

الأساس القانوني للتعويض المصاحب للفسخ القضائي

The Legal basis For compensation associated with judicial revocation

م.د. عبد الامير جفات كروان^(١) Dr. Abdul-Ameer Ch. Karawn

الخلاصة

يمكن ان يتسبب اخلال المتعاقد في تنفيذ التزامه العقدي في الحاق الضرر بالمتعاقد الاخر فضلا عن اعطائه الحق في طلب فسخ العقد. وقد اجازت النصوص القانونية للمتعاقد المضروب ان يطلب التعويض ان كان له مقتضى اضافة الى طلبه فسخ العقد. وقد اختلف الفقه القانوني في بيان اساس هذا التعويض، اذ تذهب اكثرية الفقهاء الى ان اساس حق الدائن في التعويض في هذه الحالة هو المسؤولية التقصيرية للمدين؛ ذلك لان العقد يزول بفسخه فلا يكون اساسا صالحا لتقدير التعويض، ولا يعدو عندئذ كونه واقعة مادية. غير ان هناك رأي معارض لدى قلة من الفقهاء، يذهب الى ان اخلال المدين لم يكن اخلافا بالتزام قانوني عام، وانما كان اخلافا بالتزام لم يكن لينشأ لولا العقد؛ فلا يمكن لذلك تجاهل وجود العقد وان المسؤولية عن تعويض ضرر الاخلال الذي ادى الى الفسخ هي مسؤولية عقدية. واذا تحققت في الواقعة الضارة شروط المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، فلا جمع ولا خيرة بينهما، وانما تكون المسؤولية عقدية، ما لم تكن الواقعة الضارة تمثل جريمة جنائية، فيكون للدائن الخيار بين نوعي المسؤولية.

Abstract

When a party to a bilateral contract fails to implement his obligation, according to the contract, the other party has the right to demand from the court, the resolution of the contract, in addition to his right to get

١ - كلية القانون / جامعة بابل.

compensation for the damages suffered by him, due to the above mentioned non implementation of his obligation. The basis for this compensation, is a controversial issue in the civil jurisprudence. Most jurists say that the basis cannot be the contractual liability, as this require the existence of a valid contract and a contractual obligation, which cannot be achieved, as the contract vanishes by the resolution. Hence the compensation is based on tort liability. However there are few jurists who say that the contract cannot be ignored, and there for the liability is contractual. This study tries to clarify the various types of compensation, after the resolution of contract and the basis of each one of them.

المقدمة

إذا اخل الملتزم بالعقد في تنفيذ التزامه العقدي في العقود الملزمة للجانبين، أعطت النصوص القانونية للمتعاقد الآخر، الحق في طلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى. وقد تناول الفقه المدني وكذلك احكام القضاء، بيان الاساس القانوني لحق المتعاقد في طلب التعويض. وتذهب اكثرية الفقهاء الى القول بأن اساس الالتزام بالتعويض هو المسؤولية التقصيرية للمتعاقد الذي اخل في تنفيذ التزامه وتسبب في فسخ العقد؛ ذلك لان العقد بعد فسخه يزول ولا يصلح اساسا للتعويض عندئذ، فلا يكون هناك من اساس للتعويض سوى قواعد المسؤولية التقصيرية.

غير ان هناك قلة من الفقهاء تذهب الى انه لا يمكن استبعاد العقد الذي حصل الاخلال به عند تحديد اساس مسؤولية المدين عن التعويض. فالإخلال لم يحصل بالتزام قانوني عام حتى يقال ان المسؤولية عنه تقصيرية، وانما حصل بالتزام هو من صنع ارادة المتعاقدين، ولولا العقد لم يكن هذا الالتزام لوجود. كما ان هناك احوال تتحقق فيها شروط كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية في الاخلال الحاصل من المدين؛ ولذلك تنهض مسألة الخيرة أو الجمع بين المسؤوليةين ويلزم بيان مدى جواز ذلك.

ولتحديد نوع مسؤولية المدين بالتعويض وبيان اساسها القانوني اهمية من الناحية القانونية، وكذلك من الناحية العملية؛ ذلك لان لكل من المسؤوليةين التقصيرية والعقدية تنظيمها القانوني الخاص الذي يختلف من وجوه عدة عن تنظيم المسؤولية الاخرى، اهمها اختلاف مدى ما يشملها التعويض من الضرر الحاصل ومن حيث التقادم والتضامن بين المدينين والاثبات وجواز الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية، وغير ذلك. ولذلك فان تحديد نوع المسؤولية المدنية على الضرر الحاصل يترتب عليه تحديد مقدار التعويض والمدة التي تجوز فيها المطالبة وعلاقة المدينين اذا تعددوا، ببعضهم. ومن هنا تأتي اهمية هذه الدراسة.

ونحاول في هذه الدراية المتواضعة اتباع منهج تحليلي نقف من خلاله على معاني النصوص القانونية واقتوال الفقهاء واقضية المحاكم، للوصول الى الاساس الصحيح لمسؤولية المدين عن التعويض المصاحب للفسخ. وستكون دراستنا مقارنة بين القانون والفقه والقضاء العراقي والمصري، مع الاشارة الى التشريع والفقه والقضاء الفرنسي.

ونضع للدراسة خطة من ثلاثة مباحث، نخصص المبحث الأول منها لبيان أنواع التعويض التي يمكن ان تحصل بعد فسخ العقد وذلك في ثلاثة مطالب. ونخصص المبحث الثاني لعرض الآراء الفقهية بشأن نوع مسؤولية المدين عن التعويض المصاحب للفسخ ومدى جواز هذا التعويض من عدمه. اما المبحث الثالث فنخصصه لبيان الرأي الذي نؤيده مع الحجج التي تسنده ثم نعرض لمسألة حكم اجتماع شروط كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في الواقعة الضارة وذلك في مطلبين اثنين.

تمهيد وتقسيم:

بعد ان يتم فسخ العقد يمكن ان نواجه ثلاثة انواع رئيسة من التعويض بحسب مصدر هذا التعويض: هي التعويض عند استحالة تنفيذ الالتزام بالرد، والتعويض عن ضرر الاخلال الذي يصدر من المدين في تنفيذ التزاماته في المرحلة التي تلي فسخ العقد، كالتزامه بالرد او بدفع التعويضات، والتعويض عن ضرر الاخلال الذي سبب فسخ العقد.

وقد اثار التعويض المصاحب للفسخ ونعني به التعويض عن الضرر الناشئ من الاخلال الذي تسبب في الفسخ، خلافا في الفقه من حيث اساسه، اي من حيث نوع المسؤولية المدنية عنه. فيذهب الاتجاه السائد، الى ان هذه المسؤولية تقصيرية، لزوال العقد وتعذر الاستناد اليه في تحديد مسؤولية المدين، بينما تذهب قلة من الفقهاء الى ان مسؤولية المدين عقدية. غير ان اصحاب هذا الاتجاه الاخير، لا يقدمون تبريرا كافيا لرأيهم وكيف ان مسؤولية المدين تكون عقدية في وقت زال فيه العقد بالفسخ، الامر الذي يتطلب بحثا وايضا هذا الجانب من الموضوع. كما قد يحصل ان تتحقق شروط كلا المسؤوليتين التقصيرية والعقدية في الواقعة الضارة فما نوع مسؤولية المدين في هذه الحالة اذا تم فسخ العقد؛ ولذلك نقسم بحثنا على ثلاثة مباحث وعلى النحو التالي:

المبحث الاول: انواع التعويضات بعد الفسخ القضائي بحسب مصدرها.

المبحث الثاني: الخلاف في اصل جواز التعويض المصاحب للفسخ القضائي وفي اساسه.

المبحث الثالث: الرأي الذي نؤيده لتأصيل الالتزام بالتعويض المصاحب للفسخ القضائي.

المبحث الاول: انواع التعويضات بعد الفسخ القضائي بحسب مصدرها

هناك انواع رئيسة ثلاثة من التعويض بحسب مصدر هذا التعويض، في المرحلة التالية للفسخ القضائي، النوع الاول منها هو التعويض الذي يحكم به اذا استحال الرد العيني، ولذلك نطلق عليه تعبير (التعويض عن استحالة الرد العيني). وهناك تعويض من المحتمل ان ينشأ اذا اخلّ احد المتعاقدين بالتزاماته اثناء المرحلة التالية للفسخ القضائي، كما لو اخلّ بالتزامه بالرد بأن نفذه متأخرا او على نحو معيب ونطلق عليه تسمية (التعويض عن الاخلال بتنفيذ الالتزام بالرد)، اما النوع الثالث فهو التعويض الذي يصاحب الفسخ، متى ما كان لهذا التعويض مقتضى، وهو الذي عبر عنه المشرع بـ "الفسخ مع التعويض".

وهو تعويض عن الضرر الناشئ عن الاخلال الذي أدى الى الفسخ، ونطلق عليه تعبير (التعويض المصاحب للفسخ)، ولذلك نقسم موضوعنا على ثلاثة مطالب وعلى النحو التالي:

المطلب الاول: التعويض عن استحالة الرد العيني.

المطلب الثاني: التعويض عن الاخلال بتنفيذ الالتزام بالرد.

المطلب الثالث: التعويض المصاحب للفسخ.

المطلب الاول: التعويض عن استحالة الرد العيني.

نصت المادة ١٨٠ من القانون المدني العراقي على انه، "اذا فُسخ عقد المعاوضة الوارد على الاعيان المالية او انفسخ، سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه، فلا يلزم تسليم البديل الذي وجب بالعقد، وان كان قد سلم يسترد. فاذا استحال رده يحكم بالضمان". كما نصت المادة ١٦٠ من القانون المدني المصري على انه "اذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

والمقصود بالضمان في المادة ١٨٠ من القانون المدني العراقي، هو التعويض عن استحالة الرد، كما لو استحال الرد بأن كان الشيء المعين بذاته قد هلك في يد القابض او كان قد استهلكه، فيحكم لصاحبه بالتعويض^(٢). وقد تنشأ الاستحالة من انتقال الشيء الى خلف خاص يمكنه التمسك بأحد اسباب كسب الحق.

وهذا التعويض، لكونه يستعاض به عن الرد العيني الذي استحال، فإنه ليس التزاماً بدلياً^(٣)، او التزاماً تخييرياً^(٤)، وانما هو الالتزام الاصيل ذاته سواء نفذ عينا او بطريق التعويض. والذي تغير هو محل الالتزام، فبعد ان كان عينا اصبح تعويضاً، فتبقى الضمانات التي كانت تكفل التنفيذ العيني كافلة للتعويض^(٥)،

٢- منير القاضي، ملتنقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الأول، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٢، ١٩٥١ م، ص ٢٨٩، انظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧ م، ص ٤٣٨.

٣- يكون الالتزام بدلياً اذا كان محل التزام المدين شيئاً واحداً ولكنه يستطيع ان يفي بشيء اخر بدلا من محل التزامه الاصيل وان يجبر الدائن على قبول هذا الشيء، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ٢، أحكام الالتزام المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧ م، ص ٢١٠. وقد نصت المادة ٣٠٢ من القانون المدني العراقي على ما يلي "١- يكون الالتزام بدلياً اذا لم يكن محله الا شيئاً واحداً ولكن تبرا ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئاً آخر. ٢- والاصل لا البديل هو وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد طبيعته". انظر المادة ٢٧٨ من القانون المدني المصري المطابقة لها.

٤- يكون الالتزام تخييرياً اذا كان هناك شيئان او اكثر يصلح اي منهما ان يكون محلاً للوفاء بحيث انه اذا أدى المدين واحدا منها برئت ذمته والخيار في تعيين الشيء الذي يتم به الوفاء قد يكون للدائن وقد يكون للمدين فإذا باع شخص داره او سيارته فمحل التزامه هنا اما الدار او السيارة وليس الدار والسيارة. ويستطيع الوفاء بأي شاء منهما اذا كان الاختيار له كما ان الدائن يستطيع ان يختار أي شاء منهما اذا كان له الاختيار. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، الجزء الثاني، المصدر السابق، ص ٢٠٠. د. عزيز كاظم جبر، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الاسلامي. دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، ٢٠١١، ص ٨٧ وما بعدها. وقد نصت المادة ٢٩٨ في فقرتها الاولى على ما يلي "يصح ان يكون محل الالتزام احد اشياء قيمة او مثلية من اجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين او للدائن" وتقابلها المادة ٢٧٥ من القانون المدني المصري.

٥- د. عبد الزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات - اثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ٢٠٠٩، ص ٨٢٣. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ج ١ ازواج او وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ م، ص ١١.

