وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الموصل
كلية الحقوق

انواع فسخ العقد وآثاره

بحث مقدم من قبل
الطالبين

عدنان حسين جهاد　　**محمد صالح مشعل**

الى مجلس كلية الحقوق – جامعة الموصل
وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بإشراف

الدكتور محمد صديق محمد عبدالله

استاذ القانون المدني المساعد

٢٠٢٢م　　١٤٤٣هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ

أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ

خَبِيرٌ

صدق الله العظيم

سورة المجادلة

الآية : ١١

الاهداء

الى . . . كل من جرع الكأس فارغا ليسقيني قطرة حب

الى . . . من أكلت انامله ليقدم لنا لحظة سعادة

الى . . . من حصد الاشواك من عن دربي ليمهد لي طريق العلم

الى . . . القلب الكبير (والدي العزيز)

الى . . . من ارضعتني الحب والحنان

الى . . . رمز الحب وبلسم الشفاء

الى . . . القلب الناصع بالبياض (والدتي الحبيبة)

الى . . . القلوب الطاهرة والنفوس البريئة

الى . . . رياحين حياتي (اخوتي)

الى . . . الروح التي سكنت روحي لان تفتح الاشرعة وترفع المرساة لتنطلق السفينة في عرض البحر الواسع مظلم هو بحر الحياة وفي هذه الظلمة لايضيء الا قناديل الذكريات ذكريات الاخوة البعيدة الذين احبتهم واحبوني (اصدقائي)

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الانبياء المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى اله وصحبه اجمعين .

يسرنا اولا ان نتوجه بشكرنا وتقديرنا الى الدكتور (محمد صديق محمد عبدالله) المشرف على اكمال هذا البحث وقدم لنا النصائح والارشادات والعون الذي ادى الى اظهار البحث بهذا الشكل جزاه الله عنا خير الجزاء.

كما نتقدم بشكرنا وامتناننا لجميع اساتذتنا في كلية الحقوق لما تعلمناه منهم من العلم الوفير طيلة فترة الدراسة .

كما يطيب لنا ان نتقدم بخالص الشكر والتقدير الى النخبة الطيبة من الزملاء الاعزاء .

ولكم منا جزيل الشكر والتقدير

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمـــــــــة	١-٣
أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث	١
ثانياً: مشكلة البحث	٢
ثالثاً: منهجية البحث	٢
رابعاً: اهداف البحث	٢
خامساً: هيكلية البحث	٣
المبحث الأول: انواع فسخ العقد	**٤-٢١**
المطلب الأول: الفسخ بحكم القضاء	٥
الفرع الأول: الأعذار	٦
الفرع الثاني: الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ	٨
الفرع الثالث: سلطة المحكمة التقديرية	١٠
المطلب الثاني: الفسخ بحكم الاتفاق	١٢-١٧
الفرع الأول: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً	١٣
الفرع الثاني: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه	١٤
الفرع الثالث: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم	١٥
الفرع الرابع: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم ولا أعذار	١٧
المطلب الثالث: الفسخ بحكم القانون (الانفساخ)	١٨-٢١
المبحث الثاني: اثار فسخ العقد	٢٢-٢٨
المطلب الأول: زوال حكم العقد باثر رجعي	٢٣-٢٦
الفرع الأول: اثر الفسخ بين المتعاقدين	٢٤
الفرع الثاني: اثر الفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين	٢٥
المطلب الثاني: اثر الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ	٢٧-٢٨
التوصيات	٢٩
الخاتمة	٣٠
المصادر	٣٢-٣٣

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث

الفسخ هو الجزاء المترتب على عدم قيام احد طرفي العقد بتنفيذ التزامه في العقود الملزمة للجانبين مع استعداد طالب العقد بتنفيذ التزامه ، والفسخ كثير الوقوع في الحياة العملية ولذا من الضروري معرفة انواع الفسخ والحكم الذي يفرضه القانون على كل نوع من انواع الفسخ، والفسخ قد يكون قضائيا وقد يكون اتفاقيا وقد يكون الفسخ بحكم القانون ويسمى الانفساخ ومن ثم يجب معرفة اثار الفسخ المتمثلة بزوال الرابطة العقدية بين المتعاقدين اي رجوع المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

اهمية الموضوع

ليس هناك اي اشكال اذا التزم كل متعاقد باداء ما عليه من حقوق والتزامات ولم يحدث اي طارئ يعيق التنفيذ الامثل للعقد ولكن احيانا تحدث امور بين المتعاقدين تؤدي الى عدم التزامهم ببنود العقد كل هذه الامور تؤدي الى فسخ العقد بين الطرفين لذلك يعتبر الفسخ من المواضيع المهمة لكثرة وقوعه في الحياة العملية، كما ان المنازعات في الغالب لايكون محلها انعقاد العقد وانما عدم تنفيذ العقد، وكذلك اهمية معرفة انواع الفسخ الثلاثة، كما ان الكثير لا يفرق بين الفسخ والانفساخ والاثار المترتبة عليه، ولهذا اقتضى الامر ان نكتب في موضوع انواع الفسخ والاثار المترتبة عليه.

ثانياً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في الاجابة على الاسئلة التالية:

١- هل الفسخ نوع واحد ام انواع؟

٢- هل شروط الفسخ واحدة في جميع انواع الفسخ؟

٣-ما هو الفرق بين الفسخ والانفساخ؟

٤- هل تترتب نفس الاثار على انواع الفسخ؟

ثالثاً: منهجية البحث:

اعتمدنا منهج الشرح والتحليل لنصوص القانون المدني العراقي ومقارنتها بنصوص القانون المدني المصري لبيان موطن الضعف والقصور المتعلقة بأنواع الفسخ واثاره.

رابعاً: اهداف البحث

سنحاول في هذا البحث تسليط الضوء على اهمية فسخ العقد واثاره بين المتعاقدين ومعرفة التزامات كل من المتعاقدين في تنفيذ ما اتفق عليه من خلال بنود وشروط التعاقد وعدم الاخلال بها مستقبلا.

خامساً:- **هيكلية البحث** :

يقتضي البحث في موضوع انواع الفسخ واثاره وتقسيمه إلى مبحثين وكالاتي :

المبحث الأول :- انواع الفسخ :-

المطلب الأول :- الفسخ بحكم القضاء المطلب الثاني : الفسخ بحكم الاتفاق

المطلب الثاني :- الفسخ بحكم القانون (الانفساخ)

المبحث الثاني :- اثار فسخ العقد

المطلب الأول :- زوال حكم العقد بأثر رجعي

المطلب الثاني :- اثر الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ

الخاتمة

المبحث الأول

انواع فسخ العقد

الأصل أن العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه فاذا اختار الدائن الفسخ و توافرت فيه شروط فلا بد من اصدار حكم قضائي يفسخه ومع ذلك يجوز أن يقع الفسخ من تلقاء نفسه اذا كان العاقدين قد اتفقا على ذلك أو بنص القانون على الفسخ في حالات معينة . وبناء على ذلك فالفسخ اما ان يتم بحكم قضائي أو نتيجة شرط يتفق فيه المتعاقدين مقدمة و هذا هو الفسخ بحكم الاتفاق أو يتم بحكم القانون ويسمى في هذا الحال بالانفساخ وستتناول كل من ذلك في مطلب مستقل فالمطلب الأول يتضمن الفسخ بحكم القضاء و المطلب الثاني الفسخ محكم الاتفاق اما المطلب الثالث فهو الفسخ بحكم القانون (الانفساخ) .

