المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

التلازم بين الفسخ و طلب التعويض في المسؤلية العقدية

ئاوات عمر قادر حاجي
قسم القانون، كلية القانون، جامعة جيهان - السليمانية، السليمانية، العراق
Email: awat.omer@sulicihan.edu.krd

الملخص:

اعتمد المشرع العراقي في صياغة النصوص القانونية المتعلقة بالتعويض في العقود الملزمة للجانبين على الفسخ اذا اخل المدين بالتزامه وطالب الدائن التعويض او بفسخ العقد, وقد انتهج القضاء من خلال تفسير نص المادتين(177و180) من القانون المدني على أنه لا يمكن للدائن مطالبة المدين بالتعويض مالم يقترن ذلك بالفسخ فلا تعويض بدون فسخ, وهذا ادى الى تنقيص خيارات الدائن في العقود الملزمة للجانبين عند اخلال المدين بالتزاماته الامر الذي ادى الى حدوث مشكلة قانونية بهذا الخصوص. ان البحث يدرس هذه المشكلة وكذلك الترابط المنطقي اي التلازم بين كل من طلب التعويض والفسخ بتحليل واستقراء النصوص القانونية وتقييم موقف القضاء حيث توصل البحث بعدم وجود التلازم بينهما من حيث المبدأ الا استثناءً عندما يكون محل الالتزام في العقد هو اعطاء شيء واراد الدائن استرداد الشيء والتعويض عنه ان كان له مقتضى , اي بخلاف اتجاه محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز اقليم كوردستان حول التلازم بين الفسخ وطلب التعويض في كل الاحوال .

پوختە :

هەروەک ئاشکرایە ئەو گرێبەستانەی کە پابەندێتی بۆ هەر دوو لایەن دروستدەکات زۆرترین پیداویستیەکانی ژیانی پێ دابین دەکرێت وەک کرین و فرۆشتن و پەیمان کاری، کاتێک پابەندکار (المدين) پابەندبونەکانی خۆی دەشکێنێت و دوادەکەوێت لە جێبەجیکردنی ئەرکەکانی ئەوا پەیماندار(الدائن) دە بێ بتوانێتداوای قەرەبوو بکات سەرەڕای داواکردنی پابەندکردنی پابەندکار(المدين) بە جیبەجێکردنی ناوەرۆکی گرێبەستەکە وەکو خۆی، بەڵام بە گوێرەی بڕیارو بۆچونەکانی دادگای تەمیزی هەرێمی کوردستان ودادگای تەمیزی فیدرالی پەیماندار (الدائن) ناتوانێت راستەوخۆ داوای قەرەبوو بکات بەڵکو دەبێت لە گەل داوکردنی هەلوشانەوەی گرێبەستەکە پێکەوە داوابکات، ئەم تۆیژینەوەش لە پەیوەندی نێوان هەلوشانەوەی گرێبەست و داکردنی قەرەبوو دە کۆڵێتەوە، بە جۆرێک بزانرێت ئایا پەیوەندی هاوبونی (التلازم) هەیە لەنیوانیاندا یا خود نا وە هەروەها سەلماندنی ئەوەی کە بۆچونوو بریارەکانی دادگای تەمیزی هەرێمی کوردستان و دادگای تەمیزی فیدرالی دروست نین لەم بارەیەوە .

Abstract:

It is important to give creditor more than one chose in binding contracts for both sides. The creditor must be able to ask compensation and enforcement of the contract as the same time, but according to Iraqi court of cassation and the court of cassation in Kurdistan the creditor couldn't able to asked compensation and implementation of the contract as the same time when the contract has been broken by the debtor, or the debtor breaches its obligations , so his judicial direction makes a problem .The research discusses this problem and the relationship between compensation and termination of contract according to Iraqi civil law and Iraqi jurisdiction. The research criticizes Iraqi judicial direction about it, moreover it finds its solution to solve the problem.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المقدمة :

اولا: موضوع البحث: ان المساواة المنطقية بين واقعتين من حيث التحقق, تتحقق بوجود التلازم بينهما بحيث تكون الواقعة الثانية مرتبطة الوجود بالواقعة الاولى مثل واقعة اكمال احد العشر من العمر مع واقعة تحمل المسؤولية الجزائية بحيث يطلق على الواقعة الاولى بالملزوم والواقعة الثانية باللازم , بحيث لايمكن تحمل المسؤلية الجزائية الا بعد اكمال الحادي عشر من العمر. عليه و انطلاقا من عنوان البحث نقوم بدراسة العلاقة بين بين كل من (الفسخ) و (طلب التعويض) بوجود التلازم بينهما من عدمه وذلك عن طريق استقراء النصوص القانونية ذات العلاقة حيث اعتمد المشرع العراقي في صياغة النصوص القانونية المتعلقة بالتعويض في العقود الملزمة للجانبين على الفسخ اذا اخل المدين بالتزامه وطالب الدائن التعويض او بفسخ العقد, وقد انتهج القضاء من خلال تفسير نص المادتين(177و180) من القانون المدني على أنه لا يمكن للدائن مطالبة المدين بالتعويض مالم يقترن ذلك بالفسخ فلا تعويض بدون فسخ و دراسة اراء الفقهاء بهذا الصدد بهذا الخصوص حيث ان الفسخ يدور وجودا وعدما مع العقود الملزمة للجانبين فلا يمكن الحديث عن فسخ في العقود الملزمة لجانب واحد , فبالتالي سوف نخرج هذه الطائفة من العقود من بحثنا , وحيث ان العقود الملزمة للجانبين تمكن طرفيها من الحصول على المعقود عليه اذا تم تنفيذ الالتزام فيها بحسن النية وفقا لمقتضيات العمل المتفق عليه , لانها تنشيء منذ ابرامه التزامات متقابلة في ذمة العاقدين بحيث يكون كل منهما في ذات الوقت دائنا ومديناً للاخر , فعقد البيع مثلا يرتب منذ ابرامه التزامات قي ذمة المشتري اهمها التزامه بدفع الثمن كمايرتب منذ ابرامه التزامات في ذمة البائع اهمها التزامه بنقل ملكية المال ان كان المبيع عقارا وكذلك التزامه بتسليم المبيع. ولكن على الرغم من ان القانون الزم المدين بتنفيذ التزامه بحسن النية وفقا لمقتضيات عمله, الا انه وفي بعض الاحوال قد يخل المدين بتنفيذ التزاماته الذي يتجسد في تأخير التنفيذ او عدم التنفيذ , وقد يترتب عنه الحاق الاضرار بالدائن من الخسائر المالية وفوات الكسب المالي ايضا فللدائن ان يطلب التنفيذ العيني الجبري ان كان ممكنا وان لم يكن التنفيذ العيني ممكنا ينبغي اللجوء الى التعويض لان الضرر يجب ان يزال وخير وسيلة لازلة الضرر هي التعويض او التنفيذ بمقابل لذا يعد التنفيذ بمقابل او التعويض اهم وسيلة التي يتحقق بها حصول الدائن على المنفعة التي لحصل عليها لو نفذ المدين التزامه بحسن النية في حدود توقعاته عند ابرام العقد والى جانب ذلك للدائن في هذه الحالة ان يطلب فسخ العقد والتعويض ان كان له مقتضى او ان يدفع بعدم التنفيذ اذا طالبه خصمه بذلك , اي اذا اخل المدين بتنفيذ التزامه في العقود الملزمة للجانبين للدائن ان يطلب التنفيذ العيني الجبري اذا كان ممكنا او التنفيذ بمقابل وفي بعض الاحوال يطلب التعويض عن التأخير والتنفيذ العيني معا كما هو الحال في التعويض الاتفاقي. واعتمادا على ما قدمنا فان البحث يحاول ان يدرس العلاقة بين الفسخ والطلب التعويض وذلك عن طريق دراسة محل الحق الشخصي ومحل الالتزام ومحل العقد في العقود الملزمة للجانبين وبغية تحديد العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض نستخدم محل الالتزام في العقود الملزمة للجانبين بوصفه معيارا لتحديد النسب المنطقي بين الفسخ وطلب التعويض من حيث التحقق واخيرا نقوم بتسليط الضوء على موقف القضاء حول التلازم بينهما ونقوم بتقييم موقف القضاء استنادا الى المعيار الذي اخترناه لتحديد العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض .

ثانيا:اهمية البحث: ان اهمية البحث تكمن في رفع الغموض عن النسب المنطقي بين الفسخ وطلب التعويض لمعرفة وجود التلازم بينهما من عدمه وان رفع هذا الغموض امر يتحقق به تصحيح الاتجاه الخاطيء لمحكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز اقليم كوردستان اللتان ربطتا التعويض بالفسخ واعتبرت ان طلب الدائن للتعويض لا يمكن ات يكون مستقلا عن طلبه بفسخ العقد, فلو انزلنا هذا اللبس الي شاب الاحكام القضائية لكان ذلك مهماً لتحقيق العدالة من جانب , ومنح الدائن خيار جديد يضاف الى خياراته تجاه المدين والذي يتمثل بطلب التعويض مستقلاًعن طلب الفسخ فيما لو اصر على التنفيذ العيني وحده دون الفسخ مع تعويضه عن الاضرار التي اصابته نتيجة الاخلال سواء كان الاخلال هو بعدم التنفيذ ام بالتنفيذ الجزئي للالتزام .

ثالثا: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في ان القضاءقد اشترط التلازم بين كل من الفسخ وطلب التعويض, في حين انه في الحقيقة لا يجود التلازم بينهما , حيث ان امام الدائن عندما يخل المدين بتنفيذ التزاماته اكثر من خيار فله ان يطلب التنفيذ العيني واذا لم يفلح في ذلك له ان يطلب التعويض, وكذلك ان يطلب الفسخ و التعويض اذا توافرت شروطه , او تنفيذ الالتزام بنفسه على حساب المدين عندما يكون محل الالتزام في العقد هو القيام بعمل معين , فالاشكالية الاساسية وحسب اتجاه القضاء العراقي وحسب اتجاه القضاء العراقي تكمن بانه وجب على الدائن ان يطلب التعويض مع الفسخ او بعد الفسخ اي وبموجب اتجاه القضاء ان طلب التعويض وطلب الفسخ اصبحا متلازمين من حيث التحقق وان الدائن يجبر على ان يطلب التعويض بعد الفسخ او مع طلب الفسخ , الامر الذي يخالف القانون والمنطق ويتحقق به الظلم ويؤدي الى اضعاف خيارات الدائن , وان البحث يركز على هذه المشكلة ومعالجتها وتقديم اقتراحات بشأنها.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.3

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

رابعا:منهج البحث: سننتهج في دراسة هذا الموضوع منهجا تحليليا ,لبيان المواضيع والمشاكل التي اشرنا اليه اعلاه عن طريق استقراء وتحليل النصوص القانونية و تحليل الاراء الفقهية بهذا الخصوص ودراسة موقف القضاء حول الموضوع محاولين ان نناقشها مناقشة معمقة وتقييمية قدر الامكان بهدف الحصول على افضل النتائج.

خامسا: خطة البحث: بغية تحقيق ما اشرنا اليه اعلاه نقوم بتقسيم البحث الى المطلب التمهيدي و مبحثين كالاتي:

- المقدمة
- المطلب التمهيدي / مفهوم التلازم بين الفسخ و طلب التعويض .

- **المبحث الاول / ماهية محلي الحق والعقد واعتبار محل الاتزام معيارا لتحديد العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض.**
- المطلب الأول / مفهوم محلي الحق الشخصي والعقد.
- المطلب الثاني / اعتبار محل الالتزام معيارا في تحديد العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض.

