احكام وتكييف المسؤولية الناشئة
عن الفسخ التعسفي للعقد

بحث تقدم به القاضي

عادل عمر عبدالله

الى مجلس القضاء لأقليم كوردستان العراق

كجزء من متطلبات ترقيه القضاة من

الصنف الثاني الى الصنف الاول من اصناف القضاة

بأشراف القاضي / آرام جمال محمد امين

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة اربيل

و رئيس محكمة جنايات اربيل /٤

بسم الله الرحمن الرحيم

إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ

(آل عمران: ٧٧)

المحتويات

ت	الموضوع	الصفحه
١	المقدمه	١-٣
٢	المبحث الاول ما هية أساءه استعمال الحق في فسخ العقد	٤
٣	المطلب الاول مفهوم اساءة استعمال الحق في فسخ العقد	٤
٤	الفرع اساس نظريه فسخ العقد والشروط	٤-٦
	الفرع الثاني تعريف أساءة استعمال الحق في الفسخ ونطاق	٧-٨
٥	المطلب الثاني معايير اساءه استعمال الحق في الفسخ	٩
٦	الفرع الاول المعايير العامة	٩-١٢
٧	الفرع الثاني المعايير الخاصة	١٣-١٤
٨	المبحث الثاني احكام اساءة استعمال الحق في الفسخ	١٥
٩	المطلوب الاول ضوابط وجود اساءة استعمال الحق في الفسخ	١٥
١٠	الفرع الاول ضابط الغش	١٥
١١	الفرع الثاني ضابط انتفاء المصلحة	١٦-١٧
١٢	المطلب الثاني حالات أساءه استعمال الحق في فسخ العقد	١٨
١٣	الفرع الاول اساءه استعمال الحق في فسخ العقد الغير اللازم	١٨-٢٠
١٤	الفرع الثاني اساءة استعمال الحق في فسخ العقد بسبب اخلال احد المتقاعدين بالتزامه	٢١-٢٢
١٥	المبحث الثالث طبيعة المسؤوليه الناشئه عن اساءه استعمال الحق في فسخ العقد و اثارها	٢٣
١٦	المطلب الاول التكييف القانوني للمؤولية الناشئة عن أساءة استعمال الحق في فسخ العقد	٢٣
١٧	الفرع الاول الاتجاه القائم على عدم عقدية المسؤولية	٢٤-٢٥
١٨	الفرع الثاني الاتجاه القائم على عقدية المسؤولية	٢٥-٢٧
١٩	المطلب الثاني تبعات المسؤولية الناشئة عن أساءة استعمال الحق في فسخ العقد	٢٨
٢٠	الفرع الاول نتائج المسؤولية الناشئة عن أساءة استعمال الحق في فسخ العقد	٢٨-٣١
٢٠	الفرع الثاني أثار المسؤولية الناشئة عن أساءة استعمال الحق في فسخ العقد	٣٢-٣٦
٢٢	الخاتمة	٣٧-٣٨
٢٣	قائمة المصادر و المراجع	٣٩-٤٢

المقدمة

بسم الله والحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله (صل الله عليه وسلم)، نبدأ بتوزيع مقدمة البحث على الفقرات التالية كي تكون أكثر وضوحا:

أولاً: التعريف بالموضوع

نظراً لتشعب العلاقات والمعاملات بين الأفراد نتيجة تطور المجتمع، وبالتالي زيادة عدد العقود المبرمة بين الناس، وكلما زادت العقود توجهت القناعة إلى التسليم بزيادة المصالح المتعارضة بين الأفراد، فكل طرف يبحث عن تحقيق مصلحته الخاصة، وهذا حق مشروع، بشرط أن يحقق مصالحه في الإطار المسموح به. فالقانون هو الذي يكفل عدم تعارض المصالح، مادام كل واحد له الحق في تحقيق مصلحته.

ولتعدد تعارض المصالح يصل إلى درجة التناقض، حيث أن مصلحة البائع تتعارض وتتناقض مع مصلحة المشتري، حيث يقف كل واحد منهما عند رأيه في البيع والشراء، وهنا يأتي دور القانون ليصور هذا التناقض على أنه تعارض مجرد ليس إلا، يمكن الجمع في النهاية لتحقيق الحد الأدنى لهما، فيبرم العقد ويلتقي الطرفان في نقطة وسطى بينهما أو مصلحة أحدهما في قبول الآخر، أو من مصلحة الغير القبول بها، فتحول العلاقة بينهما من علاقة لا يجمعهما جامع إلى علاقة عقدية.

وفي هذه العلاقة العقدية تتعارض المصالح ربما، فيخل أحد الطرفين بالتزامه تحقيقاً لمصلحة خارج نطاق ما اتفق عليه، فهنا لابد للقانون من اعطاء وسيلة بيد الطرف الآخر، لكي يقي نفسه من انحراف الآخر كونه حسن النية العقدية أو المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري أو المطالبة بالفسخ، وذلك عندما يصعب استمرار العلاقة العقدية بين الطرفين.

إذن هناك سلطة الفسخ لأحد الطرفين من ضمن الخيارات والوسائل المتناقضة له، لكنها بشروط لا يجب تجاوزها، وإلا حكم بعدم جواز الفسخ، وقد يقتصر الأمر على إساءة استعمال الحق في هذا الخيار أو الوسيلة المعطاة له من قبل القانون ليتذرع به من أجل انهاء العقد، وهذا ما يسمى بالتعسف في فسخ العقد، وهذا الفسخ التعسفي يُعبَّرُ عنه بإساءة استعمال الحق في الفسخ، وأحياناً ينشئ معهما مسؤولية، مما يقتضي أن نحاول التطرق إليها في سياق بحثنا.

ثانياً: أهمية الموضوع:

واضحٌ ومعول عليه أن أي حق يعطى لأي فرد، من المفروض أن يمارسه وفق ما يطلبه ويقتضيه القانون، وبالتالي فإن الشخص قد يستعمل حقه استعمالاً جائزاً، ولكنه يولد أو يصيب الآخرين بضرر، فلابد أن يحسن استعمال سائر حقوقه وسلطاته والرخص الممنوحة له من قبل القانون. ومع ذلك، قد لا يُحسن الفرد استعمالها، ويجعلنا هذا الاحتمال أمام فرضيَتَين، الأولى تتعلق بتجاوز الاستعمال والخروج عن حدوده وهذا الشيء موضوع الخطأ، والثانية تتعلق بأن الشخص ما يزال يستعمل حقه في النطاق المحدد له، لكنه فقط يسيء الاستعمال دون أن يجاوزه، وأنه يستعمل الحق بصورة مشروعة، لكن بكيفية غير مشروعة، ويطلق على هذا في الفقه "التعسف في استعمال الحق".

وقد كُتِبتْ العديد من الأبحاث والمؤلفات في هذا الموضوع بوصفه نظرية عامة، وكذلك في تطبيقاته، ولكن حسب علمنا المتواضع ثمّة القليل ممنْ كتبوا في إساءة استعمال حق الفسخ بشكل مستقل، وهنا تبرز أهمية الموضوع، وهذا ما دعاني إلى اختياره، للوقوف على مشكلة ناشئة عنه وهي المسؤولية والتكييف القانوني لهذه المسؤولية.

ثالثاً: مشكلة البحث

من المعلوم أن للفسخ أثرٌ رجعي في العقد اذ أنَّهُ يُزيل كل أثرٍ للعقد، ويُعيد طرفَيه إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد؛ فعندما تتوافر شروط الفسخ مهما كان نوعه، يتم تفعيل هذا الأثر، ولو انعدم شرط واحد لا يكون للفسخ أي أثر.

وتثار الإشكالية في دراستنا لو أن هذه الشروط توافرت ولو لم تكن بالجدية والاطلاق، بل شابها عيوب في الشكل والمضمون والعناصر، كما لو أن أحد المتعاقدين أخل بتنفيذ التزامه اخلالاً بسيطاً، فقد يتذرع الطرف الآخر وتنحل الرابطة العقدية على أساسها وذلك بفسخ العقد، وعليه فتتجسد الإشكالية في بيان:

ما طبيعة المسؤولية الناجمة عن التعسف في فسخ العقد؟ وما هي آثارها؟

ولحل هذه الإشكالية لا بد من الإجابة على الأسئلة الفرعية الآتية:

١. ما المفهوم العام لنظرية التعسف في فسخ العقد؟
٢. ما هي معايير التعسف في استعمال حق الفسخ؟
٣. ما هي ضوابط التحقق من وجود فسخٍ تعسفي للعقد وحالاته؟
٤. ما هي التبعات القانونية الناشئة عن المسؤولية في فسخ العقد تعسفياً؟

رابعاً: منهجية البحث

وفي هذا السياق، اخترنا المنهج التحليلي لكي نُحلل الآراء الفقهية التي قيلت بشأن كيفية إساءة استعمال الحق في الفسخ ونوعه ومعياره وضوابطه، والآراء التي قيلت في الوصف القانوني للمسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في الفسخ.

خامساً: أهداف البحث

الهدف الأول هو إثبات وجود إساءة استعمال حق الفسخ في العقد، ولا نكتفي بذلك بل نتجاوزه إلى أن إساءة استعمال حق الفسخ في العقد له أثر مغاير على الأثر المترتب على الفسخ والمجرد من الإساءة، وهدفنا هو اثبات ذلك، وأخيراً أن نوع المسؤولية المترتبة عليها كون له أثر مغاير عن الأثر المجرد من الإساءة سيختلف عن المسؤولية الناشئة منها، إذا وجد إساءة في استعمال حق الفسخ في العقد.

سادساً: خطة البحث

لقد قام الباحث بتقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث، وكل مبحث منها موزعٌ على مَطلبَين وعلى النحو **الآتي**:

المبحث الأول: ماهيّة إساءة استعمال الحق في فسخ العقد

المطلب الأول: العناصر المكوِّنة لإساءة استعمال الحق في فسخ العقد ومفاهيمها

المطلب الثاني: معايير إساءة استعمال الحق في الفسخ

المبحث الثاني: أحكام وجود إساءة استعمال الحق في الفسخ

المطلب الأول: ضوابط وجود اساءة استعمال الحق في الفسخ

المطلب الثاني: حالات اساءة استعمال الحق في فسخ العقد

المبحث الثالث: الوصف القانوني وطبيعة المسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد وآثارها

المطلب الأول: التكييف القانوني للمسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد

المطلب الثاني: نتائج وتبعات المسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد

ثم نختم البحث، بخاتمة فيها أهم الاستنتاجات والمقترحات.

المبحث الأول
ماهيّة إساءة استعمال الحق في فسخ العقد

لمعرفة المسؤولة الناشئة عن الفسخ التعسفي للعقد، تقتضي معرفة ماذا يقصد بها؟ ومتى يعد المستعمل لخيار الفسخ مسيئاً في استعماله؟ ولكون موضوعنا واقعاً في خيار أعطاه القانون لأحد المتعاقدين، عندما يخل أحدهما بالتزامه العقدي، أو يوجد خيار من الخيارات التي تترتب لأحد الطرفين حق فسخ العقد[١]، وعليه ينبغي أن نعلم أولاً العناصر المكونة لموضوعنا، كون الإساءة أو التعسف دائر في نطاق الفسخ، فلابد أن نعلم معنى التعسف أو الاساءة، ودائر في نطاق العقد، فلابد أن نعرف معنى الفسخ، والعقد هو النطاق التي تثار في وجوه جميع ما طرح في البحث، فلابد من معرفة العقد، ثم ننتقل إلى معايير الاساءة في استعمال حق الفسخ. وتبعاً لذلك، سنقسم هذا المبحث الى المطلبَين الآتيَين:

المطلب الأول: مفهوم إساءة استعمال الحق في فسخ العقد

المطلب الثاني: معايير إساءة استعمال الحق في الفسخ

المطلب الأول
مفهوم إساءة استعمال الحق في فسخ العقد

يتطلب منا عند البحث في المسؤولية التي تنشئ عن حالة وجود الإساءة في فسخ العقد، تحديد أساس نظرية فسخ العقد وشروطه في الفرع الأول، ومن ثم بيان تعريف إساءة استعمال الحق في الفسخ ونطاقه في الفرع الثاني.

الفرع الأول
أساس نظرية فسخ العقد وشروطه

بعد أن ينعقد العقد صحيحاً وتتوافر فيه أركانه (رضا ومحل وسبب) وشروطه، يبدأ المتعاقدين بتنفيذ ما تعاهدا به وفقاً لمبدأ حسن النية وحسب الاتفاق، وليس لاحد الطرفين أن ينفرد بتعديله أو فسخه إلا باتفاق الطرفين أو عند توافر الأسباب التي يقرها القانون[٢]، وإن ممارسة حق الفسخ ليست مطلقة، حيث أنها تحتوي على شروط قانونية معينة، لذلك فإن دراسة ماهية الفسخ يتطلب منا دراسة أساس الفسخ وشروطه، وذلك في البندين الآتيين:

البند الأول: أساس الفسخ

إن أساس الفسخ ما زال موضوع اختلاف بين الفقهاء، وذلك لسببين أولهما كونها شامل ولا يقتصر على العقود الملزمة للطرفين بل العقود الملزمة لطرف واحد أحياناً، والثاني الاختلاف بينهم حول تكييف بعض العقود الملزمة لجانب واحد، فإذا كان سبب الفسخ شرط فاسخ، فإنه يومس على نظرية الشروط وذلك

---

[١] عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الثالث، أحكام الالتزام، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٨٣ وما بعدها.

[٢] المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي.

تطبيقاً لنظرية حرية التعاقد [١]، أما إذا كان سببها يعود إلى ما يتعلق بالتنفيذ، فقد اختلف الفقهاء في أساسه، فيرى البعض بأن نظرية الفسخ تبنى على أساس الشرط الفاسخ الضمني، حيث أن ارادة المتعاقدين تتجه نحو فسخ العقد للملزم للجانبين والتحرر من الالتزامات الناشئة منه في حالة اخلال الطرف المقابل بالوفاء بالتزاماته.

في حين يرى البعض الاخر[٢]، أن الفسخ يعود إلى فكرة التعويض، على أساس أن المدين إذا أخل بالتزاماته يعد مسؤولاً عن هذا الاخلال ويلزم بالتعويض فيكون من مصلحته أن يطالب بفسخ العقد، ويرى آخرون آراء أخرى[٣]، ونتفق مع الأخذ بالرأي القائل، بأن فكرة العدالة هي فكرة صالحة كأساس يبني عليه الفسخ مادام أنها وحدها تبرر حالات الفسخ، وذلك أن إخلال أحد الطرفين بالتزامه العقدي على نحو يتناقض مع حسن النية يمنح الطرف الآخر حق المطالبة بالفسخ، لأن هذا الأساس وحده يبرر القاضي استعمال سلطته التقديرية بصدد طلب الفسخ.

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية جاء فيه: (ويمكن أن يتخذ إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه صورة التنفيذ المعيب للالتزام، كأن يسلم المتعاقد شيئاً معيباً أو خالياً من وصف مرغوب فيه، وعندها ينشا للدائن الحق في ضمان ذلك بالرجوع على مدينه بفسخ العقد، ويسري هذا الضمان على كل عقد ينقل الملكية أو ينقل الحيازة وخاصةً إن كان من عقود المعاوضات، وسواء كان عقدا مسمى أو غير مسمى)[٤].

