وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ديالى

كلية القانون والعلوم السياسية

# اثر فسخ العقد على المتعاقدين

بحث تقدمت بيه الطالبة

شيرين ياسين عنوان

اشراف

م.م.محمود عادل محمود

قدم هذا البحث استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة البكلوريوس في القانون كلية القانون والعلوم السياسية

لسنة

١٤٣٩ هـ

٢٠١٨ م

# المقدمة

ان العقد يتبنى التزامات متقابلة تقع على عاتق الطرفين فيصبح كل منهما دائن للاخر ومدين له فيجب على كلا الطرفين تنفيذ هذه الالتزامات التي تفرض عليه بموجب هذا العقد وعند قيام احد المتعاقدين بعدم تنفيذ التزامه او تاخر فيه فلا يجب على الطرف الاخر على تنفيذ التزامه فيستطيع احد الاطراف ان يطلب فسخ العقد او التنفيذ العيني وعند القيام بالفسخ سوف يتم اعادة الحال الى ماكان عليه قبل ابرام العقد وقد يستطيع الطرف الذي طلب فسخ العقد ان يطلب التعويض ويقوم القاضي بتقدير قيمة هذا التعويض حسب قيامة الضرر الذي يتسبب به المدين لدائن جراء عدم قيامه بتنفيذ التزامه او تاخر في تنفيذ هذا الالتزام ويجب تعويض المدين مما فاته من كسب ومالحقه من خسارة بسبب عدم قيام هذا المدين بتنفيذه لالتزامه ويسري هذا الاثر على جميع انواع العقود ماعدا العقود المستمرة التنفيذ كعقد الايجار التي لا يستطيع فيها اعادة الحال الى ماكان عليه وان التعويض يجب ان يقدر و يصدر وقت الحكم بالمنتج ويجب اعذار المدين بذلك وقد يتفق الاطراف عند وضع العقد على ادراج بند فسخ عدد الاموال التي يمكن لكل فريق ان يفسخ العقد وفقاً لشروط معينة وقد يلحظ هذا البند ايضاً الفسخ الحكمي دون مراجعة القضاء وان الفسخ قد يكون بحكم القانون او بحكم القضاء او بحكم الاتفاق .

## اهمية الموضوع

ان هذا الموضوع اي فسخ العقد واثره على المتعاقدين اهمية كبيرة حيث تظهر اهمية هذا البحث فيما يتعلق بالالتزامات المتقابلة على الطرفين اي الدائن والمدين من حيث ان اثر الفسخ على المتعاقدين يؤدي الى اعادة الحال الى ما كان عليه قبل ابرام العقد فمن قبض منهما شيئاُ فعليه ان يرده ومن لم يعقد الزامه لا يجبر على تنفيذه وكذلك تظهر اهمية هذا الموضوع من حيث التعويض عن الضرر الذي اصاب المضرور بسبب عدم القيام بتنفيذ الالتزام الذي يقع على الدائن حيث يقدر القاضي نسبة هذا التعويض حسب جسامة الضرر الذي اصاب المتضرر اي الدائن.

## اشكالية الموضوع :

تدور اشكالية البحث حول اثر فسخ العقد على التعاقدين وندرس كفاية النصوص القانونية الواردة في القانون المدني لمعالجتها ؟ ويثار من فظاء هذه الاشكالية التساؤلات :

١- ماهو اثر الفسخ على المتعاقدين؟
٢- ما المقصود بالرجعية ؟ وهل تسري على كافة انواع العقود؟
٣- كيف يتم اعادة الحال الى ماكان عليه؟
٤- كيف يتم المطالبة بالتعويض ؟
٥- متى يقوم القاضي بتقدير التعويض؟
٦- كيف يتم تقدير نسبة هذا التعويض ؟

ولمعالجة هذه الاشكالية والتساؤلات المنبثقة عنها سوف نقسم بحثنا على النحو الاتي

المطلب الاول :- اعادة الحال الى ما كان عليه قبل ابرام العقد ( الرجعية )

المطلب الثاني :- التعويض

## المطلب الاول

## اعادة الحال الى ما كان عليه قبل ابرام العقد

يترتب على فسخ العقد كقاعدة عامة زواله بمجمله وبشروطه كافة ومن اهم تداعيات الفسخ انحلال العقد باثر رجعي ووجوب اعادة المتعاقدين الى الحال التي كان عليها قبل التعاقد ويجب ان يكون طالب الفسخ قادراً على اعادة الحال الى ماكان عليه قبل التعاقد ويؤودي الفسخ بالضرورة الى اعادة الطرفين المتعاقدين الى الحال التي كانا عليها قبل ابرام العقد وهذا يعني ان من يطلب الفسخ يجب ان يكون قادراً الى اعادة الحال الى ماكان عليه واذا كان غير قادر على تحقيق هذه النتيجة فليس له المطالبة بالفسخ وهذا يحصل في الصفقات التي تسلم على مراحل ويعني المدين يجزء من الصفقة التي يقوم الدائن ( المشتري) ببيعها ثم يختلف المدين ( البائع ) بتسليم ما تبقى من الصفقة وهنا يتعذر على البائع استرداد ما قام ببيعه من الجزء المستلم لان المشتري لا يعرف بعد اخلاف العلاقة وتفاصيلها بين مورد الجملة وتاجر التجزئة فضلاً عن ان الاستقرار في التعامل وطبيعته يحول دون استرداد الجزء المباع من قبل من قام بشرائه ونفس الشئ يقال في حالة هلاك المبيع الذي تم استلامه او تعينه بيد المشتري بسبب سوء الخزن او سوء الاستعمال حيث يتمنع معه على المشري طلب المنتج عند تقصير البائع في تسليم بقية المبيع لعدم جواز ارجاع الاشياء المعيبة بسبب المشتري لان السماح بذلك سيلحق ضرراً بالبائع تأباه القواعد الخاصة بضمان المعيب ويجب ان لا يكون من طلب الفسخ مقصراً في تنفيذ التزاماته لان هذا التقصير يعطي المتعاقد الاخر الحق في عدم الوفاء بالتزاماته.