- **المبحث الثاني / طبيعة التلازم بين المطالبة بالفسخ والتعويض وموقف القضاء منها.**
- المطلب الاول / التلازم او عدم التلازم بين الفسخ و طلب التعويض.
- المطلب الثاني / موقف القضاء من التلازم بين الفسخ و طلب التعويض .
- الخاتمة/

المطلب تمهيدي/مفهوم التلازم بين الفسخ والتعويض

بغية تهيئة الأرضية المناسبة لدراسة وتحليل موضوع البحث ينبغي دراسة مفهوم الفسخ و طلب التعويض ومفهوم التلازم بينهما لذا نقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الفرع الاول لدراسة مفهوم الفسخ والتعويض ونتناول في الفرع الثاني معنى التلازم بين الفسخ و التعويض.

الفرع الاول:تعريف الفسخ و التعويض :

اولا/ الفسخ : الفسخ لغة قال ابن الفاسي(توفى عام 1170 هجري) الفاء والسن والخاء كلمة تدل على نقض الشيء , يقال فسخ الشيء يفسخه فسخا فأنفسخ اي نقضه فانتقض[1] واصطلاحا يقصد به انحلال الرابطة العقدية باتفاق او بقرار قضائي فيرد الانحلال او الفسخ على العقد الصحيح بسبب عدم تنفيذه كليا أو جزئيا ويمكن القول ان الفسخ او الانحلال يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد وان الأثر الذي يترتب على فسخ العقد هو زوال حكم العقد بأثر رجعي إلى حين إبرامه[2]واعتباره كأن لم يكن و وجوب الرجوع فيما نفذ و رد ما قبض قبل الفسخ يستوي في ذلك ان يكون الفسخ بحكم القضاء أو بحكم القانون أو بحكم الاتفاق، و وجوب رد الثمرات إذا كان القابض سيء النية وإذا حكمت المحكمة بالفسخ بناء على خطأ أحد المتعاقدين لها أن تحكم على هذا المتعاقد بالتعويض. إذا توافرت شروط التعويض، كما تحكم بالتعويض على المتعاقد الذي يستحيل عليه رد ما قبضهُ ويسري ذلك فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير[3]ويجدربالذكر ان هناك الاستثناءات, من الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة للغير أهمها1. عقود الإدارة المبرمة بحسن نية[4]هذه العقود المبرمة بحسن نية وثابتة التاريخ، كعقد الإيجار الثابت التاريخ لمدة لا تزيد على ثلاث السنوات فإنها تبقى بعد الفسخ 2. قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية: هذه القاعدة تعطل الأثر الرجعي للفسخ، ذلك اذا كان المتصرف اليه حسن النية فعلى سبيل المثال إذا قبض المشتري الثاني المبيع بحسن النية وبسبب صحيح يستطيع أن يتمسك بهذه القاعدة بوصفها دفعا موضوعيا يجوز التمسك في اية جلسة من جلسات المرافعة في الدعوى إذا أراد البائع الأول استرداد الشيء منه[5] عن طريق دعوى الاسترداد , اما بالنسبة الى أثر الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ اي العقود التي يكون الزمن فيها عنصر جوهري ،

(1) لاحظ , د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم , معجم مصطلحات والالفاظ الفقهية , دار الفضيلة , القاهرة , مصر, ص42.
(2) لاحظ , نوري حمد خاطر , الأثر الرجعي للتصرف القانوني , رسالة ماجستير, تقدم بها الى جامعة بغداد (غير منشورة) ص69.
(3) لاحظ , المادة 180 من القانون المدني العراقي علما بان المشرع العراقي اخذ بنظام يد الضمان ويد الامانة انظر المادة 427 مدني عراقي.
(4) لاحظ , المادة 150 مدني عراقي ان الاساس القانوني لعدم سريان الاثر الرجعي على اعمال الادارة تكمن في استقرار المعاملات للمزيد حول استقرار المعاملات , لاحظ ئاوات عمر قادر حاجي , مبدأ استقرار المعاملات في القانون المدني , المؤسسة الحديثة للكتاب , بيروت/ لبنان , 2017 .
(5) لاحظ , المادة 1163 مدني عراقي .

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

ولاستحالة إعادته الى الوراء فإنه لا يكون للفسخ على الرأي الراجح أثر رجعي ويزول العقد من وقت الفسخ لا من وقت إبرامه، فيظل ما نفذ منه قائماً وما يدفع مقابل الانتفاع يكون أجرة وليس تعويضاً ويضمنه امتياز المؤجر. ويطلق بعض الفقهاء على هذا النوع من الفسخ (الغاء) [6] , هذا عن حكم فسخ العقد اما عن شروط الفسخ هي أن يكون العقد ملزم للجانبين حيث تترتب التزامات متقابلة على عاتق الطرفين وعليه فإن إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه يبرر طلب الفسخ من قبل الطرف الآخر ، وكذلك لابد من إخلال أحد الطرفين بتنفيذ التزامه على أن لا يكون هذا الإخلال ناشيء عن سبب أجنبي لادور لارداة المدين فيه ، واخيرا استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه مع قدرته على إعادة الحال إلى ماكانت عليه . فعلى سبيل المثال اذا تم فسخ عقد بيع بين المتبايعين بحكم قضائي ان الفسخ له اثر رجعي يؤدي الى زوال العقد و اعتبار البيع كأن لم يكن ويجب على المشتري رد المبيع إلى البائع، ورد البائع الثمن إلى المشتري و يرد المبيع بثمراته و الثمن بفوائده القانونية، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة و استرداد كل متعاقد لما اعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق، باضافة الى ذلك يسطيع البائع ان يسترد المبيع اذا امتنع المشتري عن رده عن طريق اقامة دعوى منع المعارضة وهي من دعاوي العين[7] لان ملكية المشتري للمبيع قد زالت بسبب الفسخ وإذا هلك المبيع، و كان المشتري هو الذي يطالب بالفسخ لن يجاب إلى طلبه إذ تتعذر عليه اعادة الشيء إلى أصله. وللدائن الذي استجاب إلى فسخ العقد ان يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته راجعاً إلى أخطائه (خطأ المدين).

ثانيا: التعويض : التعويض لغة , العوض , وهو البدل , تقول عوضته تعويضا , اذا اعطيته بدل ما ذهب منه , وتعوض منه واعتاض , اخذ العوض[8] . اما اصطلاحا فان التعويض مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان يحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس[9] اي ان المدين الذي يخل بتنفيذ التزامه يجبر على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا واذا لم يعد ذلك ممكنا فان المتعاقد المخل يجبر على وضع دائنه في الوضع الذي سيكون عليه فيما لو تم تنفيذ الالتزام عينا . ويتم ذلك عن طريق اقامة دعوى التعويض وصدور الحكم بالزام المتعاقد المخل بدفع مبلغ من المال الى المدعي . لذا يمكن تعريف التعويض القضائي بصورة عامة بأنه التعويض الذي يقدره القاضي نتيجة اخلال شخص بالتزام قانوني او عقدي اما بالنسبة الى التعويض في المسؤولية العقدية فهو التعويض الذي يقدره القاضي عندما يتأخر المدين بتنفيذ التزامه أو انه لا ينفذ التزامه اصلا فيسبقها انذار المدين اذا تطلب القانون اعذاره ويحكم القاضي بالتعويض اذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا او في الحالات التي يثبت فيها بان الدائن قد تضرر لمجرد تأخر المدين في التنفيذ, وحيث ان الدائن يجب ان يعوض في حدود المنفعة التي كان يحصل عليها لو نفذ العقد والخسائر التي لحقت بالدائن , فان المدين يلزم بدفع ما لحق بالدائن من الخسارة وما فاته من الكسب بمعنى اخر ان عناصر التعويض في المسؤلية العقدية هي ما لحق من الخسارة وما فات من الكسب في حدود توقعات المدين عند ابرام العقد اي ان المدين يلزم فقط بدفع التعويض المتوقع المباشر في المسؤولية العقدية (10), ويقصد بالضرر المباشر ذلك الضرر الذي ينشأ عن اخلال بالعقد، بحيث أن وقوع هذا الفعل يؤدي حتما إلى ترتب هذا الضرر ويكون كافيا لحدوثه، وهذا مايفهم من نص المادة(169) مدني عراقي التي جاء فيها إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به, ويعد الضرر نتيجة طبيعية للاخلال بالالتزام إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوخاه ببذل جهد معقول بأن يكون متصلا اتصالا واضحا بالفعل الضار، وأن يأتي كنتيجة ضرورية للفعل في ظرفه وتسلسل وقائعه(11). وإذا كان هذا التعريف للضرر المباشر يسمح بتحديده بسهولة، فإن الضرر غير المباشر قد يعسر تحديده.فالضرر غير المباشر هو الذي يحدث نتيجة الاخلال الأصلي بالعقد دون أن يتصل به مباشرة، فيكون الفعل الأصلي عاملا لازما لحصول الضرر، ولكن لا يكون وحده كافيا لإحداثه، وإنما تتدخل أسباب أخرى في احداثه ,ومثاله أن يخل رب العمل بتنفيذ التزاماته ولم يسلم الارض الى المقاول على الرغم من ان المقاول قد أحضر الالات والمعدات المطلوبة وتضرر المعدات بسبب انتظار المقاول الحصول على موافقة رب العمل على اشغال المعدات دون وجود اي تقصير من المقاول و بسبب ذلك افلس المقاول ، فيندفع إلى الانتحار لينهي حياته،

(6) لاحظ , نوري حمد خاطر , الاثر الرجعي , مرجع سابق , ص89.و محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة،ص421.
(7) للمزيد حول دعاوي الدين والعين لاحظ ,صادق جعفر, شرح قانون المرافعات المدنية , مكتبة السنهوري , بغداد , 2011 ص 80 -81
(8) لاحظ , د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم , معجم مصطلحات والالفاظ الفقهية , مرجع سابق , ص478.
(9) لاحظ , د حسن على الذنون , احكام الالتزام , دار العاتك لصناعة الكتاب , القاهرة , مصر , ط2, 2007, ص26.
(10) لاحظ , د . عبد المجيد عبد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه بشير , القانون المدني واحكام الالتزام , ج2 دار العاتك لصناعة الكتاب , القاهرة, مصر ص58 .
(11) لاحظ د . عبد المجيد عبد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه بشير , القانون المدني واحكام الالتزام , ج2 , المرجع السابق 56.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.3

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

فلا خلاف على أن الزام رب العمل بدفع ما فات على المقاول من الفائدة لو نفذ العقد ودفع قيمة خسارة المعدات يعد ضررا مباشرا لكن الضرر الناتج عن الانتحار هو الذي يثير الخلاف، اذا كان مباشرا أو غير مباشر, غير أنه لا شك أن التطبيق السليم للمادة (169)السابقة الذكر، يحول دون الربط بين الانتحار، والحادث الضار، ذلك أنه ليس كل مصاب بالضرر سيقوم بنفس التصرف، ويقدم على الانتحار، فيعد الانتحار نتيجة غير مباشرة للحادث . هكذا وفقا لتحديدنا السابق ان المدين يسأل عن الضرر المباشر المتوقع في المسؤولية العقدية ما لم يرتكب الغش او ارتكب خطا جسيما (12), وان معرفة ما اذا كان الضرر الذي لحق بالدائن متوقعا او غير متوقع مسالة دقيقة وتحتاج الى وجود معايير لقياس ذلك الفرق ومن هذه المعايير هي ان العبرة في توقع الضرر بوقت التعاقد فقط لا بعد ذلك . وان معيار توقع الضرر معيار موضوعي مجرد(13)وهو ان يتوقعه رجل معتاد ولاعبرة بتوقعات المدين الشخصية وباستخدام هذين المعيارين يستطيع القاضي تحديد نوع الضرر بعد ان يتأكد اولا من توافر اركان المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية والاعذار في الحالات التي يشترط توافره فيها, ومن ثم الحكم بالتعويض بعد اعلان ختام المرافعة في الدعوى بعد اثبات المدعى به حسب القواعد العامة في الاثبات المدني .

