

مجلة جامعة تكريت للحقوق
السنة (٢) المجلد (٢) العدد (٤) الجزء (٢)
حزيران ٢٠١٨ م - جمادي الاخر ١٤٣٩ هـ



الفسخ الجزئي للعقد (دراسة قانونية مقارنة)

م.د. امير طالب هادي التميمي

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - مركز الوزارة



الفسخ الجزئي للعقد (دراسة قانونية مقارنة)

م.د.امير طالب هادي التميمي

المستخلص...

تدور فكرة البحث الاساسية انه في العقود الملزمة للجانبين فالقاعدة العامة, تقرر الفسخ الكلي متى ما طلبه الدائن -بعد تحقق شروطه- الا ان هذه القاعدة ليست مطلقة, فعندما يتخلف المدين عن تنفيذ جزء دون اخر من العقد , او نفعه تنفيذاً معيباً يمكن القول بفسخ العقد فسخاً جزئياً ينصب على جزء من العقد ,دون المساس بالجزء الاخر المنفذ, ويمكن ان يعبر عنه بانقاص الاداءات, و يمثل الوجه الاخر للفسخ اذ و على الرغم من اهميته وعده في درجة الانقاذ لبعض الحالات التي تؤدي الى التضحية بكامل العقد لمجرد اخلال قد لا يتناسب وحجم الالتزامات جميعاً الا انه لا زال محل تشكيك من قبل الفقه في قانونية اللجوء اليه, فضلاً عن عدم استقرار اتجاهات القضاء في الاخذ به من عدمه.

Abstract

The basic idea of research is that in the binding contracts of the two sides, the general rule, the total annulment is decided whenever the creditor requests - once the conditions have been met - but this rule is not absolute. When the debtor fails to perform part of another contract or executes a defective implementation, A partial deferral focuses on a part of the contract, without prejudice to the other performing part. It can be expressed as a decrease in renderings. It is the other side of the dissolution and, despite its importance, its promise in the degree of rescue for some cases, All obligations, but it is still questioned by the.

المقدمة :

أولاً :اهمية البحث ومبررات اختياره:

في العقود الملزمة للجانبين, اذا لم يوف احد المتعاقدين التزامه, جاز للمتعاقد الاخر المطالبة بفسخ العقد , والاصل ان الفسخ لا يقع الا بقرار من المحكمة , اذ تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية واسعة, واستجابة طلب الفسخ ثم الحكم به, او لا, فقد لا يصل الى قناعتها الحكم بالفسخ, فتقرر منح مهلة للمدين لغرض الوفاء بالتزامه, وفي احيان اخرى تخبى امال الدائن في المطالبة بالفسخ فترفضه, سيما عندما يكون ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام بجملته وكل ذلك دون الاخلال بحق الدائن في التعويض ان كان له مقتضى.

وقد لا يكون لتلك السلطة التقديرية ذلك الدور الحيوي, عندما يتفق المتعاقدين على ادراج شرط صريح في العقد, يتضمن الفسخ في حالة الاخلال من قبل عاقيه, الا ان ذلك لا يسلب دورها بصورة كاملة, اذ يبقى للقاضي الدور البارز في اعمال الشرط المذكور فيتحقق من وجوده, وشروط تطبيقه, فضلاً عن مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون تطبيقه, في بعض الاحيان.

فالخيارات المتقدمة تطبيقاً حرفياً لما ورد في القانون, الا ان ذلك لا يعني عدم وجود خيارات اخرى يمكن للقاضي ان يحكم بها وفقاً لكل حالة, اذ قد يتجه القضاء في ظل سلطته التقديرية الى الحكم بدلاً من الخيارات المعروضة الى خيار ملائم ومناسب - في حالات معينة-يتمثل بالفسخ الجزئي للعقد عن طريق انقاص اداء الدائن بقدر ما نقص منه اداء المدين بعد توافر شروطه, ذلك الخيار الذي لم يحظ بقبول واسع لا على المستوى الفقهي ولا القضائي , الا ان ذلك لم يمنع فقهاء القانون من تبني هذا النوع من الفسخ واتجاه بعض

المحاكم الى الاخذ به للاهمية التي يحظى بها ولدوره الفعال في تحقيق مصالح الطرفين المتعاقدين.

ثانيا: اشكالية البحث:

على الرغم من عد الفسخ الجزئي, الحل الاكثر ملائمة للحالات التي تتحقق فيها شروط تطبيقه, ومساهمته الفعالة في انقاذ العقود من الفسخ, والتضحية بالعقد بكامل التزاماته, لمجرد تخلف احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه, الا انه بقي محل تشكيك وعده خروجاً صريحاً على قاعدة وحدة العقد, ونصوص الفسخ القانونية, التي اشارت وبصورة عامة, ومطلقة, الى الفسخ في حالة اخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهما, فضلا عن كونه يمثل تغييراً لمسار القضاء وتحويله عن المهمة الرئيسة له, الا ان ذلك ولعدم وجود نص صريح في القانون يمنع من تطبيقه, جعل المحاكم تتفاوت في الاخذ به , وهذا ما سنحاول بيانه في ايجاد طرق معالجة لهذه الاشكالية من خلال هذا البحث.

ثالثا: منهجية البحث:

يعتمد البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن من خلال استعراض القواعد القانونية الخاصة بالفسخ, والقواعد العامة, و القواعد الاخرى ذات الصلة وتحليلها فضلا عن الاتجاهات الفقهية وتاسيها القانوني وترجيح ما كان مناسباً منها فضلا عن ذلك الاتجاهات القضائية المؤيدة والمعارضة لموضوع البحث بغية الوصول إلى الهدف النهائي لحل اشكالية الموضوع.

رابعا: خطة البحث

تم تناول البحث وفق خطة علمية موزعة على مبحثين , اختص الاول منها الى بيان ماهية الفسخ بصورة عامة بمطلبين حول معنى نظرية الفسخ واساسها وشروطها اما المبحث

الثاني فتناولنا فيه مدى انسجام الفسخ الجزئي واحكام القانون المدني العراقي والمقارن وعلى شكل مطلبين اختص الاول الى بيان مفهوم الفسخ الجزئي وشروطه ومبررات اللجوء اليه بينما المطلب الثاني تناولنا فيه الموقف التشريعي والقضائي من الفسخ الجزئي ثم انهينا البحث بخاتمة بسيطة بينا فيها اهم النتائج والتوصيات.

المبحث الاول

ماهية فسخ العقد

العقد هو قانون المتعاقدين , اتفقا مسبقا على بنوده والزموا بتنفيذه بما ينسجم وموجبات حسن النية بالتعامل, ومتى ما اخل احد المتعاقدين ببنوده, تثار مسؤوليته العقدية وفقا للقانون , الامر الذي يمكن ان يصل الى نهاية المطاف, بازالة الاثار القانونية التي رتبها العقد وذلك بانحلال الرابطة العقدية بالفسخ, وعدها كأن لم تكن فيزول العقد ويصبح كل متعاقد كما لو لم يسبق له الارتباط مع المتعاقد الاخر.

اذ ينشأ عن الرابطة العقدية, التزامات متبادلة تمثل مصالح مترابطة لطرفيها فيسعى كلا منهما لتحقيق هذه المصالح عن طريق الحصول على التنفيذ الذي كان سببا لإبرام العقد , وعليه يستطيع أي منهما التحلل من تلك الالتزامات متى ما واجه اخلا لا من الطرف الاخر بتنفيذ التزاماته سواء كان هذا الاخلا لا في صورة تنفيذ جزئي للعقد او في صورة عدم تنفيذ العقد كليا , او كان تنفيذا معيبا ولا يكون ذلك الا عن طريق الفسخ فهو يمثل حقا يمنح للمتعاقد (الدائن) بالالتزام الذي لم ينفذ حل الرابطة العقدية, وبالتالي يتحلل هو الآخر من التزامه المقابل وبغض النظر عن الاساس الذي يستند عليه فالنتيجة واحدة, وللاحاطة

بالموضوع من جوانبه كافة علينا ان نبين معنى الفسخ واساسه ثم بيان الشروط الواجب توافرها لامكانية طلب الفسخ وهذا ما سنبحثه في المطلبين الاتيين:

المطلب الاول

معنى نظرية الفسخ واساسها

من المسلم به ان تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه يعد الطريق الطبيعي لزواله, الا انه قد تحدث امور تغير من هذا المسار فيضطر صاحب الحق المتعاقد (الدائن) الى المطالبة بفسخ العقد بعد توافر شروطه سواء كان هنالك شرطا صريحا في العقد ينص على ذلك ام لم يكن او قد يفقد سبب التزامه فلا يكون له جدوى الا المطالبة بالفسخ الامر الذي يتعين معرفة المقصود بالفسخ والاساس الذي يستند عليه وهذا ما سنحاول بيانه من خلال الفرعين الاتيين:

الفرع الاول

معنى نظرية الفسخ

اذا انعقد العقد مستكملا لاركانه, فانه يرتب اثره المنصب على تنفيذ ما اشتمل عليه محققا ما سعى اليه طرفاه, ملبيا تلك الرغبة المرتقبة, ليس بما انشئ من التزامات على عاتق الطرفين بل الحصول على مقابل لما التزموا به, فالغاية الاساس , التقابل, والترابط في هذه الالتزامات , والذي يمثل جوهر ضمان حق المتعاقدين جراء تنفيذ الالتزامات, الا انه قد يحصل ما يحول دون ذلك, ولا يتحقق الهدف المبتغى, فيحصل عارضا يؤدي الى حل الرابطة العقدية وزوال كافة الاثار المترتبة عليها: كاخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته كليا او جزءا منها, او استحالة عليه ذلك, او نفاذها تنفيذا معيبا , الامر الذي يكون فيه المتعاقد الاخر

ملتزماً بالعقد وفي الوقت نفسه لا يستطيع الحصول على مقابل هذا الاداء فيترتب نتيجة لذلك - بعد استنفاد الطرق المقررة قانوناً - الفسخ^(١).

فعرّف الفسخ^(٢) بتعريفات عدة^(٣) الا انها لا تخرج عن ذات المضمون والمعنى المتمثل بانهاء الرابطة العقدية وارجاع الحالة الى ما كان عليه قبل التعاقد^(٤) هذا على

١ - اذ جاء نص المادة (١٧٧) من القانون المدني بقوله (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقلين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنتظر المدين الى اجل كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف المدين قليلاً بالنسبة للالتزام بجملته).

٢ - الفسخ في اللغة مصدر فسخ يفسخ وبابه قطع ويحمل معان عدة منها الفك والإزالة والتفريق والنقض، يقال فسخ البيع فانفسخ أي نقض فانتقض وفسخ الشيء بفسخه فسخاً فانفسخ، ينظر ابن منظور: لسان العرب المحيط، الجزء الثاني، اوفست تكنوبرس، بيروت، ص ١٠٩٤.

٣ - ويستوي في ذلك التعريف بالنسبة للفقهاء القانوني والفقهاء الاسلامي وان كان الاخير ادق و اوسع نطاقاً بعض الشيء من تعريف الفقهاء القانوني فقد جاء بانه حل الرابطة العقدية لعدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وكذلك عرف بانه : انقضاء الرابطة العقدية لاستحالة التنفيذ او للامتناع عنه او للاخلال به او هو حل العقد وارجاع الحالة في المعقود عليه والطرفين الى ما كانت عليه قبل تكوين العقد وكذلك عرف بانه نقض تصرف قانون (أو شرعي) قائم لسبب يبرره سواء كان هذا السبب سابقاً في العقد أو مقارناً له أو حادثاً بعده، ينظر في ذلك د. مصطفى الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق - دراسة مقارنة - ط ١ ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٥ م ، ص ١٣٥ وكذلك د. حسن علي الزنون : النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي و القانون المدني ، ١٩٤٦ ص ٢٣ .

٤ - ينظر د. عبد الحميد الشواربي فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ ص ١٥ و د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢، ص ٢١٩،

المستوى الفقهي اما على المستوى التشريعي فانه لم يتطرق الى بيان تعريف الفسخ وانما عبر عنه بنصوص قانونية فقد اوردته المشرع العراقي في المادة ١٧٧ انفة الذكر ^(١) والتي يتضح منها مدى ارتباط الفسخ بنوع العقد فالفسخ مقترن بالعقود الملزمة للجانبين، لوجود التزامات متقابلة، وعدم تنفيذ أيٍّ منها يعد مبررا للفسخ ، فهو حقا ذو طبيعة مزدوجة، فيمثل جزاء اذا نظر اليه من زاوية المدين الذي اخل بتنفيذ التزامه ، وهو ضمان إذا نظر إليه من زاوية الدائن الذي يسعى لاقتضاء حقه^(٢).

وكذلك د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الحديثة ، ٢٠٠٤، ص٣٠٨.

^١ - يقابلها نص المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري وكذلك بقية القوانين العربية كالقانون المدني الاردني لسنة ١٩٧٧ في المادة (٢٤٦) وكذلك المادة (٢٧٣) من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل وكذلك بقية القوانين المدنية العربية التي لا تخلو من نص يشابه النص المذكور.