ذلك لأن التنفيذ العيني للرد متى كان ممكناً، فليس للمدين ان يمتنع عنه مقتصرًا على التقدم بتعويض، بل يجبر على التنفيذ العيني، وكذلك اذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني، فليس للدائن ان يرفضه ويطلب التعويض مكانه. اما اذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني - مع انه ممكن - واقتصر على طلب التعويض، ولم يعرض المدين التنفيذ العيني، فإنه يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض، ويقوم هذا على اساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين^(٦). ونرى من ذلك انه لا الدائن وحده ولا المدين وحده يستطيع ان يختار التعويض عوضاً عن التنفيذ العيني، انما باتفاقهما معا.

فإذا استحال الرد العيني كما هو الفرض في المادة ١٨٠ من القانون المدني العراقي والمادة ١٦٠ من القانون المدني المصري، فإنه يستعاض عن التنفيذ العيني للرد بالتعويض بحكم القانون. فالالتزام هو هو لم يتغير، وانما استبدل بمحله محل اخر باتفاق الطرفين او بحكم القانون، ولكن ليس لأحدهما بإرادته وحده ان يختار التعويض بدلا من التنفيذ العيني.

وبناءً على ذلك، نقول ان الاساس القانوني للتعويض عن استحالة الرد العيني، هو ذات الاساس القانوني للالتزام بالرد، حيث يذهب الجانب السائد في الفقه المدني الى ان اساس هذا الالتزام هو قاعدة رد غير المستحق^(٧)، بينما يذهب بعض الفقه الى ان اساسه النص القانوني الذي قرره^(٨) مستنداً الى واقعة الفسخ القضائي، والباحث يؤيد هذا الرأي الأخير. اما اساس التحول من الرد العيني الى التعويض، فهو حكم القانون الذي نص عليه في المادة ١٨٠ من القانون المدني العراقي والمادة ١٦٠ من القانون المدني المصري، الملل باستحالة الرد العيني أيا كان سبب هذه الاستحالة^(٩).

المطلب الثاني: التعويض عن الاخلال بتنفيذ الالتزام بالرد

ان الالتزامين الاساسيين بعد الفسخ القضائي للعقد، هما الالتزام بالرد والالتزام بالتعويض ان كان له مقتضى، وذلك لإعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد. وكأي التزام، فان المدين به يمكن ان يخل بتنفيذه. وصور الاخلال هذه متنوعة، فاذا كان محل الرد مبلغاً من النقود - مثال ذلك البائع بعد الفسخ، مدين برد الثمن الذي قبضه - فإن المدين قد يتأخر في رده، مما يترتب عليه استحقال الفوائد

٦- د. السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، المصدر السابق، ص ٧٦٢.

٧- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٩م، ص ٨٠٤. وينفس المعنى د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١ في مصادر الالتزام، الجمهورية العراقية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠م. ص ١٨٤. د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ٢ بلا سنة طبع، ص ٥٥. د. جلال محمد ابراهيم، مصادر الالتزام، ط ٣، دار النهضة العربية، ٢٠١١م، ص ٢٧٦.

٨- استاذنا الدكتور عباس علي محمد الحسيني، رجعية العقد عند فسخه - بحث مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني. مجلة رسالة الحقوق، مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون جامعة كربلاء. س ٤، ع ١٢، ٢٠١٢م، ص ٣٧. وانظر بهذا المعنى د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية تصدر عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد السادس والخمسون، ١٩٨٦، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٨م، ص ١٢٨.

٩- قارن مع د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، مصدر سابق ص ١٢٩.

التأخيرية على سبيل التعويض القانوني، وبالشروط التي حددتها المادة ١٧١ من القانون المدني العراقي^(١٠)، وتقبلها المادة ٢٢٦ من القانون المدني المصري^(١١). كما يمكن ان يتأخر المدين بمبلغ التعويض عن استحالة الرد - الذي تناولناه في المطلب السابق - في دفع هذا المبلغ، مما يترتب عليه كذلك تحمله بفوائد عن هذا التأخير على النحو الذي بيناه انفاً. ويكون استحقاق هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية. وذات الحكم يصدق على التأخر في تنفيذ الالتزام بالتعويض عن الضرر الذي لحق الدائن.

واذا كان محل الرد شيئاً معيناً، ولكن المدين بالرد قد الحق به ضرراً أنقص من قيمته المالية، كالعيب المؤثر في المبيع الذي يحصل عند المشتري بعد الفسخ وقبل الرد، فانه من قبيل الهلاك الجزئي الذي يستوجب التعويض عنه. وهذا التعويض يختلف عن التعويض عن الهلاك الجزئي او العيب الناشئ قبل الفسخ، والذي يشمل النوع الثالث من التعويض (التعويض المصاحب للفسخ) وهذا النوع الاخير من التعويض - متى طالب الدائن به - يشمل الحكم بالفسخ ضمن فقرة التعويض. اما الاول (التعويض عن الاخلال بالرد)، فهو تعويض جديد يستوجب مطالبة قضائية جديدة اذا لم يسلم به المدين، لأنه غير مشمول ضمن الحكم الاصلي كما سبقت الاشارة الى ذلك. ومن صور هذا التعويض، التأخير في رد الثمار التي حكم بردها او تلف بعضها بتقصير المدين او تعديه، فهذه كلها صور تنشأ بعد الحكم بالفسخ يجمعها عنوان واحد هو: التعويض عن الاخلال في تنفيذ الالتزام بالرد.

وهذا التعويض ينشأ بعد الفسخ القضائي واثناء الفترة التالية له. وحيث ان الالتزامات الناشئة في المرحلة التالية للفسخ القضائي ليست التزامات عقدية، لكون العقد قد زال بالفسخ، فان المسؤولية عن هذا التعويض اساسها الاخلال بالتزام قانوني، هو الالتزام بتنفيذ مضمون الحكم القضائي كما هو ودون تأخير اي انها مسؤولية تقصيرية^(١٢)، ونكتفي بهذا القدر عن هذا النوع من التعويض واساسه، لأنه يخضع بوجه عام للقواعد العامة في التعويض عن الاخلال في تنفيذ الالتزام او التأخير فيه.

المطلب الثالث: التعويض المصاحب للفسخ

والكلام في هذا النوع من التعويض، هو عمدة الكلام في التعويض في المرحلة التالية للفسخ القضائي، لما يثيره الموضوع من خلاف في الفقه انسحب الى احكام القضاء، كما سيتضح خلال البحث.

١٠- نصت المادة ١٧١ من القانون المدني العراقي على انه "اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان المبلغ معلوم وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير، فوائدها قانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخاً اخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره"

١١- وهي موافقة للمادة ١٧١ من القانون المدني العراقي فيما عدا ان القانون المدني العراقي يشترط ان يكون مقدار المبلغ معلوم وقت نشوء الالتزام، بينما القانون المدني المصري يشترط معلومية مقدار المبلغ عند المطالبة. انظر للتفصيل، د. السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، مصدر سابق ص ٨٨٣ وما بعدها.

١٢- تكون المسؤولية تقصيرية حيثما تنتفي الرابطة العقدية بين المسؤول والمضروب. انظر د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الاول في الاحكام العامة، ١٩٨٨م، ص ١٢.

فقد تناولت المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى هذا النوع من التعويض، بالقول "... جاز للعائد الاخر بعد الاعذار، ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتض" كما نصت المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري في فقرتها الاولى بالقول "... جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتض" وقد اطلقنا على هذا التعويض (التعويض المصاحب للفسخ)، لأن عبارة النص القانوني ذاته قالت الفسخ مع التعويض (ومع تنفيذ المصاحبة).

وقد سبق القول بأن الفسخ القضائي لا يكون الا اذا كان هناك اخلال في تنفيذ الالتزام العقدي من احد الاطراف (المدين)، مما يسوغ للدائن طلب الفسخ. وهذا الاخلال اذا كان شرطاً لإجابة طلب الفسخ من لدن القضاء، فانه يمكن ان يكون في ذات الوقت مصدراً للالتزام بالتعويض اذا تسبب في ضرر للدائن.

فالإخلال في تنفيذ الالتزام العقدي (بما في ذلك التأخير في التنفيذ او التنفيذ المعيب) يمكن ان تترتب عليه نتيجتان: الاولى حق الدائن في طلب الفسخ، والثانية حقه في التعويض. والاولى يمكن ان تتحقق سواء أكان هناك ضرر لحق الدائن بسبب الاخلال، او لم يكن هناك ضرر، اما النتيجة الثانية ونعني بها الحق في التعويض، فتتوقف على حصول الضرر بسبب الاخلال مباشرة. كما ان التعويض، يمكن ان يكون في حال طلب التنفيذ العيني وفي حال طلب الفسخ اذا كان له مقتضى. والنص المصري صريح في ذلك. والنص العراقي يفيد ذات المعنى، لان امكان طلب التنفيذ العيني مفهوم ضمناً لأنه الاصل كونه الغاية من التعاقد وان المادة ١٧٧ نصت على جواز طلب الفسخ وليس على وجوبه، فيجوز ان يطلب العاقد اجبار العاقد الاخر على تنفيذ التزامه بدلاً من فسخ العقد^(١٣).

ولذلك فان الفسخ والتعويض امران مختلفان، وكل منهما أعم من الاخر من وجه، فالفسخ يجوز في حال اخلال العاقد الاخر، سواء تسبب الاخلال في ضرر ام لم يتسبب، فيما التعويض يستوجب حصول الضرر بسبب الاخلال. والتعويض ممكن في حال طلب التنفيذ العيني، وفي حال طلب فسخ العقد، وهو أعم من الفسخ الذي هو احد الخيارين من تنفيذ عيني او فسخ.

ولا تقضي المحكمة بالتعويض من تلقاء ذاتها، وانما يجب ان يطلبه المدعي في دعوى الفسخ ولا تلزم المحكمة ان تنبهه الى حقوقه^(١٤) "ولذلك يلاحظ انه لا تلازم بين الحكم بالفسخ وبين الحكم بالتعويضات، فقد يحكم القاضي بالتنفيذ والتعويضات، وقد يحكم بالفسخ مع التعويض، فالحكم بالتعويض مستقل عن الفسخ ويخضع لقواعد خاصة به."^(١٥)

١٣- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، الجزء الاول، مصدر سابق ص ٤٢٧.

١٤- انظر في ذلك د. مصطفى الجارحي، مصدر سابق ص ١٢٩ والمصادر التي اشار اليها.

١٥- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصادر الالتزام، مكتبة تحفة مصر، ١٩٥٤م، ص ٣٦٩.

ومن هنا تظهر عدم دقة وصف هذا التعويض بأنه تعويض عن الاضرار المترتبة على فسخ العقد، او انه تعويض ما اصاب الدائن من ضرر بسبب الفسخ^(١٦)، وذلك لأسباب عدة: منها ان الفسخ في نظر الفقه نوع من التعويض^(١٧) على الدائن طالب الفسخ بتخليصه من التزامه العقدي تجاه متعاقد مغل بالتنفيذ. كما ان الدائن هو طالب الفسخ، ولا يعقل ان الدائن يطلب ما يضر به نفسه، بل بالعكس هو يسعى للتخلص من ضرر العقد الذي حصل الاخلال فيه. والفسخ القضائي من انشاء القضاء، ولا يصنع القضاء ما يفاقم من ضرر الافراد الذين يلجؤون اليه. كما ان التعويض يصاحب الفسخ، فلا يكون الفسخ سببا له لان المفروض في السبب ان يسبق المسبب، لا ان يصاحبه في الحصول. ثم ان الفسخ نوع من الجزاء المدني، ولذلك يشترطه المتعاقدان في بعض الحالات (المادة ١٧٨ من القانون المدني العراقي والمادة ١٥٨ من القانون المدني المصري) عند عدم الوفاء بالالتزامات وعدم الوفاء ضرر، فلا يتصور ان يكون جزاؤه (وهو هنا الفسخ) مزيد من الضرر. يضاف الى ذلك فإن القاضي اذا لم يقتنع بفسخ العقد وابقى عليه، فإنه يمكن ان يحكم بالتعويض مع التنفيذ العيني، وقد سبقت الاشارة الى ذلك، ويكون التعويض هنا عن ضرر الاخلال نفسه، الذي كان يمكن ان يتسبب في الفسخ، كما لا يكون الحكم بالتعويض ملازما للحكم بالفسخ، فقد يكون الفسخ بلا تعويض، مما يدل على ان التعويض ليس عن فسخ العقد، والا لكان ملازما له وانما التعويض عن الاخلال الذي تسبب بالفسخ، اذا نتج عنه ضرر لحق الدائن.

