

فسخ عقد البيع نتيجة اخلال المشتري او البائع بالتزاماته

أ.د. محمد علي عبده¹، منتظر فاهم حمزه عسل²

¹ استاذ مشارك في القانون الخاص الجامعة الإسلامية في لبنان، فرع خلد، لبنان.

² طالب دكتوراه، الجامعة الإسلامية في لبنان.

HNSJ, 2025, 6(5); <https://doi.org/10.53796/hnsj65/2>

المعرف العلمي العربي للأبحاث: <https://arsri.org/10000/65/2>

تاريخ النشر: 2025/05/01م

تاريخ القبول: 2025/04/15م

تاريخ الاستقبال: 2025/04/07م

المستخلص

هدف هذا البحث الى معرفة شروط الفسخ وانواعه والحكم الذي يفرضه القانون على كل نوع من انواع الفسخ، وكذلك هدف البحث الى معرفة اثار الفسخ المتمثلة بزوال الرابطة العقدية بين المتعاقدين أي رجوع المتعاقدين الى الحالة الى كانا عليها قبل التعاقد. استخدم البحث المنهج التحليلي والمنهج المقارن. توصل البحث الى عدة نتائج أهمها انه يمكن تعريف الفسخ بانه الجزاء المترتب عن عدم قيام حد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام المنوط اليه في العقد ينتج عنه انتهاء الرابطة العقدية وزوالها بأثر رجعي. قدم البحث عدة توصيات اهمها ضرورة تعديل المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي بادخال نص يدل صراحة على ان يكون الدائن مخيراً بين طلب الفسخ او طلب التنفيذ، باعتبار ان ذلك ماجرى عليه الحكم في المحاكم وما تناوله شراح القانون المدني فيما يتعلق بجزاء الفسخ. اوصى البحث كذلك بضرورة ان يحدد القانون حدا اعلى للمهلة التي يمكن ان تمنح الى المدين، وان يجعل هناك استثناء للحالة التي يثبت فيها المدين وجود عذر حقيقي كسبب في التاخر عن تنفيذ الالتزام.

الكلمات المفتاحية: فسخ العقد، المشتري، البائع.

RESEARCH TITLE**TERMINATION OF THE SALES CONTRACT DUE TO THE BUYER OR SELLER'S BREACH OF THEIR OBLIGATIONS****Abstract**

This research aims to identify the conditions and types of rescissions and the legal ruling imposed on each type of rescission. It also aims to identify the effects of rescission, which is the cessation of the contractual bond between the contracting parties, i.e., the return of the contracting parties to the state they were in before the contract. The research used the analytical and comparative approaches. The research reached several results, the most important of which is that rescission can be defined as the penalty resulting from the failure of one of the contracting parties to fulfill the obligation assigned to him in the contract, resulting in the termination of the contractual bond and its cessation retroactively. The research presented several recommendations, the most important of which is the need to amend Article 177 of the Iraqi Civil Code by introducing a provision that explicitly indicates that the creditor has a choice between requesting rescission or requesting execution, considering that this is what has been ruled in the courts and what has been addressed by civil law commentators regarding the penalty of rescission. The research also recommended that the law should set an upper limit for the period that can be granted to the debtor, and that an exception should be made for the case in which the debtor proves the existence of a genuine excuse as a reason for the delay in fulfilling the obligation.

Key Words: Termination of contract, buyer, seller.

المقدمة

يعرف الفسخ لغة بأنه فسخ الامر او العقد أي نقضه⁽¹⁾، اما الفسخ قانونا فيتمثل بالجزاء المترتب نتيجة عدم قيام احد طرفي العقد بتنفيذ التزامه المنوط اليه في العقد مع استعداد طالب الفسخ لتنفيذ ذلك الالتزام، ظهرت فكرة الفسخ في القانون الكنسي كما ظهرت في القانون الروماني والقانون الفرنسي الا انه مر بمراحل عدة، حيث انحصرت فكرة الفسخ بالشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني في عقد البيع لدى الرومان، الا ان القانون الفرنسي عمم هذه القاعدة على جميع انواع العقود⁽²⁾. اما الفقه الاسلامي فقد كانت احكامه اكثر شمولاً ودقة ووسع نطاقاً من الاحكام التي ضمنها فقهاء القانون. فالفسخ هو الجزاء المترتب على عدم قيام احد طرفي العقد بتنفيذ التزامه في العقود الملزمة للجانبين مع استعداد طالب العقد بتنفيذ التزامه والفسخ كثير الوقوع في الحياة العملية ولذا من الضروري معرفة انواع الفسخ والحكم الذي يفرضه القانون على كل نوع من انواع الفسخ، والفسخ قد يكون قضائياً وقد يكون اتفاقياً وقد يكون الفسخ بحكم القانون ويسمى الانفساخ ومن ثم يجب معرفة اثار الفسخ المتمثلة بزوال الرابطة العقدية بين المتعاقدين اي رجوع المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

اهمية الموضوع

يعتبر الفسخ من المواضيع المهمة لكثرة وقوعه في الحياه العملية، كما ان المنازعات في الغالب لا يكون محلها انعقاد العقد وانما عدم تنفيذ العقد، وكذلك اهمية معرفة انواع الفسخ الثلاثة، كما ان الكثير لا يفرق بين الفسخ والانفساخ والآثار المترتبة عليه. ولهذا اقتضى الأمر أن نكتب في موضوع انواع الفسخ والآثار المترتبة عليه.

منهجية البحث

اعتمدنا منهج الشرح والتحليل النصوص القانون المدني العراقي ومقارنتها بنصوص القانون المدني المصري. لبيان موطن الضعف والقصور المتعلقة بأنواع الفسخ واثاره.

المبحث الأول: مفهوم الفسخ وشروطه

الأصل أن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه فإذا اختار الدائن الفسخ وتوافرت فيه شروط فلا بد من اصدار حكم قضائي يفسخه ومع ذلك يجوز أن يقع الفسخ من تلقاء نفسه إذا كان العاقدان قد اتفقا على ذلك أو بنص القانون على الفسخ في حالات معينة.

المطلب الأول: تعريف الفسخ قانوناً

الفسخ هو زوال العقد بجميع اثاره في الماضي والمستقبل وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى، يرجع ظهور نظام الفسخ الى القانون الكنسي حيث كانت الغاية منه ترسيخ الوفاء بالوعد وترتيب المسؤولية على الشخص الذي لا يلتزم بوعده في الالتزامات المتعاقبة، ومن القانون الكنسي انتقل الى القانون الفرنسي القديم في المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على ان الشرط الفاسخ مقدر دائماً في كل العقود التبادلية في حالة عدم تنفيذ احد العاقدان لتعهدة⁽³⁾.