^٢ - طعن ٣٢٢٩ لسنة ٧٧ قضائية / ٢٠١٥ قرار لمحكمة النقض المصرية وكذلك ٣٠٢٢ لسنة ٢٠٠٣ والقرار ٣٥٩٨ لسنة ٢٠٠٣ الصادرين من محكمة النقض المغربية ولمزيد من التفاصيل راجع المواقع الرسمية للمحكمتين :

الرسمي لمحكمة النقض المصرية <http://www.cc.gov.eg/Madany.aspx> الموقع --

الموقع الرسمي لمحكمة النقض المغربية <http://www.greffe.courdecassation.ma>.

وعلى الجانب الفقهي ينظر د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام - احكام الالتزام - اثبات الالتزام ، المكتبة القانونية، ١٩٧٩، ص ١٨٩ و كذلك د. سليمان براك دايع ، الفسخ بوصفه ضمانا للتنفيذ ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ص ١٠١.

ومن حيث الاصل يكون الفسخ عن طريق القضاء كونه الجهة المناط بها الفصل في المنازعات اي بمعنى انه يصدر قرارا قضائيا يتضمن حل الرابطة العقدية بناء على طلب المتعاقد (الدائن) المُخل بحقه بعد ان يقوم بتبنيه مدينه بانه لم يتم بتنفيذ التزامه ويكون ذلك باعذاره^(١).

الا ان المحكمة قد لا تستجيب لطلب الفسخ هذا, اذ تتمتع بسلطة تقديرية واسعة بهذا الشأن, فقد تمنح المحكمة المدين اجلا لتنفيذ التزامه تبعا لظروف الحال كما لو كان المدين حسن النية قطعت بينه وبين التنفيذ ظروف استثنائية عابرة وبالتالي يكون بمنأى عن الفسخ خلال فترة الاجل الممنوح وبخلافه يحكم بالفسخ مع التعويض عن الاضرار التي تكبدها الدائن^(٢).

اما اذا وجدت المحكمة من ظروف الحال ان هنالك اسبابا مبررة كسوء نية المدين وتعتمده بعدم تنفيذ الالتزام او تنفيذ جزء يسير من العقد وترك الجزء الاخر دون تنفيذ او تنفيذه تنفيذا معيبا لا يستوي والغرض المنشود من التعاقد فتنقاد المحكمة الى ضرورة حتمية متمثلة بالاستجابة الى طلب الدائن وفسخ العقد مع التعويض ان كان له مبرر.

^١ - ينظر :د. انور سلطان , مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني , دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي , منشورات الجامعة الاردنية , الطبعة الاولى , عمان , ١٩٨٧, ص ٢٥٨.

^٢ - الطعون (٥٧٣٠ و ٥٨٩٠ و ٥٩٦١ و ٥٩٦٢) لسنة ٧٩ / قضائية / ٢٠١٠ محكمة النقض المصرية قر ار منشور على الموقع الرسمي للمحكمة , مصدر سابق وعلى الجانب الفقهي ينظر : د. عبد الحميد الشواربي , مصدر سابق , ص ٣٦.

وفي الحالة التي يكون تقصير المدين في تنفيذ التزامه الجزئي او تنفيذه المعيب او تاخيره في التنفيذ ليس على درجة من الجسامة والاهمية فترفض المحكمة الفسخ ولها ان تحكم بتعويض للدائن جراء الضرر الذي اصابه نتيجة ذلك التقصير^(١).

وقد لا يكون ما ورد من حكم في نص المادة المذكورة اعلاه محط طمانينة للمتعاقدين وكذلك توقعهما عدم قيام احدهما بتنفيذ التزامه فيضعان شرطا صريحا في العقد يتم بمقتضاه الفسخ في حال اخلال احدهما بتنفيذ ما تضمنه العقد^(٢).

^١ - قرار الهيئة الاستئنافية , بغداد رقم ١٥٠٠ / ٢٠١٣ والذي جاء برد دعوى الفسخ كون ان المدعى عليه قد نفذ الجزء الاكبر من فقرات العقد بصورة مطابقة للمواصفات الفنية وان الجزء المتبقي قليل قياسا للجزء المنفذ استنادا للشق الاخير من نص المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي لمزيد من التفاصيل حول حيثيات الدعوى راجع القاضي لفئة هامل العجيلي , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية , مطبعة الكتاب , الطبعة الاولى , بغداد , شارع المتنبي , ٢٠١٥ , ص ٦٧ و ٦٨.

وعلى المستوى الفقهي ينظر : د. احمد سلمان شبيب , و د. جواد كاظم سميسم , مصادر الالتزام , دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقهاء الاسلامي , منشورات زين الحقوقية , بيروت , لبنان , ٢٠١٥ , ٢٢٨.

^٢ - هذا ما تضمنته المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته) ويتدرج الاتفاق الذي يتم بين المتعاقدين من حيث القوة فقد يتم الاتفاق على ان العقد يعد مفسوخا اذا لم يتم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وقد يتفق على انه يعد مفسوخا من تلقاء نفسه وفي هاتين الحالتين لا مناص من صدور قرار قضائي من المحكمة بقرر الفسخ ويكون منشئا للفسخ لا كاشفا له وقد يتفق المتعاقدين الى ان العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم و قد تزداد قوة الاتفاق الى ابعد من هذا فيتفق المتعاقدين الى انه يعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم ودون حاجة الى اعذار وفي هاتين الحالتين عند صدور قرار من المحكمة بالفسخ فيعد كاشفا له وليس منشئا لذلك لمزيد من التفاصيل حول ذلك راجع د.

الا انه قد لا ينتج الاخلال عن تاخر في التنفيذ او تنفيذ معيب وانما يستحيل على المدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي فينسخ العقد من تلقاء نفسه اي بقوة القانون ودون تعويض ولا حاجة الى اللجوء الى القضاء الا اذا حدث نزاع بمسالة وقوع الاستحالة بسبب اجنبي من عدمه^(١).

الفرع الثاني

اساس نظرية الفسخ

لم يتفق الفقه على اساس ثابت للفسخ, بل تعددت الاراء والاتجاهات حول ذلك , ف قيل في اساسه : انه مرتبطا بفكرة السبب طبقا للنظرية التقليدية ففي الالتزامات المتبادلة

عبد الرزاق السنهوري , مصدر سابق , ص ٥٨٧ وما بعدها ولم يبتعد القضاء عن هذا المسار في كل تدرجاته بعد التحقق من توافر الشرط ففي احكام متعددة لمحكمة النقض المصرية نرى وبوضوح اعمالا للشرط الصريح الفاسخ بين استجابة للفسخ ورفضه ك الطعن ٦٩١ لسنة / ٢٠٠٠ و الطعن رقم ٣٣٦٦ لسنة / ٢٠٠٤ و الطعن ١٢٦٦ لسنة ٢٠١٠ راجع هذه القرارات الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية , مصدر سابق.

^١ - اختلف الفقه بشأن انفساخ العقد بسبب الاستحالة الراجعة الى فعل المدين فقد ذهب البعض الى ان العقد لا يفسخ بل يتأكد وتثور مسؤولية المدين العقدية ومن ثم يكون ملزما بدفع التعويض جراء الضرر الذي لحق الدائن بينما ذهب البعض الاخر الى امكانية انفساخ العقد ويستوي في ذلك الاستحالة اذا كانت بسبب اجنبي ام بفعل المدين والفارق هو التعويض فينتفي في الاول ويوجب في الثاني اذ بالرجوع الى نص المادة (١٧٩) من القانون المدني نجدها قد ساوت بين فعل المدين وبين السبب الاجنبي في حالة الانفساخ ولمزيد من التفاصيل راجع د. عبد المجيد الحكيم , وآخرون , الوجيز في نظرية الالتزام بغداد, ١٩٨٠ , ص ١٨١ وكذلك د. حسن علي الذنون , النظرية العامة للالتزامات, مصدر سابق , ص ١٩٠ وكذلك المستشار انور طلبة , انحلال العقود , المكتب الجامعي الحديث , بدون سنة طبع, ص ١٢٦ وما بعدها .

يكون سبب احد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر فاذا ما اخل احدهما بالتزامه يحق للآخر التحلل من التزامه عن طريق فسخ العقد، فالسبب لا يقف عند تكوين العقد فقط وانما يمتد ليشمل تنفيذه كذلك^(١).

الا ان هذا المسلك لم يسلم من الانتقاد كون ان الاخذ بهذا الاساس سيضيق من نطاق الفسخ على وجه يتعارض والغاية المنشودة منه وفقا لاحكام القانون، ذلك لا مقتضاها سيقصر الفسخ على بعض العقود الملزمة للجانبين في الوقت الذي نجد ان المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي -وما يقابلها من مواد في القانون المقارن- قد اطلقت الفسخ على جميع العقود الملزمة للجانبين فضلا عن ذلك فقد اغفلوا ان السبب هو ركن اساس في العقد مرتبط في وجوده مع قيام العقد لا يمكن ان يزول لطرف لاحق^(٢) لذلك لا يميل اغلب الفقه الاخذ بهذا الاساس^(٣).

ويؤسس ايضا على ضمنية الشرط الفاسخ ، اذ يفسخ العقد بمقتضى هذا الشرط اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه^(٤) وفي ذلك خروج عن القواعد المقررة للفسخ في القانون كون ان هذا التأسيس قائم على مسالة افتراضية لارادة لا وجود لها في الغالب فعدم التنفيذ -

^١ - ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥، ص ١٨٨.

^٢ - د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام، الطبعة الاولى، بغداد، ص ١٣٦-١٣٧.

^٣ - ينظر د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، المجلد الاول ، الطبعة الثالثة ، مصر ، ٢٠١١، ص ٥٧٠ وكذلك د. اسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، عابدين ، مصر ، ١٩٦٦، ص ٣٢٥ ، وكذلك د. محمد حسام لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص ٢٢٠.

^٤ - ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ١٨٨.

في الغالب - لا يتوقع من قبل الاطراف حتى تتصرف ارداتهم الى ادراج ذلك, فضلا عن ذلك فان الاخذ بهذا الاتجاه يجعل من الفسخ حتمي الوقوع من تلقاء نفسه بمجرد اخلال احد المتعاقدين في تنفيذ التزامه مرتبا بذلك اثر الشرط الفاسخ الا ان القاعدة المقررة هي ان الاخلال لا يستوجب الفسخ التلقائي ولا يكون الا بحكم قضائي وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة في ذلك^(١).

الا انه قد يتفق المتعاقدين مسبقا -وفقا للعرض الذي بيناه سابقا- على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم او دون ان يكون للقاضي سلطة تقديرية في ذلك , في حالة الاخلال من قبل المتعاقدين بعد اعدار المدين ما لم يتفق صراحة على غير ذلك وهو ما يسمى بالشرط الصريح الفاسخ^(٢).

^١ - ينظر : د.عبد الرزاق السنهوري , مصدر سابق , ص ٥٧٠.

^٢ - قرار الهيئة الاستئنافية رقم ٢٠١٢/٦٨٣٤ والذي يستند في فسخ العقد استنادا للشرط الصريح الوارد ذكره في عقد الايجار لمزيد من التفاصيل ينظر القاضي لفقة هامل العجيلي , مصدر سابق , ص ٨٤.

وبهذا الصدد يجب ان نبين انه يختلف هذا الشرط عن ما يسمى بالشرط الفاسخ العادي المدرج في العقد كون الاخير مرتبط بطابع موضوعي لا علاقة له بالاخلال الواقع من قبل احد المتعاقدين بينما الشرط موضوع البحث متسم بطابع شخصي يجد اساسه في اخلال المتعاقد (المدين) في تنفيذ التزامه وان اشترك الاثنان في ان كل منهما يتحقق على اثر حادثة مستقبلية غير محققة الوقوع وان تحققت استتبعها فسخ العقد لذا اطلق على هذا الشرط - الصريح الفاسخ- مصطلحات عدة لتفادي الاختلاط بين الشرطين انفي الذكر فاطلق عليه ب(الاتفاق على الفسخ بارادة واحدة) او ب (الاتفاق مقدما على الفسخ) وان كان يرى البعض باعتماد المصطلح الدارج المسقر قضائا وهو الشرط الصريح الفاسخ ينظر في تفصيل ذلك : د. محمد حسين منصور , الشرط الصريح الفاسخ , دار الجامعة الجديدة للنشر , الاسكندرية , دون سنة طبع , ص ١٦ وما

وفي حقيقة الامر ان هذا الاساس غير كافي اذ لا يمكن الاتكاء عليه كاساس قائم بذاته دون اللجوء الى القضاء سواء كان كاشفا او منشئاً لقرار الفسخ , فالاتفاق على ادراج هذا الشرط لا يكون قاطع الدلالة في كل الاحوال وهو بذلك لا يعدو ان يكون تطبيقاً للقواعد العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين المقترنة بالاخلال.

وعلى اختلاف التأسيس المتقدم وما تعرض اليه من انتقاد مبيناً عدم امكانية عد أي منهما اساساً للفسخ, يميل الكثير الى اساساً اكثر عدالة وتحقيقاً للغرض الرامي لمصلحة المتعاقدين, الذي يجد اساسه في فكرة الارتباط ما بين الالتزامات, فطبيعة العقود الملزمة للجانبين تقتضي الترابط والتقابل في الالتزامات الملقاة على عاتق اطرافها, وعليه فان عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته كلها, او في جزء منها, او نفذها تنفيذاً معيباً, يكون اخلالاً منه بالترابط الذي يقود الى تحلل الطرف المقابل من الالتزامات عن طريق الفسخ, وهو بذلك يشكل اساساً يغني عن جميع ما قيل , فالنظرية اذن نظرية مستقلة قائمة على اعتبارات العدالة المتمثلة بالتعادل المنشود من الترابط والتقابل ما بين التزامات العلاقة العقدية ^(١).

