازمه وثیقی با پایان قرارداد دارد. این عمل حقوقی موجبات سقوط ماهیت اعتباری بنیان عقد و ساختمان تراضی را فراهم می‌آورد. فسخ قرارداد هر چند با هدف نقض قرارداد و جلوگیری از ورود ضرر اتفاق می‌افتد اما گاهی می‌تواند آثار نامطلوبی را برای متعاقدین به بار آورد و از فلسفه‌ای که برای آن شکل یافته فاصله گرفته و وسیله‌ای برای سوء استفاده از حق گردد. مثلاً جایی که شخص متخلف از اجرای تعهد، قبل از اعمال حق فسخ از ناحیه صاحب حق، موجبات ایجاد خیار را مرتفع سازد به طوری که مطلوب طرف مقابل از انعقاد قرارداد حاصل گردد، در این صورت آیا باز هم می‌توان گفت که اعمال فسخ برای دفع ضرر و زیان است؟ توجه به همین ملاحظات است که حقوق جدید، در راستای اصول ریشه‌ای و بنیادی مانند اصل لزوم قرارداد، اصل حسن نیت و معامله منصفانه، با پیش بینی حق جبران این هدف را دنبال می‌کند که تا حد ممکن، قرارداد صرفاً با اراده یک طرف مخدوش نگردد. به طور خلاصه می‌توان گفت که حق جبران بدین معناست که شخص تخلف کننده از انجام تعهد، بتواند با حصول شرایط معینی به ترمیم و اصلاح اجرای خود بپردازد.

۱. حقوق داخلی

قانون مدنی از یک طرف با مقرر ساختن ماده ۲۱۹ که ترجمان آیه شریفه «اوفوا بالعقود» (مانده: ۱) است، اصالة اللزوم و استحکام قراردادها را در نظام حقوقی ما به رسمیت شناخته است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳، صص. ۲۲۴-۲۲۷؛ شهیدی، ۱۳۸۳، صص. ۲۵۴-۲۷۴؛ قاسم زاده، ۱۳۹۵، صص. ۱۵۲ و ۱۵۳؛ رهپیک، ۱۳۹۴، صص. ۱۳۲) و از طرف دیگر به موجب همان ماده، هر یک از طرفین در موارد قانونی می‌توانند قرارداد را فسخ کند و موارد فسخ هم عموماً در مبحث خیارات بیان شده است. بنابراین خواستگاه اصلی این مقال در حقوق ایران مبحث خیارات (خیار عیب) می‌باشد.

در حقوق ایران آنچه موجب صعوبت در تحلیل این مسئله می‌شود دو امر است، نخست اینکه هیچ صراحت قانونی در مورد اینکه آیا با انتفای مبنا (تعمیر کالا و رفع ضرر) خیار نیز ساقط می‌شود یا نه، یافت نمی‌شود. علاوه بر این سکوت، عامل دیگری که یافتن پاسخ مسئله را دشوار می‌نماید اتخاذ رویکردهای متفاوت از جانب قانون‌گذار

در مسائل دیگر است. زیرا از یک طرف قانون مدنی در مورد خیار غبن (ماده ۴۲۱ قانون مدنی) معتقد است که پس از حدوث غبن، غابن نمی‌تواند با دادن تفاوت قیمت، از اعمال فسخ مغبون جلوگیری نماید (امامی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۴۹۹)؛ به عبارت دیگر حق فسخ مغبون متأثر از جبران غبن نیست. از طرف دیگر در ماده ۴۷۸ در وضعیتی مشابه، حکمی متفاوت دارد. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده، مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر موجر رفع عیب نماید به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد، مستأجر حق فسخ ندارد». قسمت اخیر ماده بیان شده، در بند ۲ ماده ۱۲ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ مورد تأکید قرار گرفته بود. به موجب این ماده: «در موارد زیر مستأجر می‌تواند صدور حکم به فسخ اجاره را از دادگاه درخواست نماید: ... ۲- اگر در اثنای مدت اجاره عیبی در عین مستأجره حادث شود که آن را از قابلیت انتفاع خارج نموده و رفع عیب مقدور نباشد». حال که اهمیت مسئله در نظام حقوقی ما روشن شد و نیز معلوم گردید که قانون مدنی حکم روشنی برای آن ندارد، لاجرم باید به کلام فقها مراجعه کنیم چراکه حقوق مدنی، چکیده اندیشه این بزرگواران است. از آن جا که در فقه یک تئوری کلی در این مسئله وجود ندارد بلکه فقها مصادیق را جداگانه مطرح و حکم هر مسئله را جزئی بیان کرده‌اند، به‌ناچار ما هم به‌صورت موردی خیار عیب در فرض تعمیر کالا را در دو فرض کالای شخصی و کلی بررسی کرده تا به نتیجه مطلوب برسیم.

۱-۱. خیار عیب در کالای شخصی

به‌موجب این خیار، اگر بعد از معامله آشکار شود که مبیع شخصی معیوب بوده، مشتری می‌تواند مبیع معیوب را با اخذ ارزش قبول نماید یا قرارداد را فسخ کند. سؤال این نوشتار در مورد خیار عیب این گونه مطرح می‌شود که اگر قبل از اعمال خیار، عیب موجود در کالا از بین برود (خواه به خودی خود، خواه در نتیجه فعل فروشنده) یا فروشنده ثانیاً کالایی سالم و منطبق با اوصاف قراردادی تسلیم خریدار نماید، آیا خیار عیب ساقط می‌شود یا اینکه وجود عیب در زمان انعقاد عقد، کافی برای ایجاد و بقای خیار است و استمرار عیب تا زمان اعمال خیار شرط نیست؟ در رابطه با این مسئله در

فقه امامیه سه رویکرد وجود دارد^۱ (رشتی، ۱۴۰۷ق، ص. ۶۶۳) که در ادامه به بیان این سه دیدگاه می‌پردازیم و یک دیدگاه چهارم را نیز در ادامه ذکر می‌کنیم.

۱-۱-۱. دیدگاه اول: سقوط رد و ارش

علامه در تذکره الفقها به این مطلب توجه داشته و معتقد است که اگر مبیع معیوب باشد و عیب چه قبل از علم و چه بعد از علم زایل شود، حق رد ساقط می‌گردد^۲ (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۵۴۱). بعضی در تحلیل کلام وی نوشته‌اند: هر چند کلام ایشان صراحت در سقوط رد دارد ولی ظهورش در این است که ارش نیز ساقط می‌گردد زیرا از یک طرف ایشان زوال عیب، قبل و بعد از علم به وجود عیب را، به زوال عیب قبل از عقد تشبیه کرده است و از طرف دیگر در موضع دیگر و در ضمن مثالی، زوال عیب قدیم را موجب سقوط حق رد و ارش دانسته است. مثال مزبور بدین شرح است: اگر مشتری عیدی خریداری کند و در زمانی که در دست مشتری است نقطه سفیدی در چشم او حادث شود و بعد از حدوث نقطه، مشتری نقطه سفید دیگری که از قبل در چشم او بوده را بیابد. سپس یکی از دو نقطه سفید زایل گردد. در این صورت بین بایع و مشتری اختلاف حاصل شود که نقطه زایل شده آیا نقطه قدیمی است یا نقطه‌ای است که در زمان تصرف مشتری به وجود آمده است؟ مشتری قائل به زوال نقطه جدید و بایع قائل به زوال نقطه قدیمی باشد. اگر قول بایع ثابت گردد مشتری نه حق رد و نه حق ارش دارد و اگر قول مشتری ثابت گردد، مشتری هم از حق رد و هم از حق ارش برخوردار خواهد بود^۳ (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۴۶۴؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص. ۱۳۰). برخی در تقویت این نظر نوشته‌اند: با توجه به انتفای حکمت حکم در صورت زوال عیب (صبر بر عیب موجب ضرر است و حکمت تأسیس خیار دفع ضرر است) و همچنین با توجه به عدم فرق بین ارش و رد از لحاظ سبب ایجاد، هر دو ساقط می‌شوند^۴ (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۸۸).

