ص ص (39- 52)..... مجلة الكتاب المجلد (4) العدد (6) 2021

سلطة القاضي في إقرار الفسخ الاتفاقي

(دراسة مقارنة)

The Judge's authority in the approval of the conventional copier

(A Comparative Study)

الدكتور صلاح علو محمد

مدرس

الشؤون القانونية/ المديرية العامة لتربية كركوك

salah.allaw@yahoo.com

المستخلص

مما لا شك فيه أنه يحق للطرفين الاتفاق على أنه يجوز لأحدهما فسخ العقد في حالة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بحل الرابطة العقدية بينهما، ويعد ذلك استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بأن الفسخ لا يقع إلا بحكم قضائي، وهي قاعدة ليست من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها. وتبرز أهمية الفسخ الاتفاقي كونه أكثر استجابة لمتطلبات الحياة العملية فالفسخ القضائي يتسم بالبطء لما يشتمل عليه من إجراءات وأمور إدارية قد لا تتفق مع سرعة إنجاز المعاملات وقد تؤدي إلى ضياع الحقوق. ويتم الفسخ من تلقاء نفسه في حالة الفسخ الاتفاقي دون حاجة إلى حكم قضائي، لذا ليس للقاضي سلطة تقديرية في هذا المجال كما هو الحال بالنسبة للفسخ القضائي. ويجب ألا يفهم من ذلك انه ليس للقاضي سلطة في حالة الفسخ الاتفاقي، فقد يثور نزاع بين أطراف العقد الأمر الذي يستوجب عرض النزاع على القضاء فيكون تدخل القاضي لا بد منه لحل الرابطة العقدية عن طريق القضاء وعلى القاضي في هذه الحالة التحقق من قيام الشرط الفاسخ في العقد، عن طريق التثبت من وجود هذا الشرط والوقوف عند نوعه والتعرض على طبيعته وتحديد الصورة التي وجد بها هذا الشرط في العقد، وكذلك يلعب القاضي دور مهم في التحقق من عدم تنفيذ الالتزام، وإعمال الشرط الفاسخ.

الكلمات المفتاحية: فسخ Annulment , اتفاق agreement , سلطة Authority ,القاضيJudge

Abstracts

Undoubtedly, the parties are entitled to agree that a party may be contracted in the event of the parties contracting with each other. The official website for signing the agreement. The importance of consensual termination is evident as it is more starting in practical life. Judicial termination is characterized by slowness, as it includes procedures and administrative matters that may not be consistent with achievement and have resulted in the loss of rights. Annulment takes place on its own in case of consensual annulment without the need for a court ruling, so the judge has no discretion in this area, as is the case for judicial annulment. It must not be understood from this that the judge has no authority in the event of the agreement's termination, a dispute may arise between the parties to the contract, which necessitates submitting the dispute to the judiciary, so the judge's intervention is necessary to dissolve the contractual bond through the judiciary. The contract, by verifying the existence of this condition, standing at its type, examining its nature, and determining the form in which this condition was found in the contract, and the judge also plays an important role in verifying the non-performance of the obligation, and the implementation of the revocable condition.

اولاً: تعريف بموضوع البحث:

الفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين يقصد به أن للطرفين المتعاقدين الحق في الاتفاق عند إبرام العقد على أنه يجوز لاحدهما فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد، دون اللجوء إلى القاضي لاستصدار حكم قضائي في شأنه، فاذا كان للقاضي سلطة تقديرية واسعة في حالة الفسخ القضائي ، فإن له أن يمنح المدين أجلا قبل فسخ العقد ، وله أن يرفض دعوى الفسخ ، وانه في حالة الاتفاق مقدما على الفسخ ، لا تكون له تلك السلطة التقديرية الواسعة ، إذ يحصل الفسخ من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي متى تمسك به الدائن .غير أنه قد ينشأ نزاع بين الدائن و المدين يؤدي إلى ضرورة تدخل القضاء لحل النزاع و الذي قد يتمثل في إنكار المدين لحق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة ، كأن يدعي بأنه قد قام بالتنفيذ ، و هنا تكمن سلطة القاضي، فأول تحر يجب أن يقوم به القاضي المرفوع إليه النزاع هو التحقق من وجود الاتفاق، ثم التأكد من

الصيغة التي ورد بها، هل تفيد منح سلطة تقديرية للقاضي، أو عبارة عن ترديد للقواعد العامة المنظمة للفسخ القضائي، بعد تأكده من وجود الاتفاق على الفسخ ، يتأكد أن الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ قام بإعذار مدينه ، حتى يكون استعماله لحق الفسخ بإرادته المنفردة استعمالا صحيحا ، فإذا تبين للقاضي أن الدائن قد فسخ العقد دون إعذار مدينه ، فممكن للقاضي أن يعتبر العقد مازال قائما ، مما يجُوزّ معه للمدين أن يقوم بتنفيذ التزامه. بعد تأكد القاضي من الشرطيين السابقين ، يتحقق بعدَهما من وجود تقصير من جانب المدين وهو عدم قيامه بالتنفيذ عندها يكون للقاضي سلطة في تقرير الفسخ من عدمه.

ثانياً: نطاق البحث:

إن القوة الملزمة للعقد الملزم للجانبين يترتب عنها إلزام طرفي العقد بتنفيذه، وهو يعد بمثابة قانون للطرفين فلا يستطيع أحدهما الانفراد بنقضه ولا تعديله، وذلك من أجل ضمان الوصول إلى الهدف من التعاقد، الا أنه قد يحول دون تحقيق ذلك ظروف ومن بينها امتناع أحدهما عن تنفيذ التزاماته العقدية. في هذه الحالة يتدخل القانون ويمنح المتعاقد المتضرّر حقّ حلّ الرابطة العقدية عن طريق الفسخ بأنواعه الثلاثة الفسخ القضائي والفسخ بقوة القانون والفسخ الاتفاقي وقد تكون هناك سلطة للقاضي في تقرير الفسخ، وسيقتصر بحثنا على سلطة القاضي في اقرار الفسخ الاتفاقي أماّ سلطة القاضي في أنواع الفسخ الاخرى فستخرج من نطاق بحثنا.