الا ان هنالك رأياً منفرداً لا يجعل من كل ما تقدم اساساً للفسخ, وانما يسند الاساس الى المصالح الاقتصادية (التبادل الاقتصادي) الغاية المبتغاة من العلاقة التعاقدية, فاذا ما صاحب العقد اخلالاً من قبل احد المتعاقدين لا ينظر الى نوع الالتزام وانما ينظر الى الوظيفة

بعدها وكذلك د. محمد حسن قاسم , نحو الفسخ بالارادة المنفردة , مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية , كلية الحقوق , الجامعة الاسكندرية , العدد الاول, ٢٠١٠, ص ٨٣ و ٨٤.

^١ - ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري , مصدر سابق, ص ٥٧٠ و كذلك د. سمير عبد السيد تناغو , مصدر

سابق , ص ١٨٩ و كذلك د. اسماعيل غانم , مصدر سابق , ص ٣٢٥.

الاقتصادية الكامنة خلف هذا الالتزام، فاذا ما انعدت حكم القاضي بفسخ العقد استنادا لعدم قدرة العقد من تحقيق الغاية الاساسية والمرجوة منه والمتمثلة بالمصلحة الاقتصادية^(١).

وبتحليل هذا الاساس نجد انه من الصعب جدا جعله اساسا قائما بحد ذاته لنظرية الفسخ واهمال بقية الاسس، سيما الترابط الذي يمثل الاساس الاكثر مقبولة وتوافقية مع العلة المقصودة من الفسخ، ففي الوقت الذي يمكن القول بان هذا الاساس يمثل سببا من اسباب الفسخ الا انه لا يمكن التسليم بعده الاساس الاوحد في ذلك، كونه سيقودنا الى البحث عن انواع الالتزامات بين ما هو جوهري واساسي -يمثل الوظيفة الاقتصادية للعقد- وبين الالتزامات الثانوية او التبعية الاخرى التي لا تشكل في ظاهرها ولا مكانها تلك الوظيفة، الامر الذي يتنافى والغاية التشريعية من الفسخ، عليه نميل الى الاتجاه القائل بالترابط والتقابل ما بين الالتزامات كاساسا للفسخ كونه يمثل العدالة المنشودة منه.

المطلب الثاني

شروط فسخ العقد

الفسخ يتطلب توافر شروط معينة حتى يكون حقا لطالبه، وهذا ما مقرر قانونا وفقها، اذ يتضح من نص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي وما يقابلها من القوانين المقارنة -بحسب ما بيناه سابقا - مجموعة تلك الشروط، فالفسخ مرتبط بالعقود الملزمة للجانبين المتضمنة الترابط والتقابل ما بين الالتزامات، ونتيجة حتمية لذلك فان اخلال احد اطراف العلاقة العقدية بتنفيذ التزامه يجعل من ذلك مبررا للتمسك بالفسخ من قبل العاقد الاخر مقترنا

^١ - ينظر : د. احمد السعيد الزقرد ، محاولة لانقاذ العقود من الفسخ الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن ،

المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر ، المنصورة ، ٢٠٠٧، ص ١١٤ و ١١٥.

بإمكانية الاخير على تنفيذ التزامه وقدرته على ذلك وهذا ما سنبحثه في هذا المطلب من خلال الفروع الثلاثة الاتية:

الفرع الاول

التقابل والترابط بالالتزامات

للفسخ اهمية وحكمة بالغة , تكمن في حرمان الطرف الممتنع عن تنفيذ التزامه من اي ميزة او مصلحة تعود عليه من العقد , ولا يكون ذلك الا في العقود الملزمة للجانبين التي تُنشأ التزامات متقابلة متبادلة في ذمة طرفي العلاقة العقدية بحيث يكون كل منهما دائنا ومدينا في ان واحد للمتعاقد الآخر^(١).

فالترباط والتقابل جوهر الفسخ والغاية المبتغاة منه , المتمثلة بحق المتعاقد (الدائن) التمسك تجاه المتعاقد الذي اخل بتنفيذ التزامه والمستمر في عدم التنفيذ بالفسخ , وبذلك يكون نتيجة لأثر ذلك الترباط المنغمس بمجاله الطبيعي المعمول في العقود الملزمة للجانبين وعليه ومن غير المتصور والمنطقي اعمال ذلك في العقود التي ترتب التزامات على احد طرفي العلاقة دون الآخر , لانقضاء التقابل وعدم تحقق الحكمة المرجوة من الفسخ وغياب الاساس القانوني الذي بني عليه^(٢).

^١ - ينظر د.احمد سلمان شهيبي و د.جواد كاظم سميسم , مصدر سابق,ص٢٢٤.

^٢ - ينظر د. محمد حسن قاسم , القانون المدني , المجلد الاول , الالتزامات, دار الجامعة الجديدة ,

الفرع الثاني

اخلال احد العاقدين بتنفيذ التزامه

لا يكفي الترابط مبررا للفسخ بلا لا بد من ان يرافق هذا الترابط اخلالا من قبل احد العاقدين بتنفيذ التزاماته وعلى طالب الفسخ اثبات ذلك^(١) فضلا عن ذلك فانه يجب ان يكون هذا الاخلال راجعا الى خطأ المتعاقد (المدين)، بان يكون التنفيذ العيني اصبح مستحيلا بسببه او لا يزال ممكنا الا انه لم يتم بالتنفيذ وليس الى سبب اجنبي فاذا ما حصل الاخير ينقضي التزام المتعاقد (المدين) وينقضي الالتزام المقابل له وينفسخ العقد بحكم القانون^(٢). هذا ويلاحظ ان الاخلال بالتنفيذ لا يتخذ صورة واحدة^(٣)، ففي الوقت الذي يمكن ان يكون امتناعا كليا عن التنفيذ يمكن ان يكون امتناعا جزئيا او ما يسمى بعدم التنفيذ الجزئي

^١ - ينظر د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ١٩٥.

^٢ - وهو ما يسمى بالانفساخ فيفسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون اذا كانت الاستحالة بسبب اجنبي فضلا عن ذلك فانه ينفسخ دون تعويض ولا حاجة للجوء الى القضاء لا ستصدار حكم بالفسخ الا اذا حدث نزاع في وقوع الاستحالة بسبب اجنبي اما اذا كانت الاستحالة بخطاء المدين فلا ينفسخ العقد بل تثور مسؤولية المتعاقد ويتحمل التعويض، الا ان ذلك محل اختلاف فقهي ولعل ذلك يعود الى مسالة تحمل التعويض من عدمه على الرغم من عدم وجود تلازم ما بين الفسخ والتعويض اذ يمكن ان ينفسخ العقد دون ان يصاحبه تعويض وقد ينفسخ مصحوبا بالتعويض وبالرجوع الى نص المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي فهي قد ساوت بالنسبة للانفساخ بين الاستحالة بسبب اجنبي والاستحالة بفعل المدين وهو الاصول لصراحة النص على ذلك لمزيد من التفاصيل راجع د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق، ص ٥٧٤، وكذلك د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق، ص ١٩٠.

^٣ - اذا كان نص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي قد جعلت هذا السبب المتمثل بالاخلال سببا لطلب الفسخ فيجب ان لا يصار الى تضيق هذا النص بالوصف المذكور والاقتصار على حالات اخلال

فيقتصر التنفيذ على جزء من الالتزام وليس على الالتزام برمته , ولا يمنع-حينها- المتعاقد (الدائن) من المطالبة بالفسخ وللمحكمة سلطة تقديرية فيما إذا كان الجزء المتبقي دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ , او تكتفي بأعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ^(١).

ويعد بحكم عدم التنفيذ الجزئي للعقد التنفيذ المعيب له كصورة من صور الاخلال كأن يسلم المتعاقد شيئاً معيباً أو غير مطابق للمواصفات المطلوبة او مشوب بوصف غير مرغوب فيه فايضا لا يمنع المتعاقد بالرجوع على المتعاقد المخل بفسخ العقد بعد اثباته لذلك^(٢).

الفرع الثالث

استعداد طالب الفسخ بتنفيذ التزامه وقدرته على اعادة الحال الى اصله

فضلا عن الشرطين المذكورين انفا يشترط ان يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه او على الاقل مستعدا لذلك فلا يمكن ان يطالب بالفسخ من لم يقيم بتنفيذ التزامه فليس من العدالة والمنطق ان يكون طالب الفسخ مخلا بتنفيذ التزامه ويطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ

المتعاقدين بالتزاماتهم وجعلها سببا للمطالبة بالفسخ ففي نصوص اخرى من ذات القانون وغيره من القوانين المدنية المقارنة اجازت الفسخ لاسباب اخرى غير امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته فوسعت من دائرة الاسباب وامتدت الى حالة العيوب الخفية الواردة في محل العقد كما ورد في المادة (٥٥٨) من القانون المدني او النقص فيه كما ورد في المادة (٥٤٦) وكذلك اذا ما اشاب ارادة العاقد بعيب من عيوب الارادة كما في المواد (١١٥) و(١١٧) من ذات القانون فضلا عن الاسباب الاخرى وفي مواد متفرقة.

^١ - ينظر د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق, ص ٥٧٥.

^٢ - ينظر المصدر نفسه, ص ٥٧٥.

التزامه وعليه ولكي يكون مبررا لاحد طرفي العقد فسخه لاخلال الطرف المقابل لالتزاماته يجب ان يكون منفذا لالتزامه ^(١).

فاذا كان امتناع المتعاقد المدين عن تنفيذ الالتزام امتناعا غير مشروع يُجوز المتعاقد الاخر التمسك بالفسخ فينبغي ملاحظة انه ليس كل عدم تنفيذ من قبل المتعاقد (المدين) يخول المتعاقد الاخر طلب الفسخ ففي العقود الملزمة للجانبين يستطيع ان يمتنع المتعاقد عن تنفيذ التزامه امتناعا مشروعا لغاية مفادها حمل غريمه على التنفيذ فهو بذلك لا يشكل اخلافا من قبله ومن ثم لا يمكن للدائن ان يطلب الفسخ ^(٢).

ولا يكفي قيام المتعاقد طالب الفسخ بالتنفيذ او استعداده لذلك بل يتطلب الامر ارجاع الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد فالفسخ كقاعدة عامة يقضي ذلك , ولا يكون كذلك الا اذا استطاع رد ما قبضه , فاذا استحال عليه الارجاع لا يستجاب الى طلبه بالفسخ كان يهلك الشيء الذي قبضه بيده او ان يتصرف فيه الى اخر ولا يكون امامه الا التنفيذ او المطالبة بالتعويض ^(٣).

^١ - ينظر في ذات المعنى : د. احمد سلمان شهيب و د. جواد كاظم سميسم , مصدر سابق , ص ٢٢٦.

^٢ - الفقرة (١) من نص المادة (٢٨٢) والتي جاءت بـ(لكل من التزم باداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشا بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به) .

^٣ - ينظر د. عبد الرزاق السنهوري , مصدر سابق , ص ٥٧٦.

المبحث الثاني

مدى انسجام الفسخ الجزئي واحكام القانون المدني العراقي والمقارن

الفسخ بغض النظر عن مصدره سواء كان قضائيا او اتفاقيا او قانونيا فالفكرة المخيمة عليه واحدة، تتمثل في اخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وبالتالي يجوز له اللجوء للقضاء متمسكا بالفسخ القضائي اعمالا لشرط الفسخ الضمني الذي تضمنته العقود الملزمة للجانبين او متمسكا بالشرط الصريح اذا كان العقد قد تضمن هذا الشرط وفقا لما تم بيانه سابقا.

