

مطالعه تطبیقی فروش خودیاری

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱/۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۶/۲۱

سیدمهدی موسوی*

احمد امیر معزی**

احمد حسنی کارمزدی***

چکیده

یکی از ضمانت‌های اجرای غیرقضایی که در برخی سیستم‌های حقوقی بکارگیری شده نهاد فروش خودیاری است، این نهاد به منظور دفع ضرر از یک طرف قرارداد که از اقدام طرف دیگر متضرر گردیده پیش‌بینی شده است، به عبارت دیگر وقتی در یک رابطه قراردادی یک طرف نسبت به تعهداتی که در مقابل طرف دیگر قرارداد دارد مرتکب تخلف شود و شخص زیان دیده مال متخلف را در اختیار داشته باشد، این نهاد این اجازه را به متضرر می‌دهد تا در موارد مشخص به طور قانونی به منظور جبران ضررهای خود اقدام به فروش مال طرف متخلف نماید. این نهاد هم در نظام حقوقی ایران و هم در اصول حقوق قراردادهای اروپا به رسمیت شناخته شده است، اما نه به عنوان اصلی کلی و فقط در مواردی قابلیت بکارگیری دارد که از سوی قانون حاکم بر قرارداد پیش‌بینی شده باشد، در فقه امامیه نزدیک‌ترین نهاد به فروش خودیاری قاعده تقاص است، به نظر می‌رسد این قاعده را بتوان مبنایی برای نهاد فروش خودیاری در فقه امامیه شناخت.

واژگان کلیدی: «فروش خودیاری»، «ضمانت اجرای غیرقضایی»، «تبدیل سهام»، «تقاص»، «امتناع از پذیرش حق».

* دانش‌آموخته کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران.
(نویسنده مسئول)
Smehdimusavi@yahoo.com

** استادیار مؤسسه آموزش عالی ادیب مازندران، ساری، ایران.
Studentresarch.moezzi@gmail.com

*** دانشجوی کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل، بابل، ایران.
Ahmadhasanik@yahoo.com

مقدمه

امروزه تبادلات بازرگانی میان کشورهای مختلف با گسترش چشمگیری رو به پیشرفت است. این تبادلات به صورت رابطه بازرگانی میان تجار (دولتی یا غیردولتی) این کشورها شکل می‌گیرد. با به وجود آمدن این روابط، این موضوع دغدغه‌هایی را نیز برای اشخاص دخیل در آن ایجاد می‌نماید، چرا که عرصه تجارت همواره با تلاطم همراه است مخصوصاً که نوع رابطه؛ بازرگانی خارجی بوده و یک یا چند طرف آن از ملیت‌های مختلف باشند، به همین دلیل برای مستحکم‌تر شدن روابط بازرگانی و ایجاد اطمینان در تجار، وجود ضمانت اجراهای مناسب و کارآمد می‌تواند عامل اطمینان بخش در این روابط باشد. یکی از این ضمانت اجراها که در عرصه تجارت در نظام‌های حقوقی به‌کارگیری شده است «فروش خودیاری»^۱ می‌باشد. در تعریف خودیاری آورده شده: «جبران خسارت کردن یا اجرای حق شخصی (با استفاده از اقدامی) خارج از رعایت تشریفات قانونی عادی» (By the Editors of Nolo & N. Hill & T. Hill, 2009, p.384). نهاد خودیاری انواع مختلفی دارد، فروش خودیاری نیز نوعی از آن محسوب می‌شود، در این مقاله از انواع نهاد خودیاری فقط فروش خودیاری مورد بررسی و مطالعه قرار می‌گیرد. نهاد «فروش خودیاری» همان‌طوری که از عنوانش مشخص است اقدامی است از سوی شخص متضرر، تا به وسیله آن از ضررهایی که از اعمال دیگری بر وی تحمیل شده رهایی یابد، اقدامی که در اینجا متضرر با به‌کارگیری آن از ضررهای خود جلوگیری به عمل می‌آورد فروش کالای طرف مقابل می‌باشد. به عبارت دیگر متضرر با به فروش رساندن کالای شخص دیگری که مرتکب تخلف شده، از خود دفع ضرر می‌نماید، البته این فروش بدون لزوم مراجعه به قوای عمومی صورت می‌گیرد (اصغری آقمشهدی و موسوی، ۱۳۸۴، ص ۱۶). با توجه به مطالب فوق، فروش خودیاری را می‌توان این‌گونه تعریف نمود: «حقی است که به یک طرف قرارداد که از تخلف طرف دیگر متضرر شده اعطا می‌گردد تا با فروش کالای متخلف که در اختیار دارد از خسارات بیشتر جلوگیری و ضررهای خود را جبران نماید» (اصغری آقمشهدی و موسوی، ۱۳۸۴، ص ۱۶). همان‌طوری که از تعریف اخیر برمی‌آید، نهاد فروش خودیاری از پنج شرط تشکیل می‌شود که به ترتیب عبارتند

از: نهاد پایه، تخلف مالک کالا، تسلط متضرر بر مال متخلف، ضرر، وسیله دفع ضرر. منظور از نهاد پایه قرارداد می‌باشد، چرا که این قرارداد است که باعث ارتباط میان فروشنده خودیاری و مالک متخلف می‌گردد در نتیجه نمی‌توان این نهاد را در خصوص رابطه‌های ناشی از قواعد حقوقی اعمال کرد. دومین شرط، وجود تخلف است (نقض قرارداد) یعنی حتماً یکی از طرفین قرارداد باید از وظایف قراردادی (تعهد قراردادی) که براساس قرارداد به وی محول شده تخطی نماید، تا نگهدارنده برای جبران آن اقدام به فروش کالا نمایند، البته این تخطی شکل‌های مختلف دارد. سومین شرط، تسلط متضرر بر مال طرف متخلف است، چرا که وی باید کالای طرف دیگر را در اختیار داشته باشد تا بتواند آن را به فروش برساند. فروشنده خودیاری باید کالای طرف دیگر قرارداد را در اختیار داشته باشد یا از وجود اسنادی در دست وی این تسلط فهمیده شود یا اینکه به وسیله‌ای بتواند بر مال دیگری تسلط پیدا کند. شرط چهارم، وجود ضرر است، تا ضرری نباشد دفع آن ممکن نیست، در اینجا صرف عدم اجرای تعهد (نقض تعهد قراردادی) به وسیله متعهد از سوی قانون‌گذار دلیلی بر ورود ضرر به طرف مقابل فرض شده است. پس باید ضرر (نقض قرارداد) به طرف قراردادی که کالای طرف مقابل را در اختیار دارد وارد شود تا وی بتواند آن ضررها را با فروش کالا جبران نماید، البته وسیله دفع ضرر در این نهاد بسیار مهم می‌باشد، چرا که تنها وسیله‌ای محسوب می‌شود که این نهاد برای دفع ضرر ارائه می‌دهد و عامل تمایز این نهاد با نهادهای دیگر است. پس بر اساس این نهاد نگهدارنده فقط با فروش کالای طرف دیگر قرارداد باید از خود دفع ضرر نماید (موسوی، ۱۳۹۲، ص ۴۷). پس در صورتی که نهادی این پنج شرط را داشته باشد در واقع نوعی فروش خودیاری می‌باشد.

