المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

كيفية اجراء الفسخ لعدم تنفيذ الالتزامات العقدية في القانون العراقي والايراني وأحكام اتفاقية فيينا 1980

علي خيري جبر
ماجستير في قسم القانون الخاص فرع القانون المدني ، المشاور القانوني الاقدم، دائرة صحة ذي قار، وزارة الصحة، العراق

الملخص

فسخ العقد يعد من قبيل الضمانات القانونية لتنفيذ الالتزامات العقدية في مختلف الانظمة القانونية في العالم، وهذا الامر يتبعه بعض الأسئلة حول كيفية وشروط اجراءه ، وهل يستطيع الدائن (صاحب الحق) بالفسخ، ان يقدم على فسخ العقد ام ان ذلك يحتاج إلى قرار يصدر من المحكمة؟ سنجيب على التساؤل اعلاه، من خلال هذا البحث بالاعتماد على الاسلوب الوصفي والتحليلي والمقارن بين كل من القانون العراقي والايراني واتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية الصادرة عام 1980، ونبين اوجه الاختلاف والتشابه في هذه الانظمة القانونية الثلاثة.

ان الابحاث والدراسات تشير، الى ان اجراء الفسخ في القانون الايراني والاتفاقية يكون بيد من له هذا الحق (الدائن)، إلا ان الحال يختلف في القانون العراقي، فان القاعد العامة للفسخ في القانون العراقي هي ان الدائن يطلب الفسخ من المحكمة، وللقاضي النظر في مدى توافر شروط الفسخ من عدمه، كذلك في الاتفاقية فان الفسخ يقع عندما يقوم الدائن بإخطار المتخلف عن التنفيذ بالفسخ في مدة معقولة ويكون الفسخ نافذاً من لحظة ارسال الاخطار او من لحظة وصوله للمخاطب ، اما المشرع الايراني لم يشترط في اجراء الفسخ اجراءات خاصة والفسخ غير فوري، وعلى أية حال فان ترك اجراء الفسخ لإرادة الدائن وعن طريق توجيه الاخطار يكون مناسباً، ومنسجماً اكثر مع التحديات الاقتصادية ومقتضيات التجارة الدولية، ومن جانب آخر انها تؤمن الحماية الاقتصادية للطرف الاخر.

الكلمات المفتاحية: الالتزامات العقدية، الفسخ القضائي، القانون الايراني والعراقي، اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية 1980.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

How to Annul a Contract for Non-Performance of Contractual Obligations According to Iraqi and Iranian Law and The Items of Vienna Convention of 1980

Ali Khairi Jebur
Master's degree in Private Law / Civil Law Branch, Senior Legal Adviser of Thi qar General Directorate of Health , Ministry of Health, Iraq

ABSTRACT

Termination of the contract is one of the legal guarantees for the implementation of contractual obligations in various legal systems in the world, and this matter is followed by some questions about the manner and conditions of its conduct, and can the creditor (the right holder) in the rescission, submit to the annulment of the contract or does that require a court decision ? We will answer the above question, through this research, based on the descriptive, analytical and comparative method between the Iraqi and Iranian law and the Vienna Convention on the Sale of International Goods issued in 1980, and show the differences and similarities in these three legal systems.

Research and studies indicate that the procedure for rescission in Iranian law and the Convention is in the hands of the one who has this right (the creditor), but the situation is different in Iraqi law, the general rule for rescission in Iraqi law is that the creditor requests rescission from the court, and the judge has the right to consider the extent The availability of the conditions for rescission or not. Also in the agreement, rescission occurs when the creditor notifies the defaulter of rescission within a reasonable period, and the rescission is effective from the moment the notification is sent or from the moment he reaches the addressee. As for the Iranian legislator, the rescission procedure did not require special procedures and the rescission is not immediate. In any case, leaving the rescission procedure to the will of the creditor and by giving notice is appropriate, and is more in line with the economic challenges and the requirements of international trade, and on the other hand, it secures economic protection for the other party.

Keywords: contractual obligations, judicial annulment, Iranian and Iraqi law, Vienna Convention on the International Sale of Goods 1980.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

مقدمة

ان العقود بشكل عام، تعد من أهم الوسائل القانونية التي يلجئ إليها الناس والعاملين في التجارة الدولية لغرض تأمين احتياجاتهم الاقتصادية، وتعد العقود من اهم مصادر الالتزام سواء في التعاملات الداخلية او الدولية، وبعبارة أخرى فلو ابرم الطرفان العقد بشكل صحيح فان هذا العقد ينشأ التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، و حتى على صعيد العقود الدولية التي تبرم ما بين طرفين كل منهم تابعاً لبلد معين، فهناك عقود اخرى متعددة و تابعة للعقد الاول، لذا فأن العقود الدولية وما يترتب عليها من آثار لا تقل اهمية عن العقود الداخلية التي تبرم في نطاق البلد الواحد، لذا فان اهم قاعدة من القواعد الاخلاقية والقانونية والدولية التي تطرح بهذا الصدد هي قاعدة الزام العقود، مع ذلك يوجد بعض الاشخاص من يخالفون هذه القاعدة وينقضون التزاماتهم العقدية، ويمتنعون عن تنفيذها جزءً او كلاً، وان هذه المسالة تبرز اهميتها على الصعيد الدولي اكثر من الصعيد الداخلي، ولا تقاس تعقيدات العقود الدولية من حيث القيمة الاقتصادية مع العقود الداخلية، لذلك عادةً ما تنص القوانين الداخلية و حتى بعض الوثائق والمعاهدات الدولية على فسخ العقد باعتباره من الضمانات التنفيذية للعقود، مع بعض التفاوت في كيفية اجراء الفسخ في بعض الجزئيات، او في بعض شروط نشوء حق الفسخ او كيفية اجراءه أو في آثاره، كتقديم طلب التنفيذ العيني على الفسخ او تخيير الدائن بين التنفيذ العيني الجبري او الفسخ، **وفي جميع الاحوال فأن السؤال الذي يطرح هنا هو في حالة تحقق شروط الفسخ هل يكون اجراء الفسخ خاضعاً لإرادة الدائن؟ ام لابد من تدخل المحكمة والاجهزة القضائية؟ وبشكل عام ما هي شروط اجراء الفسخ؟**

ان هذه الدراسة ستجب على السؤال اعلاه، في كل من اتفاقية فيينا 1980 والقانون العراقي والايراني، وسنبين في هذه الدراسة نقاط التشابه والاختلاف في هذه المسألة وفي هذه الانظمة القانونية الثلاثة.

ان البحث في احكام اتفاقية فيينا 1980، تأخذ اهمية كبيرة بسبب كونها تعد وثيقة دولية مهمة وهي تعد خلاصة و نتيجة الدراسات المقارنة بين الانظمة القانونية الكبرى في العالم كالنظام القانوني الروماني و الجرماني و الانكلوسكسوني، وفي بعض الاحيان تكون هي القانون الواجب التطبيق على البيع والشراء الدولي الذي يبرم ما بين البلدان المختلفة. ولابد من الاشارة الى انه قبل التدوين والتصويت على هذه الاتفاقية، كانت توجد هنالك اتفاقيات اخرى مشابهه لهذه الاتفاقية المتعلقة بالبيع الدولي و آثاره، كاتفاقية لاهاي 1964، والتي لم تستطيع ان تكون اتفاقية عامة تجلب انتباه الدول للانضمام اليها، وذلك لفشلها في التنسيق ما بين منافع الانظمة القانونية المختلفة النافذة والسارية في مختلف دول العالم، على العكس من اتفاقية فيينا 1980 التي حازت اقبالاً واسعاً على الصعيد الدولي والتي انضم اليها الى الان 89 دولة، من الدول التي لها دور كبير في مجال التجارة الدولية.