وعلى المحكمة التحقق من حالة الاخلال من خلال التعرف على طبيعة الالتزام وتحديد المدين به ونوع الاخلال، اذ يتخذ الاخلال صورا متعددة كعدم التنفيذ الكلي او التنفيذ الجزئي للعقد او يكون تنفيذا معيبا او تأخرا بالتنفيذ ، وفي ذلك تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية واسعة في تقدير واقعة الفسخ من عدمه فلها ان ترفض الفسخ او تقضي به - حسب التفصيل السابق- فلا صعوبة تثار في حالة اقرار المحكمة لفسخ العقد كله بعد توافر شروطه، الا ان الصعوبة تظهر في الحالة التي لا تصل المحكمة الى قناعة لطلب الفسخ سيما اذا كان الاخلال من قبل المدين قليل الاهمية بالنسبة للالتزم برمته او ان الاخلال لا يشكل درجة من الجسامة التي تستدعي من المحكمة ان تحكم بالفسخ كليا - في الحالات التي نكون فيها بصدد تنفيذ المدين تنفيذا جزئيا للعقد- فهنا السؤال الذي يثار هل للمحكمة وفقا للسلطة التقديرية التي تتمتع بها فسخ العقد فسخا جزئيا قدر تعلق الامر بالجزء غير المنفذ ام لا تملك؟ واذا كان كذلك فما هو الاساس القانوني له؟ والحالات التي تستوجب ذلك؟ وهل يعد خروجنا عن المسلك التشريعي الوارد ذكره في القانون المدني ام لا ؟ وللووقوف على ذلك

وللاحاطة بالموضوع من جوانبه كافة يتطلب الامر بيان مفهوم الفسخ الجزئي ومن ثم بيان موقف المشرع والقضاء العراقي والمقارن من ذلك من خلال المطالبين الاتيين:

المطلب الاول

مفهوم الفسخ الجزئي

يتقرر الفسخ في حالة اخلال احد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته وفقا للتفصيل الذي سبق، فضلا عن بيان تعدد صور الاخلال الصادرة من قبل المتعاقد -المدين- التي تتمثل في عدم تنفيذ كلي للعقد، او تنفيذاً جزئياً له، او تنفيذاً معيباً او تاخراً فيه، الامر الذي يستتبعه عدم مقبولية القول باطلاق الفسخ على هذه الحالات جميعا فليس من العدل التسليم بان كل عدم تنفيذ يصاحبه فسخا للعقد، سيما اذا كان العقد يمثل مجموعة من الاداءات لذلك فإن عدم قيام المدين بتنفيذ بعض الاداءات يترتب عليه فسخاً بالنسبة للاداءات غير المنفذة، وهو ما يعرف بالفسخ الجزئي على اختلاف مقبوليته او عدمها الفقهية او القضائية، فمتى ما توافرت شروط معينة يمكن للقاضي وفقا للسلطة التقديرية ان يحكم بذلك وهذا ما سنسلط الضوء عليه في هذا المطلب من حيث المقصود بالفسخ الجزئي والشروط الواجب توافرها فيه ثم مبررات اللجوء اليه من خلال الفرعين الاتيين :

الفرع الاول

المقصود بالفسخ الجزئي

اذا كانت القاعدة العامة تقرر الفسخ الكلي للعقد متى ما طلبه الدائن بعد تحقق شروطه الا ان هذه القاعدة ليست مطلقة، فعندما يتخلف المدين عن تنفيذ جزء دون اخر من العقد او نفذه تنفيذاً معيباً يمكن القول بفسخ العقد فسخاً جزئياً ينصب على جزءاً من العقد دون

المساس بالجزء المنفذ^(١) فهو الوجه الاخر من الفسخ ويمكننا ان نعبر عنه بانقاص الاداءات^(٢) الا انه لا زال محل تشكيك من قبل الفقه في قانونية اللجوء اليه, فضلا عن عدم استقرار اتجاهات القضاء في الاخذ به من عدمه- وفقا لما سنرى لاحقا.

فالفسخ الجزئي مرتبط بنوع الاخلال فضلا عن طبيعة الالتزامات العقدية ونية المتعاقدين والمحكمة سلطة تقديرية واسعة في استجلاء ذلك , فتتخذ السلطة التقديرية^(٣) مظاهرها عدة فلها رفض طلب الفسخ او منح مهلة للمدين او فسخ العقد فسحا كلياً^(٤) ولها كذلك فسخ العقد فسحا جزئيا ينصب على الجزء غير المنفذ اذا كان العقد قابلاً للتجزئة او

^١ - ينظر بمعنى مقارب :

-Partial Termination Law and Legal Definition, USLEGAL, <https://definition.uslegal.com/p/partial-termination>.

^٢ - ينظر في ذات المعنى :د. عبد الحي الحجازي, مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ , مجلة العلوم القانونية والاقتصادية جامعة عين شمس, العدد الاول, السنة الاولى, ١٩٥٩ص١٨٦ وكذلك د. احمد السعيد الزقرد , مصدر سابق , ص١٤٢ ويراجع ايضا المطلب الثاني من المبحث الثاني/ الموقف التشريعي من الفسخ الجزئي. وكذلك :

-Michael Bennett, Breach & Terminating a contract , Legal wiseeminars, 2012, p19.

بحث منشور على الموقع الالكتروني www.legalwiseseeminars.com.au

^٣ - وتمتد هذه السلطة في اعمال الفسخ حتى اذا كان هنالك شرط صريح فاسخ سيما اذا تبين للمحكمة ان الفسخ يتعارض مع مبدأ وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وعدم جواز التعسف في استعمال الحق وذلك من خلال مراقبته للظروف الخارجية ومدى ما ينطوي عليه التمسك بالفسخ من حسن وسوء نية الطرفين كل ذلك بعد التأكد من انطباق الشرط وشموله لحالات التخلف عن تنفيذ الالتزام ولو كان يسيرا او قليل الاهمية ينظر : د. محمد حسين منصور , الشرط الصريح , ص٨٦.

^٤ - ينظر في تفصيل ذلك : د. حسن علي الذنون , النظرية العامة للالتزامات , مصدر سابق , ص١٨٩.

منطويا على مجموعة من الالتزامات المختلفة والمستقلة عن بعضها الآخر فيكون هنا الفسخ بالنسبة للالتزام غير المنفذ او المعيب , ولا عبرة فيما بعد بنوع هذا الالتزام جوهريا كان ام تبعيا ما دام استقلال كل التزام قائم يحقق المصلحة العقدية مهما بلغ فسخ الجزء المتبقي معيبا كان او غير منفذ^(١).

الا ان ذلك لا يعني دائما -عدم التنفيذ الجزئي او التنفيذ المعيب- ان يتم فسخ العقد فسخا جزئيا للعقد فقد ترى المحكمة ان الجزء المتبقي قد بلغ حدا من الجسامة بحيث لا يمكن الابقاء على العقد او ان المدين قد تعمد ذلك او رأت ان ظروف الاخير ما لا يستوجب بموجبها منحه مهلة للتنفيذ فيتم فسخ العقد فسخا كليا وكل ذلك مناط بتحقيق المصلحة الاقتصادية المبتغاة من العقد^(٢).

و يمثل الفسخ الجزئي حالة انقاذ للعقود التي تتضمن التزامات متتابعة, ومختلفة مستقلة بعضها عن البعض الآخر من الفسخ الكلي, واعدام كامل العقد لمجرد اخلال المدين بالتزام معين, بل يتعدى الامر الى ابعد من ذلك, فيمثل الجزاء المناسب والعادل في تلك العقود سيما التجارية منها كونها تبرم بين طرفين لا ينتميان الى دولة واحدة وتنصب على التزامات ضخمة بأجال طويلة او قصيرة فليس من المناسب تقرير الفسخ بصورته الكلية, لما له من اثر معدم للعقد^(٣).

^١ - ينظر في معنى ذلك : د.عبد الحي حجازي , عقد المدة او العقد المستمر والدوري التنفيذ, مطبعة فؤاد , ١٩٥٠ , ص١٨٧.

^٢ - ينظر د. احمد سعيد الزقرد , ص١٣٨.

^٣ - دون ان يتعارض ذلك لما هو مقرر في القوانين الخاصة للعقود التجارية كما سنرى لاحقا ينظر : د. احمد السعيد الزقرد , ص٤٤ او ١٤٥.

ومتى ما طبق الفسخ الجزئي بعد توافر شروطه فانه يمثل سموً يعلو على دعوى التعويض والتي هي في الواقع دعوى تنفيذ يباشرها الدائن يفضل عليه اصحاب الحقوق العينية ويتزاحم مع دائنين آخرين وعلى العكس من ذلك ففي الحالة مدار البحث يكون للعقد - الدائن - الذي حصل على هذا الفسخ مالكا بالشيء الذي عاد من جديد مملوكا له ويميل الكثير من الفقه الفرنسي الى الاخذ بهذا الفسخ فخلاصة ما ذهبوا اليه انه لا شيء يتعارض وهذا الحكم متى ما كان الالتزام غير المنفذ قابلا للانفصال عن مجموع الالتزامات الاخرى المنفذة وهو ما يعرف بالمحل القابل للانقسام^(١).

ولما تقدم اعلاه فان الفسخ الجزئي حضى بمقبولية -وان كانت غير كافية- كونه يمثل حلا مناسباً اذا ما تهيأت له ظروفه وشروطه الخاصة , ونؤيد اللجوء الى هذا النوع الاخر من الفسخ الا انه لا يمكن عده المبدأ والاساس الذي يرتكز عليه اولاً وللمحكمة وفقاً لسلطتها التقديرية الخيار بينه وبين الفسخ الكلي للعقد واذا ما اقتنعت اليه فهي تأخذ بحلاً

^١ - ينظر :

- Voir scioldo-zurcher ,(jean),La resolution des contrats au cas dinexecution,partielle,th,Lyon,1934,pp,139-140,req,21 dec ,1927,dh.1928,82.
- Voir Ghestin (Jacques) ,Conformite,et garaties dans la vente (produits mobiliers) ,Paris ,L.G.D.J.1983,no,182,pp,156-160.

مشار لهذه المصادر لدى د. عصام انور سليم , عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية والقانون , منشأة المعارف, الاسكندرية ٢٠٠٨ , ص ٣٥٧-٣٦١ اذ يورد تفصيلاً للراء التي قبلت بشأن تطبيق الفسخ الجزئي وكذلك د. محمد حسن قاسم , الفسخ بالارادة المنفردة , مصدر سابق, ص ٢٢٧.

وسطاً بين الابقاء على العقد مع التعويضات عن الجزء الذي لم ينفذ وبين فسخ العقد كلياً وهو الحل الأكثر ملائمة للواقعة^(١).

الفرع الثاني

شروط الفسخ الجزئي ومبررات اللجوء اليه

اولاً : شروط الفسخ الجزئي

للفسخ الجزئي ذات الشروط للفسخ بصورة عامة او ما يطلق عليه الفسخ الكلي بعده القاعدة العامة، فيجب ان يكون العقد ملزماً للجانبين، وان يصدر اخلاً من قبل احد العاقدين، فضلاً عن ذلك امكانية اعادة الحال الى الاصل، الا ان للفسخ الجزئي شروطاً خاصة تضاف الى الشروط العامة - المبينة سابقاً - تتمثل بقابلية محل العقد الى الانقسام فهو الاساس في ذلك، ويكون محل الالتزام قابلاً للانقسام عندما يمكن تجزئته، والاصل في ذلك انه يقبل الانقسام ويكون عندما يحتفظ كل منها بجوهر الشيء وخصائصه ووظيفته ويمكن تنفيذه في اوقات مختلفة^(٢) فمتى ما كان المحل يقبل الانقسام على عدة التزامات ، بحيث لا ترتبط

^١ - ينظر في ذات المضمون ومن الفقهاء المؤيدين للفسخ الجزئي العلامة د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ٤٧١ ، ص ٥٧٥ وكذلك د. عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين الفسخ والتفويض، مصدر سابق ، ص ١٧٥ و ١٨٨ وان كان الاخير عده في مواضع سابقة خروجاً صريحاً على النص التشريعي وهناك من يرى كذلك وانه لا جدوى من اللجوء الى هذا الحكم ينظر في تفصيل ذلك : د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣٦٥ وما بعدها .

^٢ - ينظر د. محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، دون سنة نشر ، ص ٣٩٨ و كذلك د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٤٦ وكذلك :

المصلحة من تنفيذ بعضها بالمصلحة في تنفيذ البقية ارتباطاً عضوياً ، و تتحقق مصلحة المتعاقد (الدائن) عند كل التزام ، كعقد التوريد مثلاً ، فاذا اخل البائع او تأخر بتسلم بعض الدفعات لما كان له اثر على الدفعات السابقة او اللاحقة.

وفي ضوء ذلك، يذهب البعض الى انه يمكن القول بان هنالك متطلبات او شروط لا بد من توافرها حتى يمكن اعمال القابلية للانقسام ، متمثلة بإمكانية الاستغناء عن الجزء غير المنفذ او المنفذ المعيب، بحيث لا يؤثر على بقية الالتزامات الاخرى، اضافة الى ان ما تم تنفيذه يكون صالحاً لحكم العقد، ويحقق الغاية المبتغاة من العلاقة العقدية، فضلاً عن ذلك عدم تغيير الطبيعة القانونية للعقد، والمتمثلة بضمان تحقيق العقد بجزئه المنفذ بالمصلحة للدائن حتى وان كانت في ادنى حدودها- بعد تجزئة الالتزام غير المنفذ او المعيب- وان هذا الاخير يعرف بما تبقى من العقد قابلاً لوجوده، ومادام الجزء المنفذ من العقد ، يبقى باعتباره نفس العقد الاصلي قبل ان يصار الى انفصال جزء منه، فمعنى هذا ، ان قابلية الانقسام اذا تحقق اعمالها في عقد ما، فان الشرط الاساسي لذلك ، هو بقاء ذات النوع للعقد دون ان يجري تغيير في تكييفه القانوني او تحوله الى نوع اخر من العقود^(١).

وهذا ما ارسته محكمة العدل الفيدرالية في المانيا ، في حكم حديث لها في ٢٠ أغسطس ٢٠٠٩ (القرار VII ZR 212/07) ، اذ قدمت المحكمة تعريفاً أكثر تفصيلاً للمتطلبات الخاصة الواجب توافرها لاعمال ما اسمته (بالانهاء الجزئي) من خلال توفير

^١ - ينظر في تفصيل تلك الشروط وبذات المعنى في شروط قابلية العقد للانفصال د.وسن قاسم الخفاجي ، قابلية العقد للانفصال ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الاول ، السنة الرابعة ، ص٢٦٢-٢٦٣-٢٦٤ وكذلك د.باسم علوان العقابي، خيار التأخير ، دراسة قانونية معمقة ، بحث منشور في مجلة الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني ، السنة الخامسة ، ص٣٢٦ و٣٢٧

تفسير لمصطلح "مكتفي ذاتياً" ، اذ جاءت هذه المتطلبات جميعا بمدى امكانية الالتزام للانقسام من عدمه وهكذا ، حددت المحكمة المبدأ الذي ينص على أن الحق في الإنهاء الجزئي لا ينطبق على الأداءات التي تم تنفيذها متى ما توافرت تلك المتطلبات^(١).