المطلب الأول

الفسخ بحكم القضاء

الأصل في الفسخ أن يتم بحكم قضائي وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الأفراد ، فالقاضي حكم محايد لا يميل الى احد المتنازعين دون الأخر . وقوله هو الذي يفصل النزاع بين الخصوم[١]. فيراد بهذا النوع من انواع الفسخ الحل الواقع على الرابطة التعاقدية الصحيحة والملزمة للجانبين من القضاء[٢]. فالفسخ القضائي هو الذي يقع بموجب حكم . ولا بد منه في كل حال لابنص فيها العقد على ان يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد اخلال أي من العاقدين بالتزامه. فهو وسيلة من وسائل التقيد لا يقع الا بناء على تدخل القاضي و بناء على طلب الدائم ، اذ لا يمكن للإنسان أن ينتصف نفسه بنفسه و هذا القول ينطبق ولو نص الطرفان علي فسخ العقد عند عدم تقيده بصريح العبارة ، وبهذا يختلف الشروط الفاسخ الضمني عن الشرط الفاسخ المدني من الشرط الفاسخ الاعتيادي الذي يعلق عليه العقد اذ يترتب على تحقق الشرط الأخير انفساخ العقد بقوة القانون من تلقاء نفسه لأنه ليس طريقا من طرف التنفيذ[٣] ، وسنقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع يتضمن الفرع الأول الأعذار والفرع الثاني الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ اما الفرع الثالث فيحث في سلطة المحكمة التقديرية وكالاتي :

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، شركة الطبع والنشر الأهلية ،١٩٩٣

(٢) د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، الجزر الأول ، مصادر الالتزام ، جامعة بغداد، ١٩٩٧ ، ص ٢٧٩.

(٣) د. صلاح الدين الناهي ، مبادئ الالتزامات ، الخلاصة الوافية ، مطبعة سلمان الاعظمي ، بغداد ، ١٩٩٨ ، ص (١٣٩).

الفرع الأول

الأعذار

القاعدة العامة في الفسخ لا بد للمتعاقد الذي يريد أن يلجا إلى القضاء طالب فسخ العقد لعدم قيام المتعاقد الأخر بتنفيذ التزاماته أن يطلب من هذا المتعاقد القيام بتنفيذ التزاماته أما اذا لم يقم بالتنفيذ فانه سيطلب الفسخ . وتنبيه لمدين يكون بأعذاره والأعذار بإنذاره ، وهذا معنى المثل الشائع "قد اعذر من انذر". والإنذار يتم بواسطة الكاتب العدل ، وقد نصت على ضرورة الاعذار الفترة الأولى من المادة (١٧٧) المتقدمة من القانون المدني العراقي[١] معنى الأعذار هو وضع المدين المتأخر في تنفيذ التزامه ويتم اعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار . ويجوز أن يتم الأعذار عن طريق البريد فالأصل في الأعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه . ويقوم مقام الانذار كن ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بالتزامه . ويسجل عليه التأخير في تنفيذ . ولا بد يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين تطلب فسخ العقد في حالة عدم وفائه بالتزامه . وذلك لأن الفسخ والتعريض كليهما جزاء يرتيه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين وليس يلازم ان ينبه المدين اليها قبل رفع الدعوى بطلب ايهما والأعذار ليس شرطا لقبول دعوى الفسخ و انما هو شرط للحكم فالفسح وتغريما على ذلك يجوز توجيه الى ماقبل الحكم في دعوى الفسخ[٢] . وبناء على ذلك أنه لا يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد الا بعد اعذار المدين بالوفاء بالتزاماته مما قد يجعل القاضي على الاستجابة الى طلب الفسخ[٣]. فيجب

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في قانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ١٩٨٠، ص (١٧٧).

(٢) المستشار محمد محمود المصري ، و المستشار محمد احمد عابدين ، الفسخ و الأنفساخ و التفاسخ و البطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩،١،٨.

(٣) د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣، ص ٢٩٠

أن يعطي المدين أجلا للوفاء بالتزامه وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة وفي هذه الحالة يجب أن يتم التنفيذ خلالها . وألا أعتبر العقد مفسوخا وأو لم ينص القاضي في حكمه هي ذلك[١]. ولكن لا حاجة الى اعذار المدين اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين او اذا أصبح التنقيد غير ممكن او غير مجد بفعل المدين اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو انه احرازه بوجه غير مشروع . أو إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه[٢]. وكذلك في حالة الأعضاء الاتفاقي من الأعذار حيث انه لا يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند الوفاء بالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق يكون صراحة على الأعضاء من الأعذار[٣]. وبناء عليه ، نعتقد أن نص المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري هي الأفضل من الناحيتين الشكلية والموضوعية فالمشرع العراقي لم يكن موفقا حين نص على الفسخ بحكم القضاء للرابطة العقدية في المادة (١٧٧) المتقدمة ، ولعل ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع العراقي اجهاز بالتزامه العقدي سواء عند عدم قيامه بالالتزام العقدي أو لتأخره بعمله أو تنفيذه المعيب او عن التنفيذ الجزئي العقد . كما يلاحظ على الفقرة (٢) من المادة (١٧٧) من القانون المدني انها تطرقت الى حالات جزئية من عقد الايجار والبيع كتطبيق الفسخ القضائي وهو ليس سليما لأن الفسخ القضائي لا يقتصر على هذين العقدين وانما يرد على جميع العقود الصحيحة الملزمة للجانبين . وفوق ذلك أن ضرب الأمثلة في نص القانون من المسائل التي تعيب في الصياغة التشريعية[٤].

---

(١) د. احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ٣٤٤

(٢) د. جلال على العدوي ، الدكتور محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٠، ص ٢٥٩

(٣) د. عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ١٩٩٨، ص١٦٣.