¹ فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، ط ١٥، دار المشرق، ١٩٨٦، ص ٥١٥

² صبيح مسكوني، تاريخ القانون الروماني، مطبعة الشفيق، ١٩١٧، ص ٣٢٧

³ د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢١٩

واختلفت آراء الفقهاء واتجاهاتهم حول تأسيس نظام الفسخ ففي بعض الاحيان يسندوه الى الشرط الفاسخ الضمني متجاهلين ان الفسخ يترتب بقوة القانون دون الحاجة الى اللجوء الى قاضي يتمتع بسلطة تقديرية اذاءه وفي احيان اخرى يسندوه الى فكرة السبب بمقولة ان عدم وفاء احد المتعاقدين بالتزامه يجعلها التزام الآخر دون سبب متجاهلين ان السبب هو ركن اساسي في العقد لا يمكن ان يزول لظرف لاحق⁽⁴⁾.

المقصود بالانفساخ أن يستحيل التنفيذ العيني لسبب اجنبي ففي هذه الحالة يفسخ العقد بحكم القانون اما إذا كان استحالة التنفيذ ترجع الى خطأ المدين فلا يفسخ العقد بيد انه يكون محلاً للفسخ ويلتزم المدين في هذه الحالة بالتعويض وهذه أساس المسؤولية العقدية التي لا يتصور قيامها مع زوال العقد، فالمدين الذي لا ينفذ التزامه بفعل خطأ منه سواء كان التنفيذ ممكناً او اصبح مستحيلاً بسبب هذا الخطأ يبقى مسؤولاً عقدياً بما يعطي للدائن الحق في مطالبة على أساس العقد بالتنفيذ المقابل أي التعويض وأما أن يطالب بالفسخ⁽⁵⁾ وقد نص المشرع في المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي على حالة انفساخ العقد بحكم القانون حيث جاء ما يلي -

1- إذا هلك المعقود عليه المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة وجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه.

2- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري. ويلاحظ على هذا النص أنه يعالج حالتين من حالات استحالة تنفيذ الالتزام كان يجب التمييز بينهما وهما حالة استحالة التنفيذ الراجعة الى خطأ المدين وحالة استحالة التنفيذ الراجعة بسبب اجنبي. ففي هذه الحالة الأخيرة فقط يفسخ العقد وينقض التزام المدين بدون تعويض ولا تقوم المسؤولية التعاقدية ضد المدين اما الاستحالة الراجعة الى خطأ المدين لا يفسخ العقد بل يتأكد وتقرر مسؤولية المدين التعاقدية ويلزم بالتعويض كما سبق الذكر⁽⁶⁾. وانفساخ العقد يختلف عن فسخه في انه لا محل لأعذار المدين، لأن الأعذار لا يتطلب الا إذا كان التنفيذ ممكناً على حين ان الالتزام بحسب الفرض قد استحال تنفيذه، وكذلك لا وجه للرجوع على المدين بالتعويض لان استحالة التنفيذ ليست راجعة إلى خطئه بل الى سبب اجنبي واخيراً لا داعي للالتجاء الى القضاء لان الانفساخ يقع بقوة القانون. وإذا رفع الأمر إلى القضاء لمنازعة الدائن في انفساخ العقد، اقتصر عمل القاضي على الاستيثاق من أن تنفيذ التزام المدين قد استحال لسبب اجنبي، وينبغي التوقف قليلاً عند استحالة التنفيذ لسبب اجنبي، لمعرفة من الذي يتحمل تبعه هذه الاستحالة الدائن ام المدين. فإذا استحال على احد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي وانقضى التزامه وبرئت ذمته فهل يبقى المتعاقد الآخر ملزماً بتنفيذ التزامه ام ينقضي التزامه هو الآخر وتبرأ ذمته؟ وللجواب على هذا السؤال يمكن وضع القاعدتين التاليتين:

القاعدة الأولى: إذا استحال على المتعاقد في عقود المعاوضة تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل تبعه هذه الاستحالة، ويستوي في ذلك أن يكون محل التزامه قيامه بعمل او تسليم شيء، مثال إذا التزم شخص بصنع شيء واستحال عليه صنعه لا يستحق الأجر المتفق عليه او التزام بنقل بضاعة واستحال عليه نقلها فهو الذي يتحمل تبعه ذلك وبالتالي لا يستحق الأجر المتفق عليه.

القاعدة الثانية: إذا كانت يد الشخص على الشيء يد امانة وهلك الشيء في يده قضاء وقدر اي بدون تعمد منه ولا

⁴ د. مصطفى الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، ط 1، مطبعة الخنساء، بلا مكان سنة طبع، ص ١٣٦-١٣٧

⁵ المستشار محمد محمود المصري، والمستشار محمد احمد عابدين، الفسخ و الأنفساخ و التفاسخ و البطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٨

⁶ الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون، الجزء الأول، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٣

تقصير فهو في هذه الحالة غير ضامن اي لا يتحمل تبعة هلاك الشيء فمثلا المستأجر والمستعير فهم غير ضامين على الشيء لأن يدهم على الشيء يد امانة، فإذا هلك الشيء المؤجر أو المودع أو المستعار فهم لا يتحملون تبعة هذا الهلاك.

ويلاحظ أن المشرع العراقي في الفقرة الأولى من المادة (١٧٩) جعل تبعة الهلاك بعد البيع قبل التسليم بقوة قاهرة على البائع (المالك) وحده وهو حكم لم تقره قواعد العدالة كما أن الفترة الثانية من المادة نفسها تعرضت الى حالة جزئية من عقد البيع وهو منهج ليس صحيحا لأن الانفساخ يرد على العقود الأخرى الملزمة للجانبين وليس البيع فقط (7). واستحالة التنفيذ لسبب اجنبي قد تكون استحالة كلية فمثلا إذا هلك المبيع كله قبل التسليم سقط الالتزام بالمقابل بجملته فيسقط الثمن كله عن المشتري، وقد تكون استحالة جزئية بأن هلك بعض المبيع في يد البائع قبل تسليمه للمشتري سقط من الالتزام المقابل وهو الالتزام بدفع الثمن بما يقابله. أو قد تكون استحالة وقتية. كأرض مستأجرة غشيتها الماء فلم تصلح للزراعة مدة ما فانه يسقط عن المستأجر من الاجرة ما يستحق عن هذه المدة، ولكن لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه، وانما يكون قابلا للفسخ. فان فسخه المستأجر انقضى العقد وان لم يفسخه بقي (8). ويؤدي انفساخ العقد الى عودة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ففي فسخ العقد في البيع يرجع المشتري المبيع وثمراته للبائع، ويرجع البائع المبيع وفائدته الى المشتري. ومثال على انفساخ العقد إذا انعقد البيع وكان المبيع منقولاً قد عين اجل لتسليمه ودفع ثمنه ولم يدفع المشتري الثمن في الأجل المتفق عليه، جاز للبائع أن يعتبر المبيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة الى أضرار المدين أو الى حكم. وأن يتصرف في المبيع مرة أخرى دون مسؤولية عليه، وجاز له إذا كانت له مصلحة في أبقاء البيع ان يتمسك به وأن ينفذ بالثمن على المشتري، اما إذا دفع المشتري الثمن في الأجل المتفق عليه ولم يتسلم المبيع فلا يجوز للبائع اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، وانما يجب عليه أن يسلك في ذلك سبيل القواعد العامة فيعذر المشتري لتسليم المبيع ثم يرفع عليه دعوى الفسخ ويحصل الحكم به (9).

