وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـــــامعة ديـــــــالى

كلية القانون والعلوم السياسية

انحلال العقد عن طريق الفسخ

تقـــــــدمت بـــــــه الطالبة

((**عبير حسين احمد**))

الـى جامعة ديالـــى – كلية القانـــــون والعلـوم السياسيـــــــة ـ قسم القانون– كجـــزء مـــن متطلبـــات نيـــــل شهـــــادة البكالوريـــوس فـــــي القانـــــــون ...

بـأشراف

م.م. محمد حامد المحترم.

١٤٣٨هـ ٢٠١٧م

الاهـــــــــداء

يســـرني أن أهـــدي بحثـــي هـــذا الى حضـــرة الـــنبي محمـــد صـــلى عليـــه وعلـــى آلـــه، و الى والـــدي الكـــريمين ((امـــي الغاليـــه وابـــي العزيـــز)) والى اخـــواني واخـــواتي واهلـــي بشـــكل خاص ،و الى شهداءنا الابطال ، و الى زملائي في دراستي واصدقائي كافه

والى كـــل مـــن ســـاعدني وســـاندني في مســـيرتي الدراســـية لهـــم كـــل تقـــديري واحترامـــــــــي . . .

الباحث

الشكر والتقدير

لا يسعني وقد إنجزت بحثي هذا بفضل الله وحمده أن اشكر الله سبحانه واحمدهُ الذي امدني بالصبر والقوة على انجاز بحثي هذا ، والكل الشكر والتقدير الى والدي العزيزين ((امي الغاليه وابي العزيز))اخصهم بالشكر الكثير ،واقدم شكري وتقديري أيضاً الى "جامعة ديالى وتحديداً كلية القانون والعلوم السياسية " والكادر الدريسي كافه ، وأخص بالذكر إستاذي المحترم الدكتور صاحب الخبرة العالية ، الذي تفضل مشكوراً في الاشراف على بحثي ، معترفاً بالعون الكبير الذي أسداهُ لي الاستاذ الدكتور ((محمد حامد المحترم)) . كل الحب والأحترام لهُ ولا إنسى بالذكر صدقائي جميعاً .

**الحب والاحترام*

الباحث

أقرار المشرف

أشهد أن أعداد هـذا البحث الموسوم ((**انحلال العقد عن طريق الفسخ**)) قد جرى تحت أشرافي في ،جامعة ديالى كلية القانون والعلوم السياسية وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس فـــــي القانون. . . .

المشرف:

التوقيع:

التاريخ: / / ٢٠١٧

ت	الموضوع	قائمة المحتويات	الصفحة من – الى
١	المقدمة		١
٢	المبحث الاول	انحلال العقد عن طريق الفسخ	٢
٣	المطلب الاول	كيفية إنحلال العقد	٣-٢
٤	الفرع الاول	التقابل	٢
٥	الفرع الثاني	الإلغاء بالإدارة المنفردة	٢
٦	المطلب الثالث	الفسخ	٣
٧	المطلب الثاني	الالتطور التاريخي للفسخ والاساس الذي يقوم عليه الفسخ	٥-٤
٨	الفرع الاول	التطور التاريخي للفسخ	٤
٩	الفرع الثاني	الأساس الذي يقوم عليه الفسخ	٥
١٠	المطلب الثالث	شروط الفسخ	٧-٥
١١	الفرع الاول	ان يكو نالعقد من العقود الملزمة للجانبين	٦-٥
١٢	الفرع الثاني	الا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه	٧-٦
١٣	الفرع الثالث	ان يكون طالب الفسخ متقدم لتنفيذ إلتزامه وقادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد	٧
١٤	المبحث الثاني	انواع الفسخ	١٥-٨
١٥	المطلب الاول	الفسخ بحكم القضاء	١٠-٨
١٦	الفرع الأول	الأعذار	٩-٨
١٧	الفرع الثاني	طلب الفسخ	١٠-٩
١٨	الفرع الثالث	صدور الحكم	١٠
١٩	المطلب الثاني	الفسخ بحكم الإتفاق	١٢-١١
٢٠	الفرع الاول	الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً	١١
٢١	الفرع الثاني	الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسة	١٢
٢٢	الفرع الثالث	الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسة من غير حاجة الى حكم	١٢
٢٣	الفرع الرابع	الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسة من غير حاجة الى حكم ولا أعار	١٣
٢٤	المطلب الثالث	الفسخ بحكم القانون	١٥-١٣
٢٥	الفرع الاول	إستحالة التنفيذ ترجع إلى خطأ المدين	١٤
٢٦	الفرع الثاني	إستحالة التنفيذ ترجع إلى سبب اجنبي	١٥-١٤
٢٧	المبحث الثالث	آثار الفسخ	١٩-١٦
٢٨	المطلب الاول	أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين	١٦
٢٩	المطلب الثاني	أثر الفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين	١٧
٣٠	الفرع الاول	عقود الإدارة المبرمة في حسن نية	١٧
٣١	الفرع الثاني	الحيازة في المنقول سند الملكية	١٨
٣٢	المطلب الثالث	أثر الفسخ حسب طبيعة العقد	١٩-١٨
٣٣	الخاتمة		٢١-٢٠
٣٤	قائمة المحتويات		
٣٥	قائمة المراجع		

المقدمة

يعتبر العقد من اهم مصادر الالتزام فأغلبية المعاملات التي تربط الفرد مع غيره مصدرها العقد وهذا الاخير لابد له من أركان لانعقاده وشروط لأصحته فاذا انعقد العقد صحيحاً بجميع أركانه توفرت فيه شروط الصحة فالأصل فيه انه يلزم عاقديه بكل ما يأتي به فهو يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ والاذعان له في كل ما يحتوي وفي حدود تنظم العلاقات التي يحكمها القانون فلا يستطيع احدهما ان يستقل بنقضه ولا تعديله مالم يصرح له القانون او الاتفاق بذلك ويطلق على هذه القوة الملزمة للعقد غير انه قد يخل احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته او يحدث ظرف يجعل التزامه مستحيلاً ومادامت الالتزامات في العقد الملزم للجانبين متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض بحيث يكون كل متعاقد دائن ومدين في نفس الوقت فأن المتعاقد الاخر يكون في وضع يدعو على القلق وعدم الارتياح من الناحية القانونية والعملية معاً فما الناحية القانونية يجد نفسه ملتزماً نحو الطرف الاخر بسبب ان العقد لا يزال قائماً اما من الناحية العملية لا يستطيع الحصول على الاداء الذي التزم من اجله وأمام هذا الموقف الذي تتسم به العقود الملزمة للجانبين دون غيرها نجد ان القانون المدني العراقي كغيره من القوانين قد خص هذه الفئه بقواعد خاصه جعل فيها للمتعاقد الدائن حق التحلل من التزاماته التعاقدية في مواجهة المدين الذي لم يقم بتنفيذ التزاماته.

ولما كانت لنا رغبه في الوقوف على حقيقة الفسخ كنظام قانوني اخترناه للدراسة التي أستهدفنا من خلالها ازاله اللبس والغموض عن هذا الموضوع كونه ميدان مهم بالنسبة للقاضي والمتقاضي . وانطلاقا من ذلك يمكن طرح الإشكالية التالية : وماهي احكام الفسخ في القانون المدني العراقي ؟

وهذه الإشكالية تدفعنا للتساؤل عن مفهوم الفسخ ومبرراته؟ وان كان للفسخ نوع واحد ؟ وماهي السلطة القاضي في ايقاع الفسخ وهل تختلف باختلاف انواع الفسخ ؟ وماهي الاثار التي يرتبها الفسخ ؟.

