دور الجزاءات البديلة في حماية الرابطة العقدية

م.د عدنان عباس حمزة
adnanab@hilla-unc.edu

جامعة الحِلَّة / كلية القانون

الملخص:-

تعد الجزاءات البديلة للفسخ وسائل حماية غاية في الأهمية في الحفاظ على الرابطة العقدية بدلاً من انهائها واهدار اثارها ، الامر الذي يساعد على استقرار العلاقات التعاقدية من خلال الحفاظ على العقد وعدم انهائه بشكل كامل مما يحمي الأطراف المتعاقدة وتجنب الاثار السلبية للفسخ التي تزعزع الاستقرار في المعاملات وتكبد خسائر مالية قد تكون كبيرة ، وكذلك تعزيز مبدأ تنفيذ العقود ، حيث ان الأصل في العقود هو التنفيذ وليس الفسخ ، ومن الجزاءات التي يمكن استخدامها كبديلٍ عن الفسخ هي انقاص الثمن بما يتناسب مع حجم الأخلال في تنفيذ العقد ، والفسخ الجزئي كجزاء على تخلف احد الاجراءات اللازمة لتنفيذ العقد ، واخيراً كجزاء والتعويض على الاخلال او التنفيذ المعيب او التأخير في التنفيذ والذي يسبب ضرراً للدائن والإبقاء على الرابطة العقدية قائمة ومنتجة لأثارها.

الكلمات المفتاحية: **الجزاءات، البديلة، الرابطة التعاقدية.**

The Role of Alternative Sanctions in Protecting Contractual Bonds

Dr. Adnan Abbas Hamza

adnanab@hilla-unc.edu

University of Hilla / College of Law

Abstract[:-

Alternative penalties for cancellation are a very important means of protection in the benefits of the contractual bond, except for its effects and the waste of its effects, which helps to preserve contractual relations through contracts that completely prevent it, while respecting the contracting party and enjoying the effects of the heat that disturbs the clarity in transactions and the financial incurrence that may be large, as well as executive subscriptions, since the origin of contracts is implementation and not termination, and among the penalties that can be used as an alternative to cancellation is the offset, including part of the failure to implement the conference, and partial cancellation as a penalty for the failure of one of the departments necessary for the contract, and finally the penalty and compensation for the delay or defective implementation or the elimination of implementation that causes harm to the creditor and keeping the association association existing and producing its effects.

Keywords: **Alternative Sanctions to the Contractual Relationship.**

.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحبه الغر الميامين، وعلى من تبعهم بإحسان الى يوم الدين.. أما بعد..

أن الجزاءات القانونية تعد من القضايا الحديثة التي لم تحظ بعد بالاهتمام الكافي من قبل الباحثين والدراسين في حقل الدراسات القانونية، ويمكن بيان طبيعة موضوع البحث، وأهميته وأسباب اختياره، والوقوف عند منهجيته ونطاقه، وخطته في هذه المقدمة على النحو الآتي:

اولاً: جوهر فكرة الموضوع

يعد العقد من اهم النظم القانونية وأكثرها استخداماً من الناحية العلمية ، فهو الأداة او الوسيلة التي يتم من خلالها التعامل بين الافراد او المؤسسات والتي تضمن للمتعاقدين تنفيذ ما تم الاتفاق عليه وضمان حقوق أطراف العقد في حال تعذر التنفيذ.

وانطلاقاً من الأهمية الكبيرة للعقد نجد ان التشريعات تحرص على ديمومة الرابطة العقدية عن طريق وضع أسس صحيحة لأنشائها والحرص على استمرار ها والعمل على حمايتها من الزوال والانهيار قدر الإمكان وبالتالي المحافظة على استقرار المعاملات وحماية المراكز القانونية. ومما لا شك فيه ان اغلب العقود يتم ابرامها بعد سلسلة من المفاوضات والإجراءات الشاقة والمكلفة ، لذا يكون من المؤسف اللجوء الى الفسخ إذا ما اعترض عملية التنفيذ بعض العقبات التي تهدد وجوده ، خصوصاً إذا ما تم تنفيذ جزء من الالتزام او تم قطع شوطاً كبيراً فيه ، ففسخ العقد في هذه الحالة قد يسبب ضرر كبير ونتائج اقتصادية واجتماعية خطيرة لا تتفق مع الهدف المطلوب من ابرام العقد.

لذا فأن جوهر فكرة البحث يتمثل بالسعي الى إيجاد وسائل او اليات تحافظ على الرابطة العقدية من الفسخ وإنقاذ العقد مما يهدده نتيجة اخلال احد اطرافه او ما يستجد من احداث تعرقل تنفيذه ، ومحاولة الإبقاء على العقد قدر المستطاع والاستمرار في تنفيذه تحقيقاً للهدف المطلوب من ابرامه.

ثانياً: أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في جانبين احدهما نظري والأخر عملي ، اما الأول فأننا نحاول إيجاد نظام قانوني يعالج مسألة المحافظة على الرابطة العقدية من الفسخ في الوقت الذي قد تحتاج فيه المكتبة

القانونية الى دراسات متخصصة تعالج هذا الموضوع بصورة اكثر دقة وعمق وفاعلية ، ويتم ذلك من خلال الاطلاع على موقف القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة وكذلك اراء الفقه القانوني والفقه الإسلامي وموقف القضاء فيما يخص موضوع البحث وصولاً الى رؤيه شاملة عنه واقتراح ما يناسبه من معالجات.

اما الجانب العملي فيتمثل ـ من خلال هذا البحث ـ بمحاولة الإبقاء على الرابطة العقدية وحمايتها من الزوال والاستمرار في تنفيذ العقد بدلاً من فسخة او التقليل من حالات الفسخ قدر الإمكان ، حفاظاً على مصلحة اطراف العقد واضافة نوع من الاستقرار في المعاملات ، والذي يؤدي بدوره الى خلق استقرار في الاقتصاد العام ، اذ ان كل عقد قد يرتبط بسلسلة من العقود التي يعتمد تنفيذها عليه ، إضافة الى ذلك فأن الوسائل او الاليات التي تساهم في انقاذ العقد والمحافظة على الرابطة العقدية تنسجم مع المبدأ العام في العقود وهو التنفيذ والذي جعله المشرع الأصل والاستثناء هو الفسخ ، حيث ان الأخير يعد حلاً هاماً في مواجهة العلاقة العقدية التي يجب ان تتسم بالمرونة من خلال معالجة الخلل البسيط الذي قد يصيب العقد والاستمرار في تنفيذه ، لذا ظهرت الحاجة الى إيجاد بدائل يمكن من خلالها الاستمرار في التنفيذ والمحافظة على الرابطة العقدية.

ثالثاً: إشكالية البحث

تتلخص إشكالية البحث في سؤال جوهري وهو هل توجد وسائل بديلة لإنقاذ الرابطة العقدية وحمايتها من الانهيار غير الوسائل التقليدية المعروفة ، اذ نسعى للإجابة على هذا السؤال من خلال بحثنا ، حيث تبين لنا من خلال القراءات العديدة انه يمكن حماية الرابطة العقدية والاستمرار فيها وتحقيق اهداف العقد بوسائل أخرى قد تم اغفالها ولم تلق ما تستحقه من البحث والدراسة ، فمن الوسائل التقليدية المعروفة للإبقاء على الرابطة العقدية وحمايتها هي الانتقاص والتحول ، الا ان الامر لا يقتصر عليها فقط حيث توجد وسائل أخرى تحمي الرابطة العقدية كالجزاءات المترتبة على الاخلال في التنفيذ من قبل اطراف العقد ، وان إشكالية البحث تتركز بالبحث عن الوسائل الأخرى غير التقليدية التي يمكن اللجوء اليها للمحافظة على الرابطة العقدية قدر المستطاع.