المطلب الثاني

الفسخ بحكم القضاء

الأصل في الفسخ أن يتم بحكم قضائي وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الأفراد، فالقاضي حكم محايد لا يميل الى احد المتنازعين دون الآخر. وقوله هو الذي يفصل النزاع بين الخصوم (10). فيراد بهذا النوع من انواع الفسخ الحل الواقع على الرابطة التعاقدية الصحيحة والملزمة للجانبين من القضاء (11). فالفسخ القضائي هو الذي يقع اخلال أي من العاقدين بالتزامه (12) فهو وسيلة من وسائل التقيد لا يقع الا بناء على تدخل القاضي وبناء على طلب الدائم، اذ لا يمكن للإنسان أن ينتصف بنفسه بنفسه و هذا القول ينطبق ولو نص الطرفان علي فسخ العقد عند عدم تقيده بصريح العبارة، وبهذا يختلف الشروط الفاسخ الضمني عن الشرط الفاسخ المدني من الشرط الفاسخ الاعتيادي الذي

⁷ الدكتور منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص ٢٧٩

⁸ المحامي الدكتور عبد القادر القار، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ١٩٢

⁹ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصدر سابق، ص ٢٧٤

¹⁰ الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون الجزء الأول، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٣

¹¹ الدكتور منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص ٢٧٩

¹² الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصدر سابق، ص (٢٧٤)

يعلق عليه العقد اذ يترتب على تحقق الشرط الأخير انفساخ العقد بقوة القانون من تلقاء نفسه لأنه ليس طريقاً من طرف التنفيذ⁽¹³⁾، وسنقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع يتضمن الفرع الأول الأعدار والفرع الثاني الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ اما الفرع الثالث فيبحث في سلطة المحكمة التقديرية وكالاتي:-

الفرع الاول: الاعذار

القاعدة العامة في الفسخ لا بد للمتعاقد الذي يريد أن يلجا الى القضاء طالب فسخ العقد لعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته أن يطلب من هذا المتعاقد القيام بتنفيذ التزاماته أما إذا لم يتم بالتنفيذ فانه سيطلب الفسخ. وتنبيه لمدين يكون بأعداره والأعدار بإنذاره، وهذا معنى المثل الشائع "قد اعذر من انذر". والإنذار يتم بواسطة الكاتب العدل، وقد نصت على ضرورة الاعذار الفترة الأولى من المادة (١٧٧) المتقدمة من القانون المدني العراقي⁽¹⁴⁾ معنى الأعدار هو وضع المدين المتأخر في تنفيذ التزامه ويتم اعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الانذار. ويجوز أن يتم الأعدار عن طريق البريد فالأصل في الأعدار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه. ويقوم مقام الانذار كن ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بالتزامه. ويسجل عليه التأخير في تنفيذ. ولا بد يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد في حالة عدم وفائه بالتزامه. وذلك لأن الفسخ والتعريض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين وليس يلزم ان ينبه المدين اليها قبل رفع الدعوى بطلب ايها والأعدار ليس شرطاً لقبول دعوى الفسخ وانما هو شرط للحكم بالفسخ وتغريماً على ذلك يجوز توجيه الى ما قبل الحكم في دعوى الفسخ⁽¹⁵⁾. وبناء على ذلك انه لا يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد الا بعد اعذار المدين بالوفاء بالتزاماته مما قد يجعل القاضي على الاستجابة الى طلب الفسخ⁽¹⁶⁾. فيجب أن يعطي المدين أجلاً للوفاء بالتزامه وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة وفي هذه الحالة يجب أن يتم التنفيذ خلالها. وألاً اعتبر العقد مفسوخاً وأو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك⁽¹⁷⁾. ولكن لا حاجة الى اعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين او إذا أصبح التنفيذ غير ممكن او غير مجد بفعل المدين إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو انه احراره بوجه غير مشروع. أو إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه⁽¹⁸⁾. وكذلك في حالة الإعفاء الاتفاقي من الأعدار حيث انه لا يجوز الاتفاق على أن يعتبر الع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند الوفاء بالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق يكون صراحة على الأعضاء من الأعدار⁽¹⁹⁾. وبناء عليه، نعتقد أن نص المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري هي الأفضل من الناحيتين الشكلية والموضوعية فالمشرع العراقي لم يكن موفقاً حين نص على الفسخ بحكم القضاء للرابطة العقدية في المادة (١٧٧) المتقدمة، ولعل ما يلاحظ على هذا النص أن

¹³ المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، الخلاصة الوافية، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد، ١٩٦٨، ص (١٣٩)

¹⁴ الدكتور عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في قانون المدني العراقي، الجزء الاول، مصادر الالتزام، حقوق الطبع محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠، ص (١٧٧)

¹⁵ المستشار محمد محمود المصري، والمستشار محمد احمد عابدين، الفسخ و الأنفساخ و التفاسخ و البطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٨

¹⁶ الدكتور انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري والبناني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٦٠

¹⁷ الدكتور احمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٣٤٤

¹⁸ الدكتور جلال علي العدوي، الدكتور محمد لبيب شنب مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥، ص ٢٥٩

¹⁹ (الدكتور عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ١٩٩٨، ص ١٦٣)

المشرع العراقي اجهز بالتزامه العقدي سواء عند عدم قيامه بالالتزام العقدي أو لتأخره بعمله أو تنفيذه المعيب أو عن التنفيذ الجزئي العقد. كما يلاحظ على الفقرة (٢) من المادة (١٧٧) من القانون المدني انها تطرقت الى حالات جزئية من عقد الايجار والبيع كتطبيق للفسخ القضائي وهو ليس سليما لأن الفسخ القضائي لا يقتصر على هذين العقدين وانما يرد على جميع العقود الصحيحة الملزمة للجانبين. وفوق ذلك ان ضرب الأمثلة في نص القانون من المسائل التي تعيب في الصياغة التشريعية (20)

