الفسخ بوصفه ضمانا للتنفيذ

الدكتور سليمان براك دايح

أستاذ القانون المدني المساعد

جامعة الأنبار / كلية القانون – الفلوجة

المقدمة

لعل فكرة الضمان من الأفكار الأكثر أهمية في الآونة الأخيرة , سواء من الناحية النظرية او من الناحية العملية ، فلم يعد يشغل فكر الدائن نشوء الحق في ذمة مدينه بقدر ما تشغله الضمانات التي تضمن له الوفاء بالحق , ومن هنا بدأ يبحث عن هذه الضمانات , وربما خارج نطاق الرابطة العقدية التي تربطه بمدينه , سواء من خلال الضمانات الشخصية او العينية ، وحيث أن الضمانات خارج العلاقة التعاقدية المراد ضمانها , غالبا ما تستلزم نفقات ووقت , قد لا يكون ضروريا , إن أمكن توفير الضمان من خلال العلاقة التعاقدية ذاتها , من هنا جاءت فكرة البحث في العقد ذاته , ان كان يتوافر على ضمان كاف يغني عن البحث خارجه , وحيث ان الرابطة التعاقدية التبادلية تنشئ ارتباطا في الآثار التي تنشئها بحيث يستطيع أي من طرفيها ضمان حقه في الحصول على التنفيذ المتوقع من مدينه من خلال استعمال مكنة الفسخ التي يعطيها المشرع للدائن الذي يواجه إخلالا من مدينه بتنفيذ الالتزامات التي

أنشأها العقد , فان البحث يتناول هذا الضمان من حيث بيان الحقوق التي يضمنها الفسخ والعقبات التي يمكن ان تضعف هذه الوظيفة التي يمكن ان يؤديها .

إشكالية البحث

يبرز البحث جانبا في الفسخ غفل عنه الكثيرون , ذلك ان الفسخ ذو طبيعة مزدوجة , فهو جزاء اذا نظر اليه من زاوية المدين الذي اخل بتنفيذ التزامه ، وهو ضمان إذا نظر إليه من زاوية الدائن الذي يسعى لاقتضاء حقه , وإذا كان الوجه الأول تمت معالجته في كثير من الاجتهادات الفقهية , الا ان الوجه الثاني لم يلق الاهتمام ذاته , رغم عناية الباحثين بالضمان بوجه عام الا انهم لم يبرزوا دور الضمان في الفسخ , وقصروا اهتمامهم على جانب الجزاء فيه , الا ان وسائل الضمان خارج الرابطة التعاقدية , بدت عاجزة عن توفير الضمان الذي يطمئن طرفي العلاقة التعاقدية , والبحث محاولة جادة لبيان دور الضمان في الفسخ وما يمكن ان يلعبه من دور بارز في ذلك , ومناقشة الآراء الفقهية التي ربما أضعفت هذا الدور .

والتنفيذ الذي يضمنه الفسخ , في سياق هذا البحث , هو اما التنفيذ العيني , من خلال الضغط على المدين بحرمانه من منافع العقد , او استرداد ما نفذه بالحالة التي سلمها عليه , حيث تشير نصوص القانون المدني العراقي أن المتعاقد له طلب التنفيذ العيني عند إخلال مدينه بتنفيذ ما التزم به , أو طلب الفسخ , والبحث يركز على الخيار الاخير بوصفه ضمانا للتنفيذ لإظهار وظيفته والمعوقات التي يمكن أن تضعف هذه الوظيفة ومحاولة اقتراح الحلول الناجعة بشأنها ومناقشة الآراء الفقهية التي تقف في سبيل توفير الضمان الكافي للمتعاقد من خلال نظام العقد ذاته وصولا إلى غاية أن العقد كاف بذاته لتحقيق منافع المتعاقدين وضمان تلك المنافع.

أسلوب البحث

يعتمد البحث اسلوب النهج الوصفي التحليلي ، من خلال استعراض الأحكام القانونية وتحليلها , ومناقشة الآراء الفقهية , وبيان تأصيلها القانوني وترجيح ما كان مناسبا منها .

منهج البحث

تم تناول الموضوع طبقا لخطة علمية موزعة على مبحثين , تناولت في الأول الحقوق التي يضمنها الفسخ وتم تقسيمه إلى مطلبين الأول تناولت فيه الحصول على التنفيذ المقابل حيث جرى تقسيمه إلى ثلاثة فروع خصصت الأول لعدم التنفيذ والثاني للتنفيذ الجزئي والثالث للتنفيذ المعيب أما المطلب الثاني فقد عقدته لاسترداد ما تم تنفيذه وزعت البحث فيه على ثلاثة فروع الأول لاسترداد المعقود عليه والثاني لرد الثمار والثالث للتعويض وفي المبحث الثاني تناولت الأسباب التي تضعف الضمان , حيث عرضتها في مطلبين الأول خصصته للأسباب القانونية والثاني للأسباب المادية , وأختم البحث بخاتمة اعرض فيها أهم النتائج والتوصيات .

المبحث الأول

الحقوق التي يضمنها الفسخ

لما كان العقد يمثل مصالح مالية لطرفيه , فأن كلا منهما يسعى لتحقيق هذه المصالح عن طريق الحصول على التنفيذ الذي توقعه عند إبرام العقد, فإذا أخل أي منهما بتنفيذ التزامه ثبتت لغريمه مكنة المطالبة بفسخ العقد[١] , وعليه فأن الحقوق التي يضمنها الفسخ , هي التي تنصب على عدم تنفيذ المدين لالتزاماته , والتي تمثل حقوقا للطرف الآخر , مع ملاحظة إمكانية تعجيل احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ثم يفاجئ بإخلال غريمه بتنفيذ ما بذمته , ومن ثم لابد للأول من استرداد ما عجل به من تنفيذ, ومن هنا فأن الحقوق التي يضمنها الفسخ هي:-

١-الحصول على التنفيذ المقابل.

٢-استرداد طالب الفسخ ما نفذه خاليا من حقوق الغير.

ونبحث كلا من ذلك في مطلب مستقل وكما يأتي:-

المطلب الأول

الحصول على التنفيذ المقابل

ينشئ العقد الملزم للجانبين ارتباطا قانونيا بين الالتزامات الناشئة عنه [٢] , ويترتب على هذا الارتباط , أن إخلال المدين بتنفيذ ما التزم به , يخول الدائن طلب فسخ العقد [٣].

غير أن إخلال المدين بالتنفيذ ليس صورة واحدة , بل يمكن أن يكون امتناعا عن التنفيذ أو تنفيذا جزئيا أو قد يكون تنفيذا معيبا , وعليه لابد من بحث صور الإخلال هذه لمعرفة حدود إمكانية الدائن في طلب الفسخ , وعلى أساس تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع وكما يأتي:-

الفرع الأول

عدم التنفيذ

الأصل أن على المدين أن ينفذ التزامه تنفيذيا عينيا , وطبقا لما أشتمل عليه العقد ولما يوجبه حسن النية في التعامل ([٤]), فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه

[١] David Bainbridge . Introduction to Computer Law . fourth edition .London 2000 .p175.

