

فسخ العقد بالإرادة المنفردة في ضوء الاتجاهات القانونية الحديثة

المقدمة

من أهم المبادئ القانونية التي تنظم العقد مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) ومبدأ (القوة الملزمة للعقد) ومعنى ذلك بان الشروط التي اتفق عليها طرفي العقد هي الحاكمة بينهم وهي التي تراعى لأنها جاءت نتيجة اتفاق إرادتين الأولى إرادة الموجب والثانية إرادة القابل وبعد اتحادهما ظهر العقد الذي يمثل إرادتهم المشتركة، وهذا يؤدي إلى اعتبار ان هذه الشروط التي كانت نتاج الاتفاق واتحاد الإيجاب والقبول تكون ملزمة لطرفي العلاقة العقدية ولا يجوز أن ينقضها احد، وإنما لا بد من الاتفاق على انحلال هذه العلاقة العقدية أو إنهائها بالاتفاق وعلى وفق السبيل الذي أوجدها إلا ان الاتجاهات الحديثة في فقه القانون المدني المتعلقة بالعقود قد سار إلى اتجاه آخر انفتح فيه على دور الإرادة المنفردة في فسخ العقد في حال عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته التعاقدية ومنها ما حصل في فرنسا التي صدر فيها القانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ قانون تعديل القانون المدني الفرنسي حيث اعتبره الكثير من الكتاب بأنه يشكل ثورة في علام التقنين والفقه في القانون المدني وان القانون الفرنسي يعد مصدر للعدد كبير من القوانين المدنية في عدة بلدان ومنها القانون المدني العراقي ونظراً لأهمية هذا الحدث وضرورة الاطلاع عليه ومواكبة مستجداته ودراستها بما يتفق والواقع القانوني والفعلي العراقي ومدى الآثار التي تركها عدم الأخذ بهذا المبدأ وكيفية السبيل لتدارك سلبيات هذه الآثار وإزالة انعكاسها على الواقع التنموي والخدمي العراقي لذلك سأعرض للموضوع على وفق الآتي :

الفرع الأول

إنهاء العقد عبر اتفاق الطرفين

يجوز للطرفين أن ينهيا العقد بإرادتهم، ويسمى إقالة للعقد وعلى وفق حكم المادة (١٨١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل التي جاء فيها الآتي (للعاقدين ان يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده) أو يتفق الطرفان ابتداء على جواز اعتبار العقد منتهيا أو مفسوخاً دون الحاجة إلى حكم قضائي أو دون الحاجة إلى إنذار على أن يكون هذا الأمر له سند في العقد محل الفسخ أو الإنهاء، بمعنى أن يشترط في صلب العقد على أن يكون العقد

منتهياً دون اللجوء إلى القضاء وعلى وفق شروط يتم ذكرها في العقد^١ وعلى وفق حكم المادة (١٧٨) مدني التي جاء فيها الآتي (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 الأضرار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته) لكن يبقى الأصل إن العقد لا يفسخ إلا برضا الطرفين مثلما تم ذكره أو بحكم قضائي عند لجوء احد أطراف العقد إلى القضاء ويطلب فسخه للأسباب التي حددها القانون والتي استقر عليها التطبيق القضائي وعلى ما وفق ما شارت إليه أحكام عدة مواد في القانون المدني العراقي منها المادة (١٧٧) مدني التي جاء فيها (١ - في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته) أو بحكم القانون عندما ينص القانون صراحةً على حق احد أطراف العقد بإنهائه من طرفه وحده دون رضا الطرف الآخر أو موافقته ومنها على سبيل المثال الحالات الآتية:

١. إنهاء الموكل لعقد الوكالة على وفق ما جاء في الفقرة (١) من المادة (٩٤٧) مدني التي جاء فيها الآتي (للموكل ان يعزل الوكيل او ان يقيد من وكالته وللوكيل ان يعزل نفسه، ولا عبء بأي اتفاق يخالف ذلك، لكن اذا تعلق بالوكالة حق الغير، فلا يجوز العزل او التقيد دون رضاه هذا الغير).

٢. عند طلب المعير إنهاء عقد الإعارة وعلى وفق حكم المادة (٨٦٢) مدني التي جاء فيها الآتي (يجوز للمعير أن يطلب إنهاء الإعارة في الأحوال الآتية: أ - اذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة. ب - اذا ساء المستعير استعمال الشيء او قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه. ج - اذا عسر المستعير بعد انعقاد الإعارة، او كان معسراً قبل ذلك ولكن المعير لم يعلم بإعساره الا بعد ان انعقدت الإعارة).

^١ الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير . الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي . ج ١ طبعة عام ١٩٨٠ . منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي . ص ١٧٩

٣. لرب العمل إنهاء عقد العمل مع العامل أثناء فترة التجربة دون الضرورة لموافقة العامل وإنما فقط إخطاره وعلى وفق نص الفقرة (ثالثاً من المادة (٣٧) من قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ التي جاء فيها الآتي (لصاحب العمل إنهاء العقد خلال مدة التجربة إذا تبين عدم صلاحية العامل لأداء العمل شريطة ان يخطر العامل بذلك قبل (٧) سبعة أيام في الأقل من تاريخ إنهاء العقد)

٤. للعامل ان ينهي عقد العمل بإرادته عندما يستقيل من العمل وعلى وفق حكم البند (ح) من الفقرة (أولاً) من المادة (٤٣) من قانون العمل التي جاء فيها الآتي (أولاً : ينتهي عقد العمل في إحدى الحالات الآتية: استقالة العامل شرط أن يوجه إخطاراً الى صاحب العمل قبل (٣٠) ثلاثين يوماً في الأقل من إنهاء العقد فإذا ترك العامل العمل بدون توجيه الاخطار او قبل انتهاء المدة المنصوص عليها في العقد يدفع تعويضاً الى صاحب العمل يعادل اجر مدة الإنذار أو المتبقي منها.) .

وتعتبر الإرادة المنفردة معطلة وغير قادرة على إنهاء العقد وإنما لابد وان يكون الإنهاء باتفاق الطرفين أو بقرار قضائي وهذا يعني إن إرادة الطرفين هي المسيطرة على العقد منذ تكوينه وحتى تنفيذه^٢ ومن الجدير بالذكر ان القانون المدني العراقي استلهم معظم أحكامه من مصدرين أساسيين وهما الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة ومنها القانون الفرنسي الذي اعتمده القانون المدني المصري ومن ثم نقلت أحكامه بواسطة الدكتور عبدالرزاق السنهوري عندما كان رئيس لجنة كتابة مشروع القانون المدني العراقي الذي صدر لاحقاً بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وكانت تلك اللجنة قد بدأت بأعمالها بتاريخ ١٩٤٣/٨/٣ وكانت مصادر القانون المدني التاريخية وعلى وفق ما نشر في الأعمال التحضيرية لكتابة مشروع القانون المدني^٣ وهذه المصادر هي الآتية:

