وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة النهرين – كلية الحقوق

نظرية الفسخ في العقود

بحث مقدم إلى رئاسة القسم في كلية الحقوق – جامعة النهرين، وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في الحقوق

من قبل:

آلاء ضياء علي حسين

إشراف:

أ. م. د. رعد عداي حسين

١٤٤٥هـ ٢٠٢٤م

سورة طه: الآية ١١٤

الاهداء

اهدي ثمرة بحثي هذا إلى . . .

الذي احدودب ظهره من أجلنا . . سندنا ووليِ أمرنا بعد الله . . والدي العزيز.

التي سهرت الليالي وتعبت وربت . . نبع الحنان والطيبة . . أمي الغالية.

إخوتي وأخواتي . . .

اساتذتي الكرام . .

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله تعالى أولاً وآخراً . . .

أتقدم بالشكر والامتنان إلى عمادة كلية الحقوق في جامعة النهرين . .

وشكري وتقديري لمشاعل العلم أساتذتي الكرام . . .

وجزيل الشكر والامتنان لمشرف هذا البحث الأستاذ (رعد عداي حسين) . .

الخلاصة

يعد العقد شريعة المتعاقدين وهذا يعني أن يتم تنفيذ العقد طبقا لما اتفق عليه الأطراف، والذي يبرر فسخ العقد هو وجود شرط في العقد يقضي بذلك، أو إخلال أحد الأطراف بالتزاماته المحددة في العقد، وفي غير ذلك يعد فسخ العقد فسخا تعسفياً يوجب التعويض متى ما ترتب عن ذلك ضرر بالطرف الأخر إذ كان من الممكن تفويت فرص على الطرف الأخر، لذلك كانت مشكلة البحث الأساسية هي هل يعد فسخ العقد دون إخلال أحد الأطراف بالتزاماته فسخا تعسفيا يوجب المسؤولية المدنية؟ وما هو الأساس القانوني لحق الفسخ؟ وهل هناك شروط معينة لفسخ العقد؟ هذه الأسئلة العديدة تقتضي منا وقفة للبحث والتحليل والاستنتاج في هذا الموضوع، ولاسيما بعد إن ازدادت أهمية هذا الموضوع بسبب تنوع العقود وعدم وجود آلية خاصة موحدة تخضع لها جميع العقود، وعدم وجود نصوص خاصة تعالج المشاكل الأساسية الناتجة عن هذا الموضوع بصورة كلية في العراق، وقلة القرارات القضائية الصادرة من المحاكم العراقية بخصوص هذا الموضوع.

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية	ب
الاهداء	ج
شكر وتقدير	د
الخلاصة	هـ
قائمة المحتويات	و
المقدمة	١-٢
المبحث الاول: مفهوم الفسخ	٣-١٨
المطلب الاول: تعريف الفسخ	٣-٧
المطلب الثاني: شروط الفسخ	٨-١٠
المطلب الثالث: تمييز الفسخ عما يشتبه به	١١-١٨
المبحث الثاني: انواع الفسخ وأحكامه	١٩
المطلب الاول: الفسخ في عقود مستمرة	٢٠-٢١
المطلب الثاني: الفسخ في عقود فورية	٢٢-٢٣
الخاتمة	٢٤-٢٥
المصادر والقوانين	٢٦-٢٧

المقدمة

أولاً-: التعريف بموضوع البحث:

الفسخ هو الجزاء المترتب على عدم قيام أحد 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 يعتبر الفسخ من المواضيع المهمة لكثرة وقوعه في الحياه العملية، كما ان المنازعات في الغالب لا يكون محلها انعقاد العقد وانما عدم تنفيذ العقد، وكذلك اهمية معرفة انواع الفسخ الثلاثة، كما ان الكثير لا يفرق بين الفسخ والانفساخ والآثار المترتبة عليه، ولهذا اقتضى الأمر ان نكتب في موضوع انواع الفسخ والآثار المترتبة عليه.

ثانيا -: 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 الآثار على انواع الفسخ؟

ثالثا –: منهجية البحث :

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

رابعا –: هيكلية البحث –:

يقتضي البحث في موضوع انواع الفسخ واثاره وتقسيمه الى مبحثين وكالتالي:

- المبحث الأول: مفهوم الفسخ.
  - المطلب الأول: تعريف الفسخ.
  - المطلب الثاني: شروط الفسخ.
  - المطلب الثالث: تمييز الفسخ عما يشتبه به.
- المبحث الثاني: أنواع الفسخ واحكامه.
  - المطلب الأول: الفسخ في العقود المستمرة.
  - المطلب الثاني: الفسخ في العقود الفورية.
- الخاتمة، ثم المصادر والمراجع.