للإجابة على هذه الإشكالية ولدراسة موضوع البحث اتبعنا عدة مناهج منها المنهج التحليلي والمنهج الوصفي الذي استخدمته عند عرض التطور التاريخي وكذلك الآراء الفقهية بالإضافة الى منهج الاستدلالي الذي اكدت به بعض المعلومات .

وقد حاولت قدر الامكان في سبيل تحقيق ذلك قسمت هذا الموضوع الى ثلاث مباحث على النحو التالي .

المبحث الاول :- أنحلال العقد عن طرق الفسخ

المبحث الثاني :- أنواع الفسخ

المبحث الثالث :- أثار الفسخ

المبحث الأول

انحلال العقد عن طريق الفسخ

العقد ليس موبداً وإنما يزول لأسباب معينه ، والأصل ان العقد لا ينقضي وإنما الالتزامات الناشئة عنه هي التي تنقضي بالوفاء او بغير الوفاء ، ينقضي العقد بطريق طبيعي عن طريق تمام تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ومع ذلك يبقى العقد سنداً لما رتبه من اثار، وتنتهي عقود المدة والعقود الزمنية بانتهاء المدة المحددة في العقد او بالانهاء بالارادة المنفردة لاحد المتعاقدين بشروط معينه ، او ينحل قبل ان يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الزوال او الانحلال لذلك ستناول في مبحثي هذا ثلاث مطالب هي[١] :-

المطلب الأول: كيفية انحلال العقد.

ينحل العقد قبل انقضائه ، بل وقبل البدء في تنفيذه في كثير من الأحيان باتفاق الطرفين او للأسباب التي يقررها القانون فالانحلال باتفاق الطرفين وهذا ما يعرف بالتقايل ، اما الاسباب التي يقررها القانون لأنحلال العقد فهما الالغاء بالإرادة المنفردة والفسخ .

الفرع الأول :- التقايل

قد يتقايل المتعاقدان بأن يتفقان على إلغاء العقد و التقايل يكون بأيجاب وقبول صريحين او ضمنيين ، والأصل أن التقايل ليس له أثر رجعي فيكون هناك عقدان متقايلان فإذا تقايل المتبايعان البيع كان هناك عقد بيع أول من البائع الى المشتري يعقبه عقد ثان من المشتري إلى البائع وقد يتراضى المتبايعان على أن يكون للتقايل أثر رجعي فيعتبر البيع بهذا التقايل كان لم يكن [٢].

الفرع الثاني : الالغاء بألارادة المنفردة

جعل القانون لاحد المتعاقدين او لكل منهما ان يستقل بوضع حد للرابطة العقدية وزوال آثار العقد بالإرادة المنفردة ومن أهم العقود التي أجاز القانون إلغاءها بالإرادة المنفردة هي الوكالة والوديعة والعارية وهذه العقود هي عقود ملزمه من جانب واحد []. ففي الوكالة يجوز للموكل في أي وقت ان ينهي الوكالة كما يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن التوكيل . وفي الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء الي المودع بمجرد طلبه ، الا إذا ظهر من العقد إن الاجل عين المصلحة المودع عنه ولا المودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت ، الا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين المصلحة المودع . اما العارية يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية ويجوز للمعير أن يطلب أنها العارية قبل أنقضائها في أحوال معينة [٣].

---

١ د . مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام ،٢٠٠٥،دار الكتب القانونية،ص٥٣٠.

٢ د .عبدالمجيد الحكيم ،عبدالباقي البكري ،محمد طه البشير ،الوجيز في نظريه الالتزام في القانون المدني العراقي ،مكتبه السنهوري ، بغداد ، ص١٧٣.

٣ د .عبدالرزاق السنهوري ، مرجع سابق ،ص٧٧٩.

الفرع الثالث: الفسخ .

ينشئ العقد الملزم للجانبين التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه فيصبح كل منهما دائناً للاخر ومدين له ، كما ينشى العقد في الوقت نفسه ارتباطاً بين هذه الالتزامات وهذا الارتباط يؤدي الى القول بأنه إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فالمتعاقد الاخر لا يجبر هو أيضاً على تنفيذ التزامه ، ويستطيع هذا المتعاقد إذا لم يطلب التنفيذ العيني أن يطلب فسخ العقد والحل الرابطة الناشئة عن العقد وقد نصت المادة (١٧٧) في الفقرة الأولى منها في القانون المدني العراقي على ذلك "في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى" [١] . وهنا ينشئ الفرق بين الفسخ والمسؤولية العقدية علي الرغم من الاتصال بينهما لكن في المسؤولية العقدية وكان العقد ملزم للجانبين يجوز للدائن أن يطلب تعويض عن عدم تنفيذ المدين لتزامه ، ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس إستبقائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض [٢]. على أنه إذا صح لاحد المتعاقدين أن يحاسب الاخر على عدم القيام بالتزاماته اما من طريق الفسخ وأما من طريق المسؤولية العقدية فإن الطريق الأول مفتوح دائما حيث يسد الطريق الثاني في بعض الأحوال اذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه انما يرجع الا سبب أجنبي لا يد له فيه فتنتفي مسؤوليته العقدية ولكن يبقى الفسخ بل أن العقد في هذه الحالة ينفسخ بحكم القانون [٣].

اما الفسخ يقصد به الجزاء الذي يترتب على اخلال احد المتعاقدين بالتزامه ، فهو حق للمتعاقدين في العقود الملزمه للجانبين ان يطلب حل الرابطه العقديه اذا لم يوف المتعاقد الاخر بما اوجب عليه العقد ،وبالتالي يتحلل الاخر من التزامه المقابل [٤] .

---

١ د .عبدالمجيد الحكيم ،عبدالباقي البكري ،محمد طه البشير ، مرجع سابق ،ص ١٧٤.

٢ د .عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ط٤ ، ص٤٢١ – ص ٤٢٢.

٣ د .عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص٧٨٢.

٤ د . امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الثقافة ، ٢٠١٥ ، ص ٢٠٥.

المطلب الثاني

التطور التاريخي للفسخ والأساس الذي يقوم عليه الفسخ

الفرع الاول : التطور التاريخي للفسخ .

لم تعترف القوانين المدنية الحديثة بالحق في فسخ العقد الا بعد تطور طويل فلم يكن القانون الروماني يعترف به ، وذلك لأن العقد ملزم للجانبين لم يكن ينشأ وفقاً للقانون الروماني الالتزامات مستقل بعضها عن بعض لا تقابل بينها ولا ترابط فلم يكن لدى الدائن بالتزام لم ينفذ الا طريق واحد هو المطالبة بتنفيذ هذا الالتزام ، ولما تطور القانون الروماني وأصبح عقد البيع رضائياً اخذ البائعون يدرجون في عقودهم شرطاً مقتضاه أمكان فسخ البيع عند عدم دفع المشتري الثمن وكانت هذه هي الحالة الوحيدة التي يجوز فيها الفسخ ، وكان لابد من النص على ذلك في عقد البيع صراحة فكان يتعين ان ينص في عقد البيع على ان البيع سيفسخ عند عدم دفع المشتري الثمن ، وبعد ذلك اصبح هذا الشرط مألوفاً ولكن في عقود البيع فقط ولمصلحة البائعين وحدهم ، فلم يكن يجوز للمشتري ان يتمسك به عند عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه اي تسليم المبيع ، وفي العقود الاخرى غير عقد البيع كان الرومان يلجؤون الى نظام الدعاوى واهمها دعوى استرداد اداء نفذ بقصد الحصول على اداء مقابل لم ينفذ ، وكانت كل هذه وسائل غير مباشرة تدل على انه لم يكن في القانون الروماني نظرية عامة بالفسخ . وفي فرنسا فسخ عقد البيع لعدم دفع الثمن لا يجوز الا اذا اشترط في عقد البيع صراحة ، وأمكان الفسخ بسبب عدم دفع الثمن بحيث لا يكون للدائن عند عدم وجود هذا الشرط الأ طريق واحد وهو المطالبة بتنفيذ العقد وبعد ذلك أصبح الفسخ في القانون الفرنسي سارياً في جميع العقود الملزمة للجانبين ومن حق كل من المتعاقدين أن يلجأ اليه عند عدم تنفيذ المتعاقد الاخر لا لتزامه ، وبعدها اخذ الفسخ طابعاً قضائياً حيث أصبح بأمكان الدائن في حالة التزام لم ينفذ ، ان يطلب من القاضي الحكم بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المدين لا لتزامه ولو لم يكن قد اشترط في العقد صراحة [1].

