

آثار فسخ قرارداد در فرض تخلف از انجام تعهدات قراردادی در حقوق ایران و عراق و کنوانسیون وین ۱۹۸۰

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۶/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱۱

علی خیری جبر^۱

سید محمد مهدی قبولی درافشان^۲

اعظم انصاری^۳

چکیده

پایبندی به تعهدات قراردادی از مسائل مهم حقوقی به شمار می‌آید. لیکن گاهی برخی اشخاص تعهدات قراردادی خویش را نقض می‌کنند. یکی از ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی فسخ قرارداد است که در مورد شرایط پیدایش و نحوه اعمال و آثار آن تفاوت‌هایی در نظام‌های حقوقی مختلف وجود دارد. نگارندگان این پژوهش در صدد برآمده‌اند که مسئله آثار چنین فسخی را با روشی توصیفی تحلیلی و تطبیقی در حقوق ایران، عراق و نیز کنوانسیون وین ۱۹۸۰ بررسی کرده، وجوه شباهت و تفاوت میان این نظام‌ها را تحلیل نمایند. نتایج حاصل از این جستار نشان می‌دهد در مورد آثار فسخ قرارداد هرچند در هر سه نظام حقوقی، اصولاً فسخ قرارداد موجب زوال تعهدات طرفین می‌شود، لیکن پذیرش اثر قهقرایی برای فسخ در حقوق عراق و کنوانسیون وین و عدم پذیرش آن در حقوق ایران، موجب تفاوت‌هایی میان آنها شده است. از جمله تفاوت‌های یادشده، تفاوت از نظر قلمرو مواردی است که باید از سوی طرفین مسترد گردد و نیز تفاوت در تأثیر فسخ قرارداد بر حقوقی که پس از انعقاد قرارداد و قبل از فسخ آن برای اشخاص ثالث ایجاد شده است.

واژگان کلیدی: اثر قهقرایی فسخ، حقوق ایران، حقوق عراق، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، نقض تعهدات قراردادی.

alikhairi.jebur@mail.um.ac.ir

ghaboli@um.ac.ir

aansari@um.ac.ir

۱. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

۲. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران (نویسنده مسئول)

۳. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

مقدمه

یکی از ضمانت‌های اجرای نقض تعهدات قراردادی، فسخ قرارداد است. در مورد شرایط پیدایش و چگونگی اجرای فسخ و نیز سایر مسائل پیرامون آن در نظام‌های حقوقی گوناگون، اختلاف‌هایی وجود دارد. در این راستا یکی از مسائل مهم، آثار فسخ قرارداد است. این پرسش جدی مطرح است که تأثیر فسخ در فرض فسخ به دلیل نقض تعهدات قراردادی چیست؟ آیا همه آثار قرارداد از بین می‌رود یا خیر؟ آیا فسخ قرارداد تصرفات حقوقی را که یکی از طرفین با اشخاص ثالث انجام داده یا حقوقی را برای اشخاص ثالث ایجاد نموده است از بین می‌برد؟ نگارندگان این پژوهش در تلاش‌اند مسئله آثار فسخ قرارداد در اثر نقض تعهدات قراردادی و مسائل مختلف پیرامون آن را در حقوق ایران و عراق و نیز کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰^۴ بررسی نموده، وجوه تشابه و تفاوت این نظام‌های حقوقی را بررسی کنند. بررسی و مقایسه حقوق عراق و ایران از این جهت اهمیت دارد که دو کشور همسایه بوده، میان اتباع این کشورها مبادلات و معاملات متعددی رخ می‌دهد و نیز مطالعه تطبیقی در زمینه موضوع مقاله میان این دو کشور مشاهده نمی‌شود. بررسی کنوانسیون نیز از این جهت که یکی از اسناد مهم بین‌المللی بوده و به‌نوعی برآیند نظام‌های مختلف حقوقی حاکم در اروپا و آمریکا است، اهمیت دارد. به‌علاوه بسیاری از کشورهای جهان از جمله عراق به این سند بین‌المللی ملحق شده‌اند. در راستای بررسی آثار فسخ باید توجه داشت که یک تفاوت بنیادین میان حقوق ایران از یک سو و حقوق عراق و کنوانسیون از سوی دیگر وجود دارد که در بررسی آثار فسخ مؤثر است. توضیح اینکه قاعده کلی در حقوق عراق این است که انحلال قرارداد اثر قهقرایی دارد و قرارداد تأثیر خویش را از آغاز از دست می‌دهد^۵ و این درحالی است که در حقوق ایران فسخ، قرارداد را از روز فسخ منحل می‌نماید^۶. همین نکته تفاوت‌های مهمی را بین حقوق ایران و

۴. از این پس برای رعایت اختصار از آن با عنوان «کنوانسیون» یاد می‌شود.

۵. فوزی کاظم، المباحی، انحلال العقد الفسخ و الاقاله فی القانون المدني العراقي، (بغداد: نشر و توزیع مکتبه صباح، ۲۰۱۵)، ص ۸۴؛ طارق کاظم، عجیل، المطول فی شرح القانون المدني، درسه معمله و مقارنه بالفقه العربی و الاسلامی، الجزء الثالث، (بیروت: مکتبه زین الحقیقه، ۲۰۱۳)، صص ۱۱۶-۱۱۷.

۶. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، (تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۶)، ص ۷۹؛ عبدالحسین، شیروی، حقوق قراردادها، انعقاد، آثار و انحلال، (تهران: سمت، ۱۳۹۶)، ص ۲۹۸.

عراق ایجاد کرده است. در خصوص کنوانسیون نیز از برخی احکام آن (مندرج در ماده ۸۴ در خصوص لزوم بازگرداندن بهره ثمن برای ایامی که ثمن در اختیار مشتری بوده است) اثر قهقرایی فسخ استنباط شده است.^۷ بنابراین با توجه به پذیرش اثر قهقرایی فسخ در حقوق عراق و کنوانسیون و عدم پذیرش آن در حقوق ایران، طبیعی است که تفاوت‌هایی در آثار فسخ مشاهده شود. حال با توجه به این نکته ابتدا تأثیر فسخ در انحلال عقد و زوال تعهدات طرفین بررسی شده، سپس از تأثیر فسخ بر بازگرداندن عوضین و منافع سخن گفته می‌شود و پس از آن، تأثیر فسخ بر هزینه‌ها و تصرفات انجام‌شده نسبت به معامله و موضوع آن از دیگر مسائل مورد بررسی خواهد بود. در نهایت نیز تأثیر فسخ در تصرفات حقوقی انجام‌شده در موضوع قرارداد و حقوق اشخاص ثالث مطالعه خواهد شد.

۱. انحلال عقد و زوال تعهدات طرفین

هنگامی که قرارداد قبل از مرحله اجرا فسخ می‌شود و طرفین تعهدی را انجام نداده و چیزی بین طرفین مبادله نشده باشد، انحلال قرارداد موجب زوال تعهدات طرفین می‌گردد. به دیگر سخن، همان‌گونه که برخی^۸ نیز بیان کرده‌اند، اصولاً فسخ قرارداد باعث پایان یافتن قرارداد می‌شود و به این وسیله طرفین از تعهداتی که برعهده ایشان قرار دارد و تا زمان فسخ اجرا نشده است، رهایی می‌یابند. در نتیجه، پس از فسخ هیچ‌یک نمی‌تواند اجرای تعهدات یادشده را از دیگری مطالبه کند.

در عین حال، کنوانسیون بر اصل یادشده استثناهایی نیز وارد کرده است. بند نخست ماده ۸۱، ضمن اشاره به قاعده کلی یادشده، به استثنای وارد بر آن نیز تصریح نموده است. به‌موجب این بند «۱. فسخ قرارداد، طرفین را از انجام تعهدات موضوع قرارداد، به شرط پرداخت هر نوع خسارت قابل مطالبه، بری‌الذمه می‌نماید. فسخ تأثیری در شروط مندرج در قرارداد در خصوص حل اختلافات یا بر سایر شرایط قرارداد که حاکم بر حقوق و تکالیف طرفین پس از فسخ است، نخواهد داشت».

۷. سید حسین، صفایی و همکاران، حقوق بیع بین‌المللی، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۲)، ص ۳۰۵.

۸. خالداحمد، عبدالحمید، فسخ عقد البیع الدولي وفقاً لاتفاقیه فیینا لعام ۱۹۸۰، مذکره لنیل درجه الدكتوراه فی الحقوق، کلیه الحقوق، (قاهره: جامعه القاهرة، ۲۰۰۲) ص ۳۵۸؛ عبدالحسین، شیروی، پیشین، ص ۲۹۹.

بر اساس این بند، نخست اینکه فسخ قرارداد تأثیری در حق مطالبه خسارت‌های ناشی از فسخ ندارد؛ بنابراین، چنانچه بایع یا مشتری به دلیل تخلف طرف دیگر قرارداد را فسخ نموده باشد، می‌تواند از متخلف مطالبه خسارت کند.^۹ دوم، شروط مربوط به حل و فصل اختلافات تحت تأثیر فسخ قرار نمی‌گیرد. شایان ذکر است این مسئله منوط به این است که شروط یادشده دارای اعتبار باشد.^{۱۰} البته کنوانسیون اعتبار قرارداد یا شروط قرارداد را مد نظر قرار نداده، بلکه مطابق ماده ۴، کنوانسیون اعتبار یا عدم اعتبار این موارد باید مطابق قانون حاکم قضاوت شود.^{۱۱} بنابراین، اگر در زمینه حل و فصل از راه داوری توافق شده باشد یا اینکه در مورد صلاحیت دادگاه کشور معینی یا اجرای قانون مشخصی توافق شده باشد، چنین شروطی پس از فسخ قرارداد اصلی، به اعتبار خویش باقی است.^{۱۲} سوم، گاهی طرفین در مورد آثار فسخ توافق‌هایی نموده‌اند که اجرای آن توافق‌ها و شروط، مربوط به پس از فسخ قرارداد اصلی است. شروط مربوط به جبران خسارت یا وجه التزام یا معافیت از مسئولیت از این جمله‌اند و تحت تأثیر فسخ قرارداد قرار نمی‌گیرند.^{۱۳} در واقع، این شروط نسبت به قرارداد اصلی، شروط مستقل محسوب می‌شوند، زیرا اراده طرفین بر اجرا و باقی ماندن آنها پس از فسخ قرارداد است. گفتنی است برخی صاحب‌نظران^{۱۴} بر این باورند که از

۹. محسن، شفیق، *اتفاقیه الامم المتحده بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولي*، (قاهره: دارالنهضة العربية، ۱۹۸۸)، ص ۲۶۲؛ نغم حنا رؤوف، *ننيس، التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا ۱۹۸۰، دراسة تحليلية*، اطروحه دكتوراه فلسفه في القانون الخاص، جامعه الموصل، ۲۰۰۴، ص ۲۶۲؛ عبدالحميد، *پيشين، صص ۳۶۲-۳۵۹*؛ فتیحه، بن زروق، *فسخ العقد طبقاً لاتفاقية فيينا لسنة ۱۹۸۰ الخاصة بالبيع الدولي للبضائع*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعه الجزائر (۱)، كلية الحقوق، ۲۰۱۵، ص ۸۲؛ اکرم محمد، *حسين، الاكلاخ بالتفصيل في بيوع التجارة الدولية، دراسة مقارنة*، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ۲۰۱۷)، صص ۲۴۶-۲۴۵؛ سيد حسين، *صفایی و همکاران، پيشين، ص ۳۰۱*.