ثالثاً: اهميّة البحث:

لموضوع سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي أهمية بالغة في تنظيم العلاقة العقدية وكيفية التحلل منها بطريقة قانونية دون تعسف وحتى يضمن الطرف المتضرر حماية كافية لحقوقه، ويعتبر هذا الموضوع بصورة خاصة موضوع عملي مرتبط بالتزامات الفرد العقدية اقتصاديا واجتماعيا والتي يجب احترامها والالتزام بها.

رابعاً: اشكالية البحث

تتمثل اشكالية البحث في مدى سلطة القاضي في تقرير الفسخ في حالة اتفاق طرفي العقد على الفسخ والى اي حد يمكن للقاضي ان يتدخل في تقرير الفسخ.

خامساً: منهجية البحث

تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي المقارن من خلال وصف النصوص القانونية والاحكام القضائية التي عالجت موضوع البحث وتحليلها تحيلاً قانونياً يتناسب مع موضوع البحث، وقد تركز البحث على القانون المدني العراقي والقانون المدني الجزائري

المبحث الأول

حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ الاتفاقي

نصت المادة (178) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على: "يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته"[1].

يستخلص من هذا النص أن المشرع العراقي أقر بإمكانية المتعاقدين في حل الرابطة العقدية باتفاقهم دون حاجة للرجوع إلى القضاء في حالة عدم قيام احد أطراف العقد بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجب العقد، إلّا إذا كان هناك نزاع تدعو طبيعته إلى عرضه على القضاء وحتى في حالة عرض النزاع على القضاء فيقتصر دور القضاء في هذه الحالة على تقرير الفسخ وليس إنشاءه. وإن كل صورة من صور الفسخ الاتفاقي يترتب عليها حكمها الخاص بـــــها فالصورة الاولى: التي تقضي بأن العقد يعتبر مفسوخاً في حالة عدم تنفيذ

---

(1) تقابلها المادة رقم (158) من القانون المدني المصري رقم 135 لسنة 1948. ونصت المادة 120 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75–58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 على جواز الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه فادا تحققت الشروط المتفق عليها فالفسخ يقع بدون حاجه إلى حكم قضائي ويبقى الاعذار شرط قائم عند تنازع المتعاقدين.

المدين لالتزامه ماهي إلا ترديد للقاعدة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ وبالتالي فهي لا تسلب القاضي سلطته التقديرية ولا تسلب المدين حقه بتوقي الفسخ إلى ما قبل صدور الحكم النهائي وذلك بتنفيذ التزامه ولكي يحصل الدائن على نتاج تلك الحالة لابد ان يباشر برفع دعوى الفسخ مسبوقة بإعذار المدين إلى تنفيذ التزامه[1].

أمّا بالنسبة للصورة الثانية: لاتفاق الطرفين والتي تقضي بأن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه فأنها لا تغني عن الاعذار ولاعن رفع الدعوى ، فإذا لم يعذر الدائن مدينه ورفع دعوى الفسخ جاز للدائن ان يبادر إلى الوفاء بالتزامه في بداية الدعوى دون ابطاء ولكن كل ما يترتب عليها انها تسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يستطيع اعطاء المدين اجلاً لتنفيذ التزامه[1]. اما الصورة الثالثة لاتفاق الطرفين والتي تنص على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم قضائي ففي حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه فان العقد يفسخ دون حاجة إلى رفع دعوى الفسخ ولا لحكم ينشئ الفسخ ولكنها لا تغني عن الإعذار اما الصورة الرابعة: لاتفاق الطرفين والتي تقضي بأن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم ولا أعذار في حالة عدم التنفيذ فإنها كسابقتها تسلب القاضي سلطته التقديرية ولكن لا تتطلب اعذاراً ولا حكماً قضائياً إذ يتحقق الفسخ بمجرد تحقق حالة عدم التنفيذ ولا يتم اللجوء للقضاء إلا من اجل التأكد من توفر شروطه[3].

وقد تأثرت المجتمعات بالقانون الروماني وعمل الكنسيون على تطويره ومكنوا من فسخ العقد في كل العقود التبادلية، وهو ما أخذت به التشريعات الحديثة كالقانون الفرنسي الذي استمدوا صياغة النظرية من القانون الروماني وعملوا بها فأصبح إخلال المدين بالتزامه يمكن الدائن من فسخ العقد[4]، وقد وضعت القوانين العربية ومنها القانون العراقي مبدأ عام للفسخ ألاتفاقي غير موجود في القانون الفرنسي[5]. ولابد للفسخ ألاتفاقي من شروط يشتمل عليها لكي يمكن إقراره من قبل القضاء فلا بد من اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد، وأن يكون سبب الاتفاق على فسخ العقد هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته التعاقدية، وبعد توفر هذه الشروط يقوم القضاء باتخاذ الإجراءات اللازمة لتقرير الفسخ، نستنتج مما تقدم أن للفسخ ألاتفاقي شروط معينة لا بد من توافرها، ولابد له من إجراءات يجب إتباعها، لذا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول

شروط الفسخ الاتفاقي

يستفاد من نص المادة(178) من القانون المدني العراقي أنه لابد من توافر شروط معينة يجب توافرها لكي يمكن للمتعاقدين فسخ العقد المبرم بينهم، فيجب اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد، وأن يقصد المتعاقدين من وراء الفسخ ألاتفاقي استبعاد الفسخ القضائي، وأن يكون سبب الاتفاق على فسخ العقد هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته التعاقدية الأمر الذي يستدعينا إلى تقسيم هذا المطلب كالآتي:

الفرع الأول

اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد

مما لا شك فيه أنّ الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي التي تحدد طرق زواله، وكيفية إنهائهِ فهي مصدر الحقوق والواجبات، ولها أن تعدل هذه الحقوق والواجبات وأن تحدد نتائجها من حيث الزمان، لذا يجوز

---

(1) ينظر : د.سليمان مرقس,نظرية العقد,دار النشر للجماعات المصرية ,1906 ص 418. و مصطفى مجدي هرجة,العقد المدني ,أركانه ,اثارة بطلانه,دار محمد للنشر و التوزيع , مصر ,2002 ص 570

(2) ينظر: د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القاون المدني المصري ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 940 ص 208

(3) ينظر : د . عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢ ، مطبعة نهضة مصر ، 954 ص 363

(4) ينظر : علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام هم مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثامنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2008 ص 2

(5) ينظر: د . عبد الكريم بلعيور ، نظرية فسخ العقد في القانون الجزائري المقارن المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1984 ص 210 .

للمتعاقدين أن يتفقوا على فسخ العقد وان يحددوا حدود هذا الفسخ وأسبابه. وفي هذا الخصوص ذهب المشرع المدني العراقي إلى النص على ما يلي:

1- إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي.

2- على انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" [1].

يتضح لنا من النص المتقدم أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل منفرداً عن الطرف الآخر بالرجوع عنه ولا تعديله، إلا إذا وجد نص في القانون يقضي بذلك او بالتراضي. لكن إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، وبذلك يتضح ان نظرية الظروف الطارئة تعد استثناءً على القوة الملزمة للعقد التي يقضي بها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك وفقاً لشروط وضوابط معينة[1]. وإن كان وجود الاتفاق على فسخ العقد بموجب شرط مثبت بالعقد من بديهيات الأمور بالنسبة للعقود بصفة عامة، إلاّ أنّ هذا الاتفاق ذو أهمية كبيرة بالنسبة لنظرية الفسخ، وذلك لأن المتعاقدين قد يكونون على خلاف في المراحل الأولية من مراحل إبرام العقد، لذا يجب أن يكون الاتفاق على فسخ العقد مستقلاً عن بقية أجزاء العقد الأخرى، لكي نكون بعيدين كل البعد عن الغموض والالتباس الذي يقع به المتعاقدين في المستقبل[2].

وتجدر الإشارة في هذا المجال أن الاتفاق الذي تم بانعقاد إرادة الطرفين قبل وقوع عدم التنفيذ هو الاتفاق المعتبر من الناحية القانونية، أما في حالة وقوع الاتفاق بعد وقوع عدم التنفيذ، كأن يكون الأمر قد رفع إلى القضاء فإنه لا يعتبر اتفاق على فسخ العقد بالمفهوم العام، بل يندرج تحت مضمون الإقالة[3].

ولا يكفي لإيقاع الفسخ مجرد اتفاق الأطراف مسبقاً على فسخ العقد المبرم بينهم في حال إخلال أحد أطرافه بالتزاماته التعاقدية، بل يجب علاوة على ذلك أن تتجه نية المتعاقدين الى استبعاد أي دور للقضاء في مجال فسخ العقد، وقد أظهر الواقع العملي أن يتدرج المتعاقدان في اشتراط فسخ العقد وقت صدور العقد؛ فأدنى مراتب شرط الفسخ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً في حالة عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وقد يزيدان من قوة شرط الفسخ بأن يتفقان على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، بل قد يتدرجان في قوة الفسخ على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى صدور حكم قضائي بذاك، ثم قد يصلان إلى الذروة على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار[4].

الفرع الثاني

أن يكون سبب الاتفاق على الفسخ عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته التعاقدية

يجب في هذه الحالة توافر واقعة عدم التنفيذ لإمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة، على ألا يفهم من ذلك على أنه بمجرد تحقق هذا الشرط يتم فسخ العقد، لأن ذلك من شان الشرط الفاسخ العادي، وليس هو المقصود في الفسخ ألاتفاقي الذي ينبغي فيه أن يكون للمتعاقد مركز قوي يستطيع من خلاله ضمان حقوقه تجاه المتعاقد الآخر الذي لم

---

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ،1940م ، ص208

(2)– المادة (146) من القانون المدني العراقي.

(3) ينظر : حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه مولود معمري تيزي وزو، 2011ص35.

(4) ينظر: د. حسين تونسي، انحلال العقد دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،2007، ص47.

ينفذ التزاماته التعاقدية في الموعد المحدد. وإذا كان عدم التنفيذ شرط ضروري لإمكانية استعمال المتعاقد حقه في فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة للجوء إلى القضاء، إلا أنه يجوز للدائن ان يتنازل عن حقه في التمسك بخيار الفسخ وأن يطالب بالتنفيذ لعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته التعاقدية. ويترتب على ذلك

انه يجوز للمتعاقد الدائن كقاعدة عامة أن يقوم بفسخ العقد نتيجة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته التعاقدية، سواءً أكانت هذه الالتزامات جوهرية أم غير جوهرية، كلية أم جزئية [1]. ويجب على المتعاقد وهو يستعمل خيار \فسخ العقد عدم التعسف باستعمال هذا الحق، ومراعاة القواعد العامة في هذا المجال والتي تقضي بعدم الإضرار بالمتعاقد الآخر نتيجة استعمال الحق في فسخ العقد، وكذلك يجب مراعاة مبدأ حسن النية في التعاقد الذي يجب مراعاته في جميع الحالات التي يكون فيها العقد في حالة عدم التنفيذ [2]. ويترتب على ذلك أن أي اتفاق بين المتعاقدين يخالف ما تقدم يعتبر باطلاً، وبالتالي يكون العقد خالياً من أي اتفاق على الفسخ، ويكون الخيار الوحيد اللجوء إلى القضاء إذا ما أريد فسخ العقد نتيجة إخلال احد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية.