رابعاً: منهجية البحث

يقتضي موضوع البحث استخدام المنهج التحليلي ، حيث سنقوم بتحليل نصوص القانون المدني واحكام القضاء وكذلك اراء الفقهاء ، كذلك يقتضي موضوع البحث اتباع المنهج المقارن ، اذ سنقوم بمقارنة نصوص القانون المدني العراقي بالقوانين المدنية الأخرى وتحديداً القانون المدني

المصري والقانون المدني الفرنسي مع الإشارة الى غيرها من القوانين قدر حاجتنا للمقارنة ، بالإضافة الى اتفاقية فيينا للبيع الدولي لسنة ١٩٨٠ ، والفقه الإسلامي باعتباره مصدراً رئيسياً للقانون المدني العراقي خصوصاً فيما يتعلق بموضوع بحثنا.

خامساً: خطة البحث

تم تقسيم البحث على ثلاث مباحث ، تناولنا في المبحث الأول منه إنقاص الثمن كأحد الجزاءات البديلة عن الفسخ في حماية الرابطة العقدية ، والمبحث الثاني تناولنا فيه الفسخ الجزئي كجزاء اخر بديلاً عن الفسخ ، واما المبحث الثالث فقد خصصناه لبحث مسألة التعويض وأثره في حماية الرابطة.

التمهيد

تعد الرابطة العقدية ركناً اساسياً في التعاملات المدنية والتجارية ، وتبنى العلاقات بين الافراد والمؤسسات على أساس من الثقة والالتزام لغرض تحقيق الهدف المطلوب من ابرام العقود ، الا ان الروابط العقدية بين الافراد او المؤسسات قد تتعرض الى الاخلال او الانتهاك ، الامر الذي يستدعي البحث عن أليات او وسائل قانونية فعالة تحمي هذه الروابط وتجنبها خطر الانهيار ، ومن هذا المنطلق يأتي دور الجزاءات البديلة كوسيلة قانونية مهمة في حماية العقد من الفسخ ، حيث تتيح هذه الجزاءات لطرفي العلاقة العقدية الفرصة للحفاظ على الرابطة العقدية وتفادي انهائها ، أي بمعنى انقاذ العقد من الفسخ قدر الإمكان مع ضمان حقوق الطرف المتضرر.

ونهدف من خلال هذا البحث الى دراسة دور الجزاءات البديلة في حماية الرابطة العقدية وتحليل آليات تطبيقها وأثرها على العلاقات التعاقدية ، وعليه تم تقسيم البحث على ثلاث مباحث ، خصصنا المبحث الأول الى إنقاص الثمن كجزء بديل عن الفسخ وخصصنا المبحث الثاني الى الفسخ الجزئي ، اما المبحث الثالث فقد خصصناه للتعويض كوسيلة أخرى تحمي الرابطة العقدية من الانهيار وكما يلي:

المبحث الأول: إنقاص الثمن

يعد إنقاص الثمن كجزء بديل عن فسخ العقد ، وقد اخذ المشرع العراقي بهذه الفكرة في حالات عدة وعلى النحو التالي:

الفقرة الأولى: حالة الهلاك الجزئي للمبيع.

عالج المشرع العراقي حالة الهلاك للمبيع هلاكاً جزئياً ، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي على ((١- إذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يقع الهلاك على البائع ولا شيء على المشتري الا إذا حدث الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع ، وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه من إنقاص الثمن)).

يتضح من خلال النص المتقدم ان مسألة هلاك المبيع بسبب اجنبي ، على انه قد ميز بين حالة الهلاك الكلي والهلاك الجزئي ، والمقصود بالهلاك الجزئي ـ موضوع بحثنا ـ هو النقص الذي يصيب المبيع بسبب الهلاك ، أي التلف الذي يصيب المبيع وينقص من مادته نتيجة قوة قاهرة لأسباب اقتصادية ، وفي هذه الحالة يكون المشتري بالخيار اما بفسخ العقد او قبول المبيع مع إنقاص ثمنه.[١]

اما بالنسبة للمشرع المصري فقد عالج حالة الهلاك الجزئي للمبيع ايضاً الا انه لم يعطي الحق للمشتري في فسخ العقد الا إذا كان الهلاك ـ الهلاك الجزئي ـ او النقص جسيماً ، حيث نصت المادة (٤٣٨) من القانون المدني المصري على ((إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، أجاز للمشتري اما ان يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما ان يبقى البيع مع إنقاص الثمن)).

نلاحظ ان المشرع المصري ومن خلال نص المادة (٤٣٨) قد اشترط ان يبلغ الهلاك الجزئي درجة جسيمة كي يجيز للمشتري فسخ العقد ويكون كذلك إذا أنقص من قيمة المبيع لدرجة كبيرة ، بحيث لو حدث هذا النقص او الهلاك الجزئي الجسيم قبل العقد لم يقدم المشتري على ابرام العقد ويكون للمشتري فقط حق إنقاص الثمن إذا لم يبلغ الهلاك درجة جسيمة.[٢]

ومن الملاحظ ان حالة الهلاك الجزئي انفة الذكر تقتضي صدور حكم قضائي لفسخ العقد ، والامر متروك لسلطة القاضي التقديرية بالحكم بالفسخ إذا كان الهلاك جسيماً ، او يحكم للمشتري بإنقاص الثمن ان لم يكن كذلك ، حتى لا يتخذ المشتري من أي نقص او هلاك بسيط أصاب المبيع سبباً ليتحلل من العقد الذي ابرمه.[٣]

[١] علي هادي العبيدي ، العقود المسماة ، البيع والايجار ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١ ، ص١٠٦.

[٢] عبد المنعم البدراوي ، دار الكتاب العربي للنشر ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ص٣٩٥.

[٣] محمد شكري سرور ، احكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص٤٣٨.

اما المشرع الفرنسي فقد عالج حالة الهلاك الجزئي بان جعل تبعة الهلاك التي تصيب المبيع على المشتري وذلك بعد البيع ولو كان ذلك قبل التسليم ، حيث يتحمل تبعه الهلاك من أصبح مالكاً دون ان يكون المبيع بين يديه ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٢٤) من القانون المدني الفرنسي التي تقول ((تفصل مسألة معرفة ما إذا كان البائع عن الشاري يتحمل هلاك الشيء المبيع او تعيبه قبل التسليم وفقاً للقواعد المنصوص عليها في باب العقود او الالتزامات التعاقدية بصورة عامة)).

كذلك فان المادة (١١٣٨) من نفس القانون قد نصت على ((يكون التزام تسليم الشيء تاماً برضا الأطراف المتعاقدين وحده وهو يجعل الدائن مالكاً ويحمله مسؤولية الشي منذ ان توجب تسليمه ولو لم يتم التسليم مطلقاً الا إذا كان المدين قد أنذر بوجوب التسليم ففي هذه الحالة يتحمل هذا الأخير مخاطر الشيء)).[1]

يتبين من خلال نص المادتين المذكورتين ان القانون المدني الفرنسي قد جعل تبعة الهلاك على المشتري بعد ابرام عقد البيع ولم يشترط التسليم.

الفقرة الثانية: وجود نقص في مقدار المبيع

اخذ المشرع العراقي بفكرة إنقاص الثمن كبديل للفسخ في حالة وجود نقص في المبيع ، وعلى ذلك نصت المادة (٥٤٣) من القانون المدني العراقي على ((إذا بيعت جملة من المكيلات او جملة من الموزونات او المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرراً او من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة او بسعر الوحدة ثم وجد المبيع عن التسليم ناقصاً ، كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن ، وإذا ظهر المبيع زائداً فان الزيادة للبائع)).

كذلك ما نصت عليه المادة (٥٤٥) بقولها ((إذا بيعت جملة من الموزونات او المذروعات التي فيها تبعيضها ضرر او من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها وسمي ثمنها بسعر الوحدة ثم وجد المبيع زائداً او ناقصاً عند التسليم ، فللمشتري فسخ البيع او اخذ المبيع بحصته من الثمن)).

