الأسس الفنية لنظرية الفسخ
دراسة مقارنة بين التقنين الفرنسي لعام 2016
والقانون المدني المصري والقانون المدني العراقي

د.أحمد نعمة عطية الشمري1
ahmedatea@alkadhum-col.edu.iq

المقدمة :

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على النبي المصطفى وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه واقتفى . اللهم أرنا الحق حقاً وارزقنا اتباعه وأرنا الباطل باطلاً وارزقنا اجتنابه أما بعد:

بادئ ذي بدء ، إن الأصل في العقود اللزوم لقوله تعالى **(يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)** [2] والغاية المتوخاة من الوفاء بالعقد هي تنفيذه على نحو ينسجم مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد[3] وحسن النية يفترض أن ما اشتمل عليه

1 ـ كلية الأمام الكاظم – قسم القانون – العراق- بغداد

2 – جزء من سورة المادة ، آية رقم 1.

3 – ينظر منطوق نص المادة (150) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، مادة 150 :

1– يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

2 – ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

العقد من بنود يجب تنفيذها ، وصفة الالزام في التنفيذ ليست متعلقة بطرف العقد وحده ، بل بأطراف العقد ، لذا فإن فكرة التبادلية في الالتزامات هي الممهدة لتطبيق مبدا الوفاء ببنود العقد ، ثم أن هذا الوضع ليس مؤبداً ،بل يتجاذب مع ظروف تنفيذ العقد شدة ورخاءً ، فيجيز القانون للمتعاقد التحلل من الالتزام الناشيء عن العقد في حالة تعثر تنفيذ الالتزام من المتعاقد الآخر على درجة الاستحالة في التنفيذ، وهو يمثل في ذات الوقت ، جزاء الاخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد[1] ، وهذه النتيجة تشير بصورة لا تقبل الريب ، الى مدى احترام وتقديس الرابطة العقدية ، وكذلك تشير الى مفهوم الجزاء نتيجة عدم احترام هذه الالتزامات ، بيد أن وضع خيار الفسخ بيد المتعاقد ، له معناه استقلال المتعاقد في التحلل من الالتزامات العقدية ، وجعل مصير العقد ببرمته واقع تحت سلطة احد طرفي العقد ، ذلك أن الفسخ له غاية الجزاء ، وهو مسؤولية المتعاقد الممتنع عن الأداء، ومن جهة أخرى يمثل عدم مسؤولية المتعاقد الذي استخدم الفسخ ، نتيجة امتناع المتعاقد الآخر عن التنفيذ دون مبرر ، وكذلك الأمر لا يعني استقلال إرادة اجد طرفي العقد في توجيه

1 – ينظر : النصوص التي اشارت الى الحق في الفسخ : التقنين المدني الفرنسي الجديد لعام 2016 في المواد من (1224– 1230) والمادة (157 فقرة 1) من القانون المدني المصري ، والمادة(177) من القانون المدني العراقي.

دفة الرابطة العقدية الى الانحلال ، بل الأمر موكول الى القضاء ، للنظر في امكانية فسخ العقد ، وذلك حسب المعطيات والظروف المحيطة بكل متعاقد ، ومن منطلق هذه العناصر تتشكل لينا رؤية جلية ، في أن نظام الفسخ يحمل بين دفتيه ، وجهان ، الأول : انه حق للمتعاقد الذي لدية جديه في تنفيذ العقد، والوجه الثاني انه جزاء يوقع ضد من سبب بفعله اخلال في عملية تنفيذ الالتزامات الناشئة عن الرابطة العقدية ، ولتوضح هذان المفهومان نورد تباعاً، احكام نظام الفسخ والذي ندعو رب العزة فيه بالتوفيق والسداد .

خطة البحث :

المبحث الأول :

مفهوم نظام الفسخ

المطلب الأول : ميدان عملية الفسخ وشروط الفسخ

المطلب الثاني : التكييف القانوني لحق المتعاقد في الفسخ

المبحث الثاني :أنواع الفسخ والتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية

المطلب الأول : أنواع الفسخ .

المطلب الثاني : تمييز الفسخ

المبحث الثالث : الاتجاهات الفقهية في تأسيس فكرة الفسخ

المطلب الأول : الشرط الفاسخ الضمني وفكرة السبب.

المطلب الثاني :العدالة والأداء المقابل اساساً لنظام الفسخ.

الخاتمة

المراجع والمصادر

المبحث الأول

مفهوم نظام الفسخ

يمكن بيان مفهوم الفسخ من جانبين :

الجانب الأول : الفسخ هو عبارة عن حق للمتعاقد ، ففي العقد الذي يتسم بخاصية الصفة التبادلية في الالتزامات ، أي العقد الملزم للجانبين ، يكون للمتعاقد الحق في الفسخ ، وهذا الحق قد خوله القانون للمتعاقد[1] في حالة معينة وهي ، عدم ايفاء المتعاقد الآخر بما وجب عليه ضمن العقد[2] حيث في حالة اخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته ، فإنه يجوز في هذه الحالة حل الرابطة العقدية[3] .

الجانب الثاني : أن الفسخ عبارة عن جزاء لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي ، والفسخ بالتالي هو احد جزاءات عدم التنفيذ[4] ، صحيح أن الفسخ

1 – وهذا واضح من عبارة (جاز للعاقد الآخر) الواردة في نص المادة (177) فقرة (1).

2 – المادة (177) فقرة (1).

3 – ينظر : محمد حسن قاسم ، نحو الفسخ بالارادة المنفردة قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الأول ، 2010 ، ص 59.

http://libwebserver.uob.edu.bh/en/Teachingresources/Law

4 – حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ،الطبعة الثانية ، 2010م ص 589.

ليس حتمياً وانما يكون المتعاقد مخير بين فسخ العقد أو التنفيذ العيني ، ففي عقد البيع اذا لم يوفِ المشتري بالتزامه في دفع الثمن ، فإن البائع مخير بين فسخ العقد وبين طلب التنفيذ العيني[1]. ولكن أن هذا التنفيذ العيني مقيد بشروط أوردتها المادة (246) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ، وقد جاءت هذه الشروط للمحافظة على الوضع الاقتصادي لكل من الدائن والمدين على السواء ولا محل لدراسة هذه الشروط ، لذا نحيل القارئ الكريم الى شروح النظرية العامة للالتزام .

وخلاصة القول : أن مفهوم الفسخ

هو زوال العقد بجميع اثاره في الماضي والمستقبل وهو ما يعبر عنه بالاثر الرجعي للفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى[2]

1 – عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المسماة ، البيع والايجار ، منشورات زين الحقوقية ، طبعة اولى ، 2015م ،ص 277.

2 – عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، 1992، 219.

المطلب الأول

ميدان عملية الفسخ وشروط الفسخ

الفرع الأول : ميدان عملية الفسخ:

في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته. ففي عقد الايجار ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الاجارة، وفي ايجار العمل ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجر المستحق الوفاء كان للاجير طلب فسخ العقد، وفي عقد البيع يجوز للبائع او للمشتري ان يطلب الفسخ اذا لم يؤد العاقد الآخر ما وجب عليه بالعقد، كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد[1] . ومدى ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقرها القانون ، و من ثم فلا يعتد بتعديل نصوص عقد يستقل أحد المتعاقدين بإستحداثه بإدارته المنفردة [2] ومن الملاحظ أن استقلال احد الطرفين بفسخ

1 – المادة (177) مدني عراقي .

2 – الطعن رقم 0973 لسنة 55 مكتب فنى 40 صفحة رقم 440 بتاريخ 09-02-1989الموضوع : عقد، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية .

العقد تستخلصه محكمة الموضوع اذا كان يشوب إرادة احد طرفي العقد أو كلاهما بعض الغموض ، حيث أن محكمة الموضوع تتحرى عن نية الطرفين في وضع التفاسخ ، حيث كان إستخلاص نية المتعاقدين على التفاسخ الضمنى و تحصيل فهم الواقع فى الدعوى هو مما تستقل به محكمة الموضوع إلا أنها متى قالت بهذا التفاسخ فإن عليها أن تورد من الوقائع و الظروف ما إعتبرته كاشفا عن إرادتى طرفى التعاقد و أن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد و أن يكون ما تورده من ذلك من شأنه أن يؤدى عقلا إلى ما أنتهت إليه . فإذا كان ما إنتهى إليه الحكم المطعون فيه من إتجاه نية طرفى العقد إلى التفاسخ عنه يتنافى مع إصرار كل منهما على التمسك به فى الدعوى التى أقامها على الآخر و طالب فيها بالتعويض على أساس إخلال الطرف الآخر بالتزاماته الناشئة عن العقد و مع إستمرار كل منهما متمسكا بالعقد و بإخلال الطرف الآخر بالتزامأته الناشئة عنه طوال نظر الدعوى أمام درجتى التقاضى دون أن يدعى أيهما حصول التفاسخ عنه فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالفساد فى الإستدلال[1]

1 – الطعن رقم 0472 لسنة 34 مكتب فنى 20 صفحة رقم 7 بتاريخ 02-01-1969الموضوع : عقد ، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية .

ومن خلال ما تقدم ، فإن اول الشروط ما يتعلق بفكرة التبادلية في ما ينتجه العقد ، وهذه الفكرة

اي (التبادلية) يتسم بها كل عقد ملزم للجانبين حيث أنه من القواعد العامة في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، يحق للدائن المطالبة بالتنفيذ الجبري. لكن الدائن يجوز له كذلك للتحلل من التزامه المقابل أن يطالب بفسخ العقد أي بمحوه وإلغاء أثاره بحيث لا يكون أي من المتعقدين ملزما إزاء الآخر. ومن الواضح أن هذه الإمكانية غير واردة في حالة العقد الملزم لجانب واحد، لأن الدائن الذي لا تقع عليه التزامات في هذا النوع من العقود لا يستفيد شيئا من فسخ العقد إذا ماطل المدين في تنفيذه. ويظهر لنا جلياً أن شروط الفسخ هي : أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين وأن يكون أحد الطرفين قد اخل بتنفيذ التزامه التعاقدي كذلك عدم وجود عذر للمدين في الامتناع عن التنفيذ، وايضاً عدم تسبب الدائن في عدم تنفيذ التزام المدين .

الفرع الثاني : شروط تحقق الفسخ:

أولاً: أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين:

حيث نص التقنين المدني الفرنسي المعدل لسنة 131– 2016 م في (1106) على أنه " يكون العقد ملزماً لجانبين عندما يلتزم المتعاقدان كل منهما تجاه الآخر على وجه التبادل..."[1]

ومن خلال هذا النص نجد أن هذا الشرط يتعلق بتحديد اعمال الفسخ ، حيث تطبق على العقود الملزمة للجانبين ،لأن الغرض من فسخ العقد أن يتحلل المتعاقد من التزاماته نتيجة لاخلال المتعاقد معه بالتزاماته المتقابلة ، فإذا كنا بصدد عقد ملزم لجانب واحد كعقد الهبة مثلا وأخل الواهب بالتزاماته ، فما هي الفائدة التي تعود على المتعاقد الآخر (الموهوب له) من طلب فسخ العقد ؟ إنه ليس ملزماً بأي التزام حتى يطلب الفسخ للتحلل منه ، ومن ثم فلا معنى للتسليم بفسخ العقود الملزمة لجانب واحد ، ويقتصر مجال اعمال الفسخ على

[1] - اشارت الدكتورة (راقية عبد الجبار علي) في مؤلفها عقد البيع –دراسة مقارنة بين القانون المدني البحريني والقوانين العربية المقارنة – في ص9 ، بان المشرع الفرنسي قد قسم العقود في المادة (1105والمادة 1106) إلى عقود تبرع وعقود معاوضة ، إلا أن هذا الطرح قد جانب الصواب ، لأنه ومن خلال تعديل التقنين الفرنسي لعام 2016م قد ذكر هذا التقسيم في المادة (1106) حصراً، ويلاحظ أن المؤلف طبع في سنة 2017م وكان الأجدر البحث عما يستجد من القانون الفرنسي .

العقود الملزمة للجانبين ، يكن دون استثناء أي منها ، فيسري على عقد الصلح مثلاً ، كما يسري على العقود المدنية والادارية وعلى العقود المحددة والعقود الاحتمالية وعلى العقود الفورية والعقود الزمنية كعقد العمل[1]

ثانياً :أن يكون أحد العاقدين قد اخل بالتزامه :

يشترط في الفسخ أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه ، لأن مادام الفسخ جزاء للعقد فإن ذلك يفترض الخطأ من جانب المتعاقد ، ولذلك فهو لايمكن طلبه إلا حين أن تقوم هذه المسؤولية وذلك بأن كان التنفيذ العيني ممكناً ولكن امتنع المدين أو كان التنفيذ العيني مستحيلاً لسبب يرجع إلى فعل المدين ، أما إذا كان تخلف المدين عن تنفيذ التزامه بخطأ منه ، وينقضي الالتزام المقابل وينفسخ العقد بقوة القانون ، فيكون الحكم هو انفساخ العقد وليس فسخه ، فالفسخ القضائي يختلف عن الانفساخ بحكم القانون في أن عدم التنفيذ راجع إلى خطأ المدين

وليس إلى سبب اجنبي ، ويجوز طلب الفسخ سواء كان عدم تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً ، أو كان التنفيذ معيباً والقاضي وهو يباشر سلطنه التقديرية في هذه الحالة إما أن يقتصر على فسخ العقد في الجزء الذي

1 – ينظر استاذنا د.ثروت عبد الحميد – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري – مصادر الالتزام – ص 319.

لم ينفذ مع قيام العقد في الجزء الباقي إلا إذا كان العقد لا يحتمل التجزئة أو كان الجزء الذي لم ينفذ هو الجزء الأساسي في الالتزام[1]

ثالثاً : أن يكون المدين مختاراً في عدم التنفيذ:

أن يكون مدين مختاراً في عدم التنفيذ أي أن يقوم بأرادته بعدم تنفيذ التزامه دون عذر مشروع ،فإذا كان سبب عدم التنفيذ ،هو سبب أجنبي عن العقد أو اطراف العقد ، فيصار

إلى النظر إلى طبيعة المبيع ، فإذا كان من الاشياء القيمية التي هلك ، فيصار إلى فسخ العقد بقوة القانون لاستحالة تنفيذ المدين لالتزامه بالتسليم ، ويصار إلى الطريق الثاني من التنفيذ وهو التنفيذ بمقابل (التعويض)[2].أما إذا كان المبيع محل التعاقد من الاشياء المثلية ، فوفق قاعدة الاشياء المثلية لاتهلك يطالب المدين بالتسليم على جلب مثل المبيع الذي هلك من السوق .

رابعاً :عدم تسبب الدائن بعدم تنفيذ التزام المدين :

ونعني بذلك عدم وجود حق للمدين في عدم التنفيذ وهو ما يسمى بالحق في الحبس ،ذلك أن المشرع العراقي قد اجاز الحق في الحبس في المادة (280)

1 – ينظر حكم المادة (246) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل

2 – د.محمد عزمي البكري – فسخ العقود – دار محمود للنشر والتوزيع –2017 م –ص 15.

من القانون المدني ونصها (1 – للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل ان يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى ان يستوفي الاجر المستحق سواء كان لعمله اثر في هذا الشيء او لم يكن وذلك كله وفقاً للاحكام التي قررها القانون.

2 – وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق).

المطلب الثاني

التكييف القانوني لحق المتعاقد في الفسخ

أمام عجز تقسيم الحق المالي إلى حق شخصي وحق عيني على استيعاب كافة أنواع الحق، عمد الفقه الحديث إلى تحليل فكرة الحق المالي وقام بجمع الحق الشخصي والحق العيني تحت مسمى الحق العادي، مع الإبقاء على طبيعة كل منهما الخاصة، وأضاف إلى جانب الحق العادي حق آخر يعرف باسم الحق الترخيصي ، والذي يعرف بأنه:"سلطة تمنح لشخص يكون له بمقتضاها أن يحدث بإرادته وحده تغييرا في المركز القانوني لشخص آخر، وذلك بالإنشاء أوالتعديل أوالإلغاء والفسخ باعتباره حق مالي، عمد الفقه إلى إدخاله ضمن طائفة الحق الترخيصي، بعدما كان يعتبر من طائفة الحق الشخصي، وذلك على أساس اختلاف طبيعته عن طبيعة الحق العادي بصفة عامة والحق الشخصي بصفة خاصة .فالفسخ حسب التكييف الأولي هو حق ترخيصي، إلا أن ذلك غير كاف في تحديد طبيعته بدقة، بسبب عدم معرفة المبررات التي دعت إلى إخراجه من طائفة الحق الشخصي، وإدخاله ضمن طائفة الحق الترخيصي، وقبل ذلك المبررات التي دعت أصلا إلى التخلي عن تقسيم الحق إلى شخصي وعيني، والاعتماد على تقسيمه إلى عادي وترخيصي، كما أن الحق الترخيصي ينقسم بدوره إلى أنواع: حق منشأ، وحق

معدل وحق منهي، فلأي نوع من هذه الأنواع ينتمي حق الفسخ كما يعرف باسم الحق الإرادي، أو ما يعرف باللغة الفرنسية potestatif droit [1]

1 –(1)سعيد حمدين – التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود – رسالة ماجستير في القانون الخاص – الجزائر – ص 17– الموقع الالكتروني :
http://193.194.83.98/jspui/bitstream/1635/13914/1/HANTIT_AMMAR.pdf

المبحث الثاني

أنواع الفسخ وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية الأخرى

لأهمية أنواع الفسخ وتمييزه عن غيره من الأنظمة آثرنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، الأول لدراسة أنواع الفسخ ، والمطلب الثاني لدراسة تمييز الفسخ وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول/ أنواع الفسخ :

يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين ويتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه والأصل ألا يقع إلا بحكم القاضي، وهو ما يعرف بالفسخ القضائي ، وقد يقع بحكم الاتفاق ، وهو ما يعرف بالفسخ الاتفاقي ، وقد يقع بقوة القانون ، لذا يكون الفسخ أما من خلال القضاء ، أو الاتفاق ، أو القانون .

