Journal of Shatt Al-Arab University College for Administrative and Legal Sciences
2025.VOL.3. NO.2. ISSN:2079-7486
http://joshuc.edu.iq

أفضلية الفسخ لإنهاء العقد للإخلال بالالتزام العقدي

Preference for termination of the contract for breach of contractual obligation

م.د رفعت حمود ثجيل
Rifaataltememmy@gmail.com
جامعة شط العرب-كلية القانون

متى نشأ العقد صحيحاً نافذاً فقد وجب تنفيذه[١] ، على اعتبار أن التنفيذ هو الطريق الطبيعي لانقضاء الرابطة العقدية ، ولكن قد تطرأ أمور من شأنها أن تؤدي إلى انتهاء العقد قبل تنفيذه، مما قد يقع على أثر إنشاء العقد أو في المستقبل يترتب عليه انتهائه وزواله من حين إبرامه بمعنى بأثر رجعي، أو في المستقبل فقط والمقصود هنا على وجه الخصوص، جزاء فسخ العقد وهي الحالة التي عالجها المشرع العراقي في صوره المختلفة، سواء بقوة القانون نتيجة تضمين الأطراف لشرط فاسخ س، أو الفسخ القضائي[٢] .

وإذا كان المبدأ في العقود ان العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى حرية الأطراف في تحديد هدف ومضمون العقد، انطلاقاً من الحرية التعاقدية للأطراف سعياً لتحقيق المصلحة الخاصة لهم مع الأخذ في الاعتبار الضوابط الجوهرية ، التي تشكل قيداً على الحرية العقدية ، وهي النظام العام والآداب العامة ، فكل تجاوز لهذه المقتضيات من قبل الأطراف يكفي لأن يشوب العقد بعيب البطلان ، بمعنى إنهاء العقد وانفصام الرابطة العقدية ، وجوهر هذا البحث فسخ العقد

---

(١) تنص المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم/ ٤٠ لسنة ١٩٥١ على : " ١) إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضي نص في القانون أو بالتراضي. ٢) ... "، متاح على الموقع الإلكتروني : https://www.moshrig63.wordpress.com

(٢) د./ عبد المجيد الحكيم، وأ./ عبد الباقي البكري، د./ طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، حقوق الطبع محفوظة لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠، ص ١٧٣.

نتيجة تقصير أحد طرفيه ، وهو في الغالب المدين بالالتزام العقدي عن الوفاء بالتزامه ، وبطبيعة الحال فإن الفسخ مقرر في هذه الحالة للطرف الدائن بالالتزام العقدي.

بعبارة أخرى فإن فسخ العقد سواء تم بقوة القانون لوجود شرط فاسخ في العقد مفاده حق الطرف الدائن بفسخ العقد مباشرة ، وبالإحالة على هذا الشرط بمجرد التقصير في الالتزامات المحددة في العقد، والتي زالها الأطراف بجزاء الفسخ ، أو أن يتم الفسخ بطريق الإعلان الصادر من الطرف الدائن والموجه إلى المدين بفسخ العقد لذات السبب، أو كذلك الفسخ بطريق القضاء. فإن هذا الخيار متاح للطرف الدائن. وبطبيعة الحال فإن لهذا الأخير حق أصيل في إنهاء العقد للتقصير في الالتزام العقدي، وكل ما في الأمر أن الفسخ خيار تفضيل متاح للدائن، على اعتبار أنه وخلال مرحلة إنهاء العقد محاولة منه لتجنب تفاقم الضرر الناتج عن الإخلال الصادر من المدين .

و لا خلاف على أن للدائن بالالتزام العقدي الحق في إنهاء العقد لإخلال المدين بالتزامه، سواء تم ذلك بطريق القضاء أو بالطريق الاتفاقي ذاته ، وفي كلتا الحالتين يقوم للدائن حق ثابت في إنهاء العقد لإخلال المدين بالتزامه إخلال جسيم على النحو الذي لا يمكن معه الاستمرار في تنفيذ العقد، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن كل إخلال من أحد طرفي العقد بالتزامه العقدي

إتجاه الطرف الأخر يتعارض مع مبدأ حسن النية[١] ، وكذلك مبدأ الحرية العقدية [٢] فضلاً عن مبادئ التناسب [٣] ، والترابط [٤] ، والعقلانية [٥]، والثقة والتضامنية [٦]،

واقتصاد العقد[٧]، والتي تتعارض مع الإخلال الجسيم بالالتزامات العقدية من قبل أحد طرفي العقد. ومع ثبوت حق الدائن بالالتزام العقدي بإنهاء العقد، فإن الإشكالية هنا تكمن في طريقة أو آلية الإنهاء التي تحقق له الأفضلية و المصلحة ، بما يحقق له جبر الضرر الناجم عن إنهاء العقد على أثر إخلال احد طرفيه بالتزامه العقدي اتجاه الأخر، وهنا تباينت التشريعات الوطنية

١ - يقوم مبدأ حسن النية على التصور فلسفي أخلاقي، حيث يشتمل هذا المبدأ في محتواه على مبادئ المصداقية، والشرف، والفضيلة، والنزاهة والترابط. ولا يمكن أن يقوم العقد ما لم يستند على مبدأ حسن النية. " :
Portalis (J.-E.), Ecrits et discours juridiques et philosophiques, PUAM, 1988, n°10, P. 56.

٢ - جاء قانون العقود الفرنسي الجديد، بموجب الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ بشأن تعديل قانون العقود، والنظام العام، وإثبات الالتزامات، بمبدأ الحرية العقدية، حيث تنص المادة ١١٠٢ من هذا التعديل، والتي تنص على مبدأ الحرية العقدية، والتي تنص على، (" لكل شخص حرية التعاقد، أو عدم التعاقد، واختيار المتعاقد معه، وتحديد مضمون وشكل العقد، في الحدود المعينة بطريق القانون ")، مع الأخذ في الاعتبار أن الحرية العقدية لا يمكن أن تشكل مناط للخروج على قواعد النظام العام في شان العقود : E. De Kelle ; Les principes directeurs du droit des contrats : De la liberté contractuelle, 12/2/2017, disponible sur le site, http://www.legavox.fr.

٣ - S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, Préf. H. MUIR-WATT, BDP, T. 335, LGDJ, 2000.

٤ - D. HOUTCIEFF, Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001.

٥ - H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Le principe du raisonnable en droit des contrats, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, septembre 2009.

٦ - B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), La confiance légitime et l'estoppel, SLC, 2007 ; V-L. BENABOU et M. CHAGNY (sous dir.), La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, 2008, « Thèmes et commentaires ».

٧ - L. GRYNBAUM et M. NICOT, (dir.), le solidarisme contractuel, coll. Etudes juridiques, Économica, 2004 ; CH. JAMIN, Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois , 9ème conférence Albert Mayrand, 2005, éd. Thémis ; A-S. COURDIER-CUISINIER, Le solidarisme contractuel, Préf. E. LOQUIN, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Litec, 2006.

في معالجة هذه المسألة ، خاصة وأن الجواب على هذه الإشكالية ذاتها له بعده الاقتصادي بحكم أن العقود سواء في القانون الخاص، أو حتى في القانون العام تشكل الركائز والمسارات الأساسية للتنمية الاقتصادية والاستثمار التجاري في المجتمع المعاصر، فالسياسة التشريعية لا تنفصل عن البعد الاقتصادي للعقود ، والتي تشكل قوام الأنشطة التجارية في كل مجتمع، ومن ثم يكون لكل تشريع وطني خصوصيته في وضع الجزاءات المختلفة لإنهاء العقد، وبرغم أنها تنتهي إلى غاية واحدة وهي إنهاء العقد، إلا أن الآلية تختلف من تشريع لأخر، وهو ما سوف نتناوله بالتفصيل في هذا البحث لمعالجة والأفضلية الخيارات المتاحة أمام الطرف الدائن في تطبيق جزاءات إنهاء العقد .

ومن الملاحظ أن هناك قدر كبير من التقارب بين التشريع المدني العراقي ونظيره المصري، فضلاً عن النظامين اللاتيني والانكلو أمريكي على وجه الخصوص في موضوع فسخ العقد، من حيث المبادئ الأساسية للفسخ والتي تتمثل تحقيق التناغم بين المصلحة الخاصة للطرف الدائن الذي يختار فسخ العقد، والمصلحة العامة التي تتحقق من خلال عدم التعارض مع النظام العام والآداب العامة ، ومن الملائم في هذا الشأن تناول هذا الموضوع في شقيه النظري والتطبيقي أو العملي، وهو المسار الذي نعني بتتبعه في هذا البحث ، وصولاً إلى تحقيق الفائدة والخصوصية منه ، بحكم خصوصية المنهج والموضوع ، فضلاً عن رصد نطاق هذا الخيار في العقود للجواب على السؤال التالي ، هل يمتد مبدأ التفضيل بالإنهاء على كافة العقود، أم على بعض العقود دون عقود أخرى لذلك سلطنا الضوء في هذا البحث المتواضع على إبراز الضوابط الأساسية لأفضلية إنهاء العقد للإخلال بالالتزام العقدي ، فقد تناولتها من خلال محوريين أساسين ، تطرقنا في البحث الأول إلى ضوابط إنهاء العقد للإخلال بالتزام العقدي ، إذ تناولنا في المطلب الأول من هذا المبدأ الحرية العقدية وحدوده ، أما عن المطلب الثاني فخصصناه إلى حرية الأطراف في خيارات الإنهاء . بينما تطرقنا في المبحث الثاني للإنهاء الفعال للعقد بين الفسخ والتعويض ، وهنا خصصنا المطلب الأول لإنهاء الفعال للعقد في التشريع العراقي ، وبينا في المطلب الثاني الأنهاء الفعال في التشريع المقارن ، وانتهينا إلى خاتمة للبحث وعدد من النتائج والتوصيات .

أولاً – إشكالية البحث :

تكمن إشكالية البحث في تحقيق التوازن بين الحرية العقدية بشأن اختيار الطرق الأكثر ملائمة لإنهاء العقد على النحو الذي يحقق مصلحة الطرف الدائن، والضوابط المفروضة على الحرية العقدية ، من حيث النظام العام والآداب العامة ، فضلاً عن مواجهة الطرف الدائن إذا ما تعسف في استخدام حق الفسخ ، وهو ما يوجب من ناحية أخرى إعمال مقتضى التناسب، فالإشكالية تتحقق في تحقيق التناغم بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة من جانب ، ومنع تعسف الطرف الدائن بالالتزام العقدي من جانب أخر.

ثانيا – أهمية البحث :

تكمن أهمية البحث في وجود العديد من العقود التي لا يتوافق معها إعطاء خيار الأفضلية للدائن في تطبيق الفسخ بالإنهاء للعقد، في حين هناك عقود أخرى تتوائم وتطبيق هذا الخيار المتاح للطرف الدائن ، ومن هنا تبرز أهمية الجانب العلمي والتطبيقي لهذا الموضوع ، فضلاً عن أهمية بحث حدود السلطة التقديرية للقاضي المدني في هذا الموضوع مما سوف نتناوله.

ثالثا – منهج البحث :

سوف نعتمد في هذا البحث المنهج التحليلي الاستقرائي المقارن نظراً لأهميته في وضع دراسة معمقة في هذا الموضوع ، الذي يتسم بقدر كبير من الخصوصية بحكم أن الأمر ومن حيث تطبيق هذا الخيار متاح بالنسبة لبعض فئات العقود دون عقود أخرى ، مما يلزم معه الأخذ بالمنهج التحليلي المقارن على ضوء المعطيات المتاحة في التشريع العراقي من جانب والتشريعات المقارنة من جهة أخرى.

رابعا – الكلمات الافتتاحية :

فسخ– إنهاء العقد– الحرية العقدية– حسن النية– النظام العام– البطلان.

خامسا – خطة البحث :

فيما يتعلق بالخطة العامة للبحث ، فقد قسمناه إلى مبحثين وفقا للأتي :

المبحث الأول : حدود أفضلية إنهاء العقد بالإخلال بالتزام العقدي

المطلب الأول : مبدأ الحرية العقدية وحدوده

المطلب الثاني : حرية الدائن في أفضلية إنهاء العقد

المبحث الثاني : الإنهاء الفعال للعقد بين الفسخ والتعويض

المطلب الأول : الإنهاء الفعال للعقد في التشريع العراقي.

المطلب الثاني : الإنهاء الفعال في التشريع المقارن.

المبحث الأول

حدود أفضلية إنهاء العقد بالإخلال بالتزام العقدي

إذا كان هناك ميل طبيعي لدى كل طرف دائن في العقد نحو إنهائه لمواجهة تقصير الطرف الأخر في التزامه العقدي سواء كان التقصير بسوء نية أو بغير سوء نية ، ولا يمكن حصر هذا الميل في جانبه النفسي ، إذ من غير المنطق القول برغبة الطرف الدائن في الانتقام من الطرف المدين بذات الالتزام العقدي ، فهناك الجانب الاقتصادي وهو الغالب بطبيعة الحال ، فكل إخلال جوهري بالالتزامات التي يفرضها العقد يؤثر بالسلب على موضوع العقد ذاته وهو في الغالب ، تجاري ، أو استثماري أو بعبارة أخرى تحقيق الربح ، مما يورد في قلب الطرف الدائن شعور بالقلق إتجاه تحقيق الغاية من العقد ، إلا أن حق الدائن الثابت في إنهاء العقد

يجعل منه البحث عن كل وسيلة من شأنها التقليل إلى أبعد مدى من الأضرار التي يمكن أن يرتبها إنهاء العقد ، وتغطية النفقات التي تكبدها في إنشائه وتنفيذه ، ومن ثم فإن الطرف الدائن يتجاوز التفكير في إنهاء العقد ويفكر جدياً في وسيلة للتعويض الذي يلازم إنهاء العقد.