^٢ الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير مرجع سابق . ص ٢١

^٣ للمزيد انظر الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي التي جمعها واعدتها مجموعة من الافاضل رحمه الله المتوفين وحفظ الله الباقيين وهم كل من (ضياء شيت خطاب ، ابراهيم المشاهدي، عبدالمجيد الجنابي، عبدالعزيز الحساني، غازي ابراهيم الجنابي) طبع مطبعة الزمان في بغداد عام ٢٠٠٢ . ص ٩

١. مجلة الأحكام العدلية : وهي مجلة كانت تصدر من الدولة العثمانية تظم بين طياتها أهم الفتاوى التي تنظم المعاملات وعلى وفق فتاوى فقهاء المذهب الحنفي الذي كان يمثل المذهب الرسمي للدولة العثمانية وتعد أول تدوين للفقهاء الإسلاميين في المجال المدني في إطار بنود قانونية، على المذهب الحنفي^٤.
٢. كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ملائماً لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية لمؤلفه وزير العدل المصري الأسبق محمد قنديل باشا^٥
٣. الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة
٤. القوانين المدنية العراقية التي كانت موجودة في ذلك الحين
٥. القانون المدني المصري : ويذكر ان القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ كانت مصادره التي استقى منها أحكامه عديدة ومماثلة لمصادر القانون المدني العراقي وجاء في تقرير اللجنة التشريعية المقدم إلى مجلس النواب المصري في جلسته المنعقدة في ١٧/ديسمبر/١٩٤٥ بان مصادر تشريع القانون أربعة وعلى وفق الآتي :
- أ. القانون المدني المصري الذي كان نافذاً في حينه القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥
- ب. أحكام القضاء المصري : وهي الأحكام التي استقر عليها القضاء المصري في حينه والتهلقة بالملكية الشائعة والمهابة وانتقال حق الشفعة بالميراث وغيرها
- ج. والتقنينات المدنية الحديثة : وهذه التقنينات يقصد بها القوانين التي صدرت في بعض البلدان الأوروبية حيث اعتبر القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون بونابرت) ثورة

^٤ للمزيد انظر سليم رستم باز . شرح احكام المجلة . منشورات مكتبة الحلبي الحقوقية
^٥ عين قنديل باشا ناظراً للحقانية في عهد الخديو توفيق، ثم وزيراً للمعارف فترة قصيرة عاد بعدها وزيراً للحقانية مرة أخرى، وصدرت في وزارته هذه لائحة ترتيب المحاكم الأهلية، وكان مكافئاً بالاشتراك في وضع القانون المدني وقانون تحقيق الجنايات قبل صدور اللائحة والقانون التجاري، وبعد الحقانية أحيل قنديل باشا إلى المعاش المصدرة الموسوعة الحرة (ويكيبيديا)

في عالم التشريع المدني ومن القوانين التي جددت حركة التقنين المدني اللاتيني وتأثرت به عدة قوانين مدنية صدرت بعده في عدد من البلدان ومنها ألمانيا والنمسا وغيرها وكذلك القانون المدني المصري حيث جاء في تقرير اللجنة المشار إليه أعلاه بان مشروع القانون المدني المصري المرفوع الى مجلس النواب قد احتذى حذو هذه البلدان فاقتبس منها زيدتها^٦

د. الشريعة الإسلامية

ومن خلال الربط بين مصادر القانون المدني المصري الذي كان اسبق بالصدور من القانون المدني العراقي ومصادر القانون المدني العراقي نجد إنها متقاربة إن لم تكن متطابقة لان رئيس لجنة كتابة مشروع القانون المدني العراقي الدكتور عبدالرزاق السنهوري هو ذاته رئيس اللجنة الحكومية المكلفة بمراجعة مشروع القانون المدني المصري وكان متابعاً ومشاركاً في كتابته لغاية إصداره^٧ وبذلك لا غرابة في نقل تلك الأفكار التي صدر بموجبها التقنين المدني المصري إلى القانون المدني العراقي ومن بين تلك الآثار المتعلقة بالعقد حيث اعتمد القانون المدني المصري اتجاه القانون المدني الفرنسي باعتبار إن أصل فسخ العقد يجب أن يكون عبر القضاء أي بإضفاء الطابع القضائي على الفسخ وهو الأصل أما الاستثناء فهو اتفاق الطرفين بشرط واضح وصريح في العقد، بمعنى ان يكون لاي من الطرفين إنهاء العقد أو اعتباره منتهياً في حال توفر اي من الشروط الوارد ذكرها صراحةً في العقد، وعلى الرغم من إن هذا الشرط الصريح الغاية منه إبعاد سلطة القاضي من التدخل في إجراءات فسخ العقد، إلا أن للقضاء سلطة التدخل لاحقاً فيه عند طلب أي من أطراف العقد التدخل بموجب دعوى تقام أمام المحكمة المختصة، ومثال ذلك إذا اتفق الطرفان على تعليق العقد على شرط فاسخ وعلى وفق ما أشارت إليه المادة (٢٨٦) من القانون المدني العراق التي جاء فيها الآتي (١) - العقد المعلق هو ما كان معلقاً على شرط واقف او فاسخ. ٢- ويشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا محققاً ولا مستحيلاً.) وهو يقابل نص المادة

^٦ القانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية . إصدار وزارة العدل المصرية . مطبعة دار الكتاب العربي عام ١٩٤٨ . ص ٢٩

^٧ للمزيد انظر القانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية . إصدار وزارة العدل المصرية مرجع

(٢٦٦) من القانون المدني المصري، ومع ذلك فإن هذا الشرط كان باتفاق طرفي العقد ومتفق عليه ابتداءً، إلا أن القانون قيد هذا الشرط أو هذا الاتفاق ومنح القضاء سلطة التدخل وعلى وفق القيود الواردة في المادة (٢٨٧) مدني عراقي، ويشير الى ذلك جميع شراح القانون المدني^٨، وهذا ما جاء به القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون بونابرت) لعام ١٨٠٤ ومن الجدير بالذكر يرى بعض الكتاب ان الشريعة الإسلامية في بعض أحكامها الأصل فيها الفسخ يقع بالإرادة المنفردة للدائن ولا يكون قضائياً إلا في حالات خفاء سبب الفسخ^٩، وتكون القاعدة أن العقد لا يفسخ إذا أخل المدين بالتزامه، بل يبقى العقد قائماً في هذه الحالة، فإذا كان الثمن ديناً أجبر البائع في رأى الحنفية وغيرهم على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضراً، وإن كان الثمن غائباً أو بعيداً أو كان المشتري معسراً، فللبائع الفسخ^{١٠} وذكر بعض شراح القانون المدني بان الفقه الاسلامي لم يعرف نظرية عامة للفسخ وانما اعطى خيار النقد كشرط لفسخ البيع اذا لم يستوف الثمن وهو ما كان عليه الفقه الفرنسي قبل قانون نابليون عام ١٨٠٤ حيث قالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح^{١١} لكن السنهوري عاد على تأكيد ما اخذ به القانون الفرنسي لعام ١٨٠٤ حيث اعتمد مبدأ عدم جواز فسخ العقد بالإرادة المنفردة لان طبيعة العقود الملزمة للجانبين تقتضي ان يكون التزام احد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر واعتبر امتناع احده عن التنفيذ عند تخلف الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه بأنه وقف تنفيذ العقد ويسمى الدفع بعدم التنفيذ ولا يعتبر ذلك إنهاء للعقد وإنما الإنهاء يكون بطلب الفسخ سواء بالاتفاق او عن طريق