الفرع الثاني: الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ

طلب الفسخ مؤداه رفع دعوى الفسخ، وهذا الحق يثبت لكل من الدائن أو من يحل محله خلف عام وخلف خاص كما يكون ايضا لدائنه بطريق الدعوى غير المباشرة وفي حالة تعدد الدائنين يجوز لكل منهم المطالبة بالفسخ ولو كان محل الالتزام أو الرد غير قابل للانقسام (21). فالدائن يقيم دعوى طالبا الفسخ الا انه لا يلزم بالاستمرار على طلبه، فهو يستطيع أن يعدل عنه قبل الحكم الى طلب التنفيذ، وكذلك الأمر إذا رفع دعوى التنفيذ فانه يستطيع أن يعدل من طلبه ويطلب فسخ العقد. كل هذا ما لم يكن قد تنازل عن أحد الطلبين. ولا يعتبر مجرد رفع الدعوى بطلب أحدهما نزولا عن طلب الآخر (22). فالدائن يرفع دعوى الفسخ الى القضاء، ويكون الخيار في الفسخ أو في التنفيذ لكل من الدائن والمدين والقاضي، فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ والعكس صحيح. وللمدين كذلك قبل النطق بالحكم النهائي ان يتوقى الفسخ بالمبادرة إلى تنفيذ ما عليه من التزام. وكذلك للقاضي كل السلطة في تقدير طلب الفسخ له أن يحكم بالفسخ إذا وجد له مبررا اوان يرفض الحكم. وعلى كل حال إذا اختار الدائن فسخ العقد سقط حقه في طلب التنفيذ على أن هذه القاعدة محل نزاع عند فريق آخر من الفقهاء الذي يرى أن الدائن لا ينقيد بطلبه فله أن يطلب الفسخ بعد أن طلب التنفيذ والعكس بالعكس. لما في القانون التجاري العراقي فمع أن الفسخ امر اختياري للدائن أن يلجا اليه أولا يلجا حتى بعد اقامة دعوى التنفيذ وفي أية حالة كانت عليها الدعوى حتي يكتسب الحكم الذي يصدر في هذا الشأن الدرجة القطعية الا ان المدعي إذا اقام الدعوى بطلب الفسخ ابتداء متنازلا عن طلب التنفيذ وهو على خيار بين طلب التنفيذ العيني او طلب الفسخ في عقد البيع يكون للبائع الخيار بين التنفيذ العيني والفسخ، وله بعد أن يختار احدهما أن يعدل عنه ويطلب بالأخرة ولا يعتبر اختياره أحدهما نزولا عن الفسخ ويطلب بالزام المشتري بدفع الثمن، أي يقوم قبل الحكم بتنفيذ التزامه، فإذا طلب البائع من المحكمة الحكم بفسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع الثمن المبيع فالمشتري أن يتدارك فسخ البيع تعرض الثمن ولو بعد صدور الحكم عليه وانما قبل اكتساب هذا الحكم فروة الشيء المقضي به تأييده استئنافيا وهذا الحق الذي للمشتري يرجع اليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد حكمها. ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ لأن قبول التماس يعيد لي الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم بالقبول (23).

الفرع الثالث: سلطة المحكمة التقديرية

بعد أن يختار الدائن طريق الفسخ فان طلبه يعرض على القاضي فهو غير ملزم بالحكم به، بل يتمتع بسلطة تقديرية في منحه اياه فقد يقضي به إذا اقتنع بوجود ما يبرره، وقد يرفض الحكم به ويمنح المدين نظرة الميسرة، أي اجلا لتنفيذ التزامه.

20 الدكتور منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٢٨٠-٢٨١

21 المستشار محمد محمود المصري، والمستشار محمد احمد عابدين، مصدر سابق، ١٩٨٨، ص ١٧.

22 الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٣٧٠

23 الدكتور محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الالتزامات، مطبعة العالمية، مصر ١٩٥٤ ص (٦٣١)

إذا كان ما نفذ جزءا كبيرا بالنسبة للباقي والقاضي يستوجب حكمه من الظروف المحيطة بالقضية (24) فلو كان التنفيذ جزئيا، فانه يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض كما لو تخلف المدين عن تنفيذه، إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام فإذا رأى القاضي أن المدين سيء النية في عدم تنفيذه لالتزامه (25). أو مهملا في تنفيذه إهمالاً واضحاً بالرغم من أضرار الدائن له قبل رفع الدعوى، فذلك يحمل القاضي الحكم بالفسخ وعلى العكس من ذلك إذا رأى المدين حسن النية في عدم تنفيذه لالتزاماته أنما يعود لظروف خارجة عن ارادته، وان مالم ينفذه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته. وان الدائن لم يصبه ضرر النتيجة هذا التأخير، فذلك مما يجعله على رفض الحكم بالفسخ ومنح المدين نظرة الميسرة، حتى وان كان الدائن قد اعذر المدين قبل رفع الدعوى وإذا منح القاضي للمدين نظرة الميسرة فعليه (على المدين). القيام بتنفيذ التزامه في غضون ذلك، وليس له أن يتعدها، ولكن إذا لم يستطع أن ينفذ التزامه في خلالها وكانت الظروف التي بررت منحه نظرة الميسرة لا تزال موجودة، تستطيع المحكمة أن تمنحه نظرة مرة أخرى (26). فالفسخ القضائي يتميز بأنه جوازي للدائن وجوازي للمدين وجوازي للقاضي وقد سبق الكلام بالنسبة للدائن و المدين أما المقصود بأنه جوازي للقاضي بأنه يجوز للقاضي أن يحكم به لكنه ليس ملزماً به لان له سلطة تقديرية في ذلك، فإذا رأى القاضي أن عدم الوفاء يستوجب الفسخ حكم به وإذا لم يقتنع بذلك فلا يحكم به بحسب الظروف المحيطة بالقضية (27). وفي كل الأحوال فان القاضي لا يحكم بالفسخ الا في حالة توافر ثلاثة شروط وهي:

اولاً: ان يظل تنفيذ العقد ممكناً.

ثانياً: أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه

ثالثاً: أن يبقي المدين على تخلفه عن تنفيذ الالتزام فيكون في ذلك مبرراً للقضاء بالفسخ.

فإذا اجتمعت هذه الشروط تحقق بذلك ما ينسب إلى المدين من خطأ أو تقصيراً (28)، وتقدير كفاية اسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفي التقصير عن طلب الفسخ أو ثباته هو من شأن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها (29).

المطلب الثالث: الفسخ بحكم الاتفاق

قد يتوقع المتعاقدان عند ابرام العقد عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزامه فينتفان مقدماً بشرط في صلب العقد على أنه إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه فالعقد يعتبر مفسوخاً وهذا الشرط صحيح، وقد أجازته المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي بقولها: يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفي من الأضرار الا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته (30).

فقد يتفق المتعاقدان على أن العقد يعتبر مفسوخاً إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه، وقد يزيدان من قوة هذا الشرط فينتفان على أن العقد يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه، وقد يزيدان أيضاً في قوة الشرط فينتفان على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء

²⁴ الدكتور عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص (١٧٨)

²⁵ الدكتور محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ١٩٥٤ ص (٦٣١).

²⁶ الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص (٣٧١).

²⁷ الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص (٢٧٥)

²⁸ المحامي الدكتور عبد القادر القار، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ١٦٢

²⁹ المستشار محمد محمود المصري، والمستشار محمد احمد عابدين، مصدر سابق، ص (٢٠-١٩)

³⁰ تطابقها المادة (١٠٨) من القانون المدني المصري

نفسه ومن غير حاجة الى حكم. وقد يبلغان الذروة في زيادة قوة الشرط فيتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه من غير الحاجة الى حكم ولا أعذار وسيضمن هذا المطلب كل شرط من هذه الشروط الأربعة في فرع مستقل.

