

فسخ عقد المقاولة في التشريع العراقي

بحث مقدم الى مجلس القضاء لإقليم كردستان كجزء من متطلبات
الترقية من الصنف الثاني الى الصنف الأول من أصناف القضاة

إعداد

القاضي / خدر حسن محمد

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة السليمانية

إشراف

القاضي / كمال عبدالله رفیق

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة السليمانية

رئيس محكمة جنابات السليمانية

تأييد المشرف

اني القاضي (كمال عبدالله رفيق) المشرف على بحث القاضي السيد (خدر حسن محمد) بعنوان (فسخ عقد المقاوله في التشريع العراقي).. أؤيد بأن البحث تم كتابته تحت إشرافي وإلتزم الباحث بالاسلوب العلمي والأمانة العلمية في كتابة بحثه وإلتزم بالارشادات والتوجيهات أثناء كتابة البحث ولأجله وقعت أدناه.

المشرف

القاضي

كمال عبدالله رفيق

الفهرست

الموضوع	الصفحة
١) المقدمة.....	□
٢) المبحث الأول / عقد المقاولة وشروط صحته	□
المطلب الأول/ تعريف عقد المقاولة	□
المطلب الثاني/ شروط نفاذ عقد المقاولة	□
المطلب الثالث/ بطلان عقد المقاولة	□□
٣) المبحث الثاني / فسخ عقد المقاولة	□□
المطلب الأول/ الفسخ القضائي	□□
المطلب الثاني/ الفسخ الإتفاقي	□□
المطلب الثالث/ الفسخ بحكم القانون	□□
٤) المبحث الثالث / دعوى فسخ عقد المقاولة	□□
المطلب الأول/ آثار فسخ العقد	□□
المطلب الثاني/ دعوى فسخ عقد المقاولة	□□
المطلب الثالث/ تطبيقات قضائية لأحكام فسخ عقد المقاولة	□□
٥) الخاتمة	□□
٦) المصادر	□□

المقدمة

الفسخ هو الجزاء المترتب عن عدم قيام احد طرفي العقد بتنفيذ التزامه في العقود الملزمة للجانبين مع استعداد طالب الفسخ على تنفيذ ذلك الألتزام.

يعرف الفسخ لغة بأنه فسخ الأمر أو العقد اي نقضه ، أما الفسخ قانونا فيتمثل بالجزاء المترتب نتيجة عدم قيام احد طرفي العقد بتنفيذ التزامه المنوط اليه في العقد مع استعداد طالب الفسخ تنفيذ ذلك الألتزام. الفسخ هو زوال العقد بجميع آثاره في الماضي و المستقبل و هو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى. بينما عرف الفقهاء المسلمون الفسخ بأنه نقض الرباط التعاقدى لما يبرره من أسباب ذاتية أو عرضية و اعتبار ابطال العقود من تطبيقات الفسخ(1).

ان نظرية الفسخ لم تكن معترفا بها في صورتها الحالية في القوانين المدنية الا بعد تطور طويل و لم يكن يعترف بها القانون الروماني ، لان القانون المذكور لم يكن يربط بين الألتزامات الناشئة في العقد الملزم للجانبين بل كان العقد المذكور ينشئ الألتزامات المستقلة بعضها عن بعض ولا تقابل بينهما . ففي عقد المقولة مثلا كان التزام المقاول مستقلا عن التزام رب العمل وكذلك الحال في عقد البيع كان التزام البائع مستقلا عن التزام المشتري فاذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته لم يكن في وسع الاخر الا ان يجبره على التنفيذ حيث لم يكن باستطاعته ان يطلب فسخ العقد والتحلل من التزاماته . وبعد التطور افسحوا لفكرة الفسخ مجالا ضيقا فدخلوا في العقد شرطا صريحا يجعل لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد اذا لم ينفذ الطرف الآخر التزاماته . و انتقل هذا الشرط الى القانون الفرنسي القديم وكان فقهاء هذا القانون قد قالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح ولكن الفسخ كان لا يتم الا بحكم قضائي ، وان القانون المدني الفرنسي عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرا بالصياغة الرومانية فعلمه بوجود شرط فاسخ ضمني (م 1184 مدني فرنسي) بدلا من الشرط الفاسخ الصريح الذي كان سائدا في القانون الروماني .

ولم يكن يقصد بهذا اكثر من ان يقرر القاعدة التي تقضي بجواز فسخ العقد اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . اما ذكر الشرط الفاسخ الضمني فقد انتقل اليه من فقهاء القانون الفرنسي القديم الذين كانوا يفترضون هذا الشرط ليحل محل الشرط الفاسخ الصريح الذي كان يقول به القانون الروماني (2).

وان الفقه الحديث لا يقر بكون اساس الفسخ هو نظرية الشرط الفاسخ الضمني وذلك لان هذه النظرية تقرر بانه بمجرد عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيكون الشرط قد تحقق و ان العقد يفسخ من تلقاء نفسه و هذا امر غير معقول ولا يستقيم مع القواعد القانونية و مع مبادئ حسن النية اذ ان الفسخ لا يكون الا بحكم قضائي او باتفاق الطرفين و ان قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية للبت في موضوع اقرار طلب الفسخ من عدمه ، اذ انه قد يجيب لطلب الفسخ في حالة ثبوت ما يبرر ذلك و قد لا يستجيب لذلك عند عدم توفر ما يبرره ، أو لان الاخلال الحاصل كان بسيطا لا يستوجب الفسخ و قد يمهل المدين لتنفيذ التزامه ، اضافة الى ذلك فقد يقوم المدين بتنفيذ التزامه ليتحاشى الحكم بالفسخ ، و قد يعدل الدائن عن طلب الفسخ و يطلب التنفيذ العيني ، كما وان الرابطة التعاقدية التي اشترك المتعاقدان في انعقادها ليس من المعقول ان تكون عرضة لانحلال بمجرد تأخر احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه اذ ربما قد يكون معذورا في تأخره لسبب ما .

هذا وأن الفقهاء لم يتفقوا على تفسير محدد لأساس حق الفسخ فقد ذهب قسم من الفقهاء ومن ضمنهم الاستاذ الدكتور السنهوري بأن حق الفسخ مبني على فكرة الارتباط بين الألتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين باعتبار ان طبيعة هذه العقود تتطلب ان يكون التزام احد المتعاقدين مرتبطا بالتزام المتعاقد الاخر و انه عند

(1) الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي/ الألتزام بردغير المستحق ط1 مطبعة الخنساء بلا سنة طبع ص136.
(2) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / الوسط في شرح القانون المدني الجديد / نظرية الألتزام بوجه عام / مصادر الألتزام ص 691 .

عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فانه مما تقتضيه العدالة ان يكون للطرف الآخر اتباع احد الامرين فأما أن يوقف تنفيذ التزامه في العقد و هذا هو الدفع بعدم التنفيذ و اما ان يتحلل من تلك الالتزام بصورة نهائية و هذا هو الفسخ (1) .

بينما ذهب انصار نظرية السبب بان نظريتهم هي التي تصلح اساسا لحق الفسخ و ذلك لان عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه يفوت على المتعاقد الاخر الغرض الذي كان يقصده من وراء تعاقد (2) . و نحن نميل الى انصار نظرية السبب و ذلك لان المتعاقد عند تحمله للالتزام المترتب بذمته بموجب العقد كان غرضه المباشر هو الحصول على المقابل الذي يأتي من قيام المتعاقد الاخر لتنفيذ التزامه ، و يترتب على عدم قيامه بتنفيذ التزامه ان المتعاقد الدائن لم يتحقق له غرضه المباشر لذا فان من حقه ان يتحلل هو مما التزم به .
ومما دفعني الى اختيار موضوع فسخ عقد المقاولة في التشريع العراقي للبحث نظرا لأهميته في الظرف الراهن بعد فتح أبواب الأستثمار في كافة المجالات في إقليم كردستان و انتشار واسع لعقود المقاولات و المشاكل الناجمة عند تنفيذ عدد منها و لجؤ أطرافها الى القضاء لفسخها .
وقد كتبنا هذا البحث وفق الخطة التالية ونسأل الله التوفيق:-

(١) المقدمة.

(٢) **المبحث الأول / عقد المقاولة وشروط صحته.**

المطلب الأول/ تعريف عقد المقاولة.

المطلب الثاني/ شروط نفاذ عقد المقاولة.

المطلب الثالث/ بطلان عقد المقاولة.

(٣) **المبحث الثاني / فسخ عقد المقاولة.**

المطلب الأول/ الفسخ القضائي.

المطلب الثاني/ الفسخ الإتفاقي.

المطلب الثالث/ الفسخ بحكم القانون.

(٤) **المبحث الثالث / دعوى فسخ عقد المقاولة.**

المطلب الأول/ آثار فسخ العقد.

المطلب الثاني/ دعوى فسخ عقد المقاولة.

(٥) **المطلب الثالث/ تطبيقات قضائية لفسخ عقد المقاولة.**

(٦) **الخاتمة.**

(٧) **المصادر.**

-
- (1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / المصدر السابق ص 696 .
(2) الدكتور عبدالمجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / الجزء الاول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي / الطبعة الثانية بغداد / 1963 ص 366.

المبحث الأول

عقد المقاولة و شروط صحته

المطلب الأول

عقد المقاولة

يراد بالمقاولة في اللغة : المفاوضة و المجادلة ، و منه قولهم : قاله في الأمر مقاولة اذا فاضه و جادله ، و تقالو في الأمر : تفاوضو ، و تطلق أيضا" على اعطاء العمل للآخر ، قاله مقاولة على : تعهد منه للقيام به ، و المقاول : من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة كبناء بيت ، أو اصلاح طريق ، و المقاولة : اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة . (1)

نظم القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل أحكام عقد المقاولة بأعتبره من العقود المسماة في الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الثالث و الخاص بالعقود الواردة على العمل و قد خصص المشرع (27) مادة لعقد المقاولة و الاستصناع ، تبدأ من المادة 864 و تنتهي بالمادة 890. حيث عرف المشرع العراقي عقد المقاولة في المادة 864 بقوله (المقاولة عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً" أو يؤدي عملاً" لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر)

و قد عرفته المادة 646 من القانون المدني المصري بأنه (عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً" ، أو يؤدي عملاً" لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)

و تطابقها المادة (612) من القانون المدني السوري والمادة (645) من القانون المدني الليبي ، بينما عرفته المادة 780 من القانون المدني الأردني بأنه(عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً" أو يؤدي عملاً" لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر). و قضت المادة 661 من التقنين المدني الكويتي بأن (المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً" للطرف الآخر مقابل عوض ، دون أن يكون تابعاً" أو نائباً" له) و يلاحظ من مجمل التعريفات السابقة ان الخصوصية الأساسية لعقد المقاولة ، هي أن يقوم المقاول بالعمل الذي تعهد به باستقلال تام عن صاحب العمل ، و تحت اشراف المقاول و ادارته وحده. و يبدو من هذا التعريف ان عقد المقاولة من العقود الرضائية حيث يتم انعقاده بمجرد ارتباط قبول أحد الطرفين بأيجاب الطرف الآخر و تطابقهما . فلا يحتاج لأنعقاده اتباع شكل معين و لذلك فهو عقد غير شكلي.

ولكن اعتبار عقد المقاولة عقداً" رضائياً لا يمنع المتعاقدين من الاتفاق على وجوب استيفاء شكل معين، بحيث لا ينعقد الا عند مراعاة ذلك الشكل كتحرير العقد من قبل كاتب العدل مثلاً" فيكون العقد شكلياً لأنه لا ينعقد الا عند مراعاة الشكل الذي تم الاتفاق عليه .

ثم يظهر بأن عقد المقاولة من عقود المعاوضة لا من عقود التبرع لأن كل طرف يأخذ مقابلاً" لما يعطيه . فالمقاول يقدم عمله أو الشيء الذي يصنعه و يأخذ الأجر مقابلاً" لما قدمه ، كما ان رب العمل يعطي الأجر الى المقاول كمقابل للشيء المصنوع أو للعمل الذي يقدمه له هذا الأخير . كما ان هذا العقد من العقود الملزمة للجانبين حيث ان المشرع رتب التزامات معينة في ذمة كل من رب العمل و المقاول (2) .

الا انه لا بد من الإشارة الى ان أغلب التشريعات المدنية الحديثة تبحث عقد المقاولة بأعتبره عقداً" مستقلاً" له قواعد و أحكام خاصة تميزه عن عقد العمل من ناحية و عن عقد الأيجار من ناحية أخرى فأن الأمر لم يكن كذلك

(1) زياد شفيق حسن / عقد المقاولة في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير كلية الشريعة جامعة النجاح الوطنية

2004 ص 18.

(2) المصدر السابق ص 22 .

في أيام الرومان ، فلم يكن عقد المقاولة معروفا في القانون الروماني بهذا الأسم و انما كان مختلطا" بعقد الأيجار . فعقد الأيجار كان يشمل ، في أيام الرومان ، علاقات تعاقدية متنوعة ، فقد يكون محلا" لعقد الأيجار عمل الإنسان و كان يطلق عليه لا عقد العمل ، و انما اسم عقد ايجار العمل . و كانت مجلة الأحكام العدلية تجيز بدورها أن يكون عمل الإنسان محلا" لعقد الأيجار لأن هذا العقد كان من الممكن وروده على منافع الأعيان أو على العمل ، فأذا ورد عقد الأيجار على عمل الإنسان فيقال للمأجور أجيرا" كأستئجار الخدمة و أرباب الحرف(1) .

و بما ان عقد المقاولة من العقود المسماة و ان المشرع تولى تنظيمها بنصوص خاصة سألنا الذكر فأنها تخضع بالتالي الى النصوص المذكورة ن فيتعين على المحكمة اذن تطبيق تلك النصوص طالما كان الأتفاق بين المتعاقدين خاليا من حل للقضية موضوعة النزاع أو كان ذلك الحل ، في حال وجوده ، مخالفا للقواعد الأمرة التي تحتويها النصوص التشريعية الخاصة بالعقد المسمى (الفقرة 2 من المادة 76 من القانون المدني) فأذا لم تجد المحكمة في النصوص الخاصة بالعقد المسمى حلا" للنزاع فيلزم عند ذلك الرجوع الى القواعد العامة للعقد لتطبيقها (الفقرة 1 من المادة 76 من القانون المدني) . فأذا لم تسعف القواعد العامة المذكورة المحكمة فعليها عند ذلك الرجوع الى تطبيق أحكام الفقرتين 1و2 من المادة الأولى من القانون المدني.

و عند عرض نزاع معين أمام القضاء تتعلق بعقد ملزم للجانبين فأن محكمة الموضوع تتولى أمر تكييف العقد و من تلقاء نفسها دون طلب من الأطراف ، لأن على هذا التكييف يتوقف وضع النصوص التشريعية الخاصة بعقد من العقود المسماة موضع التطبيق ، و ما يترتب على ذلك من استبعاد الأحكام التي تخص العقود الأخرى . و لكن لا بد من الإشارة الى انه لكي تستطيع المحكمة التكييف فلا بد من اللجوء أولا" و قبل كل شيء الى الكشف عن الهدف الحقيقي الذي قصد اليه الطرفان المتعاقدان و الأثر القانوني الذي أرادا احداثه من اتفاقهما . و يكون عقد المقاولة تجاريا لا مدنيا" بالنسبة للمقاول سواء كان هو الذي ورد المادة أم وردها رب العمل طالما كان محل المقاولة هو قيام المقاول بعمل من أعمال التجارة . بينما لا يكون العقد تجاريا" اذا قام المقاول بعمل من الأعمال غير التجارية كعمل الرسام و الطبيب و غيرهم من ذوي المهن الحرة المشابهة .

و كما أشرنا سابقا" ان المشرع العراقي جعل من عقد المقاولة عقدا مسمى و جاء بنصوص خاصة تنظم أحكامها في الباب الثالث من القانون المدني و خصص لها النصوص القانونية بدأ بالمادة (864) و تنتهي بالمادة (890) ، الا اننا و عند دراسة أركان عقد المقاولة و شروط صحتها لا بد أن نرجع الى الأحكام العامة للعقد في القانون المدني لعدم وجود نصوص خاصة بعقد المقاولة بهذا الشأن عدا النصوص المشار اليه أعلاه(2) .

(1) الدكتور كمال قاسم ثروت / الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة الجزء الأول 1976 مطبعة أوفسيت الرسام ص 18
(2) المصدر السابق ص 3 و 4 .

المطلب الثاني شروط نفاذ عقد المقاول

بما ان الفسخ لا يسري الا على العقود الصحيحة النافذة ، فلا بد من البحث متى يكون العقد صحيحا نافذا لأمكان ملاحظته بالفسخ، نصت المادة (73) من القانون المدني العراقي بخصوص تعريف العقد على ما يلي (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول اخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه).

كما و نصت المادة (90) مدني على ما يلي

1- اذا فرض القانون شكلا معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك .
2- و يوجب استيفاء هذا الشكل ايضا فيما يدخل على العقد من تعديل . و نصت المادة 133 بخصوص العقد الصحيح على ما يلي :

1. العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع و اوصافه صحيحة سالمة من الخلل.

2. و اذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا افاد الحكم في الحال .

و من كل ما تقدم يتبين ان الشروط العامة لانعقاد العقد صحيحا نافذا هي:

1- وجود التراضي و صحته .

2- محل قابل لحكمه .

3- سبب مشروع .

4- استيفاء الشكلية المطلوبة قانونا أو اتفاقا".

لما تقدم ان شروط صحة و نفاذ عقد المقاوله عبارة عن :-

أولاً/ وجود التراضي و صحته

العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه (م 73 مدني) . و يعرف فقهاء القانون المدني الوضعي العقد بأنه (اتفاق ارادتين على انشاء الالتزام او نقله (1)).

فالشيء المهم في العقد هو ان تتجه الارادتان الى احداث اثر قانوني وان يكون العقد واقعا في نطاق القانون

الخاص و ضمن دائرة المعاملات المالية ،و العقد يفترض وجود طرفين ارتضى كلاهما التعاقد و لذلك فان رضا

المطلوب هو رضا الطرفين لا رضا احدهما . و الرضا يفترض وجود الارادة و وجود الارادة يتطلب ان يعبر كل

طرف عن تلك الارادة . و يكون التعبير عن الارادة صريحا فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام و ذلك بايراد

الالفاظ الدالة على معنى الذي تنطوي عليه الارادة كما يكون ايضا بالكتابة في اي شكل من اشكالها عرفية كانت

او رسمية في شكل سند او كتاب او بأية طريقة اخرى . كما يكون التعبير الصريح ايضا بالاشارة الشائعة

الاستعمال ولو كان قد صدر من غير احرص . و مثال ذلك هز الرأس عموديا فان ذلك يدل على القبول كما وان

هز الرأس افقيا او هز الكتف دليل على الرفض . و يكون ايضا بالتبادل الفعلي الدال على التراضي .

كما و يكون التعبير الصريح باتخاذ الى مسلك اخر لا تدع ظروف الحال مجالا للشك في دلالاته على التراضي

(792 مدني) . هذا وان التعبير عن الارادة يصح ايضا ان يكون ضمنيا و يكون ذلك بعمل مادي او بعمل

قانوني. و اذا كان الاصل ان يعبر كل متعاقد عن ارادته بنفسه الا ان ذلك ليس لازما ،اذ يمكن ان يعبر عن هذه

الارادة شخص اخر ينوب عنه في حالة توفر الشروط القانونية التي تخوله بذلك و تسمى هذه الحالة بالنيابة

بالتعاقد و هي من حيث الجهة على ثلاثة انواع – فنيابة الولي نيابة قانونية لان القانون هو الذي يقرر ان الاب

يكون وليا على الصغير (م 27 قانون رعاية القاصرين رقم 80/78) ، و نيابة الوصي و القيم و الحارس

(1) مجلة الأحكام العدلية - العدد الثالث و الرابع 1977 السنة السابعة/ ص 282 .

(2) الدكتور غني جسون طه / الوجيز في النظرية العامة للالتزام / الكتاب الاول مصادر الالتزام / بغداد 1971 ص 52 .

القضائي نيابة قضائية لان القضاء هو الذي يختارهم اما الوكالة فتعتبر نيابة اتفاقية لان الموكل هو الذي يختاره وهو المرجع في تعيينه (1) و يتحقق التراضي بمطابقة القبول مع الايجاب اي بتوافق الارادتين و عند عدم التوافق المذكور فلا ينعقد العقد . و تحقق مطابقة القبول للايجاب فيما اذا اتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية و لا يؤثر على ذلك اختلافهم بعد ذلك في المسائل التفصيلية لان المسائل الجزئية تعتبر اشياء ثانوية و بإمكان اللجوء الى القضاء للبت فيها طبقا لطبيعة الموضوع مستعينة بحكام القانون في حالة وجودها و الا فانه يقضي فيها وفقا للعرف و قواعد العدالة ، هذا اذا لم يشترط الطرفان بان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على مسائل التفصيلية فان العقد يعتبر منعقدان التعاقد وان كان الاصل يجري بين طرفين يجمعهما مجلس واحد كحالة المتعاقدين بواسطة البريد او البرق او الهاتف او بواسطة الرسول (المادتان 87 و 88 مدني).

صحة التراضي

ان وجود التراضي لا يكفي بل يجب ان يكون هذا التراضي صحيحا بان يكون صادرا من ذي اهلية ولم تكن ارادة اى من المتعاقدين مشوبة بعيب من عيوب الارادة و هذه العيوب هي : الاكراه و الغلط و الغبن مع التغيرير و الاستغلال و الاهلية على نوعين و هما اهلية الوجوب و اهلية الاداء . و اهلية الوجوب هي صلاحية الشخص ليكون له حقوق و عليه التزامات و الشخص الذي يآخذ القانون بنظر الاعتبار اما ان يكون طبيعيا و هو الانسان واما يكون معنويا كالشركات و الجمعيات و غيرها . و الانسان بمقتضى اهلية الوجوب لا يكون مسؤولا الا مسؤولية تقصيرية فقط . اما اهلية الاداء و هي التي تعنينا في موضوعنا – هي صلاحية الشخص لانشاء التصرفات القولية على وجه يعتد به شرعا (2) .

والاهلية (اهلية الاداء) مناطها التمييز لان الارادة هي التي تتجه الى احداث الاثر القانوني في حق الشخص و الارادة ل تصدر الا عن تمييز ، فمن كمل تمييزه كملت اهليته ، ومن نقص تمييزه و الاصل ان كل شخص يعتبر كامل الاهلية اي انه اهل لتعاقد و الاستثناء هو انه ناقص الاهلية او عديمها حسبما هو مقرر في القانون (م 93 مدني). و نقص الاهلية اما ان يكون طبيعيا او عارضا و نقص الاهلية الطبيعي يعود الى سن الشخص ، فهو من ولادته الى سن التمييز الذي هو سبع سنوات كاملة (م 97 ف 2 مدني) فهو يعتبر صبيا غير مميز و هو لا يملك الاهلية و يمارس التصرفات القولية بدلا عنه و ليه ثم وصيه في الحدود التي يرسمها القانون . و من سن التمييز الذي يبدأ من اول يوم سنة الثامنة الى بلوغ سن الرشد الذي هو ثماني عشر سنة كاملة (م 106 مدني) يعتبر صبيا مميزا و يتمتع بالاهلية المحصورة بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً فقط كقبول الهبة او البراء من الدين و بخصوص التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر كعقد البيع فانه يستطيع مباشرتها الا انها تبقى موقوفة على اجازة و ليه في الحدود التي يجوز له فيها ممارسة هذا التصرف ابتداء . واما التصرفات الضارة فلا يعتد بها و لو اذن له و ليه كعقد التبرع (م 99 مدني).

نقصت اهليته ، و من انعدام تمييزه انعدمت اهليته ، لذا يمكن تقسيم الاشخاص من حيث تمتعهم بالاهلية الى كامل اهلية ، ناقص الاهلية ، عديم الاهلية (3) .

و بخصوص الناقص الاهلية فانه يجوز لمن اكمل الخامس عشر من العمر ان يرخص له و ليه بممارسة اعمال التجارة بعد استحصال الاذن من المحكمة و ذلك بان يسلمه مبلغا من المال و عندئذ فان الصغير الماذون يعتبر من منزلة البالغ السن بالنسبة للتصرفات الداخلة ضمن الاذن (المادتان 98 و 99 مدني) . هذا و يعتبر الشخص كامل الاهلية متى ما اكمل السن الثامن عشر من العمر . و بعبارة اخرى فاذا ما بلغ الشخص السن الرشد الذي يبدأ من اليوم الاول من السنة التاسعة عشر فانه يعتبر عاقلا بالغا و بإمكانه اجراء كافة التصرفات القولية مالم يجزم عليه باستمرار الولاية او الوصاية بسبب اصابته باحدى عوارض الاهلية لأن اصابته بذلك تؤدي الى

- (1) الدكتور غني حسون طه / المرجع السابق / ص 131 .
(2) الدكتور عبدالمجيد الحكيم / المصدر السابق / ص 103 .
(3) الدكتور غني حسون طه / المصدر السابق / ص 156 .

اختلال اهليته، والعوارض المذكورة هي الجنون والعتة وذو الغفلة والسفه. والمجنون والمعتوه يعتبران محجورين لذاتهما (م 94 مدني)، واما السفية و ذو الغفلة فيقدم الطلب للمحكمة المختصة و يعلن الحجر بالطرق المقررة (م 95 مدني) فالمجنون المطبق يعتبر حكمه حكم الصبي غير المميز اي ان جميع تصرفاته باطلة ، اما المجنون غير المطبق فتعتبر تصرفاته في حالة افاقته كتصرفات العاقل (م 108 مدني).والمعتوه حكمه حكم الصبي المميز (م 107 مدني) اي انه يتمتع بأهلية ناقصة و تسري عليه الاحكام المقررة للصبي المميز ، واما السفية و ذو الغفلة فحكماهما حكم الصغير المميز منذ صدور الحجر عليهما و طيلة سريان أمر الحجر المذكور ، وان تصرفاتهما السابقة لتأريخ الحجر فتعتبر صحيحة الا اذا وقعت غشا بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفية او ذو الغفلة توقعا للحجر (م 109 مدني).

هذا وان احكام الاهلية تعتبر من النظام العام لذا فلا يجوز مخالفتها و كل اتفاق على مخالفتها يعتبر باطلا لمخالفته لقواعد النظام العام .

عيوب الارادة

لا يكفي لانعقاد العقد صحيحا وجود التراضي الصادر عن ذي اهلية بل يجب ان تكون الارادة التي تتجه الى احداث اثر قانوني حرة مبصرة سليمة من كل عيب قد يشوبها .