[٢] د- عبدالرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج١ , مصادر الالتزام , منشورات الحلبي الحقوقية -بيروت ٢٠٠٠ , ص١٧٠ .

[٣] ينظر نص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة١٩٥١.

[٤] ينظر نص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي.

امتناعا غير مشروع ([٥]), وسواء أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين , أو مازال ممكنا لكن الدائن لم يطلبه , جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد , ويبدو ذلك منطقيا , فما دامت المنافع التي تعاقد لتحقيقها فاتت على الدائن , فينبغي تحلله من الالتزام المقابل , فليس من العدل أن يبقى الدائن ملتزما بعقد لم ينفذه غريمه , فضلا عن كون الالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين ترتبط مع بعضها ارتباطا قانونيا , بحيث يكون تنفيذ التزام أي من الطرفين سببا لالتزام الطرف الآخر([٦]).

لكن يجب أن نشير إلى انه ليس كل عدم تنفيذ يخول الدائن مكنة طلب الفسخ , بل ينبغي ان يوصف عدم التنفيذ بكونه إخلالا بالتزامه[٧] , وذلك لان المتعاقد في العقد الملزم للجانبين , يستطيع ان يمتنع عن تنفيذ التزامه امتناعا مشروعا, بقصد حمل غريمه على التنفيذ وهذا لا يعد خطأ , ومن ثم لا يمكن للدائن ان يطلب الفسخ , بل لا يعدو ذلك عن كونه وقفا مؤقتا لتنفيذ العقد, وفي الوقت نفسه وسيلة من وسائل الضمان التي تضمن للدائن الحصول على حقه, ولا يهم بعد ذلك سواء انصب

[٥] ينظر نص المادة (١/٢٨٢) من القانون المدني العراقي.

[٦] أستاذنا د-حسن علي الذنون , النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني , مطبعة نهضة مصر , القاهرة ١٩٤٦ , ص٦٨.

[٧] ويذهب بعض الفقهاء إلى تقسيم الإخلال بحسب طبيعة الالتزام فيما إذا كان التزاما بنتيجة أو التزاما ببذل عناية , فإذا كان التزاما بنتيجة فان الإخلال إما أن يكون مطلقا إذا لم تتحقق النتيجة ولم يستطع المدين دفع مسئوليته بالسبب الأجنبي ، كالالتزام بنقل ملكية شيء معين بالنوع ، وأما أن يكون إخلالا عاديا إن أمكن للمدين دفع مسئوليته بالسبب الأجنبي . ينظر د- صبري حمد خاطر , فكرة المعيار في تأسيس نظام المسئولية العقدية , دار الكتب القانونية , القاهرة , ٢٠١٠ , ص٥٩ وما بعدها.

عدم التنفيذ على التزام رئيس أو انصب على التزام ثانوي , لان الدفع بعدم التنفيذ غير قابل للتجزئة[٨].

بيد أن الأثر المترتب على كل من الدفع بعدم التنفيذ والامتناع عن التنفيذ يدعونا إلى التساؤل عمن يجب عليه التنفيذ أولا , حتى يكون للدائن طلب فسخ العقد في حالة الإخلال بينما لا يكون له ذلك في حالة الدفع بعدم التنفيذ؟

إن تحديد من يجب عليه الوفاء أولا يرجع بشأنه إلى شروط العقد والى الإحكام المكملة لإرادة الطرفين عند غياب الاتفاق الصريح على ذلك , ففي عقد البيع فيجب على المشتري أن يدفع الثمن أولا ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك , ويجب على المستأجر أن يسدد الأجرة أولا إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك[٩].

وحيث أن الفسخ يسري على العقود الملزمة للجانبين جميعا , سواء كانت فورية التنفيذ أو مستمرة التنفيذ, فأن تنفيذ المدين لالتزامه , يكون مضمونا بالفسخ , فإذا لم يسلم البائع المبيع والمؤجر المأجور , فمن حق المشتري والمستأجر طلب الفسخ , مع ملاحظة أن عدم تسليم المأجور في الوقت المتفق عليه , يؤدي إلى فوات جزء من المنفعة التي تعاقد المستأجر للحصول عليها , ومن ثم يحق للمستأجر إنقاص الأجرة في مقابل المنفعة التي فاتت عليه , أي إذا لم يفسخ العقد , فأن التأخر

---

[٨] وإذا كان الدفع بعدم التنفيذ من حيث الأصل غير قابل للتجزئة , إلا انه ينبغي عدم التعسف في ممارسته , وعليه فانه يخضع لتقدير القضاء , سواء من حيث البواعث على ممارسته أو من حيث الالتزام الممتنع عن تنفيذه والالتزام المطلوب ضمانه , فإذا كان الالتزام المطلوب من المدين تنفيذه لا يتوازن مع حرمان هذا المدين من حقه المقابل , عد ذلك تعسفا في استعمال الدفع بعدم التنفيذ , ينظر د-عبدالمنعم فرج الصده , مصادر الالتزام ,دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٩ , ص٤١٢.

[٩] ينظر نص المادتين (٥٣٦) و(٧٤٢) من القانون المدني العراقي.

في تسليم المأجور يؤدي إلى تعديل مدة العقد , وهذا لا يكون في العقد الفوري , وسبب ذلك أن الزمن عنصر جوهري في العقود المستمرة دون العقود الفورية[١٠].

الفرع الثاني

التنفيذ الجزئي

يحصل التنفيذ الجزئي عندما لا ينفذ المدين كل ما التزم به , وإنما يقتصر التنفيذ على بعض منه , ومن هنا يثار تساؤل إن كان الفسخ يمكن أن يكون ضمانا للحصول على التنفيذ الكامل؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول ابتداء ينبغي التمييز بين حالة ما إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام أو قابل له , فإذا كان المحل غير قابل للانقسام , فليس هناك شك أن الدائن يستطيع أن يطلب الفسخ , للحفاظ على حقوقه في إرغام مدينه على التنفيذ , من خلال حرمانه من منافع العقد المقابلة , فضلا عن إبراء ذمته من الانشغال بالالتزام المقابل , وهذا ما تشير إليه صراحة نصوص القانون المدني العراقي[١١].

أما إذا كان محل الالتزام قابلا للانقسام فأننا ينبغي إن نفرق بين كون العقد فوري التنفيذ أو مستمر التنفيذ , فبالنسبة للعقد مستمر التنفيذ , فأن الفسخ ليس له أثر رجعي وعليه فأن ما تم تنفيذه قبل الفسخ لا يزول , وينصرف أثره للمستقبل فقط ، فلو كان العقد عقد توريد , وحصل إخلال من احد المتعاقدين بعد تنفيذ عدة دفعات منه ,

[١٠] د- السنهوري , الوسيط ج١ , المصدر السابق , ص١٧٩ .

[١١] ينظر نص المادة (١٧٧) والمادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي .

فأن الدائن عند طلب الفسخ إنما ينصرف ذلك لما لم ينفذ دونما سبق تنفيذه , وعليه فان التنفيذ الجزئي للالتزام يعد مقبولا في مثل هذه الحالة , وكذلك الحكم لو كان العقد الذي حصل الإخلال به عقد إيجار , فإذا اخل المستأجر بسداد الأجرة , فيحق للمؤجر أن يطلب من المحكمة التنفيذ العيني وإلزام المستأجر بسداد قسط الأجرة , كما يحق له طلب الفسخ , وعندها فأن المحكمة ستجيبه حتما إلى طلبه بالتنفيذ العيني وتلزم المستأجر بسداد الأجرة , أما الفسخ فللمحكمة سلطة تقديرية بشأنه , فيمكن أن تقضي به , ويمكن أن لا تقضي بالفسخ طبقا لوقائع كل قضية على حدة[١٢].

أما إن كان العقد من العقود فورية التنفيذ وكان محله قابلا للانقسام , فان قبول التنفيذ الجزئي من عدمه يرجع إلى إرادة الطرفين المشتركة ، وما كان يتوقعه المتعاقد من تنفيذ عند إبرام العقد , فلو سلم البائع بعض المبيع وكان البيع قابلا للتبعيض , جاز للمشتري طلب فسخ العقد أو قبول المبيع بما يقابله من الثمن [١٣], وكذلك الحكم لو اخل المشتري بسداد الثمن كما لو كان الثمن مقسطا واخل المشتري بسداد احد الأقساط , جاز للبائع طلب فسخ البيع أو التنفيذ العيني [١٤]

بيد ان فكرة التنفيذ الجزئي للالتزام تبدو أكثر دقة في حالة تعدد طرفي العلاقة التعاقدية , وخاصة عند تعدد البائعين , فإذا أخل المشتري بسداد الثمن , فهل يحق لبعض البائعين طلب فسخ العقد , دون بعضهم الآخر؟.

---

[١٢] د-عبدالرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج٦, الايجار والعارية , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ٢٠٠٠,ص٤٨٣.

[١٣] ينظر نص المادة (٥٤٤) من القانون المدني العراقي.

[١٤] ينظر نص المادة (٥٨١) من القانون المدني العراقي.وينظر كذلك د-عبدالرزاق السنهوري , الوسيط ج٤,المصدر نفسه , ص٨١٦.

لم يرد نص يعالج هذا الفرض لا في القانون المدني العراقي ولا في القانون المدني المصري , ويذهب الرأي الفقهي إلى عدم جواز تجزئة الفسخ فلا يمكن أن يبقى العقد نافذا في حق بعض , وينفسخ في حق آخرين , وذهب من قال بهذا الرأي إلى إن إقامة الدعوى من بعض البائعين يعطي للمشتري الدفع بعدم قبولها لأنها لم ترفع من جميع البائعين , ومن ثم فإما ان يتفق البائعون جميعا على طلب الفسخ وعندها يمكن فسخ العقد بالنسبة لهم جميعا , وإلا ليس أمامهم إلا المطالبة بالتنفيذ العيني ويقتصر حق كل بائع على المطالبة بنصيبه من الثمن , وان أصر احدهم على الفسخ فليس أمامه إلا أن يسدد أنصبة الآخرين في الثمن , ويرجع على المشتري بدعوى الفسخ , وطبقا لأحكام الحلول الشخصي , ويبرر أنصار هذا الرأي ما ذهبوا إليه بان من شانه تقليل دعاوى الفسخ ووضع حد للصعوبات التي تترتب على الحكم بالفسخ وخاصة إذا كان المشتري انشأ حقا للغير على المبيع , فضلا عن أن انقسام الدعوى يؤدي إلى فسخ البيع في بعض المبيع وهذا يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة ومصلحة المشتري , فالفسخ بالنسبة لبعض المبيع يؤدي إلى أن المشتري يصبح مالكا على الشيوع مع البائع الذي طلب الفسخ ، والمشتري لم يقصد أن يتملك حصة شائعة مع البائع , والملكية الشائعة تعوق الانتفاع بالمال وتفضي عادة للمنازعات , ومن ثم تضر بالمصلحة الاقتصادية العامة , وذهبوا أخيرا إلى إن احتواء العقد للشرط الفاسخ الضمني , يفيد أن العقد إما أن يبقى برمته أو يفسخ برمته[١٥].

بيد أن الرأي السابق محل نظر وذلك إن الحجج التي استند إليها من قال به يمكن تفنيدها , حيث ان من شأن الرأي تقليل دعاوى الفسخ قول تعوزه الدقة , فهل هناك

[١٥] د– حسام الدين الاهواني , عقد البيع , الكويت ١٩٨٩ , ص٨١٠ والمصادر التي أشار إليها.

إحصاءات لدعاوى الفسخ المقامة من بعض البائعين دون بعضهم الآخر , بحيث أصبحت هذه الدعاوى ترهق المحاكم حتى يمكن تقليلها بمنع إمكانية تجزئة الفسخ ؟, أما القول إن من شأن قبول تجزئة الفسخ أن يصبح المدعي مالكا على الشيوع مع المشتري , والملكية الشائعة لا ينظر لها نظرة ارتياح , فنقول إن ابرز مصدر للشيوع هو الإرث , فهل نمنع التوارث حتى لا يفضي إلى الشيوع ؟, أما الحجة التي تذهب إلى أن من شأن التجزئة أن تلحق ضررا بالمشتري , فيمكن مناقشتها بان المشتري هو الذي انشأ هذا الوضع , بإخلاله بتنفيذ التزامه , ومن ثم لم يعد جديرا بالرعاية في مقابل البائع الذي يسعى لاقتضاء حقه , فلا نمنع ضمانا لحق البائع لحماية مشتر لم ينفذ ما بذمته من التزام , وفضلا عما تقدم إن تأسيس الفسخ على , فكرة الشرط الفاسخ الضمني , تأسيس لم يعد مقبولا الآن , حيث أن الفسخ يجد أساسه بفكرة العدالة التي تقضي بإمكانية الدائن في طلب فسخ عقد اخل به مدينه , والتحلل من الالتزام المقابل[١٦].

ومما تقدم فنرى إن المسألة فيها تفصيل وبيان ذلك , ان حالة تعدد البائعين إما أن تنشأ من اشتراكهم في ملكية المبيع ابتداء وعندها إما أن يرد اتفاق على تضامنهم وعليه يصبح كل واحد منهم نائبا عن الآخرين طبقا لأحكام التضامن ولا شك أن مباشرة الضمان من التصرفات النافعة , وعند إقامة دعوى الفسخ للمطالبة لإخلال المشتري بسداد الثمن او بعضه , فان ذلك ينصرف إلى جميع البائعين المتضامنين ومن ثم فلا تتصور تجزئة الفسخ , او ان لا يتفقوا على الفسخ , وعنده ينظر إلى طبيعة المبيع إن كان قابلا للانقسام من عدمه , فان كان غير قابل للانقسام سواء

[١٦] به مو برويز , المسئولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد , منشورات الحلبي الحقوقية ط١ , بيروت ٢٠٠٩ , ص٣٦ وما بعدها .

بطبيعته , أو لاتفاق طرفي العقد على عدم القابلية للانقسام , فان الحكم يكون كما في التضامن , ومن ثم فلا يبقى إلا فرض إن المحل قابل للانقسام وليس هناك اتفاق على التضامن ،

وعندها ينبغي عدم حرمان كل بائع من ضمانه في الحصول على نصيبه من الثمن , استنادا إلى الحجج التي استند إليها من قال بعدم التجزئة [١٧].