يقسم المطلب الاول الى فرعين :

الفرع الاول :- الرجعية

الفرع الثاني :- اثر فسخ العقد في حال استمال الشئ على ثغرات او عدم استماله

## الفرع الاول

## الرجعية

تنص المادة (١٦٠) مدني على انه :- [اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذ استمال ذلك جار الحكم بالتعويض ] ويترتب على الفسخ قضائياً كان او قانونياً انعدام العقد انعداماً يشتد اثره فيعتبر كأن لم يكن وبهذا يعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل منها ما تسلم بمقتضى هذا العقد بعد ان تم فسخه حيث ان اذا فسخ العقد يعني كأن لم يكن فاذا كنا بصدد عقد بيع تعين على البائع رد الثمن وعلى المشتري رد المبيع.[١] وان هذا الاثر الرجعي للفسخ يشمل كافة العقود الا انه من المقرر بالنية لعقد المدة او العقود المستمرة الدوري التنفيذ – كالاجار – انه سيغطي بطبيعته على فكرة الاثر الرجعي لان الزمن فيه مقصور لذاته باعتباره

احد عناصر المحل الذي يعتمد عليه والمتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لايمكن الرجوع فيما نفذ منه فاذا فسخ عقد الايجار بعد البدأ في تنفيذه فان اثار العقد التي انتجها قبل الفسخ تظل قائمة عملياً ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الاجرة لا التعويض ولا يعد العقد مفسوخاً الا من وقت الحكم النهائي

[١] د. عبد الحكيم فوده، انهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٣، ص ٥٢٠ – ٥٢١ .

الصادر بالفسخ لا قبله ويعتبر الفسخ هنا بمثابة الغاء للعقد في حقيقة الواقع.[٢]

واذا تعلق الرد بمبلغ نقدي في ذمة المتعاقدين فان المقاصة تجري بين بين الدينين المتقابلين وليس هنالك الزام الا بالفرق بينهما فاذا كان البائع ملزماً بالثمن والمشتري ملزماً بتعويض البائع عن اتلاف المبيع ممكن اجراء المقاصة بين الدينين وان تحديد الالزام بالرد يشمل على انه اذا تعلق الامر بعقد بيع فان المشتري يلتزم برد المبيع الى البائع دون ان يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن النماء الحادث لسبب خارج عن ارادته كزيادة قيمة المبيع بسبب ارتفاع الاسعار كما يجب على المشتري ان يرد الى البائع ثمار المبيع الطبيعية او الصناعية او المدنية كما يلتزم البائع برد الثمن مضافاً اليه الفوائد القانونية للجزء المسدد وذلك من تاريخ المطالبة القضائية

وهذا الرد واجب حتى لو لم يستثمر البائع بالفعل او استثمره ولم يصل فوائده اما المشتري فلا يلتزم برد الثمار الا اذا كان المبيع منتجاً لهذه الثمار فاذا لم يكن منتجاً لهذه الثمار فلا التزام على المشتري بالرد فاذا كانت الثمار قائمة عيناً تعين ردها للبائع واذا كانت قد استهلكت تعين عليه ان يرد مقابلها او يجري مقاصة بين المستحق له من فوائد وماهو ملزم به من مقابل اما اذا حدث التلف بسبب اجنبي فان المشتري لا يلتزم بالتعويض الا بالقدر الذي عاد عليه كما لو سقط منزل قضاءاً وقدراً على السيارة المبيعة فهشمتها فاستفاد المشتري من بعض قطع السيارة وان كان البائع عملاً بربح على بدعوى تنفيذ فطالبه بالثمن بدلاً من الفسخ واعمال الاثر

[٢] محمد محود المصري ومحمد احمد عابدين، الفسخ والتفاسخ والانفساخ، دار المطبوعات الجامعة،الاسكندرية ، ص٤٤

الرجعي فيتحمل المشتري تبعة الهلاك اما بالنسبة للمصروفات التي ينفقها المشتري على المبيع الملزم برده عيناً للبائع فانها من حق المشتري طالما انها مصاريف ضرورية وليست كمالية اما بالنسبة للمصروفات التي تعود بالنفع على العين فانها يطبق في شأنها نص المادة (٩٢٤ مدني) الذي ينص كالاتي [اذا قام شخص لمواد من عنده لمنشأت على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الارض كان لهذا ان يطلب ازالة المنشأت على نفقة من اقامها مع التعويض ان كان له وجه وذلك في الميعاد نفسه من اليوم الذي يعلم فيه باقامة هذه المنشأت او ان يطلب استيفاء المنشأت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة او دفع مبلغ يساوي ما زاد من ثمن الارض بسبب هذه المنشأت ][٣]