الفرع الثاني: معنى التلازم بين الفسخ و طلب التعويض

معنى التلازم في اللغة , من لزم اي , ثبت ودام , ماخوذ من لزمت الشيء الزمه لزما ولزوما ولازمه ملازمة وازما فالتزمه, والفاعل لازم , والمفعول به ملزوم ويقال , لزم كذا من كذا : اي نشأ عنه وحصل منه[14].
اما في الاصطلاح المراد بالتلازم، هو :-

1- التلازم بين الأمرين كون أحدهما مقتضيا الأخر في الحكم اي عدم الانفكاك احد الشيئين عن الاخر، بحيث لو رفع أحدهما لارتفع الأخر ، والأول يسمى بالملزوم والثاني يسمى باللازم[15] اي انهما متساويتان من حيث التحقق, اي تقوم المساواة بين الوقائع التي يوجد بينها التلازم بحيث يكون كل واقعة لا زمة وملزومة بالنسبة الى الواقعة الاخرى ومن تطبيقات المساواة بين الوقائع بحسب التحقق وجود الموت للانسان وزوال ذمته المالية فالذمة المالية تولد مع ميلاد الانسان وتموت بموته فكلما تحققت احدى واقعتين تتحقق الاخرى فواقعة الموت تستلزم واقعة انتهاء الذمة المالية وكذلك العكس لان الذمة المالية لا تزول الا بالموت[16] .
ومثاله اخرهو ارتباط الظاهر بالباطن وتأثير كل منهما في الآخر، بحيث يستحيل وجود إيمان صحيح في الباطن من غير أن يظهر موجَبه ومقتضاه على أعمال الجوارح قولا وعملا، بل حيث وُجد الإيمان في الباطن لزم أن ينفعل البدن بالممكن من أعمال الجوارح. فالعمل الظاهر لازم للإيمان الباطن لا ينفك عنه، وانتفاء اللازم دليل على انتفاء الملزوم، فيُستدل بانتفاء العمل الظاهر بالكلية على فساد الباطن اي المتلازمان طردا وعكسا وذلك كالجسم والتأليف إذ كل جسم مؤلف وكل مؤلف جسم وهذا يجري فيه التلازم بين الثبوتين وبين النفيين كلاهما طردا وعكسا فيصدق كلما كان جسما كان مؤلفا وكلما كان مؤلفا كان جسما وكلما لم يكن مؤلفا لم يكن جسما وكلما لم يكن جسما لم يكن مؤلفا ,قال ابن التيمية في بيان هذا التلازم: (وإذا قام بالقلب التصديق به والمحبة له، لزم ضرورة أن يتحرك البدن بموجَب ذلك من الأقوال الظاهرة والأعمال الظاهرة. فما يظهر على البدن من الأقوال والأعمال هو موجَب ما في القلب ولازمُه ودليلُه ومعلولُه، كما أن ما يقوم بالبدن من الأقوال والأعمال له أيضا تأثير فيما في القلب، فكل منهما يؤثر في الآخر، لكن القلب هو الأصل، والبدن فرع له، والفرع يستمد من أصله، والأصل يثبت ويقوى بفرعه) [17]، .
2- النسبة بين نقيضي الواقعتين المتساويتين هي المساواة ايضا.
ان نقيض الموت هو الحياة ونقيض زوال الذمةهو بقاؤها والنسبة بين بقاء الحياة وبقاء الذمة من حيث التحقق هي المساواة فمتى تحقق احدهما يتحقق الاخر[18]،
. وانطلاقا لما اشرنا اليه اعلاه فيقصد بالتلازم بين الفسخ والتعويض في العقود الملزمة للجانبين هو الارتباط طلب التعويض بوجود الفسخ من حيث التحقق, اي وجود طلب التعويض مرتبط بوجود طلب الفسخ بحث لايمكن المطالبة بالتعويض بصورة مستقلة بل يجب مطالبته تبعا لطلب الفسخ او بعد فسخ العقد

(12) لاحظ , الفقرة الثالثة من المادة 169 مدني عراقي.
(13) لاحظ , د . عبد المجيد عبد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه بشير , القانون المدني واحكام الالتزام , ج2, مرجع سابق ص 57 .
(14) لاحظ , لسان العرب دار الصادر , بيروت ,لبنان 2008 ج 12, ص 541 .
(15) لاحظ , د . محمود عبدالرحمن عبد المنعم , , معجم المصطلحات و الالقاظ االفقهية, مرجع سابق, ص341 .
(16) لاحظ , د. مصطفى ابراهيم الزلمي , المنطق القانوني في تصورات , دون ذكر دار النشر وسنة طبع , بغداد ص 94 .
(17) لاحظ , تقي الدين احمد بن التيمية الحراني الفتاوي الكبرى, اخرجه عامر الجزار و انور الباز , دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع , المنصورة , مصر ,ج7, 2005 ص 204 .
(18) لاحظ. د. مصطفى ابراهيم الزلمي , المنطق القانوني في التصورات , مصدر سابق , ص 95-94.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المبحث الاول

ماهية محلي الحق و العقد واعتبار محل الالتزام معيارا لتحديد العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض.

ان البحث يتناول الحقوق الشخصية التي تتولد عن العقود الملزمة للجانبين ولا يدرس محل الحق العيني حيث ان معرفة محل الحق الشخصي ومحل التزام امر تقتضيه متطلبات هذه الدراسة بغية ايجاد معيار لتحديد العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض, عليه نقوم بتقسم هذا المبحث على المطلبين , نخصص المطلب الاول لدراسة محل الحق الشخصي ومحل العقد قي العقود الملزمة للجانبين اما في المطلب الثاني نتناول وجود معيار ما لتحديد العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض .

المطلب الاول: مفهوم محل الحق الشخصي ومحل العقد.

بغية التعمق في موضوع البحث نقوم بدراسة مفهوم محلي الحق الشخصي بصورة عرضية قدر تعلقه بالبحث, حيث ان الحق الشخصي عبارة عن الرابطة القانونية ما بين شخصين تتولدعنها الحقوق والالتزامات في ذمة طرفيها بحسب احكام المادة 69 من القانون المدني العراقي التي نصت على ما يأتي (1 – الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن و مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل.2 – ويعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية اياً كان محلها نقداً او مثليات او قيميات، ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين. 3 – ويؤدي التعبير (الالتزام) وبلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي)) . حيث ان الحق هو ميزة الحصول على اداء معين فهو الجانب الايجابي في الرابطة العقدية في حين ان الالتزام هو عبء مالي تقع على المدين فهو الجانب السلبي فيها اي انهما متقابلتان من كافة الوجوه لذلك انهما متابينين من حيث المفهوم وبما ان التباين بين كل مصطلحين هو ان لا يصدق كل منهما على ما يصدق على الاخر فكل ما يشمله احدهما لا يشمله الاخر وكذلك العكس[19].. حيث أن المحل الذي يقع عليه الحقوق المالية بصورة عامة حسب الرأي الفقي السائد قد يكون شيئاً او الاداء, فهو شيء في الحقوق العينية إطلاقاًأما محل الحقوق الشخصية في العقود الملزمة للجانبين وحسب الراي الفقهي السائد[20] تكمن في اداء المدين او عمل المدين[21] اما محل الالتزام حسب االرأي الفقهي السائد تكمن ايضا في الاداء وهو القيام بالعمل او الامتناع عن العمل او اعطاء (نقل حق عيني) ومن منطلق هذه الاراء نصل الى نتيجة مفادها انه ومن خلال ما سبق فان محل الحق الشخصي هو مساوي لمحل الالتزام من حيث المفهوم وذلك لان الاداء يعني قيام بعمل معين او الامتناع عنه اي كأنهما متساويتين , في حين انهما متباينتان من حيث المفهوم اي كل ما يشمله محل الحق الشخصي لا يشمله محل الالتزام اي ان التباين بينهما امر مسلم به حسب تحديدنا السابق لمفهوم التباين , لذلك ان القول بان محل الحق الشخصي يكمن في اداء المدين غير صحيح وخاطيء , فبالتالي فلابد ان يكون المحل في الحق الشخصي يختلف عن المحل في الالتزام. وبامعان النظر على العقود الملزمة للجانبين يتبين بأنّ الرابطة التعاقدية تتولد عنها حقوق والتزمات متبادلة اي ينشيء منذ ابرامه التزامات متقابلة في ذمة العاقدين بحيث يكون كل منهما في ذات الوقت دائنا ومديتا للاخر لذا ان الحق الشخصي هو الحقوق التي هي في ذمة الاغيار , فمثلا ان عقد البيع يرتب منذ ابرامه التزامات قي ذمة المشتري اهمها التزامه بدفع الثمن كمايرتب منذ ابرامه التزامات في ذمة البائع اهمها التزامه بنقل ملكية المال ان كان المبيع عقارا وكذلك التزامه بتسليم المبيع, وهكذا نستنتج من خلال ما قمنا بتحليله ومناقشته اعلاه وبالاخص وبالاستناد على تحديدنا السابق في تحديد النسب المنطقي بين محل الحق الشخصي ومحل الالتزام بانهما متباينتان من حيث المفهوم بان محل الحق الشخصي تكمن في الحصول على الاداء اي ان محل **الحق الشخصي هو الحصول على الاداء وليس الاداء ذاته** [22]. وبغية معرفة محل الحق الشخصي بصورة ادق نذكر بعض الامثلة **1**. في العقود التي يكون محل الالتزام فيها هو القيام بعمل مثلا في عقد المقاولة فان صاحب العمل والمقاول بوصفهما دائنا في العقد فما هو محل الحق الشخصي بالنسبة الى كل منهما ؟ فمحل الحق الشخصي بالنسبة الى رب العمل هو

(19) لاحظ , الزلمي , المصدر السابق ص94 .
(20) لاحظ , د. عبد الرزاق احمد السنهوري , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 408 وما بعدها و د. عبد الحي الحجازي , النظرية العامة للالتزام , ج1, 1962, ص113, و د. جعفر الفضلي , الوجيز في العقود المدنية , دار العاتك لصناعة الكتاب , عمان , الاردن , 2009 , ص57 .
(21) د. عبد الحي الحجازي , المدخل للعلوم القانونية ج2 (الحق) , الكويت -, 1970, ص و د. مصطفى محمد جمال و حمدي عبد الرحمن , مدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) مكتبة مسيرة الحضارة , بلا سنة طبع , ص 28 .
(22) قد ساوى بعض القوانين وبعض الفقه بين محل الالتزام و موضوع الالتزام ومنها القانون المدني العراقي المواد (126- (130) للمزيد لاحظ , د. مصطفى ابراهيم الزلمي , نظرية الالتزام برد غير المستحق , ط1 , شركة الخنساء للطباعة والنشر المحدودة , بغداد , بدون ذكر سنة طبع , ص 39.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.3

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الحصول على الاداء اي الحصول على العمل وفقا للشروط المتفق عليه, بينما محل التزام المقاول هو القيام بالعمل حسب شروط ومواصفات المقاولة وتسليمه اليه , اما محل الحق الشخصي للمقاول فهو حصوله على الاجرة .

