مدى جواز الفسخ الجزئي للعقد ـ دراسة مقارنة
Extent of the permissibility of partial rescission of the contract - comparative study

طالب ـ دكتوراه
م.م. علي جمعة عبد
جامعة بغداد ـ كلية القانون
mr.ali@colaw.uobaghdad.edu.iq

الأستاذ الدكتور
جليل حسن بشات
جامعة بغداد ـ كلية القانون
dr.jalel@colaw.uobaghdad.edu.iq

الملخص

في العقود الملزمة للجانبين اذا لم ينفذ احد المتعاقدين التزامه تنفيذا كليا فانه يجوز للمتعاقد الاخر ان يطلب من المحكمة فسخ العقد فسخا كليا ، الا انه قد يقتصر عدم التنفيذ على جزء من التزامه فعندئذ يثار التساؤل الاتي: هل يمكن فسخ العقد فسخا جزئيا ؟ الملاحظ ان هنالك خلافا فقهيا وقضائيا كبيرا حول جواز الفسخ الجزئي ، فالبعض يجيز الحكم بالفسخ الجزئي ، والبعض الاخر لا يجيز الحكم بالفسخ الجزئي، وقد انتهينا الى القول بعدم جواز الحكم بالفسخ الجزئي دون موافقة الدائن لان الحكم بالفسخ الجزئي يلزم منه اجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي وهو امر مرفوض بموجب المادة (392) من القانون المدني العراقي.

الكلمات المفتاحية :ـ الفسخ – الفسخ الجزئي – فسخ العقد.

Abstract

In bilateral contracts, if one of the contracting parties does not fully perform his obligation the other contracting party may ask the court to rescission the contract in full, but the failure to perform may be limited to part of his obligation, then the following question arises: Can the contract be partially rescission ? It is noted that there is a great jurisprudential and judicial disagreement on this subject, And we ended up saying that it is not permissible for a court to order on partial rescission without the approval of the creditor, because the judgment of partial rescission requires to compel the creditor to accept partial payment, which is rejected under Article (392) of the Iraqi Civil law.

Keywords:- Rescission, Partial Rescission, Rescission of Contract

المقدمة Introduction

أولا: التعريف بموضوع البحث:

يبرم المتعاقدان العقد من اجل اشباع حاجتهم ، لذلك فان العقد وجد لكي ينفذ، الا انه قد يحصل ان يخل احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فلا ينفذ الالتزام الملقى على عاتقه كليا ، فعندئذ يجوز للمتعاقد الاخر ان يطلب فسخ العقد كليا اذا توافرت الشروط العامة للفسخ الكلي ، والمقصود بالفسخ الكلي هو حل الرابطة العقدية وإعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، ولكن قد يحدث ان يكون اخلال المدين بتنفيذ التزامه اخلالا جزئيا ، فعندئذ يثار تساؤلا عن مدى جواز الحكم بالفسخ الجزئي فهل تستطيع المحكمة ان تحكم بالفسخ الجزئي في حال التنفيذ الجزئي ؟

ثانيا : مشكلات البحث:

يعد موضوع الفسخ الجزئي من المواضيع الشائكة التي اختلف فيها الفقه والقضاء ، اذ يثير موضوع البحث تساؤلات متعددة ، فهل يوجد سند قانوني للفسخ الجزئي ؟ ام لا، الملاحظ ان هنالك خلافا فقهيا كبيرا حول جواز الفسخ الجزئي فالبعض يجيز الحكم بالفسخ الجزئي ، والبعض الاخر لا يجيز الحكم بالفسخ الجزئي ، ولم ينتهِ الخلاف عند الفقه بل تبلور هذا الخلاف عمليا من خلال موقف القضاء ، حيث توجد بعض القرارات القضائية تجيز الحكم بالفسخ الجزئي ، وتوجد قرارات أخرى لا تجيزه ، كما ان البعض حاول ان يجد للفسخ الجزئي أساسا تشريعيا من خلال السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بموجب المادة (177) من القانون المدني العراقي ، فهل حقا يمكن الاستناد الى هذه السلطة التقديرية في تقرير الفسخ الجزئي ؟ ، ان العرض المتقدم يكشف عن مدى الاختلاف الحاصل حو موضوع الفسخ الجزئي ، لذلك تهدف هذه الدراسة الى معالجة هذه المشكلة والوقوف على الرأي القانوني السليم في هذه المسألة.

ثالثا نطاق البحث

بالنسبة الى نطاق بحثنا فان الدراسة ستكون في القانون المدني العراقي مع المقارنة باحكام القانون المدني المصري ، مع الإشارة الى القانون المدني الفرنسي والقانون الإنكليزي .

رابعا : منهجية البحث :

سنحاول من خلال هذه الدراسة اتباع منهج علمي قائم على أساس تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية والاحكام القضائية المتعلقة بالموضوع ومناقشتها من اجل التوصل الى الرأي القانوني السليم والخروج برؤية متكاملة عن موضوع البحث.

خامسا: خطة البحث

في ضوء ما تقدم فاننا سنبحث الموضوع في مبحثين ، نتناول في المبحث الأول مفهوم الفسخ الجزئي ، ثم نتناول في المبحث الثاني الأساس القانوني للفسخ الجزئي .

المبحث الأول
مفهوم الفسخ الجزئي
Concept of Partial rescission

سنتناول هذا المبحث في مطلبين ، حيث سنتكلم في المطلب الأول عن التعريف بالفسخ الجزئي ، ثم نتكلم في المطلب الثاني عن شروط الفسخ الجزئي .

المطلب الأول
التعريف بالفسخ الجزئي
Definition of partial rescission

عرف الفسخ الجزئي بتعاريف متعددة ، فقد عرفه البعض[1] بانه عبارة عن قيام القاضي بانقاص أداء الدائن بقدر ما نقص من أداء المدين بسبب عدم التنفيذ الجزئي للعقد مع بقاء الجزء الاخر ، وعرف ايضا بانه عبارة عن حل جزء من الرابط العقدية في العقود الملزمة للجانبين نتيجة عدم قيام احد الطرفين بتنفيذ التزامه تنفيذا كاملا او تنفيذه بشكل معيب ويتم ذلك اما عن طريق القضاء او عن طريق الإرادة[2].

فالفسخ الجزئي هو عبارة عن حل وسط بين فسخ العقد كليا وبين الإبقاء عليه ، ويتم ذلك من خلال انقاص التزامات الدائن بقدر ما نقص من التزامات المدين ، فإذا ما وجد القاضي ان هنالك تنفيذا جزئيا للعقد ، وان هذا العقد قابل للتجزئة ، وان حجم الضرر الذي سيصيب المدين جراء فسخ العقد كليا يفوق ما سيحصل عليه الدائن من هذا الفسخ ، فانه يجب عليه ان يكون حريصا على عدم استفادة الدائن من الوضع الأكثر ضررا بالمدين ، فيجري موازنة بين المصالح المتعارضة فيقضي بالفسخ الجزئي الذي هو اقرب الحلول الى العدالة – كما يقول القائلون به-[3] .

ويذهب رأي[4] الى انه اذا كان للمحكمة سلطة تقديرية في فسخ العقد كليا بناءً على طلب الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا فليس معنى ذلك ان عدم التنفيذ الجزئي من قبل المدين لا يستتبعه فسخ العقد كليا دائما ، اذ ان المحكمة قد ترى ان عدم التنفيذ الجزئي قد بلغ حدا من الجسامة بحيث يستدعي ذلك فسخ العقد كليا وعدم الإبقاء عليه ، اذ لا يجوز للقاضي ان يفوت المصلحة الاقتصادية التي يحققها العقد لاحد المتعاقدين.

ويذهب راي[5] الى ان القاضي في ضوء السلطة التقديرية الممنوحة له قد يذهب بدل الحكم بالفسخ الكلي للعقد الى الحكم بفسخ العقد جزئيا ، وذلك بانقاص أداء الدائن بقدر ما نقص من أداء المدين اذا كان العقد يقبل التجزئة ، او ينطوي على جملة من الاداءات المستقلة المختلفة بعضها عن البعض الاخر ، فبدلا من القضاء بفسخ العقد كليا بسبب تخلف أيا من هذه الاداءات المذكورة يمكنه ان يقصر الفسخ على الأداء الناقص او المعيب ويبقي العقد قائما دون تأثير على وجوده ، ولا يغير من إمكانية فسخ العقد جزئيا ان يكون المدين قد تخلف عن أداء جوهري او أساسي طالما كانت الاداءات التي يتضمنها العقد تتسم بالاستقلالية بعضها عن البعض الاخر بحيث تسمح بانقاص أداء الدائن بقدر ما نقص من أداء المدين ، وينبغي على المحكمة ان تراعي في هذه الحالة أهمية وخطورة ما نقص من اداءات المدين عند تقديرها لمدى انقاص التزم الدائن.

ويمثل الفسخ الجزئي – عند القائلين بجوازه – محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ الكلي ، وخصوصا تلك العقود التي تتضمن التزامات متتابعة ويستقل بعضها عن البعض الاخر كعقود التوريد ، بل عندهم ان الفسخ الجزئي يعد الجزاء العادل والمناسب في تلك العقود لاسيما تلك العقود التي تنصب على التزامات ضخمة سواء كانت لآجال طويلة او قصيرة ، فليس من المناسب هنا ان يتم تقرير الفسخ الكلي لما له من اثر معدم للعقد[6] ، فالفسخ الجزئي يهدف الى تفادي الاثار السلبية لزوال العقد كاملا باثر رجعي[7] ، فالفسخ الكلي يؤثر على استقرار المعاملات ، ولكن في مقابل ذلك يعدُّ الإبقاء على العقد دون إتمام تنفيذه اضرارا بمصالح الدائن وأهدافه التي يتوخاها من العقد ، لذلك ومن اجل إعادة التوازن بين الالتزامات المتقابلة فتح المجال امام القاضي لمد سلطته التقديرية لتشمل الفسخ الجزئي للعقد ، وذلك لكونه وسيلة لضمان الملائمة بين عدم التنفيذ الجزئي وبين الجزاء المترتب عليه كلما تكونت لدى القاضي قناعة بعدم جدوى فسخ العقد كليا وتوافرت شروط الفسخ الجزئي[8].

