تعدد الجزاءات الناشئة عن الاخلال بالالتزام الأصلي في العقود (دراسة مقارنة)

The Multiplicity of Sanctions Arising from the Breach Of the Principal Obligation in Contracts (A Comparative Study)

أ.د. ايمان طارق مكي
كلية القانون– جامعة بابل

الباحثة: رسل ماجد كاظم
كلية القانون– جامعة بابل
russillkadhum@gmail.com

الملخص:

الالتزام الاصلي في العقد يعد الغاية من التعاقد بالإضافة الى ذلك فان مقتضى العقد لا يمكن ان يتحقق دون القيام بتنفيذ الالتزام الاصلي فالمدين يكون مسؤولا إذا لم يقم بتنفيذ الالتزام العقدي، وتقوم مسؤوليه العقدية بتوافر شروطها وجود عقد صحيح واجب التنفيذ ولم يقوم المدين بتنفيذ الالتزام واحيانا قد يقوم المدين بتنفيذ التزامه ولكن التنفيذ قد يكون معيبا وقد يتأخر المدين في تنفيذ التزامه فانه من حق الدائن المطالبة بالتعويض كجزاء بالإضافة الى الفسخ متى توافرت شروطه، وان رغبة المشرع او اطراف العقد في الحد من اختلاف المصالح ادى الى ان يضع المشرع او يتفق المتعاقدان على أكثر من جزاء في العقد عند الاخلال بتنفيذ الالتزام الأصلي للعقد.

الكلمات المفتاحية: الالتزام الأصلي، الفسخ القضائي، التعويض، الفسخ الاتفاقي، تعدد الجزاءات.

Abstract:

The original obligation in a contract is the purpose of the contract. Furthermore, the contract's purpose cannot be fulfilled without fulfilling the original obligation. The debtor is liable if he fails to fulfill the contractual obligation. Contractual liability is established by the fulfillment of its conditions: the existence of a valid, enforceable contract, and the debtor fails to fulfill the obligation. Sometimes, the debtor may fulfill his obligation, but the implementation may be flawed. The debtor may delay fulfilling his obligation. In this case, the creditor has the right to demand compensation as a penalty, in addition to rescission, provided the conditions are met. The desire of the legislator or the contracting parties to limit the divergence of interests has led the legislator or the contracting parties to agree on more than one penalty in the contract for failure to fulfill the original obligation of the contract.

Keywords: original obligation, judicial rescission, compensation, contractual rescission, multiple penalties.

المقدمة

اولا- التعريف بموضوع البحث: ان تعدد الجزاءات يعني انطباق اكثر من جزاء على مخالفة وأحدة بمقتضى نص في القانون او ارادة الاطراف او العرف او العدالة وأن تعدد الجزاءات تتحقق في حال مخالفة الالتزام الأصلي التي غالباً ما تذهب بالعقد إلى الفسخ مع التعويض اذ لكل مرحلة من مراحل العقد جزاء يفرض على مخالفه احكامها سواء في مرحله التفاوض او مرحله الانعقاد او التنفيذ وتعدد الجزاء ينقسم بدوره حسب اقسام الالتزام حيث يختلف الجزاء الناتج عن الاخلال بالالتزام الاصلي عن الاخلال بالالتزام التبعي فمتى توفرت للعقد اركانه وشروطه جميعها، ولم يطرأ عليه ما يجعله غير نافذ او لازم فان آثاره تترتب عليه فور انعقاده وهو انشاء التزامات على عاتق اطرافه ومخالفة هذه الالتزامات يترتب عليها جزاء أيا كان نوعها لا يجوز لأي طرف في العقد التحلل من تنفيذ الالتزامات بإرادته المنفردة دون وجود اتفاق او نص قانوني، لذا فأن العقد ينشأ عدة التزامات لكل منها أهمية معينة لكن لا يمكن اخذها جميعا بنظر الاعتبار فالعقد قد يحتوي على نوعين من الإلتزامات تظهر أهميتها وقت تنفيذ العقد هما الالتزام الأصلي والالتزام التبعي في العقد، فإذا خالف الافراد او اطراف العقد الاتفاق المبرم بينهما فانه يكون عرضه للجزاءات التي حددها القانون المتمثلة اما فسخ العقد او بطلانه او التعويض حيث يتدرج حسب جسامه الفعل.

ومن ثم فما هي أهمية هذا الإتفاق إذا كان الفسخ هو مصير العقد في حال عدم تنفيذ الالتزام الرئيسي او الاصلي حتى ولو لم يذكر في ذلك الإتفاق؟، في هذه الحالة يتجنب الدائن في العقد إجراءات الفسخ القضائي الطويلة من إعذار وما إلى ذلك، كما ويفيد القاضي بإيقاع الفسخ لصالح الدائن إذا لم ينفذ المدين الالتزام الرئيسي محل الاتفاق، إذ لا تكون هناك سلطة تقديره ن كون هذا الالتزام رئيسياً أو فرعياً، فإذا لم ينفذ هذا الالتزام الأصبح لزاما على القاء الفسخ، كما ويوفر على القاضي مشقة البحث عن الالتزام الرئيسي لإيقاع الفسخ

ثانيا- مشكلة البحث: ان الشروط او الاتفاقات لا يمكن أن تنتج اثارها متى كانت منصبة على التزام يؤدي الاعفاء منه إلى فقدان العقد لصفة مميزة فيه او انتفاء الاثر الاصلي للعقد لذا يثار التساؤل ما هو الحكم المترتب عند الاخلال بتنفيذه وكيف تتعدد الجزاءات الناشئة عن الاخلال بالالتزام الاصلي في العقود؟

ثالثا- اهمية البحث: متى نشا العقد صحيحا ملزما للجانبين وجب على جميع اطرافه تنفيذه طبقا لما يشتمل عليه اي تنفيذه كاملا و ويقصد بالعقد الصحيح هو العقد المشروع ذات وصفا بان يكون صادرا من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه ويكون له سبب مشروع واو صافه سالمه من الخلل، وعليه فان اي اخلال بالعقد يجب ان يفرض عليه جزاء مناسب، فقد يكون الالتزام الأصلي بطبيعته وقد يكون بإرادة الاطراف وحيث ان الجزاء المفروض على الالتزام الاصلي بطبيعته يكون البطلان واما الالتزام الاصلي بحسب ارادة الطرفين فان جزاءه هو الفسخ وعليه سنتناول هذا الجزاء بوصفه جزاء تخييرا وعليه

فان تعدد الجزاءات في هذا الالتزام له ما يبرره في اهمية تحديد الفسخ والتعويض واثرهما في مدى تحقيق العدالة بين الطرفين. فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه يأتي دور الفسخ كجزاء مترتب على مخالفه أحد المتعاقدين لالتزامه يؤدي الى انحلال الرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين بطلب من أحد المتعاقدين إذا لم ينفذ المتعاقد الاخر التزامه وعليه ارجاع الحال الى ما كان عليه قبل انعقاد العقد والفسخ اما يكون قضائي او اتفاقي، ومن ثم ينبغي تحديد الدور الالتزام الاصلي في الفسخ القضائي والاتفاقي والتعويض على كل منهما.

رابعا–منهج البحث: تقتضي طبيعة البحث الاعتماد على المنهج التحليلي عبر طرح الآراء وتعزيزها بالتطبيقات القضائية وتحليل موقف التشريعات المقارنة (القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري) ومقارنتها مع موقف المشرع العراقي

خامسا– خطة البحث: سنتناول البحث من خلال مبحثين، نتناول في المبحث الاول: الجمع بين جزائي الفسخ القضائي والتعويض، وذلك من خلال ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الاول: اساس فرض جزاء الفسخ القضائي مع التعويض، وفي المطلب الثاني سلطة القاضي في فرض جزاء الفسخ القضائي، وفي المطلب الثالث: سلطة القاضي في فرض التعويض مع الفسخ القضائي، ونتناول في المبحث الثاني الجمع بين جزائي الفسخ الاتفاقي والتعويض، وذلك من خلال ثلاثة مطالب أيضا، نتناول في المطلب الاول: اساس فرض جزاء الفسخ الاتفاقي مع التعويض، وفي المطلب الثاني سلطة القاضي في فرض جزاء الفسخ الاتفاقي وفي المطلب الثالث: سلطة القاضي في فرض التعويض مع الفسخ الاتفاقي وخاتمة للبحث تتضمن جملة من التوصيات والنتائج.