[١٧] ويبدو ان محكمة التمييز لا تجيز طلب تجزئة الفسخ اذ ذهبت في قرار لها بعدم إمكانية المطالبة بالتعويض ما لم يطلب المدعي فسخ العقد , اذ رأت المحكمة ان طلب التعويض تابع لطلب الفسخ , ومن وجهة نظري ان موقف المحكمة محل نظر , اذ ليس في احكام القانون المدني العراقي ما يشير الى وجوب المطالبة بالفسخ حتى يستطيع المدعي المطالبة بالتعويض , وقد يكون من مصلحة الدائن الإبقاء على العقد وطلب التعويض عن التأخير في التنفيذ او ان يقصر طلبه على الفسخ الجزئي للعقد ان كان محله يقبل التجزئة , رقم القرار ٢٩/أ/٩٦٩ في ١٩٦٩/٣/٢٣ مجلة القضاء , العدد الاول , كانون ثاني – شباط – اذار ١٩٧٠ , السنة الخامسة والعشرون ١٩٧٠, ص١٧٨ .وذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى الحكم نفسه اذ قضت بان(المطالبة بالشرط الجزائي , وهو تعويض , لا يصح الا بعد طلب الفسخ), وهذا أوقع المحكمة في تناقض لان فسخ العقد يزيل الوجود القانوني له طبقا لفكرة الأثر الرجعي للفسخ ومن ثم يزول الشرط الجزائي تبعا للعقد بعد فسخه , فكيف يفسخ العقد ويقضى بالشرط الجزائي ؟, رقم القرار ٨٨٠/م٣/٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/١/٢٢ , القاضي لفته هامل العجيلي , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية , القسم المدني , الجزء الاول ط١, بغداد ٣٠١١ , ص١٤٨ .

الفرع الثالث

التنفيذ المعيب

ويمكن أن يتخذ إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه صورة التنفيذ المعيب للالتزام , كأن يسلم المتعاقد شيئا معيبا , أو خاليا من وصف مرغوب فيه , وعندها ينشا للدائن الحق في ضمان ذلك بالرجوع على مدينه بفسخ العقد , ويسري هذا الضمان على كل عقد ينقل الملكية أو ينقل الحيازة وخاصة إن كان من عقود المعاوضات[١٨], وسواء كان عقدا مسمى أو غير مسمى[١٩].

ولكي يضمن المتعاقد حقه في الرجوع على غريمه فلا بد من إثبات التنفيذ المعيب , وهذه ليست بالمسألة اليسيرة في غالب الأحيان , فضلا عن اختلافها من عقد لآخر , أما كون إثباتها صعبا فذلك لان المشرع نظم أحكام العيب واشترط شروطا محددة في العيب لكي يضمنه المتعاقد , ففي عقد البيع يجب ان يكون العيب مؤثرا وقديما وخفيا[٢٠] , والشرط الأخير ربما يستلزم اثباته الاستعانة بالخبراء في ظل تعقد الطابع الفني للسلع والخدمات , فضلا عما يترتب على التعاقد على السلع المستعملة من مصاعب إضافية , وبيان ما اذا كان العيب خفيا من عدمه يدق كثيرا , وذلك لان الشيء المستعمل تفترض فيه عيوب ناشئة عن الاندثار الاعتيادي الذي يترتب على

[١٨] د–عبد الرزاق السنهوري , الوسيط ج٤ , المصدر السابق , ص٧١٢.

[١٩] محكمة التمييز الاتحادية , رقم القرار ٤٢٣/الهيأة الاستئنافية منقول /٢٠١١ في ٢٠١١/٣/٢٤ , القاضي لفته هامل العجيلي, المصدر السابق ,ص ١٨٤ , د– سعيد مبارك و د– صاحب عبيد الفتلاوي ود– طه الملا حويش , الموجز في العقود المسماة , بغداد ١٩٩٣ , ص٢٨٢.

[٢٠] المصدر نفسه , ص١٣١ .

الاستعمال , مما يتيح للمدين دفع دعوى الضمان على أساس أن الدائن كان عالما بالعيب او كان مفترض العلم به , أو أن هذه العيوب روعيت في تقدير الثمن ومن ثم يسقط حق المدعي في طلب ضمانها , وأما كونها مسألة تختلف من عقد لآخر فذلك لان العقود تختلف تبعا لاختلاف آثارها , ففي عقد المقاولة يلتزم المقاول بانجاز العمل وتسليمه خاليا من العيوب , ومع اتساع نطاق الأعمال التي يشملها عقد المقاولة , واتساع نطاق العيوب المضمونة تبعا لذلك ، فضلا عما تشكله طبيعة العيب المضمون من عبء إضافي سواء ما تعلق بالمواد المستعملة في الانجاز أو ما تعلق بمراعاة أصول المهنة في انجاز العمل .

فإذا اثبت الدائن ان هناك عيبا في التنفيذ وكان هذا العيب مشمولا بالضمان , جاز له أن يطلب فسخ العقد , فضلا عن طلب التنفيذ العيني للالتزام , ونشير هنا الى ان القانون المدني العراقي لم يورد خيار طلب التنفيذ العيني عند معالجته لأحكام ضمان العيب الخفي , وإنما أورد خيار الفسخ فقط , بل ولم يجوز للمشتري طلب إنقاص الثمن الا اذا تعذر فسخ العقد[٢١] , هذا لا يعني طبقا للرأي الراجح إسقاطا لخيار المشتري في طلب التنفيذ العيني , لان هذا الخيار مقرر ضمن القواعد العامة , ويمكن الرجوع إليها حيثما لم يرد نص يعالج مسألة ما في أحكام العقود المسماة.

[٢١] تنظر المادتين (١/٥٥٨) و(١/٥٦٢) من القانون المدني العراقي , يمكن للبائع طلب لانه مقرر طبقا للقواعد العامة في نظرية الالتزام , المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني

استرداد ما تم تنفيذه

إذا كان الدائن قد نفذ التزامه قبل ان ينفذ المدين الالتزام المقابل , ثم أخل المدين , فأن الفسخ يضمن للدائن حقه في استرداد ما نفذه ، وذلك لأن فسخ العقد يزيله من لحظة إبرامه (٢٢) , وهذا ما يتيح للدائن ان يسترد ما سبق تنفيذه , بل ويستطيع المطالبة باسترداد ثمار الشيء او منافعه , فضلا عن المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى , ونبحث حقوق الدائن هذه كلا في فرع مستقل وكما يأتي:-

الفرع الأول

استرداد المعقود عليه

إذا تم فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه , واسترد كل منهما ما نفذه[٢٣] , ذلك لان الفسخ يزيل العقد بأثر رجعي من لحظة إبرامه , فيعد كأن العقد لم يبرم في يوم من الأيام , فإذا كان العاقد قد تصرف بالمعقود عليه تصرفا انشأ حقا للغير عليه , زالت هذه الحقوق وعاد المعقود عليه الى ما كان عليه عند تسلمه .