المطلب الثاني
شروط الفسخ الجزئي
conditions of partial rescission

يشترط للحكم بالفسخ الجزئي توافر الشروط العامة للفسخ الكلي[9] ، إضافة الى ضرورة توافر بعض الشروط الخاصة بهذا النوع من الفسخ وهي :

أولا : التنفيذ الجزئي للعقد:

يشترط للحكم بفسخ العقد جزئيا ان يكون هنالك تنفيذا جزئيا للعقد[10] ، ومثال ذلك اذا كان هنالك عقد بيع اتفق فيه المتعاقدان على قيام البائع بتسليم المشتري عشرة خيول معدة للسباق ، فاذا هلكت أربعة منها - مثلا- بخطأ المدين(البائع) وارد تسليم الدائن (المشتري) ستة فقط ، فهنا سنكون بصدد تنفيذ جزئي للالتزام العقدي بسبب هلاك المعقود عليه هلاكا جزئيا نتيجة لخطأ المدين.

اذن فواقعة (عدم التنفيذ الجزئي) تعد شرطا أساسيا لكي يمارس الدائن حقه في طلب الفسخ الجزئي[11].

وتجدر الإشارة الى ان وجود التنفيذ الجزئي للعقد لا يعني بالضرورة ان القاضي لا يمتلك السلطة التقديرية للحكم بالفسخ الكلي للعقد ، بل يجب على القاضي ان يقدر جسامة عدم التنفيذ الجزئي ، فقد يقضي القاضي بفسخ العقد كليا اذا وجد ان عدم التنفيذ الجزئي قد بلغ حدا من الجسامة التي تبرر هذا الفسخ ، وتحديد درجة جسامة عدم التنفيذ يتم من خلال معرفة الفرق بين ما هو متوقع من ابرام العقد وبين ما تم تنفيذه فعلا ، فان كان الجزء الذي لم ينفذ مما يمكن تجاوزه دون ان يؤثر ذلك على الهدف من العقد فانه يمكن إيقاع الفسخ الجزئي-على راي القائلين به -[12] .

ولكن يمكن ان يثور في هذا الصدد التساؤل الاتي : باي مقياس يمكن ان نعرف مقدار المنفعة التي عادت على الدائن من جراء هذا التنفيذ الجزئي ؟

ان التنفيذ الجزئي للعقد قد يحقق للدائن منفعة وقد لا يحقق له أي منفعة تذكر ، لذلك يتوجب ان يؤخذ بعين الاعتبار ظروف كل قضية على حدة ، واهمية التنفيذ الكلي للدائن ، ومقدار الضرر منظورا اليه من وجهة الدائن ، بحيث يجب ان تقرر المنفعة على ضوء الاضطراب الاقتصادي والمعنوي الذي من شأن عدم التنفيذ الكلي ان يخلقه لدى الدائن ، فيمكن للقاضي ان يستعين بهذه الأمور وغيرها لتحديد مقدار الفائدة التي عادت على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي ، ثم في ضوء ذلك يقرر انه سيقضي بالفسخ الجزئي او لا يقضي به ، وهذا يعني ان القاضي لا يقف عند **مقدار** التنفيذ الجزئي بل يجب ان ينظر الى **النفع** الناتج عن هذا التنفيذ ، ذلك ان تنفيذ الالتزام بمقدار النصف مثلا قد لا يحقق للدائن سوى نسبة 25 بالمئة من الفائدة المرجوة من العقد او قد لا يحقق له أي فائدة تذكر[13].

ثانيا: ان يكون الالتزام قابلا للانقسام:

لكي يمكن إيقاع الفسخ الجزئي لابد ان يكون الالتزام قابلا للانقسام ، اما اذا كان الالتزام غير قابل للانقسام فلا يمكن إيقاع الفسخ الجزئي[14] .

وتجدر الإشارة الى ان موضوع قابلية الالتزام للانقسام يعبر عنه

باصطلاحات مختلفة ، فالبعض يستعمل للدلالة على هذا الموضوع اصطلاح (قابلية العقد للانقسام) او (قابلية العقد للتجزئة) او (قابلية العقد للانفصال) او (قابلية الصفقة للتفريق) او (قابلية الصفقة للتبعيض) ، وهي اصطلاحات تدل على معنى واحد ، وهو الفصل بين شقي العقد بحيث يكون للشق المتبقي من العقد وجوده الذاتي المستقل وذلك بان يكون قادرا على ان ينتج نفس الاثار التي كان يرتبها العقد الأصلي وان اختلفت من حيث الكم وليس من حيث الكيف، وبمعنى اخر فان هذه الاصطلاحات تدل على إمكانية بقاء جزء من العقد بوصفه عقدا مستقلا بعد إزالة الجزء الاخر غير المنفذ[15].

ان الأصل العام الذي يحكم التصرفات القانونية هو عدم قابلية هذه التصرفات القانونية للانقسام مادامت قد استمدت قوتها من إرادة الطرفين[16] ، فالعقد شريعة المتعاقدين[17] ، فالعقد الذي ابرم ليكون وحدة واحدة لا يمكن القول بفصله الى أجزاء يختص بعضها بالبقاء ويختص الاخر بحكم الزوال بحيث تكون النتيجة النهائية هي اهدار جزء من العقد وتنفيذ الاخر ، إلا ان التطبيق الحرفي لهذا الأصل قد يؤدي الى اهدار العقد في الحالات التي يكون فيها قابلا للانفصال ويمكن تنفيذ جزء منه مع عدم فوات الغرض الأصلي من العقد من حيث الكيف بل يكون هنالك نقص من حيث الكم ، لذلك قد يعمد المشرع في حالات معينة الى تقرير جواز انفصال العقد[18] ، كما فعل في المادة (1/547) من القانون المدني العراقي[19].

ويوجد معياران للقول بقابلية الالتزام للانقسام ، **المعيار الأول** هو المعيار الشخصي الذي يعتمد على إرادة المتعاقدين ، أي ان يكون هنالك اتفاق بين الطرفين على إمكانية فصل جزء من العقد عن جزء اخر فيه ، وهذا الامر لا يتحقق الا اذا كان الجزء القابل للانفصال لا يشكل مسألة جوهرية في نظرهما، اما **المعيار الثاني** فهو المعيار الموضوعي ، يقوم هذا المعيار على طبيعة الأشياء ، فاذا كان الشيء يقبل الانقسام من الناحية المادية دون فوات المنفعة منه فان الالتزام يمكن ان يكون قابلا للانقسام ، كما لو كان المبيع عشر سيارات فانه يمكن ان نتصور انقسامها اذا ما هلك بعضها ، بخلاف ما اذا كان المبيع سيارة واحدة وهلك جزء منها اذا لا يمكن ان نتصور الانقسام فيها، ويمكن استنتاج هذين المعيارين من خلال المادة (336) من القانون المدني العراقي[20]

المبحث الثاني
الأساس القانوني للفسخ الجزئي
Legal basis for partial rescission

حاول البعض ان يجد للفسخ الجزئي أساسا في نصوص القانون المدني مستندا الى السلطة التقديرية للمحكمة إزاء طلب الفسخ ، إلا ان هذا التحليل لم يحض باجماع الفقه والقضاء ، لذلك ظهر هنالك اتجاه فقهي معارض للفسخ الجزئي واتجاه اخر مؤيدا له ، كما ان احكام القضاء لم تستقر على وتيرة واحدة ، فبعض الاحكام اجازت الفسخ الجزئي وأخرى لم تجزه ، وفي ضوء ما تقدم سنبحث هذا الموضوع في أربعة مطالب ، اذ سنبين في المطلب الاول مناقشة الأساس التشريعي للفسخ الجزئي المستند الى السلطة التقديرية للقاضي ، ثم نبين في المطلب الثاني موقف الفقه من الفسخ الجزئي ، ثم نبين في المطلب الثالث موقف القضاء من الفسخ الجزئي ، ثم نبين في المطلب الرابع رأينا في الموضوع.

المطلب الأول
مناقشة الأساس التشريعي للفسخ الجزئي المستند الى السلطة التقديرية للقاضي
Discussing the legislative basis for partial rescission based on the discretionary power of the judge

أورد المشرع تطبيقات تشريعية للفسخ الجزئي في أماكن متفرقة من القانون المدني ، منها المادة (1/547) من القانون المدني العراقي[21]، فهذا النص يجيز الفسخ الجزئي ، فاذا هلك المبيع قبل التسليم هلاكا جزئيا مما أدى الى نقصان قيمته ، فالمشتري مخير بين فسخ العقد وبين ابقائه مع انقاص الثمن ، وما انقاص الثمن الا عبارة عن فسخ جزئي للعقد بمقدار القيمة الناقصة ، ومنها نص المادة (751) من القانون المدني العراقي[22].

ان هذه التطبيقات هي عبارة عن تطبيقات جزئية تقتصر على مواردها ، لذلك يثار في الصدد التساؤل الاتي : هل ورد في القانون المدني نصا عاما للفسخ الجزئي ؟ ام انه اكتفي بتقرير هذه التطبيقات في ثنايا القانون ؟

حاول البعض ان يجد للفسخ الجزئي أساسا تشريعيا من خلال السلطة التقديرية الممنوحة للمحكمة وفقا للمادة (1/177) من القانون المدني العراقي[23]، فقد ذهب البعض[24] الى ان للقاضي سلطة تقديرية إزاء طلب الفسخ تتخذ الصور الاتية :

1- ان يقبل القاضي طلب الفسخ الكلي للعقد.
2- ان يمنح المدين نظرة الميسرة.
3- ان يقضي بالفسخ الجزئي اذا كان ما لم ينفذ قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته.