۱۰. سيد حسين، *صفایی و همکاران، پيشين، ص ۳۰۱*.

Amir Al-Hajaj, *The Concept of Fundamental Breach and Avoidance under the CISG*, PhD thesis, Brunel University, 2015, p. 217.

11. Amir Al-Hajaj, *op. cit.*, p. 217.

۱۲. نغم حنا رؤوف، *ننيس، پيشين، صص ۲۶۳-۲۶۲*؛ خالد احمد، عبدالحميد، *پيشين، صص ۳۶۴-۳۶۲*؛ ابراهيم، شعاريان و فرشاد، *رحيمي، حقوق بيع بين المللي، شرح كنوانسيون بيع بين المللي كالا در پرتو دكترين و رويه قضايي، مطالعه تطبيقي با اسناد بين المللي و حقوق ايران*، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی، ۱۴۰۰)، ص ۹۷۱.

۱۳. محمود سمير، *الشرقاوی، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع*، (قاهره: دارالنهضة العربية، ۲۰۰۱)، ص ۲۲۶؛ اکرم محمد، *حسين، پيشين، ص ۲۴۶*.

14. Michael Bridge, *CISG-AC Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract*, Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008, p. 8.

نظر کنوانسیون، حقوق طرفین قرارداد ناشی از فسخ قرارداد، از نوع قراردادی است و مبتنی بر قواعد دارا شدن ناعادلانه قانون حاکم نیست. در واقع، فسخ باعث پایان رابطه قراردادی نمی‌شود و به همین جهت برخی حقوق‌دانان^{۱۵} عدم تأثیر فسخ بر شروط پیش‌گفته را بر این اساس تحلیل نموده‌اند. به اعتقاد برخی^{۱۶}، شروط مندرج در ماده ۸۱ کنوانسیون حصری نیست، بلکه می‌توان مصادیق آن را از راه قیاس به تعهدات قراردادی دیگر مانند تعهد مشتری به نگهداری کالای دریافتی در فرضی که مشتری تصمیم به رد آن و فسخ معامله می‌گیرد، تعمیم داد.

در حقوق عراق نیز می‌توان توافقی‌هایی را که مربوط به روابط طرفین پس از فسخ قرارداد است، اصولاً معتبر دانست و به ملاک موادی استناد نمود که در برخی موارد از صحت چنین توافقی‌هایی سخن گفته است. برای مثال، در بند ۲ ماده ۵۳۴ قانون مدنی عراق آمده است: «۲- چنانچه پرداخت ثمن اقساطی باشد، متبایعین می‌توانند توافق نمایند که قسمتی از آن به‌عنوان خسارات ناشی از فسخ بیع در فرض عدم پرداخت همه اقساط، نزد فروشنده باقی بماند. در عین حال، دادگاه می‌تواند بر حسب اوضاع و احوال خسارت مورد توافق را بر اساس احکام خسارت‌های توافقی، کاهش دهد...». به اعتقاد برخی^{۱۷}، این شرط نوعی شرط وجه التزام است. شرط یادشده نیز به دلیل اصل حاکمیت اراده و عدم مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، شرطی صحیح است.

در قانون مدنی ایران در خصوص شروط مربوط به رفع اختلاف و جبران خسارت مشابه ماده ۸۱ کنوانسیون، نصی به چشم نمی‌خورد، ولی به اعتقاد برخی حقوق‌دانان^{۱۸} می‌توان از فحوای مواد ۲۲۱ و ۲۲۵ قانون مدنی و نیز با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و بنای

۱۵. ابراهیم، شعاریان و فرشاد، رحیمی، پیشین، ص ۹۷۱.

۱۶. محسن، شفیق، پیشین، ص ۲۶۲؛ نغم حنا رؤوف، نبیس، پیشین، ص ۲۶۳؛ نسرین سلامه، محاسنه، التزام البائع بالتسليم و المطابقه، دراسة فی القانون الانجلیزی و اتفاقیه الامم المتحدة للبیع الدولی للبضائع ۱۹۸۰، اتفاقیه فیینا، (عمان: دارالثقافه للنشر و التوزیع، الطبعة الاولى، ۲۰۱۱)، ص ۲۲۹؛ جمال محمود، عبدالعزیز، الالتزام بالمطابقه فی عقد البیع الدولی للبضائع، رسالة دکتورا، جامعه القاهرة، کلیه القانون، ۱۹۹۶، ص ۴۰۵.

۱۷. حسن‌علی، الذنون، النظریه العامه للفسخ فی الفقه الاسلامی و القانون المدنی دراسة مقارنة، (قاهره: مطبعة نهضة مصر، ۱۹۴۶)، ص ۲۶۹.

۱۸. سید حسین، صفایی و همکاران، پیشین، ص ۳۱۳.

خرمدندان، اعتبار شروط یادشده و از بین نرفتن آن با فسخ قرارداد را استنباط نمود. در واقع همان‌گونه که برخی^{۱۹} نیز بیان داشته‌اند، پیروی شرط از عقد در مسئله فسخ تا جایی است که نتوان استقلال شرط را از اوضاع و احوال استنباط نمود و بر این اساس باید شروطی چون شرط داوری، شرط حفظ اسرار، تعیین قانون حاکم و نیز سایر شروطی که روابط طرفین در فرض فسخ قرارداد را تنظیم می‌نمایند شروطی مستقل دانست و معتقد بود که فسخ قرارداد تأثیری بر این شروط ندارد.

۲. بازگرداندن عوضین و منافع

برای بررسی استرداد عوضین و منافع مربوط به آن ابتدا حقوق عراق، سپس حقوق ایران و در نهایت، دیدگاه کنوانسیون بررسی می‌شود.

۲.۱. بازگرداندن عوضین و منافع در حقوق عراق

در فرض فسخ قرارداد از سوی متعهدله در حقوق عراق، متعهد حق دارد آنچه را در مقام اجرای تعهد به متعهدله داده بازستاند. البته متعهدله متقابلاً حق استرداد آنچه را به متعهدله داده است، دارد. حتی به اعتقاد برخی^{۲۰}، برخلاف فرض مطالبه اجرای تعهدات که متعهدله در کنار سایر غرما قرار می‌گیرد، در مورد استرداد آنچه به متعهد پرداخته می‌شود از مزاحمت سایر طلبکاران متعهد آزاد و رها است. به نظر می‌رسد این مسئله ریشه در اثر قهقرایی فسخ دارد. حتی ادعا شده است^{۲۱} متعهدله می‌تواند تا زمانی که متعهد آنچه را از وی گرفته بازپس نداده است، تکلیف خویش مبنی بر رد اشیای دریافتی را انجام ندهد و به عبارتی در این زمینه حق حبس دارد.

در حقوق عراق فرض شده است که شخصی که پول را به‌عنوان ثمن دریافت می‌دارد و از آن بهره می‌برد باید سود پول را پرداخت نماید^{۲۲}. در مورد میزان سود و تاریخ استحقاق آن نیز ماده ۱۷۱ قانون مدنی عراق قابل اجراست. بر اساس این ماده در مسائل مدنی میزان سود به دلیل تأخیر، ۴ درصد و تاریخ محاسبه آن از تاریخ درخواست قضایی است؛ مگر اینکه

۱۹. عبدالحسین، شیروی، پیشین، ص ۳۰۳.

۲۰. سعیده، جوهری، سلطة القاضی فی فسخ العقد، مذکره تخرج لنیل شهادة ماستر فی القانون تخصص عقود و مسؤولیة، جامعه اکی محمد اولحاج، البویره، کلیه الحقوق و العلوم السیاسیة، قسم القانون الخاص، ۲۰۱۳، ص ۵۲.

۲۱. همان.

۲۲. طارق کاظم، عجیل، پیشین، صص ۱۵۰-۱۴۹؛ حسن‌علی، الذنون، پیشین، ص ۲۷۰.

توافق یا عرف تجاری تاریخی دیگر معین نماید. در حقوق عراق با توجه به اثر قهقرایی فسخ، متعهد نیز پس از فسخ عقد باید آنچه را از متعهدله دریافت نموده است به او بازگرداند. بنابراین در عقد بیعی که به دلیل تخلف مشتری فسخ گردیده، وی باید مبیع را به همراه نمائات آن به بایع برگرداند، همچنان که می‌تواند ثمن و هزینه‌های نگهداری مبیع را باز پس گیرد^{۳۳}، زیرا نتیجه عطف به ماسبق شدن اثر فسخ این است که متعهد هیچ‌گاه مالکیت عینی را به‌دست نیاورده، بلکه متعهدله مالک عین بوده است و به همین جهت نمائات و ثمرات عین نیز در فاصله عقد تا فسخ به تبع مالکیت عین متعلق به متعهدله است^{۳۴}. در تبیین تعهد بازگرداندن نمائات و منافع به قاعده دارا شدن بدون جهت به دلیل زوال آثار عقد در اثر فسخ نیز استناد شده است^{۳۵}.

نکته دیگر در حقوق عراق این است که چنانچه عین در دست متعهد تلف شود و قرارداد به دلیل نقض تعهد از سوی متعهد فسخ گردد، متعهدله می‌تواند جبران خسارت خویش را نیز مطالبه کند^{۳۶}. گفتنی است اگر عینی نزد شرکت بیمه، بیمه شده باشد، متعهدله نسبت به مبلغ بیمه ذی‌حق است^{۳۷}. در مورد زمان ارزیابی خسارت نیز زمان بازگرداندن عین ملاک عمل دانسته شده است، نه زمان انعقاد قرارداد؛ زیرا زمان تکلیف به رد عین، امکان رد عین وجود ندارد و در این زمان باید به‌جای عین مال، قیمت آن را بازگرداند^{۳۸}. گفتنی است، اگر فسخ موجب ضرر متعهد گردد، وی نمی‌تواند جبران خسارت خویش را از متعهدله مطالبه نماید، زیرا فسخ قرارداد به دلیل نقض تعهد از سوی متعهد بوده است و وی باید نتایج تقصیر خویش را تحمل نماید؛ چراکه در غیر این صورت ممکن است هر متعهدی تشویق به عدم اجرای تعهدش گردد^{۳۹}.

۳۳. سعیده، جوهری، پیشین، ص ۵۲.

۳۴. حسن‌علی، الذنون، پیشین، ص ۲۵۹.

۳۵. طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۲۲.

۳۶. حسن‌علی، الذنون، پیشین، ص ۲۶۳.

۳۷. طارق اظم، عجیل، پیشین، ص ۱۳۲.

۳۸. همان، صص ۱۳۸-۱۳۹.

۳۹. سعیده، جوهری، پیشین، ص ۵۳.