ولذلك فإننا نؤيد القول بأن هذا التعويض، انما هو عن الضرر الذي اصاب الدائن من عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فيحكم القاضي بتعويضات تكميلية لتعويض الضرر الذي اصاب الدائن بسبب عدم التنفيذ^(١٨).

المبحث الثاني: الخلاف في اصل جواز التعويض المصاحب للفسخ القضائي وفي مصدره.

هنالك خلاف في استحقاق التعويض الى جانب الحكم بفسخ العقد منشؤه عدل الفسخ نوعاً من انواع الجزاء او التعويض بالنسبة للدائن يمكن الاقتصار عليه فلا تعود هنالك حاجة الى تعويض مصاحب له. ولذلك وجدت تشريعات وآراء فقهية تقول بعدم الحكم للمتعاقد طالب الفسخ بالتعويض، ثم ان

١٦- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، الجزء الاول، مصدر سابق ص ٤٣٨. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، مطبعة المعارف - بغداد، ١٩٧١ م، ص ٣٩٣. د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط ١، المكتبة القانونية - بغداد، ٢٠٠٧ م، ص ٢٣٣. حيث يصفون التعويض بهذا الوصف.

١٧- د. عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصدر سابق ص ٣٦٩، حيث يقول "قد لا يكفي الحكم بالفسخ لتعويض الدائن اذا كان قد اصاب الدائن ضرر من عدم تنفيذ المدين لالتزامه" فالفسخ هنا تعويض بهذا المعنى.

١٨- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصدر سابق ص ٣٦٩. او ما يعبر عنه البعض بحق القول ان التعويض هنا "جزاء يفرض على المدين بسبب خطئه الذي تسبب عنه فسخ العقد" استاذنا الدكتور عباس علي محمد الحسيني، رجعية العقد عند فسخه، مصدر سابق، ص ٤٢.

الاتجاه الذي يميز التعويض اضافة للفسخ اذا تحققت شروط استحقاقه، لا يُرجع مصدر هذا التعويض (او كما يقال غالبا اساس هذا التعويض) الى نوع واحد من نوعي المسؤولية المدنية. فتذهب اكثرية الفقهاء الى القول بأن مصدر التعويض هو المسؤولية التقصيرية لزوال العقد بأثر رجعي بفسخه، بينما تقول اقلية قليلة جدا من الفقهاء بان مسؤولية المدين عقدية، دون ان تقدم تعليلا لذلك. ولهذا نقسم هذا المبحث على مطالب ثلاثة وعلى النحو التالي:

- المطلب الاول: الخلاف في أصل جواز التعويض المصاحب للفسخ القضائي.
- المطلب الثاني: الاتجاه الذي يذهب الى ان مسؤولية المدين بعد الفسخ تقصيرية.
- المطلب الثالث: الاتجاه الذي يذهب الى ان مسؤولية المدين بعد الفسخ عقدية.

المطلب الاول: الخلاف في اصل جواز التعويض المصاحب للفسخ القضائي

لاحظنا ان الفقه ينظر الى الفسخ بعدّه جزاءً، قد يتمسك به احد المتعاقدين عندما يتخلف الآخر عن تنفيذ التزامه، وهذا واضح ايضا من التعريفات التي يسوقها الفقه لمصطلح الفسخ^(١٩). بينما يذهب جانب آخر من الفقه بعد ان يشير الى عدم اجتماع الفسخ مع التعويض في بعض القوانين المدنية^(٢٠)، الى ان مثل هذا النظام "الذي يقضي بعدم امكان الجمع بين الفسخ والتعويض نظام منطقي وعادل"^(٢١)، ويبين ذلك بأن مثل هذا النظام منطقي؛ لأن الفسخ وسيلة ضمان للدائن وهو وسيلة جزاء كذلك فلا يجوز ان نسمح للدائن ان يستعمل هاتين الوسيلتين مرتين، مرة بالفسخ واخرى بالتعويض. فالفسخ يمثل تعويضا كافيا للدائن عما لحقه من ضرر جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه او الاخلال فيه. هذا فضلا عن ان الفسخ بإرجاعه الحال الى ما قبل التعاقد، لا يلائم مطلقا تعويض الدائن عما فاتته من ربح وما لحقه من خسارة. اما انه نظام عادل فلاّنه يعطي الدائن الخيار بين فسخ العقد دون تعويض اضافي، وبين الابقاء على العقد واستحقاق التعويضات. وهذا يكفي لإعادة التوازن المادي بين المتعاقدين.^(٢٢)

غير ان امكان اجتماع التعويض مع الفسخ امر مسلم به، بعد ان نُصَّ عليه في المواد ١٧٧ - ١ من القانون المدني العراقي و ١٥٧ - ١ من القانون المدني المصري و ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي، كما انه محل اتفاق الفقه واقتضية المحاكم في ظل القوانين المذكورة انفا، مما لا يحتاج الى التدليل عليه.

١٩- د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الارادية للالتزام، ١- العقد والارادة المنفردة، ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م، ص٥٩٣.

٢٠- يذكر د. حسن علي الذنون ان القانون المدني الالماني المعمول به ابتداءً من سنة ١٩٠٠ وقانون الالتزامات السويسري كمثال على ذلك. انظر في ذلك د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الاول، مطبعة نخضة مصر، ١٩٤٦م، ص١٩ - ص٢١. والذي يهمنها هو فكرة عدم اجتماع الفسخ مع التعويض بغض النظر عن القانون الذي تنبأها.

٢١- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، المصدر سابق ص٢٦٤.

٢٢- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، المصدر السابق، ص٢٦٤.

وأما عن التعويض المصاحب للفسخ في ضوء احكام الفقه الاسلامي، فإن البعض يذهب الى ان الشريعة الاسلامية لا تجيز مطلقا الجمع بين التعويض والفسخ، وذلك لان التعويض مكون من عنصرين عنصر سالب يتمثل فيما فات الدائن من ربح وعنصر موجب وهو ما لحقه من خسارة، والشريعة الاسلامية لا تجيز تعويض الدائن في كلتا الحالتين. اما الربح الفائت فلانه لم يثبت في ذمته ثبوتا ماديا قاطعا فهو على هذا ربا او شبهة ربا يحرمها الشرع الاسلامي. واما ما لحقه من خسارة فلان الفسخ بحد ذاته جزء كاف لتعويضه عنها، ولان السنة النبوية نصت صراحة على ان (الخراج بالضمان)^(٢٣). ولا يجد الباحث، في أقوال فقهاء المسلمين ذكر للتعويض عن الربح الفائت او الخسارة اللاحقة بعد فسخ العقد، اذ يلتزم البائع برد المبيع والمشتري برد الثمن.

واذا حصل اخلال في ضمان الاستحقاق او ضمان العيب كما لو استحق المبيع، فإن البائع يكون قد "أخل" بالتزامه ولم يحقق الغاية المقصودة والضمان يكون بفسخ البيع ولا يعوض المشتري بأكثر من رد الثمن اليه، فلا يعوض عن خسارة تحملها او عن ربح فاته لان نظرية الضرر الواجب التعويض عنه في الفقه الاسلامي لا تتسع لمثل هذا التعويض"^(٢٤).

وقد نجد فيما ذهب اليه احد فقهاء المسلمين في العصر الحديث^(٢٥)، ما يمكن عدّه تعليلا لموقف الفقه الاسلامي من التعويض المصاحب للفسخ والذي ذكرناه انفا، فهذا الفقيه يرى ان المفهوم الاسلامي للتداول انه يعني عملية تطوير الطبيعة الى شكل افضل بالنسبة الى حاجات الانسان. ولذلك فالتداول بمعناه المادي نوع من عمليات الانتاج حيث تضاف قيمة او منفعة جديدة بنقل الثروات من مكان الى اخر واعادتها لتكون في متناول المستهلكين، خلافا للمعنى القانوني للتداول والذي هو نقل الحقوق او الملكية من فرد لأخر^(٢٦). ولذلك فإن الفوائد او الارباح التي يجنيها البائع، انما هي نتيجة العمل الانتاجي الذي يمارسه وليس مجرد العملية القانونية الناقلة للحقوق. اما ما انتشر في الازمنة الحديثة من تكرار العمليات القانونية على السلعة للحصول على الفوائد دون اضافة قيمة اليها بتداولها ماديا، فإنه لا يتماشى مع المفهوم الاسلامي عن التداول^(٢٧). وهذا يفسر لنا مدلول بعض النصوص الاسلامية التشريعية، ذلك لان التجارة في نظر الاسلام نوع من الانتاج والعمل المثمر ومكاسبها انما هي في الاصل نتيجة لذلك، لا للعملية في نطاقها القانوني فحسب^(٢٨).

وينقل هذا الفقيه مضمون رأي عدد كثير من الفقهاء بمن فيهم الشافعي فيقول: "ان التاجر اذا اشترى حنطة مثلا ولم يقبضها لا يسمح له ان يربح فيها عن طريق بيعها بثمن اكبر. وانما يجوز له ذلك

٢٣- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، المصدر السابق، ص ٢٧٣.

٢٤- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج ٦، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد الدايدة، بيروت - لبنان بلا سنة طبع، ص ١٤٠.

٢٥- السيد محمد باقر الصدر، اقتصادنا، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، ص ٦٤٣ وما بعدها.

٢٦- السيد محمد باقر الصدر، المصدر السابق ص ٦٤٣ - ص ٦٤٤.

٢٧- السيد محمد باقر الصدر، المصدر السابق ص ٦٤٦.

٢٨- السيد محمد باقر الصدر، المصدر السابق ص ٦٤٧.

بعد قبضها، مع ان عملية النقل القانونية تتم في الفقه الاسلامي بنفس العقد ولا تتوقف على أي عمل ايجابي بعده. فالتاجر يملك الحنطة بعد العقد وان لم يقبضها، ولكنه بالرغم من ذلك لا يسمح له بالإتجار بها والحصول على ربح ما لم يقبض المال حرصا على ربط الارباح التجارية بعمل، واخراج التجارة عن كونها مجرد عمل قانوني يدر ربحاً^(٢٩).

"وفي خبر علي بن جعفر انه سأل الامام موسى بن جعفر -عليه السلام- عن الرجل يشتري الطعام يصلح بيعه قبل ان يقبضه؟ قال -عليه السلام-: اذا ربح لم يصلح حتى يقبض وان كان تولية -أي باعه بنفس الثمن الذي اشتراه به بدون ربح- فلا بأس"^(٣٠).

وقال الامام الشافعي بمنع بيع مالم يقبض في سائر المبيعات^(٣١).

وعن امير المؤمنين علي -عليه السلام-: "من اشترى طعاما او علفا الى اجل فإن لم يجد شرطه واخذ ورقا فلا يأخذ الا رأس ماله فلا يظلمون ولا يُظلمون"^(٣٢).

ويستدل هذا الفقيه من هذا الحديث وامثاله ان هذه النصوص "تستهدف بالنهي الوارد فيها منع المشتري من بيع ما اشتراه سلفا قبل قبضه وبعد حلول اجله بثمان اكبر. واما اذا كانت النصوص تريد بيان ما للمشتري المطالبة به اذا فسخ العقد استنادا الى حقه في الخيار، نتيجة لعدم تسليم البائع له السلعة في الوقت المحدد، فيكون معنى النهي فيها ان المشتري اذا لم يتسلم السلعة التي اشتراها سلفا في الوقت المحدد، وفسخ العقد فليس له الا استرجاع نفس الثمن الذي سلمه للبائع سابقا."^(٣٣)

وعليه فإن فسخ العقد دون تنفيذ لا يعطي البائع الحق في ربح فائت لأنه لم يضيف قيمة مادية الى محل العقد كون الفسخ هو اعادة الحال الى اصله.

المطلب الثاني: الاتجاه الذي يذهب الى ان مسؤولية المدين بعد الفسخ تقصيرية

وهذا هو الاتجاه الذي يحظى بقبول الاكثية الساحقة من فقهاء القانون المدني في مصر^(٣٤)، وبعض الفقه في العراق^(٣٥) ذلك ان العقد بعد ان فسخ لا يصلح ان يكون اساسا للتعويض، يقول اصحاب هذا

٢٩- السيد محمد باقر الصدر، المصدر السابق ص ٦٤٨.

٣٠- وسائل الشيعة للحر العاملي محمد ابن الحسن، ج ١٢، ص ٣٨٩، نقلا عن السيد محمد باقر الصدر، مصدر سابق ص ٦٤٨.