2. عقد البيع ان كان المبيع محددا بالذات, ان في عقد بيع فنان للوحته للمشتري يكون محل الحق الشخصي للفنان (البائع) يكمن في حصوله على الثمن اما محل الحق الشخصي للمشتري فيكمن في حصوله على اللوحة اما محل التزام البائع فيكمن في قيامه بعمل او اداء عمل معين من تسليم اللوحة وضمان اي تعرض او استحقاق[23] االذي قد يواجهه المشتري بسبب اللوحة, ومحل التزام المشتري يكمن في القيام بعمل او اداء معين كدفع االثمن.

3. في عقد بيع طن واحد من القمح فان محل الحق الشخصي للمشتري يكمن في حصوله على القمح , اما محل الحقوق الشخصية للبائع تكمن في حصوله على الثمن , اما التزام المشتري هو القيام بعمل معين او اداء معين من دفع الثمن وتسلم القمح و دفع المصروفات [24].

4. عقد بيع المتجر فان محل الحق الشخصي للبائع يكمن في حصوله على عدم مزاولة نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع بينما التزام المشتري يكمن في الامتناع عن عمل معين او الامتناع عن اداء معين.

5. عقد بيع عقارمعين فان محل الحق الشخصي للبائع هو الحصول على الثمن, اما محل الحق الشخصي للمشتري يكمن في حصوله على العقار بينما التزام البائع يكمن بنقل الحق العيني للعقار الى المشتري وتسليمه اليه وضمان اي تعرض او استحقاق يواجهه المشتري بسبب العقار . و هكذا ومن خلال ما اشرنا اليه اعلاه يتبين بان هناك فرق واضح ومعلوم بين محل الحق الشخصي ومحل الالتزام وان محل الحق الشخصي يكمن في حصول الدائن على ادء المدين وليس اداء المدين ذاته لان اداء المدين هو محل التزامه وهكذا يمكن ان نقول بان محل الحق الشخصي تكمن في حصول الدائن على اداء المدين. وان هذا الحصول في العقود بصورة عامة وبالاخص في العقود الملزمة للجانبين لابد و ان تحصل وفقا لما اتفق الطرفان عليه , وبغية تحقيق ذلك فان المحل الحق الشخصي يجب ان يتوفر فيه شروط معينة ومنها:

1- التطابق بين الرضا والحصول : الحصول يجب ان يكون مطابق لرضا الدائن بحيث يتحقق به تلبية حاجات ومتطلبات وتوقعات الدائن الامر الذي من أجله ابرم الدائن العقد.

2- التناسب بين الحصول والوقت: الحصول يجب ان يكون في وقت مناسب بالنسبة الى الدائن فمن يشتري جهاز تبريد كهربائي فلابد وان يحصل عليه في الصيف لان حاجته لها تنتفي بعد انتهاء الصيف وهكذا بالنسبة الى عقود المقاولة والنقل وكافة العقود الملزمة للجانبين بصورة عامة حتى ولو كان الالتزام مقترنا بالاجل فيها[25], حيث ان حياة الانسان مؤقت وذو مراحل متباينة لذا يجب ان يكون هناك التناسب بين الحصول والزمن.

اما بالنسبة الى محل الالتزام فينبغي ان نسلط الضوء عليه بغية متطلبات هذه الدراسة ولو بصورة موجزة , وعنداستقراء اراء الفقه حول مفهوم محل الالتزام يتبين بان محل الالتزام هو ما يتعهد به المدين، والمدين يلتزم إما بإعطاء شيء كالتزام البائع بنقل الملكية للشيء المبيع، أو ترتيب حق عيني على شيء كالرهن، او القيام بعمل كالتزام مقاول ببناء منزل، أو الامتناع عن عمل كالتزام بائع المتجر بالامتناع عن مزاولة نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع. وهو ايضا يجب ان يتوفر فيه مجموعة من الشروط وهي معروفة فقها وقضاء لذا لاندخل في تفاصيلها وهي الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام ويمكن استخلاص شروط محل الالتزام من نصوص القانون المدني العراقي[26] وهي كالأتي :- 1-أن محل الالتزام يجب أن يكون موجوداً إذا كان شيئاً (أي محلا لالتزام بنقل حق عيني) .2-أو ممكناً إذا كان عملا أو امتناعاً عن عمل . 3 - معيناً أو قابلا للتعيين 4 - قابلا للتعامل فيه (مشروعا). بعد دراسة محلي الحق الشخصي و الالتزام , فينبغي ان نسلط الضوء على محل العقد لان تحقق محلي الحق الشخصي والالتزام في معظم الاحوال مرتبط بوجود العقد بوصفه المصدر الرئيس للالتزام[27] , حيث يرى معظم الفقه بان محل العقد عبارة محل التزام[28] ذاته ويرى بعض الاخر[29]بان محل العقد يختلف عن محل التزام ويرون بان محل العقد هو العملية القانونية، التي يراد تحقيقها من التعاقد عن طريق التراضي. وهذه العملية القانونية، تتحقق عن طريق جملة الالتزامات

(23) لاحظ , لاحظ المادة 536 مدني عراقي .
(24) لاحظ , المادة 538 مدني عراقي.
(25) لاحظ , المادة 291 مدني عراقي .
(26) وهي المواد (126- 130) من القانون المدني العراقي .
(27) لاحظ , د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط ,مصادر الالتزام , ج1, مرجع سابق , ص 408 .
(28) لاحظ , د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط ,مصادر الالتزام , ج1, مرجع سابق , ص 109 .
(29) د. عبد المنعم البدراوي , النظرية العامة للالتزامات , ج1, مصادر الالتزام , دار النهظة العربية , بيروت , لبنان ,ص 325.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الناشئة عن العقد.ولكن وبناء على المعلومات التصورية التي عرضناه اعلاه حول محل الحق الشخصي ومحل الالتزام ان محل العقد ومحل الالتزام متباينتان من حيث المفهوم لذا فان محل الحق له كيانه الخاص ويدل عليه كل من محل الحق ومحل الالتزام هذا من جهة ومن جهة اخرى ومن خلال ملاحظة تعريف العقد بحسب احكام المادة 73 من القانون المدني عراقي التي نصت على ما يأتي (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) فان التعريف المنطقي لمحل العقد بوصفه ركنا من اركان العقد **هو ان محل العقد مكون من محل الحق ومحل الالتزام وان النسب المنطقي بين كل من محل العقد و محلي الحق و الالتزام هو التلازم من حيث التحقق بحيث لا يمكن تصور وجود محل العقد بدون وجود محل الالتزام ومحل الحق الشخصي.** وان القول بان محل العقد هو العملية القانونية غير صحيح وخاطيء من الناحية المنطقية لان العملية القانونية تتكون من جميع اركان التصرف القانوني من الرضا والمحل والسبب لان العملية يقصد بها مجموع ما يتطلبه الشيء بغية تكملة وجوده[30] في حين ان محل العقد هو جزء من العقد وليس العقد كله , اي ان محل العقد عبارة محل الحق مع الالتزام معا وفقا لهذه المعادلة (محل العقد = محل الحق+محل الالتزام) اي ان النسب بينهما هو المساواة بحسب التحقق اي التلازم بين محل الحق والالتزام مع محل العقد بحيث لا يمكن تصور وجود محل العقد بدون محل الحق ومحل الالتزام معا . [31]

المطلب الثاني : اعتبار محل الالتزام معيارا في تحديد العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض

ان المعيار هو ما يقاس به غيره ويستوي به , وعند اصحاب الاصول: هوالوقت الذي يكون الفعل المأمور به واقعا فيه ومقدرا به فيزداد ذلك الفعل وينقص بطول ذلك الوقت وقصره, فيكون ذلك الوقت المعيار بحيث لا يوجد جزء من اجزائه الا وذلك الفعل المأمور به موجود فيه كاليوم للصوم [32] . حيث ان تحديد العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض يحتاج الى وجود معيار بغية قياس هذه العلاقة وتحديد طبيعتها ان كانت متلازمة من عدمها حيث ان الفسخ والتعويض مرتبطتان بموضوع خلل في تنفيذ محل الالتزام ولكنهما متباينتان منه من حيث المفهوم لذا ومن هذا المنطلق يصلح محل الالتزام ان يكون معيارا لتحديد نوعية العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض , لذا ان دراسة العقود الملزمة للجانبين بحسب طبيعة محل التزام امر يتطلبه مقتضيات هذه الدراسة بغية معرفة وجود التلازم بين الفسخ وطلب بالتعويض او عدم وجود التلازم بينهما . حيث ان التزام من حيث محله اما ان يكون التزاما بنقل ملكية (اعطاء شيء) او قيام بعمل او بالامتناع عنه [33] وبغية توضيح علاقة محل الالتزام بتبعية طلب التعويض للفسخ نسلط الضوء على كل اجزاء محل الالتزام بصورة مستقلة وباديء ذي البدء ندرس:-

1- ان كان محل الالتزام هو اعطاء او نقل الحق العيني فأنه و بحكم التصرفات القانونية من البيع والهبة والميراث و الوصية التي تنتقل بها الملكية من حيث المبدأ , الا انه و في بعض الاحوال تتطلب نقل الملكية اجراءات شكلية معينة مثل التسجيل اذا كان محل العقد عقارا ، فان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري وعلى الرغم ان العقد باطل في هذه الحالة لانتفاء ركن الشكلية الا ان المشرع اعطى الحق للمشتري ان يطلب التعويض اوالتمليك استنادا لاحكام قرار 1198[34] المعدل اذا نكل البائع عن البيع وكذلك اجراءات مادية من التسليم و الافراز اذا كان محل الالتزام معين بالنوع ، فلا تنتقل الملكية الا بالإفراز[35], وبما ان الفرز عمل مادي يقوم به المدين ، وهذا الاخير قد يتأخر في هذا الفرز او لايقوم بتنفيذ التزامه اصلا عندما يرتفع القيمة السوقية للمبيع وقد يتعرض المشتري للضرر جراء ذلك, وقد تنتقل ملكية المال بمجرد ابرام العقد[36], اذا كان محل الالتزام معين بالذات مثل بيع لوحة فنية حيث تنتقل ملكية المبيع والثمن الى المتبايعين فان كان البيع قد جرى بصفقة واحدة فلا يتصور حدوث اية مشكلة ولكن لو كان البيع قدى جرى على شكل تقسيط الثمن فهنا يمكن تصور حدوث مشكلة بينهما عندما يتأخر المشتري قي دفع الاقساط او لا يقوم بتسديدها اصلا وقد يتعرض البائع للضرر,, واذا اراد البائع استرداد المبيع بعد تسليمها الى المشتري فان انتقال

(30) In civil and criminal proceedings, any means used by a court to acquire or exercise its jurisdiction over a person or over specific property. A summons or summons and complaint; sometimes, a writ Green, André. (1972). Note sur les processes tertiaries. Revue frank case de Psychanalyses, 36, 3, 407.

(31) يجدر بالذكر بانه يجب التمييز بين محل العقد واثاره وحيث ان اثار العقد من انشاء او تعديل او انقضاء الالتزام لا يعد محلا للعقد للمزيد لاحظ , د. حسن علي ذنون , احكام الالتزام , مرجع سابق , ص5 . e

(32)لاحظ , د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم معجم الالفاظ و مصطلحات الفقهية , ج 3 ,مرجع سابق , ص321 .

(33) لا ظ , المادة69 مدني عراقي.

(34) لاحظ , الوقائع العراقية , العدد 2621, في 14 -11- 1977.

(35) لاحظ , الفقرة الاولى من المادة 248 مدني عراقي.

(36) لاحظ , المادة 536 مدني عراقي .