مما تقدم ونظراً لأهمية هذه الاتفاقية في العلاقات التجارية الدولية، فأن البحث فيها وبيان اهميتها وتشخيص احكامها يساعد الدول على اخذ قواعدها لغرض تنظيم العلاقات التجارية الدولية، وتكون هذه الدراسة مثمرة في التأثير على قرارات الدول لغرض الانضمام الى هذه الاتفاقية، وان البحث المقارن في كل من القانون العراقي و الايراني يأخذ اهمية كبيرة وذلك بسبب التبادل التجاري الكبير الذي يجري بين البلدين، خاصةً ان دولة العراق قد انضمت الى هذه الاتفاقية على العكس من دولة ايران فالعراق وقع الاتفاقية منذ 15 آذار 1990 ولم يتم المصادقة عليها لحد الآن من مجلس النواب[1]، ولأجل البحث في كيفية اجراء الفسخ لعدم التنفيذ ومعرفة ما هو القواعد العامة التي تحكمه، لابد من ان نتناول اولاً القاعدة العامة الحاكمة على هذا النوع من الفسخ في الاتفاقية ومن ثم نبحث هذا الامر في القانون الايراني والعراقي.

1-كيفية اجراء الفسخ لعدم التنفيذ في الالتزامات العقدية في اتفاقية فيينا

ان الاتفاقية اشارت الى الفسخ لعدم التنفيذ خاصةً في المواد 49 و64 منها، وهي في صدد الكلام على الفسخ باعتباره احد الضمانات التنفيذية للعقد[2]، وفي البند الاول من هذه المواد، ابتداءً اعتبرت المخالفة الجوهرية من موجبات فسخ العقد، ومن ثم اشارت الى امكانية الفسخ و ان كانت المخالفة غير جوهرية وذلك بعد امهال المدين

[1] -اكرم محمد حسين، الاخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017، ص 291.
[2] -شيروي، 1390، 199.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

مدة اضافية اخرى لتنفيذ الالتزام ولم يقم المدين بتنفيذه خلال تلك المدة، وقد نصت المادة 49 من اتفاقية البيع الدولية لعم 1980 على" يجوز للمشتري فسخ العقد أ-اذا كان عدم تنفيذ البائع للالتزام من الالتزامات التي يرتبها العقد او هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد ب-في حالة عدم التسليم، اذا لم يقم البائع بتسليم البضائع في الفترة الاضافية التي حددها المشتري وفقاً للفقرة 1 من المادة 63 او اذا اعلن انه لم يسلمها خلال تلك الفترة" .
وقد نصت المادة 64 على" (1) يجوز للبائع فسخ العقد:
(أ) إذا كان عدم تنفيذ المشتري لأي من الالتزامات التي يرتبها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد؛ أو(ب) إذا لم ينفذ المشتري التزامه بدفع الثمن أو لم يستلم البضائع في الفترة الإضافية التي حددها البائع وفقا للفقرة (1) من المادة 63، أو إذا أعلن أنه لن يفعل ذلك حتى خلال تلك الفترة.
(2) أما في الحالات التي يكون المشتري فيها قد دفع الثمن، فلا يجوز للبائع فسخ العقد إلا إذا وقع الفسخ؛
(أ) في حالة التنفيذ المتأخر من قبل المشتري، قبل أن يكون البائع قد علم بأن التنفيذ قد تم؛
(ب) وفي حالات المخالفات الأخرى غير التنفيذ المتأخر، إذا وقع الفسخ في ميعاد معقول وذلك:
1 ـ بعد أن يكون البائع قد علم بالمخالفة أو كان من واجبه أن يعلم بها؛ أو
2) بعد انقضاء فترة إضافية يحددها البائع وفقا للفقرة (1) من المادة 63، أو بعد أن يعلن المشتري أنه لن ينفذ التزاماته خلال تلك الفترة الإضافية.

كما جاء في المادة 72 من الاتفاقية التي تسري على البائع والمشتري والتي نصت على" اذا تبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد ان أحد الطرفين سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد جاز للطرف الاخر أن يفسخ العقد".

وعلى ايه حال وبقدر ما يتعلق بموضوع بحثنا حول كيفية اجراء الفسخ لعدم التنفيذ، فأن الفسخ الذي نصت عليه الاتفاقية، ليس فسخاً قضائياً ولا يستوجب تدخل المحكمة لغرض اجراءه[3]. وفي الحقيقة لا دور للقاضي في انشاء الفسخ انما يكون دوره الاشراف على الفسخ، ان الاتفاقية قد جعلت معايير وشروط صعبه لقبول الفسخ، كشرط المخالفة الجوهرية، الا انه ترك الامر لحرية الدائن في تقييم وجود اسباب الفسخ من عدمه وفي كيفية اجراءه[4]، ان هذا الامر يترك الحرية للمتعاقدين للتخلص من العقد وان يستبدلوه بعقود أخرى لغرض تأمين منافعهم[5]، وفي جميع الاحوال متى ما كانت نقض الالتزامات العقدية توجب الفسخ استناداً الى الاتفاقية، فإن اجراء الفسخ يستوجب توجيه اخطار الى المخل بالالتزام، والذي بدورنا لابد من ان نبين ما هي الشروط الواجب توافرها في الاخطار وما هي المدة القانونية التي يجب ان يقع الفسخ خلالها.

1-1-اخطار الفسخ وشروطه

استناداً الى اتفاقية فيينا فان الفسخ يكون خاضعاً لإرادة صاحب الحق بالفسخ، ومع ذلك فمن الضروري ان يخطر المدين بالفسخ اذ ما اراد اجراءه، حتى يعلمه بتوجه ارادته نحو الفسخ واعتقد البعض من الفقهاء ان الاتفاقية اخذت هذه القاعدة من القانون الالماني[6].

واستناداً الى احكام المادة 26 من الاتفاقية التي نصت على" لا يحدث إعلان فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الآخر". فقد قيل بصدد لزوم هذا الاخطار، ان مبنى هذه الاخطار هو قاعدة حسن النية في التعامل، لان فسخ العقد التجاري قد يحدث للطرف الاخر تبعات ثقيلة ومن الطبيعي اذ علم الطرف الاخر بالفسخ يستطيع ان يتجنب هذه التبعات الثقيلة، كما لو كان استمرار العقد يكلفه نفقات مالية، فان علم بالفسخ فلا يتحمل تلك التبعات المالية[7].وباعتقاد فقهاء اخرين فان لزوم الاخطار يساعد على ثبات العلاقات العقدية بين البائع والمشتري، لان الدائن اذ لم يعلم المخل بالالتزام بفسخ العقد، فان العلاقة العقدية تبقى قائمة على الرغم من المخالفة الجوهرية[8].

---

[3] -عبد الحميد، 2002، 253، شفيق، 1988، 182، سليم، 2004، 82.
[4] -سليم، 2004، 82.
[5]-Singh, 2015, 298-299
5-عبد العزيز، 1966، 389-391.
[7] 0فتحية، 2015، 56.
Al- Hajaj, 2015, 29-30-7

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

ان الاخطار يكون الزامي في جميع انواع الفسخ ولا يختص بحالات معينه، وسواء كان سبب الفسخ هو المخالفة الجوهرية او عدم تنفيذ الالتزام بعد انتهاء المهلة وسواء كان الفسخ جزئياً او كلي ففي هذه الموارد والحالات جميعاً لابد من الاخطار[9].

والسؤال الذي يطرح هنا هو ما هو شكل الاخطار الذي نصت عليه الاتفاقية؟ للإجابة على السؤال اعلاه لابد من القول ان الاتفاقية لم تنص على شكل معين للأخطار، كما لم تنص على ما يجب ان يحتوي عليه الاخطار[10]، لذا فان الاتفاقية لم تنص على شكل معين للأخطار الا اذا اتفق الطرفين على ان يتضمن الاخطار شكلاً معينا او اقتضى العرف التجاري بضرورة مراعاة شكل معين في توجيه الاخطار، اما الاخطار لابد ان يكون مكتوباً في الحالات التي اتفقت الدول على تنفيذ المادة 11 من احكام الاتفاقية وبالاستناد الى المادة 96[11] من نفس الاتفاقية، ففي هذه الحالة لا ينفسخ العقد الا اذا كان الاخطار مكتوباً[12].