ونعتقد ان الفقرة (3) أعلاه قابلة للمناقشة ، وذلك لان نص المادة (177) من القانون المدني العراقي[25] لم ترد فيه إشارة صريحة الى الفسخ الجزئي ، وان عبارة ((.. كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)) الواردة فيه لا يمكن الاستدلال بها على ان المشرع قد أشار فيها الى الفسخ الجزئي ، بل نعتقد انها صريحة في رفض الفسخ مطلقا سواء كان كليا او جزئيا ، اذ ان لفظة (الفسخ) في عبارة (.. كما يجوز لها ان ترفض طلب **الفسخ** ..)) الواردة في النص المذكور جاءت مطلقة ، والمطلق يجري على اطلاقه مالم يقيد نصا او دلالة[26] ، كما ان البعض قد فسر عبارة ((.. كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)) الواردة في المادة (177) من القانون المدني العراقي[27] بانه اذا رفضت المحكمة طلب الفسخ[28] فانه سيكون للدائن في مثل هذه الحالة بالنسبة الى الجزء غير المنفذ من العقد الحق في المطالبة بتنفيذه تنفيذيا عينيا جبريا اذا كان ذلك ممكن مع التعويض ان كان له مقتضٍ ، او يكون للدائن الحق في المطالبة بالتعويض عن الجزء غير المنفذ اذا كان تنفيذه تنفيذا عينيا قد اصبح مستحيلا بخطأ المدين[29] ، أي ان هذا الرأي لم يفهم من المادة (177) من القانون المدني العراقي الفسخ الجزئي.

وفي حالة ما اذا كان ما لم يتم تنفيذه قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته فانه قد يسأل سائل عن الفرق بين **(ان تحكم المحكمة بالتعويض عن الجزء غير المنفذ)** وبين **(ان تحكم المحكمة بفسخ العقد فسخا جزئيا)** ، أليست النتيجة العملية واحدة في كلا القولين؟ ، حيث انه في حالة الحكم بالتعويض سيكون هذا التعويض بمقدار الجزء غير المنفذ ، وفي حالة الحكم بالفسخ الجزئي سينقص من التزامات الدائن بمقدار الجزء غير المنفذ من قبل المدين، نقول في مقام الإجابة على هذا التساؤل ان هنالك فرق بين الحكمين ، فالحكم بالفسخ الجزئي يبرئ الدائن - الذي لم يحصل إلا على تنفيذ جزئي - من جزء من التزاماته المتقابلة مع التزامات المدين فلا تجوز مطالبته بها ، واذا كان الدائن قد نفذ هذا الجزء فانه يجوز له استرداده فيدرأ عن نفسه قسمة الغرماء فيه حتى لو اعسر مدينه ، وذلك لما للفسخ من اثر رجعي يجعل ملكية الشيء لم تخرج من يد المالك ابدا ، اما في حال الحكم بالتعويض فانه يتوجب على الدائن ان ينفذ التزامه كاملا ويكون في استيفاء حقه بالتعويض كسائر المدينين فقد يتحمل قسمة الغرماء[30] .

وفي ضوء ما تقدم نعتقد انه لا يمكن الاستناد الى السلطة التقديرية للقاضي الممنوحة له وفق المادة (177) من القانون المدني العراقي[31] للاستدلال على الفسخ الجزئي ، ومن القرائن التي تؤيد صحة التحليل المتقدم لموقف المشرع من الفسخ

الجزئي هو اختلاف الفقهاء فيه ، فبعض اجازه وبعض لم يجزه ، وكذلك اختلاف موقف القضاء فيه كما سيتضح.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد الى ان فكرة رفض الفسخ اذا كان ما لم يتم تنفيذه قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته فكرة معروفة في القانون الإنكليزي في الوقت الحاضر ويطلق عليها تسمية (التنفيذ الجوهري للعقد the substantial performance of the contract) ، إلا ان القانون الإنكليزي لم يصل الى هذه الفكرة الا بعد تطور كبير ، اذ انه في بادئ الامر كانت القاعدة السائدة في القانون الإنكليزي هي انه لا يسمح إلا بالتنفيذ التام الدقيق المطابق لشروط العقد ، اما في حال التنفيذ الجزئي فلم تكن المحاكم تقبله باي صورة من الصور ، وفي ضوء ما تقدم اذا ما سلم البائع 90% من المبيع وهلك 10% منه فان للمشتري ان يرفض المبيع ويطلب فسخ العقد ، وفي قضية تتلخص وقائعها بما يأتي : اتفق (أ) على ان يبيع الى (ب) فواكه معلبة ، وان يسلمها في صناديق ، يشتمل كل منها على ثلاثين علبة ، قام البائع (أ) بعرض الكمية المطلوبة ، ولكن حدث ان كان نصف الصناديق يشتمل كل منها على أربعة وعشرون علبة ، حكم بان من حق المشتري رفض الكمية المبيعة كلها[32] ، بل ان الامر ابعد من هذا الحد ، فاذا كان المتعاقد ملتزما بأداء عمل ، وينفذ جزءا من التزامه ويفشل في تنفيذ الجزء الاخر ، فانه لا يستحق أي شيء عن هذا التنفيذ الجزئي ، ولا شك في عدم عدالة هذا الحكم ، اذ يترتب عليه ان يثري شخص على حساب شخص اخر ، وقد ظهرت النتائج غير العادلة لهذه المسلك في قضية (كتر ضد باول) حيث تعهد المدعى عليه ان يدفع لكتر مبلغ ثلاثين جنيها بشرط ان يتجه ويستمر ويؤدي عمله بوصفه الشخص الثاني للربان المسؤول عن السفينة المبحرة من جمايكا الى ليفربول ، وقد بدأت السفينة رحلتها في الثاني من أغسطس ، وقد حدث وان توفى كتر في 20 سبتمبر قبل ان تصل السفينة الى ميناء ليفربول على بعد 19 يوم تقريبا ، وقد اقامت ارملة المتوفي الدعوى تطالب فيها بان يدفع باول لها اجرة تعادل العمل الذي انجزه زوجها أي اجرة عن التنفيذ الجزئي ، إلا ان المحكمة رفضت دعواها بحجة ان العقد صريح في ان المتوفى كان ملزما بأداء عمل معين قبل المطالبة بالأجر، وقد اخذ الفقه الإنكليزي يردد العبارة الاتية : متى نص المتعاقدان على ان يؤدى العمل مقابل مبلغ معين من المال فلا يجوز للقاضي ان يدعي ان نيتهما قد انصرفت الى وجوب دفع مبلغ معقول لدى انجاز جزء من العمل[33]، ولا شك في عدم عدالة هذه النتيجة ، لذلك بدأ الفقه والقضاء الإنكليزي يميل الى التخفيف من حدة ما تقدم ، فاخذ يقرر عدة استثناءات تخفف من حدة قاعدة التنفيذ التام او الدقيق ، ومن هذه الاستثناءات فكره التنفيذ الجوهري ، وقد عرف الفقه الإنكليزي التنفيذ الجوهري بانه التنفيذ الذي

يلبي الغرض الأساسي من العقد[34]، وتتحقق هذه الفكرة عندما ينفذ المدين جزءا جوهريا من التزاماته ، ويترتب على ذلك ان المحكمة سوف ترفض طلب الفسخ الذي يتقدم به الدائن وتحكم له بتعويض عن الجزء غير المنفذ ، يقول جانب من الفقه الإنكليزي: (عندما يتم تنفيذ العقد بشكل جوهري ، فان الطرف المتضرر لا يُعفى من التزامه بالدفع ، ولكنه محمي بموجب دعوى تسمح له بالمطالبة بالتعويض عن أي خسارة قد تكبدتها بسبب الأداء غير الكامل أو المعيب، ستُبقي المحكمة العقد الذي تم تنفيذه تنفيذا جوهريا وذلك إذا لم يكن الأداء الفعلي أقل بكثير من الأداء المطلوب ، وكذلك ستُبقي العقد إذا كانت تكلفة إصلاح العيوب ليست كبيرة جدًا مقارنة بقيمة العقد، في قضية داكين ضد لي ، (د) كانوا بناءين تعاقدوا لتنفيذ إصلاحات معينة لمباني (ل) مقابل 1500 ين ياباني ، لقد نفذوا جزءًا جوهريا من العقد ، لكنهم فشلوا في تنفيذه بالضبط في ثلاثة جوانب غير مهمة (والتي كان من الممكن تصليحها بتكلفة 80 ين ياباني) ، رأى الحَكَم الرسمي المُعيّن من قبل الأطراف أن (د) لا يحق له اي عوض عن أي جزء من قيمة العقد، وعند الاستئناف ، حكمت محكمة الاستئناف أن هذا الاستنتاج كان خاطئًا، حيث ان العقد تم تنفيذه إلى حد كبير ، وإن لم يكن ذلك التنفيذ على وجه التمام ، القاضي بيكفورد ذكر أن حقيقة كون العمل قد تم بشكل سيئ لا يعني أنه لم يتم تنفيذه على الإطلاق ، وبالتالي فإن (د) يحق له الاجرة مطروحًا منها ما يعادل الخرق)[35].

وبعد هذا العرض يتبين مقدار التطور في القانون المدني العراقي في هذا الجانب اذا تضمن النص على احدث ما توصلت اليه القوانين.