---

١ الموقع الالكتروني ، (.www.djelfa.inof/vb/showthread.php?t=261238).

الفرع الثاني: الأساس الذي يقوم عليه الفسخ " أساس نظرية الفسخ"

لم تتحد الآراء حول أساس الفسخ فالبعض يرد الفسخ الي قاعدة التوازن مادام أحد المتعاقدين قد اخل بتنفيذ التزامه فمن ثم فقد اختل توازن العقد وتبعاً تقضي قواعد العدالة في فسخ العقد متى اختل توازنه . والبعض الاخر يبرر الفسخ الى أن التنفيذ المبتسر للعقد يؤدي إلى الظلم المتعاقدين اللاخر وتقضي العدالة تبعاً لذلك إلى رفع هذا الظلم عن طريق الفسخ . وذهب فريق آخر إلى رفع هذا الظلم عن طريق الفسخ على فكرة تعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام ، ذلك أن المدين الذي لا ينفذ التزامه يكون مسؤولاً عن عدم التنفيذ ، وهذه المسؤولية تستوجب تعويض الدائن عن الاضرار الناتجة من جرائه ، وهذه الأضرار تتمثل اساساً في كون الدائن ملزماً بالتزام ناشئ عن العقد الذي إخل به المدين ، ويستطيع الدائن أن يطالب بتعويض عن هذا الضرر قد يكون مبلغ من النقود ، وهذا هو التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض طبقاً المسؤولية العقدية [١١] . وذهب انصار النظرية التقليدية في السبب الى أنها هي التي تصلح لبيان هذا الأساس ذلك أن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين من لالتزامه يفوت على المتعاقد الآخر الغرض الذي قصد إليه من وراء العقد ، وأقام آخرون هذا الحق على فكرة الارتباط بين الالتزامات المقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، فطبيعة هذه العقود تقضي بان يكون التزام كل من المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر أن يوفق من جانبه تنفيذ ما بذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ او أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام وهذا هو الفسخ [٢]

المطلب الثالث

شروط الفسخ

هناك ثلاثة شروط يجب توافرها لامكان طلب الفسخ ، الشرط الأول والثاني نص عليهما القانون المدني العراقي اما شروط الثالث تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ وهذه الشروط هي .

الفرع الاول : ان يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين.

أن يكون العقد ملزماً للجانبين هو شرط عام في جميع انواع الفسخ سواء كان الفسخ بحكم القضاء ، او بحكم الاتفاق ، او بحكم القانون ، ذلك الفسخ بأنواعه الثلاثة مبني على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فالعقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يتوافر فيها حكمة الفسخ [٣] . ومن هذه الشرط تبين كذلك أن هناك عقد ملزم لجانب. واحد والذي يكون مخالف للعقد الملزم الجانبين الذي هو تصرف ينشئ في ذمة طرفيه التزامات

---

١ المستشار محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين ، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه ، ص ١٣.

٢ د .عبدالمجيد الحكيم ،عبدالباقي البكري ،محمد طه البشير ، مرجع سابق ، ص٤٢٣.

٣ د .عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص٧٨٨.

متقابل ، بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً للآخر في نفس الوقت ، ومن هذه العقود عقد بيع وعقد الأيجار ، ففي عقد البيع ينشئ التزام على البائع بنقل الملكية المبيع الى المشتري وتسليمه له وينشئ في ذات الوقت التزاماً على عاتق المشتري بدفع الثمن .وعقد الأيجار أيضا الذي ينشئ التزام على عاتق المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل التزام المستأجر بدفع القيمة الإيجارية . اما العقد الملزم لجانب واحد ، فهو لا ينشئ التزامات الا في ذمه أحد الطرفين ويكون الطرف الآخر غير ملزم بشيء في مواجهة الطرف الآخر ، أي أن أحدهما مديناً وغير دائن والثاني دائناً وغير مدين مثال ذلك الوديعة غير المؤجورة والتي يلتزم فيها المودع لديه نحو المودع بأن يسلم المودع عنده وأن يتولى حفظه ورده عينه دون أن يلتزم المودع بشيء قبل المودع عنده [١]. والكفالة بدون أجر والهبه بغير عوض أيضاً حيث لا يمكن تصور الفسخ فيهما فان طرفاً واحداً هو الملتزم ، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن الطرف الآخر أي مصلحة في طلب الفسخ اذ ليس في ذمته أي التزام يتحلل منه بالفسخ بل المصلحة في طلب تنفيذ العقد [٢].

الفرع الثاني: الا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.

إن مما يخالف طبيعة العقود الملزمة للجانبين وعقود المعارضة بقاء احد المتعاقدين ملزماً بتنفيذ التزامه مع عدم قيام الآخر بتنفيذ التزامه لذلك لابد لقبول طلب الفسخ من عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، فعدم التنفيذ هو الذي يبرر طلب الفسخ العقد ويجعله مقبولًا أمام القضاء ، ولكن يجب ملاحظة أن السبب الذي يبرر طلب الفسخ هو عدم تنفيذ الناشئء عن خطا المدين لا عن سبب أجنبي[٣] . فيجب أن يكون عدم التنفيذ راجعاً الى غير السبب الأجنبي بأن يكون التنفيذ العيني اصبح مستحيلاً بفعل المدين ، أو لازال ممكناً ولكن المدين لم يقم بتنفيذ ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد وفق المسؤولية العقدية ، فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض وفق المسؤولية العقدية او المطالبة بفسخ العقد ويجوز أن يتفق المتعاقدان على ان العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية وكذلك حالة عدم التنفيذ الجزئي اذا كان عدم التنفيذ جزئياً ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ معيباً ، فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ وللقاضي سلطة التقديرية حيث ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ او يكفي بإعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ ، فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ بقى عليه أن يرى هل يقضى بفسخ العقد كله او يقتصر على جزء منه مع بقاء الجزء الاخر ، ويقتضى بفسخ العقد كله اذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئه او كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء

---

١ المستشار ، محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين مرجع سابق ،ص ١٦.

٢ د . عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص٧٨٨- ص ٧٨٩.

٣ د .عبد المجيد الحكيم ،عبدالباقي البكري ،محمد طه البشير ، مرجع سابق ،ص ١٧٦.

الاساسي من الالتزام . اما إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي أي استحالته تعود لسبب اجنبي فإن التزام المدين ينقضي فينقضى الالتزام المقابل له وينفسخ العقد بحكم القانون [١].