وان العقد بعد فسخه لا يصلح سنداً للرد لانه يعتبر كان لم يكن والسند او الاساس القانوني يتمثل في رد ما دفع بدون وجه حق وذلك انه يفسخ العقد ليس للمدين ان يحتفظ بما هو مستحق للدائن لان في ذلك اثراء بغير سبب اما السند التنفيذي للمطالبة فهو الحكم الصادر بالفسخ والمشمول بالنفاذ المعجل اذا كان حكماً ابتدائياً او الحكم الاستئنافي النهائي الصادر من الدرجة الثانية اذ بموجب هذا الحكم يمكن الزام المدين برد ما تسلمه وكذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤٢مدني) على انه [ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية اذا ابطل العقد لنقص اهليته ان يرد عن ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ] ولم يشأ المشرع ان يمد الاستثناء الوارد بالفقرة الثانية في المادة (١٤٢مدني) الى حالة الفسخ وبالتالي اذا فسخ العقد الذي ابرمه

[٣] عبد الرزاق احمد الستهودي ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الاثبات باثار الالتزام ، ط ٣ ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٥٢٩ ـ ٥٣٠

ناقص الاهلية فانه يلزم برد ماستلمه بالكامل وليس له ان يتمسك بحكم المادة(١٤٢مدني) لانه حكم استثنائي والاستثناء قاص على الحالة التي ورد بشأنها فلا يجوز القياس عليه او التوسع في تفسيره وان الحكمة من مبدأ الرجعية بهدف المشرع من تقرير الرجعية عند تقرير الفسخ تحقيق ثلاث امور الاول تاجيل قانوني لالزام كل طرف باعادة الحال الى ماكانت عليه بمعنى الغاء ما ترتب عليه العقد من أثار والامر الثاني هو ان يعود المال الى المتصرف دون الحاجة الى ابرام عقد جديد فيفصل الاثر الرجعي بغير المال كانه لم يخرج قط من يد صاحبه والامر الثالث هو اعتبار التصرفات التي ابرمها المتصرف اليه غير نافذ في حق المتصرف اذ تعتبر انها واردة على مالك العين ويطبق في شأنها القاعدة التي تقضي بانه لا يجوز للشخص ان يثقل من الحقوق لغيره اكثر مماله ولا شك في ان تقرير الاثر الرجعي هو تتويج للقواعد التي تحميها الملكية فالملكية يجب ان تعود خالية من القيود والحقوق التي رتبهامن زالت عنه الملكية بسبب الفسخ.[٤]

تنص المادة (١٥٧مدني) على انه [١- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوفي احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره للمدين ان يطالب بتنفيذ العقد او فسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى ، ٢- ويجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلاً اذا اقتضت الظروف وذلك كما يجور له ان يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته] ولا يكفي للحكم بالفسخ ان يكون الفسخ وارداً على عقد ملزم للجانبين وان يكن عدم التنفيذ راجعاً الى غير السبب الاجنبي وانما يشترط ايضاً ان يكون طالب التنفيذ مستعداً للقيام بالتزامه الذي نشأ له وان يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الاخر بتنفيذ مافي ذمته من التزام

[٤] عبد الرزاق احمد السنهودي ، مصدر سابق ، ص ٥٢٦ ــ ٥٢٧

ويجب ان يعذر المدين قبل المطالبة بالفسخ على ان مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد اعذاراً ولكن اعذار الدائن للمدين قبل رفع دعوى الفسخ له اهمية عملية تظهر في امرين :

١- بجعل القاضي اكثر استجابة لطلب الفسخ

٢- بجعل اقرب الى الحكم على المدين بتعويض وفق الحكم ولابد من رفع دعوى وصدور حكم بالفسخ وتنص المادة (١٥٧مدني) على انه في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذار المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او فسخه مع التعويض ان كان له مقتضى يدل على ان الفسخ اذا كان مرده خطأ احد المتعاقدين فان هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وانما يلزم فوق ذلك تعويض الطرف الاخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ واذا كان ما يبنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسساً على توافر الخطأ في جانبه وعلاقته السببية بين هذا الخطأ وما اصاب المطعون عليه الاول من ضرر وهي الاركان اللازمة لقيام المسؤولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ المطاعن بانه خطأ عقدي ما دام انه ذلك لم يؤثر في النتيجة الصحيحة التي انتهى اليها . [٥]

[٥] د. عبد الرزاق احمد السنهودي ، الوجز في النظرية العامة للالتزام ، بلامكان نشر ، شركة العاتك للطباعة ، ٢٠٠٤، ص ٢٨٠ - ٢٨٧

## الفرع الثاني

## اثر فسخ العقد في حال اشتمال الشئ على ثمرات او عدمه اشتماله

يترتب على اثر فسخ العقد فيما بين المتعاقدين اعتبار العقد كأن لم يكن فيرد كل طرف ما حصل عليه من الطرف الاخر واذا كان الرد مستحيلاً فيكتفي الحكم بالتعويض مع مراعاة ما قرر في بعض العقود الزمنية المستمرة حيث لا ينفذ اثر الفسخ الا بالنسبة للمستقبل لان ما مضى من الزمن لن يعود [٦]

وفي حال اشتمال الشئ على ثمرات فيميز القانون بين حالتين القابض السئ النية والقابض الحسن النية ومعنى سوء النية ان القابض يعلم عند القبض انه انما يقبض شيئاً عيني مستحق له كما ان معنى حسن النية ان القابض كان يجهل عند القبض انه انما يقبض شيئاً مستحق له فالقابض الحسن النية يمتلك ما يقيضه من الزوائد وما يستوفيه من منافع مدة حيازته (م ١١٦٥ مدني) والقابض السئ النية عليه ان يرد الزوائد والثمرات التي انتجها الشئ قبل رده فاذا كان المبيع اشجاراً مثلاً وقطف المشرف ثمارها وكان سئ النية فعليه ان يرد قيمتها والبائع اذا قبض الثمن فعليه ان يرده مع فوائده من حيث المطالبة القضائية بهذة الفوائد واساس الالتزام بالرد هو الكسب دون سبب ذلك ان العقد اذا فسخ فلا يبقى سبب لاسقاط كل من المتعاقدين ثمرات الشئ الذي قبضه.[٧]