فالارادة المعيبة هي ارادة موجود الا انها صادرة من شخص غير حر في ارادته او على غير بينة من امره ، فأرادته تعلقت بمحلها تعلقا حقيقيا ، الا ان تعلقها كان على غير هدى والا لما كانت الارادة قد تعلقت به لو كانت على هدى او كانت مختارة فعليه تعتبر معيبة وان العقد الذي يقوم على الارادة المعيبة فهو موجود الا انه عقد قابل للابطال (1) فهو يعتبر قابل للتنفيذ . وان القانون المدني العراقي عالج موضوع عيوب الارادة على النحو الاتي - الاكراه ، الغلط ، التغرير مع الغبن ، الاستغلال ، وسنبحث الان كل منها على حدة :

(1) الاكراه : عرف المشروع العراقي الاكراه في المادة 112 مدني بأنه (اجبار شخص بغير حق على ان يعمل عملا دون رضاه .) و العمل يشمل التصرفات القولية و الفعلية . وان المشروع اخذ بمبدأ تقسيم الاكراه الى ملجئ و غير ملجئ من فقهاء المذهب الحنفي . والاكراه يكون ملجئا اذا كان تهديدا بخطر جسمي محقق كاتلاق نفس او عضو او ضرب مبرح او اتلاف خطير في المال ، و يكون غير ملجئ اذا كان تهديدا بما هو دون ذلك . كالحبس و الضرب على حسب احوال الناس (م 112 ف 2 مدني) .

والاكراه المفسد للارادة نوعان مادي و معنوي ، فالمادي هو الذي يقع على الجسم فيحدث الما مادي كالضرب وما شابه ، و المعنوي يتحقق بالتهديد بايقاع الاذي لا بايقاعه فعلا سواء اكان الخطر المهدد به ما يصيب النفس او المال او الشرف و يعتبر معنويا او نفسيا بالنظر لما يحدثه في نفس الشخص من رهبة و اضطراب يحمله على الرضا بابرام العقد و هذا النوع هو اكثر وقوعا في الحياة العملية في وقتنا الحاضر.

(2) الغلط : يعرف الغلط بانه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع ، و غير الواقع اما ان يكون واقعة غير صحيحة يتوهم صحتها ، او واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها (2).

وقد عالج المشرع العراقي موضوع الغلط وفق ما يلي : الغلط في الشيء. الغلط في الشخص ، الغلط في العناصر الضرورية للتعاقد و ذلك في المواد 117 و 118 و 119 من القانون المدني. الغلط في الشيء يكون اما باختلاف الجنس المعقود عليه من المسمى في العقد فان هذا يبطل العقد ، واما ان يتحد الجنس و يختلف الوصف المرغوب فيه و هو يجعل العقد موقوفا على اجازة العقد . و هذا ما نصت عليه المادة 117 ف 1 مدني ،

و يتبين من نص المادتين 118 و 119 مدني ان الغلط الذي يعيب الرضا والذي بسببه يكون العقد موقوفا ينبغي ان يتوافر فيه ركنان :

1- ان يكون الغلط جوهريا .

2- اتصال المتعاقد الاخر بالغلط .

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / المصدر السابق /ص 289.

(2) الدكتور عبدالمجيد عبدالحكيم / المصدر السابق /ص 118.

الغلط الجوهرى يشترط لتحقيقه ان يبلغ في نظر المتعاقد الذي وقع فيه حا من الجسامة بحيث انه كان يتمتع من ابرام العقد لو لم يقع فيه.

وطبقا لفقرة (1) من المادة 118 مدني لا ينفذ العقد (اذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين او يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد لمل ينبغي في التعامل من حسن النية). فاذا كانت الصفة التي وقع الغلط فيها من الاهمية التي كان المتعاقد لمل اقدم على التعاقد لو لم يقع في الغلط المذكور لكان الغلط واقعا في صفة جوهرية للشيء ، كمن اشترى صورة زيتية على اعتبار انه من صنع رسام معين فاذا هي من صنع رسام اخر .

هذا وان اشتراط المشرع ذلك هو لكي لايفاجأ المتعاقد الاخر بنقض العقد لانه اما ان يكون مشتركا في الغلط او ان يكون عالما بالغلط او كان مقصرا لانه من المفروض ان يتبين الغلط من الظروف والاحوال اللتان رافقتا عطية التعاقد (1) .

ان كل ما تقدم ذكره كان يتعلق بالغلط الواقع و هناك حالة اخرى للغلط لم يعالجها المشرع العراقي و هو الغلط في القانون الا ان اشراح القانون المدني العراقي اجمعوا على ان الغلط في القانون هو كالغلط في الواقع يعيب الرضا . و المقصود بالغلط في القانون الذي يعيب الرضا هو ما يتعلق بالقواعد القانونية المفسرة والمكاملة لارادة المتعاقدين والتي لا تتعلق بالنظام العام . ومثال على ذلك ، رجل يهب مالا لمطلقاته طلاقا رجعييا بعد انتهاء مدة العدة وهو يعتقد بانها لازالت في عصمته وانه كان يجهل بان الطلاق الرجعي ينقلب باننا بينونه صغرى بعد انتهاء العدة فبامكان المذكور ان يطعن في تصرفه بالغلط . واما الغلط في القواعد القانونية الامرة فانه غير وارد لتلقه بالنظام العام ولتعارضه مع مبدأ (الجهل في القانون ليس بعذر) ...

(3) التغرير مع الغبن :

ان المشرع العراقي عبر عن التدليس بالتغرير وانه اعتبر التغرير اذ اجتمع مع الغبن عيبا واحدا من عيوب الارادة فلم يعتبر التغرير عيبا مفسدا للارادة الا اذا نشأ عن غبن ولا الغبن في الاصل عيبا الا اذا نشأ عن تغرير فاذا لم يجتمعا فان العقد ينفذ (م 124 ف1 مدني) اما اذا كان التغرير صادرا من الغير فانه لا يؤثر على نفاذ العقد الا اذا اثبت المتعاقد المغبون بان المتعاقد الاخر يعلم به او كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد (م122 مدني) ان التحقق من وجود التغرير ليس ثابتا فقد يتحقق التغرير بالنسبة لشخص في حالة ما وقد لا يتحقق في اخر في نفس الحالة لذا فأنه يعتبر من مسألة الوقائع يعود تقديرها للقاضي الموضوع . هذا و يعتبر العقد موقوفا للتغرير اذا ما نشأ عنه غبن فاحش (م 121 ف1 مدني) . واذا كان الغبن يسيرا او كان الغبن فاحشا الا ان التغرير لم يعلم به العاقد الاخر ولم يكن من السهل عليه ان يعلم به او كان الشيء قد استهلك قيل العلم بالغبن او هلك او حدث فيه عيب او تغيير جوهرى فأن العقد في جميع هذه الاحوال يكون نافذا (م 123 مدني) .

الغبن : يعرف فقهاء القانون المدني الوضعي الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه وما يعطيه . ويعرفه فقهاء المسلمين بأنه تمليك المال باكثر من قيمته و في ذلك غبن للمشتري او تملكه بأقل من قيمته وفي ذلك غبن للبائع (2).

واستثناء من القاعدة المذكورة قرر المشرع العراقي اعتبار وجود الغبن الفاحش وحده كاف لابطال العقود التي ترد على اموال المحجور عليهم كالصغير والمجنون او على اموال الدولة او الوقف ولو لم يصاحبه التغرير و بذلك يكون الجزاء اشد اذ اعتبر العقد باطلا لا موقوفا .

(1) الدكتور غني حسون طه /مصادر الالتزام / المصدر السابق / ص190 .

(2)الدكتور غني حسون طه / نفس المصدر /ص192.

التغريير :يعرف عادة بانه (استعمال شخص ظرفا احتيالية لايقاع شخص اخر في غلط يحمل على التعاقد(1).

(4) الاستغلال :

ان الغبن في القانون المدني العراقي لا يشكل عيبا من عيوب الارادة ولو كان فاحشا الا اذا كان ناشئا من تغريير ولكن يحدث ان يصيب احد المتعاقدين غبن فاحش او ان يتصرف لمصلحة اخر على سبيل التبرع دون ان يكون ضحية تغريير و دون ان يكون مكرها على ذلك او واقعا في غلط بل بنتيجة استغلال حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته و ضعف ادراكه ، فقد ادرك المشرع العراقي حاجة هذا الشخص الى حماية القانون لذا قرر في المادة 125 مدني يقوله (اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى حد المعقول . فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة ان ينفذه)

ثانياً/ محل قابل لحكمه

نص القانون المدني في المادة 126 (لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه قابلا لحكمه ويصح ان يكون المحل مالا ، عينا كان او دينا او منفعة ، او اي حق مالي اخر ، كما يصح ان يكون عملا او امتناعا عن عمل) لذا يجب توفر شروط معينة في المحل ليكون العقد صحيحا منتجا لاثارة ولا يؤثر على ذلك ان كان ركنا في العقد او في التزام . و ان الشروط المذكورة هي :

- 1- ان يكون موجودا او ممكنا
- 2- ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين
- 3- ان يكون قابلاً للتعامل غيه او مشروعاً . و نتناول كل شرط على حدة .

1- ان يكون المحل موجودا او ممكنا : و يقصد بالمحل الموجود هو وجوده وقت ابرام العقد ، فاذا قصد المتعاقدان التعاقد على شيء موجود عند ابرام العقد فتبين عدم وجوده فان العقد لا ينعقد ، ولا ينشأ التزام على عاتق اي منهما .

وان المشرع العراقي اجازة في المادة 129 ف1 مدني ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل و عين تعيينا كافيا مانعا للجهالة والعزر ، وبذلك يكون قد اجاز التعامل في الاشياء المستقبلية . الا انه استثنى من ذلك الجواز . التعامل في شركة انسان على قيد الحياة وذلك في الفقرة 2 من نفس المادة حيث اعتبر التعامل المذكور باطلا وان هذا البطلان جاء مطلقا لذا فانه يشمل كافة ضروب التصرفات وسواء صدر من المورث او من الوارث المحتمل .

اما فيما يخص المحل الممكن فهو يشمل العمل او الامتناع عن عمل و ينبغي ان يكون ممكنا اي ان يكون في حدود الاماكن ، اذ لا التزام بمستحيل والامكان تقابله الاستحالة ، والاستحالة اما ان تكون مطلقة او نسبية والاستحالة المطلقة تتحقق عندما تكون متعذرا على كافة الناس القيام به و ذلك وقت تمام العقد . كطبيب عيون يتعهد بوضع عين انسان ميت في محل عين مفقودة لشخص حي و هذا ما يسمى بالاستحالة الموضوعية اي الرجعة الى ذات المحل . والاستحالة المطلقة قد تكون قانونية اي انها راجعة الى نص في القانون ، كمحامي يتعهد برفع الدعوى برفع الغبن في دعوى الاستغلال مضى على العقد اكثر من سنة على الحق . اما الاستحالة النسبية فهي التي يكون فيها الالتزام مستحيلا بالنسبة للمدين و غير مستحيل على الاخرين و تسمى بالاستحالة الشخصية اي انها راجعة الى ذات المتعاقد ، كمن يتعهد برسم صورة زيتية مع انه ليس برسام . والاستحالة النسبية لا تؤثر على نشو الالتزام و قيام العقد سواء اكانت تلك سابقة على العقد او لاحقة عليه ، الا انه بالنظر لعجز المدين عن تنفيذ التزامه فان التزامه ينقضي وللدائن مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة عدم التنفيذ ان كان بسبب اهماله و تقصيره . . والا فلا يجب عليه التعويض ، كرسام يتعهد برسم صورة زيتية لآخر و بعد العقد حصل حادث له ادى الى بتريده اليمنى ففي هذه الحالة ينقضي التزامه ولا يجب عليه التعويض .

(1) الدكتور غني حسون طه / مصادر الالتزام / المصدر السابق /ص116.

هذا وان الاستحالة المطلقة تجعل العقد باطلا واما الاستحالة النسبية فانها لا تمنع العقد من الانعقاد و ينقضي الالتزام و يستحق التعويض وفق الكيفية التي ذكرناها سابقا وهذا ما قضت به المادة 127 مدني .

1- ان يكون المحل معيناً او قابلاً للتعيين : لكي يتوفر شرط المحل لا يكفي ان يكون موجوداً و ممكناً بل لا بد ان يكون معلوماً لدى المتعاقدين بان يكون معيناً وقت ابرام العقد او قابلاً للتعيين و يكون كذلك اذا كان معلوماً لدى المتعاقدين علماً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع . والمحل لا يعدو ان يكون شيئاً او عملاً او امتناعاً عن عمل ، فاذا كان شيئاً فهو اما ان يكون معيناً بالذات او من الاشياء المعينة بالنوع فقط و بهذا الخصوص نصت المادة 128 مدني (1)-يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء اكان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكفي بذكر الجنس عن القدر والوصف. 2 - على انه يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه اخر3- فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل) .

فاذا ورد العقد على شيء معين بالذات فيجب ان يكون هذا الشيء معيناً تعييناً كافياً لمنع الجهالة الفاحشة ، واذا لم يحدد في العقد مقدار الشيء فيجب على الأقل ان يتضمن العقد ما يمكن بواسطته تحديد ذلك المقدار ، كما لو تعهد شخص قاول لفلاح بتزويده بما يقوم بزراعته من الحنطة في موسم الشتوي القادم فالعقد في هذه الحالة صحيحاً لان مقدار المبيع وان لم يكن معيناً في العقد فهو قابل للتحديد . واما اذا لم يذكر في العقد جودة الشيء فان ذلك لا يؤثر على العقد اذا يمكن استخلاص ذلك من ظروف التعاقد او العرف و عند تعذر ذلك يكون من الصنف المتوسط(1) .

اما اذا كان المحل عملاً او امتناعاً عن العمل فيجب ان يكون معيناً ، فاذا كان المحل عملاً كما لو تعهد مقاول ببناء منزل وجب تحديد البناء ببيان اوصافه وذكر مشتملاته و مدة القيام به. هذا و يجوز ان يكون المحل قابلاً للتعيين من ظروف العقد وملايساته ، كما لو التزم المقاول ببناء دار لصديقه وفي هذه الحالة من غير الممكن ان لا يبني في الدار حمام و مرافق صحية . هذه اذا لم يتم تعيين المحل وفق ما تقدم ذكره فان العقد يكون باطلاً (2)- المحل القابل للتعامل فيه : قد يكون الشيء موجوداً و ممكناً و معيناً الا انه لا يصلح محلاً للتعامل فاذا كان المحل شيئاً يرد عليه حق عيني يجب ان يكون هذا الشيء يجوز التعامل فيه واذا كان محل الالتزام عملاً او امتناعاً عن العمل فيجب ان يكون مشروعاً وبهذا الخصوص نصت المادة (61 مدني) :

1- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية
2- والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية . كما نصت المادة 130 ف1 مدني (يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام والاداب . والا كان العقد باطلاً) .

ثالثاً / سبب مشروع

للسبب نظريتان لتحديد مفهومه وهما النظرية التقليدية والنظرية الحديث . فالنظرية التقليدية تعرف السبب بانه هو الغاية المباشرة او لغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه ، فيختلف السبب عن الباعث في ان السبب هو اول نتيجة يصل اليها الملتزم ، اما الباعث فغاية غير مباشرة تتحقق بعد ان يتحقق السبب ولا يصل اليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام (2) . وان السبب بموجب النظرية الحديثة هو الباعث الدافع الموجه للملتزم في ان يلتزم (3) . والباعث معياره ذاتي وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد الى اخر بتغيير المتعاقدين وما يدفعهم من البواعث .

-
- 1) الدكتور غني حسون طه / مصادر الالتزام / المصدر السابق /ص226
 - 2) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / المصدر السابق / ص438 .
 - 3) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / المصدر السابق / ص456 .

١. وان المشرع العراقي لم يحدد معنى السبب وخصص مادة واحدة للكلام عن السبب وهي المادة 132 مدني التي نصت : يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا او مخالف للنظام العام والاداب

٢. ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعاً ولولم يذكر هذا السبب في العقد مالم يقيم الدليل على ذلك

٣. اما ذكر سبب في في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ذلك.

يقول العلامة السنهوري واضح القانون المدني ان النظرية التي اعتنتها القوانين المدنية العربية ومنها القانون المدني العراقي انما هي النظرية الحديثة للسبب اي ان السبب في القانون العراقي هو الباعث الدافع الى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد (1). بينما يهوى الدكتور غني حسون طه بانه لا يمكن ان تفهم كلمة السبب الواردة في الفقرة 1 من المادة 132 مدني على انها الباعث لانه لا بد لكل ارادة من باعث يحركها ، ولا يتصور ان تتحرك الارادة دون باعث الا اذا كانت هائلة او صادرة من غير ذي تمييز وفي هاتين الحالتين لا يعتد القانون بها .

فلا بد اذن ان يكون المقصود بالسبب هنا ما تعنيه النظرية التقليدية (2) .

فالاعمال التخصيرية للقانون المدني العراقي تشير الى وجوب الاخذ بالاتجاهين في ان واحد (3) .

اوجبت الفقرة 1 من المادة 132 بان يكون السبب موجوداً وبان يكون مشروعاً اي غير مخالف للقانون او للنظام العام والاداب ، والا كان العقد باطلا . كما وان الفقرة 2 منها اوردت قاعدة بانه يفترض بان لكل التزام سبباً مشروعاً حتى ولو لم يذكر هذا السبب في العقد . فعلى من يدعي عدم مشروعية السبب اثبات ذلك بكافة الطرق كما ينبغي ان يثبت ايضا علم الطرف الثاني بهذا السبب . وفي حالة عدم ذكر السبب في العقد فانه كما ذكر سابقاً يفترض بان له سبباً مشروعاً واذا ادعى المدين بعدم وجود سبب لالتزامه فعليه اثبات ذلك . اما الفقرة الثالثة من المادة فقد اعتبرت السبب المذكور في العقد والسبب الحقيقي الا ان ذلك قابل لاثبات العكس فيستطيع من يدعي خلاف ذلك اقامة الدليل القانوني على ما يدعيه .

رابعاً// الشكلية المطلوبة قانوناً أو اتفاقاً"

ان القاعدة العامة تقضي بان العقد ينعقد صحيحاً اذا تحقق وجود التراضي وكان هذا التراضي صادر من ذي اهلية وغير مشوبة بعيب من عيوب الارادة ومحلّه قابل لحكمه وله سبب مشروع . الا ان بعض العقود لا يكفي لانعقاده توفر الشروط المذكورة بل يجب اضافة الى ذلك اتباع شكل خاص يعينه القانون والغاية من ذلك في بعض الاحيان هي تنبيه المتعاقد الى خطورة الامر الذي يقدمان عليه او حماية للغير . وان القانون عندما يفرض لانعقاد العقد شكلاً معيناً فانه يعتبر العقد باطلا عند عدم مراعاة الشكل المذكور ، كما وانه ينبغي اتباع الشكلية المذكورة في كل ما يدخله المتعاقدان من تعديل على العقد . وهذا ما نصت عليه المادة (90مدني) بقولها: 1. اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك . 2. ويجب استيفاء هذا الشكل فيما يدخل على العقد من تعديل .

هذا وان القانون يفرض في بعض الحالات اتباع شكلية معينة كوسيلة للاثبات . وان عدم مراعات الشكلية المذكورة لا يؤثر على انعقاد العقد صحيحاً نافذاً و من هذه الحالات ما نصت عليه المادة 77 الفقرة الثانية من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 بقولها : (اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسين ديناراً او غير محدد القيمة ، فلا يجوز اثبات هذا التصرف او انقضائه بالشهادة مالم يوجد اتفاق او قانون ينص على خلاف ذلك .) وقد لا يفرض ذلك القانون اتباع شكل خاص لانعقاد العقد . بمعنى ان العقد قد يكون رضائياً في اصله ويتفق المتعاقدان على ان يكون شكلياً اي ان الشكلية تكون واجبة باتفاق المتعاقدان لابعام القانون . مثال ذلك ان يتفق المتعاقدان ، بمقتضى عقد ابتدائي ، ان يكون التعاقد النهائي بالكتابة فتكون الكتابة بمثل هذه الحالة ركناً شكلياً لا يتم العمل القانون الا باستيفاءه . وقد يقصد المتعاقدان من اشتراط الكتابة ان تكون لاثبات لا لتكوين العمل القانوني ، فالامر عندئذ يختلف حيث لا يؤثر عدم الكتابة في انعقاد العقد . وذا قام شك في تفسير

(١) الدكتور غني حسون طه / مصادر الالتزام / ص 264.

(٢) الدكتور غني حسون طه / مصادر الالتزام / المصدر السابق / ص 265.

(٣) سلمان بيت / المصدر السابق / ص 125 .

قصد المتعرج مرجمة كان المفروض ان المتعاقدين اشترطا الكتابة للثبات لا للانعقاد ، لان الاصل في العقود ان تكون رضائية (1) .

ان المقصود في بحثنا هذا هو الشكلية المفروضة لانعقاد العقد لان عدم مراعاتها يجعل العقد باطلا وبالتالي لا يمكن ملاحقته بالفسخ اذ قد يكون بخصوص عما اذا كانت الكتابة هي ركن شكلي ام هي الطريق للثبات ، فاذا لم توجد قرينة ، فيبيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في دائرة التسجيل العقاري واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون (م508 مدني) كما ونصت المادة 1126 فقرة 2 مدني (والعقد الناقل لملكية العقار لا يتعقد الا اذا روعية فيه الطريق المقررة قانونا .

وكذلك الحال بالنسبة للشكلية المطلوبة اتفاقاً" ، في عقد المقاوله اذا اشترطا الطرفان شكلا معيناً للانعقاد ، كتصديق العقد لدى كاتب العدل مثلا ، فيصبح هذا الشرط لازماً للانعقاد و صحة العقد و نفاذه ، اذا تخلف هذا الشرط يكون العقد بباطلاً".

المطلب الثالث

بطلان عقد المقاوله

ان قاعدة ما بُني على باطل فهو باطل، مقولة تبنتها الشرائع القديمة التي تضمنت مبادئ عامة ، ولطفت من آثارها الشرائع الحديثة الحية مراعية في ذلك روح العصر والأفكار الإجتماعية النيرة الحديثة ، وكان للشريعة الاسلامية الغراء السبق التاريخي في تعديل مضمون هذه القاعدة الحدية بحسب الاصل وتلطيف مفعول اثارها، ومع ذلك فانها ما برحت متداولة في الوسط القانوني والقضائي والعام ، على صورتها القديمة .

تُرجع الجذور الفكرية لهذه المقولة ، من الناحية التاريخية ، الى علم المنطق ، وهي نتيجة من نتائجه ، إذ يقتضي التفكير المنطقي السليم المُجرد ، ان يكون أساس التصرفات الفعلية والقولية صحيحا حتى تُنتج آثارها الشرعية او القانونية ، والاساس هو القاعدة التي تُبنى عليها الاشياء المادية والمعنوية ، فان شاب ذلك الاساس عيب او عدم مشروعية، كان باطلا ، ومُنعدم شرعا وقانونا ، ولا اثر له ولا يُفيد حكماً ، ويُقتضي منطوق البطلان إعادة الحال الى ماكانت عليه اصلا وإزالة كل ما بني على ذلك من تصرفات ومحو اثارها إن كان ذلك ممكناً (2) .

ومن الناحية التاريخية ، لم يضع الرومان نظرية عامة في البطلان ، ولم يميزوا بين البطلان المطلق والبطلان النسبي فلم يعرف القانون الروماني الا مرتبة واحدة من البطلان ، فالعقد في نظرهم اما عقد صحيح يُرتب آثاره كاملة، وإما عقد باطل لا تترتب عليه أية آثار، الا ان أسباب البطلان متعددة فيه، وهي اما ترجع الى تخلف الشكلية المطلوبة قانوناً او عرفاً ، او انها تُرجع الى تخلف رُكن من اركان العقد او تحقق عيب من عيوب الارادة، وان التصرف الباطل هو والعدم سواء، ويعتبر كإن لم يكن، مما يقتضي اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل التعاقد، اما التعويض عن الضرر، ان كان هناك مقتضى، فيتم وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، لان العقد الباطل يعتبر واقعة مادية لا تُصَرَّف قانوني، وقد سُمي عقداً من باب المجاز لا من باب الحقيقة. وقد التزم القضاء الفرنسي والمصري والعراقي بالقاعدة الرومانية القديمة رداً من الزمن وأخذ بالتفرقة التي قالت بها في احوال الضرر . وفي العصور الحديثة ميزت النظرية التقليدية بين ثلاث مراتب من البطلان ، هي حالة انعدام التصرف كما لو تخلف ركن من اركان العقد او انه لم يستوف الشكلية الواجبة المقررة قانونا . وحالة البطلان المطلق كما لو وجدت جميع اركان العقد ولكن تخلف شرط من شروط احد الاركان ، كإن يكون سبب العقد مخالفاً للنظام العام والاداب . واخيراً حالة البطلان النسبي، ويتحقق في حالة ان استوفى العقد أركانه وكان رضا المتعاقدين موجوداً الا انه لم يستوف شروط صحته ، كإن شاب الارادة عيب كالغلط او التدليس او ان العقد صدر من صبي مميز، ويتحقق البطلان النسبي بنص القانون ايضا بالنسبة لبعض التصرفات. اما النظرية الحديثة في البطلان فتجعل من الانعدام والبطلان المطلق في مرتبة واحدة ، تسميها البطلان المطلق، اما البطلان النسبي فقد ابقته في مرتبته التي كان عليها ، وقد بُنى المُشرع العراقي هذه

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / المصدر السابق / هامش الصحيفة 151.

(2) الدكتور حسن علي ذنون / نظرية الفسخ المصدر السابق / ص130.