^٨ للمزيد انظر الدكتور محمد حسن قاسم . القانون المدني الالتزامات ، المصادر ، العقد، المجلد الثاني دراسة مقارنة في ضوء تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد (عام ٢٠١٦) . منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الاولى عام ٢٠١٨ ص ٤٧٥

^٩ الدكتور حسن علي الذنون . النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني نقلاً عن . الدكتور محمد حسن قاسم . ص ٤٩١

^{١٠} للمزيد انظر مصطفى احمد الزرقا . المدخل الفقهي العام . ج ١ . منشورات دار القلم في دمشق . الطبعة الثانية عام ٢٠٠٤ . ص ٥٩٩

^{١١} الدكتور عبدالرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . نظرية الالتزام . الجزء الاول . المجلد الثاني . منشورات الحلبي الحقوقية بيروت . الطبعة الثالثة عام ٢٠٠٠ . ص ٧٨٣

القضاء^{١٢} وأكد ذلك في المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل حيث تضمنت حكماً بعدم جواز إنهاء العقد تلقائياً من قبل احد أطراف العقد إذا ما اخل الطرف الآخر بالتزامه وعدم التنفيذ وإنما له اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتنفيذ الجبري إذا كان ممكناً أو الفسخ مع التعويض^{١٣} وهو حكم مماثل لما جاء به نص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي.

ومن خلال ما تقدم فإن القانون المدني العراقي كان قد تبني اتجاه وعقيدة المشرع الفرنسي بعدم جواز فسخ العقد بالإرادة المنفردة واحتذى بذلك ما تبناه المشرع المصري أيضاً وها هو المشرع الفرنسي يعدل عن هذا الاتجاه ليكون منسجماً مع التشريعات الاوربية الحديثة وجاء في التقرير المرفق مع القانون والذي تم رفعه إلى رئيس الجمهورية الفرنسية والمنشور في الجريدة الرسمية الفرنسية العدد ٠٠٣٥ في ٢٠١٦/٢/١١ بان هذه التعديلات الهدف منها تحقيق الأمان والاستقرار القانوني من خلال المزيد من التوضيح والتبسيط لأحكامه وتمكين المواطن العادي من فهمها^{١٤} كما يسعى التعديل إلى تدعيم جاذبية القانون باعتباره مصدر الهام للمشرعين في كثير من الدول وعلى الصعيد المستقبلي اخذ القانون بمبدأ الوقاية خير من العلاج عندما أتاح للمتعاقدین مزايا جديدة تسمح لهم بتجنب المنازعات المتعلقة بالعقد وحلها دون حاجة اللجوء إلى القضاء ومن ذلك إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة عن طريق الإخطار والدفع بعدم التنفيذ، وهذا التوجه يقرب القانون المدني الفرنسي من قوانين الدول الأوربية ويسهم في حماية الاستثمار وتشجيعه واهم المصادر التي استقى منها التعديل أحكامه ما انتهت إليه التطبيقات القضائية للقضاء الفرنسي^{١٥}

الفرع الثاني

^{١٢} الدكتور عبدالرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٧٨٥

^{١٣} علماً إن المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل بموجب قانون التعديل الصادر بالعدد ١٣١ في ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٢/١٠ أصبحت تتضمن أحكام تتعلق بالبطلان وليس في الفسخ للمزيد انظر ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم - قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد ١١٠-١٢٣١. منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى عام ٢٠١٨ - ص ٧٥

^{١٤} ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم - قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية - مرجع سابق - ص ٩

^{١٥} ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم - قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية - مرجع سابق - ص ١٢

مدى تأثير عدم الأخذ بمبدأ الإرادة المنفردة في فسخ العقد على الواقع العراقي

الآثار التي رتبها الأحكام النافذة في تنظيم فسخ العقود والمتعلقة باستبعاد دور الإرادة المنفردة في فسخ العقد كانت آثار سلبية نوعاً ما وعلى وجه الخصوص في العقود المتعلقة بالمرافق العام ذات المساس بالحياة العامة للأفراد وللمؤسسات فضلاً عن تأثيرها على الواقع التطبيقي والاستقرار القانوني والاقتصادي في العراق من خلال المدى الطويل في التقاضي أمام المحاكم الذي يحسب بالسنوات مما يضيع الفرصة من الخدمة المستهدفة من إبرام تلك العقود وسأعرض لأثارها على وفق الآتي:

١. ان إجراءات التقاضي في إحدى القضايا المتعلقة بتنفيذ عقد ومحاولة الجهة المستفيدة في فسخه لغرض التعاقد مع جهة أخرى اخذ وقت في التقاضي فترة امتدت من عام ١٩٧٤ ولغاية عام ١٩٨١ وعلى وفق ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية^{١٦} والأمثلة كثيرة وعديدة في الواقع اليومي كما نسمع الكثير من المسؤولين

^{١٦} قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٤٧٩/هيئة مدنية موسعة/١٩٨١ في ١٩٨١/٥/٢ منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى الالكتروني(لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز وجد ان الحكم البدائي المميز المؤرخ ٩-١-١٩٧٩ القاضي برد دعوى المدعي (المميز) وتحمله المصاريف واتعاب المحاماة على النحو المفصل في الحكم المذكور موافق للقانون ذلك ان المميز حصر دعواه في الجلسة المؤرخة ١١-٥-١٩٧٥ بالمطالبة بالتعويض الاتفاقي بموجب العقد المصدق من كاتب عدل المحمودية بعدد (١٩٧٤/٦٠٢) وتاريخ ٨-٦-١٩٧٤ وطلب الحكم له بمبلغ ثلاثمائة دينار منه احتفظ لنفسه بالحق بإقامة الدعوى بالزيادة وحيث ان عريضة الدعوى هي الأساس الذي تبنى عليه المرافعات والحكم الذي تصدره المحكمة في الدعوى وليس للمحكمة مجاوزة الطلبات الواردة في عريضة الدعوى والحكم بما لم يطلبه الخصوم وبما ان المميز لم يطلب في عريضة الدعوى فسخ العقد المذكور المنظم بينه وبين المميز عليه كما لم يرد في صيغة العقد المذكور اتفاقهما على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه فليس للمميز المدعي طلب الحكم له بجزء من التعويض الاتفاقي والعقد لا يزال قائماً بين الطرفين حيث ان التعويض يعتبر أثراً من آثار العقد ولا يمكن الحكم به مع وجود العقد القائم كما ان دعوى الفسخ لا يمكن قبولها ضمناً أو دلالة وقد ورد نص الفقرة (١) من المادة (١٧٧) مدني صريحاً بذلك إذ جاء النص (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الآخر بعد الأعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى .. الخ) وهذه الفقرة قيدت المطالبة بالتعويض وجعلت المطالبة به متلازمة مع المطالبة صراحة بفسخ العقد ولما تقدم ولعدم طلب المميز الحكم بفسخ العقد فان مطالبته بالحكم بالتعويض غير واردة وبما ان الاعتراضات التمييزية للأسباب الانفة لا سند