الفرع الثالث: أن يكون الطلب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزام وقادراً على اعاده الحال الى ما كانت عليه قبل ابرام العقد.

لا يكفي للحكم بالفسخ عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه بل يجب ان يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه من جانبه هو ، فإذا لم يكن هو قد نفذ إلتزامه فلا يستطيع أن يطالب فسخ العقد لعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، لأن هذا المتعاقد يستطيع أن يدفع تجاهه بالدفع بعدم التنفيذ ويجب أيضاً أن يكون طالب الفسخ قادراً على اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل إبرام العقد ، فهذا هو الأثر الذي يترتب على الفسخ فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئا بمقتضى العقد فيجب أن يكون قادراً على رده ، فإذا لم يكن قادراً على ذلك فلا يجاب ألى طلبه ، فاذا هلك الشي في يده فلا يعود بأمكانه أن يرده ، فلا يستطيع أن يطلب الفسخ وكذلك الامر إذا خرجت شيء من يده بتصرف قولي او إذا باعه ذلك أنه لا يستطيع انتزاع الشيء من المشتري ليرده إلى من تعاقد معه لانه ملزم تجاه من اشترى منه الشي بالضمان ، لان الاصل هو "من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض"[٢]. والخيار المقرر للبائع في المادة (٣٣٢) من القانون المدني شرطه أن يكون البائع قد وفى بما التزم به في عقد البيع او اظهر استعداده الوفاء به ، فإذا تحقق هذا الشرط وتأخر المشتري عن أداء الثمن كان البائع مخيراً من طلب فسخ البيع وطلب الزام المشتري بالثمن ، أما إذا كان البائع تحلف عما التزام به فان اخلفه هذا يحول بينه وبين طلب الفسخ[٣]. أما إذا كانا المدين هو الذي استحال عليه أن يرد الشيء الي أصله فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضي على المدين في هذه الحالة بالتعويض[٤].

---

١ د . عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص ٧٩١.

٢ د .عبد المجيد الحكيم ،عبدالباقي البكري ،محمد طه البشير ، مرجع سابق ،ص ١٧٦.

٣ المستشار ، محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين مرجع سابق ،ص ٢٥.

٤ د . عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص٧٩.

المبحث الثاني

أنواع الفسخ

هناك ثلاث أنواع للفسخ اما أن يتم بحكم القضاء أو نتيجة شرط يتفق فيه المتعاقدان مقدماً على أنه إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه فالعقد يعتبر مفسوخاً هذا ما يعرف بالفسخ بحكم الاتفاق وإما أن يتم بحكم القانون الذي يعرف بالانفساخ .

المطلب الاول : الفسخ بحكم القضاء ، الفسخ القضائي

الاصل في الفسخ أن يتم بحكم قضائي وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الأفراد فالقاضي حاكم محايد لا يميل إلى أحد الخصوم دون الآخر[١].واذا كان الاصل في الفسخ انه يقرر بحكم القاضي الا انه ليس للقاضي ان يحكم به من تلقاء نفسه ، وانما يلزم لذلك ان يطلب احد المتعاقدين ذلك ، اي المتعاقد الذي حصل الاخلال بحقه ، وهنا يتعين على القاضي قبل ان يحكم بالفسخ ان يتحقق من توفر الشروط التي سبق وان بيناها فاذا وجد ان احدهما متخلفاً تحتم عليه ان يرفض الفسخ ، اما اذا وجد ان شروط الفسخ متوفره كلها ثبت له مع ذلك سلطة التقديرية في الاجابة لطالب الفسخ بالرفض او الاجابة ففي حالة الاجابة[٢] يجب توفر ثلاثة شروط الإيقاع الفسخ القضائي وهي:-

الفرع الاول : الاعذار

هو وضع المدين في حالة المتاخر في تنفيذ التزامه وقد بينت المادة (٢١٩) من قانون المدني الإجراءات التي يتم بها الأعذار فقضت ان يكون اعذار المدين بإنذاره ،أو بما يقوم مقام الإنذار والاعذار هنا ليس شرطا لقبول دعوى الفسخ وإنما شرط للحكم بالفسخ[٢]. وهذا معنى المثل الشائع " قد اعذر من انذر " الانذار يتم بواسطة كاتب العدل ولكن لا حاجة للاعذار، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا ، فإذا استحال على المتعاقد في عقود المعاوضة تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل تبعه هذه الاستحالة ، فاذا التزام شخص بصنع شئ واستحال عليه صنعه او التزم بنقل بضاعة واستحال عليه نقلها فهو الذي يتحمل تبعه ذلك ، وكذلك اذا كان محل التزام المدين تسليم شئ واستحال عليه تسليمه بان هلك فهو الذي يتحمل تبعه هذا الهلاك ، اما اذا كانت يد الشخص يد امانه وهلك الشي في يده قضاءاً وقدر اي بدون تعدي او تقصير منه فهو غير ضامن اي لا

---

١ د .عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص٤٢٦.

٢ د. طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني في عقد البيع ، منشورات زين الحقوقية ، ص٨٢ .

يتحمل تبعه الهلاك كالمستأجر والوديع والمستعير اما الغاصب يده على الشئ المغصوب قضاءاً وقدر يد ضامن[١] .

وان مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد اعذاراً واعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له اهمية عملية تظهر في امرين :-

اولاً : يجعل القاضي اسرع استجابة لطلب الفسخ .

ثانياً : يجعل اقرب الى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ[٢].

الفرع الثاني :- طلب الفسخ

يقصد به رفع دعوى الفسخ وهذا الحق يثبت لكل من الدائن او من يحل محله خلفه العام او الخاص او المحال له ، كما يكون لدائنه بطريقة الدعوى غير المباشرة وفي حالة تعدد الدائنين يجوز لكل منهم المطالبة بالفسخ ولو كان محل الالتزام او الرد غير قابل للانقسام [٣] . في عقد البيع اذا لم يوفِ المشتري بالتزامه بدفع الثمن فللبائع المطالبة بفسخ البيع ولكن لا يلتزم القضاء بتلبية طلب البائع ولو تحقق اخلال المشتري بالتزامه ، هذا بل له سلطه تقديرية بموجبها يكون له رفض او تلبية طلب البائع حسب جسامة الاخلال المنسوب للمشتري . اما في عقد الايجار لا ينتهي الايجار بموت المؤجر ولا يموت المستأجر ومع ذلك اذا مات المستأجر جاز لورثته ان يطالبوا بفسخ العقد اذا اثبتوا انه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد اثقل من ان تتحملها مواردهم ، او اصبح الايجار مجاوزاً لحدود حاجتهم ، حيث هنا يجب على ورثة المستأجر تقديم طلب الفسخ خلال ستة اشهر من موت المستأجر وان ينبهوا المؤجر برغبتهم في أخلاء المأجور حتى لا يبقى الوضع قلقاً بين المؤجر والمستأجر[٤] . ومن المتفق عليه فقهاً وقضاءاً ان الشرط الفاسخ الضمني كالتاخير عن دفع الثمن في ميعاده لا يقضى بذاته الفسخ بل لابد لفسخ العقد من حكم قضائي ، بذلك وهذا الحكم يصدر بناءاً على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه . وللدائن الخيار بين طلب الفسخ أو طالب التنفيذ ، فإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ فان الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي ، فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له إن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ كما أنه اذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه الى طلب الفسخ على انه لا يجوز له الجمع بين الطلبين في آن واحد كل هذا مالم يكن قد نزل عن أحد الطلبين ولا يعتبر مجرد رفع الدعوى بطلب منهما نزولاً عن

---

١ المستشار ، محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين مرجع سابق ، ص ٢٦ – ص ٢٧.