¹-Partial termination of contract under Standard Building Contract Terms In a ruling of August 20 2009 (Decision VII ZR 212/07) the Federal Court of Justice gave a more detailed definition of the requirements for such a right of partial termination by providing an interpretation of the term 'self-contained'. Thus, the court established the principle whereby a right of partial termination does not apply to individual parts of a performance which have been undertaken by the same trade. Deciding whether a partial performance is self-contained is often fraught with difficulty. The decisive question is whether the contractor can determine what areas of performance it remains obliged to render following partial termination. Hitherto, the following indicators have been used to determine this (•Can the partial performance be functionally separated? •Can the partial performance be used independently? •Is the performance to be rendered separately without any temporal connection to the rest of the performance?;•Is the performance to be rendered separately without any spatial connection to the rest of the performance?;•Is the performance to be rendered separately without any actual connection to the production process).

لاهمية هذا القرار تم ادراج المتطلبات التي وردت على شكل اسئلة متعلقة جميعا بالقابلية للانقسام راجع :

– www.international-law-office.com.

اما اذا كان الالتزام لا يقبل التجزئة ، بحيث ان الاخلال بجزئه يفوت المصلحة كاملة على المتعاقد (الدائن) ، فهنا لا يمكن اعمال الفسخ الجزئي كالبيع المنصب على مواد اولية تدخل في تركيب محطة كهربائية ، فالاخلال بتسليم بعضها دون الآخر يفوت غرض المتعاقد المقصود من العقد ، لعدم تمكنه من تركيب تلك المحطة الا بتوفر مواده الاولى كاملة^(١).

وعليه ومن كل ما تقدم فان كل عقد قابل للتجزئة يتصور فيه امكانية الفسخ الجزئي ما لم تتجه نية الاطراف او يتبين من الظروف التعاقدية ان الالتزامات مترابطة مع بعضها في

^١ - هنالك حالات لا يمكن ابدا معها اعمال الفسخ الجزئي للعقد، والتي ترجع الى عدم القابلية للانقسام سواء الرجعة الى طبيعة المحل، اذ يمكن ان يكون المحل بطبيعته يستعصي تجزئته ويطلق عليها بعدم الانقسام المطلق، كالالتزام بالامتناع عن عمل، حيث ان اي مخالفة جزئية لهذا الالتزام تعد مخالفة للالتزام بجملته، فلا يتصور انقسام الالتزام بعدم المنافسة للمشتري في حالة تعدد بائعي المحل التجاري، وقد لا يرجع عدم القابلية للانقسام، الى طبيعة المحل، وانما يرجع الى الغرض الذي رعى اليه المتعاقدان، كالتزام المقاول ببناء منزل، فهذا الالتزام من الممكن تجزئته وفقا لمراحله المتعاقبة، ومع ذلك فالالتزام المقاول لا يقبل التجزئة بالنظر الى الغرض الذي رعى اليه المتعاقدان، وهو تسليم المنزل بالكامل، وهنا يطلق عليها بعدم القابلية للانقسام النسبية، وقد تكون عدم القابلية للانقسام مشروطة باتفاق المتعاقدين على عدم التجزئة، سواء كان الاتفاق صريحا، او ضمنا، ينظر في تفصيل ذلك د.نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق ، ٢٤٦ و٢٤٧ وكذلك د. محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، مصدر سابق ص٢١٩ وهو ما عبرت عنه المادة (٣٣٦) من القانون المدني العراقي بفقرتيها يقابلها المادة (٣٠٠) من القانون المدني المصري ذي العدد ١٣١ لسنة ١٩٨٤.

نظر المتعاقد (الدائن)^(١) فعندئذ لا يمكن الركون للفسخ الجزئي، فجوهر البحث هي القابلية للانقسام من عدمها، وبالتالي لا اهمية فيما بعد اذا كانت العقود فورية ذات التنفيذ المؤجل، او عقود مستمرة^(٢) فالفسخ الجزئي يتمتع بمرونة تتقاضى المساوى العملية للقضاء بالفسخ الكلي

^١ - الفقرة (٢) من المادة (٣٣٦) من القانون المدني العراقي والتي عبرت بانه يكون الالتزام غير قابل للانقسام اذا تبين من الغرض الذي رعى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك .

^٢ - وان كان يرى احد الفقهاء ان العقد الفوري مؤجل التنفيذ يفترض فيه وحدة الاداء الا انه يمكن للمتعاقدان ان يتفقا على ان يتم تسليم البضاعة محل عقد البيع مثلا في اوقات متعاقبة بقدر عددها على اساس كمية هذه البضاعة وفي هذه الفرضية يعد الاداء وحيدا الا انه جزئي التنفيذ وبالتالي ان كل جزء من الاجزاء المقسمة لا يمكن عدها مستقلة عن بعض فهي تعد كل منها جزءا من كل وبالتالي فان هذه الفرضية تعد استثناء من القاعدة العامة التي لا يمكن للمدين فيها من ان يجزئ التنفيذ ولو كان الاداء بطبيعته قابلا للقسمة ما لم يتفق على عكس ذلك وهذا ما اشارت اليه المادة (٣٩٢) من القانون المدني العراقي يقابلها المادة (٣٤٢) من القانون المدني المصري .وعليه فان المدين لا يستطيع ان يجبر دائنه على قبول الوفاء الجزئي حتى لو كان حقه قابل للقسمة ومن ثم يجوز للدائن ان يرفض أي تنفيذ جزئي وان يطالب بالتعويض عن الضرر الذي اصابه جراء عدم تنفيذ كل الالتزام مقترنا بالتزامه برد الاجزاء التي كان قد تسلمها، الا ان ذلك لا يمكننا قبوله كمبدأ عام وبالتالي في نظرنا وطبقا لما تم عرضه من معنى للفسخ والجزئي والاساس الذي يقوم عليه امكانية ان يحصل حتى في العقد الفوري اذ العبرة بالبحث عن القابلية للانقسام ومدى تحقق الشق المنقسم لمصلحة المتعاقد من عدمه راجع في ذلك الرأي د. عبد الحي حجازي ، عقد المدة ، مصدر سابق ، ص ١٢٥ وما بعدها.

وفي ذات السياق :

- Gerardo Fernandez, Geoffrey Master and Lynn McNeal, Partial IT Contract Termination to Realign the Services Platform, integris APPLIED,P3.

في جميع الاحوال, وان تطبيقه على العقود التي يكون محلها قابل للتجزئة يتلائم مع الظروف^(١).

ثانيا: مبررات اللجوء للفسخ الجزئي

متى ما توافرت شروط الفسخ التي تقضي بها القواعد العامة يتقرر الفسخ, والاصل ان الفسخ لا يقع الا بقرار من المحكمة سواء كان منشأً او كاشفاً له, ففي الاول للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في اجابة طلب الفسخ او رفضه^(٢) وفي الثاني تقل تلك السلطة, الا انه يكون لها الدور الامثل في التحقق من وجود الاتفاق على الفسخ وشروط تطبيقه , والتعرف على مضمونه وطبيعته, فضلا عن مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون تطبيقه^(٣) ويضاف الى ذلك وفي كل الاحوال- التحقق من حالة الاخلال بالالتزامات المقررة في العقد عن طريق معرفة طبيعة الالتزام وتحديد المدين به ونوع عدم تنفيذه سواء كان كميّاً (عدم تنفيذ كلي او جزئي او تاخر بالتنفيذ) او كان كميّاً (التنفيذ المعيب) لتقرر المحكمة اعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً سواء كان فسخاً كلياً للعقد او فسخاً جزئياً له^(٤).

ان الصعوبة لا تنور في حالة الحكم بالفسخ الكلي للعقد متى ما وصل لقناعة المحكمة -بعد توافر الشروط - ذلك, الا ان المشكلة تثار في حالة الفسخ الجزئي لانه وكما

^١ - ينظر :د. عصام انور سليم , مصدر سابق, ص ٣٦٤ وكذلك ينظر في ذات المعنى د.باسم علوان العقابي, مصدر سابق , ص ٣٢٦ و ٣٢٧ وكذلك :

^٢ - لمراجعة القرارات والتعليقات عليها بخصوص السلطة التقديرية للمحكمة في الفسخ راجع المستشار انور طلبة , مصدر سابق , ص ١٤ وما بعدها .

^٣ - ينظر : د. محمد حسين منصور , الشرط الصريح الفاسخ , ص ٨.

^٤ - راجع في ذلك المطلب الثاني من هذا المبحث , موقف القضاء بالنسبة للفسخ الجزئي.

لاحظنا ان الاخير مرتبط بشروط خاصة تضاف الى شروط الفسخ بصفة عامة ففي الوقت الذي لا يشكل المبدأ العام المقرر في الفسخ^(١) الا انه الحل الاوسط لتوفيق المصالح المتعارضة بين المتعاقدين وعليه فان المحكمة عندما تقرر الحكم به فهي تستند الى مجموعة من المبررات لكي تحقق الغاية المنشودة منه لكي لا يكون موطناً للانتقاد فما هي المبررات التي يركن اليها للحكم بذلك؟ اذ يمكننا ارجاع هذه المبررات الى القواعد الاخلاقية وموجبات حسن النية في التعامل^(٢).

فضلا عن ذلك قاعدة الاثر الرجعي وعدم امكانية الدائن الى ارجاع الحال للاصل وجسامة الضرر الذي اصاب الدائن او نسبة الاداء المنفذ من قبل من المدين:

^١ - ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق ، ص ٥٧٥.

^٢ - تمثل القواعد الاخلاقية ركيزة هامة في اي التزام من الالتزامات وسبب اساسي في وجوده ونشاته على اساس ان الحياة القانونية بين الافراد يصعب سيرها سيرا عادلا ومنظما دون ان تكون الاخلاق نواة في بناء نظامها فضلا عن ذلك فأن فكرة القواعد الاخلاقية التي يكون مبناها مقتضيات حسن النية في التعامل تأتي في سياق العلاقة بين القانون والأخلاق فهي تشكل نقطة اتصال وأمتزاج بينهما ، والأعداد بها يكفل موافقة القانون لقواعد الأخلاق على نحو أفضل كما أنها تعد وسيلة لتفريد تطبيق القاعدة القانونية ولهذا يحرص كل مشرع على تقنين هذه الفكرة وتجسيدها في أطار تطبيقات عديدة ومتنوعة لها ، ومع ذلك يتعذر إيجاد تعريف عام وموحد لفكرة حسن النية راجع في تفصيل ذلك د.خالد جمال احمد، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٣، ص ١٥٤ وكذلك د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١٢١ وكذلك علاء حسين الجوعاني ، مبدأ حسن النية في تكوين العقود ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهريين ، ٢٠٠٢، ص ٤٣.

تدخل الدائن في تخفيف ضرر المدين:

لا تتكون الرابطة العقدية عبثاً , وإنما لا بد من غرض منشود ومقصود يسعى اطرافها الى تحقيقه, وبلوغ اهدافه, بالحصول على اعلى معدلاته الايجابية بادنى درجات التكلفة , مما يؤدي الى دفع كل طرف في سبيل الوصول لهذه الغاية من التضحية بمصالح الطرف الاخر حتى لو ترتب اضرار به, لذا تعتمد التشريعات الى اقرار عدد من القواعد الاخلاقية في مجال التعامل للتهذيب من روح المتعاقد, والتخفيف من الانانية, لكي لا تشيع بواعث الايذاء والنوايا السيئة في التعامل, ولعل عدم الاضرار وايذاء الغير انعكاس لتلك القواعد فلا يمكن للمرء ان يسمح لنفسه الاضرار بالآخرين بحجة حماية مصالحه وتحقيق اهدافه^(١).

وبذلك يستطيع الدائن التسامح مع مدينه وتخفيف الضرر بالقدر اليسير من عدم التنفيذ لان من واجبه عدم تعريض وضع المدين في حالة الازمة او الضائقة في العلاقة التعاقدية الى المخاطر, حتى وان كان هو ضحية عدم تنفيذ الالتزام, وان لا يطالب بالفسخ الكلي للعقد وان يقتصر طلبه على الجزء غير المنفذ سيما ان كان لا يسبب ضرراً له^(٢) فضلاً عن ذلك فان الامانة العقدية لا تسمح لاحد الاطراف بالتضحية بمصالح الطرف الاخر بل عليهم ان يظهروا قدراً كبيراً من التسامح, فموجبات حسن النية تكبل الدائن وتمنعه من

^١ - ينظر في تفصيل ذلك وعرض لآراء الفقه الفرنسي الذي يذهب الى ان القواعد الاخلاقية معترف بوجودها قانوناً - وفقاً لمبرراتهم- من التزامات يتحملها اطراف التعاقد كالأمانة والشرف . دخالد جمال احمد , مصدر سابق, ص ١٦٢.

^٢ - ينظر د. رعد عداي حسين , دور الدائن في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية , دراسة مقارنة , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , ٢٠١٧, ص ٢١١.

طلب الفسخ الكلي للعقد اذا كان عدم تنفيذ العقد بكامله يعطيه قناعة ويلبي رغباته كما هو الحال في الوقائع التي يكون فيها طلب الفسخ الكلي ضارا بالمدين^(١).