المبحث الأول:

مفهوم الفسخ

نتناول بالدراسة في هذا المبحث مفهوم الفسخ، وذلك بيان تعريف الفسخ، وكذلك بيان شروط الفسخ وبيان تمييز الفسخ عما يشتبه به، على ان يكون على ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الاول:

تعريف الفسخ

الفسخ في اللغة: النقض، فيقال: فسخ البيع أي نقضه وأزاله، وفسخت الثوب ألقيته، وفسخت العقد فسخاً أي رفعته، وفسخت الشيء فرقته، وفسخت المفصل عن موضعه أزلته، ويقال: فسخ الشيء يفسخه فسخا فالفسخ: نقضه فانتقض، وفسخ الشيء: فرقه، وفسخ رأيه أفسده[1].

وكذلك يأتي بعدة معاني منها الطرح والتفريق والجهل والنقص والضعف وقيل: الفسخ الضعف في العقل والبدن ومن المجاز: انفسخ النكاح أي انتقض.

[1] الفيومي، احمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، ص ٢٨٠.

وبذلك يتضح لنا أن الفسخ يطلق في اللغة على معان عدة متقاربة وهي: النقض، والتقطع، والإزالة، والإلقاء، والرفع، والتفرق، والفساد، وهذه المعاني بينها قاسم مشترك وهو التغيير والتحويل، فهو قائم فيها كلها، فإن نقض الشيء يحول الأمر عما كان عليه سابقاً، كنقض البناء، وكذلك نقض العقد، فإنه مزيل لما يترتب عليه من الأحكام في الحال[1].

الفسخ عند الفقهاء : لا يخرج الفسخ عند الفقهاء عن نطاق معناه اللغوي فهو عندهم حل رابطة العقد المبرم سابقاً، وهدم لكل الآثار التي كانت قد ترتبت عليه بحيث لم يعد له وجود اعتباري، وذلك من وجهة نظر الشارع فقط، لأن الفسخ لا يمكن أن يعدم العقد من الناحية المادية، فإنه قد وجد بالفعل والموجود لا يمكن أن يعتبر معدوماً من ناحية الحس، ولكنه يعتبر معدوماً من حيث إنتاجه لآثاره التي رتبها عليه الشارع، فالانعدام هنا مجازي وليس حقيقيا، وإذا انعدم العقد واعتبر كأن لم يكن، انهدم كل ما ترتب عليه من آثار والتزامات وتحلل كل من المتعاقدين فيه من التزاماته فلا يستطيع أحدهما أن يلزم الآخر بشيء استنادا إلى العقد المفسوخ. ولقد اختلف الفقهاء في تعريف الفسخ على ثلاثة أقوال:

---

[1] الزبيدي، محمد مرتضى الحسني، تاج العروس، مطبعة الحكومة، الجزء السابع، ص ٣١٩.

القول الأول: مذهب الحنفية والمالكية وقول للشافعية: وذهبوا بأنه رفع العقد عن الأصل، **والقول الثاني:** قول ابن نجيم من الحنفية والسيوطي من الشافعية وقالا بأنه حل ارتباط العقد، **القول الثالث:** مذهب الشافعية رفع العقد في حاله لا من أصله، ويحدث الفسخ بالتقاضي بحكم القاضي أو التراضي بالإرادة الحرة.

الفسخ في القانون:

فيما نص القانون الكويتي على تعريف الفسخ بأنه نقض عقده عند عدم لزومه، أو حيث يمتنع بقاؤه شرعا وهو لا ينقص عدد الطلقات، أما بالنسبة للتشريعات العربية فهناك اختلاف في القانون بشأن اصطلاح فسخ الزواج، فهناك قوانين تسمى الفسخ تطليقاً كالقانون المصري، والمقصود بالتطليق في هذه القوانين هو التفريق بين الزوجين بنظر القاضي، لأن التطليق الذي يوقعه القاضي إنما يوقعه نيابة عن الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف، ولذلك يقال: (طلق عنه القاضي)[1].

في حين نجد أن القانون الأردني قد استعمل اصطلاح التفريق مع اصطلاح الفسخ في المادة (١٣٨) منه والتي نصت على أنه "تكون الفرقة في العيوب فسخ "مع ملاحظة أنه قد توجه مشروع القانون إلى اعتبار معظم أنواع التفريق بين الزوجين من باب فسخ عقد الزواج لا من باب الطلاق؛ لما لذلك من آثار ايجابية تتمثل في عدم نقصان عدد

[1] الجندي، احمد نصر، الطلاق والتطليق واثارهما، دار الكتب القانونية، ص ١٦،

الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وبذلك يبقى الباب مفتوحاً أمام الزوجين إن رغبا في إعادة الحياة الزوجية بينهما بعقد ومهر جديدين.

أما التشريع الإماراتي فقد استخدم في المواد ١١٢، ١١٦، ١١٨ المصطلحات الثلاث فسخ – تفريق – تطليق، وأيضاً ذلك ما ذهب إليه المشرع القطري في المادة ١٠١ فقد استخدم المصطلحات الثلاث (الفسخ – التطليق – التفريق)، وعرف المشرع القطري الفسخ بأنه "نقض عقد الزواج لخلل صاحب نشوئه أو عارض طارئ مانع لبقائه وهو ما ذهب إليه التشريع الكويتي في المواد (٩٩، ١٢٣ ، ١٢٦) وذلك حين تناول أسباب فسخ عقد الزواج، ومدونة الأسرة المغربية التي استخدمت الفسخ مع التطليق في المواد ٧٧ ، ٩٤ ، حيث نصت المادة (٧٧) على أنه يحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء أو بعده في الحالات أو طبقاً للشروط المنصوص عليها في هذه المدونة[١].

