جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الكوفة - كلية القانون

النظام القانوني للفسخ الجزئي للعقد

The legal regime for the partial dissolution of the contract

بحث تقدم به

أ. د عبد المهدي كاظم ناصر

عبدالله جبار خشان

١٤٤٠ هـ

٢٠١٩م

الملخص

يعد مصطلح الفسخ الجزئي للعقد من المواضيع الحيوية التي تعالج حالات التنفيذ غير الكامل للعقد ، وذلك لما يوفره من امكانية تتناسب مع تطلعات المتعاقدين في المحافظة على روابطهم العقدية ولو بصورة جزئية ، ذلك لأن المحافظة على العقد او على بعض اجزائه من الممكن ان تربوا على وحدته ، ذلك الامر الذي يوجبه حسن النية في التعامل الذي يفرض على المتعاقدين ان يبذلوا اقصى ما يمكن من جهد لتنفيذ العقد و الابتعاد به عن الزوال ، بالإضافة إلى ذلك ان ارادة المتعاقدين في كثير من الاحيان تتجه للمحافظة عليه ، وذلك من خلال قصر الفسخ على بعض اجزائه دون ان يشمله بتمامه وعلى وجه الخصوص في العقود المهمة او التي تتم خارج حدود الدولة ، وذلك لما يصاحب ابرامها من عقبات تجعل من انهيارها بالكامل امراً بالغ الخطورة من شأنه ان يجر بخسائر كبيرة على الطرفين المتعاقدين .

ولكن بالرغم من ذلك فأن لم يحظى بالعناية اللازمة وعلى وجه الخصوص في القانونين العراقي والمصري ، وذلك لتمسكهما بالأسس التقليدية في فسخ العقد ، دون لالتفات لحجم التطور الذي بدء يظهر على الروابط العقدية و التي لم يقتصر على الروابط الداخلية فحسب بل شمل الدولية منها ، ولعل ما يؤكد ذلك هو التنظيم الذي حظي به الفسخ الجزئي للعقد في ظل اتفاقية فيينا الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع فقد اولته اهتماماً فائقاً لم تسبقها اليه التشريعات اللاتينية موضوع المقارنة ، ولعل الدافع وراء ذلك هو المحافظة على العقود التي تخضع لها والتقليل من حالات فسخها بالكامل وقصرها في اضيق الحدود .

Abstract

Summary The term partial annulment of the contract is one of the vital issues that deal with the incomplete implementation of the contract, because it provides a possibility commensurate with the aspirations of the contractors in maintaining their contractual links even partially, because the maintenance of the contract or parts of it can be raised on its unity, This is what is required by the good faith in the deal that requires the contractors to make the maximum possible effort to implement the contract and move away from the demise, in addition to the will of the contractors often to maintain it, by shortening the parts of some parts It should be covered completely E in particular task or contracts that are outside the borders of the state, so what accompanies the conclusion of the obstacles that make it collapse the entire thing very serious would have been substantial losses on the contracting parties. However, it has not received the necessary attention, especially in the Iraqi and Egyptian laws, for their adherence to the traditional principles of breaking the

contract without paying attention to the extent of development that began to appear on the contractual links, which not only internal links but also international ones, This is confirmed by the regulation that was achieved by the partial annulment of the contract under the Vienna Convention on the Contract for the International Sale of Goods, which was given unprecedented attention by the Latin legislation, the subject of comparison. The motive may be to preserve the contracts to which it is subject and to reduce the cases of its complete dissolution and shortening Minimalistic.

المقدمة

اولاً: جوهر فكرة البحث :

يعد العقد من أكثر النظم القانونية اهمية واوسعها تنظيماً ذلك لأنه وسيلة من وسائل التبادل بين الأفراد لها فعاليتها في تبادل الثروات ، خصوصاً بعد التطورات التي شهدتها وسائل الاتصال في العالم التي سهلت إبرام العقود وتنفيذها ، ولعل تنفيذ العقد هو المطلب الاساسي الذي يسعى اليه المتعاقدان ، فهما يعلقان عليه الكثير من الآمال والتطلعات المرتبطة بالمردود الذي يضيفه هذا التنفيذ على المتعاقدين بصورة مباشرة أو على الغير بصورة غير مباشرة ، كما ان أثاره لاتقف على هذا الحد بل تضيف نوعاً من الاستقرار القانوني بعيداً عن القلق الذي ينتاب المراكز القانونية الذي من الممكن ان يتحقق من خلال زوال العقود ، ولكن هذا المطلب لا يكون متاحاً دائماً ، ذلك لان العلاقات التعاقدية لا يمكن وصفها بالمثالية ، فغالباً ما يحدث ان احد المتعاقدين يتقاعس عن تنفيذ التزامه لسبب أو لأخر والأمر لا يثير اشكالاً إذا كان عدم التنفيذ هذا قد طال الرابطة العقدية بتمامها ، ذلك لان المتعاقد الآخر من جانبه يمكنه ان لا ينفذ التزامه استناداً لفكرة الترابط في الالتزامات ، ولكن يبدو الأمر أكثر اهمية في حالة التنفيذ الجزئي ، اي ان المدين لم يكن في نيته ان يتخلف عن تنفيذ التزامه بالكامل ولكن حدثت له بعض الصعوبات التي عرقلت تنفيذ العقد بصورة جزئية ، الأمر الذي تثور معه مسألة فسخ العقد بتمامه أو الاقتصار على الجزء الذي حدث الاخلال بشأنه.

ثانياً: اهمية البحث:

تتمثل أهمية هذا البحث في جانبين احدهما نظري والاخر عملي، يتمثل الجانب النظري بمحاولة وضع نظام قانوني يعالج مسألة الفسخ الجزئي للعقد في الوقت الذي تخلو فيه المكتبة القانونية من دراسات متخصصة تعالج هذا الموضوع ، ويتم ذلك من خلال الاطلاع على موقف القوانين المقارنة و الاتفاقيات الدولية ذات الصلة منه و اراء الفقه القانوني وموقف القضاء من هذا الموضوع ، للصول إلى رؤية شاملة عنه ثم صياغة هذه الرؤى بمقترحات ، اما بالنسبة للجانب العملي فأنه يتمثل بأن هذه الدراسة تحاول الابقاء على العقود منتجة لإثارها وذلك من خلال محاولة التقليل من حالات اللجوء للفسخ الكلي للعقد لمجرد ان احد اجزاء الرابطة العقدية قد اعتراها عيب في التنفيذ ، وفي الوقت نفسه تسعى للمحافظة على مصلحة الطرفين وذلك من

خلال عدم اللجوء إلى فرض الفسخ الكلي للعقد على المدين لمجرد ان تقصيراً بسيطاً قد صدر منه ، في الوقت الذي تسعى فيه ان لا تجعل الدائن هو من يتحمل عبء ذلك التقصير وإنما تهدف إلى اقامة موازنة متكافئة بين حقوق والتزامات الطرفين ، فكل التزام يزول لابد ان يزول الالتزام المقابل له بل ان للدائن الاولوية على الجزء المفسوخ لأنه يعود مملوكاً له وبأثر رجعي ، بالإضافة إلى ذلك فأنها تضيف نوعاً من الاستقرار للنظم القانونية وذلك من خلال محاولة انقاذها من الانهيار ، ولا ريب ان ذلك قد يلقي بظلاله على الاقتصاد العام في الدولة .

ثالثاً : اشكالية البحث

تتمثل اشكالية هذا البحث في عدة اسئلة في مقدمتها ما المقصود بالفسخ الجزئي للعقد ؟ ثم متى يمكن القول ان العقد قابلاً للفسخ الجزئي للعقد ؟ ثم بماذا يتميز الفسخ الجزئي للعقد عن غيره من النظم القانونية الاخرى في المحافظة على العقد ؟ ثم ما مدى كفاية القواعد العامة في التشريع العراقي في معالجة هذا الأمر؟

رابعاً : خطة البحث

وللإجابة على تلك الاسئلة سوف نقسم هذا البحث على مبحثين نحدد في اولهما المقصود بالفسخ الجزئي وذلك من خلال محاول وضع تعريف له في اللغةِ والاصطلاح القانوني وكذلك تحديد ابرز خصائصه اما المبحث الثاني فقد اثرنا ان نبحث فيه شروط إعماله .

المبحث الاول
ماهية الفسخ الجزئي للعقد

يعتبر الفسخ الكلي للعقد جزاءً مدنياً شديد الخطورة لما ينطوي علية من اثار مدمرة من شأنها ان تزلزل المراكز القانونية المستقرة ، فهو كما يقال ابغض الحلول ، ولكن بالرغم من ذلك فأن القضاء لا ينفك يلجأ اليه كلما قصر احد طرفي الرابطة العقدية بتنفيذ التزامه ، لذا لابد من ايجاد وسيلة اخرى من شأنها ان تقلل من فرصة اللجوء اليه و جعله في اضيق الحدود وذلك من خلال قصر الفسخ على مقدار الاخلال الصادر من المدين دون ان يمتد إلى الاجزاء الاخرى من العقد متى كان ذلك ممكناً ، وهو ما يعرف بالفسخ الجزئي للعقد ، إلا ان الاخير لم يكن بذات الشهرة التي أحرزها الفسخ الكلي للعقد فهو ما يزال مثار جدلاً فقهي وقضائي، ولتحديد ماهيته يتوجب علينا بحث ذلك في اللغة و الاصطلاح القانوني و لكونه نظاماً قانونياً له كيانه الخاص ووجوده الذاتي المستقل ولغرض الوقوف عليه بدقة لابد من بيان الخصائص المميزة له ، لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نعقد اولهما للتعريف بالفسخ الجزئي للعقد ، والثاني لبيان خصائصه .

المطلب لأول
التعريف بالفسخ الجزئي للعقد

لغرض الوقوف على ماهيته فان ذلك يتطلب منا تعريف الفسخ الجزئي للعقد لغةُ ليكون عوناً لنا عند وضع التعريف الاصطلاحي له ، لذا سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين ، اولهما للتعريف اللغوي ، اما الثاني فسيكون للتعريف الاصطلاحي.

الفرع الاول

تعريف الفسخ الجزئي للعقد لغةً

لبيان معنى الفسخ الجزئي للعقد لغةً يتحتم علينا تفكيك هذا المركب و إعطاء كل مفردة فيه المعنى اللغوي المناسب ليكون عوناً لنا للوصول للمدلول لاصطلاحي . و الفسخ في اللغة مصدر الفعل الثلاثي فسخ من باب قطع وضرب ، ويطلق على معان كثيره أهمها : الإلغاء، والانهاء ، والفك، والازالة، والطرح ، والنقض، والفساد[١]. وجاء في المعجم الوسيط بأن الفسخ ((فسخ الشيء نقضه ، يقال فسخ البيع أو العقد...أنفسخ الشيء انتقض وبطل وزال))[٢] . وعرف ايضاً بأنه رفع الحكم ، الغاء العقد (لعيب او نحوه) [٣].

اما الجزئي في اللغة فهو من اصل جزء ويقال يكتفي ببعض العناصر ، او هو حالة كون الشيء والأمر جزءاً لأخر، ويقال توصيل الطرفان إلى تسوية جزئية من المشكل القائم [٤] . في حين جاء في لسان العرب ((جزأ الشيء وجزأه جعله اجزاء، وجزأ المال بينهم قسمه)). والجزء في كلام العرب النصيب أو هو الاستغناء بالأقل عن الأكثر[٥].

والعقد في اللغة على نقيض الحل ، فيقال عقد يعقد عقداً وتعاقداً وهو من باب وصل الشيء بالشيء على سبيل الاشتياق ويراد به في ذلك العهد [٦].

يتضح مما تقدم ان المفهوم اللغوي للمركب بأجمعه (الفسخ الجزئي للعقد) هو الاقتصار على ازالة جزء من الرابطة العقدية بالفسخ مع بقاء الجزء الاخر قائماً منتجاً لأثاره .

الفرع الثاني

تعريف الفسخ الجزئي للعقد اصطلاحاً

يعرف الفسخ بصورة عامة بأنه حل الرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين ، نتيجة عدم قيام احد الطرفين بتنفيذ التزامه ، على ان الفسخ بصورته هذه قد يتحقق نتيجة وجود شرط فاسخ اقترن به العقد ، او قد يقع الانفساخ بقوة القانون إذا استحال على أحد الطرفين تنفيذ التزامه بسبب أجنبي عنه [٧]. اما بالنسبة للفسخ الجزئي للعقد ولعدم وجود تعريف جامع مانع و لأننا لا نريد ان نستبق الاحداث لذا سوف نذكر بعض ما اورده الفقه في هذا الصدد ، ليصبح ما نضعه من تعريف واضحاً في الذهن .

من البد يهي ان الافراد لا يدخلون في الروابط العقدية لمجرد التعاقد إنما الهدف الاساسي من تلك الروابط هو تنفيذها إلا ان هذا التنفيذ قد لا يكون كاملاً او يكون كذلك إلا أنه معيب ولما كان من طبيعة العقد الملزم للجانبين انه ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه فيصبح كل منهما دائناً للأخر ومدينا له [٨] . كما ينشئ في الوقت نفسه ارتباط بين تلك الالتزامات يمكن القول معه إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً كاملاً او تنفيذاً سليماً فان المتعاقد لأخر يكون امامه احد الحلول الثلاث : **اولهما** ان يفسخ العقد فسخاً كاملاً واضعاً بذلك حداً للرابطة العقدية ، وذلك من خلال اللجوء للقضاء مالم يكن العقد متضمن شرط يقضي باعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حكم قضائي ، اما **الحل الثاني** هو الاحتفاظ بالعقد جملة وترك المخاطر على عاتق الدائن اي ان يتم تنفيذ جزء من العقد تنفيذاً عينياً بينما يتم تنفيذ الجزء الاخر بطريق التعويض ، اما **الحل الثالث** وهو فسخ العقد فسخاً جزئياً بالنسبة للجزء الذي لم ينفذ من العقد والابقاء على الجزء الذي تم تنفيذه تنفيذاً عينياً [٩].