---

[٦] حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام، القاهرة ، بلا دار نشر، ٢٠٠٨ ، ص ٢٠٠

[٧] أ.د. عبد المجيد الحكم ، أ. عبد الباقي البكري ، أ.م محمد طه البشير، مصادر الالتزام الجزء الاول ، المكتبة القانونيةو بغداد، ص١٨٤

# المطلب الثاني

## التعويض

ان التعويض هو وسيلة القضاء على الضرر او التحقيق منه وهو الجزاء العام عن المسؤولية التقصيرية والمدنية و عندما لا يستطيع القاضي إعادة الحال عند منح العقد و اثره على المتعاقدين يقوم بالامن بالتعويض عن ذلك الضرر الذي أصاب المدين حيث يصعب أحيانا على المدين التنفيذ العيني لا جبر على المدين و لا باختباره فعندئذ يبقى امام الدائن ان يطالب المدين بالضمان عن الضرر اللاحق به نتيجة عدم قيام المدين سبق اتهامه وان هذا التعويض بقدر حسب الضرر الذي أصاب المدين وان لهذا التعويض شروط و عناصر وكذلك عوامل تؤثر في هذا التعويض حيث يقوم المدين بتعويض الدائن فانه من كسب و مالحقه من خسارة بسبب اخلال المدين سبق اتهامه مما الحق ضررا كبيرا بالدائن و يقوم القاضي بهذا التعويض و يجب ان يكون هذا التقرير حسب نسبة او كمية الضرر الذي أصاب الدائن من جراء هذا الاخلال .

وبذلك يتم تقسيم المطلب الى عدة فروع :

الفرع الأول / مفهوم التعويض وعناصره

الفرع الثاني / أنواع التعويض

الفرع الثالث / تقدير التعويض و العوامل المؤثرة في تقرير التعويض .

## الفرع الأول

## مفهوم التعويض وعناصره

أولا:- تعريف التعويض : مبلغ من النقود او اية نوعية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كان ناسجة طبيعية للفعل الضار وان التعويض بدون وجودا وعدما مع الضرر و يجب ان يتناسب مع الضرر دون ان يزيد عليه او ينقص .

وان الأصل في المسؤولية التعويضية التعويض النقدي فالنقود إضافة الى كونها وسيلة للتبادل تعني وسيلة للتقويم ذلك ان كل ضرر بما في ذلك الضرر الذي يمكن تقديره بالنقود حسب المادة ٢٩٥ من قانون المعلومات الاماراتي حيث تقول ( بقدر الضمان بالنقد ) وهذا يعني انه على المحكمة في جميع الاحول التي يتعذر فيها التعويض العيني و لا ترى امامها سبيلا الى التعويض غير نقدي ان تحكم بتعويض نقدي . [٨]

فاذا حكمت المحكمة بالمنح بناء على اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته حكمت عليه بالتعويضات عن الضرر الذي لحق الدائن من جراء هذا الاخلال فأذا اخل المورد وثيقته و التزاماته بتوريد الموارد الى المقاول الذي حكم عليه بغرامات تأشيرية لصالح رب العمل اذا اضطر الى شراء الموارد من السوق بصورة مستعجلة بأعلى من قيمتها حكم على المدين بتعويض الدائن بما يعادل قيمة الغرامات التأخيرية او يفرق السعي الذي اخطى الى شراء المواد به لكن التعويض ليس نتيجة حقية الفسخ فقد يحكم به وقد لا يحكم به لأن التعويض مناطه الضرر محميا وجد

[٨] د.عبدالعزيز اللصاصمة ، المسؤولية المدنية التقصيرية ، دار الشروق للنشر و التوزيع ، ط١،عمان ، ٢٠٠٢،ص١٩٣

الضرر و جاء الى التعويض وان لم يتحقق الضرر فلا مجال للحكم بالتعويض كما يشتمل التعويض مصاريف ورسوم واتعاب المحاماة التي انفقها الدائن للحصول على الحكم بالفسخ .[٩]

ان المحكمة حرة في تعيين التعويض النقدي تبعاً للظروف على شكل مبلغ معين يعطي للمتضرر دفعة واحدة او على شكل أقساط او ايراد مرتين مدى الحياة والفرق بين الصورتين الأخيرتين ان التعويض المقسط بدفع على أقساط تحدد مددها و يعين عددها و يتم استيفاء التعويض بدفع اخر قسط منها ، اما الايراد المدين مدى الحياة فيدفع هو أيضا على أقساط تحدد مددها ولكن لا يعرف عددها مقدما لان الايراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة ولا ينقطع بموته .[١٠]

## ثانيا : عناصر التعويض:

ان الغاية الأساسية التي يهدف القاضي اليها من تقدير التعويض هي رد الدائن الى الحالة التي يكون عليها لو ان المدين قام بتنفيذ التزامه ، فبفشل التعويض مالحق الدائن من خسارة مافاته من كسب (١٩٩م،٢٠٧) و لا يجوز ان يجاوز التعويض هذين العنصرين باي حال من الأحوال مالم يرتكب الدائن غشا او خطأ جسيما فليس التعويض عقوبة ينزلها القاضي بالمدين انما هو جبر اصلاح للفرد الذي لحق الدائن فلو ان متعهد نفق مع مطرب على احياء حفلة ما ولم ينفذ التزامه في الموعد المحدد فانه يعوضه عن الربع الذي كان يمكن ان يجنيه لو نفذ المطرب التزامه و حضر لاحياء الحفلة و يتبع على عاتق الدائن عبء اثبات الخسارة التي لحقتهُ و الكسب الذي فاته من جراء قيام المدين بتنفيذ التزامه او تأخر فيه وعلى القاضي ان يبين عناصر الضرر المطالب به في الحكم الذي يصدره و الا كان حكمه مشوبا [١١]بالقصور في