ومع ان الاتفاقية لم تنص على مضمون الاخطار، الا ان بعض القانونين اعتقدوا بان الاخطار لابد من ان يتضمن البيانات اللازمة بحيث يستطيع الشخص العادي ان يفهم بان الاخطار يتضمن فسخ العقد[13]. ويقال ان في الاخطار فضلاً عن ضرورة ان يتضمن ما توافق عليه الطرفين، العرف التجاري والتعامل السابق ما بين الطرفين[14]، واعتقد البعض كما ان في اخطار عدم المطابقة والذي لابد من ان يتضمن نوع وماهية عيب البضاعة فان اخطار الفسخ ايضاً لابد من ان يتضمن ماهية عدم تنفيذ العقد الذي يوجب فسخه، لان هذا الامر ينسجم من مقتضيات قاعدة حسن النية في التعامل ويمنح المخاطب الفرصة في فهم مصيره من الفسخ وان يتخذ الاجراءات المناسبة التي تحميه.

ومن الجدير بالذكر ان الاخطار بالفسخ لابد ان لا يتضمن تهديداً بالفسخ، لان التهديد بالفسخ يختلف عن الفسخ و لا يعد من قبيل الفسخ. وان التهديد بالفسخ على العكس من الفسخ والذي يفهم منه بوجود رغبه في البقاء على العقد[15]، كما ان الاخطار بالفسخ لا يمكن ان يكون معلقاً، لان الفسخ المعلق متوقف على تحقق شروط معينه في المستقبل ومن هذه الجهة لا يعد من قبيل الاخطار بالفسخ المنصوص عليه في الاتفاقية[16]. وفيما يتعلق بلغة الاخطار لابد من القول ان الاخطار لابد من ان يوجه باللغة التي يفهمها المخاطب به وغالباً ما يتم الاخطار باللغة الاكثر انتشاراً واتساعاً في العلاقات والبلاغات، وفي اي حالة اذا نص العقد على ان يكون الاخطار موجها بلغة معينه فلا بد ان يتبع ما نص عليه العقد، اما اذ لم ينص العقد على لغة معينه فتكون اللغة المستخدمة في الاخطار هي اللغة التي يفهمها الشخص العادي اخذين بنظر الاعتبار العرف والشروط والظروف والاحوال المتعلقة بالعقد من ضمنها المذكرات المتبادلة

بين طرفي العقد[17]، الملاحظة الاخرى التي لابد من ذكرها والمتعلقة بالإخطار هي ان الاخطار ممكن ان يكون كتابتاً او يوجه بشكل شفهي، استناداً الى المادة 26 من الاتفاقية التي جاءت مطلقة بهذا الخصوص، لكن المهم في

---

[9] -حسين، 2017، 328.

[10] -حسين، 2017، 328- عبد الحميد، 2002، 256- فتحية 2015، 56- نيس، 2005 249.

[11] - نصت المادة 96 من الاتفاقية على " لكل دولة متعاقدة يشترط تشريعها انعقاد عقود البيع أو إثباتها كتابة أن تصدر في أي وقت إعلانا وفقا للمادة 12 مفاده أن أي حكم من أحكام المادة 11، أو المادة 29، أو الجزء الثاني من هذه الاتفاقية، يجيز انعقاد عقد البيع أو تعديله أو إنهاءه رضائيا أو إصدار الإيجاب أو القبول أو أي تعبير آخر عن النية، بأي صورة غير الكتابة، لا ينطبق على الحالات التي يكون فيها مكان عمل أحد الطرفي في تلك الدولة".

[12] - Singh, 2015, 299.

[13] -عبد الحميد، 2002، ص 356

[14] -عبد العزيز، 1996، 402.

[15] -عبد الحميد، 2002، 257- فتحية، 2015، 57-حسين، 2017، 284-283.

[16] -عبد الحميد، 2002، 257- فتحية، 2015، 57.

[17] -المسدى، 2010، 243_ فتحية، 2015، 57_ عبد الحميد، 2002، 258-257.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

الامر ان تكون في الحالتين واضحة وقابلة للفهم، لان لو كان الاخطار مبهماً لا يرتب له اي اثر[18]، كما ان الرؤية القضائية اعتبرت اقامة الدعوى امام المحكمة تكون بديلاً عن الاخطار[19].

وقد قيل ان الفسخ الواقع من الناحية العملية لم تقبله الاتفاقية، لان صدور الافعال الدالة على الفسخ لا تعد من قبيل الاخطار[20]، هذا في الوقت الذي اعتقد البعض في الاحوال التي تكون فيها افعال صاحب الحق بالفسخ تشير بوضوح عن قصده على انهاء العقد ويظهر قصده هذا للمقابل فيكون الفسخ نافذاً وذلك استناداً الى المعيار الذي وضعته المادة 11 من الاتفاقية المتعلقة بالقاعدة الخاصة برضائية العقود والحرية في كيفية انعقاد العقد[21].

كما ان اختيار وسيلة وطريقه الاخطار لا تخلو من الاهمية، لان استناداً الى المادة 27 من الاتفاقية التي نصت على" ما لم ينص هذا الجزء من الاتفاقية صراحة على خلاف ذلك، فإن أي تأخير أو خطأ في إيصال أي إخطار أو تبليغ يبعث به أحد الطرفين في العقد وفقا لأحكام هذا الجزء وبالوسيلة والظروف المناسبة، وكذلك عدم وصول الإخطار أو الطلب أو التبليغ، لا يحرم هذا الطرف من حقه في التمسك به" فان حكم هذه المادة ايضاً يسري على اخطار الفسخ، اذا كان الاخطار قد تم توجيهه بالوسائل المناسبة ولم يقصر المرسل في ارساله[22]. واستناداً الى المادة 27 فان كان ارسال الاخطار بالوسائل المناسبة فلا يتحمل المرسل مسؤولية تأخير وصله الى المخاطب اليه، وبعبارة اخرى فان الاتفاقية لا تحمل مرسل الاخطار مسؤولية متولي وسائل الارسال(البريد، او التلكرام، او تلكس و...)[23]. لذا يعتقد البعض ان استلام الاخطار لا اهمية له تذكر في الاتفاقية[24]، الا ان هذه القاعدة ليست بالقاعدة الآمرة ويستطيع الطرفان الاتفاق على