الفرع الأول / الفسخ القضائي :

عرضت المادة (1224) من التقنين المدني الفرنسي المعدل لعام 2016م، طرق إيقاع الفسخ ، وبحسب المادة المشار إليها ، فهذه الطرق هي : الفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ (الفسخ الاتفاقي) ، والفسخ بالإخطار (أو الفسخ بالإرادة المنفردة ثم الفسخ القضائي ، والملفت للنظر أن طريقة عرض هذه الأنواع للفسخ ، تظهر لنا أن اتجاه المشرع الفرنسي ضمن التعديل عام 2016م ، هو

عدم عد الفسخ القضائي الأصل ، بل اعتبرته المادة (1224) طريقاً احتياطاً للفسخ ، خلافاً للاتجاه الغالب لدى الفقه الفرنسي[1] ، ذلك المعتبر أن الأصل هو الفسخ القضائي ، لأنه يتم بحكم قضائي ، ولكن لابد للمتعاقد قبل اللجوء إلى القضاء طالباً الفسخ ، أن يطلب من التعاقد الآخر تنفيذ التزامه وينبهه إلى أنه إذا لم يقم بتنفيذ التزامه فإنه سيطلب الفسخ وتنبيه المدين يكون بإعذاره[2]، وليست هذه الحالة الوحيدة التي تستوجب الإعذار ، وإنما يكون للدائن في حالة تأخر المدين عن الوفاء أن ينذره مطالباً بالتنفيذ ، لان الدائن بالخيار بين طلب التنفيذ العيني للالتزام أو المطالبة بالفسخ ،فإذا اختار الفسخ فلا يجيز القاضي على اجابته إليه بل يجوز له أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه ، وله كذلك ولو كان التنفيذ جزئياً ، أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف المدين عن تنفيذه ، إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام ، على أن للقاضي أن يجيب الدائن إلى طلبه ، ويقضي بفسخ العقد ، مع الزام المدين بالتعويض دائماً إن كان ثمة محل لذلك ولا يكون التعاقد ذاته في حالة الفسخ أساساً للإلزام بالتعويض ، إذ هو ينعدم انعداماً يستند اثره بفعل الفسخ ، وانما

1 – د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، الالتزامات ، العقد ، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2018م ، ص 388.

2 – د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في القوانين المدني العربية، دراسة مقارنة ، الناشر دار الكتب العلمية ، 2015م ، ص 632.

يكون مصدر الإلزام في هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره ، على أن القاضي لا يحكم بالفسخ إلا بتوافر شروط ثلاثة أولهما ، أن يظل تنفيذ العقد ممكناً ، والثاني أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه ، والثالث ، أن يبقى المدين على تخلفه في التنفيذ[1]

الفرع الثاني / الفسخ الاتفاقي :

1- تعريف الفسخ الاتفاقي : هو اتفاق المتعاقدين على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وبغير حاجة إلى الالتجاء للقاضى عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه. وعلى ذلك فإن الفسخ الاتفاقى يقع بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون حاجة إلى رفع دعوى بالفسخ ، وإذا نازع المدين في تحقق الشرط ، فإن الدائن يكون مضطراً إلى رفع دعوى لاستصدار حكم بالفسخ ،فإذا صدر حكم بالفسخ كان الحكم مقرراً له لا منشئاً ، لأن الفسخ قد وقع فعلاً بمجرد اعلان الدائن رغبته في ذلك[2]

1 – المستشار أنور العمروسي ، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني ، ط5، دار العدالة ، 2015م ،ص 557.

2 – د.محمد عزمي البكري – فسخ العقود – دار محمود للنشر والتوزيع –2017م – ص66.

2- شروط تحقق الفسخ الاتفاقي :يشترط لإعمال نظرية الفسخ الاتفاقي توافر الشروط الآتية:

- أن يكون الفسخ الاتفاقي ضمن العقود الملزمة للجانبين .
- أن يوجد اخلال من قبل احد الطرفين بالتزاماته تجاه الطرف الآخر .
- أن يتصف الفسخ الاتفاقي بعدم امكانية منح القاضي مجالاً واسعاً في شان إعمال سلطته التقديرية فيلزمه بأن يقضي بالفسخ .
- أن يتصف الحكم الصادر بالفسخ الاتفاقي بكونه حكماً مقرراً للفسخ لا منشأ له[1]
- أن يكون المتعاقد طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعداً على تنفيذ التزامه وقادراً على اعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الفسخ[2]

1 – د.عمر علي الشامسي ، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القومية ، 2010م ، ص 434.

2 د.محمد عزمي البكري، المصدر ذاته ، ص 11.

الفرع الثالث/ الفسخ القانوني :

وهذا ماوضحته المادة (179) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بقولها .

اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة وجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبة . فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري .ويبدو واضحاً من النص أعلاه ان هنالك حالتين توجبان الفسخ بحكم القانون وهي حالة استحالة التنفيذ الراجعة الى خطأ المدين فلا بد هنا من ان تحكم المحكمة على المدين بالتعويض .اما الحالة الثانية وهي استحالة تنفيذ الراجعة الى سبب اجنبي ، لا يمكن دفعة او توقع حصوله مما يجعل تنفيذ الألتزام مستحيلاً كالحادث الفجائي والقوة القاهرة [1].ويرى البعض ان سبب الفسخ القانوني يكمن عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه ، فانقضاء هذا الإلتزام المقابل له لتخلف سببه ولهذه العلة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون ،بغير حاجة إلى التقاضي، بل وبغير اعذار ،متى وضحت استحالة التنفيذ

1 – عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في النظرية العامة للألتزام ، ج1 ،مكتبة السنهوري،2008 ، ص179 –180.

وضوحاً كافياً ، على أن الترافع إلى القضاء قد يكون ضرورياً عند منازعة الدائن أو المدين في وقوع الفسخ بحكم القانون ، ثم يقضى بالتويض أو رفض القضاء له تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب اجنبي لا يد له فيه[1]

المطلب الثاني / تمييز الفسخ عن غيره من الاوضاع القانونية

1- تمييز الفسخ عن البطلان:

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

1 – المستشار انور العمروسي ، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني ، دار العدالة ، ط5، 2013م ،ص558.

التاسع عشر ضرورة تقسيم البطلان على ثلاثة مراتب (الانعدام ويتحقق بانعدام ركن من اركان العقد، والبطلان المطلق ويظهر في حالة تخلف شرط موضوعي ، والبطلان النسبي ويظهر في حالة فساد ركن الرضا أو وجود عيب في الاهلية). ونظراً لوضوح القصور الذي استولى على هذه النظرية، ترى النظرية الحديثة ضرورة تقسيم البطلان على مرتبتين: الاولى البطلان المطلق والاخرى البطلان النسبي. وهذه النظرية ايضا لم تسلم من سهام النقد الذي وجه اليها. وبعد هذه الاشارة الموجزة عن البطلان نقف امام الفقه الاسلامي قليلاً لتوضيح دوره في تحديد درجة البطلان وخاصة انه يرى ان العقد يقسم بشكل عام الى عقد صحيح واخر غير صحيح، وهذا يعد عقداً باطلاً في كل المذاهب الاسلامية عدا الحنفية، اذ ترى تقسيم العقد غير الصحيح الى عقد باطل وهو الذي لا تتوافر له كل اركانه ويقال له غير مشروع بأصله ووصفه ، وعقد فاسد اذا توافرت له اركانه واختل احدها بان لم يستوف ذلك الركن الشروط اللازمة له ويقال له حينذاك بانه غير مشروع بوصفه. أمَّا مشرعنا ومن خلال تبينه لنظرية البطلان في الفقه الاسلامي لم يتخذ من البطلان النسبي كمرتبة اوردها في صلب القانون، وأنَّما اتخذ من العقد الموقوف بديلا عنها. ونرى من جانبنا مؤيدين بذلك رأي الاستاذ السنهوري الذي يرى ان البطلان على درجة واحدة ولا توجد في العدم مراتب او درجات، فهو يرى ان العقد الباطل بطلاناً نسبياً او القابل للأبطال كما تراه