وكذلك وثيقة مسقط فقد استخدمت المصطلحات الثلاث التفريق التطليق – الفسخ في المواد ٨٠، ١٠٨ ، ١١٦ ، ونجد أن معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية لم تضع تعريفاً لفسخ عقد الزواج باستثناء القانون الكويتي والقطري، حيث أحجمت هذه القوانين عن تعريف فسخ الزواج، وهذا ليس عيباً أو مأخذاً لأن التعريف ليس من وظيفة المشرع، وإنما هو دور الفقهاء وشراح القانون، ونرى أن إحجام قوانين الأحوال الشخصية عن

[١] الزحيلي، وهبة مصطفى، الفقه الاسلامي وادلته، دار الفكر، سوريا، دمشق، الجزء الرابع، ص ٣١٥٠.

تعريف الفسخ يرجع لكثرة نوع أسباب فسخ عقد الزواج، فمن المتعذر ضبطها جميعا في تعريف جامع مانع[1].

[1] الزحيلي، وهبة مصطفى، الفقه الاسلامي وادلته، مصدر سابق، الجزء الرابع، ص ٣١٥١.

المطلب الثاني:

شروط الفسخ

هناك ثلاثة شروط ينبغي توافرها لإمكان طلب فسخ العقد:

١-أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين.

٢-ألا يقوم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.

٣-أن يكون طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه، وقادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد[١].

الشرط الأول: أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين لا ينتج فسخ العقد أثره إلا إذا كان العقد من العقود الملزمة للجانبين، فهذا النوع من العقود ينشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفي العقد وإخلال احد الأطراف بتنفيذ التزاماته هو الذي يبرر طلب الفسخ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا يتصور فيه فسخ العقد، وذلك لان احد طرفي العقد مدين غير دائن، فلا يستطيع أن يطلب الفسخ لعدم وجود التزام على عاتق الطرف الأخر يخل بتنفيذه، فيبرر طلب الفسخ، والطرف الثاني دائن غير مدين فلا مصلحة له في طلب الفسخ، بل يستطيع أن يطالب الأخر بتنفيذ التزامه، أو يجبره على ذلك، كذلك يستطيع أن ينهي التزام الطرف الأخر بإرادته المنفردة، كما في الكفالة

[١] عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٤٢.

فالكفالة عقدا ملزم لجانب واحد وهو الكفيل فالكفيل لا يستطيع أن يطلب فسخ العقد لان المكفول له غير ملزم تجاهه بشيء والمكفول له لا مصلحة له في طلب الفسخ، ويستطيع أن يطالب الكفيل بتنفيذ التزامه، كما يستطيع أن ينهي التزام الكفيل بإرادته المنفردة وذلك بإبرائه من الكفالة.

الشرط الثاني: عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه لابد لقبول طلب فسخ العقد هو عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فعدم التنفيذ هو الذي يبرر طلب فسخ العقد، ويجعله مقبولا أمام القضاء، ولكن يجب أن يلاحظ بأن الذي يبرر طلب فسخ العقد هو عدم التنفيذ الناشئ عن خطأ المدين لا عن سبب أجنبي فإذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه فالعقد ينفسخ بحكم القانون[1].

الشرط الثالث: استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه وقدرته على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

يشترط أن يكون طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزاماته وقادرا عليه، فإذا لم يكن قد نفذ التزامه فلا يستطيع طلب الفسخ لعد قيام المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه، لان هذا المتعاقد يستطيع أن يدفع تجاهه بعدم التنفيذ، كذلك يجب أن يكون طال الفسخ قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد

[1] عصمت عبد المجيد، مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، ط١، ٢٠٠٧، ص ٢٣٠

فيجب أن يكون قادرا على رده فإذا لم يكون قادرا على رده فلا يجاب إلى طلبه كأن يهلك الشيء في يده فلا يعود بإمكانه أن يرده فلا يستطيع طلب فسخ العقد وهذا ما نتحدث عنه في آثار فسخ العقد.

المطلب الثالث:

تمييز الفسخ عما يشتبه به

قد يخلط النص، وكما سبق ان اشرت بين الفسخ وبين اوضاع مشابهة، في كونها تضع حداً للعقد الا ان هذه الاوضاع قد تتفق مع الفسخ في نقاط معينة، وقد تتقاطع معه في نقاط اخرى. لذا وددنا الوقوف امامها قليلاً لكشف هذا الغموض.

١- تمييز الفسخ عن البطلان

من الصعوبة بمكان ان يجد الباحث بين طيات القوانين المدنية تعريفا جامعا مانعا لنظرية البطلان، فقد تفاوتت المعاني التي بينت ماهيته وعلى النحو الاتي عدم اكتساب التصرف الوجود الاعتباري في نظر القانون او انعدام اثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير تبعا لذلك[١]، والمتتبع لنصوص القانون المدني العراقي والقوانين المدنية للدول العربية يجد الكل متفقاً على ان البطلان جزاء لتخلف ركن من اركان العقد الشكلية او الموضوعية، لذا فقد اشتدت حدة الخلاف حول تحديد درجة البطلان وفيما اذا كان

[١] د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ٤٦٩

على مرتبةٍ واحدةٍ او على مراتب عده، اذ ترى النظرية التقليدية التي ظهرت في القرن التاسع عشر ضرورة تقسيم البطلان على ثلاثة مراتب الانعدام ويتحقق بانعدام ركن من اركان العقد، والبطلان المطلق ويظهر في حالة تخلف شرط موضوع ، والبطلان النسبي ويظهر في حالة فساد ركن الرضا أو وجود عيب في الاهلية، ونظراً لوضوح القصور الذي استولى على هذه النظرية، ترى النظرية الحديثة ضرورة تقسيم البطلان على مرتبتين: **الاولى البطلان المطلق والاخرى البطلان النسبي**، وهذه النظرية ايضا لم تسلم من سهام النقد الذي وجه اليها.

وبعد هذه الاشارة الموجزة عن البطلان نقف امام الفقه الاسلامي قليلاً لتوضيح دوره في تحديد درجة البطلان وخاصة انه يرى ان العقد يقسم بشكل عام الى عقد صحيح واخر غير صحيح، وهذا يعد عقداً باطلاً في كل المذاهب الاسلامية عدا الحنفية، اذ ترى تقسيم العقد غير الصحيح الى عقد باطل وهو الذي لا تتوافر له كل اركانه ويقال له غير مشروع بأصله ووصفه، وعقد فاسد اذا توافرت له اركانه واختل احدها بان لم يستوف ذلك الركن الشروط اللازمة له ويقال له حينذاك بانه غير مشروع بوصفه. أمَّا مشرعنا ومن خلال تبينه لنظرية البطلان في الفقه الاسلامي لم يتخذ من البطلان النسبي كمرتبة اوردها في صلب القانون، وإنَّما اتخذ من العقد الموقوف بديلا عنها. ونرى من جانبنا مؤيدين بذلك رأي الاستاذ السنهوري الذي يرى ان البطلان على درجة واحدة ولا توجد في العدم مراتب او درجات، فهو يرى ان العقد الباطل بطلاناً نسبياً او

القابل للأبطال كما تراه قوانين الدول العربية، ومنها الجزائر يمر بمرحلتين الاولى قبل ان يثبت مصيره، فيعد عقداً صحيحاً منتجاً لكل اثارة[1].

أمَّا الثانية فهي التي يتحدد مصير العقد بها فإما أن تلحقه الإجازة او تمر عليه مدة التقادم فيعد بذلك صحيحاً او ان يفنى من الوجود بتقرير بطلانه. وعلى ذلك فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً لا يعد امراً مستقلا يقوم الى جانب البطلان المطلق كمرتبة قائمة بذاتها وانما هو تعبير للعقد يمر بمرحلتين اما الصحة

واما البطلان، بعد ما ذكرناه في الأسطر القليلة السابقة عن البطلان وما أثير حوله من خلاف. نأتي الى محور دراستنا في هذه النقطة وهي تمييز البطلان عن الفسخ. فمن المعلوم أن الاثنين ينتهي العقد بهما بأثر رجعي مع التأكيد على ان الاثر الرجعي لهما يسري في العقود الفورية دون العقود الزمنية، لان الزمن في الاخيرة يعد عنصرا جوهريا، وما مضى من الزمن لن يعود.

فإبطال العقد او فسخه كلاهما سبب لانقضاء العقد، ولكن لا يصح القول أن البطلان سبب لانحلال العقد لان الانحلال يفترض اولاً وجود عقد صحيح مكتمل العناصر ثم تنحل الرابطة العقدية بالفسخ مثلاً، فاذا كان الفسخ يتفق مع البطلان في موضع واحد الا وهو إنهاء العقد الا انه يتقاطع معه في عدة اوجه، منها ان البطلان ينشأ مع تكوين

[1] اريج عبد الستار، انفساخ العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة صدام، كلية الحقوق، ٢٠٠٠، ص ١٣.