شایان ذکر است که نهاد فروش خودیاری ماهیتاً نوعی ضمانت اجرا می‌باشد چرا که می‌خواهد ضررهای یک طرف قرارداد را به وسیله فروش کالای طرف دیگر (متخلف) جبران نماید. البته این ضمانت اجرا همان‌طوری که از عنوانش پیداست نوعی ضمانت اجرای غیرقضایی می‌باشد چون این نهاد بدون مراجعه به دادگاه و قوای عمومی می‌خواهد از طرف زیان دیده دفع ضرر نماید (اصغری آقمشهدی و زارعی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۳). در این نهاد، مالی که به فروش می‌رود متعلق به فروشنده نیست، اما وی

می‌تواند پس از فروش از عایدات حاصل از آن کلیه هزینه‌ها و خسارات خود را کسر نماید. در صورتی که میزان عایدات حاصل از فروش از میزان خسارات و هزینه‌های وارده بیشتر باشد باقیمانده برای مالک می‌باشد و در مقابل در صورتی که میزان این هزینه‌ها و خسارات از میزان عایدات حاصل از فروش بیشتر باشد فروشنده نسبت به باقیمانده طلب می‌تواند طرح دعوا نماید.

یکی از مهم‌ترین اقداماتی که توسط «کمیسیون حقوق خصوصی اروپا»^۲ در راستای متحد نمودن ساختار «حقوق قراردادهای» پس از سال‌ها مطالعه و تحقیق صورت گرفته مجموعه قواعدی تحت عنوان «اصول حقوق قراردادهای اروپایی»^۳ می‌باشد. این مجموعه قواعد به عنوان یک قانون فراملی می‌تواند به عنوان «قانون حاکم بر قرارداد» در روابط بازرگانی میان تجار حاکم شود، لذا شناخت نهادهای این قواعد فراملی نه تنها از نظر پژوهشی بلکه از لحاظ عملی نیز بسیار مفید و کاربردی می‌باشد. با توجه به اینکه اکثر نهادهای موجود در حوزه «حقوق قراردادهای» چه در نظام حقوق ایران و چه در این قواعد فراملی بر مبنای تحلیل‌های عقلانی استوار است لذا بررسی تطبیقی این موضوعات امکان‌پذیر بوده و این امر اقدامی پویا در راستای اعتلاء و گسترش علم حقوق که یکی از اصلی‌ترین محور پویندگی آن، منتشر نمودن مقالات تطبیقی و آشنایی حقوقدانان با عرصه‌ها و نظریات دیگر نظام و قواعد فراملی است برداشته می‌شود. همچنین یافتن مشابهت میان نهادهای موجود در این قواعد فراملی و نهادهای موجود در نظام حقوق قراردادهای در حقوق ایران و مطالعه آن موضوع در فقه امامیه (به عنوان ریشه بسیاری از نهادهای حقوق قراردادهای در حقوق ایران) عملی مترقی در شناخت و تبیین نهادهای حقوقی در حوزه «حقوق قراردادهای» خواهد بود. با توجه به مطالب بالا، مقاله حاضر از سه قسمت تشکیل شده است. در قسمت نخست به بحث پیرامون نهاد فروش خودیاری در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم و در قسمت دوم نهاد فروش خودیاری را در فقه امامیه مورد بررسی قرار داده و در فصل آخر این نهاد را در اصول حقوق قراردادهای اروپایی مورد تحلیل و بررسی قرار می‌دهیم.

۱. فروش خودیاری در حقوق ایران

مطابق قاعده کلی مقرر در ماده ۲۴۷ قانون مدنی فروش مالی که به غیر تعلق دارد

صحیح و قانونی نمی‌باشد، و ضمانت اجرای عدم نفوذ برای آن پیش‌بینی شده است. این قاعده اصلی مسلم در حقوق ایران می‌باشد و اگر قرار باشد در مواردی این اصل اجرا نگردد، قانون‌گذار است که باید مشخص نماید در چه موارد و با چه شرایطی این قاعده کلی را نباید اجرا نمود. یکی از این موارد که قانون‌گذار آن را استثناء بر ممنوعیت فروش مال غیر قرار داده نهاد فروش خودیاری می‌باشد، مطابق این نهاد در مواردی که قانونگذار اجازه داده شخص متضرر می‌تواند به فروش مال دیگری اقدام نماید. فروش خودیاری در حقوق ایران دارای مصادیق متعددی است، برای مثال می‌توان از نهاد حق فروش سهام برای وصول باقی مانده مبلغ اسمی سهام در شرکت سهامی، پیش‌بینی شده در ماده ۳۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت و حق فروش سهامی که برای تبدیل سهام به شرکت ارائه نشده که در ماده ۴۵ همان قانون آمده و نهاد حق فروش مال التجاره به وسیله حق‌العمل کار که ماده ۳۷۲ قانون تجارت پیش‌بینی شده و نهاد حق فروش کالا از سوی متصدی حمل و نقل در ماده ۳۸۴ قانون تجارت، نام برد. در زیر فقط یکی از مصادیق فوق یعنی حق فروش سهامی که برای تبدیل سهام به شرکت ارائه نشده را بررسی می‌نماییم.

وقتی ارکان تصمیم‌گیرنده شرکت سهامی (اساسنامه شرکت یا مجمع عمومی فوق‌العاده شرکت)^۴ مطابق ماده ۴۳ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت بنا بر هر علتی قصد داشته باشند سهام بی‌نام خود را به سهام بانام تبدیل نمایند، مطابق ماده ۴۴ همان قانون باید تشریفات و اقداماتی را صورت دهند، این ماده مقرر می‌دارد: «در مورد تبدیل سهام بی‌نام به سهام بانام باید مراتب در روزنامه کثیرالانتشاری که آگهی‌های مربوط به شرکت در آن نشر می‌گردد سه نوبت هر یک به فاصله پنج روز منتشر و مهلتی که کمتر از شش ماه از تاریخ اولین آگهی نباشد به صاحبان سهام داده شود تا برای تبدیل سهام خود به مرکز شرکت مراجعه کنند. در آگهی تصریح خواهد شد که پس از انقضای مهلت مزبور کلیه سهام بی‌نام شرکت باطل شده تلقی می‌گردد». منظور از سهام بانام سهامی است که به شخص معینی تعلق دارد و نام او روی ورقه سهم یا در دفتر سهام شرکت ثبت شده است البته ممکن است در روی ورقه سهم نام شخص معینی ذکر شود یا اینکه فقط به ذکر «سهام بانام» اکتفا گردد (ستوده تهرانی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۶۵). در تعریف سهام بی‌نام آورده شده: «سهمی است که ورقه راجع به آن متضمن نام صاحب

سهام نیست، بلکه به صورت سند در وجه حامل تنظیم می‌شود» (اسکینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۷۰). هر گاه پس از منقضی شدن مهلت داده شده به صاحبان سهام برخی از سهام جهت تبدیل به شرکت بازنگشته باشد (تخلف) مطابق قسمت اخیر ماده ۴۴ و صدر ماده ۴۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت این سهام باطل شده تلقی و برابر تعداد آن سهام بانام صادر می‌شود و شرکت این اختیار را دارد که با رعایت شرایطی آن‌ها را به فروش (وسیله دفع ضرر) رساند. در زیر مواردی که شرکت سهامی اقدام به فروش سهام سهامدار خود می‌نماید و شرایطی که شرکت برای این فروش رعایت کند و در آخر آثار این فروش را بررسی می‌کنیم.