١ - التعاون الايجابي لاطراف العلاقة التعاقدية وفقا لمقتضيات العدالة:

تتبع هذه الفكرة من احد مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، والتي تعني بقيام كل متعاقد ببذل العناية اللازمة للوصول بالعقد الى التنفيذ الامثل ، فيملي على اطراف العلاقة العقدية أن يسعوا لمساعدة الطرف الاخر والقيام بما يسهل عليه تنفيذ التزامه، حتى تتحقق الغاية المنشودة من العقد ، وليصلا الى أقصى المنافع المتوخاة من ابرامه كونها تمثل الهدف الاساس اذ يحرص القانون على ان تكون تلك العلاقات قائمة على اسس من التعاون والتفاهم المتبادل^(٢).

فالتعاون، امر تقتضيه العدالة لان استئثار أحد طرفي العقد بفائدته وإلقاء اعبائه بكاملها على المتعاقد الاخر، على الرغم انه في وسعه ان يقوم من جانبه بما يسهل على المتعاقد الاخر اداءه لالتزامه يعد استغلالاً لا ينسجم ومقتضيات العدالة^(٣).

^١ - ينظر :د.احمد محمد الرفاعي ,الالتزام بالتسامح,دار النهضة العربية , القاهرة,دون سنة طبع,ص٢١ وكذلك في ذات المعنى يقول الفقه في بيان السلطة التقديرية للقاضي لمشروعية موقف المدين حسن النية وسيئها ومدى اعمالها في استجابة الفسخ من عدمه ويستتاف قائلاً ان للقاضي النزول و تعطيل الشرط الصريح الفاسخ نزولا على مقتضى حسن النية وتطبيقاً لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق د. محمد حسين منصور , الشرط الصريح الفاسخ, مصدر سابق , ص١٢٥ وما بعدها.

^٢ - ينظر د.عبد الجبار ناجي الملا صالح , مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود , دار الرسالة للطباعة , الطبعة الاولى , بغداد, ١٩٧٥, ص١.

^٣ - ينظر: د.حسام الدين كامل الاهواني، مصادر الالتزام - المصادر الارادية -، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٢، ص٢١١.

فيشكل هذا التعاون عملاً مشتركاً بين أطراف العقد سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه فيخلق حالة ايجابية من شأنها توقي العقوبات التي من شأنها تعرقل العملية التعاقدية أو تتهيأ ان تطلب الامر فضلاً عن ذلك له دور تهييبي في اتخاذ كافة السلوكيات والتصرفات لخدمة المصلحة التعاقدية المشتركة^(١).

وعلى ذلك فعلى المتعاقد (الدائن) ابداء التعاون اللازم سيما وان المدين قد ابدى ذلك التعاون الا ان امورا قد حصلت قطعت بينه وبين اتمام تنفيذ التزاماته وان لا يشكل عبئاً على عاتق المدين فلا يطالب بالفسخ الكلي للعقد وانما يطالب بالفسخ الجزئي الذي يقتصر فقط على الجزء غير المنفذ خاصة اذا كان ذلك يشكل مصلحة للطرفين وتحقق المصلحة الاقتصادية لكل طرف في الجزء المنفذ.

٢- قاعدة الاثر الرجعي للفسخ وعدم امكانية اعادة الحال الى الاصل.

قد سبق وان بينا ماهية الفسخ واتضح بانه زوال للرابطة العقدية وان في حقيقته ارجاع العاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد , تلك الحالة التي كان كل واحد من المتعاقدين غريب وفي حل من التزامات هذا العقد وهي الحالة التي تعدم وجود عقد من اصله ولا يمكن ان يتصور ذلك ما لم يكن للفسخ اثرا رجعياً ففي عقد البيع مثلاً اذا تم تسليم المبيع والتمن ثم فسخ العقد لسبب ما فانه يلزم كل متعاقد من ارجاع ما استلمه أي رد المبيع من قبل المشتري ورد الثمن من قبل البائع^(٢).

^١ - ينظر د. خالد جمال احمد, مصدر سابق, ص ١٦٩.

^٢ - ينظر : د. عبد الحافظ يوسف عليان ابو حميدة , الاثر الرجعي وتطبيقاته في الاحكام الشرعية , دراسة مقارنة بين الفقه والقانون , دار النفائس للنشر والتوزيع , الاردن , الطبعة الاولى , ٢٠٠٩, ص ١٥٨.

واذا كانت القاعدة العامة , ان عدم سريان الاثر الرجعي يجد اساسه في العقود المستمرة, او الزمنية, بحيث يقتصر الفسخ على المستقبل دون ان يكون له اثر الرجوع على الماضي كحالة عقد الايجار مثلاً^(١) فان هذه القاعدة ليست مطلقة, فللعقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل, والتي تضم مجموعة من الاداءات المختلفة والمستقلة, قد لا يصاحبها اثر رجعي سيما وان طالب الفسخ المتمثل بالمتعاقد الدائن, لا يستطيع اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد, ولنفترض هنا وجود عقد بين شركة لتجارة الالكترونيات, واحد الاشخاص على تجهيز عدد من الطابعات والحاسبات دون ان تتجه ارادة الطرفين الى جعل التجهيز صفقة واحدة, فاخل المدين بتنفيذ التزامه دون اكمال التجهيز ,وقام الدائن باستخدام الجزء المنفذ, ففي هذا الفرض لا يمكن مطلقاً اعمال الفسخ بصورته الكلية لانقضاء شروط الفسخ, الا ان اعمال الفسخ الجزئي يكون حلاً اكثر عدالة وملائمة للواقعة محل الافتراض, وفي ذلك لا يمكن ان يكون للفسخ اثر رجعي وسيقتصر على المستقبل وانقاص الاداءات بالجزء غير المنفذ.

٣- جساماة الضرر (نسبة الاداء المنفذ لكامل الاداءات)

اذا كان الاصل, انه للمحكمة الاستجابة للفسخ متى ما توافرت شروطه, او رفضه, متى ما كان الاداء المنفذ قليل بالنسبة للاداء بجملته , متى ما اتضح لها ان تقصير المدين ليس على درجة من الجساماة والاهمية^(٢) مع امكانية منح تعويض للدائن عن الضرر الذي

^١ - يكاد يجمع الفقه على هذه المسألة على وجوب التفرقة بين العقود المستمرة والعقود الفورية لما للزمن من دور مهم في الاثر الرجعي للعقود ينظر في تفصيل ذلك د.عبد الحي حجازي عقد المدة , مصدر سابق , ص ١٢٦ و ١٩٤ وما بعدها وكذلك د.عبد الحميد الشواربي , مصدر سابق , ص ٢٦.

^٢ - الشطر الاخيرة من الفقرة (١) من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي .

اصابه جراء التنفيذ الجزئي، او المعيب، او التأخر في التنفيذ ، اذ كان له مقتضى^(١) ، الا ان ذلك لا يستجيب ومبادئ حسن النية اذ انه مما يخالف ذلك المقتضى: هو التقيد الحرفي من قبل القضاء بالنصوص القانونية ، باستجابة الفسخ (كلياً) او رفضه متى ما توافرت شروطهما ، دون البحث عن معالجة وحل يكون اكثر ملائمة، وعدالة ، وانسجاماً مع مقتضيات شرف التعامل ، والثقة المتبادلة ، وعدم الاضرار بالغير ، فيمكن واستثناء من ذلك الحكم بالفسخ الجزئي -اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام كله- في محاولة من القضاء واعمالاً لسلطته التقديرية في التدخل وتعطيل الحكم بالفسخ كلياً للعقد ، نزولاً على مقتضى حسن النية وتطبيقاً لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق^(٢) .

ولكل ما تقدم وعلى الرغم من المبررات المذكورة التي تمثل النقطة الاقرب للميل باللجوء الى الفسخ الجزئي الا انه يبقى محط انظار السلطة التقديرية للقاضي فقد تصل الى قناعته مبررات تحتم الاخذ بالفسخ الجزئي وقد لا يصاحب تلك القناعة هذا الحكم، فلم تعد سلطة القاضي محكمة باستجابة الفسخ او رفضه و انما بكيفية تطبيقه^(٣).

^١ - ينظر د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة ، مصدر سابق، ص١٩٠، وكذلك د. عبد الحميد الشواربي ،

مصدر سابق، ص٢٥، وكذلك د. احمد سلمان شهيب و د.جواد كاظم ، مصدر سابق ، ص٢٢٨.

^٢ - قد يقال ان كل عدم تنفيذ سواء كان جزئياً او معيباً يرافقه استجابة من قبل المحكمة بفسخ العقد كلياً الا ان ذلك الكلام مردود فليس من العدل لمجرد عدم تنفيذ المدين للالتزامه القابل للانقسام ذو الاداءات المتتالية المستقلة لمانع مؤقت مثلاً يتوجب على القضاء الحكم بالفسخ وعليه يتم اللجوء للفسخ الجزئي في معالجة ذلك ينظر في ذات السياق :د.عبد الحي حجازي ، عقد المدة ، مصدر سابق ص١٨٧

^٣ - ينظر :د.احمد السعيد الزقرد، مصدر سابق، ص١٤٧.

المطلب الثاني

الموقف التشريعي والقضائي من الفسخ الجزئي

تقرر التشريعات المدنية كافة وبنصوص صريحة وواضحة الحق بالفسخ كجزاء لاخلال احد العاقدين في تنفيذ التزاماته في العقود الملزمة للجانبين, والذي يمثل في وجهه الاخر ضماناً للمتعاقد المُخل بتنفيذ التزامه, الا ان الفسخ الجزئي فقد تفاوتت الاشارة اليه فمنها من اشار اليه بنصوص قريبة يمكن الركون اليها في تقرير الفسخ و على اختلاف المسميات فهي في ذات الوقت لم تمنع ايقاع هذا النوع من الفسخ لاطلاق لفظ (الفسخ) في النصوص الخاصة به , ومنها من اشارت الى الفسخ الجزئي بصورة صريحة, الامر الذي استتبعه تباين القضاء في الركون اليه من عدمه, وهذا ما سنحاول بيانه في هذا المطلب من خلال الفرعين الاتيين :

الفرع الاول

الموقف التشريعي من الفسخ الجزئي

بيننا سابقاً ان الاصل في اخلال المدين في تنفيذ التزامه , يعطي حقاً للدائن في الفسخ عند توفر سائر الشروط , استنادا لاحكام المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي - و ما يقابلها من المواد في القوانين المقارنة- فما هو الاساس لو كان الاخلال -سواء كان تنفيذا جزئيا للعقد او تنفيذا معيبا له- منصّباً على جزء من الالتزام ؟ وفي مورد الجواب نقول اننا وامام اطلاق حكم المادة انفة الذكر , فانه يمكن ثبوت الحق بالفسخ الجزئي وعدها الاساس

في ذلك^(١) كون ان اللفظ الذي اوردته المادة لم يشير الى نوع الفسخ فضلا عن ايراده لفظا مطلقا لم يرق دليل على التقيد به^(٢) كما انه من يملك الحكم بفسخ العقد كليا وفقا لاطلاقه, فله ان يفسخ العقد جزئيا بعد توافر شروطه طبقا لقاعدة من ملك الكل ملك الجزء وفي لفظ اخر من ملك شيئا ملك كل جزء من اجزائه^(٣).

في حين يرى اخرون^(٤) ان الاساس القانوني للفسخ الجزئي ليس فقط المادة (١٧٧) او المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري المقابلة لها, بل يمكن الركون الى نص المادة (٥٤٧/ ١) من القانون المدني العراقي و المادة (٤٣٨) من القانون المدني المصري المقابلة لها, اذ يجيز القانون بموجبها وفي بعض الاحيان الفسخ الجزئي للعقد , كما لو تلف المبيع قبل التسليم بصورة جزئية مما ادى الى نقصان قيمته , فالمشتري يكون مخيراً بين فسخ البيع

^١ - ينظر في ذلك ومن القائلين بإمكانية إيقاع الفسخ الجزئي طبقاً للمادة المذكورة د.رعد عداي حسين , مصدر سابق, ص ٢١٧ وكذلك د.باسم علوان العقابي , خيار التأخير , دراسة قانونية معمقة , بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية, العدد الثاني , السنة الخامسة , ص ٣٢٦.

^٢ - المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرق دليل التقيد نصاً أي لفظاً يقيد بنص إذ وردت الكثير من التعريفات عن المطلق (ما دل على شائع في جنسه) راجع في تفصيل ذلك الشيخ احمد محمد الزرقا, شرح القواعد الفقهية , دار القلم للنشر والتوزيع , الطبعة الثانية المنقحة بقلم مصطفى احمد الزرقا ابن المؤلف , دمشق, ١٩٨٩, ص ٣٢٤ وهذا ما تم الإشارة إليه في المادة ١٦٠ من القانون المدني.

^٣ - ينظر في شرح القاعدة المذكورة د.محمد صدقي احمد البورنو, موسوعة القواعد الفقهية , القسم التاسع , الجزء الحادي عشر , مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع , بيروت , لبنان , الطبعة الاولى, ٢٠٠٣, ص ١٠٩٧.

^٤ - ينظر في هذا الرأي د.احمد السعيد الزقرد, مصدر سابق, ص ١٤٤ وكذلك د.باسم علوان العقابي, مصدر سابق, ص ٣٢٦ وكذلك في رأي مشابه د.عبد الحي حجازي, عقد المدة , ص ١٨٦ وكذلك د.عصام انور سليم , مصدر سابق , ص ٣٦٣.