وهو ان الدائن الذي لم يحصل على تنفيذاً كاملاً للعقد لا يجبر هو الاخر على تنفيذ التزامه تنفيذاً كاملاً كما ان القاضي لا يجبر في جميع الحالات التي يتقدم بها اطراف العقد مطالبين بفسخ العقد فسخاً كلياً ان يستجيب لهذا الطلب بل هو يزن الامور ثم يقدر بعد ذلك حجم مخالفة المدين لالتزامه[١٠].

فاذا ما وجد ان حجم مخالفة المدين لالتزامه لا تبلغ قدراً من الجسامة بحيث تبرر الفسخ وان الامر يمكن تداركه فانه يبقي على العقد بصورة كلية مع التعويض[١١]. في حين قد يجد ان الفسخ امراً لا مناص منه فعليه ان يحدد في تلك الحالة اما ان يقضي بفسخ العقد فسخاً كلياً او ان يقتصر على الجزء غير المنفذ او الذي تم تنفيذه بشكل معيب ، والحل الاخير يبدو اكثر ملاءمة خصوصاً في العقود التي تنطوي على جملة من الاداءات المتقابلة وان حجم الضرر الذي يصيب المدين يفوق كثيراً الضرر الذي يصيب الدائن ، لذا يحرص القاضي إلا يستفيد الدائن من الوضع الأكثر اضراراً بالمدين وذلك من خلال اجراء الموازنة بين المصالح المتعارضة دون الوقوف بشكل حرفي على ما أراده المتعاقدان من العقد ويتم ذلك من خلال انقاص كم من أداء الدائن بقدر ما نقص من اداء المدين خصوصاً في العقود التي تقبل الانقسام اذ تتكون من ازواج من الأداءات المستقلة عن بعضها لكل واحد منها كيانه الاقتصادي وان كل زوج منها تتحقق بها مصلحة المتعاقد [١٢].

لذا فقد عرف بأنه الجزاء العادل أو الملائم بالنسبة للعقود التي تتضمن التزامات مختلفة او مستقلة عن بعضها البعض فبدلاً من التضحية بالعقد بالكامل لمجرد تخلف او نقص احد تلك الاداءات في الوقت الذي يمكن للمحكمة وبطريق الفسخ الجزئي انقاص الاداء المقابل والابقاء على العقد قائماً منظماً لعلاقة طرفيه [١٣].

كما عرف ايضاً بأنه الجزاء الذي ينصب على موضوع الرابطة العقدية ومعناه عدم الاعتراف بجزء من الالتزام غير المنفذ والابقاء على الجزء الاخر وذلك يتطلب من القضاء عدم التفريط والتجاوز من خلال التحقق من صفة التجزئة الموضوعية لمحل العقد ، مما يقتضي حرصاً شديداً وعناية فائقة في تفسير ارادة الطرفين والعمل على تحقيق ما اراداه [١٤].

وعرفه جانب من الفقه بأنه الخيار الذي يثبت للقاضي في حالة اخلال المدين بتنفيذ التزامه اخلالاً يقتضي هذا التدخل ويبرره وكان التزام المدين قابلا للتجزئة بقولهم ((فاذا رأى القاضي ان عدم التنفيذ خطير يبرر الفسخ بقى عليه ان يرى هل يقضي بفسخ العقد كله او يقتصر على جزء منه مع بقاء الجزء الاخر لكنه يقضي بفسخ العقد كله اذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة أو كان يحتمل التجزئة غير ان الباقي دون تنفيذ هو الجزء الاساسي من الالتزام)) [١٥].

وعرفه رأي اخر بانه الحل الوسط بين الابقاء على العقد مع التعويض عن الجزء غير المنفذ وبين فسخ العقد كله وهذا الحل هو الفسخ الجزئي للعقد وذلك بأن ينقص القاضي من كم اداء الدائن بقدر ما نقص من اداء المدين ذلك لان كل تنفيذ غير كامل لابد ان يقابله تنفيذ اخر غير كامل [١٦].

كما عرفه رأي في الفقه الفرنسي بأن الفسخ الجزئي للعقد ليس إلا ترميم للعقد فعلى حد قوله ((للقاضي في بعض الحالات وبدون زوال العقد أن يأخذ في الحسبان تقصير أحد الفريقين كي ينقص الموجب الملازم (الالتزام المقابل) للفريق الاخر ولاريب ان ما يقوم به القاضي ليس إلا ترميم للعقد))[١٧].

وفي ذات الصدد فقد ورد ايضاً بأن العقد الذي يشكو من عدم التنفيذ الجزئي عقد اعرج لابد من اعادة التوازن اليه عن طريق تكملة الالتزام الناقص فيه ويمكن اصلاحه ايضاً بتقليص مقابل للالتزام الاخر فيتقابل مع التنفيذ غير الكامل تنفيذ أخر غير كامل ، وذلك من خلال الفسخ الجزئي للعقد وهذا ما هو إلا خطوة تقدمية في نظرية عدم التنفيذ الجزئي ، فالقاضي بانقاصه المحل بالقدر الذي يبدو له مكافئاً للنقص الذي اعترى الاداء المقابل يباشر بذلك ماله من تقدير على الالتزامين في العقد فهو يقدر ان احدهما كاف لكي يستبعد الفسخ ومن ثم يقدر الانقاص الذي يفرض نفسه على الالتزام المقابل [١٨].

كما عرف ايضاً أن الفسخ الجزئي للعقد هو حكم قانونى محتمل وهو يستند إلى " منطق المعقولية" لأنه يهدف إلى تحقيق التوازن والعدالة والإنصاف ، ذلك لان هذه الفرضية لها قيمتها فيما لو تم استخدامها بالشكل الامثل مقارنة بالفسخ الكلي للعقد ، وذلك كله يتطلب حرصاً شديداً من قبل القضاء في تطبيق احكامها[١٩].

واذا كان فسخ البيع لا يمكن ان يكون إلا تاماً حتى عندما يكون عدم التنفيذ الذي يعلله جزئياً ، إلا ان اتفاقية فيينا قد خرجت عن هذا المبدأ في فرضين احدهما إذا كان تنفيذ العقد متتابعاً والاخر عندما يسلم البائع بضائع غير مطابقة لاشتراطات العقد إلا بصور جزئية ، فيظهر الفسخ الجزئي للعقد بوصفه معاقبة طفيفة يمكن ان يفرضها الدائن على مدينه[٢٠].

مما تقدم يمكن القول ان تلك التعاريف سالفة الذكر تحاول ابراز الجانب القضائي دون الجانب الارادي لهذا الصورة من صور الفسخ فمن خلال استعراض تعريفات الفقه القانوني على وجه الخصوص نجدها تركز على مسألة قدرة القاضي على القضاء بهذه الصورة من صور الفسخ من عدمها وكذلك مدى قابلية محل الرابطة العقدية للانقسام ، ولكنها لم تولي ارادة الاطراف اي اهتمام ، على الرغم من ان الارادة تأخذ دوراً فعالاً في اطار الروابط العقدية للحد الذي قد توصف فيه بأنها تشكل قانوناً للطرفين في الحدود الذي لا تتعارض فيها مع النظام العام والآداب على وفق ما سيأتي تفصيله في المباحث التالية .

لذا يمكن ان نعرفه ، بأنه حل جزء من الرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين نتيجة عدم قيام احد الطرفين بتنفيذ التزامه تنفيذاً كاملاً او تنفيذه بشكل معيب و يتم ذلك اما عن طريق القضاء او بموجب ارادة صريحة من الطرفين .

المطلب الثاني

خصائص الفسخ الجزئي للعقد

لعل ابرز ما يتصف به الفسخ الجزئي للعقد مقارنةً بصور الفسخ الاخرى ، بأنه ذو فعالية تهدف إلى المحافظة على الروابط العقدية ، وذلك من خلال محاولة الفصل بين الاجزاء المنتجة في الرابطة العقدية وبين تلك التي شابها القصور دون التضحية بها جميعاً ، وهو بهذه الصورة لا يقف عند الجانب القضائي فحسب بل يمتد ليشمل ارادة الاطراف ايضاً، تلك الارادة التي تحاول ان تحمي ما وصلت اليه من منجزات قانونية ولو بصورة جزئية، تلك المنجزات التي قطع الاطراف شوطاً في تحقيقها، ولغرض الوقوف على تلك الخصائص التي يمتاز بها الفسخ الجزئي للعقد، لذا سوف نوزع البحث في هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى النحو التالي.

الفرع الاول

بروز الطابع القضائي والارادي للفسخ الجزئي للعقد

يتميز الفسخ الجزئي للعقد بأن للقضاء فيه دوراً لا يستهان به ذلك لا نه يتعلق بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو تنفيذاً معيباً، فلا تثور مشكلة إذا لم ينفذ المدين التزامه تنفيذا كلياً فان العقد يفسخ فسخاً كلياً بسبب فكرة الترابط بين الالتزامات التي تقوم عليها العقود الملزمة للجانبين والتي تجعل من التزام الدائن مرتبطاً بالتزام المدين فاذا لم ينفذ هذا الاخير التزامه فان الدائن هو الاخر لا يجبر على تنفيذ التزامه[٢١]. ولكن الامر يبدو أكثر تعقيداً فيما لو كان التنفيذ جزئياً ، ففي عقد البيع مثلا لو قام المشتري بأداء جزء من الثمن فقط وامتنع عن اداء الجزء الباقي او كما لو سلم البائع المبيع وهو معيباً[٢٢].

ولان الفسخ جزاءً مدنياً خطيراً لذلك يتعين على القاضي التعامل معه بحذر شديد حماية للروابط العقدية وذلك من خلال الموازنة بين مصلحة كل من الدائن و المدين فاذا ما وجد ان

العقد قد فقد مبرر وجوده فليس هنالك ما يدعوا إلى استخدام وسائل اخرى غير الفسخ للموازنة بين مصالح الطرفين [٢٣] .

ففي تلك الحالة وبعد ان اصبح الفسخ امراً حتمياً فعلى القاضي ان يحدد إما ان يقضي بفسخ العقد كاملاً او يقتصر على الجزء الذي وقع الاخلال بشأنه والأخير يبدو أكثر قرباً للعدالة لأنه يشكل انقاذاً قضائياً للعقد في الحالات التي تكون فيها مخالفة المدين لا تحرم الدائن من جني ثمار العقد بشكل كلي [٢٤].

ويعود ذلك إلى توجه أساسي في فقه القانون المدني وهو الابقاء على العقود صحيحة و نافذة ما امكن ذلك اي ألا يترك مصيرها لإرادة احد المتعاقدين ينهي الرابطة العقدية برمتها بمجرد امتناعه عن تنفيذ التزامه [٢٥]. ولما كان القضاء هو الخادم الأمين للعدالة والحارس اليقظ الذي يسهر على كفالة احترام النظام القانوني [٢٦]. لذا فان اناطة الفسخ الجزئي للعقد بالقضاء من حيث التحقق من توافر شروطه والنطق به يعد امراً بديهياً إلا انه بالرغم من ذلك ليس امراً مطلقاً وانما يقيده في ذلك استثناء وهو مبدأ سلطان الارادة ، اذ سمح القانون للمتعاقدين ان يضمنا عقدهما شرطاً يقضي باعتباره مفسوخاً اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه وهذا الشرط يتدرج من حيث القوة فقد يكون بصورة ان العقد يعتبر مفسوخاً اذا لم ينفذ المدين التزامه وقد يكون بصورة ان العقد يعتبر مفسوخ من تلقاء نفسه دون حكم قضائي وقد يصل إلى اقصى ما يمكن فيعتبر العقد مفسوخاً من دون حكماً ولا انذار [٢٧].

فاذا كان الافراد يملكون القدرة على وضع حد للرابطة العقدية بأكملها فمن الاولى ان لهم ان يتفقوا على فسخ جزء من العقد في حالة التنفيذ الجزئي او التنفيذ المعيب وذلك انطلاقا من القاعدة القاضية ان من يملك الكل يملك الجزء ، اضافة إلى ذلك فانه يحقق مقاصدهم في المحافظة على العقد ، كما ان تنفيذ العقد يجب ان يتم بالصورة التي تراضى عليها طرفاه حقيقة اوحكماً[٢٨].