۱-۱-۲. دیدگاه دوم: سقوط رد بدون سقوط ارش

برخی در ما نحن فیہ معتقدند که قول به ثبوت ارش و سقوط رد قوی‌تر است. دلیل ایشان برای ثبوت رد بدین شرح است که ظاهر ادله رد (خصوصاً اینکه صبر بر عیب

موجب ضرر است)، ردّ معیوب است؛ یعنی ظهور ادله در این است که باید مشتری معیوب را رد کند زیرا معیوب یکی از مشتقات است و مشتق نیز حقیقت در متلبس است. از این رو معیوب، متلبس به عیب را گویند نه آنچه که در زمان قبل معیوب بوده و سپس عیب از آن زایل گشته است. پس در اینجا توهم استصحاب خیار نشود. علت عدم جریان استصحاب این است که استصحاب موضوع می‌خواهد و موضوع در ما نحن فیه مال معیوب است در حالی که پس از زوال عیب، دیگر مال معیوبی وجود ندارد. اما در مورد عدم سقوط ارش، چون علت استحقاق مطالبه ارش، فوت وصف صحت بوده که به سبب عقد در ذمه بایع مستقر گردیده و صحت (رفع عیب از معیوب) نیز در ملک مشتری حادث گردیده است و از طرفی براءت ذمه بایع نیز نیازمند دلیل است که در اینجا مفقود می‌باشد؛ قول به ثبوت ارش و سقوط رد قوی است^۵ (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۶۶۵؛ حسینی شیرازی، بی‌تا، ج ۱۳، ص. ۲۰۷).

به این دیدگاه ایراد شده است، با این استدلال که موضوع ردّ و ارش واحد است. پس یا باید گفت که معیوب فعلی موضوع خیار عیب است که در این صورت نسبت به رد و ارش یکسان است و لازمه آن ارتفاع استحقاق رد و ارش به زوال عیب است و یا اینکه موضوع را معیوب حال عقد قرار دهیم که در این صورت نیز نسبت به هر دو یکسان است و زوال عیب موجب زوال هیچ یک نمی‌شود چون به طور حتم مبیع در حال عقد معیوب بوده است. علت این تفکیک این است که شیخ می‌پندارد ارش بر ذمه مستقر می‌گردد و در صورت شک می‌توان بقای آن را حتی بعد از زوال عیب استصحاب کرد در حالی که متعلق ردّ، عین خارجی است و احتمال دارد که فعلیت عیب در ثبوت حق رد، مداخلت داشته باشد و لذا با زوال عیب نمی‌توان استصحاب کرد. در حالی که این احتمال مردود است زیرا موضوع هر دو عین خارجی است و متیقن از ثبوت هر دو حق، حالت فعلیت عیب است پس در این صورت استصحاب را نمی‌توان نسبت به هیچ کدام جاری نمود^۶ (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۵۹).

۱-۳. دیدگاه سوم: عدم سقوط حق رد و ارش

ظاهر ادله خیار عیب، این است که فاسخ باید آنچه را که معیوب بوده رد نماید و ظاهر آن خصوص معیوب بودن در حال رد نیست هر چند متعلق رد در ادله، معیوب باشد. از

طرف دیگر با زوال عیب، اخذ عنوان معیوب به این دلیل که به سبب مشتق بودن تلبس در عیب دارد مستلزم مجاز نمی‌گردد همچنان که در مثل «السارق و السارقه فاقطعوا ایدیهما» مستلزم مجاز نمی‌گردد اگرچه در حال قطع، متلبس به حالت نخستین یعنی سارق بودن نیست. همچنین اطلاق ادله شامل حالت زوال نیز می‌باشد و استصحاب بقای خیار نیز بدون اشکال است زیرا عیب در نظر عرف در زمره عوارض و احوال است نه مقومات^۷ (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۲۴). واضح است که برای حق رد و ارش، سبب و موضوعی یکسان وجود دارد؛ چون عقد بر معیوب موجب رد است موجب ارش نیز هست. حق ارش یکی از طرفین خیار عیب است بنابراین چگونه ممکن است استحقاق مطالبه ارش وجود داشته باشد ولی رد نباشد^۸ (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۲۵). همچنین، در این فرض هم ارش و هم رد باقی می‌ماند؛ زیرا روایات و ادله موجود اشاره‌ای به سقوط ارش و فسخ در فرض زوال عیب نمی‌کنند و به اصطلاح نسبت به این موضوع اطلاق دارند و همین امر مؤید آن است که وجود عیب به هنگام عقد، برای فسخ و مطالبه ارش کفایت می‌کند^۹ (خویی، بی‌تا، ج ۷، ص. ۱۷۲).

به این دیدگاه نیز چینی ایراد شده است که تمسک به اطلاق روایات در صورتی صحیح است که این روایات در مقام بیان باشند در حالی که این روایات در مقام بیان این امر نیستند که اگر عیب برطرف شد حق فسخ باقی است یا خیر تا بتوان بر مبنای اطلاق آن‌ها حکم به بقای خیار کرد. وانگهی، به واسطه اینکه شک در این مسئله «شک در مقتضی» است، تمسک به استصحاب جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص. ۴۶۵). منظور از مقتضی آن است که بینیم مقدار قابلیت و استعداد بقای موضوع تا چه اندازه است. (محمدی، ۱۳۹۱، ص. ۳۳۲). در فرضی که شک در بقای مقتضی (استعداد بقای موضوع) وجود داشته باشد استصحاب صحیح نیست؛ زیرا یکی از ارکان استصحاب، بقای موضوع است که مسلم نیست. در ما نحن فیه چون با رفع عیب از کالا، بقای خیار مسلم نیست، بنابراین استصحاب خیار نمی‌تواند صحیح باشد. همچنین معیوب یکی از مشتقات است و مشتق نیز حقیقت در متلبس است. از این رو معیوب، متلبس به عیب را گویند نه آنچه که در زمان قبل معیوب بوده و سپس عیب از آن زایل گشته است که در این صورت عنوان معیوب به این دلیل که تلبس در عیب ندارد

مستلزم مجاز می‌گردد. پس در اینجا توهم استصحاب خیار نیز وارد نیست زیرا استصحاب موضوع می‌خواهد و موضوع در ما نحن فیه مال معیوب است در حالی که پس از زوال عیب، دیگر مال معیوبی وجود ندارد. در مورد ارش نیز باید گفت: حق ارش در کنار حق فسخ قرار دارد و چه بسا حق فسخ از آن قوی‌تر هم است و هیچ خصوصیتی در ارش نیست که با سقوط حق فسخ بتوانیم آن را جاری بدانیم. در واقع، در صورت زوال عیب، با توجه به عدم تفاوت بین ارش و حق فسخ از لحاظ سبب ایجاد، هر دو ساقط می‌گردند.

۱-۴. دیدگاه چهارم: سقوط ارش بدون سقوط رد

اگرچه این حالت به صورت یک رویکرد مستقل در کلام قاطبه اجلای از فقیهان مورد اشاره قرار نگرفته است^{۱۰}، اما به عنوان وجهی در مسئله در لا به لای کتب فقهی قابل توجه است. طبق این وجه، سقوط ارش بدین جهت است که موضوع آن مبیع معیوب است و در ما نحن فیه مفروض است که با رفع عیب، عیب از مبیع زایل گردیده است. با زوال عیب، دیگر مبیع متلبس به عیب نیست در نتیجه مبیع معیوب که موضوع تحقق ارش بود، حادث نمی‌گردد؛ لذا ارش ثابت نمی‌شود و برای مشتری جواز مطالبه ارش از بایع تحقق نمی‌یابد. با این حال وجه ثبوت رد و عدم سقوط آن به این جهت است که خیار عیب همانند خیار غبن و رؤیت به حساب این شرط ضمنی ثابت می‌گردد که مبیع در حین عقد صحیحا تملیک شده باشد و چون فرض آن است که مبیع به طور صحیح به مشتری تملیک نشده، بنابراین خیار تخلف شرط (ضمنی) برای مشتری به وجود می‌آید و دلیلی بر سقوط آن پس از ایجاد وجود ندارد. در این حالت، حتی اگر عیب بعد از عقد زایل شود، باز خیار برای مشتری ثابت است زیرا زوال در ملک مشتری و نه بایع حادث گردیده است؛ مانند آنکه زید عبدی را از عمر خریداری کند و شرط ضمنی آن باشد که عبد کاتب باشد ولیکن عبد در حین عقد کاتب نبوده و بعد از عقد کتابت را فراگیرد. در این فرض شبهه‌ای در ثبوت خیار تخلف از شرط برای مشتری وجود ندارد اگرچه عبد کاتب است؛ زیرا کتابت در ملک مشتری و نه بایع حاصل شده و در حین عقد این امر (شرط ضمنی کتابت) مفقود بوده است^{۱۱} (خویی، بی تا، ج ۷، صص. ۱۷۳ و ۱۷۴).