العقد فيولد العقد حاملاً سبب وفاته. أما الفسخ فالعقد ينشأ صحيحاً مكتمل الاركان، الا ان أحد الطرفين يخل بتنفيذ التزاماته مما يسوغ للأخر المطالبة بالفسخ، كما ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في النطق بالفسخ او منح المدين مهله لتنفيذ التزاماته، في حين لا يبقى أمام القاضي في البطلان الا النطق بأبطال العقد ومن جانب اخر دعوى الفسخ تتقادم وفقا للقواعد العامة في القانون المدني، اما دعوى البطلان فلا تتأثر بمضي الزمن. وهذا التباين بين الفسخ والبطلان يظهر جليا في قرار لمحكمة التمييز العراقية بالعدد ٣٩١٣/م/عقار/٢٠٠١ في ٢٠٠١/٢/١٩.[١]

٢- تمييز الفسخ عن الانفساخ

انفساخ العقد يؤخذ من المعنى الوارد في نص المادة ١٧٩ م.ع والمادة ١٥٩م.م فمن مجمل هذه النصوص نجد ان الانفساخ يعني انحلال العقد بقوة القانون، من دون تدخل القاضي ومن دون ان يشترط في العقد ان استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي يؤدي الى انهاء العقد فالعقد ينفسخ بقوة القانون في الوقت الذي يكون التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا لسبب خارج عن ارادة كلا الطرفين. أما اذا كانت الاستحالة ترجع الى خطأ أي من الطرفين، فعندئذ لا نكون امام انفساخ بل فسخ والى معنى الانفساخ اشار قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٥٩/١١/١٩ نقض ٦٧٧/١٠/٢ والمادة ١٧٩ المقابلة

[١] كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقة، ج١، مطبعة مدكور واولاده، مصر، ١٩٦٣، ص ١٣٧.

للنص اذا كان الواقع في الدعوى ان الشركة المطعون عليها كانت قد تعاقدت على تصدير كميات من القطن الى بيوتات التجارة الالمانية فلما قامت الحرب الاخيرة ترتب عليها قطع العلاقات التجارية والسياسية بين مصر والمانيا وعندئذ صدر الأمران العسكريان ٦سنة ١٩٣٩ و١٥٨ لسنة ١٩٤١ بشأن الاتجار مع حكومة الرايخ ورعاياه حالاً دون تنفيذ هذه العقود و رتبا البطلان على كل ما يخالف احكامها[1]. كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر قيام حاله الحرب وانقطاع العلاقات والمواصلات وصدور التشريعات الاستثنائية قوة قاهرة وسبباً اجنبياً يستحيل معه تنفيذ هذه العقود والقواعد القانونية الصحيحة لأنه متى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً انقضى العقد التبادلي بسبب أجنبي وينقضي واجب هذا الطرف في تنفيذه وينفسخ العقد حتماً بقوة القانون ويعود كلا الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بالأحكام العامة الواردة في المادة ١٥٩م.م والتي تطبق على كل العقود يتشابه الفسخ مع الانفساخ القانوني للعقد، في انهما سببان لانحلال العقد بأثر رجعي فضلاً ان الفسخ يختلف عن الانفساخ من عدة نواح، منها أن للفسخ صفة احتياطية لان الدائن له الحق أن يطالب بالفسخ أو التنفيذ العيني بينما في الانفساخ لن يكون امام الدائن هذه الوسيلة، فالعقد ينفسخ بقوة القانون فضلا عن ذلك أن للفسخ صفة تأمينية فهو من ناحية جزاء

[1] اريج عبد الستار، انفساخ العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة صدام، كلية الحقوق، ٢٠٠٠، ص ١١٦.

يوقع على المتعاقد المخل ومن ناحية أخرى وسيلة بيد الدائن لضمان حقوقه. أما الانفساخ فلا يهدف الى ضمان تنفيذ العقد لا بطريق مباشر او غير مباشر، كما وان الفسخ القضائي قد يكون مصحوباً بتعويض، أما الانفساخ فلا يصاحبه تعويض الا بحالة واحدة وهي اشتراك خطأ المدين مع القوة القاهرة في احداث الاستحالة.

٣- تميز الفسخ عن التفاسخ

توطئة عن مفهوم التفاسخ، ونأتي الان الى تحديد مفهومه واهم ما يميزه عن الفسخ. فالتفاسخ يعني انهاء العقد بالاتفاق، اذ قد يتفق كلا المتعاقدين على انهاء العقد، لا سيما إذا ما تصورا مقدماً عدم قيام احدهما بتنفيذ العقد[١].

ويتدرج الاتفاق على الفسخ في العقود التبادلية، فأدنى مراتب التفاسخ الاتفاق على فسخ العقد إذا لم يقم احد الطرفين بتنفيذ التزامه. وقد يزيد المتعاقدان من قوة الشرط الفاسخ الى حد الاتفاق على كونه مفسوخاً من تلقاء نفسه او مفسوخاً من تلقاء نفسه من دون حاجة الى حكم، وقد يصلان الى الاتفاق على جعل العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من دون حاجة الى حكم او اعذار. ومن خلال الاطلاع على نصوص المواد المدنية العربية التي تناولت الفسخ الاتفاقي ومقارنتها بالمادة ١٧٨م.ع، نجد أن التفاسخ هو الاتفاق على حل الرابطة العقدية قبل التنفيذ الكامل لموضوع العقد أو قبل انقضاء الاجل المحدد

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في القانون، ص ٢٧٥.