يظهر لنا من خلال نص المادتين المذكورتين ان المشرع قد فرق بين حالتين ، الحالة الأولى هي وجود نقص في المثليات التي لا يضرها التبعيض ، أي التي لا تتضرر بالتجزئة او التفريق ، فاذا ما وجد المشتري نقصاً في البيع فهو بالخيار اما بفسخ العقد او قبول المبيع بما يقابله من الثمن ، بمعنى إنقاص الثمن بمقدار النقص الحاصل في المبيع.

[1] المادة (١٦٢٤) والمادة (١١٣٨) من القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، دالوز ، ٢٠٠٩.

اما الحالة الثانية فهي حالة وجود نقص في مقدار المبيع وكان يضره التبعيض وهنا يكون للمشتري ايضاً اما فسخ العقد او إنقاص الثمن.[١]

اما المشرع المصري فلم يميز بين حالتي المبيع الذي يضره التبعيض او لا يضره ، كذلك لم يميز بين تعيين الثمن بسعر الوحدة او جملة واحدة ، والمهم بحسب حكم المادة (٤٣٣) من القانون المدني المصري ان الزيادة او النقص في مقدار المبيع يتجاوز ما يقضى به العرف ، بحيث ان المشتري لو علم بالنقص الجسيم الذي قضى به العرف لم يقدم على ابرام العقد ، ويكون للمشتري بحسب نص المادة (٤٣٣) من القانون المدني المصري ان يطلب إنقاص الثمن بمقدار النقص بالمبيع او فسخ العقد.[٢]

اما المشرع الفرنسي ، فقد أكد فكرة إنقاص الثمن في حال وجود نقص في مقدار المبيع واجبر البائع على تخفيض الثمن نسبةً الى مقدار النقص في المبيع حيث نصت المادة (١٦١٧) من القانون المدني الفرنسي ((إذا تم بيع عقار مع تعيين محتوى بمقدار معين للوحدة القياسية وجب على البائع ان يسلم المقدار المعين في العقد للمشتري عند تشبثه بذلك ، وإذا استحال عليه الامر او إذا لم يتشبث به المشتري وجب على البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن)).[٣]

يتبين لنا من خلال ما تقدم ان حالة إنقاص الثمن للمبيع تحول دون فسخ العقد وبالتالي الإبقاء على الرابطة العقدية وحمايتها من الانهيار من خلال حصول البائع على الثمن الذي يناسب قيمة المبيع ، وحصول المشتري على المبيع منقوصاً منه ما نقص من مقداره ، وتحقيق الهدف المقصود من التعاقد.

الفقرة الثالثة: العيوب الخفية

الأصل في العيوب الخفية ان المشتري يكون مخير بين فسخ العقد ورد المبيع الى المشتري وبين قبول المبيع بالثمن المسمى كله.[٤]

[١] سعيد مبارك ، طه الملا حويش ، صاحب عبيد الفتلاوي ، بغداد ، دار الحكمة ، ١٩٩٣ ، ص١٣٦.

[٢] أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص١٩٤ ، السنهوري ، الوسيط ، نظرية العقد ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ١٩٣٤ ، ص٥٧١.

[٣] القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، دالوز ، ٢٠٠٩.

[٤] نص الفقرة الأولى من المادة (٥٨٨) من القانون المدني العراقي.

وتنص المادة (٥٦١) من القانون المدني العراقي على ((ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً فاذا لم يكن في تفريقه ضرراً للمشتري ان يرد المعيب مع مطالبة البائع ، اما إذا كان في تفريقه ضرراً للمشتري ان يرد المعيب مع مطالبة البائع ، اما إذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع او قبل الجميع بكل الثمن)).

كذلك تنص المادة (٥٦٢) من نفس القانون على ((١- إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري ، فليس له ان يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه بل له ان يطالب البائع بنقصان الثمن ، مالم يرضى البائع ان يأخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد)).

ونصت ايضاً المادة (٥٦٤) على ((إذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن)).

نلاحظ من خلال النصوص المتقدمة ان المشرع اعطى الخيار للمشتري اما بفسخ العقد او الاحتفاظ به ونقصان الثمن ، فاذ اما اختار الخيار الثاني كان له الإبقاء على العقد والمطالبة بانقاص الثمن بنسبة ما لحق بالمبيع من نقص بسبب العيب.[١]

وهذه الاحكام منها ما يتصل بتعدد المبيع مع القدرة على التبعيض والتفريق دون ضرر ، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٦١) من القانون المدني العراقي ومنها ما يتصل بحالات لا يجوز فيها الرد وليس للمشتري سوى إنقاص الثمن وهذا ما جاء في نص المواد (٥٦٢ ، ٥٦٣ ، ٥٦٤) من القانون المدني العراقي.

اما المشرع المصري فان حكمه بهذا الشأن يختلف عن قانوننا المدني فيما يخص احكام العيوب الخفية ، اذ احالت المادة (٤٥٠) من القانون المدني المصري الى المادة (٤٤٤) والتي تتعلق بالاستحقاق الجزئي.[٢]

وهنا يجب التفريق بين حالتين ، العيب الجسيم والعيب غير الجسيم ، ففي الأولى يكون المشتري بالخيار اما بالفسخ ورد البيع ومطالبة البائع بالتعويض ، او البقاء على العقد وقبول المبيع والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب وجود عيب في البيع ، اما الحالة الثانية وهي حالة

[١] غني حسون طه ، الوجيز في نظرية الالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص٣١٤ وما بعدها ، شروق عباس فاضل ، هدى سمير داود ، ضمان العيوب الخفية في عقد التأجير ، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، المجلد الرابع ، العدد الثاني ، ص٨٤.

[٢] انظر المواد (٤٥٠ ، ٤٤٤) من القانون المدني المصري.

العيب غير الجسيم ، فليس للمشتري سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب هذا العيب ويكون له المطالبة بالتعويض العيني ، كأن يقوم البائع بإصلاح العيب غير الجسيم ، وفي حالة تعذر الإصلاح له المطالبة باستبدال المبيع باخر خالي من العيب ، فالمشتري في هذه الحالة بالخيار اما بالفسخ او انقاص الثمن ، وبالتالي فإن الامر متروك لسلطة القاضي التقديرية.[١]

اما بالنسبة للمشرع الفرنسي[٢] فإنه قد تبنى قبل المشرع العراقي دعوى إنقاص الثمن على خلاف المشرع المصري الذي لم يتبنى هذه الدعوى الا انه جاء بدعوى التعويض في باب العيوب الخفية.[٣]

ومما تجدر الإشارة اليه هو موقف اتفاقية (فيينا) من فكرة انقاص الثمن كجزاء بديلاً عن الفسخ وكوسيلة لحماية الرابطة العقدية ، حيث اقرت هذه الاتفاقية حق المشتري في انقاص الثمن مع بقاء عقد البيع دون فسخه اذا ما تخلف البائع عن تنفيذ التزاماته في مطابقة المبيع للمواصفات المذكورة في العقد ، فجاء في المادة (٥٠) من اتفاقية فيينا على انه ((في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد وسواء اتم دفع الثمن ام لا جاز للمشتري ان يخفض الثمن بمقدار الفرق بين قيمة البضائع التي تم تسليمها فعلاً وقت التسليم ، وقيمة البضائع المطابقة في ذلك الوقت ، غير انه اذا قام البائع بإصلاح الخلل في تنفيذ التزاماته وفقاً لأحكام المادة (٣٧) او المادة (٤٨) او اذا رفض المشتري ان يقوم البائع بالتنفيذ وفقاً للمادتين المذكورتين فلا يجوز للمشتري ان يخفض الثمن)).

نلاحظ من خلال نص المادة (٥٠) من الاتفاقية انه في حالة اخلال البائع في تنفيذ التزاماته بالمطابقة أي عدم مطابقة البضاعة للمواصفات المذكورة في عقد البيع كوجود عيب او نقص فيها ، فالمشتري يكون بالخيار اما إنقاص ثمن البضاعة بما يتلاءم مع النقص او العيب ، او الإبقاء على عقد البيع الدولي قائماً[٤] ، فقد يفضل المشتري الاستمرار وبقاء عقد البيع دون فسخه رغم كون المخالفة للمواصفات جوهرية والاكتفاء بطلب إنقاص ثمن البضاعة بما يتناسب مع العيب.[٥]

---

[١] إسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة ، عقد البيع ، مكتبة عبدالله وهبة ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ص٢٠١.