٢ د .عبد المجيد الحكيم ،عبدالباقي البكري ،محمد طه البشير ، مرجع سابق ، ص١٧٧ – ص١٨٢.

٣ المستشار ، محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين مرجع سابق، ص٢٩.

٤ د. سعيد مبارك ، طه الملا حويش ، صاحب عبيد الفتلاوي ،الموجز في عقود المسماة،ص١٥١-ص٣٣٨-ص٣٣٩.

الطالب الآخر ، ولا للمدين كذلك قبل النطق بالحكم النهائي أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك محل للحكم بالتعويض للدائن عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، وللقاضي سلطة تقديرية في اصدار حكمه بالفسخ اذا رائ مبرر لذلك وله ان يحكم به ويعطي للمدين مهلة لتنفيذ التزامه وله ان يحكم بالفسخ ان تضح له ان المدين تعمد عدم التنفيذ او اهمال ذلك رغم اعذار الدائن له قبل رفع الدعوى[١].

الفرع الثالث : صدور الحكم بالفسخ.

إذا لم ينص في العقد على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم في حالة التأخر المدين عن تنفيذ التزامه فإن الفسخ لا يقع في هذه الحالة الا إذا صدره به حكم من القضاء[٢]. حيث لا بد من رفع دعوى بالفسخ صدور حكم بفسخ العقد . وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء الفسخ بحكم الاتفاق وكذلك الفسخ بحكم القانون ، ففي الفسخ بحكم الاتفاق يكون الحكم مقرراً للفسخ لا منشئاً له اما الفسخ بحكم القضاء في الحكم فيه منشئ الفسخ ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال التصرف[٣] . وأن الفسخ القضائي لا يقع إلا بعد صدور الحكم القضائي من القاضي والمعروض عليه النزاع اما إذا صدر الحكم وحاز قوة الشيء المقضي واصبح نهائياً ، فانه لا يجوز للدائن بعد ذلك ان يعدل عن الفسخ إلى طلب التنفيذ لأن الرابطة العقدية التي كانت موجودة ومحل للنزاع لم تعد قائمة في نظر القانون . حيث يعتبر تدخل القضاء أمرا ضرورياً في الحكم بالفسخ ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في مجال الفسخ ، إذا أنه لا يستجيب دائماً لطلب الدائن طالب الفسخ بل له الخيار بين الاستجابة أو عدمها رغم إني الدائن يصر على الفسخ اذ يمكن له أن يستجيب ويحكم بالفسخ وبهذا ينهي الرابطة العقدية بين الدائن والمدين ، وكذلك يحكم بالتعويض اذا كان ضرورياً او اصاب الدائن ضرر جراء تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، وله رفض الطلب واعطاء اجل المدين لتنفيذ التزامه فاذا اصر المدين على عدم التنفيذ جاز له ان يحكم بفسخ العقد وحل هذه الرابطة[٤].

---

١ د .عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق،ص٧٩٦-ص٧٩٧.

٢ المستشار ، محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين مرجع سابق، ص ٣٣.

٣ د .عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص٧٩٥.

٤ الموقع الالكتروني (www.slideshare.net/hamzaaitkaki/ss-48073883).

المطلب الثاني

"الفسخ بحكم الاتفاق " الفسخ الاتفاقي "

قد يتوقع المتعاقدان عند إبرام العقد عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزامه فيتفقان على أنه إذا لم يقم أحدهم بتنفيذ التزام فالعقد يعتبر مفسوخاً ، وهذا الشرط قبل للتدرج فالمتعاقدان قد يتفقان على العقد يعتبر مفسوخاً وقد يزيدان من قوة هذا الشرط ويتفقان على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه ، وقد يزيدان من قوة هذا الشرط ويتفقان على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجه الى حكم ، وقد يبلغان الذروة في الزيادة قوة الشروط فيتفقان على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجه الى حكم ولا عذار وهذا الشرط صحيح ، وقد اجازته المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي "يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجه الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعطي من الاعذار والا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته"[١].وفي الفسخ الاتفاقي يحرم العاقد المدين من ضمانتين :

اولاً : العقد يفسخ حتماً دون ان يكون لهذا العاقد بل ولا للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ العيني وانما يبقى الخيار للدائن .

ثانياً: الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجه للتقاضي .

- وان حرمان هذا المتعاقد من هاتين الضمانتين لا يسقطان عنه ضمانه اخرى وهي الاعذار مالم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الاجراء ايضاً[٢] .

ويتدرج الاتفاق على الفسخ ويكون ضمن اربعة شروط هي : -

الفرع الاول : الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً .

حكم هذه الحالة يتوقف على ارادة المتعاقدين فقد تنصرف حتماً الى الفسخ اذا أخل المدين بالتزامه فهنا يتحكم على القاضي ان يحكم بالفسخ ولكن هذا لا يغني عن رفع الدعوى بالفسخ ولاعن الاعذار . ففي هذا الشرط لايسلب القاضي سلطتة التقديرية في الحكم بالفسخ ولايسلب ايضاً المدين حقه في توقي الفسخ بتنفيذ الالزام الى ان يصدر الحكم النهائي بالفسخ . والحكم بالفسخ يعتبر منشئاً للفسخ لا كاشفاً له[٣] .

---

١ د .عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص٤٢٩.

٢ المستشار ، محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين مرجع سابق، ص ٤٩- ص٥٠.

٣ د . مصطفى عبد الجواد ، مرجع سابق ، ص٥٣٨.

الفرع الثاني: الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه.

في هذه الحالة اذا اتفق المتعاقدان على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه فهذا الشرط لا يغني عن رفع الدعوى بالفسخ ولا الاعذار، لكن يسلب القاضي سلطة التقديرية فلا يمتلك الا الحكم بالفسخ[١]. اي الفسخ الحتمي وهو الذي لا يكون للقاضي فيه اي سلطة وانما عليه ان يحكم بالفسخ فقد يتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبهذا لا يكون للقاضي سوى الحكم بالفسخ[٢]. لوجود هذا الشرط في العقد يقضي باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد اخلال المدين عن القيام بتنفيذ التزامه يتوجب على القضاء الحكم بالفسخ بمجرد تحقق هذا الاخلال اي عدم التنفيذ[٣]. ولكن هذا الشرط لا يسلب الدائن حقه في طلب التنفيذ العيني اذا اراد ذلك او اراد فسخ العقد ويكون الحكم الذي يصدر بالفسخ منشئا للفسخ لا كاشفا له [٤].

الفرع الثالث: الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى الحكم.