[٩] د. درع حماد ، النظرية العامة للالتزامات القسم الأول ، مصادر الالتزام ، بيروت ، ٢٠١٦،ص٢٨٠
[١٠] د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، بغداد ، ١٩٨١،ص١٥٣
[١١] د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، بغداد ، ١٩٨١

التسيب و عرضه للنقض من قبل محكمة التمييز وبين على ما تقدم انه اذا لم يصب الدائن باي ضرر فلم تحمل به الخسارة و لم يفته كسب فلا مجال للحكم له بالتعويض .[١٢]

## الفرع الثاني

## أنواع التعويض

**سوف نتناول في هذا الفرع اولا التعويض العيني وثانيا التعويض النقدي**

**أولا : التعويض العيني :**

و يقصد بالتعويض العني الحكم بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل ارتكاب الفعل الضار الذي أدى الى وقوع الضرر هو بالتالي يؤدي الى محو الضرر و ازالته بدلا من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغا عوضا عنه كما هو الحال في التعويض بمقابل و في هذه الحالة يجوز للقاضي اذ كان ماديا ان يأمر بناء على طلب المضرور بإعادة الحال الى ما كان عليه كما هو الحال في الأمر بهدم الحائط الذي يحجب الضوء و الهواء او في حالة اتلاف مال مثلي يأمر القاضي المتلف به ومثل ذلك الحال الى المتضرر ومن الأمثلة على ذلك القانون المدين وما نصت عليه المادة ١١٤٠ من القانون الأردني والتي تلتزم الباني والغارس في ارض الغير يفلح المحدثات على نفقه الباني او الغارس حيث انه يصعب في بعض الحالات إعادة الحال الى ماكان عليه مما يدفع المحكمة الى اللجوء الى التعويض بمقابل .

[١٢] د. درع حماد ، النظرية العامة للالتزامات القسم الأول ، مصادر الالتزام ، بيروت ، ٢٠١٦ ، ص ٤٤-٤٥

**ثانيا التعويض النقدي :-** يقصد بهذا التعويض ببدل نقدي وهو الأصل في تقدير التعويض عن العمل غير المشروع فلنقود وظيفة اصلاح الضرر الناتج عن الفعل و سواء كان الضرر جسديا او ماليا او معنويا فلاصل في التعويض ان يكون مبلغا من النقود .[١٣]

يدفعه المسؤول عن الضرر الى المضرور بدلا عما احدثه من ضرر فالتعويض النقدي يعد هو الأنسب و الأصل في نطاق المسؤولية التقصيرية و بفضله المضرور عادة في حالات الضرر الادبي والجسماني حيث يتعذر التنفيذ العيني عادة لذا فانه ليس للمحكمة الحكم بالزام المسؤولية بشيء اخر كأصلاح الشيء التالف ولو عرض المسؤول ذلك ومن جهة أخرى فأنه أذا طلب المضرور التعويض غير النقدي فللمحكمة الا تستجيب لهذا الطلب الا اذا كانت الظروف ما اذا كان طلب المضرور مناسبا ام غير مناسب و الأصل في التعويض النقدي ان يكون مبلغا محددا من النقود يدفعه المسؤول عن احداث الضرر الى المضرور دفعة واحدة الا انه يمكن دفعه بشكل أقساط او ايراد مرتب للمضرور لمدى الحياة او لمدة معينة و بحسب جسامة الضرر .[١٤]

## الفرع الثالث

## تقدير التعويض و العوامل المؤثرة فيه

## سوف نتناول في هذا الفرع تقدير التعويض والعوامل المؤثرة فيه

### أولا : تقدير التعويض :

يتولى القاضي تقدير الضمان او التعويض الذي يستحقه المضرور عن الضرر الواقع فعلا اذا سكت القانون او العقد عن تحديده و هكذا يتضح ان تحديد الجهة التي يتولى مقدار التعويض يقتضي من تقسيم هذا الفرع الى ثلاث نقاط :-

[١٣] د، عبد العزيز اللطاصمة ’مصدر سابق ، ص ١٩٠-١٩١

[١٤] .د.احمد سلمان السعداوي ود. جواد كاظم ، مصادر الالتزام ، ط٢ ، بيروت ، ٢٠١٧ ،ص ٣٢٥-٣٢٦

**١. الضمان القضائي :-**

٢. يقوم القاضي بتقدير مقدار الضمان الذي يستحقه الدائن عن الضرر اللاحق به نتيجة عدم تنفيذ المدين لواجبه العقدي او تأخره في هذا التنفيذ متى سكت القانون او العقد عن تقديره و سند ثاني في ذلك المادة ٣٦٣ من القانون المدني الأردني التي نصت على انه اذا لم يكن الضمان مقدرا في القانون او في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه و يأخذ القاضي بعين الاعتبار عند تحديد هذا الضمان ان يتناسب و الضرر الواقع بالدائن حين وقوعه .