(٤) د. منذر الفضل ، مصدر سابق ، ص ٢٨١-٢٨٠

الفرع الثاني

الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ

طلب الفسخ مؤداه رفع دعوى الفسخ ، وهذا الحق يثبت لكل من الدائن أو من يحل محله خلف عام وخلف خاص كما يكون ايضا لدائنه بطريق الدعوى غير المباشرة وفي حالة تعدد الدائنين يجوز لكل منهم المطالبة بالفسخ ولو كان محل الالتزام أو الرد غير قابل للانقسام[١]. فالدائن يقيم دعوى طالبا الفسخ الا انه لا يلزم بالاستمرار على طلبه ، فهو يستطيع أن يعدل عنه قبل الحكم الى طلب التنفيذ ، وكذلك الأمر اذا رفع دعوى التنفيذ فانه يستطيع أن يعدل من طلبه ويطلب فسخ العقد . كل هذا ما لم يكن قد تنازل عن أحد الطلبين . ولا يعتبر مجرد رفع الدعوى بطلب أحدهما نزولا عن طلب الاخر[٢]. فالدائن يرفع دعوى الفسخ الى القضاء ، ويكون الخيار في الفسخ أو في التنفيذ لكل من الدائن والمدين و القاضي ، فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ والعكس صحيح . وللمدين كذلك قبل النطق بالحكم النهائي ان يتوقى الفسخ بالمبادرة إلى تنفيذ ما عليه من التزام . وكذلك للقاضي كل السلطة في تقدير طلب الفسخ له أن يحكم بالفسخ اذا وجد له مبررا اوان برفض الحكم . و على كل حال اذا اختار الدائن فسخ العقد سقط حقه في طلب التنفيذ على أن هذه القاعدة محل نزاع عند فريق أخر من الفقهاء الذي يرى أن الدائن لا يتقيد بطلبه فله أن يطلب الفسخ بعد أن طلب التنفيذ والعكس بالعكس[٣]. لما في القانون التجاري العراقي فمع أن الفسخ امر اختياري للدائن أن يلجا اليه اولا يلجا حتى بعد اقامة دعوى التنفيذ وفي أية حالة كانت عليها الدعوي حتي يكتسب الحكم الذي يصدر في هذا الشأن الدرجة القطعية الا ان

---

(١) المستشار محمد محمود المصري ، و المستشار محمد احمد عابدين ، مصدر سابق ، ١٩٨٨، ص ١٧

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٣٧٠

(٣) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار الحرية للطباعة ،بغداد ،١٩٧٩ ، ص ٢٠٧.

المدعي اذا اقام الدعوى بطلب الفسخ ابتداء متنازلا عن[١] طلب التنفيذ ومثال على خيار بين طلب التنفيذ العيني او طلب الفسخ في عقد البيع يكون للبائع الخيار بين التنفيذ العيني والفسخ ، وله بعد أن يختار احدهما أن يعدل عنه ويطالب بالآخرة ولا يعتبر اختياره أحدهما نزولا عن الفسخ ويطالب بالزام المشتري بدفع الثمن ، أي يقوم قبل الحكم بتنفيذ التزامه ، فاذا طلب البائع من المحكمة الحكم بفسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع الثمن المبيع فالمشتري أن يتدارك فسخ البيع تعرض الثمن ولو بعد صدور الحكم عليه وانما قبل اكتساب هذا الحكم فروة الشيء المقضي به تأدبه استئنافيا وهذا الحق الذي للمشتري يرجع اليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد حكمها[٢]. ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ لأن قبول الالتماس يعيد لي الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم بالقبول[٣]

---

(١) الأستاذ عبد الحميد عمر وشاحي ، نظرية الالتزام في القانون المدني ، مطبعة النقيض الاهلية ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ١٢٩.

(٢)د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ١٣٧-١٣٩.

(٣) د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، الالتزامات ، مطبعة العالمية ، مصر ، ١٩٥٤ ص (٩٣١) .

الفرع الثالث

سلطة المحكمة التقديرية

بعد أن يختار الدائن طريق الفسخ فان طلبه يعرض على القاضي فهو غير ملزم بالحكم به ، بل يتمتع بسلطة تقديرية في منحه اياه فقد يقضي به اذا اقتنع بوجود ما يبرره، وقد يرفض الحكم به ويمنح المدين نظرة الميسرة ، أي اجلا لنفيذ التزامه . اذا كان ما نفذه جزءا كبيرا بالنسبة للباقي و القاضي يستوجب حكمه من الظروف المحيطة بالقضية[١] فلو كان التنفيذ جزئيا ، فانه يجوز اللقاضي أن يحكم بالتعويض كما لو تخلف المدين عن تنفيذه ، اذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام فاذا رأى القاضي أن المدين سيء النية في عدم تنفيذه لالتزامه[٢]. أو مهمة في تنفيذه أهمالا واضحا بالرغم من أعذار الدائن له قبل رفع الدعوى ، فذلك يحمل القاضي الحكم بالفسخ وعلى العكس من ذلك اذا رأى المدين حسن النية في عدم تقيده لالتزاماته أنما يعود لظروف خارجة عن ارادته ، و آن مالم ينفذه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته . وان الدائن لم يصبه ضرر النتيجة هذا التأخير ، فذلك مما يجعله على رفض الحكم بالفسخ ومنح المدين نظرة الميسرة ، حتى وان كان الدائن قد اعذر المدين قبل رفع الدعوى واذا منح القاضي للمدين نظرة الميسرة فعليه (على المدين) . القيام بتنفيذ التزامه في غضونها ، وليس له أن يتعداها ، ولكن اذا لم يستطع أن ينفذ التزامه في خلالها وكانت الظروف التي بررت منحه نظرة الميسرة لا تزال موجودة ، تستطيع المحكمة أن تمنحه نظرة مرة أخرى[٣]. فالفسخ القضائي يتميز بانه جوازي للدائن وجوازي للمدين وجوازي للقاضي وقد سبق الكلام بالنسبة للدائن و المدين أما المقصود بانه جوازيا للقاضي بانه يجوز للقاضي أن يحكم به لكنه ليس ملزما به لان له سلطة تقديرية في ذلك ، فاذا رأى القاضي أن عدم الوفاء يستوجب الفسخ حكم به واذا لم

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، مصدر سابق ، ص (١٧٨).

(٢) د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ١٩٥٦ ص (٣١).

(٣) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص (٣١١) (٢) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص (٢٧٠).

يقتنع بذلك فلا يحكم به بحسب الظروف المحيطة بالقضية[1]. وفي كل الأحوال فان القاضي لا يحكم بالفسخ الا في حالة توافر ثلاثة شروط وهي : اولا : أن يظل تنفيذ العقد ممكنا . ثانيا : أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه . ثالثا : أن يبقي المدين على تخلفه عن تنفيذ الالتزام فيكون في ذلك مبررا للقضاء بالفسخ .

فاذا اجتمعت هذه الشروط تحقق بذلك ما ينسب إلى المدين من خطأ او تقصيرا[2]، وتقدير كفاية اسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفي التقصير عن طلب الفسخ او ثباته هو من شأن السلطة التقديرية المحكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها[3].

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص (٣١١) (٢) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص (٢٧٠)

(٢) د. عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ١٩٩٨، ص ١٩٢.