٣١- الامام الشافعي، الام، ج ٣، ص ٦٩، والى ذلك ذهب الفقهاء الأحناف (الفقه على المذاهب الاربعة عبد الرحمن الجزيري الجزء الثاني ص ٢٢٤). المرغباني، الهداية في شرح بداية المبتدي، الجزء الثالث ص ٥٩. وقال ابن قدامة من الحنابلة "اما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافا" ابن قدامة، المغني، الجزء الرابع، ص ٢٧٠، نقلا عن السيد محمد باقر الصدر، المصدر السابق ص ٦٤٨.

٣٢- وسائل الشيعة، الجزء ١٣، ص ٧٦، نقلا عن السيد محمد باقر الصدر، المصدر السابق، ص ٦٤٨.

٣٣- السيد محمد باقر الصدر، مصدر سابق، ص ٦٥٠ هامش (١) و (٢).

٣٤- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٨٠٥. د. سليمان مرقس، في الفعل الضار مصدر سابق، ص ٤٦. د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ١٩٦٠م، ص ٤٠٧. د. عصام انور سليم، الوجيز في عقد الإيجار، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٦م، ص ٤٩٥. د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق، ص ٢٧٦. د. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الاسلامي، مصادر الالتزام، ط ١، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٤٩٤. د. مصطفى الجارحي، مصدر سابق ص ١٣٠. د. المحمدي احمد ابو عيسى، انحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة،

الاتجاه، وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لا عملاً قانونياً أما العاقد الذي لم يقيم بتنفيذ التزامه فليس له أن يطالب بالتعويض. بينما لو كان ما يطلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية ذلك لأن العقد في هذه الحالة بقي قائماً ولم يفسخ^(٣٦).

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "ولا يكون التعاقد ذاته في حالة الفسخ أساساً للالتزام بالتعويض، إذ هو ينعدم انعداماً يستند أثره بفعل الفسخ وإنما يكون مصدر الالتزام في هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره"^(٣٧).

كما يذهب البعض إلى حد القول "وكما أن المسؤولية العقدية تبدأ بقيام العقد ولا وجود لها قبل إبرامه فإنها تنقضي كذلك بانقضاء العقد ولا بقاء لها بعد زواله. ولهذا الحكم وضوح البديهية لأن المسؤولية العقدية كما قدمنا جزاء الإخلال بالتزام عقدي ومتى زال العقد وانقضت الالتزامات الناشئة عنه فعلى ما تتأسس المسؤولية العقدية؟"^(٣٨)، وهو ما تذهب إليه محكمة النقض المصرية^(٣٩).

ولنا على هذا الرأي الذي يؤسس التعويض المصاحب للفسخ على أساس قيام المسؤولية التقصيرية، الملاحظات التالية:

١. إذا استخدمنا طريقة أصحاب هذا الاتجاه في التحليل ذاتها فإن الأثر الجوهرى للفسخ هو زوال العقد بأثر رجعي حتى أن بعض الفقه يقول أن العقد يصبح كأن لم يكن^(٤٠)، ومقتضى هذا القول (صيورة العقد كأن لم يكن) أن الالتزامات التي ترتبت عليه هي الأخرى أصبحت وكأنها لم توجد. وعلى حد تعبير المادة ١٨٠ من القانون المدني العراقي (سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه). فإذا كان هذا هو مقتضى الأثر الرجعي، فكيف يمكن الكلام عن إخلال من المتعاقدين بالتزامات أصبحت كأن لم تكن، بل أكثر من ذلك أن ما نفذ منها يجب الرجوع فيه وإعادة الحال إلى أصلها قبل التعاقد؟

٢٠٠٤، ص ٩٣. ياسر أحمد كامل الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية. تصدر عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد ٧١، ٢٠٠١م، ص ١٧٥. د. محمد حسن عبد الرحمن، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٣٦١.

٣٥- د. كمال قاسم ثروت الوندأوي، شرح أحكام عقد البيع، ط ١، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، ١٩٧٣م، ص ٣٠٦ هامش رقم ١.

٣٦- د. السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق ص ٨٠٥ - ص ٨٠٦.

٣٧- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، مطبعة دار الكتاب العربي، بلا سنة طبع. ص ٣٢٧.

٣٨- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص ١٦١، والمصادر الفرنسية التي أشار إليها في

الهامش رقم (١) من الصفحة نفسها.

٣٩- الطعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ قضائية في ١٩/١/١٩٧٨ أشار إليه د. مصطفى الجمل مصدر سابق ص ٤٩٤ هامش رقم

(١).

٤٠- د. جلال محمد إبراهيم، مصدر سابق ص ٢٧٥. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد، المكتب

المصري الحديث، الإسكندرية ١٩٦٩م، ص ٢٩٣.

ومعنى هذا الكلام ان الاخلال اصبح بلا موضوع؛ لان الالتزام المدعى الاخلال به قد صار بالفسخ كأن لم يكن، مما يعني ان الفسخ لا يؤدي فقط الى زوال العقد، وانما يؤدي كذلك الى جعل الالتزامات الناشئة عنه كأن لم تكن، ويجعل الكلام عن الاخلال بها بلا موضوع، اي ان الفسخ لا يؤدي فقط الى جعل المسؤولية العقدية بلا اساس، وانما يجعل اية مسؤولية اخرى عن عدم التنفيذ هي الاخرى بلا اساس.

٢. اذا رفعت الى القضاء دعوى طلب فسخ عقد بيع لإخلال البائع بالتسليم مثلاً وتضمنت طلب التعويض عن هذا الاخلال ايضاً، وبعد ختام المرافعة^(٤١)، ولم يبق ما يقال من اطراف الدعوى، واصبح القاضي امام لحظة اصدار حكمه بالفسخ مع التعويض، فاذا اقتنع القاضي بأن الاخلال الصادر من المدين يبرر الحكم بالفسخ فانه سيحكم به. واذا وجد ان الاخلال سبب ضرراً للدائن فعليه الحكم بتعويضه في حدود طلبات الدائن. والسؤال: ان القاضي في هذه اللحظة يجد ان العقد ما زال قائماً، وان هناك خطأً عقدياً وضرراً وعلاقة سببية، الا ترى ان المسؤولية التي يجدها القاضي امامه هي مسؤولية عقدية إذ ان العقد لم يفسخ بعد؟ فالمفروض ان القاضي يحكم على وفق الوقائع والادلة المتحصلة بين يديه من مجريات الدعوى وليس عليه ان يتخيل ما يحصل بعد حكم لم يصدر بعد ويحكم على وفق ذلك، بل ليس له ان يترتب اثار حكمه بالفسخ قبل ان يصدر هذا الحكم اصلاً، اذ ان اصدار العقد والحكم على اساس زواله فيما يخص التعويض يعني تطبيق اثر الحكم بالفسخ قبل ان يصدر هذا الحكم.

٣. واذا كان الاثر الرجعي للفسخ هو الذي حدا بالفقه الى القول بأن العقد يصير كأن لم يكن، ولا يصلح حينئذ ان يكون اساساً للتعويض ويكون لا مناص من تأسيس التعويض على المسؤولية التقصيرية لا العقدية، فما عسى ان يقول هذا الفقه في الاحوال التي لا يكون للفسخ فيها مثل هذا الاثر الرجعي كما هو الحال في فسخ العقود الزمنية على وفق الرأي السائد في الفقه والقضاء في العراق ومصر؟ لم نجد في الفقه تعليقا على هذه الحالة، والمفروض ان يتم الابقاء على العقد اساساً للمسؤولية عن الاخلال الذي ادى الى الفسخ وتكون المسؤولية لا محالة عقدية.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى ذلك في بعض احكامها فنقضت حكم محكمة استئناف القاهرة الذي قضى للمستأجر بتعويض عن عدم انتفاعه بالعين المؤجرة طيلة المدة السابقة على تنفيذ الحكم الصادر بطرده استناداً الى قواعد المسؤولية التقصيرية وجاء في حكم محكمة النقض: "من المقرر ان فسخ عقد الايجار اتفاقاً او قضاءً -بعد البدء في تنفيذه- وخلافاً للقواعد العامة، لا يكون له اثر رجعي اذ يعتبر العقد مفسوخاً من وقت الاتفاق عليه او الحكم النهائي بفسخه، لان طبيعة العقود الزمنية ومنها عقد الايجار تستعصي على هذا الاثر ويبقى عقد الايجار بالنسبة للمدة التي انقضت من قبل قائماً يحكم

٤١- انظر المادة ١٥٦ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

العلاقة بين الطرفين في شأن ادعاء اي منهما قبل الاخر بعدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد خلال تلك المدة... فلا يجوز الاخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية، لأنه في ذلك اهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عن عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له.^(٤٢) ولذلك لا تؤيد هذا الاتجاه القائل بأن اساس التعويض المصاحب للفسخ هو المسؤولية التقصيرية ونرى ان حجته لا تنهض لتبريره.

المطلب الثالث: الاتجاه الذي يذهب الى ان مسؤولية المدين بعد الفسخ عقدية

رغم توافق الفقه المدني على القول بان مسؤولية المدين عن تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب اخلال المدين بالتزاماته العقدية مما ادى الى الحكم بفسخ العقد، هي مسؤولية تقصيرية، فإنك تصادف اقوالاً لبعض الفقهاء تبقي على مسؤولية المتعاقد المدين في هذه الحالة مسؤولية عقدية لا تقصيرية رغم زوال العقد بالفسخ، ولكن دون ان يقدم اصحاب هذا الاتجاه تفسيراً لكون المسؤولية عقدية رغم زوال العقد واثاره بأثر رجعي، حتى ليخال اليك وسط كثرة القائلين بأن المسؤولية تقصيرية، ان كلمة عقدية قد وردت سهواً عند اصحاب الرأي المخالف.

ويذهب البعض الى انه "اذا كان الفسخ هو جزاء خاص في العقود الصحيحة الملزمة للجانبين فإن هذا لا يمنع من قيام الجزاء العام وهو المسؤولية العقدية وجزاؤها تعويض المتعاقد الذي تضرر من الاخلال بالعقد ويمكن اجتماع الفسخ والمسؤولية العقدية في قضية واحدة"^(٤٣).

وفي الفقه المصري من ذهب الى انه "قد لا يكفي الحكم بالفسخ لتعويض الدائن اذا كان قد اصاب هذا الدائن ضرراً من عدم تنفيذ المدين لالتزامه. عندئذ يكون للقاضي ان يحكم له بتعويضات تكميلية لتعويض الضرر الذي اصاب الدائن بسبب عدم التنفيذ. ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً للشروط العامة للمسؤولية التعاقدية"^(٤٤) وهذا الاقتباس صريح في ان التعويض المصاحب للفسخ اساسه المسؤولية التعاقدية. غير ان صاحب هذا الرأي لم يوضح كيف يستقيم القول انه عند الفسخ تكون المسؤولية تعاقدية بينما العقد الى زوال.

وفي الفقه الفرنسي^(٤٥) فإنه في ضوء المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي هناك مجال لاجتماع التعويض مع الفسخ وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمثل هذا التعويض عن الاضرار^(٤٦). ويرى جانب

٤٢- نقض جلسة ١٩٨١/٢/١٠ مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٢، رقم ٩١، ص ٤٦٨ كما نقله د. ياسر كامل الصيرفي، الاثر الرجعي، مصدر سابق، ص ١٨٤ - ص ١٨٥.

٤٣- د. منذر عبد الحسين الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات واحكامها، ط ١، دار الثقافة، عمان - الاردن، ٢٠١٢ م، ص ٢٣٤.

٤٤- د. عبد الحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصدر سابق ص ٣٦٩.

٤٥- Geneviève Viney, TRAITÉ DE DROIT CIVIL, sous la direction de Jacques Ghestin, Introduction à la responsabilité, L.G.D.J. مترجم الى اللغة العربية بعنوان: جنيف فيني، المطول في القانون المدني بإشراف جاك غستان، مدخل الى المسؤولية، ترجمة د. عبد الامير ابراهيم شمس الدين، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ٢٠١١ م، ص ٦٣٠ - ص ٦٣١.

من الفقه الفرنسي انه "ينبغي ملاحظة انه اذا كانت الاضرار والمنافع مخصصة بشكل خاص للتعويض للدائن عن خسارة منافع مرتقبة من العقد، فمن الصعب تجاهل العقد لتقديرها وهذا ما يعزز القول بخضوعها الى القواعد التعاقدية. من جهة ثانية، الفعل الذي يحرك هذه المسؤولية يكمن في عدم تنفيذ العقد.... فالعقد في حقيقته كان قائما تماما بين لحظة وضعه ولحظة إلغائه.... ويبدو واضحا ان الوضع الذي ينشأ من الالغاء - مع اعتبار الردود والاضرار والمنافع - هو بوضوح محكوم بالعقد وانه لهذا الواقع فإن تطبيق النظام التعاقدى هو الحل الواقعي"^(٤٧).