قوانين الدول العربية، ومنها الجزائر يمر بمرحلتين الاولى قبل ان يثبت مصيره، فيعد عقداً صحيحاً منتجاً لكل اثارة. أمَّا الثانية فهي التي يتحدد مصير العقد بها فإما أن تلحقه الإجازة او تمر عليه مدة التقادم فيعد بذلك صحيحاً او ان يفنى من الوجود بتقرير بطلانه. وعلى ذلك فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً لا يعد امراً مستقلا يقوم الى جانب البطلان المطلق كمرتبة قائمة بذاتها وانما هو تعبير للعقد يمر بمرحلتين اما الصحة واما البطلان بعد ما ذكرناه في الأسطر القليلة السابقة عن البطلان وما أثير حوله من خلاف. نأتي الى محور دراستنا في هذه النقطة وهي تمييز البطلان عن الفسخ. فمن المعلوم أن الاثنين ينتهي العقد بهما بأثر رجعي مع التأكيد على ان الاثر الرجعي لهما يسري في العقود الفورية دون العقود الزمنية، لان الزمن في الاخيرة يعد عنصرا جوهريا، وما مضى من الزمن لن يعود. فابطال العقد او فسخه كلاهما سبب لأنقضاء العقد، ولكن لا يصح القول أن البطلان سبب لانحلال العقد لان الانحلال يفترض اولاً وجود عقد صحيح مكتمل العناصر ثم تنحل الرابطة العقدية بالفسخ مثلاً. فاذا كان الفسخ يتفق مع البطلان في موضع واحد الا وهو إنهاء العقد الا انه يتقاطع معه في عدة اوجه، منها ان البطلان ينشأ مع تكوين العقد فيولد العقد حاملاً سبب وفاته. أما الفسخ فالعقد ينشأ صحيحاً مكتمل الاركان، الا ان أحد الطرفين يخل بتنفيذ التزاماته مما يسوغ للأخر المطالبة بالفسخ. كما ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في النطق بالفسخ او منح المدين مهله لتنفيذ

التزاماته، في حين لا يبقى أمام القاضي في البطلان الا النطق بأبطال العقدومن جانب اخر دعوى الفسخ تتقادم وفقا للقواعد العامة في القانون المدني، اما دعوى البطلان فلا تتأثر بمضي الزمن. وهذا التباين بين الفسخ والبطلان يظهر جليا في قرار لمحكمة التمييز العراقية بالعدد 3913/م/عقار/2001 في 2001/2/19 اذ اشارت (ان دعوى الفسخ تختلف عن دعوى الابطال من حيث الطبيعة والشروط لذ فأن من المتعين على محكمة الاستئناف تدارك هذا الخطأ واجراء التحقيقات اللازمة في الدعوى للتثبت من شروط الفسخ المنصوص عليها في المادة 177 م .ع).

2-تمييز الفسخ عن الانفساخ:

انفساخ العقد يؤخذ من المعنى الوارد في نص المادة 179 م.ع والمادة 159م.م فمن مجمل هذه النصوص نجد ان الانفساخ يعني انحلال العقد بقوة القانون، من دون تدخل القاضي و من دون ان يشترط في العقد ان استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي يؤدي الى انهاء العقد. فالعقد ينفسخ بقوة القانون في الوقت الذي يكون التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا لسبب خارج عن ارادة كلا الطرفين. أما اذا كانت الاستحالة ترجع الى خطأ أي من الطرفين، فعندئذ لا نكون امام انفساخ بل فسخ. والى معنى الانفساخ اشار قرار محكمة النقض المصرية في 1959/11/19 نقض 677/10/2 والمادة 179 المقابلة للنص ((اذا كان الواقع في الدعوى ان الشركة المطعون عليها كانت قد تعاقدت على

تصدير كميات من القطن الى بيوتات التجارة الالمانية فلما قامت الحرب الاخيرة ترتب عليها قطع العلاقات التجارية والسياسية بين مصر والمانيا وعندئذ صدر الأمران العسكريان 6سنة 1939 و158 لسنة 1941 بشأن الاتجار مع حكومة ورعاياه حالاً دون تنفيذ هذه العقود و رتبا البطلان على كل ما يخالف احكامها. كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر قيام حاله الحرب وانقطاع العلاقات والمواصلات وصدور التشريعات الاستثنائية قوة قاهرة وسبباً اجنبياً يستحيل معه تنفيذ هذه العقود والقواعد القانونية الصحيحة لأنه متى صار تنفيذ التزام احد الطرفين مستحيلاً انقضى العقد التبادلي بسبب اجنبي وينقضي واجب هذا الطرف في تنفيذه وينفسخ العقد حتماً بقوة القانون ويعود كلا الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بالأحكام العامة الواردة في المادة 159م.م والتي تطبق على كل العقود)). يتشابه الفسخ مع الانفساخ القانوني للعقد، في انهما سببان لأنحلال العقد بأثر رجعي فضلاً ان الفسخ يختلف عن الانفساخ من عدة نواح، منها أن للفسخ صفة احتياطية لان الدائن له الحق أن يطالب بالفسخ أو التنفيذ العيني بينما في الانفساخ لن يكون امام الدائن هذه الوسيلة، فالعقد ينفسخ بقوة القانون فضلا عن ذلك أن للفسخ صفة تأمينية فهو من ناحية جزاء يوقع على المتعاقد المخل ومن ناحية أخرى وسيلة بيد الدائن لضمان حقوقه. أما الانفساخ فلا يهدف الى ضمان تنفيذ العقد لا بطريق مباشر او غير مباشر، كما وان الفسخ القضائي قد يكون

مصحوباً بتعويض، أما الانفساخ فلا يصاحبه تعويض الا بحالة واحدة. وهي اشتراك خطأ المدين مع القوة القاهرة في احداث الاستحالة.

2- تميز الفسخ عن التفاسخ:

التفاسخ يعني انهاء العقد بالاتفاق، اذ قد يتفق كلا المتعاقدين على انهاء العقد، لا سيما اذا ما تصورا مقدماً عدم قيام احدهما بتنفيذ العقد. ويتدرج الاتفاق على الفسخ في العقود التبادلية، فأدنى مراتب التفاسخ الاتفاق على فسخ العقد اذا لم يقم احد الطرفين بتنفيذ التزامه. وقد يزيد المتعاقدان من قوة الشرط الفاسخ الى حد الاتفاق على كونه مفسوخاً من تلقاء نفسه او مفسوخاً من تلقاء نفسه من دون حاجة الى حكم، وقد يصلان الى الاتفاق على جعل العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من دون حاجة الى حكم او اعذار. ومن خلال الاطلاع على نصوص المواد المدنية العربية التي تناولت الفسخ الاتفاقي ومقارنتها بالمادة 178م.ع، نجد أن التفاسخ هو الاتفاق على حل الرابطة العقدية قبل التنفيذ الكامل لموضوع العقد أو قبل انقضاء الاجل المحدد له، و هذا الاتفاق على الانهاء المبكر للعقد لن يغني عن اعذار المدين ولا يمكن ان يسلب القاضي سلطته التقديرية مع احتفاظ المدين بحقه في التنفيذ لتفادي فسخ العقد. أما في الحالة التي يتم الاتفاق على فسخ العقد من دون حاجة الى حكم قضائي فمن المنطقي في هذه الحالة القول بعدم ضرورة صدور حكم قضائي بالفسخ. ولكن اذا ما اثير نزاع حول ادعاء المدين بتنفيذ التزاماته ففي هذه الحالة يبدو

من الضروري العودة الى القاضي المختص للبت في الامر، وحكم القاضي في هذه الحالة يعد كاشفاً لا منشأ للفسخ الا ان ذلك لن يغني عن اعذار المدين . اما اذا كان الاتفاق منصباً على فسخ العقد دون الحاجة الى حكم او اعذار فهي فعندئذ تسلب السلطة التقديرية للقاضي الا ان ذلك لن يمنع القاضي من منع التعسف في استخدام الشرط بل له ان يراقب مدى عدالة شروط الاتفاق وتحققها. والى ذلك اشار الطعن رقم 1188 لسنة 51 ق جلسة 1982/4/4 ((سلب القاضي كل سلطة تقديرية عند الاتفاق في العقد على الشرط الفاسخ الصريح منطوقة تمسك الطاعن بنزول المطعون ضده عن ذلك الشرط اغفال الحكم بحث الاعتبارات التي استند اليها الطاعن) كما اشار قرار لمحكمة النقض المصرية في الطعن رقم (161 لسنة 36 ق جلسة 1970/11/26 س21 ص1181) (ان الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او انذار عند الاخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شانه سلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، الا ان ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب اعماله. ذلك لان للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد. كماله مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون اعماله، فان تبين له ان الدائن قد اسقط خياره في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فاسخ العقد او كان الدائن هو الذي تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه، او كان

امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه تجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالدفع القضائي طبقا للمادة 157 م . م). فعلى القاضي يقع عبء التأكد من توافر الشرط الفاسخ فلا يشفع لاي من المتعاقدين القول بقيام اسباب هي في نظره مسوغه لفسخ العقد، والى ذلك اشار قرار المحكمة النقض المصرية (فسخ العقد لا يمكن ان يكون الانتيجة لاتفاق المتعاقدين عليه او لصدور حكم به وفقا لنص المادة 117 مدني قديم، ولا يشفع لاحد المتعاقدين في الانفراد بالفسخ قوله بقيام اسباب هي في نظره تبرر الفسخ وبالتالي فلا جدوى له من النعي على الحكم بعدم مادة الفسخ الرد على دفاعه المستند الى هذا الاساس). ويتفق الفسخ الاتفاقي مع الفسخ القضائي في انهما سبب لانحلال العقد وتصفية كل اثاره باثر رجعي، الا ان نقطة الخلاف بينهما تكمن في ان الفسخ يختلف عن التفاسخ بكونه يقع بناء على طلب يتقدم به احد المتعاقدين الى القضاء مطالبا بانهاء العقد اما التفاسخ يتم بناء على اتفاق بين الطرفين قبل ابرام العقد، فضلا عن ان الفسخ القضائي ينبغي فيه ان يتم اعذار المدين قبل التوجه اليه اما التفاسخ فيعفى من توجيه الاعذار في حالة الاتفاق على جعل العقد مفسوخا دون حاجة الى حكم او اعذار[1](1).

1 – سحر جبار يعقوب ، فسخ العقد الاداري قضائياً لخطأ الادارة ، ص 14–20، منشور في المرجع الإلكتروني للمعلوماتية الموقع : https://almerja.com/reading.ph

المبحث الثالث

الاتجاهات الفقهية في تأسيس فكرة الفسخ

يلاحظ في هذا الصدد أن جل اهتمام الفقهاء لم ينصب بصورة جدل في جود حق الفسخ من عدمه باعتباره حقاً احتياطياً ، بل ثار حول الاساس الذي يبنى عليه هذا الحق ، فبعد أن كان فضل ظهوره يعود إلى فركة الشرط الفاسخ الصريح ، نجد أن الآراء هنا تعددت بعد ذلك في تبريره ن فهناك من اسس فكرة الفسخ على الشرط الفاسخ الضمني والبعض الآخر يرجح الأساس في فكرة السبب (مطلب اول) وهناك من اسسه على فكرة العدالة و ذهب آخرون إلى تأسيس فكرة الفسخ على أساس الارتباط والأداء المقابل (مطلب ثاني)..

المطلب الأول / أساس حق الفسخ هو الشرط الفاسخ الضمني وفكرة السبب :

أولاً: فكرة الشرط الفاسخ الضمني :أساس هذه الفكرة هو المادة (1224) من القانون المدني الفرنسي(المعدل سنة 2016م) ، حيث تفترض هذه المادة وجود شرط فاسخ ضمني في العقود التبادلية ، وينهض هذا الشرط في حالة عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه[1] .ولما كان العقد هو اتفاق ارادتين أو

1 – ينظر في هذا المعنى : د. صلاح الدين الناهي الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، 1950، ص 162.

اكثر على إحداث اثر قانوني معين[1] لذا كان من الطبيعي انهاء العقد بالتنفيذ الارادي لالتزاماته .وخلاف ذلك يمكن للدائن طلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى ، على اساس افتراض غير قابل للعكس وهو وجود شرط فاسخ ويرتبط ميعاد اعماله في لحظة عدم التنفيذ ، وقد وجهت انتقادات إلى فكرة تأسيس حق الفسخ على اساس الشرط الفاسخ الضمني ، من هذه الانتقادات :

1- تقضي فكرة الشرط الفاسخ الضمني انه يجوز فسخ العقود الملزمة لجانبين عندما يتخلف احد طرفيهما من تنفيذ التزاماته وليس على اساس ان المتعاقدين قد ضمنا العقد شرطًا صريحاً بذلك كما هو الحال بالنسبة الى الشرط الفاسخ الصريح بل على اساس افتراض تضمين المتعاقدين اتفاقهما شرطا يقضي بفسخ العقد اذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامه.

2- لا يتوجب الفسخ ضرورة فهو يخضع لتقدير قاضي الموضوع و الذي له امهال المدين لما بعد رفع الدعوى كما يستطيع المدين تفادي الفسخ بعرض دينه كاملا قبل صدور حكم نهائي للفسخ بشرط ان لا يكون هذا الوفاء مما

1 – استاذنا : د. منير محمود الوتري ، العقود الادارية والتحولات الاشتراكية ، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية ، ع2،س1977،32م،ص177.

يضر به الدائن ومثاله ان يوضع بند في العقد ينص على انه (اذا اخلت المشتريه بشروط هذا العقد او احدهما فيكون البيع لاغياً[1]

3- يمكن اعتبار الشرط الفاسخ الضمني من المرتكزات الاساسية في العقد والتي لا نحتاج الى ذكرها في العقد من اساسيات العقد لا يستطيع القاضي كشفها بسهوله بسبب كونها متداخلة في جوهر العقد.

4- ان الشرط الفاسخ الضمني يكون خاضعا لتقدير قاضي الموضوع والذي يحقق له التحقق منه و البحث عنه و رؤية ملائمة بالنسبة للعقد بعبارة اخرى ان قاضي الموضوع له سلطه كاملة على الحكم بجواز او بطلان الشرط الفاسخ الضمني كذلك يستطيع ان يمنع المدين مهلة للوفاء حتى بعد رفع دعوى الفسخ

5- الشرط الفاسخ الضمني مفترض في العقود الملزمة للجانبين وهو يهدف الى ضمان وحماية حقوق الدائن بشكل خاص[2]

1 – المحامي عبد الوهاب عرفه ،فسخ العقد، انفساخ العقد تفاسخ العقد ،دار المجد للنشروالتوزيع، بدون مكان وسنة طبع،ص48.

2 – احمد فرج حسين – الملكية ونظرية العقد في الفقه الاسلامي ، دار الجامعة ، الاسكندرية ،بدون سنة طبع،ص70.

6-وقد حصر واضعوا القانون الفرنسي فكرة الشرط الفاسخ الضمني في مجال عقد البيع فقط [1]

ثانياً : فكرة السبب كأساس للفسخ :

نتيجة للانتقادات السابقة التي تعرض لها أصحاب فكرة الشرط الفاسخ الضمني كأساس لحق الفسخ، اتجه البعض إلى تأسيس الفسخ على فكرة السبب، حيث أن الأساس الصحيح لنظرية الفسخ عند غالبية الشراح هو السبب.

إلا أن السبب ضمن هذه الفكرة له عدة اعتبارات :

1- أنه عنصرا فنياً في الالتزام، والسبب الفني يؤدي وظيفتين، فهو عنصر في نشوء الالتزام وهو بهذا الوصف يجب أن يتوافر وقت نشوء الالتزام وإلا كان باطلا، وهو كذلك عنصرا في نفاذ الالتزام وهو بهذا الوصف يجب أن يتوافر وقت تنفيذ الالتزام فإن لم ينّفذ الالتزام يجب أن يفسخ العقد المنشئ لذلك الالتزام ويزول الالتزام تبعا لذلك.

2- يقصد بالسبب ضمن النظرية العامة للالتزام ، ذلك الغرض المباشر الذي يسعى اليه الملتزم من وراء الالتزام أي هو الغاية المباشرة التي

1 – د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، الالتزامات ، العقد، المصدر السابق ، 376.

يقصد اليها الملتزم من التزامه الارادي ، والسبب بهذا المعنى العام يختلف عن المحل[1]

3- قد يكون السبب ما كان يلزم من وجوده وجود الحكم ما لم يكن هناك مانع ومن عدمه عدمه والسبب بهذا المعنى هو المقصود من مصطلح (سبب الالتزام) الشائع في النظرية العامة للالتزام ، فالسبب بهذا المعنى هو نوع من أنواع الحكم الوضعي كما أن الإلتزام والإلزام من الأحكام التكليفية[2].ويعني ماتقدم أن نجعل سبب التزام المتعاقد هو ذاته التزام المتعاقد الآخر وهذا يوفر فكرة التبادلية في العقود الملزمة للجانبين ، فعندما يخل أحد الأطراف بالتزامه ، فإنه يجوز للطرف

1 – يقول الدكتور العلامة السنهوري – أن اول من قال بهذه المقارنة المشهورة بين المحل والسبب هو الاستاذ اودو(Audot) ثم نقلها عنه كثير من الفقهاء ، ينظر السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – الجزء الاول– مصادر الالتزام –ص 338 هامش رقم 1.