النظرية، فالبطلان عنده مرتبتين، البطلان المطلق ، والبطلان النسبي، وعبر عنه بما أسماه (قابلية العقد للإبطال) ويتحقق البطلان المطلق بالنسبة لكل اتفاق او تصرف يتعارض مع الدستور أو القانون أو النظام العام والاداب العامة. كما لو اتفق مهرب مع آخر على أن يكون ينقل له مواد مخدرة مهربة على ان يحصل على أجر مقابل اخفائه للبضائع المهربة لحين تصريفها ، فان أخل المهرب بوعده بعد ذلك فلا يحق للناقل مقاضاته لتنفيذ هذا الاتفاق لأن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً بطلاً مطلقاً لمخالفته للنظام العام. وقد يبدو غريباً ان يُطالب شخص من آخر امام القضاء بحقه الناشيء عن سبب غير مشروع، الا ان ذلك كثير الوقوع في الحياة العملية وخاصة في نطاق الاوراق التجارية، يتحقق إذا كان الرضا موجوداً فعلاً لكنه مُعيب، كالعقد الذي يعقده الصبي المميز، وكما في حالات الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال. وللطرف الذي تُعيبت ارادته ان يُجيزه خلال مدة مُعينة صراحة او ضمناً. ويتم صراحة بالتنازل عن البطلان، وضمناً بتنفيذ العقد أو فوات المدة التي تجيز له إقامة دعوى بطلان ، فان لم يجزه خلال تلك المدة انقلب باطلاً. حيث أشارت المادة (33) من القانون المدني العراقي على انه (1- العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهله مُضافاً الى محل قابل لحُكمه ، وله سبب مشروع ، وأوصافه سالمة من الخلل . 2- واذا لم يكن العقد موقوفاً فإفاداً الحُكم في الحال .) ونصت المادة (138) منه على انه (1- العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً. 2- فإذا بطل العقد يُعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل. 3- ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية إذا أبطل العقد لنقص اهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد) يتضح من النصوص المتقدمة، ان العقد في القانون العراقي ، وكذلك عند جمهور فقهاء الشريعة ، قسماً ، صحيح وباطل ، وينقسم العقد الصحيح الى موقوف ونافذ. وان المُشرع العراقي لم يأخذ بفكرة العقد الفاسد الذي كان مقرراً في مجلة الاحكام العدلية ، فألحق بعض صور العقد الفاسد بالعقد الصحيح الموقوف بينما الحق الصور المتبقية بالعقد الباطل. والعقد الباطل من وجهة نظر المُشرع العراقي هو الذي لا يصح اصلاً، اي بالنظر الى ذاته ، او لا يصح وصفاً، اي بالنظر الى اوصافه الخارجية، فأسباب البطلان شينان، اما خلل في ذات العقد ومُقوماته اي في رُكنه ، مثل ان يصدر الايجاب او القبول ممن ليس اهلاً للتعاقد ، او ان يكون محل العقد او سببه غير موجود او غير مشروع ، وإما خلل في اوصافه الخارجية عن ذاته ومقوماته ، كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة ، او الا يستوفي الشكل الذي فرضه القانون. والعقد الباطل منعدم قانوناً فلا يَنْتج اثرأ وليس من اللازم صدور حُكم لتقرير هذا البطلان ولمن كان طرفاً فيه ان يُرتب اموره على اساس ان العقد غير موجود ، اما اذا كان قد تم تسليم المعقود عليه وامتنع العاقد الآخر عن رده رضاءً فلا بد عندئذ من اقامة دعوى البطلان لإسترداد ما تم تسليمه بمقتضى العقد الباطل. ويمكن ان يتمسك بالبطلان كل من كسب حقاً في محل العقد يؤثر فيه صحة العقد او بطلانه ، سواء قد كسب الحق قبل صدور العقد او بعده ، فيتمسك به كل من الطرفين وخلفها العام والخاص (1) . فيتمسك به المتعاقدان ودائنه وورثتهما ، وكل من كسب حقاً عينياً على العين المبيعة كمشتري ثان او صاحب حق انتفاع او ارتفاق او دائن مُرتهن . وعلى المحكمة ان تحكم ببطلان العقد من تلقاء نفسها ولو رُفعت الدعوى من وجه آخر غير البطلان ، ولو لم يطلب المدعي الحكم بالبطلان ، اذ ليس للمحكمة ان تعتبر ما هو معدوم قانوناً ذا وجود . والعقود الباطلة لا تلحقها الاجازة لأن المعدوم لا ينقلب موجوداً بالاجازة ، والبطلان لا يزول بالتقادم ، وكذلك بالنسبة للدفع بالبطلان فهو لا يسقط اصلاً بالتقادم لأن الدفع لا يتقادم. والقول بإبطال العقد الباطل هو من باب المجاز، لاننا لو اخذنا القول من باب الحقيقة فان ذلك يعني جعل التصرف باطلاً بعد أن بدأ صحيحاً، والحال انه اذا بدأ باطلاً لا يقبل إبطالا، لأن الباطل لا يُبطل فهو منعدم اصلاً . واثر الحكم بالبطلان ، انه اذا بطل العقد وجب اعادة كل شيء الى اصله ، فيعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان احد المتعاقدين قد سلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد ، جاز له استرداده كاملاً . وإذا استحال ذلك بسبب الهلاك مثلاً ، جاز الحكم بتعويض معادل . يتضح مما تقدم ان البطلان في القانون المدني العراقي ليس مراتب متدرجة ، بل هو بطلان واحد ، يناظر ماتسميه بعض التشريعات بالبطلان المطلق ، اما البطلان النسبي ، كما يقول الاستاذ (عبد المجيد الحكيم)، فيطرحة المُشرع العراقي ، لان منطقتَهُ لا ينسجم مع صنعة الفقه الاسلامي مصدرُ إلهام مُشرعنا في هذا المجال ، لان العقد الباطل بطلاً نسبياً ، هو عقد

صحيح نافذ الاثر، وإذا كان كذلك فلا يصح وصفه بالبطلان ولو كان نسبياً لكونه قائماً ومنتجاً لآثاره، ومثله لا يتصور كيف يحتاج الى الإجازة وهو نافذ لا يعترضه عيب تُصَحِّحُه هذه الإجازة. الفرع الثالث لتطبيقات مفعول البطلان أخذت التشريعات الحديثة، وخاصة بعد أقول نجم مدرسة الشرح على المتن، بتلطيف مفعول قاعدة ما بني على باطل فهو باطل، بالنظر للآثار الاجتماعية السيئة التي خلفها منطلق هذه القاعدة، فهي وان كانت تسامر حكم العقل ومقتضيات المنطق، الا انها لا تسامر منطق الرحمة والانصاف في الحالات التي تقتضي العدالة الحقة العناية بها بشكل خاص، كما ان تطبيقها الثابت منقطع النظر قد يتعارض مع مبدأ استقرار المعاملات، وهكذا بدأ الفقه والقضاء بالبحث عن حلول منصفة تُلطف من مفعول هذه القاعدة، فظهرت في علم القانون نظريات جديدة في البطلان سرعان ما وجدت طريقها الى التشريعات الحديثة، المدنية والادارية وقواعد القانون الدولي العام والخاص. في اطار القانون المدني والتجاري تبنت التشريعات الحديثة نظرية انتقاص العقد ونظرية تحول العقد، وبموجبها تترتب بعض الآثار العرضية على العقد الباطل. اولاً: نظرية انتقاص العقد مفاد هذه النظرية، ان التصرف او العقد اذا تضمن عدة امور وكان صحيحاً بالنظر الى بعضها وباطلاً بالنظر الى البعض الاخر فإن العقد لا يبطل في الجميع، بل يبطل منه ما لا يكون صحيحاً، ويبقى عقداً صحيحاً مستقلاً بالنظر الى ما كان صحيحاً فيه، فكأنه جاء من الابتداء عقداً مستقلاً به. فالعقد إذا لا يبطل كلية بل ينتقص، الا انه إذا تبين ان الشق الباطل الذي طرح منه هو عنصر منظور اليه لم يكن ليتم العقد بدونه وقع العقد باطلاً في الجميع لعدم إمكان الفصل بينهما. وقد اخذ المشرع العراقي بالحكم الذي اسسته نظرية انتقاص العقود (1)، حيث نصت المادة (139) من القانون المدني العراقي على انه (اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)، عليه فان انتقاص العقد ما هو الا تفسير لارادة المتعاقدين، حيث يفترض حسب مبدأ حسن النية في العقود ان يكون قصد المتعاقدين قد اتجه الى انشاء محل مشروع للالتزام يتمثل في الشق الصحيح من العقد. ثانياً: نظرية تحول العقد نظرية تحول العقد نظرية المانية المنشأ وضعها فقهاء القانون الالمان في القرن التاسع عشر وتبناها المشرع الالمان في تقنينه المدني في المادة (140) منه. ويأخذ بها القضاء الفرنسي دونما نص خاص يقررها تطبيقاً لنظرية التكييف. مفاد هذه النظرية ان العقد اذا كان باطلاً، الا انه توافرت فيه اركان عقد اخر، فإنه يتحول الى ذلك العقد الاخر إذا تبين من ظروف التعاقد ان نية المتعاقدين ستتنصرف الى هذا العقد لو كانا يعلمان ببطلان العقد الذي ابرماه ابتداءً. وهذا يعني ان العقد الباطل قد انقلب صحيحاً ولكنه ليس العقد الذي قصده المتعاقدان ابتداءً، لكن من النوع الذي توافرت فيه اركانه. ولكي يتحول العقد الباطل الى صحيح، يجب ان يكون العقد باطلاً فإذا كان صحيحاً ثبت غير متحول. وان تتوافر فيه عناصر العقد الجديد الذي يقم مقام الأصل. واخيراً ان يقوم الدليل على ان نية المتعاقدين كانت ستتنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا ما بالعقد الاصيلي من اسباب البطلان. ومن ذلك ان المحاكم كانت تقضي ببطلان السند الرسمي الذي يفقد صفة الرسمية لتوثيقه من موظف غير مختص بتوثيق مثل هذا السند، او ان الموظف مختص من الناحية النوعية بتوثيق مثل هذا السند الا انه غير مختص مكانياً بتوثيقه، وهكذا يفقد الدائن وصاحب الحق اهم دليل اثبات في الدعوى ومن ثم يخسر دعواه اذا انكر المدين الدين، رغم انه قد احتاط مسبقاً، الا انه بتطبيق نظرية تحول العقد فان السند لا يبطل كلية بل يتحول الى سند عادي ما دام موقفاً من الطرفين. وقد اخذ المشرع العراقي بالحكم الذي اسسته نظرية تحول العقود، حيث نصت المادة (140) من القانون المدني العراقي على انه (إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه إذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهم تتصرف الى ابرام هذا العقد). ويرى بعض الفقهاء ان نظرية تحول العقد لا تعدو عن كونها تطبيقاً لنظرية التكييف في مجال العقد، ذلك ان تكييف العقد واعطائه الاسم الصحيح هو من عمل قاضي العقد، وبما ان التكييف مسألة قانونية وعلمية فان القاضي لا يعتد بالتكييف او الاسم الذي يختاره المتعاقدان للعقد الذي يبرمانه، و ان تطبيق قاعدة ما بني على باطل فهو باطل في مثل هذه الاحوال قد يؤدي الى سقوط عدد لا يحصى من المراكز القانونية بما يتعارض مع مبدأ أمن واستقرار المعاملات. الا ان الفقه والقضاء ولإعتبارات تتعلق باستقرار المراكز القانونية وضرورة سير المرافق العامة بصفة منتظمة اعترف بصحة جزء من هذه العقود.

المبحث الثاني فسخ عقد المقاولة

في بداية هذا المبحث و هو عنوان بحثنا نرى انه من الضروري ان نذكر المواد التي خصها المشرع العراقي لموضوع الفسخ في القانون المدني وهي المواد من 177 الى 180 . نصت المادة 177 على ما يلي :

1 . في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل . كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته .

2 . ففي عقد الايجار ان امتنع المستأجر عن ايفاء الجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الاجاره . وفي ايجار العمل ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجر المستحق الوفاء كان للاجير طلب فسخ العقد . وفي عقد البع يجوز للبائع او للمشتري ان يطلب الفسخ اذا لم يؤد العاقد الاخر ما وجب عليه بالعقد . كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد .

اما المادة 178 نصت (يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته .

اما المادة 179 فقد نصت :

1. اذا هلك المعقود عليه في المفاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه ،

2. فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري .

اما المادة 180 نصت (اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الاعيان المالية او انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتبا عليه فلا يلزم تسليم البديل الذي وجب بالعقد . وان كان قد سلم يسترد . فاذا استحال رده يحكم بالضمان)

كما لا بد من الإشارة الى المواد التي خصها المشرع العراقي بفسخ عقد المقاولة دون العقود الأخرى المسماة أ و غير المسماة حيث تطبق المحكمة أحكامها على الحالات المشار إليها فيها و في غير تلك الحالات ترجع المحكمة الى الأحكام العامة لفسخ العقد المذكورة سلفاً".

حيث نصت المادة (868) على (اذا تاخر المقاول في الابتدء بالعمل او تاخر عن انجازه تاخرا لا يرجى معه مطلقا ان يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول اجل التسليم).

و نصت المادة (869) على (اذا ظهر لرب العمل اثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب او مناف للعقد، فله ان ينذره بان يعدل الى الطريقة الصحيحة خلال اجل مناسب يحدده له، فاذا انقضى الاجل دون ان يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل ان يطلب اما فسخ العقد واما ان يعهد بالعمل الى مقاول اخر على نفقة المقاول الاول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك، ويجوز فسخ العقد في الحال اذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا .

2- على ان العيب في طريقة التنفيذ اذا لم يكن من شأنه ان يقلل الى حد كبير من قيمة العمل او صلاحيته للاستعمال المقصود منه فلا يجوز فسخ العقد).

كما نصت المادة (885) على (1- لرب العمل ان يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في اي وقت قبل اتمامه على ان يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل .

2- على انه يجوز للمحكمة ان تخفض التعويض المستحق عما فات من كسب، اذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين بوجه خاص ان تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء فسخ العقد، وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في امر اخر).

كما أشارت المادة (890) اي (اذا اشهر افلاس رب العمل، جاز للمقاول او لوكيل التفليسة ان يفسخ العقد دون ان يكون لاي منهما حق للمطالبة بتعويض عن هذا الفسخ) .

وبما ان الأصل في العقود الملزمة للجانبين ينتهي العقد بعد اتمام كل طرف للألتزامات الملقاة عليه بموجب العقد كما نصت المادة (884) على (تنتهي المقابلة باتمام المقاول العمل المعقود عليه وتسليمه وفقا لاحكام المادتين 873 و 875).

كما قد ينتهي عقد المقابلة خلال مرحلة التنفيذ و قبل اتمامه لأ سباب أخرى غير الفسخ ذلك في الحالات التالية :-

أولاً / استحالة التنفيذ :- نصت المادة (886) 1- تنتهي المقابلة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه .
2- واذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهري، فلا يعوض المقاول الا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين في المادة 889 اما اذا استحال بخطا المقاول فانه يرجع بالتعويض المتقدم ولكنه يكون مسؤولا عن خطاه، واذا كانت الاستحالة راجعة الى خطأ رب العمل فان احكام المادة السابقة هي التي تسري.
ثانيا / هلاك الشيء :- نصت المادة (887) على (1- اذا هلك الشيء او تعيب بسبب حادث فجائي قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول ان يطالب لا باجرة عمله ولا يرد نفقاته الا ان يكون رب العمل قد اعذر ان يتسلم الشيء .

2- وفي هذه الحالة يكون هلاك مادة العمل على من قام بتوريدها .

٤ - اما اذا كان المقاول قد اعذر ان يسلم الشيء او كان هلاك الشيء، او تعيينه قبل التسليم راجعا الى خطاه، وجب ان يعرض رب العمل عما يكون قد رده من مادة العمل .

٥ - 4- فاذا كان هلاك الشيء او تعييبه راجعا الى خطأ من رب العمل او الى عيب في المادة التي قام بتوريدها، كان للمقاول الحق في الاجرة وفي التعويض عند الاقتضاء.

ثالثاً / موت المقاول :- أشارت المادة (888) الى (1 – تنتهي المقابلة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فان لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء ذاته، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير حالة تطبيق المادة 885 الا اذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل .
2 – وتعتبر دائما شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد اذا ابرم العقد مع فنان او مهندس معماري او مع غيرهم ممن يزاولون مهنا حرة اخرى، وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال او الصناع، الا اذا كان هناك دليل او عرف يقضي بغير ذلك، وفي سائر الاحوال الاخرى وبخاصة في اعمال المقاولات الكبيرة يكون المفروض ان المكانة التي وصل اليها اسم المقاول في السوق لا صفات المقاول الشخصية هي التي كانت محل الاعتبار الاول في التعاقد).

و نصت المادة (889) على (1- اذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل ان يدفع للتركة قيمة ما تم من الاعمال وما انفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الاعمال والنفقات، وتعتبر الاعمال والنفقات نافعة في جملتها اذا كان موضوع المقابلة تشييد مبان او انشاء اعمال كبيرة اخرى .
2- ويجوز لرب العمل في نظير ذلك ان يطالب بتسليم المواد التي تم اعدادها والرسوم التي بدا في تنفيذها على ان يدفع عنها تعويضا عادلا .
3- وتسري هذه الاحكام ايضا اذا بدا المقاول في تنفيذ العمل ثمن اصبح عاجزا عن اتمامه لسبب لا دخل فيه لارادته).

كما أشرنا سابقا ان الفسخ (انقضاء الرابطة التعاقدية لاستحالة التنفيذ ام للامتناع عنه او للاخلال به (1) .

هذا وان الفسخ لا يتحقق الا في العقود الملزمة للجانبين لان هذه العقود هي التي تنشأ التزامات متقابلة في ذمة كا من المتعاقدين اذ يصبح كل منهما دائنا ومدينا في الوقت ذاته . فاذا اقل احد الطرفين بالتزامه جاو للطرف الاخر ان يطلب فسخ العقد حتى يتحلل هو ايضا من تنفيذ ما التزم به . فيتبين من ذلك ان الفسخ طبيعة مزدوجة ، فهو بالنسبة للدائن وسيلة من وسائل الضمان يستطيع بواسطتها المحافظة على حقوق بعد ان اصبحت عرضة للضياع بفعل المتعاقد معه او بسبب اجنبي طارئ لا دخل لارادة المتعاقدين فيه . وانه بالنسبة للمدين يعتبر جزاء قانونيا لامتناعه عن التنفيذ او الاخلال به.
ويتضح من نص الفقرة الاولى من المادة 177 مدني انه لا مكان طلب الفسخ يجبان تتوافر الشروط الثلاثة

(1) حسن علي دنون / النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني / رسالة الدكتوراه / القاهرة / 1946 ص22.

الاتية :

١. ان يكون العقد ملزما للجانبين .
٢. ان لايقوم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه .
٣. ان يكون المتعاقد طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه وقادر على اعادة الحال الى ماكان عليه قبل التعاقد .

ان الشرط الاخير لم يتضمنه نص الفقرة الأولى من المادة 177 الا انه تقتضيه طبيعة المطالبة القضائية .
ونتكلم فيما يلي عن كل شرط من هذه الشروط بصورة منفردة .

اولا عقد الملزم للجانبين : العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشأ التزامات على عاتق كل من المتعاقدين ويسمى ايضا بالعقد التبادلي . اذ يكون كل واحد من المتعاقدين دائنا ومدينا في الوقت ذاته وذلك منذ انعقاد العقد . ففي عقد البيع يكون البائع دائن للمشتري وبالثمن ومدين له بالشيء المبيع ، والمشتري دائن للبائع بالشيء المبيع ومدين له بالثمن . وفي عقد الايجار فان المؤجر هو دائن للمستأجر بالاجرة ومدين له بتسليم المأجور والمستأجر دائن للمؤجر بتسليمه العين المأجور ومدين له بالاجرة . وهكذا الامر في بقية العقود الملزمة للجانبين ويتبين من ذلك ان طلب الفسخ لا يكون الا في العقود الملزمة للجانبين لانه عند اخلال احد الطرفين بتنفيذ التزامه فانه من الطبيعي ان يطالب الطرف الاخر بفسخ العقد والنحل من التزامه ، هذا وان الشرط كون العقد ملزم للجانبين شرط عام يجب توافره في جميع انواع الفسخ سواء اكان الفسخ بحكم قضائي او بحكم الاتفاق او بحكم القانون . لان عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه يفوت على التعاقد الاخر الغرض المباشر الذي كان يقصده من وراء تعاقدته ومن حقه حينئذ التحلل من التزامه عن طريق الفسخ لذا فان العقود الملزمة للجانبين هي التي تتوفر فيها حكمة الفسخ .

اما العقود الملزمة لجانب واحد وهي العقود التي تنشأ عنها التزامات على عاتق احد الطرفين المتعاقدين فقط لذا فلا يمكن تصور حق الفسخ فيها وذلك لان احد الطرفين فيها مدين وغير دائن وعليه فلا يستطيع ان يطلب الفسخ لعدم وجود التزام على عاتق الطرف الاخر حتى يمكن ان يخل بتنفيذه وبالتالي ليبرر طلب الفسخ . كما وان الطرف الاخر الذي هو دائن وغير مدين فانه لا مصلحة له بطلب الفسخ بل يستطيع ان يطالب الثاني بتنفيذ التزامه وان يجبره على ذلك والا طالبه بتعويض . وهو يستطيع كذلك ان ينهي التزام الطرف الثاني بارادته المنفردة ومما له عقد

الوكالة والهبه والوديعة بدون عوض . هذا وان ارادة الطرفين بامكانها ان تحول عقدا ملزما بطبيعته لجانب واحد الى عقد ملزم للجانبين . فعقد الهبة عقد ملزم بطبيعته لجانب واحد ولكن قد تتجه ارادة المتعاقدين المشتركة للاجملة عقدا ملزما للجانبين ، وذلك بان يشترط الواهب عوضا على الموهوب له وكذلك بخصوص عقد الوكالة اذ يشترط الوكيل اجرة على الموكل . لذا يمكن ان يرد الفسخ على عقد الهبة بعوض وعلى عقد الوكالة بأجرة بالنظر لاعتبارهما من العقود الملزمة للجانبين .

هذا وان مسألة تقابل الالتزامات وتحديد ما اذا كان العقد ملزما للجانبين ام لجانب واحد هي مسألة موضوعية يعود تقديرها الى قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها الا ان النتائج القانونية التي يتوصل اليها قاضي الموضوع من الوقائع الثابتة امه تخضع لرقابة محكمة التمييز (1) .
بقي ان نذكر بانه اذا كانت العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ فان الفسخ من جهة اخرى هو بدوره يرد عليها جميعا .

ثانيا عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه : _____ ان ما يخالف طبيعة العقود الملزمة للجانبين ان لاينفذ احد المتعاقدين ما وجب عليه مع بقاء الاخر ملتزما بالتنفيذ ، اذا فان عدم تنفيذ احد المتعاقدين للالتزام المترتب بذمته يبرر للمتعاقد الاخر حقه في طلب فسخ العقد . الا انه ينبغي ان يكون عدم التنفيذ راجحا لارادة المدين . وذلك بان يكون التنفيذ العيني لازال ممكنا الا ان المدين يمتنع عنه ولايمكن اجباره عليه او ان يكون التنفيذ اصبح مستحيلا بفعله . وفي هذه الحالة تتحقق مسؤولية المدين التعاقدية ويستطيع الدائن ان يطلب التعويض عن الضرر الذي اصابه بالاضافة الى طلب فسخ العقد (2) .
اما اذا كان عدم التنفيذ راجحا الى سبب اجنبي لابد المدين غيه كقوة القاهرة او حادث فجائي فعندئذ يفسخ العقد بحكم القانون لاستحالة التنفيذ .

(١) الدكتور غني حسون طه / مصادر الالتزام / المصدر السابق / ص64

(٢) الدكتور عبدالمجيد الحكيم / المصدر السابق / ص 368 .

هذا وان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه جزئيا او قيامه بتنفيذ تنفيذا معيبا يعطي الدائن الحق في طلب فسخ العقد . الا انه في هذه الحالة يعود تقديره الامر الى قاضي الموضوع حيث بإمكانه استعمال سلطته التقديرية وذلك بالاستجابة الى طلب الفسخ او رفضه او امهال المدين مهلة مناسبة لتنفيذ التزامه . وان تقديره يبني على اساس طبيعة العقد وماهيته ونسبة الجزء غير المنفذ الى مقدار ما تم تنفيذه من التزامه وما اذا كان المدين حسن النية عند عدم التنفيذ الجزئي المذكور ام سيء النية . فمثلا اذا كان ثمن الشراء ستة الاف دينار وان المشتري دفع مبلغ خمسة الاف دينار وتعذر عليه دفع الباقي في موعده بسبب احتراق موجودات داره . اذ انه من المنطقي ان لا يستجاب بطلب الدائن بفسخ العقد وينبغي امهال المدين مهلة مناسبة لكي يتمكن من دفع الجزء المتبقي وبالطبع اذا ما ابدى المدين استعدادا لذلك . وكذلك اذا لم يقم المقاول بتشيد سياج الدار الخارجي رغم اكماله تشيد مشتملات الاخرى للدار فان قبول طلب الدائن بفسخ العقد في هذه الحالة امر لا مبرر له اذ من غير المقبول قيام المدين المقاول بهدم ما قام بتشيدته بغية اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد تنفيذا لقرار الفسخ ، بل انه في هذه الحالة ينبغي ان يمهل المدين المقاول مدة مناسبة لغرض تشييد السياج المذكور .

وخلاصة الامر ان مجرد عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه لا يعطي الطرف الاخر الدائن حقا ثابتا يبرر طلبه بفسخ العقد بل ان الاستجابة لطلب الفسخ او رفضه يعود الى قاضي الموضوع الذي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذه الاحوال .

هذا وان التنفيذ المعيب يأخذ حكم التنفيذ الجزئي . والتنفيذ المعيب هو ارتكاب المدين مخالفات عند تنفيذه للالتزام لا يتفق مع طبيعة العقد ومع مبدأ حسن النية . فمثلا ان نسبة الاسمنت المستعملة في تشييد الغرفة الموجودة فوق سطح الدار كانت قليلة وادى الى احداث تشققات في جدران الغرفة رغم ان المقاول قام بتشيد بقية اجزاء الدار بصورة صحيحة وحسب المواصفات المطلوبة فان المقاول في هذه الحالة يمهل لمدة مناسبة بغية ازالة تلك العيوب في الغرفة المذكورة ومن غير الممكن الاستجابة لطلب الدائن بفسخ العقد .

هذا وان الامر يختلف تماما فيما اذا كان المقاول قام بتشيد جميع المشتملات الدار بصورة معيبة بشكل لا يمكن ازالة تلك العيوب الا بهدم جميع المشتملات المذكورة فانه في هذه الحالة يستجاب لطلب الدائن بفسخ العقد . هذا وان للقاضي ان يقضي بفسخ العقد كله او يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الاخر . اذ عليه بفسخ العقد كله اذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة او كان يحتملها ولكن الجزء الباقي هو الجزء الاساس من الالتزام (1).