من كل هذا يتبين لنا ان الرأي القائل بأن الالتزام بالتعويض المصاحب للفسخ - أي التعويض عن اضرار الاخلال الذي ادى الى الفسخ - يؤسس على المسؤولية العقدية، لا يعدم من ينصره. بقي ان نوفق بين القول بأن العقد يزول بالفسخ من جهة وان المسؤولية تكون مع ذلك عقدية وهي تستلزم كما سبق القول من بين ما تستلزم وجود عقد صحيح قائم من جهة اخرى. ولم نجد عند من قال بأن اساس التعويض هو المسؤولية العقدية بيانا لكيفية التوفيق بين الامرين فيما عدا ما نقلناه عن الفقه الفرنسي من انه في التعويض عن الاضرار والمنافع المرتقبة من العقد يصعب تجاهل العقد في تقديرها ولان الفعل الذي يحرك هذا التعويض يكمن في عدم تنفيذ العقد. وهو تعليل عقلي عميق لإمكان تأسيس الالتزام بالتعويض على المسؤولية العقدية. ولكن مع ذلك يبقى التعارض بين اشتراط وجود التزام عقدي تم الاخلال به في المسؤولية العقدية، وحقيقة أن الالتزامات العقدية قد زالت بالفسخ القضائي، بحاجة الى تفسير قانوني، وهو ما سنحاول القيام به في المبحث التالي.

المبحث الثالث: الرأي الذي نؤيده لتأصيل الالتزام بالتعويض المصاحب للفسخ القضائي

بعد ان عرضنا في المبحث السابق لاتجاهين ينتظمان الفقه القانوني في تأصيل التزام المتعاقد الذي احدث بخطئه ضررا للمتعاقد الاخر، بتعويض ذلك الضرر، وكان واضحا عدم اتفاقنا مع الاتجاه الذي يقول بالمسؤولية التقصيرية للمتعاقد بعد فسخ العقد، وبالتالي فإننا نؤيد الاتجاه الذي يبقي مسؤولية المتعاقد عقدية حتى بعد فسخ العقد عما احدثه من ضرر بخطئه قبل فسخ العقد. وقلنا ان الذين ذكروا هذا الرأي لم يقدموا تأصيلا له اذ كيف يزول العقد والالتزامات التي انشأها بأثر رجعي ومع ذلك تبقى المسؤولية عقدية؟ وهو ما نحاول هنا بيانه.

٤٦ - على سبيل المثال 2935 IV. JCP G 2006. 14 September 2006, par exemple civ. 2e 14 September 2006, V. par exemple اليه في Geneviève Viney، المصدر السابق ص ٦٣٠ هامش رقم (٥٧٥).
٤٧ - Geneviève Viney، المصدر السابق ص ٦٣٠ - ص ٦٣١ مع ملاحظة ان القانون الفرنسي يستخدم تعبير الالغاء للدلالة على حل العقد بأثر رجعي والفسخ للدلالة على حل العقد بدون اثر رجعي.

على ان المسؤولية العقدية التي نقول بها قد تلتبس بمسؤولية تقصيرية عندما تتحقق في الواقعة الضارة شروط كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، فما نوع المسؤولية عندئذ؟ ولذلك نتناول الموضوع في مطلبين متتاليين على النحو التالي:

المطلب الاول: المسؤولية عن التعويض المصاحب للفسخ القضائي عقدية حتما.
المطلب الثاني: حكم تحقق شروط كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في الواقعة الضارة.

المطلب الاول: المسؤولية عن التعويض المصاحب للفسخ القضائي عقدية حتما

ونذكر ان الكلام هنا يدور حول تأصيل الالتزام بالتعويض عن الضرر الناشئ من اخلال المتعاقد بالتزامه العقدي، هذا الاخلال الذي ادى الى فسخ العقد قضائيا كذلك، وليس عن أي تعويض اخر، كالتعويض عن استحالة الرد العيني او عن الاخلال في تنفيذ الالتزام بالرد او التعويض عن الفعل الضار الصادر من المتعاقد بمناسبة تنفيذ العقد او مستقلا عن العقد تماما انما متزامن مع تنفيذه وغيرها. فهذه كلها تخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. انما الاشكال هو في نوع المسؤولية المدنية عن اخلال بالتزام عقدي اذا فسخ العقد وزال، أبقى مسؤولية عقدية ام تكون مسؤولية تقصيرية؟ وللإجابة عن ذلك نطرح عددا من الاسئلة ثم نجيب عنها، وأول هذه الاسئلة هو: متى تتحقق المسؤولية المدنية للمدين وينشأ الحق في التعويض للدائن؟ هل تتحقق عند حصول الاخلال، ام عند حصول الضرر الناشئ عن الاخلال، ام عند الحكم بمسؤولية المدين؟ لا نجد اجابة عن هذا السؤال فيما يذكره فقهاء القانون المدني عند كلامهم عن المسؤولية العقدية انما نجد الاجابة عنه عند كلامهم عن المسؤولية التقصيرية^(٤٨).

وهناك يشير الفقه الى ان في الاجابة عن هذا السؤال رأيان: الرأي الاول يقول بأن الحكم بالتعويض هو الذي ينشئ الحق في التعويض. وعلى اساس هذا الرأي يكون على القاضي ان يقدر الضرر وقت الحكم ولا تستحق التعويضات التأخيرية الا من يوم ان يحوز الحكم قوة الشيء المقضي. والرأي الثاني يذهب الى ان الحق في التعويض ينشأ من العمل غير المشروع فالحكم لا ينشئ الحق في التعويض وانما هو

٤٨- ويتناول الفقه النظريات العامة في المسؤولية المدنية عند الكلام عن المسؤولية التقصيرية وان "كثيرا من احكام المسؤولية التقصيرية ينطبق على المسؤولية العقدية الا اذا تعارض مع القواعد الخاصة... في المسؤولية العقدية. فمن المسائل التي تتحد فيها احكام هذين النوعين من المسؤولية: علاقة السببية والسبب الاجنبي - السبب المنتج والسبب المباشر - دعوى المسؤولية، تقدير الضرر، التأمين من المسؤولية، إلخ.. إلخ"، د. السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق ص٧٣٤ هامش رقم (٣). د. سليمان مرقس، في الفعل الضار، مصدر سابق ص٤٧٦ هامش رقم ٨٢٣. كما ان الكثير من تفصيلات المسؤولية العقدية بما في ذلك نطاقها والتمييز بينها وبين المسؤولية التقصيرية وهل تتعدد المسؤوليتان وهل تجوز الخيرة بينهما اذا تعددتا، يتناولها الفقهاء في الابواب المخصصة للمسؤولية التقصيرية ويمكن ملاحظة ذلك بوضوح عند كل من د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج١، مصدر سابق ص٤٥٩ وما بعدها، د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق ص٢٥٠ وما بعدها، د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق ص٤٠٩ وما بعدها، د. السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق ص٨٤١ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق ص٤٣٣ وما بعدها، د. سليمان مرقس، في الفعل الضار، مصدر سابق ص١ وما بعدها، د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، ٢٠١٠م، ص٢٨٢ وما بعدها، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢، مصدر سابق ص٤١١ وما بعدها، وغيرهم.

يقرر الحق الذي نشأ وفقاً للقانون من العمل غير المشروع. وان الحكم ليس من شأنه الا ان يجعل الحق بالتعويض مقدراً ومستحقاً وقابلًا للتنفيذ وعلى ذلك يكون الحق في التعويض، وفقاً لهذا الرأي، سابقاً على صدور الحكم^(٤٩).

ويؤيد الفقه المصري الرأي الثاني الذي يذهب الى ان "مصدر الحق في التعويض ليس هو الحكم الصادر في دعوى المسؤولية، فالحكم ليس الا مقرر لهذا الحق لا منشيئ له. وحق المضرور في التعويض انما نشأ من العمل غير المشروع الذي اتاه المسؤول فرتب في ذمته الالتزام بالتعويض، من وقت قيام اركان المسؤولية الثلاثة. واذا اردنا التحديد فمن وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ. ومن هذا الوقت لا قبله تتحقق المسؤولية في ذمة المسؤول ويترتب حق المضرور في التعويض"^(٥٠).

ويرى البعض ان هذا الرأي هو الذي يتفق مع القانون المدني المصري الذي جعل الفعل الضار هو مصدر الالتزام^(٥١). وقد قضت محكمة النقض المصرية باستحقاق التعويض عن الفعل الضار من يوم وقوع العمل غير المشروع^(٥٢). ويعتبر الحكم الذي يقدره مقرراً لثبوت الحق في التعويض وليس منشئاً له^(٥٣).

ونعتقد ان كون الحكم في المسؤولية المدنية مقررًا للحق في التعويض كاشفاً عنه لا منشيئ له، مثلما يصدق على دعوى المسؤولية التقصيرية، يصدق كذلك على دعوى المسؤولية العقدية، ذلك لان الاختلافات بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية من حيث التضامن والتقدم ومدى التعويض وجواز الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية، لا تمس الاساس فهو "واحد في المسؤوليتين، وهو الخطأ الذي يعني الاخلال بالالتزام السابق ويستوي بعد ذلك ان يكون مصدر هذا الالتزام هو العقد او العمل غير

٤٩- انظر في عرض هذين الرأيين د. عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصدر سابق ص ٥٠٣. د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق ص ٤٣٥. د. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤. د. انور سلطان، مصادر الالتزام، مصدر سابق ص ٣٥٢. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام - ١ - المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة، مطبعة دار الكتاب، ١٩٧٥ - ١٩٧٦، ص ٢٣١. د. السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق ص ١٠٨٨. بهذا المعنى د. سليمان مرقس، في الفعل الضار، مصدر سابق ص ٥٣٤. د. عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصدر سابق ص ٥٠٥. د. انور سلطان، مصادر الالتزام، مصدر سابق ص ٣٥٢. د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق ص ٤٣٥. د. سمير تناغو، نظرية الالتزام، مصدر سابق ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤. واذا كان الضرر سيحصل مستقبلاً ولكنه محقق الوقوع فالحق في التعويض يكون قبل حصول الضرر، من وقت وقوع الخطأ، عن ضرر مستقبل محقق الوقوع. د. السنهوري، المصدر السابق ص ١٠٨٨. هامش رقم ١. د. سليمان مرقس، المصدر السابق والموضع السابق نفسه.

٥١- د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق ص ٤٣٥. و د. محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق ص ٢٣١. ٥٢- انظر احكامها التالية، نقض مدني في ١٧/٢/١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ - ٦٧٩ - ٩٠. ونقض مدني في ١٠/٥/١٩٦٢ مجموعة احكام النقض ١٣ - ٦٤٢ - ٩٧. ونقض مدني في ١٨/٤/١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤ - ٥٥٤ - ٧٩. ونقض مدني في ٢٥/٦/١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٥ - ٨٧٨ - ١٣٦. ونقض مدني في ١٢/١٢/١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤ - ١١٣٩ - ١٦٣. نقلها د. سليمان مرقس المصدر السابق ص ٥٥٥ هامش رقم ١٠٨. ٥٣- انظر احكام محكمة النقض المصرية: نقض مدني في ٣/١١/١٩٥٥ (ثلاثة طعون ارقام ١٣١ لسنة ٢٢ القضائية و ٣٧٧ لسنة ٢٢ القضائية و ٧٣ لسنة ٢٣ القضائية) مجموعة احكام النقض ٦ - ١٤٣٥ - ١٩٣. نقلها د. سليمان مرقس، المصدر السابق ص ٥٥٥ هامش ١٠٩.

المشروع^(٥٤). لا بل ان بعض الفقه يدعي ان "طبيعة الحكم الصادر في دعوى المسؤولية العقدية لم تثير اي خلاف بل اتفق الرأي على اعتباره حكماً مقررراً (déclaratif)"^(٥٥).

ويمكننا ان نعلل ذلك بأن اخلال المتعاقد اذا سبب ضرراً، هو الذي ينشئ الحق في التعويض. ولم يشترط القانون الادعاء أمام القضاء لاستحقاق التعويض انما الادعاء لا بد منه لصدور حكم الزام بالتعويض قابل للتنفيذ. والاصل ان الالتزام ينفذ اختياراً من لدن المدين، فإذا نازع فيه او تخلف عن تنفيذه كان للدائن المطالبة به قضاءً.