ونشير في هذا الصدد أيضا الى القانون المدني الفرنسي قبل التعديل بموجب المرسوم رقم 131 لسنة 2016 لم يكن يتضمن نصا صريحا يجيز الفسخ الجزئي ، وتجدر الإشارة الى ان مشروع بيار كتالا قد أشار صراحة الى امكانية فسخ العقد فسخا جزئيا في حال التنفيذ الجزئي ، وذلك في المادة 1160 منه اذ جاء فيها: (يمكن فسخ قسم فقط من العقد عندما يكون تنفيذه قابلا للتجزئة)[36]، الا ان المرسوم 131 لسنة 2016 انف الذكر لم يتضمن هذا النص ، ولكن ورد فيه عبارة ربما يستفاد منها امكانية الفسخ الجزئي ، اذ اعطي للدائن الخيار في تخفيض الثمن في حال اخلال المدين في تنفيذ التزامه[37].

المطلب الثاني
موقف الفقه من الفسخ الجزئي
The opinion of jurisprudence on partial rescission

لم تستقر كلمة الفقهاء والباحثين على قول واحد في الفسخ الجزئي ، فاغلب الفقهاء والباحثين اجازه[38] ، وبعضهم رفضه[39] ، لذلك ظهر هنالك اتجاهان ، اتجاه معارض للفسخ الجزئي واتجاه مؤيد له ، وسنبحث كل منهما تباعا:

أولا: الاتجاه المعارض للفسخ الجزئي :

اعترض بعض الفقهاء والباحثين على جواز الاخذ بالفسخ الجزئي ، وقدمت للتدليل على هذه الاعتراضات الأدلة الاتية :

1-ان الفسخ الجزئي هو عبارة عن خروج على مبدأ وحدة العقد لذلك لا يمكن الاخذ به[40].

2-لا يجوز للقاضي ان يوسع في سلطته التقديرية بحيث يستبيح لنفسه ان يحكم بالفسخ الجزئي ، فالقانون – حسب هذا الرأي – قد قصر السلطة التقديرية للقاضي على الخيار بين التنفيذ العيني والفسخ الكلي ، ومن ثم فأن القول بجواز الفسخ الجزئي يؤدي الى احداث تعديل في العقد من جانب المحكمة ، وهذا امر غير جائز اذ يخرج عن اختصاص القاضي[41] ، فسلطة القاضي التقديرية في دعوى الفسخ مقيدة بقيود لا يجوز له ان يتعداها بحيث يؤدي اعمالها الى تعديل العقد ، فللقاضي سلطة مطلقة في تقدير الوقائع والبواعث التي يمكن ان تشفع كعذر عن التأخر في التنفيذ ، كما ان له سلطة مطلقة في تقدير جسامة عدم التنفيذ الجزئي ، فاذا قام القاضي بإعمال هذه السلطة المطلقة في الأمور المذكورة فليس له بعد ذلك إلا ان يبقي العقد او يفسخه كليا ، ولا يجوز له ان يقصر الفسخ على جزء من العقد فقط[42] ، ولهذا فقد علق البعض على حكم صادر من احدى المحاكم الفرنسية قضى بعدم قبول الفسخ الجزئي قائلا: ان القاضي لا يملك مكنة تعديل العقد ليُقّيد من اثار الفسخ ، فالفسخ له اثار تتجسد بإعادة الحال الى ما كانت عليه قبل العقد ، وان هذا الأثر الرجعي للفسخ يكون كليا يعتري العقد المفسوخ برمته فلا يُبقي منه جزءا دون الجزء الاخر وذلك تجنبا لتفريق الصفقة[43].

3-ان فسخ العقد اذا كان المقصود منه هو تحقيق مصلحة الدائن فانه في ذات الوقت لا يجوز ان يكون على حساب مصلحة المدين الذي قد تقضي مصلحته بتنفيذ العقد كله او فسخه كله ، كما لو كان ثمن المبيع قد تحدد على أساس بيع الكمية كلها[44].

4-يذهب بعض القائلين بالفسخ الجزئي[45] الى انه يمكن الحكم بالفسخ الجزئي عندما يكون التزام المدين قابلا للتجزئة ، ويرد على ذلك بان طبيعة الالتزام من حيث

كونه قابل للتجزئة او غير قابل لها ليست هي الأساس للحكم بالفسخ الجزئي او الكلي ، فلا يمكن استظهار نية المتعاقدين وانصرافها الى تجزئة الصفقة او عدم ذلك من خلال قابلية المحل للانقسام او عدم ذلك ، اذ ان العبرة بالإرادة الصريحة للمتعاقدين وكونها قد انصرفت الى تجزئة الصفقة وجعل الالتزام قابل للانقسام او عدم ذلك ، فالمشتري مثلا قد يهدف من وراء العقد الى الحصول على المعقود عليه كله ، ولا ينفعه الحصول على جزء منه ، وكذا الحال بالنسبة الى البائع مثلا فقد يكون غرضه قد تعلق بثمن المبيع جملة لا ببعضه دون البعض الاخر ، وان القول بغير ذلك هو عبارة عن تحميل لإرادة المتعاقدين بغير ما تحتمله ومخالفة لتوقعاتهما من حيث ضرورة تنفيذ الالتزامات العقدية كليا والتي لولاها بمجموعها لما اقدم المتعاقد على التعاقد[46].

5-انما ما ورد من تطبيقات خاصة بشأن الفسخ الجزئي[47] هو عبارة عن نصوص خاصة واردة على سبيل الحصر ، فهي لا تصلح لتأسيس مبدأ عام يسري على جميع العقود ، فلا يجوز اتخاذ هذه النصوص الخاصة سند لمبدأ عام يقضي بجعل الفسخ الجزئي حلا عاما يمكن ان يسري على جميع أنواع العقود ، وذلك لان هذه النصوص الخاصة هي عبارة عن نصوص استثنائية املتها في بعض العقود اعتبارات خاصة من حيث السياسة التشريعية ، ومن المعلوم ان الاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره او القياس عليه[48].

واما عن سبب كون هذه النصوص هي عبارة عن استثناءات في حقيقتها فان ذلك راجع الى الحقيقة الاتية وهي : اذا كنا بصدد عقد يتضمن صفقة واحدة فان **الأصل** هو ان فسخ هذا العقد لا يجوز ان يتضمن تفريق الصفقة على أي من المتعاقدين ، احتراما لإرادتهما التي انصرفت الى اتحاد الصفقة ، ولا فرق في ذلك بين ان يكون المعقود عليه قابلا للانقسام او غير قابل له ، اذ يتعين دائما احترام إرادة المتعاقدين فيما انصرفت اليه من اتحاد الصفقة حتى لو كنا بصدد فسخ للعقد ، اذ ان فسخ العقد انما تقرر تحصينا وتدعيما لقوة العقد الملزمة ، وحماية للثقة المشروعة التي عول عليها المتعاقدان ، فاذا كان الامر كذلك فانه في بعض الأحوال الاستثنائية الخاصة يُلاحظ المشرع ان احد المتعاقدين غير جدير بشموله بهذا الأصل ، فيحرمه من حقه في عدم تفريق الصفقة عليه ، حيث يجد المشرع ان الطرف الاخر اكثر استحقاقا للحماية القانونية فيخوله فضلا عن احقيته في طلب الفسخ الكلي لكي لا تتفرق عليه الصفقة الحق في تفريقها على الطرف الأول غير الجدير بالحماية ، فيعمد المشرع الى ان يبيح للدائن بالالتزام غير المنفذ جزئيا علاوة على طلب الفسخ الكلي ان يطلب الفسخ الجزئي كما في حالة استيفاء البيع مع انقاص الثمن في الحالة التي تنقص فيها

قيمة المبيع قبل التسليم بسبب الهلاك الذي أصابه[49].

6-ان المدين قد يرى ان الفسخ الجزئي للعقد يخدم مصالحه اذ انه يجنبه اثار الفسخ الكلي ، بينما قد يخدم الفسخ الكلي مصالح الدائن ، ومن ثم فان القول بالفسخ الجزئي يجعل من نطاق الفسخ سجالا بين الدائن والمدين ، فاحدهما يتمسك بالفسخ الكلي والأخر يتمسك بالفسخ الجزئي وهذا امر مرفوض لان الفسخ يرد على عقد واحد فاذا كان هذا العقد متحد الصفقة فلا يجوز فسخه فسخا جزئيا[50].

7-ان الاثار التي يرتبها الفسخ الكلي خصوصا الخسارة التي يمكن ان تصيب المدين قد تكون دافعا له يحثه على تنفيذ التزامه كاملا ، بينما اذا علم المدين ان الفسخ يمكن ان يرد على جزء من العقد – وهو الجزء غير المنفذ – فان هذا الامر قد يدفعه الى التقاعس عن أداء التزامه بشكل كامل ، وهذا لا يتناسب مع واجب الاستقرار الذي تفرضه النظم القانونية[51].

ثانيا- الاتجاه المؤيد للفسخ الجزئي :

احتج المؤيدون للفسخ الجزئي بالحجج الاتية :

1-بالنسبة الى الاعتراض الذي اعترضه المعارضون للفسخ الجزئي والمتضمن ان الفسخ الجزئي هو عبارة عن خروج صريح على قاعدة وحدة العقد ، فقد أجاب عنه الدكتور حسن على ذنون بان مبدأ وحدة العقد لا يمكن ان يؤخذ على اطلاقه ، اذ يرى هذا الفقيه ان محل العقد اذا كان قابلا للانقسام فان انقسامه في أحوال معينة لا يؤثر على مبدأ وحدة العقد ، واستنادا الى ذلك فانه يقرر قاعدة سمّاها (**قاعدة التكافؤ بين طبيعة عدم التنفيذ ومدى اثاره**) ، ولم يستبعد من تطبيق هذه القاعدة إلا حالة ما اذا كانت الالتزامات التي لم تنفذ الا تنفيذا جزئيا غير قابلة للقسمة اما بطبيعتها او لان المتعاقدين قد اعتبراها كذلك ، سواء دل على ذلك نص صريح في العقد او دلت على ذلك ظروف الحال[52].