بر این دیدگاه نیز انتقاد وارد است؛ رویکرد فوق در بقای ردّ به خیار تخلف از شرط بازگشت می‌کند نه به خیار عیب؛ زیرا در خیار عیب، عیب ذاتی کالا بوده و در نفس مبیع نقصان یا زیادتی به چشم می‌خورد در حالی که طبق قول بالا مبنای عیب به وجود آمده تخلف از شرطی (ضمنی) است که در عقد حادث گردیده نه آنکه نفس عبد ذاتاً معیوب باشد. به علاوه، در نظرات پیشین منظور از ردّ در نزد فقها خیار عیب بوده است و به همین دلیل بوده که اکثر ایشان این فرض را قسیم نظرات فوق طبقه بندی نکرده‌اند؛ زیرا ظاهراً منظور از بقاء ردّ -با توجه به مثال وارده- در این فرض، بقای خیار تخلف از شرط می‌باشد نه بقای خیار عیب. وانگهی، مستند به روایات موضوع ردّ نیز همچون ارش معیوب فعلی است بدین معنا که موضوع ردّ وقتی ایجاد می‌گردد که مبیع بالفعل متلبس به عیب باشد نه اینکه در حین عقد تلبس به عیب داشته و سپس عیب زایل شده باشد؛ زیرا در قسم اخیر با زوال عیب دیگر در مبیع عیبی وجود ندارد تا مبیع متلبس به آن باشد، بنابراین موضوع ردّ از بین می‌رود و علاوه بر ارش، خیار عیب نیز منتفی می‌گردد.

۱-۱-۵. نظر مختار

از میان چهار نظر موجود در رابطه با انتفای مبنای خیار عیب به وسیله رفع عیب و تأثیر آن در ارش و ردّ، نظر اول (سقوط رد و ارش)، با توجه به نقدهای وارده بر نظر دوم (سقوط رد بدون سقوط ارش) و نظر سوم (عدم سقوط حق ردّ و ارش) و نظر چهارم (سقوط ارش بدون سقوط رد)، اقرب به صواب است. اما از آن جایی موضوع بحث مقاله در مورد سقوط حق فسخ در اثر تعمیر کالا می‌باشد، در ادامه بر روی حق فسخ و نه ارش متمرکز شده و اثر رفع عیب بر حق فسخ را بررسی خواهیم نمود.

به نظر می‌رسد در مواردی که صراحت قانونی دال بر بقای خیار وجود دارد دیگر مجالی برای اجتهاد باقی نمی‌ماند مثلاً در مورد خیار غبن، ماده ۴۲۱ قانون مدنی، تردیدی باقی نمی‌گذارد که حتی بعد از جبران غبن، خیار مغبون ساقط نمی‌گردد. اما در سایر موارد باید اصول و مبانی، مقتضیات و مصالح را در هم آمیخت تا به نتیجه مطلوب رسید. هر چند دیدگاه و استدلال‌های موافقین بقای خیار، قوی و درخور توجه است ولی به نظر ما پذیرش دیدگاه مخالفین بقای خیار و حق فسخ، با اصول و

مقتضیات سازگارتر است. علاوه بر استدلال‌هایی که مخالفین بیان داشته‌اند نکات ذیل در تقویت این نظر قابل ملاحظه می‌باشد.

الف) اصل لزوم به‌عنوان حافظ و نگهبان قراردادها سایه خود را بر سر تمام قراردادها گسترانیده، لذا در تفسیر و تعبیر سایر مقررات باید نگاهی ویژه به این اصل بنیادی گردد. نخستین اثر اصل لزوم قراردادها این است که در صورت تردید در لزوم و جواز عقدی، باید آن را لازم دانست و آثار لزوم را بر آن بار ساخت. از سویی دیگر، بی‌تردید هر زمان که در وجود حق فسخ تردید شود با استناد به اصل لزوم باید وجود حق فسخ را برای یکی از طرفین منتفی ساخت؛ زیرا وجود حق فسخ از سوی یکی از آن‌ها با خاصیت غیر قابل فسخ بودن عقد لازم تعارض دارد که در صورت فقدان دلیل نمی‌توان آن را پذیرفت. در عین حال ممکن است وجود حق فسخ با اجرای اصل عدم که اصل سببی است، منتفی تلقی گردد؛ زیرا به‌موجب اصل عدم، اصل عدم وجود چیزی است تا وجودش ثابت شود به این معنا که همه چیز از عدم به وجود و از نیستی به هستی آمده است و برای اثبات عدم نیاز به دلیل و برهان نیست و این اثبات وجود چیزی است که محتاج دلیل است (محمدی، ۱۳۹۱، ص. ۳۰۰). در واقع به استناد این اصل تا آنجا که امکان پذیر است و هیچ ضرری به طرفین قرارداد وارد نمی‌شود، باید سعی در حفظ قرارداد نمود که یکی از بهترین روش‌های حفظ لزوم قرارداد و عدم استفاده از حق فسخ در جهت ثبات معاملات و اقتصاد، قائل شدن به عدم بقای خیار در صورت رفع عیب از سوی بایع است.

قاعده فوق علاوه بر اصل لزوم قراردادها استثنایی بودن حق فسخ را هم مطرح می‌کند و اینکه در حقوق ایران مستفاد از مواد ۲۱۹، ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی حق فسخ آخرین راه چاره می‌باشد، همیشه باید راه حلی مورد استفاده قرار گیرد که بقای قرارداد را مورد حمایت قرار داده و از جنبه استثنایی فسخ دوری گزینند. در این بین استناد به آیه مبارکه «أوفوا بالعقود» هم ما را به‌سوی نظریه عدم وجود حق فسخ و اصل لزوم قراردادها سوق می‌دهد. این است که برخی از فقیهان (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۴، صص. ۵۷۱-۵۷۲) در ما نحن فیه اصل لزوم عقود و اکتفاء به قدر متیقن در احکام استثنایی نظیر حق فسخ را از جمله دلایل طرفداران نظریه زوال خیار برمی‌شمرند.^{۱۲}

ب) استفاده از حق فسخ برای رفع ضرر از شخص متضرر می‌باشد و اصولاً فلسفه وجودی خیار رفع ضرر است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۵، ص. ۲۹۶). چنان که گفته شد در جایی که ضرر منتفی باشد، دیگر استفاده از خیار فسخ محلی از اعراب ندارد و در چنین حالتی اگر شخص ذی الخیار از حق فسخ خویش استفاده کند نوعاً سو استفاده از حق بوده و ممنوع می‌باشد (اصل ۴۰ قانون اساسی). در این اوضاع و احوال اجرای حق فسخ به واسطه از بین رفتن ضرر منتفی است چراکه ضرر باقی نخواهد بود تا متضرر بخواهد با اجرای خیار آن را دفع کند؛ لذا همان قاعده لاضرر که موجب پیدایش حق فسخ بود در این شرایط مانع اجرای آن می‌شود. زیرا اجرای آن موجب ایراد ضرر ناروا به طرف مقابل خواهد شد (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۹). در مورد خیار عیب اگر فروشنده، عیب موجود در مبیع را به حد کمال مرتفع سازد به طوری که مطلوب خریدار از بیع حاصل گردد در این صورت اعتقاد به بقای خیار با قاعده لاضرر سازگار نمی‌باشد. از همین روست که قانون‌گذار در ماده ۴۷۸ قانون مدنی بیان می‌دارد: «... اگر موجد رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد، مستأجر حق فسخ ندارد». در بند ۲ ماده ۱۲ قانون روابط موجد و مستأجر نیز بیان شده بود که صدور حکم به فسخ اجاره از سوی دادگاه منوط به این است که رفع عیب مقدور نباشد.