[٢] انظر المادة (١٦٤٤) من القانون المدني الفرنسي.

[٣] عبد المهدي كاظم ناصر ، مصدر سابق ، ص٢٣٥.

[٤] اشرف رمضان عبد العال ، انتقال تبعه الهلاك في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا (١٩٨٠) بشأن عقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص٣٠١.

[٥] محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص١٦٤.

وعليه فان جزاء إنقاص الثمن يعد أحد الوسائل المهمة لحماية الرابطة العقدية من الفسخ والإبقاء عليها ، وبها تتحقق غاية القانون في استمرار المعاملات وتحقيق العدالة ويعد وسيلة فعالة بين المشتري تمكنه من معالجة الاثار المترتبة على عدم المطابقة بطريقة غير مباشرة مع عدم حرمانه من مزايا العقد الذي ابرمه ، كما ان المشتري هو من يحدد نسبة تخفيض الثمن مع عدم مجاوزة النسبة التي حددتها اتفاقية فيينا في المادة (٥٠) منها وفي حالة معارضة البائع حول نسبة التخفيض او مقدار العيب يعرض الامر على القضاء.[١]

وفي المقابل فان الاتفاقية لم تعطي للمشتري امر تقدير تخفيض الثمن بشكل مطلق ، بل حرصت على بيان الطريقة اللازمة للتقدير والتي يتوجب على المشتري الالتزام بها عند طلب التخفيض ، كما يلتزم بها قاضي الموضوع عند عرض الدعوى امامه بشان المقدار الواجب تخفيضه ، لذا فإن مسألة انقاص الثمن بحسب اتفاقية فيينا يكون بنسبة الفرق بين ثمن البضاعة المسلمة فعلاً وثمن البضاعة المفترض كونها كاملة ومطابقة للمواصفات المذكورة في العقد[٢] ، وقد يكون المشتري قد دفع كامل الثمن ومن ثم تبين له ان البائع قد اخل بالتزاماته تجاهه بالمطابقة ، وهنا يكون للمشتري المطالبة باسترداد جزء من الثمن يساوي قيمة الفرق بين البضاعة المسلمة وبين قيمة البضاعة المطابقة ، وقد يكون المشتري لم يدفع كامل الثمن فيكون له هنا خصم جزء من ثمن البضاعة يساوي الفرق الذي ذكرناه.[٣]

وتقدر قيمة البضاعة سواءً كانت مطابقة ام غير مطابقة وقت التسليم وليس وقت ابرام العقد.[٤]

وقد تحدث تقلبات في الأسعار وقت التسليم ووقت ابرام العقد ، وهنا تظهر فائدة إنقاص الثمن بالنسبة للمشتري إذا كان الشي المراد تخفيضه من قيمة البضاعة كبير في حالة ارتفاع الأسعار وقت التسليم ، اما في حالة انخفاض الأسعار أي ان العملية معكوسة ، فإن المشتري يختار فسخ العقد بدلاً من انقاص الثمن وحجته في ذلك ان العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية ليتحلل من

[١] جمال محمود عبدالعزيز ، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص٤٣٨.

[٢] محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص١٨٦.

[٣] احمد السعيد الزقرد ، البيع الدولي للبضائع ، المكتبة العصرية ، ٢٠١٠ ، ص١٤٢.

[٤] محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، مصدر سابق ، ص١٦٥.

التزاماته العقدية ويطلب الفسخ ، ومسألة اعتبار المخالفة جوهرية تبرر الفسخ ام انها غير جوهرية والاكتفاء بانقاص الثمن مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع.[١]

من جهة أخرى فان فكرة إنقاص الثمن لها إثر إيجابي في حالة اعفاء البائع المتخلف عن التنفيذ من المسؤولية ، حيث لا يمكن للمشتري المطالبة بالتعويض إذا اختار الابقاء على العقد وتجنب الفسخ ، لان الاعفاء من المسؤولية يعطل الحق في المطالبة بالتعويض ، لكن هذا الاعفاء لا يعطل المطالبة بتخفيض الثمن ، وبالتالي له ان يطلب التخفيض.[٢]

ومما تجدر الإشارة اليه ان البائع إذا قام بإصلاح الخلل قبل التنفيذ في حالة التسليم قبل الموعد المحدد ، لم يكن للمشتري الحق في التخفيض كون حق المشتري هذا مقيداً بان يكون اخلال البائع بالتزامه بالمطابقة نهائياً وباتاً ، كذلك يحرم المشتري من حقه في إنقاص الثمن إذا رفض دون مبرر عرض البائع بإصلاح العيب في المطابقة.[٣]

واخيراً يقع لزاماً علينا ان نبين موقف الفقه الإسلامي من مسألة انقاص الثمن ، فبالرجوع الى كتب الفقه الإسلامي نلاحظ تبنيه هذه الفكرة كبديل عن الفسخ كما هو الحال في وجود عيب او وجود استحقاق جزئي للمبيع ، ففي الحالة الأولى فان جانباً من الفقه الإسلامي[٤] يعطون للمشتري الخيار بين فسخ العقد وبين ابقائه مع المطالبة بجزء من الثمن يقابل الجزء المعيب من المبيع ، وقد جاء في تذكرة الفقهاء ((اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً سابقاً على العقد ولم يحدث عنده عيب ولا تصرف فيه كان مخيراً بين فسخ البيع او الامضاء به ، وبه قال احمد ، لأنه ظهر على العيب لم يقف على محله فكان له المطالبة كما لو حدث عنده عيب ولان الثمن في مقابل السليم فاذا ظهر العيب كان قد فات جزء من المبيع ، فكان للمشتري المطالبة بما يقابله من الثمن)) ، ويكون الامر كذلك في حالة الاستحقاق الجزئي ، حيث يكون للمشتري حق الإبقاء على العقد والمطالبة بتخفيض ثمن المبيع الذي يقابل الجزء المستحق.[٥]

[١] وائل حمدي ، حسن النية في البيوع الدولية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، ٢٠٠٨ ، ص٦٢٨.

[٢] محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة بشان البيع الدولي ، مصدر سابق ، ص١٨٩.

[٣] احمد سعيد الزقرد ، البيع الدولي للبضائع ، مصدر سابق ، ص١٤٣.

[٤] الحنابلة الامامية ، انظر تذكره الفقهاء للعلامة الحلي ، الجزء السابع ، مؤسسة ال البيت (ع) لاحياء التراث ، قم ، ايران ، ١٤٢٠هـ ، ص٣٥٣.

[٥] أبو زكريا محي الدين النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ط٣ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ١٤٢٧ هـ ، ص٤٥٨.

المبحث الثاني: الفسخ الجزئي

يعد الفسخ الجزئي للعقد من المواضيع الحيوية والوسائل العملية التي تعالج التنفيذ غير الكامل للعقد وذلك لما يوفره من إمكانية تتيح لإطراف العقد المحافظة على الرابطة العقدية وإنقاذ العقد من الفسخ ، اذ ان غالباً ما تتجه إرادة المتعاقدين للمحافظة على العقد وديمومته ، وذلك من خلال قصر الفسخ على بعض اجزائه دون ان يشمله بتمامه ، خصوصاً في العقود المهمة والتي تترتب على فسخها خسائر كبيرة .