لكن هذا الحكم ليس عاما كما انه ليس مطلقا , أما انه ليس عاما فذلك لأنه يسري على العقود الفورية التنفيذ دون العقود المستمرة ، وأما انه ليس مطلقا فذلك لأنه

[٢٢] في العقود الفورية التنفيذ أما المستمرة فيقتصر اثر الفسخ على إزالتها للمستقبل.

[23] Max Young .Cases &Materials in Contract Law .London 1997.p573.

ليست جميع حقوق الغير التي تعلقت بالمعقود عليه تزول ، وإنما يستثنى منه بعضها .

فالعقود المستمرة التنفيذ يستحيل إعادة ما تم تنفيذه منها , وسبب ذلك ان الزمن يستحيل إعادته إلى الوراء وهذه العقود يدخل الزمن عنصر في قياس الالتزامات الناشئة عنها , وما تم تنفيذه يتعذر استعادته , فلو كان العقد عقد إيجار ابرم لمدة سنة , وبعد مرور مدة ستة اشهر , اخل المستأجر بسداد الأجرة وطلب المؤجر الفسخ وقضت المحكمة به , فأن الفسخ ينصرف الى المستقبل , ويزيل آثاره المستقبلة فقط , أما الآثار التي ترتبت خلال الستة اشهر فأنها تبقى صحيحة ولا ينالها الفسخ , ولما كان عقد الإيجار لا ينقل للمستأجر إلا حيازة المأجور مع الإذن له بالانتفاع به ، لذا نستبعد ابتداء إمكانية نشوء حق للغير على المأجور يتنافى مع حقوق المؤجر , وهذا يدعونا إلى أن نتساءل عن الضمان الذي يلعبه الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل فإننا نقول إن العقد المستمر التنفيذ , لا تتقابل فيه الالتزامات

من حيث الوجود القانوني فحسب , بل يتقابل فيه التنفيذ المتزامن من قبل الطرفين , ففي المثال

المذكور آنفا يتقابل تنفيذ المستأجر لالتزامه بسداد الأجرة مع تنفيذ المؤجر لالتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور , وحيث أن المستأجر تمكن من الانتفاع بالمأجور ودفع ما التزم به من اجر , فلم يعد هناك حاجة لضمان تنفيذ تم , لذا فان الضمان الذي يوفره الفسخ إنما ينصرف الى الالتزامات التي لم يتم تنفيذها , أي لما يكون محل إخلال من أي من الطرفين , فإذا لم ينفذ المستأجر التزامه بسداد الأجرة ,

ومطلق العقد يقضي بالوفاء بهذا الالتزام اولا , جاز للمستأجر طلب الفسخ , وإذا فسخ العقد فان ذلك يؤدي الى حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور فيدفعه ذلك إلى تنفيذ التزامه بالوفاء بالأجرة .

أما العقود فورية التنفيذ , وتحديدا الناقلة للملكية منها , فان فسخها ذو اثر رجعي ومن ثم يسترد كل من الطرفين ما نفذه , فأن كان القابض قد تصرف بالمعقود عليه تصرفا منشئا لحقوق للغير , فان هذه الحقوق تزول , استنادا لقاعدة فاقد الشيء لا يعطيه , أو لا يستطيع المرء ان ينقل من الحقوق إلى الغير أكثر مما يملك .

بيد أن قاعدة زوال الحقوق التي أنشأها القابض بأثر رجعي ترد عليها استثناءات , وهذه الاستثناءات هي:-

أولا:- قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية

فإذا انتقلت حيازة المعقود عليه إلى حائز حسن النية , بتصرف صادر من القابض أمكن أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ومن ثم تخلص له ملكية المعقود عليه ، ويقتصر حق طالب الفسخ على الرجوع على القابض بالتنفيذ العيني وإلزامه بالتنفيذ المقابل , وهذا الحكم يستند إلى نص المادة(١١٦٣) من القانون المدني العراقي[٢٤].

ورغم إن هذا الحكم قاصر على المنقولات فقط ولا يشمل العقارات او الحقوق المعنوية , إلا إننا نرى فيه إضعاف للضمان الذي يوفره الفسخ , فإذا كان قابض المنقول سيء نية وأراد إلحاق الضرر بطالب الفسخ فيمكن له أن يتصرف بالمعقود عليه تصرفا ناقلا للملكية ويسلمه الى حائز تتوفر فيه شروط الحيازة في المنقول ,

[٢٤] د- حسن علي الذنون , العقود المسماة – عقد البيع , بغداد ١٩٥٣ , ص٣٠٣ .

وعليه لا يستطيع طالب الفسخ استرداد المعقود عليه , خاصة ان نص المادة (١١٦٣) تستلزم حسن النية في الحائز وليس فيمن تصرف إليه , ومن هنا فأننا نقترح تعديل نص المادة المذكورة من خلال إضافة قيد في نهايتها يمكن المالك من استرداد المنقول , وتبرير إيراد هذا القيد يستند إلى أن المقارنة بين عاقد فات عليه حقه او بعضه وبين الغير الذي يسعى إلى الحصول على كسب تجعلنا نفضل الأول استنادا لقاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح , ولا ينال من ذلك كون الحيازة انتقلت إليه بعقد , لان العقد الثاني مؤسس على العقد الأول فان زال الأول بالفسخ , فان الثاني يزول تبعا له .

ثانيا:-عقود الإدارة المبرمة بحسن نية

يذهب الاجتهاد الفقهي[٢٥] الى ان الفسخ لا ينال من عقود الإدارة التي ابرمها القابض على المعقود عليه , ان كانت أبرمت بحسن نية وكان تأريخ انعقادها سابقا على الفسخ ، وعقود الإدارة هي العقود التي لا تنشئ حقا عينيا على الشيء وانما التي تنصب على الانتفاع به او حفظه , ومن عقود الإدارة عقد الإيجار شرط أن لا تزيد مدته على ثلاث سنوات[٢٦] , فإذا اجر المشتري المبيع الى الغير ثم فسخ البائع البيع , فان البائع يسترد المبيع وهو مستأجر للغير ، ولا يستطيع البائع ان يتخلص

[٢٥] ينظر د- حسن علي الذنون , عقد البيع , المصدر نفسه , ص٣٠٥ ود- عبد المجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير , الوجيز في نظرية الالتزام , بغداد ١٩٨٠ ص١٨٥ . و د-ياسين محمد الجبوري , المبسوط في شرح القانون المدني , ج١ , القسم الثالث , انحلال العقد دار وائل للطباعة والنشر , عمان ٢٠٠٢ , ص٥٠٧.

[٢٦] ينظر نص المادة (٧٢٤) من القانون المدني العراقي .

من الإيجار إلا إذا اثبت ان عقد الإيجار تم إبرامه إضرارا به , ويجد هذا الرأي أساسه القانوني في نص المادة (٢/٢٨٩) من القانون المدني العراقي .