ج) برای سقوط خیار می‌توانیم به قاعده فقهی «اذا زال المانع عاد الممنوع» (لنگرودی، ۱۳۸۱، ص. ۷۷۴؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، صص. ۲۵ و ۸۳) نیز استناد کنیم. قاعده مذکور یک قاعده عقلی بوده و مستندی از ناحیه کتاب و سنت ندارد ولی از جمله قواعدی است که غالباً مورد قبول علماء و حقوق‌دانان اسلامی قرار گرفته است. در توضیح قاعده باید گفت: هر مانعی که تأثیر در چیزی می‌کند در مقابل خود، امر متأثری دارد که آن را ممنوع نامیده‌اند. همان طور که مؤثر بدون متأثر وجود ندارد، مانع بدون ممنوع هم دیده نمی‌شود. دو نوع مانع می‌توان تصور نمود:

۱- مانعی که بیشتر در مسائل قضایی نمود دارد و به کلی ممنوع خود را از بین می‌برد و فرصت حیات مجدد را از دید قضایی به آن نمی‌دهد. برای مثال اگر دادرسی قبلاً در مورد موضوع دعوی اقامه شده به‌عنوان دادرسی یا داور یا کارشناس یا گواه

اظهار نظر کرده باشد، دیگر نمی‌تواند درباره همان موضوع رسیدگی نماید (ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی).

۲- نوع دوم از مانع که غالباً در مسائل حقوقی نمود دارد، مانعی است که به‌طور کلی ممنوع خود را از بین نمی‌برد و مجال زندگی حقوقی مجدد برای او می‌گذارد. به عبارت دیگر تأثیر مانع به‌طور موقتی بوده و پس از مدتی اگر مانع برطرف شود، ممنوع به حال سابق خود باز می‌گردد. برای مثال اگر کسی عقد ضمان موقت ببندد و در مدت عقد ضمان، ضامن بدهی خود را نپردازد و در این مدت مضمون له طلب خود را از ضامن مطالبه نکند، پس از این مدت فقط می‌تواند طلب خود را از مضمون عنه مطالبه کند. در مدت عقد ضمان هر چند که ذمه مضمون عنه فارغ شده بود اما این فراغ ذمه جنبه موقت داشت و عاملی که مانع مطالبه از مدیون اصلی بود همانا عقد ضمان موقت بود که با سپری شدن عمر مانع، ممنوع (دین مدیون اصلی) به حال سابق بر عقد ضمان بر می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، صص. ۴۳۴ و ۴۳۵).

طریق استناد به قاعده مذکور برای اثبات مدعا این گونه است که اصل اولیه در قراردادهای لزوم است، اما عواملی مثل حدوث عیب مانعی برای اعمال این اصل بوده و موجبی برای اعطای حق فسخ می‌گردند اما با رفع مانع (رفع عیب) ممنوع (لزوم) باز می‌گردد.

د) قانون‌گذار فقط در بحث خیار غبن (ماده ۴۲۱ قانون مدنی) انتفای موجب خیار را سبب اسقاط خیار ندانسته و در بقیه موارد سکوت اختیار کرده است. با چند مقدمه می‌توان از این رویکرد قانون‌گذار برای اثبات مدعای خود استفاده کرد.

اولاً نمی‌توان حکم مندرج در ماده مذکور را به خیار عیب تسری داد، چون خیار عیب از جهت شرایط ایجاد و تأثیر آن بر عقد با خیار غبن متفاوت است، لذا بدیهی است که از ملاک ماده مذکور نمی‌توان قاعده‌ای عام برای تمام خیارات من جمله خیار عیب تأسیس نمود و گفت که با استناد به این ماده، از بین بردن مبنای خیار (رفع عیب) تأثیری در زوال خیار نخواهد داشت.

ثانیاً اگر قانون‌گذار در مقام تأسیس قاعده‌ای عام بود می‌بایست این مسئله را در بحث احکام خیارات به‌طور کلی (مواد ۴۴۵ تا ۴۵۷ قانون مدنی) بیان می‌کرد یا اینکه

بعد از تبیین هر یک از خيارات - همچون خيار غبن - موضع خود را راجع به مسئله تحقیق در همان خيار تصریح می‌کرد در حالی که به هیچ یک از این دو روش متوسل نشده است.

ثالثاً به دو دلیل نمی‌توان ادعا کرد که قانون‌گذار از امکان حدوث انتفای مبنای خيار (رفع عیب) آگاه نبوده است؛ نخست از ریشه بحث در فقه و تعدد اقوال و دیدگاه‌ها و دوم موضع‌گیری کردن در خيار غبن که جملگی حکایت از علم قانون‌گذار به مسئله مورد بحث دارد.

رابعاً نمی‌توان ادعا کرد که عدم سقوط خيار با انتفای مبنای آن (رفع عیب) آن قدر بدیهی است که نیاز به وضع قاعده ندارد، زیرا پاسخ آن این است که اگر امری مسلم و بدیهی می‌بود نمی‌بایست اقوال متکثر متفاوت، راجع به آن وجود داشته باشد و نیز اگر امری مسلم و بدیهی می‌بود، نیازی به تصریح آن فقط در باب خيار غبن وجود نداشت. اکنون با توجه به مقدمات فوق می‌توان به نتیجه‌ای مطلوب رسید و گفت اینکه قانون‌گذار از دو دیدگاه موجود در فقه آگاه بوده و تأسیس قاعده نیز ضرورت داشته و نظر مخالف را (عدم سقوط خيار با انتفای مبنای آن) منحصر به خيار غبن کرده و این بدان معنی است که در مورد خيار غبن در مقام بیان بوده و در بقیه موارد من جمله خيار عیب سکوت اختیار کرده است، لذا سکوت در مقام بیان بوده و می‌تواند دلیل بر پذیرش دیدگاه سقوط خيار با انتفای مبنای آن در خيار عیب باشد.

ه) بحث تخلف مشروط علیه نسبت به اجرای مفاد مشروط، نظر مشهور فقهای امامیه و ضمانت اجرای پیش‌بینی شده قانون ایران (مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی) ابتدائاً درخواست اجرای تعهد توسط مشروط له از مشروط علیه و الزام حاکم به اجرای تعهد و نهایتاً در صورت عدم امکان الزام، به منظور دفع ضرر مشروط له برای او حق فسخ ایجاد می‌شود. با الغاء خصوصیت از ملاک مواد مذکور و تسری آن به موضوع مقاله حاضر می‌توان گفت که چنانچه متعهد قبل از هر کس اقدام به جبران نقض تعهد خویش نموده و مبنای وجود خيار را از بین ببرد، لذا به طریق اولی باید قائل به تداوم عقد و نبود حقی برای متعهد له جهت فسخ قرارداد باشیم.

ز) هرگاه متخلف از اجرای تعهد یا طرف ناقض قرارداد (من علیه الخيار) اقدام به برطرف نمودن نقایص اجرای قرارداد نموده و علت و مبنای تحقق خیار را از بین ببرد به طوری که دیگر ضرر غیر متدارک وجود نداشته باشد، در این صورت بنای عقلا و عرف رایج وجود حق فسخ برای متعهد له را بر نمی‌تابد و حکم به بقای خیار را ظالمانه و ناعادلانه تلقی می‌کند.

۲-۱. خیار عیب در کالای کلی

بعضی از فقهای امامیه (ر.ک: خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۲۸) بر آن‌اند که مبیع کلی پس از تسلیم، به صورت عین خارجی در می‌آید و هرگاه آنچه تسلیم شده معیوب باشد مشتری می‌تواند عقد را فسخ و یا آن را قبول نموده و ارزش مطالبه نماید^{۱۳}. بر این دیدگاه انتقاداتی به شرح ذیل صورت گرفته است. اولاً در این حالت مبیع معیوب نیست، بلکه فرد موفی به معیوب است و عیب فرد موفی به اقتضای جریان خیار عیب در اصل بیع را به دنبال نخواهد داشت مگر اینکه تعذر در تبدیل فرد ایفاء شده با فرد دیگر به وجود آید که در این صورت خیار تعذر تسلیم به وجود خواهد آمد^{۱۴}. به علاوه فرد مقبوض در بیع کلی مبیع نیست تا سخن از جریان خیار عیب در آن شود؛ زیرا فرد مقبوض یک مصداق از مصادیق مبیع است و نه خود آن؛ لذا با دفع مصداق معیب، مبیع معیب نخواهد شد و چون مبیع معیب نیست، خیار عیب در آن جریان ندارد. وانگهی اخبار وارده در جریان خیار عیب در بیع، صریح در مبیع شخصی هستند نه مبیع کلی (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۷۰). وانگهی این قول که تعیین فردی از افراد بیع کلی موجب خروج مبیع از حالت کلی به شخصی شده و موجب برائت ذمه بایع می‌گردد نیز صحیح نمی‌باشد زیرا قلب ماهیت معاوضه کلی به معاوضه بر فرد خارجی محال است به دلیل آنکه این امر مستلزم تحقق معلول بدون علت می‌شود. همچنین فسخ وفاء ربطی به فسخ بیع ندارد^{۱۵} (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۷، ص. ۱۸۶). بنابراین، نهایت چیزی که در ما نحن فیه می‌توان گفت این است که: بیع کلی در حقیقت دو عقد است: یکی تعهد به تملیک افراد کلی و دیگری تملیک آن افراد به وسیله تسلیم به مشتری. بنابراین چنانچه افراد تملیک شده به مشتری، معیوب درآید مشتری حق فسخ عمل تملیک را فقط خواهد داشت. در این صورت پس از فسخ آن، تعهد که عقد اصلی

می‌باشد باقی است و بایع باید افراد دیگری را که خالی از عیب است تملیک کند لذا موجبی برای فسخ عقد نخواهد بود (امامی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۰۴).