۲.۲. بازگرداندن عوضین و منافع در حقوق ایران

در حقوق ایران در صورت فسخ قرارداد در قراردادهایی که متضمن مبادله اموالی با یکدیگر است (مانند بیع) هریک از طرفین، فارغ از اینکه دارنده حق فسخ باشد یا نباشد، باید آنچه را از طرف مقابل دریافت نموده است، به وی بازگرداند. زیرا همان‌گونه که برخی^{۳۰} بیان داشته‌اند ماندن مال نزد طرفین پس از فسخ، از مصادیق دارا شدن غیرعادلانه است و از ملاک ماده ۲۸۶ نیز لزوم بازگرداندن عوضین استنباط می‌شود. البته تفاوت میان حقوق ایران و عراق اینجاست که در حقوق عراق در مورد پذیرش تقاضای فسخ قاعده کلی این است که متقاضی فسخ بتواند وضع را به قبل از عقد بازگرداند^{۳۱}؛ حال آنکه در حقوق ایران به استناد ملاک ماده ۲۸۶ قانون مدنی که تلف عوضین را مانع اقاله نمی‌داند در فسخ نیز اصولاً تلف عوضین مانع فسخ نیست و در صورت تلف عوضین یا یکی از آن دو باید بدل آن (مثل یا قیمت) بازگردانده شود. گفتنی است اگر مورد معامله به ثالث نیز منتقل شده باشد، در حقوق ایران تلف حکمی محسوب شده، باید بدل آن بازگردانده شود. در واقع، فسخ تصرفات حقوقی را که در فاصله میان عقد و فسخ انجام شده است اصولاً تحت تأثیر قرار نمی‌دهد و در چنین حالتی اگر امکان استرداد عین موضوع قرارداد وجود نداشته باشد بدل آن داده می‌شود. این مسئله در تفسیر ماده ۲۸۶ قانون مدنی ایران در خصوص اقاله مورد تصریح برخی حقوق‌دانان^{۳۲} قرار گرفته و ملاک آن در مورد فسخ نیز قابل اجراست. توجه به این نکته نیز شایسته است که اگر اقداماتی که از سوی یکی از طرفین انجام شده، موجب کاهش قیمت آنچه در اثر قرارداد دریافت داشته است گردد، پس از فسخ قرارداد باید مابه‌التفاوت را به طرف مقابل بپردازد^{۳۳}.

تفاوت دیگری که میان حقوق ایران و عراق وجود دارد در مورد منافع و نمائات در فاصله عقد تا فسخ عقد است. منافع و نمائات در این مدت بر اساس اثر قهقرایی فسخ در حقوق عراق متعلق به شخصی است که عین به وی بازمی‌گردد، حال آنکه در حقوق ایران با توجه

۳۰. سید حسین، صفایی و همکاران، پیشین، ص ۳۱۴.

۳۱. فوزی کاظم، المباحی، پیشین، ص ۲۷؛ عبدالمجید، الحکیم و همکاران، الوجیز فی نظریه الالتزام فی القانون المدنی العراقی، مصادر الالتزام، الجزء الاول، (بغداد: مکتبه السنهوری، ۲۰۱۲)، ص ۱۷۷.

۳۲. سید حسین، صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، قواعد عمومی قراردادهای، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵)، ص ۲۵۰.

۳۳. همان، ص ۳۱۱؛ ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۹۰.

به عدم پذیرش اثر قهقرایی برای فسخ، نمائات و منافع در مدت یادشده بازگشت داده نمی‌شود. بنابراین همان‌گونه که برخی حقوق‌دانان^{۳۴} نیز بیان داشته‌اند، کسی که به‌موجب قرارداد مالکیت شیئی را به‌دست آورده است ملزم نیست پس از فسخ قرارداد اجرت منافع استفاده‌شده یا استفاده‌نشده مال را پرداخت نماید. در این زمینه می‌توان به قسمت پایانی ماده ۴۵۹ قانون مدنی ایران در خصوص بیع شرط استناد نمود که بر اساس آن «... نمائات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است». همان‌گونه که برخی^{۳۵} بیان داشته‌اند، حکم یادشده مالکیت تبعی منافع نسبت به اصل مال را در اجرای خیار فسخ بیان می‌دارد. در واقع در این مدت، منافع به تبع اصل مال متعلق به خریدار است و پس از فسخ و بازگشت مالکیت به فروشنده با توجه به اینکه این تحول نسبت به آینده رخ می‌دهد منافع پس از فسخ (و نه قبل از آن) متعلق به فروشنده خواهد بود. البته باید حکم این ماده را ناظر به نمائات منفصل دانست و در مورد نمائات متصل، حکم ماده ۲۸۷ قانون مدنی در مورد اقاله را به‌عنوان قاعده‌ای عمومی اعمال نمود. به‌موجب ماده پیش‌گفته «نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می‌شود مال کسی که به‌واسطه عقد مالک شده است ولی نمائات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود».

نکته قابل توجه دیگر این است که برخلاف حقوق عراق، در حقوق ایران حق حبس در این زمینه پذیرفته نیست، چراکه حق حبس، استثنایی است و در این زمینه در حقوق ایران نصی وجود ندارد.

در مورد سود و بهره ثمن برخلاف حقوق عراق چنین امکانی در حقوق ایران وجود ندارد، زیرا فسخ اثر قهقرایی ندارد و به‌علاوه چنانچه ثمن پول باشد، به گفته برخی حقوق‌دانان^{۳۶}، مطالبه بهره آن مطابق نظر شورای نگهبان ممکن نیست، جز در مواردی که بتوان به استناد قسمت اخیر تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مصوب ۱۳۷۹ به‌عنوان خسارت تأخیر تأدیه آن را مطالبه نمود. به‌موجب این ماده «در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در

۳۴. عبدالحسین، شیروی، پیشین، ص ۳۰۰.

۳۵. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۸۵.

۳۶. سید حسین صفایی و همکاران، پیشین، ص ۳۱۵.

صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند». این ماده سود مربوط به ثمن در فاصله عقد تا فسخ عقد را شامل نمی‌شود، زیرا در این فاصله پولی که به فروشنده داده شده متعلق به وی بوده است و مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در این فاصله زمانی، مستندی ندارد.

۳.۲. بازگرداندن عوضین و منافع در کنوانسیون

از نظر کنوانسیون نیز چنانچه قرارداد فسخ گردد باید اوضاع به قبل از عقد بازگردد و لذا هریک از طرفین باید آنچه را دریافت نموده است بازگرداند. بنابراین بایع باید ثمن را همراه سود آن به مشتری بازپس دهد و مشتری نیز باید مبیع و منافع آن را برگرداند.^{۳۷} بند ۲ ماده ۸۱ در این خصوص مقرر داشته است: «۲. طرفی که تمام یا قسمتی از قرارداد را اجرا کرده است، می‌تواند از طرف دیگر، اعاده آنچه را که به‌موجب قرارداد، تحویل یا تأدیه نموده، طلب کند. چنانچه هردو طرف ملزم به اعاده باشند، باید هم‌زمان اقدام نمایند». گفتنی است به اعتقاد برخی^{۳۸}، از آنجایی که کنوانسیون به مسئله استرداد عوضین پرداخته، هرگونه رجوع به قوانین ملی در این خصوص نادرست و غیرضروری است و توسل به قواعد ملی در مورد دارا شدن ناعادلانه یا سایر نهادهای مشابه ممکن نیست.

بر اساس ماده ۸۴ کنوانسیون: «۱. چنانچه بایع ملزم به رد ثمن باشد، مکلف است بهره آن را از تاریخ تأدیه بپردازد. ۲. در موارد زیر، مشتری مکلف است منافع حاصله از تمام یا قسمتی از کالا را تحویل بایع نماید: الف- چنانچه مکلف به اعاده تمام یا قسمتی از کالا باشد؛ یا ب- چنانچه اعاده تمام یا قسمتی از کالا یا اعاده تمام یا قسمتی از کالا عمدتاً با همان وضعیتی که دریافت نموده، برای وی مقدور نباشد، ولی با این وصف، اعلام فسخ کرده یا از بایع مطالبه بدل نموده باشد».

۳۷. محمد محمود، المصری و محمد احمد، عابدین، الفسخ و الانفساخ و التفاسخ فی ضوء القضاء و الفقه، (اسکندریه: دارالمطبوعات الجامعیه، ۱۹۹۷)، ص ۴۱.

38. Ulrich, Magnus, "THE REMEDY OF AVOIDANCE OF CONTRACT UNDER CISG—GENERAL REMARKS AND SPECIAL CASES", JOURNAL OF LAW AND COMMERCE, Vol. 25, (2005-2006), p. 431.

از احکام یادشده استنباط می‌شود که از نظر کنوانسیون، فسخ اثر قهقرایی دارد^{۳۹} و از این جهت باید بهره‌ی ثمن و منافع حاصله از کالا بازگشت داده شود. به اعتقاد برخی^{۴۰}، منافع یادشده باید تا تاریخ بازپرداخت محاسبه گردد. در خصوص تعیین نرخ بهره برای اعمال بند ۱ ماده ۸۴ کنوانسیون اجماعی وجود ندارد^{۴۱}. در مورد چگونگی محاسبه نرخ بهره ثمن، مطابق یک دیدگاه، با توجه به سکوت کنوانسیون باید به قانون ملی حاکم بر قرارداد مراجعه نمود، لیکن (در صورت فقدان شرط مخالف) این امر با هدف هماهنگ سازی کنوانسیون مغایر است، زیرا معمولاً قوانین ملی مختلف نرخ بهره‌های متفاوتی مقرر می‌نمایند. از این رو و با توجه به اینکه دلیل الزام بایع به پرداخت بهره این است که وی خریدار را از منافع پولش محروم ساخته و در مدتی که پول در اختیار فروشنده بوده است او اغلب در محل تجارت خویش می‌توانست از آن بهره تجاری ببرد، ضابطه کشور محل تجارت فروشنده مناسب‌تر است^{۴۲}. البته به‌رغم قابل توجه بودن ایراد یادشده، آن گونه که برخی نویسندگان^{۴۳} بیان داشته‌اند، اکثریت دادگاه‌های ملی و دیوان‌های داوری به این نتیجه رسیده‌اند که نرخ بهره باید بر مبنای قانون ملی حاکم تعیین شود. قانون ملی حاکم بر عقد نیز از راه قواعد حل تعارض دادگاه رسیدگی کننده به دعوا تعیین می‌شود.

گفتنی است همان گونه که از مواد پیش‌گفته نیز برمی‌آید، کنوانسیون حق استرداد را

۳۹. البته برخی با توجه به مقررات مواد ۸۱ تا ۸۴ کنوانسیون معتقدند که کنوانسیون در زمینه آثار فسخ قرارداد نظام مختص به خود را ایجاد نموده است بدین ترتیب که فسخ قرارداد هم نسبت به آینده تأثیرگذار است، چراکه طرفین با فسخ از تعهدات خویش بری می‌شوند هم فسخ قرارداد اثر قهقرایی دارد، چراکه طرفین را به استرداد آن چیزی که در اثر قرارداد به‌دست آورده‌اند، ملزم می‌نماید (ابراهیم، شعاریان و فرشاد، رحیمی، پیشین، صص ۹۷۰-۹۷۱). در هر حال، بر اساس این نظر نیز در خصوص آنچه طرفین دریافت داشته‌اند، فسخ دارای اثر رجعی است.

