واقعـة الفسـخ القضـائي فـي ذاتهـا

بحث مقدم من قبل
الاستاذ المساعد الدكتور حسـن محمـد كاظـم المسعـودي
جامعـة كربـلاء / كليـة القانـون
المدرس المساعد عبـد الامير چفـات كـروان
جامعـة بابـل / كليـة القانـون

الخلاصـــة.

ان الهدف الاساس للعقود الملزمة للجانبين، هو التنفيذ المتبادل للالتزامات التي تنشئها، غير ان اخلال احد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته او عدم تنفيذها على الاطلاق، يجعل من حق المتعاقد الاخر ان يطلب من القضاء حل الرابطة العقدية؛ ذلك بان هذه العقود لا يمكن لاحد اطرافها ان يلغيها او يعدلها بإرادته المنفردة. ويملك القضاء هنا، سلطة تقديرية واسعة، حيث يتطلب ان يكون عدم التنفيذ على قدر من الاهمية يبرر الفسخ، وقد يمنح المتعاقد المخل مهلة قبل الحكم بالفسخ، وقد لا يحكم به اذا وجد ان ما لم ينفذ قليل الأهمية اذا ما قيس بالالتزام في جملته. وتهدف الدراسة الى تسليط الضوء على واقعة الفسخ القضائي باعتبارها واقعة قانونية مركبة من دور ارادة المتعاقد طالب الفسخ، مضافا اليه عمل القاضي وسلطته التقديرية، وهذان الشقان في هذه الواقعة، لا غنى عن اي منهما لحصول الفسخ القضائي. فلا المتعاقد وحده، ولا القضاء من دون طلب المتعاقد، يستطيع ان يحل هذا النوع من العقود الملزمة للجانبين اللازمة بطبيعتها او الخالية من الخيارات.

الكلمات المفتاحية: الفسخ، الدائن، العقد، اخلال، القضاء.

Abstract:

Bilateral contract aims at the implementation of its obligations When one party fails to implement , due to his fault , the other party can sue him asking for the resolution of the contract . The court , within its discretion , when it finds the failure is serious enough , may decide to resolve the contract. This is the judicial resolution . The study tries to clarify the nature of judicial resolution as a complex legal event consisting of two components , i.e. : the legal act by the party demanding the resolution of contract as one component and the work of the judge within his discretion to implement the exact rule of law in the case before him , as the other component . none of the two components alone , can achieve the judicial resolution of contract .

Key words : resolution, Creditor, contract ,Prejudice, Elimination.

المقدمـــة .

يهدف المتعاقد، عند ابرامه عقدا ملزما للجانبين، للحصول من المتعاقد الاخر على شيء، او اداء، ما او امتناع عن اداء، في مقابل ما يقدمه هو، من جهته، الى المتعاقد الاخر. ومثل هذا العقد لا يمكن ان يستقل احد المتعاقدين بتعديله او حلّه، ولكنه يستطيع ذلك بالتراضي مع المتعاقد الاخر، وهذه اقاله للعقد، او باللجوء الى القضاء طالبا حل العقد قضائيا، وهذا هو الفسخ القضائي، الذي لا يكون الا اذا كان هنالك اخلال من المتعاقد الاخر بما وجب عليه بالعقد، وان يكون هذا الاخلال على قدر من الاهمية يقتنع بها القضاء للحكم بالفسخ؛ ولذلك فان واقعة الفسخ القضائي، اي واقعة حل العقد الملزم للجانبين، بحكم من القضاء، لا تكون الا بطلب من الدائن، ونعني به المتعاقد الذي حصل الاخلال تجاهه، ولا تحصل الا اذا مارس القضاء سلطته التقديرية واقتنع بان الفسخ هو الحل الافضل في الدعوى المعروضة عليه. ولذلك فإن واقعة الفسخ القضائي تمتاز، عن غيرها من انواع الفسخ، بمحل معين، وهي لا تحصل الا بتظافر دور المتعاقد متمثلا بطلبه الى القضاء فسخ العقد مع دور القضاء متمثلا بسلطته التقديرية للوصول الى حكم ينشئ هذه الواقعة. وتأتي اهمية هذه الدراسة المتواضعة من حقيقة ان للفسخ القضائي ذاتيته التي تميزه عن الانواع الاخرى من صور انحلال الرابطة العقدية، فهو يتطلب تحقق شروط معينه في العقد المراد فسخه من ناحية، ويتطلب تصرفا على نحو معين من لدن المتعاقد الذي يعاني من اخلال غريمه في تنفيذ التزامه، بأن يطلب الفسخ من القضاء بالشكل الذي حدده القانون، ويكون فيها امام القضاء خيارات عدة لمعالجة النزاع قبل ان يصل الى فسخ العقد.وتهدف هذه الدراسة الى الوقوف عند واقعة الفسخ القضائي في ذاتها، بغض النظر عن اساسها القانوني، وعن الاثار التي تترتب عليها بعد حصولها وذلك؛ لبيان العناصر التي اذا اجتمعت تتكون منها واقعة الفسخ القضائي المركبة.ونتبع في هذه الدراسة منهجا تحليليا من جهة، حيث ندقق في النصوص القانونية لاستنباط الاحكام التفصيلية من خلالها، كما ننتهج منهجا استقرائيا نحاول من خلاله تتبع اقوال الفقهاء واحكام المحاكم للوقوف على القاعدة العامة التي يمكن استخلاصها منها. وكل ذلك نجريه على نحوٍ مقارن، حيث نتناول موقف التشريع، والفقه، والقضاء في العراق وفي مصر، مع الاشارة الى موقف القانون المدني الفرنسي. ونضع لذلك خطة لهذه الدراسة نستهلها بتمهيد، نعرف فيه واقعة الفسخ القضائي، ونقسم الموضوع على ثلاثة مطالب، نخصص اولها لتحديد محل واقعة الفسخ القضائي، فنتناول ذلك في ثلاثة فروع. وفي المطلب الثاني نعرض لدور الارادة في واقعة الفسخ القضائي، حيث نتناول ذلك في ثلاثة فروع أيضاً، اما المطلب الثالث فيتناول السلطة التقديرية للقضاء مبينين الطبيعة القانونية لعمل القضاء وسلطته التقديرية، والطبيعة المنشئة لحكم الفسخ وذلك في ثلاثة فروع كذلك.

تمهيـــد.

يرجع الفقه القانوني الحديث كل اثر قانوني الى الواقعة القانونية[1] . وهو يقصد بالواقعة كل حدث، او تغيير في الواقع، او في الوجود. وهذه الواقعة اما ان ينتج عنها اثر قانوني فتكون بذلك (واقعة قانونية)، وقد لا يكون لها مثل هذا الاثر القانوني فلا يعبأ بها القانون عندئذ.[2] والوقائع

اما ان لا ترجع لإرادة الانسان كالظواهر الطبيعية، أو قد تكون راجعة لإرادة الانسان. وهذه الاخيرة اما ان تكون اعمالا مادية يريد صاحبها ان يحدث بها اثرا في الروابط القانونية الموجودة، وقد لا يريد ذلك الاثر. وقد لا تكون اعمال الانسان مادية بل اعمالا ارادية اي: "عمل الارادة المحضة تتجه الى احداث نتائج قانونية معينة. مثل هذه الوقائع تسمى اعمالا قانونية تمييزا لها عن الاعمال المادية"[٣]، وهذه قد تكون اعمالا قانونية بإرادة منفردة كالوصية، والوقف، والوعد بجائزة. وقد تكون اعمالا قانونية تتم بإرادتين وهذا هو العقد. غير ان هناك "طائفة من الوقائع القانونية تصح تسميتها بالوقائع المركبة والوقائع المختلطة فاذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل قانوني كانت مركبة. مثل ذلك الشُفعة .... اما اذا كانت الواقعة القانونية شيئا واحدا ولكن اختلط فيه العنصر المادي بعنصر الارادة كانت الواقعة مختلطة مثل ذلك الاستيلاء"[٤] . والفسخ القضائي، واقعة من حيث انه يمثل تغييرا في الواقع، وهو واقعة قانونية؛ لان القانون رتب عليه اثرا قانونيا يتمثل بحل العقد واعادة المتعاقدين الى حالتهما قبل التعاقد. وبعد ان عرفنا الواقعة القانونية نبين فيما يلي معنى الفسخ القضائي قبل ان نحلل هذه الواقعة لنعرف عناصرها وطبيعتها القانونية.

فالفسخ القضائي اصطلاح من كلمتين، هما (الفسخ) و(القضائي)، ولكل منهما معنى اصطلاحي في الفقه المدني، ونرى هنا ما ذكره الفقهاء الذي تناولوا الموضوع، فقد حاول الفقه المدني صياغة تعريفات للفسخ نتناول بالعرض والتعليق بعضا منها فيما يلي:

فقد عُرف **الفسخ** بأنه: "زوال العقد بجميع اثاره في الماضي والمستقبل ، وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى"[٥]، ويؤخذ على هذا التعريف، انه غير مانع؛ ذلك بان زوال العقد بجميع اثاره، كما يحصل بالفسخ يحصل بالإبطال. ولم يذكر التعريف سبب الفسخ، الذي هو عدم التنفيذ، او الاخلال فيه، كما ان التعويض امر خارج عن ماهية الفسخ، وهو كما ينص القانون - ويعترف بذلك التعريف نفسه - غير لازم ما لم يكن له مقتضى، فذكره في التعريف زائد. كما ان الاثر الرجعي ليس لازما للفسخ، وان يكن من خصائصه غالبا.وعرفه البعض بأنه: "**حل الارتباط التعاقدي لسبب يبرره**"[٦]. وهو تعريف غير مانع جدا، اذ يدخل فيه ابطال العقد، فهو كذلك حل للعقد لعيب معاصر لتكوينه[٧]، وهو سبب يسوغ الحل. وتدخل فيه كذلك حالات انهاء العقود غير اللازمة، او الغائها بالإرادة المنفردة[٨].

وعرفه آخر بأنه : "الجزاء او الاثر المترتب على عدم قيام احد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين بتنفيذ التزامه"[٩]. ويؤخذ على هذا التعريف انه غير مانع ؛ ذلك بان الاثر المترتب على عدم التنفيذ، كما يكون فسخا للعقد يمكن ان يكون بتطبيق احكام المسؤولية العقدية، كما ان التعريف لا يشير الى الخاصية الجوهرية للفسخ، ونعني بها حل العقد وازالته. ويتحفظ بعض الفقه على خاصية الجزاء في الفسخ ويعدها قد اختفت، والتعويض المصاحب للفسخ هو الوسيلة لإصلاح الضرر الذي اصاب الدائن[١٠]. كما عرفه فقيه آخر بأنه: "انقضاء الرابطة التعاقدية لاستحالة التنفيذ او للامتناع عنه او للإخلال به "[١١]. ويؤخذ على هذا التعريف امور، منها ان الفسخ يختلف عن الانقضاء فهذا الاخير يكون عندما يتم تنفيذ الالتزامات التي انشأها العقد[١٢]، بينما الفسخ يفترض حصول الاخلال، وقد اشار التعريف نفسه الى ذلك، وهو تعريف يدخل فيه الانفساخ الذي يحصل بحكم القانون اذا تحققت استحالة التنفيذ.

وعرفه بعضهم الآخر بأنه: "انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي"[١٣]. ويؤخذ على هذا التعريف امور منها ان الفسخ حل للرابطة العقدية وليس انحلال لها[١٤]. وهو تعريف غير جامع، اذ قد يكون الفسخ بلا اثر رجعي، كما انه غير مانع اذ تحل الرابطة العقدية بالأبطال كذلك.وعرفه بعضهم بأنه : "اصطلاح يعبر عن حل العقد بسبب عدم تنفيذ كلي او جزئي للعقد، واحيانا يكون بأثر رجعي واحيانا لا يكون بأثر رجعي"[١٥]. ويؤخذ عليه، فضلا عن ضعف الصياغة، انه لم يحصر الفسخ بالعقود الملزمة للجانبين، وهو ما نصت عليه القوانين المدنية كما سنرى، كما ان اقرار التعريف بأن الفسخ قد يكون مصحوباً بأثر رجعي، وقد لا يكون مصحوباً بأثر رجعي، يجعل الاشارة الى الاثر الرجعي في التعريف عديمة الفائدة. وربما كان التعريف التالي من افضل التعريفات، حيث نص على ان الفسخ : "هو حل بأثر رجعي للرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين كجزاء لإخلال احد المتعاقدين بالتزاماته متى طلبه المتعاقد الاخر ليتحلل من التزامه"[١٦]. ومع ذلك يمكن ان نلاحظ ان التعريف جعل الاثر الرجعي ملازما للفسخ، وليس الامر كذلك. كما إن الاشارة الى الدافع لدى المتعاقد الاخر وحصره بالتحلل من التزامه، لا يدخل في ماهية الفسخ، فضلا عن ان حصر الدافع الى الفسخ في هذا الامر ليس دقيقا، اذ قد يكون طالب الفسخ قد اتم تنفيذ ما عليه من التزام.وعرف الفقيه الفرنسي بلانيول الفسخ بأنه: "انتهاء العقد بأثر رجعي نتيجة سبب غير البطلان المقارن لانعقاده"[١٧]. وربما امكن القول ان الاولى ان يعرف الفسخ بأنه انهاء للعقد وليس انتهاء له[١٨]، كما ان الاثر الرجعي ليس من لوازم الفسخ. وعرفت محكمة النقض المصرية الفسخ بأنه: "هو حل للرابطة العقدية بسبب اخلال احد طرفي العقد الملزم للجانبين لالتزام ناتج عنه ، والاصل فيه ان لا يقع الا بحكم قضائي"[١٩]. كما عرفته المحكمة ذاتها بأنه: "جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي"[٢٠]. وهو تعريف موجز يركز على خاصية الجزاء في الفسخ، ومن الواضح ان جزاء عدم التنفيذ للالتزام العقدي، كما يكون فسخا للعقد، يمكن ان يكون تعويضا عن عدم التنفيذ على وفق احكام المسؤولية العقدية، كما انه لا يقصر الفسخ على العقود الملزمة للجانبين. وبعد هذا الاستعراض والملاحظات التي ابديناها حول التعريفات المختلفة، يمكننا ان نقدم تعريفا للفسخ على النحو التالي: **"الفسخ هو حل العقد الصحيح الملزم للجانبين ، والاصل ان يكون بأثر رجعي"**. ويوضح هذا التعريف ماهية الفسخ، والخصائص الجوهرية لمحله، وسبب حصوله، وخصائصه الجوهرية وعلى النحو التالي:

اولا: فهو حل للرابطة العقدية، وبذلك يتميز عن الانفساخ الذي هو انحلال للرابطة العقدية بحكم القانون[٢١]، ويدخل فيه حل العقد اذا تم من لدن القضاء، او بإرادة احد المتعاقدين اذا كان ذلك مشروطا في العقد، او باتفاقهما بعد العقد.

ثانيا: هو حل للعقد الصحيح، وذلك بان هذا العقد هو وحده الذي له وجود قانوني، وبالتالي يكون محلا للحل او الانحلال، ويخرج بهذا القيد ما يطلق عليه العقد الباطل، اذ لا وجود قانوني له، وهو بحكم العدم، فلا يكون موضوعا للحل او الانحلال[٢٢]، ويكون لكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه، وبذلك لا يحتاج الى فسخ. واذا لم ينفذه احد المتعاقدين، فلا حاجة لطلب الفسخ من لدن المتعاقد الاخر، واذا طالب احد المتعاقدين بتنفيذه، كان للآخر ان يدفع ببطلانه[٢٣]. كما لا يكون العقد الذي انقضى بإكتمال تنفيذه محلا للفسخ، غير ان دعوى الفسخ اذا اقيمت قبل اكتمال مدة

العقد فلا ضير ان تنتهي مدة العقد اثناء نظر الدعوى. وقد قضت محكمة التمييز في العراق بهذا المعنى[٢٤]، وكذلك محكمة النقض الفرنسية[٢٥].

ثالثا: (الملزم للجانبين) هي خاصية العقد محل الفسخ، وبذلك تخرج العقود الملزمة لجانب واحد من ان تكون محلا للفسخ.