هذا وان الكلام في هذا المجال يرغمنا بأن نقف اما حالة ما اذا كان الطرفان قد اخلا بالتزاماتهما وترتب على ذلك استحالة تنفيذ العقد . وقد يطلب احدهما فسخ العقد فهل من الممكن الاستجابة لطلبه ؟ نرى انه من الضروري ان يتدخل القضاء فينزل حكمه بفسخ العقد طالما ان العقد اصبح من غير الممكن تنفيذه لا خلال الطرفين به وذلك للحيلولة دون استبقاء العقد قائما رغم عدم امكان تنفيذه ومنعا لاستمرار النزاع بين الطرفين

رب سائل يتسائل هل يمكن للمتعاقدين ان يتفقا على ان العقد لا يفسخ عند اخلا احد الطرفين بالتزامه وبأن يقتصر حق الدائن في المطالبة بالتعويض وحيث ان العقد شريعة المتعاقدين وبما ان اتفاق المذكور ليس مخالفا للقانون والنظام العام والاداب لذا فإنه جائز وصحيح طالما كان صريحا وواضحا . وانه في حالة طلب الدائن فسخ العقد فلا يستجاب لطلبه وبإمكانه مطالبة المدين بالتعويض على اساس المسؤولية التعاقدية . وسنعود هذا الموضوع عند البحث عن طرق انقضاء حق الفسخ .

ثالثا استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه وقدرته على اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد :

ان مجرد عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه لا يكفي للحكم بالاستجابة لطلب الفسخ ، اذ ينبغي ان يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه او ان يكون مستعدا لتنفيذ التزامه وذلك لان المتعاقد الثاني يستطيع ان يدفع تجاهه عندئذ بالدفع عدم التنفيذ ، وازافة الى ذلك فانه ليس من العدل ان يكون الدائن نفسه مقصرا ويسمح له بطلب فسخ العقد لتقصير المدين . كما وان تنفيذ الدائن لالتزامه لا يكفي ايضا للحكم بفسخ طالما كان الدائن غير قادر على اعادة الحال الى ما كان عليه قبل

التعاقد لان مقتضيات الفسخ اعادة الشيء الى اصله فاذا كان المشتري قد باع الشيء الذي اشتراه واستلمه من البائع بمقتضى العقد فانه لا يمكنه طلب الفسخ لانه لا يتمكن من استيراد المبيع الذي تصرف فيه بغية رده الى من تعاقد معه وذلك لانه ملزم بالضمان تجاه من اشترى الشيء منه . لان

من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض (1) .
هذا وان موضوع قدرة الدائن على اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد تكون ضمن نطاق العقود الفورية التنفيذ ، اما بالنسبة للعقود المستمرة التنفيذ فليس من الضروري للمطالبة بقسحها ان يرد ما سبق تنفيذه لان الفسخ فيها لايمس ماسبق تنفيذه من هذه العقود .
اما اذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب اجنبي فان العقد يفسخ بحكم القانون كانهما كانا اذا كانت الاستحالة من جانب المدين . اما اذا كان المدين هو الذي استحال عليه ان يرد الشيء الى اصله وذلك بسبب يرجع اليه فان ذلك لايمنع من الفسخ ويقضي على المدين في هذه الحالة بالتعويض (م 180 مدني) .

انواع الفسخ

الفسخ اما ان يتم بحكم قضائي ، واما ان يتم بتراضي الطرفين اذ يجوز لهما الاتفاق مقدما على ان العقد يفسخ اذا لم يتم احدهما بتنفيذ التزامه ، وكذلك ان يقع الفسخ بحكم القانون لذا تقسم هذا المبحث الى ثلاث مطالب ، الاول نتكلم فيه عن الفسخ القضائي وفي المطلب الثاني عن الفسخ الاتفاقي وفي المطلب الثالث عن الفسخ بحكم القانون .

المطلب الاول

الفسخ بحكم القضائي

الاصل في الفسخ ان يكون بحكم قضائي وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الافراد بخصوص ما يبرمونه من العقود . اذ ان القضاء هو الذي يتولى حل تلك المنازعات وان الفسخ القضائي لايقع بقوة القانون وبمجرد عدم تنفيذ الالتزام او الاخلال بتنفيذه والا كان مفروضا على الدائرة . رغم ان القانون قرره لمصلحته وغيره في الالتجاء اليه او عدم الالتجاء اليه . ولان القول بوقوع الفسخ في هذه الحالة يجعل الدائن تحت رحمة مدينه وان عدم تنفيذ لا يعطي الدائن حقا مطلقا في الفسخ العقد بل ان مصير العقد يتوقف على ظروف الاحوال ومدى عدم التنفيذ . وانه يظل قائما بكامل اثاره الى ان يصدر حكم المحكمة البات بفسحه . هذا ولا بد للمتعاقد سواء رب العمل أ و المقاول الذي يريد الالتجاء الى القضاء لطلب الفسخ لعدم قيام المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه ان يطلب من هذا المتعاقد القيام بتنفيذ التزامه وينبهه الى انه اذا لم يتم بتنفيذ فانه سيطلب الفسخ . وتنبيهه المدين يكون باعداره . ولاهمية الاعذار في دعوى الفسخ لذا رأينا انه من الضروري ان نتناوله بالحديث ولو بصورة مختصرة .

الاعذار: يعرف الاعذار بانه دعوة المدين من قبل دائنه الى تنفيذ التزامه ووضعه في حالة التأخر في التنفيذ ، تأخر تترتب عليه مسؤوليته عن الاضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخير (2). وان الحكمة من اعذار المدين لاعتبارين اولهما قانوني ومفاده ان مجرد تأخر المدين في التنفيذ لا يكفي لاعتباره مقصرا . واذا حل موعد التنفيذ ولم يطالب الدائن بالتنفيذ فان سكوته يستنتج منه على تسامحه ورضاه الضمني بمد الاجل . وثانيهما اخلاقي يقصد به تنبيه المدين الى تقصيره ودعوته الى وجوب تنفيذ التزامه ، اجراء تقتضيه القيم الخلقية قبل المفاجأة المدين بأقامة الدائن للدعوى بالفسخ والمطالبة بالتعويض . وما قد ينطوي على ذلك من تأثير على سمعة المدين . كما وان الاعذار يجعل المدين في موقف يحثه على تنفيذ التزامه والا فعليه تحمل تبعه عدم التنفيذ .

تناولت المادة 257 مدني موضوع الاعذار حيث نصت (يكون اعذار المدين بانذاره ويجوز ان يتم الاعذار باي طلب كتابي اخر كما يجوز ان يكون مترتبا على اتفاق بان يكون المدين معذورا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى الانذار) . والاعذار يكون بانذار المدين والقاعدة في الانذار هي ان يكون ورقة رسمية بواسطة الكاتب العدل يظهر فيها الدائن لمدينة رغبته الجدية في اقتضاء حقه . كما ويجوز ان يكون ايضا باي طلب كتابي اخر كبرقية او رسالة مسجلة او رسالة عادية او اية وسيلة كتابية اخرى . الا ان الاعذار اذا قدم للمدين بطريقة غير رسمية فان عبء اثبات مستلم المدين للاعذار في حالة انكاره لاستلامه يقع على عاتق الدائن والاثبات يكون بموجب القواعد العامة في الاثبات . كما ويجوز ان يتفق الطرفان بان يكون الاعذار شفهيما ان

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري / المصدر السابق / ص 708 .

(2) عبدالباقى البكري / شرح القانون المدني العراقي / الجزء الثالث في احكام الالتزام / تنفيذ الالتزام / دراسة مقارنة / بغداد / 1971/ص89.

المدين يعتبر معذورا بمجرد حلول الاجل دون حاحة الملا الاعذار وان الاتفاق ايا كان ينبغي ان يكون قاطعا في الدلالة على قصد الطرفين اما اذا احتمل الشك فيه تفسيره لمصلحة المدين .
هذا وان القانون استثنى عدة حالات من توجيه الاعذار وذلك في المادة 258 مدني الا ان الذي يعيننا في هذا البحث هو حالتان من تلك الحالات :

الحالة الاولى : تتحقق اذا ما اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بفعل المدين ، لان الاعذار كما قلنا يهدف الى المطالبة بتنفيذ الالتزام وحث المدين على تنفيذه واذا ما اصبح هذا التنفيذ غير ممكن فلا دلائل من وراءه .
الحالة الثانية : تتحقق فيما اذا صرح المدين كتابة انه لا ينوي تنفيذ التزامه على ان يكون التصريح جديا وقاطعا في التعبير عن الارادة وكتابة التصريح شرط للاثبات فقط ويجوز اثبات ارادة المدين بوسائل اخرى كأقراره او نكوله عن اليمين .

يقول الدكتور العلامة عبدالرزاق السنهوري ، ان مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد اعدارا (1) كما وان الاستاذ الدكتور حسن علي ذنون ذكر بانه في الغالب يقع الانذار في نفس عريضة الدعوى التي يطالب فيها البائع بالفسخ (2) كما وان الدكتور غني حسون طه يذكر بان اقامة الدعوى بالفسخ يعد اعدارا (3) .
بينما قضت المادة 177 ف1 مدني بما يلي (حاز للعقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى) وحيث ان طلب الفسخ لا يكون الا باقامة الدعوى لذا فاننا نرى ان المشرع العراقي قضى صراحة بان الاعذار يجب ان يسبق اقامة دعوى الفسخ ، وبعبارة اخرى ان عريضة دعوى الفسخ لا تقوم مقام الاعذار وان المشرع كان بموقفه هذا على الصواب وذلك لان اقامة الدعوى لا تفي بالغرض المنوي تحقيقه عن طريق الاعذار ، سيما اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار الحكمة من توجيه الاعذار التي سبقت وان تكلمنا عنها .
واضافة الى ذلك ان الاعذار يعزز من موقف الدائن واحقيته في طلب الفسخ مادام المدين لم ينفذ التزامه رغم الاعذار . ولا يؤثر على ذلك القول بان المدين بإمكانه تنفيذ التزامه لحين صدور الحكم بالفسخ لانه ينبغي ان يتحمل في هذه الحالة رسزم ومصاريف الدعوى ، اضافة الى ما قد تؤثر اقامة الدعوى على سمعته سيما وقد يكون لدى المدين عذرا في تأخره في تنفيذ التزامه كأن يكون مريضا او حدث له حادث حال دون تنفيذه للالتزام في موعده وكاشابه ذلك .

الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ : فاذا ما التجأ الدائن الى القضاء طالبا الحكم بفسخ العقد فان الحكم بالفسخ ليس حتميا حتى ولو كان المدين قد اخل بالتزاماته ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي .

فالدائن بعد رفعه الدعوى بالفسخ له ان يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ وكذلك اذا ما رفع دعوى التنفيذ فله ان يعدل عنه الى طلب الفسخ . كل هذا مالم يكن قد تنازل عن احد الطرفين ولا يعتبر مجرد رفع الدعوى بطلب احدهما نزولا عن طلب الاخر .

والمدين كذلك يستطيع ان ينفذ التزامه في اية مرحلة من مراحل الدعوى وذلك لحين صدور الحكم بالفسخ فيتجنب الفسخ وفي هذه الحالة تحكم عليه المحكمة بالتعويض لتأخره في التنفيذ اذا طلب الدائن ذلك وكان هناك ضرر وكذلك عليه ان يتحمل رسوم ومصاريف الدعوى .

والقاضي كذلك اذا ما عورض طلب الفسخ فانه ليس محتما عليه الحكم به بل له في ذلك سلطة تقديرية فقد يقضي به اذا اقتنع بوجود ما يبرره وقد يرفض الحكم به وقد يمنح المدين نظرة الميسرة للتنفيذ اي اجلا لتنفيذ التزامه اذا كان ما تم تنفيذه جزءا كبيرا بالنسبة للباقي ويستوحي قراره من الظروف المحيطة بالقضية . هذا ومما يحمل القاضي على الحكم بالفسخ ان يتضح له تعمد المدين في عدم التنفيذ او اهماله في ذلك اهمالا واضحا . ومما يحمله على استبقاء العقد ان

يكون الجزء غير المنفذ قليلا بالنسبة للالتزام في جملة . ومما يحمله على اعطاء المدين اجلا للتنفيذ ان يكون للمدين عذر في تأخره عن التنفيذ او ان يكون الدائن لم يصبه الا ضرر بسيط من جراء هذا التأخير او ان يكون الضرر الذي اصابه نجم عن فعله لا عن فعل المدين .

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / المصدر السابق / ص 702 .

(2) الدكتور حسن علي ذنون / شرح القانون المدني العراقي / العقود المسماة / عقد البيع / بغداد / 1953
ص 291

(3) الدكتور غني حسون طه / مصادر الالتزام / ص 387 .

هذا واذا ما اعطى المدين مهلة وجب عليه تنفيذ التزامه خلالها وليس له ان يتعداء يقول العلامة السنهوري بان العقد بعد انقضاء المهلة وعدم قيام المدين : بتنفيذ التزامه يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه حتى ولو لم ينص القانون في حكمه على ذلك وليس للقاضي ان يعطيه مهلة اخرى (1) ... الا اننا نتسأل في هذا المجال كيف يكون الامر اذا كالم يستطيع المدين تنفيذ التزامه في خلال نظرة الميسره رغم ان الظروف التي بررت منحه المهلة لا زالت موجودة . ونرى بانه طالما لا يوجد نص عام في القانون يمنع منح المدين مهلة اخرى ، لذا فلا مانع من منحه المهلة مرة اخرى اذا ما استدعت مبررات مقنعة لذلك ، سيما اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار الحكمة من منح المهلة القضائية اصلا التي هي في الحقيقة تهدف الى المحافظة على العقد الذي اشترك الطرفان في اظهاره للوجود وارتباطا به ، وانفاذه وتجنب النتائج الخطرة التي تترتب على فسخه . وبالطبع فان ذلك يعود الى تقدير قاضي الموضوع الذي نرى بانه في هذه الحالة يعتبر محتفظا بسلطته التقديرية .

خيار العيب : ان المشرع العراقي ذكر في الفقرة الثانية من المادة 177 مدني حالات الفسخ في عقد الايجار وفي ايجار العمل وفي عقد البيع . وكان المشرع يقصد بذلك كيفية تحقق الفسخ من خلال ايراده تلك الحالات كأمثلة . كما وانه ذكر في شق الاخير من الفقرة المذكورة بانه تثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد ، لذا رأينا انه من الضروري ان نلقي نظرة عن كيفية تحقق خيار العيب المبرر لفسخ العقد ولو لم ينص عليه في العقد .

ينبغي على المدين ان يضمن الدائن الانتفاع المفيد بالشيء المعقود عليه ، ولاشك ان وجود عيب في المعقود عليه يحول دون انتفاع الدائن به انتفاعا مفيدا . لذا فان على المدين ان يضمن للدائن خلو المعقود عليه من هذه العيوب ولو لم يشترط ذلك في العقد وبالطبع ان العيب المقصود في موضوعنا هذا هو العيب الخفي . وان ضمان العيوب الخفية (خيار العيب) يسرى على جميع العقود الملزمة للجانبين وبصورة عقود المعاوضات الناقلة للملكية او الواردة على الانتفاع بالشيء .

وفي عقد المعاولة ان كان ضمن التزام المقاول تأمين المواد تنطبق احكام عقد البيع بالنسبة لألتزام المقاول بضمان العيوب وبالنظر لكون عقد البيع هو اهم العقود الناقلة للملكية والحيازة فقد نظم المشرع العراقي احكام ضمان العيوب الخفية في هذا العقد ، واكتفى بالاشارة الى هذه الاحكام في العقود الاخرى مع ما تقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات خاصة به لذا فاننا نتناول خيار العيب في عقد البيع فالعيب هو صفة في الشيء يخلو مثله منها عادة وينقص وجودها في قيمته او منفعته ، فلا يعتبر عيبا مالا يخلو منه الشيء عادة بحيث يكون وجوده في الشيء اغلب من عدمه ، فوجود نسبة قليلة من بذور الاعشاب في الحنطة والشعير لايعتبر عيبا . يعرف صاحب بائع الصنائع العيب ،بانه كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصا فاحشا او يسيرا (2) . وبموجبه يكون لاحد العاقدين حق فسخ العقد (او ابطاله) لعيب في المعقود عليه .

وعرف المشرع العراقي العيب في المادة 558 ف2 مدني بقوله (والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه) ويظهر ان المشرع العراقي اخذ بالمعيار المادي لتحديد خيار العيب واتخذ الاصل او المقياس الذي يرجع اليه في التعرف على العيب . ونرى انه كان على الصواب وذلك لان خيار العيب هو في الحقيقة خيار قانوني يثبت من غير حاجة الى الاشتراط مما يحتم بان يؤخذ في

تفسيره بالمعيار العام الذي تقتضيه الثقة المتبادلة واستقرار المعاملات بين الناس وذلك بان يفسر العيب بما يفسره به التجار واهل الخبرة وان تقيد العيب بما يخلو عنه اصل النظرة السليمة وبما ينقص الثمن في عرف التجار جاء منسجما مع ما يقتضيه استقرار التعامل وتحتمه المساواة والعدالة بين المتعاقدين . هذا وان اغلب فقهاء المسلمين قد اتخذوا من المعيار المادي اساسا لتحديد خيار العيب كما واخذت به المجلة . ويشترط في العيب الموجب للرد والضمان وبعبارة اخرى يثبت حق الدائن في فسخ العقد بخيار العيب عند تحقق ثلاثة شروط هي :

اولا ان يكون العيب خفيا : فالعيب اما ان يكون ظاهرا واما خفيا فالعيب الظاهر هو ما يكون باديا للعيان او يكون غير ظاهر للعيان ولكن يسهل على المشتري اكتشافه والتعرف عليه اذا ما فحص المبيع بما ينبغي من العناية . والفقهاء المسلمون عرفوا العيب الظاهر بانه (العيب الذي يكون ظاهرا شاهدا يقف عليه كل واحد) .

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / المصدر السابق / ص707
(2) الدكتور حسن علي دنون / العقود المسماة / المصدر السابق / ص229

ويعرفه الفقيه (بودرى) بأنه العيب الذي يسهل اكتشافه بالفحص العادي الذي يقوم به الرجل المعتاد والذي يقدم على شراء (1).

والعيب الظاهر غير موجب للرد والضمان وان العيب الخفي هو الذي يثبت به حق الرد والضمان ، وشرط خفاء العيب هو في حق المشتري وبعبارة اخرى لكي يعتبر العيب خفيا يجب لا يكون عالما بوجوده وقت البيع والا اعتبر العيب ظاهرا وامتنع على المشتري خيار العيب لان اقدم المشتري على شراء المبيع مع علمه بوجود العيب يعتبر دليلا على انه قد راعى وجود هذا العيب عند تحديد الثمن . او انه قد اعتبره عيبا غير مؤثر في قيمة المبيع او نقصه . وهذا ما اشترطه المشرع العراقي لاعتبار العيب خفيا حيث قضت المادة 559 مدني بان لا يكون المشتري عالما بوجود العيب وقت البيع او ان لا يكون باستطاعته ان تبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية .

والعناية المطلوبة هنا هي عناية الشخص المعتاد ، وهذا يتطلب احيانا ان يستعين المشتري بخبير ليكشف في المبيع من عيوب فاذا لم يفعل المشتري ذلك كان مقصرا .

هذا وان اثبات علم المشتري بالعيب يقع على عاتق البائع الذي بإمكانه اثباته بجميع طرق الاثبات لانه واقعة مادية . اما بالنسبة للبائع فعلمه او عدم علمه لا يؤثر على مبدأ خيار العيب . فالبائع ضامن للعيب سواء اكان عالما بوجوده ام لم يكن عالما به .

واذا كانت القاعدة هي ان البائع لا يضمن العيب الذي كان باستطاعة المشتري ان يتبينه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية الا ان المشرع العراقي استثنى من هذه القاعدة حالتين في المادة 559 مدني . اذ اوجب ضمان البائع فيما اذا اثبت المشتري بانه اكد له خلو المبيع من هذا العيب وبانه لم يقم بفحص المبيع بما ينبغي من العناية اعتمادا على تأكيد صريح وجدي من البائع بخلو المبيع من عيب معين . وفي هذه الحالة لا يعتبر المشتري مقصرا . وكذلك اوجب ضمان البائع فيما اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب بغش منه ، كأن يبيع الة مكسورة بعد اجراء لحامها ودهنها بطلاء يخفي عيوبها وباعها على انها سليمة فان العيب في هذه الحالة يعتبر خفيا وبه يثبت حق الفسخ حتى ولو ان المشتري كان يمكنه كشفه لو بذل في فحصه عناية الشخص المعتاد .

ثانيا ان يكون هذا العيب مؤثرا : لا يعتبر كل عيب مهما كان تافها سببا في الرجوع على البائع بالضمان لانه لو اجيز للمشتري بفسخ العقد لمجرد ظهور عيب طفيف في المبيع لضاقت حركة التعامل وترعزت الثقة المتبادلة بين الناس وضعفت قوة العقد الملزمة الى حد كبير لذا فان

القانون اشترط ان يكون العيب مؤثرا او جسيما لا مكان الزام البائع بالضمان ، وهذا ما ضاقت به المادة 558 ف2 مدني . فامعيار الذي يرجع اليه للتحقق عما اذا كان العيب مؤثرا فيضنه البائع او غير مؤثر فلا يضمه هو معيار مادي وهو ما ينقص به ثمن المبيع عند التجار وذوي الخبرة او يفوت به غرض صحيح . فاذا لم يترتب على وجود العيب تافها لايعتمد به فلا يحق للدائن المشتري فسخ العقد ورد المبيع وكذلك الحال في حالة العيب الذي جرى العرف على التسامح فيه (2). هذا وان المشرع يقصد بالغرض الصحيح هو الغرض الذي يقصده الناس عادة في المبيع لا الغرض الشخصي الذي قدره المشتري واراده ، ويترتب على ذلك انه اذا كان المشتري قد اخبر البائع بالاستعمال الذي يقصده من شراء العين ، وجب على القاضي ان يراعي ذلك عند تقديره للعيب لان الغرض تتحدد عند تكوين العقد بهذا الاخبار ، واما اذا لم يبده المشتري غرضه من الشراء فان القاضي ينظر في امر تقدير العيب على ضوء الاستعمال المقصود عادة من قبل الناس في الشيء المبيع (3).

ثالثا ان يكون العيب قديما : يشترط في العيب الذي يجيز للمشتري فسخ العقد ورد المبيع ان يكون قديما وهذا ما قضت به المادة 558 ف1 مدني اذ اعطى للمشتري خيار في رد المبيع او قبوله بالثمن المسمى حيث نصت (اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمانه المسمى) . ويعتبر العيب قديما اذا وجد في المبيع وقت العقد او طرأ عليه بعد العقد وقبل التسليم ويعتبرا العيب قديما كذلك متى كان حدوثه مستندا الى سبب حاصل في هذه الغترة ، اي متى ما قام بالمبيع سبب العيب بعد البيع وقبل

(1) الدكتور حسن علي دنون / العقود المسماة / المصدر السابق / ص232،

(2) غني حسون طه / الوجيز في العقود المسماة / الجزء الاول / عقد البيع / بغداد / 1969 / ص309 .

(3) الدكتور حسن علي دنون / العقود المسماة المصدر السابق / ص238 .

التسليم ولولم يتم الا بعد التسليم ، كمرض حيوان او تسوس الغلال والاششاب (1). هذا وان المادة 569 استنتت البيوع الجارية بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية الاخرى بطريق المزايده العلنية من دعوى ضمان العيب الخفي وان هذا الاستثناء لايسري على البيوع الاختيارية التي تتم دون تدخل المحكمة او اية جهة رسمية اخرى حتى لو جرى عن طريق المزايده العلنية فاذا ما تحقق العيب بشروطه السابق و اخطر المشتري البائع بهذا العيب في مدة معقولة كان له ان يرجع على البائع بالضمان وقد حددت الفقرة الاولى من المادة 558 مدني هذا الضمان بتغيير المشتري بين فسخ البيع او قبول المبيع بكل الثمن المسمى . الا ان هذا الخيار لا يمنح المشتري من مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا طبقا لمل تقررر القواعد العامة ويتم هذا التنفيذ العيني باصلاح العيب او استبدال المبيع المعيب بغيره على نفقه البائع اذا كان ذلك ممكنا .

وقد يتفق المتعاقد على ان يقوم البائع باصلاح العيب فيكون ذلك بمثابة اتفاق على تنفيذ البائع للالتزام بالضمان عينا ولكن هذا الاتفاق كما ذهب اليه محكمة تمييز العراق بمنح المشتري من طلب فسخ العقد واسترداد الثمن (2).

هذا وقد يصادف ان يكون المبيع عبارة عن عدة اشياء بيعت صفقة واحدة وظهر بعد فحصها ان بعضها معيب دون البعض الاخر ، وقد عالجت المادة 561 مدني هذه الحالة حيث قضت بان المشتري ان يرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من ثمن وليس له ان يرد الجميع مالم يرض البائع ، هذا اذا ما كان يمكن تفريق الصفقة دون ضرر اما اذا كان في تفريق الصفقة ضرر اي اذا لم يكن ممكنا الانتفاع بكل شيء مستقل عن سائر الاشياء الاخرى دون ان تنقص قيمته او من مقدار انتفاعه ، كان للمشتري خياران فاما ان يطلب فسخ العقد ورد المبيع او ان يقبل المبيع بكل الثمن .

اذا كانت القاعدة هي ثبوت حق الفسخ للمشتري بخيار العيب الا ان هناك حالات يتمتع معها هذا الحق وهي :

1. حدوث عيب جديد في المبيع بعد التسليم (م 562 مدني).
2. زيادة شيء من مال المشتري على المبيع (م 561 مدني).
3. هلاك المبيع في يد المشتري (م 564 مدني). كما وان هناك حالات خاصة يسقط فيها حق المشتري في طلب فسخ العقد رغم تحقق العيب المبرر للفسخ وهذه الحالات هي :
1. عدم فحص المشتري للمبيع بالعناية اللازمة (م 559 مدني).
2. تصرف المشتري بالمبيع بعد اطلاعه على عيب فيه (م 556 مدني).
3. تنازل المشتري في حقه بالضمان (م 567 ف1 مدني).
4. اشتراط البائع برءته من كل عيب (م 567 ف2 مدني).
5. مضي مدة الضمان وهي ستة اشهر من وقت التسليم المبيع ، هذا ويجوز الاتفاق على اطالة مدة الستة الاشهر (م 570 ف1 مدني) ، كما وان هذه المدة لا تسقط حق المشتري في فسخ العقد الا بمرور خمسة عشر عاما من يوم اكتشاف العيب .