2- اما الاعتراض القائل بان الفسخ الجزئي يؤدي الى تعديل العقد من قبل القاضي وهو امر مرفوض ، فقد رد عليه بان للقاضي سلطة في تفسير العقد ، وعليه عند القيام بعملية تفسير العقد ان يستوحي نية المتعاقدين مقيدة بمبدأ حسن النية الذي يعم جميع التصرفات القانونية ، وان هذا المبدأ يقضي بقبول الفسخ الجزئي اذا كان فيه ترضية كافية للدائن[53] .

3-اما القول بان الفسخ الجزئي لا يرتبط بقابلية المعقود عليه للتجزئة بل انه مرتبط بإرادة الطرفين ، فقد رد عليه بان عدم قابلية المحل للتجزئة تقاس بمعيار موضوعي وهو مدى قابيله المحل للتجزئة من الناحية المادية ، فضلا عن المعيار الشخصي الذي يعتمد على إرادة المتعاقدين ، وان انصار الفسخ الجزئي يعتمدون على

توافر المعيارين للقول بإمكانية إيقاع الفسخ الجزئي ، اما توافر احد المعيارين دون الاخر فلا يمكن معه القول بالفسخ الجزئي ، وفي هذا الصدد يقول الدكتور السنهوري : يتوجب على القاضي ان يحكم بفسخ العقد كليا اذا كان التزام المدين لا يقبل التجزئة[54]، وفي هذا المعنى يقول الدكتور حسن علي ذنون: ان القاضي يتوجب عليه استبعاد الفسخ الجزئي اذا كانت الالتزامات التي لم تنفذ إلا تنفيذا جزئيا غير قابلة للقسمة اما بطبيعتها او لان إرادة المتعاقدين قد اعتبرتها كذلك[55].

4-ان الفسخ الجزئي اذا توافرت شروطه يساهم في انقاذ العقود من الفسخ ، وخصوصا تلك العقود التي تتضمن التزامات متتابعة ومستقلة بعضها عن البعض الاخر ، فهو يشكل الجزاء العادل في تلك العقود بدلا من الفسخ الكلي لمجرد تخلف أداء ما ، اذ يمكن للمحكمة عن طريق الفسخ الجزئي ان تقوم بانقاص الأداء المقابل للاداء الذي لم ينفذ ، وتبقي على العقد قائما بين المتعاقدين ، وان تنفيذ العقد ولو جزئيا خير من زواله كليا[56]، فاختيار القاضي للفسخ الجزئي قد يكون اكثر ملائمة لمصلحة الطرفين والعدالة[57].

5-ان تطبيق الفسخ الكلي يؤدي الى انهاء الرابطة العقدية وبأثر رجعي ، وهذا بدوره يشكل انتهاكا لشرط الاحترام الدقيق للالتزامات العقدية ، فهو يجعل العقد كأنما لم يكن في حين ان المنطق – على حد قولهم – يقضي بان يكون هنالك تناسبا بين عدم الأداء وبين الجزاء المفروض عليه ، وان انهيار العقد بالكامل لا يترك وراه سوى الفشل المتمثل بضياع الوقت والجهد الذي بذل في ابرام العقد[58].

7- يذهب البعض الى جواز إيقاع الفسخ الجزئي استنادا الى قاعدة (من يملك الأكثر يملك الأقل) ، فاذا كان للقاضي سلطة في إيقاع الفسخ الكلي فانه يستطيع ان يوقع الفسخ الجزئي اذا قدر انه الأكثر ملائمة بالنظر الى ظروف عدم التنفيذ وطبيعته وقدر المخالفة التي ارتكبت ، ولاشك ان الفسخ الجزئي سيسمح للقاضي بايقاع جزاء مناسب يتناسب مع عدم التنفيذ الذي ينسب للمدين ، ويسمح له أيضا بمراعاة التوازن بين مصالح المتعاقدين وبذلك يكون حكمه اقرب الى العدالة[59].

المطلب الثالث

موقف القضاء من الفسخ الجزئي

The opinion of judiciary on partial rescission

عند تتبعنا للقرارات القضائية وجدنا ان اغلبها قد أجاز الفسخ الجزئي ، ومع ذلك توجد قرارات لم تجزه:

أولا: القرارات القضائية التي اجازت الفسخ الجزئي:

جاء في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية في العراق ما يأتي: ((وجد ان

الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ، حيث كان على المدعي ان يطلب **فسخ العقد جزئيا** بقدر تعلق الامر بالسيارات الثمانية التي يدعي بانها غير مطابقة للمواصفات ، والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضٍ ، حيث انه في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ (م1/177مدني) وعليه قرر تصديق الحكم المميز))[60]. وجاء في قرار اخر ((وجد ان الحكم المميز غير صحيح لمخالفته احكام القانون ذلك لان المميز عليه إضافة لوظيفته قبل ان يلتزم بالضمان مدة أطول من المدة الواردة في المادة 1/570 من القانون المدني النافذ ، ومن ثم فان هذه المادة لا يمكن تطبيقها على وقائع هذه الدعوى والتي يحكمها العقد المبرم بين الطرفين ، لذا كان يتعين على المحكمة نظر الدعوى موضوعا وتكليف المميز بإثبات دعواه فيما يتعلق بالمواد الفاشلة واقيامها ، ولها الاستعانة بخبراء من المختصين في الصيدلة لدراسة الدعوى ومستنداتها وبيان الكميات الفاشلة في الفحص ، لان ثبوت ذلك يعني اخلال من جانب المميز عليه في التزامه العقدي ، وبقدر تعلق الامر بتلك الكمية مما يقتضي **فسخ العقد جزئيا** وتعويض المميز إضافة الى وظيفته ، عليه قرر نقضه))[61] ، وجاء في قرار اخر :((وجد ان الحكم المميز غير صحيح لمخالفته احكام القانون ذلك ان المحكمة ولو اتبعت القرار التمييزي الصادر من هذه المحكمة بالعدد 133/استئنافية منقول /2014 في 2014/1/23 الا انها توصلت الى نتيجة غير صحيحة حيث اتخذت من قرار الخبراء الخمسة سببا لحكمها رغم عدم صلاحيته ، والذي تضمن الرأي بمسألة قانونية تخرج عن اختصاصهم، حيث ان المحكمة لم تبحث في مدى اخلال المدعي بالتزامه في الجزء المتبقي من العقد وهل يعود ذلك الى سبب يرجع الى المدعى عليه من عدمه ، لان ذلك يحول وتعويض المدعي وعندها يتعين **فسخ العقد فيما تبقى من الكمية غير المجهزة فقط** ، لذلك قرر نقضه))[62]. وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية : ((دعوى المدعي/ إضافة لوظيفته بطلب فسخ العقد المبرم بينه وبين المدعى عليه/ إضافة لوظيفته بدعوى ان الأخير لم يقم بتجهيز كامل الكمية المتعاقد عليها وجهز قسما اخرا من الكمية غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها ، فان مثل هذه الدعوى لها سند من القانون **بحدود الفقرات التي اخل المدعى بتجهيزها** ، وان الفسخ لا ينصرف لعموم فقرات العقد ، لذا فان الحكم الاستئنافي الذي قضى بفسخ الحكم البدائي تعديلا **وذلك بفسخ العقد المبرم بين الطرفين فسخا جزئيا** بالنسبة للفقرات غير المجهزة والتي جهزت بشكل غير مطابق للمواصفات ، والمبينة في الحكم المذكور والبالغة (15) فقرة من عموم فقرات العقد والبالغة (76) فقرة ، فان الحكم المذكور جاء صحيحا وموافقا للقانون لان الفسخ في هذه الحالة لا يرد على عموم

العقد وانما يرد جزئيا على الفقرات غير المنفذة))[63] .

الملاحظ على بعض القرارات المتقدمة انها قد قضت بالفسخ الجزئي استنادا للمادة 177 من القانون المدني العراقي ، وقد تقدم ان هذه المادة لا تتضمن دلالة صريحة على جواز الفسخ الجزئي ، اما البعض الاخر من القرارات فقد قضت بالفسخ الجزئي دون الإشارة الى السند القانوني له.

وفي فرنسا قضت محكمة النقض الفرنسية (بأن فسخ العقود - التي تنفذ على مراحل- بسبب عدم التنفيذ الجزئي قد يتناول مجمل العقد او **بعض اجزائه** فقط ، وذلك تبعا لنية الأطراف عند التعاقد بابرام صفقة غير قابلة للتجزئة او مجزأة الى عدة عقود)[64] .

ثانيا - القرارات القضائية الرافضة للفسخ الجزئي :

جاء في احد القرارات لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق ما يأتي :((وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة ، ذلك لان المدعي يطلب في دعواه الحكم بفسخ العقد موضوع الدعوى **فسخا جزئيا** فيما يتعلق بالشحنة الثانية المتعلقة بالمحولتين الكهربائيتين فقط والمطالبة بإعادتهما، **وتجد هذه المحكمة ان طلب الفسخ الجزئي للعقد غير جائز قانونا وفق مقتضى احكام المادة 177 من القانون المدني** ، وان المدعي له في هذه الحالة المطروحة اما طلب فسخ العقد كليا مع التعويض ان كان له مقتضٍ او المطالبة بقيمة المحولتين المشار اليها ، وحيث ان المدعي لم يسلك الطريق القانوني المتقدم فان دعواه تكون واجبة الرد))[65] ، والملاحظ على هذا القرار انه استند الى المادة (177) من القانون المدني العراقي ، وقد رأينا سابقا ان محكمة التمييز الاتحادية العراقية استندت في جواز الفسخ الجزئي الى نفس المادة المذكور ، وهذا دليل على عدم صراحة هذه المادة في حكم الفسخ الجزئي ، وهذا يعزز ما قررناه سابقا بشأن عدم صراحة المادة (177) من القانون المدني العراقي في جواز إيقاع الفسخ الجزئي.