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.3

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الملكية امر يحول دون تحقيق ذلك لذا يجب على البائع ان يطلب الفسخ اولا ثم ان يطلب الاسترداد والتعويض ان كان له مقتضى اي اذا انتقل ملكية المال الى المتصرف اليه , فان هذا الانتقال الى المتصرف اليه قد يكون مانعا من استرداده على فرض حدوث المنازعة بين المتصرف و المتصرف اليه و اراد المتصرف استرداد المال يجب ان طلب فسخ العقد اولا , لذا فان مسألة فسخ التصرف القانوني امر يحتمه هذا الانتقال بسبب طبيعة محل الالتزام المتجسد بالتزام (بالعطاء) بغية زوال الملكية باثر رجعي , اي ان الغاية من فسخ التصرف القانوني في هذه الحالة هي استرداد العين من يد المتصرف اليه السابق وان طلب الفسخ في هذه الحالة يفرض نفسه على سبيل الحتم والالزام ,, واذا تعرض المتصرف الى ضرر فمن حقه ان يطلب التعويض ولا يمكن المطالبة بالتعويض الا بعد فسخ العقد, وهكذا وانطلاقا لتحديدنا السابق اعلاه يتبين بان هناك نوع من النسب بين كل من الفسخ وطلب التعويض من حيث التحقق بحيث لا يمكن المطالبة بالتعويض في هذه الحالة الا مع الفسخ او بعد الفسخ.

2- اذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل فينقسم الى الالتزام من حيث الطبيعة الى الالتزام بتحقيق النتيجة و التزام ببذل عناية[37] ، مثال الاول التزام الناقل بتسليم الشيء ونقله وضمان سلامة الراكب[38]،والتزام المشتري بأداء الثمن . فيمكن في مثل هذه الاحوال تصور حدوث الاضرار اذا لم تحصل النتيجة اصلا او تحققت بعد وقتها المحدد وقد لا تثير مسألة طبيعة الالتزام(بتحقيق غاية او ببذل عناية) صعوبة تذكر فيما يرتبط بالاخلال اذ يكون الخطأ قد حصل اذا لم تتحقق النتيجة المرجوة من الالتزام او تحقق بعد ميعاده . فالالتزام بالتسليم مثلاً يعد التزاماً بتحقيق نتيجة[39]، فاذا لم يحصل او لم يحصل في حينه وانما بعده تحقق الخطا ، وكذا الالتزام بالنقل في نقل الاشخاص او الاشياء[40], فاذا لم يتم الايصال او لم يتم الايصال في موعده ، فان ذلك يعني عدم تحقق النتيجة والغاية وبالتالي يتحقق الخطأ العقدي وان المتضرر يستحق التعويض ان كان له مقتضى وحيث ان العقد لايزال موجودا وان طبيعة محل الالتزام في هذه الحالة تسمح مطالبة التعويض بصورة مستقلة دون الفسخ اي يختلف حكم هذه الحالة عن حكم الحالة السابقة لاختلافهما في طبيعة محل الالتزام لذا لا يوجد اي مانع قانوني او مادي من طلب التعويض بصورة مستقلة لذا للدائن ان يطلب التعويض دون طلب فسخ العقد او ان يطلبه مع الفسخ او بعده وهكذا وانطلاقا لتحدينا السابق حول محل الالتزام ان محل الالتزام هو المعيار في تحديد العلاقة بين الفسخ و طلب التعويض , اما الالتزام ببذل عناية ، فيتحقق الخطأ فيه اذا لم يبذل المدين العناية المطلوبة او لم يبذل العناية الا بعد ميعاد الالتزام . فمثلاً التزام الناقل بالمحافظة على الشيء تتحدد طبيعته ببذل عناية[41], فاذا لم يبذل العناية المطلوبة او لم يبذلها بالمرة في وقت وجوبها وانما بذلها بعد ذلك ، تحقق عندها الخطأ ، كما اذا انفكت اغلفة الشيء اثناء النقل وجب عليه اعادة تغليفها ، واذا لم يفعل ذلك او قام به بعد الوصول والتفريغ فانه يعد مسؤولاً عن تضرر البضاعة من جراء عدم التغليف او عدم التغليف في وقته المحدد [42]... ومثال الثاني التزام الناقل بالمحافظة على الشيء[43]، فاذا لم يقم المدين بالمحافظة على الشيء اصلا او تأخرت العناية المطلوبة عن وقتها فان المدين يعد مخلا في تنفيذ الالتزام . او الامتناع عنه وحدث الخطا العقدي المتجسد في تـأخير او عدم تنفيذ الالتزام , وان الدائن قد تعرض للضرر بسبب ذلك فيستحق التعويض , وان طبيعة محل الالتزام تقتضي عدم التلازم بين الفسخ وطلب التعويض بحيث يكون للدائن ان يطلب التعويض بصورة مستقلة او ان يطلب الفسخ والتعويض معا اي لها نفس الحكم مع الالتزام بتحقيق النتيجة .

3- اما اذا كان محل الالتزام الامتناع عن عمل ، فان الملتزم يكون منفذاً لالتزامه ما دام لم يأت بالعمل المنهي عنه ، فاذا اتى به ، فأنه يكون بذلك قد اخل بالتزامه ويمكن تصور حدوث الضرر وبالتالى يجب ازالة هذا الضرر, لإن التزام المدين بامتناع عن عمل يستلزم منه الامتناع عن ذلك العمل, وبالتالي فإن تنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل في حالة الإخلال به من قبل المدين لا يخلو اما1- من التنفيذ العيني ومثاله التزام الشخص الذي باع محلاً تجارياً بالامتناع عن المنافسة بفتح محل منافس للمشتري يمارس نفس النشاط في نفس الشارع, فإذا كان البائع قد فتح هذا المحل, فإن تنفيذ الالتزام يكون عن طريق إغلاق هذا المحل. [44] 2-او التنفيذ عن طريق التعويض لأن طبيعة الالتزام لا تسمح بالتنفيذ العيني , فالالتزام بعدم إفشاء الأسرار, الذي يلتزم به المحامي تجاه موكله و الطبيب تجاه مرضاه, ويلتزم به البنك تجاه عملائه, ويلتزم به العامل تجاه رب العمل, مثل هذه الالتزامات إذا أخل المدين به, فلا

(37) لاحظ ,د. عبدالرزاق احمد السنهوري , الوسيط , ج1 , مرجع سابق , ص 656.
(38) لاحظ , د . الياس ناصف, موسوعة العقود التجارية والمدنية مصدر السابق , ص415 و زهير عباس كريم , ص 297.
(39) لاحظ , د . صبري حمد خاطر , فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤلية العقدية , دار الكتب القانونية , القاهرة , مصر , 2010 ص74 و75.
(40) لاحظ. د. عزيز عكيلي , الوسيط في شرح القانون التجاري , ج1, الاعمال التجارية , التاجر , المتجر, دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , لاردن ص 318 و د. الياس ناصف ص 414.
(41) لاحظ , د اكرم ياملكي , القانون التجاري , دراسة مقارنة , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان / الاردن , 2010 ص 245
(42) لاحظ , الفقرة الاولى من قانون النقل رقم 80 لسنة 1983.
(43) لاحظ , د . زهير عباس كريم , مباديء القانون التجاري , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان / الاردن, 1995 ص 297.
(44) الدعوى هي مطالبة شخص حقه من الاخر امام القضاء للمزيد لا حظ , صادق حيدر, شرح قانون المرافعات , مرجع سابق ص 70 .

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

يمكن تنفيذه عينياً بعد ذلك عن طريق الإزالة, ولا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض للدائن المتضرر[45] وان طبيعة محل التزام في هذه الحالة لاتقتضي التلازم بين الفسخ وطلب التعويض بحيث يستطيع المتضرر ان يطلب التعويض بصورة مستقلة او مع الفسخ او بعد الفسخ ايهما شاء .

نستنتج مما عرضناه من المعلومات التصديقية الموما اله اعلاه ان محل الالتزام يصلح ان يكون معيارا عقليا لقياس نوعية العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض لانه بامكان معرفة طبيعة العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض بحكم محل الالتزام في العقد.

المبحث الثاني
طبيعة التلازم بين المطالبة بالفسخ والتعويض وموقف القضاء منها

بغية معرفة وجود التلازم بين كل من الفسخ والتعويض من عدمه في العقود الملزمة للجانبين ينبغي دراسة الموضوع على الصعيد الفقهي والقضائي لذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص المطلب الاول لدراسة التلازم بينهما او عدم التلازم بين الفسخ وطلب التعويض من حيث التحقق ونخصص المطلب الثاني لدراسة موقف القضاء من هذا التلازم وتحليل هذا الموقف.

المطلب الاول: التلازم و عدم التلازم بين الفسخ وطلب التعويض.

ان التلازم والترابط بين الفسخ و طلب التعويض قد يحدث بسبب طبيعة واقعتين متلازمتين بحيث لايمكن تصور وجود الواقعة الثانية بدون وجود الواقعة الاولى عليه نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول دراسة حالة التلازم بينهما ونخصص الفرع الثاني لدراسة حالات عدم التلازم بين الفسخ وطلب التعويض.

الفرع الاول : التلازم بين الفسخ و طلب التعويض

انطلاقا مما توصلنا اليه من خلال دراسة محل الالتزام في العقود الملزمة للجانبين , وجب على الدائن أن يطلب فسخ العقد قبل طلب التعويض في حالة واحدة فقط وهي اذا كان محل الالتزام فيها هو اعطاء او تسليم واستلم المدين الشيء وأراد الدائن استرداد العين وكذلك ان يطلب التعويض ان كان له مقتضى ولا يجوز له ان يسترد العين قبل فسخ العقد لان يد المدين يعد شرعيا قي هذه الحالة بسبب العقد وان الفسخ يزول به هذه الصفة باثر رجعي لذلك ان هناك تلازم بين الفسخ وطلب الاسترداد والتعويض من حيث التحقق بحيث لا يمكن المطالبة بالتعويض والاسترداد الا مع الفسخ او بعد الفسخ وان هذا الحكم تقتضيه محل الالتزام وليس طبيعة الفسخ وطلب التعويض من حيث التحقق اصلا اي ان الارتباط بينهما في هذه حالة اجبارية تقتضيه محل الالتزام . ولكن اذا كان محل الالتزام هو القيام بالعمل سنرى انه لا يوجد اي تلازم بينهما اي ان معيار محل الالتزام هو الفاصل والمقياس لمعرفة وجود التلازم بين الفسخ وطلب التعويض من عدمه . وبغية المزيد من التوضيح نقوم بضرب الامثلة , حيث ان الاشياء من حيث الطبيعة تنقسم الى العقار والمنقول [46] وعند ابرام عقد البيع على العقار فأن ملكية العقار لا تنتقل الى المشتري الا بالتسجيل في دائرة الطابو[47] لذا فان المطالبة بفسخ العقد الوارد على العقارات امر نادر نسبيا بسبب ركن الشكلية هذا من جهة ومن جهة اخرى انه بامكان المشتري ان يطلب الزام البائع الناكل بدفع التعويض او ان يطلب التمليك استنادا لاحكام قرار 1198 المعدل اذا توافرت شروط محددة سلفا قي القرار. اما بالنسبة الى الاموال المنقولة انه و عند ابرام عقد البيع عليها فان ملكية المبيع قد تنتقل الى المشتري عند ابرام العقد اذا كان المنقول محدد بالذات وتنتقل لملكية فيه بالافراز عندما يكون المنقول محدد بالنوع ,ولكن ما الحكم لو حدث منازعة بين البائع والمشتري حول استرداد المبيع ؟ فعلى سبيل المثال اذاقام البائع بتسليم المولدة الكهربائية الى المشتري دون استلام الثمن وافلس المشتري فيما بعد فاذا اراد البائع استرداد المولدة فان انتقال ملكية المبيع الى المشتري امر يحول دون ذلك اي يمنع استرداد المولدة, لذا يضطر البائع الى ان يطلب فسخ العقد بغية اعادة ملكية المولدة الى نفسه لانه بالفسخ يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد . التساؤل الرئيس هو هل ان استرداد المولدة على اساس الكسب بلا سبب او ان امتياز بائع المنقول يسعف البائع في هذه الحالة؟ الجواب ان كل من الاسترداد على اساس الكسب بلا سبب و امتياز البائع يتم حمايته اما عن طريق دعوى الدين او مباشرة المطالبة بهما امام منفذ العدل وقد يزاحمه الدائنين الاخرين للمشتري الذين هم في مرتبة اعلى او في مرتبته , لذا فان دعوى العين المتجسد بدعوى استرداد المولدة وفسخ العقد والتعويض عما

(45) وقد تثير اشكالية هنا تكمن بان هل ان المدين ملزم بدفع التعويض على اساس المسؤلية العقدية ام التقصيرية؟ والبحث يؤيد الاتجاه الذي تبنى المسؤلية على اساس المسؤولية العقدية .
(46) لاحظ , المادة 62 مدني العراقي .
(47) لاحظ , المادة 508 مدني عراقي .