إلا ان سؤالاً قد يثار في هذا المقام وهو هل من الممكن ان يكون الفسخ الجزئي للعقد فسخاً قانونياً اي في حالة هلاك المعقود عليه جزئياً او في حالة حدوث عيب في جزء منه بسبب اجنبي ينفسخ العقد بمقدار الجزء الهالك او المعيب ؟ للوهلة الاولى قد يبدو امراً مقبولا لا اشكال فيه وهو ان ينص المشرع على ان ينفسخ العقد بحكم القانون بقدر الجزء الهالك او المعيب ولكن تظهر مسألة تحديد مدى اهمية ذلك الجزء من الالتزام الذي لم ينفذ بسبب اجنبي على العقد برمته خصوصاً وان المشرع لا يستطيع ان يحدد مقدار تلك الاهمية مهما اجتهد في ذلك لان صميم عمله صياغة القواعد العامة دون النزول إلى دقائق الامور وتفصيلاتها [٢٩].لذا فالقضاء هو المجال الحيوي لذلك الفسخ في حالة عدم وجود اتفاق للطرفين يحدد مقدار اهمية كل جزء من اجزاء الرابطة العقدية ذلك لأن القضاء يقع عليه واجب فحص وتقدير موقف كل طرف من اطراف الرابطة العقدية ، فقد يجد ان مقدار الاخلال الجزئي في العقد يفقده مبرر وجوده مما يجعله يقضي بفسخ العقد بكامله [٣٠].

هذا ويذهب رأي في الفقه عند تعليقه على هذا الموضوع ، بأن من حالات القوة القاهرة التي تحدث هلاكاً جزئياً في محل العقد هي حالة الهلاك الجزئي في المأجور في عقد الايجار فللمستأجر عند هلاك بعض العين المؤجرة اختيار احد امرين تنقيص الأجرة مع الإبقاء على عقد الايجار أو طلب فسخه وإنهائه ولا يقع الفسخ هنا (كما في حالة الهلاك الكلي) حتماً وبقوة القانون وبمجرد إعلان ارادة الدائن فللمحكمة سلطة تقديرية واسعة للحكم بالفسخ او بانقاص الاجرة ، لذا فهذا الرأي يخرج الفسخ الجزئي في حالة القوة القاهرة من نطاق الفسخ القانوني (الانفساخ) ليدخله في اطار الفسخ القضائي [٣١].

الفرع الثاني

يقتصر على جزء من العقد فقط

اذا كانت القاعدة العامة ان ينال الفسخ الرابطة العقدية بتمامها فيعيد المتعاقدين إلى وضعهم السابق على التعاقد فينهي بذلك الكيان القانوني للعقد ويفقده قوته الملزمة الا ان تطبيق تلك القاعدة على اطلاقها يؤدي إلى ترتيب اثار اقتصادية واجتماعية غير مرغوب بها ، لذا فالفسخ الجزئي يمثل استثناء على تلك القاعدة فهو ينال جزء من الرابطة العقدية وبالقدر الذي لم ينفذ او الذي تم تنفيذه بشكل معيب [٣٢].

ففي عقد البيع مثلا لو ان المشتري وجد المبيع معيباً في جزء منه إلا انه استغرق وقتاً بين تسلم المبيع واكتشافه لذلك العيب في الوقت الذي رتب فيه حقوقاً للغير على ذلك المبيع ففي تلك الحالة فأن المشتري خيارين : **الاول** ان يطلب فسخ العقد وذلك بإعادة المبيع و استعادة الثمن وهذا الخيار يثبت له بمقتضى القواعد العامة التي تخول الدائن في حالة اخلال مدينه بتنفيذ التزامه ان يطلب فسخ العقد إلا ان الخيار الأخير يوصف بكونه الحل الاكثر خطورة لأنه يزلزل المراكز القانونية المستقرة ويهدد الاستقرار الذي تبنى عليه العلاقة العقدية [٣٣].

اما **الخيار الثاني** والذي يعرف بانه الحل الوسط بين فسخ العقد بالكامل بما يصاحبه من اثار قاسية وبين الإبقاء عليه بما فيه من علل تحول دون استعمال المعقود عليه في الغرض الذي اعد له ، او بحسب ما توخاه المشتري منه [٣٤]. وهذا الحل هو فسخ العقد فسخاً جزئياً ويتم ذلك من خلال انقاص التزامات الدائن بقدر ما نقص من التزامات المدين وفي مثالنا المتقدم فان المشتري يستطيع ان يسترد جزءاً من الثمن يتناسب مع مقدار العيب الحاصل في المبيع ويتم ذلك من خلال تقدير المبيع سالماً ثم تقديره وهو معيب فان مقدار الفرق بين التقديرين هو ما يستطيع ان يسترده المشتري من البائع[٣٥].

ومما لاشك فيه ان الاقتصار على فسخ جزء من العقد من شأنه ان يوفق بين مصالح الطرفين المتعارضة[٣٦] . والأمر ذاته بالنسبة لعقد المقاولة فلو اوفى المقاول بجزء من التزامه فان تطبيق القواعد العامة والتي تخول رب العمل التحلل من الالتزام بجملته يعد جزاء شديد القساوة بالنسبة للمقاول من شأنه ان يهدد بخسارة كبيرة خصوصاً اذا كان مالم يوفِ به قليل الاهمية بالنسبة إلى الالتزام بجملته ولان واجب الامانة يفرض على الأطراف حداً أدنى من التضامن يتمثل في عدم جني مصلحة أنانية من العقد وعدم التضحية بمصالح الطرف الأخر لذا فان لاقتصار على حل جزء من الرابطة العقدية يعد الحل الاقرب للعدالة[٣٧] .

الفرع الثالث
الفسخ الجزئي وسيلة للمحافظة على العقد

لعل العناية النظرية التي حظى بها العقد في الدراسات القانونية هي عناية فائقة لم ينلها اي نظام قانوني اخر ولا عجب في ذلك لما للعقد من اهمية عملية في النشاط الانساني فهو ليس مظهر من مظاهر الحرية الفردية فحسب بل هو مما يقوم عليه النشاط الاقتصادي في المجتمع الانساني بوصفه أداة للمبادلة و وسيلة للتعاون بين البشر على نحو يتجلى فيه الالزام القانوني [٣٨].

ولما كان العقد يحتل تلك المرتبة في النظام القانوني فلابد ان ينفذ ، اذ الأصل فيه انه يلزم عاقديه بكل ما يرد فيه ، فهو يتضمن قوه تحتم على طرفيه الرضوخ والاذعان له في كل ما يحتويه ، فالعقد بالنسبة لأطرافه وفي حدود العلاقات التي يحكمها كالقانون فلا يستطيع أحدهما ان يستقل بنقضه او تعديله مالم يصرح القانون بذلك او تقضي به الإرادة[٣٩] .

إلا ان الامر لا يسير على هذا النحو دائماً فكثير ما يحدث ان يعترض تنفيذ العقد بعض العراقيل التي تجعل المسؤولية العقدية امراً واضحاً للعيان إلا ان تطبيق احكام المسؤولية ، العقدية بطابعها التقليدي لا يخدم فكرة المحافظة على العقد[٤٠]. ذلك العقد الذي لم يبرم في الغالب إلا بعد مفاوضات شاقة ومكلفة ، كما ان تطبيق القواعد العامة في الفسخ يقتضي إعادة البضائع

بعد ارسالها وما يصاحب ذلك من نفقات النقل والتأمين ومن اجراءات صحية وإدارية لازمة لدخول البضائع وخروجها خصوصاً في العقود التي تتم خارج حدود الدولة هذا فيما يخص البضاعة و الحال ذاته بالنسبة للثمن اذ يتطلب هو الأخر الدخول في عمليات ائتمانية مع المصارف كفتح الاعتمادات المستندية وغيرها من الاجراءات القانونية[٤١].

اضافة إلى ذلك هنالك جانباً من العقود التي تتميز بأهميتها حيث تقوم عليها اقتصاديات الدول والتي يمتد تنفيذها فتره من الزمن و تتضمن في الوقت ذاته اداءات متعاقبة فمن الحيف فسخها بالكامل خصوصاً اذا ما قطع في تنفيذها شوطاً طويلا لذا فان زوالها بالكامل يرتب اضراراً تفوق كثيراً الاضرار المترتبة في حالة لاقتصار على جزء منها وهذا يتطلب اعتماد حل وسط يحقق مصالح الاطراف المتعاقدة ويقضي على تلك العقبات التي تواجه المتعاقدين و يتم ذلك من خلال قصر الفسخ على الجزء الذي حدث الاخلال بشأنه ، فهذا من شأنه ان يوفر قدر من الحماية للعقد ويوازن بين اداءات المتعاقدين بحيث يأخذ كل متعاقد مقابل ما أداه من التزام ، بالإضافة إلى ذلك ان التوازن العقدي هو احد المبادئ الجوهرية التي يجب ان يقوم عليها العقد لكي لا يطغى طرف على حساب الطرف الاخر فالعدالة تستوجب توزيع المزايا والاعباء في ظل مبدأ حسن النية[٤٢].

وفي ختام ما تقدم يمكن القول ان اهمية العقد والمكانة التي يحظى بها ما بين عاقديه ، سواء كان ذلك في اطار العقود الوطنية او الدولية التي تمر بسلسلة من الاجراءات الطويلة والمعقدة والمكلفة في ذات الوقت ، تقتضي ايجاد وسيلة تحافظ على تلك العلاقات ، وذلك من خلال الاقتصاد في فسخها ، ولعل ذلك ما يفعله الفسخ الجزئي للعقد ، فهو يحاول ان يطوق الاخلال الذي يعتري العقد ليجعله في جزء منه دون ان يناله بتمامه.

المبحث الثاني

شروط اعمال الفسخ الجزئي للعقد

الفسخ الجزئي للعقد وكما هو الحال بالنسبة لنظيره الفسخ الكلي لابد لتطبيق احكامه من توفر مجموعة شروط تجعل منه وسيلة ناجعة في معالجة حالات التنفيذ الجزئي للعقد ، وهذه الشروط بطبيعة الحال تنقسم إلى قسمين القسم الاول هو الشروط العامة للفسخ الجزئي ، و يقصد بها تلك الشروط التي تمليها عليه القواعد العامة في الفسخ كضرورة وجود عقد ملزم للجانبين و عدم تنفيذ من احد الطرفين لالتزامه و وجود مطالبة قضائية في بعض الاحيان يسبقها اعذار ، و لأن تلك الشروط تعتبر من البديهيات في مجال فسخ العقد [٤٣]. لذا سوف نكتفي بالإشارة لها دون الخوض في تفصيل احكامها ونكتفي بإحالتها للقواعد العامة في الفسخ ، اما القسم الثاني من الشروط والتي تشكل حجر الاساس للموضوع مدار البحث ولعل اهمها شروط الفسخ الجزئي المتعلقة بموضوع العقد، والمقصود بموضوع العقد في هذا المقام هو محل العقد [٤٤] كحالة جود تنفيذ جزئي وكذلك عدم كفاية الوسائل البديلة للفسخ في ان تحافظ على محل العقد بتمامه ، لذا لابد من تسليط الضوء على تلك المسائل بشيء من الدقة وذلك على فرعين .

المطلب الاول

وجود تنفيذ جزئي للعقد

مما لاشك فيه ان اولى مقدمات الفسخ الجزئي للعقد هو حالة التنفيذ الجزئي ولكن لعل سؤالاً يبرز في هذا المقام هو متى يكون تنفيذ العقد جزئياً او بعبارة اخرى متى يمكننا القول ان العقد قد نفذ في جزء منه ؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد من تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول
التنفيذ الجزئي من الناحية الكمية

التنفيذ الجزئي من الناحية الكمية او العددية وهذا الاخير ينقسم بدوره إلى صورتين: الاولى: وتشمل حالة التنفيذ الجزئي للعقد منذ البداية كما لو سلم المدين المعقود عليه بصورة ناقصة كما هو الحال في عقد البيع مثلا، فلو تعاقد شخص على شراء مائة طن من القمح مثلا ثم تبين عند التسليم ان المقدار الموجود من القمح هو تسعين طن فأن للمشتري وفقاً لتلك الفرضية الخيار بين فسخ العقد فسخاً كلياً وذلك اذا ما وجد ان الجزء المنفذ لا يحقق الغرض المبتغى من التعاقد او له ان يفسخ العقد بقدر الجزء الذي لم ينفذ من العقد [٤٥].

وقد تجلى هذا الامر في احد اقضية محكمة استئناف باريس الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها بأن عقد ابرم بين شركة (Örtop Örme) المؤسسة وفق القانون التركي والتي ينحصر عملها بتصدير الملابس الجاهزة مع شركة(Z-A B) وكان العقد يتضمن تسليم كمية من البلوفرات على ان يتم التسليم في (٩ اب اغسطس ٢٠١٠) على ان يتم دفع الثمن بموجب اعتماد يفتح في بنك (CIC) وبالفعل قامت الشركة المشترية (Z-A B) بتنفيذ التزامها بفتح الاعتماد في وقته المحدد إلا ان بعض الخلافات حصلت بين الشركتين تطلبت تمديد فترة التسليم إلى (١٦ أب اغسطس) وتبعاً لذلك تم تمديد فترة الاعتماد إلى ذلك التاريخ ولكن تم ادراج شرط يمنع التسليمات الجزئية للعقد وبالفعل تم تسليم الكمية المتفق عليها قبل الموعد المحدد وذلك في(١٣ اب اغسطس) ولكن بصورة ناقصة وتم قبول ذلك من قبل المشتري ، وفي ٢٨ اب اغسطس تم تسليم الجزء المتبقي من البضاعة ولكن المشتري لم يستلمه بذريعة ان موعد التسليم قد فات وان الموسم الذي يتم فيه تصريف البضاعة من قبله قد انتهى وبالتالي فلا مجال لقبولها مما اضطره إلى رفع دعوى يطالب فيها بفسخ العقد فسخاً جزئياً مع التعويض عن الاخلال في التنفيذ إلان المحكمة التجارية في باريس قد رفضت ذلك مما دفعه إلى الطعن بذلك امام محكمة الاستئناف والتي بدورها ايدت طلبه وحكمة بفسخ العقد بقدر الجزء غير المنفذ والزام شركة (Örtop Örme) بدفع تعويض قدره (١٥٠٠٠) يورو، وقد اوضحت ان قبول المشتري التنفيذي غير الكامل لا ينفي حقه بطلب الفسخ الجزئي للعقد [٤٦].