40. Lachmi, Singh, *The United Nation Convention on Contracts for the International Sales of Goods 1980 (CISG) An examination of the buyers remedy of avoidance under the CISG: How is the remedy interpreted, exercised and what are the consequences of avoidance?*, PhD thesis, University of the West of England, 2015, p. 324.

41. Bruno, Zeller & Francesco G., Mazzotta, "BREACH OF CONTRACT: CLAIMS AND RELATED PROVISIONS", Editor: Francesco G. Mazzotta, *A Practitioner's Guide to the CISG*, (New York: Juris Net, LLC, 2010), p. 604; Tamo, Zwinge, "The United Nations Sale Convention: Delimitation, Influences, and Concurrent Application of Domestic Law", *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol 10 Issue 2, (2011), p. 250.

42. Lachmi, Singh, op.cit, p. 324-325.

43. Liu, Chengwei, "RECOVERY OF INTEREST", *Nordic Journal of Commercial Law*, issue 1, (2003), p. 29.

برای هر دو طرف قرارداد پذیرفته است. بنابراین تفاوتی نمی‌کند که خواهان استرداد، شخصی باشد که فسخ قرارداد را اعلام نموده یا طرفی باشد که نقض تعهدات وی موجب فسخ قرارداد شده است.^{۴۴} نکته قابل توجه این است که به اعتقاد برخی^{۴۵}، کنوانسیون شخصی را که قرارداد را کلاً یا جزئاً اجرا نموده، به مطالبه رد آنچه به طرف دیگر داده، ملزم نکرده، بلکه به وی اجازه چنین کاری را اعطا نموده است. توضیح اینکه شخص می‌تواند به ارزیابی موضوع بپردازد و چنانچه نفع خویش را در عدم مطالبه رد ببیند، رد کالا را مطالبه نکند، بلکه به راه دیگری توسل جوید. برای مثال، چنانچه بایع تمایلی به استرداد کالا نداشته باشد، می‌تواند از مشتری، فروش مجدد آن را در صورت امکان تقاضا نماید. در این صورت اگر مشتری سبب فسخ باشد، ثمن بیع مجدد در کنار جبران خسارت به‌عهده مشتری است و در صورتی که بایع مقصر و سبب انحلال قرارداد باشد، خسارت‌هایی که برعهده بایع قرار دارد از مبلغ ثمن کم می‌شود. همچنین گفته شده است^{۴۶}، چنانچه بایع درخواست رد کالا را نموده باشد و بعد برای وی معلوم شود که کالاها جزئاً یا کلاً تلف شده است، می‌تواند درخواست خویش را اصلاح نماید. کنوانسیون چگونگی رد را مشخص نکرده است و این مورد باید بر اساس ماده ۷ کنوانسیون مطابق قانون حاکم بر قرارداد تعیین شود. البته گاهی طرفین قرارداد در این مورد توافق‌هایی می‌نمایند که در این صورت توافق ایشان ملاک عمل است.^{۴۷} کنوانسیون در قسمت اخیر بند ۲ ماده ۸۱ در زمینه چگونگی رد به یک نکته اشاره کرده و آن این است که چنانچه هر دو طرف قرارداد ملزم به رد چیزی باشند، باید هم‌زمان اقدام نمایند.

کنوانسیون وین در مورد هزینه‌های رد نیز سکوت کرده است^{۴۸}، لیکن همان‌گونه که برخی^{۴۹} بیان نموده‌اند، منطقی ایجاب می‌کند که هزینه‌های یادشده به‌عهده شخصی باشد که

۴۴. محسن، شفیق، پیشین، ص ۲۶۳؛ خالداحمد، عبدالحمید، پیشین، صص ۳۷۱-۳۷۰.

۴۵. خالداحمد، عبدالحمید، پیشین، ص ۳۷۱.

۴۶. همان.

۴۷. فتیحه، بن زروق، پیشین، ص ۹۰.

۴۸. فانسان، هوزیه، *المطول فی العقود، بیع السلع الدولي*، ترجمه منصور القاضی، اشراف جاک غیستان، (بیروت: مجد المؤسسة الجامعیة للدراسات، الطبعة الاولى، ۲۰۰۵)، ص ۲۵۵.

۴۹. محسن، شفیق، پیشین، ص ۲۶۴.

نقض تعهد نموده و موجب فسخ قرارداد شده است. در واقع، هزینه‌های پیش‌گفته نوعی خسارت است که به استناد «شق ب بند ۱ ماده ۴۵ و شق الف بند ۱ ماده ۶۱» قابل مطالبه است.^{۵۰} همچنین از اصول کلی قابل استنباط از کنوانسیون اصل جبران کامل خسارت است^{۵۱} و به گفته برخی^{۵۲} اگرچه کنوانسیون به صراحت مسئله جبران خسارت برای هزینه‌ها را مد نظر قرار نداده است، لیکن مطابق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون، اصول کلی کنوانسیون می‌تواند برای پر کردن این خلأ استفاده شود. البته اگر سبب فسخ، عدم امکان اجرای تعهد به دلیل قوه قاهره باشد در چنین حالتی به اعتقاد برخی^{۵۳}، هزینه‌های رد برعهده دو طرف خواهد بود. لیکن به اعتقاد برخی دیگر^{۵۴} در مواردی که فروشنده به سبب قوه قاهره از انجام تعهد معاف شده، خریدار باید هزینه‌های یادشده را متحمل گردد. هرچند هزینه‌های رد با توجه به نکات پیش‌گفته اصولاً برعهده کسی است که نقض تعهد نموده است لیکن دارنده حق فسخ باید اقدامات لازم و مناسب را برای کاهش میزان خسارت‌های ناشی از نقض تعهدات طرف دیگر انجام دهد و حتی در موردی که هزینه‌های رد کالا گزاف است، مشتری می‌تواند از فروشنده درخواست کند که کالا را در همان مکانی که قرار دارد بازفروش نماید و ثمن را به وی بازگرداند. طبیعی است اگر این درخواست ضرری برای بایع نداشته باشد، اجابت آن از سوی بایع از اقتضات تکلیف حسن‌نیت است.^{۵۵}

در این قسمت اشاره به این نکته شایسته است که اصل کلی مطابق ماده ۸۲ کنوانسیون این است که اگر مشتری نتواند کالا را برگرداند، حق فسخ خویش را از دست می‌دهد، لیکن همین ماده استثنایی در این مورد بیان داشته است. کنوانسیون در خصوص زمان اجرای تعهدات مربوط به استرداد ساکت است، لیکن

۵۰. ابراهیم، شعاریان و فرشاد، رحیمی، پیشین، ص ۹۷۷.

۵۱. همان، ص ۱۳۴.

52. Florian, Mohs, "Arts. 81/82 CISG-UP", Edited by John Felemegas, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) p. 256.

۵۳. بن زروق، فتیحه، پیشین، ص ۹۱.

54. Peter, Huber & Alastair, Mullis, *The CISG A new textbook for students and practitioners*, (Germany: Sellier. European law publishers, 2007), p. 245.

۵۵. خالداحمد، عبدالحمید، پیشین، صص ۳۷۴-۳۷۵.

این‌گونه اظهار نظر شده^{۵۶} که در صورت نبود توافق میان طرفین، اصل کلی، ضرورت تحقق استرداد در مدتی معقول^{۵۷} است.

۳. تأثیر فسخ بر هزینه‌ها و تصرفات انجام‌شده نسبت به موضوع معامله

در این قسمت ابتدا از تأثیر فسخ پیرامون مسئولیت مربوط به پرداخت هزینه‌های نگهداری موضوع قرارداد و هزینه‌های معامله و خسارت‌های ناشی از فسخ سخن گفته می‌شود، سپس تأثیر فسخ بر تصرفات مادی موجب افزایش قیمت در فاصله عقد تا فسخ بررسی خواهد شد.

۳.۱. هزینه‌های نگهداری موضوع قرارداد و هزینه‌های معامله و خسارت‌ها

۳.۱.۱. هزینه‌های نگهداری موضوع قرارداد

در مواردی که در اثر قرارداد کالاهایی بین طرفین مبادله شده یا به یکی از طرفین کالایی داده شده باشد و نگهداری کالا یا کالاهای یادشده مستلزم هزینه‌هایی باشد، در فرض فسخ قرارداد به دلیل نقض تعهدات این پرسش مطرح می‌شود که هزینه‌های یادشده به‌عهده کیست؟

در حقوق عراق تردیدی نیست که هزینه‌های نگهداری برعهده مالک است و با توجه به اثر قهقرایی فسخ و بازگشت مالکیت از زمان عقد به مالک اولیه، هزینه‌هایی که طرف مقابل انجام داده است برعهده وی خواهد بود. تفاوتی نمی‌کند که هزینه‌ها از سوی متعهدی انجام شده که فسخ قرارداد به دلیل نقض تعهد از طرف وی بوده یا اینکه هزینه‌ها از جانب طرف متعهدله انجام شده باشد؛ چراکه به هر حال، چنانچه مال در تصرف مالک می‌بود نیز وی می‌بایست این هزینه‌ها را برای حفظ مال انجام می‌داد. به‌موجب ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی عراق «۱- مالکی که ملکش به وی بازگردانده شده است باید به متصرف همه هزینه‌های ضروری را که شخص اخیر پرداخت نموده است بپردازد. هزینه‌های ضروری عبارت است از هزینه‌هایی که شخص برای ایمن نگه‌داشتن عین مال از تلف، مجبور به هزینه‌کرد آن می‌شود...». در حقوق عراق برای متعهد حق حبس در خصوص بازگرداندن موضوع قرارداد تا

56. Michael Bridge, *op. cit.*, p. 12.

57. a reasonable time

زمان دریافت هزینه‌های یادشده، وجود دارد.^{۵۸}

در حقوق ایران با توجه به اینکه اثر فسخ قهقرایی نیست، شخصی که در اثر قرارداد مالک مالی شده و هزینه‌هایی را برای نگهداری مال مبذول داشته است، نمی‌تواند پس از فسخ، هزینه‌ها را از دیگری مطالبه نماید، زیرا وی مال خویش را نگهداری کرده همچنان که منافع مال نیز تا زمان فسخ قرارداد متعلق به وی بوده است؛ بنابراین از این جهت میان حقوق ایران و عراق تفاوت وجود دارد.

از نظر کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ نیز به نظر می‌رسد با توجه به قهقرایی بودن اثر فسخ باید دیدگاه حقوق عراق مورد پذیرش باشد.