خلافها، كما ان من مقتضيات مبدأ حسن النية توجب على المرسل بان يقوم بإعلام المرسل اليه بمحتوى الاخطار اذ علم مرسل الاخطار بعدم وصول الاخطار الى المرسل اليه[25]، **المسألة الاخرى التي لابد من ذكرها في الاخطار هي متى يكون الاخطار نافذاً؟** البعض اعتقد بان وقت نفاذ الاخطار هو وقت ارساله استناداً الى المادة 27 من الاتفاقية لان المرسل بعد هذا الارسال لا يتحمل اية مسؤولية وذلك متى ما كان الارسال في الوقت والوسيلة المناسبة[26]، لكن البعض اعتقد ان وصول الاخطار الفيصل في تحديد نفاذ الاخطار[27]، ان مؤيدي الرأي الثاني قالوا اذا لم يصل الاخطار الى المخاطب به لأسباب لا تتعلق بالمرسل ، فان الارسال يكون مؤثراً في الوقت الذي يفترض فيه الوصول[28]. اما في مقام المفاضلة ما بين الرأيين اعلاه، يبدو ان نظرية وصول الاخطار تكون اكثر انسجاماً مع الاتفاقية لان نظرية الوصول قد قبلتها الاتفاقية فيما يتعلق بإبرام العقد وايضاً فيما يتعلق بنفاذ الايجاب والقبول(البند الاول من المادة 15 من الاتفاقية والبند الثاني من المادة 18)، لذا واستناداً الى القاعدة المذكورة اعلاه فان الاخطار ايضاً لابد من ان ينتج اثره من لحظة وصوله الى المخاطب اليه، ان هذه النظرية تنسجم اكثر مع سائر القواعد التي اعتمدت عليها الاتفاقية مثل قاعدة بقاء العقود وقاعدة التحديد من نطاق الفسخ[29]، وفي الحقيقة لابد لنا من ان نفسر المادة 27 تفسيراً ضيقاً وان نجعلها تتعلق بالحالة التي كان التأخير بسبب الجهة متولية الارسال(البريد، تلكرام،...)، وبسبب هذا الخطأ لم يصل الاخطار الى الطرف المقابل في الموعد المقرر او لم يصل نهائياً. ففي هذه الحالة يستطيع المرسل ان يعد الاخطار معتبراً ومؤثراً ونافذاً، على الرغم من عدم

---

[18] -عبد الحميد، 2002، 258-259.-المسدى، 2010، 244.
[19] Al- Hajaj, 2015- 30--
[20] -عبد الحميد، 2002، 259.
[21] Majnus, 2005, 427, ; cf. Singh, 2015, 300-
[22] -فتحية، 2015، 58-59.
[23] -شفيق، 1988، 122-123.
[24] Majnus, 2005, 427 426-
[25] -عبد الحميد، 2002، 263-264.
[26] Singh, 2015, 302.-
[27] -عبد الحميد، 2002، ص 265-264.
[28] Al- Hajaj, 2015, 35-
[29] -فتحية، 2015، 59.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

وصوله الى المخاطب اليه. خاصة ان الاتفاقية لم تنص على انفساخ العقد، وذلك حتى لا يلغى العقد بدون علم الطرفين أو احداهما، وهذا أمر غير قابل للتصور ان الاتفاقية قبلت الفسخ بمجرد ارسال الاخطار ومن دون ان يصل علمه للطرف الاخر[30].

واذ ما قبلنا بان اثر الاخطار يكون عند وصوله للمخاطب به، **فان السؤال الذي يطرح هنا هو هل توجد امكانية صرف النظر عن الفسخ ام لا؟**

ان الاجابة على هذا السؤال يأخذ هذه الاهمية حيث ان في بعض الاحيان ولأسباب متعددة فان مرسل اخطار الفسخ يميل الى البقاء على العقد والاستفادة من سائر الضمانات التنفيذية لإنهاء العقد(مثل تقليل الخسارة او تقليل الثمن). للإجابة على هذه السؤال يوجد رأين الاول يقول ان المرسل يستطيع ان يتراجع عن الفسخ وان يسحب اخطاره ما دام من ارسل اليه الاخطار لم يقبل الفسخ بعد، او لم يقم باي اجراء بالاستناد الى الفسخ[31]، اما الراي الثاني يقول ان الاخطار يكون نافذاً عند وصوله وينتج اثره ويفسخ العقد ولا توجد اي امكانية للعدول عن هذا الفسخ، ولا يكون اي اثر لإخطار الفسخ اذا وصل مع وقت السحب او بعد سحب الاخطار، ويكون سحب الاخطار مقبولاً، ويبدو ان الراي الاخير اكثر تناسقاً و انسجاماً مع الاتفاقية[32] .

2-1. مهلة الفسخ

المبدأ العام في اتفاقية فيينا انها لم تتخذ مدة خاصة لإجراء الفسخ، الا انه في حالات معينه عدلت عن هذا المبدأ، واشترطت ان يكون اجراء الفسخ في مدة معقولة ومن الطبيعي يجب ان توجه اخطار الفسخ خلال تلك المهلة[33]، وهذا ما تم الاشارة اليه في البند الثاني من المادة 49 والبند الثاني من المادة 64، البند الثاني من المادة 49 متعلق بالفسخ من جانب المشتري والبند 2 من المادة 64 متعلقة بالفسخ من جانب البائع والذي سنتناول ذلك بشكل منفصل.

1-2-1. فسخ العقد من قبل المشتري

البند الثاني من المادة 49 نصت على: " أما في الحالات التي يكون البائع فيها قد سلم البضائع، فإن المشتري يفقد حقه في فسخ العقد إلا إذا وقع الفسخ:

(أ) في حالة التسليم المتأخر، في ميعاد معقول بعد أن يكون قد علم بأن التسليم قد تم؛

(ب) وفي حالات المخالفات الأخرى غير التسليم المتأخر، إذا وقع الفسخ في ميعاد معقول:

1 ـ بعد أن يكون المشتري قد علم أو كان من واجبه أن يعلم بالمخالفة؛ أو

2 ـ بعد انقضاء أي فترة إضافية يحددها المشتري وفقا للفقرة (1) من المادة 47 أو بعد أن يعلن البائع أنه سوف لا ينفذ التزاماته خلال تلك الفترة الإضافية؛ أو

3 ـ بعد انقضاء أي فترة إضافية يعينها البائع وفقا للفقرة (2) من المادة 48 أو بعد أن يعلن المشتري أنه لن يقبل التنفيذ.

مما تقدم لابد لنا من ان نميز ما بين حالتين، الاولى هي لم يلتزم البائع بالتزامه بالتسليم والثانية عندما ينفذ التزامه بالتسليم. في الحالة الاولى لم تعين الاتفاقية موعد خاص للفسخ، ومن ثم يستطيع المشتري ان يقدم على الفسخ من وقت حدوث المخالفة الجوهرية بعدم التسليم او بعد انتهاء المهلة الاضافية التي منحها للبائع لغرض تنفيذ التزامه بالتسليم[34]، ويقال ان في حالة لم ينفذ البائع التزامه بالتسليم و ينشئ حق الفسخ بسبب المخالفة المحتملة الواردة في المادة 72 من الاتفاقية، فان المشتري يستطيع ان يقدم على الفسخ المبكر لحين حلول موعد تنفيذ الالتزام[35]. الحالة الثانية هي حالة تنفيذ الالتزام بالتسليم، فان فسخ العقد لابد من ان يحصل في مدة معقولة وإلا فأن المشتري يفقد حقه بالفسخ، وفيما يتعلق بوقت سريان المدة المتعارفة فان الاتفاقية قد ميزت ما بين

---

[30] -عبد الحميد، 2002، 26-267.

[31] Al- Hajaj, 2015, 35 ; cf. Jacobs.-

[32] -عبد الحميد، 2002، 267-268.

[33] -محاسنة، 2011، 251.

[34] -عبد الحميد، 2002، 272.

[35] - عبد الحميد، 2002، 271-273.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

فرضيتين، الاولى هي ان يتم التسليم مع التأخير وهنا يكون الاخلال بالالتزام هو التأخر في التسليم والثانية هي التخلفات غير التأخر في التسليم والذي سنتناولها تباعاً:

أ-المدة المعقولة في التأخير عن التسليم

ان موعد بدء المهلة المعقولة في هذا الفرض هو علم المشتري بتسليم البضائع، وهنا المعيار في العلم هو العلم الواقعي والفعلي للمشتري وهذا الامر يصعب اثباته[36]، ومن الجدير بالذكر ان تسليم البضائع كاملةً هي لحظة بدء المدة المعقولة، اما في الفسخ الجزئي فأن الملاك او المعيار في التأخير يكون في التأخير في تسليم هذا الجزء، فان لم يسلم في المدة المعقولة يكون سبباً للفسخ وفي جميع الاحوال فان المهلة المعقولة فيما يخص اعلان الفسخ في التأخر بالتسليم مدة قليلة جداً، لان البائع قد سلم البضاعة وان المشتري لا يحتاج لوقت طويل لاتخاذ قراراً بخصوص الفسخ[37]، وفيما يتعلق بحق الفسخ المتعلق بعقود الاقساط المشمولة بالبند 1 من المادة 73، تسري على البائع والمشتري، واذا اراد المشتري فسخ العقد بالنسبة لأحد الدفعات المقسطة، فيكون المعيار في التسليم بهذا الجزء من الاقساط.