اما بالنسبة للصورة الثانية من صور التنفيذ الجزئي للعقد من الناحية الكمية فهي تظهر في حالة تسليم المعقود عليه بصورة كاملة ولكن يظهر فيما بعد ان جزء منه مملوك للغير كما هو الحال في حالة الاستحقاق الجزئي أو يتبين ان للغير حقوق على جزء من المعقود عليه اي ان يكون مثقلا بتكليف معين ، وهنا يظهر دور المحكمة في النظر إلى ذلك الجزء غير المنفذ من العقد او المثقل بحق للغير هل من شأنه ان يقضي على الغرض الاساسي من التعاقد وبالتالي يحرم الدائن من المنفعة المتوقعة من العقد ففي تلك الحالة فان المحكمة لا تجد سبيلاً سوى بفسخ العقد فسخاً كلياً ، اما لو اتضح لها ان الجزء المستحق للغير او المثقل بتكليف ليس من شأن ان يحرم الدائن من الغرض الرئيس من التعاقد ففي تلك الحالة فان الفسخ الجزئي للعقد يبدو امراً مقبولاً [٤٧].

ولعل القضاء عند تحديده لمقدار الاهمية التي يبتغيها الدائن من العقد ان ينظر إلى تلك المسألة قبل التعاقد لا بعده ففي عقد البيع مثلا اذا وجد ان القسم المستحق من المبيع او المثقل بتكليف معين ما كان ليمنع المشتري من الشراء لو علم به قبل العقد ففي تلك الحالة يصبح الفسخ الجزئي امراً مناسباً و لا يمكن التضحية به لصالح الفسخ الكلي للعقد خصوصاً وان له في جميع الاحوال ان يطالب بالتعويض إلى جانب الفسخ الجزئي ، أما إذا كان الجزء الفائت من العين او المنفعة يبلغ قدراً لو علم به المشتري قبل الشراء لما اقدم على الشراء كما لوكان المبيع ارض قد اشتراها لبناء مصنع ثم استحق جزء منها بحيث لم تعد صالحة لبناء ذلك المصنع ففي تلك الحالة لا يمكن طرح مسألة الفسخ الجزئي فهي مستبعدة تماماً لصالح الفسخ الكلي للعقد [٤٨].

الفرع الثاني

التنفيذ الجزئي من الناحية النوعية

التنفيذ الجزئي من الناحية النوعية وهو على خلاف النوع الاول ففيه يسلم المدين المعقود عليه كاملاً من الناحية العددية او الكمية ولكن جزء منه غير مطابق لشروط العقد ، وفي هذا النوع لابد ان نفرق بين حالتين :الاولى: وهي التي يساق اليها الدائن من تلقاء نفسه دون ان يكون هنالك ثمة تقصير ينسب للمدين كما لو اشترى شخص مجموعة من التماثيل معتقداً ان جميعها اثرية في حين على العكس من ذلك ان جزء منها هو الاثري اما الباقي فهي تماثيل عادية ففي هذه الحالة يكون المشتري قد وقع في غلط وذلك بتوهمه شيء خلاف الواقع فهذه الحالة تخرج عن مضمون فكرة الفسخ الجزئي للعقد لتدخل في نطاق عيوب الارادة والتي يكون فيها العقد موقوفاً بالنسبة للجزء الذي اعتراه العيب [٤٩].

اما الحالة الثانية من حالات التنفيذ الجزئي من الناحية النوعية وهي التي تكون على العكس من سابقتها فأنها تكون بأخلال وتقصير من المدين وهي بذلك تعتبر المجال الحيوي للفسخ الجزئي وتتمثل بأخلال المدين بالتزامه بالمطابقة وذلك من خلال قيامه بتنفيذ التزامه بصورة سيئة وغير مطابقة للمواصفات المشروطة في العقد ، فعلى سبيل المثال لو تعاقدت شركة تعمل في استخراج البترول على شراء مائة سيارة من نوع جيب تكون صالحة للسير في الصحراء و لها القدرة على تحمل درجات الحرارة العالية ثم تبين فيما بعد ان الجهة المنفذة لم تنفذ التزامها كاملا بل نفذت التزامها بخصوص ثمانين سيارة فقط ، ففي تلك الحالة نكون اما حالة تنفيذ جزئي للعقد من الناحية النوعية وان تم تسليم الكمية كاملة من الناحية العددية ، وبذلك يصبح من جملة حقوق المشتري هو المطالبة بفسخ ذلك الجزء غير المطابق [٥٠].

ولعل ما يؤكد ذلك هو ما ورد في أحد اقضية محكمة التمييز الاتحادية ففي قضية تتلخص وقائعها بأن عقداً ابرم بين محافظ بغداد اضافة لوظيفته مع الشركة العامة لتجارة السيارات و المكائن وذلك في ٣١/ ١٢/ ٢٠٠٩ لتجهيزه ب (١٠٠) سيارة نوع مسيو بشي بيك أب دبل قمارة دفع رباعي ، تبين فيما بعد ان ثمانية منها غير مطابقة للمواصفات ، الامر دفع المحكمة بأن تقضي بأنه ((وجد ان الحكم المميز صحيح و موافق للقانون ، حيث كان على المدعي أن يطلب فسخ العقد جزئياً بقدر تعلق الأمر بالسيارات الثمانية ، التي يدعي انها غير مطابقة للمواصفات و المطالبة بالتعويض أن كان له مقتضى ، حيث أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الأخر بعد الأعذار ان يطلب الفسخ (م١/١٧٧مدني) وعليه قرر تصديق الحكم المميز))[٥١]. اذا الحكم المتقدم يعرض حقيقة مفادها انه في حالة التنفيذ الجزئي للعقد فأن من جملة حقوق المشتري فسخ العقد جزئياً وان لم يطلب ذلك في عريضة دعواه .

وفي ذات الصدد فقد قضت محكمة الاستئناف في فرساي في قضية تتعلق بعقد مبرم بين احد الاشخاص و الجمعية الأوروبية لمعدات الإسكان بخصوص تجهيز باب لمرآب كهربائي منزلق مع الفتح عن طريق التحكم عن بعد ، ولكن تبين فيما بعد ان هنالك اعطال في المحرك المسؤول عن التحريك التلقائي وان الباب الخارجي غير مطابق للمواصفات ، الامر الذي اضطر المحكم إلى ان تقضي بتبديل خلايا المحرك مع استعادة الباب الخارجي واعادة الثمن الذي يقابله والذي يقدر ب(١٥٠٠) يورو ودفع (١٠٠) يورو عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ الحكم[٥٢].

إلا ان سؤالاً قد يبرز في هذا الجانب وهو هل ان الفسخ الجزئي للعقد يقتصر على تخلف الوصف المشروط في العقد دون الاوصاف التي لابد من توافرها في البضاعة بطبيعتها ؟ يمكن القول ان العقد هو الذي يحدد ضابط المطابقة والذي بدوره يحدد نوع الاستعمال المقصود من البضاعة محل التعاقد وان لم يصرح بذلك في العقد ، فقد لا يقصد المشتري من البضاعة ان تحقق له غرضا خاصاً و إنما اراد بذلك ان يتحقق فيها الاستعمال العادي للشيء ، كما لو قام

تاجر تجزئة بشراء بضاعة من تاجر الجملة لبيعها للمستهلكين فلابد في تلك البضاعة ان تكون صالحة للاستعمال في الاغراض التي تعد لها بضاعة من نوعها ، فإذا ما تبين ان جزء من تلك البضاعة لا تتوافر فيه الصفات سالفة الذكر جاز له ان يتمسك بفكرة الفسخ الجزئي للعقد [٥٣].

يتضح مما تقدم ان اولى الخطوات في طريق الفسخ الجزئي للعقد هي وجود حالة التنفيذ الجزئي للعقد تلك الحالة التي اما ان تكون من الناحية الكمية او من الناحية النوعية و التنفيذ الجزئي من الناحية الكمية هو الاخر ينقسم بدوره إلى صنفين الاول وهو الذي يبتلى به العقد منذ البداية كما هو الحال في حالة التسليم الناقص و الاخر الذي يصاب به العقد فيما بعد كما هو الامر في حالة الاستحقاق الجزئي ، وقد اتضح لنا ايضا ان كلاهما يمكن يؤدي بالعقد إلى الفسخ الجزئي ،اما النوع الاخر من انواع التنفيذ الناقص او الجزئي للعقد هو حالة التنفيذ غير المطابق او المخالف للوصف بصورة جزئية وهو الاخر اما ان يساق له الدائن من تلقاء نفسه وهو يخرج بذلك عن الفسخ الجزئي للعقد ليدخل في اطار عيوب الارادة وبالتالي باتجاه وقف العقد ، اما ما عدا ذلك سواء تمثل بتخلف وصف مشروط او وصف معتاد في العقد فانه يشكل المجال الحيوي للفسخ الجزئي للعقد .

المطلب الثاني
عدم كفاية الوسائل البديلة للفسخ في المحافظة على العقد

اذا كنا قد اسلفنا ان الفسخ الجزئي للعقد وسيلة للمحافظة على العقد وقوامه بتر ذلك الجزء غير المنفذ من العقد او الذي تم تنفيذ بشكل غير مطابق للمواصفات ، إلا انه و بالرغم من ذلك يبقى فسخاً أي بمعنى اذا كانت هنالك وسيلة اخرى توفر من المزايا ما هو أفضل من التي نحن بصددها فأن المنطق يدعونا للأخذ بها كما أن القضاء من واجبه الاخذ بها اذا كان من شأنها ان تبقي على العقد بصورة كلية ، ذلك لان التنفيذ هو الاصل والفسخ ما هو إلا استثناء من ذلك الاصل، لذا قد يتساءل بعض الفقه [٥٤] لماذا لا يلجأ القضاء للوسائل التي تقي الفسخ بصورة عامة كالتنفيذي العيني الجزئي على حساب المدين او التعويض الجزئي للعقد او الوقف الجزئي للعقد ؟ هذا ما سوف نحاول مناقشته في تلك الفرضيات وعلى النحو التالي :.

الفرع الاول
التنفيذ العيني الجزئي على حساب المدين

يعد التنفيذ العيني على حساب المدين بصورة عامة من الوسائل الفعالة والتي تحد من الفسخ ، فقد يحدث مثلا ان المدين ليس في مقدوره ان ينفذ التزامه أي يستحيل عليه ذلك ولكن في الوقت نفسه يوجد من يقدر على ذلك فيمكن للدائن الحصول عليه وعلى نفقة المدين بعد موافقة القضاء او بدونها في حالة الاستعجال والضرورة كما لو كان في انتظار اجراءات الدعوى من شأنها ان تهدد بخسارة فادحة للدائن ، كما وقد لا يستحيل على المدين تنفيذ التزامه ولكن يهدده بخسارةٍ فادحةٍ في حين يوجد اخر لا يشكله تنفيذ الالتزام مثل تلك الخسارة بالنسبة اليه يمكن الحصول على الشيء الناقص او غير المطابق من خلاله وعلى نفقة المدين لاسيما وانه حق ثابت بموجب القانون [٥٥].

وهو بصورته هذه يمكن القول بأنه حق المشتري في ان يحصل وعلى حساب البائع على بضائع تكون متماثلة مع البضائع المتفق عليها في العقد ، بحيث يضع المشتري او شخص اخر نفسه في ذات المركز الذي يجب ان يكون فيه البائع لو انه نفذ التزامه[٥٦]. فإذا كان التنفيذ العيني على حساب المدين بهذه الصورة فأن سؤال قد يدور في الذهن إلا وهو هل يمكن ان نطبق تلك القاعدة على حالة التنفيذ الجزئي للعقد وهل من الممكن ان تغني عن الفسخ الجزئي للعقد ؟ ان تطبيق تلك القاعدة لا يمكن ان تصدق دائما فهي قد تكون وسيلة فعالة في توقي الفسخ عندما يكون محل التزام المدين تسليم شيء من المثليات وتخلف عن الوفاء بجزء منه او سلم جزء منه غير مطابق لشروط العقد ففي تلك الحالة يستطيع الدائن ان يحصل على الجزء غير المنفذ او الذي تم تنفيذه

بشكل مخالف للشروط على نفقة المدين وبنفس الدرجة من الجودة التي تعاقد عليها فلو تعاقد شخصان على تجهيز كمية من السكر ولتكن مئة طن إلا ان البائع قد سلم تسعين منها فقط ففي هذا الفرض للمشتري ان يحصل على الجزء المتبقي من العقد وعلى نفقة المدين الخاصة ذلك لان المثليات لا تهلك وذلك لوجود نظائرها في الاسواق[٥٧].

في حين على العكس من ذلك عندما يكون محل التزام المدين تسليم شيء معين بالذات واستحال عليه تنفيذه كاملا او كان التزام المدين يقتضي تدخلا شخصيا من قبله واستحال عليه اتمام عمله ، فلا مجال في هذه الحالة للقول بالتنفيذ العيني الجزئي للعقد على نفقة المدين وفي الوقت نفسه من غير المستساغ القول بهدم الجهد الذي وصل اليه المتعاقدان فقط لان جزء منه لم ينفذ لذا فلا سبيل سوى بالركون إلى الفسخ الجزئي [٥٨].