وبين ابقائه مع انقاص الثمن ، والانقاص هنا عبارة عن فسخ للعقد بمقدار القيمة الناقصة، ومثل هذا النص نص المادة (٧٤٤) من القانون المدني ايضاً ففي عقد الايجار اذا سلم المؤجر الدار ولم يسلم حجرة منها ، كان المستأجر مخيراً بين الفسخ والتتفيذ العيني ، وله ايضاً قبول العقد بحالته على ان تسقط من الاجرة بمقدار حصة الحجرة التي لم تسلم.

وفي ذات السياق نجد ان قانون بيع البضائع الانكليزي لسنة ١٩٧٩ يشير الى مسالة انقاص الاداءات او ما يعرف عنها بالفسخ الجزئي للعقد حسب ما عبر عنه احد الفقهاء^(١) اذ اشارت المادة(٣٠) في الفقرة الاولى منها على مسالة انقاص الثمن في حالة اخلال البائع بالتسليم أي اذا سلم كمية من البضائع الى المشتري اقل من الكمية المنصوص عليها في العقد^(٢)

ويتضح مما تقدم انه لم يكن هنالك اشارة صريحة في النصوص المتقدمة سواء القانون العراقي او القوانين المقارنة تتضمن الفسخ الجزئي ,وانما يرد ضمن مجموعة من النصوص يمكن ان يتحقق بموجبها ذلك الفسخ الجزئي الا انها في الوقت ذاته لم تشر ايضاً صراحة على المنع من ايقاع ذلك النوع من الفسخ.

ومن النصوص الصريحة التي اشارت الى الفسخ الجزئي المادة (٧٣) من اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع والتي نصت على:

^١ - ينظر د.احمد السعيد الزقرد , مصدر سابق ,ص١٤٦.

^٢ - Sale of Goods Act 1979 (30 /1) (Where the seller delivers to the buyer a quantity of goods less than he contracted to sell, the buyer may reject them, but if the buyer accepts the goods so delivered he must pay for them at the contract rate).

١- في العقود التي نقضى بتسليم البضائع على دفعات، إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين للالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات يُشكّل مخالفةً جوهرية للعقد بشأن تلك الدفعة جاز للطرف الآخر فسخ العقد بالنسبة لتلك الدفعة.

٢- إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين للالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات يُعطى الطرف الآخر أسباباً جديّة للاعتقاد بأنه ستكون هناك مخالفةً جوهرية للعقد بشأن الالتزامات المقبلة جاز له أن يفسخ العقد مستقبلاً على أن يتم ذلك خلال مدة معقولة.

٣- للمشتري الذي يفسخ العقد بالنسبة لإحدى الدفعات أن يُعلن في نفس الوقت فسخ العقد بالنسبة للدفعات التي تم استلامها أو بالنسبة للدفعات المقبلة إذا كان لا يمكن استعمال هذه البضائع للأغراض التي أرادها الطرفان وقت انعقاد العقد بسبب عدم قابليتها للتبويض).

فالمادة اعلاه اشارت وبصورة صريحة الى الفسخ الجزئي، مع تحديد الشروط الواجب توافرها فيه، والتي مر بيانها سابقا سيما القابلية للتجزئة، فضلا عن ذلك ان الاتفاقية اعلاه لم تقتصر الفسخ الجزئي على هذا النص فقط وانما اوردت نصوصا اخرى بهذا الشأن، او ما يعرف بانقاص الاداءات، فالفسخ الجزئي في هذه الاتفاقية ليس فقط وسيلة لانقاذ العقد من الفسخ الكلي، وانما يمثل جزاء عادل وملائم كجزاء للاخلال، فالعقود الدولية تبرم بين اطراف لا ينتمون الى دولة واحدة، وتتصب على صفقات كبيرة وقد تكون ذات اجال طويلة، فضلا عن الوقت الذي يستغرقه ابرام تلك العقود، وبالتالي لا يكون من العدالة والملائمة لمقتضيات التجارة الدولية تقرير فسخ العقد برمته، لمجرد تخلف احد المتعاقدين عن تنفيذ التزام من الالتزامات المتتالية، والمستقلة، التي شملها العقد، فيتم اللجوء الى الفسخ الجزئي -متى ما

توافرت شروطه المنصوص عليها في الاتفاقية -^(١) فمثلا اشارت المادة (٥١) من الاتفاقية الى (إذا لم يسلم البائع غير جزء من البضائع أو إذا كان جزء فقط من البضائع المسلمة مطابقا للعقد، تطبق أحكام المواد من ٤٦ إلى ٥٠ بشأن الجزء الناقص أو الجزء غير المطابق ٢- لا يجوز للمشتري أن يفسخ العقد برمته إلا إذا كان عدم التنفيذ الجزئي أو العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد).

وبالرجوع الى النصوص من (٤٦ الى ٥٠) تحت عنوان الجزاءات التي تترتب على مخالفة البائع للعقد والاجراءات واجبة الاتباع بشأن ذلك وفي ذلك اشارة صريحة على مسالة الحق في الفسخ الجزئي للعقود وبذلك يكون الفسخ الجزئي هو احدى الخيارات لانهاء العقد^(٢).

الفرع الثاني

الموقف القضائي من الفسخ الجزئي

بتفاوت الاشارة الصريحة للفسخ الجزئي، مع عدم وجود نص يمنع من تطبيقه في التشريعات ذات الصلة، جعلت القضاء يتردد في الحكم بتبويض الفسخ، وبالرجوع الى القضاء العراقي نرى انه تارة يجعل من الفسخ الجزئي محطة امان، والحل الاكثر عدالة للطرفين المتعاقدين ، اذ ان الحكم بهذا الفسخ اسعاف للمدين المتعثر في تنفيذ التزامه سيما عند عدم تمكنه من الايفاء بالمتبقي على الرغم من استنفاد كافة ضماناته^(٣).

^١ - ينظر د.احمد السعيد الزقرد ، مصدر سابق ، ص١٤٤و١٤٥.

^٢ - Michael Bennett, op, cit, p9.

^٣ - في قرار قديم لمحكمة التمييز والذي جاء فيه بانه ((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز موافق للقانون فالمحكمة قضت بفسخ العقد في الجزء الذي لم ينفذ منه كما أن ما أثاره وكيل من المميز من اعتراضات من أن المحكمة فسخت العقد جزئياً دون أن تلاحظ حجم العمل وما انجزه موكله منه فهذه

وتارة اخرى يجعل من المطالبة بهذا النوع من الفسخ غير جائز قانونا ويستند بذلك الى حرفية نص المادة (١٧٧) من القانون المدني فالمدعي وفقا للحالة المذكورة له اما

الاعتراضات أيضا غير واردة لان رفض طلب الفسخ منوط بتقدير محكمة الموضوع وقد قضت بفسخ مالم ينجز من العمل بعد أن تبين ما يدعوا إلى الفسخ)) قرار محكمة التمييز رقم ١٣٤، مدنية ثالثة، ١٩٧٦ في ٢٠/٣/١٩٧٣، منشور في مجموعة الاحكام العدلية، ١٤، س ١٩٧٦، وفي قرار اخر حديث لمحكمة استئناف الكرخ الاتحادية (قرار غير منشور) لها بتاريخ ٢٢/٣/٢٠١٠ حيث ادعى وكيل المدعي ان دائرة موكله تعاقدت مع المدعي عليه على قيامه بتجهيز دائرة موكله بمعامل صيانة متنقلة عدد ١٢ نوع سكانية سويدي المنشأ مع ١٠% من مواد احتياطية وبمبلغ كلي قدره (مليون وخمسمائة وستون الف ومائتا دولار) بمبلغ (مائة وأربع سبعون وستمائة دولار) للمعمل الواحد خلال خمسة أشهر من تاريخ فتح الاعتماد والذي تم بتاريخ ٧/٤/٢٠٠٥ الا أن الشركة المجهزة لم تفي بالتزاماتها التعاقدية اذ قامت بتجهيز دائرة موكله بثمانية معامل من اصل اثني عشر تجهيزاً معيباً ((اضرار ونواقص)) ومخالفتها للمواصفات المتفق عليها فضلاً عن عدم اكمالها لباقي السيارات المتفق عليها والبالغة اربع سيارات وعدم تجهيز المواد الاحتياطية المتفق عليها رغم الانذارات الموجهة اليها امتنعت الشركة المنفذة من الايفاء بكامل التزاماتها لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحق بفسخ العقد المرقم ٧٥/١٠٠٥ وتحميل مبلغ الغرامات التأخيرية البالغة ١٠% من قيمة العقد الكلية والتعويض عن التجهيز المخالف للمواصفات الفنية وبمبلغ عشرين الف دولار عن كل سيارة تم تجهيزها بشكل مخالف بناء على تقرير لجنة شكلت في شركة موكله وحسم قيمة السيارات الاربع غير المجهزة من مستحقات الشركة واحتساب الفرق بين التجهيز المتفق عليه في العقد والتجهيز الذي تم وكذلك التعويض عن لتجهيز المعيب الذي تم للسيارات الثماني والبالغة اثنتين وثلاثين مليون وستمائة وثلاثة الف دينار والتعويض عن المواد الاحتياطية غير المجهزة للسيارات والبالغة ١,٣٩٦٨ الف دولار والتعويض عن الاضرار الناجمة اخلال المدعى عليه بالتزامات والتي تقدر ٥% من قيمة العقد الكلية. علماً ان الشركة المجهزة قد تعهدت خطياً بتجهيز الوجبة الثالثة والاخيرة خلال فترة (٤٠) يوماً من تاريخ التعهد وقد اصدرت المحكمة قرارها المتضمن بالزام المدعى عليه بتأدية مبلغ ٣٢,٦٠٣ مليون دينار عراقي الى المدعي فضلاً عن تادية ٩٦٠,٦١٣ الف دولار امريكي.

المطالبة بفسخ العقد كلياً مع التعويض ان كان له مقتضى او المطالبة بقيمة محل العقد المتفق عليه^(١).

١ - قرار الهيئة الاستئنافية / منقول في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٢٣/١٢/٢٠٠٨ ((بأنه تعاقّد المدعي عليه لتجهيزه بمقاومات تأريض ومحولتين كهربائيتين على دفعتين وانه قام بتجهيز الدفعة الاولى واستلم ثمنها وقام بتجهيز الدفعة الثانية وهي المحولتين الكهربائيتين مع موادهما الاحتياطية واستلمها المدعي عليه في ٢٥/٦/٢٠٠٧ وأدخلت مخازنه دون تسديد الثمن رغم المطالبة لذا طلب دعوته لحضور المرافعة والحكم بفسخ العقد وإعادة الحالة الى ماكانت قبل العقد وإعادة المحولتين موضوع الدفعة الثانية أصدرت محكمة الموضوع بالعدد ٣٩٣/ب/٢٠٠٨ وبتاريخ ١٤/٨/٢٠٠٨ حكماً حضورياً **قضى بفسخ العقد جزئياً** والزام المدعي عليه بتسليمه المحولتين وملحقاتها بالحالة التي كانت عليها ورد الدعوى بالزيادة وتحمله الرسوم والمصاريف . ولعدم قناعة المدعي عليه بالحكم فقد طعن به استئنافاً بلائحته المؤرخة ٢٧/٨/٢٠٠٨ . أصدرت محكمه استئناف الرصافة بالعدد ٤٥٥ / س ١ / ٢٠٠٨ وبتاريخ ٢١/١٠/٢٠٠٨ حكماً حضورياً **قضى بفسخ الحكم البدائي والحكم برد دعوى المدعي / اضافة الى وظيفته وتحمله الرسوم والمصاريف وأتاعاب محاماة وكيل المستأنف ولعدم قناعة المستأنف عليه بالحكم المذكور فقد طعن به تمييزاً بلائحته المؤرخة ١٢/١١/٢٠٠٨.**

القرار - لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي قدم ضمن المدة القانونية فتقرر قبوله شكلاً ولدى النظر في الحكم المميز وجد ان صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة ذلك لان المدعي يطلب في دعواه اصدار الحكم بفسخ العقد موضوع الدعوى جزئياً فيما يتعلق بالشحنة الثانية المتعلقة بالمحولتين الكهربائيتين فقط والمطالبة باعادتهما وتجد هذه المحكمة ان **طلب الفسخ الجزئي للعقد** غير جائز قانوناً وفق مقتضى احكام المادة ١٧٧ من القانون المدني وان المدعي له في مثل هذه الحالة المطروحة اما طلب فسخ العقد كلياً مع المطالبة بالتعويض ان كان لذلك مقتضى أو المطالبة بقيمة المحولتين المشار اليهما وحيث ان المدعي لم يسلك الطريق القانوني المتقدم فأن دعواه تكون واجبة الرد وحيث ان محكمة الاستئناف قضت في حكمها المميز بفسخ العقد البدائي المستأنف ورد الدعوى فأن حكمها المميز يكون صحيحاً من حيث النتيجة . عليه قرر تصديق الحكم المميز من حيث النتيجة ورد لائحة الطعن التمييزي وتحمل المميز رسم التمييز وصدر

اما القضاء المصري, فلا يختلف كثيراً عن القضاء العراقي, من حيث الحكم بالفسخ الجزئي, اذ انه ومن حيث الاصل يتقيد بما ورد في المادة (١٥٧) من القانون المدني, اذ بالرجوع الى القرارات الصادرة من القضاء المصري بمناسبة الفسخ^(١) نرى ان السلطة التقديرية اكثر اعمالاً منها في القضاء العراقي ومع ذلك وقد تعلق الامر بالموضوع مدار البحث فان الحكم به لا يمثل الحل الاكثر ملائمة دائماً^(٢) وان كان يرى البعض ان القضاء المصري اكثر جراءة في الاخذ به بعد ان عبد الفقه طريقه وشجع على تطبيقه بعده حلاً لكثير من الاشكاليات العملية سيما في الحالات التي يكون فيها الفسخ الجزئي المنقذ الوحيد للعلاقة التعاقدية^(٣).