در نتیجه، اگر کالا کلی فی الذمه باشد هرگاه مشتری پس از اقباض، آن را معیوب یافت مسترد می‌دارد و فرد دیگری از کلی که سالم باشد مطالبه می‌نماید، زیرا کالای معیوب اگرچه در اثر تسلیم به مشتری ظاهراً تملیک شده است و مانند عین خارجی جلوه می‌کند ولی پس از کشف آنکه در حین تسلیم معیوب بوده، معلوم می‌گردد که در حقیقت تملیک حاصل نشده است و دین به عهده بایع باقی است و باید فردی را که از عیوب سالم باشد به مشتری بدهد تا ذمه‌اش بری شود (امامی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۰۳). این است که ماده ۲۷۹ قانون مدنی می‌گوید: «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلائی آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی‌تواند بدهد».

۲. اسناد بین‌المللی

۲-۱. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

مفهوم، حدود و ثغور نهاد امکان تعمیر کالا از سوی فروشنده و چگونگی جمع بین این حق و امکان فسخ قرارداد توسط خریدار که در ماده ۴۸ کنوانسیون آمده است، یکی از بحث برانگیزترین موضوعات و مباحث هم در جریان مذاکرات مقدماتی و هم کنفرانس سیاسی وین بود (Neumayer & Ming, 1993, p. 340). بحث بر سر این نکته بود که راجع به تعارض میان حق فسخ خریدار و تعمیر و رفع نقص کالا از سوی فروشنده، چگونه باید داوری کرد؟

در قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی ۱۹۶۴ لاهه، این تعارض به نفع مشتری حل شد؛ بدین ترتیب که در بند ۱ ماده ۴۴ آمده بود: «فروشنده حق تعمیر و رفع نقص کالا را با رعایت شرایطی دارد مگر اینکه مشتری قرارداد را فسخ کرده باشد» (داراب پور، ۱۳۷۴، ص. ۱۸۸). این قید «مگر اینکه» در ماده ۴۸ کنوانسیون حذف شد و همانند سایر مواردی که به لحاظ دشواری تأمین نظر اکثریت کشورهای شرکت کننده در کنفرانس و حصول توافق راجع به آن‌ها از تعیین تکلیف صریح آن خودداری و همچنان در بوته ابهام و حتی گاه تعارض باقی گذارده شد، در اینجا نیز با ارجاع به ماده ۴۹ کنوانسیون^{۱۶}

و حذف قید صریحی که در کنوانسیون ۱۹۶۴ لاهه وجود داشته است، از اعلام روشن حکم موضوع امتناع و با تدوین متن راه را برای ارائه تفاسیر و تعبیر مختلف باز گردانیده است (داراب پور، ۱۳۷۴، ص. ۱۸۸). در ماده ۴۸ چنین می‌خوانیم: «با رعایت ماده ۴۹، بایع می‌تواند حتی پس از موعد تسلیم، هر نوع قصور در ایفای تعهد را به هزینه خود جبران نماید به شرط آنکه بتواند این کار را بدون تأخیر غیر معقول و بدون اینکه موجب زحمت غیر معقول مشتری شود انجام دهد و باعث عدم اعتماد مشتری نسبت به بازپرداخت هزینه‌هایی که مشتری به صورت پیش پرداخت انجام داده است، نشود. مع‌هذا هر نوع حق مطالبه خسارت برای مشتری، به ترتیبی که در این کنوانسیون مقرر شده است، محفوظ خواهد بود...» حال پرسش قابل طرح این است که منظور از پذیرش چنین حقی برای فروشنده با رعایت ماده ۴۹ چیست؟

در تفسیر ماده ۴۸ کنوانسیون و ارتباط آن با ماده ۴۹ نظریه‌ها و راه‌حل‌های مختلفی ارائه شده است که در این بخش به طرح و نقد آن‌ها می‌پردازیم:

۲-۱. نظریه‌های مطروح و نقد آن‌ها

الف) چون به موجب صراحت ماده ۴۸ اعمال حق تعمیر و رفع نقص از سوی فروشنده، منوط به رعایت حق فسخ خریدار در ماده ۴۹ شده است، برداشت معقول و متعارف از این ماده اقتضا دارد همین که خریدار به دلیل نقض اساسی قرارداد در صدد اعمال حق فسخ خود در اجرای ماده ۴۹ است، دیگر فروشنده نتواند اجرای حق خود را در تعمیر کالا بخواهد (Yove, 2005, p. 13). در واقع در این نظریه یک نوع حق تقدم برای مشتری پذیرفته می‌شود (Neumayer & Ming, 1993, p. 341) و حق فسخ مشتری بر حق اصلاح فروشنده مقدم می‌گردد. (صفایی؛ کاظمی؛ عادل؛ میرزائزاد، ۱۳۹۰، ص ۱۷۰) چنان چه فروشنده بتواند با اقدام به رفع نقص یا تعمیر کالا و انتفای مبنای ایجاد حق فسخ، تصمیم خریدار دایر بر فسخ را بی‌اثر سازد، قید مندرج در صدر ماده ۴۹ واقعاً فایده خود را از دست خواهد داد (Heuze, 1995, p. 308). البته برای جلوگیری از اعمال سریع و شتاب‌زده حق مذکور در ماده ۴۹ از سوی خریدار، با وجود امکان و انتظار معقول تعمیر و رفع نقص کالا، شاید تحت پاره‌ای شرایط بتوان اعمال فسخ

توسط خریدار را بر خلاف اصل حسن نیت که لزوم رعایت آن در بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون آمده است، تلقی و آن را غیر موجه به شمار آورد. اگر طبق این نظر در کنوانسیون نوعی حق تقدم و اولویت برای مشتری در اعمال حق فسخ به وجود آمده باشد، چه دلیلی وجود داشت که تدوین کنندگان کنوانسیون از درج عبارت مشابه بند ۱ ماده ۴۴ قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی (۱۹۶۴ لاهه) که صراحتاً به این حق تقدم اشاره کرده بود، در کنوانسیون وین خودداری کنند؟ آیا جز این است که آنان با این حذف و ابهامی که ایجاد کرده‌اند، هدف دیگری را دنبال می‌کردند؟

ب) برای ارزیابی اساسی بودن یا نبودن نقضی که مشتری به استناد آن می‌خواهد قرارداد را فسخ کند، باید اقدام به رفع یا تعمیر مطرح شده از سوی فروشنده را قبل از اعمال فسخ خریدار مد نظر قرار داد: اگر فروشنده دستگاه‌هایی را تحویل خریدار دهد که مطلقاً کارکرد مورد نظر را ندارند، نقض بی‌گمان اساسی است، لیکن چنان چه فروشنده اقدام به تعمیر کالا یا جایگزینی آن کند و مبنای ایجاد حق فسخ را منتفی نماید، نقض آن صرفاً یک تأخیر در اجرا تلقی می‌شود که شایسته توصیف به‌عنوان نقض اساسی نیست (Heuze, 1995, p. 308).

تفسیر مزبور این ایراد را دارد که بسیار نامطمئن بوده و مناسب روابط حقوقی در عرصه تجارت بین‌الملل نیست؛ زیرا به‌موجب این نظریه، نقض اساسی به دلیل اقدام بایع مبنی بر تعمیر کالا به نقض غیر اساسی تبدیل می‌شود و دو مرتبه ممکن است به جهت عدم اجرای صحیح این اقدام، واجد وصف اساسی گردد. این تغییر در وصف نقض به‌گونه‌ای است که ثبات و امنیت حقوقی را در حوزه تجارت بین‌الملل مخدوش می‌سازد (داراب پور، ۱۳۷۴، ص. ۱۹۸-۱۹۹).