الفرع الأول: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا

كثيرا ما يتفق المتعاقدين في العقد ذاته على أنه إذا لم يقد أحدهما بتنفيذ التزامه، أو بتنفيذ التزام معين بالذات، يكون العقد مفسوخا وحكم هذا الشرط يتوقف على نية المتعاقدين، فقد يكونان ارادا به ان يقع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد اخلال المتعاقد بالتزامه، ويكون الفسخ قد وقع بتراضي المتعاقدين مقدما على ذلك، الا انه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط الا أن يقررا بالفظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ⁽³¹⁾. وعليه فهذا الشرط لا يمنع من تطبيق الفترة الأولى من المادة (١٧٧) المتقدمة الذكر من القانون المدني العراقي فهو لا ينفي عن الأعذار ولا عن اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ⁽³²⁾. وخلاصة ذلك اذن انه لا يسلب القاضي سلطته التقديرية بل هو لا يسلب المدين حقه في توقي الفسخ بتنفيذ الالتزام الى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ والحكم الذي يصدر بالفسخ يعتبر منشأ للفسخ لا كاشفا له⁽³³⁾.

الفرع الثاني: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه

قد يرغب المتعاقدين بتجنب رقابة القضاء وما يقتضيه هذه الرقابة فيتفقان سواء في العقد أو في اتفاق لاحق أو اثناء اجراءات التقاضي على أن يقع الفسخ عند اخلال أحدهما بتنفيذ التزامه من تلقاء نفسه فيحل الاتفاق محل الحكم ويكون له اثره⁽³⁴⁾. وفي هذه الحالة يكون مقررا باتفاق المتعاقدين⁽³⁵⁾، ونتيجة ذلك الاتفاق فانه يسلب سلطة القاضي التقديرية اي يجب عليه أن يحكم بالفسخ حتما وهذا هو الفرق بين هذه الحالة والحالة الأولى المتقدمة ؛ ولكن هذا الشرط لا ينفي عن رفع دعوى الفسخ، بل ولا عن أعذار المدين في الأحوال التي يكون فيها الأعذار مفيدا⁽³⁶⁾. والحكم الذي يصدر بالفسخ يكون منشأ للفسخ لا كاشفا له كما في الحالة السابقة، ومن الجدير بالذكر في هذا السياق أن المشرع العراقي ذكر في المادة (٥٨٢) هذا الحكم ضمن احكام عقد البيع فيها ما يلي:-

إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر⁽³⁷⁾، الا إذا نص في العقد على أن الفسخ يقع دون أعذاره، وفي كل حال لا يجوز للمحكمة أن تمنح المشتري اي اجل.

الفرع الثالث: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم

فيقع الفسخ في هذه الحالة من تلقاء نفسه لمجرد الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي من المتعاقد فتكون هذه الحالة أقوى في التدرج من الحالتين السابقتين⁽³⁸⁾. فإذا اتفق المتعاقدين على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى

³¹ الدكتور حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص (٢٠٨)

³² الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص (٣٧٣-٣٧٢)

³³ المستشار محمد محمود المصري، والمستشار محمد احمد عابدين، مصدر سابق، ص (٢٦)

³⁴ الدكتور احمد حشمت ابو ستيت، مصدر سابق، ص (٣٤٥).

³⁵ الأستاذ عبد الحميد عمر وشاحي، مصدر سابق، ص (١٢٧)

³⁶ الدكتور حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص (٢٠٨)

³⁷ الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص (٣٤٣)

³⁸ الدكتور منذر الفضل، مصدر سابق، ص (٢٧٨)

حكم كان معنى هذا الشرط انه إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه فلا حاجة الى حكم كان معنى هذا الشرط انه إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه فلا حاجة لرفع الدعوى لفسخ العقد ولا لحكم لينشئ الفسخ. ولكن إذا نازع المدين لدائن في ادعائه وادعى أنه قد نفذ التزامه في هذه الحالة يجب رفع الدعوى ولكن الحكم الذي يصدر يقتصر على تقرير ما إذا كان المدين قد نفذ التزامه ام لا، فإذا قرر أنه لم ينفذ التزامه حكم بالفسخ ويكون الحكم مقرر (اي كاشفا) للفسخ لا منشأ له⁽³⁹⁾، ولكن هذا الشرط لا يغني عن الأعذار، فلا بد للدائن إذا أراد اعمال الشرط من اعدار المدين، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من أعداره أنفسخ العقد من تلقاء نفسه، ولكن إذا اعذر الدائن المدين ولم يقم هذا بتنفيذ التزامه فذلك لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ، فيبقى له الخيار بين طلب الفسخ او طلب اجبار مدينه على التنفيذ⁽⁴⁰⁾ وبناء عليه فان مثل هذا الاتفاق يؤدي أي حرمان المتعاقدين ضامنتين الأولى هي أن العقد يفسخ حتما دون ان يكون لهذا العاقد، بل ولا للقاضي، خيار الفسخ أو التنفيذ، وأما الضمانة الثانية فيقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة الى التقاضي، على ذلك لا تقبل الدائن من ضرورة التدافع الى القضاء عند منازعة المدين في واقعة تنفيذ العقد، بيد أن مهمة القاضي تقتصر في هذه الحالة على التثبت من هذه الواقعة، فإذا تحقق لديه صحتها ابقى على العقد، والا قضى بالفسخ على أن حرمان المدين هاتين الضامنتين لا يسقط عنه ضمانه الأعذار⁽⁴¹⁾.

الفرع الرابع: الاتفاق على أن يكون العقد منسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم ولا أعدار

قد يشتر المتعاقدين في الاحتياط، فيشترطان أن العقد يفسخ حتما من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم او اعدار، وفي هذه الحالة يكون العقد منسوخا بمجرد حلول أجل التنفيذ وعدم قيام المدين به و ذلك دون الحاجة الى اعدار المدين ولا الى رفع دعوى الفسخ وان كان الفسخ⁽⁴²⁾. في هذه الحالة يقع من غير تدخل القضاء، الا أن الأمر قد يفضي أو قد يضطر الدائن الى اقامة الدعوى ورفع الأمر اليه للتحقيق من توافر شروط الفسخ، فقد يدعى المدين انه لم يتخلف عن تنفيذ التزامه او ان الدائن لم ينفذ ما عليه، و عندئذ تقتصر سلطة القاضي على تحري الأمر فان وجد المدين محقا في دعواه امر ببقاء العقد، و الا اصدر حكمه مقرر لفسخ العقد⁽⁴³⁾. والحكم الذي يصدر يكون مقرر للفسخ لا منشأ، ولكن هذا الشرط كما في الحالة السابقة لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ بدلا من طلب الفسخ، و الا كان معناه وضع الدائن تحت رحمة المدين. اذ لا يكون على هذا الآخر إذا أراد فسخ العقد، الا ان يتمتع عن تنفيذ التزامه فيفسخ العقد، وهذا لا يمكن قبوله⁽⁴⁴⁾. ومن المهم ملاحظة أنه لا يكون للمدين المقصر حق طلب الفسخ لان شرط الفسخ لم يوضع لمصلحته فيحق له أن يستفيد منه⁽⁴⁵⁾.

المبحث الثاني: آثار فسخ العقد

نصت المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي على آثار الفسخ فجاء فيها: " إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتبا عليه، فلا يلزم تسليم البديل الذي وجب بالعقد و ان كان قد سلم يسترد فإذا استحال رده يحكم بالضمان.

وكذلك جاء القانون المدني المصري في المادة (١٦٠) بالنص الآتي:

³⁹ الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص (٣٧٤).