البند الثاني: شروط الفسخ

إن الفسخ بأنواعه يبقى متاحاً أمام المتعاقدين وإن باستطاعة المتعاقدين أن يفسخوا العقد، إلا أنه بالرغم من ذلك لابد من أن تتوافر فيه شروط، وسوف اقتصر على ذكر الشروط بشكل مختصر دون التطرق إلى التفاصيل، حيث انه بعيد عن مجال بحثنا ولا حاجة عن ذكر كل الآراء، والشروط المتوافرة أو التي يجب أن تتوافر لإمكان طلب الفسخ هي:

1 - أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، وإن هذا الشرط يتضمن شقين أحدهما يتعلق بتكوين العقد، فإن نظام الفسخ لا يرد إلا العقود الصحيحة بالمعنى القانوني، والثاني يتعلق بآثار العقد فإنه يشترط لتطبيق قاعدة الفسخ أن ينشئ العقد التزامات متقابلة في ذمة طرفيه.
2 - إخلال احد الاطراف بالتزامه العقدي، وأن يستمر هذا الاخلال لغاية وقوع الفسخ كون الفسخ وسيلة لضمان الدائن من تقصير المدين من تنفيذ التزاماته، وكذلك جزاء على المدين نتيجة اخلال بالتزاماته بالعقدية، لذلك يشترط الحكم بالفسخ أن يختلف أحد الطرفين بالوفاء بالتزامه سواء بإهمال أو تعمد، وبهذا يتعرض المسؤولتين العقدية أو التقصيرية، حيث يكون للدائن أن يختار بين المطالبة بالتعويض

---

[١] د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية حقوق بجامعة القاهرة، (بدون سنة طبع)، ص ٦٦.

[٢] د. عبد المعلم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩١، ص ٤٩٧.

[٣] د. المحمدي احمد ابو عيسى، انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية وعملية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤١.

[٤] محكمة التمييز الاتحادية، رقم القرار ٤٢٣، الهيأة الاستئنافية، ٢٠١١\٤١٣، أشار إليه: لفته حامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية القسم المدني، الجزء الأول الطبعة الأولى، بغداد ٢٠١١، ص ١٤٨.

وفقاً للمسؤولية العقدية أو المطالبة بالفسخ مع التعويض إن اقتضى، وفقاً للمسؤولية التقصيرية، ولكن إن اختار الثاني ليس له المطالة بالأول.

3 - أن يكون طالب الفسخ قد قام بتنفيذ التزامه أو على الاقل أن يبدي استعداده للتنفيذ، ووفقا لهذا الشرط يجب أن يكون طالب الفسخ غير مقصراً في الوفاء بالتزامه، وإلا فلا يكون من العدل أن يستند أحد المتعاقدين في طلب الفسخ على اخلال الآخر بالتزامه، إذا كان هو نفسه مخل بالتزامه أيضاً[١].

4 - أن يكون طالب التنفيذ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد، وهنا يشترط للحكم بالفسخ أن يكون في مقدور طالب الفسخ إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد لأن هذا من نتيجة الفسخ[٢].

5 - أن يكون طلب الفسخ صادراً عن حسن نية الدائن، حيث يجب ألا يكون الدائن سيء النية، كان يكون غايته فقط الاضرار بالمدين، وألا يكون قد أساء استعمال حقه في الفسخ وسنفصل في ذلك فيما بعد

---

[١] د. رمضان ابو السعود، وهمام محمد محمود زهران، مبادئ القانون، المدخل للقانون والالتزامات، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨، ص ٥١٧.

[٢] د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٩٩.

الفرع الثاني
تعريف إساءة استعمال الحق في الفسخ ونطاقه

إن الانسان أصبح غاية القانون وإن القانون يستلزم رضا المجتمع، فالقانون يجب أن يمكن الفرد من التمتع بحقوقه وحمايته من الاعتداء، وإن صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة في الاستفادة من حقه ومباشرته، واستقرت نظرية التعسف في استعمال الحق في كثير من القوانين المدنية العربية، وكذلك القانون المدني العراقي في المادة السابعة منها.

ولم يكتف المشرع العراقي بذلك بل أورد لنظرية التعسف في استعمال الحق تطبيقات في قانون الإثبات ولعل من أهمها نص المادتين (٥، ١١٥ ثانياً)، وخلا قانون المرافعات العراقي من النص على نظرية التعسف، وأخذ بهذا الاتجاه المشرع الفرنسي في قانون المرافعات في المادة (٣٢/١).

وهكذا تطورت وظيفة الحق من وظيفته الأولى وهي تحقيق مصلحة خاصة إلى وظيفة مزدوجة، وهي تحقيق مصلحة اجتماعية، وإن فكرة التعسف تختلف عن فكرة الخروج عن الحق، فإن الأولى تعني أن صاحب الحق يستعمل حقه في حدود القانون إلا أنه يسيء استعمالها، أما الخروج عن القانون هي العمل الغير مشروع، وليس تعسف أو اساءة استعمال حق، ولا بد أن نتناول المقصود بإساءة استعمال الحق في الفسخ في العقد في البند الأول، وفي البند الثاني نتطرق إلى نطاق نظرية إساءة استعمال الحق.

البند الأول: المقصود بإساءة استعمال الحق في الفسخ

إن ممارسة حق الفسخ، يشترط أن يكون صادراً عن حسن نية، وأن لا تكون الغاية منه تحقيق مصلحة غير مشروعة، وذلك كممارسة كافة الحقوق القانونية الأخرى، وإن الدائن يلجأ إلى المطالبة بالفسخ في الحالات الجائزة، ويجب أن لا يتعسف في استعمال حقه في جميع الأحوال، وإلا وجب عليه التعويض وفقاً لهذه النظرية، فالمعلوم في جميع العقود المتبادلة إذ لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه يحق للطرف الآخر أن يختار بين التنفيذ العيني وفسخ العقد، وإن ممارسة هذا الحق لا يتوقف على مجرد إرادته، بل يخضع لرقابة القاضي، ليتجنب إساءة استعمال الحق واحتراماً لإرادة المتعاقدين[١].

لابد أن يتوقف الفسخ على حكم القاضي، وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل وكرس إمكانية حصول الفسخ دون الحاجة إلى تدخل القضاء، وهذا استناداً إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، طالما لا يخالف النظام العام والآداب العامة، فعند وجود شرط الفسخ يحتم الفسخ بمعزل عن قرار قضائي، بل بمجرد تحقق الشرط [٢].

وخلاصة القول، إن فسخ العقد سواء أكان بسبب اخلال جزئي أو كلي وسواء ورد فيه شرط فاسخ حكمي أو صريح أم عند غياب الشرط، يجب أن يتم وفقا لمبدأ حسن النية وأن يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة، وإلا عد الفاسخ مسيئاً في استعمال حقه في الفسخ وهذا ما يعنيه إساءة استعمال الحق في الفسخ.

---

[١] د. عبد المنعم فرج، نظرية العقد في البلاد العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص

[٢] عاطف النقيب، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، الطبعة الأولى، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٢٩٤.

البند الثاني: نطاق نظرية إساءة استعمال الحق

إن فكرة التعسف بدأت منذ القدم واستقرت في ظل القوانين الحديثة وأصبحت من القواعد والأحكام الرئيسية المسلم بها في الفقه والقضاء، إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد محل التعسف في استعمال الحق، ويعود السبب في ذلك إلى اختلاف نظرتهم إلى الحق وإلى رفض بعضهم بوجود حقوق مطلقة أو تقديرية، وهناك اتجاهات فقهية في هذا الصدد، حيث اخذت معظم التشريعات الحديثة بها ومنها القانون المدني العراقي، ونبحث في الاتجاه الثالث كونه الأهم [١].

الاتجاه الأول: التعسف لا يرد إلا على الرخص القانونية دون الحقوق بالمعنى القانوني

الاتجاه الثاني: التعسف لا يرد إلا على استعمال الحقوق بالمعنى القانوني

الاتجاه الثالث- التعسف يرد على كافة الحقوق والحريات العامة والرخص القانونية: بهذا الاتجاه أخذت التشريعات المعاصرة ومنها المشرع العراقي والفرنسي والأردني بهذا الاتجاه، حيث أشاروا إلى التعسف في استعمال الحق دون التفرقة بين أنواع الحقوق، لذا سوف تناول هذا الاتجاه بشيء من التفصيل، حيث أن هذا الاتجاه يؤدي إلى توسع نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق (إساءة استعمال الحق)، بحيث أنها لا تقصر على الحقوق بالمعنى القانوني فحسب، بل تنبسط كذلك على الحريات أو الرخصة العامة، ويتناول حتى كل فعل مشروع ومباح في الأصل أياً كان نوعه.

ويستند هذا الاتجاه إلى أن المشرع عندما حدد نطاق مشروعية الحق في حدود معينة، إنما يشترط استعمالها استعمالاً لا ينطوي على التعسف سواء كان في صورة الحق بالمعنى القانوني أو الرخص والحريات العامة، والمشرع أراد من خلال هذه الفكرة مراعاة القواعد الاخلاقية في استعمال الحق، وذلك للحد من إلحاق الضرر بالغير، ولكن هذا الضرر لا يمكن اعتباره غير مشروعاً إلا من لحظة التي يكون استعماله غير مشروعاً، وإن الرأي الذي يتجه إلى عدم جواز امتداد التعسف إلى الرخص القانونية يعود أساسها إلى اعتبارات تاريخية، لأن الفقه في ذلك الوقت يتجه إلى تقيد مثل هذه الحقوق العامة (الرخص القانونية) ودون الحاجة إلى تقيد الحقوق بالمعنى القانوني إلى التعسف [٢].

أما القول بأن المسؤولية المدنية تغني عن نظرية التعسف بعدد الرخص، فلا يستند أيضاً إلى مبرر كافي، وذهب بعض الفقه، إلى أن اعتبار خيار الرجوع حقاً مطلقاً، لا يحول دون إخضاعه لنظرية التعسف في استعمال الحق، باعتبارها نظرية عامة للتطبيق. وإن الفقه متفق حتى المعارض منه لتقيد خيار الرجوع، مع هذه النتيجة، فهو يؤيد عدم السماح باستعمال خيار الرجوع لمجرد الاضرار بالغير [٣].

---

[١] عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الثالث، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٩١.

[٢] ابراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٩٤، ص ٢٣٣.

[٣] عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، العراق ٢٠٠٠، ص ١٤٧.

المطلب الثاني
معايير إساءة استعمال الحق في الفسخ

بينا في المطلب الأول ما يتعلق بالمفاهيم الاساسية في العقد والفسخ لإساءة استعمال الحق، و من خلال ما عرضنا من الآراء الفقهية حول نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، توصلنا إلى أن هذه النظرية شاملة، متسعة ذات نطاق واسع، إذا أن أحكامها تنبسط على الحقوق جميعاً في نطاق دائرة القانون المدني محددة كانت هذه الحقوق أم مجرد حريات ومكنات قانونية، ويتبين هذا واضحاً من خلال ما أوردته التشريعات من التنظيم لهذه النظرية في الباب التمهيدي وجعلتها ضمن النظريات الأساسية في القانون المدني، وبعد ذلك يأتي البحث عن تحقق عنصر التعسف في فسخ العقد، ولكي يحصل التعسف هنا يجب أن يقع الفعل تحت أحد المعايير الأساسية للتعسف، إذ أن هناك نوعين من المعايير, عامة ومعايير خاصة نعالجها في الفرعين التاليين:

الفرع الأول
المعاير العامة

إن تعيين الضابط لاستيعاب جميع حالات التعسف ليس بالأمر السهل، لاختلاف الفقهاء فيما بينهم أو هي سبب الاختلاف فيما بينهم. وهناك اتجاهين مختلفين بناءً على ابراز الجانب العملي في أقضية المحاكم، وإبراز الجانب النظري فى آراء القضاء ومنها المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، ولكن سوف لا نتطرق إلى هذين المعيارين، ونكتفي بالمعيار الذي أخذ بها القانون المدني العراقي في المادة (٢/٧) منه والتي تنص على: (ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية: - إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير، -إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة)، وسنوضح هذه المعايير فيما يلي:

البند الأول: نية الاضرار بالغير

لا شك بأن استعمال الحق يكون غير مشروعاً إذا لم يهدف من وراء تحقيقه أية فائدة سوى الإضرار بالغير، لأن قصد الإضرار من الأمور الذي تحيد عن الهدف الذي منح ذلك الحق ويجفو مصلحة الجماعة، إذا يستوجب أن يهدف الحق إلى أهداف مشروعة لصاحبة المفاسد دون أن يكون وسيلة للكيد والانتقام، كأنه يقترفه عن مجرد هوى جائر ولا يحدث منفعة شخصية لصاحبه، كمن يرفع دعوى كيدية، لمجرد الإضرار بخصمة بإجراءت التقاضي، فأنه يسأل عن كل ضرر لحق بخصمه [١].

وبذلك، إن استعمال الحق من أجل منفعة جدية ومشروعة، يعد استعمالاً قانونياً وشرعياً وإن ترتب ضرراً يلحق بالغير، على ألا يزيد الضرر عنه زيادة فاحشة، أما إذا كان استعمال الحق بهدف الإضرار بالغير، يعد أمراً غير شرعي لأن سوء النية يجرد الحق من مشروعيته بغض النظر عن المصلحة التي يحققها من ورائه سواء كانت ضئيلة أم كثيرة، ومثال على ذلك، أن يلزم المكتبي بالتعويض إذا اشترى من منافس له بعض مؤلفات حديثة، وعرضها للبيع بثمن بخس عما يبيع به منافسه بقصد الإضرار به [٢].

---

[١] انظر المحامي: نزيه نعيم شلالا، دعاوي التعسف وإساءة استعمال الحق، دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص ١٢٠.

[٢] مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص ٣٤١.

إن بعض القوانين، اشترطت لتحقيق هذا المعيار أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لاستعمال الحق، أما اذا اجتمع القصد السيء في استعمال الحق بباعث آخر، وإن كان يهدف إلى تحقيق مصلحة قليلة أو تافهة، لم ينطبق هذا المعيار ويصبح الاستعمال أمراً مباحاً، أما إذا لزم عن الاستعمال مصلحة عرضية غير مقصودة- فلا يمنع من اعتبار توافر قصد الإضرار متمحضاً وخالصاً، فلو غرس شخص الأشجار، إن هذا الشرط لا يتيح تطبيق نظرية التعسف إلا في أضيق الحدود، وهو في حالة استعمال الحق لمجرد الإضرار بالغير، و يشترط ألا يكون ثمة أي قصد اخر يصحبه في الاستعمال[١].

ونرى بأن، اشترط تمحض قصد الإضرار يفتح طريقة للتعسف من الناحية العملية، إذا يتيح لصاحب الحق أن يستعمل حقه لتحقيق مصلحة تافهة مع أنه يصحبه نية الإضرار بالغير، إذا كان هذا الضرر يتناسب مع المصلحة الناجمة عن هذا الاستعمال لأنه كما يري البعض، بأن المعيار الثاني لا يطبق إلا في حالة تحقيق اختلال بين المصلحة الناجمة من استعمال الحق والضرر اختلالاً بيناً أو أن يكون فاحشاً، وهذا ما يؤدي إلى تعطيل نظرية التعسف باعتبارها نظرية عامة وتقوم على درء الضرر مما تضر بالتكافل الاجتماعي وفقا للعدالة والاستقرار.

وبناءً على ما تقدم، فإن هذا المعيار وإن كان شخصياً وفقاً لكلا الاتجاهين، إلا أنه شخصي بحت وفقاً للحالة الأولى، طالما لا يعتد إلا بقصد الاضرار بالغير، إذا أن القصد هو الشرط الاساسي والوحيد لتحديد التعسف، وإذا كان هناك مصلحة تافهة من وراء استعماله لحقه لا يعد تعسفاً وفقاً لهذا المعيار، بل تندرج تحت المعيار الثاني إذا زاد الضرر على المصلحة زيادة مطلقة.