۱-۱. موارد فروش سهام در تبدیل سهام

وقتی شرکت سهامی اقدام به تبدیل سهام بی‌نام به سهام بانام می‌نماید باید تمامی تشریفات و شرایط مقرر در ماده ۴۴ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت را رعایت نماید، در این مرحله دو امکان وجود دارد یا سهامدار قبل از انقضای مهلت به مرکز شرکت مراجعه کرده و با پذیرش تبدیل سهام، سهام بی‌نام خود را تحویل داده و معادل آن سهام بانام دریافت می‌کند و نامش در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت می‌شود و یا در مهلت مزبور به مرکز شرکت مراجعه نمی‌کند یا مراجعه کرده اما از پذیرش تبدیل سهام امتناع می‌نماید (تخلف)، در صورت اخیر که سهامدار به تبدیل سهام اقدام نمی‌نماید شرکت حق خواهد داشت تا سهام وی را بدون اجازه وی به صورت قانونی به فروش رساند.

۲-۱. شرایط فروش سهام در تبدیل سهام

برای اینکه شرکت سهامی بتواند به طور قانونی سهام متعلق به غیر (سهامدار) را به فروش برساند و این فروش دارای آثار قانونی باشد باید شرایطی را که قانون مقرر داشته رعایت نماید، این شرایط در زیر آورده می‌شود:

الف. نوع فروش: شرکت موظف است مطابق روشی که ماده ۴۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مقرر می‌دارد اقدام به فروش سهام نماید، مطابق این ماده در صورتی که سهام مزبور در بورس پذیرفته شده باشد باید از طریق بورس و در غیر این صورت باید از طریق حراج به فروش رساند. البته باید توجه داشت که در

لایحه جدید قانون تجارت در خصوص نحوه فروش تغییر بزرگی را صورت گرفته، این مقرر در ماده ۴۲۰ فروش از طریق بازار خارج از بورس را جایگزین فروش از طریق حراج کرده است.

ب. آگهی حراج: مطابق ماده ۴۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت آگهی حراج حداکثر تا یک ماه پس از انقضای مهلتی که به سهامداران برای تبدیل سهام داده شده فقط یک نوبت در روزنامه‌ای که آگهی‌های شرکت در آن نشر می‌گردد منتشر می‌شود. در لایحه جدید قانون تجارت هیچ تشریفات در خصوص فروش پیش‌بینی نشده است.^۵

ج. فاصله میان آگهی حراج و تاریخ حراج: فاصله زمانی میان نشر آگهی و تاریخ حراج باید حداقل ده روز و حداکثر یک ماه باشد، یکی از مواردی که قانون‌گذار در آن احتیاط زیادی می‌کند بحث نظارت بر فروش می‌باشد، چرا که با این اقدام قرار است سهام سهامدار به دیگری منتقل و از سهامدار سابق سلب مالکیت شود، علاوه بر این با توجه به اینکه عایدات حاصل از فروش به سهامدار سابق تعلق دارد به منظور حمایت از نفع وی دقت زیادی در این تشریفات نموده است. در خصوص رعایت این تشریفات اداره حقوقی قوه قضائیه نظریه مشورتی شماره ۷/۶۶۲۴ مورخ ۱۳۷۶/۱۰/۶ ارائه داده، این نظر مقرر می‌دارد: «ضمانت اجرای عملیات و اقدامات منظور در ماده ۴۴ قانون شرکت‌های سهامی، بطلان سهام بی‌نام شرکت است که هیچ ارتباطی با ماده بعدی آن قانون ندارد. بدین معنی اگر آگهی موضوع ماده ۴۵ راجع به حراج سهام باقیمانده به هر علتی منتشر نگردد، صرفاً متوجه وضعیت سهام بلا تکلیف است و اثری در حکم ماده ۴۴ ندارد تا موجبی برای تجدید آگهی موضوع ماده اخیر باشد»^۶ (آزادپور، ۱۳۹۵، ص ۶۴). همان‌طوری که در بالا مورد اشاره قرار گرفت، در لایحه جدید قانون تجارت هیچ مقرره‌ای در خصوص تشریفات فروش در نظر گرفته نشده است.

د. تجدید حراج: مطابق قسمت اخیر ماده ۴۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت هرگاه در حراجی نوبت اول سهام به فروش نرسد، حراجی تا دو نوبت تجدید خواهد شد.

هم سپردن مازاد در حساب بانکی: مطابق ماده ۴۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت شرکت در ابتدا از حاصل فروش هزینه‌های فروش و دیگر هزینه‌ها را کسر و پس از آن موظف است مبلغ مازاد را در حساب بانکی بهره‌داری بسپارد و در صورتی که سهام به فروش نرسد مطابق تبصره ماده ۴۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت شرکت موظف است سهام بانام جدید را تا مراجعه سهامدار نگهداری نماید، درخصوص مراجعه سهامدار تبصره ماده ۴۶ مقرر می‌دارد: «... هرگاه پس از تجدید حراج مقداری از سهام به فروش نرسد صاحبان سهام بی‌نام که به شرکت مراجعه می‌کنند به ترتیب مراجعه به شرکت اختیار خواهند داشت از خالص حاصل از فروش سهامی که فروخته شده به نسبت سهام بی‌نام که در دست دارند وجه نقد دریافت کنند و یا آن که برابر تعداد سهام بی‌نام خود سهام بانام تحصیل نمایند و این ترتیب تا وقتی که وجه نقد و سهم فروخته نشده هر دو در اختیار شرکت قرار دارد رعایت خواهد شد». در ماده ۴۲۲ لایحه جدید قانون تجارت به جای «حساب بانکی بهره‌دار» از «صندوق دادگستری» به‌کارگیری شده است و شرکت موظف است وجه حاصل از فروش را به صندوق دادگستری واریز نماید و رسید واریز را به دادستان شهرستان اقامتگاه شرکت تحویل دهد.