ويقال اذا كان حق الفسخ للمشتري في هذا الخصوص يتعلق بالنقض الاحتمالي للإقساط المستقبلية، فان الفسخ لابد من اجراءه في المدة المعقولة ايضاً استناداً الى البند 2 من المادة 73 من الاتفاقية، وان المدة المعقولة تبدأ من تاريخ التخلف عن تنفيذ الالتزام الذي يعتقد بانه اصابه مخالفة جوهرية للقسط او الدفعات المستقبلية[38].

ب-المدة المعقولة في عدم تنفيذ سائر الالتزامات

اذا سلم البائع البضاعة، وكان الاخلال الحاصل في التزامات البائع غير التأخير في التسليم، كما لو كانت البضاعة غير مطابقة للعقد، فيكون مبدأ المهلة المتعارفة بالشكل التالي:

اولاً: من لحظة علم المشتري بالمخالفة الحاصلة من البائع، او من اللحظة التي يجب على المشتري العلم بهذه المخالفة.

ثانياً: على فرض اعطاء مهلة اضافية للبائع، فتبدأ المدة المعقولة من لحظة انقضاء المهلة الاضافية او من اللحظة التي يعلن فيها البائع انه لم يقم بتنفيذ التزامه خلال المدة الاضافية.

ثالثا: اذا طلب البائع من المشتري ان يعلن موقفه من قبول او عدم قبول الوفاء بالتزامه، ولم يجيب المشتري على هذا الطلب خلال المدة المعقولة، فان البائع يستطيع خلال مدة الطلب ان يفي بالتزامه، استناداً الى الفقرة 2 من المادة 48 من الاتفاقية وبموجبها فيكون هنا قد تم منح البائع مهلة اضافية لتنفيذ التزامه، ففي هذه الحالة فان المدة المعقولة للفسخ تبدأ من تاريخ انقضاء المهلة الاضافية المشار اليها اعلاه.

وعلى كل حال فأن الهدف من تعين المهلة الاضافية للإعلان عن الفسخ هو لغرض مواجهة المشترين سيىء النية، الذين يرغبون بعدم الفسخ في الحالات التي تزيد فيها قيمة البضائع، بينما يلجئون الى الفسخ عندما تنخفض قيمة البضائع[39].

2-2-1. فسخ العقد بواسطة البائع

هنا لابد من ان نميز ما بين حالتين، الاولى لم يدفع المشتري الثمن بعد، ففي هذه الحالة فان فسخ العقد من قبل البائع غير محدد بمدة خاصة، وان مضي المدة لا يؤثر في حقه بالفسخ[40]، لكن اذا كان المشتري قد دفع الثمن كاملةً، هنا لابد من ان يتم الفسخ خلال مدة معينة عينته الاتفاقية و ميزت ما بين فرضيتن: الاولى التنفيذ مع تأخر المشتري بتنفيذ الالتزام، والثانية هي الحالات الاخرى التي حصلت فيها مخالفة الالتزامات من قبل المشتري.

أ-مهلة الفسخ على افتراض التنفيذ مع التأخير

اذا قام المشتري بتنفيذ التزاماته، ولكنه تأخر في تنفيذها، فيكون الفسخ صحيحاً اذا قام البائع بفسخ العقد قبل علمه بتنفيذ المشتري التزاماته، اما اذا علم البائع بتنفيذ التزام المشتري تجاهه هنا لا يجوز له ان يفسخ العقد، وفي

---

[36] -هوزية، 2005، 438.
[37] -Huber& Mullis. 2007, 240.
[38] -عبد الحميد، 2002، 274.
[39] -عبد العزيز، 1996، 381. فتحية، 2015، 62.
[40] -صفائي وآخرون، 1392، 243. عبد الحميد، 2002، 281.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

الحقيقة فأن مهلة الفسخ هنا تكون قبل علم البائع بتنفيذ التزاماته، فاذا دفع المشتري الثمن مع التأخير او نفذ التزاماته الاخرى غير دفع الثمن مع التأخر في تنفيذها، كالتأخير في قبض البضاعة او في الكشف عن البضاعة، اذا كانت هذه المخالفات جوهرية فان البائع يستطيع ان يقدم على الفسخ قبل علمه بالتنفيذ[41] . وان المعيار في العلم هنا هو العلم الواقعي للبائع وليس العلم المفترض[42].

ب-مهلة الفسخ في سائر المخالفات

اذا كان عدم تنفيذ المشتري لالتزاماته لا يرتبط بدفع الثمن أو التأخير في تنفيذ الالتزامات كالامتناع عن قبض المبيع، فان الاتفاقية جعلت مهلة اجراء الفسخ هي المهلة المعقولة وتبدأ هذه المهلة من اللحظة التي يعلم فيها البائع بعدم تنفيذ الالتزام او من اللحظة التي يجب عليه ان يعلم بالخلل الحاصل، وهنا المعيار هو العلم المفترض.

2. اجراء حق الفسخ الناشئ عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية في القانون الايراني والعراقي

2-1. كيفية اجراء الفسخ الناشئ عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية في القانون الايراني

ان القاعدة العامة المتبعة في القانون الايراني عندما يوجد هنالك أحدى موجبات الفسخ بسبب عدم تنفيذ الالتزامات العقدية، هي ان الفسخ يكون من الاعمال القانونية الذي يصدر من طرف واحد، وهي إرادة صاحب حق الفسخ او وكيله القانوني أو الاتفاقي. وان هذه القاعدة تتشابه كثيراً مع القاعدة الواردة في اتفاقية فيينا بهذه المسألة وجاءت بصدد تأمين وحماية المنافع الاقتصادية للطرفين وللدولة. لان وفقاً هذه القاعدة لا داعي لمراجعة المحكمة لغرض الفسخ، وأن هذا الامر ليس فقط يقلل من النفقات العامة للدولة، انما يخفف الدعاوي عن كاهل المحاكم، لذا فان المتبع في مجال التجارة الدولية يتناسق و يتطابق مع ما معمول به في القانون الايراني، لكن ما يميّز القانوني الايراني مع العرف الدولي التي اشارت اليه الاتفاقية هو ان اجراء الفسخ في القانون الايراني لا يشترط فيه اتباع اجراءات خاصة.

واستناداً الى المادة 449 من القانون المدني الايراني" ان الفسخ يحصل بكل لفظ او فعلاً دال عليه" ومن البديهي فان حق الفسخ يكون قابلاً للإجراء والتنفيذ ما دام لم يتنازل عنه صاحبه، ومن الناحية الثبوتية فان تحقق الفسخ يستلزم انشاءه واظهاره بكل الوسائل الدالة على ارادة الفسخ، وكما يعتقد البعض[43]،ولكون الفسخ يعد من الاعمال القانونية، لذا لابد من ان يتوفر فيه شروط الاهلية.

وعلى الرغم من ان صاحب حق الفسخ لا يحتاج ان يراجع المحكمة حتى يقوم بالفسخ[44]، وكذلك اذا صدر حكم من المحكمة بالفسخ فان هذا الحكم له صفة كاشفة وليس انشائية(او تقريرية)[45]، لكن توجد بعض الحالات في القانون الايراني تتطلب صدور قرار من المحكمة لغرض الفسخ، ومنها قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، الذي اشترطت ان يكون الفسخ قضائياً في عقود الايجار المشمولة بهذا القانون استناداً الى المواد 12و 14 من القانون اعلاه. وفي هذه الاحوال لابد لطالب الفسخ ان يراجع المحكمة ويطلب الفسخ، ومن ثم تقرر المحكمة بالفسخ، لذا لا يمكن عد حكم المحكمة هذا حكماً كاشفاً للفسخ، انما حكماً منشأ للفسخ.