(٣) المستشار محمد محمود المصري ، و المستشار محمد احمد عابدين ، مصدر سابق ، صل(١٩-٢٠).

المطلب الثاني

الفسخ بحكم الاتفاق

قد يتوقع المتعاقدين عند ابرام العقد عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزامه فيتفقان مقدما بشرط في صلب العقد على أنه اذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامه فالعقد يعتبر مفسوخا وهذا الشرط صحيح ، وقد أجازته المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي بقولها : يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار الا اذا اتفق المتعاقدين صراحة على عدم ضرورته[١]. فقد يتفق المتعاقدين على أن العقد يعتبر مفسوخا اذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامه ، وقد يزيدان من قوة هذا الشرط فيتفقان على أن العقد يكون مفسوخا من تلقاء نفسه ، وقد يزيدان أيضا في قوة الشرط فيتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه ومن غير حاجة إلى حكم . وقد يبلغان الذروة في زيادة قوة الشرط فيتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه من غير الحاجة الى حكم ولا أعذار وسيتضمن هذا المطلب كل شرط من هذه الشروط الأربعة في فرع مستقل .

---

(١) تطابقها المادة (١٠٨) من القانون المدني المصري.

الفرع الأول

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً

كثيرا ما يتفق المتعاقدين في العقد ذاته على أنه أذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه ، او بتنفيذ التزام معين بالذات ، يكون العقد مفسوخا وحكم هذا الشرط يتوقف على نية المتعاقدين ، فقد يكونان ارادا به أن يقع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد اخلال المتعاقد بالتزامه ، ويكون الفسخ قد وقع بتراضي المتعاقدين مقدما على ذلك ، الا انه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط الا أن يقررا بالفظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ[١]. وعليه فهذا الشرط لا يمنع من تطبيق الفترة الأولى من المادة (١٧٧) المتقدمة الذكر من القانون المدني العراقي فهو لا ينفي عن الأعذار ولا عن اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ[٢] وخلاصة ذلك اذن انه لا يسلب القاضي سلطته التقديرية بل

هو لا يسلب المدين حقه في توقي الفسخ بتنفيذ الالتزام الى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ والحكم الذي يصدر بالفسخ يعتبر منشأ للفسخ لا كاشفا له[٣].

---

(١) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص (٢٠٨).

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص (٣٧٢-٣١٣).

(٣) المستشار محمد محمود المصري ، و المستشار محمد احمد عابدين، مصدر سابق ، ص (٢٩).

الفرع الثاني

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه

قد يرغب المتعاقدين بتجنب رقابة القضاء وما يقتضيه هذه الرقابة فيتفقان سواء في العقد او من تلقاء نفسه فيحل الاتفاق محل الحكم ويكون له اثره . وفي هذه الحالة يكون مقررا باتفاق المتعاقدين[١]، ونتيجة ذلك الاتفاق فانه يسلب سلطة القاضي التقديرية أي يجب عليه أن يحكم بالفسخ حتما وهذا هو الفرق بين هذه الحالة والحالة الأولى المتقدمة ؛ ولكن هذا الشرط لا ينفي عن رفع دعوى الفسخ ، بل ولا عن أعذار المدين في الأحوال التي يكون فيها الأعذار مفيدا "[٢]. والحكم الذي يصدر بالفسيخ يكون منشأ للفسخ لا كاشفا له كما في الحالة السابقة ، ومن الجدير بالذكر في هذا السياق أن المشرع العراقي ذكر في المادة (٥٨٢) هذا الحكم ضمن احكام عقد البيع فيها ما يلي[٣]:-

اذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر ، الا اذا نص في العقد على أن الفسخ يقع دون أعذاره[٤]، وفي كل حال لا يجوز للمحكمة أن تمنح المشتري اي اجل .

---

(١) د. أحمد حشمت ابو ستيت ، مصدر سابق ، ص (٣٤٥).

(٢) د. عبد الحميد عمر وشاحي ، مصدر سابق ، ص(١٢٧).

(٣) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص(٢٠٨).

(٤) د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص (٣٣).

الفرع الثالث

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم

فيقع الفسخ في هذه الحالة من تلقاء نفسه لمجرد الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي من المتعاقد فتكون هذه الحالة أقوى في التدرج من الحالتين السابقتين[1]. فاذا اتفق المتعاقدين على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم كان معنى هذا الشرط انه اذا أخل المدين بتنفيذ التزامه فلا حاجة الى حكم كان معنى هذا الشرط انه اذا أخل المدين بتنفيذ التزامه فلا حاجة لرفع الدعوى لفسخ العقد ولا لحكم لينشىء الفسخ . ولكن اذا نازع المدين لدائن في ادعائه وادعى أنه قد نفذ التزامه في هذه الحالة يجب رفع الدعوى ولكن الحكم الذي يصدر يقتصر على تقرير ما إذا كان المدين قد نفذ التزامه ام لا ، فاذا قرر أنه لم ينفذ التزامه حكم بالفسخ ويكون الحكم مقرر (اي كاشفا) للفسخ لا منشأ له[2]، ولكن هذا الشرط لا يغني عن الأعذار ، فلا بد للدائن اذا اراد اعمال الشرط من اعذار المدين ، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من أعذار أنفسخ العقد من تلقاء نفسه ، ولكن اذا اعذر الدائن المدين ولم يقم هذا بتنفيذ التزامه فذلك لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ ، فيبقى له الخيار بين طلب الفسخ أو طلب اجبار مدينه على التنفيذ[3] وبناء عليه فان مثل هذا الاتفاق يؤدي أي حرمان المتعاقد ضامنتين الأولى هي أن العقد يفسخ حتما دون أن يكون لهذا العاقد ، بل ولا للقاضي ، خيار الفسخ أو التنفيذ ، وأما الضمانة الثانية فيقع الفسخ بحكم الإتفاق دون حاجة الى التقاضي ، على ذلك لا تقبل الدائن من ضرورة التدافع الى القضاء عند منازعة المدين في واقعة تنفيذ العقد ، بيد أن مهمة القاضي تقتصر في هذه الحالة على التثبت من هذه الواقعة ، فاذا تحقق لديه

---

(١) د. منذر الفضل ، مصدر سابق ، ص(٢٧٨).

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص (٣٧٦).

(٣) د. عبد المجيد الحكيم و اخرون ، مصدر سابق ، ص(١٠١).

صحتها ابقى على العقد ، والا قضى بالفسخ على أن حرمان المدين هاتين الضامنتين لا يسقط عنه ضمانة الأعذار[1].

(١) د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص (٩٣٩).