في دوائر الدولة العراقية يعانون من تأخير حسم قضايا فسخ عقود الشركات المتلكئة في تنفيذ التزاماتها مما لا يمكنهم من اختيار شركات بديلة طالما العقد قائم ولم يفسخ لا اتفاقاً ولا عن الطريق القضاء لان القضايا تتأخر كثيراً في حسم الدعاوى بسبب الإجراءات القانونية التي تضمنتها الأحكام النافذة ومنها عدم إمكانية إنهاء العقد بإرادة من منفردة من الطرف الذي تضرر من عدم تنفيذ الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته

٢. في العقود التي تتضمن شرط يتيح لرب العمل ان ينهي العقد بإرادته المنفردة وعلى وجه الخصوص في العقود الحكومية التي تشترط ذلك صراحةً او التي تضمن العقد شرطاً باعتبار لشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الجزء الأول و الثاني الصادرة عن وزارة التخطيط والتي تتيح لرب العمل أن ينهي العقد في حالة نشوب حرب وعلى وفق أحكام المادة (٦٧) من الشروط العامة^{١٧} وحتى مع وجود هذا النص للقضاء سلطة التدخل وتعطيل الإجراءات وتأخير إنهاء العقد ومثال على ذلك الدعوى التي أقيمت عام ٢٠٠٧ و صدر فيها الحكم الذي لم يحسمها وإنما أعادها مرة أخرى إلى محكمة الموضوع وعلى وفق ما جاء في قرار محكمة التمييز الصادر عام ٢٠١٣ مع ان العقد محل نظر الدعوى فيه بند يتعلق بصلاحيية الإدارة فسخ العقد على وفق حكم الشروط العامة لمقاولات الأعمال الهندسة المدنية^{١٨} والسبب الرئيسي في ذلك هو

لها من القانون قرر ردها وتصديق الحكم المميز وتحميل المميز رسم التمييز و صدر بالاتفاق في ٢-٥-١٩٨١

^{١٧} نص الفقرة (١) من المادة (٦٧) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الجزء الأول و الثاني والتي جاء فيها الآتي (ذا نشبت حرب أثناء مدة أكمال الأعمال " سواء أعلنت الحرب أم لم تعلن) ضمن حدود الجمهورية العراقية أو كان العراق طرفاً فيها بحيث تؤثر بصورة هامة من الناحية المالية أو من النواحي الأخرى على تنفيذ "الأعمال"؟ فعلى "المقاول " ما لم تنهى "المقاوله" بموجب هذه المادة إن يبذل أقصى جهد لإكمال تنفيذ "الأعمال " و"صاحب العمل" الحق في أي وقت بعد نشوب الحرب إن ينهي "المقاوله" وذلك بإعطاء أشعار تحريري إلى "المقاول " وتعتبر "المقاوله" " قد أنهيت اعتباراً من تاريخ تبليغ "المقاول " بالأشعار دون المساس بحقوق أي من الطرفين بشأن أي خرق سابق، لإنهاء "المقاوله" ولا يكون إنهاء "المقاوله" في هذه الحالة أي اثر على حقوقا الطرفين بموجب المادة التاسعة والستين من هذه الشروط.)

^{١٨} قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٧٧ / هيئة مدنية موسعة/٢٠١٣ في ١٦/٩/٢٠١٣ المنشور في موقع مجلس القضاء الاعلى الالكتروني والذي جاء فيه الاتي (دى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة

عقيدة المشرع العراقي المعبر عنها في المواد القانونية المتعلقة بالإرادة المنفردة وسلطان الإرادة واعتبار العقد هو إرادة مشتركة بين الطرفين لا يجوز لأحدهم أن ينقضها وعلى وفق ما تقدم ذكره. كما إن هذا الأمر أدى بالشركات الأجنبية جميعاً والتي تتعاقد مع الجانب العراقي إلى وضع شرط بان يكون حل النزاع بين الطرفين في حال حصول خلاف أمام محاكم أجنبية غير عراقية لتدارك التأخير في حسم قضايا العقود المنفذة وهذه الحالة أيضاً لم تجدي نفعاً لأن محكمة التمييز الاتحادية في اتجاه حديث لها جعل من التقاضي أمام المحاكم الوطنية أمراً يتعلق بالسيادة ولا يجوز التخلي عنه وكل شرط خلاف ذلك يعد باطل ويبقى القضاء العراقي صاحب الولاية للنظر في الخلاف او النزاع الحاصل مع وجود شرط يقضي بجعل حل النزاع أمام محاكم غير عراقية ولربما كان هذا الشرط أساس في التعاقد ومثال ذلك ما جاء في قرار الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٣٤/٢٣٥ / هيئة مدنية

المدنية الاولى في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر في الحكم الاستئنافي المميز وجد انه لازال غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان محكمة الاستئناف وان اتبعت ما ورد بالقرار التمييزي المرقم ٥٥ / الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠٠٩ في ٢٨/١٠/٢٠٠٩ الا انها توصلت الى نتيجة غير صحيحة ذلك لان المدعي/ المميز عليه/ المدير المفوض لشركة الفيسل للمقاولات/ اضافة لوظيفته طلب فسخ العقد المؤرخ في ١١/٨/٢٠٠٢ (عقد مقاوله إنشاء عمادة كلية الآداب في جامعة الكوفة) والذي تضمن في البند ثانياً منه على التزام الطرف الثاني المتمثل بالمقاول المدعي/ المميز عليه اضافة لوظيفته بإكمال وتسليم كافة أعمال المقاوله خلال مدة (١٧) شهراً اعتباراً من تاريخ المباشرة بالعمل وبذلك يكون العقد قد انتهت مدته في تاريخ إقامة الدعوى في ٧/١١/٢٠٠٧ لانه في حالة استحالة تنفيذ المقاوله لأي سبب او أسباب يتفق صاحب العمل والمقاول على انها خارجة عن إرادة الطرفين وأدت الى استحالة التنفيذ فتعتبر المقاوله في هذه الحالة منهيّة عملاً بأحكام الفقرة (٢) من المادة (٦٧) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ولا يكون لإنهاء المقاوله في هذه الحالة أي اثر على حقوق الطرفين بموجب المادة المذكورة من هذه الشروط ولما كانت المحكمة لم تتطرق في حكمها الاستئنافي الى طلب المدعي/ المميز عليه اضافة لوظيفته في عريضة دعواه فيما يتعلق بطلب فسخ عقد المقاوله اذ كان يتعين عليها ان تقضي برد طلب الفسخ لان المقاوله تعتبر منتهية اعتباراً من تاريخ انتهاء مدة التنفيذ بحكم القانون وفي هذه الحالة يستلزم تعويض المقاول عن الاضرار الحقيقية التي تكبدها وفق الأسس المعتمدة في المادة (٦٨) من الشروط العامة المشار اليها اعلاه وحيث ان الحكم الاستئنافي المميز قد خالف وجهة النظر القانونية المتقدمة مما اخل بصفحته. لذا قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها للسير والفصل فيها وفق ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٨/ذي القعدة/ ١٤٣٤ هـ الموافق ١٦/٩/٢٠١٣ م.