لذا ان أمر اختيار جزاء إنهاء العقد من عدمه متروك للطرف الدائن بحسب الأصل ، إذ أن هو الذي يقدر الجزاء المناسب الذي يحقق مصلحته ، بناء على دراسة شاملة يجريها للتكاليف والنفقات والوقت والمخاطر المرافق لكل جزاء متوافر أمامه ، وفي التشريعات المدنية يوجد جزاء الفسخ ، والذي يعني إنهاء العقد بعد ثبوت إخلال المدين بالتزامه العقدي وشروطه معروفه ، وقد يكون هذا الفسخ قضائيا أو اتفاقيا أو بحكم القانون ، كما يمكن ان يكون كليا أو جزئيا[١]

وان هذا الجزاء ينسجم مع الأخلال بالعقد وهو إنهائه ودفع التعويض المناسب للدائن ، إذ أن لا ضرورة للأبقاء على العقد قائما مع ما يتطلبه من تكاليف وجهود[٢] .

ومن ثم فأن مبدأ الحرية العقدية وهو أحد المبادئ الأساسية للعقود يتجاوز مرحلة العقد ذاتها، والتي تتمثل في إنشاء وتنفيذ العقد وصولاً إلى مرحلة الإنهاء وعلى وجه الخصوص خيارات الإنهاء وحدود حرية الدائن في إنهاء العقد ، وما هو الطريق المفضل له الذي يحقق مصلحته في الإنهاء ، وهو ما سوف نتناوله على النحو التالي :

المطلب الأول : مبدأ الحرية العقدية وحدوده

المطلب الثاني : حرية الدائن في أفضلية إنهاء العقد

[١] - د . علي حسين منهل : نظرية الإخلال الفعال في العقد – دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، القانون الخاص ، ٢٠١٨ ، ص١٧١ .
[٢] - د عل حسين منهل ، المرجع السابق ، ص١٧١

المطلب الأول

مبدأ الحرية العقدية وحدوده

يعد مبدأ الحرية العقدية أحد المبادئ الأساسية للعقود، باعتباره انعكاس للمذهب الفردي القائم على حرية الفرد[١] ، والذي يعد الركيزة للتوازن العقدي بين الأطراف وتناسب الحقوق والالتزامات بينهما ، ومن حيث نطاق الحرية العقدية فإنها لا ترتبط بمرحلة دون أخرى، إذ تبرز الحرية العقدية منذ اللحظات الأولى للتفاوض على العقد ، بمعنى المرحلة السابقة على التعاقد، ومن ثم فمن أولى مظاهر الحرية العقدية في جانبها الإيجابي والذي يتمثل في حرية التعاقد، وكذلك جانبها السلبي والذي يتمثل في حرية الامتناع عن التعاقد، وهنا نلمس تقارب كبير بين الحرية العقدية ، وحرية إنشاء جمعية **La liberté d'association**، وهو ما نوهت عنه محكمة النقض الفرنسية ، في معرض تعريفها لحرية إنشاء جمعية أو الانضمام إلى جمعية قائمة بقولها (" **لا يلتزم أحد بالانضمام إلى جمعية أو أن يظل عضو فيها**")[٢]. وهذا الجانب السلبي للحرية العقدية يتحقق، كذلك في الفرض الخاص بحرية المتعاقد في قطع المفاوضات العقدية ، وبالتطبيق لهذا المبدأ فإن تراجع المفاوض عن الاستمرار في المفاوضات العقدية لا يشكل في

---

(١) بدأ ظهور هذا المذهب في القرن السابع عشر وازدهر في القرن الثامن عشر عقب الثورة الفرنسية– ١٧٨٩/١٧٩٩–، حيث نادى أنصار هذا المذهب بتحرير الفرد من تعسف الحاكم واستبداده في زمن اتسم بإهدار الحقوق الشخصية، ويستند هذا المذهب على أن الفرد ولد حراً ويجب أن يمارس نشاطه بحية مطلقة ولا يجوز لأى سلطة الحد من هذه الحرية إلا بما يتعارض مع حقوق الآخرين، كما تأثر تقنين نابليون الصادر في عام ١٨٠٤ بمبدأ سلطان الإرادة، حيث جاءت المادة (١١٣٤) من ذات التقنين تحت عنوان (مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية)، وبالتالي، فقد ارتبط هذا المبدأ بالهدف من تنظيم المجتمع، حيث حماية الحرية الفردية وتحقيق مصالحه الخاصة، وبحسبه ان الفرد حراً في تحقيق مصالحه الخاصة، وهذه الإرادة الحرة هي وحدها من تملك حق إنشاء العقد وتحديد آثاره، وليس لأى جهة ان تتدخل كى تفرض عليه ما يخالف إرادته. " لمزيد من التفصيل، ينظر : د./ امجد منصور، النظرية العامة للالتزامات– مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، ط٧، ٢٠١٥م، ص ٢٧.

٢ - E. De Kelle ; Les principes directeurs du droit des contrats : De la liberté contractuelle, 12/2/2017, disponible sur le site, http://www.legavox.fr

جوهره خطأ عقدي. ويضاف إلى حرية التعاقد من عدمه ، ركيزة أخرى وهي حرية اختيار المتعاقد .

فضلاً عن ذلك تبرز الحرية العقدية في تحديد مضمون العقد، ومحتوى التزاماتهم العقدية وهو ما يتحقق على سبيل المثال من خلال الشروط التي يتضمنها العقد ذاته ، أو اختيار الشكل الذي يكون عليه العقد، ولا جناح عليهم في إنشاء أشكال جديدة للعقد، نذكر على سبيل المثال، ما جرى الحال على وصفه بالعقود غير المسماة **contrats innomés**. ومن حيث تحديد شكل العقد فالمسألة من البساطة إذ لا تحتاج لمزيد من الشرح والتعليق ، فالحرية العقدية تعني غيبة النزعة الشكلية على العقود ، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٧٢ من التقنين المدني الفرنسي الجديد على (" **تنشأ العقود ومن حيث المبدأ بالتراضي** ")[١] . فضلاً عن أن للحرية العقدية بعد إنساني، على اعتبار أنها تشكل في جوهرها شرط للتبادل، والحياة داخل الجماعة ، وهو ما قال به الفقيه الفرنسي دوماس خلال القرن السابع عشر، إذ يقول (" **هناك تنوع لا متناهي في موضوعات العقد، حيث يلجأ الأفراد إلى التعاقد فيما بينهم، في سبيل تنظيم التجارة، والصناعة، والعمل، وذلك بحسب حاجاتهم** ")[٢].

ومن ثم لقد أصبح مبدأ سلطان الإرادة وما ينتجه من حرية التعاقد، أحد المبادئ الثابتة في غالبية الأنظمة القانونية خاصة ذات النزعة الفردية ، وليس بغريب أن يتجاوز تطبيق هذا المبدأ

([1]) **Article 1172 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Les contrats sont par principe consensuels.**

Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.

En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose.", disponible sur le site, https://www.legifrance.gouv.fr.

([2]) J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, OEuvres complètes, Livre premier, Paris, 1697, p. 122.

القوانين الوطنية إلى العديد من الاتفاقيات الدولية[١]. فضلاً عن أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أساسيين جوهريين، إذ الحرية والمساواة ، فالحرية هي أساس أي نشاط مظهره الإرادة، وتتحقق المصلحة العامة منذ اللحظة التي يتم فيها التوفيق بين إرادتين كل منهما تقرر مصلحة قائمة ، على اعتبار أن المصلحة العامة ليست سوى مجموع من المصالح الفردية . وان الأساس الثاني وهو المساواة، والتي لا يقصد بها قطعاً المساواة الفعلية والتي لا يمكن تحقيقها بل المقصود هنا المساواة القانونية التي تحقق المصلحة العامة، التي ترتبط جد الارتباط بالمصلحة الخاصة و يلزم معها تحقيق المساواة بين الأفراد أمام القانون[٢] .

وإلا ان الحرية العقدية ليست مطلقة ، فإذا كان للأطراف الحرية في إنشاء العقد واختيار بعضهم البعض وتحديد مضمون العقد وما يمكن تضمينه من شروط إلا أن ذلك رهن بمراعاة الضوابط الجوهرية التي لا يمكن الخروج عليها، وان أبرز مظاهر هذه القيود المفروضة على الحرية العقدية هو النظام العام وعدم جواز الخروج عليه . أو بعبارة أخرى لا يجوز الخروج على النظام العام بفعل تضمين العقود من شروط من شأنها الخروج على النظام العام ، إذ تنص المادة (١١٦٢) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠

(١) تنص المادة (١/١) من المبادئ المتعلقة العقود التجارية الدولية (اليندروا) على : " يتمتع الأطراف بالحرية في ابرام العقد وتحديد مضمونه ". وتنص المادة (١/٣) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية على : " يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف ". كما تنص المادة (١/٢٨) من القانون النموذجى لسنة ١٩٨٥، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بشان التحكيم التجارى الدولى على : " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للقانون الذي اختاره الأطراف ".

(٢) بسام سليمان وأكرم حسين، موضوعية الإرادة، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية، العراق جامعة الموصل، ص ٩٥ : د./ حلمى بهجت بدوى، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نورى، القاهرة، ١٩٤٣م، ص ٦٦.

فبراير ٢٠١٦ على : " لا يجوز للعقد الخروج على النظام العام ، سواء من حيث ما يتضمن من شروط ، أو من هدف العقد ذاته ، سواء كان هدف العقد معروف لدى الأطراف أو غير ذلك"[١].

بالإضافة إلى ذلك ، فقد فرض المشرع الفرنسي قيد على الحرية العقدية بالإحالة على النظام العام على نحو أوقع ، من حيث أن المشرع الفرنسي وضع من جانب مبدأ الحرية العقدية ، ومن جانب أخر، فرض النظام العام كقيد جوهري على الحرية العقدية ، إذ تنص المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ على : " **لكل شخص حرية التعاقد، أو عدم التعاقد، واختيار من يتعاقد معه، وتحديد مضمون وشكل العقد في الحدود التي عينها القانون. والحرية العقدية لا تعطي رخصة الخروج على القواعد المتعلقة بالنظام العام.** "[٢]. وهذ ما نص عليه المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري ، والمادة (١٣٠) و(١/١٣٢) من القانون المدني العراقي .

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية ، أن من المقرر في قضاء محكمة النقض أن الأصل في الإرادة هو المشروعية فلا يلحقها بطلان إلا إذا كان الالتزام الناشئ عنها مخالفاً للنظام العام او الآداب ، أو كان على خلاف نص آمر في القانون[٣] .

وإذا كان المبدأ الحرية العقدية على نحو ما رأينا خاصة خلال مرحلة إنشاء العقد ، إلا أن هذه الحرية تتراجع بطبيعة الحال خلال مرحلة تنفيذه ، إذ الأمر خلال تلك المرحلة على وجه الخصوص لا يخرج عن واجب طرفي العقد بالوفاء بالتزاماتهم المتبادلة أتجاه بعضهم البعض، إذ

([1]) Article 1162 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.", disponible sur le site, https://www.legifrance.gouv.fr.

([2])**Article 1102 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.**

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.", disponible sur le site, https://www.legifrance.gouv.fr.

([٣]) الطعن رقم ٤٢٩١ لسنة ٦٢ ق، جلسة ٢٩-٥-١٩٩٦، س ٤٧، ج١، ص ٧٤٨.

أن كل خروج من أحد طرفي العقد على التزامه الأصيل بما ينبغي عليه القيام به خلال مرحلة التنفيذ يعطي للطرف الأخر الحق في إنهاء العقد، ولا يوجد ثمة خلاف على ذلك ، خاصة في كل مرة يكون فيها إخلال احد طرفي العقد بالتزامه إخلال جوهري ، بما يستحيل معه على الطرف الأخر الاستمرار في العقد ، والنتيجة التي تترتب على ذلك أن أحد طرفي العقد وهو الدائن بالالتزام يسترد حريته الكاملة التي تراجعت خلال مرحلة تنفيذ العقد، والتي لا تقف عند حد إنهاء العقد، ولكن اختيار طريقة الإنهاء للعقد والتفضيل بين طريقة وأخرى، مما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

حرية الدائن في أفضلية إنهاء العقد

ان الدائن بالالتزام العقدي، الذي تعرض للإضرار بمصلحته نتيجة إخلال الطرف الأخر بالتزامه العقدي في ان يبحث عن آلية إنهاء العقد التي تحقق له مصلحته وتضمن له الحد من الأضرار التي لحقت به ، ومن ثم فإنه يراجع ما تحمل من تكاليف العقد والوقت وما صاحب إنشاء العقد من مخاطر تحملها في سبيل تحقيق الغاية المرجوة من العقد والتي خابت نتيجة إخلال الطرف الأخر بالتزامه العقدي . وبطبيعة الحال تتباين النظم القانونية في تنظيم مجموعة الآليات او الجزاءات المنهية للعقد نتيجة الإخلال به ، فقد ينتهي العقد بمبادرة من جانب المتعاقد نفسه ، أو بالمقابل بحكم قضائي.