المطلب الثاني

إجراءات الفسخ ألاتفاقي

إن مجرد توفر شروط الفسخ ألاتفاقي لا يكفي لفسخ العقد، بل يعطي الحق للدائن الذي لم تنفذ التزاماته التعاقدية طلب الفسخ بإرادته المنفردة، دون اللجوء إلى القضاء، لذا يتعين على المتعاقد في حالة إصراره على فسخ العقد بعد تحقق الشروط الموضوعية أن يتخذ إجراءات قانونية لحل الرابطة التعاقدية، ومن هذه الإجراءات أعذار المدين وإعلان الدائن تمسكه بفسخ العقد. وبناءً على ما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المطلب كالآتي:

الفرع الأول

أعذار المدين

تبرز اهمية الاعذار في انه يعتبر دلالة قاطعة على اثبات اخلال المدين بالتزاماته، وبالتالي يخول للدائن الحق في مطالبة المدين بالتعويض عن الاضرار التي لحقته بسبب عدم التنفيذ وذلك من يوم الاعذار، اضافة الى انه يجعل القاضي اسرع في الاجابة الى طلب الفسخ[3] . وقد اتفقت جميع التشريعات التي أخذت بنظرية الفسخ الاتفاقي للعقد على وجوب أعذار المدين من قبل الدائن فلابد من أن يقوم الدائن بأعذار المدين سواءً في حالة الفسخ ألاتفاقي أم الفسخ القضائي، وهو ما اتفق عليه الفقه بالإجماع وما قام القضاء بالعمل به [4].

غير أن المشرع الجزائري قد خالف بقية التشريعات العربية التي نظمت الفسخ ألاتفاقي في مسألة جواز الاتفاق على الاعفاء من الأعذار الذي نظمته التشريعات العربية، فقد جاء في المادة (120) من القانون المدني الجزائري أنه: "يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الأعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

فيمكن القول أن المشرع الجزائري حد من حرية المتعاقدين في مجال عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من الأعذار، وقد كان موفقاً في ذلك حيث ان الاعذار امر ضروري لابد منه في حالة الاتفاق على إعطاء الحق للمتعاقدين في الاتفاق المسبق على فسخ العقد. ومما لا شك فيه أن جواز الفسخ ألاتفاقي يجعل كل متعاقد حريص على تنفيذ التزاماته التعاقدية كما هو متفق عليه وتم إقراره في العقد، وقد لا يكون عالماً بأنّ للطرف الآخر الحقَّ في فسخ العقد بمجرد قيامه بالإخلال بالتزاماته التعاقدية دون قيام الطرف الآخر بأعذاره فاذا قام بإعذاره تحقق العلم وتحققت الغاية المنشودة من الاعذار وهي تنبيه الطرف الاخر بأن الفسخ سيتحقق اذا لم يقوم بتنفيذ التزامه. وقد جعل المشرع الجزائري من الأعذار أمر ضروري يجب احترامه من اجل تقرير الفسخ وهو ما أكده القضاء

---

(1) ينظر: د. رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص 288.

(2) ينظر : حامد احمد عبدالحميد , فسخ عقد البيع الاولي وفقا

(3) قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 3/21/ 1994، المجلة القضائية، العدد2، سنة 1994، ص167.

(4) ينظر : د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، دار الكتاب الحديث، 1990، ص53.

فقد جاء في حكم للمحكمة العليا في الجزائر ما يلي: "لما تبين في قضية الحال أن الطاعن لم يقم فعلاً بأعذار خصمه عند إخلاله بشروط العقد المتفق عليها، فإن قضاة المجلس كانوا على صواب عندما اعتبروا العقد الملزم للجانبين قائماً بينهماً لأن أعذار المدين الذي لم يوف بالتزامه ضروري، ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه وليس اختياري لجواز المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1].

الفرع الثاني

إعلان الدائن تمسكه بفسخ العقد

إنّ مجرد عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته التعاقدية لا يوقع الفسخ، بل يجب أن يستعمل الدائن حقه الإرادي عن طريق إعلان تمسكه بالفسخ تجاه الطرف الآخر الذي اخل بالتزاماته التعاقدية، فلا بد لإيقاع الفسخ اجتماع واقعتين متتابعتين تقع إحداهما بعد الأخرى، وهما التمسك بخيار الفسخ، وعدم التعسف في التمسك بالشرط الصريح الفاسخ، الأمر الذي سنناقشه بشيء من التفصيل:

أولا: تمسك الدائن بالشرط الصريح الفاسخ

مما لاشك فيه إن إرادة الدائن هي التي تؤخذ بنظر الاعتبار في مجال الفسخ ألاتفاقي فلا ينفسخ العقد بمجرد تحقق عدم التنفيذ، بل يترك الامر لتقدير الدائن، وبذلك لا يترتب على ذلك اشتراط ان يفقد الدائن خياره بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ[2]. لذا يجب على الدائن أن يعلن عن رغبته في فسخ العقد، بعد حلول الأجل وليس الاتفاق الذي تم بينه وبين المتعاقد الآخر من قبل على فسخ العقد، وإلا أصبح الأمر بيد المدين إن أراد الفسخ اتخذ طريق عدم التنفيذ، وهو ما ترفضه قواعد نظرية الفسخ العامة ولا ترمي إليه قواعد الفسخ الاتفاقي[3].