موسعة/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١١/٢١ الذي قضت فيه بعدم الاعتراف بشروط التقاضي امام المحاكم غير العراقية حتى وان كان الاتفاق على نص العقد^{١٩}

^{١٩} نص قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٣٤/٢٣٥/هيئة مدنية موسعة/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١١/٢١ المنشور في موقع مجلس القضاء الاعلى الالكتروني والذي جاء فيه الاتي (شكلت الهيئة الموسعة المدنية الاولى في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٦/محرم/١٤٣٤ هـ الموافق ٢٠١٢/١١/٢١ م برئاسة نائب الرئيس السيد ضامن خشالة وعضوية القضاة السادة عدنان عبدالحسين واسماعيل خليل وجاسم داود وعبدالقادر محمد وصالح شمخي وعبيد نايل ومثنى احمد وفتح كامل وحجاب ابراهيم وحسن محمود وموفق علي المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت القرار الآتي:-

المميزان/١- نائب المدعي العام/القاضي/(س. ح. ش.)/٢- وزير المالية/اضافة لوظيفته/وكيله الموظف الحقوقي/ (ي. ص. ا) (المميز عليهم/١- قرار محكمة البداية المختصة بالدعاوى التجارية في الدعوى المرقمة ٢٨٦/ب/٢٠١١ في ٢٠١٢/٧/١٥ /٢- مدير شركة ارامنتي وابيروساتزيو/اضافة لوظيفته/٣- مدير شركة فينميكانيا- شركة اسهم مالية/ إضافة لوظيفته ادعى وكيل المدعي/وزير المالية/ إضافة لوظيفته لدى محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية بانه سبق وان تعاقدت وزارة الدفاع المنحلة مع شركة(اوتوميلارا- الايطالية) بتاريخ ٢٨/١٢/١٩٨٠ والتي حلت محلها الشركتين المدعى عليهما(شركة ارامنتي وابيروساتزيو وشركة فينميكانيا) بموجب العقد المرقم(٨٠/٥) لتجهيز صواريخ وعتاد للسفن بقيمة(٧٩٦) مليون دولار وسبعمئة وستة وتسعون مليون دولار) وقامت وزارة الدفاع بتسديد المبلغ عن العقد بموجب دفعات من عام ١٩٨١ ولغاية ١٩٨٧ وحسب تقديم العمل وانجازه وبلغت مجموعها(٣٧٢,٣) ثلاثمائة واثنان وسبعون مليون وثلاث مائة الف دولار) وكان التسديد في جزء منه نقداً والآخر بالنفط الخام بالاضافة الى تسديد الفوائد المترتبة عن التأخير الحاصل في بعض من هذه الدفعات وحسب ما موضح في الجدول طي الدعوى. لذا طلب دعوة المدعى عليهما للمرافعة والحكم بفسخ العقد بحدود ما لم يتم تنفيذه واسترداد كافة المبالغ والتعويض عن الاضرار المادية التي اصابته العراق وعدم الاعتراف بكافة الإجراءات القضائية مع الاحتفاظ بكافة الحقوق الاخرى اصدرت المحكمة المذكورة بتاريخ ١٥/٧/٢٠١٢ وبعدد ٢٨٦/ب/٢٠١٢ حكماً حضورياً يقضي برد الدعوى وتحميل المدعي المصاريف واتعاب محاماة وكيل المدعى عليهما مبلغاً مقداره(مائة وخمسون الف دينار). طعن المدعي العام تمييزاً بالحكم المذكور طالباً نقضه بعريضته المؤرخة ١٢/٨/٢٠١٢ وكما طعن ايضاً وكيل المدعي/اضافة لوظيفته تمييزاً بالحكم طالباً نقضه بعريضته المؤرخة ١٣/٨/٢٠١٢ ولتعلق الطعنين بموضوع وقرار واحد تم توحيدهما معاً.

لقرار

//*****لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية الاولى في محكمة التمييز الاتحادية، وجد ان الطعنين التمييزيين مقدمان ضمن المدة القانونية، فقرر قبولهما شكلاً ولتعلقهما بموضوع واحد، قرر توحيدهما و نظرها معاً، ولدى النظر في الحكم المميز، فقد وجد بانه غير صحيح لمخالفته احكام القانون، وان جاء اتباعاً للقرار التمييزي الصادر عن رئاسة محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، الرقم ٦٧١/م/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٥/٣١ والذي يتعلق بالطعن التمييزي المقدم من قبل

٣. حتى في حالة الاتفاق على التحكيم بدلاً من اللجوء الى القضاء وذلك باتفاق الطرفين على اختيار محكمين يمثلونهم ويفصلون في النزاع بينهم وتكون قراراتهم ملزمة وحتى في هذه الحالة القانون العراقي أعطى للقضاء سلطة واسعة للتدخل في قرار المحكمين وإلغاء أثاره أحيانا مع ان هذا يتقاطع مع اتفاق الإرادتين لإطراف النزاع ابتداءً على حل النزاع بينهم بهذه الوسيلة البديلة عن القضاء لكن السياسة التي يتبعها المشرع العراقي كانت تعبر عن فلسفة الأنظمة الشمولية التي تجعل من كل شيء تحت سطوتها وسيطرتها وهذا ما ورد في الاحكام القانونية التي تنظم التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل حيث جاء في المادة (٢٧٢) مرافعات بعدم امكانية تنفيذ قرار المحكمين الا بعد المصادقة عليه من المحكمة وعلى وفق النص الاتي (١) - لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاء او اتفاقا ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب احد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة . ٢ - لا ينفذ قرار المحكمين الا في حق الخصوم

المميز(المدعي/وزير المالية/اضافة لوظيفته)حول القرار الذي اصدرته محكمة البداية في محضر الجلسة المؤرخة ٢٥/٤/٢٠١٢ باعتبار الدعوى المنظورة امامها المرقمة ٢٨٦/ب/٢٠١١ مستأخرة الى نتيجة حسم النزاع من قبل هيئة التحكيم الدولية في غرفة تجارة باريس استناداً للمادة ٣/٢٥٣ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، والذي جاء القرار التمييزي اعلاه خلافاً لاختصاص محكمة الاستئناف النوعي المنصوص عليه في المادة ٣/٣٤ من القانون المذكور، وقد وجد بان الفقرة (١-١٩) من العقد المرقم ١٩٨٠/٥ المبرم بين وزارة الدفاع/مديرية التسليح والتجهيز(المنحلة)وبين شركة اوتوميلارا الايطالية في بغداد بتاريخ ٢٨/١٢/١٩٨٠ الخاص بتجهيز صواريخ وتوربينات واسلحة نصت على ان كافة النزاعات الناشئة من والمرتبطة بهذا العقد والتي لا يمكن تسويتها بصورة ودية من قبل الأطراف المتعاقدة سوف يتم تسويتها بصورة نهائية بموجب قواعد المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس(فرنسا) من قبل ثلاثة محكمين يتم تعيينهم وفقاً للقواعد المذكورة، وان طرفي الدعوى قد تصادقا امام محكمة البداية بأن الموضوع قد أحيل الى هيئة التحكيم في غرف التجارة الدولية في باريس، وانه تم استئناف قرار الهيئة امام محكمة استئناف باريس ولا زالت الدعوى معروضة امامها، عليه فان قرار محكمة البداية باعتبار الدعوى المنظورة امامها مستأخرة الى نتيجة حسم النزاع امام هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية، يتفق وما تنص عليه المادة ٣/٢٥٣ من قانون المشار اليها آنفاً، وطالما ان الطرف الاول في العقد هو وزارة الدفاع/مديرية التسليح والتجهيز (المنحلة) وان العقد تم ابرامه في بغداد فتكون المحاكم العراقية(القضاء العراقي) هي المختصة بنظر الدعوى تطبيقاً للقواعد المنصوص عليها في المادتين ٤/١٥ ج من القانون المدني الجملة الاولى من الفقرة (ج)، ولما كان الحكم المميز قد خالف ذلك مما اخل بصحته وعليه قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها لاستئثار الدعوى وفق ما تقدم، وصادر القرار بالاتفاق في ٧/محرم/ ١٤٣٤ هـ الموافق ٢١/١١/٢٠١٢ م.