۳-۱. آثار فروش سهام در تبدیل سهام

آثاری که فروش سهام توسط شرکت دارد به قرار زیر است:

الف. منظور نمودن هزینه‌ها: وقتی شرکتی به تبدیل سهام اقدام می‌کند و برخی سهامداران جهت تبدیل به شرکت مراجعه نمی‌کنند، شرکت بر اساس مقرر ماده ۴۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت این حق را دارد که سهام این سهامداران را به فروش رساند، این اقدامات اضافی که شرکت در نتیجه عدم مراجعه سهامدار صورت می‌دهد هزینه‌هایی را موجب می‌شود، در خصوص این هزینه‌ها (مثل هزینه آگهی فروش یا هزینه کارگزار بورس و هزینه حراج و غیره) ماده ۴۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مقرر داشته که بر عهده سهامداران متخلف می‌باشد، چرا که این هزینه‌ها ناشی از عدم مراجعه ایشان بوده است. در لایحه جدید قانون تجارت علاوه بر هزینه‌های مذکور در بالا، مقرره پیش‌بینی شده در ماده ۴۲۲ لایحه، شرکت

را موظف کرده تا مالیات نقل و انتقال سهام را نیز از حاصل فروش کسر نماید و این هزینه نیز بر عهده سهامدار سابق قرار می‌گیرد.

ب. تعلق باقیمانده فروش به سهامدار سابق: مطابق ماده ۴۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مازاد حاصل از فروش پس از کسر هزینه‌ها، متعلق به سهامدار می‌باشد، این ماده شرکت را موظف کرده تا آن را در حساب بانکی بهره‌داری بسپارد. برخی نویسندگان در این خصوص معتقدند: «در نظام فعلی حقوق ایران، مازاد مذکور باید به حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار بانکی واریز شود» (عیسائی تفرشی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۸۸). علاوه بر این با توجه به تحولات صورت گرفته «در نظام فعلی حقوق ایران، «سود سپرده» جایگزین «بهره سپرده» شده است» (عیسائی تفرشی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۸۸). اگر سهامدار شرکت تا قبل از انقضای مرور زمان ده‌ساله از تاریخ فروش سهام به شرکت مراجعه نماید می‌تواند مبلغ سپرده شده و بهره آن را به دستور شرکت و از طرف بانک دریافت دارد، اما اگر در این مدت مراجعه ننماید مبلغ سپرده شده و بهره آن در حکم مال بلاصاحب بوده و باید از طرف بانک و با اطلاع دادستان شهرستان به خزانه دولت منتقل شود، ضمناً باید توجه داشت که «حاصل فروش سهام بی‌نام مخصوص دارنده آن نیست و هر دارنده سهم بی‌نام، در صورت مراجعه می‌تواند از آن استفاده نماید» (حسنی، ۱۳۸۷، ص ۷۴). در ماده ۴۲۲ لایحه جدید قانون تجارت شرکت موظف است مبلغ حاصل از فروش را پس از کسر موارد مقرر به صندوق دادگستری واریز و رسید آن را به دادستان شهرستان محل اقامتگاه شرکت تسلیم نماید، و سهامدار سابق برای دریافت وجه حاصل از فروش باید به دادستان مراجعه کند. همان‌طوری که مشخص است در قسمت اخیر ماده ۴۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مقرر شده که پس از مراجعه سهامدار مبلغ واریز شده در بانک باید با دستور شرکت به وی پرداخت گردد اما در لایحه جدید قانون تجارت نقش شرکت پس از واریز به صندوق دادگستری کاملاً پایان می‌پذیرد.

۲. فروش خودیاری در فقه امامیه

در خصوص اینکه آیا نهاد فروش خودیاری در فقه امامیه نیز دارای مبنا می‌باشد باید

توجه داشت که همان طوری که در فصل قبل گفته شد در حقوق ایران مطابق ماده ۲۴۷ قانون مدنی فروش مال غیر از ممنوعیت برخوردار بوده، ریشه این مقرر قانونی در فقه امامیه است. در فقه فروش مال غیر ممنوع می باشد (مکی عاملی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۰۷؛ حلی، ۱۴۱۱ق، ص ۹۶؛ طوسی، بی تا، ص ۳۸۵)، لذا در صورتی که دنبال مصادیق فروش خودیاری در فقه هستیم، باید به دنبال مواردی باشیم که فقها فروش مال غیر را اجازه داده اند. در میان نهادهای مختلفی که در فقه وجود دارد به نظر می رسد نزدیک ترین نهاد به فروش خودیاری قاعده تقاص باشد. در زیر ابتدا به معرفی و شناخت قاعده فقهی تقاص پرداخته سپس این قاعده را به منظور یافتن مبنایی برای نهاد فروش خودیاری مورد بررسی قرار می دهیم.

۲-۱. شناخت قاعده فقهی تقاص

در تعریف تقاص آورده شده «تملك مال كسى به قصد يكجانبه به اذن قانون عليه ممتنع از اداء يا مماطل» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۹۵). اما تعریف ارائه شده از سوی این نویسنده کامل نمی باشد، چرا که تمام صورت های این نهاد را در بر نمی گیرد. به زبان ساده می توان گفت هرگاه شخصی از دیگری طلبکار باشد و مدیون پرداخت دین را انکار کند یا از پرداخت آن امتناع نماید و او با عمل یکجانبه ای مال خود را که در اختیار دیگری است برداشت نماید و یا در صورتی که مال مدیون از جنس طلب او نیست یا طلب وی دینی باشد پس از فروش، طلب خود را بگیرد (محسنی، ۱۳۹۰، ص ۱۵۷). ماهیت قاعده تقاص ایقاع دانسته شده است (ایزائلو و میرشکاری، ۱۳۸۹، صص ۳۱-۳۲). این قاعده این قابلیت را دارد که هم نسبت به حق عینی و هم نسبت به حق دینی اعمال شود، چه این حق از اعمال حقوقی ناشی شده باشد یا از وقایع حقوقی نشأت بگیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۰۳). مطابق این قاعده در صورتی که حق عینی باشد و گرفتن همان مال مورد حق بدون مشقت امکان پذیر باشد تقاص کننده حق ندارد از مال دیگر مدیون استیفاء حق نماید، در صورتی می توان از مال دیگر مدیون استیفاءی حق کند که دستیابی به خود مال اصلی ممکن نباشد. این محدودیت در مورد حق دینی وجود ندارد و می توان از هر مال مدیون حق را اعمال کرد (ایزائلو و میرشکاری، ۱۳۸۹، صص ۳۷ و ۳۸). در هر دو

صورت اخیر تقاص کننده می تواند با فروش (وسیله دفع ضرر) مال تقاص شونده طلب خود را از عایدات حاصل از فروش کسر نماید (قمی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۶۸). در نتیجه لزومی به وحدت جنس نیست. برای اینکه امکان اعمال این قاعده وجود داشته باشد شرایطی به قرار زیر لازم است:

۱- حق در عالم ثبوت وجود داشته باشد و تقاص کننده به این موضوع علم داشته باشد به عبارت دیگر اصل حق نباید از نظر حکمی (اصل حق یا محدوده آن) تردیدی در مشروعیت آن وجود داشته باشد و اگر مدیون نزد حاکم برای برائت خود سوگند خورده باشد چون با سوگند حق از عالم ثبوت ساقط می شود دیگر تقاص جایز نیست.