المطلب الثاني

الفسخ الاتفاقي

ان المتعاقدين قد يتوقعان عند ابرامهما للعقد عدم قيام احدهما بتنفيذ الالتزام التي يرتبها العقد في ذمته ويتفقان على اعتبار العقد مفسوخا عند اخلال احدهما بتنفيذ التزامه وذلك رغبة منهما في تجنب رقابة القضاء واجراءات التقاضي ، وهذا الاتفاق جائز وصحيح واجازه المشرع العراقي وذلك في المادة 178 مدني ، وحيث ان مرجع الفسخ هو اتفاق الطرفين لذا فان ارادتهما هي التي تحدد شروطه . وقد ظهر عمليا ان المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ وقت صدور العقد وتبعاً لهذه التدرج يمكن ان يتبين ما اذا كان هذا الاتفاق قد استبقى للقاضي سلطته التقديرية او قيد منها او استبعدها كلية وكذلك عما اذا كان الاعذار لازماً ام لا ، وعلى ضوء ذلك يمكن ان يقع الاتفاق في اربع حالات وهي :

(1) الدكتور غني حسون طه / العقود المسماة / المصدر السابق / ص 316 .

(2) الدكتور غني حسون طه / مصادر الالتزام / المصدر السابق / ص 389

اولا . الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا : قد يتفق المتعاقدان على ان العقد يكون مفسوخا اذا لم يتم احدهما بتنفيذ التزامه ، فان هذا الشرط لا يمنع من تطبيق الاحكام التي تطبق في الفسخ القضائي الواردة في المادة 177 ف 1 مدني . وان المتعدين في الغالب لا يريدان بمثل هذا الشرط الا ان يقررا بالفاظ صريحة القاعدة العامة التي تحكم الفسخ لعدم التنفيذ ، اذ يصعب الجزم بانهما ارادا تحميم الفسخ لذا فان هذا الشرط لا يغني عن الاعذار ولا عن اللجوء الى القضاء لاستحصال حكم بالفسخ كما وانه لا يسلب من القاضي سلطته التقديرية في الاستجابة لطلب الفسخ او رفضه او منح المدين مهلة لتنفيذ التزامه . كما وان هذا الشرط لا يسلب الدائن حقه في طلب التنفيذ ان شاء كما وانه لا يسلب المدين حقه في تنفيذ التزامه لتحاشي الفسخ اذ انه يظل محتفظا بهذا الحق لحين صدور الحكم النهائي بالفسخ . هذا وان الحكم الصادر بهذه الحالة يعتبر منشئا للفسخ لا مقرر او كاشغاله .

وخالصة الامر ان هذه الحالة من حالات الاتفاق على الفسخ لا تاتي بشيء جديد وانما هي مجرد تاكيد للقاعدة العامة في الفسخ (1).

ثانيا . الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه : قد يتفق المتعاقدان على انه في حالة اخلال احدهما بالتزامه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه فان هذا الشرط لا يغني عن توجيه الاعذار ولا عن اللجوء الى القضاء لاستحصال حكم بالفسخ الا انه يسلب القاضي سلطته التقديرية فيحتم عليه ان يحكم بالفسخ اذا ما تاكد لديه بان المدين لم ينفذ التزامه . وان هذا الشرط لا يسلب الدائن حقه في طلب التنفيذ ان شاء ، كما وان اعذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ لا يتعارض مع حقه في طلب الفسخ بعد ذلك ، لان الاعذار لا يعتبر تنازلا عن المطالبة بفسخ العقد بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ . وخالصة الامر ان الدائن يضل محتفظا بحقه في الخيار بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ ، لان شرط اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه انما يقرر لمصلحته . كما وان المدين يحتفظ في هذه الحالة ايضا بحقه في تنفيذ التزامه لحين مرور فترة مناسبة على تاريخ تبليغه بالاقرار هذا وان الحكم الصادر في هذه الحالة يكون منشئا للفسخ لا مقرر له كما هو الحال في القاعدة العامة للفسخ .

هذا وان المشرع العراقي طبق هذه الحالة في عقد البيع حيث نصت المادة 582 مدني (اذا اشترط البائع ان يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد فان المشتري مع ذلك ان يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد مادام لم يعذر الا اذا نص في العقد على ان الفسخ يقع دون اعذاره . وفي كل حال لا يجوز للمحكمة ان تمنح للمشتري اي اجل) . ويفهم من النص المذكور ان هذا الشرط لا يؤدي الى فسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون لمجرد تاخر المشتري في دفع الثمن عن الميعاد المتفق عليه ، لا بد من الاعذار واللجوء الى القضاء .

يقول الاستاذ الدكتور حسن علي ذنون بان المشتري في هذه الحالة يستطيع حتى بعد اعذاره ان يقوم بدفع الثمن مادام لم يصدر الحكم القضائي بالفسخ وذلك لان البائع اذ يعذر المشتري فانه انما يفصح عن ارادة قاطعة واضحة في طلب التنفيذ وعلى هذا يجب ان يترك للمشتري فترة كافية لدفع الثمن اذ لا يعقل ان العمل الذي يراد به طلب التنفيذ وهو الاعذار يحرمه مباشرة من تنفيذ ما طلب منه ادائه فهذا تناقض غير معقول ولا مقبول . وان الاثر الوحيد هو انه يسلب سلطة القاضي التقديرية ويترتب على هذا انه اذا تأخر المشتري في دفع الثمن فاعذاره البائع وانقضت المدة التي حددت في الاعذار لدفع الثمن وطلب البائع فسخ البيع فان القاضي لا يستطيع ان يقضي بغير الفسخ بل هو لا يستطيع ان يمنح المشتري مهلة قضائية لدفع الثمن وانما يتعين عليه الحكم بالفسخ فورا وهذا ما تصرخ به المادة 582 مدني (2).

ويخالفه في هذا الرأي الاستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم حيث يذكر تعقيا على رأي الاستاذ حسن علي ذنون بان اقامة الدائن الدعوى معناه ان الاعذار لم يجد في حمل المدين على تنفيذ التزامه وفي هذه الحالة لا يمكن اجبار الدائن على قبول الوفاء الذي يقوم به المدين ، وبأن المفهوم المخالف للمادة 582 مدني هو انه اذا اعذر المشتري فلا يعود بإمكانه ان يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد المحدد (3).

(1) الدكتور غني حسون طه / مصادر الالتزام / المصدر السابق / ص 377.

(2) الدكتور حسن علي ذنون / العقود المسماة / المصدر السابق / ص 293 .

(3) الدكتور عبدالمجيد الحكيم / المصدر السابق / ص 374 هامش .

ونحن نرى بانه في هذه الحالة اذا ما اعذر المدين بدفع الثمن من قبل الدائن فانه ينبغي ان يترك للمشتري فترة كافية ومناسبة لدفع الثمن وعند عدم تنفيذه لالتزام خلال تلك الفترة فانه لا يحق له التنفيذ بعد ذلك . بمعنى انه اذا لم يقم المشتري بدفع الثمن خلال تلك الفترة وان البائع اقام دعوى الفسخ فان المشتري لا يحق له دفع الثمن ويسلب منه حقه في تنفيذ التزامه ، وهذه هي القاعدة اما اذا كان لدى المشتري مبرر مقنع لعدم تنفيذه لالتزامه كان حدث له حادث ادى به الى الرقود في المستشفى وذلك بعد استلامه الاعدار مباشرة ، ففي هذه الحالة يمكن للمدين تنفيذ التزامه خلال فترة مناسبة بعد زوال السبب المبرر الذي حال دون تنفيذه لالتزامه ولا تؤثر على ذلك اقامة الدائن لدعوى الفسخ ، ويعود تقدير الامر في هذه الحالة الى قاضي الموضوع . وبهذه المناسبة نود ان نوضح باننا في امور قضايا قانون المدني لسنا امام عمليات حسابية كأن يقال بان اضافة واحد يساوي اثنان في جميع الاحوال ، بل ان لكل قضية من قضايا القانون المدني له ظروفه وملابساته قد تؤثر ان على الحكم الذي يحسم الموضوع بحيث ان الحكم الصادر في قضية معينة قد يختلف عن قضية اخرى بسبب اختلاف ظروفه وملابساته ، وام معالجة الموضوع تكون بمنح قاضي الموضوع سلطة تقديرية لحسم نقاط الخلاف بين المتعاقدين ليستوحي قراره من الظروف التي رافقت عملية التعاقد لحين رفع الموضوع الى القضاء طالما لا يوجد نص صريح قاطع يحسم الموضوع .

ثالثا . الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى الحكم : فاذا اتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم قيام احدهما بتنفيذ التزامه دون حاجة الى الحكم فان ذلك يعني عن رفع الدعوى لطلب فسخ العقد ولصدور الحكم بانشاء الفسخ الا انه ينبغي في هذه الحالة ان يوجه الدائن الاعذار الى المدين ، واذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه رغم اعذاره فان العقد يعتبر عندئذ مفسوخا من تلقاء نفسه بعد مضي فترة الاعذار ، الا ان هذا لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ حيث يبقى له حق الخيار بين الفسخ وطلب التنفيذ ، لان الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه بل يكون بطلب من الدائن ورغبته . اذ ان هذا الشرط مقصود به تحسين مركز الدائن وتقوية ضمان قبل المدين ، فالفسخ هو حق له يجوز ان يتمسك به وان يتنازل عنه ولذلك لا يقع الفسخ الا اذا اختاره الدائن.

ويمكن التسأل كيف يكون الامر اذا نازع المدين الدائن في ادعائه وادعى انه نفذ التزامه او انكر استلامه للاعدار ؟ ففي هذه الحالة نرى بانه لامغاص اللجوء الا القضاء ليتولى التحقق من توفر الشرط المنازع عليه ، ولا يحق للقضاء الخوض في الشروط الاخرى واذا ما تحقق لديه توفر الشرط المذكور فيحتم عليه الحكم بالفسخ ويكون حكمه مقرررا للفسخ لا منشئا له . اما اذا تحقق لديه صحة ادعائه فانه يحكم باستبقاء العقد ، الا ان ذلك لا يمنع الدائن من المطالبة مجددا بطلب الفسخ بعد توجيه الاعذار المطلوب .

رابعا . الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم او اعذار : ان ذروة ما يمكن ان يتفق عليه المتعاقدان في هذا الخصوص هو الاتفاق بان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم او اعذار ، وان هذا الشرط يعني من اعذار المدين ومن اللجوء الى القضاء لاستحصال حكم الفسخ . واذا ما اضطر الدائن اللجوء الى القضاء لاستحصال الحكم بالفسخ بسبب حصول خلاف بينه وبين المدين فان مهمة القاضي تقتصر في هذه الحالة التحقق من توفر شروط الفسخ فان تحقق لديه توفر الشروط المذكورة حكم بالفسخ والا فانه يحكم باستبقاء العقد . وان الحكم الصادر بالفسخ يعتبر مقرررا للفسخ لا منشئا له وان هذا الاتفاق لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ بدلا من طلب الفسخ اي ان الدائن يحتفظ في هذه الحالة ايضا بحقه في الخيار بين طلب التنفيذ والفسخ وذلك لانه لم يتمتع بهذا الخيار فان ذلك يعني وضعه تحت رحمة المدين وانه في حالة سلب الدائن حقه في طلب التنفيذ يكون المدين ان كان راغبا في فسخ العقد ان يتمد عدم التنفيذ بغية تحقيق رغبته في فسخ العقد وهذا امر غير مقبول . ويترتب على هذه الحالة ان العقد يعتبر مفسوخا اذا ما اظهر الدائن رغبته في ذلك ، كما وانه لا يحق للمدين التمسك بالفسخ ان كان الدائن لم يتمسك به . ويتبين من مامر اعلاه ان الفسخ في هذه الحالة يتقارب مع الفسخ بحكم القانون الذي سنتكلم عنه ويختلف معه في ان العقد في هذه الحالة لا يفسخ الا اذا اظهر الدائن رغبته في ذلك بينما تنتفي هذه الرغبة في حالة الانفساخ بحكم القانون (1).

ففي عقد الايجار ان اعطى المؤجر حق الفسخ وانهاء العقد بدون حاجة الى انذار او اجراءات قضائية اخرى وذلك عند مخالفة المستأجر شروط عقد الايجار الا ان هذه الشرط الفاسخ وان كان يسلب المحكمة كل سلطة

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / المصدر السابق / ص 720 .

تقديرية بصدد الفسخ الا انها لا يمنع المستأجر من المنازعة في توفر شروط الفسخ وان ذلك يحتاج عندئذ الى حكم يقرر وقوع المخالفة الموجبة للفسخ ويثبت مسؤولية المتعاقد عنها فان كانت المخالفة قد وقعت فتقضى بموجبها والا فترد الدعوى .

وبهذا يكون قد انتهينا من شرح الحالات الاربعة التي تدخل ضمن نطاق الفسخ الاتفاقي عندما يخل احد الطرفين بتنفيذ التزامه .

ونود ان نوضح بهذه المناسبة بانه توجد حالة خاصة تدخل ضمن نطاق الفسخ الاتفاقي وتظهر للوجود رغم عدم حصول اخلال احد الطرفين بالتزاماته ، وهذه الحالة غالبا ما تحدث في العقود المستمرة بالتنفيذ وبموجبها يتفق المتعاقدان عند ابرامهما للعقد بان الدائن حق فسخ العقد متى شاء ولو لم يخل المدين بالتزامه و دون حاجة الى حكم واعذار . وبما ان هذا الاتفاق لا يخالف القانون والنظام العام والاداب لذا فانه يعتبر صحيحا ، وبموجبه يمكن فسخ العقد من قبل الدائن متى شاء ولو لم يوجد ما يبرر ذلك . واذا ما التجأ الى القضاء فيحتم على القاضي ان يحكم بالفسخ والحكم المذكور يكون مقرا للفسخ لا منشئا له .

المطلب الثالث

الفسخ بحكم القانون - الانفساخ

اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة اي بسبب اجنبي لايد له فيه انقضى هذا الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون ولا محل لتوجيه اعدار الى المدين لان الاعذار لايتصور الا اذا كان التنفيذ ممكنا ، وبما ان تنفيذ لم يعد ممكنا لذا لا يكون للدائن خيار بين التنفيذ والفسخ بخلاف حالات الفسخ القضائي والاتفاقي حيث يثبت للدائن حق الخيار ولا يبقى ممكنا الا فسخ العقد. وكذلك لا ضرورة للالتجاء الى القضاء لاستحصال حكم بالفسخ لان العقد يفسخ بحكم القانون

الا ان هذا لا يعني ان القضاء ممنوع عليه التدخل ، اذ ينبغي ان يتدخل في حالة حصول نزاع حول ما اذا كانت استحالة تنفيذ المدين لالتزامه بسبب اجنبي لايد له فيه ام لا . الا ان مهمة القاضي تقتصر في التحقق فيما اذا كانت استحالة التنفيذ حدثت بسبب اجنبي لايد للمدين فيه ، فان ثبت لديه بان الاستحالة كانت بسبب اجنبي فان الحكم الصادر بالفسخ في هذه الحالة انما هو مقرر للفسخ لا منشئا له ولا يحق للدائن الرجوع على المدين بالتعويض لان استحالة التنفيذ كانت بسبب اجنبي وليست بخطأ من المدين.

واما اذا كانت استحالة التنفيذ راجعة الى خطأ من المدين او ان المدين لم يتمكن من اثبات ان الاستحالة قد نشأت بسبب اجنبي لايد له فيه فيكون المدين عندئذ قد ارتكب خطأ عقديا وان العقد لاينفسخ في هذه الحالة بل على عكس من ذلك يبقى العقد ويتأكد وجوده . وتطبق في هذه الحالة الاحكام المقررة للفسخ القضائي الا انه على القاضي في هذه الحالة الاستجابة لطلب الفسخ اذ لا محل لامهال المدين لعدم وجود مبرر لذلك كما ولاخيار للدائن بين الفسخ والتنفيذ وذلك لان

تنفيذ المدين لالتزامه اصبح مستحيلا . هذا وان الحكم الصادر بالفسخ في هذه الحالة يكون منشئا للفسخ لامقرا له (1). وتتقرر على ضوءه مسؤولية المدين التعاقدية ويلزم بالتعويض لعدم تنفيذه لالتزامه . لا شك ان الفسخ بحكم القانون يتحقق عندما تكون استحالة المدين لتنفيذ التزامه راجعة لسبب اجنبي لايد له فيه هذا وان الاستحالة قد تكون قائمة قبل نشوئه او تكون قد وجدت بعد ذلك فان كانت قائمة قبل نشوئه وكانت الاستحالة مطلقة كان العقد باطلا لاستحالة المحل اما اذا كانت الاستحالة نسبية ، سواء كانت قائمة قبل نشوؤ الالتزام او وجدت بعده وكذلك اذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد الا بعد نشوؤالالتزام فان العقد ينشأ صحيحا ثم يفسخ.

والمراد بالالتزام الذي استحال تنفيذه هو الالتزام الاساسي الناشئ من العقد ، دزن الالتزام الثانوي او التبعية . فالالتزام البائع الاساسي هو نقل الملكية والتسليم ، والتزام المشتري الاساسي هو دفع الثمن . كذلك يعتبر التزاما اساسيا في عقد الايجار التزام المؤجر بتسليم العين والتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المأجور ، والتزام المستأجر بدفع الاجرة والتزامه بالمحافظة على العين (2).

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / المصدر السابق / ص 724

(2) نفس المصدر / ص 725 الهامش .

نرى انه من الضروري ان نتكلم في هذا المطلب بصورة منحسرة عن السبب الاجنبي لتتعرف على ما هية وكيفية تحققه وذلك بقدر تعلق الامر بموضوع انفساخ العقد بحكم القانون وكذلك نتكلم عن موضوع تبعة الهلاك لعلاقتها بالموضوع . فنتكلم اولا عن السبب الاجنبي :

السبب الاجنبي : هو كل فعل او حادث لايد للمدين فيه يترتب عليه استحالة تنفيذ التزام المدين وقد حددت المادة 211 مدني اثر السبب الاجنبي وصورة بقولها (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لايد له فيه كافة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك) . ويلاحظ ان المشرع العراقي ذكر الافة السماوية كسبب اجنبي مستقل ، مستمدا هذا التعبير من الفقه الاسلامي وقاصدا به كل قوة قاهرة لا تنسب الى فعل الشر كالزلازل والصواعق والامطار . واذا لاحظنا ملبا نصوص القانون المدني لوجدنا انها استعملت في بعضها لفظ القوة القاهرة كما هو الحال في المادة 179 / ف1 مدني ، واستعملت في مواقع اخرى منه لفظ الحادث الفجائي الى جانب القوة القاهرة كما هو الامر ففي المادة 259 ف1 مدني ، واستعملت لفظ الافة السماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة في مواقع اخرى (م 211 مدني) كما ذكرنا اعلاه . هذا وبمقتضى المادة 211 مدني ان للسبب الاجنبي اضافة للافة السماوية والقوة القاهرة والحادث الفجائي توجد حالتان اخريتان هما فعل الغير وخطأ المتضرر ، وبخصوص تحقق الافة السماوية والقوة القاهرة والحادث الفجائي ينبغي ان يتوفر شرطان هما ان يكون غير ممكن التوقع وان يستحيل دفعه . فاذا امكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه لا تتحقق اية حالة من تلك الحالات ، وان عدم توقع الحادث ينبغي ان يكون متحققا بالنسبة لاشد الناس يقظة وبصرا بالامور لا بالنسبة للمدين فقط كما وانه ينبغي توفره وقت ابرام العقد .

وكذلك يجب ان تكون الافة السماوية او القوة القاهرة او الحادث الفجائي مستحيلة ليدفع واذا امكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه لم تتحقق اية منها . هذا ويجب ان يكون الحادث من شأنه ان يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة بالنسبة للمدين وحده بل مستحيلا بالنسبة لكل شخص يكون في موقع المدين ولايختلف الامر سواء اكانت استحالة التنفيذ مادية او ان تكون معنوية ، ولتوضيح الموضوع نذكر كل حالة مثلا :-

فالافة السماوية التي تجعل تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلا تتحقق في حالة ضرب الصاعق لمحل المدين ويؤدي الى احتراق المجعدة الوحيدة الموجودة فيه والتي كانت قد باعها الى الدائن ولم يحن موعد تسليمها . والقوة القاهرة التي تجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا تتحقق في حالة من يبيع شخصا اخر مقدارا معيناً من الحنطة على ان يسلمه له بعد مرور مدة معينة ، ويصدر خلال هذه الفترة قانون يقضي بحظر التعامل الحر فيها وبوجوب تسليمها الى دائرة الزراعة والاصلاح الزراعي حسب السعر المقرر .

والحادث الفجائي الذي يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلا تتحقق في حالة متعهد يتعهد بنقل الحاصلات الزراعية للمزارع في موعد معين بسيارته ا انه حدث لسيارته حادث اصطدام عطلها عن العمل فاضطر الى ارسالها الى التصليح ولم يتمكن احضارها في الوقت المتفق عليه . ويظهر من كل ذلك ان تعبير الافة السماوية والقوة القاهرة والحادث الفجائي تعتبر تعابير مترادفة لمعنى واحد ولا اهمية للتمييز بينها سيما من الناحية العملية . اصف الى ذلك انه لا يوجد نص في القانون المدني يفرد لكل منها احكاما خاصة .

يقول العلامة الدكتور عبدالرزاق السنهوري ان التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لايقوم على اساس صحيح لذا تقول جمهرة الفقهاء بعدم التمييز بينهما وعلى هذا اجماع القضاء (1).

اما بخصوص فعل الغير الذي بسببه يستحيل على المدين تنفيذ التزامه يتحقق اذا ما كان هذا الفعل خطأ ثابتاً او مفروضاً والا كان من قبيل القوة القاهرة او الحادث الفجائي . كمن يبيع حصانه للغير وقبل موعد التسليم تصطدم به سيارة يقودها شخص اخر يؤدي الى هلاكه وثبت خطأ هذا الغير وفي هذه الحالة تتحقق استحالة تنفيذ التزام المدين بسبب فعل الغير . اما اذا انعدم الخطأ في فعل الغير فعندئذ يدخل الحادث في نطاق القوة القاهرة او الحادث الفجائي ، ففي مثال السابق اذا ثبت عدم ارتكاب سائق السيارة اي خطأ يكون سببا في وقوع الحادث كأن انفجرت الة توقيف سيارته . او انخلع روط المقود من محله فجأة وذلك دون وجود اي خلل سابق فيها ، وادى الى وقوع الحادث رغم عدم سيرها بسرعة . اما بخصوص استحالة تنفيذ التزام المدين بسبب خطأ المتضرر تتحقق في حالة متعهد نقل يتعهد بنقل الحاصلات الزراعية للمزارع ويحضر في الوقت المتفق عليه مع وسائل النقل المطلوبة ويجد المزارع انه لم يكن قد حصد محصوله بعد فانصرف .

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / المصدر السابق / ص877.

هذا و عندما يتحقق بان استحالة تنفيذ المدين لالتزامه كان لسبب اجنبي لايد له فيه فان المدين يعفي من تنفيذ التزامه ويكون غير ملزم بالتعويض (م 211 مدني) مالم يوجد اتفاق بين الطرفين يقضي بالزام المدين بالتعويض حتى لو استحال عليه تنفيذ التزامه لسبب اجنبي فعندئذ يكون المدين ملزما بالتعويض .

تبعة الهلاك : فاذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي وانقضى هذا الالتزام وبرأت ذمته فمن ذاالذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة – الدائن ام المدين - ؟

يتبين من نص المادة 179 ف1 مدني بانها تثير تبعة الهلاك الى جانب اثارها لمسألة انفساخ العقد بحكم القانون . سبق وان ذكرنا بان من شروط الفسخ ان يكون العقد ملزما للجانبين ويترتب على ذلك اذا ما انفسخ العقد بحكم القانون فان هذا الالتزام ينقضي وتبرأ ذمة المدين وينقضي معه وبنفس الوقت الالتزام المقابل اي التزام الدائن وتبرأ ذمته ايضا : 1. لايستطيع المدين وقد استحالة عليه تنفيذ التزامه ان يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل . فالخسارة اذن يتحملها المدين اي يتحمل تبعة الهلاك ، وهذا هو مبدأ تحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين.

المبحث الثالث دعوى فسخ عقد المقاولة

يقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في المطلب الاول ، ماهية دعوى الفسخ وكذلك موضوع الخصومة في دعوى الفسخ حيث نحدد من هو المدعي بالفسخ و ثم من هو المدعي عليه بالفسخ ، و نتناول في المطلب الثاني طرق انقضاء حق الفسخ .

المطلب الاول

ماهية دعوى الفسخ ومن هو الخصم فيها

اختلف الفقهاء في تحديد ماهية دعوى الفسخ من حيث طبيعة الحق الذي تستند اليه الدعوى هل هي دعوى شخصية ام عينية ام مختلطة ؟ فيعتبرها بعضهم بانها دعوى مختلطة تجمع بين صفتي الدعوى العينية والشخصية في ان واحد ، وان البعض الاخر انكروا عليها اعتبارها دعوى مختلطة فقالوا بانها اما ان تكون دعوى شخصية واما ان تكون دعوى عينية محضة ، و بانها يستحيل ان تجمع بين هاتين الصفتين وذلك لان دعوى الفسخ اما ان ترفع من احد المتعاقدين على المتعاقد الثاني او من يمثله من ورثة وخلف خاص ودائنين عاديين واما ان ترفع من احدهما على الغير الحائزين للعين الذين كسبوا عليه حقا عينيا .

هذا وان الاستاذ الدكتور حسن علي ذنون يرى بانه من الاجدر ترجيح وصف دعوى الفسخ بانها دعوى شخصية مادام الحق الشخصي هو اساسها الاول وليس الحق العيني الا اساسا ثانيا لها يتبعها ويترتب عليها (1) . كما وان العلامة الدكتور عبدالرزاق السنهوري يرى بان دعوى الفسخ هي الفسخ هي دعوى شخصية وذلك لانه لا يطلب فيها الا الحكم بفسخ العقد فاذا اقترنت بطلب رد الشيء كانت الدعوى شخصية ايضا لان الطلب يكون مبنيا على التزام شخصي هو رد ما تسلمه المدين دون حق (2) .