المبحث الأول: الجمع بين جزائي الفسخ القضائي والتعويض

الاصل في الفسخ يكون قضائي اي يتم بطلب يقدمه الدائن امام المحكمة المختصة وفقا للمادة ١٧٧–ف١ من قانون المدني العراقي جاء فيها" في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد أجاز للعاقد الاخر بعد الانذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى"[١] ونتناول هذا المبحث في ثلاثة طالب، نتناول في المطلب الاول: اساس فرض جزاء الفسخ القضائي مع التعويض، وفي المطلب الثاني سلطة القاضي في فرض جزاء الفسخ القضائي، وفي المطلب الثالث: سلطة القاضي في فرض التعويض مع الفسخ القضائي،

المطلب الأول: اساس فرض جزاء الفسخ القضائي مع التعويض

يشترط للفسخ القضائي توافر شرطين:

الشرط الاول: ان يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، اما عقود الملزمة الجانب الواحد فيكون فيها أحد المتعاقدين مدينا غير دائن فلا يجوز الفسخ فيها اي لا يمكن للمدين ان يطالب بفسخ العقد لعدم وجود التزام على عاتق الدائن [٢] وهو ما يشترط في العقود الملزمة للجانبين الترابط والتقابل بين التزامات طرفي العقد[٣]

الشرط الثاني: هو عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه إذا لقبول طلب الفسخ لابد ان يكون عدم التنفيذ بسبب خطا المدين لا سبب أجنبي وان يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكنا ولكن المدين يمتنع عن تنفيذه فلا يمكن اجباره على التنفيذ [٤]

حيث إذا كان عدم التنفيذ سبب أجنبي يحول دون تنفيذ العقد نكون امام انفساخ وليس امام فسخ ولا يجوز للدائن ان يطالب بالفسخ إذا كان عدم التنفيذ يعود الى خطئه لا خطا المدين [٥]

ما يضيف الفقه شرط اخر هو قدره الدائن على اعاده الحال الى ما كان عليه قبل ابرام العقد من جهة اذ للفسخ أثر رجعي من شانه ان يعيد طرفي العقد الى ما كان عليه قبلا انعقاد العقد فإذا تعذر على الدائن اعمال هذا الشرط يمتنع عليه المطالبة بالفسخ [٦]

وعلى الدائن عند توافر هذه الشروط ان يطلب فسخ العقد وعليه قبل اقامه الدعوى تنبيه المدين الى تنفيذ التزامه عن طريق الاعذار وفق الاحكام المادة ١٧٧ فقره وأحد للقانون المدني العراقي والمادة ١٢٢٦ مدني فرنسي والمادة ١٥٧ مدني مصري.

اما أثر الالتزام الاصلي على الإخلال المبرر للفسخ القضائي للدائن الحق في طلب تنفيذ العقد حتى وإن باشر إجراءات دعوى الفسخ، فالأصل في الالتزام هو التنفيذ أما الفسخ فهو إجراء احتياطي، إذ يعد الفسخ رخصة للدائن وليس واجباً عليه، والدائن يستخدم حقه في الفسخ من اجل التخلص من العقد لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه [٧]

يثار التساؤل كيف يمكن للقاضي معرفة الاخلال بالتزام أصلي مبرر للفسخ القضائي؟

إن تقدير ما إذا كان الإخلال على درجة من الجسامة لكي يحكم القاضي بالفسخ أم لا يعود إلى السلطة التقديرية للقاضي، فسلطة القاضي لا تقتصر على التأكد من تحقق شروط الفسخ لكي يحكم به، وإذا لم تتحقق تلك الشروط رفض دعوى الفسخ، وإنما يجب أن يكون الإخلال بتنفيذ العقد جسيماً لكي يعتمده القاضي كسبب لحكمه بالفسخ، إذ أن إخلال المدين بتنفيذ التزامه قد يكون بالكيفية التي نفذ بها التزاماته، بإن ينفذ الالتزامات على غير الطريقة التي تم الاتفاق بها مع الدائن أو التأخر بتنفيذ التزامه على الرغم من إعذاره من قبل الدائن، فالمعيار الذي تتبناه المحكمة في تحديد جسامة التأخر بتنفيذ العقد هو ضياع منفعة العقد على الدائن، ومن ثم فإن التأخر بالتنفيذ يكون جسيما إذا لم تتحقق معظم المنفعة التي يرجوها الدائن من العقد[٨]

وقد يكون الإخلال من حيث الكمية، فهنا تكون أمام حالتين، إما أن يكون الإخلال بكل الالتزامات المفروضة على المدين بموجب العقد، ففي هذه الحالة على المحكمة أن تحكم بفسخ العقد طالما بقي المدين ممتنعاً عن التنفيذ أو أصبح تنفيذ العقد مستحيلاً بفعله [٩]

إذ أن عدم التنفيذ التام لا يؤدي إلى اختلال التوازن في ما بين الالتزامات المقابلة فحسب، وإنما يؤدي إلى انعدامه أصلاً". في حين قد يكون الإخلال جزئياً، وقد بين المشرع العراقي ذلك إذ نص.... كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته) [١٠]

ومن هذه المادة يتضح بإن المشرع العراقي اعتمد في تحديد الإخلال الجزئي المبرر للفسخ على أهمية الالتزام الذي تم الإخلال به، فإذا كان مهما حكمت المحكمة بفسخ العقد، وإن لم يكن مهماً لا تحكم به فعند عدم تنفيذ جزء من الالتزامات المفروضة في العقد تكون المحكمة أمام احتمالين، الأول هو عدم تنفيذ الالتزام الاصلي في العقد مع قيام المدين بتنفيذ الالتزامات الفرعية فيه، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي الحكم بفسخ العقد بالنظر لما يمثله الالتزام الاصلي من أهمية بالنسبة للمتعاقدين وإلى المنفعة المقصودة من العقد لان الالتزام لازماً لوجود العقد إذ إذ يدور حوله تنظيم العقد كله، فهو جوهر العقد، الذي يعطي معنى للعقد، والذي بدونه لم تعد هناك علاقة تعاقدية تحقق مصلحة كافية للأطراف فيها)[١١]

وهذا ما يتضح في قرار محكمة التمييز العراقية والذي تضمن يحق للمؤجر طلب فسخ عقد الإيجار الشفوي المبرم مع المستأجر. في حال إخلاله بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد الإيجار وهي عدم تسديد بدلات الإيجار المتحققة فكما هو واضح بإن التزام المستأجر بدفع الأجرة هو التزام رئيسي نابع من طبيعة عقد الإيجار نفسه وعند تخلف المستأجر عن تنفيذ هذا الالتزام يحق للمؤجر طلب فسخ العقد، وبالتالي يتمكن القاضي من اعتماده كمبرر للحكم بفسخ العقد وقد يستهدف الإخلال الجزئي الالتزام الاصلي نفسه، بمعنى أن المدين نفذ جزء من الالتزام الاصلي دون أن يخل بتنفيذه كله، فهنا يمكن للقاضي أن يلتجأ إلى المعيار الموضوعي المعرفة أهمية الجزء الغير منفذ، والمتمثل بالفائدة المرجوة من الالتزام، فإذا لم تحقق فسخ العقد، وإذا تحقق معظمها لا يمكن للقاضي هنا اعتمادها كمبرر لفسخ العقد، وهذا ما حكمت به محكمة التمييز العراقية بقرارها (إذا تبين بإن الالتزام في العقود الملزمة للجانبين قد نفذ بقسمه الأعظم من خلال مطابقته لكافة المواصفات وأن مالم يوفي به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته لذلك يكون طلب فسخ العقد غير وارد قانوناً[١٢]

المطلب الثاني: سلطة القاضي في فرض جزاء الفسخ القضائي

في حال مخالفة الالتزام الاصلي فانه يحق طلب الدائن للفسخ مع التعويض من القاضي، الا إن هذا الاخير لا يكون ملزما بإجابة الطلب بل يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك [١٣]، إذا رجعنا الى النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، هنالك عددا من الخيارات امام القاضي [١٤]، فهو يستطيع اولا ان يمنح المدين مهلة لتنفيذ التزامه. والقوانين صريحة في ذلك فالمادة ١٧٧-١ من القانون المدني العراقي نصت "..... على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل...." اما المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري فنصت في فقرتها الثانية على ما يلي: "ويجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلا إذا اقتضت الظروف ذلك...." بينما نصت المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي على انه "يجوز ان يمنح المدين مهلة على حسب الاحوال ".

ومما يحمل القاضي على منح المدين مهلة للتنفيذ، ان يكون للمدين عذراً في تأخره في التنفيذ او ان يكون ما يصيب الدائن من ضرر بسبب التأخر في التنفيذ قليل لا يبرر اجابة طلب الفسخ على الفور. والقاضي يستوحي قراره في ذلك من الظروف المحيطة بالقضية، وتلك مسألة وقائع يترك تقديرها لقاضي

الموضوع دون تعقيب من محكمة التمييز وقد ذهبت محكمة التمييز في العراق الى "انه ما دام طلب الفسخ سببه عدم تنفيذ المتعاقد الاخر لالتزامه العقدي فإن المحكمة متى أنست من هذا المتعاقد استعدادا لتنفيذ التزامه، أن تضرب له مهلة للتنفيذ، فإذا نفذ التزامه خلالها قضت برد طلب الفسخ" (١٥)

ولا يمنع القاضي من ان يعطي مهلة للمدين ان يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى وإذا أُعطي المدين مهلة فعليه القيام بالتنفيذ خلالها وليس له ان يتعداها وليس للقاضي ان يعطيه مهلة اخرى (١٦). وتذهب محكمة النقض الفرنسية ليس فقط الى عدم منح مهلة ثانية، وانما إذا حصل وقف لهذه المهلة بسبب القوة القاهرة فإنه لا يمكن تجديدها. ولذلك يعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه إذا انقضت المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك، بينما يرى البعض انه لا يوجد نص في القانون يمنع منح المدين مهلة اخرى ويجب ترك الامر لتقدير المحكمة (١٧).

وسلطة القاضي في منح المهلة في دعوى الفسخ فإنها ليست من النظام العام، ويدل على ذلك امكان اتفاق المتعاقدين مسبقا على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار او حكم قضائي، وهو ما نصت عليه المادة ١٧٨ من القانون المدني العراقي والمادة ١٥٨ من القانون المدني المصري والمادة ١١٨٣ من القانون المدني الفرنسي، كما يمكن ان يمنح القاضي اجلا ثانيا في دعوى التنفيذ إذا لم يفلح في اتمام التنفيذ في الاجل الاول الذي منح له، وكانت الظروف التي تبرر ذلك ما تزال قائمة، بينما يذهب الرأي الراجح الى عدم اعطاء مهلة ثانية في دعوى الفسخ وقد تقدمت الاشارة الى ذلك.