⁴⁰ الدكتور عبد المجيد الحكيم و آخرون، مصدر سابق، ص (١٠٨).

⁴¹ الدكتور محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص (٦٣٩).

⁴² الدكتور حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص (٢٠٩).

⁴³ الدكتور احمد حشمت ابو ستيت، مصدر سابق، ص (٣٤٧).

⁴⁴ الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص (٣٧٥).

⁴⁵ الأستاذ عبد الحميد عمر وشاحي، مصدر سابق، ص (١٢٨).

إذا فسخ العقد اعيد المتعاقدين الى حالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض .

ظاهر من هذه النصوص انه يترتب على الفسخ سواء كان قضائي ام اتفاقي ام قانوني، انحلال العقد لا من وقت الفسخ فحسب، بل من وقت التعاقد ايضاً. أي أن اثر الفسخ بالنسبة للعقود كان لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير. وسنتناول في هذا المبحث معالجة آثار الفسخ وبيان هذه الآثار فسيضمن مطلبين المطلب الأول فيبحث زوال حكم العقد بأثر رجعي والذي يتفرع الى فرعين الفرع الأول اثر الفسخ بين المتعاقدين اما الفرع الثاني اثره بالنسبة للغير أما بالنسبة للمطلب الثاني فسينتاول أثر الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ⁽⁴⁶⁾.

المطلب الأول: زوال حكم العقد بأثر رجعي

يترتب على المسخ انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي الى وقت ابرامه وبالتالي تنعدم جميع الآثار التي تولدت عنه ويعاد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل قيام العقد، فيلزم كل منهما برد ما كان قد استوفاه نفاذا للعقد فالبائع يرد على المشتري الثمن وفوائده والمشتري يرد اليه المبيع و ثماره⁽⁴⁷⁾. فإذا نطق القاضي بفسخ العقد او تراضى المتعاقدين على الفسخ سواء كان ذلك شرطاً موضوع في العقد او بموجب اتفاق يتم بعد ذلك فإن العقد ينحل لا من وقت الفسخ فحسب بل من وقت نشوء العقد، أي أن الفسخ له اثر رجعي فيعتبر العقد المفسوخ كأنه لم يكن، ويسقط اثره حتى في الماضي⁽⁴⁸⁾ فيتضح أن القاعدة هي أن الفسخ يكون بأثر رجعي سواء كان راجعاً الى فسخه قضائياً أو اتفاقياً او قانونياً بسبب عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه ففي جميع هذه الحالات يجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض⁽⁴⁹⁾. فمثلاً إذا انحل عقد البيع بفسخه وجب على كل من البائع والمشتري أن يرد الى الطرف الآخر ما حصل عليه بسبب العقد فيرد المشتري المبيع إذا كان قد تسلمه وما حصله من ثماره ويرد البائع الثمن إذا كان قد قبضه او يسقط عن المشتري التزامه بالثمن، وإذا كان انحلال العقد راجعاً الى تقصير أحد الطرفين التزم هذا الطرف فوق الرد بتعويض الطرف الآخر عن انحلال العقد. فإذا كان المشتري هو المقصر الزم بتعويض البائع عما أصابه من خسارة وفاته من ربح بسبب الفسخ وبمصرفات دعوى الفسخ، وان كان التقصير في جانب البائع الزم الأخير بتعويض المشتري عما أصابه من خسارة وما فاتته من ربح بسبب الفسخ وتقويت الصفقة عليه بمصرفات العقد ومصرفات دعوى الفسخ⁽⁵⁰⁾.

الفرع الأول: اثر الفسخ بين المتعاقدين

يترتب على فسخ العقد اعتباره كأن لم يكن، ولذا يجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد بان يرد كل منهما ما تسلمه بموجب العقد فإذا استحال ذلك حكم على الطرف و هو فرضاً من صدر في مواجهته حكم الفسخ بالتعويض⁽⁵¹⁾. وهذا ما نصت عليه المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي التي سبق أن ذكرناها. فالعقد يزول اثره بين الطرفين بالنسبة الى الماضي كما يزول بالنسبة للمستقبل وبذلك يجب الرجوع فيما تم قبضه أو تنفيذه من الالتزامات، فالمشتري مثلاً يلزم برد الشيء المبيع لأن أحراره له بعد البيع يكون بدون سبب، وبذلك يجب اعادة الأمور الى سابق

46 د. انور سلطان، مصدر سابق، من ٢٦٤

47 المستشار محمد محمود المصري، و المستشار محمد احمد عابدين، مصدر سابق، ص (٤٧).

48 الدكتور حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص (٢١٠).

49 الدكتور جلال علي العدوي، الدكتور محمد لبيب شنب مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، المدير الجامعية للطباعة والنشر،

بيروت، ١٩٨٥ ص (٢٦١)

50 الدكتور حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص (٢٨٢)

51 الدكتور انور سلطان، مصدر سابق، ص (٢٦٤)

عهدا (52) فلا يعتبر أنه قد تملك المبيع ابدأ. و البائع لا يعتبر قد تملك الثمن أبداً، ويترتب على ذلك أن المشتري يجب عليه أن يرد المبيع مع ثمراته التي أنتجها قبل الفسخ، فإذا كان المبيع أشجاراً، وقطف المشتري ثمارها فعليه رد هذه الثمار الى البائع ان كانت موجودة. ورد قيمتها التي كان قد استهلكها. ويترتب على ذلك أيضاً أن البائع يجب رد الثمن مع الفوائد القانونية (53)، وفي حالة استحالة رد المبيع رد ما قبضه المتعاقدين فان المحكمة تحكم بالتعويض على المتعاقد الذي يستحيل عليه رد ما قبضه، وهذا ما سبق أن نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) مدني عراقي، ويشمل التعويض ما يصيب الدائن من ضرر فسخ العقد وما اتفق في الدعوى للحصول على الحكم بالفسخ (54). ويراعي أن التعويض قد يبتى على المسؤولية العقدية وقد يبنى على المسؤولية التقصيرية، ففي حالة فسخ العقد، وهذا يفترض خطأ المدين. فان التعويض يكون مصدره عمل غير مشروع وذلك لأن العقد بالفسخ يكون قد انعدم، أما حيث يبقى العقد قائماً فان أساس التعويض سواء لاستحالة التنفيذ العيني أو للتأخير فيه المسؤولية العقدية (55).