ويترتب على الإجراء السابق أن العقد يبقى قائماً من الناحية القانونية حتى في حالة الاتفاق على عدم التنفيذ مسبقاً، طالما أن المتعاقد الدائن بالالتزام لم يعلن رغبتِهِ في فسخ العقد، أي أن فسخ العقد معلقاً على إعلان الدائن بالالتزام رغبته في الفسخ، وإن تم الاتفاق بين المتعاقدين على الفسخ مقدماً فإذا أعلن الدائن تمسكه بخيار الفسخ انحلّت الرابطة العقدية , وهي نتيجة حتمية لاستعماله حَقَّهُ في فسخ العقد. وهذا الإعلان يجب أن يحمل هذا الإعلان دلالة قطعية على الفسخ وان يتصل بعلم المدين، وذلك لأهميته بالنسبة للدائن ولما يتضمن في ذات الوقت من خطورة بالنسبة للمدين[4]. وفي حالة قيام المتعاقد بالإعلان على الوجه المطلوب ووفق الشروط المحددة له فلا يهمه بعد ذلك موافقة المدين أو عدم موافقته على فسخ العقد المبرم بينهما، لأن الهدف من الإعلان ليس الحصول على موافقة المدين، بل إبلاغ الدائن مدينة بفسخ العقد، وبالتالي التحلل من الالتزامات التي كانت على عاتقة في مواجهته[5].

وتجدر الإشارة أن للدائن طريقين للتمسك بالشرط الفاسخ للعقد أما عن طريق الدعوى التي يقيمها لفسخ العقد، وإما عن طريق الدفع في الدعوى الأخرى، وهو فيها مدعى عليه، فله أن يتمسك بالشرط الفاسخ الصريح عن طريق الطلب

العارض، أي بدعوى فرعيه [6]. ففي حالة توافر مقومات الشرط الفاسخ يصبح العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى رفع دعوى عن طريق القضاء، بل يكفي أن يتمسك الدائن بالشرط عن طريق الدفع، ففي حاله تمسكه بالشرط عن طريق طلب عارض فإن الطلب يكون دفع موضوعي يمكن إبداؤه في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف حتى لو تم تقديم الطلب بصورة طلب عارض فيجب على محكمة الاستئناف

---

(1) د. عبد الكريم بلعيور، مصدر سابق، ص220.

(2) ينظر: د. حسين تونسي، مصدر سابق، ص48.

(3) ينظر : د. عبد الكريم بلعيور ، مصدر سابق، ص222.

(1) ينظر : د. أنور طلبه، انحلال العقود، الفسخ، التفاسخ، الانفساخ، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، دون سنة طبع، ص105.

(2) ينظر : المصدر نفسه، ص109.

(3) ينظر : لطيفة أمازو، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر، كلية القانون، 2011، ص461.

تكييف الطلب على أنه طلب موضوعي، وليس طلب عارض ثم تتصدى له فإن كيفته على أنه طلب جديد كان قراراها مخالفاً للقانون.

ثانياً: عدم التعسف في التمسك بالشرط الصريح الفاسخ

يجب على الدائن في هذه الحالة أن يتمسك بطلب فسخ العقد في حدود حقه المشروع على ألا يترتب على ذلك ضررا يلحق بالمدين أو الغير، ويكون استعمال الحق في الفسخ غير مشروع إذا كانت المصالح التي يهدف إلى حمايتها هذا الحق قليلة الأهمية، بحيث لا يوجد تناسب بين هذه المصالح وبين ما يصيب المدعي عليه من ضرر بسببها، وقد أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليراقب استعمال الخصوم لحقوقهم وفقاً للغاية التي استهدفها المشرع منها حتى لا يتعسفوا في استعمالها، وذلك لإمكانية التعسف في استعمال الحقوق الممنوحة للأفراد[1].

المبحث الثاني
نطاق سلطة القاضي في الفسخ ألاتفاقي

يتم الفسخ من تلقاء نفسه في حالة الفسخ ألاتفاقي دون حاجة إلى حكم قضائي، لذا ليس للقاضي سلطة تقديرية في هذا المجال كما هو الحال بالنسبة للفسخ القضائي. ويجب ألا يفهم من ذلك انه ليس للقاضي سلطة في حالة الفسخ الاتفاقي فقد يثور نزاع بين أطراف العقد الأمر الذي يستوجب عرض النزاع على القضاء فيكون تدخل القاضي لا بد منه, لحلّ الرابطة العقدية عن طريق القضاء وعلى القاضي في هذه الحالة التحقق من قيام الشرط الفاسخ في العقد، عن طريق التثبت من وجود هذا الشرط والوقوف عند نوعه والتعرض على طبيعته وتحديد الصورة التي وجد بها في العقد، وكذلك يلعب القاضي دور مهم في التحقق من عدم تنفيذ الالتزام، وإعمال الشرط الفاسخ[2]. لذلك سنقسم هذا المبحث كالآتي:

المطلب الأول
التحقق من قيام الشرط الصريح الفاسخ

للقاضي دور مهم في التحقق من قيام الشرط الفاسخ من خلال التثبت من وجود هذا الشرط والوقوف على نوعه والتعرف على طبيعته. لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب كالآتي:

الفرع الأول
تحقق القاضي من نوع الشرط الفاسخ

على القاضي التحقق من قيام الشرط الصريح الفاسخ، وكذلك التحقق من عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية[3].فينبغي على القاضي الوقوف عند تحديد نوع الشرط الفاسخ، فقد يكون الشرط الفاسخ عادي يتضمن جميع العقود الملزمة للجانبين، وقد يكون الشرط الفاسخ شرط فاسخ صريح يهدف إلى فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء وصدور حكم بذلك، لذا يجب معرفه الفرق بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ العادي، وكذلك معرفة الفرق بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني. الأمر الذي سنناقشه فيما يلي:

أولاً: الفرق بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ العادي:

الشرط هو الوصف الذي يلحق بالتصرف القانوني ويتوقف على تحققه الالتزام ولا يكون داخلاً في العقد، ولا عنصراً من عناصره. وبناءً على ذلك ينتفي الالتزام في حالة عدم تحقق الشرط، ويسمى في هذه الحالة بالشرط الواقف وقد يتوقف على تحققه زوال الالتزام ويسمى في هذه الحالة بالشرط الفاسخ [4].