هذا الشرط معناه يقع الفسخ من تلقاء نفسه اذا اخل المدين بالتزامه فلا حاجه لرفع دعوى بالفسخ ولا حكم ينشئ فسخ العقد ، وانما ترفع الدعوى اذا نازع المدين في اعمال الشرط وادعى انه قام بتنفيذ التزامه فيقتصر على القاضي في هذه الحالة على التحقق من ان المدين لم ينفذ التزامه فاذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ ولكن حكمه يكون مقررا للفسخ لا منشأ له[٥]. اي الثابت في هذا الشرط لا يعفي من الاعذار ولا يعفي ايضا من رفع الدعوى بالفسخ اذا نازع المدين في اعمال الشرط ولا يمنع وجود هذا الشرط الدائن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه بدلا من المطالبة بفسخ العقد فان فسخ العقد لا يقع من تلقاء نفسه الا اذا اراد الدائن ذلك ويبقى هذا الخيار للدائن بين الفسخ والتنفيذ ولكن اذا اقتصر الدائن على اشتراط ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه فان الحكم بالفسخ يكون منشأً لا كاشف له ، اما اذا اضاف الى هذا الشرط ان يكون دون حاجه الى حكم او اشترط ان يكون مفسوخا دون الحاجه الى حكم فان الحكم بالفسخ يكون كاشفا لا منشأً له ولا يوجد فرق عملي بين الحالتين فسواء كان الحكم من منشأً للفسخ او كاشفاً عنه فان الفسخ يكون له اثر رجعي ويعتبر العقد كان لم يكن[٦] .

---

١ د . عبد المجيد الحكيم ،عبد الباقي البكري، محمد طه البشير ، مرجع سابق ،ص١٨٠.

٢ المستشار . محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين ،مرجع سابق،ص٣٢.

٣ د. سعيد مبارك ،طه الملا حويش ، صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق ،ص١٥١.

٤ د. عبد المجيد الحكيم ،مرجع سابق ،ص٤٣٠

٥ القاضي . طارق كاظم عجيل ، مرجع سابق،ص١٠٧-ص١٨٠.

٦ د. عبدالرزاق احمد السنهوري ،عقد البيع ،١٩٦٠،ص٨٣٣-ص٨٣٤.

الفرع الرابع: الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخاَ من تلقاء نفسه من غير الحاجة الى حكم ولا اعذار.

وهذا هو اقصى ما يصل اليه اشتراط الفسخ من قوة وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخا بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون الحاجة الى أعذار المدين ولا الى الحكم بالفسخ الا ليقرر اعمال الشرط ويكون مقررا للفسخ لا منشآ له وهذا الحكم ايضا فيما اذا اتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى انذار والاتفاق على الاعفاء من شرط الأعذار يجب ان يكون صريحا فلا يجوز ان يستلخص ضمنا من عبارات العقد لما ينطوي عليه من خطورة بالنسبة الى المدين [١]. والمقرر في قضاء المحكمة انه لئن كان الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه او انذار عند تخلف المدين على الوفاء بالتزاماته ومنها عدم الوفاء بما التزم به بان ينفذ في ميعاده المحدد هذا من شأنه ان يسلب القاضي كل سلطة التقديرية في صدد الفسخ الا ان ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي وشرط الفسخ الاتفاقي[٢]. هي ان يكون الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا وان يكون هدف هذا الاتفاق استبعاد الفسخ القضائي وعدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه [٣] .وكذلك وجوب اعمال ذلك اذ ان للقاضي الرقابة التامة للوقوف ابتداءاَ من عبارة العقد على مدى قيام الشرط او انطباقه ثم التثبت بعد ذلك من وقوع وتحققه كما ان له عند التحقيق من قيام مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون اعماله ان تبين له ان الدائن قد اسقط حقه في طلب الفسخ صراحة او ضمنا لقبوله الوفاء بطريقه تتعارض مع أرادة فسخ العقد جاز له ان يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي وان ينزل دونه على واقعة الدعوى أحكام الفسخ القضائي[٤] .

المطالب الثالث

الفسخ بحكم القانون الانفساخ

اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب اجبني لا يدله فيه انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون ولا حاجة للجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ الا اذا حدث نزاع في وقوع الاستحالة لسبب اجنبي في هذه الحالة يجب اللجوء الى القضاء للحصول على حكم يقرر ذلك ولا يلزم في هذه الحالة بأي تعويض وهذا ما نصت عليه المادة (١٩٧) في الفقرة الاولى منها في القانون المدني "اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوه قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه"

---

١ د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص٨١٤ – ص ٨١٥.

٢ المستشار محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين ، مرجع سابق ، ص٥٣.

٣ الموقع الالكتروني ، (.www.djelfa.inof/vb/showthread.php?t=261238).

٤ المستشار محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين ، مرجع سابق ، ص٥٣.

ويلاحظ عن هذا النص انه يعالج حالتين حالة استحالة التنفيذ الراجعة الى خطأ المدين وحالة استحالة التنفيذ الراجعة الى سبب اجنبي [١] .

الفرع الاول: استحالة التنفيذ ترجع الى خطأ المدين.

اذا استحال على المدين في العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه ولم يستطيع ان يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأة عن سبب اجنبي لا يد له فيه فأنه ملزم هنا بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه وفق المسؤولية العقدية ،فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً وهو لم يثبت السبب الاجنبي فتبقى العلاقة السببية مفروضة وبذلك تتحقق المسؤولية العقدية على اساس قيام العقد وفي هذه الحالة العقد لا ينفسخ بل يبقى قائماً ويؤكد وجوده ،اذ اصبح هو الاساس للمطالبة بالتعويض رغم ذلك هذا لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي فللدائن وقد اصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً ان يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه بدلاً من ان يطلب التعويض على اساس المسؤولية التقصيرية ،وفي هذه الحالة لا يسع القاضي الا ان يجبه الى طلبه اذ لا محل لامهال المدين لتنفيذ التزامه بعد ان اصبح هذا التنفيذ مستحيلاً عليه فيحكم بفسخ العقد ويكون الحكم هنا منشأ للفسخ ولا كاشفاً له (مقررا له) والعقد لم يفسخ بحكم القانون بل انفسخ بحكم القضاء (القاضي)[٢] .

الفرع الثاني : استحالة التنفيذ ترجع الى سبب اجنبي.

ففي هذه الحالة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه وينقضي التزام المدين لأستحالة تنفيذه بسبب اجنبي فلم يعد ثمة محل للمسوؤلية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو ان الاستحالة لا ترجع الى سبب اجنبي فلم يبق الا فسخ العقد ولذلك نص القانون على ان العقد ينفسخ من تلقاء نفسه ولا محل هنا للأعذار لان الاعذار لا يتصور الا اذا كان التنفيذ لايزال ممكناً ولان التنفيذ لم يعد ممكناً لا يكون هنا خيار بين التنفيذ الفسخ كما في حال الفسخ القضائي والاتفاقي حيث كان للدائن الخيار بين طلب فسخ العقد وطلب التنفيذ وهنا ايضاً لا ضرورة لحكم القضائي للفسخ ،فالعقد ينفسخ من تلقاء نفسه وبحكم القانون والحكم هنا يقرره الفسخ لا ينشه[٣] . فاذا انفسخ العقد بحكم القانون كانت التبعة في انقضاء الالتزام الذي استحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا التزام فهو لا يدله في استحالة التنفيذ لان الاستحالة راجعة الى سبب اجنبي ومع ذلك لا يستطيع ان يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل فالخسارة في النهاية الامر تقع عليه وعلى المدين وهذا مبدا تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين ويرجع هنا الى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين وهي الفكرة التي أنبنى عليها انفساخ العقد حيث لو كان العقد ملزما لجانب واحد كل الوديعه غير المؤجورة والهبة

---

١ القاضي . لفته هامل العجيلي ، دراسات في القانون المدني ، ط٢ ، ص١٦٢ – ص ١٦٤.

٢ د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص٨٣٠- ص ٨٣١.

٣ د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص٨٢١ – ص٨٢٢ –ص٨٢٣.