في الواقع وبالرجوع إلى القانون الروماني يتضح لنا كيف أنه لم يكن يجيز فسخ العقد، من حيث المبدأ، برغم وجود إخلال جسيم من قبل أحد طرفي العقد بالتزامه العقدي، لأنه لم يكن يربط بين الالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين، ولكن ومع الوقت حدث تغيير في فلسفة العلاقات العقدية ، إذ ساد شعور بان جعل التنفيذ العيني هو الطريق الوحيد أمام الدائن يتعارض مع اعتبارات العدالة، فضلاً عن تعارضه مع الفعالية الاقتصادية لما يتطلبه من وقت وجهد ونفقات كثيرة ، ومن ثم فقد اتجهت الأنظار إلى قبول حل العقد وإنهائه عند الإخلال بالالتزام

العقدي، إذ جرى التعويل على إرادة الطرفين نحو إنهاء العقد بما يتم تضمينه من شروط ، منها شرط الفسخ حال الإخلال بالالتزام العقدي[١] . ولقد علل القانون الفرنسي هذا الحق في الفسخ بوجود حق فسخ ضمني من حيث المبدأ، في العقود الملزمة لجانبين، إذ يعطي كلاً من المتعاقدين الحق في طلب فسخ العقد متى لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه.

وفي الوقت الحالي يعد فسخ العقد من أكثر الطرق التي يسير فيها الطرف المضرور في العقد نتيجة إخلال الطرف الأخر، خاصة وأن سلوك طريق الفسخ أكثر أمناً للدائن من طلب التنفيذ العيني ، وذلك لأنه يتمكن من المطالبة باسترداد ما أداه للمدين بناء على العقد، كما يمكنه ان يطلب التعويض عما يصيبه من أضرار وما لحقه من خسارة . وهذه الميزات قد لا تتوافر مع التنفيذ العيني، إذ قد يجد الدائن المدين معسراً فيتعرض إلى خطر ضياع ما أداه وكذلك حرمانه من مبلغ التعويض الذي قد يحكم له به[٢] ، فضلاً عن أن القاضي قد يحكم به ليس مراعاة لحق الدائن في طلب فسخ العقد، بل مراعاة لظروف المدين ذاته ومصلحته . كما ان الفسخ غالباً ما لا يتعارض مع مصلحة المدين، وذلك لأن الأخير قد يسعى في بعض الحالات إلى الوصول لهذه النتيجة ، والتخلص من العقد من خلال التقاعس عن تنفيذه أو تعمد ذلك ، وهذا يعني ان المدين اذا لم يكن يسعى إلى فسخ العقد، فهذا يعني أنه لا يوجد ثمة ضرر واقع عليه بحكم وجود الالتزامات التي يفرضها عليه العقد[٣] .

إذ يقع الفسخ على أساس فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، إذ تقضي طبيعة هذه العقود أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الأخر،

---

(١) د./ عبد الحي حجازى، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، القسم الأول، مطبعة دار الكتاب العربي، ١٩٥٩، ص ١٤٠.

(٢) د. عبدالمنعم البدراوى، النظرية العامة للالتزامات–دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبنانى والقانون المصرى، ج١، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨، الفقرة ٤٥١.

(٣) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصرى والفرنسي، الطبعة الأولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ١٣.

ومن ثم فمن العدالة أنه إذا لم ينفذ أحد العاقدين التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر ان يتحلل مما في ذمته من التزام عن طريق فسخ العقد[١] .

ولقد أعطى المشرع العراقي حق الفسخ للطرف الدائن بالالتزام العقدي ، مع التكريس التشريعي لهذا الحق ، فإن المشرع العراقي يكون قد مهد السبيل بذلك أمام الطرف الدائن لممارسة حرية الاختيار بالفسخ . إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على : " ١- **في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الأخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل . كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته...** ".

يتضح مما تقدم أن المشرع العراقي وحرصاً منه على الحد من تعسف الدائن بالالتزام العقدي في ممارسة هذا الحق ، خاصة إذا كان الإخلال العقدي محدود ولا يكفي للحكم بفسخ العقد وإنهاء العلاقة العقدية ، ومن ثم فإن قاضي الموضوع يضل يحتفظ بسلطته التقديرية في رفض طلب الفسخ والإبقاء على الرابطة العقدية ، وهو ما يمكن وصفه بالحد الذي تقف عنده حرية الدائن في إنهاء العقد بطريق الفسخ .

ومن ناحية أخرى وفيما يتعلق بجزاء الفسخ على وجه الخصوص، فقد توسع المشرع العراقي في آليات فسخ العقد نتيجة الإخلال به ، إذ انه لم يقيد من له حق طلب الفسخ بالسير فقط في الطريق القضائي ، بل من الممكن الوصول إلى ذات النتيجة عن طريق العقد ذاته ، بمعنى تضمين العقد شرط فاسخ متى أخل أحد طرفيه بالتزاماته العقدية أو بأحد الالتزامات الجوهرية، إذ تنص المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي على : " **يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة**

([١]) د./ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنى، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مج١، العقد، ط٣، قام بتنقيحها وإضافة ما جد من فقه وقضاء، مصطفي محمد الفقي، عبد الباسط جميعي، ١٩٨١م، ص ٩٥٢.

عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته . فالفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق، فالأصل في الفسخ لا يقع إلا بحكم القضاء، وهو الفس

خ القضائي ولا يبعد المشرع المدني المصري عن نظيره العراقي في شأن أحكام إنهاء العقد بطريق الفسخ ، وهو خيار متاح للدائن بالالتزام العقدي، سواء تم ذلك بطريق الاتفاق بين طرفي العقد، أو بطريق القضاء[١] .

ومن الملاحظ أن المشرع المدني المصري أعطى للدائن بالالتزام حق التعويض بجانب خيار الفسخ ، وفي ذات الوقت ومن حيث المبدأ أعطى للمتعاقد خيار الفسخ المباشر للعقد بعد إعذار المدين ، وهو الفسخ الاتفاقي، وفقاً للمادة (١٥٨) من القانون المدني المصري[٢]. وكما هو واضح فإن للقاضي المدني سلطة تقديرية واسعة إزاء طلب الفسخ، وفقاً لشروط الفسخ ، وهو ما يعني أن حرية الأطراف في التفضيل بالإنهاء في هذه الحالة ليس مطلق، بل هناك حدود لها، وهو ما أوضحه المشرع العراقي يوافقه في ذلك نظيره المصري ، فمتى قدر قاضي الموضوع أن حجم الإخلال بالالتزام العقدي لا يكفي لإنهاء العقد جملة ، أو بعبارة أخرى كأن يكون الإخلال غير جسيم ، ففي هذه الحالة يرفض القاضي طلب الفسخ ، وهو ما يعني إغلاق الطريق أمام الطرف الدائن في العقد لإنهاء العقد، فحتى مع ثبوت وجود خلل في العقد إلا أن ذلك لا يكفى لإطلاق حرية المتعاقد في لإنهائه، ومن ثم فالخيار المتاح لأحد المتعاقدين نسبي وليس مطلق.

---

(١) تنص المادة(١٥٧) من القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٣ على : " ١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفى أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض. ٢- ويجوز للقاضى أن تمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفى به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلي الالتزام في جملته. " الوقائع المصرية- عدد رقم ١٠٨ مكرر (أ) صادر في ٢٩-٧-١٩٤٨.

(٢) تنص المادة/ ١٥٨ من القانون المدي المصري على : " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه. " : الوقائع المصرية- عدد رقم ١٠٨ مكرر (أ) صادر في ٢٩-٧-١٩٤٨.

واذا كان الأصل في القانون العراقي ان يكون الفسخ بقرار من المحكمة، وهي لا تحكم به إلاّ اذا طلب الدائن ذلك ، إلاّ ان الدائن قد يجد نفسه مضطرا إلى هذا الخيار في الواقع. خاصة وأن التنفيذ العيني ليس له وجود في أغلب قضايا الإخلال بالعقود، وان طلب التعويض بناء على المسؤولية التعاقدية مجرد فرض خيالي في القانون العراقي لأن المحاكم لا تقضي بالتعويض إلاّ مقترنا بفسخ العقد. وكل ذلك يجعل الدائن أمام خيار وحيد هو طلب فسخ العقد، والذي قد يكون كلياً أو جزئياً[١] .

على أن استشراف التشريعات المدنية الحديثة يكشف عن تراجع فكرة الفسخ القضائي، والتوسيع من حرية الأطراف في طلب الفسخ، وتقليص سلطة القاضي التقديرية أتجاه طلب الفسخ. ومن ثم فقد جعل المشرع العراقي الفسخ الاتفاقي هو الأصل. ثم يأتي دور القاضي الذي يعوّل في مباشرة سلطته التقديرية بشأن طلب الفسخ على مرجعية تشريعية مفادها شروط الفسخ التي حددها المشرع ليتبين ما إذا كان طلب الفسخ قد استوفى شروطه من عدمه[٢]. وبطبيعة الحال، تخضع سلطة القاضي التقديرية لرقابة محكمة التمييز. ومن ثم وحتى مع القول بأن حرية الأطراف نسبية إلا أنها وبطبيعة الحال هي الأصل، إذ يكفي أحد الطرفين الاحتجاج بإعمال الشرط الفاسخ في العقد متى ثبت إخلال الطرف الأخر بالتزامه العقدي.

ناهيك عن أن الفسخ الاتفاقي يحقق العديد من المزايا للأطراف ، وهو ما يؤكده رأي في الفقه المصري، إذ يوضح الأستاذ الدكتور حسن على الذنون في أطروحته التي قدمت في نهاية النصف الأول من القرن العشرين، فيبين كيف ان الفسخ الاتفاقي يجنب الكثير من الصعوبات والمشكلات التي تلازم الفسخ القضائي، كالحد من كثرة الدعاوي القضائية وبطء إجراءات

(١) د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبه، عابدين مصر، ١٩٦٦، ص ٣٢٣.وانظر كذلك د . علي حسين منهل ، المرجع السابق ، ص١٧١ .

(٢) هناك شروط ثلاثة يجب توفرها لإمكان طلب الفسخ، وهي : ١) أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين. ٢) أن لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. ٣) أن يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وقادراً على إعادة الحال إلي ما كانت عليه قبل إبرام العقد. " : د./ عبد المجيد الحكيم، وأ./ عبد الباقي البكري، د./ طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدنى العراقى، الجزء الأول في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٧٥.

التقاضي، فضلاً عن كونه الأكثر فعالية من الناحية الاقتصادية، والأكثر عدالة في مجال الجزاء المدني[١].

ومن جانبناً لا نوافق على هذا الرأي وحسبنا أن نعول في ذلك على فلسفة المشرع في الفسخ القضائي، فغاية السلطة التقديرية للقاضي أتجاه طلب الفسخ ، الحد من تعسف أحد طرفي العقد (الطرف الدائن) في مباشرة خيار الفسخ لإنهاء العقد، فقد يبادر بتقديم طلب الفسخ لإخلال بسيط بالعقد، أو بعبارة أخرى ، عدم وجود تناسب بين جزاء الفسخ وحجم الإخلال العقدي، ومن ثم فإن القاضي، ولا نغالي في القول باعتباره القائم على تحقيق توزان المصالح بين طرفي العقد .

وعلى أي حال فإن الاتجاه الغالب، هو دعم حرية المتعاقد في خيار الفسخ بإنهاء العقد، وهو تجسيد صريح لفكرة الإخلال الفعال، و ان المدين الذي يشعر بان استمراره في تنفيذ العقد لم يعد فعالاً لتحقيق مصلحته ، ولا جناح عليه إن هو سعى بكل قوة نحو إنهاء العقد بطريق الفسخ، وما يلازمه من حق التعويض، وما يدعم هذا الميل حتى لدى المدين بالالتزام العقدي أن هذا الأخير قد يأتيه عرض أخر أكثر ربحية ، أو اكتشاف خطأ في حساباته بشأن تكاليف تنفيذ العقد[٢].

(١) حسن على الذنون، النظرية العامة للفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة الملك فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦م، ص ٤١٦.

(٢) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مرجع سابق، ص ١٣٩.

المبحث الثانى

الإنهاء الفعال للعقد بين الفسخ والتعويض

إذا كان المبدأ أن للدائن بالالتزام العقدي الحق في خيار الفسخ لإنهاء العقد نتيجة إخلال المدين بالتزامه العقدي، وهذا الحق يرجع إلى مجموعة من الاعتبارات الهامة والتي تتعلق بتحقيق الثقة المتبادلة بين الأطراف ، فكل ما يشوب هذه الثقة من ريبة على أثر الإخلال بالالتزامات العقدية المتبادلة من شأنه أن ينهي العلاقة العقدية ، ناهيك عن الإخلال الجسيم الذي يأتي بالسلب على اقتصاد العقد من جانب ، ومقتضى التناسب بين الحقوق والالتزامات بين الأطراف نتيجة تقصير أحد الطرفين في التزامه العقدي أتجاه الطرف الأخر، الأمر الذي يجعل من إنهاء هذه الرابطة العقدية على سبيل الجزاء الواقع على الطرف المقصر أو المدين بالالتزام العقدي هو المفضل ، إلا أن الواقع العملي يكشف بدوره عن وجود تفاوت من حيث حدود ونطاق تطبيق هذا المبدأ، فإذا كانت الحرية العقدية هي الأساس إلا أن هناك قيود مفروضة على هذه الحرية كما لا حضنا سابقا في المبحث الأول من هذه الدراسة ، وهي التي تتعلق بمجموعة من المقتضيات التي ترتبط جد الارتباط بالمصلحة العامة والنظام العام .

إلا ان رغم هذه القيود المفروضة على حرية الدائن في إنهاء العقد التي تتعلق بالمصلحة العامة ، فأنه الأنهاء يكون أكثر فعالية وأفضلية له من الإبقاء على عقد أخل المدين بالتزامه فيه إذ أن الأنهاء سواء كان اتفاقيا أو قضائيا يمنحه تعويض يجبر الضرر الناشئ عن الأخلال الصادر من المدين ، وأساس هذا التعويض في التشريعات المدينة في حال فسخ العقد يكون وفق أحكام المسؤولية التقصيرية ، ومن ثم يترتب على ذلك أن تقدير التعويض لا يخضع للشروط التي تجب مراعاتها في المسؤولية العقدية كشرط توقع الضرر من قبل المدين وقت إبرام العقد ، لذا يمكن القول ان التعويض الذي يؤسس وفق أحكام المسؤولية التقصيرية بعد إنهاء العقد يكون أكثر فعالية من التعويض الذي يمنح على أساس أحكام المسؤولية العقدية .