وقد تعرضت هذه الرؤية القانونية للانتقاد من قبل بعض الفقهاء[46]، وقالوا ان هذه القاعدة بدعه ولا تتناسب مع التوجه العام للمشرع الايراني، ومن أمثلة الفسخ القضائي، هو فسخ عقد التاجر المفلس عند تخلفه عن تنفيذ التزاماته، استناداً الى المادة 494 من قانون التجارة الايراني والذي اعتقد الفقهاء ان الفسخ بموجب هذه المادة بحاجة الى اقامة دعوى امام المحكمة.

---

41 -شفيق، 1988، 205.
42 -عبد الحميد، 2002، 281-282.
43 -شهيدي، 1388، 205.: بهرامي احمدي، 1386، 276.
44 -كاتوزيان، 1376، 69-70: شيروي، 1396، 293.
45 -نهريني، 1390، 146.
46 -كاتوزيان، 1378، 493.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

ان السؤال المهم الذي يمكن ان نطرحه هنا حول اشتراط فورية الفسخ من عدمه، في الفسخ عند عدم التنفيذ؟ للإجابة على السؤال اعلاه، لابد من القول ان المشرع الايراني في بعض حالات الفسخ صرح بالفسخ الفوري، كالمادة 415 من القانون المدني التي نصت على" ان خيار الرؤية والتخلف والوصف يكون فورياً بعد الرؤية". كذلك الحال ايضاً بالنسبة للمادة 435 التي نصت على" ان خيار العيب يكون فورياً بعد العلم به" . لكن في الخيارات الاخرى لم يصرح المشرع على فورية الفسخ، كخيار تأخر الثمن او خيار التخلف عن الشرط، وهذا الامر جعل فقهاء القانون المدني الايراني يختلفون في هذا الشأن اذ اعتقد البعض[47]، لما كان فسخ العقد هو استثناء من قاعدة الزام العقود، لذا لابد ان نسلم بالفسخ فقط في الاحوال المسلمة والتي لا يمكن لنا التردد في بقاءها عند تحقق الخيار، واستنتج البعض الاخر من الفقهاء[48]، فورية خيار الفسخ من قاعدة عدم وجود ولاية من انسان على انسان اخر، لذا لابد ان يكون خيار الفسخ فوري التنفيذ عرفاً، استناداً الى هذه القاعدة، والفسخ الفوري ليس بمعنى ان اي تردد بسيط يسقط الخيار، انما المقصود به من الناحية العرفة وكما جاء في المادة 1131 من القانون المدني الايراني" ... يتبع العرف والعادة في تحديد مدة استعمال الخيار...". [49]. ويعتقد بعض فقهاء القانون المدني الايراني لما كان المشرع الايراني قد نص على فورية بعض الخيارات دون البعض الاخر، لذا يمكن لنا ان نستنبط من ذلك ان التأخير لا يضرر سائر الخيارات، والاستصحاب يقتضي بقاء الحق[50].

يبدو ان الاستناد على الاستصحاب لم يكن قوياً، وهو محل شك وتردد في سريان الاستصحاب على الحالات التي يكون موضوعها غير مستعد للبقاء، ونعتقد بان نظرية عدم فورية الخيار اقرب الى ارادة المشرع، في حين اعتقد البعض ان الرؤية القضائية في ايران تميل الى قبول نظرية فورية الخيار[51]، ومما تجدر الاشارة اليه هو ان قبول نظرية عدم فورية الخيار ليس بهذا المعنى التي تمنح صاحب الحق ان يستعمل الخيار في دون اي محدودية زمنية، انما قال بعض الفقهاء لا يجب ان نتردد بسقوط الخيار اذا تأخر صاحب الخيار عن فسخ العقد مدة طويلة من الزمن بحيث يستنبط رضائه وقبوله بالعقد، خاصةً اذ ما تم تأييد هذا الاستنباط من خلال الاوضاع والظروف والقرائن الاخرى.

وفي النهاية لابد من القول انه لا يوجد اي تمايز واختلاف في القانون الايراني بين العقود التجارية والمدنية في كيفية وشروط اجراء الفسخ، نعتقد بضرورة اعادة النظر في هذه المسالة، لان العقود التجارية لها حالاتها الخاصة، واستناداً الى هذه المقتضيات نرى ان الاتفاقية قد اشترطت الاخطار لإجراء الفسخ، حتى تحفظ الروابط والعلاقات الاقتصادية الدولية، ويبدو ان توجيه الاخطار لا يتنافى على الاقل مع التجارة الدولية والمباني القانونية في القانون المدني الايراني، ونظراً لأهمية اتباع العرف في العقود في القانون المدني الايراني، ولكون توجيه الاخطار يعد من مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية، لذا نقترح على المشرع الايراني اضافة هذه الفقرة في القانون المدني.

2-2-كيفية اجراء الفسخ الناشئ عن عدم التنفيذ في القانون العراقي

ان القاعدة العامة المتبعة في القانون المدني العراقي بخصوص الفسخ لعدم التنفيذ تختلف عن القانون الايراني والاتفاقية، واستناداً الى احكام المادة 177 من القانون المدني فان للدائن بعد

ان تتوفر شروط الفسخ، ان يطلب من المحكمة فسخ العقد، في حالة تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، وان المحكمة هي التي تقرر في الاستجابة لطلب الدائن او رده، فعند رفع دعوى الفسخ امام المحكمة تقوم المحكمة بتقييم هذا الطلب من حيث مدى توافر شروطه اولاً ومن ثم ان رأت المصلحة في الفسخ تصدر قراراً بفسخ العقد.

---

[47] -شهيدي، 1387، 75-76- شهيدي، 1381، 289.

[48] -جعفر لنكرودي، 1381، 173-172.

[49] -قاسم زادة، 1393، 145.

[50] -كاتوزيان، 1385، 356_ كاتوزيان، 1376، 77_ امامي، 1375، 542_ صفائي، 1385، 311_طاهري، 1418، 154-134.

[51] -خدابخشي، 1396، 448.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

2-2-1. تقييم طلب الفسخ من قبل المحكمة

عندما يرفع احد اطراف العقد، دعوى لفسخ لعدم التنفيذ امام المحكمة، فعلى المحكمة قبل الحكم بالفسخ من عدمه ان تبحث في اسباب الفسخ وان تنظر الى الجزء المنفذ من العقد بالنسبة للجزء المتبقي[52]، فان القاضي يبحث مدى توفر شروط الفسخ اولاً ومن ثم يبحث فيما اذا كان النقض جزئي او كلي؟ وهل حصل التأخير في التنفيذ ام لم يحصل؟ هل الدائن مستعد لتنفيذ التزامه؟ وهل يطلب الفسخ من المحكمة ام لا؟.

ان القاضي له صلاحية واسعة في تقييم طلب الفسخ، واذ لم يرى اسباب مقنعة للفسخ يمتنع عن الاستجابة لطلب الدائن في الفسخ، ويمنح المدين مهلة لتنفيذ العقد، والقاضي في كل ذلك يأخذ بنظر الاعتبار جميع الاحوال والظروف المحيطة بالدعوى، ويأخذ بنظر الاعتبار ايضاً حسن أو سوء النية في التعامل. فلو رأى القاضي ان المدين كان سيء النية وكان نقضه للالتزام واضحاً، وعلى الرغم من انذاره بضرورة التنفيذ من قبل الدائن، الا انه امتنع عن ذلك، يحكم بالفسخ. اما اذ رأت المحكمة ان المدين حسن النية وكان عدم التنفيذ بسبب خارج عن ارادته وكان الجزء المتبقي من الالتزام اقل من نسبة الانجاز، او ان التأخر في التنفيذ لم يضرر الدائن ضرراً بليغا، ففي هذه الحالة يحكم برد طلب الفسخ، ويعطي مهلة للمدين لتنفيذ التزامه، لذا واستناداً على ما تقدم فأن طلب الفسخ من المحكمة لا يعني بقطعية الحكم بالفسخ[53].