رابعا: الاصل في الفسخ ان يكون له اثر رجعي، مع وجود استثناءات على هذا الاصل.اما (القضائي) فيقصد بها المنسوب الى القضاء، اي الفسخ الذي يحصل بحكم من القضاء[٢٦]. ويشير الفقه المدني الى هذا النوع من الفسخ على انه الذي يتم بحكم قضائي[٢٧]. والاصل في الفسخ ان يتم بحكم قضائي[٢٨]. ويستخلص ذلك من النصوص القانونية؛ فالمادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٥٧ من القانون المدني المصري، قد نصتا على انه في العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الاخر، بعد الاعذار، ان يطلب فسخ العقد، وهذه المطالبة تكون من القضاء ليحكم له بفسخ العقد. اما المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي، فإنها صريحة بالنص على انه ".. ويجب ان يطلب الفسخ قضاءً .."وقضت محكمة النقض المصرية بـ "ان الفسخ اذا لم يشترط نصا في العقد، فلا يقع الا بحكم، ولا يقع بمجرد ابداء احد الطرفين رغبته فيه."[٢٩] والفسخ القضائي هو الفسخ الذي ينشؤه الحكم القضائي، وليس الفسخ الذي يكشف القضاء بحكمه عن حصوله[٣٠]. او يقرر الحكم القضائي ان العقد قد انفسخ فعلا. وبيان ذلك ان العقد قد يتضمن شرطا، يعطي لاحد العاقدين الحق ان يفسخ العقد بإرادته المنفردة، اذا لم ينفذ العاقد الاخر التزامه، او اذا تأخر في تنفيذه دون الحاجة الى حكم قضائي او اعذار، فإذا تحقق الشرط المذكور، وعبر الدائن عن ارادته في فسخ العقد ولكن المدين نازعه بشأن مدى تحقق الشرط ورفع الامر الى القضاء، وحكم القضاء بصحة الفسخ، فان هذا الفسخ ليس فسخا قضائيا، وانما فسخ بارادة منفردة، استنادا الى حق مستمد من العقد ذاته. والحكم القضائي، هنا، مقرر للفسخ لا منشئ له[٣١]. وسنتوسع في ذلك عند الكلام عن الخاصية المنشئة لحكم الفسخ القضائي فيما بعد[٣٢]. ولا يزول العقد بالفسخ القضائي الا عندما يصير الحكم نهائيا. ويكون بذلك تعريف الفسخ القضائي بأنه: **"حل العقد الصحيح اللازم، الملزم للجانبين، بحكم قضائي نهائي، لإخلال احد المتعاقدين بالتزامه العقدي، والاصل ان يكون بأثر رجعي"**. وبمقارنة هذا التعريف للفسخ القضائي مع التعريف الذي ذكرناه انفا للفسخ بوجه عام نجد ان هذا التعريف قد تضمن ثلاثة قيود لم تكن في تعريف الفسخ بوجه عام: **اولها** ان هذا النوع من الفسخ يكون في العقد اللازم، اي الذي لا يملك فيه المتعاقد الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة، سواء أكان مصدر هذا الحق هو القانون او الاتفاق. ذلك ان صفة اللزوم هذه هي التي تسوغ اللجوء الى القضاء لحل العقد وسنوضح هذه الخاصية اكثر عندما نتناول محل الفسخ القضائي. والقيد **الثاني** هو ان هذا الفسخ ينشؤه الحكم القضائي النهائي، اما الحكم المقرر او الكاشف عن الفسخ فلا ينشئ فسخا قضائيا، وانما يقرر فسخا قد حصل من قبل، وقد سبقت الاشارة الى ذلك. اما القيد **الثالث** فهو ان هذا الفسخ سببه الذي يبيح للقضاء حل العقد، هو اخلال المتعاقد بالتزامه العقدي، سواء أكان هذا الاخلال عدم تنفيذ للالتزام، او تأخير في التنفيذ، او تنفيذ معيب. وواقعة الفسخ القضائي، كما سبق القول، واقعة قانونية، للإرادة دور فيها يتمثل في انصراف ارادة احد العاقدين الى طلب فسخ العقد قضائيا، اي ان هناك تصرفا قانونيا هو طلب فسخ العقد. كما ان للعمل المادي دور

فيها ايضا، يتمثل في عمل القاضي على استعمال سلطته التقديرية، للوصول الى صحيح حكم القانون في المسألة، وينصب كل من التصرف القانوني والعمل المادي المذكوران على محل هو العقد اللازم الملزم بالجانبين والمطلوب فسخه، والذي تتحقق فيه شروط معينة. ونحاول في هذا البحث المتواضع ان نحلل كل عنصر من عناصر واقعة الفسخ القضائي، ولذلك نقسمه على ثلاثة مطالب:

المطلب الاول: محل الفسخ القضائي.
المطلب الثاني: دور الارادة في الفسخ القضائي.
المطلب الثالث: دور القضاء في الفسخ القضائي.

المطلب الاول/ محل الفسخ القضائي.

محل الفسخ القضائي هو العقد الملزم للجانبين اذا تحققت فيه أمورٌ معينة، ذلك بان العقد اذا كان لازما، فلا يجوز لاحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي. والفسخ القضائي يحصل بمقتضى نص في القانون، وهو النص الذي يحدد الشروط التي يمكن، اذا تحققت، ان يتم فسخ العقد. وبالرجوع الى النصوص القانونية الخاصة بالفسخ القضائي نجد انها قد اشترطت ان يكون هنالك اخلال من احد المتعاقدين، وان يتم اعذار الطرف المخل قبل الحكم عليه بالفسخ. كما ان الفقه القانوني يذهب الى استخلاص بعض الشروط الاخرى من طبيعة الفسخ ذاتها، كأن يكون طالب الفسخ قد نفذ ما وجب عليه بالعقد، او انه مستعد لذلك، وان يكون بإمكانه اعادة الحال الى ما كان عليه عينا من ناحيته هو. ولذلك نقسم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الاول: محل الفسخ القضائي عقد لازم ملزم للجانبين .
الفرع الثاني: اخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه رغم اعذاره.
الفرع الثالث: عدم اخلال طالب الفسخ وقدرته على اعادة الحال عينا بعد الفسخ.

الفرع الاول/ محل الفسخ القضائي عقد لازم ملزم للجانبين.

تنص التشريعات عادة على ان الفسخ عموما يقع في العقود الملزمة ، ويظهر ذلك واضحا في النصوص القانونية ذات الصلة. فالمادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي تبدأ هكذا: "في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد، جاز للعاقد الاخر، بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتض ..."، وكذلك هو حال المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري في فقرتها الاولى التي يجري نصها على النحو التالي: "في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الاخر، بعد اعذاره المدين، ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتض". ولا تختلف المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي من حيث مضمونها، عما تقدم والتي تنص على ما يلي: "ان الشرط الفاسخ مفهوم دائما في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما اذا لم يقم احد الطرفين بتنفيذ التزامه. وفي هذه الحالة لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه بل يكون للطرف الذي لم يوفَ له بالالتزام الخيار بين ان يجبر الطرف الاخر على تنفيذ العقد اذا كان هذا ممكنا او ان يطلب الفسخ مع التعويضات. ويجب ان يطلب الفسخ قضاءً ويجوز ان يمنح المدين مهلة على حسب الاحوال ".[٣٣] وعلى هذا

النسق سارت القوانين المدنية في الدول العربية[٣٤]. والعلة واضحة كما يذهب الفقه القانوني[٣٥]؛ فالفسخ مبني على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة، وهذا الارتباط لا يوجد الا في العقود الملزمة للجانبين التي تنشأ عنها التزامات متقابلة فهي وحدها، لذلك، التي تتوفر فيها حكمة الفسخ. اما العقود التي لا تكون الا ملزمة لجانب واحد كالوديعة والوكالة اذا كانتا بغير عوض فلا يمكن تصور الفسخ فيهما[٣٦].

غير ان هنالك رأيا آخر مرجوحا يذهب الى ان الفسخ ممكن حتى في العقود الملزمة لجانب واحد او العقود غير اللازمة بطبيعتها، سواء اكان عدم اللزوم بالنسبة لأحد المتعاقدين او بالنسبة لكليهما، ولذلك يعد اصحاب هذا الرأي الاخير. الرأي السائد في الفقه "خطأً ناتجاً من التأثر بالفقه الغربي والقانون المدني الفرنسي"[٣٧]. ونحن نرى انه لا يكفي في موضوع الفسخ القضائي ان يكون عقدا ملزما للجانبين، وانما يجب ان يكون العقد لازما من جهة الطرف طالب الفسخ كذلك[٣٨] على الأقل، ان لم يكن لازما من الجانبين؛ فالطرف الذي يكون العقد لازما من جهته لا يستطيع - اذا اخل الطرف الاخر في تنفيذ ما وجب عليه في العقد - ان يتحرر من العقد الا اذا لجأ الى القضاء وحصل على حكم بالفسخ، بخلاف ما اذا كان العقد غير لازم من جهة ذلك المتعاقد او بالنسبة لكلا المتعاقدين، فإن المتعاقد في هذه الحالة يكون بإمكانه، وبإرادته المنفردة، ان يتخلص من العقد بالتعبيرعن ارادته الفسخ، ويفسخ العقد، عندئذ، دون حاجة الى اللجوء للقضاء، واذا حصلت منازعه في احقية ذلك المتعاقد في الفسخ بإرادته المنفردة، وتم اللجوء الى القضاء، فإن القضاء، متى وجد شروط الفسخ بالإرادة المنفردة متحققة، لا يتعدى دوره الكشف او التقرير بأن العقد قد فسخ بتعبير المتعاقد صاحب الحق في الفسخ عن ارادته.والعقد الملزم للجانبين[٣٩]، قد يكون، مع ذلك، لازما او غير لازم، وقد يكون عدم اللزوم مصدره شرط في العقد كشرط الخيار في عقد البيع (مادة ٥٠٩ ، ٥١٠ من القانون المدني العراقي)، او نص القانون كحق رب العمل ان يفسخ عقد المقاولة، ويوقف التنفيذ في اي وقت (مادة ٨٨٥ – ١ من القانون المدني العراقي، والمادة ٦٦٣ – ١ من القانون المدني المصري) وعقد الايجار غير محدد المدة[٤٠]، (المادة ٧٤١ من القانون المدني العراقي). فعقد البيع، بشرط الخيار او الايجار، غير محدد المدة، او المقاولة بالنسبة لرب العمل عقد، ملزم للجانبين؛ لأنه ينشئ منذ تكوينه التزامات متقابلة على طرفيه، ولكنه لا يحتاج، مع ذلك، لان يفسخ قضائيا، بل يمكن فسخه بالإرادة المنفردة لمن له الحق في ذلك بحسب الاحوال. والسبب في ذلك ان العقد لم يكن لازما في هذه الاحوال مع انه ملزم للجانبين[٤١]. ولابد كذلك ان يكون العقد خاليا من اسقاط المتعاقد لحقه في طلب الفسخ في العقد ذاته؛ ذلك بان حق المتعاقد في الفسخ ليس من النظام العام فيكون له اسقاطه في العقد نفسه.

وخلاصة القول ان الفسخ القضائي نظام وضع لحل الرابطة العقدية الملزمة للجانبين، اللازمة، يطلبه المتعاقد الذي يكون العقد لازما من جهته، للتخلص من التزاماته العقدية اذا اخل الطرف الاخر بما وجب عليه بالعقد. اذ لا يكون امام هذا المتعاقد، من سبيل الى ذلك، الا التقاضي. اما اذا لم يكن العقد لازما من جهة احد المتعاقدين؛ لسبب ارادي او قانوني، فإن هذا المتعاقد يستطيع التخلص من العقد اذا تحقق السبب الذي نيط به حقه بالفسخ، وذلك بالتعبير عن ارادته للفسخ. ولا يستقيم مع الرشد والعقل السليم ان يلجأ مثل هذا العاقد الى القضاء لفسخ العقد

وهو يملك هذا الحق. فإذا نازعه الطرف الاخر في ذلك والتجأ الى القضاء، ووجد القضاء ان من قام بالفسخ كان محقا، كان حكمه كاشفا لحصول الفسخ قبل صدور الحكم لا منشئاً له.

الفرع الثاني/ إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه رغم إعذاره.

وهو شرط ورد النص عليه في القوانين المدنية. فقد نصت عليه المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٥٧ من القانون المدني المصري، والمادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي[٤٢]. ولا يشترط ان يكون اخلال المدين في صورة عدم الوفاء، كليا، لما وجب عليه بالعقد، بل يمكن ان يكون عدم الوفاء جزئيا فقط[٤٣]، لكنه يجب ان يكون على درجة من الاهمية تبرر الفسخ[٤٤]. وهو ما تذهب اليه محكمة النقض المصرية[٤٥]، ومحكمة النقض الفرنسية[٤٦]، ويعد في حكم عدم التنفيذ الجزئي ان يكون التنفيذ معيبا. غير انه في حالة عدم التنفيذ الجزئي، يكون للقاضي اعمال سلطته التقديرية لينظر فيما اذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يسوغ الحكم بالفسخ، او انه يكفي اعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ، "فإذا رأى القاضي ان عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ، بقي عليه ان يرى هل يقضي بفسخ العقد كله او يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الاخر. ويقضي بفسخ العقد كله اذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة، او كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الاساس من الالتزام"[٤٧].

وعدم التنفيذ يجب ان يكون راجعا الى خطأ المدين، بأن يكون التنفيذ العيني قد اصبح مستحيلا، بفعل المدين، او انه لا يزال ممكنا ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ. فيكون للدائن، في هذه الحالة، ان يطالب بفسخ العقد. فإذا كان عدم التنفيذ راجعا الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه، فإن العقد ينفسخ بحكم القانون[٤٨]. وتؤيد محكمة النقض في مصر رأي الفقه هذا[٤٩]. كذلك لا يحق للمتعاقد طلب الفسخ اذا كان امتناع المتعاقد الاخر عن تنفيذ التزامه امتناعا مشروعا مستندا الى حقه في الامتناع المشروع عن الوفاء[٥٠]. ولا يشترط ان يصيب المتعاقد ضرر من جراء عدم تنفيذ المتعاقد الاخر لالتزامه حتى يكون له طلب الفسخ، وهو ما تذهب اليه محكمة النقض الفرنسية[٥١].ولابد للمتعاقد الذي يريد ان يتجه الى القضاء طالبا الفسخ؛ لعدم قيام المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه من ان ينبهه، ويطلب اليه القيام بتنفيذ التزامه، ويكون ذلك بإعذار المدين ويتم ذلك بإنذاره[٥٢]. وقد نصت المواد القانونية ذات الصلة التي اشرنا اليها (م ١٧٧ من القانون المدني العراقي، و م ١٥٧ من القانون المدني المصري) على ضرورة الاعذار. وتردُّ محكمة التمييز الاتحادية في العراق دعوى الفسخ ما لم يكن المدين قد أُنذر حسب الاصول ما لم يكن مشروطا في العقد عدم الحاجة الى الانذار[٥٣]، وكذلك اذا كان في الانذار خلل كبير كالخطأ في مدة العقد ومقدار الاجرة[٥٤] ، ويوجه الانذار على وفق الاجراءات التي يحددها القانون، غير انه يجوز ان يحصل اعذار المدين في عريضة الدعوى ذاتها[٥٥]، ولا سيما اذا اشتملت على تكليف المدين بالوفاء[٥٦]، وتذهب محكمة النقض في فرنسا الى ان اعلان صحيفة دعوى الفسخ للمتعاقد تتضمن اعذارا له بتنفيذ التزامه؛ طالما انها تتضمن تكليف المدين بالوفاء بالتزامه[٥٧]. ويكفي في الاعذار ان يتضمن دعوة المدين الى تنفيذ التزامه. ومن ثم فلا يلزم تهديد المدين باتخاذ الاجراءات القضائية ضده وفسخ العقد في حالة عدم التنفيذ، ولكن اذا تضمن الاعذار ذلك فلا يبطله. فجوهر الاعذار يتمثل في تكليف المدين بتنفيذ التزامه أيّاً ما كانت الصيغة التي تدل على ذلك[٥٨].

وللإعذار قبل طلب الفسخ اهمية عملية من حيث كونه يجعل القاضي اسرع استجابة لطلب الفسخ، ويجعله اقرب الى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ[٥٩]. ولا ضرورة للإعذار في الاحوال التي حددتها المادة ٢٥٨ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٠ من القانون المدني المصري[٦٠]، وكذلك اذا اتفق المتعاقدان على ان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى انذار[٦١]. ولا يغني تحديد اجل للوفاء عن ضرورة الاعذار، ولا يعد المدين معذرا بحلول الاجل[٦٢] ، ويستثنى من ذلك كون الاجل جوهريا؛ اما لان المتعاقدين اتفقا، مسبقا، على ان المدين يعد معذرا اذا حل الاجل ودون حاجة الى اعذار، او لان طبيعة الالتزام تجعل من تنفيذه بعد الاجل المعين غير ذي فائدة[٦٣].

الفرع الثالث/ عدم اخلال طالب الفسخ وقدرته على اعادة الحال عينا بعد الفسخ.