۲- مالی که قرار است مورد تقاص قرار گیرد نباید حق غیر به آن تعلق گرفته باشد.

۳- وجود تعذر شرط است خواه این تعذر ناشی از انکار اصل حق باشد یا مماطل باشد یا ادعای سقوط حق را نماید یا بدهکار غائب باشد همچنین تقاص کننده نسبت به این تعذر علم داشته باشد.

۴- در خصوص اینکه آیا شخص بدهکار باید در زمان تقاص زنده باشد یا اینکه از مال شخص فوت شده نیز می توان تقاص کرد اختلاف نظر است.

۵- در اینکه آیا می شود از اموال مدیون مفلسی که دیونش بیش از دارایی اش هست امکان تقاص وجود دارد اختلاف نظر وجود دارد.

۶- تقاص کننده نتواند به صورت عادی و با توسل به قوای عمومی به حق خود برسد.

۷- در خصوص لزوم اذن حاکم دو نظر وجود دارد، اکثریت بر این عقیده هستند که اذن حاکم برای اجرای تقاص لازم نیست (ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۸۹، صص ۳۷-۴۲).

در خصوص آثار تقاص باید گفت با اعمال این قاعده، تقاص کننده مالک مال مورد تقاص یا قیمت ناشی از فروش آن می شود و مالکیت وی نسبت به حق اصلی خود از بین رفته و در مقابل نیز موجب برائت ذمه تقاص شونده می گردد. در صورتی که تقاص حق عینی از مال دیگری غیر از مال مورد نظر صورت گرفته باشد یا اینکه حق دینی باشد نسبت به باقیمانده حاصل از فروش پس از کسر مطالبات و هزینه ها تقاص شونده مستحق خواهد بود.

۲-۲. تحلیل قاعده فقهی تقاص به عنوان ریشه نهاد فروش خودیاری

در خصوص اینکه آیا می‌توان قاعده تقاص را مبنایی برای فروش خودیاری شناخت برخی حقوقدانان بر این عقیده هستند که «هر مالکی حق فروش ملک خود را دارد. اما پذیرش حق بازفروش (فروش خودیاری) برای بایع قبل از فسخ قرارداد بیع، در حقوق ایران پذیرفته نشده، زیرا در این فرض در واقع به تصرف در مال غیر حکم داده‌ایم، مگر اینکه این عمل را از باب «تقاص» که در فقه پذیرفته شده است، مجاز بدانیم» (صفایی و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۲۷۶). برخی دیگر با برشمردن مشابهت‌های میان قاعده تقاص و فروش خودیاری به این نتیجه رسیده‌اند که «مجرای تقاص، اعم از اثر نگهداری کالا در کنوانسیون است» (محسنی، ۱۳۹۰، ص ۱۶۰).^۷ ایشان در نهایت در قسمت نتیجه‌گیری رابطه‌ای میان قاعده تقاص و فروش خودیاری نمی‌یابند، ایشان مقرر می‌دارند: «... و نه تقاص با بازفروش که از حقوق و الزامات نگهداری کالا است موافق نیستند؛ زیرا... و تقاص فرع بر صحت بیع و مالکیت مشتری است که هر دو، منصرف از مقصود کنوانسیون هستند» (محسنی، ۱۳۹۰، صص ۱۶۲ و ۱۶۳). نکته‌ای که باید به آن توجه کرد این است که مهم‌ترین اشکال اساسی نویسندگان فوق، فرق قائل نشدن میان فروش خودیاری و فروش اضطراری است، چرا که ایشان هر دو را یک نهاد می‌پندارند، این در حالی است که این دو، دو نهاد کاملاً متفاوت با شرایط و موارد مختلف هستند و باید میانشان فرق قائل شد، چرا که نهاد فروش خودیاری ماهیتاً ضمانت اجرا غیرقضایی است و نهاد فروش اضطراری نوعی تکلیف قانونی و هیچ مشابهتی میانشان وجود ندارد، لذا اینکه بخواهیم آن‌ها را یک نهاد بدانیم و به طور مشترک به اثبات مبنای آن‌ها پردازیم عملی اشتباه و بی‌نتیجه است. همان‌طوری که در مقدمه مقاله گفته شد نهاد فروش خودیاری دارای پنج شرط می‌باشد و هر ضمانت اجرایی که این پنج شرط را دارا باشد می‌توان آن را نوعی فروش خودیاری محسوب نمود، به عبارت دیگر هرگاه قاعده تقاص این پنج شرط را داشته باشد می‌تواند مبنایی برای نهاد فروش خودیاری در فقه شناخته شود، این پنج شرط عبارت است از: نهاد پایه (قرارداد)، تخلف، تسلط، ضرر و وسیله دفع ضرر (فروش). در فروش خودیاری نهاد پایه قرارداد می‌باشد اما قاعده تقاص هم تعهدات ناشی از قرارداد را دربرمی‌گیرد و هم در تعهدات غیرقراردادی به‌کار گرفته

می‌شود. فروش خودیاری در موارد مشخص شده از سوی قانون‌گذار که یک طرف نسبت به وظایف خود کوتاهی و تخلف کرده اعمال می‌شود، قاعده تقاص نیز در مواردی که شخص نسبت به تعهدات خود تخلف کرده اعمال می‌گردد. فروش خودیاری وقتی اعمال می‌شود که مال طرف دیگر در اختیار متضرر قرار دارد، در قاعده تقاص نیز تقاص‌کننده می‌خواهد از مال طرف دیگر که در اختیار دارد دفع ضرر نماید. در نهاد فروش خودیاری شخصی که مال طرف دیگر را در اختیار دارد از اقدام صاحب مال متضرر شده است و قصد دارد با فروش مال ضرر خود را جبران نماید، در قاعده تقاص هم شخص تقاص‌کننده می‌خواهد ضرر خود را که ناشی از اعمال تقاص شونده است را جبران کند. آخرین شرط وسیله دفع ضرر است، فروش خودیاری برای دفع ضرر فقط یک وسیله که فروش مال دیگری است استفاده می‌نماید اما در تقاص چند وسیله برای دفع ضرر به کار گرفته می‌شود، که فقط یکی از آن وسایل فروش می‌باشد. با توجه به مطالب بالا می‌توان گفت درست است که در برخی موارد، در نحوه اجرا یا نوع حقی که باید جبران شود تفاوت میان این دو نهاد وجود دارد اما این موارد مربوط به اصل و ریشه نهادها نبوده و شرایط جزئی و فرعی محسوب می‌شود. با توجه به مطالب بالا به نظر می‌رسد با توجه به مشترک بودن عناصر پنجگانه سازنده دو نهاد، قاعده تقاص را بتوان مبنایی برای نهاد فروش خودیاری در فقه امامیه دانست.