ج) اقدام به تعمیر یا رفع نقص از سوی فروشنده و انتقای مبنای ایجاد خیار توسط او، منطبق با دیدگاه پیشین وصف نقض را تغییر نمی‌دهد بلکه وصف شدت نقض و در نتیجه اعمال حق فسخ را معلق می‌سازد. در واقع اقدام فروشنده به تعمیر کالا، به‌طور موقت ویژگی شدید و مهم بودن را از نقض می‌گیرد؛ وقتی دستگاهی که تحویل می‌شود مطابق با کارکرد مورد توافق عمل نمی‌کند و در نتیجه فعالیت خریدار را با

اختلال مواجه می‌سازد، قطعاً این نقض به خودی خود اساسی است اما اگر فروشنده در مدت زمان بسیار کوتاهی که از مهلتی که مشتری برای تهیه و خرید دستگاه مشابه از محل دیگر نیاز دارد، تجاوز نخواهد کرد، آن را تعمیر کند، اثر نقض معلق می‌شود؛ ماده ۴۸ موقتاً امکان فسخ قرارداد به‌موجب ماده ۴۹ را از بین می‌برد؛ اقدام فروشنده در اجرای ماده ۴۸ به‌طور کلی ویژگی اساسی بودن را از نقض سلب نمی‌کند، بلکه تا حدی امکان استناد به فسخ قرارداد را معلق می‌سازد (Audit, 1999. P. 130). البته ناگفته نماند هیچ صاحب نظری مدعی نشده است که با اقدام فروشنده به تعمیر و رفع نقص کالا در مهلت معقول و بدون تحمیل زحمت و هزینه غیر متعارف، خریدار به‌طور کلی حق فسخ خویش را از دست می‌دهد (Nicolas, 1989, p. 224; Les guillons, 1995, p. 224)؛ امری که در صورت پذیرش، قید مذکور در ماده ۴۸ را کاملاً بیهوده می‌سازد.

این نظر نیز از استحکام کافی برخوردار نبوده و در تعارض با ظاهر کنوانسیون است؛ زیرا در بند ۲ ماده ۴۸ کنوانسیون آمده است که بایع می‌بایست از مشتری درخواست نماید تا نظرش را در این خصوص که آیا ایفای تعهد مبنی بر تعمیر کالا توسط بایع را خواهد پذیرفت یا نه اعلام نماید. بنابراین اگر مشتری به درخواست بایع پاسخ منفی دهد و بخواهد از حق فسخ خود استفاده کند، برای بایع حق جبرانی باقی نمی‌ماند. آنچه از این قسمت بر می‌آید این است که نظرخواهی از مشتری برای پذیرش یا عدم پذیرش جبران، دال بر اختیار او دارد و این گونه نیست که به‌صرف پیشنهاد فروشنده و بدون نظر مشتری، امکان استناد به فسخ قرارداد توسط مشتری معلق گردیده و موقتاً امکان فسخ به‌موجب ماده ۴۹ را از بین برد.

۲-۱-۲. نظریه‌های پیشرفته

الف) می‌توان بین موردی که فروشنده قبل از اعلام فسخ توسط خریدار اقدام معقولی برای تعمیر و رفع نقص کالا انجام می‌دهد و فرضی که این امر پس از اعلام فسخ خریدار صورت می‌گیرد تفاوت قائل شویم: در فرض نخست، چنانچه اقدام فروشنده واجد شرایط مقرر در ماده ۴۸ نظیر «بدون تأخیر نامعقول» یا «بدون مزاحمت نامعقول» باشد، خریدار علی‌الاصول ملزم به پذیرش آن است. زیرا در غیر این صورت، عمل او

ممکن است بر خلاف اصل حسن نیت مذکور در ماده ۷ و قاعده لزوم کاهش خسارت مندرج در ماده ۷۷ کنوانسیون تلقی شود، مگر اینکه وی برای ردّ این اقدام بایع دلایل مشروع و معقولی داشته باشد. در واقع هنگامی که قبل از اعلام فسخ قرارداد، اقدام به تعمیر کالا توسط بایع صورت می‌گیرد، خریدار نمی‌تواند با فسخ، آن را بی‌اثر سازد. باید برای ردّ این اقدام دلیل معقول و منطبق با اصل حسن نیت ارائه دهد. مانند موردی که تعمیر مزبور، سبب ورود خسارت غیر معقول و گزاف می‌شود یا مستلزم صرف زمان زیادی است که بر خلاف اهداف و منافع عمده مورد انتظار مشتری و فوریت امر می‌باشد. لکن در فرض دوم یعنی هنگامی که خریدار به دلیل تحقق نقض اساسی یا انقضای مهلت اضافی تعیین شده برابر بند ۱ و ۲ ماده ۴۹، اختطاریه فسخ می‌فرستد، فروشنده برای بی‌اثر ساختن آن نمی‌تواند اقدام به تعمیر و رفع عیب کالا نماید. در واقع وقتی شرایط فسخ موجود بود و خریدار نیز از حق فسخ خویش بهره برد، قرارداد پایان می‌یابد و دیگر در عالم اعتبار و از نظر حقوقی چیزی باقی نمی‌ماند تا اقدام فروشنده مبنی بر ترمیم کالا بتواند آن را ابقاء کند (میرزائزاد، ۱۳۸۵، ص. ۹۵).

ب) ماده ۴۸ در مقام بیان حق تعمیر و رفع نقص کالا از سوی فروشنده و تحمیل آن بر خریدار، با رعایت شرایط مندرج در این ماده، صرفاً ماده ۴۹ یعنی «فسخ قرارداد» را مستثنی کرده است. یعنی از میان طرق متعدد جبران زیان‌های ناشی از نقض که در اختیار خریدار است^۷، نظیر مطالبه خسارت، تقلیل ثمن، فسخ و مطالبه کالای جایگزین، صرفاً فسخ را جدا ساخته است. معنای آن روشن است؛ در واقع قلمرو هر یک از این دو نهاد (حق فسخ خریدار و تعمیر کالا از سوی فروشنده) به‌طور مشخص تعیین شده است. هنگامی که مشتری به دلیل ارتکاب نقض اساسی قرارداد یا به جهت انقضای مهلت اضافی تعیین شده حق فسخ پیدا می‌کند و می‌خواهد از این حق بهره برد، حق فروشنده برای تعمیر و رفع نقص، قابلیت استناد ندارد اما وقتی نقض اساسی نیست یا مشتری به‌رغم اساسی بودن نقض می‌خواهد از سایر ضمانت‌های اجرایی پیش بینی شده نظیر تقلیل ثمن یا مطالبه کالای جایگزین استفاده کند، حق فروشنده برای تعمیر و رفع عیب بر این حقوق خریدار مقدم است. البته مطالبه خسارت ناشی از نقض توسط مشتری، منافاتی با حق بایع در تعمیر کالا ندارد؛ همچنان که در قسمت اخیر

ماده ۴۸ کنوانسیون نیز بدان اشاره شده است. پس می‌توان گفت که حق تعمیر کالا از سوی فروشنده بر حق تقلیل ثمن یا مطالبه کالای جایگزین توسط خریدار، تقدم دارد و در واقع فروشنده می‌تواند با پیشنهاد رفع عیب کالا، درخواست احتمالی خریدار برای تقلیل ثمن یا مطالبه کالای جایگزین را بی‌اثر سازد. اما حق تعمیر کالا مانع از اعمال و اجرای حق فسخ مشتری در فرض تحقق نقض اساسی یا انقضاء مهلت اضافی تعیین شده نخواهد بود (میرزائزاد، ۱۳۸۵، ص. ۹۷).

۲-۲. اصول تجاری بین‌المللی

اصول تجاری بین‌المللی بر خلاف کنوانسیون شرایط و آثار جبران را به‌طور واضح بیان نموده و هیچ ابهامی در این باره به جا نگذاشته است. در ماده ۴-۱-۷ که در مورد جبران عدم اجرای تعهد از سوی طرف متخلف است، مقرر شده است که:

۱- طرف مسئول عدم اجرا به هزینه خود می‌تواند هر عدم اجرایی را جبران کند مشروط بر اینکه: الف) بدون تأخیر غیر موجه اختطاری مبنی بر نحوه پیشنهاد جبران عدم اجرا و زمان بندی آن به طرف دیگر بدهد. ب) اقدام جبرانی مزبور در اوضاع و احوال مورد نظر مناسب باشد. ج) طرف زیان دیده نفع مشروعی در رد اقدام جبرانی مزبور نداشته باشد. د) اقدام جبرانی بلافاصله انجام شود.