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.3

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

لحق بالمولدة من الخسائر عندما يلحق المشتري اضرارا بالمولدة او عند انخفاض القيمة السوقية لها خيار تتحق به مصلحة البائع بصورة افضل. هكذا فأن المطالبة باسترداد المبيع والتعويض وفسخ العقد امر تقتضيه محل التزام في عقد البيع بحيث لا يمكن المطالبة بالتعويض بدون طلب الفسخ لان المولدة لا تزال ملكيتها تعود للمشتري وبالتالي انها تحت حيازتها لذا فأن المطالبة بالتعويض لابد وان يطلب مع الفسخ او بعد فسخ العقد ومن ثم تقدر قيمة الاتلاف الجزئي الذي لحق بالمولدة والحكم به اي انه في هذه الحالة هناك تلازم بين المطالبة بالتعويض والفسخ ويجب على البائع ان يقوم به , وله ايضا ان يطلب التعويض ان كان له مقتضى ولكن لايجوزله ان يطلب التعويض قبل الفسخ لان المبيع لا يزال تحت يد المشتري بصورة شرعية باعتبار ان العقد لايزال حي و قائما اي ان طلب التعويض يجب ان يكون مع طلب الفسخ او بعد الفسخ الامر الذي يقتضيه محل الالتزام . ويجدر بالذكر هو اختلف الفقه والقضاء حول الاساس القانوني للتعويض في هذه الحالة حيث يرى بعض الفقه[48]بان اساسه تكمن في المسؤولية التقصيرية لان العقد بعد فسخه لا وجود له وبالتالي لا يصلح ان يكون مصدرا للتعويض ,بينما يرى الاخرون [49]بان اساسه يكمن في العقد المفسوخ ذاته اي انه عقدية.

الفرع الثاني: عدم التلازم بين الفسخ وطلب التعويض

وباديء ذي البدء وبغية معرفة الارتباط بين الفسخ و طلب التعويض ينبغي الاعتماد على المعيار المختار الا وهو محل الالتزام , لذلك ندرس طبيعة العلاقة بينهما في العقود الملزمة للجانبين التي يكون محل الالتزام فيها قيام بالعمل , وكما هو المعلوم ان للدائن اربع المكن القانونية (الحقوق) تجاه مدينه حسب احكام القانون المدني[50.] اذا اخل المدين بتنفيذ التزامه كأن يتأخرفي التنفيذ او يمتنع عنه 1. حق الدائن في ان يتقاضى من مدينه التنفيذ الجبري العيني اذا كان هذا ممكنا وذلك للحصول على محل الالتزام الذي تعهد به المدين2.حق مطالبة مدينه بتعويض اذا ما اخل المدين بتنفيذ التزامه بأن تأخر في التنفيذ او امتنع عنه.3فله حق اللجوء الى وسائل الضمان العام بغية الحفاظ على ذمة مدينه المالية 4. له ايضا حق اللجوء الى تنفيذ الالتزام بنفسه على نفقة المدين بعد ان يستأذن من المحكمة و بدون اذن المحكمة في حالة الاستعجال اي ان في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً ان ينفذه بنفسه جاز للدائن ان يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً,وله في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة. ويفهم من ما اشرنا اليه اعلاه بان احدى خيارات الدائن في حال حدوث الاخلال هو ان يطلب التنفذ العيني الجبري او التعويض , وكذلك حسب احكام المادة 177 مدني له ان يطلب فسخ العقد , التساؤل الرئيس هنا هوهل ان طلب التعويض متلازم بالفسخ عندما يكون محل الالتزام في العقد هو القيام بعمل؟ مثل التزام المقاول بانشاء دار لصاحب العمل وتأخر المقاول في انشاء الدار او لم يقم بناء الدار اصلا(عدم تنفيذ التزام) ففي هذه الحالة واستنادا الى احكام المادة (169) من القانون المدني التي نظمت احكام التعويض القضائي لصاحب العمل ان يطلب الزام المقاول بدفع التعويض عن الاضرار التي لحق به نتيجة التاخير او عدم التنفيذ دون ان يطالب بفسخ العقد بغية الزام المقاول بتنفيذ التزامه بانشاء الدار ان اراد ذلك او ان يطلب فسخ المقاولة مع التعويض ان شاء ذلك هكذا يتبين ان كان محل الالتزام في العقد قيام بعمل معين وتأخر المدين في تنفيذ التزامه فان للدائن ان يطلب التعويض والزام المدين باكمال التنفيذ او ان يطلب فسخ العقد مع طلب التعويض ان كان له المقتضى . وهكذا فان محل الالتزام يدل على عدم وجود التلازم بين الفسخ وطلب التعويض لا من حيث التحقق ولا من حيث المفهوم , وان اعتبلر العلاقة بينهما بالتلازم من حيث التحقق امر يخالف طبيعة الاشياء ومنطقها وكذلك يخالف احكام القانون المدني وان الارتباط بين الفسخ وطلب التعويض امر متروك لارادة الدائن ان شاء يطلبهما معا او ان يطلب التعويض بصورة مسقلة عن الفسخ , اما القول بان على الدائن ان يطلب التعويض مع اللفسخ ولا يجوز المطالبة به الا مع الفسخ او بعد الفسخ غير صحيح و خاطيء استنادا لتحديدنا السابق لمفهوم التلازم وكذلك محل الالتزام اذا كان قياما بالعمل اي ان الزام الدائن باستخدام خيار واحد امر مخاف للقانون و المنطق يتحقق به الظلم لان من حق الدائن الحصول على التنفيذ العيني كلما كان ذلك ممكنا وكذلك في التزام ان كان محله قيام بعمل يجوز لدائن ان يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه وعلى نفقة المدين بعد الحصول على اذن من المحكمة وبدون اذن في الحالات المستعجلة [51] . وبغية المزيد من التوضيح نضرب المثال الاتي رب العمل اتفق مع المقاول على صنع و وضع ابواب وشبابيك بيته الذي يقوم بتعميره في مدة شهرين احدهما يبدء من 1-7-2018 لغاية 1/ 9/ 2018 بناء على هذا العقد قام المقاول بوضع 7 ابواب من مجموع 10 ابواب وقام بوضع 4 شباك من مجموع 5 شباك خلال المدة المتفق عليها , الا انه لم يقم بتنفيذ بقية العمل المتفق عليه بعد مرور شهرين و حيث ان صاحب العمل تعرض بسبب ذلك لخسارة

(48) لاحظ , د. حسن على ذنون , النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي و القانون المدني , مطبعة نهظة بمصر , 1946 , ص19 -21 .
(49) د. منذر عبد الحسين الفضل , الوسيط في شرح القانون المدني , مصادر الالتزامات واحكامها , ط1 , دار الثقافة للنشر و التوزيع , عمان , الاردن, 2012 ,ص 234.
(50) المواد (168و 169 , 177 و 180 و260) من القانون المدني العراقي .
(51) لاحظ, الفقرة الثانية من المادة 250 مدني عراقي .

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

لانه استأجر بيتا اخر باجرة شهرية قدرها 500 الف دينار , وعلى الرغم من قيام رب العمل بانذاره بغية اكمال باقي العمل الا ان المقاول لم يكمل التنفيذ وبسب ذلك تعرض صاحب العمل للخسارة , وان رب العمل ينوي ان يطلب من المحكمة او منفذ العدل الزام المقاول باكمال باقي العمل اي يطلب تنفيذ عيني جبري و ان يطلب التعويض عن الخسارة المادية التي لحقت به فمن حقه ان يطلب ذلك اما القول بانه لا يجوز ان يطلب التعويض الا مع فسخ العقد او بعد فسخ العقد لان التعويض اثر من اثار الفسخ امر غريب ومثير للجدل لان التعويض لايعد اثرا من اثار الفسخ لان اثار الفسخ هي اعادة الطرفين الى الحالة التي كان عليها قبل ابرام العقد بأثر رجعي, بل يعد التعويض في المسؤلية العقدية اثرا من اثار الاخلال بالالتزام و كذلك الفسخ ايضا يعد اثرا من اثار الاخلال بالالتزام ايضا, حيث اذا لم يخل المدين بتنفيذ التزامه او بمعني اخر قام بتنفيذ التزامه بحسن النية لا مكان لوجود التعويض او الفسخ ومن هذا المنطلق انهما متشاركان من حيث المصدر , هذا من جهة ومن جهة اخرى, فان حرمان صاحب العمل من طلب التنفيذ العيني وتعويضه عن الخسائر بسبب التاخير امر يخالف احكام القانون ويتحقق به الظلم . ولكن اذا اراد صاحب العمل فسخ العقد وطلب التعويض لكي يبرم عقد اخر مع شخص اخر لاكمال العمل فهذا ايضا من حقه ويجب احترام خيارات رب العمل . ولكن الاشكالية التي تبرز هنا تتمثل بموقف القضاء العراقي والكوردستاني حيث يشترط القضاء ان يكون طلب التعويض تابعا لطلب الفسخ بصورة مطلقة دون التمييز بين طلب التعويض في العقود الملزمة التي يكون محلها اعطاء الشيء او العقود الملزمة التي يكون محل الالتزام فيها قيام بالعمل او الامتناع عنه .

المطلب الثاني: موقف القضاء من التلازم بين الفسخ والتعويض

وبغية معرفة موقف القضاء نستعرض بعض قرارت محكمة التمييز الاتحادي ومحكمة تمييز اقليم كوردستان ومن ثم نقوم بتحليلها لذلك نقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الاول لاستعراض قرارت قضائية ذات صلة و في الفرع الثاني نقوم بتحليل هذه القرارت من وجه النظر البحث .

الفرع الاول: استقراء القرارات القضائية:

نقوم باستعراض قرارات محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز اقليم كوردستان بقدر تعلقها بموضوع البحث لبيان موقفه من التلازم بين الفسخ وطلب التعويض ومن ثم نقوم بتحليلها وفقا لمنطلقات هذه الدراسة .