وحيث ان الاخلال بتنفيذ الالتزام يحصل قبل الفسخ وهو السبب الذي يبرر طلب الفسخ ومن ثم الحكم به، فإن المسؤولية المدنية عن حصول الاخلال والضرر الناشئ عنه تتحقق قبل حصول الفسخ ويثبت حكمها، وهو التعويض، والعقد ما يزال قائماً. ولذلك كان التعويض، اذا تحققت اركان المسؤولية، مستحقاً مع التنفيذ العيني اذا اختاره الدائن ومع الفسخ كذلك اذا اختاره الدائن، وهو يثبت في ذمة المدين من وقت اكتمال اركان المسؤولية المدنية^(٥٦). والمسؤولية المدنية هنا عن التعويض عقدية لا غبار عليها. فالخطأ عقدي بحسب الفرض والعقد ما يزال قائماً. وربما كان القول بأن التعويض هنا إنما هو عن ضرر الفسخ وليس عن ضرر الإخلال الذي أدى الى الفسخ - وقد سبق أن انتقدنا هذا القول وبينّا خطأه - كان من أهم أسباب ذهاب أكثر الفقه الى أن المسؤولية عن التعويض المصاحب للفسخ ليست

٥٤- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق ص ٤٣٤.

٥٥- د. انور سلطان، مصادر الالتزام، مصدر سابق ص ٣٥٢.

٥٦- غير ان محكمة التمييز في العراق تذهب في الكثير من احكامها الى ان التعويض عن اخلال المتعاقد بالتزامه العقدي يتوقف على طلبه فسخ العقد اولاً. ذلك لان المادة ١٧٧ قالت بالفسخ مع التعويض اما اذا لم يطلب الفسخ فليس له طلب التعويض. انظر قرارها التالي: رقم ١٦٦٣ / ح / ١٩٦٧ في ١٩٦٨/٦/١٥، مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين في العراق، ع ٣٤، س ٢٣، تموز ١٩٦٨، ص ٢٢٢ - ص ٢٣٥. ورقم ١٣٨ / ح / ١٩٧١ في ١٩٧١/١/٣٠، مجلة القضاء، ع ٣٤، س ٢٦، تموز - آب - ايلول ١٩٧١، ص ٢٧٢. ورقم ٣٠٣ / موسعة اولى / ١٩٨٨ في ١٩٨٨/٨/١، مجلة القضاء، ع ٣٤، س ٤٣، ١٩٨٩ ص ٤٢٠ - ص ٤٢٢. ورقم ١٤٨٠ / ٣م / ١٩٩٩ في ١٩٩٩/٥/٢٩. مجلة القضاء، ع ٤٣، س ٥٣، ١٩٩٩ ص ١٩٨. وقرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد ١٢٦٣ / ١٢٧٠ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١/٢٥. دريد داوود سلمان الجنابي، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية - القسم المدني، ج ٣، بلا مكان وسنة طبع. ص ١٨٦ - ص ١٨٨. وقرارات محكمة التمييز الاتحادية ارقام ١٧٠ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/٨، و ١٤٤ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/٨ و ١٥٩ / هيئة استئنافية منقول / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/٨، النشرة القضائية، ١٥٤، تشرين الثاني ٢٠١٠. وانظر تعليقا على قرار محكمة التمييز الاتحادية للعدد ٨٨ في ٢٤ / ٩ / ٢٠٠٨ من الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية للدكتور طارق كاظم عجيل، منشور في النشرة القضائية، العدد العاشر، كانون الثاني، ٢٠١٠ ص ٥٩ - ص ٦٢. وقرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٢٣٩ / هيئة استئنافية عقار / ٢٠١١، تسلسل ١٤٤٢ في ١٤٤٢/٣/١٧ مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد ١٢، العدد ٥٤، السنة ٢٠١٢، ص ٥٣٥. وهو مذهب خاطئ في ضوء قواعد المسؤولية العقدية ومخالف لما يذهب اليه الفقه القانوني في خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ مع التعويض في الحالتين، انظر د. عبد الحميد الحكيم، الموجز، ج ١، مصدر سابق ص ٤٢٧. د. عصمت عبد الحميد بكر، مصدر سابق ص ٢٣١. غير ان نفس المحكمة اعتبرت الاجتهاد الذي مؤداه ان ليس للدائن ان يطلب التعويض مع بقاء العقد قائماً هو اجتهاد خاطئ. قرارها رقم ١٠٦ / استئنافية / ١٩٧٠ في ٢٦ / ٨ / ١٩٧٠، النشرة القضائية، ع ٣٤، س ١ آيار ١٩٧١، ص ١٢٩ - ص ١٣٠. وهذا هو المذهب الذي يتفق مع نصوص القانون وارا الفقه. كما ان محكمة التمييز الاتحادية في قرار حديث لها (غير منشور) قد أكدت على عدم اشتراط طلب فسخ العقد للحصول على التعويض. قرارها رقم ١١٨٠ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٢، تسلسل ١٥٥١ في ٢٠١٢/٧/١. ونأمل ان تستقر المحكمة على هذا الرأي.

عقدية؛ ذلك لأن زوال العقد بالفسخ يمنع من القول بأن المسؤولية عن ضرر الفسخ (المزعوم) نفسه بأنها عقدية، إذ لا عقد عند حصول الفسخ.

والآن بعد ان تحققت المسؤولية العقدية الى حين فسخ العقد فما اثر الفسخ عليها؟ ولذلك فان السؤال الثاني هو: ما اثر الفسخ على نوع مسؤولية المدين؟ وجواباً على ذلك نقول ان دور الفسخ يقتصر على حل الرابطة العقدية وازالة اثارها أي الالتزامات التي انشأتها، بأثر رجعي وعدُّ العقد كأن لم يكن وإعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. وهذا هو الاصل ونقتصر عليه الآن. ولذلك فانه من لحظة الحكم النهائي بالفسخ فان أي اخلال او تعرض من احد المتعاقدين تجاه المتعاقد الآخر اذا تسبب في ضرر، فان المسؤولية عنه تكون تقصيرية لان العقد زال من تلك اللحظة، وهذا هو مقتضى الاثر الفوري للفسخ القضائي. ولكن الفسخ القضائي لا يزيل الاخلال الذي حصل قبله ولا الضرر الذي نشأ، فتلك وقائع مادية، اما هو يزيل الالتزام الذي حصل الاخلال به بأثر رجعي. فلو ان البائع لم يسلم المبيع وتضرر المشتري من ذلك وفسخ عقد البيع على اثر ذلك، فان الفسخ يزيل التزام البائع بالتسليم بأثر رجعي، ولكنه لا يزيل واقعة ان البائع، عندما كان العقد قائماً، وكان هو ملزماً بالتسليم، لم يقم بذلك، وانه تسبب في الضرر للمشتري. فالفسخ، لا اثر له على هذه الوقائع المادية المكونة لأركان المسؤولية المدنية. وعلى القول الذي نؤيده بان الحكم بالتعويض هو كاشف ومقرر لا منشئ للحق في التعويض، والقاضي لا يبحث في الوقائع كما صارت الامور بعد الفسخ وانما يبحث في الوقائع كما حصلت في وقتها، ليكشف عنها وعما ترتب عليها من اثر حين حصولها، فالقاضي وهو يقوم بذلك لا يجد امامه الا مسؤولية عقدية.

وقد سبق القول ان القاضي اذا حكم بالتعويض مع حكمه بالفسخ في الدعوى نفسها وقدر التعويض على اساس المسؤولية التقصيرية، يكون قد طبق اثر الحكم الذي هو بصدد اصداره قبل ان يصدره اذ هو يهدد وجود العقد قبل ان يحكم بفسخه ويقرر ان المسؤولية تقصيرية لا عقدية وهذا لا يستقيم برأينا. فالقاضي لا يستطيع القول -دون ان يناقض نفسه- ان اخلال البائع في المثل الذي نحن بصددده، كان اخلالاً بالتزام قانوني عام وليس التزاماً عقدياً. فليس هناك التزام قانوني يلزم الشخص بالتسليم، لولا عقد البيع. كما ان قول بعض الفقه الذي سبق وذكرناه بأن العقد يمثل هنا واقعة مادية لإثبات خطأ المدين لا يستقيم. فليس هناك لا واقعة تسليم ولا اخلال بالتسليم ما لم يوجد عقد البيع. ولذلك فعلى القول بالحق في التعويض مع الفسخ، يكون هذا الحق قد نشأ قبل حصول الفسخ على اساس اخلال بالتزام تعاقدى خلال قيام العقد، والمسؤولية المدنية عنه مسؤولية عقدية ولا يمكن وصفها بأنها تقصيرية. هذا على القول بجواز التعويض مع الفسخ.

غير ان الفقه الذي ذكرناه والذي يقول بأن الاثر الرجعي للفسخ يمنع من ان تكون المسؤولية عن التعويض عقدية ولذلك فهي مسؤولية تقصيرية، يقع في تناقض كبير. فالقول بأن العقد واثاره تزول بأثر رجعي يمنع من وجود التزام من أي نوع جرى الاخلال به، اذ بزوال العقد واثاره بأثر رجعي لا يعد البائع

في المثل المتقدم، ملزما في أي وقت من الاوقات بتسليم مبيع الى المشتري، فلا يمكن عندئذ الحديث عن اخلال بالتزام زال من اصله، فلا تكون هناك مسؤولية من أي نوع لا عقدية ولا غير عقدية، فيمتنع تبعا لذلك، الحكم بأي تعويض. ولذلك فإن القول الحق في المسألة، ان التعويض لا يكون مستحقا مع الفسخ اذا حصل هذا بأثر رجعي. واذا قيل رغم ذلك باستحقاق التعويض مع الفسخ فان هذا التعويض عن الاخلال بالالتزام العقدي الذي سبب الضرر وادى الى الفسخ لا يكون الا على اساس المسؤولية العقدية على النحو الذي عرضناه فيما تقدم. وقد مرّ بنا ان هناك قول في الفقه المدني يذهب الى عدم اجتماع الفسخ مع التعويض فأما الفسخ بلا تعويض او التنفيذ مع التعويض. وهو قول كما يبدو يستند الى كثير من المنطق والاساس القانوني ويتفق مع اتجاه الفقه الاسلامي. غير ان النصوص التشريعية في العراق ومصر وفرنسا تسمح بالجمع بين الفسخ والتعويض.

اما في الاحوال التي لا يكون فيها للفسخ اثر رجعي كما في فسخ العقود الزمنية على الرأي السائد في الفقه والقضاء، فإن بقاء العقد يحكم الفترة السابقة على الفسخ يجعل مسؤولية المدين عن الضرر عقدية لا تقصيرية، وقد سبقت الاشارة الى ذلك. بقي ان نتناول في المطلب التالي حكم تحقق اركان كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في الواقعة الضارة.

المطلب الثاني: حكم تحقق شروط كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في الواقعة

الضارة

يمكن ان تتحقق في واقعة الاخلال الصادر من المدين في تنفيذ التزامه العقدي اركان المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في الوقت ذاته. فإهمال مالك الدار في صيانتها رغم تنبيهه، وسقوط بعض اجزاها واصابة المستأجر من جراء ذلك، ومن ثم فسخ عقد الايجار يمثل من جهة، اخلالاً بالتزام العقدي للمؤجر في صيانة المأجور، كما تتحقق فيه اركان المسؤولية التقصيرية لمالك الدار الذي رغم تنبيهه لم يتخذ ما يمنع تضرر الغير من انهزام بعض الدار (المادة ٢٢٩ - ١ من القانون المدني العراقي، المادة ١٧٧ - ١ من القانون المدني المصري، والمادة ١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي) وعلى الرأي القائل بأن مسؤولية المدين عن تعويض الضرر الحاصل اثناء سريان العقد تكون تقصيرية بعد فسخ العقد فلا تثير الواقعة المذكورة اية مشكلة فالمسؤولية في كل الاحوال واحدة هي مسؤولية تقصيرية. اما اذا كُتِفنا مسؤولية المدين (المؤجر) عن التعويض المذكور على انها عقدية على الرأي الذي نؤيده فيما يتعلق بالضرر الذي لحق المستأجر حتى مع فسخ عقد الايجار، تثار امكانية التساؤل عما اذا كان الدائن (المستأجر) يستطيع ان يطالب بالتعويض على اساس الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية لتحقيق اركانها معا. واذا كان ذلك غير جائز فهل يستطيع ان يتخير بينهما فيختار منهما الانسب له؟ تلك هي مسألة الجمع والخيرة بين المسؤوليتين.