ويحكم القاضي في دعوى المسؤولية العقدية المعروضة امامه متى توافرت شروطها و المتمثلة بوجود خطأ ينسب الى المدين و ضرر أصاب الدائن و الناجم عن خطأ المدين و عدم وجود اتفاق على استبعاد المسؤولية ووجود اعذار صادر عن الدائن و موجه للمدين ينبهه فيه بضرورة تنفيذ التزامه اوانه متأخر في تنفيذه وان تكون بصدد عقد صحيح .[١٥]

**٢ . الضمان الاجتماعي :-**

ان الدائن و المدين قد يسبقان مقدما في متى العقد او بموجب اتفاق لاحق على تقدير الضمان الذي يشخصه الدائن اذا لم يتم المدين تنفيذ العقد او تأخر في تنفيذه و يسمى هذا بالضمان الاجتماعي و سمي هذا بالشرط الجزائي لان مبلغ التعويض الذي يتضمنه يكون مادة اكبر من الضرر الحقيقي الذي يصيب الدائن نتيجة عد تنفيذ المدين لالتزامه او تأثر فيه و الفرق يمثل جزاء يدفع المدين الى تنفيذ التزامه و عدم التأخر فيه فهو يستعمل كوسيلة تهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه اذا كان المبلغ الوارد فيه كبيرا و شاع هذا النظام في حياتنا اليومية فنجده منصوصا عليه في عقود كعقود المقاولات والنقل فصاحب العمل عندما يشترط على المقاول ان يعني عملا معينا خلال مدة معينة فاذا لم ينجزه كان ملزما بأن يدفع لصاحب العمل مبلغا يساوي

[١٥] . د. عبد الرحمن احمد جمعة الحلالشة ، احكام الالتزام ، دار وائل للنشر ، الاردن ، ٢٠٠٦، ص ٩٥-٩٦

الف دينار كضمان الضرر الذي أصابه نتيجة التأني في التنفيذ ولهذا النظام مزايا متعددة تمثل في انه يتجنب المتعاقدات تحكم القضاء و يتضمن تنفيذ الالتزام و كذلك ان ادراج شرط جزائي في العقد او في اتفاق لاحق يمنع من اشتراط لمصلحته حق الاستعانة به لاقامة دعوى و كذلك ان في وجود شرط جزائي في العقد يتجنب الدائن اثبات مقدار الضرر الذي أصابه عن اخلال المدين بالتزامه [١٦]

## ٣. التعويض القانوني ( القواعد )

الفوائد اما ان تكون فوائد تعويضية واما ان تكون فوائد تأخيرية فاذا استخدمت الفائدة كتعويض عن استغلال رأس المال كالمفترض يلتزم بدفع فائدة للمقترض عن مدة القرض فأنها تكون فائدة تعويضية و الفائدة التعويضية دائما فائدة اتفاقية اما اذا استحقت الفائدة كتعويض عن التأخير في الوفاء بالتزام نقدي فأنها تكون فائدة تأخيرية وهذه اما تكون اتفاقية تقررت بمقتضى العقد او قانونية استحقت بمقتضى القانون عند توافر شروط معينة و فوائد التأخير القانونية هي تعويض قانوني عن الضرر الذي يصيب الدائن من حرمانه من الاستعانة بحقه في فترة التأخير وهناك مجموعة من الشروط يجب توافرها للمطالبة بالفوائد التأخيرية القانونية بشرط ومن مانص عليه المشروع توافر شروط معينة :-

١. ان يتعلق الامر بالتزام معلوم المقدار بوجه كاف وقت المطالبة به امام القضاء ويعني ذلك ان تكون أسس تحديد هذا المبلغ ثابتة بما لا يدع مجالا واسعا للقاضي في تقدير المبلغ المستحق

٢. ان يتأخر المدين في الوفاء بالتزامه واستحقاق الفوائد عن تأخير المدين هو الذي يحدد صفة هذه الفوائد باعتبارها فوائد تأخيرية وهي نفس الوقت فأن تأخر المدين في الوفاء يتحقق معه خطأ المدين .

[١٦] د. احمد سلمان شهيب السعداوي ، مصدر سابق ، ص ١٠٥-١٠٦

٣. ان يطالب الدائن / المدين بالفوائد التاخيرية ويكون ذلك عن طريق رفع دعوى قضائية على المدين فلا يكفي الاعذار حيث ان الفوائد التأخيرية لا يستحق الا من وقت المطالبة القضائية بها كأصل عام مالم يوجد اتفاق او نص يقضي يعني ذلك .

و ان مقدار الفائدة و القيود التي فرضها المشروع حددتها المادة ٢٢٦ من القانون المدني الفائدة ب ٤% في المواد المدنية و ب ٥% في المواد التجارية . [١٧]

و هناك مجموعة من القواعد التي تجمع لها تقدير التعويض

اذا وقع ضرر للغير كان للمصاب الحق في التعويض عما لحق به من ضرر مع مراعاة القواعد التالية :-

**القاعدة الأولى :**

يجب ان يكون التعويض عن الضرر تعويضا كاملا بحيث يشمل الخسارة التي لحقت المدعي بالحق و المصروفات الضرورية التي اضطر او سيقضي الى اتفاقها الإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب و اضر به و كذلك ما فاته من كسب .