لذا لا بد الوقوف على مدى فعالية الأثار المترتبة على إنهاء العقد وما هو التعويض الذي يمنح للدائن بعد الإنهاء ، ومدى مساهمة الإنهاء في الحد من التكاليف التي يتطلبها الإبقاء على العقد بعد الإخلال به لما يترتب عليه من معالجات مفترضة مثل النفقات والمصاريف التي تؤثر سلبا على العقد .

وعليه سوف نتناول في هذا المبحث أفضلية الإنهاء بطريق الفسخ ودور التعويض في تفعيل إنهاء العقد بما يجبر ضرر الدائن بالالتزام العقدي عما لحقه من ضرر في التشريع المدني العراقي والتشريعات المقارنة وما إذا كان يوجب أن يسبقه إنهاء للرابطة العقدية بطريق الفسخ، على اعتبار ان الحكم بالتعويض عن الضرر رهن بثبوت المسؤولية، فهل المقصود هنا المسؤولية العقدية أم التقصيرية ، وهذا ما سوف نتناوله بالتفصيل على النحو التالي :

المطلب الأول : الإنهاء الفعال للعقد في التشريع العراقي.

المطلب الثاني : الإنهاء الفعال للعقد في التشريع المقارن.

المطلب الأول

الإنهاء الفعال للعقد في التشريع العراقي

نظم المشرع المدني العراقي الفسخ للإخلال بالالتزام العقدي كما سبق القول ، وهذا الفسخ قد يكون قضائي أو اتفاقي ، وهو الذي يتم باتفاق الأطراف ، مع الأخذ في الاعتبار أن الفسخ القضائي يشكل الأصل، ولا تختلف هذه القاعدة باختلاف المنازعات ، بمعنى أن هذه القاعدة تمتد إلى كافة المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد[١]. والقاعدة العامة في الفسخ لابد للمتعاقد الذي

(١) د./ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون، الجزء الأول، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٣ : د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون

يريد أن يلجأ إلى القضاء طالب فسخ العقد لعدم قيام المتعاقد الأخر بتنفيذ التزاماته ، أن يعذر هذا المتعاقد بتنفيذ الالتزامات التي نص عليها العقد ، أما إذا لم يقم بالتنفيذ فإنه سيطلب الفسخ[١] عن طريق توجيه الإنذار له بواسطة كاتب العدل .

ومن جانب أخر فكثيراً ما يتفق المتعاقدين في العقد ذاته على أنه إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته ، أو بتنفيذ التزام معين بالذات، يكون العقد مفسوخاً وحكم هذا الشرط يتوقف على نية المتعاقدين، وقد يتفق الأطراف على أن يقع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد إخلال احد المتعاقدين بالتزامه العقدي ، ويكون الفسخ قد وقع بالتراضي من قبل المتعاقدين، مع الأخذ في الاعتبار صعوبة إثبات قصد المتعاقدين[٢].

وقد أعطى المشرع العراقي للدائن بالالتزام العقدي حق الفسخ في العديد من العقود، إذ يمتد تطبيق القاعدة من حيث المبدأ إلى كافة المنازعات العقدية ، وهناك العديد من الأمثلة على ذلك، ففي عقد الإيجار أعطى المشرع للمؤجر حق إنهاء عقد الإيجار بطريق الفسخ في حالة إخلال المستأجر بالتزامه العقدي ، سواء كان الإخلال ناتج عن وفاة المستأجر أو إعساره أو نقله وتغيير موطنه[٣] .

المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص ٢٧٩ : د./ عبد الرزاق السنهورى، الوجيز في شرح القانون المدنى، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٧٤،

(١) مارسيل يقظان حبيب شيما، أنواع فسخ العقد وآثاره، بحث مقدم لنيل شهادة البكالوريوس في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٢م، ص ٨ : د./ عبد المجيد الحكيم، د./ عبد الباقي البكرى، د./ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، حقوق الطبع محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمى، ١٩٨٠، ص ١٧٧.

(٢) د./ حسن على الذنون، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

(٣) تنص المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقى رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على : " ١- إذا كان الإيجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته إذا حدثت ظرف من شانها ان تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الأمر أو في اثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعي من يطلب الفسخ مواعيد التنبيه بالإخلاء من مبدأ الأمر أو في اثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعى من يطلب الفسخ مواعيد التنبيه بالإخلاء البينة بالمادة ٧٤١ وعلى أن يعوض الطرف الأخر تعويضاً عادلاً. ٢- وفي هذه الحالة يجب على المؤجر ان يخصم من

بيد أن الفسخ في حالة عقد الإيجار وبالإحالة على المادة (٧٩٢) من القانون المدني سالفة الذكر، متاح لكلا الطرفين وذلك لأن الفسخ في حالة عقد الإيجار ليس على سبيل الجزاء، الذي يعطي للدائن بالالتزام صلاحية تفضيل هذا الطريق لإنهاء العقد ذاته ، ومن ثم فللمؤجر وكذلك المستأجر حق المبادرة بطلب فسخ عقد الإيجار للشروط الواردة في المادة سالفة الذكر، ومن ثم فإن الفسخ في هذه الحالة لا يعتبر حق أصيل ومنفرد للدائن بالالتزام العقدي دون غيره.

وفي عقد المقاولة، ربط المشرع العراقي فسخ العقد بثبوت انهيار التوازن الاقتصادي للعقد بين التزامات رب العمل والمقاول، على النحو الذي يستحيل معه الاستمرار في تنفيذ العقد، نتيجة وقوع مجموعة من الحوادث والوقائع التي لم تكن متوقعة خلال وقت إنشاء العقد[١] . وهو ما يعني أن الفسخ في هذه الحالة راجع إلى استحالة الاستمرار في تنفيذ العقد وليس على سبيل الجزاء، ومن ثم لا محل للقول بخيار الإنهاء بتفضيل الفسخ في حالة عقود المقاولة .

والسؤال الأن عن مكان التعويض في شأن إنهاء العقد، خاصة حينما يلازم فسخ العقد التعويض عن الضرر، وموقف المشرع المدني العراقي من التعويض عن الضرر، الذي يكشف عنه الإخلال بالالتزامات العقدية من قبل المدين . ومن ناحية القضاء العراقي فإنه لا يقبل دعوى التعويض للضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام العقدي ما لم يكن طالب التعويض قد سبق وطلب فسخ العقد حتى يمكن للدائن أن يطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به على أثر إخلال

الاجرة قيمة ما اقتصده من وراء عدم انتفاع المستأجر بالمأجور وقيمة ما حققه من نفع من وراء استعماله لمأجور في اغراض أخرى. ".

(١) تنص المادة (٨٧٨) من القانون العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على : " ليس للقول إذا ارتفعت اسعار المواد الأولية واجور الايدي العاملة ان يستند إلي ذلك ليطلب زيادة الأجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً، على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للمحكمة ان تقضي بزيادة في الأجرة او فسخ العقد،....".

المدين بالتزاماته العقدية[١] . أو بعبارة أخرى فإن دعوى التعويض تلازم طلب فسخ العقد، وهناك انقسام في فقه القانون المدني حول القول بالمسؤولية التقصيرية كأساس للتعويض[٢].

إذ ان أخلال المدين بالتزامه العقدي يعد عملا غير مشروع ، وكل عمل من هذا القبيل يستوجب التعويض عن الأضرار الناشئة عنه ، ومن ثم يترتب على ذلك ان التعويض الذي يحكم به القاضي المقترن بالفسخ أو بعده يشمل الضرر المباشر سواء كان متوقعا ام غير متوقع ، لكون ان توقع الضرر شرط لاستحقاق التعويض وفق أحكام المسؤولية العقدية . إضافة لذلك أنه يشمل التعويض عن الضرر الأدبي وهذا خلاف التعويض القائم على المسؤولية العقدية[٣] . فضلا عن ان هذا التعويض يشمل عناصر التعويض ذاتها وهي مافات الدائن من كسب ومالحقته من خسارة[٤] .

---

(١) قضت محكمة التمييز الاتحادية، " إن طلب التعويض يجب أن يكون عقب فسخ العقد متى أخل أحد المتعاقدين بالتزامه، وطلب الطرف الأخر فسخ العقد، موضوع الدعوى، فليس له طلب العويض والعقد لا يزال قائماً. " : القرار رقم ٤٤٣ الهيأة المدنية منقول ٢٠٠٨ في ٣-٨-٢٠٠٨ في النشرة القضائية التي يصدرها المركز الإعلامى للسلطة القضائية، مجلس القضاء الأعلى، العدد الثالث، تشرين الأول، ٢٠٠٨م، ص ٣٦.

(٢) د./ حسين عامر، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦م، ص ٥١ : هذا بخلاف ما يقول به الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى، الذي يعول على المسئولية العقدية لتعويض وليس التقصيرية، لمزيد من التفصيل ينظر : د./ عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، ج٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤م، ص ٣٦٩. ويقول الأستاذ السنهوري في هذا الصدد ((إذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه جاز احكم له بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية كما قدمنا ، لأن العقد في هذه الحالة بقى قائما ولم يفسخ فيصح إذن للدائن ان يحصل على تعويض أما مع بقاء العقد على المسؤولية العقدية ، وأما فسخ العقد على أساس المسؤولية التقيصرية . ثم يقول في الهامش أن الاستحالة – أي استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدي – إذا رجعت إلى تقصير المشتري ، كان للبائع ان يطالبه بالتعويض ، أما على أساس المسؤولية التعاقدية وفي هذه الحالة يبقى العقد قائم ، وأما على أساس فسخ العقد مع التعويض . د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١، المرجع السابق ، الفقرة ٤٧٨ ، ص٧١١ ، وهامشها رقم ٠١٩)) .

٣ - د . علي حسسين منهل ، المرجع السابق ، ص١٩٦ .

٤ - حسين عامر : المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ،ص ٥٤٣ .

لذا ان التعويض الذي يمنح للدائن الذي يشمل الضرر المتوقع وغير متوقع ، إضافة للضرر المعنوي يكون أكثر فعالية من التعويض القائم على المسؤولية العقدية[١] ، إذ يقتصر التعويض وفق أحكام المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع من حيث الأصل ، ما لم يثبته .

ارتكاب المدين الغش أو الخطأ الجسيم ، ولا يشمل الأضرار المعنوية ' أما التعويض الذي يحكم به القاضي بعد فسخ العقد فأنه يؤسس على أحكام المسؤولية التقصيرية ، ومن ثم فأنه يشمل الضرر المتوقع وغير متوقع ، كما يشمل الضرر المعنوي[٢] وقد وقع القضاء العراقي ، في بعض أحكامة بخلط كبير بخصوص هذه المسألة ، إذ أنه يحكم بالتعويض المقترن بطلب الفسخ على أحكام المسؤولية التقصيرية ، إلا أن يقيده بالضرر المتوقع فقط ، وهذا الاتجاه لا يستقيم مع المبدأ القانوني السليم[٣] .

ومن ثم ان فعالية التعويض القائم على أحكام المسؤولية التقصيرية يكون له أفضلية للدائن ، إذا أنه سوف يعرف مقدما بأن التعويض الذي يمنح له مع فسخ العقد يشمل الأضرار كافة التي لحقت به ، وهذا بدوره يخلق لديه دافع لطلب الفسخ مع التعويض ، وهو تعويض أفضل له من

---

١ - د . علي حسين منهل ، المرجع السابق ، ص١٩٦ .

٢ - د . عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام السابق ، ص٤١٠-٤١٢ د . حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، أحكام الالتزام ، أثبات الالتزام ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص٢٢٧-٢٢٨. ويلاحظ ان القانون المصري يجيز طلب التعويض عن الضرر المعنوي في النطاق المسؤولية التعاقدية ، ويقول الفقه هناك بأن هذا النوع من الضرر نادر في هذا النطاق ولكنه متصور ، كما لو شعر الراكب بألم ومعاناة من الإصابة التي تعرض لها في أثناء النقل . ينظر: د . محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،٢٠٠٦ ، ص٣٩٩.

٣ - ينظر قرار محكمة بداءة البصرة المختصة بنظر المسائل التجارية المرقم ٤/ت/٢٠١٣ في ٩/ ٢/٢٠١٤ والذي تضمن خلطا عجيبا بين المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية ، إذ جاء فيه ما نصه . أما بخصوص طلب التعويض عن الفسخ فترى المحكمة أن المشرع جعله مشروطا بتحقق مقتضاه وهو وقوع الضرر ، ويستند إلى أساس المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية لأن العقد بعد أن يفسخ لا يصلح أساسا للتعويض ، وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين ويعد العقد في هذه الحالة واقعة مادية وليس عملا قانونيا . ويعتمد في تقدير التعويض ثلاث قواعد القاعدة الثانية إذا كان عدم التنفيذ لا ينطوي على غش أو خطأ جسيم فلا يلزم المدين إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد القرار مذكور عند : د . وليد خالد عطية ، نحو نظرية عامة لقاعدة توقع الأضرار في العقود ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٦ ، ص١٢٩ في الهامش والكلام الذي جاء في القرار مخالف للمنطق وبعضة مناقض لبعضه الأخر ، إذ أن العقد بعد فسخه لا يترك أي مجال لتحقق المسؤولية التعاقدية كما رأينا مرارا لأن هذه المسؤولية تعني الزام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية بمقابل هو التعويض ، أي إنها تبقى على العقد قائما ، وإذا كان التعويض قائما على أساس المسؤولية التقصيرية ، كما يقول القرار ، فلا دخل لشرط توقع الأضرار في المسألة . مشار لدى د . علي حسين منهل ، ص١٩٦ ، المرجع السابق

الإبقاء على العقد والمطالبة بالتنفيذ العيني للعقد مع التعويض ، أو بعبارة أخرى تمسكه بأحكام المسؤولية العقدية . إذ أن التعويض الذي يمنح له وفق أحكام المسؤولية التقصيرية يكون شامل لجميع الخسائر التي لحقت به سواء كانت متوقعة وغير متوقعة وقت إبرام العقد ، أو سواء أكانت مادية أم معنوية[١] . فضلا عن أن مصلحة الدائن قد تكون مع المطالبة بفسخ العقد مع التعويض أكثر فائدة له من المطالبة بالتنفيذ العيني للعقد ، لان مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني قد تعرضه لخطر إعسار المدين الذي أخل بالتزامه العقدي[٢] .