والفقه السائد في العراق^(٥٧) وفي مصر^(٥٨) وفي فرنسا^(٥٩) يذهب الى عدم جواز الجمع بين التقصيرية والعقدية بأي نحو كان هذا الجمع. فلا يجوز المطالبة بالتعويض مرتين، مرة على اساس المسؤولية التقصيرية ومرة على اساس المسؤولية العقدية ذلك لان الضرر الواحد لا يصح التعويض عنه مرتين كما لا يستطيع الدائن ان يأخذ من كل واحدة من المسؤوليتين المزايا التي تخدّمه لان الدعوى التي تأخذ من هذه ومن تلك لا يعرفها القانون^(٦٠). كذلك ليس للدائن ان يجمع بين المسؤوليتين بمعنى ان يتمسك بأحدهما أولاً فإذا فشل في دعواه كان له ان يسلك السبيل الاخر. فالدعوى سترفض بسبب سبق الفصل فيها لان موضوعها هو التعويض عن الضرر وسببها هو الواقعة الضارة سواء وصفت هذه الواقعة بأنها اخلال بالتزام عقدي او وصفت بأنها اخلال بالتزام قانوني^(٦١). ولذلك فإن الدائن واثناء سير الدعوى ولو لأول مرة في مرحلة الاستئناف يستطيع بعد ان كان قد استند الى الخطأ التقصيري الثابت او المفترض ان يستند الى الخطأ العقدي، كما يجوز لمحكمة الموضوع رغم ذلك ان تستند في حكمها بالتعويض الى الخطأ العقدي متى ثبت لها توفره لان هذا الاستناد لا يعتبر تغييراً لسبب الدعوى او موضوعها مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها. "وهذا لا يعدو ان يكون وصفا لهذا الالتزام يترتب عليه وصف مسؤولية فاعل الضرر بأنها عقدية او تقصيرية وما يتبع هذا الوصف من اثار ولكنه لا يغير من سبب المسؤولية شيئاً ولا ينفي وحدته ولا يسمح بالقول باختلاف السبب في كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وبالتالي لا يسمح بالجمع بين الدعويين المتعلقين بماتين المسؤوليتين ولو كان جمع توالي لا جمع اقتران وتعاصر"^(٦٢). وتذهب محكمة النقض الفرنسية الى ان "احد الاطراف لا يستطيع بدون ان يناقض نفسه ان يعتبر ان مسؤولية الاخر مترتبة على الصعيد الجرمي وعلى الصعيد التعاقدي في آن معا"^(٦٣).

٥٧- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج ١، مصدر سابق ص ٤٧٧ هامش رقم (٣٣٤). د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق ص ٢٥٨. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق ص ٢٨٢.
٥٨- د. السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق ص ٨٥٧. د. سليمان مرقس، الوافي، الفعل الضار، مصدر سابق ص ٧١. د. عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصدر سابق ص ٤٣١. د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج ١ مصادر الالتزام دار الجامعة الجديدة، القاهرة ٢٠٠٤ م، ص ٣٧٩. د. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ م. ص ٣٣٦. د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق ص ٣٠٨.
٥٩- Brun A.: Rapports et domaines des responsabilites contractuelle et delictuelle, Paris Sirey 1931 p.137.

٦٠- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق ص ٤٤٣.
٦١- د. سليمان مرقس، الوافي، الفعل الضار، ص ٧٢ والمصادر التي اشار اليها في الهامش رقم (١٥٩). انظر كذلك د. عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصدر سابق ص ٤٩٧. وهو يرى ان سبب دعوى المسؤولية هو حق الجاني عليه الذي يظل هو نفسه لا يتغير مهما كان الخطأ الذي يتمسك به المضرور تأييداً لدعواه سواء أكان خطأ تعاقدياً ام تقصيرياً.
٦٢- د. سليمان مرقس، الوافي، الفعل الضار، مصدر سابق ص ٧٣. وانظر في ذلك قرار محكمة النقض المصرية نقض مدني في ٢ نيسان ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ١٩ - ٦٨٩ - ١٠١ وفي نفس المعنى نقض مدني ٢٧ كانون الثاني ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ - ٨٢ - ٢٤ اشار اليهما د. سليمان مرقس، الوافي، في الفعل الضار، المصدر السابق ص ٧٤، هامش رقم (١٦٢).

٦٣- انظر القرار في Genevié Viney مدخل الى المسؤولية، مصدر سابق ص ٧٢٦ والهامش رقم ١٠١٥ من نفس الصفحة.

والان بعد ان استبعدنا امكانية الجمع بين المسؤوليتين نرى مدى امكان الخيرة بينهما. فالفقه هنا منقسم بين من يقول بإمكان الخيرة بين المسؤوليتين اذا تحققت في الواقعة الضارة شروط كل منهما ومن لا يميز الخيرة بينهما. وفي الفقه المدني العراقي يعرض بعض الفقهاء للأراء المختلفة ولكن لا نجد موقف الفقيه من هذا الخلاف^(٦٤).

اما في الفقه المصري فيذهب رأي الى جواز الخيرة وذلك لان قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام، فلا يجوز مخالفتها ولا استبعادها ولا يمنع مجرد وجود عقد بين الطرفين من تطبيقها. فالعقد اضافة لقواعد المسؤولية التقصيرية وليس استبعاد لها فيحق للعقد ان يلجأ اليها في وقت اذا لم تسعفه احكام العقد^(٦٥).

بينما يرى القائلون بعدم الخيرة بأن علاقة الدائن والمدين ما كانت لتنشأ لولا العقد، وعليه فهذه العلاقة يجب ان يحكمها العقد المبرم بينهما فقط. ويضيف هذا الفريق الى ذلك قوله: "ان الالتزام العقدي الذي صار المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذه، لم يكن قبل العقد التزاماً في ذمته فلو فرض انه لم يقيم به قبل ابرام العقد، لما كان مسؤولاً عن ذلك لا مسؤولية عقدية، لان العقد لم يبرم ولا مسؤولية تقصيرية، اذ لا خطأ في عدم قيامه بأمر لم يلتزم به، فإذا ابرم العقد قام الالتزام في الحدود التي رسمها هذا العقد، وهي حدود لا تترتب عليها الا المسؤولية العقدية فليس للدائن ان يلجأ الى المسؤولية التقصيرية اذ هي تفترض ان المدين قد أحل بالتزام فرضه القانون، والالتزام في حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد."^(٦٦) وهكذا فإنه بوجود العقد لا يكون للدائن الا دعوى المسؤولية العقدية للحصول على التعويض عن الضرر الناشئ عن اخلال المدين بالتزام ناشئ عن العقد ذاته^(٦٧).

٦٤- انظر على سبيل المثال د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج ١، مصدر سابق ص ٤٧٧ - ص ٤٧٨. د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق ص ٢٨٣ - ص ٢٨٤.
٦٥- للتفصيل ينظر د. محمود جمال الدين زكي وهو من ابرز مؤيدي جواز الخيرة بين مسؤوليتين كلما شكل سبب الضرر خطأ عقدياً وتقصيرياً في ذات الوقت وهو لا يقول بالخيرة بالنسبة للالتزامات العقدية البحتة اي التي لا مصدر لها سوى العقد وانما تكون الخيرة عندما يكون الاخلال بالالتزامات العقدية التي تعتبر في الوقت ذاته واجبات قانونية بدليل ان القانون ذاته لا يميز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع. مثال ذلك مسؤولية مالك البناء عن الاضرار التي يحدثها المصعد مسؤولية قانونية وهي مسؤولية عقدية تجاه المستأجر فالمالك المؤجر ملتزم التزاماً مزدوجاً تجاه المستأجر بالنسبة للمسؤولية عن الاضرار التي يحدثها سقوط المصعد مثلاً. مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق ص ٥١٧ - ص ٥٢٠.
٦٦- د. السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق ص ٨٦٢. انظر كذلك د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق ص ٤٤٥. د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق ص ٣١١. د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٩٩ م، ص ٢٥٨.

٦٧- وهذا الرأي هو ما انتهت اليه محكمة النقض في مصر في عدد من احكامها مثلاً نقض مدني في ٢٥ فبراير (شباط) ١٩٦٥. مجموعة احكام النقض ١٦ - ٢٢٠ - ٣٥ وحكمها نقض مدني في ١٠ فبراير (شباط) ١٩٨١ والطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٤٦ قضائية وجاء فيه (ان احكام العقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هي وحدها التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً او عند الاخلال بتنفيذه فلا يجوز الاخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية). اثار الى هذين الحكمين د. سليمان مرقس، الوافي، الفعل الضار، مصدر سابق ص ٧٨ هامش رقم (١٧٤) وهامش رقم (١٧٥).

غير ان عدم الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية قاعدة لا تحكم الا العلاقة بين المتعاقدين^(٦٨). ولذلك فإنها لا تنطبق على علاقة المتعاقد بالغير الذي قد يلحق بأحد المتعاقدين ضرراً بمناسبة تنفيذ العقد.

ويستثني انصار عدم الخيرة، الحالة التي يشكل فيها الاخلال بالالتزام العقدي جريمة جنائية، او كان الاخلال راجعاً الى الغش، ففي هذه الحالات يجوز لمن لحقه الضرر ان يختار بين الدعويين لان ارتكاب الجريمة او الغش خرق لنطاق المسؤولية العقدية، فيكون جزاء عدم الوفاء بالالتزام العقدي تحقق المسؤولية العقدية للمدين، ويكون جزاء ما ارتكبه من غش او جريمة تحقق مسؤوليته التقصيرية^(٦٩). غير ان البعض لا يوافق على اي استثناء من مبدأ عدم الخيرة ويوجب حتى في حال الغش او الخطأ الجسيم او الجريمة، تطبيق احكام المسؤولية العقدية لان قواعد المسؤولية العقدية ذاتها تجعل التعويض في هذه الحالة عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، كما تقضي ببطالان شرط الاعفاء من المسؤولية^(٧٠). وتؤيد محكمة النقض في مصر استثناء حالة الغش وارتكاب الجريمة والخطأ الجسيم من مبدأ عدم الخيرة بين المسؤولين^(٧١).

وفي فرنسا تقول محكمة النقض الفرنسية: "ليس بالإمكان اليوم تجاهل وجود مبدأ قضائي حقيقي عبرت عنه محكمة النقض من ثم بشكل رسمي عندما أكدت مثلاً ان المادة ١٣٨٢ وما بعدها من القانون المدني هي بلا تطبيق عندما يتعلق الامر بخطأ مرتكب في تنفيذ موجب ناتج عن عقد"^(٧٢). كما قضت ايضاً بأنه لا يستطيع الدائن بالتزام تعاقدية ان يتذرع بقواعد المسؤولية التقصيرية ضد المدين بهذا الالتزام ولو تحققت له فائدة من ذلك^(٧٣).

٦٨ - Cass. Com. 9 Juill. 2002 C. civ. D. 2013 op. cit. Art. 1147. No 166, p. 1391.
٦٩ - انظر د. السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق ص ٨٦٢. د. سليمان مرقس، الوافي، في الفعل الضار، مصدر سابق ص ٧٨ الى ص ٧٩.
٧٠ - د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق ص ٤٤٥. د. محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق ص ٢٨٤-٢٨٥.
٧١ - فقد جاء في حكم لها انه "اذا كان المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه لا يجوز الاخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يرتبط فيها المضرور مع المسؤول بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الاخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من اهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له، الا ان ذلك رهين بعدم ثبوت ان الضرر الذي لحق بأحد التعاقد كان نتيجة فعل من التعاقد الاخر يكون جريمة او يعد غشاً او خطأ جسيماً مما تتحقق به في حقه اركان المسؤولية التقصيرية تأسيساً على انه أدخل بالتزام قانوني، اذ يمتنع عليه ان يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً او غير متعاقد" الطعن ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ القضائية جلسة ١٩٩٠/٤/٤ نقلاً عن د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق ص ٣١١. وكانت قد قررت نفس المبدأ في حكمها في الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٣٤ قضائية جلسة ١٩٦٨ / ٤ / ١٦.
٧٢ - Geneviève Viney - مصدر سابق ص ٧٢٦. وانظر الاحكام القضائية الكثيرة التي اشارت اليها في الهامش رقم (١٠١٤)، وانظر بهذا المعنى قرار الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض الفرنسية 9 juin 1993 C. civ. D., cass. Civ. 2e Art. 1147 no 166 p. 1391.
٧٣ - Cass. Civ. 1re 11 janv. 1989. cass. Civ. 1re, 4 nov. 1992. cass. Civ. 2e, 26 mai 1992. cass. Civ. 1re, 27 janv. 1992. cass. Civ. 3e, 8 juill. 1998. cass. Civ. 2e, 12 mai 2005. C. civ. D. 2013. Op. cit. art. 1147. No 166 p. 1391.