والمقصود بالفسخ الجزئي هو حل الرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين بسبب عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته ، على ان الفسخ بهذه الصورة قد يتحقق نتيجة وجود شرط فاسخ اقترن به العقد او قد يقع الانفساخ بقوة القانون إذا استحال على أحد الطرفين تنفيذ التزاماته بسبب أجنبي.[1]

بمعنى اخر هو ان الدائن الذي لم يحصل على تنفيذ كامل للعقد المبرم لا يجبر هو الاخر على تنفيذ التزاماته تنفيذاً كاملاً ، كما ان القاضي لا يجبر في جميع الحالات التي يتقدم بها أطراف العقد مطالبين بفسخ العقد فسخاً كلياً ان يستجيب لهذا الطلب بل هو يزن الأمور ثم يقدر بعد ذلك حجم مخالفة المدين لالتزاماته.[2]

حيث يقوم القاضي بانقاص أداء الدائن بقدر ما نقص من أداء المدين بسبب عدم التنفيذ الجزئي ، ويشترط لأعمال الفسخ الجزئي ان يكون العقد قابل للتجزئة او ينطوي على جملة اداءات مختلفة وتكون مستقلة بعضها عن بعضها الاخر ، حيث يقتصر الفسخ على الأداء المعيب ولا يتعداه الى فسخ العقد برمته ، واستبقاء العقد قائماً ، وذلك لان هذه الأنواع من العقود تنشئ جملة من الاداءات المتقابلة والتي يستقل بعضها عن الاخر ، بحيث يكون لكل أداء من هذه الاداءات كيانه الاقتصادي والقانوني بالنسبة لباقي الاداءات ، وبسبب هذا الاستقلال يكون في كل ادائيين متقابلين مصلحة لأطراف العقد ، وبالتالي فان قابلية هذه العقود للانقسام في اداءاتها بشكل مستقل بعضها

[1] السنهوري ، الموجز في نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، ١٩٤٠ ، ص٢٠٢.

[2] حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه من جامعة فؤاد الأول ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦ ، ص١٠٠.

عن بعض يعطي إمكانية حصر الفسخ او قصره على الأداء المعيب او الناقص دون الاداءات الأخرى مهما بلغت جسامه هذا العيب او النقص في الأداء الواحد.[1]

وبحسب سلطة القاضي التقديرية فانه قد يرى عند عدم التنفيذ الجزئي من جانب المدين ان يحكم بالفسخ الجزئي للعقد بدلاً من الفسخ الكلي ، حيث يعد هذا الجزاء حلاً وسطاً بين بقاء العقد وفسخه بالكامل.

ولتجنب فسخ العقد بشكل كامل وتفادي الاثار السلبية له ، فانه يجوز للقاضي الحكم بالفسخ الجزئي لعقد البيع ، إذا كان المبيع قابل للتجزئة وقام البائع بتسليم جزء منه ، ليتمكن المشتري من الاحتفاظ بالجزء الذي سبق وان تسلمه من البائع ، كذلك الحال إذا كان البيع منصباً على أشياء عدة ، وكانت هذه الأشياء غير مطابقة للعقد ، فيكون الفسخ وهذه الحالة واقعاً على الأشياء غير المطابقة فقط.

كذلك قد يكون للفسخ الجزئي صورة أخرى وهي انقاص ثمن البضاعة او ثمن الأجرة بقدر ما نقص من مقدار البضاعة او من الانتفاع بالعين المؤجرة ، واذا كان مصدر الالتزام عقد ثانوي ملحق بالعقد الأصلي ، فهنا يجوز للقاضي الاكتفاء بفسخ العقد الثانوي والإبقاء على العقد الأصلي دون فسخه بحيث يكون منتجاً لأثاره.[2]

وفي هذه الحالة يكون العقد الأصلي في مأمن من الفسخ ، ويبقى بالإمكان مباشرة الفسخ الجزئي للعقد في حالة تخلف المدين عن أداء جوهري او أساسي في العقد ، إذا كانت الاداءات في هذا العقد مستقلة أي من الممكن إنقاص أداء الدائن بالقدر الذي نقص من أداء المدين ، وبغض النظر عن جسامه الاخلال بالتنفيذ من قبل المدين إذا ما قورن بجميع الاداءات المتولدة عن العقد بحيث يبدو قليل الأهمية قياساً بها ، ولا يؤثر على مجمل العقد.

وقد يحتج على الفسخ الجزئي للعقد بانه توسيع لسلطة القاضي ، حيث ان القانون حدد سلطة القاضي وحصرها في الحكم اما بتنفيذ العقد او الفسخ بالكامل في حين ان إجازة الحكم بالفسخ الجزئي هو تعديل للعقد من جهة القاضي وليس له سند من القانون ، وان الفسخ الجزئي وان كان

[1] عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص١٨٧.

[2][2] عبد الحكيم فودة ، انهاء القوة الملزمة للعقد ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص٤٧٤.

في مصلحة الدائن ، الا انه قد يهدد مصلحة المدين ولا يجوز اهدار مصلحته والتي قد تقتضي تنفيذ العقد بالكامل اوفسخة بالكامل اذا تم تحديد المبلغ على أساس الكمية كلها.[١]

ويرد على ذلك في ان المدين قد يكون أدى من الالتزام ما حقق الهدف بدرجة كبيرة للدائن ، وقد يكون الفسخ الجزئي يحقق مصلحة الطرفين ويقدم ترضيه كافية لكل منهما.[٢]

كذلك في العقود القابلة للتجزئة فقد يبدو الفسخ الجزئي للعقد افضل لمصلحة الدائن والمدين على حد سواء ويحقق القدر الأكبر من العدالة.[٣]

اذ ان العقود القابلة للتجزئة قد تتضمن التزامات متتابعة ومستقلة فالقاضي بدلاً من التضحية بالعقد بالكامل واهدار اثره ، فانه يذهب باتجاه الفسخ الجزئي لمجرد تخلف او نقص احد الأدوات اللازمة في العقد ، من خلال انقاص الأداء المقابل والإبقاء على العقد قائماً ومنتجاً لإثاره بين الطرفين ، وبالتالي فان هذا الجزاء ينقذ العقد من الفسخ ، حيث ان تنفيذ جزء من العقد خير من فسخة وزواله كلياً.[٤]

ومما تجدر الإشارة اليه ان القانون المدني المصري أجاز الفسخ الجزئي للعقد ، حيث نصت المادة (٤٣٨) منه على ((اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف إصابة أجاز للمشتري اما ان يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما ان يبقى البيع مع انقاص الثمن)) ، وعملياً فان انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع يعد فسخاً جزئياً للعقد.[٥]

كذلك نصت الفقرة الأولى من المادة (٥٧٠) من نفس القانون على ((لا يجوز للمستأجر ان يمنع المؤجر من اجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة ، على انه إذا ترتب على هذه الترميمات اخلال كلي او جزئي بالانتفاع بالعين ، جاز للمستأجر ان يطلب تبعاً للظروف

[١] عبد الحي مجازي ، مصدر سابق ، ص١٨٨.

[٢] علاء السيد محمود الزاهي ، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، مصر ، ٢٠٠٦ ، ص٥٢٢.

[٣] حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، مصدر سابق ، ص١٠٠.

[٤] علاء السيد محمود الزاهي ، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ ، مصدر سابق ، ص٥٢٢.

[٥] عبد الحي مجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مصدر سابق ، ص١٨٦.