الفرع الرابع

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه

من غير حاجة الى حكم ولا أعذار

قد يشتد المتعاقدين في الاحتياط ، فيشترطان أن العقد ينفسخ حتما من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم او اعذار ، وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخا بمجرد حلول أجل التنفيذ وعدم قيام المدين به و ذلك دون الحاجة الى اعذار المدين ولا الى رفع دعوى الفسح وان كان الفسخ[١]. في هذه الحالة يقع من غير تدخل القضاء ، الا أن الأمر قد يقضي أو قد يضطر الدائن الى اقامة الدعوى ورفع الأمر اليه للتحقيق من توافر شروط الفسخ ، فقد يدعى المدين انه لم يتخلف عن تنفيذ التزامه او ان الدائن لم ينفذ ما عليه ، و عندئذ تقتصر سلطة القاضي على تحري الأمر فإن وجد المدين محقا في دعواه امر ببقاء العقد ، و الا اصدر حكمه مقررا لفسخ العقد[٢]. والحكم الذي يصدر يكون مقررا للفسخ لا منشأ ، ولكن هذا الشرط كما في الحالة السابقة لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ بدلا من طلب الفسخ ، و الا كان معناه وضع الدائن تحت رحمة المدين . اذ لا يكون على هذا الاخر اذا اراد فسخ العقد ، الا ان يمتنع عن تنفيذ التزامه فيفسخ العقد ، وهذا لا يمكن قبوله[٣]. ومن المهم ملاحظة أنه لا يكون للمدين المقصر حق طلب الفسخ لان شرط الفسخ لم يوضع لمصلحته فيحق له أن يستفيد منه[٤].

---

(١) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص (٢٠٩).

(٢) د. احمد حشمت ابو ستيت ، مصدر سابق ، ص (٣:١).

(٣) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص (٣٧٠).

(٤) د. عبد الحميد عمر وشاحي ، مصدر سابق ، ص (١٢٨٨)

المطلب الثالث

الفسخ بحكم القانون (الانفساخ)

المقصود بالانفساخ أن يستحيل التنفيذ العيني لسبب اجنبي ففي هذه الحالة ينفسخ العقد بحكم القانون اما اذا كان استحالة التنفيذ ترجع الى خطأ المدين فلا ينفسخ العقد بيد انه يكون محلا للفسخ ويلتزم المدين في هذه الحالة بالتعويض وهذه أساس المسؤولية العقدية التي لا يتصور قيامها مع زوال العقد ، فالمدين الذي لا ينفذ التزامه بفعل خطأ منه سواء كان التنفيذ ممكنا او اصبح مستحيلا بسبب هذا الخطأ يبقي مسئولا عقدية بما يعطي للدائن الحق في مطالبته على اساس العقد بالتنفيذ المقابل أي التعويض وأما أن يطالب بالفسخ[1]؛ وقد نص المشرع في المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي على حالة انفساخ العقد بحكم القانون حيث جاء ما يلي – "

١– اذا هلك المعقود عليه المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة و وجب عليه رد العرض الذي قبضه لصاحبه

٢– فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضة المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري .

ويلاحظ على هذا النص أنه يعالج حالتين من حالات استحالة تنفيذ الالتزام كان يجب التمييز بينهما و هما حالة استحالة التنفيذ الراجعة الى خطأ المدين وحالة استحالة التنفيذ الراجعة بسبب اجنبي . ففي هذه الحالة الأخيرة فقط ينفسخ العقد وينقض التزام المدين بدون تعويض ولا تقوم المسؤولية التعاقدية ضد المدين أما الاستحالة الراجعة الى خطأ المدين لا ينفسخ العقد بل يتأكد وتقرر مسؤولية المدين التعاقدية ويلزم بالتعويض كما سبق الذكر[2]. وانفساخ العقد يختلف عن فسخه في انه لا محل لأعذار المدين ، لأن

---

(١) المستشار محمد محمود المصري ، و المستشار محمد احمد عابدين ، مصدر سابق ، ص (٢٣).

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص (٣٧٦).

الأعذار لا يتطلب الا اذا كان التنفيذ ممكنا على حين أن الالتزام بحسب الفرض قد استحال تنفيذه ، وكذلك لا وجه للرجوع على المدين بالتعويض الان استحالة التنفيذ ليست راجعة إلى خطئه بل الى سبب اجنبي واخيرا لا داعي للالتجاء الى القضاء لان الانفساخ يقع بقوة القانون . واذا رفع الأمر إلى القضاء لمنازعة الدائن في انفساخ العقد ، اقتصر عمل القاضي على الاستيثاق من أن تنفيذ التزام المدين قد استحالة لسبب اجنبي ، وينبغي التوقف قليلا عند استحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، لمعرفة من الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة الدائن ام المدين . فاذا استحال على احد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي وأنقضى التزامه وبرئت ذمته فهل يبقى المتعاقد الأخر ملزما بتنفيذ التزامه ام ينقضي التزامه هو الأخر وتبرأ ذمته ؟ وللجواب على هذا السؤال يمكن وضع القاعدتين التاليتين[1]:

القاعدة الأولى : اذا استحال على المتعاقد في عقود المعاوضة تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة ، ويستوي في ذلك أن يكون محل التزامه قيامه بعمل او تسليم شيء ، مثال اذا التزم شخص بصنع شيء واستحال عليه صنعه لا يستحق الأجر المتفق عليه او التزام بنقل بضاعة واستحال عليه نقلها فهو الذي يتحمل تبعة ذلك وبالتالي لا يستحق الأجر المتفق عليه .

القاعدة الثانية : إذا كانت يد الشخص على الشيء يد أمانة و هلك الشيء في يده قضاء وقدر اني بدون تعمد منه ولا تقصير فهو في هذه الحالة غير ضامن اي لا يتحمل تبعة هلاك الشيء فمثلا المستأجر والمستعير فهم غير ضامنين على الشيء لأن يدهم على الشيء يد امانة ، فاذا هلك الشيء المؤجر أو المودع أو المستعار فهم لا يتحملون تبعة هذا الهلاك[2].

---

(١)).د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص (٢٦٩).

(٢) د. عبد المجيد الحكيم و اخرون ، مصدر سابق ص (١٨٢-١٨٣).