۳.۱.۲. هزینه‌های معامله و خسارت‌ها

به‌طور معمول انجام معامله هزینه‌های مختلفی مانند پرداخت مالیات و سایر هزینه‌های قانونی دارد. حال پرسش این است که آیا فسخ قرارداد به دلیل نقض تعهدات قراردادی تکلیفی را متوجه طرفین در این خصوص می‌نماید یا خیر؟

در پاسخ به این پرسش، در حقوق عراق بین دو فرض تفکیک شده است؛ یکی هزینه‌هایی که متعهد متخلف انجام داده و دیگری هزینه‌هایی که متعهدله متحمل شده است. در مورد جبران هزینه‌های متعهد، تعهدی به‌عهده طرف مقابل نیست، زیرا تخلف متعهد موجب فسخ قرارداد شده است، لیکن برخی حقوق‌دانان عراقی^{۵۹} بیان نموده‌اند که اگر هزینه‌های یادشده ارتباطی به معامله نداشته و مالک مال (متعهدله) در هر حال و فارغ از انجام معامله باید آن را می‌پرداخته، در صورتی که متعهد به نیابت از متعهدله این هزینه‌ها را پرداخته باشد، باید امکان مراجعه متعهد به متعهدله را پذیرفت. به اعتقاد طارق کاظم عجیل، هرچند ممکن است در آغاز امر این‌گونه به نظر برسد که تخلف مشتری موجب انحلال قرارداد شده، از این رو نباید تکلیفی برعهده بایع باشد، لیکن با توجه به احکام خاصی که در زمینه مالیات‌ها و هزینه‌های قانونی معامله در عراق وجود دارد، از تکلیف بایع به رد مالیات به مشتری سخن گفته‌اند، زیرا مالیات یادشده ربطی به معامله ندارد و تکلیفی قانونی محسوب می‌شود که به‌عهده مالک غیرمنقول است. هزینه‌های قانونی معامله نیز در صورت

۵۸. حسن‌علی، الذنون، پیشین، ص ۲۷۱؛ طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۵۳.

۵۹. طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۴۵.

عدم ثبت معامله یا فسخ یا ابطال معامله به مشتری برگردانده می‌شود و در نتیجه، مسئولیت آن با بایع نخواهد بود. حکم بازگشت هزینه‌های قانونی معامله در بند ۱ ماده ۲۰ قانون هزینه‌های ثبت اموال غیرمنقول به شماره ۱۲۶ مصوب ۱۹۷۴ آمده است. طبیعتاً هزینه‌هایی که متعهدله متحمل شده اگر مربوط به انجام معامله باشد از مواردی است که متعهد باید به وی مسترد دارد.

این دیدگاه در حقوق ایران نیز قابل پذیرش است. در واقع، فسخ قرارداد و مطالبه خسارت‌های مربوط به آن از متعهدی که تخلف وی به فسخ قرارداد انجامیده است، با معنی روبرو نیست. در این راستا برخی از حقوق‌دانان^{۶۰} امکان مطالبه خسارت در کنار فسخ را با توجه به قواعد عمومی مسئولیت ناشی از عدم اجرای تعهدات قراردادی ممکن دانسته‌اند. البته باید توجه داشت که این‌گونه نیست که خسارت با فسخ ضرورتاً همراه باشد و طبیعتاً مسئله جمع میان جبران خسارت و فسخ در مواردی قابل طرح است که خسارتی در کار باشد و از راه فسخ جبران نشود.

از نظر کنوانسیون نیز جمع میان فسخ قرارداد و مطالبه خسارت ممکن است. بر اساس قسمت نخست بند ۱ ماده ۸۱ کنوانسیون که بیان می‌دارد: «۱. فسخ قرارداد، طرفین را از انجام تعهدات موضوع قرارداد، به شرط پرداخت هرنوع خسارت قابل مطالبه، بری‌الذمه می‌نماید...»^{۶۱} بسیاری معتقدند چنانچه بایع به دلیل تخلف مشتری پیرامون پرداخت ثمن یا قبض کالا، قرارداد را فسخ نماید می‌تواند از مشتری مطالبه خسارت کند؛ همچنان که اگر قرارداد به سبب تخلف بایع فسخ شود و نقض تعهد موجب خسارت مشتری گردد، شخص اخیر نیز می‌تواند از بایع مطالبه خسارت نماید.

۲.۳. تأثیر فسخ بر تصرفات مادی موجب افزایش قیمت در فاصله عقد تا فسخ

در حقوق عراق دو نوع دیگر هزینه‌ها نسبت به موضوع قرارداد، مورد بحث است؛ هزینه‌های غیرضروری ولی نافع، و هزینه‌هایی که موسوم به «هزینه‌های کمالی» است.

۶۰ سید حسین، صفایی و همکاران، پیشین، ص ۱۵۷؛ همچنین ر.ک. ابراهیم، شعاریان و فرشاد، رحیمی، پیشین، ص ۹۸۴.
 ۶۱ محسن، شفیق، پیشین، ص ۲۶۲؛ نغم حنا رؤوف، نیس، پیشین، ص ۲۶۲؛ خالداحمد، عبدالحمید، پیشین، صص ۳۶۲-۳۵۹؛
 فتیحه بن زروق، پیشین، ص ۸۲؛ اکرم‌محمد، حسین، پیشین، صص ۲۴۶-۲۴۵؛ سید حسین، صفایی و همکاران، پیشین، ص ۳۰۱.

هزینه‌های نافع، هزینه‌هایی است که موجب می‌شود قیمت مال افزایش یابد.^{۶۲} در مورد این هزینه‌ها، بر اساس بند ۲ ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی عراق، احکام مواد ۱۱۱۹ و ۱۱۲۰ قانون مدنی عراق جاری است. مواد اخیر نشان می‌دهد که قانون‌گذار عراق در این زمینه میان متصرف باحسن‌نیت و متصرف دارای سوءنیت تمایز قائل شده است. به موجب ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی عراق «هرگاه شخصی در زمینی که می‌داند متعلق به غیر است بدون رضایت مالک، با مصالح متعلق به خویش ساختمانی بسازد یا درختانی غرس نماید یا تأسیسات دیگری ایجاد کند، مالک زمین می‌تواند قلع مستحذات یادشده را با هزینه شخصی که آنها را ایجاد نموده است درخواست نماید و چنانچه قلع برای زمین زیان‌بار باشد، مالک می‌تواند مستحذات یادشده را بر اساس قیمت آن در حالت قلع تملک نماید.» برخی حقوق‌دانان عراقی^{۶۳} معتقدند با توجه به اینکه متعهد با نقض تعهد خویش موجب شده است قرارداد به فسخ بینجامد، در نتیجه نمی‌توان وی را دارای حسن‌نیت دانست؛ بنابراین وی در حکم متصرف با سوءنیت است و از این رو نسبت به وی احکام ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی جاری است. هزینه‌های کمالی هزینه‌هایی است که برای استفاده بهتر از مال صورت می‌گیرد و موجب افزایش منافع مال نمی‌شود، هرچند ممکن است موجب زیاتر شدن آن گردد.^{۶۴} در مورد این هزینه‌ها بر اساس بند ۲ ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی عراق، متصرف نمی‌تواند آنها را مطالبه نماید. البته اگر عین مال متعلق به متصرف موجود باشد، می‌تواند آن را جدا کند، لیکن باید شیء را به حالت اولیة خود بازگرداند. این حکم، قاعده عمومی است که در عقود مختلف از جمله اجاره مورد تأکید قرار گرفته است.^{۶۵}

از نظر حقوق ایران تصرفاتی که نسبت به موضوع قرارداد صورت می‌گیرد و موجب افزایش قیمت آن می‌شود، چه از جانب دارنده حق فسخ صورت گیرد و چه از جانب متعهدی که تخلف وی موجب فسخ قرارداد شده، محترم است؛ زیرا هنگامی که شخص یادشده تصرفات را انجام داده، تصرفات وی مشروع بوده است. البته برای بررسی دقیق‌تر باید

۶۲. المحمدی احمد، ابو عیسی، *انحلال الرابطة التعاقدية*، (قاهره: دارالنهضة العربية، ۲۰۰۴)، ص ۹۶.

۶۳. طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۵۶.

۶۴. المحمدی احمد، ابو عیسی، پیشین، ص ۹۶.

۶۵. جعفر، الفضلی، *الوجیز فی العقود المدنية، البيع - الايجار - المقاوله*، (عمان: مكتبة السنهوري، ۱۹۹۷)، ص ۲۶۸.

حالت‌های گوناگون را از یکدیگر متمایز نمود. توضیح اینکه ممکن است تصرفی که انجام شده است افزودن مالی به موضوع قرارداد بوده باشد، مانند اینکه بنایی در زمین ساخته شود یا لوازم اضافی به اتومبیل الصاق گردد. در چنین حالتی طبیعی است موارد افزوده شده متعلق به مالک آن است و فسخ قرارداد حقی برای طرف مقابل نسبت به اموال یادشده ایجاد نمی‌کند. در واقع، حتی اگر متخلفی که موجب فسخ قرارداد شده است، صاحب همین اموال باشد، باز هم تخلف وی موجب سلب حق مالکیت وی نمی‌شود. به تعبیر برخی حقوق‌دانان^{۶۶} هیچ موجبی برای اینکه فسخ‌کننده، موارد یادشده را تملک نماید وجود ندارد. طبیعی است در مواردی که مال افزوده شده بدون هرگونه زیانی قابل جدا شدن است، باید آن مال جدا شده، به مالکش مسترد گردد. ولی در مواردی از قبیل بنا سؤال این است که تکلیف چیست؟ آیا شخصی که در اثر فسخ قرارداد، مالکیت زمین به وی بازگشته است می‌تواند آنها را قلع نماید یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش می‌توان گفت در صورتی که سبب فسخ قرارداد پس از تصرف پدید آید، شخصی که مالکیت زمین در اثر فسخ به او بازگشته است باید بتواند ملک خویش را از موارد متعلق به دیگری آزاد سازد کما اینکه صاحب بنا نیز می‌تواند آن را جدا نماید. لیکن پرسش دیگری که مطرح می‌شود این است که تکلیف خسارت‌هایی که با قلع بنا به زمین و بنا وارد می‌شود چیست؟ به نظر می‌رسد در این مورد باید متعهدی را که تخلف وی موجب فسخ قرارداد شده مسئول چنین خساراتی دانست و خسارات فسخ‌کننده باید از باب قاعده تسبیب از سوی وی پرداخته شود و خسارات وارد به خود متخلف بر اساس قاعده اقدام قابل مطالبه نخواهد بود.

در فرضی که افزودن مال به موضوع قرارداد به گونه‌ای باشد که جداسازی آن ممکن نباشد، اگر امتزاج میان دو مال از نظر عرفی تلف موضوع قرارداد محسوب شود، طبیعتاً باید بدل موضوع قرارداد به کسی که در اثر فسخ مالک می‌گردد داده شود. ولی اگر از نظر عرفی امتزاج دو مال موجب تلف نباشد، باید قائل به شراکت میان طرفین قرارداد به نسبت قیمت مال ایشان بود.^{۶۷}

حالت دیگر این است که بدون اینکه اموالی به موضوع قرارداد افزوده شود، در اثر کار

۶۶ ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۸۶

۶۷ فریدون، نهرینی، فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵)، ص ۳۰۷.

طرف قرارداد، موضوع قرارداد افزایش قیمت یابد. در چنین موردی می‌توان از ملاک ماده ۲۸۸ قانون مدنی استفاده کرد. ماده ۲۸۸ قانون مدنی در مورد اقاله مقرر می‌دارد: «اگر مالک بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازدیاد قیمت آن شود، در حین اقاله به مقدار قیمتی که به سبب عمل او زیاد شده است، مستحق خواهد بود». بر اساس ظاهر این ماده، کسی که کار او در افزایش قیمت مؤثر بوده، نسبت به قیمت استحقاق دارد و دشوار است که وی را با طرف مقابل در خود مال شریک دانست؛ به‌ویژه اینکه در اثر اقاله و فسخ مالکیت به مالک قبلی برمی‌گردد و به این ترتیب، زیادت عینی نیز در مال رخ نداده است. بعضی^{۶۸} در تأیید این نظر استدلال کرده‌اند که «همان‌گونه که در اقاله ظاهر تراضی این است که هنگام انحلال عقد، حقوق هریک از دو طرف معین و جدای از یکدیگر شود، در فسخ نیز همین ظهور در اراده قانونگذار وجود دارد...». این حقوق‌دان شریک بودن دو طرف قرارداد در مال موضوع قرارداد را صرفاً به دلیل کاری که موجب افزایش قیمت شده و از جانب طرفی انجام شده که اصولاً مالکیت مال را با فسخ از دست می‌دهد، مغایر هدف فسخ قرارداد دانسته‌اند.

در کنوانسیون حکم ویژه‌ای در خصوص تصرفات پیش‌گفته دیده نمی‌شود و طبیعی است از این حیث باید به قانون حاکم بر اساس قواعد حل تعارض مراجعه نمود.

۴. تأثیر فسخ در تصرفات حقوقی انجام‌شده در موضوع قرارداد و حقوق اشخاص ثالث

برای بررسی تأثیر فسخ در تصرفات حقوقی انجام‌شده در موضوع قرارداد و حقوق اشخاص ثالث، ابتدا دیدگاه حقوق عراق و سپس حقوق ایران مطالعه خواهد شد.

۴.۱. تأثیر فسخ در تصرفات حقوقی انجام‌شده در موضوع قرارداد و حقوق اشخاص ثالث در حقوق عراق

در حقوق عراق قاعده عمومی این است که اگر پس از عقد و قبل از فسخ عقد تصرفات حقوقی نسبت به موضوع قرارداد صورت گرفته باشد، فسخ قرارداد با توجه به اثر قهقرایی خود، آن تصرفات حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهد و حقوق اشخاص ثالث نیز در این

خصوص زایل می‌گردد، در عین حال، اصل حسن‌نیت موجب پذیرش استثناهایی در این زمینه شده است.

۴.۱.۱. قاعده پایان یافتن تصرفات حقوقی انجام‌شده در فاصله عقد و فسخ و زوال حقوق شخص ثالث

قاعده عمومی در مورد اثر فسخ این است که اثر فسخ فقط به طرفین عقد محدود نمی‌شود، بلکه به اشخاص ثالث نیز تسری می‌یابد؛ به این معنا که حقوقی را که از یکی از طرفین عقد به ایشان انتقال یافته یا برای ایشان نسبت به موضوع قرارداد ایجاد شده است، زایل می‌نماید.^{۶۹} بنابراین چنانچه قرارداد بیعی فسخ شود که مبیع را مشتری به شخص دیگری فروخته یا آن را نزد دیگری رهن گذاشته یا حق ارتفاق یا انتفاعی برای دیگران نسبت به مبیع برقرار نموده باشد، مبیع عاری از همه این حقوق به بایع بازگردانده می‌شود، چراکه پذیرش اثر عطف به ماسبق‌شونده برای فسخ چنین حکمی را ایجاب می‌نماید.^{۷۰}

۴.۱.۲. استثنای قاعده

الف) تصرف باحسن‌نیت در مال منقول

چنانچه موضوع قرارداد مال منقول باشد و شخص ثالث باحسن‌نیتی نسبت به آن حقی را به دست آورده باشد، وی مشمول حمایت قانون بوده، اثر فسخ قرارداد گریبان‌گیر وی

۶۹. حسینه، حمو، *انحلال العقد عن طريق الفسخ*، مذکره لنبیل درجه الماجستير فی القانون، فرع قانون المسؤولیه المهنيه، جامعه مولود معمری، تیزی وزو، کلیه الحقوق و العلوم السياسيه، مدرسه الدكتوراه للعلوم القانونيه و السياسيه، ۲۰۱۱، ص ۹۳؛ سعیده، جوهری، پیشین، ص ۲۴؛ ابراهیم انیس محمد، یحیی، *الاقاله، فسخ العقد برضا الطرفين، دراسة مقارنة، رساله استكمالاً لمتطلعات درجه الماجستير فی القانون الخاص، کلیه الدراسات العليا، جامعه النجاح الوطنيه فی نابلس، ۲۰۱۰، ص ۴۹؛ طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۵۸؛ امجد محمد، منصور، *النظريه العامه للألتزامات، مصادر الألتزام، دراسة فی القانون المدني الاردنی و المصری و الفرنسی و مجله الاحکام العدليه و الفقه الاسلامی مع التطبيقات القضائيه لمحکمتی التقض و التمييز*، (عمان: دارالتقافه للنشر و التوزيع، ۲۰۰۹)، ص ۲۱۴؛ رمضان، ابوالسعود، *مصادر الألتزام فی القانون المصری و اللبانی، (بیروت: مطابع الاملسه، الطبعة الاولى، ۱۹۹۰)*، ص ۲۸۰؛ سلیمان، مرقس، *نظریه العقد*، (قاہرہ: دارالنشر للجامعات المصریه، ۱۹۵۶)، ص ۴۳۰؛ سلیمان، مرقس، *موجز اصول الألتزامات*، (قاہرہ: مطبعه لجنه البیان العربی، ۱۹۶۱)، ص ۳۲۳.*

۷۰. حسن‌علی، الذنون، *النظریه العامه للألتزامات*، (بغداد: المکتبه القانونيه، ۱۹۶۷)، ص ۱۹۷؛ احمد حشمت، ابوسبت، *نظریه الألتزام فی القانون المدني الجدید، مصادر الألتزام، الكتاب الاول، (مصر: مطبعه مصر شرکه مساهمه، الطبعة الثانيه، ۱۹۵۴)*، صص ۳۴۹-۳۴۸؛ عبدالمنعم فرج، الصده، *محاضرات فی القانون المدني، نظریه العقد فی القوانين العربيه، آثارالعقد و انحلاله*، (قاہرہ: جامعه الدول العربيه، معهد الدراسات العربيه العالميه، ۱۹۶۰)، ص ۱۲۹؛ حسن‌علی، الذنون، *شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع*، (بغداد: مطبعه الرابطة، ۱۹۵۳)، صص ۳۰۴-۳۰۳.

نمی‌شود.^{۷۱} برای مثال، چنانچه مبیع مال منقولی باشد و مشتری آن را به شخص ثالث باحسن نیتی بفروشد و در اختیار او قرار دهد، در صورتی که قرارداد نخست فسخ گردد، بایع نخست نمی‌تواند مبیع را از مشتری دوم بازپس گیرد، زیرا بر اساس ماده ۱۱۶۳ قانون مدنی عراق، تصرف اماره‌ای بر حسن نیت و وجود سبب صحیح و قانونی است؛ البته تا زمانی که دلیلی خلاف آن اقامه نشود.

بنابراین چنانچه حسن نیت وجود نداشته باشد حمایت قانونی از ثالث نیز منتفی است؛ مانند اینکه شخص ثالث از تهدیدی که متوجه قرارداد مشتری است آگاه باشد و به‌رغم آگاهی، مال منقول را از مشتری اول خریداری نماید. در این حالت، مشتری دوم دارای حسن نیت نیست و قانون از وی حمایت نمی‌کند.^{۷۲} بر اساس ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی عراق: «چنانچه متصرف با سوءنیت باشد، مسئول تلف آن می‌باشد ولو اینکه تلف مزبور ناشی از حادثه‌ای غیرمترقبه باشد. البته چنانچه اثبات نماید که آن چیز اگر در دست ذی‌حق بود باز هم از بین می‌رفت، در این صورت مسئول نخواهد بود».

نکته قابل توجه این است که حسن نیت همیشه مفروض است و کسی که ادعای خلاف آن را دارد بار اثبات برعهده اوست.^{۷۳}

ب) قراردادهای اداره منعقدشده با حسن نیت

قراردادهایی که در راستای اداره اموال منعقد می‌شود از دیگر استثنای قاعده خاتمه حقوق اشخاص ثالث است. در واقع، چنانچه شخص ثالث باحسن نیت در اثر یکی از عقود اداره مانند اجاره، حقی را کسب نماید، فسخ قرارداد اصلی نمی‌تواند حقوق مکتسب وی را تحت تأثیر قرار دهد. بنابراین اگر مشتری مالی را که خریداری کرده است به شخص ثالث باحسن نیت اجاره دهد و پس از آن، عقد بیع به دلیل نقض تعهدات مشتری فسخ گردد، عقد اجاره برای رعایت حال شخص ثالث (مستأجر)، باقی می‌ماند^{۷۴} و بایع نمی‌تواند قبل از پایان

۷۱. حسین، تونسلی، *انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع و عقد المقاولة*، (الجزائر: دارالخلدونية، للنشر و التوزيع، الطبعة

الاولی، ۲۰۰۷)، ص ۶۴؛ سعیده، جوهری، پیشین، ص ۵۶؛ فوزی کاظم، المیاحی، پیشین، ص ۸۸.

۷۲. سعیده، جوهری، پیشین، ص ۵۷.

۷۳. طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۶۱.

۷۴. محمدحسین، منصور، *مصادر الائتزام، العقد و الارادة المنفردة*، (بیروت: الدار الجامعیة للنشر و التوزيع، ۲۰۰۰)، ص ۴۲۳.

مدت اجاره، عین مستأجره را از مستأجر بازپس گیرد.^{۷۵}

گفتنی است در مورد مسئله پیش گفته نص صریحی در قانون مدنی عراق وجود ندارد و همین مسئله اختلاف نظر شارحان قانون مدنی عراق را در زمینه قلمرو تأثیر فسخ قرارداد بیع بر عقود اداره‌ای که مشتری قبل از فسخ بیع منعقد نموده، موجب شده است: برخی متعرض عقود اداره به عنوان استثنایی بر اصل اثر قهقرایی فسخ نشده‌اند و برخی عقود اداره را به عنوان استثنا مطرح کرده‌اند بدون اینکه مبنا و مستندی قانونی برای آن ارائه دهند. برخی نیز ضمن برشمردن عقود اداره در شمار استثنای قاعده، از قیاس آن با حکم مندرج در ماده ۷۸۶ قانون مدنی عراق بهره گرفته‌اند. این ماده بیان می‌دارد: «اگر مالکیت عین مستأجره به شخص دیگری انتقال یابد، در صورتی که برای قرارداد اجاره قبل از معامله‌ای که موجب انتقال مالکیت شده است، تاریخ ثابتی مقرر نشده باشد، اجاره علیه انتقال‌گیرنده اثری ندارد. لیکن انتقال‌گیرنده می‌تواند به عقد اجاره مزبور استناد جوید». با توجه به این ماده عقد اجاره‌ای که تاریخ آن مشخص شده باشد علیه انتقال‌گیرنده مالکیت مؤثر است. بنابراین چنانچه مشتری عقد اجاره را با تاریخ مشخص و ثابت با شخص ثالث منعقد نموده باشد، به‌رغم اینکه در اثر فسخ، مالکیت عین مستأجره به بایع بازمی‌گردد، ولی شخص ثالث می‌تواند به چنین اجاره‌ای در مقابل بایع استناد جوید و تا پایان عقد اجاره، بایع نمی‌تواند از وی عین مستأجره را پس بگیرد.^{۷۶} برخی حقوق‌دانان عراق^{۷۷} به بند ۲ ماده ۲۸۹ قانون مدنی عراق در مورد شرط فاسخ به عنوان مبنایی دیگر برای باقی ماندن عقود اداره استناد جسته‌اند. به موجب این بند «به‌رغم تحقق شرط فاسخ، اعمال اداره‌ای که از سوی دائن انجام شده است، پابرجا می‌ماند».