الفرع الثاني: اثر الفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين

وزوال الحلال حكم العقل بأثر رجعي يسري في حق غير المتعاقدين أيضاً، والأصل أن انحلال العقد يجعل العقد كأن لم يكن كما سبق الذكر، فإذا كان العقد بيعاً مثلاً، فان أنحطه يجعل المشتري كأن لم يملك المبيع في أي وقت مضى وبناء على ذلك تعتبر التصرفات التي صدرت من المشتري في المبيع تصرفات صادرة من غير الممالك فلا يكون لها أي أثر في حق البائع بل يعود المبيع الى البائع خالياً من كل حق قرره عليه المشتري لصالح أي شخص اخر فإذا رهن المشتري المبيع او قرر عليه حق انتفاع او حق ارتفاق لآخر، فان حقوق الرهن أو الانتفاع أو الارتفاق لا تكون نافذة في حق البائع إذا ما عادت ملكية المبيع اليه بسبب انحلال العقد. وإذا باع المشتري الى ملعقتان فان انحلال البائع الأول يجعل العقد الثاني من غير المالك وبالتالي غير نافذ في حق البائع الأول، فيجوز لهذا أن يسترد المبيع من المشتري الثاني (56)، والاسماس القانوني الذي يقوم عليه زوال الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع قبل هو ان المشتري لما كان يعتبر كأن لم يملك هذا المبيع أبداً فالتصرف الذي يقوم به قبل فسخ يعتبر صادراً من غير المالك فلا بل في حق المالك الأصلي، ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم: فاقد الشيء لا يعطيه ". كما يعبر عنه الفقهاء الغربيين بقولهم: " لا يستطيع الإنسان أن ينقل الى غيره من الحقوق أكثر مما يملك ". و بالقول: " إذا زال حق من تصرف بالشيء زال حق من تلقى عنه هذا الشيء (57). والغير لا ترفع عليه دعوى الفسخ لانه لم يكن طرفاً في العقد بل ترفع عليه دعوى استرداد والغالب إذا كان طالب الفسخ هو البائع أن يدخل الغير في نفس الدعوى المرفوعة على المشتري، وقد يقال ان دعوى البائع ضد الغير لا تقبل طالما أن العقد لم يفسخ بعد. ولكن هذا الاعتراض مردود لان الفسخ منسحب الى الماضي فيعتبر البائع مالكا من وقت رفع دعوى الاسترداد على الغير (58). الا ان القاعدة المتقدمة غير مطلقة، فهناك بعض الاستثناءات لها فقد يبقى حق الغير ولا يتأثر بالفسخ، وذلك في أحوال معينة ومن هذه الاستثناءات:-

الاستثناء الأول: يتعلق بعقود الإدارة المبرمة بحسن نية، فإذا أجر المشتري العين التي اشتراها وكان المستاجر حسن النية

⁵² المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص (١٣٧)

⁵³ الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص (٣٧٩)

⁵⁴ الدكتور عبد المجيد الحكيم و آخرون، مصدر سابق ص (١٨٤)

⁵⁵ الدكتور احمد حشمت ابو ستيت، مصدر سابق، ص (٣٤٨)

⁵⁶ الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص (٢٨٤)

⁵⁷ الدكتور عبد المجيد الحكيم و آخرون، مصدر سابق ص (١٨٥)

⁵⁸ الدكتور انور سلطان، مصدر سابق، ص (٢٦٦)

والعقد ثابت التاريخ ثم فسخ عقد الايجار يبقى لا يفسخ، ولا يستطيع البائع أن يسترد العين من يد المستاجر قبل انتهاء الايجار.

الاستثناء الثاني: يتعلق بالحيازة في المنقول سند الملكية فإذا كان المبيع منقولاً وتملكه المشتري ثم باعه الى شخص آخر كان حسن النية وسلمه اياه ثم فسخ العقد فالبايع الأول لا يستطيع من استرداد المبيع من المشتري الثاني والسبب في ذلك أن المشتري الثاني اطمئن الى الذي يبيعه الشيء اي المشتري الأول هو مالك الشيء، فإذا سمحنا للبايع الأول استرداد الشيء عنه فان هذا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، وقد نصت على ذلك المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي بقولها:

1- من حاز وهو عن حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك

من احد

2- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقدّم الدليل على عكس تلك. وهذه المادة تعتبر مجرد الحيازة قرينة على حسن نية الحائز، فإذا ادعى صاحب الشيء سوء نية الحائز عليه اثبات ذلك⁽⁵⁹⁾.

الاستثناء الثالث: إذا كان الغير دائناً مرتبناً رهناً رسمياً، وكان حسن النية فان فسخ العقد الناقل لملكية العقار لا يضر بحقوق الدائن ويحمي الدائن المرتب حسن النية⁽⁶⁰⁾

المطلب الثاني: اثر الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ

الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ لا يمكن ان يقع بأثر رجعي الى حين ابرام العقد وذلك استمره ان الزمن عنصر جوهري في هذه العقود يتحدد فيه تنفيذ العقد، وأنه بقدر ما يمر من الزمن يعتبر العقد قد نفذ في جزء منه ويترتب على ذلك أن الفسخ في هذا النوع من العقود لا يمكن ان يقع بأثر رجعي ولا يمكن اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد وذلك ان الزمن الذي يمر لا يمكن ارجاعه⁽⁶¹⁾. وعليه فالفسخ لا ينتج أثراً بالنسبة للماضي، بل بالنسبة الى المستقبل فقط، لذلك لا يسمى حل هذا النوع من العقود فسخاً، بل (الغاء) ولكن القانون المدني العراقي استعمل بالرغم من ذلك تعبير (فسخ) بالنسبة للعقود الفورية التنفيذ والعقود المستمرة التنفيذ على سواء. فالقاعدة العامة انه إذا تم العقد صحيحاً أصبح ملزماً لكل من المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقيل بالغائه او فسخه بل يجب عليه أن يتفق مع المتعاقد الآخر على ذلك ولكن في العقود المستمرة التنفيذ التي يبقى تنفيذها فترة من الزمن فالقانون يجيز أن يستقيل احد المتعاقدين بالغائها قبل انقضاء هذه المدة، ومن هذه العقود:-

عارية الاستعمال: إذا يجوز للمعير أن يلغيها بآرادته إذا حدث له حاجة ملحة إلى الشيء المعار

عقد الوكالة: لا يجوز للوكيل أن ينهي عن الوكالة قبل انتهائها بشرط أن يكون ذلك في وقت لائق. كذلك يجوز للموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة.

عقد الايجار: إذا كان غير محدد المدة اذ يجوز الغاءه بتنبيه من أحد المتعاقدين للآخر في مواعيد محددة في القانون⁽⁶²⁾.

عقد الشراكة: إذا لم تكن لها مدة محددة، اذ يجوز لأي شريك الانفصال عنها في أي وقت بشرط أن يكون هذا الانفصال

⁵⁹ الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص (٣٨١-٣٨٠)

⁶⁰ الدكتور حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص (٢١٥)

⁶¹ الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص (٣٨١)

⁶² الأستاذ عبد الحميد عمر وشاحي، مصدر سابق، ص (١٢٩)

في وقت لائق وغير مبني على الغش.

عقد الوديعة: اذ يجوز للمودع حتى ولو كانت هناك مدة محددة أن يلغي العقد ويسترد الوديعة في أي وقت. ويترتب على الالغاء سواء حصل باتفاق المتعاقدين او من احدهما في الأحوال المنصوص عليها قانوناً، انقضاء العقد من تاريخ الالغاء اي لا يكون له أثر رجعي.

الخاتمة

1- ان الفسخ هو جزاء يقرره القانون لاحد المتعاقدين في حال عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه وبالتالي يتحلل المتعاقد الأول من التزامه اي هو انتهاء الرابطة التعاقدية.