له، وهذا الاتفاق على الانهاء المبكر للعقد لن يغني عن اعذار المدين ولا يمكن ان يسلب القاضي سلطته التقديرية مع احتفاظ المدين بحقه في التنفيذ لتفادي فسخ العقد. أما في الحالة التي يتم الاتفاق على فسخ العقد من دون حاجة الى حكم قضائي فمن المنطقي في هذه الحالة القول بعدم ضرورة صدور حكم قضائي بالفسخ. ولكن اذا ما اثير نزاع حول ادعاء المدين بتنفيذ التزاماته ففي هذه الحالة يبدو من الضروري العودة الى القاضي المختص للبت في الامر، وحكم القاضي في هذه الحالة يعد كاشفاً لا منشأ للفسخ الا ان ذلك لن يغني عن اعذار المدين اما اذا كان الاتفاق منصباً على فسخ العقد دون الحاجة الى حكم او اعذار فهي فعندئذ تسلب السلطة التقديرية للقاضي الا ان ذلك لن يمنع القاضي من منع التعسف في استخدام الشرط بل له ان يراقب مدى عدالة شروط الاتفاق وتحققها[1].

والى ذلك اشار الطعن رقم ١١٨٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٤/٤ سلب القاضي كل سلطة تقديرية عند الاتفاق في العقد على الشرط الفاسخ الصريح منطوقة تمسك الطاعن بنزول المطعون ضده عن ذلك الشرط اغفال الحكم بحث الاعتبارات التي استند اليها الطاعن كما اشار قرار لمحكمة النقض المصرية في الطعن رقم (١٦١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦ س٢١ ص١١٨١ ان الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من

[1] د. حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية، ج٧، ١٩٨٢، ص ٨٣٢.

تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او انذار عند الاخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شانه سلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، الا ان ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب اعماله. ذلك لان للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد. كماله مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون اعماله، فان تبين له ان الدائن قد أسقط خياره في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فاسخ العقد او كان الدائن هو الذي تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه، او كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه تجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالدفع القضائي طبقا للمادة ١٥٧م[١].

فعلى القاضي يقع عبء التأكد من توافر الشرط الفاسخ فلا يشفع لاي من المتعاقدين القول بقيام اسباب هي في نظره مسوغه لفسخ العقد، والى ذلك اشار قرار المحكمة النقض المصرية فسخ العقد لا يمكن ان يكون الا نتيجة لاتفاق المتعاقدين عليه او لصدور حكم به وفقا لنص المادة١١٧ مدني قديم، ولا يشفع لاحد المتعاقدين في الانفراد بالفسخ قوله بقيام اسباب هي في نظره تبرر الفسخ وبالتالي فلا جدوى له من النعي على الحكم بعدم مادة الفسخ الرد على دفاعه المستند الى هذا الاساس ويتفق الفسخ

[١] د. حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية، ج٧، ١٩٨٢، ص ٨٣٣.

الاتفاقي مع الفسخ القضائي في انهما سبب لانحلال العقد وتصفية كل اثاره بأثر رجعي، الا ان نقطة الخلاف بينهما تكمن في ان الفسخ يختلف عن التفاسخ بكونه يقع بناء على طلب يتقدم به احد المتعاقدين الى القضاء مطالبا بإنهاء العقد اما التفاسخ يتم بناء على اتفاق بين الطرفين قبل ابرام العقد، فضلا عن ان الفسخ القضائي ينبغي فيه ان يتم اعذار المدين قبل التوجه اليه اما التفاسخ فيعفى من توجيه الاعذار في حالة الاتفاق على جعل العقد مفسوخا دون حاجة الى حكم او اعذار[1].

[1] د. حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية، ج٧، ١٩٨٢، ص ٨١١.

المبحث الثاني

أنواع الفسخ العقود

نتناول بالدراسة في هذا المبحث انواع العقود، وهو على مطلبين على النحو التالي:

المطلب الاول:

الفسخ في العقود المستمرة

إن العقود المستمرة التنفيذ يستحيل إعادة ما تم تنفيذه منها؛ وسبب ذلك ان الزمن يستحيل إعادته إلى الوراء وهذه العقود يدخل الزمن عنصر في قياس الالتزامات الناشئة عنها، وما تم تنفيذه يتعذر استعادته[1]، فلو كان العقد عقد إيجار ابرم لمدة سنة ، وبعد مرور مدة ستة اشهر، اخل المستأجر بسداد الأجرة وطلب المؤجر الفسخ وقضت المحكمة به، فأن الفسخ ينصرف الى المستقبل، ويزيل آثاره المستقبلة فقط، أما الآثار التي ترتبت خلال الستة اشهر فأنها تبقى صحيحة وال ينالها الفسخ، ولما كان عقد الإيجار ينقل للمستأجر الحيازة المأجور مع الإذن له بالانتفاع به، لذا نستبعد ابتداء إمكانية نشوء حق للغير على المأجور يتنافى مع حقوق المؤجر، وهذا يدعونا إلى أن نتساءل عن الضمان الذي يلعبه الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل فإننا نقول إن العقد المستمر التنفيذ، تتقابل فيه الالتزامات من حيث الوجود القانوني فحسب، بل يتقابل فيه التنفيذ المتزامن من قبل الطرفين، ففي

---

[1] سليمان براك دايح، الفسخ بوصفه ضماناً للتنفيذ: ص١١٥.