ويلاحظ أن المشرع العراقي في الفقرة الأولى من المادة (١٧٩) جعل تبعة الهلاك بعد البيع قبل التسليم بقوة قاهرة على البائع (المالك) وحده وهو حكم لم تقره قواعد العدالة كما أن الفترة الثانية من المادة نفسها تعرضت إلى حالة جزئية من عقد البيع و هو منهج ليس صحيحا لأن الانفساخ يرد على العقود الأخرى الملزمة للجانبين وليس البيع فقط[١]. واستحالة التنفيذ لسبب اجنبي قد تكون استحالة كلية فمثلا إذا هلك المبيع كله قبل التسليم سقط الالتزام بالمقابل بجملته فيسقط الثمن كله عن المشتري ، وقد تكون استحالة جزئية بأن هلك بعض المبيع في يد البائع قبل تسليمه للمشتري سقط من الالتزام المقابل وهو الالتزام بدفع الثمن بما يقابله . او قد تكون استحالة وقتية . كأرض مستأجرة غشيها الماء فلم تصلح للزراعة مدة ما فانه يسقط عن المستأجر من الأجرة ما يستحق عن هذه المدة ، ولكن لا ينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، وانما يكون قابلا للفسخ . فان فسخه المستأجر انقضى العقد وان لم يفسخه بقي[٢]. ويؤدي انفساخ العقد الى عودة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ففي فسخ العقد في البيع يرجع المشتري المبيع وثمراته للبائع ، ويرجع البائع المبيع وفائدته الى المشتري[٣]. ومثال على انفساخ العقد اذا انعقد البيع وكان المبيع منقولا قد عين اجل لتسليمه ودفع ثمنه ولم يدفع المشتري الثمن في الأجل المتفق عليه ، جاز للبائع أن يعتبر المبيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة الي أعذار المدين أو الى حكم . وأن يتصرف في المبيع مرة اخرى دون مسؤولية عليه ، وجاز له اذا كانت له مصلحة في أبقاء البيع ان يتمسك به وأن ينفذ بالثمن على المشتري ، اما اذا دفع المشتري الثمن في الأجل المتفق عليه ولم يتسلم المبيع فلا يجوز للبائع اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، وانما يجب عليه أن يسلك في ذلك سبيل

---

(١) د. منذر الفضل ، مصدر سابق ، ص ٢٨٢-٢٨١.

(٢) د. عبد القادر الفار ، مصدر سابق ، ص١٦٥.

(٣) د. الحاكم فريد فتيان ، مصدر مسابق، ص ٢٢٢.

القواعد العامة فيعذر المشتري لتسليم المبيع ثم يرفع عليه دعوى الفسخ ويحصل الحكم به[1].

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص٢٧٧.

المبحث الثاني

اثار فسخ العقد

نصت المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي على اثار الفسخ فجاء فيها : " اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتبة عليه ، فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد و ان كان قد سلم يسترد . فاذا استحال رده يحكم بالضمان".

وكذلك جاء القانون المدني المصري في المادة (١٦٠) بالنص الاتي : اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدين الى حالة التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " .

ظاهر من هذه النصوص انه يترتب على الفسخ سواء كان قضائي ام اتفاقي ام قانوني ، انحلا العقد لا من وقت الفسيخ فحسب ، بل من وقت التعاقد ايضا . أي أن اثر الفسخ بالنسبة للعقود كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير. وسنتناول في هذا المبحث معالجة آثار الفسخ وبيان هذه الأثار فسيتضمن مطلبين المطلب الأول فيبحث زوال حكم العقد باثر رجعي والذي يتفرع الى فرعين الفرع الأول اثر الفسخ بين المتعاقدين أما الفرع الثاني اثره بالنسبة للغير أما بالنسبة للمطلب الثاني فسيتناول أثر الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ[١].

---

(١) د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، من ٢٦٤.

المطلب الأول

زوال حكم العقد باثر رجعي

يترتب على المسخ انحلال الرابطة العقدية باثر رجعي الى وقت ابرامه وبالتالي تنعدم جميع الاثار التي تولدت عنه ويعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل قيام العقد ، فيلترم كل منهما برد ما كان قد استوفاه نفاذا للعقد فالبائع يرد على المشتري الثمن وفوائده والمشتري يرد اليه المبيع و ثماره[١]. فاذا نطق القاضي بفسخ العقد او تراضى المتعاقدين على الفسخسواء كان ذلك شرطا موضوع في العقد او بموجب اتفاق يتم بعد ذلك فإن العقد ينحل لا من وقت الفسيخ فحسب بل من وقت نشوء العقد ، أي أن الفسخ له أثر رجعي فيعتبر العقد المفسوخ كأنه لم يكن ، ويسقط اثره حتى في الماضي[٢] فيتضح أن القاعدة هي أن الفسخ يكون باثر رجعي سواء كان راجعا الى فسخه قضائيا أو اتفاقية او قانونيا بسبب عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه ففي جميع هذه الحالات يجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض[٣]. فمثلا اذا انحل عقد البيع بفسخه وجب على كل من البائع والمشتري أن يرد الى الطرف الأخر ما حصل عليه بسبب العقد فيرد المشتري المبيع اذا كان قد تسلمه وما حصله من ثماره ويرد البائع الثمن اذا كان قد قبضه أو يسقط عن المشتري التزامه بالثمن ، واذا كان انحلال العقد راجعا الى تقصير أحد الطرفين التزم هذا الطرف فوق الرد بتعويض الطرف الاخر عن انحلال العقد . فاذا كان المشتري هو المقصر الزم بتعويض البائع عما أصابه من خسارة و فاته من ربح بسبب الفسخ وبمصروفات دعوى الفسخ ، وان كان التقصير في جانب البائع الزم الأخير بتعويض المشتري عما أصابه من خسارة وما فاته من ربح بسبب الفسح وتفويت الصفقة عليه بمصروفات العقد ومصروفات دعوى الفسخ[٤].

---

(١) المستشار محمد محمود المصري ، و المستشار محمد احمد عابدين ، مصدر سابق ، ص (٤٧).

(٢) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص (٢١٠).

(٣) د. جلال على العدوي ، الدكتور محمد لبي شنب ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، المدير الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت، ١٩،١٥ ص (٢٩١).

(٤) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص (٢٨٢).

الفرع الأول

اثر الفسخ بين المتعاقدين

يترتب على فسخ العقد اعتباره كأن لم يكن ، ولذا يجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد بان يرد كل منهما ما تسلمه بموجب العقد فاذا استحال ذلك حكم على الطرف و هو فرضا من صدر في مواجهته حكم الفسخ بالتعويض[١]. وهذا ما نصت عليه المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي التي سبق أن ذكرناها . فالعقد يزول اثره بين الطرفين بالنسبة الى الماضي كما يزول بالنسبة للمستقبل وبذلك يجب الرجوع فيما تم قبضه أو تنفيذه من الالتزامات ، فالمشتري مثلا يلزم برد الشيء المبيع لأن أحرازه له بعد البيع يكون بدون سبب ، وبذلك يجب اعادة الأمور الى سابق عهدها[٢]. فلا يعتبر أنه قد تملك المبيع ابدا . و البائع لايعتبر قد تملك الثمن أبدا . ويترتب على ذلك أن المشتري يجب عليه أن يرد المبيع مع ثمراته التي أنتجها قبل الفسخ ، فاذا كان المبيع أشجارا ، وقطف المشتري ثمارها فعليه رد هذه الثمار الى البائع ان كانت موجودة ، ورد قيمتها التي كان قد استهلكها . ويترتب على ذلك أيضا أن البائع يجب رد الثمن مع الفوائد القانونية[٣]، وفي حالة استحالة رد المبيع رد ما قبضه المتعاقدين فان المحكمة تحكم بالتعويض على المتعاقد الذي يستحيل عليه رد ما قبضه ، وهذا ما سبق أن نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) مدني عراقي ، ويشمل التعويض ما يصيب الدائن من ضرر فسخ العقد وما اتفقه في الدعوى للحصول على الحكم بالفسخ[٤]. ويراعي أن التعويض قد يبنى على المسؤولية العقدية وقد يبنى على المسؤولية التقصيرية ، ففي حالة فسخ العقد ، وهذا يفترض خطا المدين . فان التعويض يكون مصدره عمل غير مشروع وذلك لأن العقد بالفسخ يكون قد انعدم ، أما حيث يبقي العقد قائما فان أساس التعويض سواء لاستحالة التنفيذ العيني أو للتأخير فيه المسؤولية العقدية[٥].