**القاعدة الثانية :-**

يجب على المحكمة عند تقديرها للاضرار ان تدخل في اعتبارها جسامة الاعتداء الذي وقع على الشخص و تراعي ما اذا كان الضرر الذي أصاب المضرور قد كان نتيجة لذلك الاعتداء

**القاعدة الثالثة :-**

اذا وقع الضرر من اشخاص متعددين يعملون متوافقين كان كل منهم مسؤولا بالتضامن عن النتائج

[١٧] أ. مصطفى الجمال ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٩ ، ص ٣٢٩-٣٣٠

**القاعدة الرابعة :-**

يراعي الحكم نفسه من حيث المسؤولية التضامنية اذا تعدد المسؤولون عن الضرر و تعذر تحديد الفاعل الأصلي من يتبعهم او تعذر تحديد التسمية التي اسهم كل منهم في الضرر .[١٨]

**ثانياً :- العوامل المؤثرة في تقدير التعويض**

لكي يكون التعويض عن الضرر كاملا و عادلا لا يجوز اهمال الظروف او العوامل التي لها تأثيرها في تقدير التعويض عن الضرر و هذه العوامل استقرت عليها التشريعات الوضعية و الفقه المدني و طبقتها المحاكم على القضايا المعروفة عليها فهناك عوامل خاصة بالمسؤول عن العمل الضار تؤثر على بلغ التعويض المحكوم به وهناك عوامل خاصة بالمقرر لا يصح اهمالها لتأثيرها على مبلغ التعويض ،

ومن الناحية الواقعية يتأثر القاضي حتما ببعض العوامل او الظروف حيث يقرر العقوبة كجزاء لقيام المسؤولية الجنائية او يحكم بالتعويض المدني سواء ذكر هذه العوامل في ذات قرار الحكم ام لم يذكرها محاسبة خطأ الفاعل لا يستطيع القاضي ان يهملها حيث يقرر العقوبة و يقدر التعويض المدني لاسيما اذا كان التعويض محكمة الموضوع الجنايات الكبرى او الجنح ذاتها تقدر التعويض الى جانب الحكم بالعقوبة فقط تاركة مسألة تقدير التعويض للمحكمة المدنية المختصة . [١٩]

[١٨] د. عبد العزيز اللصاصمة ، مصدر سابق ، ص ١٨٨-١٨٩

[١٩] د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، ط١ ، بغداد ، ١٩٩١،ص ٣٧٧

و لم يهمل القضاء حالة المسؤول المالية عند الحكم بالتعويض فهناك من يوجب بحيث ضررت حتى إعادة الظروف الشخصية للمسؤول لا سيما ظروفه الحالية كأن يكون غنيا او فقيرا عند تقدير التعويض كما ان هذا العامل الخاص بالمسؤول يجد سنده التشريعي في القانون المدني العراقي ( المادة ١٩١ ) التي اشارت صرامة الى اخذ مركز الخصوم بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض ( الفقرة الثالثة ) الا ان القضاء العراقي اهمل هذا الظرف عند الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي بحجة ان التعويض ليس وسيلة للاثراء على حساب المسؤول كما ذهبت احكام المحاكم العراقية الى رفض المساواة في التعويض بين الضرر المادي و الضرر المعنوي و يتوجب ان يكون وقت تقدير التعويض عن الفعل الضار يوم صدور الحكم لا يوم وقوع الفعل الضار وعلى القاضي الفرنسي باديء الامر يعني وقت تقدير التعويض عن الضرر هو يوم وقوع الضرر على أساس ان مصدر حق المتضرر في التعويض هو الفعل الضار وهو اتجاه لم يبقى على حاله فما يعد حيث ذهب القضاء الفرنسي الى تقدير مبلغ التعويض يوم صدور الحكم على ان المضرور قد يتعمد الى المماطلة تأخير صدور الحكم المحكمة يقصد الحصول على مبلغ اعلى من التعويض [٢٠]

**ب- العوامل الخاصة بالمتضرر**

سوف نتناول في هذا الموضوع اولا حالة المتضرر الصحية وثانيا خطا المتضرر

**أولا:- حالة المتضرر الصحية :**

ان حالة المتضرر الصحية تؤدي دورا مهما في تقدير التعويض عن الضرر الذي أصابه وهذا بما يسمى الاستعداد الشخصي للمتضرر اذ يمكن ان تتفاقم النتائج التي شرعت على الاصابى الجسيمة بسبب الاستعداد الممنوع او بما يسمى الاستعداد الخاص بالاصابة ببعض الامراض

[٢٠] منذر الفضل ، مصدر سابق ، ص ٣٧٩-٣٨٠

مثل ذلك إصابة المتضرر بمرض التدرن لانه كان مهما بطيبيعته للإصابة لهذا المرض لو ان المتضرر كان فاقدا لاحدى عينيه فتؤدي الحادثة الى فقد عينه الأخرى فيصبح اعمى

وان القضاء العراقي سيقف مع الفقه في الوقت الحاضر على وجوب الاخر الحالة الصحية للمتضرر بنظر الاعتبار في تقرير التعويض و ذلك عندما يكون المريض مصاب بمرض يكون من شانه ان ينقص قدرته على العمل وهذا سوف يؤثر في إحساس القاضي وان التعويض يجب ان يكون كاملا في حالة الإصابة من شأنها ان تؤدي الى ظهور مرض لم يكن ليظهر لولا حدوثها اما في حالة ان الإصابة لم تؤثر الى تفاقم المرض الذي كان ظاهرا فمن دواعي العدل الانصاف ان تؤخذ المحكمة بنظر الاعتبار بقص قابلية المصاب على العمل قبل الحادثة وانقاص نسبة التعويض بقدر يتناسب سبب الحادثة يكون ضرره اشد بكثر من اضطراب في اعصابه فان الانزعاج الذي ينتابه يكون سبب الحادثة و ينظر الى الدعوى المعروضة امامه وان لم ينص ذلك قانونا الاخذ بالحالة الصحية للمضرور .[٢١]