وعندما يشكل الفعل الضار جرماً جزائياً موصوفاً فإنه يؤدي إلى ترتيب مسؤولية المدين التقصيرية محباً بذلك مبدأ عدم الجمع بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية^(٧٤).

ويعترض جانب من الفقه الفرنسي على إمكان الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في حال كان الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزام عقدي تسبب فيه غش المدين أو خطأه الجسيم أو نتيجة ارتكابه جريمة^(٧٥).

والباحث يميل إلى الرأي الذي يقول بعدم جواز الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية على أي نحو كان هذا الجمع في العلاقة بين المتعاقدين، وكذا إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين؛ لأن لكل منهما نطاقها المحدد تشريعياً على النحو الذي ذكرناه. ويؤكد كذلك الاستثناء من عدم جواز الخيرة في حال كون الفعل الذي سبب الضرر جريمة أو كان غشاً أو خطأً جسيماً.

الخاتمة:

بعد هذا العرض لموضوع بحثنا نجمل فيما يلي أهم النتائج التي توصلنا إليها:

١. توصل الباحث في تأصيل الالتزام بالتعويض إلى نتائج خالف فيها السائد في الفقه القانوني، فقد قدم الأدلة الواضحة والشفافية على أن المسؤولية عن ضرر الإخلال الحاصل من المتعاقد قبل الفسخ، والذي أدى إلى فسخ العقد واستحقاق التعويض عن الضرر الناشئ عنه، واللاحق بالمتعاقد الآخر، تبقى عقدية بعد الفسخ كما كانت قبله خلافاً للرأي السائد فقهاً وقضائياً، بأن الفسخ، بإزالته العقد، لا يُقيّم محالاً للقول بالمسؤولية العقدية عن التعويض.
٢. وقد بنينا ادلتنا على العقل والقانون. فالعقل يدلنا على أن إخلال المتعاقد إنما كان إخلالاً بالتزام عقدي قبل الفسخ كالإخلال بدفع ثمن المبيع أو الإخلال بتسليم المبيع أو تسليم المأجور أو دفع الأجرة وما شابه. والفسخ يزيل العقد ومعه هذه الالتزامات التي ذكرناها على سبيل المثال بفعل أثره الرجعي، فلا يبقى أي منها وبالتالي لا يبقى محل للقول بالإخلال بها ويكون الكلام عن الخطأ بلا موضوع لأن موضوعه (وهو الالتزام الذي حصل الإخلال به) زال بالأثر الرجعي للفسخ، وهو القول الذي يبدو لنا أرجح من غيره فلا يُستحق تعويض مع الفسخ وهو قول فقهاء المسلمين، وقول بعض القوانين المدنية كالياباني والسويسري والألماني. وإذا كان لا بد من التعويض لأن المتعاقد قد لحقه ضرر من عدم تنفيذ العقد بخطأ المتعاقد الآخر، فإن الدليل القانوني يوصلنا إلى أن المسؤولية عن الخلل الحاصل لا تكون تقصيرية أبداً لعدم وجود إخلال بالتزام قانوني عام، وإنما هو إخلال بالتزام من

٧٤- Paris, 27 juin 1972. C. civ. D. 2013. Op. cit. art. 1147. No 169 p. 1392. -
Cass. Crim. 12 déc. 1946. ibid. art. 1147. No 169 p. 1392.
٧٥- Geneviève Viney، مصدر سابق ص ٢٢٨. والمصدر الذي أشار إليه في الهامش (١٠٢٢) في ص ٢٢٩. وانظر الأحكام القضائية الفرنسية في الهامش (١٠٢٣) في الصفحة ذاتها.

خلق الإرادة وأنه لا يمكن تجاهل أن العقد كان موجوداً وقت أن حصل الاختلال في التنفيذ. والسبيل الوحيد للقول بوجود الخطأ والضرر وعلاقة السببية هو القول بأن الحق في التعويض عن الضرر الذي لحق المتعاقد ينشأ من وقت حصول الخطأ والضرر أو بحصول الخطأ والتحقق من حصول ضرر مؤكد في المستقبل. ولذلك فإن الحكم الذي يصدر بالتعويض لا يتعدى الكشف أو تقرير حق ثابت في وقت سابق على الحكم هو وقت حصول الخطأ والضرر ولا يتعدى دور الحكم تقدير التعويض وتقويته بقطع ما فات من مدة تقادم عليه وابتداء تقادم من نوع جديد وجعل التعويض مستحقاً بحكم قابل للتنفيذ جبراً على المدين به. فالقاضي وهو ينظر في دعوى التعويض المصاحب للفسخ إنما يبحث في تاريخ الأحداث ليرى كيف حدثت وتحت أي ظروف، ولا ينظر في الأمور كما هي في وقت نظر الدعوى. ولذلك فإن الذي يكون أمامه من وقائع إنما تتمثل في التزام عقدي جرى الاختلال به مما سبب الضرر، فالمسؤولية عقدية لا غبار عليها. هذا فضلاً عن أن الحكم بالتعويض مع الفسخ لا يمكن أن يُطبق أثر الفسخ الرجعي، والحكم بالفسخ لم يصدر بعد أو هو ما يزال ابتدائياً. إذ المفروض غالباً أن الحكم بالتعويض يكون مع الحكم بالفسخ في الدعوى نفسها. ولا خوف من الأثر الرجعي للفسخ على ما حصل من أفعال مادية تتمثل في عدم تنفيذ أو تأخر في تنفيذ أو تنفيذ المعيب وضرر نتج عن كل ذلك. فالأثر الرجعي يطال العقد والالتزامات العقدية ولا يؤثر في الوقائع المادية التي تحققت. فالاختلال ليس أثراً للعقد وكذلك الضرر وإنما هما وقائع مادية تمثل خروجاً على مسار العملية التعاقدية، حصلت وانتجت أثرها الذي لا يمكن أن يزال إلا بالتعويض. وقد أوصلنا التحليل الدقيق للاوضاع القانونية إلى القول بأن مسؤولية المدين عن تعويض الضرر إما أن تكون منتفية، لزوال موضوع الخطأ بالأثر الرجعي للفسخ أو أن تكون عقدية بالأخذ بالنظر الراجح فقهاً بأن الحكم بالتعويض إنما هو كاشف لا منشئ للحق في التعويض.

٣. ولم يفتنا الاستدراك بأن فعل المدين إذا كان يحقق في ذات الوقت أركان المسؤولية العقدية والتقصيرية فإنه لا جمع ولا خيرة بينهما، إنما المسؤولية عقدية في كل الأحوال، اللهم إلا إذا كان الفعل يمثل جريمة جنائية فيكون للدائن الخيار بين المسؤولية العقدية وايدنا في ذلك الفقه الراجح الذي يقول به.

وقد كان القول بأن مسؤولية المدين تقصيرية وأن المسؤولية العقدية لا يمكن أن تتحقق بعد الفسخ أحد نتائج قياس العقد المفسوخ على العقد الباطل والفارق جوهرى بين الاثنين فالعقد الباطل لم يكن له وجود في أي وقت من الأوقات ولا يمكن، لذلك، أن ينسب له أثر ولذلك لا يمكن أن توجد في ظل العقد الباطل مسؤولية عقدية لا على أساس القول بالأثر الكاشف لحكم التعويض، ولا على أي أساس آخر، والمسؤولية لذلك تقصيرية حتماً. أما العقد المفسوخ فقد وجد صحيحاً قبل أن يفسخ وإنشأ التزامات صحيحة ولذلك يمكن القول بوجود مسؤولية عقدية وقت أن كان العقد موجوداً. فإذا كان

الحكم بالتعويض كاشفا عن واقع الحال حين حصول الخطأ والضرر فإنه سيكشف حتما ان المسؤولية وقتذاك كانت عقدية.

المصادر:

المصادر القانونية:

١. د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط ٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، ٢٠١٠م.
٢. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية ١٩٦٩م.
٣. د. جلال محمد ابراهيم، مصادر الالتزام، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م وكذلك ط ٣ لسنة ٢٠١١م.
٤. د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الارادية للالتزام، ١ - العقد والارادة المنفردة، ط ٢، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م.
٥. د. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣م.
٦. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الاول في الاحكام العامة، ١٩٨٨م.
٧. د. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، بلا سنة طبع.
٨. د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ٢ بلا سنة طبع.
٩. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصادر الالتزام، مكتبة نهضة مصر، ١٩٥٤م.
١٠. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج ٦، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت - لبنان بلا سنة طبع.
١١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٩م.
١٢. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، الإثبات - آثار الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٩م.
١٣. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧م.
١٤. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ٢، أحكام الالتزام المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧م.

١٥. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١ في مصادر الالتزام، الجمهورية العراقية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠ م.
١٦. د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ١٩٦٠ م.
١٧. د. عزيز كاظم جبر، الخيارات القانونية واثراها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الاسلامي. دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، ٢٠١١ م.
١٨. د. عصام انور سليم، الوجيز في عقد الايجار، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٦ م.
١٩. د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط ١، المكتبة القانونية - بغداد، ٢٠٠٧ م.
٢٠. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، مطبعة المعارف - بغداد، ١٩٧١ م.
٢١. د. كمال قاسم ثروت الوندائي، شرح أحكام عقد البيع، ط ١، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، ١٩٧٣ م.
٢٢. د. محمد حسن عبد الرحمن، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧ م.
٢٣. د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠ م.
٢٤. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام - المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة، مطبعة دار الكتاب، ١٩٧٥ - ١٩٧٦ م.
٢٥. د. المحمدي احمد ابو عيسى، انحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ م.
٢٦. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ج ١ ازدواج او وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ م.
٢٧. د. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الاسلامي، مصادر الالتزام، ط ١، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
٢٨. د. منذر عبد الحسين الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات واحكامها، ط ١، دار الثقافة، عمان - الاردن، ٢٠١٢ م.
٢٩. منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الأول، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٢، ١٩٥١ م.
٣٠. د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج ١ مصادر الالتزام دار الجامعة الجديدة، القاهرة ٢٠٠٤ م.

الأطاريح والبحوث القانونية:

٣١. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الاول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦ م.
٣٢. استاذنا الدكتور عباس علي محمد الحسيني، رجعية العقد عند فسخه - بحث مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني. مجلة رسالة الحقوق، مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون جامعة كربلاء. س٤، ع١، ٢٠١٢ م.
٣٣. د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية تصدر عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد السادس والخمسون، ١٩٨٦، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٨ م.
٣٤. ياسر احمد كامل الصيرفي، الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية. تصدر عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد ٧١، ٢٠٠١ م.

مصادر متفرقة:

٣٥. الصدر، السيد محمد باقر، اقتصادنا، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان بلا سنة طبع.

مصادر الأحكام القضائية:

٣٦. دريد داوود سلمان الجنابي، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية - القسم المدني، ج٣، بلا مكان وسنة طبع.
٣٧. مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين في العراق، الاعداد التالية: ع٣، س٢٣، تموز ١٩٦٨، ع٣، س٤٣، ع٤٣، ١٩٨٩، ع٤٣، ١، ٢، ٣، ٤، س٥٣، ١٩٩٩.
٣٨. النشرة القضائية يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز العدد: ع٣، س١ آيار ١٩٧١.
٣٩. النشرة القضائية تصدر عن مجلس القضاء الاعلى العدد: ع١٥، تشرين الثاني ٢٠١٠.
٤٠. مجلة الرافدين للحقوق: المجلد ١٢، العدد ٥٤، السنة ٢٠١٢.
٤١. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم ١١٨٠ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٢، تسلسل ١٥٥١ في ٢٠١٢/٧/١، (غير منشور).

القوانين والأعمال التحضيرية:

٤٢. القانوني المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
٤٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٤٤. القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ المعدل.
٤٥. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مطبعة دار الكتاب العربي، بلا سنة طبع.

مصادر الفقه والقضاء الفرنسيان:

ALICE TISSER AND-MARTIN and others, Code civil, 112^e edition, Dalloz, . ٤٦
Paris, 2013.

Brun A.: Rapports et domaines des responsabilites contractuelle et delictuelle, . ٤٧
Paris Sirey 1931.

Geneviève Viney, TRAITÉ DE DROIT CIVIL, sous la direction de Jacques
Ghestin, Introduction à la responsabilité, L.G.D.J
، مترجم الى اللغة العربية بعنوان: جنيف
فيني، المطول في القانون المدني بإشراف جاك غستين، مدخل الى المسؤولية، ترجمة د. عبد الامير ابراهيم
شمس الدين، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ٢٠١١ م.