أما المعيار وفقا للحالة الثانية، فإنه يتسع من شمولية نظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك بإدماجه بالمعيار المادي لأنه يعول على الأضرار الناجمة عنه بصرف النظر عن مصالح تافهة أو قليلة، وبهذا اعتد بقصد الإضرار كشرط رئيسي لتحقيق التعسف، ويمكن أن يكون صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه إذا توافر لدية قصد الإضرار، حتى وإن كان هناك مصلحة تافهة ناجمة من استعمال حقه [٢]، ولا تندرج الحالة الأخيرة تحت معيار(رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً مطلقاً)، إلا إذا كان الضرر يزيد على المصلحة زيادة فاحشة، وهذا ما سنفصله في معيار رجحان على المصلحة رجحاناً كبيراً).

البند الثاني: رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً

ويمكن أن يتحقق التعسف في استعمال الحق بالنظر إلى الآثار المترتبة على استعمال ذلك الحق بغض النظر نية صاحبه، إذا قد يستعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة ظاهرة مشروعة وبطريقة سلمية، ومن دون أن يصحبه قصد سيئ وتسبب أضرار تصيب الغير، بحيث لا توازن بالمصلحة التي

---

[١] انظر: المستشار حسين عامر، التعسف في استعمال الحق والغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٧٢.

[٢] انظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، دار بشير، عمّان، ١٩٩٨، ص ٣٩٣.

يجنيها صاحب الحق من ذلك الاستعمال إذا ترتب عليها رباً خطيراً، فيعد هذا الاستعمال مشوباً بالتعسف على وفق هذا المعيار، لأنه يعتد فيه بثمرة وآثار استعمال الحقه وقوامة الموازنة بين الحقوق.

وبمقتضاه بعد صاحب الحق مسيناً في استعمال حقه، إذا كان هناك اختلال بين المصالح التي يرجوها من استعمال حقه والأضرار الناجمة عنه والتي تصيب بالغير أو تصيب به، وهذا ما تقدره المحاكم حسب ظروف وملابسات كل حالة على حدة، وقد طبقت بعض التشريعات هذا المعيار فيما يتعلق بممارسة حق الملكية [١].

إن هذا المعيار موضوعي بحت ولا يقيم وزناً لقصد صاحب الحق أو الطريقة التي يستعملها بل ويعتد بمعيار سلوك الرجل العادي، لأن الشخص يعد مخطئاً إذا غلب مصلحة استعمال حقه على مصلحة الغير إذا ترتب عليه ضرراً بليغاً يلحق بالمصلحة الأخيرة، بحيث لا يناسب معها مطلقاً، وفي هذه الحالة لا يأخذ بذريعة أنه استعمل حقاً مطلقاً له لأنه يشترط لمشروعية استعمال الحق أن يلتزم صاحبه بالحدود المادية التي رسمها القانون فحسب، وإنما يشترط كذلك أن تكون نية المستعمل سليمة في تحقيق المصالح التي تقرر الحق من أجلها أي يجب ألا تتجاوز غاية الحق نطاق المصالح المشروعة، وإلا يقع الاستعمال تحت دائرة التعسف ويزول صفة المشروعية عن هذا الحق، وإن انتفي قصد الإضرار بالغير، لأن الرجل المعتاد لا يقوم بتغليب مصلحته على واجبه في احترام حق الغير ولا يلحق به الضرر إذا كانت مصالحه قليلة [٢].

البند الثالث: عدم مشروعية المصلحة المقصودة تحقيقها من استعمال الحق

قد أثر المشرع إلى حد بعيد في معيار مشروعية المصلحة دون معيار الغرض الاجتماعي، ومادامت الحقوق تقرر لتحقيق مصالح مشروعة يحميها القانون، لذلك يجيب أن تبقى هذه الحقوق ضمن هذه الوظيفة، فإن استعمال الحق يكون لتحقيق مصالح مشروعية، عندئذٍ يمكن الجهر بأن الحق استعمل في سبيله القانوني، حتى وإن ترتب عليه ضرر يلحق بالغير، وهذا يعني أن الحقوق لا يعترف بها القانون، إلا بقدر ما يحقق من مصالح مشروعية [٣].

وإلا فإن صاحب تلك الحقوق إن هو أخرجها عن نطاق المشروعية فإنه يسيء استعمالها مهما بلغت مصالحه في هذا الاستعمال، ويجرد هذه الحقوق من الحماية القانونية ويستوجب المسؤولية، والمصلحة لا تكون غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب، إنما يتصل بها هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام والآداب العامة روحاً ومقصداً، وإن المصلحة غير مشروعة تلغى المصلحة الأصلية التي شرح الحق من أجلها وهذا خلاف العدل والانصاف وكذلك بعد متعسفاً في استعمال الحق [٤].

قضت محكمة التمييز العراقية، بأنه: (وحيث أن الحكم المميز قد صدر على خلاف وجهة النظر القانونية أنفة الذكر، فيكون غير صحيح ومخالف للقانون فقرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى لمحكمتها،

---

[١] انظر: د. رمضان أبو سعود، شرح مقدمة القانون المدني، نظرية العامة الحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٥١١.

[٢] انظر: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٢٦.

[٣] د. سليمان المرقس، الواقي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، المسؤولية المدنية، مطبعة السلام، مصر، ١٩٨٨، ص ٣٧٢.

[٤] محمد سليمان الاحمد، شرح القانون المدني العراقي (النظرية العامة للالتزامات)، الجزء الأول، مصادر الالتزام، (محاضرات غير منشورة)، ٢٠٠٥، ص ١٣.

للدخول في الدعوى موضوعا وفقاً للمادة (٧) من القانون المدني العراقي، وإجراء كافة التحقيقات القضائية بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون، مع ملاحظة أن هذا القصد يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن المادية، وتكليفهما بإثبات رجحان ضررهما على مصلحة خصمهما رجحاناً كبيراً، أي بان الضرر يفوق مصلحة المدعى عليه).

الأمر الذي يمكن من خلاله أن نستدل على عدم كفاية وصلاحية فكرة الضرر كمعيار عام للتعسف في استعمال الحق بصفة عامة، إذ يحتاج إثبات نية الإضرار بالغير لعوامل خارجية كالمصلحة من حيث وجودها أو عدمه أو من حيث تفاهتها أو عدم تناسبها مع ما يصيب الغير من ضرر للقول بتوافر تلك النية من عدمه.

فضلاً عن أن المشرع العراقي في المادة (٧) من القانون المدني لم يركن إلى هذا المعيار وحده، وإنما أشرك معه معايير موضوعية أخرى يعتمد عليها في تعيين حالات التعسف، فضلاً عن إن المصلحة تعد معياراً إيجابياً لبيان أحقية صاحب الحق في استعمال حقه من عدمه، الأمر الذي يفسح المجال للأفراد استعمال الحقوق المقررة لهم ويمنع مصادرتها.

إن هذا المعيار وإن كان موضوعياً في الظاهر بالنظر إلى آثار استعمال الحق من خلال تحقيق مصالح غير مشروعة، إلا أنه قد يختلط بالمعيار الشخصي عندما يعتد بالناحية الشخصية، وهي نية الاستعمال لدى صاحب الحق، فإذا لم يكن لصاحب الحق باعث مشروع في مباشرة حقه، فلا شك أنه يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعية، إذا يكون للقاضي سلطة تقديرية في رؤية استعمال الحقوق [١].

وهذا ما أكدته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري بقولها: (إن معيار المصلحة غير المشروعية إذا كان مادياً في ظاهره، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الاساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة)، كأن يفصل رب العمل عاملاً لأنه التحق بالنقابة من نقابات العمال أو تفصل الادارة موظفاً لإشباع شهوة حزبية، ففي هذه الحالة لا بد من التحقيق لقصد صاحب الحق في استعمال حقه في الفصل لتبيان وصف الاستعمال بأنه مشروع أم غير مشروع[٢].

---

[١] شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤، ص٢٧.

[٢] مجيد الدين محمد بن يعقوب آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، (بدون سنة طبع)، ص٣٠٠.

الفرع الثاني
المعايير الخاصة

إن المعايير العامة التي ذكرناها في الفرع السابق، هي للرجوع إليها في حالة انتفاء حكم خاص بشأن الفسخ التعسفي للعقد كونها من المبادئ العامة، أما في حالة نص خاص فلا بد من تطبيقها، ونتطرق إلى المعايير الخاصة لإساءة استعمال الحق في فسخ العقد، وذلك وفقاً للآتي:

البند الأول: معيار مخالفة القانون

إن المعايير المحددة في النظرية العامة لإساءة استعمال الحق تعد معايير عامة تمتاز بالشمول لكافة استعمالات الحقوق عند انتقاء نص خاص يحدد طريقة استعمال حق من حقوق معينة، وإلا فإن هذا النص هو الواجب التطبيق -الخاص بالقيد العام- وبناءً عليه، إذا ورد نص ينظم طريقة استعمال حق الفسخ يجب أن يتقيد بها صاحب الحق عند لجوءه إلى الفسخ وبخلافه يعد مسيئاً في استعمال حقه وإن لم يكن متعسفاً وفقاً للمعايير السابقة.

البند الثاني: معيار جدية المبرر

نظراً لكون الحالات التي أوردتها التشريعات، على سبيل المثال لأهم صور التعسف، بحيث يكون المناط الحقيقي التعسف هو التجاوز عن غرض الحق التي شرح من أجله، إذن فإن التعسف لا ينحصر على المعاير الثلاثة في القانون المدني، وإنما يتسع لكل حالات الانهاء التي تمثل انحرافاً عن هدف الحق.

إن القانون منح حقاً لأي من المتعاقدين أن يفسخ العقد غير محدد المدة في أي وقت شاء، بشرط أن يستند في فسخة إلى مبرر كاف وجدي للفسخ، وذلك للتخفيف من الأثر الذي يحدث عن هذا الانهاء[١]، و لقد قضي الشارع على ذلك على خلاف الرأي عن توافر هذا الشرط، فمثلاً هناك حالات لا يتطلب فيها قيام هذا الشرط، لأن المبدأ العام لنظرية التعسف تكفل ذلك، ومنها إنهاء عقد الوكالة وإنهاء عقد العمل وفي حالة انسحاب الشريك من عقد الشراكة، والأمر حول وجوب قيام هذا الشرط في كافة العقود متروك لقاضي الموضوع ولا معقب عليه [٢].

وإننا نتفق معه حول عدم اشتراط (جدية المبرر في إنهاء كافة العقود)، إلا أننا لا نتفق معه، بأن وصف جدية المبرر كشرط لتحقيق التعسف، بل هو في الحقيقة معيار لتحديد حالات التعسف، فمثلا إذا حصل انهاء لعقد الوكالة بدون عذر مقبول، فلا يمكن أن نقول بان التعسف لم يتحقق في هذا الانهاء، حتى وإن لم يكن تعسفاً وفقاً للمعاير السابقة.

فإذا كان حق الفسخ بالإرادة المنفردة حق لكل من الطرفين، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً وإنما يتقيد بأن يكون له مبرر جدي ومشروع، وإلا يعد الفسخ تعسفياً في حالة تخلف هذا الشرط سواء توافرت معاير التعسف أو لم تتوافر، لذلك أمكن القضاء أن يستعمل سلطة التقديرية الواسعة لتحدد التعسف في استعمال حق انها العقد.

وينبغي على القاضي هنا أن ينظر إلى كل قضية على حدة وإن لا يقف على الباحث الذي دفع المتعاقد إلى الفسخ فحسب، بل عليه أن يقف على الظروف العامة المحيطة بالقضية، فوفقاً لهذا المعيار يكون فسخ العقد تعسفياً، اذا استند الفاسخ إلى أسباب غير جدية وقد حكم بأن للمحاكم أن ترفض الحكم بالفسخ اذا دفع المشتري الجزء الأكبر من الثمن إلى البائع ولم يبقي في ذمة إلا جزء قليل الأهمية مقارنة بالثمن الكلي، فإذا قام البائع بفسخ العقد لعدم التنفيذ كاملاً بعد متعسفاً في هذا الفسخ، إن السبب الذي يتذرع

---

[١] المستشار حسين عامر، النصف في استعمال الحق والغاء العقود، مرجع سابق، ص ٤٦٦.

[٢] توفيق حسين الفرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٢٣٤.

به الفاسخ لا يقاس بقياس ثابت بل يختلف باختلاف العرف السائد والظروف التي تحيط بالقضية، معقولاً في زمان و مكان معينين وليس كذلك في زمان و مكان آخرين.

ويمكن للقاضي الاستعانة بالعرف لتحديد ذلك، فان كان الاختلاف الشاسع بين مصلحة الحق في استعمال حقه والضرر الناجمة عنه سبباً كافياً للتعسف في استعمال الحق في الفسخ، فمن باب أولى أن يتحقق التعسف إذا كان الفسخ لا يستند إلى مبرر كافي، ويمكن الاستناد إلى هذا المعيار كقرينة لسوء قصد الفاسخ في استعمال حقه في الفسخ [1].

[1] **منصور مصطفى منصور، فكرة العقد الباطل في الشريعة الاسلامية والقانون (بحث في أصول الصيغة القانونية)، مجلة المكتبة العربية، المجلس الاعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، الخرطوم، ٥ – ١٠ مارس، ٢٠٠١، ص٣١٦.**

المبحث الثاني
أحكام إساءة استعمال الحق في الفسخ

إضافةً إلى المعايير التي ذكرناها في نهاية المبحث السابق، فإن الفسخ التعسفي بحاجة إلى ضوابط تضبط وقوع حالة التعسف أو الإساءة في فسخ العقد، كما أن الفسخ التعسفي للعقد تتحقق في جميع حالات الفسخ بصورة عامة، لذا سوف تقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: أولهما يتناول ضوابط وجود اساءة استعمال الحق في الفسخ، أما ثانيهما فيعالج حالات اساءة استعمال الحق في فسخ العقد.

المطلب الأول
ضوابط وجود اساءة استعمال الحق في الفسخ

مع أن الانسان يتمتع بحرية الارادة في استعمال حقه، إلا أن هذه الحرية لا تكون مطلقة، بل تكون مقيدة بضوابط، ومنها أن يكون صاحب الحق حسن النية في استعمال حقه وأن يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة، وبخلافه يكون صاحب الحق مسيئاً أو أساء استعمال حقه [١]، وعليه سوف نقسم هذا المطلب الى الفرعين التاليين: الأول يتناول ضابط الغش، بينما نبحث في الثاني ضابط انتقاء المصلحة.

الفرع الأول
ضابط الغش

الغش لغة يعني نقيض النصح، وهو مأخوذ من (الغشش) أي المشرب الكدر [٢]، أما تعريفه فهناك تعريفات عدة أوردها الفقه، نكتفي بتعريف الغش في استعمال حق فسخ العقد وعناصره، فالغش يمكن تعريفه بأنه: توجيه إرادة صاحب حق الفسخ نحو فسخ العقد بسوء قصد أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة [٣].

والغش عنصران، العنصر الأول موضوعي يكون بكتمان الباعث النفسي أي اخفاء عدم مشروعية الفعل، وهذا ما يفرق بين الغش والخطأ العمدي، فالعنصر المادي (الموضوعي) وإن توافر في الخطأ العمدي وهو مخالفة واجب قانوني بعدم الإضرار بالغير، إلا أن مخالفة القانون فيه تكاد تكون واضحة، أما

---

[١] مصطفى الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ٢٠٠٤، ص ١٢٩.

[٢] انظر: ابن منظور، لسان العرب، مطبعة دار صادر، بروش، ١٩٩٧، ص ٣٨.

[٣] إلياس أبو عيد، قانون الموجبات والعقود، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة سلطانة القانونية الجديدة، لبنان، ٢٠١١، ص ٣٠٢.

العنصر المعنوي، فإنه ينطوي على سوء قصد المتصرف في تصرفه، فهذا القصد شرط أساسي لتحقيق الغش في التصرفات، وفي تحقيق النتيجة التي تتجه إليها الإرادة، وهي قصد الإضرار بالغير [١].

وفي هذا السياق نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي على أنه: (فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت).

ونرى بأن الغش أوسع نطاقاً من قصد الإضرار بالغير، حيث إن كل قصد الإضرار هو غش، والعكس ليس صحيحاً كما في حالة التحايل على القانون إذ أنه يعد غشاً في كل حالة مادام أنه سيء النية دون أن يشترط فيه قصد الإضرار بالغير.

وبناءً على ما تقدم، فإن استعمال حق فسخ العقد كأي تصرف قانوني آخر يستوجب ممارسته وفقاً لما يتطلبه حسن النية، فإذا صاحب ممارسة حق الفسخ سوء القصد أو هدف الحاق الضرر بالغير، أي إذا تضمن التصرف غشاً او خطأ عمدياً، سوف يفسد هذا التصرف في استعمال حق الفسخ ويقتصر الإفساد على استعمال الحق دون أن يمحو الحق من أصله، وهذا ما يتصف بإساءة استعمال الحق.

الفرع الثاني
ضابط انتفاء المصلحة

المصلحة لغة: المنفعة، أما اصطلاحاً فهناك تعاريف عدة أوردها الفقهاء، نكتفي بتعريف فقهاء الشريعة الاسلامية وتعريف اخر أورده الفقهاء هي الارجح برأينا، أما الفقه الاسلامي فقد عرفها بأنها: (المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة) [٢]، والتعريف الراجح: (جلب منفعة أو دفع مضرة) [٣]، وبعد بيان الفريقين أعلاه لابد من القول بأن المصلحة هي ليست وسيلة لتحقيق غاية، وهي المنفعة، بل هي غاية بحد ذاتها في تصرفات الأفراد وأعمالهم.

ونرى من خلال ما سبق، بأن ضابط وجود التعسف أو الاساءة، هي الغش وانتقاء المصلحة، فإذا وجد الغش وجد التعسف، وانتفت المصلحة في الفسخ عد ذلك تعسفاً في الفسخ، بمعنى آخر نعني بوجود الغش أن طالب الفسخ سيء النية وأن الفسخ لا يعود على الفاسخ أو طالب الفسخ بأية منفعة، فأنه يعتبر مسيئاً في استعمال حقه في الفسخ، وحينئذٍ يقع الفسخ التعسفي، وإن الفسخ إذا وقع لتحقيق مصلحة غير مشروعة أو إذا ترتب على الفسخ ضرر فاحش يلحق بالغير.

---

[١] موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٣١١.

[٢] عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي في أحكام الالتزام، تنفيذ الالتزام، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٨٩.

[٣] محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص٧٧.

إن المشرعين العراقي والمصري وإن لم ينصا على هذا المعيار في النظرية العامة للتعسف إلا أنهما أشارا إلى تطبيقاتها ومنها ما جاء في المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي على أن (١ –لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً، والضرر الفاحش يزال سواء كان حديثاً أو قديماً)، إذ أن هذا النص لم يحدد مفهوم (الفاحش)، بل ترك تحديده للقاضي عن طريق رجوعه إلى العرف الجاري، وكذلك في المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري، والتي نصت على أن: (١ - على المالك أن لا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار).

وهذا يعني أن الجار لا يسأل عما تسبب من ضرر لجاره نتيجة استعمال حقه إلا إذا كان الضرر غير مألوف، وإن هذا التحديد يكون نسبياً بحيث يختلف باختلاف العرف المكاني والزماني وموقع العقار[1].

وبرأيي متواضع، إن النص جاء بمعيار جديد وهو (ضرر غير مألوف) ولا يدخل ضمن نص فقرة (ب) من المادة الخاصة بالنظرية العامة للتعسف ٩١٨ من القانون المدني العراقي والتي نصت على: (وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر، فضلاً عن التعويض الذي يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الانذار بإنهاء التعاقد، الحق في تعويض عما أصابه من ضرر)، لأن هذا الأخير تحدد التعسف من خلال النظر إلى آثار الاستعمال على أساس الموازنة بين منافع صاحب الحق والأضرار الناجمة عنه.

---

[1] محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص٤٤٠.

المطلب الثاني
حالات اساءة استعمال الحق في فسخ العقد

ذكرنا سابقاً أن التعسف أو إساءة استعمال الحق في الفسخ لا يتحقق إلا إذا اندرج الفسخ تحت إحدى معاييره وأن تتوفر ضوابطه، ولأجل تكملة أهمية هذين الموضوعين لابد لنا من شرح وبيان حالات الفسخ التي يمكن أن يحصل فيها التعسف.

وحالات الفسخ عديدة، ولكن يمكن حصرها وارجاعها، إما لكون العقد من العقود غير اللازمة أو لسبب يتصل بتنفيذ العقد، ولذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نكرس الأول لدراسة إساءة استعمال الحق في فسخ العقد غير اللازم، والثاني نبحث فيه إساءة استعمال الحق في فسخ العقد بسبب اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.

الفرع الأول
إساءة استعمال الحق في فسخ العقد الغير اللازم

قد يعد العقد صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره، ولكن يحق لأحد عاقديه أو كليهما أن يتحلل منه ويفسخه دون تراضي أو تقاضي، وهذا ما يسمى بالعقد غير اللازم، والعقد يكون غير لازماً، إما لسبب يرجع إلى طبيعة العقد أو لسبب يرجع إلى خيارات العقد [١].

وفي هذا السياق نصت المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي على أنه: (١- إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي، ٢- على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

هناك عقود عديدة باستطاعة أحد الطرفين أو كلاهما، القيام بحل الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، وهذه الاستطاعة للفسخ في هذه العقود لا تكون إلا في الحالات التي تنص القانون عليها، ولا يجوز الاتفاق على مخالفته او استبعاده، ومن هذه العقود، الوكالة، العارية، القرض، الايراد المرتب مدى الحياة، وسنبحث في هذه العقود، ونقصر كلامنا على الفسخ لسبب من أسباب الانقضاء العقد دون التطرق الى الحالات الأخرى لإنهاء العقود، وسنبحث فيها وفقاً للآتي:

أولاً: الوكالة

ففي عقد الوكالة يحق لكل من الوكيل والموكل أن ينهي عقد الوكالة بإرادته الحرة وفي أي وقت شاء، أما إذا كانت الوكالة بأجر، فيتقيد استعمال هذا الحق بأن لا يكون في وقت غير مناسب، وأن يستند في فسخه إلى سبب معقول، ولا يجوز فسخ العقد دون مبرر جدي وحقيقي، ولمجرد أهواء شخصية وبسوء نية، فمثلاً إذا تنازل الوكيل الثابتة له، بقصد إلغاء الدعوى المرفوعة ضده بصفته وكيلاً، يعد متعسفاً في هذا الفسخ [٢]، وعلى القاضي أن يمنعه من ذلك وتعتبر صفته قائمة، مادام أنه سيء النية ويهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة. وكذلك لا يجوز للموكل أن ينهي العقد إنهاء تعسفياً وإلا يلزم بالتعويض.

كما أن فسخ عقد الوكالة لا يجوز أن يحصل في وقت غير لائق، كأن ينهي العقد في وقت عصيب يمر به العاقد الآخر، وبخلافه بعد متعسفاً في استعمال حقه في الفسخ، ونرى بأن الفسخ هنا يقع تعسفياً،

---

[١] محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٨.

[٢] احمد شوقي، محمد عبد الرحمن، حدود سلطة الموكل في انهاء عقد الوكالة في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٣.

حتى وإن عادت الى الفاسخ مصلحة لأن تحقق هذه المصلحة يتعارض مع مصلحة اخرى جعلها القانون أولى بالرعاية، وتحقيق هذه المصلحة لا يتطابق مع مقاصد القانون وغايته الأساسية، ولذا لا يعدها مصلحة بالمعنى القانوني، ويقول البعض [١]، في هذا الصدد: (ليس في الدنيا مصلحة محضة ولا مفسدة محضة، والمقصود للشارع ما غلب منهما، وإذا تعارضنا نظر في التساوي والترجيح، واللجوء إلى هذه المصلحة قرينة على سوء قصده).

ثانياً: القرض

القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية شيء مثلي، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية العقد شيئاً مثلياً في مقداره ونوعه وصفته[٢]، والقرض من العقود الملزم للجانبين مادام أنه ينشئ التزامات في جانب كل من العاقدين، والالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض هي أن ينقل ملكية الشيء المقترض ويسلمه إياه، ولا يسترد منه إلا عند نهاية القرض، ولكن للمقرض أن يطلب رد المثل قبل نهاية القرض إذا أخل المقترض بالتزامه، أما التي ينشئها في جانب المقترض فهي أن يرد المثل في نهاية القرض وأن يدفع المصروفات وقد يدفع فوائد القرض[٣].

وينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق علية في العقد، ولكن إذا أخل المقرض بالتزامه، بأن كان القرض بفائدة، فإذا لم يدفع المقترض فوائد في المواعيد المتفقة عليها، يحق المقترض الخيار بين إجبار المقترض على دفعها وبين فسخ العقد الإخلال المقترض بالتزامه من دفع الفوائد، ولكن يجب ألا يؤدي الإنهاء إلى إلحاق الضرر بالمقترض يزيد عن المصلحة المترتبة عليه زيادة فاحشة، والا يعد تعسفاً في استعمال حق الإنهاء [٤].

أما إذا كان العقد غير محددة المدة كان للمقرض أن يسترده في أي وقت، وفي هذه الحالة لا يمكن توقع الفسخ فيها إلا في حالة ما يكون الإنهاء ناتجاً عن الغش، كأن ينهي العقد من أجل إشهار إفلاس المقترض، ولا يمكن الكشف عن نية المقرض إلا بالاستدلال بمدى تعود إليه من مصلحة من إنهاء العقد. وإن بعض التشريعات خولت للقاضي إعطاء المدين مهلة في حالة كون العقد غير محدد المدة، ونرى بإن إعطاء السلطة التقديرية للقاضي هو من أجل عدم تعسف المقرض في إنهائه للعقد.

نصت المادة ٦٨٩ من القانون المدني العراقي على أنه: (١- يجب على المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة قدراً ووصفاً في الزمان والمكان المتفق عليهما، ٢- إذا لم يتفق على الزمان كان للمقرض أن يسترده في أي وقت، ٣- وإذا لم يتفق على المكان كان الرد واجباً في مكان العقد).

---

[١] صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة ١-٢، دار العلم الملايين، بيروت، ١٩٨٣، ص ٥١.

[١] المادة (٦٨٤) من القانون المدني العراقي.

[٢] المستشار المحامي أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤٨٠.

[٤] عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، المجلد الأول، نظرية الالتزام، تحليل العقد، الطبعة الثالثة، مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠٠٣، ص ٢٥٢ – ٢٥٣.

ثالثاً: عقد العارية

يتضمن عقد العارية التزاماً على عاتق المستعير بالمحافظة على الشيء المعار ورده عند إنهاء العارية[١]، على أن يبذل في المحافظة على الشيء المستعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل من ذلك عن عناية الرجل المعتاد.

وإن عقد العارية يخضع لعاقد الفسخ، لكونه من العقود غير اللازمة، حيث يجيز القانون[٢] لكل الطرفين إنهاء العقد قبل إنهاء مدته المحددة له وفق شورط معينة إذا كانت الوديعة غير محددة المدة.

وليس للمعير أن يطلب رد الشيء المعار قبل حلول الأجل المحدد في العقد إذا كانت مدته معينة، أما إذا كانت غير محدودة، ولا يمكن تحديدها بالغرض من استعمال الشيء المعار ولم يكن من المستطاع بأية وسيلة اخرى تحديدها من قبل القضاء، فللمعير أن يطلب من القضاء رد الشيء المعار في أي وقت على ألا يكون في وقت غير لائق، وإلا فلا تستقيم فكرة التبرع الذي أراد به المعير إسداء خدمة إلى المستعير، وبذلك يعد متعسفاً في استعمال حقه [٣].

ولكن يجوز للمعير أن يطلب انهاء العقد في أي وقت إذا عرضت له حاجة عاجلة لم تكن متوقعة إلى الشيء المعار والحاجة العاجلة وعدم توقعها تخضع تقديرها إلى سلطة القاضي المطلقة، بحيث إذا تبين للقاضي أن إنهاء العارية يترك ضرراً يلحق بالمستعير، يرجح ما يصيب المعير من ضرر نتيجة بقاء العقد فأنه يرفض الطلب.

نصت المادة (٨٤٧) من القانون المدني العراقي على الإعارة، حيث جاء فيها: (الاعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على أن يرده بعد الاستعمال ولا تتم الاعارة إلا بالقبض).

كما نصت المادة ٨٦١ من القانون المدني العراقي على أنه: (١- تنتهي الاعارة بانقضاء الاجل المتفق عليه، فإذا لم يحدد لها أجل انتهت باستعمال الشيء فيما أعير من أجله، فان لم تكن الاعارة محددة بأي طريقة جاز للمعير أن يطلب انهاءها في أي وقت، ٢- وفي كل حال، يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء الاعارة غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير، فلا يرغم على قبوله).

ويحق للمعير المطالبة بإنهاء العقد إذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار أو لم يبذل العناية اللازمة للمحافظة على الشيء بما يتطلبه القانون، وكذلك يحق للمعير المطالبة بالفسخ إذا عسر المستعير بعد انعقاد الإعارة أو كان وعسراً قبل ذلك ولكن المعير لم يعلم بذلك إلا بعد إن انعقدت الإعارة [٤]، والمفهوم لمخالفة الحالة الاخيرة هو أنه لا يحق له المطالبة بالإنهاء إذا علم بالإعسار قبل العقد. أما بالنسبة للمستعير فأنه يحق له أن ينهي العقد في أي وقت ويرد الشيء المعار، إذ لم يكن له حاجة إليه، على ألا يلحق هذا الرد ضرراً بالمعير، ولكن إن كان يضر به فلا يرغم على قبوله [٥].

---

[١] المادة (٨٤٧) من القانون المدني العراقي.

[٢] المادة (٨٦١) من القانون المدني العراقي.

[٣] حسن عبد الباسط جميعي النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢٤١.

[٤] المادة (٨٦٢) من القانون المدني العراقي.

[٥] محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٣.

الفرع الثاني

إساءة استعمال الحق في فسخ العقد بسبب اخلال أحد المتعاقدين بالتزامه

على المدين أن يقوم بتنفيذ ما التزم به عيناً [١]، وهذا هو الأصل ووفقاً لمبدأ حسن النية، غير أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه على النحو المتفق عليه في العقد ووفق مبدأ حسن النية في المعاملات، فإن للطرف الآخر ألا يلزم أيضاً، وإن الحالات التي يجيز القانون لأحد المتعاقدين أن ينحل من الرابطة العقدية بإرادته نتيجة إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه فإنه يشترط أن يكون هذا الاخلال واقعاً فعلاً، لا أن يبدي عذراً للفسخ أو يقع الفسخ تعسفاً، وعدم التنفيذ قد يكون كلياً أو جزئياً بغض النظر عن قدر الاخلال بالالتزام وأهميته مادام مخالفاً لحدود الالتزام [٢].

لذلك يكون الطرف الذي لم ينفذ خصمه التزامه، أن يختار بين التنفيذ الجبري وفسخ العقد، بيد أن هذا الحق ليس مطلقاً مادام قد يسيء استعمال هذا الحق، كأن يكون التنفيذ الجبري مجدياً ولكن يلجأ إلى الفسخ إضراراً بخصمه، ويبدي الخصم استعداده للتنفيذ.

أما فيما يتعلق بعدم التنفيذ الكلي، فإن توقع التعسف قد يضيق، بحيث إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه كلياً ولم يكن معذوراً، فإنه يحق للطرف الآخر أن يفسخ العقد ويكون الفسخ في محله، وليس للقاضي سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ، وإلا عد القاضي مشرعاً لا مطبقاً للقانون.

أما إذا كان المدين حسن النية وأن الوفاء بالتزامه يتطلب تعاوناً من جانب الدائن ولم يقم به الأخير، فليس للدائن فسخ العقد، وللقاضي منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، ولكن دون ضرر يصيب الدائن، ويشترط أيضاً المصلحة في طلب الفسخ وإلا عد متعسفاً في استعمال حقه [٣].

نصت المادة ٢٥٢ من القانون المدني العراقي في هذا الخصوص على أنه: (إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إذا كان له محل).

وفي حالة عدم التنفيذ الجزئي، فيجب أن يكون على قدر من الأهمية لكي يبرر الفسخ، أما إذا لم يقع الفسخ وقدم الدائن طلباً إلى القاضي بالفسخ، فإن للقاضي سلطة تقديرية تجاه الطلب، وفي تحديد درجة جسامة الإخلال ولم يلزمه المشرع بمعيار معين [٤].

ويبدو أن محكمة التمييز العراقية لا تجيز طلب تجزئة الفسخ اذ ذهبت في قرار لها بعدم إمكانية المطالبة بالتعويض ما لم يطلب المدعي فسخ العقد، اذ رأت المحكمة ان طلب التعويض تابع لطلب الفسخ، ومن وجهة نظري أن موقف المحكمة محل نظر، إذ ليس في أحكام القانون المدني العراقي ما يشير إلى وجوب المطالبة بالفسخ حتى يستطيع المدعي المطالبة بالتعويض، وقد يكون من مصلحة الدائن الإبقاء على

---

[١] المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي.

[٢] محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٨٦.

[٣] عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، الطبعة الرابعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، ٢٠٠٠، ص٢٤٢.

[٤] علي عبد العالي الأسدي، النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ٢١١.

العقد وطلب التعويض عن التأخير في التنفيذ أو أن يقصر طلبه على الفسخ الجزئي للعقد أن كان محله يقبل التجزئة [١].

وفي هذا السياق نصت المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي على أنه: (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته).

وقد يتفق المتعاقدان قبل حصول التنفيذ أو بعده على فسخ العقد وإزالة آثاره، فيدرج في العقد شرطاً يقضي بفسخه إذا ما أخل الطرف الثاني بالتزامه، وعلى أية حال للقاضي الحق في التحري عن الشرط الفاسخ وكيفية استعماله، إعمالاً لنظرية التعسف في استعمال الحق كونها من المبادئ الأساسية في القانون المدني رغم غياب النص في بعض حالات على وجود الشرط الفاسخ أو اتفاق الطرفين على شرط فاسخ في العقد، كون أحد العاقدين أو كلاهما يتفقان على شرط فاسخ في العقد بحكم القانون دون حاجة إلى إعذار أو إنذار [٢].

وهذا ما جاء في نص المادة ١٧٨ من القانون المدني العراقي، حيث نصت على أنه: (يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على عدم ضرورته). ونرى أن القاضي يمكنه أن يتحرى في غرض هذا الشرط هل يلحق ضرر بالدائن؟ وهل هناك مصلحة مشروعة للمدين؟... الخ.

ومن جانبنا، فإنه على الرغم من انتفاء النص الخاص يمنح القاضي سلطة تقديرية إزاء الشرط الصريح الفاسخ إلا أنه يحق له التحري في غرض هذا الشرط وكيفية استعماله اعمالاً لنظرية التعسف في استعمال الحق لكونها من المبادئ الأساسية في القانون المدني.

---

[١] قرار محكمة التمييز العراقية صدر في ٢٠٠٩١٣١٢٣ مجلة القضاء، العدد الأول، كانون الثاني – شباط – آذار ٢٠٠٩ السنة الخامسة والثلاثون ص ١٧٨.

[٢] فتحي عبد الرحيم عبد الله، احمد شوقي محمد عبد الرحمن، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، النسر الذهبي للطباعة، بدون سنة طبع، ص ١٧٨.

المبحث الثالث

طبيعة المسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد وآثارها

علمنا من خلال المبحثين السابقين أن الفسخ خيار يستعمله أحد المتعاقدين سلاحاً يتصدى به لعدول أو إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه الناشئ عن العقد المبرم بينهما، ومن البديهي أن من يستعمل خياراً قانونياً منحه إياه القانون عليه أن لا يسئ الاستعمال، لكن يجب ألا يقف الحديث عند هذا الحد، بل يجب أن يوضع جزاء حقيقي لمن يتعسف في استعمال حقوقه وخياراته القانونية، فلا يقف عند هذا المنع بل يجب أن يتحمل الشخص مسؤولية إساءته وتعسفه، وهذه المسؤولية لا شك أنها المدنية، لكن ما هو وصفها؟

إن التكييف القانوني هو إعطاء الوصف الحقيقي السليم للواقعة أو المنازعة المعروضة أمام القاضي، وإعطاء هذا الوصف كفيل بأن يوضح ماهية الأحكام المترتبة على توصيف الواقعة وتحديد نوع المسؤولية، وهنا يترتب توضيح ماهية الأحكام التي تفرض على الفسخ التعسفي للعقد، إذ إن لتحديد ما إذا كانت المسؤولية عقدية أو غير عقدية نتائج قانونية مهمة، وعليه فإننا سنقسم هذا المبحث الى مَطلبَين:

المطلب الأول: التكييف القانوني للمسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد

المطلب الثاني: تبعات المسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد

المطلب الأول

التكييف القانوني للمسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد

إذا حصل فسخ العقد لأي سبب كان سواء بسبب كون العقد غير لازماً أو بسبب إخلال أحد طرفيه بتنفيذ التزامه العقدي، وتحققت فيه عناصر التعسف في استعمال الحق بأن يقع تحت أحد معاييره وتوافرت أركانه، فإن الفاسخ يتعرض إلى مسؤولية المدنية، ويتحمل آثارها [1].

ونظراً لكون موضوع الفسخ التعسفي يجمع بين طياته موضوعين مهمين في ثنايا القانون المدني، أولهما التعسف في استعمال الحق، وثانيهما فسخ العقد، وما قد ينجم عنهما من مساءلة المدنية، اضطر الفقه والقضاء أمام خلو التشريع من نص لتحديد طبيعة مسائلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم في استعمالها، ولا سيما المتعسفون في استعمال خيار فسخ العقد إلى البحث في أساس مقبول عن حقيقة وصف المسؤولية الناشئة عن الاساءة في استعمال حق فسخ العقد فينظروا إليها من زاويتين، أولهما من زاوية الإساءة في استعمال الحق، وثانيهما من زاوية فسخ العقد، أي أنه إذا قلنا بأن الإساءة في استعمال حق الفسخ وقع بسبب إخلال بالتزام خارج عن نطاق العقد، فإنه يستوجب المسائلة وفقاً لقواعد المسؤولية غير العقدية، أما اذا قلنا بأنه وقع بسبب اخلال بالتزام من الالتزامات العقدية، فإنه يدخل في نطاق المسؤولية العقدية، وسنتناول كلا من هذين الاتجاهين في فرعين مستقلين.

---

[1] صدام محمد محمود صدام، الأصول العامة للقاعدة القانونية والحق والالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٦٧.

الفرع الأول
الاتجاه القائم على عدم عقدية المسؤولية

ينطلق هذا الاتجاه من منطلقات عديدة، سنسلط الضوء عليها بشيء من التفصيل تباعاً، وذلك وفقاً للآتي:

أولاً: لا يترتب على الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً انعدام العقد انعداماً يمحو أثره القانوني، فيعد كأن لم يكن ويعود العقد إلى الحالة التي كانت عليه قبل التعاقد، ومن ثم تنعدم كافة الآثار التي تولد عنه ويلتزم كل متعاقد برد ما تسلمه، تنفيذاً للعقد[١]، فإذا كان العقد بيعاً وفسخ رد المشتري ما استلمه من المبيع إلى البائع، ورد البائع الثمن إلى المشتري، وإذا كان فسخ العقد بسبب اخلال أحد طرفيه بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه، لإهمال أو تعمد يحق للدائن أن يرجع بالتعويض على مدينه إن كان ثمة ضرر قد لحقه من جراء الفسخ [٢].

إن أساس التعويض هنا يكمن في المسؤولية غير العقدية، ذلك أن العقد انعدم وجوده بعد فسخه، ولا يصلح أن يكون أساساً للتعويض، وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين، ويعد العقد بمثابة واقعة مادية لا عملاً قانونياً[٣]، كما ولا يصلح سنداً لترتيب آثار جديدة لتطبيق الشرط الجزائي الواردة في العقد المفسوخ، فإذا فسخ العقد فلا يطبق الشرط الجزائي بل يقدر القاضي التعويض لزوال العقد، لأن الشرط الجزائي هو اتفاق طرفي العقد على جزاء اخلال بالالتزام الأصلي في العقد، فإذا سقط هذا الالتزام بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي، فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه، وإن استحق التعويض للدائن تولى القاضي تقديره.

وذهبت محكمة التمييز الاتحادية العراقية إلى الحكم نفسه إذا قضت: (بأن المطالبة بالشرط الجزائي، وهو تعويض لا يصح الا بعد طلب الفسخ)[٤]، وهذا أوقع المحكمة في تناقض لأن فسخ العقد يزيل الوجود القانوني له طبقاً لفكرة الأثر الرجعي للفسخ ومن ثم يزول الشرط الجزائي تبعاً للعقد بعد فسخه، فكيف يفسخ العقد ويقضى بالشرط الجزائي.

ثانياً: إن استعمال خيار الفسخ هو استعمال خيار قانوني، لذا فان التعسف فيه، يعد بمثابة اخلال بالتزام قانوني سابق تفرضه أصول القانون، ولو لم تنص عليه صراحةً، وهو وجوب الامتناع عن الإضرار بالغير، وعلى أساس هذا الالتزام يقوم ما تفرضه نظرية التعسف في استعمال الحق من قيود للحقوق الشخصية، فاستعمال صاحب الحق لحقه الشخصي الذي لم يكن متجاوزاً فيه الحدود المادية لحقه، إلا أنه انحرف في استعماله عن الغاية التي يهدف إليها ذلك الحق، فهنا يعد فعله غير مشروع ينجم عنه المسؤولية غير العقدية[٥].

لكن من جهة أخرى، فإن الالتزام بعدم التعسف في استعمال الحق مادام أنه له صلة بالعقد، أصبح من ضمن الالتزامات العقدية، لأن مضمون العقد لا يقتصر على ما جاء في العقد صراحةً بل يتعدى إلى ما يتطلبه العرف أو العدالة أو القوانين.

---

[١] المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي.

[٢] المادة (١٥٧) من القانون المدني العراقي

[٣] المستشار محمد محمود المصري والمستشار محمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة الطبع، ص ٦٦.

[٤] رقم القرار ٨٨٠ صدر في ٢٠٠٣\١١\٢٢، أشار إليه: لفته حامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية القسم المدني، الجزء الأول الطبعة الأولى، بغداد ٢٠١١، ص ١٤٨.

[٥] عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في البلاد العربية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٤٥ – ٤٩.

ثالثاً: الإساءة في استعمال الفسخ مسألة خارجة عن نطاق العقد تظهر في مرحلة إنهاء العلاقة العقدية، ومادام أنه ليس من عقد قائم أو كان العقد قد انتهى فكل ما يترتب من مسؤولية فيما قبل نشونه أو بعد انتهائه هي مسؤولية غير عقدية، حتى ولو كان لها به صلة.

رابعاً: إن غالبية الفقه[١]، تتفق على أن التعسف هو أحد التطبيقات الخطأ التقصيري، لذا فوجود هذا التعسف كافياً مهما كان نوع الحق، لنهوض المسؤولية غير العقدية ومفاده أن التعسف في استعمال الحق يعد تطبيقا عادياً من تطبيقات الخطأ (التقصيري)، وأنه لا يقوم على أساس يتميز من المسؤولية غير العقدية إذ أن التعسف في استعمال الحق خطأ يستوجب المساءلة، والمساءلة فيه كالمساءلة عن الخطأ في صورته العادية وهي صورة الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق، والتعويض عن الضرر في هذه المسؤولية يمكن أن تكون نقدياً كما يمكن أن يكون عينياً، مثل عدم تنفيذ فسخ عقد العامل الذي يمارس نشاطاً نقابياً.

وفقاً لهذا الرأي، يعتبر داخلاً في نطاق المسؤولية غير العقدية حتى ولو كان له صلة بالعقد كإنهاء العقد غير محددة كعقد العمل أو عقد الشركة، لأن المسؤولية لا تقوم لمجرد إنهاء العقد، بل أنها تأتي نتيجة عمل غير مشروع في إلغاء العقد، كأن يكون الالغاء بسوء نية أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة أو غيرها من الحالات الأخرى للتعسف، فالمسؤولية غير العقدية هي الأساس النظري لنظرية التعسف في استعمال الحق، ولما كانت المسؤولية ذاتها تقوم على فكرة الخطأ، فأن الخطأ أساس هام في التعسف أيضاً.

الفرع الثاني
الاتجاه القائم على عقدية المسؤولية

يرى بعض الفقه [٢]، إلى أن إنهاء عقد العمل على سبيل المثال بطريقة تعسفية هو في حقيقته إخلال بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد الذي يحكم العلاقة بين العامل وصاحب العمل، إذا تكون المسؤولية الناتجة عن الاخلال بهذا الالتزام مسؤولية عقدية لأن إنهاء عقد العمل بطريقة تعسفية يعد إخلالاً بمبدأ عام هو وجوب تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية[٣]، وهذا الرأي إذا ما طبقناه على سائر العقود التي يحصل فيها الفسخ التعسفي نجد أنه يستند الى مبررات عديدة نوردها أدناه.

أولاً: بينا في الاتجاه الأول بأنه يترتب على الفسخ الرجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد لذا لا وجود للعقد، فإذا ما تعسف المتعاقد في الفسخ العقد، فيجب ألا يؤدي هذا التعسف في فسخ العقد إلى فسخه بصورة حقيقية، ذلك أن طالب الفسخ يكون ساعياً إلى نقض ما تم على يديه.

لذا فإن سعيه يجب أن يكون مردود عليه، ففي الأحوال التي يمنح فيها لأحد العاقدين أن يفسخ العقد عند إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، فإنه يشترط أن يكون هذا الاخلال يبرر الفسخ لا أن يبدي عذراً للفسخ، وإن تأخير بتنفيذ الالتزام قد لا يعد إخلالاً لكي يبرر الفسخ، وإنما يتحقق الاخلال بالتنفيذ إذا ما بدأ صراحةً أو ضمناً ممن نسب إليه، وكذلك في العقود التي يتطلب الشارع عند فسخ العقد بالإرادة المنفردة أن تتوافر فيها شروط بعينها عند انقضاء العقد تعسفياً.

---

[١] خليل جريح، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٢٠٤.

[٢] مروان كركبي، دكتور سامي منصور، القانون المدني الأموال والحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٠٩.

[٣] جاء هذا المبدأ في المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي.

ثانياً: الاساءة في استعمال حق الفسخ

هو جزء من تطبيقات الخطأ العقدي، يقابل التعسف في استعمال الحقوق الأخرى الذي يعد من تطبيقات الخطأ التقصيري، لأنه ناشئ من علاقة محددة بين شخصين يرتبطان بعقد، إذاً فالمسؤولية العقدية، إضافةً إلى هذا فإن الالتزامات الناشئة عن العقد لا تقتصر على الالتزامات التي يتفق عليها المتعاقدان صراحةً في بنود العقد، بل يتعدى إلى ما هو من مستلزماته على وفق القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام [١].

ويكفي لترتيب الأثر القانوني أن يكون التعبير عن الارادة ضمنياً عن طريق تحليل العقد والوقوف على حقيقة مضمونه، ويجب على القاضي اتباع القواعد العادية في التفسير العقد، ليكشف الالتزامات التي أراد كل من المتعاقدين انشائها، على أن الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد صراحةً أو ضمناً، مع ذلك يستطيع القاضي على وفق القواعد العامة، أن يتدخل في مضمون العقد بأن يضيف إلى مضمون العقد ما يقتضي العرف والعدالة والقوانين بإضافته إليه، على أن يراعي في ذلك المرغوب فيه اجتماعياً لأن القانون نظام اجتماعي يهدف إلى حماية الفرد وتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة[٢].

وقد جاء المشرع من تطبيقات على هذه الحالة ومثال على ذلك نظرية الظروف الطارئة، إذ أن المشرع خول القاضي سلطة التدخل في شريعة العقد لإقامة التوازن إذا ما طرأت بعد العقد ظروف استثنائية.

ثالثاً: إن الأثر الرجعي المقرر للفسخ هو أثر تفرضه الحيلة القانونية هو قائم على الافتراض المخالف للحقيقة والواقع فالفسخ يختلف عن البطلان، لأنه ينشأ نتيجة لوجود خلل في مرحلة تنفيذ العقد، أما البطلان فإنه ينشأ لوجود خلل في مرحلة ابرام العقد، ولهذا عدم إعمال هذا الأثر عند وجود التعسف في استعمال فسخ العقد، فان التعسف هنا يشبه حالة عدم نفاذ التصرف[٣].

إذ أن حق الدائن قد يتعرض لمخاطر زيادة العناصر السلبية في ذمة مدينه المالية مادام أن دينه غير مضمون بالحصول على تأمين خاص، وإن هذا قد يحدث نتيجة المجري العادي للتعامل والوفاء بالالتزامات الناجمة عنها، إلا أن المدين قد يكون سيء النية، فيقوم بالتصرف في أمواله من أجل إلحاق الضرر بدائنه أو يبعثرها إن لم يكن بقصد الإضرار فهو بطيش أقرب إلى الغش دون مراعاة الحقوق[٤].

وبذلك فإن القوانين أقرت دعوى عدم نفاذ التصرفات القانونية كوسيلة لحماية حقوق الدائنين، إذ يحق للدائنين الذين حقهم مستحق الاداء وصدر من مدينهم تصرف ضار بأن يسبب إعساره أو زيادة

---

[١] ابراهيم سيد أحمد، الشرط المانع من التصرف فقهاً وقضاءً، الطبعة الاولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٥١.

[٢] د. حامد زكي التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد (١)، السنة الأولى، ١٩٣٦، ص ٧٥١. وعدنان ابراهيم سرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ١٩٨٤، ص ٢٢٧.

[٣] ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الاول، نظرية العقد، القسم الاول، انعقاد العقد، دراسة موازنة في القانون المدني الاردني والفقه الاسلامي مع الاشارة إلى القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمّان، ٢٠٠٢، ص١٠٠.

[٤] عدنان ابراهيم سرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ١٩٨٦، ص ٢٢٧.

إعساره وتصرف بعوض مع علم بذلك بقصد الإضرار بدائنه، وكان المتصرف إليه على علم بذلك الغش، فله الحق في المطالبة بعدم نفاذ التصرف[١].

وجاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية أنه: (إذا وجد القاضي أن المدين سيء النية أو أن الإخلال انصب على التزام رئيس أو أن التنفيذ العيني لم يعد مجدياً للدائن، أو أن الغرض من التعاقد لم يعد ممكناً، كما لو أن الطرفين فقدا الثقة ببعضهما على نحو لم يعد مجدياً الإبقاء على العلاقة التعاقدية، وإلا فإنها ستكون مصدراً للمنازعات، فعندها يقرر القاضي فسخ العقد، وإذا وجد أن الاخلال انصب على التزام ثانوي أو أن المدين حسن النية سيء الحظ، وأن الغرض من التعاقد ما زال قائماً فإنه لا يفسخ العقد وقد ينظر المدين للوفاء) [٢].

وفي هذا السياق نصت المادة ٢٦٣ من القانون المدني العراقي على أنه: (يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعساره وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية).

وهكذا قد منع المشرع نفاذ التصرف المدين بحق دائنه، إذا كان سيء النية ويهدف إلى إلحاق الضرر بالآخر، مادام أنه قدر تعسف في تصرفه لأن قصد الإضرار هو عين التعسف، وبناءً عليه، فإن الفسخ إذا وقع تعسفياً فإنه لابد من منعه، ففي الحالات التي ترتبط المطالبة بالتعويض بعقد باطل وبالسبب الذي أدى إلى أن يكون كذلك تصبح القواعد المسؤولية غير العقدية هي واجبة التطبيق، وتستبعد لذلك قواعد المسؤولية العقدية، حتى ولو كان هناك ارتباط بين المسألة بالعلاقات القائمة بين المتعاقدين مادام أن العقد لم يتم إبرامه[٣]، وهذا يدعم وجوب الفرق بين أثر البطلان وأثر الفسخ[٤].

---

[١] المادة (٢٦٣/٢٦٤) من القانون المدني العراقي.

[٢] قرار محكمة التمييز رقم ١٧٤/موسعة أولى/٨٨٨٧، في ٢٠٠٨\٥\١٢٠، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، لسنة ٢٠٠٨، ص ٤٢.

[٣] د. محمود عبد الظاهر حسين، المسؤولية (التقصيرية) للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوع المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٢٨.

[٤] مروان كركبي، دكتور سامي منصور، القانون المدني الأموال والحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ١١٤.

المطلب الثاني

تبعات المسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد

نُبين في هذا المطلب التبعات القانونية المترتبة على المسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد بأنها عقدية أو غير عقدية، حيث سنوضح النتائج والآثار الناشئة عن المسؤولية في فرعين، وذلك وفقاً لما سيتقدم.

الفرع الأول

نتائج المسؤولية الناشئة عن اساءة استعمال الحق فسخ العقد

إن المسؤولية المدنية للمسيء في استعمال حق الفسخ إما أن تكون مسؤولية عقدية مصدرها ومضمونها عقد أو تكون غير عقدية قوامها الاخلال بالتزام قانوني، مع أن البعض، قد قلل من أهمية التمييز بين المسؤوليتين، لكن التمييز بينهما لا تخلو من الأهمية من حيث نتائج العملية على مصالح كل من المتعاقدين، ويمكن أن نوضح ذلك في بندين وتعالج في الأول: النتائج المترتبة على تحديد صفة المسؤولية قبل تحقيقها، وفي البند الثاني: النتائج المترتبة على تحديد صفتها بعد تحققها.

البند الأول: النتائج الخاصة بتحديد صفة المسؤولية قبل تحققها

ترتبط هذه النتائج بمرحلة ما قبل نشوء المسؤولية المدنية، إذ أن هناك قيود تتطلبها إحدى نوعي المسؤولية دون الأخرى ويمكن معالجة أهمها فيما يلي:

١ـ لما كانت المسؤولية العقدية لا تنشأ إلا حيثما يوجد هناك عقد، فإن الأخير لا يكون له وجود مالم تتوافر فيه أركانه وشروطه القانونية، ومنها الضرورة توافر الأهلية القانونية في طرفيه، وبالتالي فإن انعدام هذه الأهلية تؤدي إلى انعدام العقد، وانعدام الأخير يؤدي إلى انعدام وصف العقدية على المسؤولية المدنية، لذا أمكن القول إن انعدام الأهلية في أحد المتعاقدين يؤدي إلى تحول المسؤولية العقدية إلى غير عقدية، فالأخيرة تتطلب توافر أهلية معينة [١]، وفيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد فإنها تتطلب أهلية عقدية بغض النظر عن وصفها، لأنها تنشأ بطبيعة الحال بعد وجود العقد الذي يتطلب توافر الأهلية في كلا الطرفين.

٢ـ الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية

---

[١] عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطبعة التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٠، ص٢٠.

لما كانت المسؤولية غير العقدية متصلة بالنظام العام في نص القانون على عدم جواز الاتفاق على إعفاء المدين منها[١]، بعكس المسؤولية العقدية التي مردها إلى الإرادة، وبالتالي كان للأخير دور في تحديد نطاقها اتساعاً وضيقاً، بل أن لأطراف العلاقة العقدية الحق في الاتفاق على إعفاء المدين منها، إلا إذا صدر من الأخير غشاً أو خطئاً جسيماً[٢]، أو في الحالات التي نص فيها القانون على غير ذلك[٣]، ولا يتصور وجود اتفاق مسبق بين المتعاقدين على الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد، طالما أن الفاسخ للعقد قد توافر في طلبه عنصر الغش وهو أحد ضابطي التعسف فهو متعسف، لذا لا يجوز إعفاءه من المسؤولية.

نصت المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي على أنه: (وكذلك بجواز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا التي تنشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع).

٣- نوع الضرر الموجب للمسؤولية

لكي يترتب المسؤولية المدنية، لابد من تحقق ضرر أصاب الدائن حتى يستحق عنه التعويض، والضرر واجب توافره في المسؤولية العقدية وهو غير نوع الضرر الواجب توافره في المسؤولية غير العقدية للتعويض.

نصت المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي على أنه: (ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو التأخر في استيفائه، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به).

وفي الأولى يجوز للمتعاقدين الاتفاق سلفاً على تقديره بشرط جزائي، في حين أنه في الثانية لا يجوز لهما ذلك على رأي البعض، وأخيراً إنه يشمل الضرر الأدبي في المسؤولية غير العقدية دون المسؤولية العقدية، وتجدر الإشارة إلى أن الضرر الناجم عن الفسخ التعسفي للعقد، هو ضرر مفترض، إذ يفترض أن العاقد الآخر سوف يلحقه ضرر من جراء التعسف الناجم من فسخ العقد[٤].

٤- القانون الواجب التطبيق

قد تكون المسؤولية المدنية فيها عنصر أجنبي وكأن تختلف جنسية المسؤول عن الجنسية المتضرر أو تكون العنصر الأجنبي متمثل في مكان وقوع الفعل الضار أو في مكان حدوث الضرر، فإننا نكون أمام

---

[١] نصت الفقرة (٣) من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي على أنه: (ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع).

[٢] نصت الفقرة (٢) من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي على أنه: (وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التعاقدي، إلا التي تنشأ عن عنه أو خطأ الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه).

[٣] كما في الحالة عدم جواز اعفاء رب العمل من المسؤولية عن انهاء عقد العمل بدون انذار أو عن انهائه تعسفياً، ينظر الفقرة (٣) من المادة (٩١٨) من القانون المدني العراقي، وحالة بطلان كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من المسؤولية تجاه الراكب، انظر المادة (١٠) من القانون النقل ذي رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣.

[٤] حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية: دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمّان، ٢٠٠٤، ص ١٢٠.

مشكلة تنازع القوانين في تطبيق أحكامها على تلك المسؤولية سواء كانت عقدية أو غير عقدية، وقد تولى القانون الدولي الخاص فض هذا التنازع عن طريق تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية الا ان هذا القانون في مجال المسؤولية العقدية هو غير في مجال المسؤولية غير العقدية، ففي الأولى يطبق القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية فيكون القانون الواجب التطبيق عليها هو القانون الذي اختاره المتعاقدين وإلا فقانون الموطن المشترك لهما، فإن اختلفا في الموطن طبق قانون محل إبرام العقد [١]، وإن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية غير العقدية هو قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام [٢].

البند الثاني: النتائج الخاصة بتحديد صفة المسؤولية بعد تحققها

عندما تتحقق المسؤولية المدنية عقدية أو غير عقدية بتوافر أركانها وشرائطها القانونية، فإن المدين يلتزم بدفع التعويض إلى الدائن، وهناك أمور تتطلبها إحدى المسؤوليتين دون الأخرى في المرحلة ما بين حقق المسؤولية وترتيب أثرها (التعويض) منها:

١ـ عبء الاثبات

إن عبء الاثبات في المسؤولية العقدية أسهل منه في المسؤولية غير العقدية، فالمدعي في الأول وهو (الدائن أي المتضرر) لا يثبت سوى عقد بينه وبين غريمه، وإن هذا العقد يرتب التزامات لم ينفذها الأخير، فتتحقق مسؤولية المدين، مالم يثبت أنه أوفى بالتزاماته العقدية أو أن عدم الوفاء راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه [٣]، في حين أن المسؤولية غير العقدية تقع على عاتقه اثبات العلاقة السببية بين هذا الضرر الذي لحق به، والخطأ (الفعل الضار الصادر من المدين)، وفي الفسخ التعسفي يقع على المتعاقد الآخر اثبات أن طالب الفسخ قد أساء في طلب فسخ العقد، وهذا سهل مادامت الالتزامات العقدية قد حددت سلفاً على الطرفين في العقد.

٢ـ الاعذار

لا يلزم المدين في دفع التعويض إلى الدائن (المتضرر) مالم يقم الأخير بإعذار الأول بالوفاء بما يترتب في ذمته من تعويض نجم عن تحقق المسؤولية العقدية، والغرض من هذا الاجراء هو انتفاء شبهة الدائن الضمني بتأخير بالوفاء، وشبهة إقراره الضمني بعدم حصول ضرر له من ذلك التأخير، ويستغني عن هذه الإعذار استثناء في أحوال معينة[٤]، أما المسؤولية غير العقدية فلا حاجة إلى إعذار المسؤول لدفع التعويض لأنه يكون معذراً بحكم القانون[٥]، والإعذار واجب على المتعاقد المتضرر من استعمال المتعاقد الأخير لخيار الفسخ التعسفي للعقد.

---

[١] المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي.

[٣] المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي.

[٤] المادة (٢٥٨) من القانون المدني العراقي.

[٥] فقد نصت الفقرة (ب) من المادة (٢٥٨) من القانون المدني العراقي، على أنه: (لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية.. ب. إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع).

وهذا الإجراء اشترطته المادة (١٧٧) من القانون المدني بقولها: (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد، جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار، أن يطلب الفسخ ....).

٣- من حيث تضامن المسؤولين

التضامن إما أن يكون ايجابياً التضامن بين الدائنين أو سلبياً التضامن بين المدينين، وهو في الحالتين لا يفترض بل لابد من النص عليه القانون أو الاتفاق عليه في العقد، والتضامن السلبي في المسؤولية غير العقدية(تضامن المسؤولين عن الفعل الضار) يفترضه القانون [١]، على حين أنه لا يفترض مثل هكذا تضامن في المسؤولية العقدية، بل لابد من اتفاق ذوي الشأن عليه في العقد، ويحصل التضامن فيما بين المسؤولين عن الفسخ التعسفي للعقد، عندما يتعدد الأشخاص، كما في عقد الشركة، إذ قد تقرر الأغلبية من الشركاء فسخ عقد الشركة مع شريك معين، فإذا أثبت هذا الشخص أن الفسخ وقع تعسفاً جاز له الرجوع على جميع الشركاء متضامنين إذا كانت الشركة تضامنية أو بسيطة، وعلى الشركة نفسها إن كانت من شركات الأموال، وفي هذا الخصوص نصت المادة ٣١٥ على أنه: (لا يكون الدائنون متضامنين إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك أو كان القانون ينص على تضامنهم)،

٤- التقادم

لا يوجد في العادة نص خاص يحكم تقادم دعوى المسؤولية العقدية، بل يسري على هذا النوع من التقادم الحكم العام المقرر لتقادم دعاوي الديون والحقوق الشخصية لذا فلا يسمع دعوى التزام المدين في المسؤولية العقدية بدفع التعويض بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة إذا كان المدين منكراً [٢]، وهذا يشمل المسؤولية الناشئة عن إساءة استعمال الحق في فسخ العقد، أما المسؤولية غير العقدية فيحكمها نص خاص بتقادم الدعوى بها، إذ لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع أياً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه، ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع، وهذا لا يشمل المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، لأن التعسف في فسخ العقد لا يعد خطئاً تقصيرياً.

---

[١] انظر: المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي.

[٢] المادة (٢٤٩) من القانون المدني العراقي.

الفرع الثاني
آثار المسؤولية الناشئة عن استعمال الحق في فسخ العقد

بعد أن بحثنا في المطلب الأول الوصف القانوني للإساءة في استعمال حق الفسخ وبيننا في الفرع السابق نتائج المسؤولية، ولكي تبدو المسالة أكثر عملية يتعين علينا أن نعالج في هذا الفرع طرق تعويض الضرر، وذلك بالالتزام بالتعويض المدني وهو وسيلة القضاء لجبر الضرر الذي لحق المصاب، وذلك بإزالة الضرر أو التخفيف من وطأته، وقد فرضه القانون على كل من سبب ضرراً للغير.

وفي هذا الصدد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩١٨ من القانون المدني العراقي على أنه: (وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر، فضلاً عن التعويض الذي يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الانذار بإنهاء التعاقد، الحق في تعويض عما أصابه من ضرر).

وعليه سوف نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة بنود وتعالج في البند الأول عينية الجزاء وتعالج في البند الثاني إعادة الحال إلى ما كانت على قبل التعاقد ومن ثم تخصص البند الثالث لحالة خاصة تتعلق بالمسؤولية تجاه الغير المتضرر من إساءة استعمال الحق في فسخ العقد.

البند الأول: عينية الجزاء

إذا كان من العدل علاج الضرر بالتعويض عنه، فمن الواجب تلافي تكرار باستئصال سببه ولا يكون ذلك إلا بالتعويض العيني، يقصد بعينية الجزاء الحكم بإعادة الحال الى ما كانت إليه قبل وقوع الفعل الضار الذي سبب الضرر[١]، وإنه يعد أفضل من التعويض بمقابل فيؤدي إلى محو الضرر وإزالته بصورة كاملة بدلاً من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر التعويض البدلي عوضاً عنه، ولذا يكون أكثر انسجاماً مع ما يهدف إليه التعويض [٢].

ويقترب التعويض العيني في هذا المعنى من التنفيذ العيني وعلى رغم من اختلافهما، فالعينية في التنفيذ تعني تنفيذ عيني للالتزام والعينية في التعويض تعني إزالة الضرر، والتعويض العيني يكون عادةً في المسؤولية العقدية إذ هو الأصل في المسؤولية العقدية، على اعتبار أن ذلك هو غاية الدائن الأصلية من وراء ابرامه للعقد وبه يتحقق التوازن المادي في علاقة الالتزام، أما التعويض العيني في نطاق المسؤولية غير العقدية، فعلى رغم من أن غالبية الفقهاء، يذهبون إلى أنه نادر العمل، إلا أنهم أخذوا به في حالة التعسف في استعمال الحق.

كما هو الحال في الأمر بهدم حائط بني بغير حق أو تعسفاً في استعمال الحق، فإن كانت أغلب التشريعات، جعلت الأصل في التعويض أن يكون نقدياً، إلا أنها خولت القاضي حرية تعين طريقة التعويض تبعاً للظروف وحسب الأحوال، إذ يجوز للمحكمة أن تأمر بالتعويض العيني بعد أن توافر شروط معينة، ومنها طلب الطرف المتضرر ذلك، وإنه يشترط للحكم بالتعويض عينياً أن يكون التعويض العيني ممكناً، أما إذا استحالة التعويض العيني فلا جدوى من المطالبة به، والقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتعويض العيني، ولكن يتعين عليه الحكم به إذا كان ممكناً وطالب به الدائن.

أما بالنسبة للتعويض العيني في حالة تحقق التعسف في استعمال حق الفسخ فيتم إعادة الحال إلى ما كانت عليها قبل وقوع الفعل التعسفي، ويتم ذلك بإزالة الفسخ ويترتب عليه إعادة العقد المفسوخ إلى

---

[١] د. عبد العزيز اللصاصنة، نظرية الالتزام في ضوء القانون المدني المقارن المسؤولية المدنية، الفعل الضار، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن، ٢٠٢٠، ص ١٩٠.

[٢] انظر: حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، ١٩٩٩، ص ١٤٠.

الوجود، ولا يعد ذلك عقداً جديداً، بل أن العقد القديم بجميع التزاماته تعود إلى الوجود، ويعد الالتزام بالتعويض جزاءً من منظومة التزامات العقد أصلاً [١].

يمكن أن يقترن التعويض العيني بالتعويض النقدي إذا ترتب على إساءة استعمال الحق في الفسخ ضرراً لحق بالطرف الآخر، ففي هذه الحالة يحكم القاضي إضافةً إلى إعادة تكوين العقد يحكم بالتعويض المناسب للعاقد المتضرر بسبب الفسخ التعسفي، مادام أن (الفاسخ) قد أخل بالتزامه، وبتنفيذ العقد بحسن نية ويستند التعويض إلى المسؤولية العقدية، غير أنه من الصعب أو يستحيل في بعض الحالات إعادة الحال إلى ما كان عليه، ما يدفع المحكمة إلى اللجوء إلى التعويض بمقابل [٢].

البند الثاني: اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل ابرام العقد مع تعويض عادل

بينا في البند السابق بأن القاضي لا يحكم بالتعويض العيني (اعادة العقد إلى الوجود) إلا إذا تبين له بأن هذه الطريقة من طرق التعويض أصلح من غيره لجبر الضرر، وأنه قد يرى بأن إعادة تكوين العقد غير ممكن أو غير ملائم، خاصةً إذا استحال تكوين العقد بسبب هلاك المبيع في يد الفاسخ، فعندئذٍ لا يبقى أمام القاضي سوى اللجوء إلى القرار بالفسخ مع التعويض المناسب، وللفسخ أثر رجعي بحيث يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، وبذلك يزول كل أثر للعقد فيعتبر معدوماً عند نشأته، فإذا كنا بصدد عقد بيع على البائع رد الثمن وعلى المشتري رد المبيع، فهو الكائن في يده ويهلك على البائع.

واذا كنا بصدد عقد الوديعة على المودع لديه رد الوديعة، وعلى المودع رد مصاريفها اذا كانت الوديعة تحتاج إلى نفقة ومؤونة، ويرد الاستثناء على مبدأ الأثر الرجعي للفسخ في العقود الزمنية كعقد الايجار، فإذا فسخ لم يكن لفسخه أثر رجعي بل يسري من تاريخ الحكم بالفسخ لأن طبيعة العقود الزمنية تستقصي على هذا الأثر، وذلك لأن العقود الزمنية يقصد الزمن فيها لذاته، فالزمن المعقود عليه، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه، ولما كان القانون قد أجاز اقتران تعويض الدائن بالفسخ، لذلك لا يوجد مانع لاقتران التعويض عن الفسخ التعسفي للعقد بالفسخ، والتعويض يتطلب ثبوت الضرر وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وهذا التعويض إما أن يكون تعويضاً نقدياً أو تعويضاً غير نقدياً [٣].

وفي هذا السياق نصت المادة ٢٠٩ من القانون المدني العراقي على أنه: (١- تعين المحكمة طريقاً للتعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو ايراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بان يقدم تأميناً، ٢- ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بإجراء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض).

إن الأصل في المسؤولية التقصيرية التعويض النقدي[٤]، ويعد التعويض النقدي المناسب لإزالة الضرر في كل حالة يتعذر فيها الحكم بالتعويض عيناً، ولا يرى أمامه وسيلة الى تعويض غير نقدي، ويعود السبب في ذلك إلى النقود إضافةً إلى كونها وسيلة للتبادل وتعد وسيلة للتقويم، وذلك إن كل ضرر بما ذلك الضرر الأدبي يمكن تقديره بالنقد، والمحكمة لها سلطة تقديرية في تعيين التعويض النقدي على شكل

---

[١] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمّان، ٢٠٠٦، ص٣٦٠.

[٢] عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، الطبعة السادسة، المطبعة العالمية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٨٧.

[٣] نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٥٥.

[٤] المادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني العراقي

مبلغ معين يدفع للمتضرر دفعة واحدة أو على شكل أقساط أو إيراد مرتب مدى الحياة، ولما كان المدين في الحالتين الأخيرتين يبقى الدين في ذمته مدداً، فيجوز للمحكمة إلزام المدين بأن يقدم تاميناً يقدره القاضي أو ضمناً مقبولاً [١]، وإن لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في تحديد مبلغ التعويض[٢].

إلا أن عليه أن يرجع إلى عناصر التعويض ويتمثل العنصر الأول بالضرر ذاته القابل للإصلاح، وتكون سلطة القاضي في هذا العنصر محدودة، ولمحكمة التمييز حق الرقابة عليه في تحديد نوع الضرر، أما العنصر الثاني فهو التقدير المالي للضرر وهذا التقدير يدخل في سلطة القاضي الموضوع ولا معقب عليه، وإن الأصل التعويض أن يكون مساوياً للضرر، ولكن مقتضيات العدالة توجب على القاضي تخفيض مقدار التعويض عن الذي كان من المفروض أن يحكم به.

وبناءً عليه، فالتعويض ليس كاملاً بالضرورة، فيكفي أن يكون عادلاً، وأيد جانب من الفقه، مبدأ التعويض العادل وجعله هو الأصل في التعويض وخاصةً في المسؤولية العقدية [٣]، إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، حيث يستند إلى فكرة الذنب واللوم الأدبي ويستبدل التعويض العادل بالتعويض الكامل، وبذلك يكون التعويض قد جمع بين الوظيفة الاصلاحية والوظيفة الردعية، وبناءً على هذا الرأي، فإن التعويض يستوجب أن يكون كاملاً مساوياً للضرر الناجم عن التعسف في استعمال حق الفسخ مادام أن عنصر الغش يتضمن لدى المتعسف في استعمال حق الفسخ.

البند الثالث: المسؤولية تجاه الغير المتضرر من اساءة استعمال الحق في فسخ العقد

ذكرنا في البندين السابقين بأن للقاضي حرية في تعيين طريقة التعويض، فإما يكون يحكم بالتعويض العيني متى ما كان ممكناً وبناءً على طلب الدائن، أو أن يحكم بالتعويض النقدي، ففي الحالة الأولى وذلك بعدم إقرار الفسخ يقرر إعادة تكوين العقد المفسوخ، وهنا لا تثور مشكلة المسؤولية تجاه الغير [٤]، مادام أن العقد أعاد الحقوق إلى الوجود، لكن المشكلة تثار في حالة ايقاع الفسخ ولو وقع تعسفاً، فإذا كنا بصدد عقد بيع مثلاً، فإن فسخ العقد يعني أن المشتري لم يمتلك المبيع منذ البداية، مادام أن العقد يعد كان لم يكن.

فإذا نقل المشتري ملكيته أو أي حق عيني اخر للغير، فأنها لا تسري بحق البائع أي أنه يزول حق الغير، وإن تنفيذ التعويض العيني هنا بسبب التعسف في فسخ العقد، يعني إعادة بناء العقد مع كافة الالتزامات الواردة في صلب العقد بما فيها من التزام بنقل أي حق اخر للغير، سواء أكان هذا الغير حسن

---

[١] المادة (١/٢٠٩) من القانون المدني العراقي.

[٢] المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي.

[٣] أسعد دياب، العقود المدنية، العقود المسماة، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص١٣٥.

[٤] مفهوم الغير، هو من كان أجنبياً عن العقد وهو من لا يتصرف إليه اثر العقد ويعد من الغير احد الشخصين أولهما شخص يدخل أصلاً في أعداد من يمثل المتعاقد في العقد من خلف عام وخلف خاص ودائن، ولكن اثر العقد لا ينصرف إلى الحالات استثنائية، وثانيهما شخص أجنبي عن العقد تماماً أي يعني شخص غريب كلياً عن طرفي العقد ولا ينبسط اليهم اثر العقد النظر من صبري حمد خاطر الغير عن العقد دراسة في نظرية العامة للالتزام، جاسم العبودي، الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد، دراسة مقارنة في القانون المدني الوضعي والفقه الإسلامي، مطبعة غرناطة، بغداد، ١٩٩٧، ص ١٣.

النية أو سيء النية، لأن المشتري يعد مالكاً للمبيع منذ وقت إبرام العقد، لا من وقت تنفيذ التعويض العيني [١].

وبناءً عليه فإن الحقوق العينية التي يرتبها المشتري الأول للغير تظل قائمة، ولذلك ليست من مشكلة تجاه الغير، ولكن إذا تضرر الغير بسبب الفسخ التعسفي للعقد بأن كان يحرم من منافع الأعيان خلال فترة الفسخ، فإنه يحق له الرجوع إلى المتعسف للمطالبة بالتعويض على وفق القواعد العامة للمسؤولية غير العقدية، مادام أنه لم يكن ثمة عقد بينهما .

أما في الحالة الثانية، وذلك بإقرار الفسخ من قبل القاضي بأن يعيد طرفي العقد إلى ما كان عليه قبل ابرام العقد، وهذا الأثر لا يقتصر على المتعاقدين فقط بل يمتد إلى الغير أيضاً، فإذا كان العقد بيعاً وباع المشتري المبيع إلى مشتري ثان أو رتب حقاً عينياً للغير، ثم فسخ العقد الأول رد المبيع إلى البائع الأول خالياً من هذه الحقوق لأن الفسخ يجعل المشتري غير مالكاً للمبيع وقت أن رتب الحقوق العينية عليه وذلك استناداً إلى آثر الرجعي للفسخ [٢].

والقاعدة (إذا زال حق من تصرف بالشيء زال من تلقى عنه هذا الشيء)، فإن للفسخ أثر رجعي بحق الغير سواء أكان هذا الفسخ وقع مشروعاً أم أنه وقع تعسفاً، ولكن القضاء أقر به مع تعويض مناسب، وإن التعويض يستحق لكل من تضرر بسبب الفسخ التعسفي، والتعويض يستند إلى المسؤولية غير العقدية، مادام أنه توافرت أركانه من ضرر وفعل ضار وهو الفعل التعسفي ورابطة سببية بينهما، وبناءً عليه يحق للغير إذا لحق به الضرر من جراء الفسخ التعسفي أن يرجع إلى المتعسف بالتعويض.

إن الفسخ كما ذكرنا سلفاً، يزيل التصرف من وقت ابرامه، وهكذا يكون للفسخ أثر رجعي ينسحب إلى الماضي، على أن هذا الأصل ليس مطلقاً بل ترد عليه استثناءات ومنها حماية الغير حسن النية، إذ أن الأثر الرجعي للفسخ لا يسري بحق الغير حسن النية، فإذا كان الغير الذي قرر له المشتري حقاً عينياً حسن النية وشهر حقه وفقاً للقانون فإن الرجعية لا تسري بحقه، كما في حالة حائز المنقول الأول لا يسمح للبائع الأول باسترداد المبيع من المشتري الثاني مادام أنه قد قبضه، وكذلك إن أعمال الإدارة تبقى هنا قيداً على الأثر الرجعي، إذ أنها لا تزول بالأثر الرجعي للفسخ أو لتحقيق الشرط الفاسخ[٣].