غير ان هذا الرأي من وجهة نظري محل نظر , وذلك لانه لم يرد به نص يقرره , اما المادة (٢/٢٨٩) من القانون المدني العراقي فهي وردت عند بيان احكام الشرط الفاسخ , ومن ثم لا يمكن انزالها منزلة القاعدة العامة , ولو اراد المشرع ما ذهب اليه الاجتهاد الفقهي لقرر ذلك في أحكام عقد البيع وعند معالجة الفسخ , ويضاف الى ما تقدم ان من شأن هذا الاجتهاد الفقهي إلحاق الضرر بالبائع , خاصة في ظل أحكام قانون إيجار العقار التي أخذت بالامتداد القانوني للعقد , ومدة الثلاث سنوات قد يصل أمدها إلى اثنتي عشرة سنة[٢٧] , ولا شك في ان ذلك إجحاف بحق البائع الذي واجه إخلالا من المشتري في تنفيذ التزاماته , ويعجز عن ممارسة حقه في الضمان بسبب ترتب حق للغير على المبيع , مما يضعف الضمان الذي يمكن ان يوفره الفسخ .

[٢٧] ينظر نص المادة الثالثة من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل والمادة السابعة عشرة فقرة(١٤) التي اضيفت الى القانون بموجب قانون التعديل السادس رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ .

الفرع الثاني

رد الثمار

يستطيع طالب الفسخ لا إلزام القابض برد العين فقط , وإنما إلزامه برد ثمار العين ومنافعها , وحيث ان الثمار بموجب أحكام القانون المدني العراقي يتملكها الحائز حسن النية[٢٨] , فمن أي وقت يلزم القابض برد الثمار؟.

طبقا لحكم القانون المدني العراقي , فأن الحائز يلزم برد الثمار من الوقت الذي يصبح فيه سيء النية ، وهو يكون كذلك حينما يعلم انه يعتدي على حقوق الغير ، سواء بإلانذار أو من وقت إقامة الدعوى ، أما الثمار التي جناها أو المنافع التي استوفاها قبل ذلك فانه يتملكها بالحيازة [٢٩].

لكن الرأي السابق يتجاهل حقيقة ان العقد فسخ نتيجة لإخلال الحائز بتنفيذ التزامه , فهل يكافئ بتمليكه منافع المعقود عليه ؟ وعليه نرى ان القابض لا يستحق هذه المكافأة , ومن ثم وجوب إلزامه برد الثمار من تأريخ بدء حيازته , بل لا يلزم برد الثمار والمنافع التي جناها وانما حتى التي قصر او أهمل في جنيها , كما لو كان حائزا بسوء نية , ما دام هو الذي اخل بتنفيذ التزامه وبسببه فسخ العقد , وليس في ذلك مخالفة لنص القانون المدني العراقي , لان النص يقضي بتملك الحائز حسن النية للثمار , والمتعاقد الذي يخل بتنفيذ التزامه ويترتب على إخلاله فسخ العقد ليس

[٢٨] ينظر نص المادة (١١٦٥) من القانون المدني العراقي .

[٢٩] د- حسن علي الذنون , عقد البيع , المصدر السابق , ص ٣٠١ .

حسن النية وينبغي أن لا يستفيد من إخلاله , فضلا عن أن مصالح الدائن في مثل هذه الحالة أولى بالرعاية [٣٠].

الفرع الثالث

التعويض

لطالب الفسخ ، فضلا عن استرداد محل العقد والثمار، أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر مادام الفسخ ترتب نتيجة إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه , لكن أساس التعويض يكون طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية لزوال العقد بالفسخ , ويشمل التعويض ما لحق الدائن من ضرر وما فاته من كسب , لكن ينبغي أن لا يصل التعويض إلى حد التعويض عن منافع العقد , لان ذلك يعد تنفيذا بطريق التعويض لعقد تم فسخه , فضلا عن أن الدائن استرد المعقود عليه بالفسخ ومن ثم يستطيع استيفاء منافعه سواء باستعماله أو عن طريق التصرف به تصرفا قانونيا مجددا , وعليه فالتعويض يقتصر على الأضرار التي لحقت سواء ما تعلق منها بفرصة الكسب التي فاتت عليه أو النفقات التي تكبدها نتيجة إقامة دعوى الفسخ .

[٣٠] قريبا من ذلك ينظر د- عبد الرزاق السنهوري , الوسيط ج٤ , المصدر السابق , ص٨٢٦ . د- عبد المجيد الحكيم , الموجز في شرح القانون المدني ج١ , مصادر الالتزام , بغداد ١٩٦٣ , ص٣٧٩.

المبحث الثاني

أسباب إضعاف ضمان الفسخ

يمكن ان نرد الأسباب التي تضعف ضمان الفسخ الى مجموعتين , أسباب قانونية وأسباب مادية , ونفرد لكل منها مطلبا مستقلا , وكما يأتي:-

المطلب الأول

الأسباب القانونية

ترجع الأسباب القانونية الى التنظيم القانوني للفسخ ، حيث أن المشرع أحاط فسخ العقد بإجراءات وأحكام , أدت الى تقييد فسخ العقد الى حد كبير , ومن ذلك شرط الاعذار والسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في طلب الفسخ , ولدراسة هذين السببين فاننا نخصص لكل سبب فرعا مستقلا:-

الفرع الأول

الاعذار

لا يكفي إخلال المدين بتنفيذ التزامه لكي يستطيع الدائن طلب فسخ العقد , بل يجب عليه قبل إقامة دعوى الفسخ أن يوجه إنذارا للمدين , يطلب بموجبه التنفيذ خلال مدة معينة وإلا أصبح مسؤولا عن الإضرار التي يمكن ان تترتب على الإخلال بالتنفيذ .

وإذا كانت مبررات توجيه الاعذار وجيهة ولا يمكن مناقشتها بالنسبة للتنفيذ العيني الجبري , لما يستتبع ذلك من آثار خطيرة , وخاصة في البيئة التجارية , وعدم مفاجئة المدين بتلك الإجراءات , فان الأمر ليس كذلك بالنسبة للفسخ , لان الأخير ليس إجراء تنفيذيا , هذا من جانب ومن جانب آخر , فان العقد الملزم للجانبين يتبادل فيه المتعاقدان الدفوعات , ومن ثم فان الإخلال بالتنفيذ يستتبع حتما تضرر المتعاقد الآخر , وما إذا كان المتعاقد يستطيع تلافي توجيه الاعذار عن طريق اشتراط عدم ضرورته عند إبرام العقد , فان هذا ليس بمتاح لجميع المتعاقدين في ظل عدم التوازن الفعلي بينهما فلا تتاح إمكانية صياغة بنود العقد , او الاشتراك في صياغتها للطرفين , فضلا عما يتسبب به الاعذار من نفقات ووقت لا ضرورة لها في احيان كثيرة , وبيان ذلك ان الاعذار ليس لازما في حالة عدم التنفيذ لان في وجوب التنفيذ وحلول اجله اعذار كاف للمدين , أما في حالة التنفيذ المعيب , فيكون للاعذار أهمية في تحديد تأريخ حدوث العيب , وهذا له اثر بالغ الأهمية في ضمان حقوق الطرفين , وعليه فاننا نرى وجوب التفرقة بشان ضرورة توجيه الأعذار من عدمه تبعا لكل حالة على حدة , وطبقا للإخلال الصادر من المدين.