المثال المذكور آنفا يتقابل تنفيذ المستأجر التزامه بسداد الأجرة مع تنفيذ المؤجر التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور، وحيث أن المستأجر تمكن من الانتفاع بالمأجور ودفع ما التزم به من اجر، فلم يعد هناك حاجة لضمان تنفيذ تم، لذا فان الضمان الذي يوفره الفسخ إنما ينصرف الى الالتزامات التي لم يتم تنفيذها، أي لما يكون محل إخلال من أي من الطرفين، فإذا لم ينفذ المستأجر التزامه بسداد الأجرة، ومطلق العقد يقضي بالوفاء بهذا الالتزام اولاً، جاز للمستأجر طلب الفسخ، وإذا فسخ العقد فان ذلك يؤدي الى حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور فيدفعه ذلك إلى تنفيذ التزامه بالوفاء بالأجرة.

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[1] عليها قبل العقد وذلك أن الزمن الذي يمر لا يمكن ارجاعه.

وعليه فالفسخ لا ينتج أثرا بالنسبة للماضي بل بالنسبة الى المستقبل فقط ولذلك لا يسمى حل هذا النوع من العقود فسخا بل (الغاء) ولكن القانون المدني العراقي استعمل

[1] د. عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني: ص ١١٣.

بالرغم من ذلك تعبير (فسخ) بالنسبة للعقود الفورية التنفيذ والعقود المستمرة التنفيذ على سواء.

فالقاعدة العامة انه إذا تم العقد صحيحا اصبح ملزما لكل من المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقيل بإلغائه 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 بإلغائها[1] قبل انقضاء هذه المدة ومن هذه العقود:

١-عارية الاستعمال: أذا يجوز للمعير أن يلغيها بإرادته إذا حدث لو حاجة ملحة إلى الشيء المعار.

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

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

[1] د. عبد الحميد عمر وشاحي و مصدر سابق و ص (٣٩٩).

المطلب الثاني:

الفسخ العقود فورية التنفيذ

أما العقود فورية التنفيذ، وتحديدا الناقلة للملكية منها، فان فسخها ذو أثر رجعي ومن ثم يسترد كل من الطرفين ما نفذه، فأن كان القابض قد تصرف بالمعقود عليه تصرفا منشئا لحقوق الغير، فان هذه الحقوق تزول، استنادا لقاعدة فاقد الشيء لا يعطيه، أو لا يستطيع المرء ان ينقل من الحقوق إلى الغير أكثر مما يملك، وهو نوع من الأدوات المالية التي تسمح للمشتري والبائع بتبادل الأصل مقابل النقود بسعر السوق الحالي، ويتم تسوية هذه العقود في غضون فترة زمنية قصيرة، وعادة ما تكون خلال يوم عمل. يتم استخدام العقود الفورية في مجموعة متنوعة من الأسواق، بما في ذلك العملة والسلع والأوراق المالية[1].

العقود الفورية واضحة إلى حد ما، لنفترض أنك تريد شراء ١٠٠ سهم من أسهم XYZ، يمكنك الدخول في عقد فوري مع بائع لشراء تلك الأسهم بسعر السوق الحالي، بمجرد تنفيذ العقد، ستدفع البائع واستلام الأسهم، وتحدث عملية التسوية عادةً خلال يومين عمل.

واحدة من الفوائد الرئيسية للعقود الفورية هي بساطتها. من السهل فهمها وتنفيذها، مما يجعلهم خياراً شائعاً للعديد من التجار، بالإضافة إلى ذلك، توفر العقود الفورية سيولة فورية، والتي يمكن أن تكون مفيدة لأولئك الذين يحتاجون إلى إجراء معاملة سريعة، أخيراً، يمكن استخدام العقود الفورية للتحوط ضد تقلبات الأسعار المستقبلية.

---

[1] سليمان براك دايح، الفسخ بوصفه ضماناً للتنفيذ، مصدر سابق: ص١١٦.

أن الفسخ يسري على العقود الملزمة للجانبين جميعا، سواء كانت فورية التنفيذ أو مستمرة التنفيذ, فأن تنفيذ المدين التزامه , يكون مضمونا بالفسخ , فإذا لم يسلم البائع المبيع والمؤجر المأجور، فمن حق المشتري و المستأجر طلب الفسخ , مع ملاحظة أن عدم تسليم المأجور في الوقت المتفق عليه، يؤدي إلى فوات جزء من المنفعة التي تعاقد المستأجر للحصول عليها، ومن ثم يحق للمستأجر إنقاص الأجرة في مقابل المنفعة التي فاتت عليه، أي إذا لم يفسخ العقد، فأن التأخر في تسليم المأجور يؤدي إلى تعديل مدة العقد، وهذا لا يكون في العقد الفوري، وسبب ذلك أن الزمن عنصر جوهري في العقود المستمرة دون العقود الفورية[1].