المطلب الرابع
رأينا في الموضوع
Our opinion on the matter

ناقشنا سابقا الاساس التشريعي للفسخ الجزئي المستند الى السلطة التقديرية للقاضي ، وانتهينا الى انه لا يوجد في المادة (177) من القانون المدني العراقي[66] ، ما يشير صراحة الى وجود نص عام يشرع الفسخ الجزئي بحيث يمكن ان يطبق على جميع العقود ، بل وجدنا ان المشرع قد أشار الى الفسخ الجزئي في نصوص متفرقة

من القانون المدني ، وقد بينا ان البعض قد رأى في هذا المسلك التشريعي ان هنالك رؤية واضحة لدى المشرع تدل على عدم تبني قاعدة عامة في الفسخ الجزئي ، حيث ان المشرع قد أورد بعض التطبيقات على سبيل الحصر، وقد دعته الى ذلك اعتبارات خاصة.

وإزاء عدم الوضح التشريعي بينا كيف انقسم الفقه والقضاء بشأن الفسخ الجزئي ، فهنالك اتجاه رافض له ، وهنالك اتجاه مؤيدا له .

والان نحاول ان نبين رأينا المتواضع في هذا الموضوع الذي احتدم حوله الخلاف .

ونقطة انطلاقنا هي المادة (177) من القانون المدني العراقي ، اذ نعتقد انه لا يوجد في هذه المادة ما يشير الى إمكانية إيقاع الفسخ الجزئي حيث ان الخيارات التي اعطاها المشرع للمحكمة إزاء طلب الفسخ هي:

1- ان تقضي بالفسخ الكلي اذا توافرت شروطه ، وهذا هو المعنى المتبادر من المادة (1/177)[67].

2-ان تعطي للمدين اجل[68].

3-ان ترفض طلب الفسخ ، وذلك اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة الى الالتزام في جملته ، وذلك بمقتضى المادة (1/177) والتي جاء فيها: ((... كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)) ، وان لفظ (الفسخ) الوارد في عبارة : (.. ترفض طلب **الفسخ** ..) قد جاء مطلقا ، ومن ثم فان الحكم – وهو الرفض– يكون شاملا للفسخ الكلي والفسخ الجزئي ، لذلك وجدنا ان البعض يذهب الى انه في حالة هذا الفرض[69] يجب على المحكمة ان تقتصر على تعويض الدائن عن الجزء الذي تخلف المدين عن تنفيذه[70] .

وقد يقول قائل ان المفهوم المخالف لعبارة : ((كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)) الواردة في المادة (1/177) من القانون المدني العراقي قد يدل على الفسخ الجزئي ، اذ ان المفهوم المخالف لهذه العبارة يقضي بانه : (يجوز للمحكمة ان تقبل طلب الفسخ – سواء كان كليا او جزئيا **لان اللفظ مطلق** - اذا كان مالم يوف به المدين **غير قليل** بالنسبة للالتزام في جملته) .

ان الاستدلال على الفسخ الجزئي بالمفهوم المخالف للمادة (1/177) ، على الوجه المتقدم لا يخلو من قوة .

كما ان البعض[71] حاول ان يستدل على جواز الفسخ الجزئي أيضا من خلال لفظ **(الفسخ)** الذي ورد مطلقا في عبارة ((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 مقتضٍ..)) المذكورة في المادة (1/177) من القانون المدني العراقي ، اذ ان النص لم يقيد طلب المتعاقد بالفسخ الكلي او الجزئي ، بل جاء لفظ (الفسخ) مطلقا، ان هذا الاستدلال لا يخلو من قوة أيضا.

أقول في مقام مناقشة الاستدلالين المتقدمين : ان المادة (160) من القانون المدني العراقي تنص على ان ((المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة)) ، ونعتقد ان اطلاق لفظ (الفسخ) المشار اليه في المادة (1/177) – حسب التفصيل المتقدم – مقيد بمنطوق المادة (392) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها : ((اذا كان الدين حالاً فليس للمدين ان يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلاً للتبعيض)) ، ان هذه المادة تتكلم عن الوفاء الجزئي وتقرر قاعدة عامة تقضي بعدم جواز اجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي دون رضاه[72] ، وما الحكم بالفسخ الجزئي إلا وفاءً جزئيا للالتزام ، ومن ثم فانه يجب ان لا يجبر الدائن على قبوله.

ولم اجد أحدا قد ربط بين الفسخ الجزئي والوفاء الجزئي ، واستنادا الى ما تقدم نقرر القاعدة الاتية : **(الأصل هو عدم جواز الحكم بالفسخ الجزئي إلا بموافقة الدائن ، وذلك لان الحكم بالفسخ الجزئي دون موافقة الدائن يستلزم منه اجبار هذا الاخير على قبول الوفاء الجزئي وهو امر مرفوض بصريح منطوق المادة (392) من القانون المدني العراقي).**

وعليه نعتقد انه في حالة التنفيذ الجزئي بخطأ المدين ما يأتي:

1- اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام بجملته فان للمحكمة ان ترفض الفسخ الكلي والجزئي حسب سلطتها التقديرية الممنوحة لها وان تحكم بالتعويض عن الجزء غير المنفذ او تأمر بتنفيذه تنفيذا عينيا حسب الاحكام العامة للتنفيذ العيني .

2- واما اذا كان ما لم يوف به المدين ليس قليلا بالنسبة للالتزام بجملته فليس للمحكمة إزاء هذا التنفيذ الجزئي ان تحكم بالفسخ الجزئي إلا بموافقة الدائن ، لان الحكم بالفسخ الجزئي يلزم منه الوفاء الجزئي ، ولا يجوز فرض هذا الأخير على الدائن دون رضاه.

الخاتمة Conclusion

بعد الانتهاء من البحث تبين لنا اختلاف الفقهاء والباحثون حول الفسخ الجزئي ، فالبعض أجاز الحكم بالفسخ الجزئي والبعض الاخر لم يجيز الحكم به ، كما ان هذا الخلاف تجسد عمليا من خلال موقف القضاء ، حيث ان القضاء مختلف كذلك في موضوع الفسخ الجزئي ، فبعض القرارات القضائية تجيز الحكم بالفسخ الجزئي وبعضها لا تجيز ، وقد حاول البعض ان يجد للفسخ الجزئي أساسا تشريعيا من خلال السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في المادة (177) من القانون المدني العراقي ، وقد اثبتنا عدم صحة هذا الاتجاه ، وقد انتهى بنا بالبحث بتقرير القاعدة الاتية : **(الأصل هو عدم جواز الحكم بالفسخ الجزئي إلا بموافقة الدائن ، وذلك لان الحكم بالفسخ الجزئي دون موافقة الدائن يستلزم منه اجبار هذا الاخير على قبول الوفاء الجزئي وهو امر مرفوض بصريح منطوق المادة (392) من القانون المدني العراقي).**

الهوامش Margins

(1) انظر : د. عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها جامعة عين شمس – كلية الحقوق ، المجلد الأول ، العدد الأول ، 1959 ، ص186. وانظر أيضا: د.عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر ، ص38.

(2) انظر : عبد الله جبار خشان ، الفسخ الجزئي للعقد ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة القادسية ، 2019، ص12.

(3) انظر : د. عادل شمران حميد وعبد المهدي كاظم ناصر ، دور الجزاءات البديلة للفسخ في المحافظة على العقد (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون – جامعة الكوفة ، المجلد 1 ، العدد 34 ، 2018 ، ص171.

(4) انظر: د. احمد السعيد الزقرد ، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ -الاتجاهات الحديثة في القوانين المصري والكويتي والفرنسي والإنكليزي مع الإشارة الى قانون البيع الدولي للبضائع ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق في جامعة المنصورة ، العدد 28 ، 2000، ص204 . وانظر أيضا :

Henri et Lèon Mazeaud et Jean Mazeaud , leçons de droit civil , tome deuxiéme , deuxiéme édition , montchrestien , Pares 1962., P 920.

(5) انظر ، د. احمد السعيد الزقرد ، المصدر السابق ، ص 209.

(6) انظر: د. امير طالب هادي التميمي ، الفسخ الجزئي للعقد (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، تصدرها كلية الحقوق في جامعة تكريت ، السنة (2) ، المجلد (2) ، العدد (2) ، الجزء الثاني ، 2018 ، ص192. وانظر أيضا : د. حسام الدين محمود محمد حسن ، وسائل انقاذ العقود من الفسخ (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، مصر ، 2020، ص190.

(7) انظر: د. حسام الدين محمود محمد حسن ، المصدر السابق ، ص191.

(8) انظر: د. رشيد خواضي ، الفسخ الجزئي للعقود المدنية ، بحث منشور في مجلة القضاء المدني ، يصدرها المركز الوطني للدراسات والعلوم القانونية بالرباط ، السنة (7) ، العدد (13) ، 2016 ، ص31.

(9) يشترط لايقاع الفسخ الكلي وجود عقد ملزم للجانبين ، واخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، وقدرة طالب الفسخ على تنفيذ التزامه وإعادة الحال الى ما كانت عليه ، والاعذار من حيث الأصل.

(10) انظر : د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص186. وانظر أيضا: نورس عباس العبودي ، التنفيذ المعيب للالتزام العقدي (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد ، 2018 ، ص225.

(11) اصطلاح (عدم التنفيذ الجزئي) يُبرز الوجه السلبي لحالة التنفيذ الجزئي ، اما اصطلاح (التنفيذ الجزئي) فانه يُبرز الوجه الإيجابي لحالة التنفيذ الجزئي ، وايا كان الامر فان الاصطلاحين متلازمان ، فكل (تنفيذ جزئي) للعقد يقتضي بالضرورة وجود (عدم تنفيذ جزئي) له ، وكل (عدم تنفيذ جزئي) للعقد يقتضي بالضرورة وجود (تنفيذ جزئي) له.