وفي ضوء ما تقدم نلاحظ ان منح الدائن التعويض الناشئ عن الأخلال العقدي ، وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية ، يحقق له الأفضلية والفعالية وهذا ما يسمى (بالتعويض الواقعي) ، بسبب ان الدائن لا يخرج في كل الأحوال خاسرا لصفقة العقد محل النزاع ، بل أنه يأخذ تعويض يشمل الضرر المتوقع وغير متوقع الناشئ عن الإخلال بالعقد ، إضافة للأضرار المعنوية ، ومن ثم أن التشريع المدني العراقي يحقق للدائن أفضلية فاعليه وضمانا في حال إخلال المدين بالتزامه العقدي .

ولا بد من الإشارة لموضعين بخصوص فعالية التعويض الممنوح للدائن ، الأول هو في حال تضمين العقد شرط الإعفاء من المسؤولية والثاني حول اشتراط ركن الضرر في المسؤولية التعاقدية . إذ أنه بموجب المادة (٢/٢٥٩) من القانون المدني العراقي يجوز للمتعاقد أن يعفي نفسه من المسؤولية ، وذلك من خلال شرط يضعه في بنود العقد ، ويسمى (شرط الإعفاء) ، وبخصوص موضوعنا أن المتعاقد قد يلجأ إلى وضع هذا الشرط في العقد في حال توقعه الحصول على عروض أفضل في المستقبل ، أو في حالة ازدياد تكاليف التنفيذ إلى الحد الخارج عن توقعاته وقت إبرام العقد ، لذا يرغب المتعاقد لوضع هذا الشرط للأخلال بالعقد والتوجه إلى صفقات أخرى أكثر ربحا ، أو التهرب من ازدياد والمصاريف . إلا أن هذا الهدف يتعارض مع الواقع الفعلي ، إذ أن المسؤولية التي تترتب على المدين بعد فسخ العقد هي مسؤولية تقصيرية

[١] - مصطفى عبد السيد الجارحي : فسخ العقد – دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص١٣٦ .
[٢] - د . عباس علي محمد الحسيني : رجعية العقد عند فسخه قضاء ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة الرابعة ، العدد الأول ، ٢٠١٢ ، ص٤ .

وليس عقدية ، و بموجب أحكام القانون المدني العراقي أن شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يكون باطل[١] .

أما بخصوص الحالة الثانية وهي ان نظام المسؤولية العقدية يتضمن تناقضا من الناحية النظرية . لان التعويض الذي يحكم به القاضي لا بد ان يكون عن ضرر لحقه بالدائن ، ويذهب الفقهاء إلى أن تخلف الضرر يؤدي إلى تخلف المسؤولية العقدية ، ومن ثم لا يحكم بالتعويض لان التعويض يقابل الضرر[٢] . ولكن بنفس الوقت ان جميع يقولون في حال طلب الدائن التعويض وفق أحكام المسؤولية العقدية يعني البقاء على العقد ، وغاية الأمر ان التزام المدين تحول من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل والذي يتمثل بالتعويض[٣] . ومن ثم إذا قام الدائن بتنفيذ التزاماته على الرغم من أخلال المدين بالتزامه فأن هناك ضررا واقع لا محال قد لحق الدائن ، وعليه فلا محل لاشتراط الضرر في المسؤولية العقدية لأنه ركن أساسي فيها وتخلفه يؤدي إلى تخلفها . أو بعبارة أخرى أن الدائن إذا نفذ التزاماته التي ينص عليها العقد ، وتخلفه المدين عن ذلك فأنه يكون قد أدى شيئا دون مقابل ، لذا أن اشتراط الضرر كركن أساسي في المسؤولية العقدية مجرد لغو ، وان الخوض والبحث فيه سواء كان متوقعا ومباشرا مجرد كلام فارغ عن أي محتوى عملي ، لأنه قيام الدائن بتنفيذ ما عليه يعني تعرضه للضرر ، ولا حاجة للبحث في ذلك[٤] .

---

١ - أنظر المادة (٣/٢٥٩) من القانون المدني العراقي .
٢ - د . عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، المرجع السابق ، الفقرة ٤٢٤ ، ص٦٥٤ . د . سليمان مرسي ، موجز أصول الالتزامات ، المرجع السابق ، ص٢٦٩ .
٣ - حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية ، المرجع السابق ، ص١٣ .
٤ - د . علي حسين منهل ، المرجع السابق ، ص٢٠٠ .

المطلب الثاني

الإنهاء الفعال للعقد في التشريع المقارن

يعتبر القانون الروماني المصدر الأصيل للتشريعات الأوروبية ، ناهيك عن العديد من التشريعات العربية ، التي تعتمد على الأقل من حيث المبادئ والقواعد القانونية الحاكمة لتشريعاتها الوطنية على القانون الروماني ، إلا أن ذلك لا يعني وحدة التشريع الانكلو أمريكي واللاتيني في الفلسفة التشريعية ، بل الخلاف قائم بين كلا التشريعين في جوانب عدة، بل أكثر من ذلك فقد أضحى كل منهما يشكل مدرسة مستقلة عن الأخرى . ومن ثم فمن الطبيعي أن نجد ثمة اختلاف بين المشرع الأمريكي والفرنسي في معالجة خيار الفسخ بإنهاء العقد، وخاصة أن التشريع الأمريكي يعول في الأساس على الشرط الفاسخ.

فضلاً عن ذلك فإن التشريع الأمريكي حصر خيار إنهاء العقد بين الاسترداد والأرتكان ، مما سوف نتناوله تفصيلاً واعتبر ذلك خيار كافي لإنهاء العقد ، في حين ان التشريع اللاتيني وحتى العراقي لا يعتبر الاسترداد والارتكان سوى آثار أو نتائج تترتب على إنهاء العقد ، إذ يحق للطرف الدائن في العقد أن يسترد ما أده من ثمن، على سبيل المثال للمبيع ، طالما لم يستلم المبيع عقب دفع الثمن، فالاسترداد لا يعتبر طريق لإنهاء العقد بل هو النتيجة التي تترتب على إنهاء العقد بالفسخ للإخلال بالالتزام العقدي من قبل الطرف المدين. كذلك الحال بالنسبة للإرتكان ، بمعنى المصروفات التي تحملها الدائن في العقد، وقد لحقه جزاء الفسخ فمن العدالة أن يسترد ما تحمل من مصروفات، ولكن ذلك نتيجة طبيعية لإنهاء العقد بالفسخ وليس خيار متاح للدائن بالالتزام العقدي لإنهائه .

وهو ما يكشف بدوره عن اختلاف التشريع الإنجليزي عن التشريع الفرنسي وكذلك العراقي، إذ يعتبر الاسترداد والارتكان مجرد آثار تترتب على العقد ، مما سوف نتناوله في هذا المطلب على النحو التالي :

الفرع الأول : الإنهاء الفعال في التشريع الانكلو أمريكي

الفرع الثاني : الإنهاء الفعال في التشريع الفرنسي

الفرع الأول

الإنهاء الفعال في التشريع الانكلو أمريكي

أن بموجب هذه القوانين توفر للدائن عدة جزاءات في حال إخلال المدين بالتزامه العقدي ، وهي تشمل تعويض الآمال وجزائي الأرتكان والاسترداد ، إضافة للتنفيذ العيني بصفة استثنائية وان أتجاه أنصار نظرية الأخلال الفعال يدعون إلى جعل جزاء تعويض الآمال هو الجزاء الرئيسي في حالات الإخلال بالعقد . لانه هذا الجزاء يهدف إلى جعل الطرف الدائن بالعقد في مركز لا يختلف على فرض تنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه ، وعندئذ ان هذا الجزاء سيخلق دوافع لدى المتعاقدين إلى تنفيذ العقد عندما يكون هذا التنفيذ فعالا ، والإخلال به عندما يكون هذا الإخلال محققا للفعالية بصورة أكبر من التنفيذ[١] .

وقد أعطى المشرع الإنكليزي للمتعاقد الدائن بالالتزام العقدي خيار فسخ العقد في مواجهة الطرف الأخر حال ثبوت إخلاله بالتزامه العقدي ، وعلى وجه الخصوص الفسخ بالإرادة المنفردة للمتعاقد الدائن بالالتزام العقدي، متى تضمن العقد شرط بذلك، ومن ثم يتضمن القانون الإنكليزي تفرقة تقليدية بين الشرط Condition والضمان Warranty، على اعتبار أن الشرط يشكل أحد بنود العقد الجوهرية ، بحكم أنه يرتب التزام أو جزاء بين الأطراف ، كما هو الحال بالنسبة لشرط الفسخ حال ثبوت الإخلال بالالتزام العقدي . وهذا بخلاف الضمان الذي يعتبر شرط ثانوي أو مكمل في العقد وليس شرط جوهري وأساسي [٢] .

ومن ثم يستطيع الدائن بالالتزام العقدي أن ينهي العقد بمبادرته دون حاجة إلى اللجوء طريق القضاء للحصول على حكم قضائي بالفسخ ، مع الأخذ في الاعتبار ان يتخذ موقف

---

[١] -- د . علي حسين منهل ، المرجع السابق ، ص١٩٤ .

([٢]) د./ منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون القعود الفرنسي المعدل ٢٠١٦، بحث منشور في مجلة روح القوانين، كلية الحقوق– جامعة طنطا، ٢٠١٩، ص ١٠.

إيجابي من فسخ العقد بإعلان الطرف الأخر (شفهياً أو كتابياً) برغبته في فسخ العقد للإخلال بالالتزام العقدي من قبل الطرف الأخر، وقد يأخذ سلوك إيجابي كبيع الشيء لمشترى أخر او التوقف عن التحضير لتنفيذ وسحب ما قدمه سابقاً ، ومن الممكن أن يكون التزام الصمت تعبير عن الرغبة في إنهاء العقد بأفضلية الفسخ(١) . وعلى أساس هذا التمييز في القانون الإنكلو أمريكي بين الشرط والضمان، يتحقق ثبوت حق الدائن بالالتزام العقدي في فسخ العقد بإرادته المنفردة في حالة عدم تنفيذ الالتزام بالإحالة على الشرط الوارد في العقد بذلك ، وبالمقابل لا يترتب على مخالفة الضمان انعقاد مسؤولية المتعاقد، دون النظر إلي مدى أثار المخالفة، إذ لا يعطي للدائن خيار الإنهاء بطريق الفسخ(٢) .

كما يجيز المشرع الأمريكي فسخ العقد بالإرادة المنفردة، أو بعبارة أخرى خيار الإنهاء بطريق الفسخ وفقاً لشروط معينة ، إذ يستطيع الدائن بالالتزام العقدي فسخ العقد بالإرادة المنفردة(٣). فضلاً عن أن المشرع الأمريكي يتيح للدائن طريقين لإنهاء العقد، وفقا لخيار الاسترداد من جانب، والإرتكان من جانب أخر. فمن حيث الاسترداد restitution، يبين جانب من الفقه الفرنسي أن مقتضى الاسترداد يبرز في حالة تنفيذ العقد، الذي قضى بفسخه فيما بعد نتيجة إخلال احد طرفيه بالتزامه العقدي، إذ في هذه الحالة يثبت للطرف الدائن بالالتزام العقدي حق الاسترداد(٤)، ويقدم قضاء محكمة النقض الفرنسية العديد من الأمثلة على حالات الاسترداد،

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, 7th ed., Pearson Education Limited, England, 2009, p. 315.

(2) Xavier Testu (F.), Fin du contrat pour inexécution en droit anglo-saxon, Dalloz référence Contrats d'affaires, 2010, nº2.

(٣) د./ محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الأمريكى مقارنة بالقانونين الفرنسى والمصرى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مج٢، ع٢، ١٩٦٠م، ص ٢٥٧ وما يليها.

(4) V. A. Bouziges, Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat, thèse dactyl. Poitiers, 1982 ; E. Poisson-Drocourt, « Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat », D. 1983. Chron. 85 ; M. Malaurie, Les restitutions en droit civil, thèse Paris II, 1990 ; Ghestin, nos 919 s

فعلى سبيل المثال، يسترد المشترى الثمن من البائع حال فسخ العقد نتيجة إخلال هذا الأخير بالتزامه العقدي[١] .