2 – وقد أخطأ الدكتور جمال الدين في مؤلفه سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة ص 121 إذ قال (لاجدال عندنا أن السبب عند الأصوليين يختلف عن السبب الذي نبحثه وهو سبب الالتزام) ينظر استاذنا المرحوم د.مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية – جامعة النهرين – كلية الحقوق –الجزء الأول - شركة السعدون للطباعة والنشر بدون سنة طبع – بغداد - ص.115-114 .

الآخر التحلل من فكرة التبادلية ضمن العقد ، وقد اخذ المشرع العراقي بفكرة الالتزامات المتقابلة عندما نص على كيفية التحلل من العقد وقت عدم تنفيذ الالتزام من قبل أحد اطراف العلاقة التعاقدية حيث جاء نص المادة (177) من القانون المدني العراقي (1- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى..) .ما يعني أن هناك ارتباطاً في الالتزامات التي ينشؤها العقد الملزم للجانبين، ومقتضى هذا الارتباط إنه إذا لم يُنفّذ أحد الطرفين التزامهِ بموجب العقد، لا يجبر العاقد الآخر على تنفيذ التزامه المقابل، بل يستطيع هذا المتعاقد، أن يطلب التنفيذ العيني إن كان ممكناً، ويستطيع أن يطلب فسخ العقد، والتحلل من الالتزامات التي ينشئها.

مبررات الأخذ بفكرة السبب كأساس للفسخ:

اتجه بعض الفقه إلى الاخذ بفكرة السبب ، لجعله أساساً يبنى عليه الفسخ ، والداعي والمبرر لتبني فكرة السبب هو فكرة السبب تجعل العقد لا يتم ابرامه إلا بقصد حصول كل متعاقد من الآخر على الأداء الذي تعهد به ، فالالتزام كل متعاقد يجد سببه في التزام المتعاقد الآخر[1]

انتقادات فكرة السبب كأساس للفسخ :

1- إن جزاء تخلف السبب هو بطلان العقد وليس فسخه. فكيف تجعل هذه النظرية أساس الفسخ هو تخلف السبب المقابل.

2- إن هذا السبب وجد كشرط لصحة انشاء العقد ، وهو شرط لبقائه وإذا كان السبب شرط لبناء العقد ، فإنه لا دور له في تنفيذه.

3-إن نظرية السبب تجعل الفسخ قاصراً على اخلال المتعاقد بالتزام اساسي دون الالتزامات الفرعية .

4-إن فكرة السبب هنا تقيد من سلطة القاضي التقديرية ، فعند عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه ، يتحتم على قاضي الموضوع فسخ العقد دون أن تكون له سلطة تقديرية[2]

1 – د. محمد حسن قاسم: القانون المدني الالتزامات ، المصدر السابق، ص 377.

2 – د.محمد حسن قاسم ، المصدر نفسه ،ص 378.

المطلب الثاني / أساس حق الفسخ هو فكرة العدالة و الأداء المقابل :

لم تصمد فكرة الشرط الفاسخ الضمني وأيضاً فكرة السبب ، أمام الانتقادات التي وجهت إلى هاتين الفكرتين ، وكان من نتيجة ذلك بحث الفقه القانوني لأساس آخر لغرض تأسيس فكرة الفسخ عليه ، فلم يجد الفقه أساس مناسب غير فكرة العدالة وكذلك فكرة ارتباط الاداء المالي بين المتعاقدين انطلاقاً من صفة التقابل والتي تشكل فحوى العقود الملزمة للجانبين .حيث عند توافر شروط الفسخ ،يحق للمشتري طلب الفسخ واسترداد الثمن الذي دفعه[1]

الفرع الأول : فكرة العدالة .

يعني مصطلح العدالة ، وضع حماية للحقوق متكافئة ، وفي مستوى واحد دون تمييز ، وهذا المعنى العام للعدالة ، اما في مجال العقود ، فتعني العدالة تحقيق التوازن في الالتزام القانوني الناتج عن العقد ، حيث ان جوهر فكرة العدالة في هذا المجال ،يشير إلى أنه عند اخلال المتعاقد في تنفيذ التزامه الناتج عن العقد ، فإنه من الظلم الزام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، هذا ما عره جانب من الفقه مستندين في ذلك إلى صفة الالتزام التبادلي في العقود

1 – وذلك عملاً بأحكام المادة (177) فـ1 من القانون المدني العراقي ، ينظر : حكم محكمة التمييز الاتحادية رقم 616 في 2008/6/7م.

الملزمة للجانبين[1] لكن يشترط لذلك ان يكون الدائن *مستعداً* للقيام *بالتزامه* وقادرا على اعادة الحال الى اصلها :

فيجب *ان يكون* الدائن *طالب الفسخ مستعدا* للقيام *بالتزامه* الذى نشأ من العقد الملزم للجانبين ، فليس من العدل *ان* يخل هو *بالتزامه* ثم يطلب *الفسخ* لعدم قيام المدين *بتنفيذ* ما في ذمته من التزام[2] .وقد نجد ان فحوى فكرة العدالة – الذي مر سابقاً– ينسجم كثيراً مع مضمون نص المادة (177) ف1 من القانون المدني العراقي ، لأنه اعطت الحق للطرف الذي يكون مستعداً لتنفيذ التزامه ، طلب الفسخ وطلب التعويض متى ما كان له

مبرر ،حيث نصت هذه المادة على " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفِ أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد، جاز للعاقد الآخر، بعد الأعذار، أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى " وحسناً فعل المشرع العراقي حين عبر عن فكرة تنفيذ الالتزامات بعبارة " بما

1 – د: محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة لالتزامات في القانون المدني المصري، ص 401 د: عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، ص 952 د: سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام ، ص 171.

2 – د. شريف الطباخ ، الموسوعة الشاملة في الدفوع المدنية ، ط1، دار العدالة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2015م ،ص 392.

وجب عليه بالعقد" ويعين ما تم الاتفاق عليه من بنود عند التعاقد . وقد اكد المشرع العراقي قبل هذه المادة وجوب تنفيذ العقد بما اشتمل عليه من بنود وضعت في العقد بالاتفاق .حيث نصت المادة (150) على "-1يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية " واشارت الفقرة (2) من هذه المادة الى ضرورة الاستعانة بفكرة العدالة لغرض التنفيذ . وذا كان المشرع العراقي في النصوص المذكورة قد اكد وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبما وجب عليه في العقد وهذا ما تقتضيه فكرة العدالة ، إلا أننا نجد أن القضاء العراقي في بعض احكامه قد طرح فكرة العدالة جانباً ، وابتعد عن محتواها ، حيث جاء في حكم لمحكمة التمييز العراقية ما نصه " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى النظر في الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون لأن في العقود الملزمة للجانبين لايصلح للمتعاقد المطالبة بأستحقاقاته الناجمة عنها في حالة إدعائه بإخلال المتعاقد الآخر بألتزامه التعاقدي إلا بعد طلب فسخ العقد عملاً بأحكام المادة 177 من القانون المدني وحيث أن المدعي لم يطلب في عريضة دعواه فسخ العقد فتكون غير مقبولة من هذه الجهة لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار

بالأتفاق في 7/جمـــادي الأولـــى/1429 هـــــ الموافـــق 2008/5/12 م"[1] وتعليقنا على مضمون هذا الحكـــم ، أن القضـــاء العراقـــي منـــع المتعاقـــد الدائن من المطالبة بتنفيذ المدين لالتزاماتـــه الناشـــئة عـــن العقـــد ، وهـــذا مغاير لموقف القانون المـــدني فـــي المـــادة (246) مـــن القـــانون المـــدني العراقي والتي تشير إلى اجبار المدين على تنفيـــذ التزاماتـــه الناشـــئة عـــن العقد والتي تعد في ذات الوقـــت اســـتحقاقات للطـــرف المقابـــل ،، وعلـــى الرغم من ذلك فقد اشترط القضاء طلب فسخ العقـــد والعـــزوف علـــى مـــا تضمنه العقد من حقوق للدائن المدعي ، لغرض فســـخ العقـــد ، ويعـــد هـــذا المسلك من جانب القضاء العراقي – فـــي رأينـــا – محـــل نظـــر ، لأنـــه يشجع على الاخلال بالعقد من قبل المدين ، واعادة الحـــال الـــى مـــا كـــان عليه قبل التعاقد وهذا يوفر مأمن للمـــدين ويجعلـــه فـــي مركـــز قـــانوني افضل من الدائن ، كما اشـــترط القضـــاء لغـــرض حصـــول الـــدائن علـــى التعويض أن يكون للتعريض سبب، ومن البديهي أن يكـــون عـــبء اثبـــات ذلك السبب يقع على عاتق الدائن ، ممـــا يصـــعب مـــن مهمـــة الحصـــول على الحقوق الناتجة عن العقد .