الفرع الثاني

تنفيذ الجزء الذي حدث الاخلال بشأنه بطريق التعويض

اذا كنا قد اسلفنا ان التنفيذ العيني سواء كان من لدن المدين او على حسابه وسيلة من الوسائل التي تحافظ على العقد من الانهيار وتحاول الابقاء عليه قائماً ما امكن ذلك ، ولكن قد تظهر عدم كفايتها في جميع الحالات ، لذا فأن هنالك وسيلة أخرى تليه في المرتبة من شأنها ايضاً ان تبقي على العقد ، إلا وهي تنفيذ العقد بطريق التعويض ، لذا يمكن القول بصورة عامة ان التعويض هو تصحيح التوازن الذي أختل وأهدر نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، وذلك يتم بإعادة المضرور ، على حساب المسؤول الملتزم بالتعويض أي المدين، إلى الحالة التي كان مفروضاً أو متوقعاً أن يكون عليها لو ان المدين نفذ التزامه [٥٩].

وقد ورد ايضاً بأنه التعويض الذي يقدره القضاء ويحكم به للفصل في الدعوى المقامة من قبل الدائن على مدينه ليحمله بمقتضاها المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزام او التأخير في تنفيذه [٦٠].

فالتعويض وفقاً للتعريفات المتقدمة قد يكون تعويضاً عن عدم التنفيذ وهو بصورته هذه يحل محل عدم التنفيذ العيني الكامل عند توفر شروطه ولا يمكن الجمع بينهما لان الدائن حينها سوف يتقاضى حقه مرتين ، ولاستحقاق هذا النوع من التعويض أي التعويض النقدي لابد من توفر اركان المسؤولية العقدية ولعل في مقدمتها اخلال من جانب المدين بتنفيذ التزامه و انتفاء السبب الاجنبي و عدم وجود اتفاق على الاعفاء من المسؤولية واخرها هو الاعذار مالم يستثنى من ذلك قانونا ، وقد خصصت التشريعات موضوع المقارنة نصوصاً واضحة لمعالجة تلك المسألة [٦١].

هذا وقد يكون التعويض مقترناً بالفسخ لا عن عدم التنفيذ الكامل للالتزام وهذا ما يمكن ان يفهم من نص الفقرة (١) من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي حيث نصت ((في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الا عذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى ...)) فالذي يفهم من هذا النص ان للدائن اضافة إلى الفسخ له ان يطالب بالتعويض [٦٢].

ولكن هذين الصورتين من صور التعويض ليس هما المقصودين بكونهما وسيلة للمحافظة على العقد فهما يخرجان عن الفرضية التي نحن بصدد بيانها لذا سنكتفي بما ذكرناه بخصوصهما ، ففرضيتنا التي نحن بصددها تنحصر بنوع ثالث من انواع التعويض وهو التعويض المقترن بالتنفيذ العيني حيث يتم تنفيذ جزء من العقد عيناً بينما ينفذ الاخر بطريق التعويض ، وهو يظهر في حالة التنفيذ الجزئي او المعيب أي اننا لا نكون امام هذا النوع من التعويض إلا اذا اجتمع التنفيذ العيني لجزء من العقد مع التعويض بالنسبة للجزء غير المنفذ او الذي تم تنفيذه بشكل معيب وفي وقت واحد [٦٣].

هذا وقد تسنى لمحكمة استئناف نانسي الفرنسية ان تطبق ذلك المفهوم بخصوص قضية تتعلق وقائعا بأن عقداً ابرمه رجل هو و زوجته مع شركة متخصص بالنجارة والذي يتضمن

اعادة ترميم سقف مبنى تابع لهم ولكن تبين فيما بعد ان هنالك عيوباً في التنفيذ مما اضطرهم لرفع دعوى للمطالبة بالفسخ الجزئي بخصوص الجزء المعيب مع التعويض عن الضرر ولكن المحكمة الابتدائية قد رفضت طلبهم بخصوص الفسخ الجزئي وذلك لعدم توفر شروطه و الاقتصار على دفع التعويض ولعدم قناعتهم بالحكم فقد طعنوا به استأنفاً مجددين طلبهم بخصوص الفسخ الجزئي ومطالبين بزيادة نسبة التعويض وذلك للخسارة التي اصابتهم وعلى وجه الخصوص انخفاض سعر المبنى بسبب تلك العيوب ، إلا ان محكمة نانسي قد ايدت الحكم البدائي برفض الفسخ الجزئي واقتصرت على التعويض ولكن هذا التعويض يشمل قيمة العيوب دون ان تشمل انخفاض سعر المبنى[٦٤].

ولكن بالرغم من ذلك يمكن ان نتساءل في هذا المقام هل ان هذه الصورة من التعويض فعلاً تشكل وسيلة فعالة في المحافظة على العقد من الممكن ان تغني عن اللجوء للفسخ الجزئي للعقد ؟

لعل اولى الافكار التي تفند هذا الامر هي مسألة الضمان ، فكل دائن عندما يقيم دعوى على مدينه فهو لا ريب يطلب أحد أمرين اما اقتضاء حقه مباشرةً او الحصول على ضمان لاقتضاء ذلك الحق ، فلو نظرنا إلى دعوى التعويض التي يقيمها الدائن على مدينه سوف نجدها ليست إلا دعوى تنفيذ عادية من يباشرها هو مجرد دائن عادي يفضل عليه أصحاب الحقوق العينية ويتحمل مزاحمة دائني مدينه الآخرين ، في حين على العكس من ذلك بالنسبة للدائن الذي يقيم دعوى الفسخ الجزئي ، يكون مالكاً يطالب بشيء عاد مملوكاً اليه استناداً لفكرة الاثر الرجعي التي يثيرها الفسخ الجزئي للعقد ، وبالتالي فأن للدائن في حالة افلاس المدين ان يطالب امين التفليسة برده اليه لكونه اصبح مملوكاً له منذ لحظة ابرام العقد ، الامر الاخر الذي يمكن ان نؤشره في هذا الصدد هو في حالة ما اذا كان عدم تنفيذ المدين لجزء من التزامه يرجع لإفلاسه فأن الحكم عليه بتعويض اشبه بسراب ، ذلك لكونه يتمثل بمبلغ من النقود وان عدم توفرها لدى المدين هو الذي منعه من تنفيذ التزامه [٦٥].

ولكن قد يرد البعض بأن التعويض ليس دائماً نقدي فقد يكون بأي ترضية من جنس الضرر [٦٦]. فقد يكون بصورة إعادة الحال لما كان عليه او بأداء امر معين او برد المثل في المثليات [٦٧]. فلو ناقشنا تلك الصور من التعويض ، و أولها اعادة الحال لما كان عليه فهذه الصورة لو قارناها بالفسخ الجزئي للعقد نجده هو الاخر يتمثل بإعادة الحال لما كان عليه بخصوص ذلك الجزء من العقد الذي لم ينفذ ، بل وفي حالة تعذر الرد يمكن الاعتماد على الآلية العددية والمتمثلة بانقاص التزامات الدائن فقط وهو ما يعرف بإنقاص الثمن على وفق ما سيأتي بيانه عند تناول احكام الفسخ الجزئي للعقد ، وبهذا يكون الفسخ الجزئي اوسع من تلك الصورة من صور التعويض في معالجة صعوبات اعادة الحال لما كان عليه فتلك الصورة تقف بمجرد تعذر الرد في حين ان الفسخ الجزئي له من الآليات ما تمكنه من تجاوز تلك العقبة [٦٨].

اما فيما يخص الصورتان من صور التعويض غير النقدي والمتعلقتان بأداء امر معين او برد المثل في المثليات ، فهما لا يقدمان حلاً فعالاً لتلك الاشكالية فلو كان في استطاعة المدين ان يرد المثل اذا كان التزامه يتعلق بكمية من المثليات لنفذه قبل ان تتأزم المشكلة بينه وبين الدائن وتصل إلى القضاء بما تجره من صعوبات فمسألة الفسخ الجزئي للعقد تفترض ان المدين قد وضع في ظروف اجبرته على التنفيذ الجزئي فهو لو كان ينوي عدم التنفيذ لما نفذ الجزء الاكبر من التزامه ولكنه اجبر على ذلك بظروف معينة جعلته مسؤولاً عن ذلك ، لذا فما الداعي ان نلزمه برد المثل او بأداء شيء معين اذا كان ذلك خارج استطاعته ، بالإضافة إلى ذلك ان من شروط اللجوء لتلك الصور من التعويض هو قدرة المدين على ذلك [٦٩].

ولا ريب ان تلك المأخذ من شأنها ان ترجح كفة الميزان نحو الفسخ الجزئي للعقد ، فما الذي يجعل الدائن يقبل بتعويض لا يمكنه التيقن مقدماً فيما اذا كان من شأنه ان يحصل عليه ام لا

، والقضاء كذلك ليس من مصلحته ان يحكم بتعويض لا طائل منه في الوقت الذي يمكن ان تتوفر لديه وسيلة تخدم مصالح جميع الاطراف إلا وهي بفسخ ذلك الجزء من العقد .

الفرع الثالث

الوقف المؤقت و الجزئي للعقد

لعل الوسيلة الثالثة التي يمكن ان يعمد اليها القضاء للمحافظة على الرابطة العقدية ، هي وقف الجزء الذي حدث الاخلال بشأنه من العقد فهو بدلاً من ان ينهي الرابطة بتمامها بسبب عدم تنفيذ احد أجزاءها ، والقضاء لايركن إلى هذا الحل إلا اذا تبين له ان عدم التنفيذ الذي يمر به المدين مرده ظرفاً طارئاً سرعان ما ينتهي أثره [٧٠].

فعلى سبيل المثال لو ان عقداً التزم بموجبه شخصان على ان يجهز احدهما الاخر كمية من مادة معينة ولتكن من القمح مثلاً على ان تصل إلى المشتري على شكل دفعات ، فحدث ان رافق تسليم احدى الدفعات حدوث بعض العوائق الطبيعية في بلد البائع كحالة حدوث فيضان مثلا منع البائع من تسليم تلك الدفعة ففي تلك الحالة يعمد القضاء إلى وقف تنفيذ تلك الدفعة من العقد حتى يزول الحادث الذي رافق تنفيذها[٧١].

ولكن قد يتبادر للذهن فكرة مفادها أين يمكن ان نجد ذلك التطبيق لفكرة الوقف المؤقت والجزئي للعقد؟ لعل من يدقق النظر في النصوص التي تناولت الفسخ القضائي للعقد يمكنه ان يجد مكاناً واضحاً لتلك الفكرة فقد اطلق عليها المشرع تسمية مهلة التنفيذ ولم يطلق عليها وقف العقد فقد ورد في القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٨٤) والتي بينت خيارات القاضي في دعوى الفسخ بقولها ((... ويجوز أن يمنح المدعى عليه مهلة تبعاً للظروف)) و ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني شيء قريب من ذلك في المادة (٢٤١) فقد نصت ((... يجوز للقاضي حتى في حالة عدم التنفيذ ان يمنح المدين مهلة تلو مهلة بحسب ما يراه من حسن نيته)) كما اورد المشرع المصري حكم مماثل لذلك في الفقرة (٢) من المادة (١٥٧) من القانون المدني ، فقد نصت ((ويجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ...)) والشيء ذاته بالنسبة للمشرع العراقي فقد ورد في الفقرة (١) من المادة (١٧٧) من القانون المدني ، فقد نصت ((... يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل ...)) فهذه النصوص تكشف بصورة واضحة ان المشرع في القوانين موضوع المقارنة قد تبنى تلك الفكرة ضمن نصوصه[٧٢].

كما ان فكرة الوقف الجزئي للعقد ترد على جميع انواع العقود فورية التنفيذ منها و المستمرة و الدورية التنفيذ ، اما بالنسبة لمدة الوقف للجزء الذي حدث الاخلال بشأنه فهي من صميم عمل القضاء وهو يحددها على وجه التقريب ، ذلك لأنه لا يمكن ان يحدد بدقة متى يمكن ان يتيسر وضع المدين[٧٣].

كما ان هذا الوقف يترتب عليه مجموعة من الاثار يمكن ان نوجزها بالاتي [٧٤]:.

١_ لعل في مقدمة اثار هذا الوقف هو بقاء العقد قائماً بكلا جزئيه ، أي ان يبقى الجزء الذي تم تنفيذه منتجاً لأثاره التي حددها العقد بوقتها و مقاديرها اما بالنسبة للجزء الذي تم وقفه فهو الاخر يبقى قائماً فليس من شأن هذا الوقف حله و أنما فقط تعطيل اثاره لفترة حتى ينكشف موقف المدين .

٢_ كما انه ليس للدائن اثناء فترة الوقف ان يطالب مدينه بالتنفيذ او بالفسخ و إلا لما كان وسيلة للمحافظة على العقد ولكن هذا لا يمنعه من مباشرة الاجراءات التحفظية للحفاظ على حقه ولكن يستثنى من ذلك حالة واحدة وهي حالة الافلاس لأنه ينهي جميع الآجال .