وهو ما أكده المشرع العراقي في المادة / ٥٨٢ من القانون المدني العراقي، التي تنص على " إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد كان للمشترى مع ذلك أن يدفع الثمن بعد القضاء الميعاد ما دام لم يعذر، إلا إذا نص في العقد على أن الفسخ يقع دون اعذاره وفي كل حال لا يجوز للمحكمة أن تمنح المشترى أي أجل."، كذلك الحال بالنسبة لعقد القرض، إذ يجب أن يسترد المقترض مبلغ القرض بمجرد فسخ العقد [٢] . وفي عقد البناء ، يحق لصاحب الأرض أن يسترد المبالغ التي دفعها لمقاول البناء، فضلاً عن حقه في إعادة الأرض إلى الحالة التي كانت عليها قبل أعمال البناء وإزالة ما تم من أعمال البناء بمجرد الحكم بفسخ العقد نتيجة إخلال مقاول البناء بالتزاماته العقدية اتجاهه[٣].

وفي اصطلاح القانون الأمريكي، يطلق على ما يدفعه الدائن إلى المدين بناءً على العقد خسارة الاسترداد reliance loss، وكما سبق القول فإن هذه الإشكالية تبرز في حالة ما إذا تم تنفيذ العقد، ويقدم الفقه الأمريكي مثال على ذلك، كأن يبادر طرفي العقد بتجهيز المنتجات أو

(1) En cas de responsabilité du notaire qui a instrumenté, celui-ci peut, en cas d'insolvabilité du vendeur, être tenu de garantir la restitution (Civ. 1re, 1er juin 1999, Defrénois 1999. 1340, obs. Aubert) ; . V. Civ. 6 déc. 1967, Bull. civ. I, no 358, p. 269, RTD civ. 1968. 708, obs. J. Chevallier ; Com. 16 déc. 1975, Bull. civ. IV, no 308, p. 256, Defrénois 1977, art. 31343, p. 393, obs. J.-L. Aubert ; 11 mai 1976, Bull. civ. IV, no 162, p. 137 ; Civ. 1re, 12 déc. 1979, D. 1980. IR 390, obs. D. Martin, JCP 1980. II. 19464, 2e esp., note J. Prévault ; Com. 20 juill. 1983, Bull. civ. IV, no 230, p. 198, Defrénois 1984, art. 33326, p. 806, obs. J.-L. Aubert

(2) Civ. 3e , 5 nov. 2008, Defrénois 2008. 2510, obs. E. Savaux (l'hypothèque en considération de laquelle le prêt avait été consenti subsiste jusqu'à ce que l'obligation de restituer soit exécutée).

(3) Civ. 1re, 26 juin 2013, Bull. civ. III, no 83, RDI 2013. 474, obs. Garcia et Vennetier, RDC 2013. 1315, obs. Laithier ; v. cep. Civ. 3e , 15 oct. 2015, no 14-23.612 P, D. 2015. 2423, note C. Dubois, RTD civ. 2016. 107, obs. H. Barbier, ibid. 140, obs. P.-Y. Gautier, qui reproche aux juges du fond de ne pas avoir vérifié « si la démolition de l'ouvrage, à laquelle s'opposait le constructeur, constituait une sanction disproportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectent »

الخدمات محل العقد للطرف الأخر، فإذا تمسك الدائن بالالتزام العقدي بجزاء الاسترداد، فإن المحكمة تلزم المدين بأن يرد ما تسلمه عقب ثبوت إخلاله بالتزامه العقدي[١].

وهذا ما هو عليه الحال بالنسبة لقضاء محكمة النقض الفرنسية، فإن الفقه الأمريكي يقدم لنا العديد من الأمثلة على حالات الاسترداد، فهناك حالة المشتري الذي يدفع الثمن مقدماً قبل أن يستلم المبيع ثم يخل البائع بالتزامه العقدي، ويتخلف عن التسليم ، إذ في هذه الحالة يمكن للمشتري أن يطلب إعادة الثمن من خلال المطالبة بجزاء الاسترداد، إذ يسترد المدعي ما أداه لطرف الأخر المقصر في الوفاء بالتزامه العقدي[٢].

في حين ان جزاء الإرتكان في التشريعي الانكلو أمريكي، فإن غايته تعويض الدائن عن المصروفات التي أنفقها بالارتكان إلى العقد، فضلاً عن الخسارة التي تحملها خلال تنفيذ العقد[٣] فضلاً عن ذلك ، إن المصروفات التي قد يتحملها أحد طرفي العقد الدائن بالالتزام العقدي قد تكون واجبة عليه لتنفيذ العقد، بعبارة أخرى لتنفيذ التزامه العقدي، كما لو اتفق الطرفين على سبيل المثال، على تسليم المبيع في محل المشتري، مما يضطر معه البائع إلى تحمل مصروفات النقل لتسليم البضاعة للمشتري ، ففي هذه الحالة ومتى تم فسخ العقد على أثر إخلال المشتري بالتزامه العقدي يحق للبائع في هذه الحالة المطالبة بمواجهة هذا الأخير بجزاء الارتكان للحصول على ما تحمل من مصروفات وهو يستوفى التزامه العقدي، وللمحكمة أن تباشر سلطاته التقديرية بشأن المبلغ المستحق للمدعي[٤].

ومن وجهة نظرناً أن القانون الانكلو أمريكي لم يأتي بجديد أو مميز من حيث خيار الفسخ بإنهاء العقد، متى تم هذا الفسخ انطلاقاً من سلطان إرادة الأطراف ، وعلى وجه الخصوص الطرف الدائن بالالتزام العقدي، أو من خلال الفسخ القضائي وهو ما تناوله المشرع العراقي أما عن جزائي الاسترداد والارتكان، فمن وجهة نظرنا، أنه لا يوجد ثمة مجال للاختيار في هذه

(1) Sir Guenter Treitel, Treitel on the Law of Contract, 2003, p. 941
(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, Longman, 2009, p. 358.
(3) Richard Stone and James Devenney, The modern law of contract, p. 474, n°19.
(4) Janet O' Sullivan & Jonathan Hilliard, The Law of Contract, 5th. ed. Oxford University press, 2012, p. 386.

الحالة على اعتبار أن الاسترداد وكذلك الارتكان ليسا طريقين متاحين أمام الدائن بالالتزام العقد لإنهائها، بل هما وبطبيعة الحال من الآثار التي تترتب على بطلان العقد أو فسخه ، على اعتبار أن الفسخ في هذه الحالة يرتب آثاره بأثر رجعي، ويعتبر الاسترداد والارتكان من أبرز أثار البطلان او فسخ العقد. ومن ثم فمن الغلو القول باعتبارهما من الجزاءات المنهية للعقد.

ومن حيث خيار التعويض في القانون الانكلو أمريكي، فقد جرى على تطبيق ما يعرف (بتعويض الآمال)، بمعنى التعويض مع الإبقاء على العقد قائماً دون إنهائه، ولكن سرعان ما تراجع عن هذا الاتجاه مع ظهور الاتجاه الجديد، الذي قدم جزاء إنهاء العقد على التعويض، وهو الذي قال به أنصار مدرسة التحليل الاقتصادي، ومن ثم فإن التعويض يؤسس على أساس المسؤولية التقصيرية[١]، على اعتبار أن هناك إخلال تقصيري بالعقد **tortious breach of contract**، أو بعبارة أخرى وبحسب أنصار هذه المدرسة أن على المشرع أن يضع قواعد جديدة للتعويض عن الإخلال بالعقد ، وأساس هذه القواعد هو الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية أو بأفضل الجهود، فالإخلال بمثل هذه الالتزامات يؤدي إلى خطأ تقصيري قد يفرض بناءً عليه تعويض مرتفع في حالات معينة[٢].

وقد قارن أصحاب مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون بين مختلف صور جزاءات الإخلال المنهية للعقد من جانب تحقيق الفعالية الأفضلية للدائن وفقا للقانون الإنكلو أمريكي ، وان النتائج التي توصلوا إليها هي ، أن جزاء الاسترداد يؤدي إلى أن يسترجع الدائن ما دفعه فقط ، ومن ثم فأنه هذا لا محال سوف يعرضه إلى خسارة ما أنفقه تحضيرا لتنفيذ العقد . أما جزاء الإرتكان ، يؤدي لإعادة ما دفعه الدائن إضافة عن تعوضه ما أنفقه في تحضير تنفيذ العقد ، لذا فأنه سوف يصبح في وضع أفضل لانه لم يخسر شيئا ، وبالتأكيد ان الدائن هو حرفي اختيار الجزاء الذي

(١) على حسين منهل، نظرية الاخلال الفعّال في العقد، أطروحة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٨م، ص ١٩٢.

(2) Daniel (A.-F.), Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Da mages for breach of contact, Virginia Kaw Review, vol. 66, 1980, p. 1476.

يحقق له الأفضلية[١] . مثال على ذلك إذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع داخل البائع في تسليمه فأن جزاء الاسترداد لا ينفعه لانه لا يدفع شيئا مسبقا ، في حين أن جزاء الأرتكان يحقق له الأفضلية إذ أنه يستطيع ان يحصل على التعويض عما أنفقه في سبيل تنفيذ العقد كالأجرة التي دفعها . ومن ثم أن هذا الجزاء يحقق له الأفضلية[٢] .

ويذهب جانبا من الفقه الإنكلو أمريكي إلى أن إنهاء العقد بسبب الإخلال قد يحقق الفعالية والأفضلية للدائن من التمسك بالاستمرار بتنفيذ العقد ، وذلك عندما يحصل الدائن على صفقه رديئة حتى في حال تنفيذه وقت استحقاقه ، أو عندما يكون الضرر والخسارة التي لحقته من التمسك بالعقد من النوع الذي تمكنه من تقطيتها بالتعويض ، كما لو كانت الخسارة غير مباشرة أو غير متوقعه للمدين وقت إبرام العقد . لذا قد يفضل الدائن إنهاء العقد ليحصل على جزاء مربح وذي فعالية كبيرة[٣] . فضلا عن ذلك فان الدائن قد يجتنب بإنهاء العقد ضياع الوقت في عملية إجراءات التقاضي المطلولة ، إضافة إلى خطر احتمال إعسار المدين . وحتى إذا كان الدائن قد قام بالتنفيذ من جانبه ، فأن إنهاء العقد أو إقامة الدعوى باستيراد ما دفعه قد تحقق له الأفضلية من إقامة دعوى بالتنفيذ العيني أو تعويض الآمال[٤] .

والجدير بالذكر أن إنهاء العقد بموجب هذه القوانين لا تمنح القاضي السلطة التقديرية في الإنهاء ، بل يجب أن يعطي إلى الدائن الحق في إعلان رغبته في إنهاء العقد بعدما أخل المدين

---

[١] - مع ملاحظة وجود بعض القيود في القوانين الإنكليزي التي قد تحد من حق الدائن في إنهاء العقد ،منها وجود شرط في العقد ذاته يمنع الدائن من ذلك ، وهذا الشرط في حقيقته هو شرط أعفاء يضعه المدين ليخلص نفسه من المسؤولية عن الإخلال ومن القيود أيضا ما إذا كان الدائن مستهلكا بحسب قانون بيع البضائع الإنكليزي ، إذ يمكن للمحكمة ان ترفض إنهاءه للعقد وتحكم له بدلا عن ذلك بتخفيض الثمن . وأخيرا ، إذا كان الدائن قد دخل إلى العقد عن طريق التدليس وأراد نقضه بوصف ذلك إخلالا من جانب المدين ، فان للمحكمة السلطة التقديرية في ذلك ، وقد تحكم له بالتعويض بدل من الانتهاء ينظر sir guenter treitel the law of contract, op. 804.

[٢] - wenqing liao , the application of the theory of efficient breach,po.112.

[٣] - وعلى الرغم من ذلك فان القانون الإنكليزي لا يتضمن حكما يجعل العقد منتهيا من تلقاء نفسه في حالة الإخلال به ، بل يجعل ذلك متوقفا على خيار الدائن ينظر ewan mck endrick, contract law-text, cases,and materials, op,cit.p.757

[٤] - sir guenter treitel, the law of contact, op.cit.,p.761 نقلا عن د. عليي حسن منهل ، المرجع السابق ص٢٠٣

بالتزاماته العقدية ، وذلك في الحالات التي يكون فيها الإخلال جسيم ، والسبب وراء ذلك ان كل طرف متعاقد يجب أن يكون على علم كافي في حقوقه قبل اللجوء إلى المحكمة ، وذلك من أجل منع المنازعات مقدما ، أو حسمها وإنهاء العقد قبل الذهاب إلى المحكمة ، وكل ذلك من أجل تقليل المصاريف التي تتضمنها عملية التقاضي [١] .

وفي ضوء ما تقدم من مميزات نلاحظ ان جزاء إنهاء العقد في حال إخلال المدين بالتزامه وفقا للقانون الإنكلو أمريكي ، يجعله يحقق الأفضلية للدائن من الناحية الاقتصادية والاجتماعية ، وهذه هي التي جعلت منه جزاء مفضلا لدى الدائن ، لان التمسك والاستمرار بالتعلق بعقد ثبت إخلال أحد طرفيه به سيكون بل شك مكلفا له ، لذا ان الدائن سوف ينتجه للخيار والذي يحقق مصلحته بالدرجة الأولى .

الفرع الثاني

الإنهاء الفعال في التشريع الفرنسي

عالج المشرع الفرنسي خيار الفسخ لعدم تنفيذ الالتزام العقدي منذ قانون نابليون لعام ١٩٠٤، وكذلك في التعديل الأخير لعقود القانون الخاص، بالأمر رقم ١٣١-٢٠١٦ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦، وبموجب المادة ١٢٢٤ من هذا القانون المدني الفرنسي المعدلة بالأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦، والتي تنص على : " **يقع الفسخ ، إما بالتطبيق لشرط فاسخ في العقد، وإما بإعلان الدائن المدين في حالة الإخلال الجسيم بالالتزامات العقدية، أو بحكم القضاء.** "[٢] . فالمشرع الفرنسي قد أعطى لأحد طرفي العقد، خيار الفسخ في

[١] - ewan mckendrick, contrac law-text,cases,and materials,op.55-56 نقل عن د .علي حسين منهل المرجع السابق ، ص٢٠٣

(2) Article 1224 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.", disponible sur le site, https://www.legifrance.gouv.fr.