يشترط في طالب الفسخ ان لا يكون قد صدر منه تقصير، او تأخير في الوفاء بما وجب عليه بالعقد، او على الاقل، ان يكون مستعدا للوفاء، اذا قام الطرف الاخر بالتزامه[٦٤]. فالمشتري المتأخر في دفع الثمن، مثلا، لا يجوز له طلب الفسخ لامتناع البائع عن التسليم. اذ يجب عليه ان يبدأ، اولا، بدفع الثمن او على الاقل بإبداء استعداده لدفعه؛ لان تأخره في دفع ما عليه يخول البائع حق الامتناع عن تسليم المبيع، اي الحق في الحبس، ومتى كان البائع ممتنعا عن الوفاء، بحق، فإن امتناعه لا يستتبع الفسخ[٦٥]. وهذا الشرط تتطلبه العدالة، وان لم يكن منصوصا عليه في المواد القانونية المتعلقة بالفسخ. فليس من العدل ان يطلب المتعاقد الفسخ في الوقت الذي اخل فيه بالتزامه[٦٦] . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية انه "اذا كان يشترط لطلب فسخ البيع ان يكون البائع قد اوفى بالتزاماته الناشئة عن العقد ومنها تسليم المبيع للمشتري اذا كان وقت التسليم قد حل قبل وقت دفع الثمن، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بفسخ العقد استنادا الى تأخر المشتري في الوفاء بباقي الثمن دون ان يبحث ما تمسك به الطاعن - المشتري - من تخلف المطعون ضدهم - البائعين - عن الوفاء بالتزامهم بالتسليم فانه يكون معيبا"[٦٧].

كذلك يجب ان يكون طالب الفسخ قادرا على اعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد، فاذا كان قد تسلم عينا معينة كالمشتري الذي تسلم المبيع، فاذا طلب فسخ العقد بخيار العيب فانه يجب ان يكون قادرا على رد العين التي تسلمها عند الحكم بفسخ عقد البيع[٦٨]. وهذه الامكانية يشترطها القضاة لنجاح دعوى الفسخ لعيب خفي مثلا[٦٩]. والذي يمنع المشتري في المثل المتقدم من طلب فسخ البيع هو هلاك المبيع او تلفه الذي يعزى الى خطأ او فعل المشتري ذاته. اما اذا كان الهلاك، او التلف يرجع الى سبب يعزى الى المتعاقد الاخر، فان بإمكان المشتري ان يطلب فسخ العقد كما لو كان الهلاك بسبب العيب نفسه، والبائع هو الذي يسأل عن ذلك ويكون للمشتري، عندئذ، ان يقيم دعوى الفسخ لعيب خفي "كما لو ان الشيء يمكن رده"[٧٠]، ولم يهلك. وهو ما تنص عليه المادة ١٦٤٧ من القانون المدني الفرنسي. ولا اثر لنقصان قيمة المبيع اذا لم تكن راجعة الى خطأ المتعاقد الذي انتقلت اليه الملكية بالعقد[٧١]. فهذا هو الاثر المترتب على الفسخ القضائي كما سنرى. فإذا كان المشتري قد تسلم بعض المبيع ثم تصرف فيه، او استهلكه، او حوله الى شيء اخر، ولم يكن المبيع مثليا، ثم امتنع البائع عن تسليم باقي الشيء لم يجز للمشتري طلب الفسخ لتعذر اعادة الحال، ولا يكون له في هذه الحالة الا طلب التنفيذ العيني اذا كان ممكنا

والا فالتنفيذ بمقابل[٧٢]. اما اذا كان المدين هو الذي لا يستطيع اعادة الحال فيصار، عندئذ، الى التعويض لاستحالة الرد عينا[٧٣].

المطلب الثاني/ دور الارادة في الفسخ القضائي.

للإرادة دور جوهري في الفسخ القضائي، ذلك بان القضاء لا يمكنه الحكم بفسخ العقد ما لم يطلب اليه الدائن ذلك، ويبقى مصرا على طلب الفسخ حتى النهاية اي حتى صدور الحكم بالفسخ، حيث لا يمكن ان يحكم القضاء بفسخ العقد دون طلب ممن له الحق في ذلك. وحيث ان طلب الدائن فسخ العقد هو من قبيل التصرفات القانونية، فإنه يتطلب توفر الاهلية لذلك فوق ما له من اهلية لرفع الدعوى القضائية. وهو طلب يجب ان يستوفي ما نصت عليه قوانين المرافعات.

غير ان تعبير الدائن عن ارادته بفسخ العقد، على هذا النحو، لا تكفي وحدها للفسخ، وفي هذه الناحية يختلف عن تعبير الدائن لإرادته الفسخ عندما يكون له الحق فيه استنادا الى شرط في العقد يخوله ذلك، ففي هذه الحالة الاخيرة ينتج عن التعبير عن الارادة بالفسخ، فسخ العقد دون حاجة الى دور القاضي. ولذلك فإن الفسخ القضائي، من حيث اشتراك ارادة الدائن وعمل القاضي في حصوله، يقع وسطا بين انفساخ العقد بحكم القانون كما هو الحال عند استحالة التنفيذ بقوة قاهرة بعد التعاقد حيث لا يحتاج ذلك الى دور للإرادة ولا للقضاء، وبين فسخ العقد بالإرادة المنفردة وحدها اذا كان ذلك مشروطا بالعقد. ونقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع لبيان ذلك كله على النحو التالي:

الفرع الاول: طبيعة حق الدائن في طلب الفسخ القضائي.
الفرع الثاني: تعبير الدائن عن ارادته بالطلب الى القضاء فسخ العقد.
الفرع الثالث: خيار الدائن بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ.

الفرع الاول/ طبيعة حق الدائن في طلب الفسخ القضائي.

اعطت النصوص القانونية للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين، اذا اخل المتعاقد الاخر بما وجب عليه بالعقد، الحق في طلب فسخ العقد بعد اعذار المتعاقد الاخر[٧٤]. وهذا الحق ليس حقا شخصيا بالمعنى الذي حددته المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي، اذ انه ليس رابطة بين دائن ومدين تخول الاول مطالبة الثاني بالقيام بأداء معين. كما انه ليس بالحق العيني بالمعنى الذي حددته المادة ٦٧ من القانون نفسه، فهو ليس سلطة مباشرة على شيء معين. وهو كذلك ليس مجرد رخصة "وهي مكنة واقعيه لاستعمال حرية من الحريات العامة او هي اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة"[٧٥] كحرية العمل، وحرية التنقل، وحرية التملك. فالحق في طلب الفسخ أعلى من الرخصة، وادنى من الحق الشخصي او الحق العيني بالمعنى المتقدم. هو من طائفة من الحقوق تطلق عليها تسميات متعددة مضمونها واحد، فتسمى احيانا (الحقوق المنشئة)، وتعرف بأنها "مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص في ان يحدث اثرا قانونيا بمحض ارادته"[٧٦]، كما يطلق عليها بعضهم الحقوق الارادية او الحقوق الترخيصية وتقوم "على مكنة انشاء علاقات قانونية او تعديلها او القضاء عليها لمصلحة من يتصرف على هذا الوجه او لمصلحة الغير"[٧٧]، وهذه الطائفة من الحقوق اما ان تكون حقوقا ترخيصية (ارادية) منشئة: وهي التي يترتب على استعمالها انشاء علاقة قانونية، او الحصول على حق

عيني، او شخصي مثل حق من وجه اليه الايجاب في ان يقبله، والحق في الشفعة وحق الاصيل في اقرار تصرفات الوكيل التي تتجاوز حدود الوكالة. وقد تكون الحقوق الترخيصية (الارادية) معدلة، وهي التي يترتب على استعمالها تعديل علاقة قانونية كحق الخيار في الالتزام التخييري، وكحق تعيين "الغير" في الاشتراط لمصلحة "الغير". كما قد تكون حقوق ترخيصية منهية او قاضية، وهي التي يترتب على استعمالها انقضاء علاقة قانونية، ومثالها الحق في ابطال علاقة قانونية، او فسخها. والحق في طلب فسخ العقد او فسخه بإرادة الدائن اذا كان له هذا الحق هو من الحقوق الترخيصية (الارادية) المنهية او القاضية. وقد ينشأ الحق في الانهاء في الوقت نفسه مع الحق الاصلي، مثل حق القاصر في ابطال العقد الذي ابرمه وقت ان كان قاصرا، وحق من عيبت ارادته ان يتمسك بإبطال التصرف القانوني في القانون المدني المصري، او نقضه في القانون المدني العراقي. وقد ينشأ الحق، في الانهاء، بعد نشوء الحق الاصلي؛ بسبب حدوث امور طارئة، مثل الحق في الفسخ الذي ينشأ بعد التعاقد اذا لم ينفذ احد المتعاقدين التزامه في عقد ملزم للجانبين[٧٨]. ومن هذا يظهر ان الحق في الفسخ ينشأ بعد نشوء العقد؛ وذلك اذا لم ينفذ احد المتعاقدين الزامه العقدي. ولا فرق في ذلك بين ان يكون الفسخ يتوقف على صدور حكم قضائي او دون الحاجة الى حكم قضائي ، اذا كان الحق في الفسخ مشروطاً بالعقد[٧٩]. من هنا يتضح لنا ان حق الدائن في طلب الفسخ القضائي حق ينشأ له عندما يحصل اخلال من المتعاقد الاخر في تنفيذ التزامه العقدي، وهو حق اعلى من الرخصة وادنى من الحق الكامل، ولذلك يحتاج الى ان يعبر الدائن عن ارادته في طلب فسخ العقد من القضاء بغية الوصول الى الحكم القضائي بالفسخ. والفقه الاسلامي عرف، كذلك، هذه المنزلة الوسطى بين الرخصة وبين الحق الكامل[٨٠]. ويطلق بعض فقهاء المسلمين على صاحب الرخصة "من ملك ان يملك" وعلى صاحب المنزلة الوسطى "من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك" اما من له حق الملك الكامل فهو المالك[٨١].

الفرع الثاني/ تعبير الدائن عن ارادته بالطلب الى القضاء فسخ العقد .

يتوجب لحصول الفسخ القضائي، ان يطلب الدائن ذلك من القضاء المختص. وقد نصت القوانين المدنية محل المقارنة على ذلك صراحة، فقد جاء في المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي "في العقد الملزم للجانبين اذا لم يوفي احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ ...."، وجاء في المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري في فقرتها الاولى "في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوفي احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره للمدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه"، اما المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي فجاء نصها اكثر وضوحا. فقد ورد في سياقها "....يكون للطرف الذي لم يوف له بالالتزام، الخيار بين ان يجبر الطرف الاخر على تنفيذ العقد اذا كان ذلك ممكنا او ان يطلب الفسخ مع التعويضات ويجب ان يطلب الفسخ قضاءً". وقد تقدم ذكر النص الكامل لهذه المواد. ولذلك يتوجب ان تقام دعوى قضائية، ولا يمكن للدائن ان يعد نفسه متحررا من العقد لمجرد حصول الاخلال من المدين[٨٢]. والى هذا تذهب محكمة النقض الفرنسية[٨٣]. وهذا الامر واضح؛ لان القضاء في المسائل المدنية لا يتدخل من تلقاء ذاته ما لم يطلب اليه ذلك فهو قضاء مطلوب[٨٤]. والقاضي لا يستطيع الحكم بالفسخ من تلقاء نفسه مالم يتمسك به الدائن بوصفه

الاقدر على ادراك مصلحته[٨٥]. وقد سبق القول ان الاصل في الفسخ ان يتم قضاءً. فالقضاء هو المرجع في حل منازعات، والقاضي حكم محايد وهو الذي يفصل في النزاع بين الخصوم[٨٦]وطلب الفسخ، كما سبق القول، لابد ان يكون من خلال دعوى قضائية[٨٧]. وحسبنا هنا ان نشير بإيجاز الى الجوانب الاجرائية، ذلك بان بحثها يخرج عن نطاق هذه الاطروحة. فالدائن طالب الفسخ يجب ان تتوفر فيه اهلية التقاضي، وهي كما حددتها المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل "الاهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، والا وجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانونا في استعمال هذه الحقوق". ويرى بعضهم ان الاهلية المطلوبة، هنا، هي الاهلية اللازمة ذاتها لاستعمال الحقوق، وهي لا تخرج عن اهلية الاداء[٨٨] ، ويرجع فيها الى احكام القانون المدني (المواد ٩٣ - ١١١) من القانون المدني العراقي، والمواد ٢٧ – ٣٩ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل، وغيرهما من القوانين اذا ورد فيها نص خاص بالأهلية.

بينما يرى بعضهم الاخر ان الاهلية المطلوبة هي اهلية القيام بأعمال التصرف في هذا الحق "ذلك لان الحق يتعرض نتيجة التقاضي لمخاطر تهدد وجوده . فقد يقضى ضد الخصم مما يعني حرمانه نهائيا من الحق. ولذا فإن تقديم الخصم لدفاع غير سليم او غير كاف يؤدي الى ذات النتيجة العملية التي يؤدي اليها التصرف في الحق"[٨٩]. ويفصل الفقه المدني اكثر مشيرا الى ان الفسخ بوصفه يصيب العقود الملزمة للجانبين فيزيل اثارها ويعيد الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإنه يعد عملا من اعمال التصرف اذا لحق عقدا من عقود التصرفات، وهو عمل من اعمال الادارة اذا انصب على عقد من هذا النوع[٩٠]. ونحن نؤيد هذا الرأي الاخير، اي ان الاهلية المطلوبة لطلب الفسخ هي اهلية الاداء المحددة في القانون المدني والقوانين الخاصة الاخرى ". ويلزم من هذا ان الاهلية اللازمة لاستعمال حق الفسخ ورفع الدعوى به هي الاهلية اللازمة لإبرام العقد المراد فسخه"[٩١]. والدائن، طالب الفسخ، اذا لم يكن يمتلك الاهلية اللازمة فلا يمكنه طلب فسخ العقد، ويجب ان يتولى ذلك عنه نائبه القانوني، او يوكل هذا الاخير، غيره، للقيام بذلك[٩٢]. "فإن طلبه الوكيل تعين ان يكون سند وكالته يتسع لهذه الاعمال"[٩٣]. ويجب ان تتوفر اهلية التقاضي كذلك في الخصم الموجه اليه الاجراء[٩٤] ، اي في المدين الذي هو الطرف الاخر في العقد المطلوب فسخه في هذه الحالة، ذلك بان الحكم بالفسخ يمكن ان يعني حرمانه من حقه، ولذا يجب ان يكون في وضع يمكنه من الدفاع عن حقه والرد على ما يتخذ ضده من اجراءات. وقد نصت المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقن ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على ذلك بقولها "يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعا بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، والا وجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانونا في استعمال هذه الحقوق"[٩٥] .بقي ان نشير الى ان طلب الفسخ القضائي بوصفه اجراءً قضائياً فإنه يكون شكليا، اي انه يجب ان يتم على وفق الشكل الذي يقرره القانون، لا تبعا للشكل الذي يختاره من يقوم به، والشكلية في العمل الاجرائي مقررة لصحة العمل لا لإثباته.[٩٦] "ولذا يعد الشكل عنصرا من عناصر الاجراء القضائي بل هو اهم هذه العناصر"[٩٧].وتتضح الشكلية من خلال نص المادة ٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي، والتي نصت في فقرتها الاولى على ان "كل دعوى يجب ان تقام بعريضة". ثم بينت المادة ٤٦ من القانون نفسه البيانات التي يجب ان تشتمل عليها

عريضة الدعوى[٩٨] ، كما يمكن ان يكون طلب الفسخ اثناء نظر دعوى التنفيذ العيني، وذلك اذا عدل الدائن وطلب فسخ العقد، ما لم يكن قد نزل عن حقه في طلب الفسخ[٩٩] .وكما يكون طلب الفسخ صريحا يمكن ان تستخلصه المحكمة من خلال مضمون عريضة الدعوى. فقد ذهبت محكمة التمييز في العراق الى انه "اذا طلب المتعاقد في دعواه اعادة العربون لعدم مطابقة المبيع للأنموذج يكون طلب الفسخ حاصلا ضمنا"[١٠٠] ، وقضت محكمة النقض في مصر بأنه "اذا كان المشتري قد طلب الحكم له باسترداد ما عجله من الثمن، وبراءة ذمته من السند المحرر بالباقي من هذا الثمن بسبب وجود عيب خفي جسيم في المبيع فإنه يكون قد طلب فسخ العقد ضمنا"[١٠١] .

الفرع الثالث/ خيار الدائن بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ .

يفيد من نص المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي والتي تقول ".... جاز للعاقد الاخر .... ان يطلب الفسخ"، أن طلب الفسخ مقرر على سبيل الجواز لا على سبيل الوجوب، مما يدل على ان للمتعاقد ان يطلب اجبار المتعاقد الاخر على تنفيذ التزامه بدلا من فسخ العقد[١٠٢] ، اما المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري فإنها صريحة في خيار الدائن بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ، حيث تقول "جاز للمتعاقد الاخر ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه ". كذلك المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي فإنها صريحة بشأن خيار الدائن هذا بالقول "... بل يكون للطرف الذي لم يوف له بالالتزام الخيار بين ان يجبر الطرف الاخر على تنفيذ العقد اذا كان ذلك ممكنا او ان يطلب الفسخ...."فاذا اقام الدائن الدعوى طالبا فسخ العقد، فانه يستطيع ان يعدل عن طلبه هذا ويطلب تنفيذ العقد وكذلك فإنه يستطيع اذا طلب التنفيذ العيني متى كان ممكنا، ان يعدل الى طلب الفسخ كل هذا ما لم يكن قد نزل عن احد الطلبين وليس رفع الدعوى بطلب احد الخيارين يعد نزولا عن طلب الاخر[١٠٣]. وتذهب محكمة النقض الفرنسية الى انه في حال تخلف احد الطرفين عن تنفيذ التزامه العقدي يكون للطرف الاخر الخيار بين الغاء العقد، او تنفيذه، اذا كان هذا التنفيذ ممكنا، طالما لم يتنازل عن اي منهما ، وان الطلبات المقدمة منه بقصد الالغاء، لا تفترض بذاتها وحتما، وفي غياب اي ظرف اخر يكشف عن ارادته ، تنازله النهائي عن حق المطالبة بالشيء او بالعمل المتعهد به[١٠٤] .

والنزول عن الحق في طلب الفسخ والاكتفاء بدعوى التنفيذ، يمكن ان يحصل قبل تحقق عدم التنفيذ، كما يمكن ان يحصل بعد ذلك. والنزول عن الحق في الفسخ بعد تحقق عدم التنفيذ جائز، ذلك بان الشخص يمكن ان ينزل عن حقه، بعد ان يكون قد اكتسبه بصفة نهائية، والحق في الفسخ يتحقق بعد حصول عدم التنفيذ كما سبق بيان ذلك. والنزول عن الحق في الفسخ في هذه الحالة لا يفترض، بل لابد من استنتاجه من افعال لا يُشك في انه قصد بها النزول، او من افعال تستلزم النزول حتما. فلا يستنتج النزول، مثلا، من مجرد نزول الدائن مؤقتا عن المطالبة بالفسخ[١٠٥]. اما النزول عن الحق في الفسخ قبل تحقق عدم التنفيذ، اي قبل ان يصير بالإمكان استعمال الحق في طلب الفسخ. فقد اثار خلافا بشأن جوازه. غير ان الراجح ان هذا النزول جائز؛ لعدم تعلق الحق بالفسخ بالنظام العام اذ هو مقرر لمصلحة صاحبه، ويجوز، من ثم، لصاحب الحق في الفسخ ان ينزل عنه مكتفيا بدعوى التنفيذ. ويؤيد ذلك ما نصت عليه القوانين من جواز الاتفاق على اعفاء المدين من اي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه العقدي الا ما نشأ عن غشه، او

عن خطئه الجسيم[١٠٦]. وقضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بإمكانية التنازل مقدما عن التمسك بأحكام المادة ١١٨٤ الخاصة بالحق بطلب الفسخ لعدم التنفيذ[١٠٧]، فالنزول عن الحق في الفسخ، هو من قبيل شرط الاعفاء من المسؤولية التعاقدية، فيكون صحيحا قانونا، والقانون جوز النزول مسبقا عن بعض الحقوق كالحق في الشفعة (المادة ١١٣٤- د من القانون المدني العراقي، والمادة ٩٤٨- أ من القانون المدني المصري). ولا يمنع، من ذلك، ما نص عليه المشرع من بعض الاستثناءات، كعدم جواز النزول عن الحق في التقادم قبل ثبوت الحق فيه (المادة ٤٤٣-١و٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ٣٨٨-١و٢ من القانون المدني المصري)، وهذه الاستثناءات نص عليها المشرع، وليست هي القاعدة العامة ولاعتبارات قدرها المشرع[١٠٨]. وتؤيد محكمة النقض المصرية جواز الاتفاق على النزول عن حق طلب الفسخ مسبقا[١٠٩]، وهذا هو الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسيان[١١٠].

المطلب الثالث/ دور القضاء في الفسخ القضائي .

اذا تحققت العناصر والشروط التي عرضناها، بأن طلب الدائن من القضاء فسخ العقد اللازم الملزم للجانبين الذي اخل العاقد الاخر بتنفيذه مع ما يتصل بذلك من شروط، فإن الامر اصبح في عهدة القضاء الذي يستعمل سلطته التقديرية في تحديد ما اذا كان الامر يستحق الحكم بفسخ العقد ام لا. ثم ان الحكم بفسخ العقد قضائيا، متى صار نهائيا ينشئ حالة جديدة لم تكن موجودة من قبل ومراكز قانونية لم تكن قائمة قبل هذا الحكم. وبذلك يحسن تقسيم هذا المطلب على **الفروع التالية:**

الفرع الاول: الطبيعة القانونية لدور القضاء في فسخ العقد.

الفرع الثاني: مدى السلطة التقديرية للقضاء في الحكم بالفسخ.

الفرع الثالث: الحكم القضائي منشئ للفسخ.

الفرع الاول/ الطبيعة القانونية لدور القضاء في فسخ العقد .

يعد حسم الدعوى اهم الاعمال التي يقوم بها القاضي[١١١]، ذلك بان كل الاجراءات، التي تسبق ذلك، هي بمثابة التمهيد للفصل في القضية المطروحة. فما هي طبيعة عمل القاضي، وهو ينظر الدعوى التي طالب فيها الدائن بفسخ العقد ليصل الى اصدار حكمه بالفسخ؟ يتمثل دور القاضي بتطبيق قواعد القانون في حالة محددة. وهو للقيام بهذه المهمة يجب ان يتأكد من ان الحالة المحددة تأخذ تكييفا قانونيا معينا، وان هذا التكييف المعين تنطبق عليه القاعدة العامة[١١٢]، ومن خلال ذلك يصل الى قرار قضائي، وليس للإرادة شأن في هذه العملية[١١٣]. فالقاضي، في هذا، لا يعمل ارادته وانما ارادة القانون، الذي يلزم بحكم وظيفته بالحكم وفقا له "فهو في تطبيقه للقانون يؤدي واجبا تجاه الدولة"[١١٤]، اي ان عمل القاضي في الحكم انما هو مجهود عقلي يستعمل فيه القاضي منطقه القضائي وثقافته القانونية للوصول الى القرار المطلوب. ولا شك ان القاضي يصدر الحكم بإرادته، ولكن ارادة القاضي ليست هي التي تكون مضمون الحكم، ولهذا لا يمكن عد الحكم تصرفا قانونيا[١١٥]. وبهذا يكون عمل القاضي عمل مادي يتمثل في المجهود الذهني الذي يبذله للوصول الى صحيح حكم القانون في القضية المطروحة عليه للحكم فيها[١١٦].

الفرع الثاني/ مدى السلطة التقديرية للقضاء في الحكم بالفسخ .

اذا طلب الدائن الفسخ من القاضي، فإن هذا الاخير لا يكون ملزما بإجابة الطلب بل يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك[١١٧]. كما ان اقامة الدعوى الرامية الى الفسخ، او الى تطبيق شرط الالغاء لا تؤدي بذاتها الى انهاء العقد[١١٨]، واذا رجعنا الى النصوص القانونية ذات الصلة، يمكن ان نستخلص عددا من الخيارات امام القاضي[١١٩]، فهو يستطيع، اولا، ان يمنح المدين مهلة لتنفيذ التزامه. والقوانين صريحة في ذلك فالمادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي نصت "..... على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل ....."، اما المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري فنصت في فقرتها الثانية على ما يلي :"ويجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ....."، بينما نصت المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي على انه "يجوز ان يمنح المدين مهلة على حسب الاحوال ". ومما يحمل القاضي على منح المدين مهلة للتنفيذ، ان يكون للمدين عذراً في تأخره في التنفيذ، او ان يكون ما يصيب الدائن من ضرر بسبب التأخر في التنفيذ قليل[١٢٠]، لا يسوغ اجابة طلب الفسخ على الفور. والقاضي يستوحي قراره في ذلك من الظروف المحيطة بالقضية، وتلك مسألة وقائع يترك تقديرها لقاضي الموضوع دون تعقيب من محكمة التمييز[١٢١].وقد ذهبت محكمة التمييز في العراق الى "انه ما دام طلب الفسخ سببه عدم تنفيذ المتعاقد الاخر لالتزامه العقدي فإن المحكمة متى انست من هذا المتعاقد استعدادا لتنفيذ التزامه، ان تضرب له مهلة للتنفيذ، فإذا نفذ التزامه خلالها قضت برد طلب الفسخ"[١٢٢]. ولا يمنع القاضي من ان يعطي مهلة للمدين ان يكون الدائن قد اعذره قبل رفع الدعوى[١٢٣]، واذا اعطي المدين مهلة فعليه القيام بالتنفيذ خلالها، وليس له ان يتعداها وليس للقاضي ان يعطيه مهلة اخرى[١٢٤]. وتذهب محكمة النقض الفرنسية ليس فقط الى عدم منح مهلة ثانية، وانما اذا حصل وقف لهذه المهلة بسبب القوة القاهرة فإنه لا يمكن تجديدها[١٢٥]. ولذلك يعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه اذا انقضت المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك[١٢٦]. بينما يرى بعضهم انه لا يوجد نص في القانون يمنع منح المدين مهلة اخرى ويجب ترك الامر لتقدير المحكمة[١٢٧]. ويختلف هذا الاجل الذي يمنحه القاضي في دعوى الفسخ من نواحٍ عدة عن الاجل الذي يمنحه في دعوى التنفيذ والذي اجازته المادة ٣٩٤-٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ٣٤٦-٢ من القانون المدني المصري، والمادة ١٢٤٤- ١ من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ٦٥٠-٩١ في ٩- تموز-١٩٩١ المادة ٨٣ منه[١٢٨].فلا يمكن للمتعاقدين استبعاد سلطة القاضي في منح الاجل في دعوى التنفيذ، والراجح ان هذه السلطة هنا من النظام العام[١٢٩]، بل ان المادة ١٢٤٤-٣ من القانون المدني الفرنسي، قد نصت على أن "كل اشتراط مخالف لأحكام المادتين ١٢٤٤-١ و ١٢٤٤-٢ يعد كأنه لم يكن.". اما سلطة القاضي في منح المهلة في دعوى الفسخ فإنها ليست من النظام العام، ويدل على ذلك امكان اتفاق المتعاقدين مسبقا على عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار او حكم قضائي، وهو ما نصت عليه المادة ١٧٨ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٥٨ من القانون المدني المصري، والمادة ١١٨٣ من القانون المدني الفرنسي، كما يمكن ان يمنح القاضي اجلا ثانيا في دعوى التنفيذ اذا لم يفلح في اتمام التنفيذ في الاجل الاول الذي منح له، وكانت الظروف التي تسوغ ذلك ما تزال قائمة، بينما يذهب الرأي الراجح الى عدم اعطاء مهلة ثانية في دعوى الفسخ وقد تقدمت الاشارة الى ذلك.اما الخيار الثاني امام القاضي

فهو خياره في رفض طلب الفسخ، وقد اكدت النصوص القانونية هذا الخيار بوضوح . فالمادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي جاء في ذيلها ".... كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته."، كما ورد مثل هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري. وهو يفهم من سياق المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي، فقد ان هذه المادة اكدت على ان العقد "لا يفسخ من تلقاء نفسه .... ويجب ان يطلب الفسخ قضاءً"، فإيجاب دور القضاء في الفسخ يستلزم ان تكون له سلطة تقديرية في الحكم به او رفضه[١٣٠]. وقضاء المحكمة برفض دعوى الفسخ لا يمنع من التمسك بسبب اخر من اسباب الفسخ، غير السبب الذي رفضت دعوى الفسخ بشأنه، سواء كان ذلك في صورة دفع او برفع دعوى فسخ جديدة. اذ لا يحوز الحكم النهائي برفض الفسخ قوة الامر المقضي الا بالنسبة لسبب الفسخ المقام عليه الدعوى[١٣١].

والقاضي لا يحكم بالفسخ الا اذا كان عدم التنفيذ على قدر من الاهمية بحيث يسوغ الفسخ[١٣٢]، ويكون تقدير اهمية الجزء الذي لم ينفذ والذي يسوغ الفسخ من عدمه على اساس من معيارين، احدهما شخصي يعتد فيه بنية المتعاقدين، واهمية عدم التنفيذ في قصدهما، وما اذا علقا بقاء العقد على تنفيذ ذلك الجزء من عدمه. اما المعيار الموضوعي فيتم، على وفقه، قياس عدم التنفيذ على اساس من نسبته الى جملة المحل، اي ان المعيار الموضوعي يقاس به عدم التنفيذ على اساس كمي[١٣٣]. ويدل نص المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٥٧ من القانون المدني المصري على اخذهما بالمعيار الموضوعي[١٣٤]. ومع ذلك، فقد يعمد المشرع الى اعتماد المعيار الشخصي في تحديد كفاية الاخلال للحكم بفسخ العقد. من ذلك ما نصت عليه المواد ٤٣٣ ، ٤٣٨ ، ٤٤٤-١ من القانون المدني المصري، حيث تأخذ بمعيار شخصي في تقدير جسامة عدم التنفيذ، هو ان تكون جسامة عدم التنفيذ تبلغ حدا لو علمه المتعاقد الاخر لما أتمَّ العقد. بينما اعتمد المشرع العراقي المعيار الموضوعي كما نصت على ذلك المادة ٥٤٦-١ من القانون المدني.وبذلك يبقي القاضي على العقد مكتفيا بتعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ بعض الالتزام.ويمكن ان نلحظ المعيار الشخصي في تقدير الاخلال في المادة ١٦٣٨ من القانون المدني الفرنسي الخاصة بضمان الاستحقاق التي قضت بحق المشتري في الغاء عقد البيع اذا ظهر ان العقار المبيع كان مثقلا بحقوق ارتفاق غير ظاهرة لم يصرح بها، وكانت من الاهمية بحيث يفترض ان المشتري لو علم بها لما اشترى[١٣٥]. وعلى المعيار نفسه اعتمدت المادة ١٦٤١ من القانون المدني الفرنسي الخاصة بضمان العيوب الخفية.

كما يستطيع القاضي ان يلجأ الى حل اخر، وهو فسخ العقد جزئيا؛ وذلك بأن ينقص من كم اداء الدائن بقدر ما نقص في اداء المدين بسبب عدم التنفيذ الجزئي. ولهذا الحل تطبيقات نجدها في ثنايا القوانين المدنية، من ذلك ما نصت عليه المادة ٥٤٣ من القانون المدني العراقي من خيار للمشتري بأخذ المبيع الناقص بحصته من الثمن، وما نصت عليه المادة ٥٣٨ من القانون المدني المصري من خيار المشتري بين فسخ البيع او انقاص الثمن اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه، وكذلك ما نصت عليه المادة ٧٥١-٢ من القانون المدني العراقي من حق المستأجر في الخيار بين فسخ الاجارة او انقاص الاجرة في حالة الهلاك الجزئي للمأجور. ومثل ذلك ما نصت عليه المادة ٥٦٩-٢ من القانون المدني المصري في حال الهلاك الجزئي للمأجور.

وانقاص الثمن لنقص المبيع او انقاص الاجرة لهلاك المأجور جزئيا امثلة على الفسخ الجزئي للعقد(١٣٦). غير ان هذا الحل لا يلجأ اليه القاضي الا اذا كانت الالتزامات تقبل التجزئة دون ان يفوت ذلك على المتعاقد غرضه من ابرام العقد. وما يقال عن عدم التنفيذ، يقال عن التأخير في التنفيذ اذا كان جسيما، وهو يكون كذلك اذا ترتب عليه ضرر كبير للدائن، او اذا فاتت منفعة الاداء؛ بسبب هذا التأخير ويكون على القاضي، عندئذ، الحكم بالفسخ(١٣٧). ويعود الى قاضي الموضوع تقدير ما اذا كان التأخير في التنفيذ على قدرٍ كافٍ من الخطورة تسوغ الالغاء(١٣٨) (اي الفسخ القضائي حيث يعبر عنه في فرنسا بالإلغاء).ويلعب سوء نية المدين دوراً في اتساع سلطة القاضي التقديرية، حتى انه يجوز له ان يحكم بالفسخ ولو كان مقدار عدم التنفيذ ضئيلا لا يسوغ الفسخ عادة وذلك لان العقود يجب ان تنفذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية(١٣٩).