ولكن بالرغم من ذلك يمكن ان نثير ذات التساؤل الذي اثرناه في الفرضيتين السابقتين إلا وهو هل ان تلك الو سيلة من شأنها ان تعصم العقد بالفعل من الفسخ ؟ لو نظرنا إلى تلك الوسيلة بإمعان لوجدناها من غير الممكن ان تحافظ على العقد في كل الظروف بل حتى في حالة الاخذ بها لا يمكن التيقن انها تحقق تلك الغاية ، فما هو الحل مثلا لو كانت الظروف التي دفعت بالمدين إلى الاخلال الجزئي لا تنبأ بزوال ؟ فمثلا لو تعاقد شخصان على توريد بضاعة ما وتخلف البائع عن تسليم جزء من التزامه وكان سبب ذلك هو مصادرة الدولة للمصنع الذي ينتج تلك البضاعة فما جدوى تلك الوسيلة في هذه الحالة[٧٥].

بل وحتى في تطبيق تلك الفرضية من قبل القضاء فان لا ضمان بان المدين سوف ينفذ التزامه بعد زوال ذلك العائق ، كما ان الوقت قد يعتبر من المسائل المهمة بالنسبة للدائن فقد يكون من مصلحته ان يحصل على محل العقد جميعه في وقت واحد كما لو كان المبيع على سبيل المثال بضاعة تم شرائها لكي تعرض في معرض يقام في تاريخ معين وبالتالي فأن اخلال المدين بتنفيذ جزء من التزامه من شأنه ان يفقد هذا الجزء من كل منفعة له من وجهة نظر المشتري[٧٦].

وفي الختام لابد من القول ان الفسخ الجزئي للعقد يبدئ من النقطة التي تنتهي عندها الوسائل الاخرى ، ففي الوقت الذي يعجز فيه التنفيذ العيني للالتزام على حساب المدين ان يقدم حلاً فعالاً في ان يضيق نطاق الفسخ ويقصره في اضيق الفروض ، وهو كذلك بالنسبة للتعويض الذي يوصف امام افلاس المدين بكونه سراباً لا امل في منالـه ، وقريب من ذلك بالنسبة للوقف الجزئي للعقد او كما هو معروف بلغة القوانين المدنية بمهلة التنفيذ [٧٧]. فهي الاخرى قد لا تفلح في ان تحقق فلسفة مشرعها في الحفاظ على الرابطة العقدية ، فهنا يبتدئ دور الفسخ الجزئي للعقد بكونه الوسيلة التي تعالج الضرر من مصدره وذلك من خلال محاولة استئصاله وفصله عن الاجزاء الاخرى التي لاتزال مستمرة في تحقيق اثاره.

الخاتمة

١. لقد توصلنا إلى ان الفسخ الجزئي للعقد يمثل حلاً وسطاً بين فسخ العقد بالكامل بما يترتب عليه من عقبات لعل في طليعتها انهيار المراكز القانونية المستقرة والعودة بالطرفين لوضعهما السابق على التعاقد بما يترتب على ذلك من ضياع للجهد والوقت و النفقات المصاحبة لإعادة البضائع المتعاقد عليها واعادة الثمن الذي يقابلها وبين الابقاء على العقد كاملاً بما ينطوي عليه من علل تحول دون الانتفاع به بشكلٍ كامل ، وذلك من خلال محاولة بث التوازن بين مصالح الطرفين المتعاقدين بالشكل الذي لا يجعل احدهما ينتفع دون سبب على حساب الاخر ، فهو لا يجعل المدين يلقي بظلال تقصيره على الدائن من خلال الابقاء على العقد بعيوبه ، وفي الوقت نفسه يحاول السيطرة على مشاعر الانانية لدى الدائن الذي يحاول ان ينهي الرابطة العقدية بتمامها ، لمجرد ان تقصيراً اعترى جزءاً منها ، لكي يتسنى له الدخول مع شخصاً ثالثاً برابطة جديدة .

٢. لقد تبين لنا ان الفسخ الجزئي للعقد من المصطلحات المعروفة لدى فقهاء القانون فهو و ان لم ينظم بشكل يحيط بجميع أحكامه ولكن وجدنا بعض الكتابات التي تدل على معرفتهم به على الرغم من عدم معالجتهم له بالرغم مما يتمتع به من مكانة كبيرة ولعل خير دليل على ذلك كثرة اقضية المحاكم الحديثة والمتضاربة بهذا الموضوع وعلى وجه الخصوص قضاء محكمة التمييز الاتحادية العراقية .

٣. لقد تبين لنا ان الفسخ الجزئي للعقد لا يقتصر على حالة التنفيذ الجزئي للعقد بل يشمل حالة تنفيذ جزء من العقد بطريقة معيبة ذلك لان العيب في جزء من العقد يساوي النقص الحاصل فيه متى كان ذلك بخطأ وتقصير من المدين .

٤. نوصي المشرع العراقي بتبني مفهوماً واسعاً للفسخ الجزئي للعقد دون الركون للقواعد العامة في الفسخ والتي اثبتت عدم كفايتها في ان تحيط بمفهوم الفسخ الجزئي للعقد بالشكل الذي من شأنه ان يقطع دابر لاختلاف وتعارض الاحكام القضائية ، ولعل هذا الامر يتحقق بتعديل نص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي وذلك بإضافة فقرة لها يكون نصها بصورة ((**في حالة عدم تنفيذ جزء من العقد او تنفيذه بشكلٍ معيب فأن للقضاء ان يقتصر على فسخ الجزء الذي لم ينفذ او الذي تم تنفيذه بشكل معيب متى كان محل العقد يقبل لانقسام بطبيعته وبنظر الاطراف**)).

٥. نوصي المشرع ان يراعي المنفعة الاقتصادية للعقد دون الركون للأسس التقليدية في الفسخ ويتم ذلك من خلال ايراد نص يعلج هذا الامر ويكون جارياً وفق لاتي ((**على القضاء في حالة عرض نزاع يتعلق بفسخ العقد ان ينظر إلى تحقق الوظيفية الاقتصادية للعقد ، دون الاقتصار على الاسس التقليدية فأن وجد ان تلك الوظيفة متحققة ان يقتصر على فصل الجزء المعيب من العقد دون ان يفسخه بتمامه**)).

الهوامش

(١) أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج٢، مكتبة لبنان، ١٩٨٧، ص٦٤٢

(٢) مجمع اللغة العربية المصري، المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى و أحمد حسن الزيات و حامد عبد القادر و محمد علي النجار، ج٢، المكتبة العالمية ، طهران ، بلا سنة طبع، ص٧٤٤

(٣) د .أحمد فتح الله ، معجم ألفاظ الفقه الجعفري، ط١ ، مطابع المدخول ، الدمام ، ١٩٩٥، ص٣١٩

(٤) د. أحمد فتح الله، المصدر نفسه ، ص١٤٠

(٥) ابي فضل جمال الدين بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، الجزء الثاني ، باب الجيم ، الطبعة الثالثة، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان، بلا سنة طبع ، ص٢٦٧

(٦) لسان العرب، المصدر نفسه ، ص٦٨٣

(٧) د . عبدالرزاق احمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ،١٩٤٠م ، ص٢٠٢ . ينظر ايضاً : د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،٢٠٠٤م ، ص٣٠٨

(٨) د. أسعد ذياب، ضمان عيوب المبيع الخفية ، ط٣، دار اقرا ، بيروت، لبنان ،١٩٨٣، ص٢٠١ . د. مصطفى الزرقا ، دراسة مبدئية في العقود وفسخها ، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي ، السنة الخامسة، العدد السابع ، ص١٢٩

(٩) ينظر بشأن الحلول الثلاث: د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه من جامعة فؤاد الاول، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦م، ص ١٠٠

(١٠) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ١٠٠ . ينظر ايضاً : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام، ج١، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٦٨ ، ص٧٠١

(١١) د. سمير عبد السيد تناغو ،المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص١٨٨

(١٢) د. عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق _جامعة عين شمس، العدد الأول ، السنة الأولى ،١٩٥٩م، ص١٨٧

(١٣) د . عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلاسنة طبع ، ص٤١. ينظر ايضاً : د. إيمان طارق مكي الشكري وعلاء الدين كاظم الزيادي ، جزاء إخلال المقاول بالتزامه بإنجاز العمل ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الاول ، السنة السادسة ، ص١٤٠

(١٤) د . محمد عبد الظاهر حسين ، الدور القضائي إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م ، ص١٩١. ينظر ايضاً: د . أحمد السعيد الزقرد ، محاولة انقاذ العقود من الفسخ ، المكتبة المصرية، المنصورة ،٢٠٠٧م ، ص١٤٣. ينظر ايضاً: د . حسن محمد كاظم المسعودي، واقعة الفسخ القضائي في ذاتها، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة السادسة ، العدد الثالث ، ٢٠١٤م ، ص ١٤٥

(١٥) د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٧٠١ . ينظر ايضاً: محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين ،الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه ، بلا مكان طبع ، ١٩٨٦م ، ص١٠

(١٦) د . سيف الدين محمود البلعاوي ، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين(الفسخ)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ١٩٨٢م ، ص٢٥٧. ينظر ايضاً: عبد الامير جفات كروان ، تجزئة العقد ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بابل ، ٢٠٠٨م ، ص٢٠٦

(١٧) آلان بينابنت ، القانون المدني ، الموجبات (الالتزامات) ، ترجمة منير القاضي ، ط١ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٤م ، ص٢٧٩

(18) Voir Scioldo-Zurcher(Jean),La resolution des contrats au cas dinexecution partielle,th.Lyon, 1934,pp.133-134

اشاره اليه: د. عصام انور سليم ، عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية والقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧م ، ص٣٧٥

(19) Corinne RigaLLe- Dumetz, rsoluétion partielle du contrat,These pour le doctorat en droit prive de l Universite de Lille II presentee et soutenue publiquement le 11 decembre 2001,pp.14

(٢٠). د.عادل محمد خير ، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهد لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية والغرفة التجارية الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص٧٠

(٢١) د. أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة ، عمان ،٢٠٠٩م ، ص٢٠٦

(٢٢) د . عدنان السرحان ، شرح أحكام العقود المسماة ، في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، ط١ ، دار وائل للنشر ، ٢٠٠٥م ، ص ٢٦١

(٢٣) انور طلبه ، الوسيط في القانون المدني ، ج١، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ،٢٠٠١م ، ص٥٦٥

(٢٤) د . مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج١ ، العقد ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٧م، ص٦٣١

(٢٥) د . حمدي عبد الرحمان احمد ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠م ، ص ٦٠١ . ينظر ايضاً : د .عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني العراقي ،ج١ ،مصادر الالتزام ، مطابع وزارة التعليم العالي ، ١٩٨٠م ، ص١٢٥

(٢٦) د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ،١٩٩٨ م، ص٤٧٣

(27) Bertand Fages,droIt des oiIigations 7 édition , Àjour du projetde réforme de la responsabilté civile du 13 mars 2017 ,lgdj ,2017,P.256

ينظر ايضاً : د . سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ١٩٣_١٩٤

(٢٨) د. رشوان حسن رشوان احمد ، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر، ١٩٩٤م ، ص٦٧. د. محيي الدين اسماعيل علم الدين ، الشرط الصريح الفاسخ في قضاء محكمة النقض المصرية ، بحث منشور في مجلة أدارة قضايا الحكومة ، العدد الاول ، السنة ٢٩، مارس ١٩٨٥ م ، ص٧٣

(٢٩) عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ، ص٣٥

(٣٠) د. سيف الدين محمود البلعاوي ، مصدر سابق ، ص٢٥٩

(٣١) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص٨٢- ٨٣

(٣٢) المقصود بالآثار الاجتماعية والاقتصادية المشار اليها اعلاه هو ان المتعاقد عند دخوله في عقد ما فأنه يضحي بالكثير من المعاملات التي قد تكون بين يديه لغرض الحصول على منفعة ذلك العقد ولكن سرعان ما

ينتهي كل شيء ويعاد الطرفان إلى سابق عهدهم قبل التعاقد هذا فيما يخص الاثر الاقتصادي اما بالنسبة للأثر الاجتماعي فغالباً ما قد يرتب على الشيء الذي كسب ملكيته حقوقاً للغير وبالتالي فان تطبيق احكام الفسخ العامة يهدد الثقة والاستقرار الواجب لتلك المعاملات . ينظر في ذلك: د. المحمدي أحمد ابو عيسى ، انحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤م ، ص٣٧

(٣٣) د. محسن شفيق ، اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص٣٣- ٣٤

(34) Michael Bennett,Breach & Terminating a contract , Legal wiseeminars, 2012, p19.
بحث منشور على الموقع التالي
www.legalwiseseminars.com .

(٣٥) ينظر في ذلك نص المادة (٥٦٥) من القانون المدني العراقي

(٣٦) تقوم فكرة التعارض في جميع العقود التي تكون نقطة التقاء المصالح المتضادة يستثنى منها عقد الشركة فهو يقوم على فكرة تطابق المصالح . ينظر في ذلك : د. لطيف جبر كوماني ، الشركات التجارية ، ط١ ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٤م ، ص٢٨

(٣٧) د. أحمد محمد الرفاعي ، الالتزام بالتسامح ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص١٩

(٣٨) د . عصام أنور سليم ، مصدر سابق ، ص٩

(٣٩) د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ١٧. ينظر ايضاً : د. عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٤م ، ص١٥٣

(٤٠) د. محمد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام (المصادر الارادية – العقد والارادة المنفردة)، مطبعة دار الكتب ، ١٩٧٥-١٩٧٦م، ص٤٠٣ . ينظر ايضاً: د . وليد خالد عطية ، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود ، دراسة مقارنة بين القوانين الإنكلوسكسونية والمدنية وعقود البيع الدولي ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٥م ، ص١٦٩

(٤١) د. محسن شفيق ، مصدر السابق ، ص ٣٤.