ام فسخ الايجار او إنقاص الأجرة)) ، وهذا تطبيقاً اخر للفسخ ، اذ ان إنقاص الأجرة بالقدر الذي نقص من الانتفاع بالعين المؤجرة يعد فسخاً جزئياً للعقد.[١]

وما تجدر الإشارة اليه ان الفسخ الجزئي باعتباره مرتبطاً بمسألة الوفاء الجزئي يعد حلاً استثنائياً، لذلك يوجد تباين في موقف الفقه والقضاء تجاهه ، فمنهم من يؤيد الفسخ الجزئي ومنهم من يعارضه ولكل من الفريقين حججه واسانيده.[٢]

والقاعدة العامة تقضي بوجوب وفاء المدين بجميع التزاماته كأصل عام ولا يصح الوفاء الجزئي ، وعلى ذلك نصت المادة (٣٩٢) من القانون المدني العراقي بقولها ((إذا كان الدين حالاً فليس للمدين ان يجبر الدائن على قبول بعضه دون البعض الاخر ولو كان قابلاً للتبعيض)).[٣]

وهذا يعني ان الوفاء لا يتجزأ حتى لو كان الدين قابل للتجزئة ، اذ لا يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لدينه ، ويكون للدائن الامتناع عن قبول جزء من الدين ويتمسك بوفاء الدين كاملاً وهذه هي القاعدة العامة في الوفاء ، الا ان مسألة الفسخ الجزئي تعد استثناء من الأصل ولا يجوز التوسع في الاستثناء.[٤]

وفيما يخص العقود التجارية الدولية فأن مسألة الفسخ الجزئي للعقد ليست وسيلة لحماية الرابطة القانونية فحسب ، وانما تمثل جزاء ملائم وعادل لهذا النوع من العقود ، اذ يترتب على ابرامها اثار كبيرة كضخامة الموال وكمية السلع الكبيرة ومرحلة المفاوضات التي قد تطول وكذلك فترات التنفيذ وما يصاحبها من معوقات وبعدها يتقرر فسخ العقد بالكامل لتخلف احد اطراف العقد عن تنفيذ جزء واحد من الالتزامات المستقلة والمتعاقبة التي تضمنها العقد.[٥]

اما بشأن اتفاقية فيينا فقد نصت المادة (٥١) منها على ((١ـ اذا لم يسلم البائع غير جزء من البضائع او اذا كان جزء فقط من البضائع المسلمة مطابقاً للعقد ، تطبق احكتم المواد من (٤٦ ـ ٥٠) بشأن الجزء الناقص او الجزء غير المطابق ، ٢ـ لا يجوز للمشتري ان يفسخ العقد برمته الا اذا كان عدم التنفيذ الجزئي او العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد)).

[١] احمد السعيد الزقرد ، البيع الدولي للبضائع ، مصدر سابق ، ص٢١١.

[٢] حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، مصدر سابق ، ص١٠١ ، عبد المهدي كاظم ناصر ، مصدر سابق ، ص٢٤٤.

[٣] تقابلها المادة (٣٤٢) من القانون المدني المصري.

[٤] عبد المجيد الحكيم واخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص٢٧٠.

[٥] احمد السعيد الزقرد ، البيع الدولي للبضائع ، مصدر سابق ، ص٢١١.

هذه المادة عالجت الفرض الذي يقوم فيه البائع بتسليم جزء من البضاعة وتخلف عن التسليم الجزء الباقي منها وحسب ما تضمنه العقد ، او ان يقوم بتسليم جزء من البضاعة مطابق لما ورد في العقد والجزء الاخر غير مطابق.[١]

وهنا يجب التفريق بين حالتين ، الحالة الأولى ان يشكل هذا الخلل الجزئي في التنفيذ مخالفة جوهرية للعقد ، فيكون للمشتري الحق في فسخ بالكامل ، ولا يقتصر حقه في الفسخ على الجزء المعيب او الناقص.[٢]

اما الحالة الثانية ، ان لا يشكل هذا الخلل الجزئي في التنفيذ مخالفة جوهرية ، وفي هذه الحالة لا يجوز للمشتري طلب فسخ العقد برمته ، وانما يجوز له طلب الفسخ الجزئي للعقد ، ويتطلب من المشتري في هذه الحالة تحديد مدة زمنية للبائع لتنفيذ التزاماته بشكل كامل ، فاذا انتهت المدة ولم يقوم البائع بتنفيذ التزاماته تكون المخالفة جوهرية الا انها تنصرف الى الجزء الذي وقعت بشأنه فقط ، ويكون للمشتري طلب الفسخ الجزئي للعقد فيما يتعلق بالجزء الذي وقع فيه الخلل ، بشرط ان يكون الإبقاء على الأجزاء الاخرى من العقد ممكناً.[٣]

وقد عالجت المادة (٧٣) من اتفاقية فيينا مسألة الفسخ الجزئي في عقد البيع مع التسليم على دفعات فجاء فيها ((في العقود التي تقتضي بتسليم البضائع على دفعات ، إذا كان عدم تنفيذ الطرفين لالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات يشكل مخالفة جوهرية للعقد بشأن الدفعة ، جاز للطرف الاخر فسخ العقد بالنسبة لتلك الدفعة)).

فمن خلال هذا النص يتبين ان لطرفي العقد التمسك بالفسخ الجزئي بالنسبة للدفعة التي وقع الاخلال بشأنها متى ما شكل هذا الاخلال مخالفة جوهرية للعقد ، وذلك بديلاً عن فسخ العقد بأكمله واهدار اثره.[٤]

وقد سار القضاء على فكرة الفسخ الجزئي للعقد سواءً بالنسبة الى عقود المدة او غيرها طالما تضمنت التزامات متتالية او مستقلة ويمكن أدائها بشكل مستقل عن الاخر ، بدلاً من الفسخ الكلي

[١] محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص١٦٨.

[٢] محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ، مصدر سابق ، ص١٩٢.

[٣] محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، مصدر سابق ، ص١٦٨.

[٤] محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ، مصدر سابق ، ص٢٣١.

او التضحية بالرابطة العقدية ، وبذلك توسعت سلطة القاضي التقديرية لتشمل الحكم بالفسخ الكلي او الجزئي او رفض الفسخ وكذلك كيفية تطبيقه.[١]

بقي ان نشير الى موقف الفقه الإسلامي من الفسخ الجزئي للعقد ، فنلاحظ ان بعض الفقهاء المسلمين اجازو الفسخ الجزئي واطلقوا عليه اسم (تفريق الصفقة) فاذا ما هلك جزء من المبيع وكانت الصفقة قابلة للتفريق ، فيكون للمشتري في هذه الحالة فسخ العقد في الجزء الذي طاله الهلاك وبقاء العقد قائماً في الجزء الصحيح منه ، مع المطالبة بإنقاص الثمن الذي يقابله الجزء المستحق.[٢]

المبحث الثالث: التعويض

يعد التعويض وسيلة لجبر الضرر ، لكن ما نقصده هنا من التعويض هو الوسيلة التي تساهم في انقاذ العقد من الفسخ والإبقاء على الرابطة العقدية ، أي تعويض الدائن عما لحقه من ضرر جراء الاخلال في تنفيذ العقد مع الحفاظ على بقاء العقد وحمايته من الفسخ ، ويتم ذلك في حالات عدم التنفيذ الجزئي او التنفيذ المعيب او التأخير في تنفيذ الالتزام ، حيث ان التخلف في تنفيذ الالتزام بشكل كامل من قبل المدين يتتبعه حتماً فسخ العقد وانهاء الرابطة العقدية اذا ما قام الدائن دعوى امام القضاء ، وللمحكمة رفض طلب الفسخ اذا كان اخلال المدين او عدم وفائه بالتزام معين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام برمته ، ويكون للمحكمة في هذه الحالة ان تحكم على المدين بالتعويض عن الجزاء الذي لم ينفذه من الالتزام ، وهنا يظهر دور التعويض كجزاء يوقع على المدين لجبر الضرر الذي لحق بالدائن وتجنب فسخ العقد وبالتالي المحافظة على الرابطة العقدية.

وتقضي القواعد العامة بان يكون التعويض مساوياً للضرر دون زيادة او نقصان.[٣]

وقد يكون التعويض مقترناً بالفسخ ، ليس عن عدم التنفيذ الكامل للالتزام ، وعلى ذلك نصت المادة (١/١٧٧) من القانون المدني العراقي بقولها ((في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد ، جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى)).[٤]

[١] عبد الحي مجازي ، مصدر سابق ، ص١٨٩.

[٢] أبو اسحق إبراهيم بن علي الشيرازي ، المهذب ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص١٦٣.

[٣] عادل أبو هشيمة ، التعويض في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٩٠.

[٤] فريد فتيان ، مصادر الالتزام ، شرح مقارن على النصوص ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٦ ، ص٢١٦.