بغير عوض وستحال عليه تنفيذ التزامة لسبب اجنبي بان هلك الشئ في يده بقوة قاهرة مما يؤدي الى استحالة رده فان الذي يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين وذلك لان الدائن ليس في ذمته التزام يتحلل منه في مقابل تحلل المدين من التزامه ، فالدائن هو الذي يتحمل في الاخر الخسارة من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين ، اي ان المدين يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين والدائن يتحملها في العقود الملزمة لجانب واحد [1] .

١ د . امجد محمد منصور ، مرجع سابق ، ص٢٢٠ – ص ٢٢١.

المبحث الثالث

اثار الفسخ

ان الاثر الذي يترتب على فسخ العقد هو زوال حكم العقد باثر رجعي الى حين ابرامه واعتباره كان لم يكن ووجوب الرجوع في ما نفذ ورد ماقبض قبل الفسخ ، يستوي في ذلك ان يكون الفسخ بحكم القانون او بحكم القضاء او بحكم الاتفاق ويسري هذا الحكم على المتعاقدين وعلى الغير والعقود المدة [١] .

المطلب الاول

اثر الفسخ فيما بين المتعاقدين (الرجوع الى ما كان عليه قبل ابرام العقد)

اذا تبين اثناء تنفيذ العد ان احد المتعاقدين اخل بالتزامه سواء لم يتابع العمل الملتزم بأتمامه او اساء تنفيذه ، حق المتعاقد الاخر بفسخ العقد وانهاء العلاقة التعاقدية مع الطرف الاخر المخل بالتزامه ، كما يحق له المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تسبب به المتعاقد الاخر ، واذا كان لهذا المتعاقد ما يقوله بسبب فسخ العقد فما عليه الا مراجعة القاضي فينضر في الامر، فاذا وجد ان الفسخ لم يكن مبرراً قانوناً حمل الفاسخ مسؤولية الفسخ ، والا الزم من كان سبباً بالفسخ بالتعويض المناسب ، وقد نصت المادة (٢٤٧) من القانون المدني العراقي على ان العقد المنفسخ لا ينتهي حكمه الا من تاريخ فسخه ولا يتحمل هذا الفسخ ما قبله [٢] . ففي عقد مثلاً اذا قبض المشتري المبيع ثم فسخ العقد فعليه رده الى البائع واذا كان البائع قد قبض الثمن وعليه رده الى المشتري. فأما حكم رد الثمرات يميز القانون هنا بين القابض الحسن النية والقابض سيئ النية ، فالقابض حسن النية هو من كان يجهل عنده القبض انه قبض شيئا غير مستحق له فهو بهذه الحالة يمتلك ما يقبضه من زوائد وما يستوفيه من منافع مدة حيازته ، اما القابض سيئ النية هو الذي يعلم عند القبض انه يقبض شيئا غير مستحق له فعليه ان يرد الزوائد والثمرات التي انتجها الشي قبل رده فاذا كان الشي المبيع اشجاراً وقطف المشتري ثمارها وكان سيئ النية فعليه ان يرد هذه الثمار اذا كانت موجوده واذا كان قد استهلكها او هلكت فعليه ان يرد قيمتها ، والبائع كذلك اذا قبض الثمن فعله ان يرده مع فوائده من حين المطالبة القضائية بهذه الفوائد أساس الالتزام بالرد هو الكسب بدون سبب [٣] .

---

١ د . عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص ٤٣٦ – ص ٤٣٧.

٢ د . مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ط١ ،١٩٩٥ ، ص٦٤٠.

٣ د. عبد المجيد الحكيم ،عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص١٨٣ – ص١٨٤.

المطلب الثاني

اثر الفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين (زوال الحقوق التي رتبها القابض على الشيء قبل الفسخ).

يسري في حق الغير ايضا زوال الحكم بأثر رجعي الى حين نشوئه فيترتب على ان المشتري يعتبر كأن لم يكن قد ملك المبيع ابدا ،ويترتب على ذلك ايضا زوال الحقوق التي رتبها على المبيع قبل الفسخ وعندئذ يسترد البائع المبيع خاليا من اي حق عليه، فاذا رتب المشتري المبيع وكان المبيع مثلا ارضا حق ارتفاق او انتفاع ثم فسخ البيع فالبائع يسترد الأرض من المشتري الثاني اذا كان المشتري الاول قد باع ،كما يستردها من المشتري الاول خاليا من الحقوق العينية التي رتبها عليها، الاساس الذي يقوم عليه زوال هذا الحقوق التي رتبها المشتري على العين قبل الفسخ هو ان المشتري لما كان يعتبر كان لم يكن يملك هذه العين ابدا، فالتصرف الذي يقوم به قبل الفسخ صادرا من غير مالك فلا ينفذ في حق المالك الأصلي ويعبر الفقهاء المسلمون على ذلك بقولهم" فاقد الشي لا يعطيه " اما الفقهاء الغربيون " لايستطيع الأنسان ان ينقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك "[1] . لكن هناك استثناءان يردان على هذه القاعدة الأول تتعلق بعقود الإدارة المبرمة بحسن نية والثاني يتعلق بالقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

الفرع الاول :- عقود الادارة المبرمة في حسن نية. فيما يتعلق بهذا الاستثناء اذا أجر المشتري العين التي اشتراها وكان المستأجر حسن النية والعقد ثابت التاريخ ثم فسخ العقد، فعقد الأيجار يبقى ولا ينفسخ ولا يستطيع البائع ان يسترد العين من يد المستأجر قبل انتهاء مدة الايجار[2] .

---

١ د. عبد المجيد الحكيم ،عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص١٨٤ ــ ص١٨٥.

٢ د. عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ،ص ٤٣٩.

الفرع الثاني :-

الحيازة في المنقول في سند الملكية. ان من حاز منقولا توفرت فيه شروط الحيازة فانه يكتسب ملكية المنقول الذي وردت عليه الحيازة فورا او بحسب تعبير القانون المدني العراقي "لا تسمع عليه دعوى الملك من أحد" دون حاجة الى المرور مدة معينة على حيازته فاذا رفع المالك الأصلي على الحائز دعوى الاستحقاق كان للحائز دفع الدعوى بأنه تملك المنقول بالحيازة واذا أعتدى الغير على الحائز فأغتصب منه المنقول أمكنه ان يسترده منه استنادا الى أنه تملكه بالحيازة، لكن قاعدة الحيازة في المنقول لا تحول دون بقاء حق المتصرف في حالة دعاوى شخصية قبل الحائز فلا يجوز لحائز المنقول ان يتمسك بقاعدة الحيازة في مواجهة من تصرف أليه، لأن علاقتهما يحكمها التصرف المبرم بينهما فاذا كان للمتصرف دعوى شخصية ضد الحائز كدعوى المطالبة بالثمن او بباقي الثمن او دعوى فسخ التصرف او ابطاله، فان هذه الدعوى تبقى قائمة واذا نجح المتصرف في دعواه امكنه استرداد المنقول دون ان يكون للحائز الامتناع عن الرد بحجة انه تملك المنقول بالحيازة [1] .

حيث في هذا الاستثناء وكان المبيع منقولا وقبضه المشتري ثم باعه وكان المشتري الثاني حسن النية وقبض المبيع، ثم فسخ البيع الاول فالبائع لايستطيع استرداد المبيع من المشتري الثاني، والسبب في ذلك وهو أن المشتري الثاني أطمان الى ان الذي يبيعه الشيء أي المشتري الأول وهو مالك الشيء، فأذا سمحنا للبائع الأول باسترداد الشيء منه فان هذا يودي الى عدم استقرار المعاملات، لان الحائز حسن النية حيث الحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح مالم يقم الدليل عكس ذلك، فاذا ادعى صاحب الشيء سوء نية الحائز فعليه أثبات ذلك ،حيث عبر الفقهاء المسلمون على هذا القاعدة بقولهم" اليد قرينه على المالك "[2].