(٤٢) ينظر في ذلك استاذنا: د. عبد المهدي كاظم ناصر ، الاقتصاد في فسخ العقد ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون- جامعة كربلاء، ٢٠١٧م ، ص٢٢٣

(٤٣) في واقع الامر ان الفسخ الجزئي للعقد لا يخرج عن القواعد العامة التي تشترط ان يكون العقد الخاضع للفسخ عقداً ملزماً للجانبين ، ذلك لان هذا النوع من العقود هو فقط الذي تتوفر فيه حكمة الفسخ بصورة عامة ، بالإضافة إلى ذلك لابد ان يكون هنالك اخلال من جانب احد الطرفين في تنفيذ التزامه وهذا الاخلال لابد ان يكون بتقصير من المدين، بعبارة اخرى ان هذا الاخلال لو كان بسبب اجنبي لتحول الامر من الفسخ إلى الانفساخ بقوة القانون والذي يشكل القسيم الثاني مع الفسخ لمفردة انحلال العقد، كما لابد ان يكون الدائن او الطرف الذي يطالب بالفسخ قد نفذ التزامه و مستعد إلى اعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الفسخ ، الامر الاخر الذي يبرز في هذا الصدد هو المطالبة القضائية فعلى الرغم من ان الفسخ الجزئي للعقد يمكن ان يكون اتفاقياً أي باتفاق الأطراف او بإرادة الدائن وحده على وفق ما سيأتي بيانه عند التعرض لاساس الفسخ الجزئي للعقد ولكن هذا لا يعني ان القضاء ليس له دور بل له دور البارز عندما يرفع اليه الخلاف من قبل اطراف العقد. ينظر بخصوص قدرة طالب الفسخ على تنفيذ التزامه : قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ٤٤٧/ الهيئة الاستئنافية / منقول /٢٠١١ ، ت٥١٢. (غير منشور). اما بخصوص اشتراط الاعذار . ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد /٣٤٧/ الهيأة الاستئنافية منقول/ ٢٠٠٩/ ت/ ٤٢٢ .(غير منشور)

(٤٤) في واقع الامر ان موضوع العقد بعد التعديل الفرنسي الاخير اصبح له معنى اوسع ، فالمشرع الفرنسي ومن خلال تعديله الاخير قد تخلى عن فكرتي المحل والسبب وأتى بفكرة جديدة تكون بديلة عنهما إلا وهي فكرة مضمون العقد التي نظمها في عشرة مواد من المادة (١١٦٢ إلى ١١٧١) محاولاً بذلك دمج فكرة السبب مع المحل ، فقد ورد في المذكرة الايضاحية "نتيجة لصعوبة وضع تعريف محدد لمفهوم السبب يتضمن ابعاده المختلفة ومواجهة للانتقادات التي وجهها جانب من الفقه ، وكذا الانتقادات التي وجهت إلى فكرة السبب انطلاقاً من الواقع العملي تم الانحياز للرأي الذي ينادي بإلغاء فكرة السبب" ولكن يرى شراح هذا التعديل ان ما جاء به التعديل الفرنسي هو تجديد شكلي اكثر من ما هو حقيقي ، فأن كانت كلمة السبب قد اختفت من القاموس العقدي فأن وظائفها و جوهرها بقت قائمة ذلك لان المشرع لم يفلح في استبعادها، فكما يقال ان المشرع الفرنسي خرجا من الباب ليعود من النافذة . ينظر في تفصيل ذلك : د . محمد حسن قاسم ، القانون المدني الإلتزامات ، المصادر ، ج١، العقد ، المجلد الثاني ، دراسة فقهية قضائية في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد (٢٠١٦) مع الإشارة إلى المشروع التمهيدي لتعديل قانون المسؤولية المدنية الفرنسي ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨م ، ص٣٤٥_ ٣٥٠

(٤٥) د . عبد المنعم البدراوي ، عقد البيع في القانون المدني ، ط٢ ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، مؤسسة مصر للطباعة الحديثة ، ١٩٥٦ ، ص ٤٣١ . زهدي يكن ، عقد البيع ، ط١ ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٢٣٩. ينظر ايضاً :

Philippe Malinuaud , Dominique Fenouillet , Mustapha Mekki ,op, cit, p.495

(46) Cour d'appel de Paris ,1er juillet 2015، nº 13/ 06554 , CA Paris,1er juillet 2015,

(47) John cartwright. Bénédicte fauvaque- cossonet simon whittaker ,laréécriture du code civil le droit francais des contrats apres larFéorme de 2016 ,p343

(٤٨) د . مصطفى عبد السيد الجارحي ، فسخ العقد في القانون المدني المصري والفرنسي ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، تصدر عن كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ، العدد ٥٦ ، السنة ١٩٨٦م ، ص١٠٢-١٠٣ . د . مصطفى أحمد الزرقاء ، مصدر سابق ، ص٢١٠ . د عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص٤٩٠ .

(٤٩) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩ . د . عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٤ ، ص ٢٢٥. د . عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ ،مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٨٠-٨١ . د . توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ٩١

(٥٠) د . خالد احمد عبد الحميد ، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، ط١، بدون مكان طبع ، ٢٠٠١م ، ص ٤١ . المستشار أنور طلبه ، مصدر سابق ، ص ٥٦٥ . د . مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج٢، المسؤولية العقدية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧ م ، ص ٧٦

(٥١) تتلخص وقائع هذه الدعوى بأن عقداً ابرم بين محافظ بغداد اضافة لوظيفته مع الشركة العامة لتجارة السيارات و المكائن وذلك في ٣١/ ١٢/ ٢٠٠٩ لتجهيزه ب (١٠٠) سيارة نوع مسيو بشي بيك أب دبل قمارة دفع رباعي منشأتايلندي وبمبلغ اجمالي قدره (٢٥٦٣٠٠٠٠٠) خمسة وعشرون مليون وثلاثة وستون الف دينار للسيارة الواحدة وبالمواصفات المذكورة بالعقد ، ولكن عند التسليم وجدت اللجنة المختصة ان (٨) عجلات غير مطابقة للمواصفات ، مما اضطر المدعي إلى اقامة دعوى على الشركة المذكورة والزامها بتبديل العجلات (٨) اضافة إلى تعويض الاضرار التي لحقت بدائرته نتيجة لعدم تنفيذ التزامها بالشكل المذكور بالعقد ، إلا ان محكمة بداءة الكرخ قد اصدرت حكماً يقضي برد دعوى المدعي وتحميله الرسوم و المصاريف ولعدم قناعته بالحكم فقد استئنافه امام محكمة استئناف بغداد / الكرخ في ١/١٧/ ٢٠١٢ ، إلا ان محكمة الاستئناف قد ايدت حكم محكمة الموضوع ، ولعد قناعته بهذا الحكم فقد طعن به تمييزاً ، وقد جاء حكم التمييز قاضياً بالفسخ الجزئي على وفق ما ذكر اعلاه : قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية ، المرقم ١١٤٦/ الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٢ في ٦/٢٥ / ٢٠١٢ ، (غير منشور) .

(٥٢) وفي ذات الصدد فقد قضت محكمة الاستئناف في فرساي في قضية تتعلق بعقد مبرم بين احد الاشخاص و الجمعية الأوروبية لمعدات الإسكان بخصوص تجهيز باب لمرآب كهربائي منزلق مع الفتح عن طريق التحكم عن بعد وقد ذكر أنه سيكون من الخشب الغريب مع كاتدرائية الزجاج G200. فيما يتعلق بالباب الأمامي، على ان يتم تجهيز الجزء الخارجي بمحرك بيتهوفن ، وذلك كله بمبلغ قدره (١٠٠٠٠) يورو ، شاملاً لعملية التثبيت وقد تم دفع (٣٠٠٠) يورو عند التوقيع والباقي عند تمام التسليم ، وبالفعل تم التسليم في (٢٩) ابريل ٢٠١١ إلا ان الباب لم يكن يحتوي على نافذة زجاج الكاتدرائية بالإضافة إلى وجود اعطال في خلايا المحرك المسؤولة عن التحريك والاغلاق التلقائي للبوابة ، مما اضطر المحكمة ان تقضي بتبديل خلايا المحرك مع استعادة الباب الخارجي واعادة الثمن الذي يقابله والذي يقدر ب(١٥٠٠) يورو ودفع (١٠٠) يورو عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ الحكم .

Cour d'appel de Versailles, 1re chambre 2e section, 20janvier2015, nº14/ 00058

(٥٣) د . ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، ١٩٧٥م ، ص ٤٠٢ . د . خالد احمد عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص ٤١ . د . انور سلطان ، مصدر سابق ، ص٢٧٤ . د . مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للالتزام ،الدار الجامعية ، بدون مكان طبع ، ١٩٨٧م ، ص٢٩٦. اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ، ٢٠١٢، ص ٣٥٤

(٥٤) استاذنا: د. عبد المهدي كاظم ناصر ، مصدر سابق ، ص١٧٢. د. محمود سمير الشرقاوي ،الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة ، العددان ٣، ٤، السنة ٤٦، ١٩٧م، ص١٦٤.

(٥٥) فقد ورد في القوانين المدنية موضوع المقارنة نصوص واضحة تعالج تلك المسألة فقد ورد في القانون المدني الفرنسي وضمن احكام المادة (١١٤٤) والتي نصها((يستطيع الدائن ايضا، في حالة عدم التنفيذ، أن يحصل على ترخيص بأن ينفذ بنفسه الالتزام على حساب المدين ويمكن أن يحكم على المدين بدفع سلفة على حساب النفقات اللازمة لهذا التنفيذ)) كما ورد في قانون العقود والموجبات اللبناني في المادة (٢٥٠) والتي تنص ((... ويحق للدائن ان يطلب من المحكمة الترخيص له في ان ينفذ بنفسه موجب الفعل على حساب المدين ...)) كما ورد في القانون المدني المصري وضمن احكام الفقرة (٢) من المادة (٢٠٥) حكماً مشابهاً لسلفيه الفرنسي واللبناني ، اما في القانون المدني العراقي فقد ورد حكماً مماثلاً ايضاً ضمن احكام المادة (٢٤٨) والتي تنص ((فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على الشيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة او بغير استئذانها في حالة الاستعجال ...))

(٥٦) د. وليد خالد عطية ، التنفيذ على حساب المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة ، منشورات الحلبي، بيروت ، ٢٠١٧ ، ص ١٨

(٥٧) د . سمير عبد السيد تناغو ، احكام الالتزام و الإثبات ، ط١، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩م ، ص٢٣٠ وما بعدها . د . طلال حافظ جابر ، عقد البيع الدولي للبضائع _ تنازع الاختصاص _ تنازع القوانين والقانون المادي الموحد بحسب اتفاقيه الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ، منشورات صادر الحقوقية، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص٢٦٩_ ٢٧٠

(٥٨) من الجدير بالملاحظة ان التنفيذ في الدول ذات النهج اللاتيني كالقانون الفرنسي واللبناني والمصري والعراقي يعتبر من الحقوق الاصلية التي للمتعاقد ان يطلبها من الطرف الاخر اذا اخل بالتزام يفرضه عليه العقد في حين على خلاف ذلك بالنسبة للدول التي تتبع النهج الإنكلو سكسوني وفي مقدمتها القانون الانجليزي الذي لا يعتبر التنفيذ العيني بشقيه التنفيذ من لدن المدين او على حسابه حقاً اصلياً وانما ينظر اليه كعلاج استثنائي لعدم التنفيذ لا يلجأ اليه القاضي إلا اذا قدر ان التعويض المالي لا يشكل في ظروف الدعوى جزاء عادلاً : د. سهير شرف ابراهيم ، التعويض كجزاء تكميلي في اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة المنوفية ، مصر ، ٢٠١٤، ص١٢ وما بعدها

(٥٩) د. سهير شرف ابراهيم ، المصدر السابق ، ص٣٠

(٦٠) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، احكام الالتزام ، مصدر سابق، ص٥٥

(٦١) فقد ورد في القانون المدني الفرنسي وفي المادة (١١٤٧) ما يؤكد ذلك فقد نصت ((يكون المدين مسؤولاً عن التعويض إذا كان له محل ، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير فيه ، وذلك في جميع الأحوال مالم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه ، ولم يكن ثمة سوء نية من جانب المدين)) وقد ورد في قانون الموجبات و العقود اللبناني في المادة (٢٥٢) والتي تقضي ((اذا لم ينفذ الموجب بأداء العين تماماً وكمالاً حق للدائن ان يأخذ عوضاً يقوم مقام عدم تنفيذ الموجب عيناً لعدم حصوله على الافضل ، واذا جعل العوض مقابلاً للتخلف النهائي عن التنفيذ جزئياً كان او كليا سمي بدل التعويض)) اما القانون المدني المصري فنصت الفقرة(٢) من المادة (٢٠٣) على((على انه اذا كان في التنفيذ العيني إرهاق جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً)) والامر ذاته بالنسبة للقانون المدني العراقي فقد نصت الفقرة (٢) من المادة (١٦٨) على ((إذا استحال على الملتزم بالعقد ،أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه...))

(٦٢) فريد فتيان ، مصادر الالتزام شرح مقارن على النصوص، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٦_١٩٥٧، ص٢١٦ . د . المحمدي أحمد أبو عيسى ، مصدر سابق ، ص ٦٦.