الفرع الثالث/ الحكم القضائي منشئ للفسخ .

يوصف الحكم بفسخ العقد قضائيا بأنه حكم منشئ(١٤٠). فلا يعد العقد مفسوخا الا من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا(١٤١). وتتطلب معرفة مدلول مصطلح الحكم المنشئ الرجوع الى فقه المرافعات فهناك يحظى الموضوع ببعض التفصيل(١٤٢) . فالحكم المنشئ هو الحكم الذي يقرر انشاء، او تعديل، او انهاء حق، او مركز قانوني موضوعي، او هو الحكم الذي يحدث تغييرا في حقوق الافراد، او مراكزهم الموضوعية، ومثاله الحكم بالشفعة الذي ينقل للمدعي ملكية العقار والحكم بتعديل الالتزام العقدي في دعوى الاستغلال، او الحوادث الطارئة، والحكم بالفسخ القضائي الذي ينهي العلاقة القضائية بما يرتبه ذلك من حقوق ومراكز قانونية(١٤٣). وقد مر بنا ان المتعاقد في العقد اللازم الملزم للجانبين ينشأ له حق ارادي، او ترخيصي عندما يخل المتعاقد الاخر في تنفيذ التزامه العقدي، ولكن هذا الحق الارادي لا يكفي لفسخ العقد بالإرادة المنفردة حسب الفرض؛ ذلك لعدم وجود الخيار، لعدم اشتراط حق الفسخ دون حكم قضائي في العقد، انما يخول هذا الحق الارادي صاحبه (الدائن) باللجوء الى القضاء للوصول الى هذا الفسخ، والذي يمر بالسلطة التقديرية للقضاء، والذي قد لا يحكم بالفسخ تبعا لاهمية عدم التنفيذ (الاخلال) وقد سبق تفصيل ذلك، وقد يحكم بالفسخ فينشئ الحالة الجديدة التي يزول معها العقد وتنشأ مراكز قانونية جديدة. فالقانون (في حال الفسخ القضائي) جعل ارادة الفرد قاصرة وحدها عن الوصول الى غاية الحق الارادي او المنشئ.

ومع ان الحكم القضائي بالفسخ منشئ لحالة جديدة الا ان اثره يستند(كأصل) الى وقت نشوء العقد، وهو ما يعرف بالأثر الرجعي للفسخ. وليس ذلك بغريب، فهناك احوال اخرى يكون الحكم القضائي فيها منشئاً ومع ذلك يكون له اثر رجعي؛ فالحكم بالشفعة حكم منشئ ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم(١٤٤). والحكم المنشئ يؤدي دوره في حماية الحق الارادي، او المنشئ واحداث التغيير القانوني بمجرد صدور الحكم النهائي ودون الحاجة الى التنفيذ الجبري، ولذلك فإنه لا يحتاج الى القوة التنفيذية، وبالتالي لا يتمتع بها ولا يعد سندا للتنفيذ القضائي(١٤٥)؛ فالحكم بفسخ العقد يزيل العقد منذ صيرورته حكما نهائيا وبأثر رجعي دون الحاجة الى اي اجراء اخر. وقضت محكمة النقض في مصر انه "اذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر اعمالا لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدني لا استنادا لوجود شرط فاسخ صريح

في العقد، فإن هذا القضاء يكون منشئا للفسخ لا مقرر له"[١٤٦] ويبقى الحكم القضائي بالفسخ منشئا لهذا الاخير رغم النص في العقد على شرط يفيد بأنه بمجرد التأخر في تنفيذ التزام معين يعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، فمثل هذا الشرط لا يغني عن الاعذار ولا عن الحكم القضائي الذي سيكون منشئا للفسخ لا مقررا له[١٤٧]. غير ان المتعاقدين اذا نصا في العقد على ان الفسخ يقع من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي، فإن الحكم القضائي الذي يصدر في مثل هذه الحالة يكون مقررا لا منشئا للفسخ[١٤٨]. وليس اختلاف حكم الفسخ بين ان يكون مقررا او كاشفا وان يكون منشئا اختلاف لفظي او شكلي، وانما تترتب عليه بعض الاثار. فعلى القول بأن حكم الفسخ منشئ يظل العقد قائما الى ان يقضي القاضي بفسخه، ويكون العقد قابلا للتنفيذ حتى صدور الحكم النهائي. اما اذا كان الحكم مقررا، او كاشفا للفسخ، فإن مقتضى ذلك ان لا يكون العقد قابلا للتنفيذ بعد الامتناع عن التنفيذ[١٤٩]. واعلان الدائن عن ارادته بفسخ العقد. ولابد ان نشير، هنا، الى ان الدائن، وهو يطلب من القضاء الحكم له بفسخ العقد، قد يطلب، الى جانب ذلك، تعويضه عن الضرر الذي لحق به بسبب اخلال المدين بتنفيذ التزامه، وقد اعطت النصوص القانونية هذا الحق للدائن[١٥٠]. غير ان طلب الفسخ يمكن ان يصحبه طلب تعويض، وقد لا يصحبه. فالطلبان مستقلان عن بعضهما، ولذلك فإن الحكم الذي يصدر في الدعوى يتضمن شقين، الاول فسخ العقد، والثاني التعويض ان كان له مقتضى. فحكم الفسخ منشئ، كما ذكرنا، فماذا عن الشق الخاص بالتعويض؟ هذا ما سنتناوله في المبحث التالي.

وهكذا يظهر لنا ان الفسخ القضائي واقعة قانونية مركبة، فالدائن، وهو صاحب الحق الارادي اوالترخيصي، لا يقدر وحده على الفسخ؛ لان العقد لازم بحسب الفرض، والقضاء وحده لا يمكنه ان يحكم بالفسخ دون طلب الدائن صاحب المصلحة والاقدر على تقديرها. ولكن بلجوء الدائن الى القضاء، يمكن الوصول الى الفسخ القضائي بتحقق الشروط الاخرى. فهنا واقعة مركبة من تصرف قانوني من الدائن يتمثل بطلب الفسخ، والعمل المادي للقاضي المتمثل في البحث عن صحيح حكم القانون في القضية وحسمها بإصدار الحكم. والتصرف القانوني والعمل المادي يقعان على محل، هو العقد اللازم الملزم للجانبين الذي تحققت فيه الشروط السابق ذكرها. وهذه الواقعة المركبة (الفسخ القضائي) هي المصدر، او الاصل الذي ينشأ منه الالتزام بالرد في المرحلة التالية للفسخ القضائي.

الخاتمـــة.

في ختام هذه الدراسة المتواضعة نوجز فيما يلي اهم النقاط التي توصلت اليها :

١- ان الفسخ القضائي واقعة قانونية مركبة تتكون من مركبتين لا غنى عن اي منهما لحصول الواقعة هما: تصرف قانوني بالإرادة المنفردة من احد المتعاقدين يتمثل في ان يطلب الى القضاء فسخ العقد، والمركبة الثانية هي العمل المادي للقاضي، وهو يستخدم سلطته التقديرية للوصول الى صحيح حكم القانون في النزاع المعروض عليه.

٢- ان محل واقعة الفسخ القضائي هو العقد اللازم الملزم للجانبين، فلا يكفي ان يكون العقد ملزما للجانبين حتى يكون فسخه قضائيا، وانما يجب ان يكون لازما ايضا. اذ لو كان غير لازم - كعقد المقاولة بالنسبة لرب العمل - فان المتعاقد لا يحتاج في فسخه الى اللجوء الى القضاء في

الحالة الخاصة الموصوفة، وانما يمكن لرب العمل ان يستخدم حقه القانوني فيفسخ العقد بإرادته المنفردة.

٣- لابد من توفر شروط معينه في محل الفسخ القضائي من اخلال مؤثر من احد المتعاقدين في تنفيذ التزامه رغم انذاره، مما يحمل القضاء للحكم بالفسخ، ومن استعداد المتعاقد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه وقدرته على اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد اذا فسخ العقد.

٤- ان حق المتعاقد في طلب الفسخ القضائي، مع انه حق مقرر بنص القانون، الا انه لا ينشأ على نحو مؤثر يؤدي استخدامه الى تحقيق نتيجته بفسخ العقد الا بتحقق الشروط المذكورة انفا.

٥- للقضاء سلطة تقديرية واسعة في الحكم بفسخ العقد او عدمه؛ وذلك بإعطاء المدين مهلة للتنفيذ، او اللجوء الى الفسخ الجزئي للعقد، وذلك تبعا للظروف.

٦- ان الحكم القضائي النهائي بفسخ العقد هو الذي ينشئ الفسخ القضائي وليس طلب المتعاقد او تعبيره عن ارادته للفسخ .

المقترحـات.

نقترح، في ضوء ما عرضناه، أن يضاف في مستهل الفقرة الأولى من المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي ما يقيّد الفسخ القضائي، ليكون مقتصراً على العقود اللازمة الملزمة للجانبين بدل أن يشمل العقود الملزمة للجانبين على إطلاقها، فيكون النص المقترح على النحو التالي:(**المادة ١٧٧ - ١ - :في العقود اللازمة الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين . . . .)**

الهوامـــش.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٩ ، الوسيط ، ج١ ، ص١٤٢ وما بعدها . د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، في مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص٢٨ وما بعدها . د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة لالتزام ، ج٢ ، مصادر الالتزام ، مكتبة نهضة مصر ، ١٩٥٤ ، ص٧ وما بعدها . د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، ط١ ، المكتبة القانونية – بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص٢٢ .

(٢) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ، ج٢، مصدر سابق ص٨ .

(٣) د. السنهوري، الوسيط ، ج١ ، مصدر سابق ص١٤٣ .

(٤) د. السنهوري، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ص١٤٥ في الهامش.

(٥) د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٩٩ – ٢٠٠٠ ، ص٢١٨.

(٦) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٥، ص١٣٣.

(٧) د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة، ١٩٥٦ ، ص٤٠٥. بينما يميز د. السنهوري بين الانحلال والابطال وكلاهما زوال للعقد ، د. عبد الزاق السنهوري، الوسيط ، مصدر سابق ، ص٧٧٦.

(٨) والدكتور الزلمي مع الرأي الذي يوسع نطاق الفسخ ليشمل العقود غير اللازمة بطبيعتها، او الملزمة لجانب واحد. ويعد الرأي الذي يحصر نطاق الفسخ بالعقد الملزم للجانبين خطأً ناتجاً من التأثر بالفقه الغربي والقانون المدني الفرنسي . د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، ط١ ، مطبعة شهاب اربيل ، ٢٠١٠ ، ص١٥٦.

(٩) د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥ ، ص٢٩٣.

(١٠) د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة لالتزام، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٣٦٢.

(١١) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الاول، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦ ، ص٢٤.

(١٢) د. السنهوري، الوسيط، ج١ ، مصدر سابق ص٧٧٦.

(١٣) د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط٢ بلا سنة طبع، ص٧.

(١٤) انظر د. مصطفى الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، مصدر سابق ص١٣٣ هامش رقم (٢) .

(١٥) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد السادس والخمسون، ١٩٨٦ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص١.

(١٦) د. جلال محمد ابراهيم، مصادر الالتزام، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٠، ص٢٥٣.

(١٧) بلانيول، ج٢ ، ف١٣٠٢ ، ص٤٣٨. نقلا عن د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، مصدر سابق ص٢٣ .

(١٨) د. مصطفى الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، مصدر سابق ص١٣٣ هامش رقم ٢.

(١٩) نقض مدني في ١٩٨٩/١/١٨ الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥٦ القضائية، عبد المنعم حسني المحامي الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١ وحتى عام ٢٠٠٥م .، الاصدار المدني، الجزء العاشر، مركز حسني للدراسات والاستشارات القانونية والمحاماة، ص٦١٠. الطعن رقم ٦٣٤٤ لسنة ٦٥ القضائية جلسة ١٩٩٦/١١/٢٧، الموسوعة الماسية، ج١٠ ، المصدر السابق ص٦٢٠. والطعن رقم ١٨٥٩ لسنة ٧٢ القضائية جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٣، الموسوعة الماسية، ج١٠ ، المصدر السابق ص٦٢٣.

(٢٠) الطعنان رقما ٢٨٦ لسنة ٣٨ القضائية و٥ لسنة ٣٩ القضائية جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣، الموسوعة الماسية، ج١٠، المصدر السابق ص٥٩٥.

(٢١) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق ، ص٢٣١.

(٢٢) د. سليمان مرقس، نظرية العقد ، مصدر سابق ص٤٠٥.

(٢٣) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، في انعقاد العقد، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص٥١٠. وانظر حكم محكمة التمييز الاتحادية قرارها رقم ٢٦ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٠٩ في ٢٠١٠/١٢/٢١ . النشرة القضائية، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى في جمهورية العراق، ع ١٨ (ع٣ لسنة ٢٠١١) ايار، حزيران ٢٠١١ ص٢١ – ص٢٢. وقضت محكمة التمييز في العراق انه "اذا تبين ان الاموال المتعاقد على شرائها هي من الاموال التي لا يجوز التعامل بها لكونها غير مرسمة كمركياً وحكم بمصادرتها فان مثل هذا العقد يعد باطلا قانونا ولا يلحقه الفسخ" قرارها رقم ٧٠٤ / مدنية منقول/٨٦/٨٥ في١٩٨٦/١١/١٠ مجموعة الاحكام العدلية تصدرها وزارة العدل العراقية العددان ٣ و٤ لسنة ١٩٨٦ ، ص٣٣.

(٢٤) قرارها رقم ٤٠ / هيئة عامة اولى / ٩٧٦ في ١٩٧٦/٤/١٠، مجموعة الاحكام العدلية، العدد ٢ ، س٦، ١٩٧٦، ص٨٤، وجاء فيه " لا يفسخ عقد الايجار المنتهية مدته لانه من العقود الزمنية ويحكم بالفسخ اذا اقيمت الدعوى به خلال مدة العقد ولو انتهت المدة اثناء نظر الدعوى " . وبالمعنى نفسه قرارها ١١٩٠ – ح – ١٩٥٥ في ١٩٥٥/٩/١٧ مجلة القضاء، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق، ع٥ ، س١٣ ، كانون الاول ١٩٥٥، ص٧٠ – ص٧١ . وقضت انه "اذا لم يتخذ المستأجر الاجراءات اللازمة لفسخ عقد الايجار بسبب عدم تسليمه المأجور فلا يقبل منه ذلك بعد انتهاء مدة العقد" . رقم القرار ١٠٤ / مدنية رابعة / ٩٧٨ في ١٩٧٨/١/٢٨ مجموعة الاحكام العدلية ، ع١ ، س٩ ، ١٩٧٨ ، ص٤٧.

(٢٥) حيث قضت بأنه يمكن الطلب الى القضاء الغاء العقد حتى ولو انتهت مدته بتاريخ الفصل في هذا الطلب . Cass. Civ. 19 Sep. 2006 .ccc. 2007 , n° 2 note Leveneur : RTD. Civ. 2007 , 117, Obs. Mestre et Fages. Code civil 112e édition Dalloz 2013 p. 1464 n° 17.

(٢٦) ويقصد بالحكم القضائي هنا: القرار الذي تصدره المحكمة وفقا لقواعد قانون المرافعات والذي يتم بمقتضاه حسم النزاع المعروض على المحكمة . فالحكم قرار نهائي يعلنه القاضي في نطاق خصومة معروضة عليه متبعا في ذلك اجراءات شكلية معينه بصدد واقعة تجهيل، تكتنف عائدية حق يدعيه طرف وينكره طرف اخر. ولكي يكتسب الحكم هذه الصفة يلزم ان يصدر من قبل القضاة في منازعة رفعت اليهم وفقا لقواعد قانون المرافعات، وبالشكلية التي يحددها القانون . انظر في ذلك د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المنية ، وزارة التعليم العالي والبحث العملي، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠٠٦ ، ص٣٤٦.

(٢٧) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١ ، مصدر سابق ، ص٤٢٦.

(٢٨) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق ص٢٣١ . د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج١، مصدر سابق ص٤٢٦ . د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، مصدر سابق ص٤١٥. د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، عابدين، مصر ، ١٩٦٦، ص٣٢٧. د. السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق ص٧٨٥ . د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢ ، مصدر سابق ص٣٦٢. د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق ص٢٥٣. د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ١٩٦٠ ، ص٤٠٣. د. مصطفى محمد الجمال، القانون

المدني في ثوبه الاسلامي، مصادر الالتزام ، ط١، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، ص٤٨٨.
د. عصام انور سليم، الوجيز في عقد الايجار، منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٦، ص٤٩٢ .