المطلب الثالث

أثر الفسخ حسب طبيعة العقد

الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ لا يمكن ان يقع بأثر رجعي الى حين ابرام العقد ذلك أن الزمن عنصر جوهري في هذه العقود وبه يتحدد تنفيذ العقد وبقدر ما يمر من الزمن يعتبر العقد قد نفذ في جزء منه يتناسب ومقدار الزمن الذي مر والزمن الذي مر لا يعود، ويترتب على ذلك عدم امكان اعاده المتعاقدين الى حالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد، فالفسخ في هذه العقود لا يحدث أثره الا بالنسبة للمستقبل فقط ،ويترتب على ذلك من أثر على هذه العقود يظل قائما كعقد الايجار هنا مثلا على العقود المستمرة التنفيذ حيث الأجرة المستحقة من

١ د . محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٥٥ ــ ص ٢٥٦.

٢ د. عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق، ص٤٣٩ ــ ص ٤٤٠.

المدة السابقة وتبقى لها صفة الأجرة لا التعويض ويضمنها امتياز المؤجر لذلك بعض الفقهاء يسمي حل مثل هذا النوع من العقود فسخا بل انهاء[١] . ومن المعروف ان نظرية الفسخ العقد تشمل جميع العقود الملزمة للجانبين وقد تكون هذه العقود مستمرة التنفيذ ،كعقد الايجار كما مبين اعلاه والعقود الفورية كعقد البيع اذا ان الفقهاء اتفقوا على صلاحية هذه العقود لتطبيق نظرية الفسخ ولكن اختلفوا من ناحية الاثر الرجعي ، يرى ان بعض الفقهاء ان الفسخ عندما يرد على عقود المدة لا يسري بأثر رجعي وبتالي لا تزول الالتزامات الناشئة عنه في الماضي وانما يكون اثره قاصراً على انهاء العلاقة التعاقدية بالنسبة الى المستقبل وقد برروا عدم رجعيه اثر الفسخ الى الماضي عند تعلق الامر بعقود المدة حيث ذهبوا الى ان الاستحالة التي تمنع رد الاشياء الى اصلها وذهب قسم الاخر الى عدم تطبيق رجعية الفسخ هو نزول عند ارادة المتعاقدين وقال اخرون بان عقد المدة تتولد عنه امور مستقلة بعضها عن بعض ومن ثم لا تتأثر احداها بالأخرى عند فسخ العقد ، والبعض قد رجع عدم رجعية الى طبيعة العقد بحد ذاتة ، يرى الفريق الاخر من الفقهاء ان الاثر الرجعي الذي يرتبة الفسخ واحد من جميع الحالات ويجب العمل به في جميع العقود دون تمييز بين عقود المدة والعقود الفورية [٢] .

الخاتمة

لقد حاولت قدر الامكان من خلال بحثي تسليط الضوء على النظام القانوني للفسخ واعطاء المفاهيم التي تخصه فعرفت ان الفسخ هو جزاء يترتب على امتناع احد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به وهذا التعريف ليس حديثا بل هو ثمرة تطور طويل اذ لم يكن معروفاً قديما حيث كانت العقود الملزمة للجانبين تنشأ التزامات المستقلة بعضها عن بعض لا تتقابل بينهما فاذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه لم يبقى امام المتعاقد

١ د . عبد المجيد الحكيم ،عبد الباقي البكري، محمد طه البشير ، مرجع سابق، ص ١٨٦.

٢ الموقع الالكتروني (www.slideshare.net/hamzaaitkaki/ss-48073883).

الاخر الا ان يطالب بالتنفيذ الا ان الوضع تغير تدريجياً فأصبح في اغلب التشريعات الدول درج الفسخ فأصبح يجوز لأي طرف لم ينفذ عقده ان يطلب الفسخ كما عرفت ان الاساس القانوني الذي يقوم عليه الفسخ محل خلاف بين الفقهاء وانتهت الى اعتناق الفكرة التي تبني اساس الفسخ على فكرة ارتباط الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين كونها احسن فكرة تبرره وعرفت ان الفسخ في القانون العراقي على انواع فالقاعدة العامة ان يكون الفسخ قضائياً عندما يكون عدم تنفيذه راجعاً الى المتعاقد واستثناءاً يكون فسخاً اتفاقياً اما اذا كان عدم تنفيذ راجعاً الى سبب اجنبي فيكون الفسخ بحكم القانون واستعرضت في المبحث الاخير أثار الفسخ المترتبة على حل الرابطة العقدية وتضح لي ان فسخ العقد يعني زواله الاثر الرجعي كقاعدة عامة وأعادة المتعاقدين الى ما كان عليه من قبل غير ان قاعده الاثر الرجعي قد تصطدم بعقبات تحول دون تطبيقها مما يجوز معه الحكم بالتعويض لصالح المتعاقد الذي لم يستطيع استرداد ما قدمه كما ان عقد المدة رغم انه يستعصي بطبيعته على اثر الفسخ الا انه لا يمكن اخراج هذه الفئه من مجال تطبيق نظريه الفسخ في جميع اسسها وقواعدها وما ترتبه من اثار مادام النص الذي يحكم اثار الفسخ واحد .

قائمة المراجع :

القران الكريم

سورة المائدة : **الاية** (١)

الكتب والمؤلفات :

١- د. امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ،(دراسات في القانون المدني الاردني والمصري والفرنسي وجلة الاحكام العدلية والفقه الاسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتميز)،دار الثقافة ،٢٠١٥.
٢- د.سعيد مبارك ، طه الملا حويش ، صاحب عبيد الفتلاوي ،الموجز في عقود المسماة، البيع – الايجار – المقاولة ، بيروت ،٢٠١٢.
٣- د.طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني في عقد البيع ، (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والاسلامي) ، الجزء الثالث ، منشورات زين الحقوقية.
٤- د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجة عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة الثالثة ،بيروت ،٢٠٠٠.
٥- د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية ،(البيع – المقايضة) ، المجلد الاول ،القاهرة ،١٩٦٠.
٦- د.عبد المجيد الحكيم ، المؤجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، جزء الاول ، طبعة الاربعة ، مطبعة العاني ، بغداد .
٧- د.عبد المجيد الحكيم ،عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام فيالقانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، بيروت ،٢٠١٢.
٨- القاضي . لفته هامل العجيلي ، دراسات في القانون المدني، الطبعة الثانية ، ٢٠١٥ – ٢٠١٦ .
٩- د.محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، المكتبة القانونية ، بغداد ،٢٠٠٩.
١٠- المستشار محمد محمود المصري ، محمد احمد عابدين ، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه ،(القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ وحكم المحكمة الدستوريا العاليا مع احدث احكام محكمة النقض)، دار المطبوعات الجامعية .
١١- د.مصطفى العوجي ، القانون المدني ،العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، ١٩٩٥.
١٢- د. مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام ، المصادر الادارية للالتزام (نظرية العقد والارادة المنفردة)،دار الكتب القانونية،٢٠٠٥.

المواقع الالكترونية:

(١) الموقع الالكتروني: (www.slideshare.net/hamzaaitkaki/ss-48073883).
(٢) الموقع الالكتروني : (www.djelfa.inof/vb/showthread.php?t=261238.).