اصدرت الهيئة المدنية في محكمة التمييز الاتحادي في قرارها المرقم5346 في 218/9/10 **(في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب فسخ العقد مع التعويص ان كان له مقتضى فاذا كان العقد لا يزال قائما بين الطرفين ولم يثبت فسخه فتكون الدعوى بطلب التعويض فاقدة لسندها القانوني)** [52]

(لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ومشتملا على اسبابه قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند اليها ذلك ان ثابت من عريضة الدعوى ان المطالبة انصبت على طلب التعويض الذي اصاب المدعى اضافة لوظيفته (المميز) الذي قدره بمليار دينار جزاء اخلال المدعى عليه اضافة لوظيفته (المميز عليه) عن تنفيذ التزاماته بموجب العقد المرقم 45/ص/م/ ك/ 2009 في 15 /2009/12 وحيث ان دعوى طلب التعويض في العقود الصحيحة الملزمة للجانبين تقام تبعا لدعوى الفسخ عملا باحكام المادة 1/177 من القانون المدني وحيث ان العقد لا يزال قائما ولم يثبت فسخه فتكون الدعوى بطلب التعويض فاقدة لسندها القانوني و حيث ان الحكم المميز الزم بوجه النظر القانونية المتقدمة لذا قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 2018/9/10م) .

كما قررت محكمة تمييز اقليم كوردستان في قرارها المرقم 642/ مدنية ثانية في 2010/11/3 ما يأتي (**وجد ان التمييز مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا وتبين ان المدعي طلب المدعى عليه بالتعويض والعقد كان قائما بين الطرفين وقت اقامة الدعوى وبما ان التعويض يعتبر اثرا من اثار العقد ولا يمكن الحكم به مع وجود العقد قائما دون طلب فسخه لذا كان على المحكمة ان ترد الدعوى لهذا السبب عملا باحكام المادة 177من القانون المدني التي نصت على ما يأتي(1 – في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد 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. 2 – ففي عقد الايجار ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الاجارة، وفي ايجار العمل ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجر المستحق الوفاء كان للاجير طلب فسخ العقد، وفي**

(52) قرار غير منشور .

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.3

عقد البيع يجوز للبائع او للمشتري ان يطلب الفسخ اذا لم يؤد العاقد الآخر ما وجب عليه بالعقد،) حيث ان الدعوى انتهت بالرد لسبب اخر فيعتبر الحكم صحيحا وموافقا للقانون من حيث النتيجة) [53] .

و اتجهت محكمة التمييز الاتحادي في قرارها المرقمرقم القرار 112/ الهيئة الاستئنافية منقول / 2012 تاريخ القرار 2/22/ 2012:- (ان التعويض يعتبر اثر من اثار الفسخ و لا يجوز طلب التعويض الا مع الفسخ) [54] .
(لدى التدقيق والمداولة وجدان التمييز مقدم ضمن المدة اقانونية قرر قبوله شكلا وعند النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون وجاء اتباعا لقرار النقض الصادر بالعدد 2011/1272 استئنافية منقول/ في 2011/9/12 لان المميزصرف النظر عن طلب الفسخ وحصر دعواه بالتعويض وحيث ان التعويض يعتبر اثر من اثار التعويض ولا يجوز طلب التعويض الا مع طلب الفسخ عليه قرر تصديق الحكم المميز .... وصدر القرار بالاتفاق).
وفي قرار اخر اتجهت محكمة التمييز الاتحادي رقم القرار 1629: / الهيأة الاستئنافية المنقول /2012 .
(ان طلب التعويض عن الاضرار التي تعرض لها نتيجة عدم دفع المميز اظافة لوظيفته ما تبقى بذمته من بدل مبيع المولدة يقتضي اقامتها بفسخ العقد والتعويض لأن التعويض اثرمن اثار فسخ العقد) [55] .

(لدى التقيق والمداولة وجدان التمييز مقدم ضمن المدة اقانونية قرر قبوله شكلا وبعد امعان النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك ان دعوى / المميز/ اظافة لوظيفته اقامها للمطالبة بتعويضه من المميزعليه / اظافة لوظيفته عن الاضرار التي تعرض اليها نتيجة عدم دفع الاخير ما تبقى بذمته من بدل مبيع المولدة التي اشتراها من / المميز/ اظافة لوظيفته التي بقيت لدى البائع دون استلامها والزامه بدفع مبلغ العربون المدفوع عن عقد البيع للمولدة المتفق عليه ودعوى المميز بالوصف المذكور تقتضي اقامتها بفسخ العقد والتعويض ان كان له مقتضى لمعرفة الطرف الذي اخل بالتزاماته حيث ان التعويض يعد من اثار المترتبة على فسخ العقد وان العقد المذكور يعد صحيحا ..... وصدر القرار بالاتفاق في 2012/7/31)
واتجهت في قرار اخررقم القرار / 11621/ الهيأة الاستئنافية منقول / 2008 في 23/ 12/ 2008
(ان طلب الفسخ الجزئي للعقد غير جائز قانونا وفق مقتضى احكام المادة 177 من القانون المدني وللمدعي في هذه الحالة اما طلب الفسخ كليا مع المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى او المطابة بقيمة المحولتين) [56].
(لدى التقيق والمداولة وجدان التمييز مقدم ضمن المدة اقانونية قرر قبوله شكلا وبعد النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة لان المدعي يطلب في دعواه باصدار الحكم بفسخ العقد موضوع الدعوى جزئيا وفيما يتعلق بالشحنة الثانية المتعلقة بالمحولتين الكهربائيتين فقط والمطالبة باعادتهما وتجد هذه المحكمة ان طلب الفسخ الجزئي للعقد غير جائز قانونا وفق مقتضى احكام المادة 177 من القانون المدني وان المدعي له في هذه الحالة المطروحة اما طلب فسخ العقد كليا مع المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى او المطالبة بقيمة المحولتين المشار اليهما وحيث ان المدعي لم يسلك الطريق القانوني المتقدم فان دعواه تكون واجبة الرد وحيث ان محكمة الاستئناف قضت في حكمها المميز بفسخ الحكم البدائي المستانف ورد الدعوى فان حكمها المميز يكون صحيحا من حيث النتيجة ..... وصدر القرار بالاتفاق في 23 /12/ 2008 .
كما اتجهت محكمة التمييز الاتحادي في قرارها المرقم 2150-مدنية ثانية- 1975(ليس للمتعاقد طلب رد ما دفعه من بدل التزام الا بعد طلب فسخ العقد[57]..
(اذا صرف المدعي النظر عن طلب فسخ العقد وحصر دعواه بالتعويض لاخلال المدعى عليه بالتزاماته العقدية تكون الدعوى قد خلت من سندها القانوني لان طلب التعويض تابعا لطلب الفسخ وثبوت الاخلال بالعقد وخلال فترة نفاذه) [58]

(53) قرار غير منشور .
(54) لاحظ , القاضي , لفته هامل عجيلي , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية , القسم المدني , ج2, مطبعة الكتاب بغداد , 2017 ص171

(55) لاحظ , القاضي , لفته هامل عجيلي , المختار من قضاء محكم التمييز الاتحادية , مرجع سابق, 2017 ص166

(56) لاحظ , القاضي , لفته هامل عجيلي , المختار من قضاء محكم التمييز الاتحادية , القسم المدني مرجع سابق, 2017 ص173
(57) لاحظ , مجموعة الاحكام العدلية , العدد الثاني , السنة السابعة , 1976, ص 14 .
(58) قرار غير منشور .

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:34-50
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

ومن القرارات الغريبة التي اصدرتها محكمة التمييز الاتحادي قرارها المرقم 479 / تعويض/ 1981 حيث لا يجوز المطالبة بالتعويض بصورة مستقلة حتى في التعويض الاتفاقي الا بالتبعية اي يجب مطالبته مع طلب الفسخ او بعد الفسخ وبهذا الامر تنقضي الغاية التي من اجلها شرع نظام التعويض الاتفاقي . اليك نص القرار.

(لاتجوز المطابة بالتعويض الاتفاقي دون طلب فسخ العقد , لان التعويض اثر من اثار العقد ولا يمكن الحكم به مع وجود العقد قائما) [59]

لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز وجد ان الحكم البدائي المميز المؤرخ 9-1-1979 القاضي برد دعوى المدعي (المميز) وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة على النحو المفصل في الحكم المذكور موافق للقانون ذلك ان المميز حصر دعواه في الجلسة المؤرخة 11-5-1975 بالمطالبة بالتعويض الاتفاقي بموجب العقد المصدق من كاتب عدل المحمودية بعدد (1974/602) وتاريخ 8-6-1974 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 أثرا 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 (1) من المادة (177) مدني صريحاً بذلك إذ جاء النص (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد 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 لها من القانون قرر ردها وتصديق الحكم المميز وتحميل المميز رسم التمييز وصدر بالاتفاق في 2-5-1981).

الفرع الثاني : تحليل موقف القضاء

من خلال دراستنا لهذه القرارت يتبين أن القضاء العراقي والكوردستاني يشترط وجود التلازم او الارتباط بين طلب التعويض وطلب الفسخ بصورة مطلقة دون تمييزما اذا كان محل الالتزام في العقد هو اعطاء الشيء او قيام بالعمل او الامتناع عن العمل الامر الذي يخالف مفهوم المادتين (177 و 180) مدني العراقي بحيث طلب التعويض يجب ان يكون متلازما مع طلب الفسخ في حالة واحدة فقط وهي عندما يكون محل الالتزام هو(اعطاء) وان الطرف الاخر قد استلم الشيء فعلا و أراد صاحب الشيء استرداده وأراد ايضا ان يطلب التعويض عما لحق به من خسارة او فات عليه من كسب ففي هذه الحالة وبسبب طبيعة محل الالتزام على صاحب الشيء ان يطلب التعويض مع الفسخ او بعد الفسخ وهذا هو مفهوم المادة 177 من القانون المدني بدلالة المادة 180 من القانون ذاته اما بقية الاحوال الاخرى فان الخيار متروك للدائن ان شاء ان يطلب التعويض بصورة مستقلة او ان يطلب الفسخ مع التعويض، هذا من جهة ومن جهة اخرى, فأن تنفيذ الالتزام هو الاصل اما فسخ العقد قد جاء استثناء على هذا الاصل اذا تمادى المدين عن تنفيذ الالتزام ولكن يفهم من اتجاه محكمة التمييز بان الفسخ هو الاصل وهذا ما يخالف المنطق القانوني السليم, وان هذا الاطلاق يؤدي الى تنقيص خيارات الدائن وبالتالي يتحقق به نوع من االظلم هذا من جهة ,ومن جهة اخرى, يعد التعويض من وجهة نظر القضاءاثرا من اثار الفسخ و ان هذا الاتجاه حول اعتبار التعويض اثرا من اثار الفسخ غير صحيح من الناحية المنطقية لعدم الترابط بين المسبب والسبب, بل الاصح هو ان التعويض في المسؤلية العقدية اثرا من اثار الاخلال بالالتزام و كذلك الفسخ ايضا يعد اثرا من اثار الاخلال بالالتزام حيث اذا لم يخل المدين بتنفيذ التزامه او بمعني اخر قام بتنفيذ التزامه بحسن النية لا مكان لوجود التعويض او الفسخ ومن هذا المنطلق انهما متشاركان من حيث المصدر . ويجدر بالذكر ان اتجاه محكمة التمييز حول التلازم بين الفسخ و طلب الغرامات الـأخيرية (التعويض الاتفاقي) امر مثير للجدل ايضا, حيث ولو اختلفت القوانين في تحديد الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي, الا ان هناك بعض الخصائص بالنسبة الى التعويض الاتفاقي متفق عليها ومن اهمها انه التزام