(٢٩) الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٢٦ القضائية، جلسة ١٩٦٢/٢/٨، حسن الفكهاني وعبد المنعم حسين، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١ ، الاصدار المدني، ج٧ ، ص٧٩٦. والطعنان رقما ٣٩ و ٤٤ لسنة ١٣ و ١٤ القضائيتان، جلسة ٦/٨ / ١٩٤٤، الموسوعة الذهبية، المصدر السابق نفسه ص٧٩٤ – ص٧٩٥.

(٣٠) بهذا المعنى انظر د. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، بلا سنة طبع ، ص١٧٣.

(٣١) بهذا المعنى د. سليمان مرقس، نظرية العقد، مصدر سابق ص٤١٨ . د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان ، ٢٠١٠ ، ص٢٦٠ – ص٢٦١.

(٣٢) انظر الفرع الثالث من المطلب الثالث من البحث .

(٣٣) والنص الفرنسي يجري على النحو التالي :

Article 1184 : La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et entérêts .

La résolution doit être demandée en justice , et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

نقلا عن الموقع: http://www.legifrance.gouv.fr/affich.code.do?

(٣٤) انظر المادة ٢٤٦ من القانون المدني الاردني والمادة ١٤٨ من القانون المدني السوري والمادة ٢٢٤ من القانون المدني اليمني والمادة ٢٠٩ من القانون المدني الكويتي والمادة ١١٩ من القانون المدني الجزائري والمادة ٢٤٢ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على سبيل المثل .

(٣٥) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٩م ، ص٧٨٨ . د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الاول ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦م ، ص٧. د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٠م ، ص٤٠٠ – ص ٤٠١ . د. علي نجيدة ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥م . ص٢٩٨ – ص٢٩٩. وبهذا المعنى د. عبد المنعم البدراوي ، الوجيز في عقد البيع ، ١٩٩٨ ص٢٦ .

(٣٦) د. سليمان مرقس ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٦م ، ص٧٣ . د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة، ط١ ، المكتبة القانونية – بغداد ، ٢٠٠٧ م ، ص٣٥ . د. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام – نظرية العقد ، المكتب المصري الحديث ، الاسكندرية ١٩٦٩ ص٢٩٠ . د. محمد ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الحقوق الشخصية ، مصادر الالتزامات – دراسة مقارنة ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، ٢٠١١ ، ص٦١ . د. نبيل ابراهيم سعد و د. محمد حسن قاسم ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠م . ص٢٦ . انور طلبة ، نفاذ وانحلال البيع المركز القومي للدراسات القانونية – مصر ، ٢٠٠٧م ، ص٦٩٢ – ص٦٩٣ . وانظر في الفقه الفرنسي Jacques Ghestin, traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin. 3e edition L.G.D.J. مترجم الى اللغة العربية بعنوان المطول في القانون المدني بإشراف جاك غستان . تكوين العقد ، تأليف جاك غستان ، ترجمة منصور القاضي ، مراجعة د. فيصل كلثوم ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٠ ، ص٣١ ، ونشير اليه فيما بعد على النحو التالي : Jacques Ghestin تكوين العقد .

(٣٧) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، ط١ ، مطبعة شهاب اربيل ،٢٠١١م ، مصدر سابق ص١٥٦.

(٣٨) والعقد اللازم هو العقد الذي لا يستقل بفسخه احد طرفيه . د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الاردنية الهاشمية والكويت ، مصادر الحقوق الشخصية ، مصادر الالتزامات ، المصادر الارادية ، مطبعة البيت العربي ، عمان – الاردن ١٩٨٤ م ، ص١٧٤ . والاصل في العقود اللزوم ، المصدر السابق ذاته ، ص١٧٣ اي عدم استقلال احد طرفي العقد بفسخه دون تراضٍ او تقاضٍ . انظر د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٧٧م ، ص٣١٤ – ص٣١٥ . واسباب عدم اللزوم كثيرة منها ذاتية منشأها طبيعة العقد ومنها عرضية ترجع الى عوارض خارجية منها ارادية كاشتراط احد العاقدين ان له الحق في الفسخ متى شاء ومنها لا ارادية اي ان مصدرها القانون . انظر للتفصيل د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ، ج١ ، بغداد بلا سنة طبع ص١٥٤ وما بعدها .

(٣٩) العقد الملزم للجانبين او التبادلي هو العقد الذي ينشئ التزامات (او حقوقا) متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين منذ تكوينه . مثاله عقود البيع والايجار والمقاولة وعقد العمل وغيرها. انظر المادة ١١٠٢ من القانون المدني الفرنسي ، التي عرفته بالقول : " يكون العقد متبادلا او ملزما للجانبين عندما يلتزم المتعاقدان بشكل متبادل بعضهم تجاه البعض الاخر " . وهذا نصها الفرنسي:

Article 1102 : Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

نقلا عن الموقع: http://www.legifrance.gouv.fr/affich.code.do?

اما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذي ينشئ التزامات في ذمة احد المتعاقدين دون الاخر بحيث يكون احد طرفيه دائنا فقط غير مدين والاخر مدين غير دائن كالوديعة بغير اجر . انظر المادة ١١٠٣ من القانون المدني الفرنسي ، التي عرفته بالقول : " يكون العقد من طرف واحد عندما يلتزم شخص او اكثر تجاه شخص اخر اواكثر بدون ان يكون ثمة أي تعهد من هؤلاء الاخرين " . وهذا نصها الفرنسي :

Article 1103: Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement.

نقلا عن الموقع: http://www.legifrance.gouv.fr/affich.code.do?

للتفصيل انظر د. سليمان مرقس ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص٧١ ، د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٦٢ . د. نبيل ابراهيم سعد و د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص٢٤ .

(٤٠) انظر درع حمد الدليمي ، انهاء العقد غير محدد المدة ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم السياسية والقانونية تصدر عن جامعة الانبار كلية القانون ، المجلد الاول ، العدد الخامس ، السنة ٢٠١٢ ، ص٢ و ص٤ .

(٤١) لابد ان نشير الى ان عقد المقاولة لازم من جهة المقاول (ما لم يشترط خلاف ذلك في العقد) اما من جهة رب العمل فإنه غير لازم في حالة خاصة ولازم في سواها. وبيان ذلك ان المقاولة عقد غير لازم اذا اراد رب العمل ان يستعمل حقه في التحلل من العقد في اي وقت على وفق المادة ٨٨٥ – ١ من القانون المدني العراقي ، ولكنه في هذه الحالة يدفع الى المقاول تعويضا كما لو كان العقد نفذ بطريق التعويض . د. سعيد مبارك . د. صاحب عبيد الفتلاوي . د. طه الملا حويش ، الموجز في العقود المسماة ، البيع – الايجار – المقاولة ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد – كلية القانون ، بغداد ١٩٩٢ – ١٩٩٣ ص٤٩٣ . اما في غير ذلك من الاحوال فإن رب العمل يمكنه ، اذا اخل المقاول بالتزاماته ان يلجأ الى طلب الفسخ القضائي حتى لا يدفع الى المقاول تعويضا على وفق المادة ٨٨٥ مدني بل قد يحصل هو على التعويض على وفق المادة ١٧٧ والمادة ١٨٠ من القانون المدني العراقي . وهذه الطبيعة يمتاز بها عقد المقاولة على اكثر العقود ، فرضها النص التشريعي مراعاة للغرض من هذا العقد . انظر للتفصيل د. سعيد مبارك واخرون المصدر السابق، ص٤٩٢- ص٤٩٣.

(٤٢) وقد تقدمت نصوص هذه المواد المتضمنة لهذا الشرط في مطلع الفرع السابق .

(٤٣) د. سليمان مرقس ، نظرية العقد ، مصدر سابق ص٤١٤.

(٤٤) د. سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥م . ص٢١١ وكذلك ص٢١٢ – ص٢١٣ .

(٤٥) انظر حكمها في الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ القضائية جلسة ٢٠٠٠/٧/١ ، اشار اليه المستشار سعيد احمد شعلة ، قضاء النقض المدني في المسؤولية والتعويض ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال ٧٢ عاما ، ١٩٣١ – ٢٠٠٢ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص٥٥٨ .

(٤٦) وقضت محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة التجارية بأنه : "للقاضي سلطة الحكم بالإلغاء القضائي في حال عدم التنفيذ الجزئي للعقد اذا تناول التزاما كان حاسما في ابرام العقد" Cass. Com. 2 juill. 1996 : bull. Civ. IV. N°, 198. Jcp 1996. I . 3983 n° 14 obs. Jamin ; Deferénois 1996, 1364, obs. Mazeaud. RTD. Civ. 1997. 130, obs. Mestre. C. civ. D. 2013 p1460 وانظر في لزوم ان يكون تقصير المدين خطيرا للحكم بالفسخ على وفق المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي Jérôme Huet, traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, les principaux contrats spéciaux. L.G.D.J. مترجم الى العربية بعنوان المطول في القانون المدني بإشراف جاك غستان العقود الرئيسية الخاصة ، تأليف جيروم هوييه ، ترجمة منصور القاضي ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٣ ، ص٢٣٨ . ونشير اليه فيما بعد Jérôme Huet العقود المدنية الرئيسة .

(٤٧) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، مصدر سابق ص٧٩٢. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج١ ، مصدر سابق ص٤٢٥ . بذات المعنى د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٤٠٢ . د. عمر علي الشامسي ، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية – عابدين بلا سنة طبع ص٢٦٥. د. توفيق حسن فرج ،مصدر سابق ص٢٩١ .

(٤٨) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج١ ،مصدر سابق ص٤٢٥ . انظر كذلك د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٤٠١ . د. علي نجيدة ، مصدر سابق ص٣٠٠. د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ص٢٩٠-ص٢٩١. عكس ذلك وأن حق المشتري في طلب الفسخ ، مطلق ولا يتحدد باشتراط ان يكون عدم التنفيذ راجعاً الى خطأ البائع ، د. عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الأهالي – بغداد ١٩٥٦ ص١٧٦ .

(٤٩) حيث قضت محكمة النقض المصرية "ان الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى في اسبابه الى ان المطعون عليهما – المشتريين – كانا معذورين في التأخير في اعداد مشروع العقد النهائي في الميعاد المحدد لذلك ، ثم قضى بفسخ عقد البيع وبرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون ان يبين ما اذا كان الطاعنان -البائعان- المقضي ضدهما بالفسخ قد اخلا بالتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد اخلالا يستوجب الفسخ فإنه يكون معيبا بالقصور في التسبيب " الطعنان رقما ٢٨٦ لسنة ٣٨ القضائية و ٥ لسنة ٣٩ القضائية ، جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣ . حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١ ، الاصدار المدني ، ج ٧ ، الدار العربية للموسوعات ،القاهرة – ١٩٨٢م ، ص٥٩٥ .

(٥٠) انظر حكم محكمة النقض المصرية في الطعنين رقمي ٣١٠١ و٣٨٢٣ لسنة ٧٢ القضائية ، جلسة ٢٠٠٤/٣/٩ . السيد خلف محمد ، عقد البيع في ضوء الفقه واحكام النقض ، ط٣ ، المركز القومي للاستشارات القانونية ، ٢٠٠٥م ، مصدر سابق ص١٠٩٢ – ص١٠٩٣ . وحكمها في الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٧٢ القضائية ، جلسة ٣/٩ /٢٠٠٤ المصدر السابق نفسه ص ١٠٩٠ – ص١٠٩٢ . والطعن رقم ١٢٣١ لسنة ٥٨ القضائية ، جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠ ، نقله السيد خلف

محمد ، المصدر السابق نفسه ص١٠١٣ . والطعن ١٠٧٤ لسنة ٥٢ القضائية ، جلسة ١٩٨٧/٦/٢٣ ، نقله السيد خلف محمد ، المصدر السابق نفسه ص١٠١٠ .

(٥١) Cass. Civ. 5fév , 1971 , Cité par Terré, Simler , lequette , droit civil, les obligations, 8e edition, Dalloz 2002 p.514 , note 3 .

(٥٢) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج١، مصدر سابق ، ص٤٢٦. د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ن ص٢٩٢ د. عصام انور سليم ، الوجيز في عقد الايجار ، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٦م ، ص٤٩٢ . وانظر حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٨٥ لسنة ١٩ القضائية ، جلسة ١٩٥١/٣/٨ . نقله السيد خلف محمد ، مصدر سابق ص١٠٧٩ .

(٥٣) انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية ، العدد ٨ / الهيئة الاستئنافية – عقار / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١/٢ . دريد داوود سلمان الجنابي ، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية – القسم المدني ، ج٣ ، بلا مكان وسنة طبع ، ص١٨١ .

(٥٤) انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية ، العدد ١٠٣ / الهيئة الاستئنافية – عقار / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١/١٥ . دريد داوود سلمان الجنابي ، المصدر السابق ص١٨٣ .

(٥٥) د. سليمان مرقس ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص٤١٤ – ص٤١٥ .

(٥٦) د. عصام انور سليم ، الوجيز في عقد الايجار ، مصدر سابق ص٤٩٢ . د. مصطفى عبد السيد الجارحي ، فسخ العقد ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية تصدر عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، العدد السادس والخمسون ، ١٩٨٦ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ م ، ص٦٢. انظر كذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم ٨٢٩ لسنة ٦٠ القضائية جلسة ١٩٩٤/٦/٩. احمد محمد عبد الصادق ، التقنين المدني ، شرح احكام القانون المدني ، ج١ ، ط١ ، دار القانون للإصدارات القانونية ٢٠١٣م ، ص٧١٢ .

(٥٧) Cass. Civ. 11 Juin 1991, Cité par Terré, Simler , lequette , op. cit. p.516 , note1 وانظر Jérôme Huet العقود الرئيسة الخاصة ، مصدر سابق ص٢٣٧ .

(٥٨) انور طلبة ، نفاذ وانحلال البيع ، مصدر سابق ص٧٤٩ .

(٥٩) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ،مصدر سابق ص٧٩٤ . د. مصطفى الجارحي ، مصدر سابق ص٦٢ . وانظر في فوائد الانذار في الفقه الفرنسي Jérôme Huet العقود الرئيسة الخاصة ، مصدر سابق ص٢٣٧ .

(٦٠) وهذه الاحوال فيما يتعلق بالالتزام العقدي هي : اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه ، واذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجدٍ بفعل المدين ان كان التنفيذ قد فات ميعاده او كان الالتزام هو امتناع عن عمل شيء وعمله المدين.

وقضت محكمة التمييز في العراق "لا موجب لتوجيه انذار للمدعى عليه عند طلب فسخ العقد اذا كان اجل تنفيذ الجزء الذي لم ينفذ من العقد قد انتهى (م ٢٥٨ فقرة أ مدني) " رقم ١٣٤ / مدنية ثانية / ١٩٧٦ في ٢٠ /٣/ ١٩٧٦ مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الاول ، السنة السابعة ١٩٧٦ ص١٣.

(٦١) المادة ٢٥٧ من القانون المدني العراقي والمادة ٢١٩ من القانون المدني المصري . وقضت محكمة النقض في مصر بأنه "لا ضرورة لإعذار المدين قبل الفسخ اذا تم الاتفاق على ذلك كتابة " الطعن رقم ٦٥١ لسنة ٧٠ القضائية جلسة ٢/٢٦ /٢٠٠٢ . احمد محمد عبد الصادق ، ج١ ،مصدر سابق ص٧٠٤ .

(٦٢) د. مصطفى الجارحي ، مصدر سابق ص٦٢ .

(٦٣) د. عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، السنة الاولى ١٩٥٩م ، العددان ١ و ٢ ، السنة الثانية ١٩٦٠م العددان ١و٢ ، ص٢٣٣ – ص٢٣٤ . وانظر المادة ١١٣٩ من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها بالقانون الصادر في ١٩٩١/٧/٩ والنافذ في ١٩٩٣/١/١ .

(٦٤) د. سليمان مرقس ، نظرية العقد ، مصدر سابق ص٤١٥. د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص٢٩١ .

(٦٥) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز ، ج١ مصدر سابق ص٤٢٥ . د. سليمان مرقس ، نظرية العقد ، مصدر سابق ص٤١٥.

(٦٦) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٤٠٢. د. علي نجيدة ، مصدر سابق ص٣٠٢.

(٦٧) حكمها في الطعن رقم ٦ لسنة ٤١ القضائية ، جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨ ، نقله السيد خلف محمد مصدر سابق ص١٠٠١ . وقضت كذلك بأنه "لا يكفي للحكم بالفسخ ان يكون الفسخ واردا على عقد ملزم للجانبين وان يكون عدم التنفيذ راجعا الى غير السبب الاجنبي وانما يشترط ايضا ان يكون طالب التنفيذ ان يكون مستعدا للقيام بالتزامه الذي نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة الى تنفيذه من يوم تحريره . فاذا كان قد اخل هو بالتزامه هذا فلا يحق له ان يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الاخر بتنفيذ ما في ذمته من الالتزام " حكمها في الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٣٥ القضائية ، جلسة ١٩٦٩/٤/٨ ، نقله انور طلبة ، مصدر سابق ص٧٤٩ .