۳. فروش خودیاری در اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۸

نهاد «فروش خودیاری» به عنوان یک نهاد شناخته شده در عرصه «حقوق قراردادها» در اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز در بند ۲ شماره ۱۱۰-۷ به کارگیری شده است، این ماده مقرر می‌دارد: «اموال پذیرفته‌نشده:

۱- طرفی که به دلیل عدم قبول^۹ یا عدم پذیرش^{۱۰} طرف دیگر قرارداد، اموال منقولی غیر از پول را تحت تصرف^{۱۱} دارد، بایستی اقدامات متعارف را برای حفاظت و نگهداری از اموال مزبور صورت دهد.

۲- طرفی که اموال را تحت تصرف دارد، می‌تواند از تکلیفی که در خصوص تحویل یا بازگرداندن اموال دارد بری شود:

الف. به وسیله سپردن اموال با شرایط متعارف به شخص ثالثی جهت حفظ آن برای

طرف دیگر قرارداد، و مطلع نمودن طرف دیگر از این موضوع؛
ب. به وسیله فروش اموال با شرایط متعارف پس از اخطار به طرف دیگر، و پرداخت وجوه خالص آن به طرف مزبور؛
۳- با این وجود، در صورتی که اموال سریع‌الفساد باشد یا نگهداری آن به صورت غیرمعقولی پر هزینه باشد، طرف قرارداد بایستی اقدامات متعارفی را جهت تعیین تکلیف (فروش یا مصرف) این اموال انجام دهد. طرف قرارداد می‌تواند با پرداخت وجوه خالص به طرف دیگر قرارداد، از تکلیفی که در خصوص تحویل یا بازگرداندن اموال دارد بری گردد؛
۴- طرفی که اموال را تحت تصرف دارد، حق دارد تا از وجوه حاصل از فروش اموال، تمام هزینه‌هایی را که به صورت متعارف متحمل شده برداشت یا وصول نماید».

در زیر ابتدا موارد، سپس شرایط و در انتها آثار فروش خودیاری مذکور در ماده فوق را بررسی می‌نماییم.

۳-۱. موارد فروش خودیاری در اصول حقوق قراردادهای اروپا

فرضی را در نظر بگیرید که تاجری بر اساس قرارداد متعهد می‌باشد تا کالای منقولی (غیر از پول) را تحویل طرف مقابل خود بدهد، در این صورت اگر در تاریخ اجرای تعهد طرف مقابل از پذیرش یا قبول کالای مزبور امتناع نماید، متعهدی که قصد اجرای تعهد را دارد باید از چه راهکاری استفاده نماید تا براثت ذمه خود را حاصل نماید، ماده ۷-۱۱۰ اصول اروپایی در این مورد دو راهکار موازی ارائه می‌دهد، یکی از راهکارهای ارائه شده از سوی اصول اروپایی برای براثت ذمه متعهدی که قصد اجرای تعهد خود را دارد نهاد «فروش خودیاری» می‌باشد. متعهد در سه صورت با امتناع طرف مقابل روبرو می‌شود که عبارت است از: «... یک طرف قرارداد که بر مبنای قرارداد متعهد به تحویل اموال منقول می‌باشد، اقدام به تسلیم منطبق با شرایط قراردادی می‌نماید، اما طرف دیگر از گرفتن آن امتناع می‌نماید... حالتی است که متعهدله تسلیم یاد شده را تأیید نمی‌نماید، ولی طرف مقابل نیز حاضر به تحویل گرفتن اموال نیست... فرض سوم در صورتی اتفاق می‌افتد که قراردادی به صورت قانونی خاتمه داده می‌شود. در این

صورت بر طبق ماده ۳۰۸-۹ طرفی که اموال را دریافت نموده بایستی اموال مزبور را به طرف مقابل مسترد دارد. چنانچه طرف دیگر از گرفتن این اموال امتناع ورزد، ماده ۱۱۰-۷ اعمال می‌شود» (Lando & Beale, 2000, p.352). در صورتی که متعهد با سه صورت فوق برخورد نماید می‌تواند با رعایت شرایطی کالای مزبور را به فروش رسانده و از این طریق ذمه خود را بری نماید.

۲-۳. شرایط فروش خودیاری در اصول حقوق قراردادهای اروپا

طرفی که با امتناع طرف مقابل روبرو شده برای برائت خود باید شرایطی را اعمال نماید این شرایط در زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد:

الف. محافظت از کالا: مطابق صدر ماده ۱۱۰-۷ اصول اروپایی متعهد در صورتی که با امتناع طرف مقابل روبرو شود قبل از هر اقدامی موظف^{۱۲} است تا از کالای امتناع شده نگهداری نماید. تنها قید مقرر شده در خصوص نحوه نگهداری و حفاظت از مال امتناع شده «متعارف بودن» آن می‌باشد.

ب. فروش مال با شرایط متعارف: اصول اروپایی در بند شماره ۲ ب ماده ۱۱۰-۷ فقط از فروش بحث کرده و نوع آن و طریقه فروش و مسائلی از این دست سخنی به میان نیاورده، تنها شرط فروش را متعارف بودن^{۱۳} پیش‌بینی کرده است.

ج. ارسال اخطار: یکی دیگر از شرط‌های پیش‌بینی شده در اصول اروپایی دادن اخطار به طرف مقابل است، «در این مورد منافع متعهدله به این شیوه تأمین شده که متعهد صرفاً بایستی پس از ارسال اخطار و با در نظر گرفتن یک مدت متعارف اقدام به فروش اموال نماید» (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹، ص ۲۸۴). دلیل ارسال این اخطار این است که طرف مقابل را نسبت به نتیجه احتمالی امتناع خود هوشیار می‌کند و اگر وی قصد داشته باشد از فروش جلوگیری نماید مهلت و اطلاعات لازم را در این خصوص داشته باشد تا به این وسیله از، از دست دادن مالکیت جلوگیری شود. بند یک ماده ۳۰۳-۱ اصول اروپایی در خصوص نحوه اخطار مقرر می‌دارد: «هر اخطار می‌تواند به هر شیوه‌ای، خواه به صورت کتبی، خواه به نحو دیگری، متناسب با اوضاع و احوال ارائه شود».

د. دادن حاصل از فروش به طرف مقابل: در خصوص فروش کالا فروشنده در

صورتی پس از فروش بری می شود که عایدات حاصل از فروش را به طرف مقابل بدهد، این موضوع در قسمت اخیر شماره ۲ بند ب ماده ۱۱۰-۷ اصول اروپایی پیش بینی شده است. علت این امر را می توان این گونه بیان داشت درست است که مقررات ماده ۱۱۰-۷ اجازه فروش کالا را داده است اما این دلیل بر این نیست که مالکیت کالا منتقل شود بلکه چون کالا مزبور متعلق به دیگری (متعهدله) است اگر از حاصل فروش پس از کسر کلیه هزینه ها چیزی باقی مانده باشد متعلق به شخص اخیر می باشد، در نتیجه فروش خودیاری فقط در خصوص مال دیگری امکان دارد (Glatt, 2013, Onlion).^{۱۴}

۳-۳. آثار فروش خودیاری در اصول حقوق قراردادهای اروپا

فروش خودیاری آثاری دارد که در ذیل به بررسی آنها می پردازیم:

الف. بری شدن از مسئولیت: اصلی ترین اثری که فروش کالای منقول با رعایت شرایط مقرر در فوق دارد این است که مطابق بند ۲ ماده ۱۱۰-۷ اصول اروپایی پس از این اقدامات، متعهد از تعهد بری شده و به تکلیف خود عمل کرده است.