1 – حكم محكمة التمييز الاتحادية ، رقم 493 في 2008/5/12، القسم المدني ، منشور عبر الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي https://www.hjc.iq/qview.909/

والملفت للنظر أن العدالة لا تقر ببقاء المتعاقد مرتبطاً بعقد لم يحقق غرضه ولم يستوف بمقتضاه من المتعاقد معه ما هو مستحق له وإلا فقد العقد التبادلي خاصيته الأساسية التي تتمثل في انشائه لالتزامات متبادلة تقع علي عاتق طرفيه ومن هنا يمكن فهم الفسخ كجزاء لعدم حصول المتعاقد على ما رتبه له العقد في ذمة المتعاقد معه ، فالعدالة تقتضي أن يحصل كل متعاقد على ما اتفق عليه بموجب العقد[1] كون العقد مقتضاه تنفيذ الالتزامات المتقابلة التي يتضمنها ، حيث قوام هذه العقود فكرة (الارتباط بين الالتزامات)، والتي تبرر طلب الفسخ للعاقد الذي أخل الطرف الآخر ينفذ التزامه تجاهه.

حيث يمكن الجزم بعدم إمكان تصور طلب فسخ العقد الملزم لجانب واحد مثل عقد الكفالة؛ وذلك لانعدام فكرة الارتباط، التي تبرر طلب فسخ العقود الملزمة لجانبين في العقود الملزمة لجانب واحد، فهذه الأخيرة فيها طرف دائن وطرف مدين، فقط، وليس من مصلحة الدائن طلب الفسخ، بل مصلحته في إنفاذ العقد، وهو يستطيع إجبار المدين على تنفيذ التزامه، كما يستطيع إنهاء التزام ذلك الطرف بإرادته المنفردة... أما الطرف المدين فهو الآخر لا يستطيع طلب فسخ العقد؛ بالنظر لعدم وجود التزام على عاتق الطرف الآخر في العقد يخل بتنفيذه،

1 – د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، الالتزامات ، العقد، المصدر السابق ،ص 279–280

ويبرر له طلب الفسخ. ففي عقد الكفالة، لا مصلحة للدائن (المكفول) من طلب الفسخ لأنَّ الكفالة مقررة لمصلحته، ومصلحته مع بقائها وإنفاذها، وله إجبار المدين (الكفيل) على تنفيذ التزامه بموجب عقد الكفالة، كما يستطيع المكفول بإرادته المنفردة إنهاء التزام (الكفيل) بإبرائه من الكفالة، والكفيل لا يستطيع طلب فسخ الكفالة مادام المكفول غير ملزم تجاهه بشيء يمكنه الاحتجاج بإخلاله به حتى يبرر طلب الفسخ[1]

الفرع الثاني : فكرة الأداء المقابل.

تعني فكرة الأداء المقابل ، ترابط الالتزامات المالية لدى طرفي العقد والنابعة عن صفة التقابل في الالتزامات وهي بحد ذاتها خصيصة من خصائص العقود كونها عقود ملزمة للجانبين ، بحيث ان التزام المتعاقد الأول يكون حق قبل المتعاقد الآخر ،وبذلك يكون كل من طرفي العقد دائن ومدين في ذات الوقت وهذا هو وصف التقابل في الالتزامات . ولغرض تحقق فكرة الاداء المقابل لابد من توافر الشروط الآتية :

1-أن تتوافر فكرة التقابل في الالتزامات المالية .

1 – (2) المفيد في شرح القانون المدني العراقي ، د. عبد الباسط جاسم ، كلية القانون والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة الأنبار، العراق ،ص8الموقع الإلكتروني :

http://www.uoanbar.edu.iq/eStoreImages/Bank/11176.docx.

2-أن يكون تنفيذ الالتزام لأحد طرفي العقد هو ذاته سبب التزام المتعاقد الآخر.

3-ألا يكون امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزامه يستند الى سبب مشروع ..

إن الترابط محل هذه الفكرة لايجد له طريقاً للاتفاق عليه مسبقاً أن عند ابرام العقد ، بل أنه ضمني يستفاد من طبيعة الالتزامات المتقابلة .حيث أن الفسخ لا يقع إلا على العقد الملزم للجانبين لأن هذا العقد هو الذي يرتب التزامات متقابلة ، وأن هذا هو ما يفسر فكرة اساس الفسخ وكونه يرجع إلى فكرة التقابل بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين وهذا النوع من الفسخ يقوم على أساس فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة وهذا الارتباط لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين حيث يكون كل متعاقد ملتزماً بأداء التزام معين يقابل التزام المتعاقد الاخر فتكون له مصلحة في طلب الفسخ ليتحلل هو الآخر من التزامه بعكس العقود الملزمة لجانب واحد التي لا يقوم فيها هذا الاعتبار وأن القصد من الفسخ هو أنه يحق للمتعاقد أن يتحلل من التزامه بسبب عدم قيام المتعاقد الآخر بالوفاء بالتزاماته ، ونجد أن المشرع المصري قد اخذ بفكرة الاداء المقابل في نص المادة (157) من القانون المدني ، كما هو الحال في القانون المدني العراقي في نص المادة (177) ف1 . ويرى جانب من الفقه ، أن اشتراط كون العقد ملزماً للجانبين من شأنه أن يسري على العقود الفورية أو العقود الزمنية محددة المدة ، أو غير محددة المدة ، كالبيع أو

الايجار ، لأن نظام الفسخ يقوم على فكرة الارتباط بين الالتزامات لطرفي العقد والتي توصف بانها متقابلة ، اما العقود الملزمة لجانب واحد فلا يتصور فيها فكرة التقابل في الالتزامات . وتحقق فكرة التقابل في الالتزامات ومن ثمة جواز الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في العقد ، هذه الفكرة ليست حكراً على الحقل المدني ، بل تعم النطاق التجاري والاداري ايضاً[1] (1).بيد أن فكرة التقابل بين الالتزامات تبيح للمتعاقد الدائن استعمال أحد الخيارات الآتية :

1–الدفع بعدم التنفيذ : ومفاده في حالة كون أن الالتزامات متقابلة وتوقف المدين عن تنفيذ ما بذمته من التزامات ، فإنه يجوز للمتعاقد الآخر التمسك بعدم تنفيذ التزامه لحين قيام الطرف المقابل بتنفيذ التزامه ، حيث أن اساس العقد وجوب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه من بنود ، ويشترط لإعمال فكرة الدفع بعدم التنفيذ ، أن يكون توقف الطرف المدين في تنفيذ العقد غير مشروع[2]

2–طلب الفسخ : وهو محل الدراسة ولكن يشترط هنا ان لا يلجأ المتعاقد إلى الامتناع المشروع لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته المتقابلة في العقد ، اي أن يطلب المتعاقد أحد الخيارات – كما تقدم . لكن يجب أن نشير إلى انه ليس كل عدم تنفيذ يخول الدائن مكنة طلب الفسخ ، بل ينبغي ان يوصف عدم

1 – د.عمر علي الشامسي ، فسخ العقد، المصدر السابق، ص 44–47.

2 – ينظر المواد الآتية من القانون المدني العراقي (150) ؛ (282 ف1)

التنفيذ بكونه إخلال بالتزامه ,وذلك لان المتعاقد في العقد الملزم للجانبين ، يستطيع ان يمتنع عن تنفيذ التزامه امتناعاً مشروعاً، بقصد حمل غر يمه على التنفيذ وهذا لا يعد خطأ ، ومن ثم لا يمكن للدائن ان يطلب الفسخ , بل لا يعدو ذلك عن كونه وقفا مؤقتا لتنفيذ العقد، وفي الوقت نفسه وسيلة من وسائل الضمان التي تضمن للدائن الحصول على حقه، ولا يهم بعد ذلك سواء انصب عدم التنفيذ على التزام رئيس أو انصب على التزام ثانوي ، لان الدفع بعدم التنفيذ غير قابل للتجزئة[1]