نحن نرى ايضا بلن دعوى الفسخ هي دعوى شخصية لان حق الشخصي فيها هو الاساس ولولاه لما وجد حق استرداد الحق العيني اذ يوجد بوجوده وينعدم بانعدامه وتظهر الاهمية العلمية لاعتبار دعوى الفسخ دعوى شخصية او عينية لمعرفة من هو الخصم في دعوى الفسخ ولتوضيح ذلك نذكر الحالة الاتية – في عقد المقاولة ببدل أجل اذا قام رب العمل ببيع العين المصنوعة بموجب عقد مقاولة الى الغير او اذا ما رتب عليه حقوقا عينية للغير ، ومن ثم لم يدفع الأجر في ميعاده فان المقاول ان اراد استعمال حقه في فسخ العقد وجب عليه ان يقيم دعوى الفسخ على المدين بالالتزام وهو رب العمل ولا يحق له اقامة دعوى الفسخ على هذا الغير ، ويتبين من ذلك ان دعوى الفسخ هي دعوى شخصية وذلك لان الدعوى الشخصية لا ترفع الا على الملتزم بالحق الشخصي اذ لو اعتبرت الدعوى المذكورة عينية لكان بإمكان اقامة دعوى الفسخ على الغير الحائز للعين – المشتري – ولان الدعوى العينية يجوز رفعها على اي شخص تؤول اليه حيازة العين . كما وتظهر ايضا فائدة اعتبار دعوى الفسخ شخصية ام عينية من ناحية الاختصاص المكاني (الصلاحية) لاقامة الدعوى ، اذ ان دعوى الفسخ ان اعتبرت دعوى شخصية فانها يجوز ان تقام في موطن المدعي عليه رغم تعلقها بعقار (م 37 ف1 مرافعات مدنية). واما اذا اعتبرت دعوى عينية فينبغي ان تقام في محكمة محل العقار اذا تعلق بعقار (م36 مرافعات مدنية). وبعد هذا ننتقل الى الكلام عن تكييف دعوى الفسخ من حيث محلها ، اي هل انها دعوى منقولة ام دعوى عقارية . فان الفقهاء ايضا اختلفوا في ذلك ، فبعضهم يرون ان دعوى الفسخ هي دعوى منقولة في جميع الاحوال اي سواء اكان موضوعها منقولا ام عقارا ، وبعضهم الاخر يرون انها تعتبر دعوى عقارية اذا كان موضوعها عقارا ، وتعتبر دعوى منقولة اذا كان موضوعها منقولة (3) . ونحن نرى ان دعوى الفسخ هي دعوى منقولة في جميع الاحوال سواء اكان موضوعها عقارا ام منقولا وذلك لان الغرض الاساسي في

(1) حسن علي ذنون / نظرية الفسخ / المصدر السابق / ص371

(2) الدكتور عبدالرزاق السنهوري / المصدر السابق / ص712 هامش .

(3) حسن علي ذنون / نظرية الفسخ / المصدر السابق / ص373 .

دعوى الفسخ هو فسخ العقد وازالة الرابطة التعاقدية وان استرداد العقار ليس الا اثرا من اثار ثبوت حق الفسخ الذي لولاه لما كان الدائن محقا باسترداد العقار وبعبارة اخرى ان استرداد العقار يعتبر حقا تابعا لحق الفسخ . وتتجلى اهمية اعتبار دعوى الفسخ دعوى منقولة ام دعوى عقارية من الناحية العملية فمن حيث الصلاحية المكانية لاقامة الدعوى فان اعتبرت دعوى الفسخ دعوى منقولة فانه يجوز ان تقام في محكمة موطن المدعي عليه رغم تعلقها بعقار ، اما اذا اعتبرت دعوى عقارية فينبغي ان تقام في محكمة محل العقار في حالة تعلقها بعقار . وندرج الان نص المادتين 36 ، 37 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل وذلك لتعلقها بالموضوع . اذ نصت المادة 36 (تقام الدعوى في محكمة محل العقار اذا تعلقت بحق عيني واذا تعددت العقارات جاز اقامة الدعوى في محل احدها) . اما المادة 37 فقد نصت (1 . تقام دعوى الدين او المنقول في محكمة موطن المدعي عليه او مركز معاملاته او المحل الذي نشأ فيه الالتزام او محل التنفيذ او المحل الذي اختاره الطرفان لاقامة الدعوى .

2- اذا تعدد المدعي عليهم واتحد الادعاء او كان مترابطا تقام الدعوى في محل اقامة احدهم) . وكذلك تتجلى اهمية اعتبار دعوى الفسخ دعوى منقولة او عقارية من حيث قابلية الحكم الصادر بالفسخ لطرق الطعن القانونية . فان اعتبرت دعوى الفسخ دعوى منقولة وكانت قيمة العقد لا تتجاوز الف دينار فان الحكم الصادر في الدعوى لا يقبل الطعن بطريق الاستئناف رغم تعلقها بعقار تقدر قيمته باكثر من الف دينار . واما اذا اعتبرت دعوى عقارية فان قيمة الدعوى تتحدد بقيمة العقار ، فان كانت تتجاوز الف دينار فان الحكم الصادر فيها يقبل الطعن بطريق الاستئناف رغم ان قيمة العقد التي تتعلق بالعقار المذكور لم تتجاوز الف دينار ولتوضيح ذلك اكثر نذكر المثال الاتي - ففي عقد بيع عقار بثمن اجل ولعدم دفع المشتري الثمن البالغ الف دينار رغم مضي ميعاد الدفع فان البائع اقام دعوى فسخ العقد وذلك بعد مرور فترة على الميعاد وبعد ان ارتفعت خلالها اسعار العقارات بحيث بلغت قيمة العقار المذكور وقت اقامة الدعوى الف دينار فان اعتبرت دعوى الفسخ دعوى منقولة فان قيمتها تتحدد بالف دينار المبلغ المذكور في صلب عقد البيع . وبالتالي فان الحكم الصادر فيها لا يقبل الطعن بطريق الاستئناف ، واما اذا اعتبرت دعوى عقارية فقيمتها تتحدد بقيمة العقار وقت اقامة الدعوى وهي الف دينار ، فان الحكم الصادر فيها يقبل الطعن بطريق الاستئناف (م 185 مرافعات مدنية) وازافة الى ذلك فانه يترتب على اعتبار دعوى الفسخ دعوى منقولة ام عقارية ، اختلاف في رسوم الدعوى التي تبتو في من قبل المحكمة . ففي المثال السابق فان اعتبرت دعوى منقولة فيستوفي رسم الدعوى على ضوء قيمة العقد وهو الف دينار وان اعتبرت الدعوى عقارية فيستوفي رسم الدعوى على ضوء قيمة العقار وقت رفع الدعوى وهو الف دينار .

وبعد هذا ننتقل الى موضوع طبيعة عقد الفسخ ، هل هي دعوى اصلية ام هي دعوى احتياطية؟ فان الفقهاء اختلفوا في ذلك ايضا فبعضهم يقولون بانها دعوى احتياطية ، وان قسما اخر منهم وبضمنهم الدكتور حسن علي دنون يعتبرونها دعوى اصلية باعتبار ان المدعي له مطلق الخيار في ان يتقدم بطلب فسخ العقد او ان يتقدم على عكس ذلك بطلب تنفيذه (1) .

ونحن نرى ان دعوى الفسخ هي دعوى احتياطية وذلك لان الاصل ان الدائن له الحق بطلب التنفيذ فاما اذا اختار طلب الفسخ ، فمن المفروض انه اختار هذا الطريق بعد ان عجز عن قيام المدين بتنفيذ التزامه ، وازافة الى ذلك انه ليس محتما بان الدائن يستحصل على حكم بفسخ العقد وذلك لمل للقاضي من سلطة تقديرية واسعة الاستجابة لطلب الفسخ او رده او امهال المدين بقية تنفيذ التزامه ، كما وان المدين له الحق في اكثر الاحوال بان ينفذ التزامه لحين صدور حكم في الدعوى ويكون بذلك قد فوت على الدائن استحصاله على حكم بالفسخ ، وكذلك فان الدائن له الحق في العدول من طلب الفسخ الى طلب التنفيذ العيني . ومنتقل الان الى الخصومة في دعوى الفسخ حيث نتطرق اولا الى موضوع من هو المدعي بالفسخ وثانيا من هو المدعي عليه بالفسخ ؟

اولا من هو المدعي بالفسخ : القاعدة العامة ، ان الذي يستطيع رفع دعوى فسخ هو ذلك المتعاقد الدائن بالالتزام الذي اخل المتعاقد الثاني بتنفيذه او امتنع عنه ، او من يمثله قانونيا او اتفاقيا . ويقصد بالدائن بالالتزام هو المتعاقد الذي كان طرفا في العقد الملزم للجانبين والذي حصل الاخلال بتنفيذه . ففي عقد البيع اذا اخل البائع بالالتزامات الناشئة عن عقد البيع كان المشتري طلب فسخ العقد ، واذا اخل المشتري بالالتزامات كان للبائع هذا الحق ايضا ، ومثل هذا يقال في جميع العقود الملزمة للجانبين .

فمن المتفق عليه فقهاء وقضاء ان حق الفسخ حق مالي غير مرتبط بشخص الدائن لذا فانه يجوز لورثة الدائن ولخلفه الخاص استعمال هذا الحق ، وكذلك المحال له لان دعوى الفسخ تعتبر من ملحقات الحق المحال به وان الحق المحال به ينتقل الة المحال له بكافه صفاته وضمائنه ودفعه ، هذا ما قضت به المادتان 365 و 366 مدني . ويترتب على ذلك ان المحال عليه يصبح مدينا للمحال له مباشرة ويصبح للمحال له جميع حقوق الدائن السابق -المحيل - ومن ضمن تلك الحقوق حق اقامة دعوى فسخ العقد لعدم دفع الثمن اذا كانت الحوالة بالثمن مثلا (1) . فاذا احال البائع شخصا بالثمن الذي له على المشتري ثم اخل المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن فانه يجوز للمحال له ان يطلب فسخ عقد البيع وكذلك اذا حل الموفي محل البائع في الثمن حولا قانونيا او اتفاقيا فانه يجوز لهذا الموفي ان يطالب بفسخ عقد البيع لعدم دفع المشتري الثمن . وكذلك فان دائني الدائن بالالتزام يستطيعون ان يرفعوا باسم مدينهم دعوى فسخ العقد الذي ابرمه هذا المدين مع الغير لاخلال هذا الغير بالتزاماته الناشئة عن العقد وذلك عن طريق استعمال الدعوى الغير المباشرة ، وبالطبع في حالة توفر شروط تلك الدعوى ، وهذا ما قضت به المادتان 261 و 262 مدني .

وبعد ، فان هذا الموضوع قد يثير مسألة هل ان دعوى الفسخ تقبل الانقسام ام لا ، ان معظم الفقهاء اتفقوا على ان دعوى الفسخ لا تقبل الانقسام سواء اكانت التي رفعها هو المتعاقد الدائن بالالتزام او احد المتعاقدين الدائنين او ورثتهم او من انتقل اليهم الحق كالمحال لهم ، فاذا اراد المتعاقدون او المحال لهم او الورثة طلب الفسخ وجب عليهم ان يجمعوا على هذا الطلب فان لم يتفقوا عليه فلا يسمع طلب الفسخ من بعضهم دون البعض لان السماح بفسخ البيع في بعض المبيع يضر بالمصلحة الاقتصادية العامة ، كما يضر المشتري اذ يصبح مالكا على الشيوع مع من لم يطلبوا الفسخ من الباعة او الورثة وقد لايمكن بسبب ذلك من الانتفاع بالمبيع ، فضلا عن ان هذه النتيجة لم يكن يتوقعها ولم يدر بخلده وقت التعاقد واطرافه الى ذلك فان الورثة لايصح ان تكون لهم حقوق اكثر من حقوق مورثهم ، اذ ان مورثهم لم يكن يجوز له الفسخ الا في الكل (2) .

ونحن نؤيد عدم قابلية دعوى الفسخ للانقسام وذلك اذا ماكان الدائنون اكثر من واحد سواء اكانوا متعاقدين اصليين او الورثة او المحال لهم . وذلك لنفس الاسباب التي استند عليها الفقهاء في موقفهم حول عدم قابلية دعوى الفسخ للانقسام ، اما اذا كان الدائن واحدا فنرى بان دعوى الفسخ تقبل للانقسام طالما كان الشيء المعقود عليه قابل للانقسام وذلك لان تنفيذ جزء من العقد اولى من اهماله كليا ، كما وانه لا يترتب على ذلك اية مضار اقتصادية .

فمثلا في عقد بيع عدد من الثلاجات ظهر ان بعضها معيبة بشكل ثبت فيه حق المشتري بفسخ العقد بخيار العيب ، فان المشتري بامكانه اقامة دعوى بالفسخ الجزئي للعقد وذلك بقدر ما يتعلق بالثلاجات المعيبة . ويتم تنفيذ العقد بخصوص الثلاجات الصالحة .

هذا وان المشرع العراقي أقر بتجزئة الفسخ بشروط معينة وذلك في المادة 561 مدني .

وبعد هذا نود ان نضيف الى كل ما تقدم بان المشرع العراقي اجاز لاحد الورثة ان يكون خصما في الدعوى التي تقام للميت او عليه حيث نصت المادة الخامسة من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل بقولها (يصح ان يكون احد الورثة خصم في الدعوى التي تقام على الميت اوله ولكن الخصم في عين من اعيان التركة هو الوارث الحائز لتلك العين ويترتب على ذلك ان احد الورثة يستطيع اقامة دعوى الفسخ الكلي للعقد دون حاجة لاستحصال موافقة بقية الورثة ويسري حكم الفسخ في حق الورثة جميعا .

ثانيا من هو المدعي عليه بالفسخ : ان دعوى الدائن بفسخ العقد توجه اصلا ضد المتعاقد الثاني الذي اخل بتنفيذ التزاماته او امتنع عن تنفيذها . فترفع مثلا ضد المشتري الذي لم يقم باداء الثمن المستحق عليه ، وعلى البائع الذي لم يقم بتسليم العين المبيعة . وتوجه ثانية ضد الخلف العام لهذا المتعاقد الذي اخل بالتزاماته او امتنع عن تنفيذها لان الخلف العام يلتزم بجميع التزامات سلفه ضمن نطاق اموال التركة تطبيقا لقاعدة في المواريث التي تقضي بأن (لاتركة الا بعد سداد الدين) لان الورثة لا يملكون اعيان التركة الا بعد سداد حقوق الدائنين حيث تبقى التركة جميعها على ذمة المتوفي الى ان يستوفي الدائنون حقهم في التركة .

هذا وكما ذكرنا سابقا ان المادة (5) مرافعات اجازت اقامة الدعوى المتعلقة بالتركة على احد ورثة الميت واذا كانت الدعوى تتعلق بعين من اعيان التركة فينبغي اقامة الدعوى ضد الوارث الحائز لتلك العين .

(1) حسن علي دنون / نظرية الفسخ / المصدر السابق / ص 375 .

(2) المصدر اعلاه / ص 376 .

ويترتب على ذلك بانه يجوز اقامة دعوى الفسخ ضد احد ورثة المدين المتوفي ، واذا كانت الدعوى تتعلق بعين فان الوارث الحائز لتلك العين يكون الخصم في الدعوى . فمثلا ان الدائن بالالتزام كان قد باع فرسا الى شخص ما بثمن اجل واستلم الفؤس ولم يدفع الثمن في ميعاده وبعد وفاة المدين فان الدائن ان اراد اقامة دعوى الفسخ لعقد البيع فعليه ان يقيمها على الوارث الحائز للفرس ، وان الحكم بفسخ العقد واعادة الفرس الى الدائن ، الصادر بناء على اثبات المدعي للدعوى بالبينة المعتبرة يسري في حق جميع الورثة

المطلب الثاني طرق انقضاء حق الفسخ

ان حق الفسخ يزلزل العقد ويصيب قوته الملزمة بشيء من الوهن الذي يؤدي الى عدم الاستقرار ولهذا فان المصلحة العامة تقضي بان يستعمل من يملك الخيار حقه في فسخ العقد بالسرعة الممكنة ان اراد اختيار طريق الفسخ ، وعلى هذا الاعتبار قال علماء الفقه الاسلامي بان الاصل في الخيار الفورية بمعنى انه اذا ما وجد سبب من اسباب الفسخ وجب على المتعاقد الذي يملك هذا الحق ان يعلن عن ارادته في الفسخ بعد توفر سبب الفسخ مباشرة فاذا لم يفسخ عن ارادته سقط حقه المذكور (1).

ان حق الفسخ لم تحدد له طرق خاصة لانقضائه لذا فانه للقواعد العامة ينقضي لسببين اولهما مضي المدة وثانيهما التنازل عنه . لذا نتناول هاتين الحالتين ومن بعدها نتكلم عن بعض الحالات الخاصة لسقوط حق الفسخ.

اولا مضي المدة : ليست لحق الفسخ مدة خاصة يتقادم بها . وحيث ان الدعوى بالالتزام ايا كان سببها بعد مرور خمس عشرة سنة اذا تم تركها بدون عذر مشروع (م429 مدني) وبالطبع فان سقوط الادعاء بالالتزام الاصيلي يترتب عليه سقوط الادعاء بجميع ملحقاته وتأميناته ، وبما ان الفسخ هو وسيلة من وسائل ضمان تنفيذ الالتزام الاصيلي اي انه تابع للحق الاصيلي لذا فان حق الفسخ ينقضي بانقضاء الالتزام الاصيلي ، بمعنى ان حق الفسخ يسقط بمضي خمس عشرة سنة طبقا للقواعد العامة . هذا وان مدة الخمسة عشر عام تبتداء اعتبارا من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحقا للاداء وهذا ما قضى به المشرع العراقي في المادة 434 ف1 مدني بقوله (يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى في اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الاداء) وان التقادم المسقط مقرر لمصلحة المدين دون غيره فهو لايتعلق بالنظام العام لذا يجب على المدين ان يثير الدفع بالتقادم المسقط والا فانه لن يستفيد منه ، ويترتب على ذلك ان المحكمة لايجب لها ان تقضي بالتقادم ورفض دعوى الفسخ من تلقاء نفسها بل لا بد ان يتقدم المدين او من يقوم مقامها بهذا الدفع .

ثانيا التنازل عن حق الفسخ : يترتب على اخلال المدين بتنفيذ التزامه الناشيء عن العقد الملزم للجانبين او امتناعه عن تنفيذ ، ثبوت حق الدائن في فسخ العقد بمعنى ان المشرع قرر حق الفسخ لمصلحة الدائن بالالتزام ، وان المتعاقد الدائن له كامل الحرية في التنازل عن هذا الحق والاقتصر على مطالبة المدين بالتنفيذ العيني ، وان هذا الحق مقرر في حالتي الفسخ القضائي والاتفاقي فقط لذا فان الدائن له استعمال حقه في التنازل عن طلب الفسخ في هاتين الحالتين ولايتمتع بهذا الحق في حالة الفسخ بحكم القانون . اذ ان الفسخ في هذه الحالة هو واجب مفروض على كلا الطرفين المتعاقدين وليس حقا لهما (1). والتنازل عن حق الفسخ يكون اما الصراحة او دلالة .

فاذا ما اقر احد المتعاقدين في صلب العقد بانه متنازل عن حقه في المطالبة بفسخ العقد عند اخلال المتعاقد الثاني بتنفيذ او انه اقر بهذا التنازل بعد ابرام العقد ، فانه يترتب على ذلك بان هذا المتعاقد ليست له الا مطالبة خصمه بالتنفيذ العيني ولا يحق له طلب فسخ العقد .

اما التنازل الضمني فانه يتحقق اذا ما استنتج من اعمال تدل دلالة قاطعة على نية التنازل ، والا فانه لايعتبر موجودا . فطلب الدائن من المدين تنفيذ التزامه وذلك بتوجيهه الاعذار له لايعني ان الدائن متنازل عن حقه في

(1) حسن علي ذنون / نظرية الفسخ / المصدر السابق / ص394 .

(2) حسن علي ذنون / نظرية الفسخ / المصدر السابق / ص396 .

طلب فسخ العقد وانه اقتصر حقه في طلب التنفيذ وذلك لان الاعذار يعتبر واجب قانوني ينبغي على الدائن القيام به الاستعمال حقه في طلب الفسخ طالما لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه . ويتحقق التنازل الضمني عن حق الفسخ في حالة اذا ما حجز البائع على العقار وطلبه ببيعه بالطرق القضائية ، وكذلك الحال اذا ما قام المشتري بخياطة القماش التي اشتراها من البائع . وكذلك اذا ما قام المشتري بطحن الحنطة التي اشتراها من البائع . هذا وان ما تقدم ذكره كان يتعلق بطرق الانقضاء العام للفسخ ، والا نذكر بعض الحالات الخاصة لسقوط حق الفسخ وذلك على سبيل المثال لا الحصر ، منها :

1- حالة تجديد الالتزام : اذ ينقضي حق الفسخ بتجديد الالتزام . وتجديد الالتزام يتحقق اذا ما اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الاصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله او في مصدره (م 401 مدني) واذا ما استوفى الالتزام الجديد شروطه اي اذا ما تحقق الالتزام الجديد فان الالتزام فان الالتزام الاصلي يسقط وتبعا لذلك يسقط جميع ملحقاته وتأميناته زمنها حق الفسخ وذلك بالنظر لحلول الالتزام الجديد محلها (م403 مدني) اما اذا لم يستوفى الالتزام الجديد شروطه كاملة فان الالتزام للاصلي يبقى محتفظا بقوته الملزمة ويترتب على ذلك احتفاظه بجميع ملحقاته وتأميناته ومنها حق الفسخ .

2- حالة الدائن بالالتزام الذي يقوم ببيع العين محل الالتزام للغير : فان هذا العمل من الدائن يسقط حقه في فسخ العقد الاصلي وذلك لانه يتعذر عليه اعادة الحال الى ماكان عليه قبل التعاقد ، لان القاعدة التي تقضي بان من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ، تحول دون ذلك ، هذا واننا نرى بان حق الفسخ في هذه الحالة يسقط ايضا باعتبار ان الدائن تنازل ضمنا عن ذلك ، اذ ان الدائن بالالتزام عندما قام ببيع العين الى الغير فانه كان على علم بانه في حالة اخلال المدين بالتزامه فانه لايمكن من طلب الفسخ العقد لعدم استطاعته اعادة الحال الى ماكان عليه قبل التعاقد نظرا لتصرفه بالعين للغير بالبيع اذ يخصر عليه التعرض للمشتري ، وانه عند اقدمه على بيع العين في هذه الحالة يكون قد ضحى بحقه في فسخ وبعبارة اخرى يكون قد تنازل عن فسخ العقد الاصلي تنازلا ضمنيا .

1. مضي مدة خيار العيب : يسقط حق المشتري في طلب فسخ العقد بخيار العيب وذلك اذا ما انقضت مدة ستة اشهر على تاريخ استلامه الفعلي للمبيع دون ان يطلب الفسخ الا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب بغش منه (م570 مدني) اذ انه في هذه الحالة يحتفظ المشتري بحق طلب الفسخ لمدة خمسة عشر عاما من يوم اكتشاف العيب .

المطلب الثالث

تطبيقات قضائية لأحكام فسخ عقد المقاولة

في نهاية بحثنا خصصنا هذا المطلب لبيان عدد من المبادئ القضائية لمحكمة تمييز العراق و محكمة تمييز إقليم كردستان تتعلق بما استقرت عليها فيما يتعلق بدعاوي فسخ عقود المقاولات المعروضة أمام القضاء .

1-المبدأ / (في عقد المقاولة الثانوية ان العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول من الباطن تحكمها العقد المبرم بينهما فأذا لم ينفذ المقاول من الباطن التزاماته تحكم المحكمة بفسخ العقد)

رقم القرار:- /99/ الهيئة المدنية /2007/

التاريخ :- /17/ 9/ 2007/

الأصدار :- محكمة تمييز إقليم كردستان

تشكلت الهيئة المدنية الاستئنافية لمحكمة تمييز إقليم كردستان العراق بتاريخ 2007/ 9 /17 م برئاسة الحاكم السيد سالار أحمد عبدالعزيز و عضوية الحكام السادة هوشيار محمد طاهر الأتروشي و صبحي علي هزراني و د.محمد السلفهاني و محسن ابوبكر أحمد المأدوني بالقضاء بأسم الشعب وأصدرت القرار الآتي :-
المميز – المستأنف – المدعي / عدنان ياسين تقي الدين المدير المفوض لشركة طة لآلة اضافة لوظيفته وكيلاه المحاميان محمود أحمد محمد و وريا حمه كريم .

المميز عليه – المستأنف عليه – المدعى عليه / سعدي محمد حسين المدير المفوض لشركة ريك اضافة لوظيفته وكيلاه المحاميان جوهر كاكه جلي زادة و ياسين قادر عزيز .

ادعى المدعى اضافة لوظيفته لدى محكمة بداءة أربيل بأنه سبق وأن تم ابرام عقد بين شركتهم والمدعى عليه (شركة ريك) لتنفيذ أعمال نصب ثلاثة محطات كهرباء وهي محطات كهرباء تارك أربيل و خليفان و ميرطة سور إلا أن المدعى عليه غير مستعد لتنفيذ التزاماته بموجب مضمون العقد المذكور وبرغم إخطاره بواسطة دائرة كاتب عدل أربيل بالعدد 979 في 2005/8/12 لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بفسخ العقد بينهما واحتفظ بحق إقامة دعوى التعويض عن الاضرار التي تلحق بهم مع تحميله المصاريف وبنتيجه المرافعة البدائية قررت محكمة بداءة أربيل بقرارها المرقم 1207/ب/2005 حكماً حضورياً قابلاً للاستئناف والتمييز الموحدة مع 1279/ب/2005 في 2007/1/23 يقضي بفسخ العقد المبرم بين الطرفين والمؤرخ في 2002/10/14 والزام المدعى (شركة طلاله) للمقاولات العامة المحدودة مديرها المفوض عدنان ياسين تقي الدين اضافة لوظيفته بتأديتها الى المدعى عليه شركة (ريك) للمقاولات مديرها المفوض سعدي محمد حسين مبلغ (368389000) ثلاثمائة وثمانية وستين مليون وثلاثمائة وتسعة وثمانين الف دينار مع تحميله المصاريف وأتعاب المحاماة لوكيلا المدعى عليه المحاميان جوهر كاكة جفلي زادة و ياسين قادر عزيز مبلغ (750000) سبعمائة وخمسين الف دينار ولعدم قناعة المستأنف بالقرار المذكور أعلاه بادر الى استئنافه بواسطة وكيله طالباً فسخ الحكم البدائي وتحميل المستأنف عليه المصاريف وأتعاب المحاماة فأصدرت محكمة استئناف منطقة أربيل بعدد 24/س/2007 وبتاريخ 2007/6/25 حكماً حضورياً قابلاً للتمييز بتأييد الحكم البدائي في الدعوى المرقمة 1207/ب/2005 الموحدة مع الدعوى المرقمة 1279/ب/2005 والمؤرخ في 2007/1/23 القاضي بفسخ العقد المبرم بين الطرفين المؤرخ 2002/10/14 والزام المستأنف شركة طلاله للمقاولات العامة تأديتها الى المدعى عليه شركة ريك للمقاولات والنقل مبلغاً قدره ثلاثمائة وثمانية وستون مليون وثلاثمائة وتسعة وثمانون الف دينار كتعويض له وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة لوكيلا المستأنف عليه المحاميان جوهر كاكة و ياسين قادر ولعدم قناعة وكيل المستأنف بالحكم المذكور طلبا تدقيقه تمييزاً ونقضه للأسباب التي أورداها في عريضتهما التمييزية المدفوع عنها الرسم التمييزي بتاريخ 2007/7/18 وملحقها المؤرخ 2007/7/18.