(٦٨) Jérôme Huet العقود الرئيسة الخاصة ، مصدر سابق ص٣١٩ .

(٦٩) انظر حكم الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٦٥/١١/١٦ اشار اليه Jérôme Huet العقود الرئيسة الخاصة ، مصدر سابق ص٣١٩ هامش رقم (٣) .

(٧٠) Jérôme Huet العقود الرئيسة الخاصة ، مصدر سابق ص٣٢٠ .

(٧١) انظر حكم الغرفة المدنية الاولى لمحكمة النقض الفرنسية في ١٩٧٦/٤/٢٨ مشار اليه في Jérôme Huet العقود الرئيسة الخاصة ص٣٢٠ هامش رقم (٤) .

(٧٢) د. سليمان مرقس ، نظرية العقد ، مصدر سابق ص٤١٥ – ص٤١٦ . بذات المعنى د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ص٢٣٠ . د. علي نجيدة ، مصدر سابق ص٣٠٢.

(٧٣) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٤٠٢ . وبنفس المعنى د. علي نجيدة ، المصدر السابق ص٣٠٢.

(٧٤) يراجع نص المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي والمادة ١٥٧ من القانون المدني المصري والمادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي.

(٧٥) د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج١ ، مصدر سابق ص٩.

(٧٦) د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج١ ص١٠ والمصادر الالمانية التي اشار اليها . ويعرفها البعض بأنها "سلطات تمكن لصاحبها ان يؤثر في مراكز قانونية سابقة بتعديلها او بإنهائها او بإنشاء غيرها وذلك عن طريق نشاط من جانبه وحده" د. عبد الحي حجازي ، بحثه مدى خيار الدائن ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الاولى ، العدد الاول ،مصدر سابق ، ص١٦١

(٧٧) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق نفسه والموضع نفسه.

(٧٨) لمزيد من التفصيل بشأن هذه التقسيمات ينظر د. عبد الحي حجازي بحثه في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س١ ع١ المصدر السابق ص١٦١ وما بعدها.

(٧٩) انظر د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ص١٦٥ والمصادر التي اشار اليها في نفس الصفحة.

(٨٠) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنه بالفقه الغربي ، ج١، المجمع العلمي العربي الاسلامي ، منشورات محمد الداية ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع ، ، ص١١.

(٨١) جاء في كتاب الفروق للقرافي : "ان الانسان اذا ملك ان يملك اربعين شاة ، فهل يتخيل احد انه يعد مالكا الان قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على احد القولين ، واذا كان الان قادرا على ان يتزوج ، فهل يجري في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل ان يخطب المرأة لأنه ملك ان يملك عصمتها .... هذا لا يتخيله من عنده ادنى مشكه من العقل والفقه .... ولا يمكن ان نجعل هذه من قواعد الشريعة البته . بل القاعدة التي يمكن ان تجعل قاعدة شرعية ويجري فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها ان جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك هل يعطى حكم من ملك ؟ قد يختلف في هذا الاصل بعض الفروع ولذلك مسائل" ثم يذكر عددا من المسائل ننقل منها مسألتان "المسألة الاولى : اذا اجيزت الغنيمة فقد انعقد للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والتمليك ، فهل يعدون مالكين لذلك ام لا ؟ قولان : فقيل يملكون بالحوز والاخذ وهو مذهب الشافعي ، وقيل : لا يملكون الا بالقسمة وهو مذهب مالك ." "المسألة الرابعة : الشريك في الشفعة اذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الشقص المبيع بالشفعة. ولم ارى خلافا في انه غير مالك ويخلص الى القول: " اذا قلنا انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتملك فهو مناسب لان يعد مالكا من حيث الجملة تنزيلا لسبب السبب منزلة السبب واقامة السبب البعيد مقامة السبب القريب ، فهذا يمكن ان يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة .... "انوار البروق في انواء الفروق ، للامام شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي ت٦٨٤هـ ، المجلد الثالث ، ط١ ، دار السلام للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠١ ،ص٧٢٩ – ص٧٣١.

(٨٢) Alain Bénabent العقود المدنية والتجارية ص١٥٦ .

(٨٣) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في ١٩٨٠/٦/٤ اشار اليه Alian Bénabent , Droit Civil , Les contrats spéciaux Civil et commerciaux , Montchrestien . مترجم الى اللغة العربية بعنوان آلان بينابنت، القانون المدني ، العقود الخاصة ، المدنية والتجارية ، ترجمة منصور القاضي ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٤م ، ص١٥٦ هامش رقم (٢) .

(٨٤) د. ادم وهيب النداوي ، المرافعات المنية ، وزارة التعليم العالي والبحث العملي ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠٠٦م ص١٦١.

(٨٥) د. محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٩٩ – ٢٠٠٠ م ، ص٢٢٤.

(٨٦) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج١ ، مصدر سابق ص٤٢٦.

(٨٧) والدعوى القضائية كما عرفتها المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل هي "طلب شخص حقه من اخر امام القضاء" والتعريف مقتبس من المادة ١٦١٣ من مجلة الاحكام العدلية . ويعرفها الفقه بأنها "التصرف الارادي المكتوب الذي يلزم التقدم به الى القاضي كيما يتمكن من توفير الحماية القضائية لمن يطلبها من الخصوم" د. ادم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص١٠٤ . وانظر في ماهية الدعوى والتعريفات المختلفة التي قيلت بشأنها ، د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات المدنية ، دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة الموصل ، دار الكتب للطباعة والنشر – الموصل ، ٢٠٠٠م ، ص١٦٩ وما بعدها . ولمزيد من التفصيل بشأن الآراء حول مفهوم الدعوى ينظر د. فتحي والي ، مبادئ قانون القضاء المدني ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٥ ،ص٤٧ وما بعدها . و د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات) ط١ ، دار الفكر العربي ١٩٨٦ ،ص٨٣ وما بعدها.

(٨٨) القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) و تطبيقاته العملية ، ط٢ ، بغداد ، ٢٠٠٨ ص١١.

(٨٩) د. وجدي راغب فهمي ، مصدر سابق ص٤٥٨. والمصادر التي اشار اليها في الهامش رقم ٩١ والهامش رقم ٩٢.

(٩٠) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، مصدر سابق ص٢٥ – ص٢٦ ، د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٤٠٤. ويُذكر ان تقديم عريضة الدعوى يعد اجراءً قضائيا من جملة الاجراءات القضائية التي تكون بمجموعها الدعوى المدنية حيث يذهب جانب من فقه المرافعات الى ان الاجراء القضائي هو من قبيل الاعمال القانونية حيث الارادة تتجه الى العمل والقانون وحده يحدد الاثار بينما يذهب جانب اخر الى ان الاجراء القضائي هو تصرف قانوني رغم ذلك ويذهب رأي ثالث الى ان الاجراءات القضائية هي تصرفات قانونية اجرائية . انظر في تفصيل ذلك د. ادم وهيب النداوي ، مصدر سابق ص١٣٣- ص١٣٤ . د. فتحي والي ، مصدر سابق ص٣٢٨ وما بعدها .

(٩١) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، مصدر سابق ص٢٦ .

(٩٢) عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ج١ ، مطبعة العاني ، بغداد ١٩٧٠ ،ص٤٨ وانظر بهذا المعنى د. وجدي راغب ، مصدر سابق ص٤٦٠.

(٩٣) انور طلبة ، نفاذ وانحلال البيع ، مصدر سابق ص٦٩٩ .

(٩٤) د. وجدي راغب ، مصدر سابق ص٤٦٠.

(٩٥) وعلى القول الذي نؤيده والذي يعد طلب فسخ العقد تصرفاً قانونياً ، وقد بينا الاهلية اللازمة لذلك ،بقي ان نشير الى ان محل هذا التصرف هو ما يرد عليه هذا الطلب اي ما يطلبه الدائن في

عريضة الدعوى . د. ادم وهيب النداوي ، مصدر سابق ص١٤٦. او في اثناء سير الدعوى اذا عدل الى طلب الفسخ اثناء دعوى تنفيذ العقد ويكون المحل بذلك هو فسخ العقد ، وهو مشروع مالم يكن الدائن متعسفا في طلبه الفسخ فيتحمل ما يترتب على ذلك من اثار قانونية . المصدر السابق نفسه ص١٤٨ . وهذا المحل معين وممكن بطبيعته. اما سبب التصرف (طلب الفسخ) فهو الباعث الدافع اليه وهو حاجة الدائن الى التحرر من العقد بعد ان اخل المتعاقد الاخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وهو سبب اجازه القانون بالنص عليه مالم يتبين ان الدائن كان له هدف اخر غير مشروع وهو امر يقدره قاضي الموضوع كون الفسخ القضائي يتم بحكم يصدر منه .

(٩٦) د. فتحي والي ، مصدر سابق ص٣٣٧.

(٩٧) د. وجدي راغب ، مصدر سابق ص٣١٥.

(٩٨) كما حددت المادة ٦٣ من قانون المرافعات المدنية المصري ما يجب ان تشتمل عليه صحيفة الدعوى من البيانات.

(٩٩) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ج١ ، مصدر سابق ص٤٢٧ . د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ص٢٣١. د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز ، الوافي ، مصدر سابق ص١٩٩.

(١٠٠) القرار رقم ٢٦٠٠ -ح- ١٩٥٧ في ١٩٥٧/١٢/٣١ مجلة القضاء ، س١٦ ، ع٣ ، مايس/حزيران ١٩٥٨ ص٤٤٧.

(١٠١) الطعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٣ القضائية ، جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٠ والطعن رقم ١٠٠٥ لسنة ٤٨ القضائية ، جلسة ١٩٧٩/١٢/١١ ، منشوران على الموقع : www.arablegalportal.org .كذلك ذهبت محكمة النقض المصرية الى ان "يعتبر مطلوبا ضمنا في حالة طلب المشتري رد الثمن تأسيسا على اخلال البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع اليه وذلك للتلازم بين طلب رد الثمن والفسخ" حكمها في الطعن رقم ٢٠٧١ لسنة ٦٤ القضائية ، جلسة ٢٠٠٤/٢/١٠ ، نقله السيد خلف محمد ، مصدر سابق ص١٠٨٩ . وانظر بذات المعنى الاحكام التالية لمحكمة النقض المصرية في الطعون ارقام : ٢٣٢٨ لسنة ٥٧ القضائية جلسة ١٩٩١/٤/١ . و٢٢٢٢ لسنة ٥٤ القضائية جلسة ١٩٩٠/٣/١٢ و ١٧٦٥ لسنة ٥٦ القضائية جلسة ١٩٩٠/١/٣٠ ، نقلها انور طلبة ، نفاذ وانحلال البيع ، مصدر سابق ص٧٣٢ .

(١٠٢) د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ص٢٣١ . د. سعدون العامري ،الوجيز في العقود المسماة ،ج١،في البيع والإيجار ، ط٣، ١٩٧٤ ،ص١٢٢- ص١٢٣. د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، ج١ ، عقد البيع ، مطبعة المعارف – بغداد ، ١٩٧٠ ، ص٢٥٧ .

(١٠٣) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، مصدر سابق ص٧٩٦ – ص٧٩٧ . د. عبد الحي حجازي ، بحثه ، مدى خيار الدائن ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س١ ، ع٢ ، مصدر سابق ص٧٧٤ وما بعدها . د. انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، ط٤ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان ، ٢٠١٠م ، ص٢٢٩ . د. عصام انور سليم ، الوجيز في عقد الايجار ، مصدر سابق ص٤٩٢ .

وقد لا يكون خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ وانما يكون بين الفسخ وامر اخر . فقد يكون الخيار بين الفسخ وانقاص الثمن (م ٥٤٣ ، ٥٤٥ ، ٥٤٧ – ١ من القانون المدني العراقي) او ان يكون الخيار بين الفسخ وانقاص الاجرة في عقد الايجار (م ٧٤٤ ، ٧٤٧ ، ٧٥١ – ٢ ، ٧٥٢ – ١ ،

٧٥٨ – ١ من القانون المدني العراقي) وقد يكون الخيار بين الفسخ وبين قبول التنفيذ الناقص على حاله دون تعويض او انقاص الثمن (م ٥٤٤ – ١ ، ٥٥٨ – ١ من القانون المدني العراقي) او ان يكون الخيار بين الفسخ او قبول الماجور الناقص بالأجرة المسماة كما في (م ٧٤٥ ، ٧٤٦ من القانون المدني العراقي) . ونجد نظير هذه الحالات في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي . غير اننا نبحث الحالة الأنموذجية المنصوص عليها في النظرية العامة للالتزام وهي فسخ العقد لعدم التنفيذ او التأخير فيه ، التي اشارت اليها المواد القانونية المذكورة في المتن . ذلك لان تنوع الطرف الاخر للخيار مع خيار الفسخ لا يغير من جوهر دور الارادة في مسألة الاختيار بين هذا الطرف او ذاك من طرفي الخيار اللذين يكون الفسخ احدهما .

(١٠٤) Cass. Civ 6 Janv. 1932 : HD 1932. 114. Cass. Com. 27 oct. 1953 Dalloz 1954 ,201 note H.L. C. civ. D. 2013 p. 1459.

(١٠٥) د. عبد الحي حجازي ، بحثه ، في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الأولى، العدد الثاني، مصدر سابق ص٤٦٤. د.السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، مصدر سابق ص٧٩٧هامش رقم(٣) .

(١٠٦) انظر المادة ٢١٧ والمادة ٢١٩-٢ من القانون المدني العراقي .

(١٠٧) Cass. Civ. 3e, 3 nov. 2011 .cass. com. 7 mars 1984 : jcp 1985 , II 20407 , note Delebecque C. civ. D. 2013 p. 1460 .

(١٠٨) انظر في تفصيل ذلك د. عبد الحي حجازي ، بحثه في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الاولى، العدد الثاني، مصدر سابق ص٤٦٦ – ص٤٧١ . د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، مصدر سابق ص٧٩٧ .

(١٠٩) انظر حكمها في الطعنين رقمي ٥٩٨ و٦٧٢ لسنة ٤٠ القضائية جلسة ١٩٨٢/٦/١٥ . ويتضمنان جواز الاتفاق الصريح بحظر طلب الفسخ فيحرم المتعاقد بذلك من حقه في طلب الفسخ . بنفس المعنى حكمها في الطعن رقم ١٩١٩ لسنة ٤٩ القضائية جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢ . نقلها السيد خلف محمد ، مصدر سابق ص١٠٠٢ – ص١٠٠٣ . وكذلك الطعن رقم ٢٣ لسنة ٣٥ القضائية جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ ، نقله السيد خلف محمد ، مصدر سابق ص٩٩٩ .

(١١٠) نقلا عن د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، مصدر سابق ص٧٩٧ ، ينظر للهامش ٣ و ٤ والمصادر الفرنسية المشار اليها فيهما .

(١١١) د. ادم وهيب النداوي ، مصدر سابق ص١٤٠.

(١١٢) د. فتحي والي ، مصدر سابق ص٣٣٠.

(١١٣) د. ادم وهيب النداوي ، مصدر سابق ص١٤٠.

(١١٤) د. ادم وهيب النداوي ، المصدر السابق نفسه والموضع نفسه.

(١١٥) د. فتحي والي مصدر سابق ص٣٣٠ .

(١١٦) يذهب بعض الفقه الى ان ما يصدر من احكام من القضاء يعد نوعا متميزا يطلق عليه القرارات القانونية تمييزا له عن التصرفات القانونية والاعمال المادية . د. وجدي راغب ، مصدر سابق ص٣٠٧ . غير ان عمل القاضي خلال الدعوى لا يقتصر على اصدار القرار وانما يشمل جميع الاعمال اللازمة لحسم الدعوى من ابتدائها حتى نهايتها بصدور الحكم .

(١١٧) د. عبد المجيد الحكيم الموجز ، ج١ ، مصدر سابق ص٤٢٨. د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ،ص٢٣١ . د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص١٢٣ . د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول، مصادر الالتزام ، ساعدت جامعة بغداد على طبعه ، مطبعة المعارف – بغداد ،١٩٧١م ، ص٢٥٦ . د. عصام انور سليم ، الوجيز في عقد الايجار ، مصدر سابق ص٤٩٢ – ص٤٩٣ . د. نبيل ابراهيم سعد و د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص١١٢ . د. انور سلطان ، مصدر سابق ص٢٥٨. وانظر في الفقه الفرنسي Alain Bénabent ، مصدر سابق ص١٥٦ .