ب. تعلق عایدات حاصل از فروش به طرف مقابل: مطابق شماره ۲ بند ب ماده ۱۱۰-۷ اصول اروپایی باقیمانده حاصل از فروش کالای منقول امتناع شده به امتناع کننده تعلق دارد و متعهد موظف است وجوه حاصل از فروش را به وی بپردازد. در خصوص مبلغ باقیمانده حاصل از فروش این امکان برای متعهد وجود دارد در مقابل امتناع کننده در صورت داشتن طلب، به تهاتر استناد کند.

ج. منظور نمودن هزینه نگهداری و فروش و دیگر خسارات: با توجه به اینکه کلیه هزینه هایی که متعهد و ثالث متحمل می شوند ناشی از امتناع متعهدله از تحویل کالا می باشد، لذا این هزینه ها باید بر عهده متعهدله متخلف باشد. مطابق بند ۴ ماده ۱۱۰-۷ اصول اروپایی تمام هزینه های مذکور در بالا (که توسط متعهد شده باشد) در صورتی که به صورت متعارف باشد قابل برداشت است (Lando & Beale, 2000, p.353). حال فرضی را در نظر بگیرید که هزینه ها بسیار بالا باشد، به عبارت دیگر در صورتی که متعهد نتواند از حاصل فروش تمام هزینه هایی که متحمل شده را دریافت نماید و حاصل فروش کمتر از هزینه ها باشد، متعهد می تواند این هزینه ها را از طریق

عادی و با مراجعه به دادگستری مطالبه کند. ضمناً در صورتی که از عملکرد متعهدله یعنی امتناع از تحویل گرفتن کالا، قصوری در اجرای تعهد صورت گیرد متعهد برای اعمال هرگونه جبران خسارت در دسترس مستحق خواهد بود مثل غرامت.

نتیجه‌گیری

نهاد فروش خودیاری هم در نظام حقوقی ایران، هم در فقه امامیه و هم در اصول حقوق قراردادهای اروپا به رسمیت شناخته شده است، این نهاد این ویژگی را دارد تا در شرایط و موارد گوناگونی مورد استفاده قرار گیرد، به عبارت دیگر توانایی به‌کارگیری به عنوان ضمانت اجرا در مقابل تخلف نسبت به اعمال متفاوت از ویژگی‌های فروش خودیاری است، به عنوان نمونه می‌توان کاربرد این نهاد را در حقوق ایران نام برد، این نهاد در نظام حقوقی ایران هم در تبدیل سهام شرکت سهامی و هم در وصول باقیمانده مبلغ اسمی سهام در شرکت سهامی و هم در حق‌العمل کاری و هم در نهاد حمل و نقل (مقرر در قانون تجارت) به‌کارگیری شده است، و این نشان‌دهنده کارایی بالای این نهاد است. از قابلیت‌های دیگر این نهاد می‌توان از غیرقضایی بودن آن نام برد، منظور از ضمانت اجرای غیرقضایی این است که قانون اختیار به‌کارگیری نهادی را به اشخاص بدهد که برای اعمال آن نیازی به رجوع به محاکم دادگستری و استفاده از قوه قاهره آن نباشد، با نگاهی به قوانین کشورهای و کنوانسیون‌ها و قوانین نمونه مثل اصول حقوق قراردادهای اروپایی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) متوجه این موضوع می‌شویم که از این نهاد در مجموعه‌های یاد شده به‌کارگیری شده است و بیشتر نظام‌های حقوقی مرفعی از به‌کارگیری ضمانت اجرای غیرقضایی استقبال می‌کنند. فروش خودیاری امری اختیاری می‌باشد، قانون‌گذاران حق به‌کارگیری این نهاد را به متضرر از اقدام طرف مقابل قرارداد می‌دهند تا در صورت صلاحدید (اختیار) آن را مورد استفاده قرار دهد، ضمناً فقط در مواردی می‌توان این نهاد را مورد استفاده قرار داد که از طرف قانون‌گذار پیش‌بینی شده باشد.

در حقوق ایران نهاد فروش خودیاری به صورت یک قاعده کلی مورد پذیرفته قرار نگرفته است، دلیل این امر را باید در وجود قاعده ممنوعیت فروش مال غیر بدون اجازه صاحب مال دانست، در حقوق ایران فروش مال غیر دارای ممنوعیت می‌باشد و

فقط در مواردی که قانون‌گذار فروش مال غیر را اجازه داده می‌توان به این فروش اقدام نمود، در نتیجه این نهاد را باید یکی از استثنائات ممنوعیت فروش مال غیر دانست که توسط قانون‌گذار ایران به رسمیت شناخته شده است. آنچه مسلم است این است که در حقوق ایران این نهاد به عنوان یک اصل پذیرفته نشده است در نتیجه فقط باید در مواردی که قانون‌گذار آن را به کار برده آن هم با رعایت کلیه شرایط مقرر در قانون استفاده نمود، البته طرفین قرارداد نیز می‌توانند این نهاد را به صورت شرط ضمن عقد استفاده نمایند مگر در مواردی که با منع قانونی روبرو باشد.

در فقه امامیه قاعده تقاص را می‌توان مبنایی برای نهاد فروش خودیاری دانست، فروش خودیاری نهادی است که به شخص زیان دیده اجازه می‌دهد که با فروش مال ضرر زننده (که در اختیارش است) ضرر خود را جبران نماید، یکی از صورت‌های قاعده تقاص (یعنی فرضی که دستیابی به مال اصلی ممکن نباشد یا طلب دینی باشد) نیز به همین صورت است و به شخص زیان دیده اجازه می‌دهد تا با فروش مال ضرر زننده ضررهای ناشی از عمل وی را جبران نماید، البته باید توجه داشت که این ضرر باید ناشی از نقض قرارداد باشد.

فروش خودیاری در اصول حقوق قراردادهای اروپا برای مقابله با «امتناع از پذیرش مال منقول» به کار برده شده است، البته اصول اروپایی این نهاد را به طور موازی در کنار ضمانت اجرای دیگری مورد استفاده قرار داده است و به متضرر حق داده تا هر کدام را که هماهنگی بیشتری با منافعش دارد اعمال نماید.