۲- حق جبران عدم اجرای تعهد با اخطار فسخ قرارداد از بین نمی‌رود.

۳- در صورت اخطار مؤثر برای جبران عدم اجرا، حقوق طرف متضرر که ناهماهنگ با اجرای تعهد از سوی طرف مقصر است، تا انقضای زمان جبران، معلق می‌شود.

۴- طرف زیان دیده می‌تواند تا زمان جبران عدم اجرا از انجام تعهداتش خودداری کند.

۵- با وجود جبران عدم اجرا، طرف زیان دیده حق خود را برای مطالبه خسارت ناشی از تأخیر و نیز خسارت ناشی از جبران یا صدماتی که جبران نیز آن را برطرف نکرده، حفظ می‌کند.

همان‌طور که ملاحظه گردید در بند یک، چهار شرط برای به وجود آمدن حق جبران ذکر شده است. در صورتی که هر چهار شرط مهیا باشد، طرف مسئول عدم اجرا

می‌تواند به حق جبران استناد نماید. اما بندهای بعدی که آثار استناد به حق جبران را بیان می‌کنند، از اهمیت بسیاری برخوردار هستند. بر خلاف کنوانسیون به موجب بند ۲ ماده مذکور طرفی که تعهدش را انجام نداده و اکنون شرایط به گونه‌ای است که حق جبران دارد، نیازی ندارد تا رضایت طرف متضرر را برای پذیرش جبران جلب کند، بلکه طرف متضرر مکلف است تا در این موارد جبران را بپذیرد (Chengwei, 2003, p. 144). همان گونه که در تفسیر ماده مزبور بیان شده است: اگر طرف زیان دیده طبق بند ۱ ماده ۳-۷ قصد فسخ قرارداد را داشته باشد، اخطار فسخ قرارداد در پی یک اخطار مؤثر و قانونی جهت جبران عدم اجرای تعهد، معلق می‌گردد. اگر عدم اجرای تعهد جبران شود اخطار فسخ قرارداد نیز فاقد اثر عملی می‌شود. از طرف دیگر، اگر زمان اقدام بر جبران سپری گردد و عدم اجرای اساسی تعهد جبران نشود، فسخ قرارداد واجد اثر قانونی می‌گردد (اخلاقی، ۱۳۸۶، ص. ۳۵۶).

همچنین مطابق بند سوم ماده فوق‌الذکر، طرف متضرر نمی‌تواند از ضمانت اجراهایی استفاده کند که با حق جبران طرف مقصر ناسازگار است مثل دادن اخطار فسخ قرارداد یا انعقاد معاملات معارض. با وجود این اگر طرف مسئول عدم اجرای تعهدش را به طور موفقیت آمیزی جبران کند، مطابق با بند پنجم مسئول هر صدمه و زیانی است که قبل از جبران در نتیجه عدم اجرای تعهد ایجاد شده است. به علاوه، مسئول هر ضرر و زیانی است که ناشی از خود اقدام جبرانی است.

جمع بندی و نتیجه گیری

از بررسی‌های انجام گرفته نتایج ذیل به دست می‌آید:

۱- در فقه و حقوق ایران می‌بایستی میان حدوث عیب در عین کلی و شخصی تفاوت گذارد. در بیع کلی چنانچه کالا معیوب باشد اساساً حق فسخ برای خریدار پذیرفته نمی‌شود؛ در این حالت هرگاه مشتری پس از اقباض مبیع کلی را معیب یافت، می‌تواند آن را مسترد کند و فرد دیگری از کلی که سالم باشد را مطالبه نماید. در بیع شخصی اگر با تعمیر کالا توسط بایع عیب به طور کامل مرتفع گردد به گونه‌ای که هیچ ضرر غیر متدارکی وجود نداشته باشد، ادله‌ای نظیر اصل لزوم، لا ضرر، اذا زال المانع عاد الممنوع و بنای عقلا و عرف سلیم مانع حق فسخ خریدار خواهد شد.

۲- به نظر می‌رسد از منظر کنوانسیون در صورتی که اقدام فروشنده در ارتفاع مبنای ایجاد خیار واجد شرایط مقرر در ماده ۴۸ یعنی «بدون تأخیر و مزاحمت نامعقول» باشد، خریدار ملزم به پذیرش آن بوده و نمی‌تواند اصرار بر فسخ داشته باشد زیرا این امر بر خلاف اصل رعایت حسن نیت در ماده ۷ و روح کلی ماده ۷۷ دایر بر لزوم کاهش خسارت دارد.

یادداشت‌ها

۱. «زوال العیب قبل العلم به بل بعده قبل الرد. و قد صرح العلامة «قده» بأنه فی کلا صورتین مسقط لحق الرد، بل الظاهر منه سقوط الأرش أيضاً. و لشرح الکلام فی المقام لا بد أن یقال: أن فی المقام وجوها ثلاثة، أحدها: عدم سقوط الرد و الأرش. ثانيها: سقوط الرد دون الأرش. ثالثها: سقوطهما جميعاً» (رشتی، ۱۴۰۷ق، ص. ۶۶۳).

۲. «لو كان المبيع معيباً عند البائع ثم اقتضه و قد زال عيبه فلا رد لعدم وجبه و سبق العيب لا یوجب خياراً كما لو سبق علی العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۵۴۱).

۳. «هو صریح فی سقوط الرد و ظاهر فی سقوط الأرش - كما لا یخفی علی المتأمل خصوصاً مع تفریغه فی موضع آخر قبل ذلك عدم الرد و الأرش معاً علی زوال العيب حيث قال لو اشترى عبداً أو حدث فی ید المشتري نکتة بیاض فی عینه و وجد نکتة قديمة ثم زالت إحداهما فقال البائع الزائلة هی القديمة فلا رد و لا أرش و قال المشتري بل الحادثة و لی الرد» (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۴۶۴).

۴. «أقول الإنصاف عدم الفرق بین الردّ و الأرش و دعوی استقرار الثانی بالعقد دون الأوّل كما ترى و ظهور الدلیل فی ردّ ما هو متلبس بالعيب مشترك الورد فإناً نقول بالنسبة إلى الأرش أيضاً كذلك خصوصاً مع أن الأرش غرامة لا یثبت إلّا بعد مطالبة و التحقیق سقوطهما معاً للظهور المذكور مضافاً إلى إمكان دعوی الانصراف بملاحظة حکمة الحكم و هو ضرر الصبر علی المعيب فإنّ حکمة قد تكون منشأً للانصراف كما لا یخفی» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۸۸).

۵. «ففی سقوط الرد بزوال العيب وجه لأنّ ظاهر أدلة الرد خصوصاً بملاحظة أن الصبر علی العيب ضرر هو رد المعیوب و هو المتلبس بالعيب لا ما كان معیوباً فی زمان فلا یتوهم هنا استصحاب

الخيار. و أما الأرض فلما ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصحة عند العقد فقد استقر بالعقد خصوصا بعد العلم بالعيب و الصحة إنما حدثت في ملك المشتري فبراءة ذمة البائع عن عهدة العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليل فالقول بثبوت الأرض و سقوط الرد قوى لو لم يكن تفصيلا مخالفا للإجماع و لم أجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده» (انصارى، ١٤١١ق، ج ٢، ص. ٤٦٥).

٦. «لا يخفى أن موضوع الردّ و الأرض و موردهما الذى يردان عليه واحد فإن جعلنا الموضوع المعيوب الفعلى كان هو الموضوع فى المقامين و لازمه ارتفاع استحقاق الردّ و الأرض جميعا بزوال العيب و إن جعلنا الموضوع المعيوب حال العقد كان هو الموضوع فى المقامين فكان زوال العيب بعد العقد كلا زواله فى ثبوت الحقين و كان منشأ التفكيك هو تخيل أن مورد ثبوت الأرض هو الذمة و هذا باق فصحّ لنا استصحاب اشتغال الذمة به بعد زوال العيب و هذا بخلاف معروض الردّ الذى هو العين الخارجيّة و قد احتمل دخل فعليّة العيب فى ثبوت الحقّ و معه كيف يستصحب بعد زوال العيب و يدفعه أن موضوع كليهما هو العين الخارجيّة و المتيقّن من ثبوت كلّ من الحقين هو حالة فعليّة العيب فإذا احتمل دخل فعليّة العيب لم يجز استصحاب شيء منهما» (ابروانى، ١٤٠٦ق، ج ٢، ص. ٥٩).