---

(١) د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص (٢٦٤).

(٢) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص (١٣٧).

(٣) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص (٣٧٩).

(٤) د. عبد المجيد الحكيم و اخرون ، مصدر سابق ص(١٨).

(٥) د. أحمد حشمت ابو ستيت ، مصدر سابق ، ص (٣٤٨).

الفرع الثاني

اثر الفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين

وزوال الحلال حكم العقل باثر رجعي يسري في حق غير المتعاقدين أيضا ، والأصل أن انحلال العقد يجعل العقد كان لم يكن كما سبق الذكر ، فإذا كان العقد بيعا مثلا ، فان أنحطه يجعل المشتري كأن لم يملك المبيع في أي وقت مضى وبناء على ذلك تعتبر التصرفات التي صدرت من المشتري في المبيع تصرفات صادرة من غير المماللك فلا يكون لها أي أثر في حق البائع بل يعود المبيع الى البائع خاليا من كل حق قرره عليه المشتري لصالح أي شخص اخر فاذا رهن المشتري المبيع او قرر عليه حق انتفاع او حق ارتفاق لاخر ، قان حقوق الرهن أو الانتفاع أو الارتفاق لا تكون نافذة في في حي البائع اذا ما عادت ملكية المبدع اليه بسبب انحلال العقد . واذا باع المشتري إلى ملعقرتان فان انحلال البائع الأول يجعل العقد الثاني من غير المالك وبالتالي غير نافذ في حق البائع الأول ، فيجوز لهذا أن يسترد المبيع من المشتري الثاني[١]، والاسماس القانوني الذي يقوم عليه زوال الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع قبل هو أن المشتري لما كان يعتبر كان لم يملك هذا المبيع أبدا فالتصرف الذي يقوم به قبل فسخ يعتبر صادرة من غير الملك فلا بل في حق المالك الأصلي ، ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم : فاقد الشيء لا يعطيه " . كما يعبر عنه الفقهاء الغربيين بقولهم : " لا يستطيع الإنسان أن ينقل الى غيره من الحقوق أكثر مما يملك ". و بالقول : " اذا زال حق من تصرف بالشيء زال حق من تلقي عنه هذا الشيء[٢]. والغير لا ترفع عليه دعوى الفسخ لانه لم يكن طرفا في العقد بل ترفع عليه دعوى استرداد والغالب أذا كان طالب الفسخ هو البائع أن يدخل الغير في نفس الدعوى المرفوعة على المشتري ، وقد يقال ان دعوى البائع ضد الغير لا تقبل طالما أن العقد لم يفسخ بعد. ولكن هذا الاعتراض مردود لان الفسخ منسحبي الى

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص(٢٨٤).

(٢) د. عبد المجيد الحكيم و اخرون ، مصدر سابق ص (١٨٥).

الماضي فيعتبر البائع مالكا من وقت رفع دعوى الاسترداد على الغير[١]. الا ان القاعدة المتقدمة غير مطلقة ، فهناك بعض الاستثناءات لها فقد يبقى حق الغير ولا يتأثر بالفسخ، وذلك في أحوال معينة ومن هذه الاستثناءات:

الاستثناء الأول : يتعلق بعقود الإدارة المبرمة بحسن نية ، فإذا أجر المشتري العين التي اشتراها وكان المستاجر حسن النية والعقد ثابت التاريخ ثم فسخ عقد الايجار يبقى لايفسخ ، ولا يستطيع البائع أن يسترد العين من يد المستاجر قبل انتهاء الايجار .

الاستثناء الثاني : يتعلق بالحيازة في المنقول سند الملكية فاذا كان المبيع منقولا وتملكه المشتري ثم باعه الى شخص أخر كان حسن النية وسلمه أياه ثم فسخ العقد فالبائع الأول لا يستطيع من استرداد المبيع من المشتري الثاني والسبب في ذلك أن المشتري الثاني اطمئن الى الذي يبيعه الشيء اي المشتري الأول هو مالك الشيء ، فاذا سمحنا للبائع الأول استرداد الشيء عنه فان هذا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات ، وقد نصت على ذلك المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي بقولها :

من حاز وهو عن حسن النية منقولا او سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوالملك من احد .

٢- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقم الدليل على عكس تلك وهذه المادة تعتبر مجرد الحيازة قرينة على حسن نية الحائز ، فاذا ادعى صاحب الشيء سوء نية الحائز عليه اثبات ذلك[٢].

الاستثناء الثالث : اذا كان الغير داننا مرتهنا رهنا رسميا ، وكان حسن النية فان فسخ العقد الناقل الملكية العقار لا يضر بحقوق الدائن ويحمي الدائن المرتهن حسن النية[٣].

---

(١) د. أنور سلطان ، مصدر سابق ،، ص (٢٦٦) .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص (٣٨٠-٣٨١).

(٣) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص (٢١٠).

المطلب الثاني

اثر الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ

الفسيخ في العقود المستمرة التنفيذ لا يمكن أن يقع باثر رجعي الى حين أبرام العقد وذلك استمره ان الزمن عنصر جوهري في هذه العقود يتحدد فيه تنفيذ العقد، وأنه بقدر ما يمر من الزمن يعتبر العقد قد نفذ في جزء منه ويترتب على ذلك أن الفسخ في هذا النوع من العقود لا يمكن ان يقع باثر رجعي ولا يمكن اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وذلك أن الزمن الذي يمر لا يمكن ارجاعه[١]. وعليه فالفسخ لا ينتج أثرا بالنسبة للماضي ، بل بالنسبة الى المستقبل فقط ، لذلك لا يسمى حل هذا النوع من العقود فسخا ، بل (الغاء) ولكن القانون المدني العراقي استعمل بالرغم من ذلك تعبير (فسخ) بالنسبة للعقود الفورية التنفيذ والعقود المستمرة التنفيذ على سواء. فالقاعدة العامة انه اذا تم العقد صحيحا اصبح ملزما لكل من المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقيل بالغانه او فسخه بل يجب عليه أن يتفق مع المتعاقد الآخر على ذلك ولكن في العقود المستمرة التنفيذ التي يبقى تنفيذها فترة من الزمن فالقانون يجيز أن يستقيل احد المتعاقدين بالغائها قبل انقضاء هذه المدة ، ومن هذه العقود[٢]:-

١- عارية الاستعمال : أذا يجوز للمعير أن يلغيها بارادته اذا حدث له حاجة ملحة إلى الشيء المعار.