الفرع الثاني

سلطة القضاء التقديرية

إن إقامة الدائن دعواه طالبا الفسخ لا يجعل الفسخ محتما , بل يملك القضاء سلطة تقديرية في فسخ العقد من عدمه [٣١], فيبحث القاضي في الإخلال الذي نسبه الدائن الى مدينه , فاذا كان الإخلال متحققا , فيبحث في طبيعته ان كان عدم تنفيذ او تنفيذا معيبا او تنفيذا جزئيا ، وما اذا انصب على التزام رئيس او على التزام ثانوي , وفيما اذا كان المدين حسن النية من عدمه , ثم يقرر بعدها اما فسخ العقد , او انظار المدين , فإذا وجد القاضي ان المدين سيء النية او ان الإخلال انصب على التزام رئيس او ان التنفيذ العيني لم يعد مجديا للدائن , او ان الغرض من التعاقد لم يعد ممكنا , كما لو ان الطرفين فقدا الثقة ببعضهما على نحو لم يعد مجديا الإبقاء على العلاقة التعاقدية , وإلا فإنها ستكون مصدرا للمنازعات , فعندها يقرر القاضي فسخ العقد , واذا وجد ان الاخلال انصب على التزام ثانوي[٣٢] , او ان المدين حسن النية سيء الحظ , وان الغرض من التعاقد ما زال قائما , فانه لا يفسخ العقد , وقد ينظر المدين للوفاء .

وتتقيد سلطة المحكمة التقديرية , في حالتين:-

[٣١] د-نبيل إبراهيم سعد ود-محمد حسن قاسم , مصادر الالتزام , منشورات الحلبي الحقوقية ط١ ,بيروت ٢٠١٠ , ص١١٢ .

[٣٢] د-عبدالحميد الشواربي , فسخ العقد منشأة المعارف بالإسكندرية , ط٣ ,١٩٩٧ , ص٦٤ , قرار محكمة التمييز رقم ١٧٤ /موسعة أولى /٨٧-٨٨ في ٣٠-٥-١٩٨٨ , مجموعة الأحكام العدلية العدد الثاني لسنة ١٩٨٨ , ص٤٢.

الاولى :-اذا اتفق الطرفان عند ابرام العقد , ان مجرد إخلال أي منهما يؤدي الى فسخ العقد من تلقاء نفسه , فان هذا الشرط يسلب المحكمة سلطتها التقديرية , وعندها لا تملك الا الحكم بالفسخ , بعد التحقق من حصول الإخلال[٣٣] .

الثانية:-اذا كان البائع مهددا ان يضيع عليه المبيع والثمن , فعندها يجب عليها الفسخ [٣٤].

ونرى بهذا الخصوص ان السلطة التقديرية للقضاء مسألة لا غنى عنها , فمن خلالها يستطيع القاضي النفاذ الى تصرفات الافراد للمواءمة بين تلك التصرفات والنظام العام , لكن فيما يتعلق بالفسخ نرى تقييدها في موضوع واحد وهو التأكد من حصول الاخلال من عدمه , دون ان يتعدى ذلك الى منح المدين اجلا او البحث في كون الاخلال حصل بحسن نية او بسوئها , فلسنا بصدد معاقبة المدين لكي يكون سوء النية مؤثرا , بل بصدد ضمان حق الدائن في التنفيذ العيني او الفسخ .

المطلب الثاني

الأسباب المادية

اعني بالأسباب المادية في هذا المقام ما يطرأ على محل العقد من تغيرات تمنع فسخه أو تقيد مكنة الدائن في طلبه , وهذه التغيرات يرجع بعضها إلى القابض على

[٣٣] د-عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير , الوجيز في نظرية الالتزام ج١ , مصادر الالتزام , بغداد ١٩٨٠ , ص١٨٠ .

[٣٤] ينظر المادة (٢/٥٨٢) من القانون المدني العراقي .

محل العقد , ويرجع بعضها الآخر إلى أسباب ليس للقابض يد فيها , ونبحث كلا من ذلك في فرع مستقل وعلى النحو الآتي

الفرع الأول

الأسباب التي ترجع إلى القابض

قد يحدث القابض تغيرات على محل العقد تنقص من قيمته , او تزيد فيها ، او تغير من طبيعة المحل ، على نحو يتعذر معه طلب الفسخ او يتقيد , ونعرض لهذه التغيرات وكما يأتي:-

أولا:- ما ينقص من قيمة المحل

إذا أحدث القابض تغييرا على المحل انقص من قيمته , امتنع الفسخ من الناحية القانونية , وليس من مصلحة طالب الفسخ أن يسترد محلا تقل قيمته عما سلمه , ومن ثم لا يبقى أمامه من سبيل إلا الإبقاء على العقد وطلب التنفيذ العيني , ومثاله أن يتسبب المشتري في تعيب المبيع , قبل أن يسدد كل الثمن أو بعضه[٣٥] .

ثانيا:-زيادة قيمة المبيع

واذا تسبب القابض بزيادة قيمة المبيع , فان مكنة الفسخ تتقيد ، كما لو كان المبيع أرضا أحدث فيها المشتري محدثات او غرس فيها قبل سداد الثمن ، فان حكم هذه المحدثات كما لو أقامها الحائز سيء النية , اذا كان هو الذي تسبب بفسخ العقد بخطئه بالتنفيذ ، أي يلزم بقلعها بشرط أن لا يلحق ضررا بالعين , وإلا أبقاها بقيمتها

[٣٥] ينظر نص المادة (٥٦٢) مدني عراقي .

مستحقة للقلع[٣٦] , مما يوجب على البائع أن يدفع قيمة المحدثات , وقد يمنعه ذلك من طلب فسخ العقد[٣٧] .

ثالثا:- تغيير طبيعة المعقود عليه

إذا تغيرت طبيعة المعقود عليه , امتنع الفسخ لاستحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد , ومثال ذلك طحن الحبوب وتحويلها الى دقيق ، او بذر البذور في الأرض قبل الوفاء بثمنها , وعليه لا يبقى امام بائع الحبوب الا طلب التنفيذ العيني لضمان حقه في الثمن .

الفرع الثاني

ما يطرأ على محل العقد بسبب أجنبي

ويشمل ذلك هلاك المحل او تلفه او تعيبه , لا يبقي للدائن الا طلب التنفيذ العيني , مع ملاحظة ان يد القابض على المحل يد ضمان , اذا كان العقد ناقلا للملكية , ومن ثم يلزم القابض بالوفاء بالعوض ويضمن الوفاء بذلك التنفيذ العيني , اما ان كان من العقود الواردة على المنفعة فان يد القابض يد أمان ومن ثم يهلك المحل مضمونا على مالكه , لكن ذلك لا يمنع المالك من طلب بدل المنفعة , كما في حالة هلاك المأجور بيد المستأجر.

[٣٦] ينظر نص المادة (١١١٩) مدني عراقي .
[٣٧] د- عبدالحميد الشواربي , المصدر السابق , ص٦٥ .