الذين حكموهم وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من اجله) ومن الممكن للمحكمة ان تبطل القرار او تعدله بما ترى على وفق صلاحيتها التي اشارت اليها المادة (٢٧٣) مرافعات التي جاء فيها الاتي (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تبطله في الاحوال الاتية : ١ - اذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية او بناء على اتفاق باطل او اذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق ٢ - اذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام او الاداب او قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون . ٣ - اذا تحقق سبب من الاسباب التي يجوز من اجلها اعادة المحاكمة . ٤ - إذا وقع خطأ جوهري في القرار او في الإجراءات التي تؤثر في صحة القرار) ومن التطبيقات القضائية التي تدخلت فيه المحكمة بقرار المحكمين^{٢٠} .

^{٢٠} قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٠٣ / هيئة مدنية موسعة / ٢٠٠٧ في ٢٦ / ٩ / ٢٠٠٧ الذي جاء فيه الاتي (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية ، وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ، ولدى النظر في الحكم الاستئنافي المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون وذلك لان محكمة الاستئناف قضت بحكمها المميز تأييد الحكم البدائي المؤرخ ٢٠٠٦/٩/٢٠ المتضمن تصديق القرار المحكمتين المؤرخ ٢٠٠٦/٨/٢١ بالدعوى ١٥٠٧ / تحكيم / ٢٠٠٥ المتضمن تعديل السعر النهائي للمقولة المحاله بعهدة طالبي التصديق قرار التحكيم الى احد عشر مليار وخمسمائة وثلاثة وأربعون مليون وأربعون ألف دينار وتعديل جدول الكميات للمقولة استناداً للسعر المذكور ودون ان تلاحظ ان المادة ٢٧٣ من قانون المرافعات المدنية اجازت للخصوم ان يتمسكوا ببطلان قرار المحكمين كما وان للمحكمة من تلقاء نفسها ان تبطله في الحالات المبينة في المادة المذكورة ومنها إذا وقع خطأ جوهري في القرار او في الإجراءات التي تؤثر في صحته بالرجوع الى عريضة طلب التحكيم نجد انه انصب على الموضوع التعويض بسبب التوقفات والأضرار المترتبة نتيجة متغيرات الأسعار في الأسواق المحلية والتي تعالجها المادة ٤١ من شروط المقاوله العمال الهندسة المدنية وان التعويض وفق المادة المذكورة له أسس المبينة فيها في حين المحكمين بقرارهم ذهبوا الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة المبينة بالمادة ٢/١٤٦ من القانون المدني وقرروا زيادة سعر المقاوله من مبلغ ست مليارات وثلاثمائة وأربعة وعشرون مليون وخمسمائة ألف دينار الى احد عشر مليار وخمسمائة وثلاثة وأربعون مليون وأربعون ألف دينار بالرغم من ان المدعي لم يطلب إعادة التوازن الاقتصادي للمقاوله وفق متطلبات النظرية المذكورة كما وانه وان طلب ذلك فلا حضور لتطبيق النظرية لان المقاوله عقدت في ظل الظروف الراهنة وان ما تتعرض له من أمور تعتبر من الأمور التي يمكن توقعها وعليه يكون المحكمين قد وقعوا في خطأ جوهري يعد مبرر للمحكمة في إبطال قرارهم ولها بمقتضى أحكام المادة ٢٧٤ من قانون المرافعات المدنية ان تبت بالدعوى من قبلها وتطبيق أحكام المادة ٤١ من الشروط الخاصة بالمقاولات لأعمال الهندسة المدنية ومدى استحقاق المقاول للتعويض بموجبها عن فترة التوقف التي تعود حصراً بسبب رب العمل ولها في سبيل التوصل الى التعويض

الخاتمة

بعد عرض التطور الذي حصل في القانون المدني الفرنسي والذي اعتبره البعض بأنه ثورة في عالم العقود المدنية فضلاً عن كون القانون المدني الفرنسي كان من أهم المصادر التاريخية للعديد من القوانين المدنية في العالم ومنها القانون العراقي حيث اقتبس الأحكام الواردة فيه عبر القانون المدني المصري والدكتور عبدالزاق السنهوري الذي كان قد درس في باريس ونقل تجربة قانونها المدني الى القانون المدني المصري عندما ترأس اللجنة الوزارية لكتابة القانون المدني المصري وترأس اللجنة المكلفة بكتابة القانون المدني العراقي على وفق ما تقدم ذكره ولان الاحوال تغيرت والظروف تبدلت ولان القانون له عمر افتراضي كما يشير كتاب القانون لان عمره مع عمر المشكلة او العلاقة التي يسعى لمعالجتها او تنظيمها فان القانون المدني العراقي بحاجة الى اعادة نظر لمواكبة التطورات الحديثة في فقه القانون المدني وتدارك السلبيات التي ظهرت بعد صدوره مما ادى الى تدخل المشرع الى معالجتها عبر قوانين فرعية مثل قانون إيجار العقار وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل تجاه عقود بيع العقارات وتملكها وغيرها مما تعج به المنظومة التشريعية القانونية لكن وجدت ان تعطيل دور الإرادة المنفردة في فسخ العقد قد اثر سلباً على الحياة التجارية والاقتصادية للأفراد والمجتمع ومن خلال البحث الميسر ظهرت عدة نتائج سأذكرها مع بعض التوصيات وعلى وفق الآتي :

النتائج

أ. من أهم النتائج التي ظهرت هو انتفاء الأصل التاريخي الذي اعتمده القانون المدني العراقي عند تصديده لدور الإرادة المنفردة في فسخ العقد لان ما رشح من محاضر وأعمال تحضيرية وأسباب موجبة لإصدار القانون المدني أنها كانت تشير إلى تأثيره بالقانون المدني الفرنسي وهذا ما أدى إلى اعتماد المبادئ الواردة فيه والتي غادرها المشرع الفرنسي في التعديل الأخير رقم ١٣١ لعام ٢٠١٦ ويشير احد الكتاب إلى إن