يتبين من نص المادة المتقدمة ان الدائن له علاوة على الفسخ ، المطالبة بالتعويض الا ان هذه الصورة من التعويض قد تخرج عن موضوع بحثنا وهو المحافظة على الرابطة العقدية من الفسخ ، حيث ان التعويض الذي نقصده هو التعويض المقترن بالتنفيذ العيني ، اذ يتم تنفيذ جزء من العقد عيناً في حين يتم تنفيذ الاخر بطريق التعويض والذي يظهر في صورة التنفيذ الجزئي او المعيب او التنفيذ المتأخر ، بمعنى اخر يجب ان يجتمع التنفيذ العيني لجزء من العقد مع التعويض بالنسبة للجزء غير المنفذ او المنفذ بشكل معيب او متأخر.[1]

ويلاحظ ان هيئات التحكيم الدولية لا تحكم بالتعويض الا عندما يكون هناك ضرر للدائن بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق في النزاع لان القاعدة العامة تشترط لاستحقاق التعويض ان يتضرر المتعاقد نتيجة اخلال المتعاقد الاخر بالالتزام الذي يفرضه العقد.[2]

اذا قد يخل المدين بالتزاماته ولكن هذا الأخلال لا يسبب ضرراً للدائن ، ومثال ذلك ما يحصل في عقد النقل ، فقد يتأخر الناقل في تسليم البضاعة او يتأخر الراكب عن الوصول في الموعد المحدد مع ذلك لا يصيب كل منهما أي ضرر بسبب التأخير ، وفي هذه الحالة لا يفسخ العقد ولا يتم تعويض الراكب او صاحب البضاعة لعدم وجود الضرر ، فالتعويض يدور وجوداً وعدماً مع الضرر ، لذا يتوجب على الدائن اثبات وجود الضرر الذي أصابه ، وقد يكون التأخير في التنفيذ بسيطاً بحيث يسبب ضرر للدائن ، لذلك لا يتم فسخ العقد بسبب هذا الاخلال البسيط ، وللقاضي في هذه الحالة لا يذهب باتجاه فسخ العقد وانما يحكم بالتعويض بدلاً من الفسخ ، وبالتالي يتم الحفاظ على الرابطة العقدية.[3]

وتأسيساً على ذلك لو قام المقاول بتسليم العمل المتفق عليه في العقد وكان العمل مطابقاً للمواصفات ، الا انه قد تأخر بالتسليم وسبب التأخير ضرراً لصاحب العمل ، فللقاضي في هذه الحلة ان يحكم على المقاول بالتعويض عن الضرر الذي لحق برب العمل من جراء التأخير اذا استخدم التعويض كجزاء اصلي بديلاً عن الفسخ ، إضافة الى إمكانية الحكم بالتعويض كجزاء

[1] السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ، الجزء الثاني ، المجلد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص٨٢٣.

[2] محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، مصدر سابق ، ص٢٠٨.

[3] حمدي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص٦٠٠.

تكميلي مع جزاء اخر غير الفسخ مع الإبقاء على العقد قائماً ، كما هو الحال في طلب التعويض مع التنفيذ العيني.[١]

وهذا الحكم ينطبق على المثال السابق كمطالبة الدائن المقاول بالتسليم مع التعويض نتيجة تأخير العمل بدلاً من المطالبة بفسخ العقد.

ومن الجدير بالذكر ان معاهدة فيينا قد اجازت للمشتري مطالبة البائع عند خلاله بالتزاماته بالتنفيذ العيني وكذلك التعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاخلال ، كما اجازت توقيع جزاء التعويض كجزاء تكميلي مع المطالبة بتسليم المشتري بضاعة بديلة عن البضاعة غير المطابقة لشروط العقد ، وإذا كانت البضائع معيبة فأن للمشتري وفقاً للاتفاقية ان يطلب من البائع اصلاح العيب مع التعويض عن الضرر الذي أصاب المشتري بسبب ذلك العيب.[٢]

وقد اجازت الاتفاقية كذلك استخدام التعويض كجزاء تكميلي مع جزاء انقاص الثمن عند اخلال البائع بالتزامه بالمطابقة ، اذا كان التمسك بالجزاء الأصلي ـ جزاء انقاص الثمن ـ لا يجبر الضرر الذي أصاب المشتري بسبب هذا الاخلال.[٣]

والجدير بالذكر انه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد جزاء الفسخ في حالة اخلال أي منهما بالتزاماته ، وفرض تعويض نقدي يتم تحديده في العقد يستحقه الطرف المتضرر كبديل عن الفسخ ، فيكون التعويض هو الجزاء المترتب على الاخلال وليس الفسخ.[٤]

اما عن موقف الفقه الإسلامي من التعويض كجزاء بديل عن الفسخ ، نرى ان الفقه الإسلامي قد تبنى ايضاً مسألة التعويض كبديل عن الفسخ ، كما في حالة الاستحقاق الجزئي للمعقود عليه او حالة وجود عيب في المعقود عليه ، ففي الحالة الأخيرة ـ وجود عيب في المبيع ـ فان جانب من الفقه الإسلامي[٥] ، يثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والإبقاء على العقد مع المطالبة بالتعويض عن الجزاء الذي فات مع المبيع بسبب العيب ، وورد في تذكره الفقهاء ((اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً سابقاً

[١] احمد شوقي عبد الرحمن ، جزاء الأخلال بالعقد في القانون المدني المصري والفرنسي ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص٢٦١.

[٢] جمال محمود عبد العزيز ، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي ، مصدر سابق ، ص٤٤٨.

[٣] محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، مصدر سابق ، ص٢١٠.

[٤] عبد الحكيم فودة واخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص١٩٠.

[٥] كالحنابلة والامامية ، تذكرة الفقهاء للعلامة الحلي ، مصدر سابق ، ص٣٥٣.

على العقد ولم يحدث عنده عيب ولا تصرف فيه كان مخيراً بين فسخ البيع والامضاء بالأرش وبه قال احمد لأنه ظهر على عيب لم يقف على محله فكان له المطالبة بالأرش ، كما لو حدث عنده عيب ولأن الثمن في مقابلة السليم فاذا ظهر عيب كان قد فات جزء من المبيع ، فكان للمشتري المطالبة بما يقابله من الثمن ، لأن الارش في الحقيقة جزء من الثمن)) ، والامر نفسه في حالة الاستحقاق الجزئي ، حيث يكون للمشتري حق الإبقاء على العقد مع المطالبة بالتعويض عن الجزاء المستحق.[1]

الخاتمة

في ختام هذا البحث توصلنا الى جملة من النتائج وكذلك عدد من المقترحات التي نأمل الاخذ بها وكما يلي:

اولاً: النتائج

١. تبين لنا من خلال هذا البحث ولما يتمتع به العقد من أهمية بالغة لا سيما في العلاقات الدولية انه يتوجب توفير الوسائل والاليات اللازمة لديمومته والإبقاء على الرابطة العقدية وحمايتها من الزوال قدر الإمكان ، وان يكون فسخ العقد خياراً اخيراً يتم اللجوء اليه بعد محاولات عده لإنقاذه باستخدام الوسائل الكفيلة بذلك ، وان كان لابد من اللجوء الى الفسخ ، فلا يطال العقد بكامله بل بجزء منه والإبقاء على جزء او أجزاء منه.

٢. توصلنا من خلال البحث الى ان القانون المدني العراقي وكذلك القوانين المقارنة قد سعت الى المحافظة على الرابطة العقدية من الانهيار ، كون الفسخ يعد جزاءً خطيراً يترتب على اخلال أطراف العقد في تنفيذ الالتزامات ، وهذا ما اخذت به الاتفاقيات الدولية من خلال ما تضمنته من جزاءات بديلة للفسخ للحفاظ على الرابطة العقدية او جزء منها ولعل ما نصت عليه اتفاقية فيينا يبين أهمية مسألة الجزاءات البديلة للفسخ كانقاص الثمن والفسخ الجزئي.

٣. كذلك توصلنا الى ان للجزاءات البديلة عن الفسخ أثر كبير في المحافظة على الرابطة العقدية من الزوال ولو لم يكن ذلك بشكل كامل ، وذلك عن طريق توقيع جزاءات بديلة عن فسخ العقد بشكل كامل ، وهذه الجزاءات اقل شدة من الفسخ ، اذ انها حالة وسطية بين فسخ العقد

[1] أبو زكريا محي الدين النووي ، روضة الطالبين ، مصدر سابق ، ص٤٥٨.