(٦٣) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، اثبات أثار الالتزام ، ج٢ ، المجلد الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١م ، ص ٨٢٣.

(64) Cour d'appel de Nancy, 1ère chambre, 16 octobre 2017, n° 16/00783

(65) Voir Scioldo-Zurcher,op,cit,P.135

اشار اليه : د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣٥٩ .

(٦٦) د . عصمت عبد المجيد بكر ، المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية ، ط١ ، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، عمان ، ٢٠١٦ ، ص ٢٨٩ . شريف احمد الطباخ ، الموسوعة الشاملة في قضايا التعويضات التطبيق العملي للمسئولية المدنية مع صيغ دعاوى التعويض والمذكرات ، ط ٤، حيدر جروب للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٣م ، ص٣٣٤

(68) Michael Bennett,Breach & Terminating a contrac,op , cit ,p .20

(٦٩) حسين عامر و عبد الرحيم عامر ، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ، ط٢ ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٩ م ، ص ٥٢٧ وما بعدها .. د . عصمت عبد المجيد بكر ، المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية ، المصدر السابق ، ص ٢٩٠_٢٩١

(70) Philippe malinuaud . Dominique Fenouillet . Mustapha Mekki , ,op , cit ,p. 484

(٧١) د . طالب حسن موسى ، مصدر سابق ، ص٢١٦ . د. عمر علي سعيد محمد مليح الشامسي ، دور الفسخ الاتفاقي في إنهاء العقود ، اطروحة دكتوراه قدمة إلى كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ، ٢٠٠٩م ، ص٢٦٥

(٧٢) د . عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ ، مصدر سابق ، ص١٧١. د. وسن قاسم غني الخفاجي ، ايقاف التنفيذ المؤقت في العقود ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى كلية القانون _ جامعة بغداد ، ٢٠٠٦، ص٤٨

(٧٣) د . غازي عبد الرحمن ناجي ، التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه ، منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٦م ، ص١٤٩

(٧٤) د . غازي عبد الرحمن ناجي ، المصدر السابق ، ص١٥٠ . د . طالب حسن موسى ، المصدر السابق ، ص٢١٥

(٧٥) نبيل أحمد محمد فقيه ، الآثار القانونية لعقد البيع الدولي للبضائع بالنسبة للبائع وفقاً لاتفاقية فيينا للبيع الدولي ١٩٨٠، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥م ، ص٢٤٧

(٧٦) د . محمود سمير الشرقاوي ، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع ، مصدر سابق ، ص٢٢٢ . نبيل أحمد فقيه ، المصدر السابق ، ص ٢٤٨

(٧٧) في الواقع ان تسمية تلك الوسائل بالوسائل البديلة للفسخ هي ليست من وحي الخيال بل هي من وحي التشريع الفرنسي الذي عرض لبيان تلك الوسائل في التعديل النافذ في ١/ ١٠/ ٢٠١٦ فقد اعتبرها الفقه وسائل وقائية علاجية لابد من اللجوء اليها قبل الدخول في مرحلة الفسخ سواء اكان هذا الفسخ كلي ام جزئي فهو يرى ان الفسخ جزاء مدني شديد الخطورة و لابد من تقليل حالات اللجوء اليه وحصره في اضيق الحدود حماية للروابط العقدية وهذا ما كشفت عنه المادة (١٢٢٧) والتي نصها ((يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد حياله ، او انه قد نفذ بشكل ناقص أن :١ _ يرفض تنفيذ التزامه او يعلق تنفيذ . ٢_ يسعى إلى التنفيذ الجبري العيني للالتزام . ٣_يطلب تخفيض الثمن . ٤_ يطلب فسخ العقد . ٥_ يطلب التعويض عما ترتب من نتائج عن عدم التنفيذ ...)) فقد اعتبر الفقه ترتيب المشرع الفرنسي لتلك الوسائل هو من باب المحافظة على العقد، وذلك من خلال ترتيبها من اقلها خطورة حتى اشدها ، ليعطي الفسخ الجزئي للعقد عن طريق تخفيض الثمن في المرتبة الثالث في حال فشل الوسائل المتقدمة في ان تحافظ على الرابطة العقدية . استاذنا : د . عبد المهدي كاظم ناصر ، مصدر سابق ، ص ٢٦١ . وينظر ايضاً في الفقه الفرنسي :

Philippe malinuaud . Dominique Fenouillet . Mustapha Mekki , op , cit ,p

قائمة المصادر

اولاً: معاجم اللغة

(١)أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج٢، مكتبة لبنان، ١٩٨٧

(٢)د .أحمد فتح الله ، معجم ألفاظ الفقه الجعفري، ط١ ، مطابع المدخول ، الدمام ، ١٩٩٥

(٣)ابي فضل جمال الدين بن مكرم بن منظور ،لسان العرب ، الجزء الثاني ، باب الجيم ، الطبعة الثالثة، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان، بدون سنة طبع.

(٤)مجمع اللغة العربية المصري، المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى و أحمد حسن الزيات و حامد عبد القادر و محمد علي النجار، ج٢، المكتبة العالمية ، طهران ، بدون سنة طبع.

الكتب القانونية:

(١)أحمد السعيد الزقرد ، محاولة انقاذ العقود من الفسخ ، المكتبة المصرية، المنصورة ،(٢)٢٠٠٧م .

(٣)أحمد محمد الرفاعي ، الالتزام بالتسامح ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع.

(٤)أسعد ذياب، ضمان عيوب المبيع الخفية ، ط٣، دار اقرا ، بيروت، لبنان ،١٩٨٣.

(٥) أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة ، عمان ،٢٠٠٩م.
(٦) انور طلبه ، الوسيط في الفانون المدني ، ج١، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ،٢٠٠١م
(٧) ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، ١٩٧٥م .
(٨) حسين عامر و عبد الرحيم عامر ، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ، ط٢ ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٩ م
(٩) حمدي عبد الرحمان احمد ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠م .
(١٠) خالد احمد عبد الحميد ، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، ط١، بدون مكان طبع ، ٢٠٠١م.
(١١) د. عادل محمد خير ، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهد لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية والغرفة التجارية الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤.
(١٢) رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
(١٣) زهدي يكن ، عقد البيع ، ط١ ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، بلا سنة طبع.
(١٤) سمير عبد السيد تناغو ، احكام الالتزام و الإثبات ، ط١، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩م.
(١٥) سمير عبد السيد تناغو ،المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية ، بلا سنة طبع.
(١٦) شريف احمد الطباخ ، الموسوعة الشاملة في قضايا التعويضات التطبيق العملي للمسئولية المدنية مع صيغ دعاوى التعويض والمذكرات ، ط ٤، حيدر جروب للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٣م .
(١٧) طلال حافظ جابر ، عقد البيع الدولي للبضائع _ تنازع الاختصاص _ تنازع القوانين والقانون المادي الموحد بحسب اتفاقيه الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ، منشورات صادر الحقوقية، بيروت ، بلا سنة طبع .
(١٨) عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع.
(١٩) عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلاسنة طبع ، ص٤١.
(٢٠) عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام، ج١، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٦٨.
(٢١) عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٤م.
(٢٢) عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني العراقي ،ج١ ،مصادر الالتزام ، مطابع وزارة التعليم العالي ، ١٩٨٠م.
(٢٣) عبد المنعم البدراوي ، عقد البيع في القانون المدني ، ط٢ ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، مؤسسة مصر للطباعة الحديثة ، ١٩٥٦.
(٢٤) عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٤
(٢٥) عبدالرزاق احمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ،١٩٤٠م.

(٢٦) عدنان السرحان ، شرح أحكام العقود المسماة ، في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، ط١ ، دار وائل للنشر ، ٢٠٠٥م .
(٢٧) عصام انور سليم ، عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية والقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧م.
(٢٨) عصمت عبد المجيد بكر ، المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية ، ط١ ، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، عمان ، ٢٠١٦.
(٢٩) غازي عبد الرحمن ناجي ، التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه ، منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٦م .
(٣٠) فريد فتيان ، مصادر الالتزام شرح مقارن على النصوص، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٦_١٩٥٧
(٣١) لطيف جبر كوماني ، الشركات التجارية ، ط١ ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٤م.
(٣٢) محسن شفيق ، اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع.
(٣٣) محمد حسن قاسم ، القانون المدني إلالتزامات ، المصادر ، ج١، العقد ، المجلد الثاني ، دراسة فقهية قضائية في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد (٢٠١٦) مع الإشارة إلى المشروع التمهيدي لتعديل قانون المسؤولية المدنية الفرنسي ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨م
(٣٤) محمد حسين منصور ، دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٥.
(٣٥) محمد عبد الظاهر حسين ، الدور القضائي إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م
(٣٦) محمد عبد الظاهر حسين ، الدور القضائي إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م.
(٣٧) محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين ،الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه ، بلا مكان طبع ، ١٩٨٦م.
(٣٨) محمد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام (المصادر الارادية – العقد والارادة المنفردة)، مطبعة دار الكتب ، ١٩٧٥-١٩٧٦م.
(٣٩) المحمدي أحمد ابو عيسى ، انحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤م
(٤٠) مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج١ ، العقد ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٧م.
(٤١) مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للالتزام ،الدار الجامعية ، بدون مكان طبع ، ١٩٨٧م .
(٤٢) نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،٢٠٠٤م.
(٤٣) وليد خالد عطية ، التنفيذ على حساب المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة ، منشورات الحلبي، بيروت ، ٢٠١٧.
(٤٤) وليد خالد عطية ، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود ، دراسة مقارنة بين القوانين الإنكلوسكسونية والمدنية وعقود البيع الدولي ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٥م.

الرسائل والاطاريح

(١) حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه من جامعة فؤاد الاول، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦م

(٢) رشوان حسن رشوان احمد ، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر.
(٣) سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ،١٩٩٨ م.
(٤) سهير شرف ابراهيم ، التعويض كجزاء تكميلي في اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة المنوفية ، مصر.
(٥) سيف الدين محمود البلعاوي ، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين(الفسخ)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ١٩٨٢م.
(٦) عبد الامير جفات كروان ، تجزئة العقد ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بابل ، ٢٠٠٨م.
(٧) عمر علي سعيد محمد مليح الشامسي ، دور الفسخ الاتفاقي في إنهاء العقود ، اطروحة دكتوراه قدمة إلى كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ، ٢٠٠٩م
(٨) نبيل أحمد محمد فقيه ، الآثار القانونية لعقد البيع الدولي للبضائع بالنسبة للبائع وفقاً لاتفاقية فيينا للبيع الدولي ١٩٨٠، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥م
(٩) هاني حسن عبد ربه مشرف ، أثر المخالفة الجوهرية على عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ، ٢٠١٢اء، ٢٠١٧م ، ص٢٢٣.
(١٠) وسن قاسم غني الخفاجي ، ايقاف التنفيذ المؤقت في العقود ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى كلية القانون _ جامعة بغداد ، ٢٠٠٦

البحوث

(١) إيمان طارق مكي الشكري وعلاء الدين كاظم الزيادي ، جزاء إخلال المقاول بالتزامه بإنجاز العمل ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الاول ، السنة السادسة.
(٢) حسن محمد كاظم المسعودي، واقعة الفسخ القضائي في ذاتها، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة السادسة ، العدد الثالث ، ٢٠١٤م
(٣) عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق _جامعة عين شمس، العدد الأول ، السنة الأولى ،١٩٥٩م.
(٤) محمود سمير الشرقاوي ،الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة ، العددان ٣، ٤، السنة ٤٦، ١٩٧م
(٥) محيي الدين اسماعيل علم الدين ، الشرط الصريح الفاسخ في قضاء محكمة النقض المصرية ، بحث منشور في مجلة أدارة قضايا الحكومة ، العدد الاول ، السنة ٢٩، مارس ١٩٨٥ م.
(٦) مصطفى الزرقا ، دراسة مبدئية في العقود وفسخها ، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي ، السنة الخامسة، العدد السابع .
(٧) مصطفى عبد السيد الجارحي ، فسخ العقد في القانون المدني المصري والفرنسي ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، تصدر عن كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ، العدد ٥٦ ، السنة ١٩٨٦م

القوانين

(١) القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ (القانون المدني الفرنسي بالعربية ، دالوز ، ٢٠٠٩) .
(٢) قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ .
(٣) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

(٤) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل
(٥) تعديل القانون المدني الفرنسي النافذ في ٢٠١٦/١٠/١١ ، ترجمة د. نافع بحر سلطان ، قانون العقود الفرنسي الجديد (ترجمة عربية للنص الرسمي) ، جامعة الفلوجة ، ٢٠١٤

المصادر الفرنسية

1. Bertand Fages,droIt des oiIigations 7 édition , Àjour du projetde réforme de la
2. responsabilté civile du 13 mars 2017 ,lgdj ,2017,P.256
3. Corinne RigaLLe- Dumetz, rsoluétion partielle du contrat,These pour le doctorat en droit prive de l Universite de Lille II presentee et soutenue publiquement le 11 decembre 2001,pp.14
4. John cartwright. Bénédicte fauvaque- cossonet simon whittaker ,laréécriture du code civil
5. le droit francais des contrats apres larFéorme de 2016 ,p343
6. Cour d'appel de Versailles, 1re chambre 2e section, 20janvier2015, nº14/ 00058
7. Cour d'appel de Paris ,1er juillet 2015، nº 13/ 06554 , CA Paris,1er juillet 2015