[1] د- السنهوري , الوسيط ج١ , مصدر سابق , ص١٧٥.

الخاتمة

بعد إن انتهينا من دراسة هذا الموضوع محاولين الإحاطة بالجوانب القانونية التي تثبت، وتحدد الآثار القانونية الناجمة عن فسخ العقد والحلول القانونية لها ظهرت لنا جملة من النتائج والتوصيات التي نرى إن ذكرها ضروري لاستكمال البحث:

أولاً: النتائج

١-تبين لنا من خلال البحث أن فسخ العقد دون وجود شرط يقضي بالفسخ أو نص قانوني لاستحالة التنفيذ لسبب أجنبي يعد فسخا تعسفياً يوجب المسؤولية متى ما تحققت أركانها .

٢-في ضوء ما تم استنتاجه في البحث وجدنا إن الذي يبرر فسخ العقد هو الخطأ في تنفيذ الالتزام من قبل احد الأطراف ويجب أن لا يكون الخطأ راجعاً لظروف أجنبية كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو آفة سماوية.

٣-تبين لنا من خلال البحث هناك سلطة تقديرية للقاضي في الحكم في فسخ العقد، وله أن يرفض فسخ العقد في حالة وجود ما يبرر ذلك

٤-وفي حالة حصول إضرار ناجمة عن الفسخ سواء كانت الأضرار مادية أو معنوية كتفويت فرصه أو نجاح معين أو المشاركة في عمل أو ترقيه يعد خطأ يوجب التعويض.

٥-أن لا يتم فسخ العقد بصورة مفاجئة إلا بعد أعذار الطرف الذي اخطأ في تنفيذ التزامه المحدد في العقد.

ثانيا : التوصيات

١- دعوة المشرع العراقي إلى الأخذ بالتعديل الذي نص عليه القانون المدني الفرنسي في المادة (١٢٢٤٥) والتي تنص على أن يترتب الفسخ إعمالا للشرط الفسخ أو في حالة كان عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة نتيجة أخطاء المدين، وعدم ترك حرية الفسخ للدائن

٢-اقتراح إلغاء الفسخ للعقد المفسوخ تعسفياً واعتباره عقدا قائماً، حفاظا على مبدأ التوازن العقدي وتجنب الفسخ للعقد بصورة تعسفية.

٣-النص بشكل واضح وصريح على التعويض الذي يترتب على الفسخ التعسفي للعقد، ولاسيما التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب المكانة والمركز الاجتماعي والسمعة، وكذلك التعويض عن تفويت الفرصة.

٤-عقد المؤتمرات والدورات والندوات لمناقشة ما يستجد من مشاكل اجتماعية ناجمة عن العقود الحديثة ووضع الحلول القانونية للمشاكل الأساسية الناجمة عنها مراعياً في ذلك المصلحة العامة والتوازن العقدي وحماية الحقوق الأساسية للمتعاقدين.

المصادر

١-ابن رشد ابو الوليد محمد، بداية المجتهد، دار الحديث، ٢٠٠٤.

٢-ابو زهرة الامام محمد، الاحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي.

٣-اريج عبد الستار، انفساخ العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة صدام، كلية الحقوق، ٢٠٠٠.

٤-الجندي، د. احمد نصر، الطلاق والتطليق واثارهما، دار الكتب القانونية.

٥-حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية، ج٧، ١٩٨٢.

٦-د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، دون ذكر سنة النشر،

٧-د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧، ٤٦٩.

٨-د. عصمت عبد المجيد، مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، ط١، ٢٠٠٧.

٩-د. عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للاصدرات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.

١٠- الزحيلي وهبة مصطفى، الفقة الاسلامي وادلته، سوريا – دمشق، دار الفكر.

١١- زيدان عبد الكريم، المفصل في احكام المراة والبيت المسلم، موسسة الرسالة، ١٩٩٣.

١٢- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، ط٣، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٩.

١٣- العدوي ابو البركات احمد بن محمد الشيير، الشرح الكبير، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٨.

١٤- الفيومي احمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، بيروت، المكتبة العلمية.

١٥- كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقة، ج١، مطبعة مدكور واولاده، مصر، ١٩٦٣.

١٦- سليمان براك دايح، الفسخ بوصفه ضماناً للتنفيذ، جامعة الانبار، كلية القانون – الفلوجة.

القوانين:

١-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢-القانون المدني الكويتي، المادة رقم ٢٠٩، لسنة ١٩٩٧.

٣-القانون المدني الاماراتي، المادة ١١ من القانون المدني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧.

٤-القانون المدني الأردني، المادة ٥١ لسنة ١٩٧٦.