بالكامل وبين الإبقاء عليه ، وتسعى هذه الجزاءات الى حماية الرابطة العقدية ولو بصورة جزئية كما هو الحال في الفسخ الجزئي وإنقاص الثمن والتعويض.

٤. تبين لنا من خلال هذا البحث ان إنقاص الثمن كأحد الجزاءات البديلة يلعب دور مهم في الحفاظ على الرابطة العقدية من الزوال ولو بشكل جزئي ما دام الجزء الذي تم تنفيذه يحقق غاية الدائن ، فيكون في استعادة جزء من الثمن يساوي ما نقص من المبيع او تعيب يعادل ما فات من المنفعة المقصودة من العقد ، وهذا ما نصت عليه اتفاقية فيينا ، حيث اجازت للمشتري التمسك بخيار انقاص الثمن مهما بلغت مخالفة البائع لالتزامه بالمطابقة ، جوهرية كانت ام غير جوهرية ، اذ يتيح هذا الجزاء للمشتري الإبقاء على الرابطة العقدية وان كانت المخالفة جوهرية ، ويكتفي بانقاص الثمن دون فسخه بما يتناسب مع النسبة غير المطابقة في البضاعة محل العقد.

٥. تبين لنا من خلال البحث ان الفسخ الجزئي وسيلة عملية تعالج التنفيذ غير الكامل للعقد ، لما يوفره من إمكانية تتيح لأطراف العقد المحافظة على الرابطة العقدية حيث يقتصر الفسخ على بعض أجزاء العقد دون ان يشمله بالكامل ، وبحسب سلطة القاضي التقديرية فانه يقوم بانقاص أداء الدائن بقدر ما نقص من أداء المدين بسبب عدم التنفيذ الجزئي ، ويشترط في ذلك ان يكون العقد قابل للتجزئة او ينطوي على جملة اداءات مختلفة ومستقلة بعضها عن بعض ، حيث يقتصر الفسخ على الأداء المعيب ولا يتعداه الى فسخ العقد برمته.

٦. توصلنا من خلال البحث الى ان التعويض قد يؤدي دوراً فعالاً في الحفاظ على الرابطة العقدية اذا ما اقترن الفسخ بالتنفيذ العيني الجزئي ، ففي حال تنفيذ العقد تنفيذاً ناقصاً او معيباً او كان هناك تأخير في التنفيذ ، فيمكن في هذه الحالة قبول التنفيذ مع التعويض الذي يضمن الاستمرار في العلاقة التعاقدية لحين تنفيذها ، وللقاضي ان يحكم على المدين بالتعويض على الجزاء الذي لم ينفذه من الالتزام ، وبذلك يظهر دور التعويض كجزاء يوقع على المدين لجبر الضرر الذي لحق بالدائن وتجنب الفسخ وبالتالي الحفاظ على الرابطة العقدية.

ثانياً: المقترحات

١. نقترح على المشرع العراقي النص بشكل صريح وواضح عن اليات حماية الرابطة العقدية مع إمكانية دمجها ضمن نصوص القانون المدني دون المساس بالقواعد العامة للجزاءات المدنية التي جاءت بجزاء البطلان كحماية لشروط تكوين العقد والفسخ كحماية لتنفيذه ،

اذ اردنا ومن خلال هذا البحث إيجاد بدائل للجزاءات التي تهدم العلاقة العقدية وتتسبب بأثار خطيرة.

٢. نقترح على المشرع العراقي معالجة مسألة الفسخ الجزئي وذلك من خلال الغاء الفقرة الثانية من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي وايراد نص بديلاً عنها يعالج مسألة الفسخ الجزئي كون هذه الفقرة تضمنت تطبيقات للمبدأ العام للفسخ الوارد في الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) لتكون على النحو التالي ((٢- اذا قام المتعاقد بتنفيذ العقد تنفيذاً جزئياً ، جاز للمحكمة من تلقاء نفسها او بناءاً على طلب المتعاقد الاخر ، فسخ العقد بقدر الجزء الذي لم ينفذ مع الحكم بالتعويض عن هذا الجزء اذا كان المعقود عليه قابلاً للتجزئة بدون ضرر مع مراعاه الغرض المقصود من العقد)).

٣. نقترح على المشرع العراقي تنظيم الجزاء الخاص بانقاص الثمن بشكل مستقل وكما فعل المشرع الفرنسي في التعديل الأخير على القانون المدني الفرنسي ، لما يؤديه هذا الجزاء من دور فعال في حماية الرابطة العقدية من الانهيار ، وذلك من خلال ايراد نص يتضمن جميع تطبيقات مسألة انقاص الثمن ليكون النص بالشكل التالي ((في حال اخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته الواردة في العقد ، او كان تنفيذه ناقصاً او معيباً ، جاز للمتعاقد الاخر قبول هذا التنفيذ مع انقاص البدل بقدر ما نقص من التنفيذ بعد اعذاره بذلك ، واذا لم يكن قد دفع ما عليه فله ان يخطره بانقاص البدل بأقرب وقت)).

المصادر

أولاً: الكتب

١. علي هادي العبيدي ، العقود المسماة ، البيع والايجار ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١.

٢. عبد المنعم البدراوي ، دار الكتاب العربي للنشر ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٥٨.

٣. محمد شكري سرور ، احكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧.

٤. سعيد مبارك ، طه الملا حويش ، صاحب عبيد الفتلاوي ، بغداد ، دار الحكمة ، ١٩٩٣.

٥. أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة.

٦. السنهوري ، الوسيط ، نظرية العقد ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ١٩٣٤.

٧. غني حسون طه ، الوجيز في نظرية الالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧١.

٨. شروق عباس فاضل ، هدى سمير داود ، ضمان العيوب الخفية في عقد التأجير ، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، المجلد الرابع ، العدد الثاني.

٩. إسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة ، عقد البيع ، مكتبة عبدالله وهبة ، القاهرة ، ١٩٥٨.

١٠. اشرف رمضان عبد العال ، انتقال تبعه الهلاك في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا (١٩٨٠) بشأن عقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠.

١١. محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦.

١٢. جمال محمود عبدالعزيز ، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٦.

١٣. محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر.

١٤. احمد السعيد الزقرد ، البيع الدولي للبضائع ، المكتبة العصرية ، ٢٠١٠.

١٥. وائل حمدي ، حسن النية في البيوع الدولية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، ٢٠٠٨.

١٦. الحنابلة الامامية ، انظر تذكره الفقهاء للعلامة الحلي ، الجزء السابع ، مؤسسة ال البيت (ع) لاحياء التراث ، قم ، ايران ، ١٤٢٠هـ.

١٧. أبو زكريا محي الدين النووي ، روضة الطالبين، ج٣ ، ط٣ ، المكتبة العلمية ، بيروت، ١٤٢٧ هـ.

١٨. السنهوري ، الموجز في نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، ١٩٤٠.

١٩. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه من جامعة فؤاد الأول ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦.

٢٠. عبد الحي مجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٥٩.

٢١. عبد الحكيم فودة ، انهاء القوة الملزمة للعقد ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٣.

٢٢. علاء السيد محمود الزاهي ، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، مصر ، ٢٠٠٦.

٢٣. محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢.

٢٤. أبو اسحق إبراهيم بن علي الشيرازي ، المهذب ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥.

٢٥. عادل أبو هشيمة ، التعويض في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩.

٢٦. فريد فتيان ، مصادر الالتزام ، شرح مقارن على النصوص ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٦.

٢٧. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ، الجزء الثاني ، المجلد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١.

٢٨. احمد شوقي عبد الرحمن ، جزاء الأخلال بالعقد في القانون المدني المصري والفرنسي ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠١٠.

ثانياً: القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

٣- القانون المدني المصري (١٣١) لسنة ١٩٤٨.