در هر حال، استثنای پیش گفته شرایطی دارد: نخست اینکه مقصود از عقودی که متعهد در خصوص این مال منعقد نموده است، اداره و محافظت از مال باشد، مانند قراردادهای اجاره، کار، ودیعه. دومین شرط این است که شخص ثالث، با حسن نیت باشد؛ البته فرض بر

۷۵. فوزی کاظم، المیاحی، پیشین، ص ۸۸.

۷۶. طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۷۱؛ محمود سعدالدین، الشریف، شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الاول، (بغداد: مطبعة العانی، ۱۹۵۵)، ص ۳۴۲.

۷۷. طارق کاظم، عجیل، پیشین، صص ۱۷۳-۱۷۲.

وجود حسن نیت است. سومین شرط نیز در مورد اجاره این است که مدت آن از سه سال تجاوز نکند و در صورتی که مدت آن بیشتر از سه سال باشد فقط تا سه سال در مقابل متعهدله قابل استناد است. در این مورد به ماده ۱۰۵ قانون مدنی عراق استناد شده است. در این ماده آمده است: «... عقد اجاره چنانچه مدتش بیش از سه سال نباشد در شمار عقود اداره می‌باشد...»^{۷۸}.

۲.۴. دیدگاه حقوق ایران در مورد تصرفات حقوقی و حقوق اشخاص ثالث

در حقوق ایران برخلاف حقوق عراق، اثر فسخ نسبت به آینده است و فسخ قرارداد نمی‌تواند تصرفاتی را که قبل از آن و به شیوه‌ای صحیح انجام شده باشد، از بین ببرد. بنابراین اگر اتومبیلی خریداری شده و خریدار آن را به شخص دیگری فروخته باشد، در صورت فسخ قرارداد نخست، قرارداد دوم تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد. در این زمینه می‌توان همچون برخی حقوق دانان^{۷۹} به مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی ایران که در احکام عمومی خیارات در قانون مدنی ایران انعکاس یافته است، استناد نمود. به موجب ماده ۴۵۴ قانون مدنی ایران «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود، مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صراحتاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است»^{۸۰}. ماده ۴۵۵ این قانون نیز مقرر داشته است: «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد». به تصریح برخی حقوق دانان^{۸۱}، فروض منعکس در مواد پیش‌گفته تمثیلی است و می‌توان از مفاد آنها قاعده‌ای عمومی استنباط نمود که مطابق آن «تصرف طرفی که در اثر عقد مالک شده در موضوع تملیک نافذ است و فسخ بعدی به آن صدمه نمی‌زند، مگر اینکه برخلاف این ترتیب به‌طور ضمنی یا صریح تراضی شده باشد». به اعتقاد ناصر کاتوزیان، در

۷۸. همان، صص ۱۷۳-۱۷۲.

۷۹. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۷۹؛ سید حسین، صفایی، پیشین، صص ۳۱۰-۳۱۱؛ عبدالحسین، شیروی، پیشین، ص ۲۹۷.

۸۰. برای مطالعه مبنای بقای اجاره در فرض فسخ قرارداد بیع، ر.ک. سکوتی، رضا، «بررسی مبنای بقای اجاره و قلمرو شمول صدر ماده ۴۵۴ قانون مدنی»، فقه و حقوق اسلامی، ش ۶ (۱۳۹۲)، صص ۱۳۰-۱۳۳.

۸۱. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۷۹.

عقود عهدی نیز این قاعده جاری است و چنانچه طرف قرارداد پیش از اعمال خیار، طلب خویش را به شخصی دیگر منتقل نماید، اعمال حق فسخ به نفوذ عقد لطمه‌ای نمی‌زند. پرسش قابل طرح دیگر در این قسمت اینست که چنانچه قراردادی که فسخ شده است متضمن حقوقی برای اشخاص ثالث باشد آیا با فسخ قرارداد، حقوق اشخاص ثالث منتفی می‌شود؟ به نظر می‌رسد، فسخ قرارداد نمی‌تواند حقوق مکتسبه اشخاص ثالث را بدون رضایت ایشان از بین ببرد. در واقع هرچند بر اساس قسمت اخیر ماده ۱۹۶ قانون مدنی ایران در معامله می‌توان تعهدی به نفع ثالث مقرر نمود، ولی از بین بردن حق ثالث در اختیار طرفین قرارداد نیست. این مسئله موجب شده برخی حقوق دانان^{۸۲} در مورد قراردادی که متضمن تعهد به نفع ثالث است اقاله قرارداد را به دلیل لطمه به حقوق مکتسب ثالث نپذیرند، برخی دیگر^{۸۳} پذیرش نابودی حق ثالث از سوی طرفین قرارداد در اثر اقاله را دشوار دانسته‌اند و بعضی^{۸۴} از نافذ نبودن چنین اقاله‌ای به ضرر ثالث سخن گفته‌اند. البته در میان حقوق دانان ایرانی برخی استادان^{۸۵} نیز چنین اقاله‌ای را صحیح دانسته، موجب از بین رفتن حق ثالث می‌دانند. جالب اینجاست که برخی^{۸۶} نیز با قیاس به هبه، حقی را که برای شخص ثالث پدید آمده است از جانب مشروطه قابل تغییر و اسقاط دانسته‌اند. لیکن پذیرش این نظر دشوار است و قیاس حقوقی که برای ثالث ایجاد شده است با قرارداد هبه که قراردادی عینی محسوب می‌شود و دارای احکام ویژه‌ای است، صحیح نیست. در هر حال، به نظر می‌رسد فسخ قرارداد نمی‌تواند به حقوق مکتسبه اشخاص ثالث پایان دهد. البته این در صورتی است که حق ثالث به صورت متزلزل ایجاد نشده باشد، زیرا اگر حق ثالث در اثر قراردادی که از ابتدا قراردادی خیاری بوده، ایجاد شده باشد، در چنین موردی حق ثالث متزلزل است و اقتضای چنین حقی اینست که می‌تواند با فسخ قرارداد از بین برود. گفتنی است، کنوانسیون بیع بین‌الملل، آثار فسخ عقد بیع را فقط نسبت به طرفین مطرح نموده و به آثار فسخ نسبت به اشخاص ثالث نپرداخته است. در واقع، آثار فسخ نسبت به

۸۲. سید حسین صفایی، پیشین، ص ۱۷۴.

۸۳. ناصر، کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-بیع، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ص ۱۸۴.

۸۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲)، ص ۲۳۲.

۸۵. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، (تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۵)، ص ۲۵۷.

۸۶. حبیب‌الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ق)، ص ۸۵.

اشخاص ثالث تابع قانون ملی حاکم بر اساس قواعد حل تعارض قوانین است.^{۸۷} البته به اعتقاد برخی^{۸۸}، حق استرداد مقرر در بند ۲ ماده ۸۱ با محدودیت مواجه است. حق استرداد، هیچ حقی علیه ثالث ایجاد نمی‌کند. ماده ۴ کنوانسیون حوزه اعمال کنوانسیون را به تشکیل عقد و حقوق و تعهدات طرفین ناشی از عقد محدود نموده است. بنابراین، برای مثال، مطابق کنوانسیون، فروشنده‌ای که ثمن را دریافت نکرده هیچ حقی برای بازپس‌گیری کالایی که خریدار به ثالث فروخته است، ندارد.

نتیجه

نتیجه حاصل از این جستار در مورد آثار فسخ قرارداد این است که از سویی در مورد زوال تعهدات طرفین با فسخ قرارداد (به‌عنوان قاعده عمومی) در حقوق عراق و ایران و کنوانسیون نوعی وفاق وجود دارد و در عین حال در برخی جزئیات اختلافاتی دیده می‌شود. از سوی دیگر در زمینه عطف به ماسبق شدن آثار فسخ میان حقوق ایران از یک سو و حقوق عراق و کنوانسیون از سوی دیگر تفاوت اساسی وجود دارد، زیرا در حقوق ایران اثر فسخ نسبت به آینده است، ولی در حقوق عراق و کنوانسیون فسخ دارای اثر قهقرایی است. این اختلاف موجب شده است در حقوق عراق و کنوانسیون موضوع قرارداد همراه با نمائات آن بازگردانده شود، همچنان که پرداخت سود ثمن به‌عهده فروشنده گذاشته شده، لیکن در حقوق ایران استرداد عوضین قرارداد لازم است، ولی بازگرداندن منافع در فاصله عقد تا فسخ پذیرفته نیست. هزینه‌هایی که برای نگهداری مال در فاصله عقد تا فسخ صورت گرفته با توجه به اثر قهقرایی فسخ در حقوق عراق به‌عهده کسی است که پس از فسخ مالک مال شده است، حال آنکه در حقوق ایران هزینه‌های یادشده برعهده چنین شخصی نیست. البته چنانچه کار یکی از طرفین باعث افزایش قیمت مالی گردد که در اثر فسخ به طرف مقابل برمی‌گردد، کار شخص دارای احترام است و وی نسبت به افزایش قیمت مال ذی‌حق است. گفتنی است با توجه به اینکه مطالبه خسارت در کنار فسخ در هر سه نظام حقوقی پذیرفته

۸۷. محمودسمیر، الشرفاوی، پیشین، ۲۰۰۱، ص ۲۲۴

Lachmi, Singh, op. cit., p. 311.

88. Clayton P., Gillette & Steven D., Walt, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*, (New York: Cambridge University Press, Second Edition, 2016), p. 389.