اما الخيار الثاني امام القاضي فهو خياره في رفض طلب الفسخ، وقد اكدت النصوص القانونية هذا الخيار بوضوح. فالمادة ١٧٧-١ من القانون المدني العراقي جاء في ذيلها ".... كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته." كما ورد مثل هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري. وهو يفهم من سياق المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي اذ ان هذه المادة اكدت على ان العقد "لا يفسخ من تلقاء نفسه.... ويجب ان يطلب الفسخ قضاءً"، فإيجاب دور القضاء في الفسخ يستلزم ان تكون له سلطة تقديرية في الحكم به او رفضه وقضاء المحكمة برفض دعوى الفسخ لا يمنع من التمسك بسبب آخر من اسباب الفسخ، غير السبب الذي رفضت دعوى الفسخ بشأنه، سواء كان ذلك في صورة دفع او برفع دعوى فسخ جديدة. اذ لا يحوز الحكم النهائي برفض الفسخ قوة الامر المقضي الا بالنسبة لسبب الفسخ المقام عليه الدعوى (١٨).

والقاضي لا يحكم بالفسخ الا إذا كان عدم التنفيذ على قدر من الاهمية بحيث يبرر الفسخ (١٩)، ويكون تقدير اهمية الجزء الذي لم ينفذ والذي يبرر الفسخ من عدمه على اساس معيارين، أحدهما شخصي يعتد فيه بنية المتعاقدين واهمية عدم التنفيذ في قصدهما وما إذا علقا بقاء العقد على تنفيذ ذلك الجزء من عدمه، والآخر موضوعي يتم على وفقه قياس عدم التنفيذ على اساس نسبته الى جملة المحل اي ان المعيار الموضوعي يقاس به عدم التنفيذ على اساس كمي (٢٠). ويدل نص المادة ١٧٧ من القانون

المدني العراقي والمادة ١٥٧ من القانون المدني المصري على اخذهما بالمعيار الموضوعي [٢١]. ومع ذلك فقد يعمد المشرع الى اعتماد المعيار الشخصي في تحديد كفاية الاخلال للحكم بفسخ العقد. من ذلك ما نصت عليه المواد ٤٣٣، ٤٣٨، ٤٤٤-١ من القانون المدني المصري، حيث تأخذ بمعيار شخصي في تقدير جسامة عدم التنفيذ، هو أن تبلغ حدا لو علمه المتعاقد الاخر لما أتمَّ العقد. بينما اعتمد المشرع العراقي المعيار الموضوعي كما نصت على ذلك المادة ٥٤٦-١ من القانون المدني. وبذلك يبقى القاضي على العقد مكتفيا بتعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ بعض الالتزام.

ويمكن ان نلحظ المعيار الشخصي في تقدير الاخلال في المادة ١٦٣٨ من القانون المدني الفرنسي الخاصة بضمان الاستحقاق التي قضت بحق المشتري في الغاء عقد البيع إذا ظهر ان العقار المبيع كان مثقلا بحقوق ارتفاق غير ظاهرة لم يصرح بها، وكانت من الاهمية بحيث يفترض ان المشتري لو علم بها لما اشترى وعلى نفس المعيار اعتمدت المادة ١٦٤١ من القانون المدني الفرنسي الخاصة بضمان العيوب الخفية.

كما يستطيع القاضي ان يلجأ الى حل اخر وهو فسخ العقد جزئيا وذلك بأن ينقص من كم اداء الدائن بقدر ما نقص في اداء المدين بسبب عدم التنفيذ الجزئي. ولهذا الحل تطبيقات نجدها في ثنايا القوانين المدنية من ذلك ما نصت عليه المادة ٥٤٣ من القانون المدني العراقي من خيار للمشتري بأخذ المبيع الناقص بحصته من الثمن، وما نصت عليه المادة ٥٣٨ من القانون المدني المصري من خيار المشتري بين فسخ البيع او إنقاص الثمن إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه، وكذلك ما نصت عليه المادة ٧٥١-٢ من القانون المدني العراقي من حق المستأجر في الخيار بين فسخ الاجارة او إنقاص الاجرة في حالة الهلاك الجزئي للمأجور. ومثل ذلك ما نصت عليه المادة ٥٦٩-٢ من القانون المدني المصري في حال الهلاك الجزئي للمأجور. وإنقاص الثمن لنقص المبيع او إنقاص الاجرة لهلاك المأجور جزئيا امثلة على الفسخ الجزئي للعقد غير ان هذا الحل لا يكون مجدياً الا إذا كانت الالتزامات تقبل التجزئة دون ان يفوت ذلك على المتعاقد غرضه من ابرام العقد.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في فرض التعويض مع الفسخ القضائي

التعويض عن الاخلال في تنفيذ الالتزام او التأخير فيه، يخضع بوجه عام للقواعد العامة وهناك تعويض من المحتمل ان ينشأ إذا اخلّ أحد المتعاقدين بالتزاماته اثناء المرحلة التالية للفسخ القضائي، كما لو أخلّ بالتزامه بالرد بأن نفذه متأخرا او على نحو معيب ونطلق عليه تسمية (التعبير عن الاخلال بتنفيذ الالتزام بالرد)، وهنالك تعويض 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، الفسخ القضائي لا يكون الا إذا كان هناك اخلال في تنفيذ الالتزام العقدي من أحد الاطراف (المدين)، مما يسوغ للدائن طلب الفسخ. وهذا الاخلال إذا كان شرطا لإجابة طلب الفسخ من لدن القضاء، فانه يمكن ان يكون في الوقت ذاته مصدرا للالتزام بالتعويض إذا 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 إذا كان له مقتضى [٢٢]

لذا فالحكم بالتعويض قد يقترن بالحكم بالفسخ وذلك لأن الأخير لا يشكل تعويضا كافيا للدائن ولاسيما إذا ما لحقه ضرر جراء عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، وذلك لأن فسخ العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، قد لا تزيل كل الآثار التي ترتبت على العقد، فقد يصيب الدائن من جراء إخلال مدينه بالعقد ضرر لا يمحوه إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد، وفي هذه الحالة يكون للدائن إلى جانب طلب فسخ العقد، أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذ المدين التزامه' والحكم بالتعويض يعتمد على طلب المدعي له، فلا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، كما ان لها سلطة تقديرية واسعة ازاء الحكم به من عدمه) ولعل هذا واضح من صيغة ان كان له مقتضى الواردة في نص المادة (١٧٧/١) من القانون المدني العراقي. وهناك من يرى أن الاتجاه الذي لا يسمح بالجمع بين فسخ العقد والتعويض يتصف بالمنطقية والعدالة وذلك لأن أصحابه يرون في الفسخ وسيلة ضمان بالنسبة للدائن وجزاء قانوني بالنسبة للمدين، والعدالة والمنطق تقتضي عدم السماح للدائن أن يجمع بين الوسيلتين، ولا أن يطبق على المدين أكثر من جزاء، فهذا الاتجاه يرى في الفسخ بأنه تعويضاً كافياً للدائن عما اصابه من ضرر جراء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته او اخلاله بها، كما أن له الخيرة بين طلب فسخ العقد وطلب التعويض وهو الذي يختار الأنسب له من بينهما.

ويضيف البعض إلى أن الفسخ إذا لم يقترن بالتعويض، فيكون امتيازاً للمدين الذي أخل بتنفيذ التزامه، فليس له حتى يتخلص من العقد الذي لا يرغب بالاستمرار فيه سوى أن يخل بتنفيذ التزامه، الأمر الذي يضطر معه الدائن إلى طلب الفسخ وهو ما يسعى إليه المدين من وراء عدم تنفيذه لالتزامه وإخلاله فيه. ويكون ذلك في مصلحة المدين وتحقيق الهدف الذي يسعى اليه وهو التخلص من العقد، في الوقت الذي يكون الحكم بالتعويض اداة تهديدية للضغط على ارادة المدين قد تدفعه إلى تنفيذ العقد وبالتالي المحافظة عليه وضمان استمراره، وقد بينت المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى هذا النوع من التعويض، بالقول "... جاز للعاقد 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" 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 أحد 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 [٢٣]

"ولذلك يلاحظ انه لا تلازم بين الحكم بالفسخ وبين الحكم بالتعويض، فقد يحكم القاضي بالتنفيذ وبالتعويض، وقد يحكم بالفسخ مع التعويض، فالحكم بالتعويض مستقل عن الفسخ ويخضع لقواعد خاصة به." "قد لا يكفي الحكم بالفسخ لتعويض الدائن إذا كان قد اصاب الدائن ضرر من عدم تنفيذ المدين لالتزامه" [٢٤] وظيفته في جبر الضرر وايضا يهدف إلى المحافظة على العقد من الفسخ، ولا يكون ذلك إلا إذا اقترن طلب التعويض مع طلب التنفيذ العيني، فتنفيذ الالتزام بشكل جزئي أو معيب أو التأخر في تنفيذه من قبل المدين لا يكون مبرراً لطلب الفسخ إذ كان بالإمكان جبر الضرر الناشئ عن ذلك بالتعويض.

والتعويض في القوانين المدنية قد يكون جزاءاً أصلياً تارة متى كان بديلاً للتنفيذ العيني وبالتالي يتم تنفيذ الالتزام عن طريق التعويض فقط، ويكون جزاءاً تكميلياً تارة أخرى متى كان بديلا للتنفيذ العيني الجزئي أي متى كنا أمام تنفيذ ناقص أو معيب للالتزام وحتى في حالة التأخر في التنفيذ. فيكون التعويض بديلاً للتنفيذ العيني بالكامل في عدة أحوال منها أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بخطأ المدين [٢٥]

أو إذا تطلب التنفيذ العيني تدخل المدين الشخصي كان يكون تدخله ضرورياً أو ملائماً وامتنع عن التنفيذ وفشل الحكم بالغرامة التهديدية في كسر عناده وإكراهه على التنفيذ، أو إذا كان التنفيذ العيني ممكن ولكنه مرهق للمدين وكان في التعويض ترضية كافية للدائن لأن عدم القيام بالتنفيذ لا ينطوي على ضرر يصيب الدائن، وكذلك إذا كان التنفيذ ممكناً دون تدخل المدين إلا ان الدائن لم يطلبه ولم يعرض المدين القيام به لأن ذلك يفسر على أساس اتفاق ضمني بينهما على التعويض وقد يكون جزاءاً تكميلياً في حالة عدم التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المعيب أو التأخر في التنفيذ[٢٦]

فالقانون يعطي للقاضي السلطة في رفض فسخ العقد إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته ويكون له أن يحكم بتعويض الدائن عن الجزء القليل الذي لم ينفذه، فيرافق التعويض التنفيذ العيني للعقد ويكمل ما نقص من هذا التنفيذ وبالتالي يكون جزاءاً تكميلياً يلعب دوراً في المحافظة على العقد من الفسخ [٢٧].

المبحث الثاني: الجمع بين الفسخ الاتفاقي والتعويض

كما للفسخ القضائي شروطاً لابد من توفرها حتى تتمكن المحكمة من الحكم به بيد أن القواعد المنضمة للفسخ القضائي ليست من النظام العام، فقد أجاز القانون للمتعاقدين الاتفاق على الفسخ، فيما لو أخل أحدهم بتنفيذ التزام ما في العقد، وهذا ما يسمى بالفسخ الاتفاقي فقد نصت عليه المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي والتي تضمنت (يجوز الإتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الإتفاق لا يعفى من

الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته) [٢٨]، وعليه سنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول: اساس فرض جزاء الفسخ الاتفاقي مع التعويض، وفي المطلب الثاني سلطة القاضي في فرض جزاء الفسخ الاتفاقي وفي المطلب الثالث: سلطة القاضي في فرض التعويض مع الفسخ الاتفاقي

المطلب الأول: اساس فرض جزاء الفسخ الاتفاقي والتعويض

في هذا النوع من الفسخ يكون هناك اتفاق فيما بين المتعاقدين على الفسخ سلفا إذا لم ينفذ أحدهما التزامه وهذا النوع من الفسخ ليس على درجة وأحدة فقد يتم الإتفاق في العقد على أن يكون مفسوخاً إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، ففي مثل هذا الشرط غالباً ما يراد به التأكيد على القاعدة العامة بالفسخ لعدم التنفيذ، إذ يصعب الجزم بإنهما أرادا تقييد الفسخ، والاتفاق لا يغني عن اللجوء إلى الإنذار، وكذلك لا يغني عن إقامة دعوى الفسخ أمام القضاء، وكما أنه لا يسلب المحكمة سلطتها التقديرية بتحديد جسامة عدم التنفيذ.

أما الصورة الثانية من الفسخ الاتفاقي فهي أن يتفق المتعاقدان على كون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي، فهذا الإتفاق لا يغني عن الإنذار، وغالبا ما يفسر يسلب السلطة التقديرية للقاضي، إذ يتعين عليه الحكم بالفسخ إذا ما نفذ الالتزام محل الإتفاق، في حين تتمثل الصورة الثالثة من هذا النوع من الفسخ بالاتفاق فيما بين الطرفين على تلقائية الفسخ دون الحاجة إلى الإنذار أو الحكم القضائي، فإذا تضمن العقد مثل هذا الإتفاق فإننا نكون أمام أقصى مراتب الفسخ، إذ يعد العقد مفسوخاً بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه محل الإتفاق دون الحاجة إلى إنذار أو حكم قضائي [٢٩] وعليه فأن الفسخ الاتفاقي لا يخلو من أحد الصور المذكورة أعلاه، ولكن يشترط أن تكون صيغة هذا الفسخ قاطعة الدلالة على حق الدائن في إيقاع الفسخ فكل اتفاق فيه غموض يفسر بإنه ترديد للقواعد العامة والمتمثلة بالفسخ القضائي، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها من المقرر أن الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية إلا إذا كانت صيغته صريحة ودالة بذاتها على وجوب الفسخ[٣٠]

إذا ورد الاتفاق على التزام أصلي في العقد بطبيعته فان هذا جائز وممكن، وهنا نكون امام التأكيد من قبل المتعاقدان على اهمية الالتزام الاصلي في العقد من خلال جعله محلا لاتفاقهم، اذ ان مخالفة الالتزام الاصلي غالبا ما تؤدي الى فسخ العقد واهمية هذا الاتفاق هو تجنب الدائن اجراءات الفسخ القضائي الطويلة من اعذار وغيرها، ويقيد القاضي، وذلك بإيقاع الفسخ لصالح الدائن إذا لم ينفذ المدين الالتزام الاصلي محل الاتفاق، حيث ان الاتفاق عليه يجعل القاضي ملزما بالحكم بالفسخ عند مخالفته .

ان مخالفة الالتزام الذي كان محلا لاتفاق المتعاقدين باعتبار العقد مفسوخا إذا لم ينفذ يعني بانها مخالفة لالتزام أصلي في العقد ولكنه ليس التزاما اساسيا ناتجا عن طبيعة العقد نفسه بل ناشئ بالإرادة الصريحة للمتعاقدان وبالنتيجة فان عدم تنفيذه يلزم القاضي بفسخ العقد.

وهذه الاحكام في ما لو كان الاخلال بالالتزام كليا، اما في حالة عدم تنفيذ جزء من الالتزام الاصلي الناتج عن ارادة المتعاقدين الصريحة، ففي هذه الحالة لا يمكن للقاضي ان يقدر اهمية عدم التنفيذ كما هو الحال في الفسخ القضائي، اذ تسلب سلطته التقديرية في الفسخ الاتفاقي ولان القانون اجاز للأطراف الاتفاق على الفسخ بسبب عدم التنفيذ حتى ولو كان مالم ينفذ قليل الأهمية [٣١] .

وتجدر الاشارة الى ان الفسخ الاتفاقي لا يغني الدائن دائما من اللجوء الى القضاء فقد يلجأ المدين الى القاضي منكرا على الدائن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة، فإنه يكون للقاضي عندها سلطة الفصل في النزاع، غير ان سلطته هذه ليست هي ذات السلطة الممنوحة له بمقتضى المادة ١٧٧/ ١ من القانون المدني العراقي، فيقتصر دوره على التحقق من وجود اتفاق على الفسخ وهذا ما اشارت اليه محكمة التمييز العراقية في أحدى قراراتها بالقول (انه إذا نص عقد الايجار على حق المستأجر بفسخ العقد متى شاء، فللمذكور ان يستعمل حقه ويعتبر ايداعه مفاتيح الماجور لدى الكاتب العدل تاريخا لفسخ العقد) [٣٢] وقضت محكمة التمييز الإتحادية في العراق برد دعوى الفسخ لعدم إنذار الدائن لمدينه حسب الأصول مالم يشترط في العقد عدم الحاجة إلى الإنذار [٣٣]

ولكن في حال أقام الدائن دعوى الفسخ وردت تلك الدعوى أو أبطلت بعد تبليغ المدين بها، فإن هذه الدعوى تغني عن توجيه الإنذار إلى المدين كونها تعد بمثابة الإنذار، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الإتحادية في قرارها (... سبق إقامة الدعوى على المدعى عليه وتبليغه بإقامتها يغني عن توجيه الإنذار إليه، لإنها تعد بمثابة الإنذار التنفيذ الالتزام) [٣٤]

إلا أن للإعذار قبل رفع الدعوى أهمية كبيرة في سرعة استجابة القاضي لطلب الفسخ، لإنه ينبئ عن جسامة عدم التنفيذ بنظر المتعاقدين، كما وتجعله أقرب إلى الحكم على المدين بالتعويض إضافة إلى الحكم بالفسخ ولعل المدين بعد تبليغه بالإنذار ينفذ التزامه، تجنباً من مخاطر دعوى الفسخ وتخلصاً لما قد يحكم عليه من تعويض، فإذا ما نفذ المدين لالتزامه بعد الإنذار أصبحت لا حاجة من إقامة دعوى الفسخ ومن ثم ترد هذه الدعوى، فقد حكمت محكمة التمييز في العراق أثناء نظر أحدى دعاويها أن طلب الفسخ والتعويض عند إخلال أحد الطرفين بالالتزامات التي يفرضها عليه عقد الإيجار مشروط بعدم تنفيذ الالتزام بعد إنذاره، وحيث أن المدعى عليه قد نفذ التزامه فوراً بعد تبليغه بالإنذار فلا يحق للمدعي والحالة هذه أن يطلب فسخ العقد).

بأن المحكمة تحاول على قدر الإمكان المحافظة على العقد بتنفيذ التزاماته الناشئة عنه، فبعد تحقق شروط الفسخ تتأكد المحكمة من تبليغ المدين بالإنذار، وبعد التبليغ بالإنذار تعطي مجالاً لتنفيذ المدين لالتزامه خلال فترة الإنذار، وبعد انتهاء هذه الفترة تتمكن المحكمة من الحكم بالفسخ وفقاً لسلطتها التقديرية

المطلب الثاني: سلطة القاضي في فرض جزاء الفسخ الاتفاقي

ان اتفاق المتعاقدين على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي، والإتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً دون الحاجة إلى الإنذار أو حكم قضائي، تسلبان هاتين الصورتين من القاضي سلطته التقديرية في تحديد جسامة عدم التنفيذ، اما في حالة الإتفاق على فسخ العقد إذا لم

ينفذ المتعاقدين التزامهما فهنا لا يسلب القاضي من هذه السلطة إذ يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد جسامة عدم التنفيذ مثلما هو معمول به في الفسخ القضائي، يغني الفسخ الاتفاقي الدائن دائماً من اللجوء إلى القضاء، فقد يتنازع المدين مع الدائن على واقعة التنفيذ ذاتها، فهنا يتحتم على الدائن رفع الأمر إلى القضاء، إذ تقتصر مهمة القاضي في هذه الحالة على التثبت من هذه الواقعة، فإذا تبين للقاضي بإن التنفيذ قد تم يصدر قراره برفض الدعوى، وإذا تبين له بعدم تنفيذ الالتزام محل الفسخ توجب عليه الحكم بفسخ العقد[٣٥]

يعد هذا الحكم مقرراً للفسخ لا منشئ له كما هو الحال في الفسخ القضائي، وفي هذا الصدد تظهر أهمية وخطورة هذا الفسخ، إذ يقتصر دور القاضي في التحقق من واقعة الاخلال بالالتزام المذكور في الإتفاق فقط، حتى أنه لا يمكن للقاضي إعطاء مهلة للمدين المتخلف عن تنفيذ [٣٦] التزامه، كما وليس للمدين توفي الفسخ، بعرض تنفيذ التزامه على الدائن إلا إذا قبل الدائن بذلك.

كما ويلاحظ بإن الفسخ الاتفاقي لا يمنع من أن يطالب الدائن بالتنفيذ بدلاً من الفسخ، أي أن للدائن الخيار بين التمسك بالتنفيذ أو الاحتجاج بالفسخ الاتفاقي، حتى لا يبقى مصير العقد محض إرادة المدين إن أراد يبقيه أو يزيله ويسأل البعض هل أن الإتفاق على فسخ العقد

لذا فان مخالفة الالتزام الذي كان محلاً لاتفاق المتعاقدين باعتبار العقد مفسوخاً إذا لم ينفذ، يعني بإنها مخالفة التزام أصلي في العقد ولكنه ليس التزاماً رئيسياً ناتجاً عن طبيعة العقد نفسه وإنما ناشئ من الإرادة الصريحة للمتعاقدين، وبالنتيجة فإن عدم تنفيذه يلزم القاضي بفسخ العقد. وهذه الاحكام في ما لو كان الإخلال بالالتزام كلياً أما في حال عدم تنفيذ جزء من الالتزام الرئيسي الناتج عن إرادة المتعاقدين الصريحة، ففي هذه الحالة لا يمكن للقاضي من تقدير أهمية الفسخ [٣٧]

إذا كان الطرفان قد اتفقا على تقدير الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة اخلال المدين بالعقد ثم فسخ العقد فهل يستحق الدائن التعويض الاتفاقي ام يصار الى التعويض القضائي؟

يرى الفقيه الفرنسي اندريه دلفوا وويلز ان فسخ العقد يعيد المتعاقد الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد حيث يزول العقد كلا مما يترتب عليه زوال بند التعويض الاتفاقي ووجوب اللجوء الى التعويض القضائي بدلا من التعويض الاتفاقي اما القانون المدني المصري والعراقي قد اخذ بمبدأ زوال العقد واعاده المتعاقدين الحالة التي كان عليها قبل التعاقد وهذا يؤدي الى زوال التعويض الاتفاقي في العقد المفسوخ وفقا لأحكام المادة ١٦٠ من قانون مدني المصري والمادة ١٨٠ القانون المدني العراقي، ويرى البعض ان العقد المفسوخ نشا صحيحا من حيث الاصل واستمر وجوده القانوني حين من الزمن حتى فسخ العقد فانتهى الوجود العقد منذ وقوع الفسخ ولكن يعتبر العقد بكل ما نشا منه من حقوق والتزامات وما نفذ من التزامات متقابلة فيه قبل الفسخ لم ينفذ منه شيء بل انه لما يتفق مع العدل والواقع هو الاعتراف بالوجود السابق للعقد على واقعه الفسخ لان القول بغير ذلك يؤدي الى الخلط بين نظامين فسخ والبطلان[٣٨]

فالبيع على سبيل المثال هو عقد ملزم للجانبين فهو ينشا التزامات على عاتق البائع بنقل ملكيه الشيء المبيع للمشتري وهذا الالتزام ينفذ في الحال وبمجرد ابرام العقد وبقوه القانون إذا كان المبيع وارد على منقول معين بالذات وفقا لإحكام المادة ٥٣١ من القانون المدني العراقي جاء فيها "إذا كان المبيع عينا معينة بالذات وكان قد بيع جزافا نقل البيع من تلقاء نفسه ملكيه المبيع اما إذا كان المبيع لم يعين الا بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالإفراز" ويقابل هذا النص المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري اما إذا كان المبيع منقول معين بالنوع وفقا لأحكام المادة ٥٣١ فان الملكية تنتقل بالإفراز ولكن يثار التساؤل ما هو الحكم لو امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بفرز المبيع؟ للإجابة على ذلك وفق الاحكام المادة ٢٤٨ قانون مدني العراقي للمشتري ان يحصل على الشيء من النوع نفسه المتفق عليه في العقد وعلى نفقه المدين البائع بعد استئذان المحكمة او بدون استئذانها في الحالات المستعجلة اضافه الى ذلك حقه في المطالبة بالتعويض فهنالك تعدد بالجزاءات يتمثل بالتنفيذ العيني مع التعويض ويجوز المشتري ايضا ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى[٣٩]

ان دعوى الفسخ لا يمكن قبولها ضمناً أو دلالة وقد ورد نص الفقرة (١) من المادة (١٧٧) مدني صريحاً بذلك إذ جاء النص (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى. الخ) وهذه الفقرة قيدت المطالبة بالتعويض وجعلت المطالبة به متلازمة مع المطالبة صراحة بفسخ العقد.

وقد اشار القانون المدني العراقي في المادة ١٧٧(في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضى). ويتضح من النص اعلاه ان المشرع اقر للدائن نوعين من الجزاء هما الفسخ مع التعويض اما القانون المدني المصري فقد اشار في المادة ١٥٧" في عقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جازا المتعاقد الاخر بعد اعذاره للمدين ان يطالب بتنفيذ العقد او فسخه مع التعويض ان كان له مقتضى" يتضح من ذلك المشرع المصري اقرا للدائن جزائين اما الفسخ مع التعويض او التنفيذ العيني مع التعويض فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه على القاضي ان يستجيب لهذا الطلب وان يحكم له بالتعويض عن الاضرار التي اصابته نتيجة التأخير في تنفيذ الالتزام اما إذا اختار الفسخ فان القاضي لا يجبر على اجابته لطلبه، على انه للقاضي ان يجيب الدائن الى طلبه ويقضي له بفسخ العقد مع الزام المدين بالتعويض لا يكون العقد في ذاته اساسا للالتزام بالتعويض انما يكون مصدره خطا المدين او تقصيره، وان القاضي لا يحكم بفسخ الا بعد توافر شروطه الثلاث وهو ان يظل تنفيذ العقد ممكنا، وان يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذ، وان يبقى المدين على تخلفه، متى توفرت هذه الشروط وتحقق ما ينسب الى المدين من خطا او تقصير يحكم بالفسخ [٤٠].

اما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة (١١٩٣) من القانون المدني المعدل على (عدم جواز تعديل العقود او نقضها الا بالرضا المتبادل لأطرافها او للأسباب التي يقرها القانون) ونلاحظ ان المشرع الفرنسي في تعديله الجديد اشار الى مسالة مهمة في تعدد الجزاء اذ نص في المادة (١١٩٤) على انه (العقود لا تلزم بما هو منصوص عليه فيها فقط، بل ايضا بجميع ما يعد من توابعها وفقا للعدالة والعرف والقانون) وفي هذا النص اشارة الى ان الالتزام يقترن بجزاءات متعددة تفرضها ارادة الاطراف والعدالة والعرف والقانون.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في فرض جزاء التعويض

يمثل التعويض الشق الثاني للمرحلة التالية للفسخ، الذي يهدف الى تحقيق اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وهنالك انواعا اساسية ثلاثة للتعويض، بحسب مصدره، يمكن ان تنهض بعد فسخ العقد قضائيا.

النوع الاول منها هو التعويض الذي يحكم به إذا استحال الرد العيني، ولذلك نطلق عليه تعبير (التعويض عن استحالة الرد العيني). وهناك تعويض من المحتمل ان ينشأ إذا اخلّ أحد المتعاقدين بالتزاماته اثناء المرحلة التالية للفسخ، كما لو أخلّ بالتزامه بالرد بأن نفذه متأخرا او على نحو معيب ونطلق عليه تسمية (التعبير 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 [٤١]

نصت المادة ١٨٠ من القانون المدني العراقي على انه، "إذا فُسخ عقد المعاوضة الوارد على الاعيان المالية او انفسخ، سقط الالتزام الذي كان مترتبا عليه، فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد، وان كان قد سلم يسترد. فإذا استحال رده يحكم بالضمان"[٤٢]

ويراد بالضمان 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. وقد تنشأ الاستحالة من انتقال الشيء الى خلف خاص يمكنه التمسك بأحد اسباب كسب الحق [٤٣]

ويذهب البعض، الى ان الحكم بالضمان في حالة استحالة الرد، يقتصر على الاستحالة الراجعة الى خطأ المدين، اما الاستحالة الراجعة لسبب أجنبي، فلا يحكم فيها بالضمان.

وهذا التعويض، لكونه يستعاض به عن الرد العيني الذي استحال، فإنه ليس التزاما بدليا او التزاما تخييريا، وانما هو الالتزام الاصلي ذاته سواء نفذ عينا او بطريق التعويض [٤٤]

والذي تغير هو محل الالتزام، فبعد ان كان عينا أصبح تعويضا، فتبقى الضمانات التي كانت تكفل التنفيذ العيني كافلة للتعويض ذلك لأن التنفيذ العيني للرد متى كان ممكنا، فليس للمدين ان يمتنع عنه مقتصرا على التقدم بتعويض، بل يجبر على التنفيذ العيني، وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني، فليس للدائن ان يرفضه ويطلب التعويض مكانه. اما إذا 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 ونؤيد اتجاه بعض الفقه في انه لا يمكن للدائن او للمدين على انفراد ان يختار التعويض عوضا عن التنفيذ العيني، انما باتفاقهما معا [٤٥]

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 لم يتغير، وانما استبدل بمحله محل اخر باتفاق الطرفين او بحكم القانون، ولكن ليس لأحدهما بإرادته وحده ان يختار التعويض بدلا من التنفيذ العيني.)

كما ان المشرع قد قرر في نصوص بعينها بقاء الشرط الجزائي بعد فسخ العقد ونذكر هنا نص المادة ٥٣٤ من القانون المدني العراقي حيث قالت: " ١- إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع. ٢- فإذا كان الثمن يدفع اقساطا جاز للمتبايعين ان يتفقا على ان يستبقي البائع جزءً منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم تسدد جميع الاقساط. ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف، ان تخفض التعويض المتفق عليه وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقية. ٣- وإذا سددت الاقساط جميعا انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت البيع الا إذا وجد اتفاق على غير ذلك. ٤- وتسري احكام الفقرات الثلاث السابقة حتى لو سمى المتعاقدان البيع ايجار" وهي موافقة للمادة ٤٣٠ من القانون المدني المصري والفقرة الثانية من كلا المادتين تشير بوضوح الى امرين: الاول: ان جزء الثمن الذي يستبقيه البائع هو تعويض اتفاقي، وقد اشار القانون المدني العراقي في اخر هذه الفقرة الى ان هذا تعويض اتفاقي، كما احال القانون المدني المصري في نهاية الفقرة الثانية الى المادة ٢٢٤ الخاصة بتخفيض الشرط الجزائي. والامر الثاني: ان هذا التعويض الاتفاقي يبقى بعد الفسخ رغم انه شرط سابق على الفسخ ولم يؤدي الفسخ الى زواله

فان عدم تنفيذ العقد كليا او جزئيا، يسمح للمتعاقد بالإضافة الى طلب فسخه، المطالبة بتعويض الاضرار التي لحقت به، ولما كان الشرط الجزائي مجرد تقدير اتفاقي للتعويض لذلك فمن المتصور الجمع بين الفسخ والشرط الجزائي على النحو الذي يتفق مع قصد المتعاقدين من الشرط الجزائي في العقد، والفسخ يمثل جزاء احتياطي وليس اساسي، فالجزاء الاساس للتأخر يكون عن طريق الابقاء على العقد، ومنح الدائن تعويضا مساويا للضرر الذي اصابه جراء التأخر، ولكن في حالة اختيار معالجة التأخر عن طريق الفسخ، فقد لا يكون هذا الجزاء كافيا، اذ قد يكون الضرر الذي اصاب الدائن يفوق قدرة الفسخ على علاجه، لذا تدخل المشرع واوجد طريقة يستطيع من خلالها جبر الضرر الذي تعرض له الدائن، وذلك بجعل التعويض مكملا للفسخ، اذ يستطيع الدائن المطالبة بالتعويض عن اضرار التأخر في التنفيذ بعد فسخ العقد جعل المشرع العراقي التعويض مكملا للفسخ في حالة ما إذا كان له مقتضى وذلك في المادة ١٧٧/١، من القانون المدني، كما منح المشرع المصري هذا الحق للدائن في

المادة ١٥٧، من القانون المدني، فيما نص المشرع الفرنسي على جعل التعويض علاجا مكملا لجميع علاجات الاخلال بالعقد وذلك في المادة ١٢١٧، من القانون المدني الفرنسي حكم القاضي بالتعويض يبنى على اساس المسؤولية التقصيرية وليست العقدية على اعتبار ان الفسخ قد ازال العقد من اساسه،

فماذا لو تضمنت بنود العقد اتفاقا على تعويض يجب على المدين ان يدفعه في حالة اخلاله بالعقد، وهذا الأمر كثير الحدوث في حالة التأخر في التنفيذ، اذ كثيرا ما يتفق المتعاقدان على شرط جزائي يضمن دفع المدين تعويضا عن كل يوم يتأخر فيه بالتنفيذ، فما مصير ذلك الشرط فيما لو تم فسخ العقد، للإجابة على ذلك تتطلب الوقوف على طبيعة الشرط الجزائي

هل هو التزام تبعي تابع للالتزام الاصلي يزول بزواله، ام هو التزام يتمتع باستقلالية عن الالتزام الاصلي، وبالتالي لا يتأثر بفسخ العقد؟

عند فسخ العقد، فلا يستطيع الدائن المطالبة بالشرط الجزائي، وعند تضرره من الفسخ لا يكون له الا المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، اذ قضت محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها، بأن سقوط الالتزام الاصلي بفسخ العقد يؤدي الى سقوط الشرط الجزائي معه، فإن استحق تعويض للدائن، تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن [٤٦]

في حين نجد قرارات محكمة التمييز العراقية قد قضت على العكس من ذلك، اذ قضت في إحدى قراراتها بأن الشرط الجزائي هو تعويض عن الاخلال بالعقد، والمطالبة به تكون مع المطالبة بفسخ العقد، اذ ان طلب المدعي بالشرط الجزائي دون الفسخ تكون دعواه غير مقبولة، كما قضت في قرار آخر لها على " يفسخ العقد ويلزم المدعى عليه بدفع الغرامات التأخيرية مادام انه استلم مبلغ العقد ولم ينفذ التزامه بتسليم المواد المتعاقد عليها [٤٧] ، كما استقر القضاء الفرنسي على استقلال الشرط الجزائي عن العقد، اذ قضت المحاكم الفرنسية باستحقاق الدائن مبلغ الشرط الجزائي على الرغم من فسخ العقد [٤٨]

كما قضى المشرع الفرنسي على ان الفسخ لا يؤدي الى سقوط جميع بنوده، اذ تبقى شروط العقد التي تتعلق بحل المنازعات، وكذلك الشروط التي يقصد الطرفان بقاءها على الرغم من فسخ العقد.

وعليه ان تعدد الجزاءات هو وجود جزاءين وأكثر متفق عليهما في العقد لضمان تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد.

يثار التساؤل الاتي هل يجوز لأطراف العقد ان يتفقوا على أكثر من جزاء يفرض عند مخالفه العقد وعند عدم وجود نص قانوني؟

للإجابة على ذلك اشارت محكمه التمييز في قرار قضائي لها لا تجوز المطالبة بالتعويض الاتفاقي دون طلب فسخ العقد، لان التعويض اثر من أثار العقد ولا يمكن الحكم به مع وجود العقد قائماً وبما ان المميز لم يطلب في عريضة الدعوى فسخ العقد المذكور المنظم بينه وبين المميز عليه كما لم يرد في صيغة العقد المذكور اتفاقهما على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم

الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه فليس للمميز المدعي طلب الحكم له بجزء من التعويض الاتفاقي والعقد لا يزال قائماً بين الطرفين حيث ان التعويض يعتبر أثرا من آثار العقد ولا يمكن الحكم به مع وجود العقد القائم كما ان تعدد الجزاءات يثير مسالة مهمة وهي ان الاطراف لهم مصالح متعددة من العقد، ومن ثم فان تعدد الجزاءات يمثل اهمية بالغة في تحقيق مصالح الاطراف، فعلى سبيل المثال ان من مصلحة الدائن قد تظهر في الفسخ العقد وتعويضه ان كان له مقتضى، في حين ان مصلحة المدين قد تظهر في استمرار العقد، اذ يبدو تعدد المصالح في ان كل من الدائن والمدين له مصلحة مختلفة عن الاخر، اذ في العقد بصورة عامة يسعى المدين الى التخلص من الالتزام وله المصلحة في التخلص من قيود المسئولية التي تفرضها القواعد العامة، ويستخدم في ذلك مبادئ الحرية التعاقدية التي تبدو بغير حد في ضوء المنظور التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة، فالالتزام في ظل المفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة، ما هو إلا رابطة بين الدائن والمدين، وطالما كان العقد هو مصدر هذه الرابطة فان إرادة المتعاقدين هي مصدر الإلزام[٤٩].

ويتبين من ما تقدم ان تعدد الجزاءات المفروضة على مخالفة الالتزام الاصلي المحدد بإرادة الطرفين هي الفسخ عموما مع التعويض ان كان له مقتضى، وذلك لكونه اساسا لتحديد محل العقد ويدور تنظيم العقد ويجوز ان يكون التزاماً بإعطاء أو بعمل او بامتناع عن عمل، فالالتزام الاصلي يكون وجودها لازم لوجود العقد ومن ثم يكون الاخلال به جزاءه الفسخ مع التعويض، والتعويض هنا لغرض تعويض الضرر، ويمكن كذلك منح المدين مهلة لتنفيذ هذا الالتزام

يتضح مما تقدم ان الحكمة من تعدد الجزاء في مخالفة هذا الالتزام هي ضمان تحقيق الغاية العملية التي يقتضيها المتعاقد أو تقتضيها طبيعة العقد، فيمكن فرض جزاء الفسخ مع التعويض نتيجة الاخلال بتنفيذه او عدم وفائه بالالتزام المترتب عليه بموجب العقد على النحو الذي اتفق عليه المتعاقدين ووفق ما يقتضيه حسن النية في المعاملات، كما يمكن فرض جزاء تسليم شيء او تسليم شيء عيني إذا كان محل الالتزام عينيا، كالتزام البائع بتسليم كمية من الحنطة فيمتنع عن تسليمها كلها او يسلم جزءً منها فقط ويمتنع عن تسليم الجزء الاخر ٠ وكذلك الحال في حالة رفض المشتري سداد كامل الثمن او قيامه بسداد جزء منه والامتناع عن سداد الباقي

كما ان تعدد الجزاء يمنح للقاضي دورا مهما في اختيار الجزاء المناسب تبعا لجسامة عدم التنفيذ فيمكن اجابة الدائن بفسخ العقد؛ او يمكن التنفيذ العيني الجبري على حساب المدين اذ ان عدم التنفيذ ليس على درجة وأحدة فيقع على القاضي مهمة تقدير جسامة الاخلال

فضلا عن ذلك يمنح تعدد الجزاء للقاضي تحديد الجزاء بحسب نوايا المتعاقد الدائن بالالتزام، اذ يمكن تحديد جسامة عدم التنفيذ فإذا كان يحرم الدائن من اداء يعتبر في نظره اهم التزام في العقد كان ذلك كافيا للحكم بالفسخ، اما إذا لم يجد هذه الاهمية لدى الدائن فانه يستطيع ان يرفض طلب الفسخ، كما يمكن تحديد التعويض حسب الضرر المترتب على التنفيذ او جسامة المخالفة وإرادة الطرفين بشان الاخلال بالتنفيذ والتي تستفاد من شروط العقد او من الظروف الخارجية عنه والتي قد تكشف عن هذه

النية، فان ما يعده أحد الاطراف مهما ومفيدا في عقد من العقود الملزمة للجانبين قد لا يراه الطرف الاخر بالأهمية نفسها كما يفيد التمييز بين الالتزام الاصلي والالتزام التبعي وتحديد تعدد الجزاء على كل منهما من حيث سلطة القاضي التقديرية في حالة عدم تنفيذ اي منهما، فعند عدم تنفيذ الالتزام الاصلي كليا فانه وفي هذه الحالة على القاضي ان يحكم بالفسخ مباشرة، اما إذا كان عدم التنفيذ جزئيا فيمكن للقاضي اما رفض الفسخ او قبوله مع التعويض

الخاتمة

ان تعدد الجزاءات يثير مسالة مهمة وهي ان الاطراف لهم مصالح متعددة من العقد، ومن ثم فان تعدد الجزاءات يمثل اهمية بالغة في تحقيق مصالح الاطراف، وندرج في الخاتمة اهم ما توصلنا اليه من نتائج وتوصيات

اولا- النتائج

١. إن تقدير القاضي لتحديد الاخلال بالالتزام الاصلي المبرر للفسخ القضائي يشترط فيه ان يكون الإخلال على درجة من الجسامة لكي يحكم القاضي بالفسخ، فسلطة القاضي لا تقتصر على التأكد من تحقق شروط الفسخ لكي يحكم به

٢. ان للقاضي سلطة تقديرية في فرض جزاء الفسخ القضائي في حال مخالفة الالتزام الاصلي اذ انه لا يكون ملزما بإجابة الطلب بل يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك، فهو يستطيع اولا ان يمنح المدين مهلة لتنفيذ التزامه بشرط ان يكون للمدين عذراً في تأخره في التنفيذ او ان يكون ما يصيب الدائن من ضرر بسبب التأخر في التنفيذ قليل، ولا يمنع القاضي من ان يعطي مهلة للمدين ان يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى وإذا أُعطي المدين مهلة فعليه القيام بالتنفيذ خلالها وليس له ان يتعداها وليس للقاضي ان يعطيه مهلة اخرى

٣. لا تلازم بين الحكم بالفسخ وبين الحكم بالتعويض، فقد يحكم القاضي بالتنفيذ وبالتعويض، وقد يحكم بالفسخ مع التعويض، فالحكم بالتعويض مستقل عن الفسخ ويخضع لقواعد خاصة به قد لا يكفي الحكم بالفسخ لتعويض الدائن إذا كان قد اصاب الدائن ضرر من عدم تنفيذ المدين لالتزامه

٤. قد يتم الإتفاق في العقد على أن يكون مفسوخاً إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، والإتفاق لا يغني عن اللجوء إلى الإنذار، وكذلك لا يغني عن إقامة دعوى الفسخ أمام القضاء، وكما أنه لا يسلب المحكمة سلطتها التقديرية بتحديد جسامة عدم التنفيذ. ويمكن أن يتفق المتعاقدان على كون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي، فهذا الإتفاق لا يغني عن الإنذار، وغالبا ما يفسر يسلب السلطة التقديرية للقاضي، إذ يتعين عليه الحكم بالفسخ إذا ما نفذ الالتزام محل الإتفاق، ويمكن الاتفاق فيما بين الطرفين على تلقائية الفسخ دون الحاجة إلى الإنذار أو الحكم القضائي، فإذا تضمن العقد مثل هذا الإتفاق فإننا نكون أمام أقصى مراتب الفسخ، إذ يعد العقد مفسوخاً بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه محل الإتفاق دون الحاجة إلى إنذار أو حكم قضائي

٥. ان تعدد الجزاءات هو وجود جزاءين وأكثر متفق عليهما في العقد لضمان تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد الا انه لا تجوز المطالبة بالتعويض الاتفاقي دون طلب فسخ العقد، لان التعويض أثر من أثار العقد ولا يمكن الحكم به مع وجود العقد قائماً

ثانيا– التوصيات

١. نوصي المشرع بوضع معيار لتعدد الجزاء في حال عدم التنفيذ التام، اذ ان الإخلال من حيث الكمية لا يمكن معه فسخ العقد والتعويض معا، وهذا المعيار هو معيار موضوعي من خلال مدى تنفيذ الالتزام الاصلي في العقد وبالتالي يتمكن القاضي من اعتماده كمبرر للحكم بفسخ العقد وقد يستهدف الإخلال الجزئي الالتزام الاصلي نفسه، بمعنى أن المدين نفذ جزء من الالتزام الرئيسي دون أن يخل بتنفيذه كله، فهنا يمكن للقاضي أن يلتجأ إلى المعيار الموضوعي المعرفة أهمية الجزء الغير منفذ، والمتمثل بالفائدة المرجوة من الالتزام، فإذا لم تحقق فسخ العقد، وإذا تحقق معظمها لا يمكن للقاضي هنا اعتمادها كمبرر لفسخ العقد،

٢. نوصي المشرع العراقي الاخذ بموقف محكمة النقض الفرنسية وهو عدم منح مهلة ثانية، وإذا حصل وقف لهذه المهلة بسبب القوة القاهرة فإنه لا يمكن تجديدها. ولذلك يعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه إذا انقضت المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك

٣. نقترح على المشرع العراقي الاخذ بموقف الفقه الفرنسي في ان فسخ العقد الاتفاقي يعيد المتعاقد الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد حيث يزول العقد كلا مما يترتب عليه زوال بند التعويض الاتفاقي ووجوب اللجوء الى التعويض القضائي بدلا من التعويض الاتفاقي

الهوامش

(١) المادة(١٢٢٦) قانون المدني الفرنسي جاء فيها "في حال تخلف المدين بالوفاء بالتزامه للدائن الحق بفسخ العقد" اما المادة ١٥٧ المصري تقابل المادة ١٧٧ القانون المدني العراقي جاء فيها يطالب الدائن بتنفيذ العقد او فسخه مع التعويض ان كان له مقتضى"

(٢) فوزي كاظم المياحي، انحلال العقد_ الفسخ_ الإقالة، وفق القانون المدني العراقي، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢١.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني –نظرية الالتزام بوجه عام –، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٢٠٨.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، ط٤، مكتبة القانون المقارن، ١٩٧٧، ص٤٢٥.

(٥) محمد محمود المصري، محمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ والبطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص٩ الى ١٠.

(٦) د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٤٢٦.

(٧) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢، ص١٣٩.

(٨) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص١٠١، ص ٩٧، وينظر ايضا د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ١٩٤.

(٩) عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول – الجزء الثاني، ص ٣٩٨. أشار إليه: د. مصطفى عبد السيد الجارحي، مصدر سابق، ص ٩٦.

(١٠) المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي، تقابلها م (١٥٧/٢) من القانون المدني المصري والتي نصت ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزام في جملته). م (١٢٢٧) من القانون المدني الفرنسي والتي تضمنت في حالة عدم التنفيذ بما فيه الكفاية

(١١) حيدر فائق حطاب، التنظيم القانوني للالتزام الرئيسي في مرحلة تنفيذ العقد دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة الى معهد العلميين للدراسات العليا، النجف الاشرف، ٢٠٢٠، ص٧٨.

(١٢) قرار محكمة التمييز الإتحادية في العراق ذي العدد (٧١٨٢/ الهيئة المدنية (٢٠١٨)، ت ٧٢٠٩، آورده: القاضي، قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الإتحادية (القسم المدني)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى. مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٩، ص ٢٢، وينظر أيضا: علي عبد المحسن خضير، الالتزام الثانوي في العقد–دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢١، ص.

(١٣) د. عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ص٤٢٨.

(١٤) كل ذلك ما لم يمنعه شرط في العقد ينص على اعتباره مفسوخا من دون حاجة الى حكم قضائي كما نصت على ذلك المادة ١٧٨ من القانون المدني العراقي والمادة ١٥٨ من القانون المدني المصري بشأن الفسخ الاتفاقي في حال عدم تنفيذ التزام معين من الالتزامات التعاقدية. فمثل هذا الشرط يسلب القاضي سلطته التقديرية والقضاء.

(١٥) قرارها رقم ٢٩٧ / هيئة عامة اولى / ٧٦ في ١٩٧٧/٢/٢٦ مجموعة الاحكام العدلية تصدر عن وزارة العدل في جمهورية العراق ع١، س٨، ١٩٧٧، ص٥٧

(١٦) د. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٨٠٠ – ص٨٠١.

(١٧) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج١، مصدر سابق ص، ٤٢٩.

(١٨) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٤٨ القضائية جلسة ١٩٨٠/١/٣١، نقله انور طلبة، مصدر سابق ص٧٣٠.

(١٩) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٦١ ص١٢٥.

(٢٠) د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩ ص٣٨.

(٢١) ينظر نص المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري الموافق لنص المادة ١٧٧–١ من القانون المدني العراقي.

(٢٢) عبد الأمير جفات، التنظيم القانوني للمرحلة التالية للفسخ القضائي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٤، ص٢١٦

(٢٣) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ص ٢٣٤. وينظر ايضا استاذنا د. عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ص٧٩د. مصطفى الجارحي، مصدر سابق، ص١٢٩

(٢٤) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢، مصدر سابق ص٣٦٩

(٢٥) استاذنا د. عبد المهدي كاظم ناصر، مصدر سابق، ص٨٠.وينظر ايضا د. عباس علي الحسيني، رجعية العقد عند فسخه قضاءاً، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدر عن كلية القانون جامعة كربلاء، العدد الأول، السنة الرابعة، ٢٠١٢، ص ٤٠-٤١. وينظر أيضا المادة ١٦٨من قانون مدني عراقي

(٢٦) المادة ٢٤٦من القانون المدني العراقي

(٢٧) عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ص٢٤٨

(٢٨) تقابلها م (١٢٢٥) من القانون المدني الفرنسي والتي تضمنت يحدد الشرط الفاسخ الإلتزامات التي سيسبب عدم تنفيذها فسخ العقد. إذا لم يتم الإتفاق على أن الإعذار يتحقق بمجرد عدم التنفيذ، فيكون الفسخ مقترناً بإعذار باطل. لا ينتج الإعذار أثراً إلا إذا ذكر الشرط الفاسخ صراحة)، وقد نص القانون المدني المصري على ذلك في م (١٥٨) منه يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه.).

(٢٩) محمد أحمد عابدين، زوال العقد الفسخ – الانفساخ – التفاسخ – البطلان – الإبطال – استحالة التنفيذ – التنفيذ بطريق التعويض)، منشاة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٢٥-٢٧.

(٣٠) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (طعن ١٣٦٢، ص ٤٩ق)، بتاريخ ٢٢/٣/١٩٨٢، آورده: المستشار. محمد أحمد عابدين، المصدر السابق، ص ٦٢

(٣١) د٠ محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص٩٦

(٣٢) قرار رقم ١٤٤٢ مدنية ثالثة، تاريخ القرار ١٩٧٥/٣/٥ ٠ منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص٨١

(٣٣) قرار محكمة التمييز الإتحادية في العراق ذي العدد (٨) الهيئة الاستئنافية –عقار / ٢٠٠٩)، بتاريخ ٢/١/٢٠٠٩ آورده: دريد داوود سلمان الجنابي، المختار في قضاء محكمة التمييز الإتحادية، القسم المدني، الجزء الثالث من دون دار نشر، من دون مكان نشر، من دون سنة نشر، ص ١٨١.

(٣٤) قرار محكمة التمييز الإتحادية في العراق ذي العدد (١٩٦١ / الهيئة الاستئنافية –منقول / ٢٠١٤)، بتاريخ٧/٩/٢٠١٤، أورده: المحامي فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص ٣٥.

(٣٥) د. حسن على الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦، ص ١٨٣.

(٣٦) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٤٣٤.

(٣٨) د. جميل الشرقاوي، نظريه بطلان التصرف القانوني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٣، ص ١٧٧ و ١٨١.

(٣٩) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة _البيع والايجار _والمقاولة، ط١، مكتبة السنهوري للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٢، ص ٨٦ وما بعدها.

(٤٠) انور طلبة، الوسيط في القانون المدني، (الحق واستعماله _القانون وتطبيقه_ الاشخاص والاموال_ الالتزام بوجه عام)، ج١، بدون دار نشر، بدون سنة طبع، ص ٤٤١

(٤١) عبد الأمير چفات كروان، مصدر سابق، ص٢١٢.

(٤٢) نصت المادة ١٦٠ من القانون المدني المصري على انه "إذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض"

(٤٣) د عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق، ص ٤٣٨.

(٤٤) د. عزيز كاظم جبر الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، ٢٠١١، ص٨٧.

(٤٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات اثار الالتزام منشورات الـ الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ٢٠٠٩، ص ٨٢٣.

(٤٦) قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٤٦، ل ٤٩ قضائية تاريخ القرار ١٥/١٢/١٩٨٢، مشار اليه في محمد احمد عابدين، مصدر سابق، ص ٦١..

(٤٧) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤٢٩، فسخ العقد ٢٠٠٨، تاريخ القرار ٦/٥/٢٠٠٨.

(٤٨ cass. Com. 4/7/1972)، D. 1972. Cass. Com 30/4/1974، JCP 1976، Cass. Civ 6/1/199389، 1911 inedit مشار اليها في د. محمد حسن قاسم القانون المدني، مج ٢، مصدر سابق، ص ٣٤٠، هامش ٢

(٤٩) د. محمود جمال الدين زكى . الوجيز في النظرية العامة للالتزام، .١٩٧٨، ص ١٢.

المصادر:

أولا الكتب القانونية:

١) انور طلبة، الوسيط في القانون المدني، (الحق واستعماله _القانون وتطبيقه_ الاشخاص والاموال_ الالتزام بوجه عام)، ج١، بدون دار نشر، بدون سنة طبع.

٢) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة _البيع والايجار _والمقاولة، ط١، مكتبة السنهوري للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٢.

٣) د.عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

٤) د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤.

٥) د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢.

٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني –نظرية الالتزام بوجه عام –، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

٧) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات اثار الالتزام منشورات الـ الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ٢٠٠٩.

٨) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، ط٤، مكتبة القانون المقارن، ١٩٧٧.

٩) د. عزيز كاظم جبر الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، ٢٠١١.

١٠) فوزي كاظم المياحي، انحلال العقد_ الفسخ_ الإقالة، وفق القانون المدني العراقي، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٥.

١١) قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الإتحادية (القسم المدني)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى. مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٩.

١٢) محمد أحمد عابدين، زوال العقد الفسخ –الانفساخ –التفسخ –البطلان –الإبطال –استحالة التنفيذ – التنفيذ بطريق التعويض)، منشاة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، ٢٠١٣.

١٣) د. محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

١٤) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٦١.

١٥) محمد محمود المصري، محمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ والبطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨.

١٦) د. محمود جمال الدين زكى . الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بدون دار نشر، ١٩٧٨.

١٧) مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

ثانيا: الرسائل والأطاريح الجامعية:

١) جميل الشرقاوي، نظريه بطلان التصرف القانوني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٣.

٢) حسن على الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦.

٣) حيدر فائق حطاب، التنظيم القانوني للالتزام الرئيسي في مرحلة تنفيذ العقد دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة الى معهد العلميين للدراسات العليا، النجف الاشرف، ٢٠٢٠.

٤) عبد الأمير جفات، التنظيم القانوني للمرحلة التالية للفسخ القضائي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٤

٥) عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء ٢٠١٧.

٦) علي عبد المحسن خضير، الالتزام الثانوي في العقد–دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢١

ثالثا: البحوث القانونية:

١) د. عباس علي الحسيني، رجعية العقد عند فسخه قضاءاً، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدر عن كلية القانون جامعة كربلاء، العدد الأول، السنة الرابعة، ٢٠١٢.

رابعا: القوانين:

١) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٢) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٣) القانون المدني الفرنسي المعدل مرسوم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.