وعلى مستوى القضاء الفرنسي, فهو يختلف عن القضائين السابقين, من حيث الحكم بهذا النوع من الفسخ في الكثير من القرارات الصادرة منه, سواء الحديثة منها او القديمة^(٤)

القرار بالاتفاق في ٢٥/ ذو الحجة / ١٤٢٩ هـ ٢٣/١٢/٢٠٠٨ حكم منشور في مجلة التشريع والقضاء , السنة الاولى , العدد الثاني , ٢٠٠٩, ص ١٢٠.

^١ - لمزيد من التفاصيل حول القرارات المتعلقة بالفسخ راجع الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية , مصدر سابق الاشارة اليه.

^٢ - ففي حكم قديم لمحكمة القاهرة الابتدائية تم الركون الى الفسخ الجزئي بعده يمثل الحكم الاكثر انسجاماً والحالة المذكورة حكم منشور في مجلة المحاماة , ١٩٣٥, ٣٨/١٥٢ مشار لهذا الحكم لدى د. عبد الحي حجازي , مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ , مصدر سابق , ص ١٨٩.

^٣ - ينظر د.رعد عداي حسين , مصدر سابق, ٢٢٠.

^٤ - Com.15Decembre1992O,R.J.D.A,1993,No 30& Cass.civ.Ler avr. 1924
S.1925,1,371&Cass ,req ,23 mars,1909 ,S,1909,1,552.

على الرغم من ان نصوص القانون المدني الفرنسي، لم تتضمن الاشارة الصريحة الى هذا النوع من الفسخ، وفي ذلك يقول الفقه الفرنسي^(١) ان المحاكم الفرنسية تعترف لنفسها بسلطة القضاء بالفسخ الجزئي للعقد، وهو مستبعد عندما يكون محل الالتزام غير قابل للتفريق عن بقية الالتزامات التعاقدية المتفق عليها، وبالعكس فلا شيء يتعارض وتطبيق هذا القرار، متى ما كان محل العقد قابلاً للانقسام، ثم ان هذا النوع من الفسخ متى ما طبق بتوافر شروطه، فانه يحوز سموً يعلو به على بقية الحلول كدعوى التعويض.

ومن كل ما تقدم، نرى ان القضاء متفاوت بالاخذ بالفسخ الجزئي، وكل ذلك يعود لعدم النص صراحة في القوانين المختصة على هذا النوع من الفسخ، وعلى العكس تماماً ما تم الاشارة اليه في نص المادة (٧٣) من اتفاقية بيع البضائع - والتي بينها سابقاً - فلا صعوبة من اقرار هذا النوع من الفسخ متى ما توافرت الشروط الواردة في الاتفاقية.

واذا يممنا وجهنا نحو القضاء العراقي، نجد انه قد بقي بمعزل عن التطورات التي شهدتها القضاء المقارن، مثل القضاء الفرنسي، فلم يباشر اجتهاداً خلافاً في اقرار الفسخ الجزئي الا في نطاق ضيق جداً، في الوقت الذي يتضمن القانون المدني العراقي القواعد المرنة الموجودة في القانون المدني الفرنسي نفسها، والتي طوعها القضاء الفرنسي تطبيقاً

مشار لهذه القرارات لدى د.احمد السعيد الزقرد، مصدر سابق، ص١٤٢ هامش ٣٤٨ ود. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص٣٦٠ و٣٦١ وقد اشار الى حكم حديث لمحكمة باريس الاستئنافية في ٥ نوفمبر ١٩٨٦ بالفسخ الجزئي لعقد امداد بنظام كمبيوتر لمزيد من التفاصيل حول حيثيات القرار راجع ص٣٨٠ من المصدر انفا فضلاً عن التطورات التي صاحبت محكمة النقض الفرنسية بشأن الفسخ الجزئي المشار اليها لدى د.محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالارادة المنفردة، مصدر سابق، ص٢٢٧ هامش ٣٩٠.

^١ - ينظر في تفصيل الفقه الفرنسي د.عصام انور سليم، ص٣٥٧ و٣٥٩.

لمقتضيات حسن النية ، وبما يعزز دور العلاقة العقدية ويجعلها وسيلة لتحقيق العدل بين طرفيها ،لذا نتمنى على القضاء العراقي ان لا يقتصر دوره على مجرد التطبيق الحرفي للنص، بل يعمل على تطويع تطبيق هذه النصوص بما ينسجم مع التطورات التي يشهدها القضاء المقارن سيما وان هنالك الكثير من مسائل الواقع يكون فيها لمحكمة الموضوع الحق المطلق في تقديرها اعمالا للسلطة التقديرية التي تتمتع بها^(١).

الخاتمة :

وفي ختام البحث نخلص باهم التوصيات والتي يسبقتها الاستنتاجات الاتية:

اولا: الاستنتاجات

- ١- للقاضي سلطة تقديرية واسعة، الا انها مقيدة بقيود كثيرة، كاحترام ارادة المتعاقدين الى ما ذهبنا اليه في عدم تجزئة الصفقة مثلا، او وجود نص صريح لاعمال الفسخ في اقصى حالاته، والتي يقتصر دور القاضي فيه الى البحث عن شروط الفسخ، واذا ما صدر القرار فيكون كاشفا للفسخ، لا منشئا له.
- ٢- لا يمكن ان يرد الفسخ الجزئي، الا على العقود التي يكون فيها محل الالتزام قابلا للانقسام والا فلا يقع .
- ٣- لا يمثل اعمال الفسخ الجزئي خروجاً على النص التشريعي بالمعنى الدقيق، وفقا لقاعدة المطلق يجري على اطلاقه فضلا عن عدم ورود ما يمنع الاخذ به.

^١ - على سبيل المثل البحث عن مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد تكون من مسائل الواقع التي لمحكمة الموضوع الحق المطلق في تقديرها وهذا ما ذهبنا اليه محكمة النقض المصرية في قرار لها لسنة ١٩٦٦ نقض ١٥/١١/س ١٧ رقم ٢٣٩ ص ١٦٧٧مشار لهذا القرار لدى د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٣١.

٤- هنالك اختلاف فقهي بشأن العمل بالفسخ الجزئي, كحل عام للحالات التي يكون فيها المدين مخلا ببعض التزاماته , والاكتفاء بالشروحات المتعلقة بنصوص الفسخ.

٥- ارتباط الفسخ الجزئي بمجموعة من الظروف التي توجب على القاضي اللجوء اليه , سيما موجبات حسن النية وجسامة الضرر .

٦- تفاوت المحاكم بالاخذ بالفسخ الجزئي, بسبب عدم وجود نص صريح يقر بالفسخ الجزئي, كخيار من الخيارات الممنوحة للقاضي, وفقا لنص المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي وما يقابلها من القوانين المقارنة, فضلا عن عدم وجود نص صريح يمنع الاخذ به.

٧- يمثل الفسخ الجزئي, الحل الاكثر ملائمة, وعدالة , متى ما توافر شروطه فضلا عن كونه يحقق مصالح الاطراف المتعاقدة.

٨- عدم مواكبة القضاء العراقي للتطورات الحاصلة بالقضاء المقارن الذي جاء بقرارات جديدة على الرغم من عدم وجود نصوص قانونية صريحة تنظم ذلك .

ثانيا: التوصيات

١- تعديل المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي بما يشابه واحكام المادة (٧٣) من اتفاقية فينا لبيع البضائع التي ارسى مبدأ ثابتا في الفسخ الجزئي في الحالات التي بينها سابقا لازالة التشكيك والمخاوف القضائية من الاخذ به من عدمه.

٢- على القضاء العراقي عدم التقيد الحرفي بالنص وتفعيل سلطته التقديرية الواسعة في كيفية تطبيق الفسخ الجزئي بما يضمن مصالح الاطراف المتعاقدة في حالات

الاخلال الجزئي والمعيب من قبل المدين وفقا لمقتضيات حسن النية كونه من المبادئ المسلم بها.

قائمة المصادر :

اولاً: المصادر اللغوية و الفقهية

- ١- ابن منظور: لسان العرب المحيط، الجزء الثاني، اوفست تكنوبرس، بيروت.
- ٢- الشيخ احمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ، دار القلم للنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية المنقحة بقلم مصطفى احمد الزرقا ابن المؤلف ، دمشق، ١٩٨٩.
- ٣- د.محمد صدقي احمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية ، القسم التاسع ، الجزء الحادي عشر ، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الاولى، ٢٠٠٣.

ثانيا : الكتب القانونية

- ١- د.احمد السعيد الزقرد ، محاولة لانقاذ العقود من الفسخ الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن ، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر ، المنصورة ، ٢٠٠٧.
- ٢- د.احمد سلمان شبيب و د.جواد كاظم سميسم ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الاسلامي ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٥.
- ٣- د.اسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، عابدين ، مصر ، ١٩٦٦.
- ٤- د.انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، منشورات الجامعة الاردنية ، الطبعة الاولى ، عمان ، ١٩٨٧.
- ٥- انور طلبة ، انحلال العقود ، المكتب الجامعي الحديث ، بدون سنة طبع.
- ٦- د.حسام الدين كامل الاهواني، مصادر الالتزام - المصادر الارادية -، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٢.
- ٧- د.حسن علي الذنون :

- النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام - احكام الالتزام - اثبات الالتزام ، المكتبة القانونية، ١٩٧٩ .
- النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي و القانون المدني ، ١٩٤٦.
- ٨- د.خالد جمال احمد، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٣.
- ٩- د.رعد عداي حسين ، دور الدائن في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٧.
- ١٠- د.سمير عبد السيد تناعو ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.
- ١١- د.عبد الحافظ يوسف عليان ابو حميدة ، الاثر الرجعي وتطبيقاته في الاحكام الشرعية ، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٩.
- ١٢- د.عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧، ص ١٥.
- ١٣- د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، المجلد الاول ، الطبعة الثالثة ، مصر ، ٢٠١١.
- ١٤- د.عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام بغداد، ١٩٨٠.
- ١٥- د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الألتزام، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢.
- ١٦- د.محمد حسام لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٩٩-٢٠٠٠.
- ١٧- د.محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، المجلد الاول ، الالتزامات، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٧.
- ١٨- د.محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨.
- ١٩- د.محمد حسين منصور :
- الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، دون سنة طبع.

- محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، دون سنة نشر .
- ٢٠- د.مصطفى الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق - دراسة مقارنة - ط ١ ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٥ م .
- ٢١- د. نبيل ابراهيم سعد
- النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الحديثة ، ٢٠٠٤ .
- النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني، احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ .

ثالثا: البحوث والرسائل

- ١- د.باسم علوان العقابي، خيار التأخير ، دراسة قانونية معمقة ، بحث منشور في مجلة الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني ، السنة الخامسة.
- ٢- د.سليمان براك دايع ، الفسخ بوصفه ضمانا للتنفيذ ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية.
- ٣- د.عبد الحي الحجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية جامعة عين شمس، العدد الاول، السنة الاولى، ١٩٥٩ .
- ٤- علاء حسين الجوعاني ، مبدأ حسن النية في تكوين العقود ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهريين ، ٢٠٠٢ .
- ٥- د. محمد حسن قاسم ، نحو الفسخ بالارادة المنفردة ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، الجامعة الاسكندرية ، العدد الاول، ٢٠١٠ .
- ٦- د.وسن قاسم الخفاجي ، قابلية العقد للانفصال ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الاول ، السنة الرابعة.

رابعا: القوانين والدوريات

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

- ٢- القانون المدني المصري رقم
- ٣- القانون المدني الاردني ١٩٧٧.
- ٤- القانون المدني الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.
- ٥- قانون بيع البضائع الانكليزي لسنة ١٩٧٩ (Sale of Goods Act 1979)
- ٦- اتفاقية الامم المتحدة لبيع البضائع ١٩٨٠.
- ٧- المذكرة التفسيرية الصادرة من امانة الاونسيترال حول اتفاقية الامم المتحدة لبيع البضائع.
- ٨- مجلة التشريع والقضاء , السنة الاولى , العدد الثاني , ٢٠٠٩.

خامسا: المصادر الاجنبية والمواقع الالكترونية

- 1- Gerardo Fernandez, Geoffrey Master and Lynn McNeal, Partial IT Contract Termination to Realign the Services Platform, integris APPLIED.
- 2- Michael Bennett, Breach & Terminating a contract , Legal wiseeminars, 2012. بحث منشور على موقع الويب سايت www.legalwiseseminars.com.au
- 3- <http://www.cc.gov.eg/Madany.aspx> الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية
- 4- <http://www.greffe.courdecassation.ma>. الموقع الرسمي لمحكمة النقض المغربية
- 5- Partial Termination Law and Legal Definition, USLEGAL, <https://definition.uslegal.com/p/partial-termination>.
- 6- www.international-law-office.com.