شده، متعهدی که نقض تعهد نموده و موجب فسخ قرارداد گردیده است، کلیه خسارت‌های طرف مقابل را به‌عهده دارد. از نظر تأثیر فسخ بر تصرفات حقوقی انجام‌شده در موضوع قرارداد و حقوق اشخاص ثالث نیز باید گفت کنوانسیون، آثار فسخ عقد بیع را فقط نسبت به طرفین مطرح نموده و متعرض آثار فسخ نسبت به اشخاص ثالث نشده است و آن را تابع قانون حاکم بر اساس قواعد حل تعارض قوانین می‌داند، لیکن اثر قهقرایی فسخ در حقوق عراق ایجاب می‌نماید که تصرفات حقوقی یادشده تحت تأثیر قرار گیرد و حقوق اشخاص ثالث نیز زایل گردد. البته در این نظام حقوقی، اصل حسن نیت استثنای را در این زمینه ایجاب نموده و بر این اساس حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت در مورد مال منقول از اثر قهقرایی فسخ مصون مانده است، همچنان‌که قراردادهایی که در راستای اداره اموال با شخص ثالث با حسن نیت انعقاد یابد مستثنی از قاعده است. این درحالی است که با توجه به فقدان اثر قهقرایی فسخ در حقوق ایران، فسخ قرارداد در تصرفاتی که در فاصله عقد تا فسخ به صورت مجاز انجام شده باشد، تأثیری نمی‌گذارد و به‌نظر می‌رسد فسخ قرارداد نمی‌تواند حقوقی را که اشخاص ثالث به‌موجب آن قرارداد به‌دست آورده‌اند، زایل نماید. در پایان به‌نظر می‌رسد اصل تأثیر آثار فسخ نسبت به آینده با استحکام معاملات و حفظ حقوق اشخاص ثالث مناسب‌تر است. بنابراین رویکرد حقوق ایران نسبت به رویکرد حقوق عراق و کنوانسیون ترجیح دارد و از این رو پیشنهاد می‌شود که حقوق عراق و کنوانسیون قاعده آثار فسخ نسبت به آینده را به‌صراحت بپذیرند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

– کتابها

۱. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۵).
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مجموعه محشی قانون مدنی*، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲).
۳. شعاریان، ابراهیم و رحیمی، فرشاد، *حقوق بیع بین‌المللی، شرح کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی، مطالعه تطبیقی با اسناد بین‌المللی و حقوق ایران*، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی، ۱۴۰۰).
۴. شیروی، عبدالحسین، *حقوق قراردادها، انعقاد، آثار و انحلال*، (تهران: سمت، ۱۳۹۶).
۵. صفایی، سید حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۲، *قواعد عمومی قراردادها*، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵).
۶. صفایی، سید حسین؛ کاظمی، محمود؛ عادل، مرتضی؛ میرزائزاد، اکبر، *حقوق بیع بین‌المللی*، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۲).
۷. طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی*، ج ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ق).
۸. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، (تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن پرنه، ۱۳۷۶).
۹. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵).
۱۰. نهرینی، فریدون، *فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی*، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵).

– مقالات

۱۱. سکوتی، رضا، «بررسی مبنای بقای اجاره و قلمرو شمول صدر ماده ۴۵۴ قانون مدنی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، ش ۶ (۱۳۹۲).

(ب) عربی**- کتابها**

۱۲. ابوالسعود، رمضان، *مصادر الالتزام فى القانون المصرى و اللبنانى*، (بيروت: مطابع الاملسه، الطبعة الاولى، ۱۹۹۰).
۱۳. ابوستيت، احمد حشمت، *نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد، مصادر الالتزام*، الكتاب الاول، (مصر: مطبعة مصر شركة مساهمه، الطبعة الثانية، ۱۹۵۴).
۱۴. ابو عيسى، المحمدى احمد، *انحلال الرباطه التعاقدية*، (قاهره: دار النهضة العربية، ۲۰۰۴).
۱۵. تونسى، حسين، *انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع و عقد المقاولة*، (الجزائر: دارالخلدونيه، للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى، ۲۰۰۷).
۱۶. حسين، اكرم محمد، *الاخلاق بالتنفيذ فى بيوع التجاره الدوليه. دراسة مقارنة*، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ۲۰۱۷).
۱۷. الحكيم، عبدالمجيد، البكرى، عبدالباقي و البشير، محمد طه، *الوجيز فى نظريه الالتزام فى القانون المدنى العراقى، مصادر الالتزام*، الجزء الاول، (بغداد: مكتبة السنهورى، ۲۰۱۲).
۱۸. الذنون، حسن على، *النظرية العامة للفسخ فى الفقه الاسلامى و القانون المدنى دراسه مقارنه*، (قاهره: مطبعة نهضة مصر، ۱۹۴۶).
۱۹. الذنون، حسن على، *شرح القانون المدنى العراقى، العقود المسماة، عقد البيع*، (بغداد: مطبعة الرباطه، ۱۹۵۳).
۲۰. الذنون، حسن على، *النظرية العامة للالتزامات*، (بغداد: المكتبة القانونية، ۱۹۶۷).
۲۱. الشرفاوى، محمود سمير، *العقود التجاربه الدوليه، دراسه خاصه لعقد البيع الدولى للبضائع*، (قاهره: دار النهضة العربية، ۲۰۰۱).
۲۲. الشريف، محمود سعد الدين، *شرح القانون المدنى العراقى، مصادر الالتزام*، الجزء الاول، (بغداد: مطبعة العاني، ۱۹۵۵).
۲۳. شفيق، محسن، *اتفاقيه الامم المتحده بشأن البيع الدولى للبضائع، دراسه فى قانون التجاره الدولى*، (قاهره: دار النهضة العربية، ۱۹۸۸).
۲۴. الصده، عبدالمنعم فرج، *محاضرات فى القانون المدنى، نظرية العقد فى القوانين العربيه، آثار العقد و انحلاله*، (قاهره: جامعة الدول العربيه، معهد الدراسات العربيه العالميه، ۱۹۶۰).
۲۵. عجيل، طارق كاظم، *المطول فى شرح القانون المدنى، دراسه معمقه و مقارنه بالفقه الغربى و الاسلامى*، الجزء الثالث، (بيروت: مكتبة زين الحقوقية، ۲۰۱۳).

٢٦. الفضلى، جعفر، *الوجيز فى العقود المدنية، البيع - الايجار - المقاوله*، (عمان: مكتبة السنهورى، ١٩٩٧).
٢٧. محاسنه، نسرين سلامه، *التزام البائع بالتسليم و المطابقه، دراسه فى القانون الانجليزى و اتفاقيه الامم المتحده للبيع الدولى للبضائع ١٩٨٠، اتفاقيه فيينا*، (عمان: دارالثقافه للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى، ٢٠١١).
٢٨. مرقس، سليمان، *نظريه العقد*، (قاهره: دارالنشر للجامعات المصريه، ١٩٥٦).
٢٩. مرقس، سليمان، *موجز اصول الالتزامات*، (قاهره: مطبعة لجنة البيان العربى، ١٩٦١).
٣٠. المصرى، محمد محمود و عابدين محمد احمد، *الفسخ و الانفصاح و التفاسخ فى ضوء القضاء و الفقه*، (اسكندريه: دارالمطبوعات الجامعيه، ١٩٩٧).
٣١. منصور، امجد محمد، *النظريه العامه للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسه فى القانون المدنى الاردنى و المصرى و الفرنسى و مجلة الاحكام العدليه و الفقه الاسلامى مع التطبيقات القضائيه لمحكمتى النقض و التمييز*، (عمان: دارالثقافه للنشر و التوزيع، ٢٠٠٩).
٣٢. منصور، محمد حسين، *مصادر الالتزام، العقد و الاراده المنفردة*، (بيروت: الدار الجامعيه للنشر و التوزيع، ٢٠٠٠).
٣٣. المياحى، فوزى كاظم، *انحلال العقد الفسخ و الاقاله فى القانون المدنى العراقى*، (بغداد: نشر و توزيع مكتبة صباح، ٢٠١٥).
٣٤. هوزيه، فانسان، *المطول فى العقود، بيع السلع الدولى*، ترجمه منصور القاضى، اشراف جاك غيستان، (بيروت: مجد المؤسسه الجامعيه للدراسات، الطبعة الاولى، ٢٠٠٥).

- پایان نامه ها

٣٥. جوهرى، سعيده، *سلطه القاضى فى فسخ العقد*، مذكره تخرج لنيل شهادة ماستر فى القانون تخصص عقود و مسؤوليه، جامعه اكلى محند اولحاج، البويره، ٢٠١٣.
٣٦. حمو، حسينه، *انحلال العقد عن طريق الفسخ*، مذكره لنيل درجه الماجستير فى القانون فرع: قانون المسؤوليه المهنيه، جامعه مولود معمري، تيزى وزو، ٢٠١١.
٣٧. عبدالحميد، خالد احمد، *فسخ عقد البيع الدولى وفقاً لاتفاقيه فيينا لعام ١٩٨٠*، مذكره لنيل درجه الدكتوراه فى الحقوق، جامعه القاهره، ٢٠٠٢.
٣٨. عبدالعزيز، جمال محمود، *الالتزام بالمطابقه فى عقد البيع الدولى للبضائع*، رساله دكتوراه، جامعه القاهره، ١٩٩٦.
٣٩. بن زروق، فتبحه، *فسخ العقد طبقاً لاتفاقيه فيينا لسنة ١٩٨٠ الخاصه بالبيع الدولى للبضائع*، مذكره لنيل شهادة الماجستير فى القانون، فرع العقود و المسؤوليه، جامعه الجزائر (١)، ٢٠١٥.

٤٠. ننیس، نغم حنا رؤوف، *التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا ١٩٨٠*، درسه تحليليه، اطروحه دكتوراه فلسفه في القانون الخاص، جامعه الموصل، ٢٠٠٤.
٤١. يحيى، ابراهيم انيس محمد، *الاقاله، فسخ العقد برضا الطرفين، دراسه مقارنه*، رساله استكمالاً لمتطلعات درجه الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعه النجاح الوطنيه في نابلس، ٢٠١٠.

ج) انگلیسی

- Books & Articles

42. Huber, Peter & Mullis, Alastair, *The CISG A new textbook for students and practitioners*, (Germany: Sellier. European law publishers, 2007).
43. Chengwei, Liu, "RECOVERY OF INTEREST", *Nordic Journal of Commercial Law*, issue 1, (2003).
44. Gillette, Clayton P. & Walt, Steven D., *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*, (New York: Cambridge University Press, Second Edition, 2016).
45. Magnus, Ulrich, "THE REMEDY OF AVOIDANCE OF CONTRACT UNDER CISG—GENERAL REMARKS AND SPECIAL CASES", *JOURNAL OF LAW AND COMMERCE*, Vol. 25, (2005-2006).
46. Mohs, Florian, "Arts. 81/82 CISG—UP", Edited by John Felemegas, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).
47. Zeller, Bruno & Mazzotta, Francesco G., "BREACH OF CONTRACT: CLAIMS AND RELATED PROVISIONS", *Editor: Francesco G. Mazzotta, A Practitioner's Guide to the CISG*, (New York: Juris Net, LLC, 2010).
48. Zwinge, Tamo, "The United Nations Sale Convention: Delimitation, Influences, and Concurrent Application of Domestic Law", *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol 10 Issue 2, (2011).

- Thesis & Other Documents

49. Al-Hajaj, Amir, *The Concept of Fundamental Breach and Avoidance under the CISG*, PhD thesis, Brunel University, 2015.
50. Bridge, Michael, CISG-AC Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008.
51. Singh, Lachmi, *The United Nation Convention on Contracts for the International Sales of Goods 1980 (CISG) An examination of the buyers remedy of avoidance under the CISG: How is the remedy interpreted, exercised and what are the consequences of avoidance?*, PhD thesis, University of the West of England, 2015.