٢- عقد الوكالة : لا يجوز للوكيل أن ينهي عن الوكالة قبل انتهائها بشرط أن يكون ذلك في وقت لائق كذلك يجوز للموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة .

٣- عقد الايجار : اذا كان غير محدد المدة اذ يجوز الغاءه بتنبيه من أحد المتعاقدين للأخر في مواعيد محددة في القانون .

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص (٣٨١).

(٢) د. عبد الحميد عمر وشاحي ، مصدر سابق ، ص (١٢٩).

٤- عقد الشراكة : اذا لم تكن لها مدة محددة ، اذ يجوز لأي شريك الانفصال عنها في أي وقت بشرط أن يكون هذا الانفصال في وقت لائق و غير مبني على الغش.

٥- عقد الوديعة : اذ يجوز للمودع حتى ولو كانت هناك مدة محددة أن يلغي العقد ويسترد الوديعة في أي وقت . ويترتب على الالغاء سواء حصل باتفاق المتعاقدين او من احدهما في الأحوال المنصوص عليها قانونا ، انقضاء العقد من تاريخ الالغاء أي لا يكون له أثر رجعي.

التوصيات

بعد الانتهاء من هذا البحث توصلنا الى عدد من التوصيات وهي:

١-اذا لم يلتزم المتعاقدين بالتزامات وشروط العقد وتنفيذ بنوده لهم الخيار بفسخ العقد بواسطة كاتب العدل ويكون لطالب الفسخ الخيار بين طلب التنفيذ او طلب الفسخ.

٢-ان يكون للقانون دور حاسم في وضع شروط تلزم المتعاقدين بشروط العقد وبعكسه تفرض عقوبات او شروط جزائية يلتزم بها كل من طرفي العقد في حالة الاخلال او عدم تنفيذ بنود العقد المتفق عليه من قبلهم ، اي يكون الفسخ والتنفيذ بحكم القانون دون الحاجة الى موافقة الطرفين المتعاقدين وذلك لتذليل وتقليل المشاكل الناجمة بين المتعاقدين في حالة عدم التزام احد الطرفين ببنود العقد.

الخاتمة

اتضح لنا بعد الانتهاء من هذا البحث جملة من النتائج نوجزها كما يلي:

١. ان الفسخ هو جزاء يقرره القانون لاحد المتعاقدين في حال عدم قيام المتعاقد الاخر بتنفيذ

التزامه وبالتالي يتحلل المتعاقد الأول من التزامه اي هو انهاء الرابطة التعاقدية .

٢. ان الفسخ بحكم القضاء فيجب اعذار المدين او المتعاقد المتخلف عن تنفيذ التزاماته وتنبيه الى انه اذ لم يقم بالتنفيذ فان المتعاقد الاخر سيطلب الفسخ . والا غذار يكون بواسطة كاتب العدل ويكون الطالب الفسخ الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ فاذا رفع الدعوى طالبا الفسخ فانه يستطيع أن يعدل عنه ويطلب التنفيذ واخيرا للمحكمة السلطة تقديرية بالحكم بالفسخ اذا اقتنعت بوجود ما يبرر او رفض الحكم به ومنح المدين نظرة الميسرة

٣. الفسخ بحكم الاتفاق : فيتفق المتعاقدين على الفسخ بمجرد اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته ويقع الفسخ في هذه الحالة إما أن يكون العقد مسوخا أو أن يكون ملسوخا من تلقاء نفسه أوان يتفقان على أن يكون العقد منسوخا من تلقاء نفسه من غير الحاجة الى حكم او الاتفاق على أن يكون العقد منسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم أو أعذار

٤. الفسخ بحكم القانون والذي يسمى الإنفاخ فاذا استحصال على المدين تنفيذ التزامه السبب اجنبي لابد له فيه انقضى الالتزام والفسخ العقد بحكم القانون دون الحاجة للحصول على حكم بالفسخ.

٥. أن الأثر الذي يترتب على الفسخ واحد وهو زوال حكم العفو باثر رجعي الى حين نشوئه و اعتبار كانه لم يكن ووجوب الرجوع فيما نفذ ورد ما قبض قبل الفسخ ويستوي

ذلك أن يقع الفسخ بحكم القضاء أو الأنفاق او القانون ويسري هذا الحكم فيما بين المتعاقدين و هو ا ل الرجوع الى ما كانا عليه قبل أبرام العقد فمن قبض منهما شيئا فعليه رده واذا أستحال (عليهما ذلك فتحكم المحكة بالتعويض وكذلك يسري هذا الحكم بالنسبة للغير قيعتبر العقد كانه لم يكن وتزول جميع الحقوق التي رتبها الغير على الشيء محل العقد.

٦. هنالك استثناء على الأثر الرجعي للفسخ وهو في العقود المستمرة التنفيذ فلا يمكن أن يقع باثر رجعي ففي هذه العقود لا يحدث الفسخ اثر الا بالنسبة للمستقبل فقط

المصادر

اولا الكتب القانونية :.

١- د. احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي ، القاهرة، ١٩٥٤ .

٢- د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣.

٣- د. جلال العدوي والدكتور محمد لبيب شنب ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، دار الجامعة لطباعة والنشر ، بيروت ، د١٩٨٨.

٤ – د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٩ .

٥- د. صلاح الدين الناهي ، مبادى الالتزامات ، الخلاصة الوافية في القانون المدني ، مطبعة سليمان الأعظمي ، بغداد ١٩٩٧.

٦- د. عبد الحميد عمر وشاحي ، نظرية الالتزام في القانون المدني ، مطبعة النقيض الاهلية ، بغداد ، ١٩٩٠.

٧- د. عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ .

٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

٩- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الاتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي ، شركة الطبع و النشر الاهلية ، ١٩٩٣.

١٠ – د. عبد المجيد الحكيم ، الدكتور عبد الباقي البكري ، الدكتور محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، حقوق الطبع محفوظة لدى وزارة التعليم العالي و البحث العالمي ،١٩٨٠ .

١١- د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، الالتزامات ، مطبعة العالمية ، مصر ، ١٩٥٥ .

١٢- د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنه ، الجزء الاول ، مصادر الألتزام ، جامعة بغداد ،١٩٩٧.

١٣- المستشار محمد محمود المصري ، و المستشار محمد احمد عابدين ، الفسخ و الأنفاخ و التفاسخ و البطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٨.

ثانيا :- القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤١ لسنة ١٩٥١

٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