القرار :- لدى التدقيق والمداولة وجد ان التمييز مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر الى الحكم المميز ظهر انه غير صحيح ومخالف للقانون لأن الثابت من وقائع الدعوى ان المميز عليه (شركة ريك) هو مقاول ثانوي من الباطن حسب الاتفاق المؤرخ 2002/10/14 المبرم بينه وبين المميز (شركة لفةلاله) لذا فهو ملزم بتنفيذ الاتفاق المذكور وفقاً لشروطه ولا علاقة له بالاتفاق المبرم بين المميز (شركة لفةلاله) وبين رب العمل وما يطرد عليه من تغييرات بشأن مبلغ المقاوله وصاحبه المقاوله طالما لم يحدث اضافة فيما يجب ان ينفذه المقاول الثانوي (شركة ريك) وحيث ثبت امتناع المميز عليه (شركة ريك) (المقاول الثانوي) عن تنفيذ التزامه كان على محكمة الاستئناف الحكم بفسخ الحكم البدائي وفسخ الاتفاق المؤرخ في 2002/10/14 وفقاً لأحكام المادة 1/884 من القانون المدني على ضوء ما ورد في دعوى المميز (شركة لفةلاله) لأن المميز غير ملزم بتعديل شروط المقاوله المتفق عليها مع المميز عليه لذا قرر نقض الحكم الاستئنافي المميز واعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم على ان يبقى الرسم التمييزي تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاكثرية في 2007/9/17 (1). 2- المبدأ (ان إكمال العمل من قبل صاحب العمل بعد سحبه من المقاول لا يعتبر عقد المقاوله قد أنجز من قبل المقاول بل ان المقاول يعتبر قد أنجز العمل إلى المرحلة التي تم سحبه منه وبالتالي فانه في حالة إخلاله بالتزامه يصبح طلب فسخ عقد المقاوله المبرم معه ما يبرره قانونا و لا ينطبق على هذه الحالة أحكام المادة 869 مدني (1).

2- المبدأ (ان إكمال العمل من قبل صاحب العمل بعد سحبه من المقاول لا يعتبر عقد المقاوله قد أنجز من قبل المقاول و يحق لرب العمل طلب فسخ العقد اذا اثبت أخلال المقاول بالتزاماته)

رقم الحكم :- 284 / موسعة/2010

تاريخ الصدور :- 2010/8/24

الأصدار :- محكمة التمييز الاتحادية

القرار / لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد إن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى النظر في الحكم الاستئنافية المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان إصرار محكمة الاستئناف على حكمها المنقوض لا يستند إلى مسوغ قانوني صحيح لان إكمال العمل من قبل صاحب العمل بعد سحبه من المقاول لا يعتبر عقد المقاولة قد أنجز من قبل المقاول بل ان المقاول يعتبر قد أنجز العمل إلى المرحلة التي تم سحبه منه وبالتالي فانه في حالة إخلاله بالتزامه يصبح طلب فسخ عقد المقاولة المبرم معه لا يغير من ذلك قيام صاحب العمل بسحب العمل طالما ان ذلك الإجراء لا يعتبر فسخاً للعقد بل هو وسيلة لضمان تنفيذه وان الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية التي تعتبر جزءاً متمماً لعقد المقاولة قد بينت بالمادة 65 منها على ان قيام صاحب العمل بسحبه العمل ووضع اليد على الموقع لا يعتبر فسخاً للعقد وان استناد المحكمة في حكمها المميز إلى أحكام المادة 1/869 من القانون المدني في غير محله لان المادة المذكورة تنطبق في حالة تنفيذ المعيب وليس في حالة التلكؤ بالتنفيذ ، وكان المتعين على المحكمة إتباع القرار التمييزي الصادر بالعدد 502/استئنافية منقول/2009 في 2009/5/31 وحيث ان المحكمة أصدرت حكمها المميز خلاف ما تقدم مما اخل بصحته لذا قرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 13/رمضان 1431 هـ الموافق 2010/8/24 م (1).

2- المبدأ / (المقاول يضمن ما حدث في خلال خمس سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده وتبدأ مدة السنين الخمس من وقت تمام العمل وتسليمه ووجوب رفع الدعوى في خلال سنة من وقت الهدم)

رقم القرار: 77- / استئنافية / 1969

التاريخ القرار :- 8 / 11 / 1969

الأصدار / محكمة تمييز العراق

اقام (المدعي – المميز) الدعوى المرقمة 873 / ب / 66 لدى محكمة بداءة الكرخ ادعى فيها بان محكمة بداءة بغداد كانت قد اذنت له بصرف مبلغ (6733 / 450) ديناراً لغرض اجراء التصليحات اللازمة في شبكة مجاري مياه الامطار في مشروع اسكان غربي بغداد المبينة بتقرير الخبراء المرفوع الى تلك المحكمة في اضبارة الكشف المستعجل المرقمة 30 / م / 65 وطلب بناء عليه جلب المدعى عليهما والزامهما عن مرافعة بالمبلغ المذكور وتحميلهما المصاريف مع احتفاظه بحق الرجوع عليه عليهما بكافة ما ينفقه على المشروع لتصليح وترميم العيوب الخفية والتخريبات التي قد تظهر في المستقبل. وجرت المرافعة البدائية ، فقدم وكيل المدعى عليهما لائحة بين فيها بان شركة احمر وتاجريان هي تحت التصفية الاختيارية وطلب تصحيح الخصومة على هذا الاساس ودفع وكيل المدعى عليهما بالتقادم وذلك لان المدعي تسلم العمل في يوم 23 – 1 – 60 ورفع بتاريخ 18 – 2 – 965 طلباً الى محكمة بداءة بغداد في الاضبارة المرقمة 30 / مستعجل / 65 مدعياً بحصول تخريبات وطالبا اجراء الكشف المستعجل على مجاري مياه الامطار الخاصة بالعمل موضوع التعاقد لتثبيت تلك الاضرار المدعى بوقوعها فيها وتقدير كلفة اصلاحها واعطائه الاذن بالصرف لاصلاح الضرر فأذنت المحكمة المشار اليها بتاريخ 19 – 6 – 967 بعد اجرائها الكشف بصرف مبلغ (6500) ديناراً ثم اقام المدعي دعواه البدائية بتاريخ 23 – 8 – 968 لمطالبة المدعى عليهما بالمبلغ المذكور فيظهر من ذلك ان التهدم وقع بعد فوات الخمس سنوات اولاً وان الدعوى اقيمت بعد فوات السنة على علم المدعي بالتهدم ثانياً . مما ينبغي معه رد الدعوى من هذه الناحية استناداً لاحكام المادة 870 مدني.

فقضت محكمة البداءة في 28 – 4 – 68 برد دعوى المدعي بسبب التقادم وتحمله المصاريف واتعاب محاماة وكيل المدعى عليهما وذلك لان المادة 870 مدني نصت على وجوب اقامة الدعوى في خلال سنة واحدة من وقت علم المدعي بالتهدم في حين ان المدعي اقام دعواه بعد انقضاء المدة المذكورة.

فاستأنف وكيل المدعي الحكم البدائي المذكور لدى محكمة استئناف بغداد بالاضطراب س / 206 / 968 طالبا
فسخه فضت المحكمة في 11 - 12 - 68 بتأييده ورد الاعتراضات الاستئنافية وتحميل المستأنف اضافة
لوظيفته مصاريف المحاكمة الاستئنافية و(مائة) دينار اتعاب محاماة وكيل المستأنف عليهما عن المرافعة
الاستئنافية و أقامت قضاءها على ان الثابت من وقائع الدعوى ان (المستأنف) رب العمل علم بالتهدم
والتخريبات التي حدثت في شبكة مجاري مياه الامطار في مشروع اسكان بغداد موضوع الدعوى بتاريخ 18
- 2 - 965 وهو اليوم الذي قدم فيه عريضته الى محكمة بداءة بغداد في اضطراب الكشف المستعدل المرقمة
30 / م / 65 يطلب تقدير كلفتها والاذن له بالصرف على اصلاحها فكان ينبغي عليه تطبيقا للمادة (870)
مدني ان يقيم دعواه بها قبل انقضاء المدة القانونية وهي سنة واحدة من تاريخ علمه بها فأقامته دعواه بتاريخ 9
/ 10 / 969 كان بعد فواتها ولا يغير من ذلك طلب المستأنف من محكمة البداءة في حينه اجراء الكشف
المستعجل لتقدير كلفة تلك الاضرار لان هذا الطلب لا يوقف سريان المدة المذكورة (ص 130 من الوسيط
الجزء السابع للدكتور السنهوري) وانما الذي يوقفها هو اقامة الدعوى بها (المطالبة القضائية) طبقا المادة
437 مدني يضاف الى هذا ان تلك الاضرار التي طالب المستأنف بكلفة اصلاحها في عريضة طلب الكشف
المستعجل المؤرخة 18 2 - 65 حصلت بعد انقضاء مدة الخمس سنوات المنصوص عليها في المادة 870
مدني لانه كان قد تسلم العمل وفقا لما تصادق عليه الطرفان وتأييد بالبيانات التحريرية بتاريخ 10 - 23
960 اما ما دفع به وكيل المستأنف حول استمرار مسؤولية المقاولين (المستأنف عليهما) عن العمل الى ما لا
نهاية له ورغم مرور تلك المدة القانونية بحجة ان مسؤولية المقاول تظل قائمة عن العيوب الخفية رغم انقضاء
المدة القانونية بحجة ان مسؤولية المقاول تظل قائمة عن العيوب الخفية رغم انقضاء المدة المذكورة
وطبقا المادة 875 / 2 مدني فمردود قانونا نظرا لان المادة 870 مدني حددت المدة القصوى التي يسأل
خلالها المقاول عن تهميات البناء وعيوبه الخفية وترتفع مسؤولية المقاول عن العمل بانقضائها لان العيوب
الظاهرة انما ترتفع مسؤولية المقاول عنها بمجرد تسلم العمل من قبل رب العمل طبقا للمادة 875 / 1 مدني
وبهذا استقر قضاء محكمة التمييز بمقتضى قرارها المرقم 717 / حقوقية / 66 والميرخ - 11 - 15
1966 ميمز وكيل المستأنف (المدعي) اضافة لوظيفته الحكم الاستئنافية المذكور في مدته القانونية طالبا
نقضه وخلاصة ما جاء بطعونه فيه.

1- اعتراف وكيل المميز عليه الاول باحدى لوائحه الاستئنافية بان المميز قد اقام الدعوى ضمن المدة القانونية
كاف لقطع مرور الزمان المحدودة في المادة 870 مدني .
2- ان التهميات والتخريبات المقامة بسببها الدعوى هي من العيوب الخفية التي تطبق بشأنها احكام المادة 875
2 / مدني لذلك فان استلام العمل لا يفي المميز عليه من مسؤولياته عن تلك العيوب ولا حق لمحكمة الاستئناف
ان تأخذ بالرأي الفقهي في قرارها . كما ان المادة 437 مدني التي استندت اليها لا تنطبق على موضوع
الدعوى وان تفسيرها للمادة 870 مدني كان خلافا لما جاء فيها.
القرار - لدى التدقيق والمداولة تبين ان المميز اضافة لوظيفته قد اقام الدعوى على المميز عليهما يطالبيهما
بمبلغ (6733 / 450) ديناراً عن كلفة تصليحات قد اجراها في شبكة مجاري مياه الامطار لمشروع اسكان
غربي بغداد بناء على الاذن الصادر اليه من المحكمة نتيجة الكشف المستعجل الذي اجرته المحكمة أصدر
الحكم البدائي ببرد الدعوى وتأييد استئنافا .
وجد ان الحكم المميز قد استند الى اسباب قانونية صحيحة وما طعن به وكيل المميز غير وارد وذلك لان المادة
(870 مدني) قد نصت على ان المقاول يضمن ما حدث في خلال خمس سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما
شيده وتبدأ مدة السنين الخمس من وقت تمام العمل وتسليمه ووجوب رفع الدعوى في خلال سنة من وقت الهدم
 . ووجد ان المميز قد رفع الدعوى بتاريخ 9 - 10 - 966 في حين انه كان عالما بالهدم من تاريخ عريضة
الكشف المستعجل التي قدمها الى المحكمة بتاريخ 1965 - 2 - 18 لذلك يكون رفع الدعوى قد وقع بعد
انقضاء المدة

المنصوص عليها في المادة المذكورة . فلهذا السبب والاسباب الاخرى المبينة في الحكم المميز قرر تصديقه
ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 8 - 11 - 1969 (1) .

3- المبدأ / (ان عدم طلب رب العمل فسخ عقد المقاولة لا يمنعه من المطالبة بالتعويض المتمثل بالغرامات التأخيرية اذا ثبتت للمحكمة تأخر المقاول عن انجاز العمل خلال المدة المتفق عليها في العقد و أن لا يكون التأخير بخطأ من رب العمل)

رقم القرار:- 410 / الهيئة المدنية الاستئنافية/2007

تأريخ صدور :- 2007/5/8

الأصدار :- محكمة تمييز إقليم كوردستان

القرار :- لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً . ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين انه غير صحيح ومخالف لاحكام القانون ذلك لان الحكم الاستئنافي المميز المؤيد للحكم البدائي المستأنف انتهى الى رد الدعوى بحجة عدم طلب المميز فسخ عقد المقاولة موضوع الدعوى وان اتجاه المحكمة هذا الاتجاه لم يكن في محله طالما ان مضمون عريضة الدعوى هو المطالبة بتعويض (غرامات تأخيرية) عن اخلال بعقد مقاولة انتهت مدة انجازه وفقاً للاتفاق المؤرخ 19/6/2006 الذي حدد مدة لانتهاه العمل بشهرين واستحصل المميز على الاذن من محكمة بداءة اربيل لاكمال الاعمال المتبقية (غير المنجزة) على نفقة المميز عليه بالاضابة المرقمة 18/كشف/2007 في 18/7/2007 ومع هذه الحالة كان على المحكمة الدخول في أساس الدعوى والاستيضاح من وكيل المميز عليه عن التباين الموجود في تاريخ الوارد في عريضة طلب الاذن الخاص يتوقف المميز عن العمل بـ (15/3/2007) وتاريخ طلب التعويض من قبل المميز عليه في عريضة الدعوى الوارد بـ (20/9/2006) وتكليفه ببيان المدة المستغرقة في انجاز العمل بعد توقف المميز عنه وعرض الامر على خبير مختص عند عدم الاتفاق عليها وذلك لتقدير التعويض على اساسها عند ثبوت الخطأ العقدي من جانب المقاول (المميز) وكذلك التحقق عن دفعات وكيل المميز عليه في الجلستين المؤرختين 12/3/2007 و 27/4/2007 في الدعوى الاستئنافية و جلب اضبارة الدعوى البدائية المرقمة 287/ب/2007 للتحقيق من الدفع الذي اورده والمتضمن ارتكاب الخطأ العقدي وما ادعاه بتمديد الفترة التي حددت لانهاه العمل لاحقاً . وحيث ان محكمة الاستئناف قد اصدرت الحكم المميز دون الالتفات الى ما تقدم بيانه مما أخل بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق المنوال المشروح اعلاه واصدار الحكم القانوني فيها على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 2008/6/2 (1) .

4- المبدأ / (اذا أكمل المقاول العمل بعد انتهاء المدة المحددة للعقد فلا يجوز بعد ذلك أن يطلب رب العمل فسخ العقد)

رقم القرار:- 519 / استئناف منقول 2007

التأريخ :- 2007/10/31

الأصدار:- محكمة التمييز الاتحادية

تشكلت الهيئة المدنية منقول في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ 19/شوال/1428 هـ الموافق 2007/10/31 برئاسة القاضي الاقدم السيد علي الخطيب وعضوية السادة القضاة حسن العكيلي وناجي حبش الشاوي وكامل شهاب واسماعيل خليل المادونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت قرارها الاتي / المميز / مدير عام شركة توزيع المنتجات النفطية اضافة لوظيفته / وكيله الموظف الحقوقي فندي علي سلطان المميز عليه / عبد الغني جهاد احمد / ورثة المتوفي غانم محمود صالح ادعى وكيل المدعي / اضافة لوظيفته لدى محكمة بداءة الموصل بانه كان قد تعاقد مع المدعى عليهم على انشاء محطة تعبئة الشاهين على القطعة المرقمة 267 م 35 رشيدية مع المدعى عليه الاول بتاريخ 17/10/990 وبتاريخ 991/9/28 تم ادخال مورث المدعى عليه الثاني شريكا مع المدعى عليه الاول في العقد بموجب عقد ادخال شريك وعلى ضوء العقد المذكور فقد تم تجهيز المدعى عليهم بمواد ميكانيكية

1) القاضي كيلاني سيد أحمد ، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان/ أربيل 2012 ص40.

وكهربائيات وخزانات خاصة بالغاز عدد/8 وقد تم تبليغهما بالمباشرة بانشاء المحطة خلال ثلاثة اشهر ورغم الانذارات والتبليغ الموجهة لهم لاكمال تشييد المحطة الا ان المدعى عليه لهم لاكمال تشييد المحطة الا ان المدعى عليه الاول ومورث المدعى عليه الثاني لم يمتثل لذلك مما حد بدائرة المدعى الى الغاء الموافقات الممنوحة لها وتم تبليغهما باعادة كافة المواد المسلمة لهما في مدة اقصاها شهر واحد الا ان المدعى عليه الاول ومورث المدعى عليه الثاني طلبا تجديد الموافقات الا انه لم تحل موقفه المراجع على ذلك لذا طلب دعوتهم للمرافعة واصدار القرار بفسخ العقد المبرم بين الطرفين والزامهم باعادة المواد وفي حالة استحالة تعويض دائرة المدعى باقيامها والتي يقدرها بمبلغ (31573992) دينار مع تحميلهم الرسوم والمصاريف والاعتاب . اصدرت محكمة الموضوع بتاريخ 15/8/2005 وبعدد 2005/ب/896 حكما حضوريا يقضي ببرد دعوى المدعي/اضافة لوظيفته وتحميله المصاريف واتباع محاماة وكيل المدعى عليهم طعن وكيل المدعي اضافة لوظيفته بالحكم تمييزا طالبي نقضه لاسباب الواردة بلائحتهما المؤرخة 13/9/2005 نقض الحكم تمييزا بتاريخ 2005/12/5 وبعدد 1038 / مدنية منقول / 2006 / اصدرت محكمة الموضوع بتاريخ 2006/7/2 حكما حضوريا يقضي ببرد دعوى المدعي وتحميله المصاريف القانونية واتباع محاماة وكيل المدعى عليهم ولعدم قناعة المدعي / اضافة لوظيفته بالقرار المذكور فقد ميزه وكيله طالبي نقضه بلائحتهما المؤرخة 2006/7/25م اصدرت محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 633 / مدنية منقول / 2006 / وتاريخ 2006/10/31 نقض الحكم المميز واتباعا للقرار التمييزي اصدرت محكمة بداءة الموصل بالعدد 2005/ب/896 وتاريخ 27/5/2007 حكما حضوريا يقضي ببرد دعوى المدعي اضافة لوظيفته وتحميله المصاريف القانونية واتباع المحاماة ولعدم قناعة وكيل المميز بالقرار المذكور فقد ميزه بلائحته المؤرخة في 27/6/2007 طالبا نقضه.

القرار

لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد انه صحيح وموافق للقانون حيث جاء اتباعا للقرارات الصادرة في هذه المحكمة والتي اقرها القرار المرقم 632 / مدنية منقول / 2006 / في 2006/10/21 حيث تبين للمحكمة بعد ربط عقد انشاء المحطة بان العقد لم يتضمن حق فسخ العقد من قبل المدعي اذا لم يكتمل المدعي عليها انشاء المحطة في مدة محدودة كما تبين من الكشف الذي اجرته المحكمة ان المدعى عليهما قد اوفيا بتعهداتهما وقاما باكمال انشاء المحطة وكونها جاهزة للعمل حسب تقرير الخبراء الذين اجرؤا الكشف على المحكمة المذكورة بموجب تقريرهم المؤرخ في 20 / 6/2006 عليه يكون الحكم المميز جاء موافقا للقانون قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 19/شوال/ 1428 هـ الموافق 2007/10/31م(1) .

5- المبدأ / (أن مسؤولية المقاول ترفع بأستلام رب العمل الدار عما يكون فيها من عيوب ظاهره لعدم قيام رب العمل بأخبار المقاول بالعيوب بمجرد كشفها عملاً بأحكام المادة 875 من القانون المدني) رقم القرار:- 98 / الهيئة المدنية / 2006 التاريخ :- 2006/6/2 الأصدار :- محكمة تمييز إقليم كردستان

تشكلت الهيئة المدنية لمحكمة تمييز إقليم كردستان العراق بتاريخ 27/6 /2006 برئاسة الحاكم السيد أمير جرجيس محمد وعضوية الحاكمين السيدين كمال طاهر محمد و هوشيار محمد طاهر الاتروشي المأذونين بالقضاء بأسم الشعب وأصدرت القرار الآتي :-
المميزة / المدعية / طولزار جهاد عبد الرزاق – وكيلها المحاميان سامان خورشيد رشيد و وريا حمه كريم المميز عليه / المدعى عليه / المدير المفوض لشركة أوراسيا اضافة لوظيفته وكيله المحامي كاوه حيد كورقضي .

إدعى وكيل المدعية لدى محكمة بداءة أربيل بأنه وبموجب العقد الموقع بين موكلته والمدعى عليه والمتضمن تعميم وإضافة إبنية للدار المرقمة 607/150 م 45 وارش الا أن المدعى عليه لم ينفذ مضمون العقد المذكور بالرغم من اخطاره بواسطة كاتب عدل أربيل بالعدد 9 في 13/2/2006 والاذنار الجوابي للمدعى عليه بعدد 24 في 19/2/2006 الا أنه خرق مضمون العقد مما أدى الى الحاق أضرار فادحة بموكلته لذا طلب دعوته للمرافعة والحكم بفسخ لعقد والأحتفاظ بها بالمطالبة بالتعويض وبنتيجة المرافعة الحضورية أصدرت المحكمة المذكورة بتاريخ 28/5/2006 بعدد 320/ب/2006 حكماً حضورياً قابلاً للتمييز يقضي ببرد دعوى المدعية وتحميلها المصاريف وأتعاب المحاماة لوكيل المدعى عليه المحامي كاوه حيدر رشيد مبلغ 30000 ثلاثون ألف دينار ولعدم قناعة وكيلا المدعية بالحكم المذكور طعنا فيه تمييزاً طالبين نقضه للأسباب الواردة في عريضتهما التمييزية المدفع عنها الرسم بتاريخ 21/6/2006

القرار :- لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم خلال المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون للأسباب الواردة بالقرار ذلك أن مسؤولية المدعى عليه (المقاول) ترفع بأستلام المدعية الدار عما يكون فيها من عيوب ظاهره عملاً بأحكام المادة (875) من القانون المدني وحيث أن محكمة الموضوع عالجت موضوع الدعوى وقف النهج المرسوم أعلاه عليه قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون والأعتراضات التمييزية وأعادة الدعوى الى محكمتها مع تحميل المميزه رسم التمييز وصدر القرار بلأتفاق في 2006/6/27 (1).

6- المبدأ / (ان قيام المميز- رب العمل- اضافة لوظيفته بفسخ عقد المقاولة المبرم مع المميز عليه – المقاول - اضافة لوظيفته من جانب واحد فيكون من حق الأخير طلب اعادة مبالغ التأمينات المدفوعة عملاً بحكم المادة 885 من القانون المدني)

رقم القرار:- 857 / الهيئة المدنية الاستئنافية/2012
التاريخ :- 2012/5/28
الأصدار :- محكمة التمييز الاتحادية

تشكلت الهيئة الاستئنافية منقول في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ 6/رب/1433 هـ الموافق 2012/5/28م برئاسة نائب الرئيس السيد ضامن خشالة وعضوية القضاة السادة جاسم داود ومثنى احمد وحجاب إبراهيم وحسن محمود المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت القرار الآتي:-

المميز/مدير عام المديرية العامة لنقل الطاقة الكهربائية/اضافة لوظيفته/وكيله الموظف الحقوقي(ك. ي. ح) المميز عليه/ شركة بزوع القمر للمقاولات العامة محدودة المسؤولية ومديرها المفوض (ك.ن) ادعى وكيل المدعي/ المميز عليه لدى محكمة بداءة بغداد الجديدة بان موكله سبق وان تعاقد مع دائرة المدعى عليه باربعة عقود لغرض اصلاح خطوط ابراج نقل الطاقة الكهربائية 0لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بالزامه بتسديد لموكله ما بذمته من امانات 0أصدرت محكمة الموضوع بعدد 2150/ب/2011 في 2011/12/29 حكماً حضورياً يقضي بالزام المدعى عليه/ المديرية العامة لنقل الطاقة الكهربائية في المنطقة الوسطى/اضافة لوظيفته بتأديته للمدعي(ك.ن.ح) مبلغاً قدره مائة وخمسة وثلاثون مليون وتسعمائة الف دينار وتحمله المصاريف القضائية 0استأنف وكيل المدعى عليه الحكم المذكور طالباً فسخه بلائحته المؤرخة 2012/1/8 اصدرت محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بعدد 224/س/2012 في 25/1/2012 حكماً حضورياً يقضي بفسخ الحكم البدائي الصادر عن محكمة بداءة بغداد الجديدة بتاريخ 2011/12/29 وبالعدد 2150/ب/2011 جزئياً والزام المستأنف/ اضافة لوظيفته بتأديته للمستأنف عليه /المدعي/ اضافة لوظيفته مبلغ مقداره ثلاثة وثلاثون مليون وتسعمائة الف دينار وذلك عن التأمينات موضوع الدعوى ورد دعوى المدعي المستأنف عليه /اضافة لوظيفته بالزيادة وتحميل الطرفين الرسوم والمصاريف 0ولعدم قناعة وكيل المستأنف بالحكم الصادر طعن به تمييزاً بلائحته المؤرخة 2012/2/8

القرار / لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند اليها ذلك الثابت من وقائع

الدعوى ان المميز /المستأنف/ اضافة لوظيفته كان قد فسخ عقد المقاولة المبرم مع المميز عليه /المستأنف عليه / اضافة لوظيفته من جانب واحد فيكون من حق المميز عليه/المستأنف عليه طلب اعادة مبالغ التأمينات المدفوعة عملاً بحكم المادة 885 من القانون المدني وحيث ان الحكم المميز التزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة فانه جاء متفقاً واحكام القانون 0 لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 6/ رجب/ 1433 هـ الموافق 2012/5/28 م (1) .