صور مختلفة ، فقد يلجأ المتعاقد إلى هذا الخيار بالإحالة على وجود شرط فاسخ[١]، أو بطريق إعذار الدائن للمدين بفسخ العقد ، أو من خلال اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، ومن ثم فالأمر رهن بتفضيل الدائن بما يوافق مصلحته ويقلل من خسائره على أثر إنهاء العقد، فقد يفضل الفسخ التلقائي، أو بطريق الإعلان[٢] ، وهو ما يتيح له ، من جهة أخرى الحصول على تعويض مع التنفيذ الجبري، لذا فإن احتجاج الطرف الدائن بالشرط الفاسخ لا يحول بينه وبين اللجوء إلى القضاء بعد ذلك للحصول على حكم بالتنفيذ الجبري[٣] .

وانه لا يمكن إعمال الشرط الفاسخ ، إلا إذا كشف عدم تنفيذ العقد عن خطأ من جانب الطرف المدين ، فمن غير الممكن إعماله في حالة ما إذا كانت حال القوة القاهرة تقف خلف عدم تنفيذ العقد[٤] ، الدائن إلا إذا قبل المدين تحمل مخاطر القوة القاهرة.

وبالمقابل قد يرى الدائن في الفسخ القضائي الطريق الأكثر ملائمة له، ولا يقف الأمر عند الاعتبار الاقتصادي وحده ، فقد تدفع طبيعة العلاقة العقدية بين الطرفين إلى اختيار طريقة دون أخرى، بما يلائم العلاقة العقدية ، وهل من الملائم اللجوء إلى الفسخ الاتفاقي دون الفسخ القضائي، وهو ما يتحقق في الواقع العملي، متى كان في الفسخ القضائي ما يضر بصورة

---

(١) يذهب جانب من الفقه الفرنسى إلي أن الشرط الفاسخ بقوة القانون يجنب الدائن بالالتزام العقدى السير في الطريق القضائى لفسخ العقد، فضلاً عن أن الشرط الفاسخ يبرز، من جهة أخرى، في العقد الالتزامات التي يترتب على عدم الوفاء بها فسخ العقد، دون التقييد بموجب أن يكون التقصير في الالتزام العقدى جسيماً، فقد يكون الإخلال العقدى بسيط، ولكن وجود شرط فاسخ في العقد يكفى إنهائها " : Chr. PAULIN, La clause résolutoire, th. Toulouse, LGDJ, 1996 ; J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », RTD civ., 1957.433 ; B. TEYSSIÉ, « Les clauses de résiliation et de résolution », Cah. dr. entr. 1980, p. 13 et s.

(2) Cass. civ. 3 e , 4 mai 1994, Bull. civ. III, n o 84 ; JCP G 1995.II.22380, n. crit. B. Boccara : « la délivrance, par le propriétaire, d'un commandement visant la clause résolutive du bail ne le privant pas de la faculté de demander ultérieurement le prononcé de la résiliation de cette convention, même en invoquant les manquements, objet de cette mise en demeure [...] ».

(3) Cass. com., 28 juin 1979, Bull. civ. IV, n o 201.

(4) Jurisprudence constante ; ex. : Cass. civ. 3 e , 17 févr. 2010, nº 08-20943, Bull. civ. III, nº 47 ; JCP E 2010, nº 13, obs. E. Chavance ; RDC 2010.818, obs. Th. Genicon ; 848, obs. S. Carval : la clause résolutoire d'un bail commercial pour défaut de paiement d'un loyer ne peut produire son effet si le banquier tenu d'un prélèvement d'office ne l'a pas exécuté à la suite d'un « problème informatique ».

الطرفين في الواقع العملي ، أو بمعنى أخر بما يؤثر بالسلب على سمعتهم ، ومن ثم على استثماراتهم في السوق، ففي هذه الحالة يكون من الأفضل حل الرابطة العقدية بالاتفاق ، وعلى خلاف ذلك فقد يكون الطريق القضائي هو الأكثر ملائمة فالأمر رهن بظروف الحال.

على أن الفسخ القضائي للعقد قد يكون هو الطريق الواجب في بعض الحالات ، التي لا يكتفي معها بالفسخ بقوة القانون أو بالاتفاقي ، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية إذ لا يمكن فسخ العقد ، حتى في حالة عدم تنفيذ الالتزام العقدي ، بمعنى وجود إخلال عقدي كما هو الشأن في حالة القوة القاهرة[١] . فضلاً عن أن هناك بعض العقود لا يجوز تضمينها شرط فاسخ ومن ثم فمن غير الممكن لطرف فسخ العقد إلا بطريق القضاء. كما هو الشأن في عقود الإيجار الزراعية[٢] ، وكذلك متى كان التقصير في الالتزام العقدي ناتج عن فعل الدائن بالالتزام العقدي نفسه، بما يكشف عن سوء نيته[٣] ، إضافة لذلك إن الشرط الفاسخ يجرد القاضي من سلطته التقديرية[٤]. على أن القاضي وبالنظر إلى الوضع الحالي للقانون، يملك جانبين للتصدي، فمن

([1]) V. l'arrêt de principe : Civ. 14 avr. 1881, GAJC, t. II, 13e éd., Dalloz, 2015, no 180. Dans le même sens depuis : Civ. 11 avr. 1918, DP 1921. 1. 224 ; Civ. 1re, 4 févr. 1976, Bull. civ. I, no 53, p. 43 ; 2 juin 1982, Bull. civ. I, no 205, p. 178, RTD civ. 1983. 340, obs. F. Chabas ; Aix, 15 oct. 1991, RTD civ. 1993. 119, obs. J. Mestre. – V. contra : Com. 28 avr. 1982, Bull. civ. IV, no 145, p. 128, RTD civ. 1983. 340, obs. F. Chabas ; Civ. 1re, 13 nov. 2104, no 13-24.633, NP, D. 2015. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

([٢]) ينظر المادة (٤١١-٢١) من التقنين الزراعى المعدلة بالقانون رقم ٢٠١٣-٤٢٨ الصادر في ٢٧ مايو ٢٠١٣، متاح على الموقع الإلكترونى : https://www.legifrance.gouv.fr .

([3]) Jurisprudence souvent réitérée. 1 o ex : Le créancier a longtemps attendu : * Cass. civ. 1 re , 31 janv. 1995, épx Bourdon, Bull. civ. I, n o 57 ; D. 1995.389, n. Chr. Jamin : « une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier » ; en l'espèce, les emprunteurs avaient remboursé le principal de leur prêt ; la créance d'intérêts était exigible depuis le 1 er février 1984 et le prêteur avait attendu le 2 juillet 1990 pour délivrer un commandement aux fins de saisie immobilière. 2 o ex : Le créancier avait agi pendant les vacances : Cass. civ. 3 e , 8 avr. 1987, nº 85-17596, Bull. civ. III, nº 88 ; Defrénois 1988.75, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1988.122, obs. J. Mestre ; JCP G 1988.II.21037, n. Y. Picod.

([4]) Cass. civ. 1 re , 25 nov. 1986, Bull. civ. I, n o 279 ; Gaz. Pal., 1987.II.444 : « Les juges perdent leur pouvoir d'appréciation lorsque les parties ont inséré dans leur contrat une clause résolutoire [...] et en ce cas ils sont tenus de constater la résolution intervenue ».

جانب يتحقق القاضي من وجود إخلال من جانب المدين إضافة لذلك يباشر سلطته في تفسير الشرط الفاسخ[١] .

كما أن المشرع المدني الفرنسي أجاز لأحد طرفي العقد خيار إنهاء العقد بطريق الفسخ في بعض الحالات الخاصة ، ومنها على وجه الخصوص ما نصت عليه المادة ١١٦٤ من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦، وبموجب هذه المادة متى قام أحد طرفي العقد بتحديد الثمن بعد إنشاء العقد، في حالة العقد الإيطاري le contrat cadre فإن تعسف أحد الطرفين في تحديد الثمن، يكون الجزاء في هذه الحالة طلب التعويض أو فسخ العقد ، وهو ما يعطي للمتعاقد خيار أوسع في إنهاء العقد[٢]. ولقد وسع المشرع الفرنسي من نطاق هذا الخيار المتاح لأحد طرفي العقد، وهو ما قابل بالنقد من جانب بعض الفقه الفرنسي[٣]، بينما كشف المشرع الفرنسي عن غايته من هذا الاتساع، إذ أوضح التقرير المقدم لرئيس الجمهوري الفرنسي أن من الخطورة بمكان تحديد الثمن بصورة لاحقة على إنشاء العقد في كافة العقود، ومن ثم فمن الملائم قصر حدود تطبيق هذا النص على العقود

(1) Ex. : Cass. civ. 3 e , 15 sept. 2010, n o 09-10339, Bull. civ. III, nº 157 ; RDC 2011.173, obs. J.- B. Seube ; RTD com. 2011.57, obs. Cath. Kendérian : la résiliation de plein droit d'un bail commercial par application de la clause résolutoire implique un manquement aux obligations expressément visées dans ce bail.

(2) **Article 1164 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.**

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.", disponible sur le site, https://www.legifrance.gouv.fr.

(3) E. Savaux, « Le contenu du contrat », JCP 2015, suppl. no 21, p. 23 ; F. Labarthe, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », LPA 3-4 sept. 2015, p. 38 s.

الإطارية وعلى وجه الخصوص العقود طويلة المدة، التي تحدد إطار عام للعلاقات بين الأطراف[١].

ومن حيث الواقع العملي ، يكشف جانب من الفقه الفرنسي أن غالبية العقود الملزمة لجانبين تشتمل على شروط فاسخة ، وهو اتجاه فعال في حث أطراف العقد على الوفاء بالتزاماتهم العقدية. خاصة وأن الشرط الفاسخ أقرب ما يكون إلى العقوبة الخاصة التي توقع على احد طرفي العقد المقصر أو المدين بالالتزام العقدي [٢].

ومن ثم أن اختيار الدائن طريق إنهاء العقد بواسطة الفسخ في حال إخلال المدين بالتزامه بموجب القانون المدني الفرنسي تجنبه المصاريف والتكاليف التي قد تنشأ من الاستمرار يعقد أخل احد طرفيه بالتزامه ، خاصة إذا تم الإنهاء في وقت قصير وتمت تسويه العلاقة العقدية بين الطرفين ، لذا ان أفضلية إنهاء العقد تتغلب على فوائد طلب التنفيذ العيني الجبري ، لان ذلك يتطلب جهودا ومعاناة وضياع للوقت ، وهذا بدوره يجعل الدائن يفضل التخلص من رابطة عقدية أخل المدين بالتزاماتها ، وذلك من خلال اللجوء لفسخ هذه الرابطة وإنهائها[٣] .

ومن الملاحظ ان النزاع إذا استمر لفترة طويلة ووصل لمرحلة العناد بين الطرفيين فانه سيكون مكلفا جدا ، خاصة إذا كان كل طرف مصرا على موقفه الذي يتوقع انه صحيحا ، وعندئذ لا يهتم أي منهما بما قد تتعرض له سمعته التجارية ، وذلك لان عناده يتوقع نفسه انه

(1) " Le Rapport au Président de la République exprime clairement les raisons de ce choix : « Compte tenu du danger qu'il y aurait à autoriser une fixation unilatérale du prix dans tous les contrats, le champ de ce texte a été limité aux contrats-cadres (contrats de longue durée qui fixent un cadre général aux relations entre les parties) » ; Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.), et Chénedé (F.) ; Droit civil, les obligations, op. cit., n° 385, p. 426.

(2) Arrêt de principe : Cass. civ., 2 juill. 1860, DP, 1860.I.284 : il n'est pas « défendu aux parties, par une convention expresse, d'attacher à (l'inexécution du contrat) les ef ets d'une condition résolutoire, précise, absolue et opérant de plein droit ; une pareille convention n'a rien d'illicite ; elle tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite ; les tribunaux ne peuvent pas la changer ».

٣ - د . أسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص٣٢٣ .

الطرف المعتدى عليه ، وكل ذلك يؤدي إلى إطالة أمد النزاع مما يترتب عليه مصاريف وتكاليف باهظة تلحق بطريفي العقد[١] .

والجدير بالذكر لا بد من التمييز بين إصدار الأحكام القضائية التي تقضي بالتنفيذ العيني وبين تنفيذ هذه الأحكام في الواقع العلمي ، ذلك ان الحكم الذي يقضي بالتنفيذ العيني قد يكون مكلفا لما يتطلبه من تحديد طبيعته الالتزامات التي أخل بها المدين ونطاقها ونوعها ومقدارها ، أو بمعنى أخر معرفة ماهية الالتزامات التي يتحملها المدين بموجب العقد ، وما تتطلبه من تكاليف يتحملها الدائن أو المحكمة ، إلا ان التكاليف الأكبر هي مرحلة التنفيذ في الواقع العلمي ، إذ أن هي المرحلة الأكثر كلفه ، والتي تجعل المتعاقدين ينفران من طلب التنفيذ العيني الجبري ، لذا يكون تجنب هذه التكاليف عن طريق إنهاء العقد ، هو الجزاء الفعال الذي يحقق الأفضلية للدائن .