يقال ان القاضي عندما ينظر الى طلب الفسخ، يعتمد معيارين اساسيين، الاول معيار شخصي، والذي يتعلق بشخص طرف العقد ومدى حسن أو سوء نيته، ولا ينظر الى كيفية او كمية التنفيذ من عدمه، واستناداً على هذا المعيار لا يهم نوع النقض الحاصل وهو كان اصلي او فرعي انما

المهم هو ارادة طرفي العقد وما هو اعتقاده بالنقض الحاصل وهل يراه اساسي او عادي[54]، المعيار الاخر هو المعيار الموضوعي والذي ينظر فيه القاضي على كمية او كيفية النقض الحاصل، على سبيل المثال لو كان التزام المدين صبغ المنزل، وقام بصبغ المنزل كاملاً ما عدا جزء من القسم الخارجي له، ففي هذه الحالة فان المدين قام بتنفيذ القسم الكبير من الالتزام ولا مجال هنا عن الكلام حول الفسخ، ولكن على عكس من ذلك فلو كان القسم الاكبر من الالتزام لم ينفذ فان القاضي يحكم بالفسخ[55]، ويبدو ان القاضي له صلاحية واسعة في الاعتماد على احد المعيارين عند الحكم بالفسخ لان المادة 177 من القانون المدني العراقي لم تحدد صلاحية القاضي في تقييم طلب الفسخ.

2-2-2. الفسخ بحكم القاضي

اذا رأى القاضي المصلحة في فسخ العقد، يحكم بالفسخ وذلك بعد تقييم طلب الفسخ المقدم من قبل المدين، وبعبارة اخرى فان القاضي هو الذي ينشئ الفسخ، **والسؤال الذي يطرح هنا هو هل القاضي ان يحكم بفسخ كل العقد او يستطيع ان يحكم بالفسخ الجزئي؟** للإجابة على هذا السؤال لابد من القول ان القاعدة العامة هي الفسخ الكلي للعقد، وان يتم الفسخ في كل اجزاء العقد، الا انه توجد هنالك بعض الاستثناءات على هذه القاعدة، وهو الاستثناء الجزئي[56]، فاذا تبين عدم الفائدة من بقاء العقد من خلال الاحوال والظروف، او اذا ثبتت سوء نية المدين في عدم التنفيذ، او تبين ان الجزء الاكبر من العقد لم ينفذ، او اذا تبين ان التنفيذ معيباً او حصل تأخير في التنفيذ بحيث منع الدائن من الوصول الى هدفه من اجراء هذا العقد، ففي هذه الاحوال يحكم القاضي بالفسخ[57]. كذلك الحال ايضاً يكون الفسخ كلياً، اذا كان الالتزام غير قابل للانقسام، وان كان قابلاً للانقسام ولكن الجزء غير المنفذ في العقد هو الجزء الاساسي فيه[58] .

---

[52] -جوهري، 2013، 23.
[53] -سعد وقاسم، 2010، 112، معوض، 2008، 887.
[54] -حمو، 2011، 70.
[55] -حمو، 2011، 71.
[56] -حمو، 2011، 81. جوهري، 2013، 46.
[57] -منصور، 2000، 411.
[58] -جوهري، 2013، 46.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

لكن في الاحوال التي يكون فيها العقد قابلاً للتجزئة، خاصةً العقود المستمرة، والذي تنفيذ بشكل جزئي، فللقاضي وبناء على تشخيصه ان يحكم بالفسخ الجزئي[59].
فان القاضي يحكم بالفسخ الجزئي، اذا كان الالتزام قابلاً للانقسام و ان الجزء غير المنفذ منه لا اهمية له[60].

الخاتمة

من خلال البحث توصلنا الى ان اجراء الفسخ في الاتفاقية لا يشترط اللجوء الى القضاء والمطالبة القضائية بالفسخ، وان عدم اشتراط اللجوء الى القضاء من اجل اجراء الفسخ مبنى على مقتضيات مصالح التجارة الدولية، وخاصةً قاعدة السرعة في الروابط والعلاقات التجارية الدولية و تقليل المصاريف، خاصة ان عدم اشتراط اللجوء الى المحاكم لغرض الفسخ اكثر انسجاماً مع مصلحة الدولة، لان لو اشترط الفسخ القضائي، يؤدي هذا الامر الى ثقل كاهل المحاكم نتيجةً لكثرة الدعاوي مما يستهلك طاقة بشرية في دوائر الدولة، فضلاً عن التكاليف المالية التي ترهق موازنة الدولة وترهق التجار عند دفعه الرسوم و المصاريف القضائية.

ان الاتفاقية اشترطت لإجراء الفسخ ، لابد من اخطار المدين بواسطه الدائن طالب الفسخ، حتى يعلمه بالفسخ، وفيما يتعلق بقبول الاتفاقية الفسخ من الناحية العملية هنالك اختلاف في وجهات النظر، ان الاتفاقية من حيث الاصل لم تشترط ضرورة اجراء الفسخ خلال مدة خاصة، الا انها في حالات معينه قد عدلت عن هذه القاعدة العامة، ونصت على ضرورة اجراء الفسخ خلال مدة معقولة، وان يوجه الاخطار خلال تلك المدة.

ان اجراء الفسخ في القانون الايراني يكون خاضعاً لإرادة صاحب حق الفسخ ولا يستلزم اصدار قرار قضائي من المحكمة لأجل اجراء الفسخ، لذا فان القانون الايراني يتشابه مع الاتفاقية في هذه الجزئية، الا ان الاختلاف ما بين القانون الايراني والاتفاقية في هذه المسالة تكمن في ان المشرع الايراني لم يشترط في اجراء الفسخ اتباع اجراءات معينة مثل الاخطار ولم يشترط الفورية في اجراء الفسخ بسبب عدم تنفيذ الالتزامات العقدية.

اما الفسخ في القانون العراقي هو الفسخ القضائي، استناداً الى احكام المادة 177 من القانون المدني العراقي، وبهذا يختلف القانون العراقي عن القانون الايراني و عن الاتفاقية، فان الرابطة العقدية لا تحل الا بصدور حكم من المحكمة يقضي بذلك، لذا فان المشرع العراقي اعطى المحكمة دوراً مهما في تقييم طلب الفسخ والحكم بفسخ العقد.

ان في القانون الايراني توجد حالات و موارد لا يكون فيها الفسخ الا قضائياً وبهذا يتفق القانون الايراني مع القانون العراقي، ومن هذه الحالات ما نصت عليه المشرع الايراني في قانون تنظيم العلاقة ما بين المؤجر والمستأجر الصادر عام 1356، والذي بموجبة منع الدائن من فسخ العقد بشكل مباشر انما اعطى هذه الصلاحية للمحكمة

واخيراً نرى ان رؤية المشرع الايراني و الاتفاقية، التي جعلت الفسخ خاضعاً لإرادة الدائن تتفق وتنسجم اكثر مع مقتضيات التجارة الدولية على عكس رؤية المشرع العراقي التي نصت على الفسخ القضائي كقاعدة عامة في الفسخ، لذا نقترح على المشرع العراقي ان يجعل الفسخ خاضعاً لإرادة الدائن يقوم بأجرائه ان يوجه الاخطار الى المدين يطالبه بتنفيذ الالتزام، وان يمنح القاضي دوراً ثانوياً في سلطته بتقييم تقيم طلب الفسخ والحكم بالفسخ.
من جانب آخر نرى، ان توجيه الدائن اخطار بالفسخ الى المدين حتى يبلغه بالفسخ الذي نصت عليه الاتفاقية، حلاً مناسباً لغرض تقليل الخسائر الواردة على المدين، لذا نقترح على المشرع الايراني، على الاقل في التبادل التجاري الدولي، ان يجعل الاخطار بالفسخ الزامياً حتى ينتج الفسخ اثره، وذلك لتأمين الحماية الاقتصادية للعاملين في التجارة الدولية، ولغرض التنسيق مع الرؤية الدولية في هذا الشأن.