**ثانيا : خطأ المتضرر:**

ان الخطأ هو احد اركان المسؤولة المرتبة عفوية كانت ام تقصيرية اما اذا كان الخطأ يعود للمتضرر نفسه فهذا يسقط حقه في المطالبة باي تعويض اما اذا احق مع خطأ المتضرر سبب اخر الى فاعل الضرر او حدث نتيجة الى خطئهما المشترك فأن المسؤولية وجزاءها التعويض سوف يتوزع نسبة خطأ كل من اشترك بفعله في احداث الضرر ، فأنه المسؤولية تتوزع بالتساوي فيما بينهم و الغرض معرفة مدى تأثير خطأ المضرور على مسؤولية المدعي عليه و بالتالي تأثيره على مبلغ التعويض لابد من التغير بين فرضين في هذا الصدد :-

أولهما : ان يكون احد الخطأين قد استغرق الخطأ الاخر

[٢١] د. إبراهيم صالح عطية ، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار ، منشورات الحلبي الحقوقي ، ط١ ، بيروت ، ٢٠١٣، ص ٣٠-٥٦

ثانيا: حالة استقلال كل من الخطأين من بعضهما .

## الخاتمة

ان منح العقد الذي يعني به اخلال الرابطة العقدية بسبب عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام المنوط به في العقد ينبع نه انتهاء الرابطة العقدية و زوالها بأثر رجعي وان هذا الأثر الرجعي الذي يترتب على الفتح يعني إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التزام العقد واما القيام بالمطالبة بالتعويض النقدي بقدر جسامة الضرر الذي احدثه المدين بسبب عدم قيامه بتنفيذ التزامه ومن خلال هذا البحث المتواضع نجد لزاما علينا وضع بعض الملاحظات و التوصيات التي توصلنا اليها وعلى النحو الاتي :

١. ان المنح و الإلغاء بالارادة المنفردة باعتبار ان كلا منهما حالة من حالات اخلال العقد في القانون المدني تبين الإلغاء بالارادة المنفردة و حالة يجعل فيها القانون لاحد المتعاقدين او لكل منهما الحق في انهاء الرابطة العقدية و زوال اثر العقد واهم هذه العقود هي الوكالة العقدية دون ان يكون لها اثر رجعي بالنسبة للماضي وهنا الانفتاح لا ان الإلغاء بلارادة المفردة قد لايكون سببها دائما الاخلال بتنفيذ الالتزام كما هوا لحال في الفتح .

٣. ليست كل العقود تخضع لقاعدة الأثر الرجعي للفتح فهناك عقود لا تخضع لها العقود المنفردة التنفيذ قبل عقدها لايجاد فهذا العقود من العقود الوقتية المحددة بالوقت .

٤. ان التعويض يجب ان يقدره القاضي بقدر جسامة او نسبة الضرر الذي احدثه المخل بالتزامه أي المتعاقد أي بتقرير بحسب الخسارة والضرر الذي أصابه .

٥. يجب على القاضي عند تغييره للتعويض ان يراعي العوامل الخاصة بالفاعل واثرها على مبلغ التعويض المتمثلة بحالة المسؤول الصحية و خطأ المتضرر وحالته المادية .

## ثانيا التوصيات :

اشترط المشرع على طالب الفسخ ان يقوم باعذار المدين و ذلك لكي يستوفي الفسخ شروطه القانونية و تتمكن المحكمة من استصدار الحكم بالفسخ الا ان المشرع لم يحدد اعلى مهلة التي يمكن ان تمنح الى المدين ، فترك مطلق الامر للسلطة التنفيذية للقاضي لذا اقترح ان يحدد القانون حدا على تلك المدة و ان يجعل هناك استثناء للحالة التي يثبت فيها الدين وجود عذر حقيقي كسبب في التاخير عن تنفيذ الالتزام .

# قائمة المصادر

## أولا القرأن الكريم

## ثانيا الكتب:


١. أ.د. عبد المجيد الحكيم ، أ.عبد الباقي البكري ، أ.م محمد طه البشير ، مصادر الالتزام الجزء الاول ،المكتبة القانونية ، بغداد

٢.عبد الحكيم فوده ، انهاء القوة الملتزمة للعقد ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، ١٩٩٣

٣. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، بلا مكان نشر ،شركة العاتك للطباعة ، ٢٠٠٤

٤. حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام ،القاهرة ، بلا مكان ، ٢٠٠٨

٥ .محمد محمود المصري ، ومحمد احمد عابدين ، الفتح و التعاقد ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية .

٦. عبد العزيز اللصاصمة ،المسؤولية المدنية التقصيرية ، دار الشروق للنشر والتوزيع .ط١ ، عمان ، ٢٠٠٢

٧.د. درع حمادة، النظرية العامة للالتزامات القسم الأول ، مصادر الالتزام ، بيروت، ٢٠١٦

٨. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصرية ، بغداد، ١٩٨١

٩- محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين ، الفسخ والتفاسخ والانفساخ ، دار المطبوعات ، الجامعة ، الاسكندرية

١٠- د .عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الاثبات واثار الالتزام ،ط٣ ، بيروت ، ٢٠٠٠

١١- د. احمد سلمان السعداوي ود. جواد كاظم ، مصادر الالتزام ، ط٢ ، بيروت

١٢- د. عبدالرحمن احمد جمعة الحلالشة ، احكام الالتزام ، دار وائل للنشر ، الاردن ، ٢٠٠٦

١٣- مصطفى جمال ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٩

١٤- د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، ط١ ، بغداد ، ١٩٩١

١٥- د. ابراهيم صالح عطيه ، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار ، منشورات الحلبي الحقوقي ، ط١ ،بيروت ،٢٠١٣