---

(4) ينظر : منار عمر حامد، انفساخ العقد في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، 2003،ص 55.

(5) ينظر : د. عبد الكريم بلعيور ، مصدر سابق، ص16.

(1) ينظر : د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 16،17.

(2) ينظر : د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزامات ، العقد والإرادة المنفردة، ج1، دار المعرفة الجامعية، 2002.ص 246.

وعلية فإن الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ العادي يشتركان في أن كل منهما يتحقق على أثر حادثة مستقبلية غير محققة الوقوع يترتب على تحققهما فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، وفي حالة أن الأمر استوجب صدور حكم قضائي بالفسخ فإنه يكون مقرراً وليس منشأً، لأن الفسخ في كلتا الحالتين يقع بقوة القانون وليس للقاضي دور في ذلك إلا التأكد من قيام الشرط الفاسخ وتوافر شروط إعماله. الا أنهما يفترقان في كون الحادثة منوطة بإعمال الشرط الفاسخ الصريح فتتخّذ طابعاً شخصّياً من تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته التعاقدية،

أمّا الحادثة فهي منوطة إعمال الشرط الفاسخ العادي فتتخذ طابع موضوعي لا يَتعلق بعدم التنفيذ.

وكذلك في حالة الشرط الفاسخ الصريح يملك الدائن إعمال الشرط الفاسخ بينما لا يستطيع ذلك في حالة الشرط الفاسخ العادي لأن العقد يعتبر مفسوخ من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الواقعة موضوع الشرط [1].

ثانياً: الفرق بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني:

الشرط الفاسخ الصريح هو اتفاق بين الطرفان عند التعاقد على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، إذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه [2]. ويجب أن يكون هذا الشرط واضحاً وباتاً وصريحاً على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء عند الإخلال بالالتزامات العقدية، بخلاف الأمر بالنسبة للشرط الفاسخ الضمني الذي لا يمكن تحققه إلا بعد أعذار المدين وصدور حكم قضائي، فهو يخضع لتقدير قاضي الموضوع فله أن يمنح المدين مهلة للوفاء حتى بعد رفع دعوى الفسخ، وإذا قام المدين بالوفاء بالتزاماته التعاقدية يستطيع تفادي الفسخ قبل صدور حكم نهائي بالفسخ[3]. وفي حالة كون العقد الملزم للجانبين خالياً من الشرط الفاسخ الصريح أو تم النص عليه عند الالتزام، أو كانت صيغته عامة وغير صريحة، فإن القاضي يحكم بالفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ الضمني.

الفرع الثاني
التحقق من طبيعة الشرط الفاسخ

يقع على القاضي قبل أن يقوم بإقرار الفسخ أن يتحقق من تضمين العقد المبرم شرط صريح فاسخ يقضي بفسخ العقد، بمجرد تحقق واقعة عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ويمكن أن يندرج هذا الاتفاق بين بنود العقد، ويمكن أن يندرج في ورقة إضافية تعد ملحقاً طالما أن الملحق جزء لا يتجزأ من العقد ذاته[4].

فيقع على القاضي واجب التحري عن وجود الشرط الفاسخ، فإذا كان هذا الشرط موجوداً في بنود العقد، فلا مشكلة في الموضوع، ولكن المشكلة يمكن أن تثور في حالة عدم تضمين بنود العقد لشرط فاسخ، ففي هذه الحالة يقع على القاضي واجب التحري والبحث عن هذا الشرط من خلال بحث النية المشتركة للمتعاقدين من خلال البحث عما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى حتمية وقوع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد حدوث الإخلال بالالتزامات التعاقدين دون حاجة للرجوع إلى القضاء. ويتحرى القاضي عن طبيعة الشرط الفاسخ عن طريق التعرف على حقيقة مراد المتعاقدين عن طريق تفسير عبارات العقد الصريحة أو الضمنية القاطعة الدالة على ذلك، كذلك يقع على القاضي أن يتبين عما إذا كان اتفاق الأطراف يهدف إلى تطبيق القواعد العامة أي الفسخ القضائي أو استبعاد سلطة القاضي واعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، وينفرد القاضي بالتكييف القانوني الصريح على الشرط الوارد في العقد دون أن يتقيد بالوصف الذي يطلقه عليه المتعاقدان[5].

---

(3) ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظريه العقد، مصدر سابق، ص 796.

(4) ينظر : حسينة حمو، مصدر سابق، ص108.

(1) ينظر : د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص53.

(2) نقض491 لسنة 59 ق جلسة 1993/2/23، منشور على الموقع الالكتروني التالي:

http:WWWjustico Pawhomme com

(3) نقض982 لسنة 71جلسة 2002/ 1/23، منشور على الموقع الالكتروني التالي: .WWW.dejelip.info

(4) ينظر : حسينة حمو، مصدر سابق، ص 108.