الخاتمة

اولا:- يمكن أن نلخص أهم النتائج التي خرج بها البحث بما يأتي:-

١- إن الفسخ احد الضمانات المسماة في القانون , بحيث يكون للدائن في العقد الملزم للجانبين الخيار بين طلب التنفيذ العيني ان كان ممكنا , او طلب فسخ العقد , وذلك لحمل مدينه على تنفيذ ما بذمته من خلال حرمانه من التنفيذ المقابل , وإذا تعذر التنفيذ العيني , أو أصبح غير مجد للدائن , وكان الدائن نفذ التزامه , فان الفسخ يضمن له الحق في استرداد ما سلمه , بالحالة التي سلمها عليه .

٢- إذا كان المدين نفذ التزامه تنفيذا جزئيا , ولم يرد الدائن إزالة آثار العقد جميعا , فله أن يطلب الفسخ الجزئي مادامت الصفقة قابلة للتجزئة .

٣- عند فسخ العقد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد , فان المدين يلزم ، لا برد ما تسلمه فقط , بل ومنافعه وثماره , سواء جناها أو قصر أو أهمل في جنيها , دون البحث في أحكام تملك الحائز حسن النية للثمار , لان القابض عن عقد , يعد بحكم الحائز سيء النية ، ما دام سبب الفسخ آت من جهته .

٤- إن السلطة التقديرية للقضاء أمر لابد منه في الفسخ , لكننا نرى تقييدها , في التثبت من كون الغرض من التعاقد ما زال ممكنا من عدمه , فضلا عن التأكد من حصول الإخلال او عدم حصوله , أما مسألة كون الإخلال انصب على التزام ثانوي او رئيس , او منح المدين أجلا إذا كان حسن النية , فنرى أنها تضعف الضمان الذي يوفره الفسخ .

٥- عدم ضرورة الاعذار في جميع صور الإخلال لطلب فسخ العقد , وإنما ينظر في كل حالة على حده , فيكون ضروريا في حالة التنفيذ المعيب , لكنه لا يستلزم في حالة

عدم التنفيذ , لان في استحقاق الوفاء إنذارا كاف بذاته للمدين , لتقليل نفقات الفسخ وتسهيل إجراءاته , ضمانا لحق الدائن .

٦- إذا أحدث الحائز محدثات على محل العقد , فان حكمها عند الفسخ وجوب قلعها بشرط ان يلحق ذلك ضررا بالعين وإلا تبقى بقيمتها مستحقة للقلع , أي أن حكمها يكون طبقا لما يحدثه الحائز سيء النية , مادام تسبب هو بخطئه بفسخ العقد الفسخ .

ثانيا:- التوصيات

نوصي المشرع العراقي بإضافة قيد الى نص المادة (١١٦٣) والمتعلقة بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية , يكون من مقتضاه ان لا يكسب حائز المنقول ملكيته , حتى وان كان حسن النية , لان من شأن بقاء النص على حاله ان يلحق ضررا بالدائن , الذي فات عليه العوض بسبب اخلال مدينه , وينبغي ان يسترد ما سلمه ، اما الغير حسن النية , فيمكن ان يرجع على سلفه بالضمان طبقا لاحكام التصرف الذي ربطه به , ويمكن ان يكون القيد الذي نتقترح اضافته الى النص (... دون اضرار بحق مالك المنقول في طلب الفسخ) .

المصادر

اولا :- باللغة العربية

أ- المصادر الفقهية

١- به مو برويز , المسئولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد , منشورات الحلبي الحقوقية ط١ , بيروت ٢٠٠٢ .

٢-د. حسام الدين الاهواني , عقد البيع , الكويت ١٩٨٩ , ص٨١٠ .

٣-د.حسن علي الذنون , النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني , مطبعة نهضة مصر , القاهرة ١٩٤٦ .

٤-د. حسن علي الذنون , العقود المسماة – عقد البيع , بغداد ١٩٥٣ .

٥-د. سعيد مبارك و د- صاحب عبيد الفتلاوي و د- طه الملا حويش , الموجز في العقود المسماة , بغداد ١٩٩٣.

٦- د- صبري حمد خاطر , فكرة المعيار في تأسيس نظام المسئولية العقدية ,دار الكتب القانونية , القاهرة ٢٠١٠ , ص٥٩ وما بعدها.

٧-د-عبدالحميد ألشواربي , فسخ العقد منشأة المعارف بالإسكندرية , ط٣ ,١٩٩٧ , ص٦٤.

٨-د. عبدالرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج١ , مصادر الالتزام , منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت ٢٠٠٠ .

٩- عبدالرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج٤, عقد البيع , منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت ٢٠٠٠ .

١٠-د.عبدالرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج٦, الإيجار والعارية , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ٢٠٠٠.

١١–د. عبد المجيد الحكيم , الموجز في شرح القانون المدني ج١ , مصادر الالتزام , بغداد ١٩٦٣ .

١٢–د.عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير , الوجيز في نظرية الالتزام ج١ , مصادر الالتزام , بغداد ١٩٨٠.

١٣–د.عبدالمنعم فرج الصده , مصادر الالتزام ,دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٩ .

١٤–د. نبيل إبراهيم سعد ود–محمد حسن قاسم , مصادر الالتزام , منشورات الحلبي الحقوقية ط١ ,بيروت ٢٠١٠ .

١٥–د. ياسين محمد الجبوري , المبسوط في شرح القانون المدني , ج١ , القسم الثالث , انحلال العقد دار وائل للطباعة والنشر , عمان ٢٠٠٢ .

ب–القرارات القضائية

القاضي لفته هامل العجيلي , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية , القسم المدني , الجزء الاول ط١, بغداد ٣٠١١ .

مجموعة الأحكام العدلية العدد الثاني لسنة ١٩٨٨ .

مجلة القضاء , العدد الاول , كانون ثاني – شباط – اذار ١٩٧٠ , السنة الخامسة والعشرون ١٩٧٠.

ثانيا :- باللغة الانكليزية

1-David Bainbridge , Introduction to Computer Law , fourth edition ,London 2000.

2-Max Young ,Cases &Materials in Contract Law ,London 1997.

ملخص البحث

يدور البحث حول فكرة اساسية مفادها , ان العقد كاف بذاته لتحقيق منافع الطرفين , نشأة وضمانا , ومن ثم لم يعد المتعاقدان بحاجة الى البحث في وسائل ضمان خارج الرابطة التعاقدية وما تستلزمه تلك الوسائل من نفقات وجهد , او على الاقل ان الحاجة الى البحث عن تل الوسائل ليست ملحة , فبموجب النظام القانوني للعقد الملزم للجانبين , يستطيع المتعاقد ان يضمن حقه , سواء بالتنفيذ العيني او التنفيذ بمقابل , لكن هذا الضمان تعترض سبيله عقبات لابد من ازالتها او تخفيف آثارها , لكي نزيد من فاعلية الضمان , وانتهى البحث الى مجموعة من النتائج والتوصيات تم ادراجها في خاتمته.

Abstract

The topic "the resign of contract as regard guarantee for enforcement " has engagement need expensive costs , so the been more important because another guarantees outside the contract research deals with resign not regard a plenty to punish contractor who creates the breach in his obligations , but as regard guarantee authorized another party to require his benefits (specific performance or compensation).

The research divided to two chapters , the first deals with the rights which a guarantee covered , the second treats an elements which reduce the activity of resign.