خاتمة البحث

على ضوء ما انتهى إليه هذا البحث ،من خلال بيان ضوابط إنهاء العقد للإخلال بالتزام عقدي ، وتحديد الإنهاء الفعال للعقد في التشريع المدني العراقي والتشريعات محل المقارنة ، ثم حددنا الجزاء المفضل للدائن في حال إخلال المدين بالتزامه العقدي، نأتي إلى خاتمة البحث من نبين ما توصلنا إليه من نتائج وما نرغب في تقديمه من توصيات مستمدة من تفصيلات الدراسة وكما يأتي :

أولا – النتائج :

١ – يعد خيار الفسخ للطرف الدائن في العقد بغية إنهائها ليس بالأمر الجديد، بل إن القوانين العربية عالجت هذا الخيار منذ صدورها في بداية النصف الثاني من القرن العشرين، إذ التشريع المدني العراقي الصادر في عام ١٩٥١ والتشريع المصري الصادر عقب نظيره العراقي بعامين،

[١] - henrik lando and casparrose, on the enforcement of specific performance,op.cit,p.481

في عام ١٩٥٣ وحتى في فرنسا، وعلى وجه الخصوص في قوانين نابليون الصادرة في عام ١٨٠٤ والتشريع الإنكليزي القديم، ولعلل ذلك راجع إلى أن هذا الخيار يستجيب في المقام الأول للمنطق القانوني من جانب، ولمقتضيات التوازن الاقتصادي لعقد، والتناسب وحسن النية والثقة المتبادلة من جانب أخر.

٢ – لا يوجد ثمة إشكالية في مبدأ خيار الفسخ للدائن بالالتزام العقدي، ولكنها تكمن في الجانب التطبيقي، من حيث العقود التي لا يجوز فيها إعمال خيار الفسح، بخلاف الحال بالنسبة لفئات العقود الأخرى، مما تناولناه تفصيلاً، فضلاً عن أن حرية الخيار أو التفضيل بإنهاء العقد ليست حرية مطلقة، بل وبالمقابل تعتبر حرية نسبية، لوجود بعض المقتضيات العقدية التي لا يمكن تجاوزها خلال مباشرة هذا الخيار، فمن جانب هناك النظام العام والآداب العامة، ومقتضيات اقتصاد العقد والتوازن العقدي بين الحقوق والالتزامات، ومن جانب أخر السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يمكنه أن يرفض طلب الفسخ متى وجد أن الإخلال العقدي من قبل المدين في العقد ليس من الجسامة بحيث يتوازن وإنهاء العقد، وهو ما يشكل في جوهره قيد على الحرية العقدية من منظور عام، وحرية الدائن في العقد بممارسة خيار الفسخ. وهو ما يلقى بدوره عبء كبير على عاتق قاضي الموضوع بشان تقدير مدى جدوى خيار الفسخ المتاح للدائن بالالتزام العقدي والمصلحة العامة، التي ترتبط باستقرار المعاملات التجارية، والأمان القانوني، ومن ناحية أخرى، اقتصاد العقد والتناسب، وتلك مسؤولية كبيرة يضطلع بها قاضي الموضوع يراقبه في ذلك محكمة النقض.

٣– لاحظنا أن إنهاء العقد يوفر أكثر فعالية وأفضلية للدائن من الإبقاء على عقد أخل المدين بالتزامه فيه ، إذ إن الإنهاء سواء كان اتفاقيا أو قضائيا يمنح الدائن تعويض يجبر الضرر الناشئ عن الإخلال الصادر من المدين ، وأساس هذا التعويض في بعض التشريعات المدنية ومنها المشرع المدني العراقي يكون وفق أحكام المسؤولية التقصيرية ، والبعض الأخر يكون أساسه المسؤولية العقدية ، وأن التعويض الذي يكون أساسه المسؤولية التقصيرية يوفر حماية أفضل للدائن ، لانه لا يخضع للشروط التي تجب مراعاتها في المسؤولية العقدية كشرط توقع

الضرر وقت إبرام العقد ، إضافة للضرر المعنوي ، وهذا التعويض يخلق دافع لدى الدائن لطلب إنهاء العقد خير له من الإبقاء عليه أو المطالبة بالتنفيذ العيني للعقد .

٤ – لاحظنا من خلال هذه الدراسة أن القانون العراقي وكذلك القضاء ، يميلان إلى إنهاء العقد عند إخلال المدين بالتزامه العقدي ، وذلك لأن إنهاء العقد يجنب الدائن المصاريف والتكاليف التي قد تنشأ في حال الاستمرار بالعقد في حال طلب التنفيذ العيني ، إضافة لذلك أن إنهاء العقد قد يوفر للدائن صفقه بديلة أفضل له ، خاصة إذا تم إنهاء في وقت قصير وتمت تسوية الأمور بين طرفين العقد . لذا ان أفضلية إنهاء العقد تتغلب على فوائد طلب التنفيذ العيني الجبري ،لان ذلك يتطلب جهودا ومعاناة وضياع للوقت ، وهذا برره يجعل الدائن يفضل التخلص من رابطة عقدية أخل المدين بالتزاماتها .

٥ – إن دور إنهاء العقد في الحد من التكاليف والمصاريف جعله نظاما فعالا من الناحية الاقتصادية ، وهذه الفعالية جعلت منه جزاء مفضلا على غيره من الجزاءات ، في حال الإخلال بالعقد . وان هذه النتيجة تتحقق في القانون المدني العراقي أكثر غيره في التشريعات محل المقارنة ، بسبب توجيهات القضاء العراقي بشأن تقديم إنهاء العقد في حالة الإخلال به ، وتأسيس كل تعويض بعد ذلك وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية ، وشمول والتعويض للضرر المتوقع وغير متوقع والمادي والأدبي .

٦ – لا حظنا وفقا للقانونين الأنكلو أمريكي ، يوفر نوعين من الجزاءات للدائن عند إنهاء العقد وهما جزاء الاسترداد وهو إن يسترجع الدائن ما دفعة فقط ، لذ إن هذا الجزاء لا محال سوف يعرض الدائن إلى خسارة ما أنفقه في تحضير أبرام العقد . وجزاء الأرتكان وبموجب هذا الجزاء يستطيع الدائن إن يسترجع ما دفعة للمدين ، إضافة لتعويضه عن ما أنفقه لتنفيذ إبرام العقد ، ومن ثم أن هذا الجزاء يوفر الأفضلية بالتأكيد للدائن .

٢ – التوصيات

١ – إن الفعالية الاقتصادية لإنهاء العقد في حال إخلال أحد طرفي بالتزامه ، ذات قيمة قانونية تستحق الاهتمام الكافي واللائق من قبل المؤسسات القانونية العراقية الأكاديمية والقضائية ، وذلك لأنها أصبحت أمر واقعي لا بد منه ، خاصة في الوقت الحاضر بسبب التطور الاقتصادي الذي يشهده العراق وما ترتب عليه من كثرة العقود . لذا نوصي المشرع العراقي بالاهتمام لهذه الفعالية كقيمة تجسدها قواعد القانون ، كما نوصي المؤسسات الأكاديمية بأخذ دورها في تقصي معطيات هذه القيمة من أجل تقديم صورة واضحه عنها للمشرع العراقي بما ينسجم مع التطور الاقتصادي وبنفس الوقت الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد .

٢– ضرورة تمييز العقود التي يطبق فيها خيار الفسخ، بما يجعل الأطراف على بينة من طبيعة وخصوصية العقود التي يبرموها، وفهم السياسة التشريعية في هذا الشأن.

٣– فرض غرامة مدنية على الدائن بالالتزام العقدي في حالة ثبوت التعسف الجسيم في استخدام خيار الفسخ بإنهاء العقد بما يكشف عن سوء نية من جانبه.

٤– دعم الدراسات والأبحاث المتخصصة في هذا الموضوع، خاصة مع أهمية هذا الموضوع على المستوي العملي، ما لا غني معه عن التوسع في إجراء الدراسات التحليلية والمقارنة المعمقة.

٥– وضع مجموعة من الضوابط والمعايير التي يرجع لها القاضي وهو يباشر سلطته التقديرية في طلب إنهاء العقد، إضافة للمعايير العامة ، والتي تتمثل في النظام العام والآداب العامة. والتركيز أكثر على مقتضيات التناسب والتوازن العقدي بين الحقوق والالتزامات.

قائمة مصادر البحث

المراجع العربية

الكتب

- **د. اسماعيل غانم،**

- في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبه، عابدين مصر، ١٩٦٦.

- **د./ امجد منصور،**

- النظرية العامة للالتزامات– مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، ط٧، ٢٠١٥.

- **د./ حلمي بهجت بدوي،**

- أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣م.

- **حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، أحكام الالتزام ، أثبات الالتزام ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٦ .**

- **د./ عبد الحي حجازي،**

- مدي خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، القسم الأول، مطبعة دار الكتاب العربي، ١٩٥٩.

- **د. عبدالمنعم البدراوي،**

- النظرية العامة للالتزامات–دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المصري، ج١، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨.

- **د./ عبد الرزاق السنهوري،**

- الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مج١، العقد، ط٣، قام بتنقيحها وإضافة ما جد من فقه وقضاء، مصطفي محمد الفقي، عبد الباسط جميعي، ١٩٨١م.

- **د./ عبد المجيد الحكيم،**

- الموجز في شرح القانون، الجزء الأول، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٣.

- **د./ عبد المجيد الحكيم، د./ عبد الباقي البكري، د./ محمد طه البشير،**

- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، حقوق الطبع محفوظة لدي وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠.

- **محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،٢٠٠٦ .**

- **د. مصطفى عبد السيد الجارحي،**

- فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م.

- **د. منذر الفضل،**

- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، ١٩٩٧.

الأبحاث والمقالات المنشورة في الدوريات

- **بسام سليمان وأكرم حسين،**

- موضوعية الإرادة، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية، العراق جامعة الموصل.

- **د . عباس علي محمد الحسيني : رجعية العقد عند فسخه قضاء ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة الرابعة ، العدد الأول ، ٢٠١٢.**

- **د./ منى أبو بكر الصديق محمد حسان،**

- فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون القعود الفرنسي المعدل ٢٠١٦، بحث منشور في مجلة روح القوانين، كلية الحقوق– جامعة طنطا، ٢٠١٩.

- **د./ محمد لبيب شنب،**

- الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين الفرنسي والمصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مج٢، ع٢، ١٩٦٠م.

رسائل الماجستير والدكتوراه

- **حسن على الذنون،**
- النظرية العامة للفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة الملك فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦م.
- **د . علي حسين منهل : نظرية الإخلال الفعال في العقد – دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، القانون الخاص ، ٢٠١٨.**
- **مارسيل يقظان حبيب شيما،**
- أنواع فسخ العقد وآثاره، بحث مقدم لنيل شهادة البكالوريوس في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٢م.

المراجع الفرنسية

Ouvrages généraux.

- **BENABOU (V-L.) et CHAGNY (M.);**
- *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2008.
- **COURDIER-CUISINIER (A-S.),**
- *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. LOQUIN, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Litec, 2006.
- **Domat (J.),**
- *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, OEuvres complètes, Livre premier, Paris, 1697
- **De Kelle (E.) ;**

- Les principes directeurs du droit des contrats : De la liberté contractuelle, 12/2/2017, disponible sur le site, **http://www.legavox.fr**

- **GRYNBAUM (L.) et NICOT (M.), ;**
- *Le solidarisme contractuel*, coll. Etudes juridiques, Économica, 2004.
- **FAUVARQUE-COSSON (B.) ;**
- *La confiance légitime et l'estoppel,* SLC, 2007**.**
- **HOUTCIEFF (D.),**
- *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.
- **JAMIN (CH.),**
- *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois* , 9ème conférence Albert Mayrand, 2005, éd. Thémis**.**
- **LE GAC-PECH (S.),**
- *La proportionnalité en droit privé des contrats,* Préf. H. MUIR-WATT, BDP, T. 335, LGDJ, 2000.
- **Portalis (J.-E.),**
- *Ecrits et discours juridiques et philosophiques*, PUAM, 1988.
- **RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA(H.),**
- *Le principe du raisonnable en droit des contrats,* Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, septembre 2009.
- **Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.), et Chénedé (F.) ;**
- Droit civil, les obligations, 12emeéd., Dalloz, 2018.

- **Xavier Testu (F.),**
- Fin du contrat pour inexécution en droit anglo-saxon, Dalloz référence Contrats d'affaires, 2010**.**

Ouvrages spéciaux.

Articles.

- **BORRICAND (J.),**
- « La clause résolutoire expresse dans les contrats », RTD civ., 1957.433.
- **De Kelle (E.) ;**
- Les principes directeurs du droit des contrats : De la liberté contractuelle, 12/2/2017, disponible sur le site, **http://www.legavox.fr.**
- **Poisson-Drocourt (E.),**
- « Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat », D. 1983. Chron. 85.
- **Savaux (E.),**
- « Le contenu du contrat », JCP 2015, suppl. no 21, p. 23 ; F. Labarthe, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », LPA 3-4 sept. 2015.
- **TEYSSIÉ (B.),**
- « Les clauses de résiliation et de résolution », Cah. dr. entr. 1980.

Thèses de doctorat et Master

- **Bouziges (A.),**
- Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat, thèse dactyl. Poitiers, 1982.
- **Malaurie (M.),**
- Les restitutions en droit civil, thèse Paris II, 1990.
- **PAULIN (Chr.),**
- La clause résolutoire, th. Toulouse, LGDJ, 1996.

المراجع الانجليزية

- **Catherine Elliott & Frances Quinn,**
- Contract Law, Longman, 2009.
- **Janet O' Sullivan & Jonathan Hilliard,**
- The Law of Contract, 5th. ed. Oxford University press, 2012.

- **Richard Stone and James Devenney,**

- The modern law of contract.

- **Sir Guenter ;**

- Treitel on the Law of Contract, 2003.
- Contract Law, 7th ed., Pearson Education Limited, England, 2009