(59) لاحظ ,الموقع الالكتروني الاتي :-
https://www.hjc.iq

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.3

تبعي والغاية منه هو اجبار المدين على تنفيذ الالتزام وذلك بحسب اتجاه محكمة التمييز الاتحادية الذي تم تجريده من غايته وهو بمثابة الالغاء الضمني لنظام التعويض القضائي وهذا ما يتحقق به الضرر للناس. وبغية المزيد من التوضيح نقوم بصورة مختصرة بتسليط الضوء على الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي وبيان خصائصها ونبدء بدراسة الطبيعة القانونية له وهناك عدة اتجاهات منها :

1. ان التعويض الاتفاقي له بعض آثار العقوبة, ويجوز أن يزيد على قدر الضرر المتوقع زيادة غير فاحشة, وبهذا أخذ القانون المدني المصري والعراقي. والصفة الجزائية هي صفة استثنائية غير مقصودة بذاتها قد تتحقق عرضاً, وبقدر محدود, وهي تنتج عن التنظيم القانوني للتعويض الاتفاقي, الذي لا يسمح بتدخل القاضي لتعديله, إلا إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة, فلا يكفي مجرد زيادته بقدر ضئيل عن الضرر وإنما يشترط أن تبلغ هذه الزيادة حداً معقولاً, وهذا ما يضفي عليه الصفة الجزائية[60]. اما الصفة التعويضية فهي الصفة الأساسية, لأن المشرع ربط بين وقوع الضرر والتعويض الاتفاقي, وأعطى للقاضي سلطة تعديله ليتناسب مع الضرر إذا كان مقدار التعويض الاتفاقي فاحشاً[61]

2. ان التعويض الاتفاقي , تعويض احتمالي عن الضرر المتوقع, ومساو له, فهو احتمالي لأنه يمكن أن لا يحصل عليه الدائن إذا لم يقع أي ضرر, وأوفى المدين بالتزامه الأصلي, وهو مساوٍ للضرر لأنه خاضع لتقدير القاضي وتعديله, بحيث يناسب الضرر الواقع. وبه أخذ القانون الأردني الذي أعطى للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي ليساوي الضرر تماماً, وحذا حذوه قانون الإمارات العربية, وكلاهما مستمد من الشريعة الإسلامية[62] 63

3- هو مجرد اتفاق على التعويض, لا علاقة له بالضرر, فمجرد الإخلال بتنفيذ الالتزام يستحق التعويض الاتفاقي. ولا يجوز للقاضي التدخل لزيادته, أو إنقاصه. وبه أخذ القانون الفرنسي.وسبب الاختلاف هو الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة, وأن العقد شريعة المتعاقدين, فمن أصر على الأخذ به كاملاً, أصر على التعويض بمجرد الإخلال بالالتزام, ولو لم يقع الضرر[64] .وللتعويض الاتفاقي خصائص عدة أهمها: أنه التزام تبعي, كما يعتبر وسيلة ضغط على الدائن لتنفيذ الالتزام, ويمكن الدائن من حصوله على حقه في حال تخلف تنفيذ الالتزام, ويساهم الاتفاق على التعويض في تحديد مقدار الضرر قبل وقوعه, ويساهم أيضاً في منع المنافسة الغير مشروعة.عليه واستنادا الى تحديدنا السابق لمفهوم التعويض الاتفاقي ان اتجاه القضاء العراقي اتجاه معيب و يتحقق به اهدار حقوق الناس دون اي سبب او مبرر منطقي .

الخاتمة / في الختام توصلنا الى الاستنتاجات و التوصيات الاتية .

اولا / الاستنتاجات

1- من الناحية المنطقية يجب ربط المسبب بسببه لذا لا يعد التعويض اثرا من اثار الفسخ بل يعد التعويض اثر من اثار الاخلال بالالتزام وانه وليد هذا الاخلال, لا ن الاخلال هو سبب وجود التعويض اي لا وجود للتعويض ما لم يخل المدين بالتزاماته اي بمعنى اخرى ان التعويض في العقود الملزمة للجانبين يدور وجودا وعدما مع الاخلال.

2- ان معظم الفقه يرى بان محل الحق الشخصي يكمن في اداء المدين من اعطاء او قيام بالعمل او الامتناع عنه اي ان محل الحق الشخصي هو محل التزام نفسه اي انهما متساويتين في حين انهما متلازمان في من حيث التحقق ولكنه متباينتان من حيث المفهوم وان محل الحق الشخصي يكمن في حصول الدائن على اداء المدين من نقل الحق العيني او القيام بعمل او الامتناع عنه اما محل الالتزام هو اما اعطاء او القيام بالعمل والامتناع عنه و جب ان يتوفر شرطي التطابق بين الحصول والرضا والتناسب بين الحصول والزمن في محل الحق الشخصي.

(60) لاحظ , ابراهيم الدسوقي ابوليل , تعويض الضرر في المسؤولية المدنية , كلية الحقوق , جامعة الكويت , 1416 ه ص 446.
(61) محمد سعد اليمني , الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة) رسالة دكتوراة , السعودية , جامعة ملك السعود , ص23.
(62) محمد سعد اليمني , الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة , مرجع سابق , ص23.

(64) محمد سعد اليمني , الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة , مرجع سابق , ص21.

3- ان محل العقد هو عبارة عن محل الحق الشخصي اضافة الى محل الالتزام معا وهناك تلازم من حيث التحقق بين محلي الحق والالتزام ومحل العقد بحيث لا يمكن تصور وجود محل العقد بدون وجود محل الحق ومحل الالتزام .
4- ان محل العقد يعد معيارا عقليا لتحديد نوعية العلاقة بين الفسخ وطلب التعويض.
5- يوجد التلازم فقط بين الفسخ والتعويض في العقود الملزمة للجانبين التي يكون محل الالتزام فيها هو تسليم شيء ونفذ التزام واراد الدائن استرداد الشيء ولكن قيمته السوقية قد انخفظت اي تعرض الدائن للخسارة وجب عليه ان يطلب التعويض مع الفسخ او بعد الفسخ لان محل الالتزام تقتضي ذلك . ما عدا هذه الحالة ان الدائن له حرية مطلقة في استخدام اي خيار يشاء .
6- ان للدائن اكثر من خيار عندما يخل المدين بالتزاماته التعاقدية في العقود الملزمة للجانبين من طلب التنفيذ العيني او التعويض او طلب فسخ العقد و التعويض ان كان له مقتضى , ولم يشترط القانون ان يطلب التعويض الدائن مع الفسخ او بعد الفسخ بل ان الخيار متروك للدائن بان يطلب التعويض بدون الفسخ او ان يطلب الفسخ والتعويض معا.
7- ان القضاء العراقي ذهب الى اتجاه بموجبه على الدائن ان يطلب التعويض مع الفسخ او بعد الفسخ دون التمييز بين العقود الملزمة التي يكون محل التزام فيها القيام بعمل او التي يكون محل التزام فيها تسليم الشيء .
8- ان اتجاه محكمة تمييز الاتحادية و محكمة تمييز اقليم كوردستان تتحقق به اضعاف خيارات الدائن وبالتالي يتحقق به الظلم الامر الذي يخالف القانون الا انه يجب القول بان هناك نوع من الغموض في النصوص القانونية التي عالجت الموضوع وهو سبب حدوث هذه الاشكالية.

ثانيا / التوصيات

1- نقترح تعديل المادة 177 وجعلها كالاتي (1 – في العقود الملزمة للجانبين التي يكون محل الالتزام فيها القيام بعمل اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد 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.
2- وللمحكمة ان يطلب الزام المدين بدفع التعويض فقط اذا توافرت شروطه .
3- اذا امتنع المستأجر في عقد الايجار عن ايفاء الاجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الاجارة، وفي ايجار العمل ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجر المستحق الوفاء كان للاجير طلب فسخ العقد، وفي عقد البيع يجوز للبائع او للمشتري ان يطلب الفسخ اذا لم يؤد العاقد الآخر ما وجب عليه بالعقد، كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد).
4- نقترح تعديل المادة 180 من القانون المدني العراقي وجعلها كالاتي:(اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الاعيان المالية في العقود الملزمة للجانبين التي يكون محل الالتزام فيها تسليم الشيء او انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد، وان كان قد سلم يسترد فإذا استحال رده يحكم بالضمان).
5- يحث البحث محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز اقليم كوردستان على انشاء مباديء قانونية جديدة اخذا بنظر الاعتبار النتائج التي توصل اليها هذا البحث بغية حل هذه المشكلة .

قائمة المصادر:

1- ابراهيم الدسوقي ابوليل , تعويض الضرر في المسؤولية المدنية , كلية الحقوق , جامعة الكويت .
2- اكرم ياملكي , القانون التجاري , دراسة مقارنة , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان / الاردن ,
3- الياس ناصف , موسوعة الوسيط في القانون التجارة , دراسة مقارنة , ج 8, العقود التجارية , المؤسسة الحديثة للكتاب , طرابلس , لبنان 2008 .
4- جعفر الفضلي , الوجيز في العقود المدنية , دار العاتك لصناعة الكتاب , عمان , الاردن
5- حسن على الذنون , احكام الالتزام , دار العاتك لصناعة الكتاب , القاهرة , مصر , ط2, 2007, ,
6- حسن على ذنون , النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي و القانون المدني , مطبعة نهضة بمصر , 2010.
7- تقي الدين احمد بن التيمية الحراني , الفتاوي الكبرى , اخرجه عامر الجزار و انور الباز , دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع , المنصورة , مصر.
8- زهير عباس كريم, مبادئ قانون التجاري , مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان / الاردن , 1995
9- صبري حمد خاطر , فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤلية العقدية , دار الكتب القانونية , القاهرة , مصر , 2010
10- عبد الحي الحجازي , المدخل للعلوم القانونية ج2 (الحق) , الكويت -, 1970,

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.3

11- عبد الحي الحجازي , النظرية العامة للالتزام , ج1, 1962, ,
12- عبد المنعم البدراوي , النظرية العامة للالتزامات , ج1, مصادر الالتزام , دار النهضة العربية , بيروت , لبنان
13- عبدالرزاق احمد السنهوري , الوسيط , مصادر الالتزام , ج1 , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , 2000
14- البدراوي، عقد البيع في قانون المدني، ط1، دار الكتاب العربي، مصر، 1957.
15- عبدالمنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانوني (اللبناني و المصري) ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة طبع1946
16 - عزيز عكيلي , الوسيط في شرح قانون التجاري , ج 1 , الاعمال التجارية , التاجر, المتجر , العقود التجارية , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان / الاردن, ط1 2008
17- محمود عبد الرحمن عبد المنعم , معجم مصطلحات والالفاظ الفقهية , دار الفضيلة , القاهرة , مصر .
18- مصطفي ابراهيم الزلمي , المنطق القانوني في التصورات , دون ذكر دار النشر, وسنة طبع , بغداد .
19- د. مصطفى ابراهيم الزلمي , نظرية الالتزام برد غير المستحق , ط1 , شركة الخنساء للطباعة والنشر المحدودة , بغداد , بدون ذكر سنة طبع ,
20- محمد سعد اليمني , الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة) رسالة دكتوراة , السعودية , جامعة ملك السعود.
21- مصطفى محمد جمال و حمدي عبد الرحمن , مدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) مكتبة مسيرة الحضارة , بلا سنة طبع.
22 - نوري حمد خاطر , الأثر الرجعي للتصرف القانوني , رسالة ماجستير, تقدم بها الى جامعة بغداد (غير منشورة).

23- لفته هامل عجيلي, **المختار من قضاء محكم التمييز الاتحادية , القسم المدني , ج2, مطبعة الكتاب بغداد , 2017.**

المصادر الانكليزية:

1- Green, André. (1972). Note sur les processes tertiaries. Revue frank case de Psychanalyses,