یادداشت‌ها

1. Self-Help Sale
2. The Commission on European Private Law
3. Principles European Contract Law (PECL)
۴. اتخاذ این تصمیم به این دلیل در حدود اختیارات مجمع عمومی فوق‌العاده می‌باشد که اولاً مطابق ماده ۴۳ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت این موضوع جزء وظایف مجمع مذکور قرار دارد، ثانیاً مطابق بند ۶ ماده ۸ همان قانون یکی از مواردی که باید در اساسنامه پیش بینی شود «تعداد سهام بی‌نام و بانام» شرکت است و وقتی این تعداد که در اساسنامه شرکت مشخص شده قرار باشد تغییر کند باید توسط ارگانی تغییر یابد که اختیار تغییر اساسنامه را نیز داشته باشد و این وظیفه در زمان حیات شرکت منحصراً در اختیار مجمع عمومی فوق‌العاده است.

۵. البته پیش بینی ارسال اخطار قصد فروش برای سهامدار ضروری به نظر می‌رسد، چرا که در موارد مشابه مثل ماده ۳۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت و ماده ۳۷۲ قانون تجارت که از نهاد فروش خودیاری استفاده شده، قبل از اقدام به فروش ارسال اخطار را برای طرف مقابل الزامی دانسته است. فلسفه این اخطار این است که با این اخطار نتیجه عدم تبدیل و اقدامش را متذکر شود و به وی فرصتی داده شود که با اقدام مناسب (مراجعه به مرکز شرکت جهت تبدیل سهام) از فروش خودیاری سهام خود جلوگیری کند و همچنین در صورتی که قصد اجتناب از فروش را ندارد حق حضور در هنگام فروش را داشته باشد به عبارت دیگر با اخطار وی بتواند شخصاً یا از طریق نماینده در موقع فروش حاضر شده و بر صحت فروش نظارت نماید تا سهام به بالاترین قیمت به فروش رسد.

۶. در خصوص این نظریه مشورتی چند نکته را باید مورد توجه قرار داد، اولاً ضمانت اجراهای مواد ۴۴ و ۴۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت هر دو اختیاری می‌باشد، ثانیاً در صورتی که شرکت قصد تبدیل سهام بی‌نام به سهام بانام را داشته باشد موظف است شرایط و تشریفات مقرر در ماده ۴۴ این قانون را رعایت کند و در صورت عدم رعایت این شرایط کلیه اقدامات صورت گرفته برای تبدیل باطل و سهام همچنان دارای اعتبار خواهد بود و باطل نمی‌شود، ثالثاً ضمانت اجرای ماده ۴۴ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت وابسته به ضمانت اجرای ماده ۴۵ قانون فوق نمی‌باشد، اما باید توجه داشت که ضمانت اجرای ماده ۴۵ این قانون وابسته به ضمانت اجرای ماده ۴۴ آن می‌باشد چرا که ابتدا باید سهامی که در دست سهامداران سابق قرار دارد باطل شود تا پس از آن شرکت بتواند آنها را به فروش رساند. رابعاً همان طوری که قسمت اخیر نظریه مشورتی بیان داشته اگر شرکت در اجرای تشریفات ضمانت اجرای ماده ۴۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت (فروش) قصور کرده باشد این قصور فقط فروش صورت گرفته را باطل و شرکت را در مقابل سهامدار سابق و جدید نسبت به عدم رعایت تشریفات مقرر در ماده ۴۵ این قانون مسئول قرار می‌دهد اما بطلان سهام سابق همچنان پابرجا خواهد بود و نیازی به اجرای مجدد تشریفات مقرر در ماده ۴۴ قانون اجرا نمی‌باشد.

۷. این مقرر در خصوص اثبات موضوع رابطه میان قاعده تقاص و فروش خودیاری در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) است که با توجه به تشابه موضوع در اینجا به نظر ایشان استناد شد.

8. Principles European Contract Law (PECL)

در این مقاله «اصول حقوق قراردادهای اروپا» به اختصار «اصول اروپایی» نامیده می‌شود.

9. Failure to Accept

10. Failure to Retake

11. Possession

12. Duty

13. Reasonableness

14. Available at: <http://blogs.law.gonzaga.edu/gjil/2013/05/use-of-force/> (9/5/2018)

کتابنامه

۱. آزادپور، مهدی (۱۳۹۵)، حقوق تجارت منظم (شرح جامع قانون تجارت)، تهران: اندیشه ارشد.
۲. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۵)، حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری، تهران: سمت.
۳. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و زارعی، رضا (۱۳۸۹)، «حق بافروش کالا (مطالعه تطبیقی)»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، زمستان، شماره ۵۷.
۴. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و موسوی، سیدمهدی (۱۳۸۴)، «فروش خودیاری در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰م) و حقوق ایران»، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، بهار و تابستان، دوره ۶، شماره ۱.
۵. ایزانلو، محسن و میرشکاری، عباس (۱۳۸۹)، «تقاضا»، مطالعات فقه و حقوق، زمستان، سال دوم، شماره ۳.
۶. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق)، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصر شناسی: حقوق مدنی و جزا، تهران: گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶)، الفارق: دایرةالمعارف عمومی حقوق، تهران: گنج دانش.
۹. حسنی، حسن (۱۳۸۷)، حقوق تجارت (مشمتمل بر کلیه مباحث)، تهران: میزان.
۱۰. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۴)، حقوق تجارت، تهران: دادگستر.
۱۱. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۸۹)، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، تبریز: فروزش.
۱۲. صفایی، سیدحسین و همکاران (۱۳۹۰)، حقوق بیع بین‌المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا، تهران: دانشگاه تهران.
۱۳. طوسی، محمد بن حسن (بی‌تا)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم: قدس محمدی.
۱۴. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۹)، جامع الشتات، تحقیق و تصحیح و تعلیق: روشنعلی شکاری و همکاران، تهران: دانشگاه تهران.
۱۵. عیسائی تفرشی، محمد (۱۳۸۶)، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری: شرکت‌های سهامی عام و خاص، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
۱۶. محسنی، حسن (۱۳۹۰)، «بازفروش مبیع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) و بررسی امکان آن در حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، بهار، دوره ۱۵، شماره ۱.

مطالعه تطبیقی فروش خودیاری ۲۵۵

۱۷. مکی عاملی، محمد (۱۳۸۴)، لمعه دمشقیه، ترجمه و تبیین: علی شیروانی و محسن غرویان، قم: دارالفکر.

۱۸. موسوی، سیدمهدی (۱۳۹۲) مطالعه بازفروش کالا (بررسی تطبیقی در حقوق ایران، نظام حقوقی کامن لا و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین)، زمستان، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات مازندران.

19. By the Editors of Nolo & N. Hill & T. Hill, Gerald & Kathleen (2009), *Nolo's Plain-English Law Dictionary*, USA: NOLO, 1st ed.
20. Glatt, Ephraim (2013), "Give Me Back My Bicycle: The Use of Force to Recapture Chattel According to American Law and Jewish Law", *Gonzaga Journal Of International Law*, Vol 16, Issue 2.
21. Lando & Beale, Ole & Hugh, (2000), *The Principles of European Contract Law Part I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, The Hague, Lonon, Boston. Kluwer Law International.