7- المبدأ / (من حق صاحب العمل سحب العمل من المقاول إذا تكلأ في تنفيذ أعمال المقاولة وأن هذا الحق مقرر له بموجب بنود عقد المقاولة والشروط العامة لأعمال الهندسية المدنية التي تعتبر جزءاً من العقد وبالتالي تكون مطالبة المقاول بفسخ العقد أو بالتعويض عنه دون سند قانوني)

رقم القرار :- 50 / الهيئة الاستئنافية منقول / 2011

التاريخ :- 2011/1/20 اتحادي

الأصدار :- محكمة التمييز الاتحادية

تشكلت الهيئة الاستئنافية منقول في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ 16 / صفر / 1432 هـ الموافق 20 / 1 / 2011 م برئاسة نائب الرئيس السيد ضامن خشالة وعضوية القضاة السادة عدنان البلداوي وإسماعيل خليل وفتاح كامل ونعمان كريم المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت القرار الآتي :-

المميز / المستأنف / المدعى / رعد إبراهيم كريم المفوض لشركة مجموعة الأريج للمقاولات الهندسية العامة المحدودة / إضافة لوظيفته / وكيله المحامي ، عادل موادن الطائي المميز عليه / المستأنف عليه / المدعى عليه / محافظ كربلاء / إضافة لوظيفته

ادعى المدعي لدى محكمة بداءة الهندية بأنه تعاقد مع المدعى عليه بموجب العقد المبرم المرقم 16 في 13 / 2 / 2008 على تنفيذ وبناء جناح 4 صف طابق واحد في ثانوية الخيرات وحسب التفاصيل المبينة في الكشف التخميني والمخططات والموصفات المرفقة به وبمبلغ ستة وتسعون مليون وأربعون ألف دينار خلال مدة مائة وعشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لتصديق العقد وقد وافق صاحب العمل على دفع المبالغ عن الأعمال التي يقوم بها المقاول وقد باشر بالأعمال ووصل الإنجاز مرحلة 40 % من قيمة العمل وفوجيء بسحب العمل دون مسوغ قانوني لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بفسخ العقد قضائياً وتعويضه عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة والتي يقدرها بثلاثون مليون دينار وتحميل المدعى عليه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة . أصدرت محكمة الموضوع بتاريخ 6 / 10 / 2010 وعدد 22 / ب / 2010 حكماً حضورياً ببرد دعوى المدعي وتحمله المصاريف وأتعاب محاماة . طعن المدعي بالحكم استئنافاً بلائحته المؤرخة في 18 / 10 / 2010 . أصدرت محكمة استئناف كربلاء بتاريخ 1 / 12 / 2010 وعدد 371 / س / 2010 حكماً حضورياً بتأييد الحكم البدائي ورد الطعن الاستئنافي وتحميل المستأنف الرسوم . طعن المستأنف بالحكم المذكور تمييزاً بلائحته المؤرخة في 6 / 12 / 2010 م .

القرار /

لدى التدقيق والمداولة ، وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً . ولدى النظر في الحكم الاستئنافي المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون لأن من حق صاحب العمل سحب العمل من المقاول إذا تكلأ في تنفيذ أعمال المقاولة وأن هذا الحق مقرر له بموجب بنود عقد المقاولة والشروط العامة لأعمال الهندسية المدنية التي تعتبر جزءاً من العقد وبالتالي تكون مطالبة المقاول بفسخ العقد أو بالتعويض عنه لا سند قانوني هلماً لأن الفسخ يستلزم إخلال الطرف الآخر بالعقد وليس إخلال طالب الفسخ نفسه لأن من شروط الفسخ وفاء طالبة بالتزاماته وكذلك المطالبة بالتعويض تكون عند تنفيذ المقاول لالتزاماته وإخلال الطرف الآخر بالتزاماته ويكون ذلك بعد الفسخ أو إذا أقدم صاحب العمل بفسخ العقد وإيقاف العمل من جانبه قبل إتمام العمل عملاً بأحكام المادة 885 / 1 من القانون المدني وكلتا الحالتين غير متحققة بدعوى المدعي ويكون الحكم بردها متفقاً واحكام القانون . لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 16 / صفر / 1432 هـ الموافق 2011 / 1 / 20 م (2) .

(1) المنشور في الموقع الرسمي لقاعدة التشريعات العراقية

(2) المنشور في الموقع الرسمي لقاعدة التشريعات العراقية

8- المبدأ / (ان احتساب مقدار الغرامة التأخيرية يرجع فيه الى العقد بين الطرفين وقد نص البند السادس عشر من عقد المقاولة على ان (مبلغ المقاولة يعني مجموع المبالغ المبينة في جدول الكميات ويمكن تعديلها بموجب كميات المقاولة المذروعة فعلا والمنجزة بصورة صحيحة من قبل المقاول) فيكون هذا البند أساسا لتحديد المبلغ المستحق للمقاول كغرامة تأخيرية)
رقم القرار :- 1469 / حقوقية / 68
تاريخ القرار :- 7 - 9 - 1969

اقام المدعي اضافة لوظيفته (المميز) الدعوى المرقمة 79 / ب / 69 لدى محكمة بداءة الكرخ جاء فيها انه سبق وان احيلت بعهدة المدعى عليه (المميز عليه) مقاولة انشاء جناح وترميمات في فندق الحبانية بموجب العقد المبرم بينهما المرقم (5) المصدق لدى كاتب العدل بمبلغ 500 / 8531 دينارا ولمدة ثلاثة اشهر وبعد انجاز العمل وتدقيق الحسابات المتعلقة بالمشروع ظهر ان مبلغا قدره 300 / 889 دينارا قد صرف الى المدعى عليه زيادة عن استحقاقه نتيجة غلط وطلب عن مرافعة الزام المدعى عليه باعادة المبلغ المدفوع دون وجه حق مع الفوائد القانونية وتحميله المصاريف .

فاصدرت محكمة البداءة بتاريخ 22 - 11 - 967 حكما وجاهيا يقضي بالزام المدعى عليه بتأديته للمدعي مبلغا قدره 300. 351 دينارا ورد الدعوى بالزيادة وتحميل الطرفين المصاريف النسبية .

فاستأنف وكيل المدعي الفقرة الحكمية المرودة لدى محكمة استئناف بغداد وسجل استئنافه بعدد س / 85 / 968 طالبا فسخها والحكم ببقية المبلغ المدعى به .

فاصدرت محكمة الاستئناف بتاريخ 11 - 5 - 68 حكما وجاهيا يقضي بتأييد الحكم البدائي تعديلا وذلك بالزام المستأنف عليه بالفائدة القانونية بنسبة 4% عن المبلغ المحكوم به اعتبارا من تاريخ اقامة الدعوى لحين التأدية الفعلية ورد الاعتراضات الاستئنافية الاخرى مؤسسة حكما على ان مدة التأخير عن انجاز العمل بلغت 269 يوما وان قيمة العمل الذي تحتسب بموجبه الغرامة المتفق عليها هي قيمة المقاولة حسب كمية العمل المنجز فعلا بموجب الذرعة النهائية لا القيمة التقديرية الذي ذكرت في العقد فيكون المبلغ الذي حكمت به محكمة البداءة هو المبلغ المدفوع الى المدعى عليه زيادة عن استحقاقه .

ولعدم قناعة المدعي اضافة لوظيفته بالحكم الاستئنافي فقد ميزه وكيله ضمن المدة القانونية طالبا نقضه بحجة مخالفته للقانون وعاب عليه ان الغرامة التأخيرية التي حكمت بها المحكمة ثلاثة دنائير لليوم الواحد وليس

خمسة دنائير خلافا لمادة (21) من الشروط العامة للمقاولة حيث ان قيمة المقاولة هي 500 / 8531 دينارا وان هذا المبلغ هو الذي يعتبر قيمة المقاولة لا الذرعة النهائية التي لا يمكن معرفتها قبل انجاز العمل .

القرار - لدى التدقيق والمداولة تبين ان وكيل المميز تمسك بان الغرامة التأخيرية تحتسب على اساس قيمة المقاولة الاصلية وليس على حساب الذرعة النهائية وعلى ذلك يرى ان تكون الغرامة التأخيرية خمسة دنائير في اليوم وليس ثلاثة دنائير وحيث ان احتساب مقدار الغرامة التأخيرية يرجع فيه الى العقد بين الطرفين وقد نص البند السادس عشر على ان (مبلغ المقاولة

يعني مجموع المبالغ المبينة في جدول الكميات ويمكن تعديلها بموجب كميات المقاولة المذروعة فعلا والمنجزة بصورة صحيحة من قبل المقاول) . ولما كانت كلفة العمل باتفاق الطرفين هي اقل من ثمانية آلاف دينار ولما كان الطرفان متفقين على ان الغرامة التأخيرية تكون ثلاثة دنائير لما نقص عن ثمانية آلاف دينار وخمسة دنائير لما زاد على هذا المبلغ فان الغرامة اليومية تكون على اساس ثلاثة دنائير لليوم الواحد وليس كما طلب وكيل المميز لان كميات المقاولة المذروعة فعلا والمنجزة كانت اقل من ثمانية آلاف دينار ولما كان الحكم المميز قد اعتمد وجهة النظر هذه فيكون موافقا للقانون قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية وصدر القرار بالاتفاق في 7 - 9 - 1969 (1) .

9- المبدأ / (أن طلب الفسخ يستلزم إخلال الطرف الآخر بالعقد وليس إخلال طالب الفسخ نفسه لأن من شروط الفسخ وفاء طالبه بالتزاماته وكذلك المطالبة بالتعويض تكون عند تنفيذ المقاول لالتزاماته وإخلال الطرف الآخر بالتزاماته ويكون ذلك بعد الفسخ)

رقم القرار:- 48 / الهيئة الاستئنافية منقول / 2011

التاريخ :- 20 / 1 / 2011

الأصدار :- محكمة التمييز الاتحادية

تشكلت الهيئة الاستئنافية منقول في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ 16 / صفر / 1432 هـ الموافق 20 / 1 / 2011 م برئاسة نائب الرئيس السيد ضامن خشالة وعضوية القضاة السادة عدنان البلداوي وإسماعيل خليل وفتح كامل ونعمان كريم المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت القرار الآتي :-

المميز / المستأنف / المدعي / رعد إبراهيم كريم / المدير المفوض لشركة مجموعة الأريج للمقاولات العامة المحدودة / إضافة لوظيفته / وكيله المحامي عادل موادن الطائي / إضافة لوظيفته / المستأنف عليه / محافظ كربلاء / إضافة لوظيفته ادعى المدعي لدى محكمة بداءة الهندية بأنه تعاقد مع المدعى عليه بموجب العقد المرقم 14 في 13 / 2 / 2008 لتنفيذ جناح 4 صف طابق واحد في ثانوية الأحرار وحسب التفاصيل المبينة في الكشف التخميني والمخططات والمواصفات المرفقة به بمبلغ قدره ثمانية وتسعون مليون وأربعمائة وستون ألف دينار خلال مدة التنفيذ البالغة مائة وعشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لتنفيذ العقد وقد وافق صاحب العمل على دفع المبالغ عن الأعمال التي يقوم بها المقاول وقد باشر بعمله بتاريخ 18 / 2 / 2008 ووصلت مراحل العمل 50 % من قيمة العمل الكلي وفوجيء بسحب العمل بتاريخ 30 / 7 / 2008 دون مسوغ قانوني لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بفسخ العقد قضائياً وتعويضه عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة والذي يقدره بخمسة وثلاثون مليون دينار وتحمله الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة . أصدرت محكمة الموضوع بتاريخ 6 / 10 / 2010 وعدد 21 / ب / 2010 حكماً حضورياً ببرد دعوى المدعي وتحمله المصاريف وأتعاب المحاماة . طعن المدعي بالحكم المذكور استئنافاً بلائحته المؤرخة في 18 / 10 / 2010 . أصدرت محكمة استئناف كربلاء بتاريخ 28 / 10 / 2010 وعدد 341 / س / 2010 حكماً حضورياً بتأييد الحكم الابتدائي ورد الطعن الاستئنافي وتحميل المستأنف الرسوم . طعن المستأنف بالحكم المذكور تمييزاً بلائحته المؤرخة في 8 / 11 / 2010 م .
القرار /

لدى التدقيق والمداولة ، وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً . ولدى النظر في الحكم الاستئنافي المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون لأن من حق صاحب العمل سحب العمل من المقاول إذا تلاكأ في تنفيذ أعمال المقاول وأن هذا الحق مقرر له بموجب بنود عقد المداولة والشروط العامة لأعمال الهندسية المدنية التي تعتبر جزءاً من العقد وبالتالي تكون مطالبة المقاول بفسخ العقد أو بالتعويض عنه لا سند قانوني لهما لأن الفسخ يستلزم إخلال الطرف الآخر بالعقد وليس إخلال طالب الفسخ نفسه لأن من شروط الفسخ وفاء طالبه بالتزاماته وكذلك المطالبة بالتعويض تكون عند تنفيذ المقاول لالتزاماته وإخلال الطرف الآخر بالتزاماته ويكون ذلك بعد الفسخ أو إذا أقدم صاحب العمل بفسخ العقد وإيقاف العمل من جانبه قبل إتمام العمل عملاً بأحكام المادة 885 / 1 من القانون المدني وكلتا الحالتين غير متحققه بدعوى المدعي ويكون الحكم بردها متفقاً وأحكام القانون ، لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 16 / صفر / 1432 هـ الموافق 20 / 1 / 2011 م (1) .

10- المبدأ / (لا يجوز طلب التعويض والعقد لازال قائماً اذ مقتضى ان يكون ذلك بعد فسخ العقد اذا أخل أحد الطرفين بالتزامه).

رقم القرار:- 443 / الهيئة الاستئنافية / 2008

التاريخ :- 8 / 3 / 2008

الأصدار :- محكمة التمييز الاتحادية

القرار

لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند اليها حيث لم يتم إنهاء عقد المقاوله بين الجانبين بصورة رسمية وان طلب التعويض يجب ان يكون بعد فسخ العقد اذا كان احد المتعاقدين قد اخل بالتزامه وطلب الطرف الاخر فسخ العقد والتعويض اذا كان له مقتضى وحيث ان المدعي (المميز) لم يطلب فسخ العقد موضوع

الدعوى فليس له طلب التعويض والعقد لازال قائماً وبذلك يكون الحكم المميز قد جاء تطبيقاً سليماً للقانون قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 2/ شعبان/1429 هـ الموافق 2008/8/3 م(2).

11- المبدأ/ عند تعرض البلاد للحرب وتوقف مشاريع الدولة يتم العمل بالمادتين (67) و (68) من شروط المقاوله للأعمال الهندسية المدنية وليس المادة (885) مدني في تقدير التعويض .

رقم القرار :- 348/347 / الهيئة الاستئنافية / 2008

التاريخ :- 2008/10/4

الأصدار :- محكمة التمييز الاتحادية

ادعى المدعي لدى محكمة بداءة تكريت انه سبق وأن أحيلت بعهدته مقاوله بناية عمادة كلية الزراعة في جامعة تكريت حيث قامت الشركة بتنفيذ أكثر من 08% من الأعمال الخاصة بالمقاوله حيث حصلت اعمال الحرب في 20/ 3 / 2003 وتوقفت على اثرها جميع أعمال المشاريع في الجامعة ومنها المقاوله المذكورة وقد أشعرت الشركة الجامعة بأنها على استعداد لإكمال الأعمال وعلى ضوء الأسعار الجديدة بعد الحرب ومن جانب واحد وخلافاً للشروط العامة للمقاولات قامت بفسخ العقد وأجرت التصفية النهائية لأعمال المشاريع ومن جانب واحد مما ألحق بالشركة أضرار وفوت عليها الأرباح المتوقعة حيث قامت الشركة بالاعتراض على ذلك بالانذار المرقم 192 / انذار / 2005 في 5 / 4 / 2005 تضمن اعتراض الشركة على انتهاء وفسخ العقد من جانب المدعى عليه خلافاً للشروط العامة للمقاولات والعقد المبرم مع المدعى عليه وكذلك الذرعة النهائية للمقاوله واحتساب المستحقات بالغرامات التأخيرية التي احتسبت على الشركة ولم يتم تعويض المدعي عن الربح المتوقع استناداً لأحكام المادة 53 فقرة 2 الجزء (2) من الشروط العامة للمقاولات وعدم تعويض الشركة عن الفقرات الواردة بأحكام المادة 68 / 1 و 2 و 3 و 4 و 5 من الشروط العامة وعدم احتساب أقيام المواد المطروحة في موقع العمل اضافة الى الأضرار المعنوية مما تحقق للشركة مبلغ قدره خمسة وسبعون مليون دينار لذا طلب دعوة المدعى عليه / اضافة لوظيفته للمرافعة والحكم بالزامه بالمبلغ المذكور وتحمله الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة وأصدرت محكمة الموضوع بالعدد 308 / ب / 2006 في 28 / 12 / 2006 حكماً حضورياً قضى بالزام المدعى عليه (رئيس جامعة تكريت) اضافة لوظيفته بتأديته للمدعي / المدير المفوض لشركة القطا العامة المحدودة مبلغ مقدراه ستة وعشرون مليون واربعمائة وخمسة وخمسون الف دينار ورد الدعوى بالزيادة وتحميل الطرفين المصاريف والرسوم النسبية على ان يتحمل كل طرف اتعاب محاماة وكيل الطرف الآخر وعدم قناعة المدعي عليه بالحكم فقد طعن به استئنافاً بلائحة وكيل الممثل القانوني (م) المؤرخة 10 / 1 / 2007 كما طعن المدعي بالحكم استئنافاً بلائحة وكيله المحامي (ع) المؤرخة 11 / 1 / 2007 حكماً حضورياً قضى بتأييد الحكم البدائي المستأنف ورد اللوائح الاستئنافية واعتبار أتعاب المحاماة المحكوم بها لوكلاء الطرفين شاملة لمرحلتى التقاضي ولعدم قناعة المستأنف استئنافاً أصلياً بالحكم فقد طعن به تمييزاً بلائحة وكيله الممثل القانوني (م) المؤرخة 11 / 12 / 2007 كما طعن المستأنف عليه (المستأنف استئنافاً تقابلاً) بالحكم تمييزاً بلائحة وكيله المحامي (ع) المؤرخة 16 / 12 / 2007 .

(2) المنشور في الموقع الرسمي لقاعدة التشريعات العراقية.

القرار /

لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعنين التمييزيين واقعان ضمن المدة القانونية قرر قبولهما شكلاً ولتعلقهما بدعوى واحدة قرر توحيدهما ولدى النظر في الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون وذلك لان تقرير الخبراء الذي اعتمده المحكمة لا يصلح أن يكون سبباً للحكم عملاً بأحكام المادة 140 – اولا من قانون الإثبات وذلك لان الخبراء قاموا باحتساب استحقاق المقاول – الشركة المدعية على الأساس فسخ عقد المقاوله من جانب واحد وفق احكام المادة 885 من القانون المدني وهذا غير صحيح لان ذلك يكون في حالة وجود الظروف الاعتيادية للعمل أما في حالة التعرض البلاد للحرب وتوقف مشاريعها فان الذي يحكم واقعة الدعوى هو حكم المادتين 67 و 68 من شروط المقاوله لاعمال الهندسة المدنية التي تعتبر جزء لا يتجزأ من عقد المقاوله وان المادة 68 من الشروط المذكورة بينت بشكل واضح الفقرات التي تجري التعويض عنها وكان المتعين على الخبير احتساب التعويض وفق ذلك أما الامور التي لم تعاد المادة المذكورة فلا يصح التعويض عنها ومن قبل ذلك احتساب الربح المتوقع للمقاوله وقيمة المواد المفقودة التي ليست لرب العمل دور في فقدانها والامور الاخرى التي لم تضمن فقرات المادة 68 المشار اليها وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها دون ملاحظة ما تقدم مما أخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم وعلى أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة و صدر القرار بالاتفاق في 4 / ربيع الثاني / 1429 هـ الموافق 10 / 4 / 2008 م (1) .

12- المبدأ / (الاضرار التي تلحق بالمقاول والناشئة عن سبب اجنبي (لايد لرب العمل بها)، لا مجال لتطبيق المادة (20) من الشروط العامة للمقاولات بشأنها).
رقم القرار:- 292 / الهيئة الاستئنافية / 2009
التأريخ :- 2009/4/19
الأصدار :- محكمة التمييز الاتحادية

القرار

لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى النظر في الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك لان الثابت من التحقيقات القضائية ومن خلال ما جاء بعريضة الدعوى واقوال وكيل الطرفين في الجلسة المؤرخة 27/1/2009 ان المقاولتين موضوع الدعوى تم انهاءها بسبب ظروف الحرب وما رافقها من اعمال فوضى ونهب كما أيد الشخص الثالث باقواله المدونة في الجلسة المؤرخة 26/8/2008 ماورد بالقائمة الموقعة من قبله المبرزة في الدعوة والتي تؤيد مقتل الحراس المعينين من قبل المدعي وان الاضرار التي لحقت بالمدعي كانت بسبب الحرب والظروف الامنية التي عاشتها المنطقة وأيد وكيل المدعي في الجلسة المؤرخة 27/1/2009 مقتل الحارس المعين من قبل موكله والاستيلاء على مواد المطروحة في موقع العمل مما تقدم يتضح ان المادة العشرين والتي استند اليها المدعي في مطالبته من الشروط العامة للمقاولات اعمال الهندسية المدنية بقسميها الاول والثاني ولا نجد لها مجالاً للتطبيق في نطاق الحالة المطروحة وان الاضرار موضوع الدعوى التي اصابته المدعي قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد للمدعي عليه فيها وبذلك تكون دعوى المدعي دون سند من القانون وحيث ان محكمة الاستئناف راعت ما تقدم/فان حكمها المميز يكون قد جاء صحيحاً قرر تصديق ورد لائحة الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز و صدر القرار بالاتفاق في 24/ ربيع الثاني/ 1430 هـ الموافق 2009/4/19 (2).

1، 2) المنشور في الموقع الرسمي لقاعدة التشريعات العراقية.

الخاتمة

يظهر للقاريء الكريم عند امعانه في بحثنا هذا ، ان موضوع العقد في القانون المدني بشكل عام و العقود المسماة بشكل خاص كان موضع اهتمام كبير من قبل لجنة صياغة القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل و بما ان موضوع بحثنا ركزت على فسخ عقد المقاولة في التشريع العراقي لذا اننا حاولنا ان نتطرق الى جميع الجوانب المتعلقة بعقد المقاولة و من ثم دراسة فسخ العقد بشكل عام كون عقد المقاولة يعتر من العقود الملزمة للجانبين و كما انه من عقود المعاوضة و ما يسري من أحكام على حالات الفسخ و شروطه في العقود الملزمة للجانبين يسري على عقد المقاولة ايضا الا ما استثنى منها بنص خاص. فقد رأينا انه من الضروري ان نلقي نظرة مختصرة عن المراحل التي مرت عليها نظرية الفسخ الى ان وصلت الى ما هي عليه الان لذا فقد تم تخصيص المقدمة لدراسة تاريخية للفسخ . كما وانه من المعلوم ان الفسخ لايلحق الا بالعقود الصحيحة النافذة فعليه تم تخصيص المبحث الاول لعقد المقاولة و الشروط المطلوبة قانونا" لكي يكون صحيحا نافذا حيث تطرقت الى تعريف عقد المقاولة و شروط نفاذ عقد المقاولة و بطلان عقد المقاولة في ثلاث مطالب مستقلة اما المبحث الثاني فقد خصص لموضوع الفسخ وأنواع الفسخ و درست في كل مطلب نوع معين من أنواع الفسخ الثلاث (القضائي و الاتفاقي و بحكم القانون) أما في المبحث الثالث و الأخير تناولت دعوى الفسخ عقد المقاولة وطرق انقضاء حق الفسخ وكذلك عرضت عدة قرارات صادرة من محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز إقليم كردستان صادرة في دعاوي تتعلق بعقد المقاولة و الأحكام المتعلقة بفسخه مشيراً" في بدأ عرض كل قرار الى المبدأ المعتمد من قبل قضاء محكمة التمييز عند اصداره للقرار كما ونود ان نذكر بان موضوع الفسخ دقيق وواسع ،اذ نقر باننا لم نتمكن من اعطائه حقه كاملا في بحثنا هذا وذلك لاننا بصدد كتابة بحث ولسنا بصدد رسالة ماجستير أو دكتوراه او تأليف كتاب و بسبب الأنتغال بالمهام الوظيفية ، لم تسمح لنا المجال التوسع اكثر ، و لكن توصلنا الى قناعة بأن النصوص الحالية الموجودة في متون القوانين النافذة لا يلبي الحلول الكاملة للمشاكل المعقدة الناجمة لعقود المنتشرة في عالمنا هذا بسبب ما طرأ من تغييرات كبيرة في مجال العلاقات التجارية على النطاق الوطني أو الدولي و ظهور عقود مقاولات لم تكن معروفة من قبل كالعقود الألكترونية و عقود المقاولة في مجال تكنولوجيا المعلومات و الأتصالات ...لذا ينبغي على المشرع أن يواكب التطور في هذا المجال و لحين ذلك من واجب القضاء أن يأتي بمبادئ جديدة في هذا المجال من خلال التفسير المتطور لنصوص القوانين النافذة عند النظر في القضايا المعروضة أمامه.

المصادر

الكتب:-

- ١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، القاهرة، ١٩٥٥.
- ٢) الدكتور عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، بغداد، ١٩٥٥.
- ٣) الدكتور حسن علي ذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٥٥.
- ٤) الدكتور حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي/ العقود المسماة، بغداد، ١٩٥٥.
- ٥) الدكتور عبدالباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، بغداد، ١٩٥٥.
- ٦) سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، بغداد، ١٩٥٥.
- ٧) الدكتور كمال قاسم ثروت، شرح عقد المقاولة، بغداد، ١٩٥٥.
- ٨) الدكتور غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة/ عقد البيع، بغداد، ١٩٥٥.
- ٩) الدكتور محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة، بغداد، ١٩٥٥.
- ١٠) القاضي ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز/ قسم القانون المدني.
- ١١) القاضي كيلاني سيد احمد، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان، أربيل، ١٩٥٥.

القوانين والأنظمة:-

- ١٢) القانون المدني العراقي رقم (١٠٠) لسنة ١٩٥٩.
- ١٣) قانون المرافعات المدنية رقم (١٠٠) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
- ١٤) قانون الاثبات رقم (١٠٠) لسنة ١٩٥٩.
- ١٥) شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية الصادرة من وزارة التخطيط.

المجلات:-

- ١٦) النشرة القضائية.
- ١٧) مجلة الأحكام العدلية.

المواقع الالكترونية:-

- ١٨) موقع قاعدة التشريعات العراقية (www.Iraqid.com).