ويتحدد حق القاضي في تفسير العقد بما يراه أقرب إلى إرادة المتعاقدين بعدم الانحراف عن المعنى الواضح إلى معنى آخر، وفي هذا المجال قضت محكمة النقض المصرية بما يلي :"متى كانت عبارة العقد واضحة في إفادة المعنى المقصود منها فإنه لا يجوز إخضاعها لقواعد التفسير للوصول إلى معنى آخر مغاير"[1]. ومقتضى ذلك إذا كانت عبارات العقد واضحة لا يجوز للقاضي أن يخضعها لقواعد التفسير وبخلاف ذلك يجب على القاضي تسبيب قراره، وفي ذلك قضت المحكمة العليا في الجزائر بما يلي: "متى كانت صيغة الشرط واضحة الدلالة على حصول الفسخ بمجرد نشوء المخالفة فان ذلك يغل يد المحكمة على منح المتعاقد المخالف أجل لتنفيذ التزامه، وكان البند السادس عشر من العقد أنه: يترتب على مخالفة أي من المتعاقدين لأي من الالتزامات التعاقدية فسخ العقد دون حاجة إلى أي إنذار أو حكم قضائي، فان الشرط بهذه الصيغة إنما يدل على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى حصول الفسخ بمجرد حصول المخالفة وهو ما يعد شرطاً فاسخاً صريحاً "[2].

كما يجب على القاضي التأكد ما إذا كانت الواقعة التي اتفق طرفي العقد على أن وقوعها يكون سبب في إمكانية فسخ العقد بإرادة واحدة وهي عدم التنفيذ، وذلك إذا كانت واقعه أخرى غير واقعه عدم التنفيذ هي سبب فسخ العقد سنكون أمام شرط فاسخ عادي، يقع الفسخ بموجبه بمجرد تحقق الواقعة وبدون خيار الدائن، ودون إمكانية مطالبة الدائن بتعويضات[3].

كما يقع على القاضي التأكد من أعذار الدائن بالالتزام للمدين لكي يكون استعماله لحق فسخ العقد بإراداته المنفردة استعمالاً صحيحاً ومنتجاً لأثره القانوني، وفي حالة حصول الأعذار على القاضي التأكد من الوقت الذي اعتبر فيه الدائن بالالتزام العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، ففي حالة كون هذا الوقت سابق على انتهاء المدة المحددة في الأعذار لحصول التنفيذ، لا يجوز اعتبار العقد مفسوخاً ويكون للمدين أن ينفذ التزامه مادام العقد قائماً، أما في حالة فسخ العقد دون أعذار الدائن بالالتزام لمدينه فللقاضي أن يعتبر العقد مازال قائماً وبالتالي يجوز للمدين تنفيذ التزامه[4].

المطلب الثاني
التحقق من عدم تنفيذ الالتزام

يجب على القاضي أن يتأكد من وجود تقصير من جانب الطرف المتعاقد، ويتمثل التقصير في العقود الملزمة للجانبين في عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته التعاقدية التي يفرضها عليه العقد، وبما أن تنفيذ الالتزام سبب مباشر ورئيسي في حل الرابطة العقدية بين المتعاقدين لذا يجب على القاضي الذي يطرح أمامه النزاع حتى في حالة تضمن العقد الاتفاق على فسخ العقد أن يتحقق من أن المدين لم يقم فعلاً بتنفيذ التزاماته التعاقدية[5].

ويتمثل عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية إما في عدم التنفيذ الكلي وذلك بالامتناع عن القيام بما يوجبه العقد، أو بعدم التنفيذ الجزئي، أو التأخير في التنفيذ. ففي حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزامات التعاقدية يجب على القاضي المعروض أمامه النزاع أن يتحقق من عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية على نوع هذا الالتزام، هل التزام بإعطاء، أم التزام بعمل، أم التزام بالامتناع عن عمل، ويجب على القاضي الذي عرض عليه النزاع الذي يتضمن إخلال بالالتزامات التعاقدية في صورة عدم التنفيذ الكلي لهذه الالتزامات أن يصدر حكماً بإقرار الفسخ، كما هو الحال بالنسبة لحالة المدين الذي يمتنع عن القيام بإجراءات نقل الملكية سواءً من إتمام التسجيل، أم الإفراز في حالة كون الشيء موضوع التعاقد معين بنوعه.

وإن كان من الناحية العملية يبدو تمسك الدائن بهذه الفروض لأنه يتمكن من الحصول على التعويض العيني عن طريق حكم قضائي، إلا انه قد يختار فسخ العقد بحكم وجود شرط فاسخ مسبق في العقد تم الاتفاق عليه

---

(5) ينظر : د. عبد الكريم العبور، مصدر سابق، ص226.

(1) ينظر : د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في الفقه الأردني والمصري،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2006، ص212.

(2) ينظر : د. عبدالمجيد الشورابي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط2، منشأة الناشر،1998، ص49

(3) ينظر : د.محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص75.

وإقراره من قبل الدائن والمدين بالالتزامات التعاقدية. وفي هذه الحالة ليس أمام القاضي سوى طريق واحد لابد له من أن يسلكه ألا وهو الحكم بفسخ العقد. وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد نوع الالتزام فقد يكون التزام ببذل عناية وقد يكون التزام بالضمان وقد يكون التزام بتحقيق نتيجة.

ومما لاشك فيه أن الشرط الفاسخ يسلب سلطة القاضي التقديرية في مجال فسخ العقد، ويقتصر دوره في هذه الحالة على التأكد من وجود مخالفة عقدية تتمثل بامتناع المدين بالتزام من تنفيذ التزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد ومن ثم يقوم بإقرار طلب الفسخ، وهو بذلك يؤيد الفسخ الذي حصل بدون تدخل من جانبه، وبدون البحث في جسامة عدم التنفيذ.