1 – استاذنا : د.سليمان براك دايح ، الفسخ بوصفه ضماناً للتنفيذ ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ن جامعة الانبار ، كلية القانون ، ص 105–106. الموقع الالكتروني للمجلة :

https://www.iasj.net/iasj/download/a3bb04f3628d9219

الخاتمة

يظهر لنا جلياً ومن خلال صفحات البحث ، أن فكرة الفسخ بأسسها المتقدمة ، تعمل كدرع واقي من الاختلال الاقتصادي الذي قد يصيب المتعاقد الدائن ، لأنها تبيح له الحصول على تنفيذ ما تم الاتفاق عليه في العقد ولكن من جنس الآخر وهو التعويض إن كان له مقتضى بحسب نصوص القانون المدني المقارن (1231من التقنين المدني الفرنسي الجديد ،158 من القانون المدني المصري ، 177 من القانون المدني العراقي)، وقد اعتمدت هذه القوانين على اسس فنية متباينة لغرض عدم المساس بالمركز القانوني للدائن نتيجة اخلال المدين المتعمد في تنفيذ التزاماته في العقد ، وقد استفاد الفقه الحديث من الانتقادات التي وجدت الى الاسس الفنية التقليدية وحظى بفكرة العدالة والمرتبطة بمبدأ الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، وإن فكرة الارتباط هذه لم تمليها قواعد القانون بل ارتباط الالتزامات وقت الاتفاق ، فالاتفاق وقت ابرام العقد تضمن وجود هذه الفكرة ، فكان الاحرى بقاء الارتباط في مرحلة تنفيذ العقد ، ولما كانت الغاية من ابرام العقود هي تنفيذ ما اشتمل عليه من بنود ، لذا كان الاجدر ايجاد طريقة لتنفيذ العقد رغماً عن ارادة المدين ، وعلى الرغم من تصريح المشرع العراقي في المادة (246) من القانون المدني العراقي بفكرة اجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً ، إلا أن ذلك لم يجد نفعاً مع بعض المدينين المتعنتين في عدم التنفيذ ، لذا تم اللجوء

إلى الفقرة الثانية من النص الاخير المذكور ، حيث يصار إلى التنفيذ بمقابل كجزاء على عدم التنفيذ ، ولكن ليس هذا هو الوجه الوحيد المترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه في العقد ،بل يوجد وجه آخر مفاده الفسخ وهو ايضاً وسيلة ضمان لتعنت المدين في عدم الوفاء دون وجه حق ، ونخلص مما ورد في موضوع بحثنا بعض النتائج وبعض الاقتراحات وعلى الوجه الآتي :

أولا: النتائج المترتبة على موضوع البحث :

1- من حيث آلية اعتبار الفسخ : فإنه لا اعتبار للفسخ في القانون المصري والعراقي إلا من خلال طلب الفسخ امام القضاء ، أما في القانون الفرنسي الجديد فإن المادة (1224) لم تصرح بكون الفسخ القضائي هو الاصل .

2- تنحصر الاسس الفنية لنظرية الفسخ في العقود الملزمة للجانبين ، فلا مجال لتطبيق هذه النظرية على العقود الملزمة لجانب واحد ، لأن بإمكان المتعاقد الآخر الذي لم يكن في ذمته التزام التحلل من العقد بسهولة وان كان الاحرى به المطالبة بتنفيذ التزام المتعاقد الآخر .

3- إن فسخ العقد وفقاً للأسس الفنية لفكرة الفسخ لا يعدو كونه صورة من صور المسؤولية العقدية ويتمثل في حل الرابطة العقدية جزاء اخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بأحد الالتزامات الناشئة عنه .

4- إن الفسخ وإن كان من حق الدائن والذي منحه إياه المشرع المدني ،في نصوص خاصة ، إلا أنه لا يعتبر إلا من حيث وقوعه أمام القضاء أي عند رفع الدعوى لطلب الفسخ أمام القضاء ، ولكن وفق أحكام القضاء العراقي الحديث ، فإنه لا يمكن للدائن أن يطالب بالاستحقاقات المتولدة عن العقد ، الذي توقف فيه المدين عن تنفيذ التزاماته ، حيث يجب أن يطالب بفسخ العقد ومن ثمة المطالبة بالتعويض دون المطالبة بالاستحقاقات الناتجة عن العقد ، وفي هذا المسلك الوارد من جانب القضاء العراقي نجد أنه يشجع المتعاقد على عدم تنفيذ التزامه ،وفي ذلك مخالفة صريحة لأهداف القانون المدني ، في أن ينفذ المتعاقد العقد طبقاً لما اشتمل عليه من بنود وبطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية في العقود .

ثانياً: اقتراحات البحث :

1- نقترح على المشرع العراقي في القانون المدني ، وضع نصوص خاصة لفكرة الفسخ الكلي والفسخ الجزئي ، وتخويل ارادة اطراف العقد فسخ العقد جزئياً ، لبعض عناصره الموضوعية ، كما هو الحال في التقنين الفرنسي الجديد لعام 2016.

2- نقترح على المشرع العراقي في القانون المدني العراقي ، وضع خيار ثالث للدائن في نص المادة (177) ، بجعلها تبيح للمتعاقد الدائن التمسك بالتنفيذ العيني للعقد ، فإن استحال بفعل المدين الممتنع دون عذر ، يصار إلى تنفيذ الالتزام على نفقته ، وفي ذلك نوع من التعويض بشكل مغاير ، وفي ذات الوقت احترام لإرادة اطراف العقد التي وعت الالتزامات عند التعاقد، وتنفيذ بنوده .

مكتبة البحث

أولاً: القرآن الكريم .

ثانياً: القوانين :

أ–التقنين المدني الفرنسي المعدل لسنة 2016م.

ب–القانون المدني المصري.

ج–القانون المدني العراقي .

ثالثاً: المصادر القانونية العامة والمتخصصة:

1- احمد فرج حسين – الملكية ونظرية العقد في الفقه الاسلامي ، دار الجامعة ، الاسكندرية ،بدون سنة طبع.

2- انور العمروسي ، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني ، دار العدالة ، ط5، 2013م.

3- ثروت عبد الحميد – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري – مصادر الالتزام .

4- حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ،الطبعة الثانية ، 2010م .

5- راقية عبد الجبار علي ، عقد البيع –دراسة مقارنة بين القانون المدني البحريني والقوانين العربية المقارنة، 2017.

6- السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – الجزء الاول- مصادر الالتزام

7- شريف الطباخ ، الموسوعة الشاملة في الدفوع المدنية ، ط1، دار العدالة للنشر والتوزيع القاهرة ، 2015م.

8- صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، 1950.

9- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة.

10- عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في النظرية العامة للألتزام ، ج1 ،مكتبة السنهوري،2008 .

11- عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، 1992، .

12- عبد الوهاب عرفه ،فسخ العقد، انفساخ العقد تفاسخ العقد ،دار المجد للنشر والتوزيع، بدون مكان وسنة طبع.

13- عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المسماة ، البيع والايجار ، منشورات زين الحقوقية ، طبعة اولى ، 2015م .

14- عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في القوانين المدني العربية، دراسة مقارنة ، الناشر دار الكتب العلمية ، 2015م .

15- عمر علي الشامسي ، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القومية ، 2010م.

16- محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، الالتزامات ، العقد ، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2018م .

17- محمد عزمي البكري – فسخ العقود – دار محمود للنشر والتوزيع -2017م.

18- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة لالتزامات في القانون المدني المصري.

19- مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية – جامعة النهرين – كلية الحقوق – الجزء الأول – شركة السعدون للطباعة والنشر بدون سنة طبع – بغداد .

20- منير محمود الوتري ، العقود الادارية والتحولات الاشتراكية ، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية ، ع2،س32،1977م.

رابعاً: المصادر المستقاة عبر شبكة الأنترنت :

21-حكم محكمة التمييز الاتحادية ، رقم 493 في 2008/5/12، القسم المدني ، منشور عبر الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي https://www.hjc.iq/qview.909/

المفيد في شرح القانون المدني العراقي ، د. عبد الباسط جاسم ، كلية القانون والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة الأنبار، العراق ،ص8الموقع الإلكتروني :

http://www.uoanbar.edu.iq/eStoreImages/Bank/11176.docx.

22–د.سليمان براك دايح ، الفسخ بوصفه ضماناً للتنفيذ ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ن جامعة الانبار ، كلية القانون ، ص 105–106. الموقع الالكتروني للمجلة :

https://www.iasj.net/iasj/download/a3bb04f3628d9219

23– محمد حسن قاسم ، نحو الفسخ بالارادة المنفردة قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الأول ، 2010 ، ص 59.

http://libwebserver.uob.edu.bh/en/Teachingresources/Law

24–سعيد حمدين – التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود – رسالة ماجستير في القانون الخاص – الجزائر – ص 17– الموقع الالكتروني :

http://193.194.83.98/jspui/bitstream/1635/13914/1/HANTIT_AMMAR.p

25– سحر جبار يعقوب ، فسخ العقد الاداري قضائياً لخطأ الادارة ، ص 14–20، منشور في المرجع الإلكتروني للمعلوماتية الموقع :

https://almerja.com/reading.ph