(12) انظر: د. رشيد خواضي ، المصدر السابق ، ص37.

(13) انظر: المصدر نفسه ، ص37.

(14) انظر :

Planiol et Georges Ripert et Jent Boulanger , traité de droit civil , tome 2 , librairie générale de droit et de jurisprudence R. pichon et R. durand-auzias 20, Rue Soufflot, 20 , Paris , 1959 , P204.

(15) انظر: د. وسن قاسم الخفاجي ، قابلية العقد للانفصال ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون في جامعة بابل ، المجلد (4) ، العدد الأول ، 2012، ص246. وانظر أيضا : د. رشيد خواضي ، المصدر السابق ، ص32.

(16) انظر : حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الاولى ، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية ، القاهرة ، 1949، ص9.

(17) المادة (1/146) من القانون المدني العراقي .

(18) انظر : د. وسن قاسم الخفاجي ، المصدر السابق ، ص248.

(19) جاء فيها ((اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، الا اذا حدث الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع، واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن)).

(20) اذ جاء فيها : ((يكون الالتزام غير قابل للانقسام: 1 – اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم.2 – اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك)).

(21) والتي جاء فيها : ((اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري، يهلك على البائع ولا شيء على المشتري الا اذا حدث الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع، واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن.)) ، تقابل هذه المادة (438) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها : ((إذا نقضت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري أما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وأما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن)).

(22) والتي جاء فيها : ((1 – اذا هلك المأجور في مدة الايجار هلاكاً كلياً، ينفسخ العقد من تلقاء نفسه. 2 – اما اذا اصبح في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي اجر من اجله او نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً، ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك جاز له اذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب باعادة المأجور الى الحالة التي كان عليها ان يطلب اما انقاص الاجرة او فسخ الاجارة.3 – ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين، ان يطلب تعويضاً اذا كان الهلاك او التلف يرجع الى سبب لا يد للمؤجر فيه)) ، تقابل هذه المادة المادة (569) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها : ((1- إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كليها ، أنفسخ العقد من تلقاء نفسه.2-أما إذا كان هلاك العين جزئيا ، أو إذا أصبحت العين في حال لا تصلح معها للانتفاع الذي أو جرت من أجله ، أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك ، فيجوز له ، إذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها أن يطلب تبعا للظروف أما إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار ذاته دون إخلال بما له من حق في أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقا لأحكام المادة السابقة.3- ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين أن يطلب تعويضا إذا كان الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب لا يد للمؤجر فيه)).

(23) والتي جاء فيها ((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 مقتضٍ **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)) ، تقابل هذه المادة المادة (157) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها:((1- في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين أن كان له مقتض.2- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين اجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته)).

(24) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول-المجلد الثاني- ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 2009 ، ص792. وانظر

أيضا: د. عبد الحميد الشواربي ، المصدر السابق ، ص38. وانظر أيضا: د. مصطفى عبد السيد الجارحي ، فسخ العقد (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 1988 ، ص107. وانظر أيضا : نورس عباس العبودي ، المصدر السابق ، ص228. وانظر أيضا : عبد الله جبار خشان ، المصدر السابق ، ص94.

(25) ويقابله نص المادة (157) من القانون المدني المصري .

(26) انظر المادة (160) من القانون المدني العراقي .

(27) وكذلك عبارة ((.. ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته)) الواردة في المادة (157) من القانون المدني المصري.

(28) من التطبيقات القضائية لرفض المحكمة الحكم بالفسخ عند عدم التنفيذ الجزئي ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية العراقية بما يأتي : ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ، ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد بانه لما استند اليه من اسباب موافق للأصول واحكام القانون ، وذلك لان دعوى المدعي (المميز) **انصبت على طلب فسخ العقد** المبرم بينه وبين دائرة المدعي عليه (المميز عليه) بسب عدم قيام الاخير بإنجاز الاعمال المدنية لمشروع (تنفيذ نظام متكامل لماء تبريد بسعة 10000 متر مكعب في الساعة لمصفى الدورة) والتي هي من التزامات المدعي عليه بموجب العقد ، مما تعذر عليه اكمال المشروع الذي تعاقد على انشائه ، واذ ان محكمة الاستئناف استكملت تحقيقاتها بالدعوى في ضوء ما رسمه قرار النقض الصادر من هذه المحكمة بالعدد 3028 /الهيأة الاستئنافية/2017 في 2017/9/11 ، **وتأيد لها من خلالها بان المدعى عليه انجز من الاعمال المدنية ما نسبته 85% والمتبقي فقط 15% وهي نسبة قليلة للالتزام في مجمله لا تبرر للمدعي (المميز) طلب فسخ العقد على وفق سلطتها التقديرية المبينة بالمادة 177 من القانون المدني** ، لاسيما وان المميز هو الاخر لم ينفذ كامل التزاماته العقدية ، وان التأخير في انتهاء اعمال العقد يعود للطرفين ، وبنسبة تقصير 50% لكل طرف على وفق ما موضح بتقرير الخبراء الثلاثة المبرز بالإضبارة ، والذي جاء مسببا ومعللا ، ويصح اتخاذه سببا للحكم على وفق المادة (140) من قانون الاثبات مع الأدلة الأخرى المطروحة في الدعوى ، **وإذ ان الحكم المميز قضى برد دعوى المدعي** للأسباب المتقدمة ، لذا واستنادا للمادتين 2/210 و 218 مرافعات مدنية قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي .. وصدر القرار بالاتفاق في .. 2018/1/18)) ، قرارها المرقم 167/الهيأة الاستئنافية / منقول /2018 ت/170 في 2018/1/18 ، منشور لدى القاضي قاسم فخري الربيعي ، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية -القسم المدني - ، الطبعة الأولى ، مطبعة الكتاب ، بغداد ،2018، ص183.

(29) انظر : منير القاضي ، ملتقى البحرين - الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الاول، مطبعة العاني، بغداد، 1951- 1952، ص285. وانظر أيضا: د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول – مصادر الالتزام ، ساعدت جامعة بغداد على نشره، مطبعة المعارف، بغداد، 1971، ص388. وانظر أيضا: القاضي موفق البياتي ، شرح المتون - الوجز المبسط في شرح القانون المدني العراقي ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2012، ص216. وانظر أيضا: المحامي فوزي كاظم المياحي ، انحلال العقد – الفسخ والاقالة في القانون المدني العراقي ، بدون ناشر ، 2015 ، ص44.

(30) انظر : د. عصام أنور سليم ، عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008، ص353.

(31) وكذا المادة (157) من القانون المدني المصري .

(32) انظر : شيشير وفيفوت وفيرمستون ، احكام العقد في القانون الإنكليزي ، ترجمة هنري رياض ، دار الجيل – بيروت ، ومروي بوكشوب – الخرطوم ، 1987 ، 645-647.

(33) انظر : المصدر نفسه ، ص 648-649.

(34) انظر :

Craig A Smith ,The essential contract law casebook , first publication , 2015, p525.

(35) انظر :

Ser jack beatson and Andrew Burrows and John Cartwright , Anson's law of contract , 29 the edition , oxford university press , great Britain , 2010 , P 454-455.

(36) انظر : بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي ، الطبعة الاولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص153.

(37) انظر المادة (1217) من القانون المدني الفرنسي.

(38) **في العراق** انظر: د. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، 1946، ص 100 . وانظر أيضا : د. ايمان طارق شكري وعلاء الدين كاظم الزيادي ، جزاء اخلال المقاول بالتزامه بإنجاز العمل ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون في جامعة بابل ، العدد الأول ، السنة السادسة ، 2014، ص141. وانظر أيضا: د. حسن محمد كاظم المسعودي ، واقعة الفسخ القضائي في ذاتها ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، تصدرها كلية القانون في جامعة كربلاء ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، 2014، ص 145 . وانظر أيضا : د. عادل شمران حميد وعبد المهدي كاظم مطر ، المصدر السابق ، ص175. وانظر أيضا : د. امير طالب هادي التميمي ، المصدر السابق ، ص 193. **وفي مصر** انظر : د. احمد السعيد الزقرد ، المصدر السابق ، ص203. وانظر أيضا ، د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص 792. **وفي فرنسا** انظر:

Gabriel Marty et Pierre Raynaud , tome 2 – les obligations , sirey , 22, rue soufflot , paris , 1962. P 265. Et voir aussi : Ambroise Colin et Henri Capitant , traité de droit civil , tome 2 , librairie dalloz , paris , 1959., P573.

(39) انظر : د . عصام أنور سليم ، المصدر السابق ، ص365 وما بعدها. وانظر أيضا :

AUBRY ET RAU , Droit Civil Francais 6ed par ESMEIN et PONSARD , T.IV ,N.302.

أشار اليه د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني –الالتزامات- المصادر -العقد ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2018 ، ص429.

(40) انظر: د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص101.

(41) انظر : د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص188.

(42) انظر : د. عصام أنور سليم ، المصدر السابق ، ص364.

(43) انظر : المصدر السابق ، ص379.

(44) انظر : د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص188. وانظر أيضا: د. حسام الدين محمود محمد حسن ، المصدر السابق ، ص192.

(45) انظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص792.

(46) انظر: د. عصام أنور سليم ، المصدر السابق ، ص370. وانظر أيضا : د. عادل شمران حميد وعبد المهدي كاظم ناصر ، المصدر السابق ، ص172.

(47) كالمادة (1/547) من القانون المدني العراقي ، والمادة (438) من القانون المدني المصري.