[59] -امازوز، 2011، 451-452: حمو، 2011، 84.
[60] -جوهري، 2013، 47-48: حمو، 2011، 85: الجارحي، 1988، 107.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

المصادر

أ-المصادر الفارسية

1-امامي سيد حسن، حقوق مدني، جلد1، تهران، انتشارات كتابفروشي اسلامي، 1375.
2-بهرامي احمدي، حميد، حقوق مدني (3)، كليات عقود وقراردادها، جاب دوم، تهران، بنياد حقوق ميزان، 1386.
3-جعفري لنكرودي، محمد جعفر، فلسفة عمومي حقوق بر بايه اصالت عمل، تورى موازنه، جاب اول، تهران كتابخانة كنج دانش، 1381.ط
4-شهيدي مهدي، حقوق مدني، ج2، اصول قراردادها وتعهدت، جاب 2، تهران، انتشارات مجد.
5-شهيدي مهدي، حقوق مدني 6، جاب نهم، تهران، انتشارات مجد، 1387.
6-شهيدي مهدي، حقوق مدني، جلد 5، سقوط تعهدات، جاب نهم، تهران، انتشارات مجد.
7-شيروي عبد الحسين، حقوق تجارت بين الملل، جاب دوم، تهران، سازمان مطالعه وتدوين علوم انساني دانشكاها(سمت)، بزوهشكدة تحقيق وتوسعه علوم انساني، 1390.
8-شيروي عبد الحسين، حقوق قراردادها، انعقاد، آثار، انحلال، جاب دوم ، ، تهران، سازمان مطالعه وتدوين علوم انساني دانشكاها(سمت)، بزوهشكدة تحقيق وتوسعه علوم انساني، 1396.
9-صفايي سيد حسين، دورة مقدماتي حقوق مدني، جلد 2، قواعد عمومي قراردادها، جاب جهارم، تهران، نشر ميزان، 1385.
10-صفايي سيد حسين، كاظمي، محمود ، عادل، مرتظى، وميرزانزاد، اكبر، حقوق بيع بين
11-طاهري حبيب الله، حقوق مدني، جلد4، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمية قم، 1418.
12-قاسم زادة، سيد مرتضى، ره بيك، حسن وكيايي، عبد الله، تفسير قانون مدني، اسناد، آرا وانديشه هاى حقوقي، جاب دوم، تهران: سمت، 1384.
13-قاسم زادة سيد مرتضى: حقوق مدني، عقد بيع وشروط وخيارات، جاب اول، تهران، بنياد حقوقي ميزان، 1393.
14-كاتوزيان، ناصر حقوق مدني، قواعد عمومي قراردادها، جلد 5، جاب دوم، تهران، شركت انتشار با همكارى شركت بهمن برنا، 1376.
15-كاتوزيان ناصر، دوره مقدماتي حقوق مدني، درسهاي از عقود معين، جلد 1، جاب هفتم، تهران، كتابخانه كنج دانش، 1384.
16- كاتوزيان ناصر، دوره مقدماتي حقوق مدني، اعمال حقوقي قراردادها-ايقاع، جاب يازدهم، تهران، شركت سهامي انتشار، 1385.
17-كاتوزيان ناصر، دوره عقود معين، حقوق مدني، جلد1، جاب هفتم، تهران، شركت انتشار با همكارى شركت بهمن برنا، 1378.
18-نهريني فريدون، ماهيت وآثار قرارداد در حقوق ايران، جاب سوم، تهران، كتابخانه كنج دانش، 1390.

مقالات

1-خدابخشي عبد الله" فوريت يا تراخي در اعمال خيار" ، فصلنامة مطالعات حقوق خصوصي، 47، (3)، 435-450، 1396.

سایر منابع

1-دفتر خدمات حقوقي 1367" نوانسيون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهاى بيع بين المللي كالا، 1980، مجلة حقوقي، 10(9)، 313-235.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

ب-المصادر العربية

الكتب

1-الجارحي مصطفى، فسخ العقد دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988.
2-حسين اكرم محمد، الاخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية، دراسة مقارنة، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017.
3-الحكيم عبد المجيد، البكري عبد الباقي والبشير، محمد طه، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الاول، بغداد ، مكتبة السنهوري، 2012.
4-سعد نبيل ابراهيم وقاسم محمد حسن، مصادر الالتزام،ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية 2010.
5- سليم عصام انور، خصائص البيع الدولي وفقاً لاتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا 1980، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2004.
6-شفيق محسن، اتفاقية الامم المتحدة، بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988.
7-محاسنة نسرين سلامة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دراسة في القانون الانكليزي واتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع 1980، اتفاقية فيينا، 1980، ط1، عمان، دار الثقافية للنشر والتوزيع، 2011.
8-المسدى اسامة حجازي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، القاهرة، دار الكتب القانونية، دارشتات للنشر والبرمجيات، 2010.
9-معوض فؤاد محمد، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تأصيلية وتحليلية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، الاسكندرية، دار الجامعة الجديد للنشر، 2008.
10-منصور محمد حسين، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، بيروت، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، 2000.

البحوث والرسائل الجامعية

1-امازوز لطيفه(2011)، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، مذكره لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر.
2-جوهري سعيدة، (2013)، سلطة القاضي في فسخ العقد، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة اكلى محند اولحاج، البو يرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص.
3-حمو حسينه، (2011)، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية.
4-عبد الحميد خالد احمد،(2002)، فسخ عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980 مذكر لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة.
5-عبد العزيز جمال محمود، (1996)، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة كلية القانون.
6-فتيحه بن زروق(2015)، فسخ العقد طبقاً لاتفاقية فيينا لسنة 1980، الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر(1)، كلية الحقوق.
7-لجنة الامم المتحدة، للقانون التجاري الدولي، (2011)، اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، نيويورك الامم المتحدة.
8-ننيس نغم حنا رؤوف، (2004)، التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980 دراسة تحليلية، اطروحة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، جامعة الموصل.

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453

المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
International Journal on Humanities and Social Sciences
website:www.ijohss.com
Email:editor@ijohss.com
ISSN: 2415 – 4822
العدد (37) سبتمبر 2022
Volume (37) September 2022
IJOHSS

ج-المصادر الانكليزية

:**Book**
1-Huber, Peter & Mullis, Alastair, The CISG A new textbook for students and . practitioners, Germany: Sellier. European law publishers, 2007

Article:
1-Magnus, Ulrich, "The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG – General Remarks and Special Cases", Journal of Law and CommercVol.25;423-436,2005.
2-Jacobs, Christopher M, "Notice of Avoidance under the CISG: A Practical Examination of Substance and Form Considerations, the Validity of Implicit Notice, and the Question of Revocability", University of Pittsburgh Law Review, Vol. 64: 407-429, 2003.

.

Other References
1-Al-Hajaj, Amir (2015). The concept of fundamental breach and avoidance under CISG, PhD thesis, Brunel University, London.
2-Singh, Lachmi (2015). 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.
3- http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980 CISG_status.html(last visited 29/jan/2019).

DOI: https://doi.org/10.33193/IJoHSS.37.2022.453