(١١٨) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية cass. Com. 24 nov. 1998 : Bull. Civ. N° 277 . C. civ. D. 2013 n° 18 P. 1464 .

(١١٩) كل ذلك ما لم يمنعه شرط في العقد ينص على اعتباره مفسوخا من دون حاجة الى حكم قضائي كما نصت على ذلك المادة ١٧٨ من القانون المدني العراقي والمادة ١٥٨ من القانون المدني المصري بشأن الفسخ الاتفاقي في حال عدم التنفيذ بوجه عام او عدم تنفيذ التزام معين من الالتزامات التعاقدية. فمثل هذا الشرط يسلب القاضي سلطته التقديرية والقضاء يؤيد ذلك . انظر احكام محكمة النقض المصرية في الطعون رقم ٣٤٩ لسنة ٥٥ القضائية جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٣ و ١٢٣١ لسنة ٥٨ القضائية جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠ ورقم ١٥١٩ لسنة ٥٢ القضائية ، جلسة ١٩٨٧/٤/١ و رقم ١٦٦١ لسنة ٥١ القضائية جلسة ١٩٨٥/٢/٢٦ و٥٦٩ لسنة ٤٩ القضائية جلسة ١٩٨٤/١١/٧ وغيرها . نقلها السيد خلف محمد ، مصدر سابق ص١٠٣٠ – ص ١٠٣٩ . غير ان مثل هذا الشرط الذي يتيح للأطراف فسخ العقد دون اللجوء الى القضاء يجب ان يصاغ بصورة لا لبس فيها والا استعاد القضاة سلطتهم التقديرية وهو ما تذهب اليه محكمة النقض الفرنسية ، انظر احكامها cass. Civ. 1re, 25 nov. 1986 RTD. Civ. 1987. 313. Obs. Mestre. Cass. Civ. 3e, 7déc. 1988 : Bull. Civ. III n° 176 r. p. 193. Cass. Civ. 3e, 12 oct. 1994 : Bull. Civ. III n° 187. C. civ. D. 2013 n° 12 p. 1462.

(١٢٠) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٤٠٤.

(١٢١) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج١ ، مصدر سابق ص٤٢٨.

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

(١٢٣) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، مصدر سابق ص٨٠٠.

(١٢٤) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١، المصدر السابق ، ص٨٠٠ – ص٨٠١ . د. كمال قاسم ثروت الونداوي ،شرح أحكام عقد البيع ، ط١ ، ساعدت جامعة بغداد على طبعه ، ١٩٧٣ ،ص٣١٠ .

(١٢٥) Cass. Civ. 1re 19 déc. 1984 C. civ. D. 2013 op. cit. n° 37 p. 1468 .

(١٢٦) د. عبد الحي حجازي ، بحثه في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س١ ،ع١ ، مصدر سابق ص١٧٣ – ص١٧٤ . د. انور سلطان ، مصدر سابق ص٢٥٩.

(١٢٧) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج١ ، مصدر سابق ص٤٢٩.

(١٢٨) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٤ من القانون المدني العراقي على ما يلي "فإذا لم يكن الدين مؤجلا او حل اجله وجب دفعه فورا . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم". كما نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدني المصري على ما يلي "على انه يجوز للقاضي في حالات استثنائية اذا لم يمنعه نص في القانون ان ينظر المدين الى اجل معقول او اجال ينفذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم". ونص المادة ١٢٤٤-١ من القانون المدني الفرنسي على ما يلي "ولكن يمكن للقاضي اخذا بعين الاعتبار وضع المدين ومعتدا بحاجات الدائن ان يؤجل ايفاء المبالغ المتوجبة او ان يقسطها في حدود مدة سنتين .....". وهذا نصها الفرنسي : Article 1244-1: Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues……..
نقلا عن الموقع: http://www.legifrance.gouv.fr/affich.code.do?

(١٢٩) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٣ ، الأوصاف الحوالة الانقضاء ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٩م.، ص ٧٨١ .

١٣٠ وقضت محكمة النقض الفرنسية انه اذا كان العقد لا يتضمن اي بند صريح بالإلغاء فان للمحاكم في حال عدم التنفيذ الجزئي ، السلطة المطلقة في تقدير ما اذا كان لعدم التنفيذ هذا اهمية كافية لإصدار حكم بالإلغاء على الفور او ما اذا كان عدم التنفيذ المذكور يمكن ان يعوض عن كفاية بالحكم بالتعويض ، انظر حكمها cass. Com. 27 may 1981. Cass. Civ. 3e, 22 mars 1983. Cass. civ. 1re, 15 juill. 1999. Cass. Soc. 15 mars 2005. C. civ. D. 2013 op. cit. p1460.

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

(١٣٢) د. عبد الحي حجازي ، بحثه في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س١ ،ع١ ، مصدر سابق ص١٧٦.د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، ١٩٦١ ص١٢٥ .د . توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص٢٩٢ – ص٢٩٣ . وانظر في الفقه الفرنسي Jérôme Huet مصدر سابق ص٤٠٠.

(١٣٣) د. عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط٢ بلا سنة طبع ، ص٣٨. وقضت محكمة النقض المصرية بأن رفض الفسخ على اساس ان مالم ينفذ قليل الاهمية بالنسبة للالتزام في جملته "لا يتحقق الا ببيان الثمن المستحق على المشتري وملحقاته ان وجدت وما سدده منه وما بقي في ذمته ونسبته الى الالتزام في جملته توصلا لإجراء تقدير واع حصيف لمدى اهمية ذلك الباقي بالنسبة الى الالتزام في جملته" . حكمها في الطعن رقم ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ القضائية جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥ ، نقله السيد خلف محمد ، مصدر سابق ص١٠١٨ .

(١٣٤) د. عبد الحي حجازي ، بحثه في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،ع١ ، س١ ، مصدر سابق ص١٨١ . وهو يعلق على نص المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري الموافق لنص المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي .

(١٣٥) انظر Jérôme Huet مصدر سابق ص٢٥٨ .

(١٣٦) د. عبد الحي حجازي ، بحثه في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س١ ، ع١ ، مصدر سابق ص١٨٦.

(١٣٧) د. عبد الحي حجازي ، بحثه في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س١ ،ع١ ، المصدر السابق ص١٩٤.

(١٣٨) Cass. Civ. I^re, 4 Janv. 1995. C. civ. D. 2013. Op. cit. p. 1460 .

(١٣٩) انظر المواد ١٥٠-١ من القانون المدني العراقي و١٤٨ -١ من القانون المدني المصري و١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي.

(١٤٠) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، مصدر سابق ص٨٠٣. د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة لالتزام ، ج٢ ، مصادر الالتزام ، مكتبة نهضة مصر ، ١٩٥٤م . ص٣٦٢. د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص٤٠٤ . د. المحمدي احمد ابو عيسى ، انحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٧٤.

(١٤١) انور طلبة ، نفاذ وانحلال البيع ، مصدر سابق ص٧٢١ .

(١٤٢) والقضاء المنشئ صورة من ثلاث صور للقضاء الموضوعي . وصور القضاء الموضوعي هي الحكم التقريري وهو الحكم الذي يقضي بوجود او عدم وجود الحق او المركز القانوني المدعى دون الزام المحكوم عليه بأداء معين او احداث اي تغيير في هذا الحق او المركز كالحكم ببراءة الذمة والحكم بالاعتراف بحق عيني او انكاره. د. وجدي راغب ،مصدر سابق ص٤٨ – ص٤٩ . والصورة الثانية هي حكم الالزام وهو الحكم الذي يقضي بإلزام المحكوم عليه بأداء معين قابل لتنفيذ الجبري مثل الحكم الصادر بإلزام المحكوم عليه بإخلاء عقار او تسليم منقول او دفع مبلغ كتعويض . د. وجدي راغب ، مصدر سابق ص٥١ ، د. ادم وهيب النداوي ، مصدر سابق ص٣٥٠. اما الصورة الثالثة فهي الحكم المنشئ . انظر في هذه التقسيمات د. عباس العبودي ، مصدر سابق ص٣٨٧ .

(١٤٣) د. وجدي راغب فهمي ، مصدر سابق ص٥٤. د. فتحي والي ، مصدر سابق ص١١٨ ، د. ادم وهيب النداوي، المصدر السابق ص٣٤٩ – ص٣٥٠ . د. عباس العبودي ، المصدر السابق والموضع السابق نفسه .

(١٤٤) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ،مصدر سابق ص٨٠٣.

(١٤٥) د. وجدي راغب ، مصدر سابق ص٥٦ . د. فتي حوالي ، مصدر سابق ص١٢٢ .

(١٤٦) الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٥ القضائية جلسة ١٩٦٩/٧/٣ ، احمد محمد بعد الصادق ، مصدر سابق ص٧٢٦.

(١٤٧) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج١ ، مصدر سابق ص٤٣٠. د. انور سلطان ، مصدر سابق ص٢٦٠.

(١٤٨) د. سليمان مرقس نظرية العقد ، مصدر سابق ص٤١٨. د. انور سلطان ، مصدر سابق ص٢٦٠ – ص٢٦١ . وينظر حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٦١ لسنة ٢١ القضائية جلسة ١٩٥٥/٤/١٤ ، نقله انور طلبة ، نفاذ وانحلال البيع ، مصدر سابق ص٧٥١ .
(١٤٩) د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ج٢ ، مصدر سابق ، ص٣٦٣ .
(١٥٠) ينظر نص المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي والمادة ١٥٧ من القانون المدني المصري .

المصادر.

مصادر الفقـه القانوني.

١.د. ادم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، وزارة التعليم العالي والبحث العملي ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٠٠٦م .
٢.د. انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، ط٤ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان ، ٢٠١٠م .
٣.انور طلبة ، نفاذ وانحلال البيع المركز القومي للدراسات القانونية – مصر ، ٢٠٠٧م .
٤.د. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام –نظرية العقد ، المكتب المصري الحديث ، الاسكندرية ١٩٦٩م .
٥.د. سعدون العامري ،الوجيز في العقود المسماة ،ج١، في البيع والإيجار ، ط٣، ١٩٧٤م .
٦.د. سعيد مبارك . د. صاحب عبيد الفتلاوي . د. طه الملا حويش ، الموجز في العقود المسماة ، البيع – الايجار – المقاولة ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد – كلية القانون ، بغداد ١٩٩٢ – ١٩٩٣م .
٧.د. سليمان مرقس ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٦م .
٨.د. سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥م .
٩.د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الاردنية الهاشمية والكويت ، مصادر الحقوق الشخصية ، مصادر الالتزامات ، المصادر الارادية ، مطبعة البيت العربي ، عمان – الاردن ١٩٨٤ م .
١٠.د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات المدنية ، دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة الموصل ، دار الكتب للطباعة والنشر – الموصل ، ٢٠٠٠م .
١١.د. عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط٢ بلا سنة طبع .
١٢.د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة لالتزام ، ج٢ ، مصادر الالتزام ، مكتبة نهضة مصر ، ١٩٥٤م .
١٣.عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ج١، مطبعة العاني ، بغداد ١٩٧٠ م.

١٤.د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنه بالفقه الغربي ، ج١، المجمع العلمي العربي الاسلامي ، منشورات محمد الداية ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع.
١٥.د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٩م .
١٦.د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٣ ، الأوصاف الحوالة الانقضاء ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٩م.
١٧.د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٧٧م.
١٨.د. عبد المنعم البدراوي ، الوجيز في عقد البيع ، ١٩٩٨م .
١٩. د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٠م .
٢٠.د. عصام انور سليم ، الوجيز في عقد الايجار ، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٦م .
٢١.د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة، ط١، المكتبة القانونية – بغداد ، ٢٠٠٧ م.
٢٢.د. علي نجيدة ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصار الالتزام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥م.
٢٣.د. عمر علي الشامسي ، فسخ العقد ، المركز القومي للإصدارات القانونية – عابدين ، بلا سنة طبع.
٢٤. د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، مطبعة المعارف – بغداد ،١٩٧١م.
٢٥.د. فتحي والي ، مبادئ قانون القضاء المدني ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ م .
٢٦.د. كمال قاسم ثروت الونداوي ،شرح أحكام عقد البيع ، ط١ ، ساعدت جامعة بغداد على طبعه ، ١٩٧٣م .
٢٧. د. محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٩٩ – ٢٠٠٠ م.
٢٨.د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، ١٩٦١م.
٢٩.د. المحمدي احمد ابو عيسى ، انحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.
٣٠.د. محمد ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الحقوق الشخصية ، مصادر الالتزامات – دراسة مقارنة ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ٢٠١١ م .

٣١.مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) وتطبيقاته العملية ، ط٢ ، بغداد ، ٢٠٠٨ م .
٣٢. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ، ج١ ، بغداد بلا سنة طبع.
٣٣.د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، ط١ ، مطبعة شهاب اربيل ،٢٠١١م .
٣٤.د. نبيل ابراهيم سعد و د. محمد حسن قاسم ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠م .
٣٥.د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الاول ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦م.
٣٦.د. درع حمد الدليمي ، انهاء العقد غير محدد المدة ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم السياسية والقانونية تصدر عن جامعة الانبار كلية القانون ، المجلد الاول ، العدد الخامس ، السنة ٢٠١٢ م .
٣٧.د. عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، السنة الاولى ١٩٥٩م ، العددان ١ و ٢ ، السنة الثانية ١٩٦٠م العددان ١و٢ .
٣٨. د. مصطفى عبد السيد الجارحي ، فسخ العقد ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية تصدر عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، العدد السادس والخمسون ، ١٩٨٦ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ م .

مصادر الأحكام القضائية.

٣٩.احمد محمد عبد الصادق ، التقنين المدني ، شرح احكام القانون المدني ، ج١ ، ط١ ، دار القانون للإصدارات القانونية ٢٠١٣م.
٤٠.حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١ ، الاصدار المدني ، ج ٧ ، الدار العربية للموسوعات ،القاهرة – ١٩٨٢م .
٤١.دريد داوود سلمان الجنابي ، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية – القسم المدني ، ج٣ ، بلا مكان وسنة طبع .
٤٢.المستشار سعيد احمد شعلة ، قضاء النقض المدني في المسؤولية والتعويض ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال ٧٢ عاما ، ١٩٣١ – ٢٠٠٢ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بلا سنة طبع .
٤٣.السيد خلف محمد ، عقد البيع في ضوء الفقه واحكام النقض ، ط٣ ، المركز القومي للاستشارات القانونية ، ٢٠٠٥م .
٤٤.مجلة القضاء ، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق ، س١٣، ع٣ ، مايس – حزيران ١٩٥٨م.

٤٥.مجموعة الاحكام العدلية ، تصدر عن وزارة العدل في جمهورية العراق ع١، س ٨، ١٩٧٧م ، ع١ ، س٧، ١٩٧٦م.

مواقع إنترنيت.

٤٦. http://www.legifrance.gouv.fr/affich.code.do?

٤٧. www.arablegalportal.org

القوانين .

٤٨.القانوني المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

٤٩.القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

٥٠.القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ المعدل .

٥١.القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .

٥٢.القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ .

٥٣.القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ .

٥٤.القانون المدني الجزائري رقم ٧٥ – ٥٨ لسنة ١٩٧٥ .

٥٥.القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ .

٥٦.قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ .

٥٧.قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

مصادر الفقه والقضاء الفرنسيان.

٥٨. Alian Bénabent , Droit Civil , Les contrats spéciaux Civil et commerciaux , Montchrestien . مترجم الى اللغة العربية بعنوان آلان بينابنت، القانون المدني ، العقود الخاصة ، المدنية والتجارية ، ترجمة منصور القاضي ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٤م .

٥٩. ALICE TISSER AND-MARTIN and others, Code civil, 112e edition, Dalloz, Paris, 2013

٦٠. القانون المدني الفرنسي بالعربية ، طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية، الطبعة الفرنسية ، جورج فدريكر واخرون ، الترجمة د. ادوار عيد واخرون ، جامعة القديس يوسف ، بيروت – لبنان .

٦١. Jacques Ghestin, traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin. 3e edition L.G.D.J.

٦٢. مترجم الى اللغة العربية بعنوان المطول في القانون المدني بإشراف جاك غستان . تكوين العقد ، تأليف جاك غستان ، ترجمة منصور القاضي ، مراجعة د. فيصل كلثوم ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٠م.

٦٣. Jérôme Huet, traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, les principaux contrats spéciaux. L.G.D.J.

٦٤. مترجم الى العربية بعنوان المطول في القانون المدني بإشراف جاك غستان ، العقود الرئيسية الخاصة ، تأليف جيروم هوييه ، ترجمة منصور القاضي ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٣ م.