(48) جاء في المادة (3) من القانون المدني العراقي: ((ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)) ، أي انما ورد جوازه بالنص على خلاف القياس فانه يبقى مقصورا على مورده ، وقد سبق ان بينا انه لا يمكن القول بوجود إشارة صريحة بورود الفسخ الجزئي كقاعدة عامة في المادة

(1/177) من القانون المدني العراقي ، ومن ثم فان هذه التطبيقات التي وردت في الفسخ الجزئي تبقى قاصرة على مواردها ، والمقصود بالقياس في هذه المادة هو الأصل او القاعدة العامة ، فالاستثناء الذي يرد على هذا الأصل او القاعدة العامة يكون قد ورد على خلاف القياس ، فلا يصح اذن التوسع في هذا الاستثناء بالقياس عليه أيضا. انظر في هذا المعنى : المحامي فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقها وقضاءً، الجزء الأول -الباب التمهيدي- ، مطبعة السيماء ، بغداد ، 2019، ص50.

(49) انظر : د. عصام انور سليم ، المصدر السابق ، ص365.

(50) انظر : د . احمد السعيد الزقرد ، المصدر السابق ، ص125.

(51) انظر : عبد الله جبار خشان ، المصدر السابق ، ص72.

(52) انظر : د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص101.

(53) انظر : المصدر السابق ، ص101.

(54) انظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق، ص792.

(55) انظر : د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص101.

(56) انظر : د. احمد السعيد الزقرد ، المصدر السابق ، ص210. وانظر أيضا : د. حسام الدين محمود محمد حسن ، المصدر السابق ، ص192.

(57) انظر : د. مصطفى عبد السيد الجارحي ، المصدر السابق ، ص107.

(58) انظر : د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص101. وانظر أيضا: عبد الله جبار خشان ، المصدر السابق ، ص77.

(59) انظر في هذا الرأي : د. محمد حسن قاسم ، المصدر السابق ص 429.

(60) القرار رقم 1146/الهيأة الاستئنافية منقول /2012 في 2012/6/25، غير منشور ، أشار اليه المحامي فوزي كاظم المياحي ، انحلال العقد -الفسخ والاقالة في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص124.

(61) القرار رقم 83/الهيأة الاستئنافية منقول / 2015 في 2015/1/12، غير منشور ، أشار اليه المصدر السابق ، ص125.

(62) القرار رقم 1673/الهيأة الاستئنافية منقول / 2014 في 2014/8/21 غير منشور ، أشار اليه المصدر السابق ، ص125.

(63) قرارها المرقم 1595/الهيأة الاستئنافية / منقول /2016 في 2016/6/20، منشور لدى القاضي سعد جريان التميمي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية – القسم المدني – للاعوام 2016-2017، مكتبة السنهوري، بيروت ، 2011، ص249.

(64) قرارها المرقم نقض ، مدنية 1، 3 تشرين الثاني 1983، منشور في القانون المدني الفرنسي بالعربية ، ترجمة جامعة القديس يوسف – مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، دالوز - جامعة القديس يوسف – مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، 2012 ، ص1185.

(65) القرار رقم 1162/الهيأة الاستئنافية منقول /2008 في 2008/12/23، منشور في مجلة التشريع والقضاء ، العدد الثاني ، لسنة 2009، ص120.

(66) وكذلك المادة 157 من القانون المدني المصري .

(67) والذي جاء فيه: ((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 مقتضٍ..)).

(68) وذلك بمقتضى المادة (1/177) والتي جاء فيها :((.. على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل..)).

(69) أي الفرض القاصي بالاتي: ((كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)).

(70) او تحكم بتنفيذه تنفيذا عينيا حسب القواعد العامة في هذا التنفيذ. انظر : منير القاضي ،

ملتقى البحرين ، المصدر السابق ، ص285. وانظر أيضا: القاضي موفق البياتي ، المصدر السابق ، ص216. وانظر أيضا: المحامي فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقها وقضاءً ، المصدر السابق ، ص264.

(71) انظر : د. امير طالب هادي التميمي ، المصدر السابق ، ص206.

(72) انظر : د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني العراقي - احكام الالتزام ، العاتك لصناعة الكتب ، 2007، ص266. وانظر أيضا : د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1980 ، ص270.

المراجع References

أولا : الكتب

I. بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي ، الطبعة الاولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009.

II. د. حسام الدين محمود محمد حسن ، وسائل انقاذ العقود من الفسخ (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، مصر ، 2020.

III. د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني العراقي - احكام الالتزام ، العاتك لصناعة الكتب ، 2007.

IV. د. حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الاولى ، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية ، القاهرة ، 1949،

V. شيشير وفيفوت وفيرمستون ، احكام العقد في القانون الإنكليزي ، ترجمة هنري رياض ، دار الجيل – بيروت ، ومروي بوكشوب – الخرطوم ، 1987 .

VI. د. عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر.

VII. د. عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها جامعة عين شمس – كلية الحقوق ، المجلد الأول ، العدد الأول ، 1959.

VIII. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المصدر السابق ، الجزء الأول-المجلد الثاني- .

IX. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1980 ، ص270.

X. د. عصام أنور سليم ، عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008.

XI. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول – مصادر الالتزام ، ساعدت جامعة بغداد على نشره، مطبعة المعارف، بغداد،

XII. المحامي فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقها وقضاءً، الجزء الأول -الباب التمهيدي- ، مطبعة السيماء ، بغداد ، 2019،

XIII. المحامي فوزي كاظم المياحي ، انحلال العقد – الفسخ والاقالة في القانون المدني العراقي ، بدون ناشر ، 2015 .

XIV. القانون المدني الفرنسي بالعربية ، ترجمة جامعة القديس يوسف – مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، دالوز - جامعة القديس يوسف – مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، 2012 .

XV. د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني –الالتزامات- المصادر -العقد ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2018.

XVI. د. مصطفى عبد السيد الجارحي ، فسخ العقد (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 1988 .

XVII. منير القاضي ، ملتقى البحرين - الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الاول، مطبعة العاني، بغداد، 1951- 1952.

XVIII. القاضي موفق البياتي ، شرح المتون - الموجز المبسط في شرح القانون المدني العراقي ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2012.

ثانيا البحوث القانونية

I. د. احمد السعيد الزقرد ، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ -الاتجاهات الحديثة في القوانين المصري والكويتي والفرنسي والإنكليزي مع الإشارة الى قانون البيع الدولي للبضائع ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق في جامعة المنصورة ، العدد 28 ، 2000.

II. د. امير طالب هادي التميمي ، الفسخ الجزئي للعقد (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، تصدرها كلية الحقوق في جامعة تكريت ، السنة (2) ، المجلد (2) ، العدد (2) ، الجزء الثاني ، 2018.

III. د. ايمان طارق شكري وعلاء الدين كاظم الزيادي ، جزاء اخلال المقاول بالتزامه بإنجاز العمل ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون في جامعة بابل ، العدد الأول ، السنة السادسة ، 2014.

IV. د. حسن محمد كاظم المسعودي ، واقعة الفسخ القضائي في ذاتها ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، تصدرها كلية القانون في جامعة كربلاء ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، 2014.

V. د. رشيد خواضي ، الفسخ الجزئي للعقود المدنية ، بحث منشور في مجلة القضاء المدني ، يصدرها المركز الوطني للدراسات والعلوم القانونية بالرباط ، السنة (7) ، العدد (13) ، 2016 .

VI. د. عادل شمران حميد وعبد المهدي كاظم ناصر ، دور الجزاءات البديلة للفسخ في المحافظة على العقد (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون – جامعة الكوفة ، المجلد 1 ، العدد 34 ، 2018 .

VII. د. وسن قاسم الخفاجي ، قابلية العقد للانفصال ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون في جامعة بابل ، المجلد (4) ، العدد الأول ، 2012.

ثالثا : الاطاريح والرسائل العلمية

I. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، 1946.

II. عبد الله جبار خشان ، الفسخ الجزئي للعقد ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة القادسية ، 2019.

III. نورس عباس العبودي ، نورس عباس العبودي ، التنفيذ المعيب للالتزام العقدي (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد ، 2018 .

رابعا: التشريعات

I. القانون المدني الفرنسي 1804 المعدل بالمرسوم 131 لسنة 2016.

II. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

III. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951

خامسا : المجاميع القضائية

I. سعد جريان التميمي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية – القسم المدني – للاعوام 2016-2017، مكتبة السنهوري، بيروت ، 2011.

II. قاسم فخري الربيعي ، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية -القسم المدني - ، الطبعة الأولى ، مطبعة الكتاب ، بغداد ،2018.

III. مجلة التشريع والقضاء ، العدد الثاني ، لسنة 2009.

سادسا المصادر الأجنبية

(1) الكتب باللغة الانكليزية

I. Craig A Smith ,The essential contract law casebook , first publication , 2015.

II. Ser jack beatson and Andrew Burrows and John Cartwright , Anson's law of contract , 29 the edition , oxford university press , great Britain , 2010 .

(2) الكتب باللغة الفرنسية

I. Ambroise Colin et Henri Capitant , traité de droit civil , tome 2 , librairie dalloz , paris , 1959., P573.

II. Gabriel Marty et Pierre Raynaud , tome 2 – les obligations , sirey , 22, rue soufflot , paris , 1962.

III. Henri et Lèon Mazeaud et Jean Mazeaud , leçons de droit civil , tome deuxiéme , deuxiéme édition , montchrestien , Pares 1962., P 920.

IV. Planiol et Georges Ripert et Jent Boulanger , traité de droit civil , tome 2 , librairie générale de droit et de jurisprudence R. pichon et R. durand-auzias 20, Rue Soufflot, 20 , Paris , 1959 .