٧. «بل ظاهرها ردّ ما كان به العيب، بل لو فرض كون الردّ فى الدليل متعلّقا بالمعيوب، لم يكن ظاهرا فى خصوص ما هو المعيوب حال الردّ، لقوّة احتمال أنّه بلحاظ حال تلبّيه بالعيب، أخذ هذا عنوانا له، و لا يلزم مجاز، بناء على كون المشتق حقيقة فى خصوص من تلبّس، و ان زال عنه العيب حين الردّ، كما لا يلزم فى مثل «و السارقُ و السارقةُ فأقطعوا أيديهما» و «لا ينال عهدى الظالمين» و ان لم يكن متلبّسا بالمبدء حال القطع و النيل، و ذلك لان الإطلاق يعمّ حال الزوال، فاستصحاب الخيار بلا إشكال، ضرورة ان العيب يعد عرفا من العوارض و الأحوال، لا من المقومات، فتأمل جيدا» (خراسانى، ١٤٠٦ق، ص. ٢٢٤).

٨. «لا يخفى اتحاد الردّ و الإمساك مع الأرض سببا و موضوعا، فلو كان العقد على المعيب موجبا لاستقرار المطالبة بالأرض، لكان موجبا لاستحقاق الردّ، و ذلك لبداهه ان العقد لم يوجب خصوص الأرض، بل إنّما أوجبه لأجل أنّه ضميمه أحد طرفى الخيار، فكيف يكون العقد على المعيب موجبا لاستقرار المطالبة، دون استقرار الاستحقاق. و ما ذكره من ظهور أدلة الردّ، خصوصا بملاحظة انّ الصبر على المعيب ضرر، لو سلّم، فهو بعينه جار فى الأرض، فالقول بالتفصيل بين الأرض و الردّ، لا

وجه له أصلا، كما ان القول بثبوتهما، كما كان في غاية الوجاهة للإطلاق، و الاستصحاب، لو قيل باشتراط ظهور العيب، على ما مرّت الإشارة إليه غير مرّة» (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۲۵).

۹. «فان الرد و الأرش قد ثبتا في الروايات معا من أنه إذا كان المبيع معيوباً كان له الرد و الأرش على نحو التخيير... التحقيق أن يقال بثبوت الرد و الأرش كليهما و ان زال العيب بعد العقد» (خویی، بی تا، ج ۷، ص. ۱۷۲).

۱۰. همان طور که در تقسیم بندی محقق رشتی در ابتدای مقاله اشاره شد و در آن تنها به سه نظر اول اشاره شده بود.

۱۱. «بأن يسقط الأرش دون الرد أما سقوط الأرش فمن جهة ما عرفت من كون موضوعه هو المبيع المعيوب و الفرض أن العيب قد زال عنه فلا يثبت للمشتري جواز مطالبة الأرش من البائع فلا وجه لثبوت الأرش بوجه. و أما ثبوت الرد و عدم سقوطه فمن جهة أن خيار العيب كخيار الغبن و الرؤية انما هو ثابت بحسب الشرط الضمني على كون المبيع صحيحاً حال العقد و المفروض أنه غير صحيح فيكون له خيار تخلف الشرط فلا دليل على سقوطه بعده و ان كان العيب زائداً بعده فإنه انما زال في ملك المشتري دون البائع كما إذا اشترى زيد عبداً من عمرو فاشترط عليه أن يكون العبد كاتباً و لكن لم يكن كاتباً حال العقد و قد تعلّم الكتابة بعده فإنه لا شبهة في ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري، و ان كان كاتباً الا أنه انما حصل في ملك المشتري دون البائع» (خویی، بی تا، ج ۷، صص. ۱۷۳ و ۱۷۴).

۱۲. «قد وجه جماعة سقوطه بأن الأصل اللزوم فيقتصر فيما خالفه على المتيقن المجمع عليه» (حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، صص. ۵۷۱-۵۷۲).

۱۳. «أن الكلي إذا تعين بالفرد فيكون مصبّ البيع ذلك الفرد فيصدق أنه مبيع معيب و فيه ما هو واضح من المنع هذا مع أن الأخبار كلّها ظاهرة أو صريحة في المبيع الشخصي» (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۲۸).

۱۴. «جریان خيار العيب في الكلي أيضا إذا كان الفرد المقبوض معيباً إمّا مطلقاً أو في الجملة و لا وجه له كما عرفت إذ المبيع ليس معيباً بل الفرد الموفى به معيب و هذا لا يقتضي الخيار في أصل البيع إلا إذا تعدّر الإبدال فيكون حينئذ من باب خيار تعدّر التسليم بعد فسخ الوفاء» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۷۰).

۱۵. «لأن تعيين الكلي الذمی فی الفرد یوجب خارجیة الكلی الذمی و براءة الذمة و أما انقلاب المعاوضة إلى الفرد الخارجی فهو محال لأنه من تحقق المعلول بلا علة ورد الوفاء لا ربط له برد البیع» (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۷، ص ۱۸۶).

16. subject to article 49, The seller may even after the date for delivery, remedy at his own expense any failure to perform his obligations, if he can do so without unreasonable delay and without causing the buyer unreasonable inconvenience...

۱۷. ماده ۴۵ مقرر می‌دارد: «هرگاه بائع در ایفای هر یک از تعهدات خود طبق قرارداد یا این کنوانسیون، کوتاهی بکند؛ مشتری می‌تواند: الف) حقوق مقرر در مواد ۴۶ تا ۵۲ را اعمال نماید. ب) به ترتیب مقرر در مواد ۷۴ تا ۷۷ مطالبه خسارت کند...».

کتابنامه

اخلاقی، بهروز (۱۳۸۶). اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، مترجم). تهران: شهر دانش.

اصغری، آقمشهدی (۱۳۸۷). بررسی تطبیقی حق درخواست تعمیر کالا از سوی خریدار در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران. فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، ۴۹، ۱۲۱-۱۴۴.

امامی، سید حسن (بی‌تا). حقوق مدنی. تهران: اسلامیة.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۱ق). کتاب المکاسب. قم: منشورات دار الذخائر.

ایروانی، علی بن عبدالحسین (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶). دانشنامه حقوقی. تهران: انتشارات امیر کبیر.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.

حسینی روحانی، سید صادق (۱۴۲۹ق). منهاج الفقاهة. قم: انوار الهدی.

حسینی شیرازی، سید محمد (بی‌تا). ایصال الطالب إلى المکاسب. تهران: منشورات اعلمی.

حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (بی‌تا). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- خویی، سید ابو القاسم (بی تا). *مصباح الفقاهة*. بی جا: بی نا.
- رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۷ق). *فقه الإمامیه قسم الخیارات*. قم: کتابفروشی داوری.
- رهپیک، حسن (۱۳۹۴). *حقوق قراردادها*. تهران: انتشارات خرسندی.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحكام*. قم: مؤسسه المنار.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۳). *اصول قراردادها و تعهدات*. تهران: انتشارات مجد.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقهاء*. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- قاسم زاده، مرتضی (۱۳۹۵). *مختصر قراردادها و تعهدات*. تهران: انتشارات دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
- کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی (۱۳۵۹). *کشف الغطاء*. نجف: تحریر المجله المکتبه المرتضوی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۱). *مبانی استنباط حقوق اسلامی*. تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران.
- میرزائزاد، اکبر (۱۳۸۵). تاثیر درخواست تعمیر کالا از سوی فروشنده در اعمال حق فسخ خریدار. *پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی*، (۱)، ۸۵-۱۱۲.
- هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه های معتبر جهان (۱۳۷۴). *تفسیری بر حقوق بیع بین الملل (کنوانسیون ۱۹۸۰ وین)* (مهراب داراب پور، مترجم). تهران: انتشارات گنج دانش.
- یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۱ق). *حاشیه مکاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- Audit, B (1990). *La vente Internationale de marchandises*, Paris: LGDI.
- Heuze, V (1995). *La vente Internationale de marchandises*. Paris: GLNJOLY.
- Les guillons, H (1995). *Contrats Internationales*. Paris: ???.
- Liu, Chengwei (2003). *Remedies in international sales*. ???: ??? .