2- ان الفسخ بحكم القضاء فيجب اعدار المدين او المتعاقد المتخلف عن تنفيذ التزاماته وتنبيهه الى انه اذ لم يقم بالتنفيذ فان المتعاقد الآخر سيطلب الفسخ. والاعذار يكون بواسطة كاتب العدل ويكون لطالب الفسخ الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ فإذا رفع الدعوى طالبا الفسخ فانه يستطيع ان يعدل عنه ويطلب التنفيذ واخيرا للمحكمة السلطة تقديرية بالحكم بالفسخ إذا اقتنعت بوجود ما يببرر أو رفض الحكم به ومنح المدين نظرة الميسرة.

3- الفسخ بحكم الاتفاق: فيتفق المتعاقدين على الفسخ بمجرد اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته ويقع الفسخ في هذه الحالة إما أن يكون العقد منسوخاً أو أن يكون ملسوخاً من تلقاء نفسه أون يتفقان على أن يكون العقد منسوخاً من تلقاء نفسه من غير الحاجة الى حكم أو اعدار

4- الفسخ بحكم القانون والذي يسمى الإنفاخ فإذا استحصال على المدين تنفيذ التزامه السبب اجنبي لابد له فيه انقضى الالتزام والفسخ العقد بحكم القانون دون الحاجة للحصول على حكم بالفسخ.

5- ان الأثر الذي يترتب على الفسخ واحد وهو زوال حكم العف باثر رجعي الى حين نشونه و اعتبار كانه لم يكن ووجوب الرجوع فيما نفذ ورد ما قبض قبل الفسخ ويستوي ذلك أن يقع الفسخ بحكم القضاء أو الأنفاق أو القانون ويسري هذا الحكم فيما بين المتعاقدين وهو الرجوع الى ما كانا عليه قبل أبرام العقد فمن قبض منهما شيئاً فعليه رده وإذا أستحل عليهما ذلك فتحكم المحكة بالتعويض وكذلك يسري هذا الحكم بالنسبة للغير فيعتبر العقد كانه لم يكن وتزول جميع الحقوق التي رتبها الغير على الشيء محل العقد

6- هنالك استثناء على الأثر الرجعي للفسخ وهو في العقود المستمرة التنفيذ فلا يمكن أن يقع باثر رجعي ففي هذه العقود لا يحدث الفسخ اثر الا بالنسبة للمستقبل فقط.

اولاً: النتائج

1- يمكن تعريف الفسخ بانه الجزاء المترتب عن عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام المنوط اليه في العقد ينتج عنه انتهاء الرابطة العقدية وزوالها باثر رجعي

٢ ضرورة تحقق الشروط التي حددها القانون لكي يتمكن طالب الفسخ من استصدار حكم من المحكمة بانهاء الرابطة العقدية وهذه الشروط تتمثل في ضرورة ان يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه مع ضرورة استعداد طالب الفسخ بتنفيذ التزامه

3- لو قارنا بين الفسخ والالغاء بالارادة المنفردة باعتبار أن كلا منهما حالة من حالات انحلال العقد في القانون المدني يتبين لنا بان الالغاء بالارادة المنفردة حالة يجعل فيها القانون لاحد المتعاقدين او لكل منهما الحق في انتهاء الرابطة العقدية

وزوال اثر العقد واهم هذه العقود هي الوكالة والوديعة دون ان يكون لها اثر رجعي بالنسبة للماضي وهذا الحكم يشبه النوع الثالث فقط من انواع الفسخ وهو الفسخ بحكم القانون الانفساخ الا ان الالغاء بالارادة المنفردة قد لا يكون سببها دائما الاخلال بتنفيذ الالتزام كما هو الحال في الفسخ

4- كما ويختلف الفسخ عن البطلان في ان الاخير هو صفة للعقد فيما إذا كان صحيحا او فاسدا او كان عقدا لازما او واقفا اما الفسخ فهو صفة الفاعل أي الفاسخ يطالب فيه بفسخ العقد نتيجة تحقق شروطه السالف الذكر

ثانيا: - التوصيات:

1 - بينت المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي انه في العقود الملزمة للجانبين في حال امتناع احد المتعاقدين عن القيام بالتزامه فانه يحق للمتعاقد الآخر بعد توجيه الاعذار ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى، وفي حقيقة الامر ان المادة اعلاه لم تنص صراحة على ان يكون الدائن مخريرا بين طلب الفسخ او طلب التنفيذ، باعتبار ان ذلك ماجرى عليه الحكم في المحاكم وما تناوله شراح القانون المدني فيما يتعلق بجزء الفسخ. لذا اقترح ان تنص المادة صراحة على ان يكون الدائن مخريرا بين طلب فسخ العقد او طلب التنفيذ.

٢ - اشترط المشرع على طالب الفسخ ان يقوم باعذار المدين وذلك لكي يستوفي الفسخ شروطه القانونية وتتمكن المحكمة من استصدار الحكم بالفسخ الا ان المشرع لم يحدد حدا اعلى للمهلة التي يمكن ان تمنح الى المدين، فترك مطلق الامر للسلطة التقديرية للقاضي، لذا اقترح ان يحدد القانون حدا اعلى لتلك المدة وان يجعل هناك استثناء للحالة التي يثبت فيها الدين وجود عذر حقيقي كسبب في التاخر عن تنفيذ الالتزام

3- اختلفت اراء الفقهاء واتجاهاتهم حول تحديد الاساس القانوني لنظام الفسخ، ومن وجهة نظري ان الاساس القانوني لنظام الفسخ هو المسؤولية التعاقدية على اعتبار ان الاخيرة ترتب التزامات على اطراف العقد، بالتالي فان عدم قيام احد اطراف العقد بتنفيذ التزامه في العقود الملزمة للجانبين يعطي للطرف الآخر الحق في ان يطلب فسخ العقد.

المصادر

الكتب القانونية:-

- 1 - الدكتور احمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٤
- 2- الدكتور انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري والبناني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣
- 3-الدكتور جلال العدوي والدكتور محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري والبناني، دار الجامعة لطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥
- 4- الدكتور حسن على الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٧٦.
- 5-المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، الخلاصة الوافية في القانون المدني، مطبعة سليمان الاعظمي، بغداد ١٩٦٧.

- 6- الأستاذ عبد الحميد عمر وشاحي، نظرية الالتزام في القانون المدني، مطبعة التقيض الاهلية، بغداد، ١٩٤٠.
- 7- المحامي الدكتور عبد القادر الفار، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨
- 8- الدكتور عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦
- 9- الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٣
- 10 - الدكتور عبد المجيد الحكيم، الدكتور عبد الباقي البكري، الدكتور محمد طه البشير الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام حقوق الطبع محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العالمي، ١٩٨٠.
- 11 - الدكتور محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الالتزامات، مطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٤.
- 12- الدكتور منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة الجزء الأول، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، ١٩٩٧
- 13 - المستشار محمد محمود المصري، والمستشار محمد احمد عابدين، الفسخ و الأنفساخ و التفاسخ و البطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية. الاسكندرية، ١٩٨٨

ثانيا: القوانين

- 1- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
- 2- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