العادل الاستعانة بذوي الخبرة والاختصاص ، وحيث ان المحكمة أصدرت حكمها دون ملاحظة ما تقدم مما اخل بصحته ، لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى لمحكمتها للفصل فيها من قبلها ووفق أحكام القانون وعلى ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة و صدر القرار بالاتفاق في ١٤/ رمضان / ١٤٢٨ هـ الموافق ٢٦/٩/٢٠٠٧ .(

ذلك هو ما عملت به اغلب القوانين المدنية لأهم البلدان ذات التأثير في الحياة الاقتصادية العالمية والسياسية فضلاً عن عدد من الاتفاقيات الدولية، حيث ذكر الدكتور محمد حسن قاسم عدة قوانين سأعرض لها نقلاً عنه بتصريف محدود^{٢١} والجدير بالذكر انه كتب البحث عام ٢٠١٠ أي قبل صدور تعديل القانون المدني الفرنسي في عام ٢٠١٦ وسأعرض لها على وفق الآتي :

١ القانون الانكليزي الذي أتاح للدائن ان يفسخ العقد بإرادته المنفردة إذا لم ينفذ المدين شرطاً من شروط العقد فالمتعاقد له أن يفسخ العقد في حالة مخالفة الشروط ويبقى مسؤولاً مسؤولية تعاقدية ويضمن للمتضرر جبر ضرره من جراء المخالفة وعلى وفق القواعد العامة للتعويض.

٢ القانون الأمريكي الذي يجيز للإرادة المنفرد لأحد طرفي العقد ان يفسخ العقد إذا ما توفرت عناصر المخالفة من الطرف الآخر.

٣ القانون الألماني حيث يجيز في المادة ٣٢٣/٣ من القانون المدني الألماني (BGB) للدائن حق فسخ العقد بإرادته المنفردة في حال عدم تنفيذ المدين التزامه في العقود الملزمة للجانبين ويشير الكاتب الدكتور محمد حسن قاسم في بحثه المنوه عنه في أعلاه بان هذا الحكم قد حصل حديثاً بموجب تعديل صياغة القانون الألماني عام ٢٠٠٢

٤ القانون الايطالي والقانون الهولندي الذي صدر التعديل فيه عام ١٩٩٢ وقانون الالتزامات السويسري وقانون مقاطعة كويك الكندية وهي من المقاطعات الناطقة بالفرنسية وتسعى دائماً للانفصال من كندا لخصوصية مجتمعها ذو الطابع الفرنسي ومع ذلك هجرت المبدأ الذي اقره القانون الفرنسي محل البحث وذلك في التعديل الذي جرى عام ٢٠٠٦

٥ كذلك قوانين البلدان الاسيوية ذات التأثير الكبير في التجارة الدولية وما لها من حجم في مجال الاقتصاد والسياسة العالمية ومنها القانون الكوري في المادة (٥٤٣) من القانون المدني الكوري الذي اخذ بمبدأ الإرادة المنفردة في فسخ العقد من طرف واحد كذلك القانون الصيني ويشير الدكتور محمد حسن قاسم إلى إن مبدأ الإرادة المنفردة في فسخ العقد من تقاليد القانون المدني الصيني وأكد ذلك في القانون الصادر عام ١٩٩٩ فضلاً عن القانون الياباني

^{٢١} الدكتور محمد حسن قاسم - نحو الفسخ بالإرادة المنفردة - بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والسياسية التي تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية العدد الاول لسنة ٢٠١٠ - ص ٥٩

- ٦ كرسست مبدأ الإرادة المنفردة في فسخ العقد العديد من الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ وهي اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع ويشير الكاتب إلى الظروف التجارة الدولية ومتطلباتها كان محل اعتبار في أحكام الاتفاقية بعدم اشتراط الأطراف المتعاقدة إلى اللجوء إلى القضاء لطلب فسخ العقد
- ٧ قواعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Unidroit) التي وردت في مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي تبناها عام ١٩٩٤ وجاء فيها حكماً يجيز للمتعاقد ان يفسخ العقد بعد إخطار الطرف الآخر.
- ٨ مبادئ القانون الأوربي للعقود (Principes du droit européen des contrats) حيث ورد نص في الفصل التاسع تحت عنوان الوسائل المختلفة في حال عدم التنفيذ وجاء فيه "يجوز لأحد الأطراف ان يفسخ العقد في حال عدم التنفيذ الجوهري من قبل المتعاقد معه".

ب. ومن خلال العرض أعلاه للقوانين الحديثة نجد إن النموذج الفرنسي الذي اعتمده القانون العراقي قد غادرته جميع القوانين الحديث بما فيها القانون المدني الفرنسي ذاته ويلاحظ على هذه التعديلات انها حديثة ظهرت في اواخر القرن العشرين وبدايات القرن الحادي والعشرين وهذه الفترة تعد فترة التحول الى العولمة ثم عصر ما بعد العولمة ودخول تقنيات الاتصال الحديثة والانترنت التي غيرت من النظرة القديمة والتقليدية لكل امور الحياة بما فيها العقود وكيفية التعامل فيها وفي قانون تعديل القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ لم يقف عند موضوع مبدأ الإرادة المنفردة فقط وإنما تعداه إلى تغيير الفهم التقليدي لنظرية العقد وتقسيماته وأركانه حيث انطوى التعديل على أكثر من مائة مادة وفي أبواب متعددة لغرض مواكبة التطور الحاصل في الفقه القانوني وتطبيقات القضاء^{٢٢}

ج. لاحظنا في ما تم عرضه ان الكثير من العقود الحكومية اصبحت عبء على الدولة العراقية لانها تعاني من التأخير في حسم النزاعات المتعلقة بها وما يدل على حجم المشكلة التصريحات التي تعج بها وسائل الإعلام حول تأخير حسم الدعاوى بسبب الإجراءات القانونية التي رسمها القانون للتقاضي في مجال العقود وحاولت الجهات

^{٢٢} للاطلاع على المزيد انظر ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم . قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية .

الرسمية لمعالجة هذه الحالة لكن كانت محاولات ترقية لم تحقق الغاية المنشودة
وبقى الحال على ما عليه ومن هذه المحاولات الآتي:

- تشكيل المحكمة الإدارية بموجب القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧ الملغى والتي كانت تختص بالنظر في الدعاوى التي أشار إليها نص المادة (٢) من القانون أعلاه وعلى وفق الآتي (اولا - ١ - الدعاوى المدنية التي تكون إحدى الوزارات أو مؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي خصمًا فيها، سواء كانت مدعية أم مدعى عليها، مهما كانت قيمة الدعوى ب - لا يشمل اختصاص المحكمة الإدارية الدعاوى الناشئة بين اطراف القطاع الخاص اذا دخلت او ادخلت احدى الوزارات او مؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي شخصًا ثالثًا فيها. ثانيا - القضاء المستعجل والاوامر على العرائض (القضاء الولائي) بما فيه الحجز الاحتياطي في الدعاوى المختصة بها) الا ان هذه المحاكم لم تغير من الحال شيء لأنها كانت تعمل على وفق القوانين النافذة سواء القانون المدني او قانون المرافعات ومن ثم تم إلغاؤها لاحقاً بموجب القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٨