وعلى القاضي الذي يعرض عليه النزاع إن رأى أن عدم التنفيذ تافه ومخالف لما جرى العرف على التسامح فيه، أن يحكم ببطلان الاتفاق وفي هذه الحالة فإن العقد يصبح خالياً من الاتفاق على الفسخ، وبالتالي يستطيع القاضي أن يرفض فسخ العقد[1]. ويفقد القاضي سلطته التقديرية في فسخ العقد في حالة اتفاق أطراف العقد مقدماً على الفسخ كجزاء لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية، بغض النظر عن صورة الإخلال وبما في ذلك التأخير في التنفيذ الكلي أو الجزئي. وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية بالقول: "أن الاتفاق على أن عقد البيع يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه عند تخلف المشتري عن ميعاد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له، أي أن العقد ينفسخ بمجرد التأخير"[2].

بعد ان انتهينا من اعداد هذا البحث لابد أن نشير الى بعض الاستنتاجات والمقترحات:

أولاً: الاستنتاجات:

1- يوفر الفسخ ألاتفاقي حماية للمتعاقد الدائن في العقود الملزمة للجانبين يضمن عن طريق الفسخ ألاتفاقي حقوقه وهو عبارة عن إجراء احتياطي يلجأ إلية في حالة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته التعاقدية.
2- أخذ المشرع العراقي بالفسخ القضائي كقاعدة عامة، والفسخ ألاتفاقي كاستثناء بهدف تكريس الحماية القانونية للمتعاقدين والعقد في وقت واحد والمحافظة على استقرار المعاملات القانونية.
3- أعطى المشرع العراقي سلطة تقديرية للقاضي في مجال فسخ العقود قضائياً وهي سلطة مطلقة بحيث يستطيع القاضي الاستجابة لطلب الدائن ويحكم بالفسخ إذا رأى أن الظروف تبرره وله أن يرفض فسخ العقد إذا رأى أن الفسخ غير مناسب.
4- أن المشرع الجزائري قد خالف بقية التشريعات العربية التي نظمت الفسخ ألاتفاقي في مسألة جواز الاتفاق على الاعفاء من الأعذار الذي نظمته التشريعات العربية، ويمكن القول أن المشرع الجزائري حد من حرية المتعاقدين في مجال عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من الأعذار، وقد كان موفقاً في ذلك حيث ان الاعذار امر ضروري لابد منه في حالة الاتفاق على إعطاء الحق للمتعاقدين في الاتفاق المسبق على فسخ العقد

ثانياً: المقترحات:

1- ضرورة توسيع سلطة القاضي في مجال الفسخ ألاتفاقي بحيث لا يقتصر دوره على التحري عن الإخلال في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بل لا بد له من إجراء يتخذه حفاظاً على سلامة المعاملات القانونية والحقوق المكتسبة .
2- نقترح على المشرع العراقي ان يحذو حذو المشرع الجزائري في عدم جواز الاتفاق على الاعفاء من الاعذار وذلك بتعديل نص المادة (178) من القانون المدني العراقي على غرار ما جاء في المادة (120) من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الأعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف

---

(1) ينظر : د. عبد الكريم بلعيور ، مصدر سابق، ص229.

(2)- نقض بتاريخ 1979/5/9نقلاً عن د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 90.

المتعاقدين". وذلك بحذف عبارة (**إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته**) من اخر نص المادة (178) من القانون المدني العراقي.

المصادر

أولاً: الكتب القانونية:

1. د. امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام، ط1، بغداد، 2007 .
2. د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في الفقه الأردني والمصري،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2006.
3. د. أنور طلبه، انحلال العقود، الفسخ، التفاسخ، الانفساخ، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، دون سنة طبع.
4. د. حسين تونسي، انحلال العقد دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،2007.
5. د. سليمان مرقس ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، 1956م ، ص418 . مصطفى مجدي هرجه ، العقد المدني ، أركانه ، آثاره ، بطلانه ، دار محمود للنشر والتوزيع ، مصر ، 2002م.
6. د. رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2006 .
7. د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات ، ج 2 ، مطبعة نهضة مصر ، 1954م .
8. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ،1940م .
9. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظريه العقد،ج2،المجلد2،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،1998.
10. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام،ج1، دار احياء التراث العربي، بيرت، لبنان، ص715 .
11. د. عبد المجيد الشورابي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط2، منشأة الناشر،1998.
12. د. عبدالكريم العبور، نظرية فسخ العقد في القانون الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986.
13. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2008.
14. د. محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، مصر 2003.
15. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزامات ، العقد والإرادة المنفردة، ج1، دار المعرفة الجامعية، 2002.

ثانياً: الرسائل والاطاريح:

1. حامد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا1980، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001.
2. حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه مولود معمري تيزي وزو، 2011.
3. لطيفة امازو، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر، كلية القانون، 2012.
4. منار عمر حامد، انفساخ العقد في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، 2003.

ثالثا: القوانين

1. القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب مرسوم 10/فبراير 2016 المعدل للعقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات والتي دخلت حيز التنفيذ في 2016/10/1.
2. القانون المدني المصري رقم 135 لسنة 1948.
3. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
4. القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

رابعاً: قرارات المحاكم:

1- قرارات المحكمة العليا في الجزائر.
2- قرارات محكمة النقض المصرية.

خامساً: المواقع الالكترونية:

نقض982لسنة 71جلسة 23/1/ 2002، منشور على الموقع الالكتروني التالي:
WWWdejelip lnfo info vb showhbead
نقض491 لسنة 59 ق جلسة 1993/2/23، منشور على الموقع الالكتروني التالي:
http:WWWjustico Pawhomme com