ومن أهمها عقد الايجار، إذا كانت مدته لا تزيد على ثلاث سنوات فإذا الغير قد كسب حقاً بمقتضى هذا العقد، مثلاً أن يؤجر المشتري العين، ثم يفسخ البيع لا يزول حق المستأجر بالأثر الرجعي للفسخ إذا كان حسن النية بل يلتزم البائع باحترام هذا الحق، وهذا الاستثناء من ابتكار جانب من الفقه [٤].

وعلة ذلك، هو الرغبة في حماية استقرار المعاملات، فإذا صحت الاستثناءات السابقة ترد على مبدأ الأثر الرجعي للفسخ في حالة وقوع الفسخ مشروعاً، فمن باب أولى تصح في حالة وقوع الفسخ التعسفي للعقد، وذلك لأن حق الغير يمنع اللجوء إلى إقرار الفسخ التعسفي للعقد، لا يبقى امام القاضي سوى اختيار طريقة التعويض العيني حماية للغير حسن النية، بل وقد يلزم به كما إذا تلقى الغير حسن النية ملكية

---

[١] مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١١.

[٢] المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤٩٧. أنظر أيضاً: عبد الحكم فوده، انهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، الطبعة الرابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢٤.

[٣] سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٨٩.

[٤] عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمّان، ٢٠٠٣، ص ٢٩٩.

المنقول من العقد، ولكن هناك استثناء فيما يتعلق باستعمال خيار نقض العقد الموقوف الحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير[١].

وقد نصت المادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير، كما أن له أن يجيزه فإذا نقضه كان له إن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين وأن يستردها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي فإن هلكت العين في يد من إليه ضمن قيمتها).

إن المشرع العراقي قد تشدد في حماية المالك، فالمالك الذي ينقض العقد الموقوف له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين التي ورد عليها هذا العقد، وله أن يستردها حيث وجدها بغض النظر عن كون الغير حسن النية أو سيء النية [٢]، وبناءً عليه فإن الإقرار بفسخ للعقد يرتب للمالك نقض تصرفات من انتقلت إليه العين التي ورد عليها هذا العقد، وله أن يستردها سواء كان هذا الغير حسن النية أو سيء النية.

---

[١] عبدالرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية الجديدة، ١٩٩٨، ص ٦٧٩.

[٢] محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، الدار العلمية والدولية ودار الثقافة، الاردن، ٢٠١٠، ص ١٠٧.

الخاتمة

إن إقرار المشرع لمبدأ الفسخ، إنما أراد به حماية العقد والطرفين المتعاقدين في نفس الوقت، ذلك أنه إذا سمح للدائن اقتضاء حقه بنفسه، فإن هذا الوضع سيؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات الذي ينجم عن تعسف الدائن في استعمال حق الفسخ، غير أنه يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق مسبقا على فسخ العقد، وبذلك يحق لأي منهما التحلل من العقد حين لا ينفذ المتعاقد الآخر التزامه ويرد الاتفاق في شكل شرط صريح فاسخ يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون لمجرد عدم التنفيذ.

ولقد منح القانون للمتعاقد الدائن الذي يرغب في التحلل من العقد حق الخيار بين طلب تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً أو التمسك بطلب الفسخ، كما أنه يستطيع العدول عن أي الطلبين إن أراد ذلك، بشرط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في الدعوى عندما يكون الفسخ قضائياً، غير أنه إذا كان للدائن الحق في فسخ العقد بسبب إخلال المتعاقد معه بالتزاماته، فإن هذا الحق المعترف به قانوناً وقضاءً بحدود.

لذلك لقد خول القانون للقاضي سلطة التدخل في مجال الفسخ حماية لاستقرار المعاملات بين الأفراد، وتفادياً لما قد يحصل من نزاعات بين الأطراف المتعاقدة بشأن تنفيذ العقد، وبذلك يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة سواء في الفسخ القضائي أو الاتفاقي.

وإذا ما تعسف المتعاقد في استعماله خيار الفسخ، فلا يبقى داعياً أن يعطى للفسخ أثراً يذكر فيبقى العقد قائماً، وبالتالي تكون المسؤولية الناجمة عن حالة الفسخ التعسفي مسؤولية عقدية، هذا عندما يكون جزاء المتعسف في استعمال حقه متمثلاً في حرمانه من هذا الخيار، وقد يكتفي البعض بإقرار المسؤولية غير العقدية والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، على المتعسف في استعمال حقه في الفسخ، إذ يعطي للفسخ أثره الطبيعي، لكن يفرض عليه تعويض ما نشأ عن إساءة استعمال حقه من ضرر للمتعاقد الآخر.

ومن خلال البحث ودراستنا لموضوع التعسف أو الاساءة في استعمال حق الفسخ توصلنا إلى استنتاجات ومقترحات سنحاول أن نبنيها فيما يلي:

أولاً: الاستنتاجات

١. الفسخ ما هو بحق بالمعنى القانوني، وإنما هو خيار ليس إلا، منحه القانون للفاسخ لتمكينه من التحلل من الرابطة العقدية وأساسه العدالة.
٢. الهدف من الفسخ هو ضمان حقوق الطرف الفاسخ، ويجب عليه ممارستها لتحقيق مصلحته وضمان حقوقه وإلا عد متعسفاً ومسيئاً في استعمال حقه.
٣. إن المعايير الثلاثة الواردة في القانون المدني والمتعلقة بالتعسف في استعمال الحقوق عموماً لا تتسع لتحديد جميع حالات الفسخ التعسفي للعقد لأن مجال التعسف في استعمال حق الفسخ أكثر من مجال التعسف في استعمال الحقوق العادية، إذ أن ممارسة الحق من النوع الأول تقرر استثناءً لما يتضمن من مخالفة للقاعدة العامة التي تتمثل في بقاء العقد لتحقيق استقرار المعاملات، في حين أن ممارسة الحقوق العادية ليست كذلك مادام يخول القانون صاحبها من استعمال واستغلال وتصرف كأصل، لذلك القيود الواردة على الاستعمال في الحالة الأولى أكثر من القيود الواردة على الاستعمال في الحالة الاخيرة.

٤. لابد من تحقيق ضوابط الإساءة في استعمال حق الفسخ وهي الغش وانتفاء المصلحة حتى يتحقق الإساءة في الاستعمال حق الفسخ، وإن أحدهما لا يغني عن الآخر مسؤولية المسيء (المتعسف) في استعمال حق الفسخ، فتكون عقدية، ومسؤولية المسيء في استعمال حق الاخر، غالباً ما تكون غير عقدية.
٥. تثار مسؤولية المتعسف في استعمال حق الفسخ مثلما تثار مسؤولية المتعسف في استعمال أي حق اخر، ولكن تختلفان من حيث نوع المسؤولية، إذ أن في الأولى غالباً، تكون عقدية وذلك لوجود عقد بين الطرف المتعسف والطرف المتضرر، في حين أن المسؤولية في الحالة الاخيرة دائماً تكون غير عقدية.
٦. أن أفضل تعويض عن الضرر الناجم عن الفسخ التعسفي للعقد هو التعويض العيني، فإنه يؤدي بالعقد إلى الوجود بعد فسخه، وهذا يعد تطبيقاً من تطبيقات مبدأ (الغش يفسد كل شيء).
٧. إن التعويض عن الضرر الناجم عن الفسخ التعسفي يستند إلى المسؤولية غير العقدية، إلا إذا وقع الفسخ التعسفي بسبب مخالفة الفاسخ لما حدده في نص خاص في كيفية الفسخ، فإنه يستند إلى المسؤولية العقدية لأن التعسف هنا بمثابة اخلال بالتزام عقدي.

ثانياً: التوصيات

١. نوصي بتعديل المادة (٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على: (من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان)، وجعلها كالآتي: (من أساء استعمال حقه وجب عليه الضمان).
٢. نوصي بإعادة صياغة البند ب من الفقرة الثانية من المادة (٧) والذي نص على: (إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال إلى تحققها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها)، وجعلها وفقاً للآتي: (يجب أن تكون المصالح التي يرمي إليها هذا الاستعمال لتحقيقها تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها).
٣. نوصي المشرع العراقي بإيراد نص في نطاق المواد الخاصة بحالة الفسخ التعسفي للعقد، ونقترح أن يكون ذلك النص على الشكل الآتي: (ينعدم أثر الفسخ إذا ثبت تعسف الفاسخ في استعمال حقه، ويعد الفسخ تعسفياً: (١- إذا نتج عن الفسخ تحقيق مصلحة غير مشروعة، ٢- إذا كان الفسخ مستند إلى مبرر ضعيف، ٣- إذا ثبت فسخ العقد بنية الإضرار بالطرف الآخر أو بالغير).
٤. نوصي المشرع العراقي باعتبار المسؤولية المترتبة عن الفسخ التعسفي مسؤولية عقدية، حيث تكون المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن التعسف في اللجوء إلى خيار الفسخ، حيث نقترح أن يكون النص وفقاً للآتي: (للمتعاقد المتضرر من فسخ العقد بصورة تعسفية أن يطالب بالتعويض وفقاً للمسؤولية العقدية).
٥. نوصي بإيراد نصوص في التشريع المدني العراقي تتضمن معالجة أحكام الفسخ التعسفي للعقد ضمن باب إساءة استعمال الحق في فسخ العقد، ومبيناً فيها الوصف القانوني لها وحالاتها وأحكامها وآثارها وكيفية التحقيق في وجودها بشيء من التفصيل الدقيق.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب القانونية

١. ابراهيم الدسوقي أبو اليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانين الوضعية، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٩٤.

٢. ابراهيم سيد احمد، الشرط المانع من التصرف فقهاً وقضاءً، الطبعة الاولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.

٣. احمد شوقي، محمد عبد الرحمن، حدود سلطة الموكل في انهاء عقد الوكالة في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٤. أسعد دياب، العقود المدنية، العقود المسماة، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.

٥. إلياس أبو عيد، قانون الموجبات والعقود، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة سلطانة القانونية الجديدة، لبنان، ٢٠١١.

٦. أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

٧. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٨. توفيق حسين الفرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨.

٩. جاسم العبودي، الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد، دراسة مقارنة في القانون المدني الوضعي والفقه الإسلامي، مطبعة غرناطة، بغداد، ١٩٩٧.

١٠. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، ١٩٩٩.

١١. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٤.

١٢. حسن عبد الباسط جميعي النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٢.

١٣. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٦.

١٤. حسين عامر، التعسف في استعمال الحق والغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٩٨.

١٥. خليل جريح، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.

١٦. رمضان ابو السعود، وهمام محمد محمود زهران، مبادئ القانون، المدخل للقانون والالتزامات، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨.

١٧. رمضان أبو سعود، شرح مقدمة القانون المدني، نظرية العامة الحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٦.

١٨. سليمان المرقس، الواقي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، المسؤولية المدنية، مطبعة السلام، مصر، ١٩٨٨.
١٩. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.
٢٠. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.
٢١. صدام محمد محمود صدام، الأصول العامة للقاعدة القانونية والحق والالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠.
٢٢. عاطف النقيب، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، الطبعة الأولى، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.
٢٣. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطبعة التعليم العالي في الموصل، ١٩٨٠.
٢٤. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي في أحكام الالتزام، تنفيذ الالتزام، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٤.
٢٥. عبد الحكم فوده، انهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، الطبعة الرابعة، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، مصر، ٢٠٠٢.
٢٦. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الثالث، أحكام الالتزام، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.
٢٧. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، المجلد الأول، نظرية الالتزام، تحليل العقد، الطبعة الثالثة، مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠٠٣.
٢٨. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، الطبعة السادسة، المطبعة العالمية، القاهرة، ٢٠٠١.
٢٩. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية الجديدة، ١٩٩٨.
٣٠. عبد العزيز اللصاصنة، نظرية الالتزام في ضوء القانون المدني المقارن المسؤولية المدنية، الفعل الضار، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن، ٢٠٢٠.
٣١. عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، الطبعة الرابعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، ٢٠٠٠.
٣٢. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، العراق ٢٠٠٠.
٣٣. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩١.
٣٤. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في البلاد العربية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.
٣٥. عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٣.
٣٦. علي عبد العالي الأسدي، النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١.
٣٧. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، دار بشير، عمان، ١٩٩٨.

٣٨. فتحي عبد الرحيم عبد الله، احمد شوقي محمد عبد الرحمن، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، النسر الذهبي للطباعة، بدون سنة طبع.
٣٩. مجيد الدين محمد بن يعقوب آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (بدون سنة طبع).
٤٠. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢.
٤١. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
٤٢. محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦.
٤٣. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، الدار العلمية والدولية ودار الثقافة، الاردن، ٢٠١٠.
٤٤. محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
٤٥. محمد محمود المصري والمستشار محمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة الطبع.
٤٦. المحمدي احمد ابو عيسى، انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية وعملية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٤٧. محمود عبد الظاهر حسين، المسؤولية (التقصيرية) للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوع المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٤٨. مروان كركبي، دكتور سامي منصور، القانون المدني الأموال والحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢.
٤٩. مصطفى الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، العراق، ٢٠٠٤.
٥٠. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦.
٥١. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠١.
٥٢. المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، القاهرة، ٢٠٠٠.
٥٣. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠.
٥٤. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.
٥٥. نزيه نعيم شلالا، دعاوي التعسف واساءة استعمال الحق، دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠١.
٥٦. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الاول، نظرية العقد، القسم الاول، انعقاد العقد، دراسة موازنة في القانون المدني الاردني والفقه

الاسلامي مع الاشارة إلى القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٢.

ثالثاً : كتب اللغة و المعاجم

١. ابن المنظور، لسان العرب، الجزء الخامس، مطبعة دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى ١، ١٩٩٧
٢. مجيد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون سنة النشر.

رابعاً: الرسائل والأطاريح الجامعية

١. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة القاهرة، (بدون سنة طبع).
٢. عدنان ابراهيم سرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٦.

خامساً: المجلات والدوريات

١. حامد زكي التوفيق بين القانون والواقع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد (١)، السنة الأولى، ١٩٣٦.
٢. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة ١-٢ , دار العلم الملايين، لبنان , ١٩٨٣.
٣. محمد سليمان الاحمد، شرح القانون المدني العراقي (النظرية العامة للالتزامات)، الجزء الأول، مصادر الالتزام، (محاضرات غير منشورة)، ٢٠٠٥.
٤. منصور مصطفى منصور، فكرة العقد الباطل في الشريعة الاسلامية والقانون (بحث في أصول الصيغة القانونية)، بحث منشور في مجلة المكتبة العربية، يصدرها المجلس الاعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، الخرطوم، ٥ - ١٠ مارس، ٢٠٠١.

سادساً: القوانين

١. القانون المدني العراقي الصادر رقم ٤٠ لعام ١٩٥١.
٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لعام ١٩٦٩، المعدل بالقانون رقم ١٠.
٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

سابعاً: قرارات محكمة التمييز الاتحادية

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم ٤٢٣، الهيأة الاستئنافية، ٢٠١١\٤\٣.
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم ٨٨٠، صدر في ٢٠٠٣\١\٢٢.
٣. قرار محكمة التمييز العراقية، صدر في ٢٠٠٩\٣\٢٣ مجلة القضاء، العدد الأول، كانون الثاني - شباط - آذار ٢٠٠٩.
٤. قرار محكمة التمييز رقم ١٧٤/موسعة أولى/٨٨٨٧، في ٢٠٠٨\٥\٢٠، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، لسنة ٢٠٠٨.