- تشكيل محكمة العقود الحكومية الملغاة التي شكلت بموجب أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ حيث جاء في القسم (١٢) من الأمر تشكيل محكمة تسمى المحكمة الإدارية المستقلة الخاصة بالعقود الحكومية وكان مقرها في منطقة استئناف بغداد الرصافة ولم تحقق هذه المحكمة الغاية المنشودة في معالجة التأخير في حسم المنازعات التي تكون اغلبها تجاه كيفية فسخ العقد ثم تم إلغاؤها بموجب القانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٣ وانيطت مهامها بالقضاء الاعتيادي

- بعد ذلك شكل مجلس القضاء الأعلى محاكم بداءة متخصصة في قضايا المقاولات واخرى في العقود العامة وبعضها في العقود التجارية وغيرها في المنازعات التي يكون فيها طرف اجنبي وعادة اغلبهم من المقاولين او التجار وتختص بعقود التجهيز والمقاولات وغيرها مما يدخل في مجال التنمية الاقتصادية في العراق الا ان كل هذه المحاولات لم تجد نفعاً وبقي الحال على ما عليه.

التوصيات

وبعد عرض الواقع الذي عليه الحال في القانون المدني العراقي ونطاق تطبيقه المتعلق بمبدأ الإرادة المنفردة في فسخ العقد وبيان أهم الآثار التي رتبها عدم الأخذ به وبيان التطور الذي حصل في فقه القانون المدني العالمي والتحول الى اعتماد مبدأ الإرادة المنفردة في فسخ العقد وجواز العمل به وتضمينه في القوانين الحديثة حيث رأينا قوانين الدول الحديثة والمتقدمة في مجال التقنين او المجال الاقتصادي والسياسي كيف انها غادرت هذا النموذج

الفرنسي كما ان القانون الفرنسي ذاته هو من غادر هذا المفهوم واقلب عليه لان المشرع الفرنسي أدرك حجم الضرر الذي حصل من جراء التمسك بما كان عليه مستعيناً بتطبيقات القضاء التي أوضحت حجم التأخير في حسم الخلافات بين الفرقاء من أطراف العقد كما وجدنا ان الفقه الإسلامي الأصل فيه عند بعض الفقهاء الأصل فيها ان الفسخ يقع بالإرادة المنفردة للدائن ولا يكون قضائياً إلا في حالات خفاء سبب الفسخ^{٢٣} لذلك وطالما ان الشريعة الإسلامية التي تعد من مصادر التشريع في العراق على وفق ما جاء في نص المادة (٢) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ وهذه لا تتعارض مع مبدأ الإرادة المنفردة في فسخ العقد والمصدر التاريخي الذي استمد من القانون المدني العراقي بعض أحكامه ومنها المادة (١٧٧) مدني كانت القوانين الحديثة التي اعتمدت على القانون المدني الفرنسي قد هجر الحال الذي كان عليه وانتقل إلى فضاء الحرية للإرادة المنفردة في فسخ العقد على وفق ما جاء في حكم المادة (١٢٢٤) من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل والتي أصبحت على وفق الآتي (يترتب الفسخ إما إعمالاً للشرط الفاسخ أو في حالة كان عدم التنفيذ على قدر كافٍ من الجسامة نتيجة إخطار الدائن للمدين أو بموجب قرار قضائي)^{٢٤} لذلك ولمواكبة التطور في الفقه القانوني الحديث ولتجاوز السلبيات التي ظهرت خلال فترة نفاذ تلك الأحكام منذ عام ١٩٥١ ولغاية ألان أقدم بعض التوصيات وعلى وفق الآتي:

- أ. مبادرة الجامعات وكليات القانون والمعاهد المختصة بالشأن القانوني الى عقد ندوات علمية متخصصة لدراسة هذه الاتجاهات الحديثة وتقديم التوصيات اللازمة تجاه الواقع القانوني الحالي في العراق ورفعها الى الجهات المختصة بالتشريع
- ب. مبادرة الجهات الحكومية ممثلة بوزارة العدل ووزارة التخطيط، التجارة، الساكان والتعمير الصناعة والمالية والدفاع وغيرها ذات الصلة بالعقود الحكومية المتعلقة بتقديم الخدمة الى المواطن او التي تسهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية الى الاهتمام بالموضوع وعقد الندوات المتخصصة مع المختصين للاطلاع على تلك التجارب الحديث في فقه القانون المدني المتعلق بالعقود لان ذلك يؤثر كثيراً على دخول الشركات العالمية في السوق العراقية وتقديم الدراسات اللازمة بالتعاون مع المختصين سواء في داخل العراق او خارجه

^{٢٣} الدكتور حسن علي الذنون . النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني نقلاً عن . الدكتور

محمد حسن قاسم . ص ٤٩١

^{٢٤} الدكتور محمد حسن قاسم . قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية . مرجع سابق . ص ٩٨

ج. مبادرة مجلس القضاء الأعلى في الاهتمام بالأمر لأنه شكل عدة لجان لتعديل القوانين
النافذة بما يواكب المستجدات التي حدثت في العراق لأنه الأكثر دقة في التشخيص
كون المحاكم هي الميدان الذي تظهر فيه سلبيات النزاع بين الأطراف المتعاقدة
د. نهوض مجلس النواب بدوره لتشكيل لجان او عقد ندوات علمية متخصصة في هذا
المجال لتقديم الدراسات والمبادرات لمواكبة تلك التطورات لأنه المعني الأول والأخير
بالأمر كونه السلطة التشريعية

القاضي

سالم روضان الموسوي
نائب رئيس استئناف بغداد
٢٠١٨/٤/٦

المصادر

- ١ الدكتور حسن علي الذنون . النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني
- ٢ سليم رستم باز . شرح احكام المجلة . منشورات مكتبة الحلبي الحقوقية
- ٣ الدكتور عبدالرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . نظرية الالتزام . الجزء الاول . المجلد الثاني . منشورات الحلبي الحقوقية بيروت . الطبعة الثالثة عام ٢٠٠٠ .
- ٤ الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، عبدالباقى البكري ، محمد طه البشير . الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي . ج ١ طبعة عام ١٩٨٠ . منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
- ٥ الدكتور محمد حسن قاسم . القانون المدني الالتزامات ، المصادر ، العقد، المجلد الثاني دراسة مقارنة في ضوء تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد (عام ٢٠١٦) . منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الاولى عام ٢٠١٨
- ٦ مصطفى احمد الزرقا . المدخل الفقهي العام . ج ١ . منشورات دار القلم في دمشق . الطبعة الثانية عام ٢٠٠٤
- ٧ الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي طبع مطبعة الزمان في بغداد عام ٢٠٠٢
- ٨ القانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية . إصدار وزارة العدل المصرية . مطبعة دار الكتاب العربي عام ١٩٤٨
- ٩ الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥
- ١٠ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل
- ١١ قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل
- ١٢ القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤ المعدل
- ١٣ القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ والتعديل الصادر عام ٢٠١٦
- ١٤ الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى