الخلاصة:

مما لاشك فيه ان اثر فسخ العقد يعد من اهم الموضوعات التي اثارت نقاشا حادا وخلافا محتدما بين الفقهاء بالقانون المدني، على الرغم من أن النصوص القانونية حاولت التخفيف من حدته والتضييق من اتساع نطاقه، فإذا كان المبدأ العام الذي يحكم آثار الفسخ في ضوء أحكام القانون وارادة المتعاقدين من حيث أن النصوص القانونية تجعل للفسخ اثرا رجعيا يرتد الى الزمن الماضي لوقوعه، ومن حيث أن الاثر الرجعي للفسخ يجد اساسه في ارادة المتعاقدين الضمنية، إلا أن هذا المبدأ لم يقف أحياناً عائقاً أمام إمكانية الحد من الاثر الرجعي للفسخ. فقد يكون للإرادة التعاقدية دور في اسناد آثر الفسخ الى تاريخ وقوعه وليس الى وقت التعاقد، وإذا كان القانون قد عد أن هذه الآثار ترتد الى وقت التعاقد، فأنه أحياناً اخرى يحد من هذه الاثار، وذلك لإعتبارات مردها طبيعة العقد او العدالة وحماية حركة التعامل وكفالة الاستقرار الاقتصادي للمعاملات. وفي سبيل توضيح ذلك تم بحث هذا الموضوع في مبحثين تناول الاول منهما التأصيل النظري للحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد. واهتم الثاني ببيان اسباب الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد.

Abstract:

Certainly, the impact of rescission of contract is one of the most important issues that has raised fierce debate and heated disagreement between scholars of civil law, although the legal provisions are tended to mitigate it. Principally, the impact of rescission of contract is retroactive, this justified in light of legal rules and parties implied consent. This principle sometimes, however, does not prevent the possibility of reducing the reactionary of rescission; rather, the consent of the parties may determine the impact of rescission on its occurrence.

If the law has been made these effects related to a moment of contracting, it is sometimes otherwise provided, according to some considerations concerning the nature of contract, justice, and the protection of transactions to ensure its economic stability. We will divide our study into two sections: first deals with the theoretical basis to limit the retroactive of rescission of contract, and the second shows the reasons for this reduction.

المقدمة

إن مقدمة موضوع البحث تتطلب منا أن نستعرض محاورها، وذلك من خلال تقسيمها إلى الفقرات التالية:

اولا: جوهر فكرة البحث:

مما لاشك فيه ان اثر فسخ العقد يعد من اهم الموضوعات التي اثارت نقاشا حادا وخلافا محتدما بين الفقهاء بالقانون المدني على الرغم من أن النصوص القانونية حاولت التخفيف من حدته والتضييق من اتساع نطاقه، هذه الاثار التي تتمثل في توقف العقد عن انتاج اثاره القانونية، وما يتطلبه من اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، الذي يتحقق من خلال إلزام كل متعاقد بأن يرد الى الاخر ما حصل عليه من اداءات، بحيث يصبح العقد بكافة حقوقه والتزاماته وكأنه غير موجود اصلا، وهذا ما يعبر عنه بـ(قاعدة الاثر الرجعي للفسخ).

وإذا كان هذا المبدأ العام الذي يحكم آثار الفسخ في ضوء أحكام القانون وارادة المتعاقدين من حيث أن النصوص القانونية تجعل للفسخ اثرا رجعيا يرتد الى الزمن الماضي لوقوعه، ومن حيث أن الاثر الرجعي للفسخ يجد اساسه في ارادة المتعاقدين الضمنية، إلا أن هذا المبدأ لم يقف أحياناً عائقاً أمام إمكانية منع الاثر الرجعي للفسخ. فقد يكون للإرادة التعاقدية دور في اسناد آثر الفسخ الى تاريخ وقوعه وليس الى وقت التعاقد، وإذا كان القانون قد عد أن هذه الآثار ترتد الى وقت التعاقد، فأنه أحياناً اخرى يحد من هذه الاثار، وذلك لإعتبارات مردها طبيعة العقد او العدالة وحماية حركة التعامل وكفالة الاستقرار الاقتصادي للمعاملات.

فلا ينكر ان هنالك العديد من الحالات التي يتقيد فيها الاثر الرجعي للفسخ، بحيث لا يرتد أثره الى الماضي ويقتصر على الزمن اللاحق لوقوعه. وقد وردت هذه الحالات متناثرة في بطون القوانين المدنية لا يجمعها سبب واحد، حيث ان لكل حالة منها سببا يعد الدافع الذي يحول من دون ان يترتب على الفسخ أثره الطبيعي المتمثل بإعادة المتعاقدين الى وضعهما السابق لأبرام العقد. ولكن على الرغم من هذا العرض التشريعي المتناثر لهذه الحالات، الا اننا وجدنا انها حالات تنضوي تحت فكرة واحدة تتمثل بالحد من الاثر الرجعي للفسخ التي جعلناها عنوانا لبحثنا الذي سنتناول فيه هذه الحالات وذلك من اجل الوصول الى امكانية وضع نظرية تجمع بين ثناياها هذا الموضوع الذي آثرنا بحثه تحت عنوان **(الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد).**

ثانيا: اهمية البحث:

يمكن إجمال أهمية موضوع البحث والأهداف التي نبغي الوصول إليها، من خلال النقاط التالية:

١- لم يحظَ موضوع الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد، بدراسة تفصيلية تسلط الضوء عليه وتحيط بجوانبه المختلفة، فهو لم يلق العناية الخاصة به في كتابات الفقه بالقانون المدني، فكل ما وجدناه هو عبارة عن استثناءات يدرجها الفقهاء عند بحثهم لقاعدة الاثر الرجعي للفسخ.

٢- عدم وجود نص يتضمن قاعدة عامة تتسع لكل الحالات التي بموجبها يتقيد أثر الفسخ ولا ينسحب على الماضي، بل كانت تلك الحالات متناثرة في نصوص تشريعية عديدة، لذا كان هدفنا جمع هذه الحالات للخروج منها بنظرية عامة تكون الهدف الرئيس من البحث.

٣- كما تبرز اهمية هذه الدراسة فيما يترتب على منع الاثر الرجعي للفسخ، من احكام تتمثل باحتفاظ كل متعاقد بالحقوق التي رتبها العقد، وعدم إلزامه برد المعقود عليه او المنافع الناشئة من قبضه للمعقود عليه، فضلا عما يوفره تقييد أثر الفسخ من حماية للغير الذي اطمئن وتعاقد مع المتصرف بضمان الوضع الذي يمثله العقد قبل فسخه.

ثالثا: نطاق البحث ومنهجيته:

لقد جاءت دراستنا لموضوع هذا البحث على أساس المقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وكذلك القانون المدني الفرنسي، وحتى يستكمل البحث نطاقه عزمنا الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي، بقدر ما يتعلق بموضوع البحث؛ لما يتمتع به هذا الفقه من أصالة في بحث جزئيات وتفاصيل في غاية الأهمية، فضلاً على ما يتمتع به من أسبقية عن الفقه المدني. كما تم الوقوف على توجهات القضاء في مواضع متعددة، فعرضنا إلى موقف القضاء الفرنسي والمصري في كل جزئية من جزئيات البحث وبعض توجهات القضاء العراقي. وان كان نصيب الأخير بالاعتماد على قراراته الأقل من بين أقرانه وذلك لقلتها.

رابعا: خطة البحث:

وسنعتمد في بحثنا هذا التقسيم الثنائي لمحتوياته، فنقسمه على مبحثين، يتعلق الأول بالتأصيل النظري للحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد ونقسمه على مطلبين، يشمل الأول على موقف الفقه الاسلامي. ونبين في الثاني منه موقف القانون المدني. أما المبحث الثاني فسيخصص لأسباب الحد من الاثر الرجعي

لفسخ العقد وسيتوزع على مطلبين، يتضمن الأول الاسباب الارادية، ويتناول الثاني من هذا المبحث الاسباب العملية. وفي النهاية سنعرض لأهم نتائج البحث وتوصياته. فان كتب لهذا العمل النجاح فذلك فضل من الله، وأن كتب له القصور فذلك شأن أي عمل إنساني ينتابه النقص.

المبحث الاول

التأصيل النظري للحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد

لقد حظيت قاعدة الاثر الرجعي لفسخ العقد باهتمام الفقه الاسلامي والمدني على السواء، وذلك بالنظر الى اهمية هذا الاثر المتمثل بإعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وإلزام كل واحد منهما برد ما حصل عليه من اداءات ومنافع وثمار، بحيث يصبح العقد وكأنه لم يكن موجودا اطلاقا.

ومع ذلك فان هذه القاعدة لم تكن محل اتفاق لدى الفقهاء المسلمون وكذلك الفقهاء بالقانون المدني، فالخلاف مازال قائما عندهم فيما يتعلق بمعارضة هذه القاعدة مطلقا من ناحية، او الحد من نطاقها وعدم سريانها على بعض الحالات او على جميع العقود من ناحية اخرى. فالبعض من الفقه متبوعا بأحكام القضاء يعطي لقاعدة الاثر الرجعي الاطلاق التام، والبعض الاخر يدعو الى الغاءها واحلال فكرة الاثر الفوري محلها، وبين هذين الاتجاهين نجد من قال بها، ولكنه في الوقت ذاته يدعو الى الحد من نطاقها، من خلال تقييد سريانها في مواطن معينة.

ويتطلب توضيح هذه الفكرة الولوج في كتب الفقه الاسلامي والتعرف على آرائهم التي عبرت عن مدى اصالة هذا الفقه والاثار التي تركها في حقول القانون، فضلا عن ذلك فلابد من تحديد هذه الفكرة لدى الفقه بالقانون المدني، وبيان ما اشارت اليه النصوص التشريعية بشأنها وما انتهت اليه الاحكام القضائية فيما يتعلق بها.

ومن اجل بيان ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الاول لموقف الفقه الاسلامي، ونبين في الثاني موقف القانون المدني.

المطلب الاول

موقف الفقه الاسلامي

لقد حظيت فكرة الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد باهتمام جانب كبير من الفقهاء المسلمين الذين حاولوا الدفاع عنها وعن الاسباب التي دعت الى الاخذ بها، وهذا التصور يبدو لنا من خلال تعبيرات بعضهم عند تحديدهم

لمعنى فسخ العقد، مع ملاحظة ان الفقهاء المسلمون استعملوا من اجل الدلالة على رجعية الفسخ او عدم رجعيته اصطلاحات تختلف عن تلك الشائعة في الاصطلاح القانوني، ففي لغة القانون يسمى انسحاب الاحكام على الماضي اثرا رجعيا، فيقال هذا القانون له أثر رجعي وذلك ليس له أثر رجعي، او ان اجازة المالك الحقيقي في بيع ملك الغير او العقد الموقوف لها أثر رجعي. اما الفقه الاسلامي الغني بلغته واصطلاحاته التي تتجلى فيها عبقرية فقهائه، فقد استعملت فيه اصطلاحات تمتاز بالدقة والاكثر دلالة على المقصود، فيطلق على عدم رجعية الاثر او الحكم تعبير (اقتصارا) بمعنى ان الحكم يثبت مقتصرا على الحال لا منسحبا على الماضي، بينما يطلق على رجعية الاثر او الحكم تعبير (استنادا) او (انعطافا) بمعنى ان الحكم يستند الى الماضي[١]، وعبر عنها جانب اخر من الفقهاء المسلمين بمصطلح (النقل) الذي هو من حيث دلالته كالاقتصار، فالنقل المقتضي رفع اليد عما اقتضى مقارنة اثر العقد لحصوله، فاثر العقد وهو الملك لا يتخلف عن العقد على وجه يكون العقد في زمان والاثر (الملك) في زمان اخر[٢].

وتأكيدا على انعدام الاثر الرجعي للفسخ يرى جانب من الفقهاء المسلمين ان معنى فسخ العقد ان تقتصر اثاره على المستقبل فلا يترتب على العقد المفسوخ اية اثار في الزمن اللاحق لحدوث الفسخ، ومن دون ان يفقد العقد بعد فسخه كل اثاره الموجودة في الماضي، فما مضى بين المتعاقدين يبقى من دون ان ينسحب اليه أثر الفسخ[٣]. وفي ذلك يقول النجدي في هداية الطالب بأنه "لا يكون فسخ العقد الا انحلاله من زمانه لا من زمان العقد، فان الفسخ نظير الاجازة والرد لا يتعلق الا بمضمون العقد وهو النقل من حينه، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذا في العقد على وجه القيد به لكان رده وحله موجبا للحكم بعدم الاثار من حين العقد، والسر في جميع ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل الا طرفا، فجميع ما يتعلق بالعقد من الامضاء والرد والفسخ انما يتعلق بنفس المضمون دون المقيد بذلك الزمان"[٤].

وبالمثل لذلك يدعو جانب من الفقهاء المسلمين الى أن أثر الفسخ باعتبار العقد كأن لم يكن يجب حمله على أنه يجعل العقد كأن لم يكن بالنسبة الى المستقبل دون الماضي، وحجته في ذلك انه لو اعتبر العقد بالفسخ معدوما في الماضي لوجب ان يعتبر فسخه ايضا معدوما، اذ لا يتصور الفسخ الا لعقد موجود، فاعتبار عدم العقد في الماضي يستلزم عدم الفسخ الذي لحقه فيعود العقد، فيكون هنالك دور باطل في الدعوى وتناقض من هذا الوجه ولذلك يقال

بجعل العقد كأن لم يكن في المستقبل دون ما مضى[٥]، ومن النتائج التي رتبوها على ذلك هو ان المتولدات الحادثة بعد القبض تبقى للمشتري في رد المشتري للمبيع بسبب العيب القديم تفريعا على أن الفسخ رفع للعقد من حينه لا من اصله[٦].

وفي هذا المعنى جاء في كتاب الفروق للقرافي في الفرق السادس والخمسون بأنه " ما معنى قول العلماء الرد بالعيب رفع للعقد من أصله، او من حينه؟ قولان اما من حينه فمسلم معقول، واما من أصله فغير معقول بسبب ان العقد واقع في نفسه، وهو من جملة ما تضمنه الزمان الماضي، والقاعدة العقلية ان رفع الواقع محال واخراج ما تضمنه الزمان الماضي محال"[٧]. وفي المعنى ذاته يذكر الزيلعي في كتابه تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق بأنه "إذا وهب الرجل دار لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها، لم يكن للواهب ان يأخذها بالشفعة لأن حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى"[٨]. وبالمثل لذلك جاء في كتاب القواعد للحصني عند تعرضه لقاعدة (رفع العقود المفسوخة هل هو من أصلها او من حين الفسخ)، فيقول "فيه مسائل منها إذا فسخ البيع بخيار المجلس او خيار الشرط فهل هو من أصله ام من حينه؟ وجهان صحح النووي انه من حينه في شرح المهذب، ومنها فسخ البيع بالعيب او بالتصرية ونحوها. فيه ثلاثة اوجه اصحها من حينه والثاني من أصله والثالث إذا كان قبل القبض فمن أصله والا فمن حينه. ومنها إذا فسخ العقد بالتحالف عند الاختلاف، وفيه وجهان اصحهما من حينه"[٩].

ولا يقتصر الامر من اجل الوصول الى فكرة الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد لدى الفقهاء المسلمون صراحة من خلال عرض لأقوالهم في هذا الشأن، بل يمكن الوصول الى ذلك دلالة أي يمكننا ان نلمسه من خلال الاحكام التي بنوها في باب خيار العيب، ومن مصاديق ذلك ما ورد في البيان للشافعي، فقد جاء بأنه "فان اشترى شيئا من رجل وقبضه ثم باعه من اخر ثم علم المشتري الاول به عيبا كان موجودا في يد البائع الاول قال الشيخ ابو حامد: فعلى قول ابي العباس: للمشتري الاول ان يرجع على البائع الاول بالأرش؛ لأنه غير متمكن من الرد في الحال فهو كما لو تلف"[١٠]. فهذا القول يدل على منع الاثر الرجعي للفسخ وذلك لاستحالة رد المبيع لتعلق حق الغير به وهو المشتري الجديد.

وهذا التصور انتهى إليه جانب من الفقهاء المسلمين المحدثين، فعندهم ان الفسخ يؤدي الى رفع العقد من حينه ولا يكون له أثر رجعي على الماضي

وتبعا لذلك فان ما يغله المبيع من الغلال المردودة بعيب تكون للمشتري من وقت عقد البيع وقبض المشتري لها[١١].وينقل جانب منهم عن الحنفية قولهم إذا فسخ العقد بخيار العيب، فان هذا الفسخ لا يعد رفعا للعقد من حين صدوره بل يعتبر رفعا له فيما يستجد ويستقبل من الاثار، اما اثاره في الماضي فنافذة، اذ ان الواقع لا يمكن رفعه[١٢].

ويبدو من خلال ما تم عرضه من اراء للفقهاء المسلمين ان فسخ العقد لدى جانبا منهم ليس له أثر رجعي، ويقتصر أثره على المستقبل فقط، وهذا الحكم يتحقق بغض النظر عن طبيعة العقد او المعقود عليه فكيف كان وفي جميع الاحوال لايستند او ينعطف أثر العقد على الماضي، ومن اجل التسليم بهذا التصور، حاول جانب منهم اللجوء الى الافتراض مستندا في ذلك على التقديرات التي هي من قواعد الشرع وذلك من خلال اعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود، فالعقد المفسوخ وان كان واقعا لكن يقدره الشارع معدوما أي يعطيه حكم عقد يوجد لا انه يرفع بعد وجوده[١٣].

وحتى في ظل اراء الفقهاء المسلمون الذين يقولون بالأثر الرجعي للفسخ نجدهم في موضع اخر من مؤلفاتهم الفقهية يتبنون فكرة الحد من الاثر الرجعي للفسخ، وتبعا لذلك فهم يقسمون العقود من حيث الاقتصار والاستناد او الانعطاف على مجموعتين، الاولى، يكون فسخ العقد فيها مستندا أي انه ذو اثر رجعي منسحب على الماضي، وعندها يجب التراجع فيما نفذ من اثار العقد، وهي مجموعة العقود الفورية، ففسخ عقد البيع عندهم بعد تنفيذه يوجب التراد في المبيع والثمن، والثانية، يكون الفسخ فيها مقتصرا فليس له انعطاف او اثر رجعي بل ان حكمه يسري على المستقبل فقط من تاريخ وقوع الفسخ، وهذه هي مجموعة العقود المستمرة أي الزمنية او عقود المدة، فالفسخ فيها يقطع تأثير هذه العقود بالنسبة الى المستقبل اما ما مضى فيكون على حكم العقد[١٤].

وهذا التصور من الفقهاء المسلمين نلمسه من خلال تطلعنا على العديد من العقود التي تناولوا دراستها في كتبهم الفقهية ولاسيما عند عرضهم لباب انحلالها او فسخها، ففي عقد الاجارة، يقول الشربيني في مغني المحتاج بأنه "والاصح انها تنفسخ في المستقبل لفوات المنفعة بخلاف المبيع المقبوض لأن الاستيلاء في البيع حصل على جملة المبيع والاستيلاء على المنافع المعقود عليها لايحصل الا شيئا فشيئا"[١٥]، وفي المعنى ذاته يذكر الشيرازي في المذهب بأنه "ان المسألة على قولين والراجح ان الاجارة لا تنفسخ في الماضي

في الاظهر"[١٦]، والحكم لا يختلف عندهم بالنسبة الى سائر العقود الزمنية الاخرى كالمساقاة والمزارعة، كما سنرى.

ولو اقتربنا أكثر من دائرة ما ذكره الفقهاء المسلمون من اقوال في كتبهم، يبدو لنا انهم يفرقون عند الفسخ بين محل العقد (المعقود عليه) وبين الاثار التي تعلقت بهذا المحل، ففي الوقت الذي لايوجد فيه خلاف بينهم من حيث انعطاف او استناد حكم الفسخ على الماضي فيما يخص المعقود عليه، إذ انهم متفقين على ان الفسخ ينحصر أثره على محل العقد (المعقود عليه)، بل ان بعضهم نص على ان الفسخ لا يسري الا على عين المعقود عليه[١٧]، حصل الخلاف بينهم بشأن اقتصار الفسخ او انعطافه الى الماضي ليشمل بذلك ما ولده محل العقد من اثار، فهذا مبنى الخلاف بينهم.

وفي ضوء ذلك فما تقدم عرضه من اختلاف بينهم يجب حمله على ما انتجه محل العقد من اثار، كثمار المبيع او غلته، اما محل العقد فلا يوجد خلاف بين الفقهاء المسلمون حول رجعية اثر الفسخ بشأنه، وتوضيح ذلك انه على القول بان الفسخ هو رفع للعقد من اصله، فان ذلك يعني ان الفسخ ينعطف ويستند الى الماضي فيظهر حكمه في محل العقد (المعقود عليه)، وفي الاثار التي تعلقت بذلك المحل، بحيث يرتفع حكم العقد عن المحل والاثار على السواء، اما على القول بان الفسخ رفع للعقد من حينه، فان ذلك يعني ان الفسخ كذلك يكون مستندا الى الماضي ولكن استناده او انعطافه يقتصر ليشمل محل العقد فقط من دون الاثار التي تعلقت بهذا المحل، بحيث يرتفع حكم العقد عن المحل من دون الاثار، فهذا القدر المشترك بين الفقهاء في حكم الفسخ هو في حقيقته ماهية الفسخ التي لا يتصور وجوده من دونها، وهذا التصور الذي عرضناه تبناه قبلنا ممن اهتموا بدراسات للفقه الاسلامي[١٨].

ولايقدح فيما تقدم ذكره ما قرروه في كتبهم بأن الفسخ يجعل العقد كان لم يكن في المستقبل لا فيما مضى، اذ ان تعبير فيما مضى يجب قصره على الاثار التي تعلقت بالمحل (المعقود عليه) وليس بالمحل ذاته، لان القول بغير ذلك يلزم نفي الفسخ من حيث الاصل، وتأكيدا على ذلك نجدهم يقررون "ان المشتري اذا قبض المبيع ونتج عن هذا المبيع ثمرة او غيرها من المتولدات المنفصلة التي تولدت من المبيع ذاته، ثم اراد المشتري رد المبيع بعيب قديم منع الفسخ وما يترتب عليه من اثر رجعي لما يؤدي اليه من الربا، ووجه الربا في ذلك ان الفسخ لا يرد الا على عين المعقود عليه وهو في هذه الحالة الاصول (المبيع ذاته)، فاذا رده المشتري وعاد اليه جميع الثمن كانت هذه المتولدات الحادثة

عنده ملكا له دون عوض وهو ربا لا يصح: لان عقد البيع معاوضة ومبنى المعاوضات على المساواة، وكذلك لو ردها مع اصولها فان تصبح للبائع ربح مالم يضمن وهو منهي عنه ايضا لذا امتنع الفسخ"[١٩].

ويبدو لنا من خلال ما تم عرضه ان فكرة الحد من الاثر الرجعي للفسخ لم تغب عن الفقه الاسلامي، بل ان هذا الفقه الغني باصطلاحاته عرف هذه الفكرة بأسلوب ينم عن اصالته وبمعنى يدل على المعنى ذاته الذي اراده فقهاء القانون المدني، فعنده -الفقه الاسلامي- ان عدم رجعية العقد يعبر عنها باصطلاح الاقتصار أي ان حكم العقد عند فسخه يثبت مقتصرا على الحال والزمان اللاحق ومعنى ذلك ان الفقهاء المسلمون قد بلغوا عند صياغتهم لهذه الفكرة ما لم يستطع بلوغه فقهاء القانون المدني، فعبارات الفقهاء المسلمون صيغت بأسلوب مختصر ولكن كان لها اثر كبير في فهم واستيعاب فكرة الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد.

المطلب الثاني
موقف القانون المدني

مما لاشك فيه ان القاعدة العامة في القانون المدني هي رجعية العقد عند فسخه، فالذي يتطلع الى ما كتبه الفقهاء وما انتهت اليه النصوص التشريعية وما درجت عليه احكام القضاء يجد انها اقرت بأن لفسخ العقد اثرا رجعيا يتمثل بإعادة الحال الى ما كان عليه وقت التعاقد.

ولكن مع اعتبار قاعدة الاثر الرجعي للفسخ من القواعد التي سلم بها الفقه والتشريع والقضاء، الا انها مع ذلك لم تأخذ حيز التطبيق المطلق، فهي لم تسلم من النقد والتجريح ومحاولة النيل منها وعدم تطبيقها في جميع الاحوال، بل يجب تطويق نطاقها في اضيق الحدود كلما كان ذلك ممكنا[٢٠]. فعلى الرغم مما انتهى اليه البعض من قول بان الاثر الرجعي يعد احد الخصائص المميزة لنظام الفسخ ومن دونه لا يمكن للفسخ كنظام جزاء ان يحقق غايته، وتبعا لذلك فمن غير المنطقي ان يجرد نظام الفسخ من احد خصائصه الاساسية لمجرد الادعاء بصعوبة تطبيقه في بعض الحالات[٢١]، وعند هذا الاتجاه اذا تعذرت مسألة اعادة الحال الى ما كان عليه وقت التعاقد بصورة عينية، فان هذه الصعوبة بالإمكان التغلب عليها من خلال اللجوء لإعادة الحال عن طريق التعويض، وهو بذلك يدعو الى تطبيق الاثر الرجعي للفسخ على جميع العقود فورية كانت ام زمنية، طالما صعوبة اعادة الحال الى ما كان عليه وقت التعاقد تتم ازالتها عبر التنفيذ بطريق التعويض، فالمستأجر امام استحالة رد ما بذمته

من منافع في عقد الايجار بصورة عينية، فانه يكون ملزما بتعويض المؤجر عن هذه المنفعة تعويضا نقدياً[٢٢]، ويبدو ان هذا التصور الذي يصف لنا الاثر الرجعي بانه خصيصة مميزة لنظام الفسخ هو الذي دفع بأحد الفقهاء في القانون المدني امام صعوبة تطبيق هذا الاثر الى القول بأن العقود المستمرة يجب الا تخضع لنظام الفسخ؛ مبررا ذلك بقوله ان "الاصرار على تطبيق الفسخ على هذه العقود مع محاولة تبرير انعدام اثره الرجعي هي محاولة مصطنعة"[٢٣].

واذا كان الرأي السائد في فقه القانون المدني هو الاعتراف بقاعدة رجعية العقد عند فسخه، بيد ان هنالك من يناهض هذه القاعدة ويقدح فيها، وعنده انها تبسط ظلا كثيفا على النظم القانونية وتهدر كثير من الحقوق وتهدد استقرار المعاملات، كما انها ليست ضرورية لتفسير بعض النتائج، فالنتائج التي ترتبت عليها بسبب زوال العقد يمكن تفسيرها دون حاجة الاستعانة بها، فاعتبار العقد كأن لم يكن بسبب الفسخ مرده القاعدة التي تقضي بأن الانسان لا يستطيع ان ينقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك، فالشخص لا يكون بمقدوره ان ينقل لغيره الحق الا بالوصف الذي يملكه به[٢٤].

وبالمثل لما تقدم يتجه جانب من الفقهاء بالقانون المدني الى المطالبة بإلغاء الاثر الرجعي للفسخ، واحلال محله الاثر الفوري، ويدعو تبعا لذلك الى قلب القاعدة التي تقضي بأن الاصل ان يكون للفسخ اثرا رجعيا والاستثناء الا يكون له أثر رجعي الى قاعدة جديدة تأتي على العكس منها مفادها الاصل الا يكون للفسخ اثر رجعي والاستثناء ان يكون له اثر رجعي[٢٥]، وهذا التصور الجديد من جانب بعض من الفقه انتصر اليه الدكتور جميل الشرقاوي الذي يؤكد على أن الفسخ بحسب الاصل ليس له اثرا رجعيا، وبهذا المعنى يقول "الفسخ انهاء لعقد ناشئ بتصرفات صحيحة وقائم قانونا حتى وقوع الفسخ الذي يلغيه من وقت وقوعه، ومن مقتضى ذلك ان هذا الالغاء لا يعمل الا بالنسبة للمستقبل دون ان يمس الاثار التي نتجت عن الاعتراف بقيام العقد قبل الفسخ"[٢٦].

ويستند هذا الاتجاه في تصوره المتقدم على مجموعة من المبادئ القانونية وعلى مقتضيات من التطبيق العملي، فاذا كانت الغاية التي يرمي اليها الاثر الرجعي هي تنظيم العلاقة بين اطراف العقد المفسوخ، فالواقع العملي يدلنا على عدم كفايته في تنظيم العلاقة ، فالأثر الرجعي لايثار في اغلب العقود، كالعقود الواردة على عمل او امتناع عن عمل، فلا يمكن القول بالأثر الرجعي فيما لو عهد الى طبيب من اجل اجراء عملية معينة، وباشر فيها ولكنه لم يبذل

عناية الشخص المعتاد، فبماذا يفيد الاثر الرجعي، فلا يكون امام الدائن هو سوى المطالبة بالتعويض[٢٧]، والحكم عينه يحصل في الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل، ولا يختلف الامر عما تقدم ذكره بالنسبة للعقود التي يدخل فيها الزمن كعنصر جوهري واقصد هنا عقود المدة او العقود الزمنية، كما سنرى، لأن هذا النوع من العقود مقصودا فيه الزمن، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه، فالكل حدث زمان ومكان واذا كان بالإمكان اعادة الحدث في المكان ذاته، فانه ليس بالإمكان ان نعيده في الزمان ذاته؛ لأن الزمان اذا مضى فانه لايعود[٢٨].

والى جانب ذلك فلا تصلح تلك الفكرة لتبرير التزام المدين بالرد إذا استحال عليه الرد عينا، وأصبح يدفع تعويض وهذا يدل على عدم كفايتها في تحقيق غايتها المتمثلة، كما مر، بتنظيم العلاقة بين أطراف العقد المفسوخ، وابعد من ذلك فعند البعض لا يمكن قبول فكرة الاثر الرجعي حتى ولو كان الرد العيني أي اعادة العوضين عينا امرا ممكنا؛ لأنه بمقتضى الفسخ تغيرت صفة اليد، اذ ان المشتري يصبح حائزا لحساب البائع ويجب عليه الرد بمجرد اعذاره[٢٩].

وبالمثل لما تقدم ينكر جانب من الفقه المدني العمل بقاعدة الاثر الرجعي اعتمادا على استقرار المعاملات وحسن ادارة الاموال، فعنده ان العمل بهذه القاعدة يؤدي الى عرقلة تداول الاموال وادارتها ادارة حسنة، اذ ان القول بالأثر الرجعي معناه تعذر معرفة أي من المتعاقدين سوف تناط به ادارة هذه الاموال، كما ان هذه القاعدة في الوقت ذاته تحول من دون تداول الاموال وتعد عقبة امام حريتها، فمتى ما تحققت الرجعية سيمنع تداول الاموال[٣٠]، فلا ينكر ان احترام منطق الاثر الرجعي الى حد الاطلاق التام قد يؤدي الى تعطيل الانتفاع بالشيء تماما بحيث لا يكون للمالك الذي زالت عنه الملكية نتيجة الفسخ بقادر على استغلال الشيء[٣١]، ولا المالك الذي الت اليه الملكية بقادر على ذلك ايضا في الفترة قبل رجوع الشيء اليه[٣٢]، وامام هذا التصور فقد استقر رأي فقهاء القانون المدني على الحد من الاثر الرجعي للفسخ وذلك بالنسبة لأعمال الادارة الصادرة من مالك زالت عنه ملكيته بأثر رجعي[٣٣]، واستبقاء اعمال الادارة هو في الواقع في صالح الجميع، وهذا الصالح يقتضي الا تتعطل الاعيان في الفترة التي تكون فيها العين تحت يد من لاحق له فيها، والقول باستبقاء اعمال الادارة يسهل اجراءها، اذ يطمئن الغير الى أن العين لن تنتزع من يده اذا تبين ان حق من تعامل معه يستند الى تصرف مهدد بالزوال.

والى ابعد من ذلك يميل جانب من الفقه الى الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد وذلك اعتمادا على العلاقة بين المتصرف بالمعقود عليه (المشتري) والغير الذي تعامل معه، حيث ينتهي الى القول بأنه من الصعوبة بمكان قبول قاعدة الاثر الرجعي على اطلاقها في تنظيم العلاقة بين هذين الشخصين، فحماية الغير الذي تعامل مع من زالت ملكيته باثر رجعي يجب ان تكون هدفا هي الاخرى كحماية المالك، وهذه الحماية لن تتحقق الا اذا صنفنا عقد المتصرف اليه (المشتري) كسند كامل على الرغم من صدوره من غير مالك وليس سببا صحيحا يمكن للغير ان يتمسك به اعمالا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ان كان الشيء منقولا، او عن طريق التقادم الخمسي ان كان الشيء عقارا[٣٤].

وتأكيدا على عدم امكانية إطلاق الاثر الرجعي لفسخ العقد، يستند أنصار هذا الاتجاه على ان احكامه غير متعلقة بالنظام العام بحيث يجوز استبعاده بمقتضى شرط صريح في العقد او استنادا الى طبيعة العقد نفسه، كما سنرى، فيمكن ترك قاعدة الاثر الرجعي؛ لأنها ليست من سمات نظام الفسخ على عكس البطلان الذي يعد الاثر الرجعي من سماته الاساسية التي لا يرد عليها اية استثناء[٣٥].

وامام ما تقدم فإننا لانتفق مع من يقول انه لايمكن الكلام عن فسخ العقد من دون ذكر اهم خصائصه وهو الاثر الرجعي المتمثل بإعادة الحال الى ما كان عليه وقت التعاقد[٣٦]، وحتى عند من قال بهذا الاتجاه الفقهي نجده في مؤلف اخر ينتقد الاثر الرجعي للفسخ لما لها، بحسب قوله، من تأثير سلبي على حقوق الغير حسن النية وما تتركه من زعزعة في استقرار المعاملات وهو في النهاية يدعو الى الحد منها وعدم قبولها على اطلاقها[٣٧].

ويبدو ان نصوص القانونية جاءت لتؤكد التصور الذي انتصر اليه الفقهاء بالقانون المدني، فالمشرع فيها لم يتردد في تبني فكرة الحد من الاثر الرجعي للفسخ، وذلك بالنسبة الى اعمال الادارة الصادرة من مالك تحت شرط فاسخ، فقد اورد لذلك المشرع المصري المادة (٢/٢٦٩) من تقنينه المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ التي نصت على انه (على أن اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط). وتأكيدا على خروج المشرع المصري على الاثر الرجعي في المقام علقت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري حول هذا النص بقولها (...اما ما يصدر عن الداء من اعمال الادارة فيظل قائما رغم تحقق الشرط ذلك ان هذه الاعمال لا تؤثر في الحقوق التي

استقرت نهائيا من جراء تحقق الشرط ثم من الاهمية بمكان ان يكفل لها ما ينبغي من الاستقرار)[٣٨].

ومع عدم وجود مقابل لهذا النص في القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤، إلا أنه مع ذلك نجد المشرع الفرنسي في موضع اخر من تقنينه المدني ألزم في المادة (١٦٧٣) منه، بعد أن عدلها بمقتضى الأمر التشريعي رقم ٥٩-٧١ بتاريخ ٧/كانون الثاني/ يناير ١٩٥٩، البائع للمبيع بيع وفاء بعد أن يأخذ المبيع بتنفيذ الإيجارات التي أجراها المشتري دون غش (حسن نية)، فقد نصت هذه المادة على أنه (عندما يستعيد البائع عقاره بموجب شرط الاسترداد يسترده خالياً من كل الأعباء والتأمينات العقارية التي أثقله بها المشتري...وعليه أن ينفذ عقود الإيجار التي ابرمها المشتري من دون غش).

اما المشرع العراقي فلم يبعد في تنظيمه لهذه الاحكام عن صياغة المادة (٢/٢٦٩) من مصدره التاريخي وهو القانون المدني المصري، فقد جاء في المادة (٢/٢٨٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بأنه (على ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط)، فهذا النص جاء موافقا للقانون المدني المصري وليس مطابقا له، ونعتقد إن تعبير **"تبقى نافذة"** الواردة في القانون المدني المصري أكثر دقة ودلالة ونميل إليه على حساب تعبير **"تبقى قائمة"** الذي استعمله المشرع العراقي، فقد يكون العمل قائماً أي انه موجود ولكنه غير نافذ في مواجهة المالك الذي عادت إليه الملكية، بينما في تعبير **"تبقى نافذة"** دلالة على أن التصرف قائم ونافذ؛ لأن النفاذ يعني من باب أولى إن التصرف قائم وموجود ويعتبر مرحلة تالية لوجود وقيام التصرف.

وعلى اية حال فعلى الرغم من هذه النصوص جاءت قاصرة على حالة فسخ العقد نتيجة التعليق على شرط فاسخ الا أنه من المتفق عليه لدى الفقه المدني ان هذا الحكم يسري على جميع حالات الفسخ أيا كان سببه، كما لو تم الفسخ لعدم تسديد الثمن او بسبب وجود عيب في المبيع وغيرها من الحالات[٣٩].

ولم تأت الاحكام القضائية بشيء يختلف عما انتهت اليه الآراء الفقهية والبعض من النصوص التشريعية، اذ انها وضعت بعض الاحكام التطبيقية للنصوص القانونية والاتجاهات الفقهية الخاصة بهذا الموضوع، فقد جاء في أحد احكام محكمة النقض الفرنسية قضت فيه بأنه "يتعين الحفاظ على اعمال الادارة التي قام بها الشاري دون اعمال التصرف في حال الغاء البيع"[٤٠].

واكد جانب من القضاء الفرنسي على موقفه المتمثل بتطويق الاثر الرجعي والحد منه، بحيث لا يطال اثار العقد منذ وقت ابرامه واصفا اياه بان الفسخ يضع حدا للرابطة العقدية من التاريخ الذي يتوقف فيه أحد المتعاقدين او كلاهما عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، فقد جاء بقرار لمحكمة النقض الفرنسية قضت فيه بأنه "يفسخ العقد في التاريخ الذي يتوقف فيه المدين عن تنفيذ التزاماته التعاقدية او التاريخ الذي يتوقف فيه الطرفان عن تنفيذ العقد"(٤١).

والى هذا المعنى انتهت بعض من احكام القضاء المصري، ففي قرار لمحكمة النقض المصرية قضت فيه بأنه "ان الفسخ يرد على كافة العقود الملزمة لجانبين سواء اكانت من العقود الفورية ام من العقود الزمنية ويترتب على الحكم به انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن، غير ان الاثر الرجعي للفسخ لا ينسحب على الماضي الا في العقود الفورية اما في غيرها فلا يمكن اعادة ما نفذ منها"(٤٢). وفي حكم اخر لها اكدت على عدم زوال اعمال الادارة ومن مصاديقها عقود الايجار، عند الفسخ بحيث تعود الملكية الى صاحبها وهي مثقلة بعمل الادارة، فقد جاء فيه "المقرر في قضاء محكمة النقض، نفاذ عقد الإيجار الصادر من المؤجر الذي فسخ عقد شرائه أو زال سند ملكيته بأثر رجعي في حق المالك"(٤٣).

المبحث الثاني

اسباب الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد

مما لاشك فيه ان فكرة الحد من الاثر الرجعي تأتي في صورة تيار مضاد وذلك من اجل التغلب على الصعوبات العملية والمبادئ غير المنطقية التي تترتب على الاخذ بالأثر الرجعي للعقد عند فسخه، ومن هذا المنطلق نجد غالبية الفقه يرى ان الاصل هو الاثر الرجعي وان الاستثناء هو عدم الاثر الرجعي، وبحسب تعبير الفقهاء المسلمون ان الاصل هو الانعطاف او الاستناد وان الاستثناء هو الاقتصار، ولا ينكر ان القول بهذا التصور يحتاج الى اسباب تجعله يرسخ في الذهنية القانونية، فالقول خلاف الاصل لا يمكن التسليم به مالم يكن هنالك اسانيد تدعمه وعلل كانت الدافع وراء التمسك به، وهدر الاصل العام الذي جاء به.

وقد وردت هذه الاسباب متناثرة في بطون القوانين المدنية، فلا يوجد في النصوص التشريعية ولا في الاراء الفقهية ما يشير اليها بشكل مستقل، وابعد من ذلك فان الفقهاء بالقانون لا يعرضون اليها كأسباب تحد من قاعدة الاثر الرجعي للفسخ، بل ينظرون اليها بوصفها قيود او موانع ترد على هذه

القاعدة[٤٤]، ونعتقد ان عدها اسبابا يكون اكثر دلالة على المقصود، فاذا كان الاصل في الفسخ هو الاثر الرجعي المتمثل بإعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه وقت التعاقد، فان هذا الاصل يتم التضحية به كلما كان هنالك سببا يدعو الى ذلك، فيقال لا يرتب الفسخ اثره بسبب طبيعة العقد او بسبب ارادة المتعاقدين او نتيجة المساس بحقوق الغير.

وكيف كان فان الاسباب التي يمكن ان تؤدي الى حالة انعدام الاثر الرجعي او الحد منه يمكن ردها الى طائفتين الاولى اسباب ارادية، والثانية اسباب عملية، وتبعا لذلك نخصص لكل طائفة منها مطلبا مستقلا.

المطلب الاول

الاسباب الارادية للحد من الاثر الرجعي

من الثابت ان القواعد القانونية المنظمة لنظرية الفسخ ليست من النظام العام، وهي مادامت كذلك فيكون لإرادة الاطراف مجتمعة او منفردة دور في الخروج عليها، فمن حق احد المتعاقدين او كلاهما ان يعطل تطبيق هذه القاعدة تماما او يحد منها في احوال معينة، والتسليم بالتصور المتقدم مفاده ان الارادة التعاقدية تعد احيانا سببا مانعا من الاخذ بالأثر الرجعي للفسخ، واحيانا اخرى سببا معطلا لترتيب ذلك الاثر، فقد لا يرغب كلا المتعاقدين من العودة اطلاقا الى الحالة التي كانا عليها سابقا وقد لا يرغبان من العودة الى ذلك الحال ضمن نطاق محدد، وهذا يعني ان الاسباب الارادية التي تحد من الاثر الرجعي للفسخ اما ان تكون اسبابا مانعة تماما من الاخذ بالأثر الرجعي، او اسبابا مقيدة للأثر الرجعي.

ومن اجل بيان دور الارادة في الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد سنقسم مطلبنا هذا الى فرعين نبين في الاول الاسباب الارادية المانعة من الأثر الرجعي، وفي الثاني الاسباب الارادية المقيدة للأثر الرجعي

الفرع الاول

الاسباب الارادية المانعة من الأثر الرجعي

ان المقصود بالأسباب الارادية المانعة من الاثر الرجعي، هي تلك الاسباب التي مردها ارادة المتعاقدين والتي تمنع في الوقت ذاته من العودة اطلاقا الى الحالة التي كانا عليها المتعاقدين سابقا، أي انها تعطل تطبيق قاعدة الاثر الرجعي للفسخ تماما.

وهذا السبب الذي يمنع الاثر الرجعي انتهى اليه البعض من الفقهاء المسلمين، وهو ما يتضح من خلال تطبيقاتهم التي وردت متناثرة في كتبهم

الفقهية التي ابرزوا من خلالها دور ارادة المتعاقدين في النزول عن الاثر الرجعي وهذا الامر انتصر اليه حتى من ينكر عدم رجعية العقد عند فسخه فهو بعد ان تبنى الاثر الرجعي، فانه تردد في مواطن اخرى واعترف بفكرة انعدام الاثر الرجعي، وامام هذا التصور ينتهي جانبا منهم الى القول بأنه اذا كان مقتضى الفسخ هو اعادة الحال الى ما كان عليه وقت التعاقد، فان هذا الحكم يتعطل بفعل ارادة المتعاقدين الصريحة او الضمنية[٤٥].

ومن مصاديق ذلك ما ورد عندهم في باب الشرط، اذ يعد بيع أحد المتعاقدين للمعقود عليه في مدة خيار الشرط وكان هذا الخيار له تعذر عليه الفسخ حتى لو تحقق الشرط[٤٦]؛ لأن التصرف بالمعقود عليه يعتبر مانعا من ترتب اثار الفسخ المتمثلة بالرجعية، فالقاعدة من سعى الى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، وتبعا لذلك وضع الفقهاء المسلمون قاعدتهم التي تقضي بأن التصرف ممن يملك الفسخ امضاء للعقد[٤٧].

وإذا كان الرأي السائد في الفقه المدني هو القول بالأثر الرجعي لفسخ العقد الا ان ذلك لا يمكن وصفه بأنه قد قطع الرأي في هذه المسألة، وهذا ما نلمسه من خلال تردد هذا الفقه عند بحثه لمدى قدرة الارادة على استبعاد الاثر الرجعي للفسخ، فنجد منهم من اعطى لإرادة المتعاقدين دورا في ذلك، فعنده ان الاطراف المتعاقدة لها القدرة على اعمال عدم الرجعية، وهذا الاتفاق ممكن قبل حصوص الاخلال بالعقد او بعد حصوله[٤٨]. فلا يوجد ما يمنع او يحظر مثل هذا الاتفاق ما دام المشرع اجاز لهم ذلك من خلال اعتباره القواعد التي تحكم الفسخ ولا سيما المتعلقة بالأثر ليست من النظام العام[٤٩]، وما دامت كذلك فيحق للمتعاقدين الاتفاق على خلافها او الخروج عليها، فضلا عن ذلك فعندهم ان الاثر الرجعي تقرر اساسا لحماية الدائن من خلال اعادة الحال الى وضعه السابق، وهو ما دام كذلك فلا يوجد مانع يمنع الدائن من النزول عن حقه في هذه الحماية[٥٠].

وهذا التصور يجد سنده في الاساس الذي تقوم عليه قاعدة الاثر الرجعي لفسخ العقد، فهذه القاعدة وحسب الرأي الراجح لدى فقهاء القانون المدني تجد اساسها في ارادة المتعاقدين الضمنية، أي ان ارادة المتعاقدين الضمنية اتجهت الى اسناد أثر الفسخ الى وقت التعاقد لا الى وقت وقوع الفسخ[٥١]، فما دام الاثر الرجعي مبني على الارادة الضمنية، فلا يوجد ما يمنع من الاتفاق على استبعاده بمقتضى الارادة الصريحة، فكما هو ثابت ان الارادة الصريحة عند التعارض اقوى من الارادة الضمنية وتبعا لذلك تقدم عليها[٥٢].

وعلى مستوى النصوص التشريعية، فقدرة ارادة المتعاقدين في استبعاد الاثر الرجعي انتهى اليه المشرع في القوانين المدنية، ولاسيما في النصوص المنظمة لأحكام الشرط الفاسخ، فقد جاء في المادة (١/٢٧٠) من القانون المصري المدني على أنه (إذا تحقق الشرط استند أثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، الا إذا تبين من ارادة المتعاقدين...انما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط). وهذا ما رددته المادة (١/٢٩٠) من القانون المدني العراقي وذلك بقولها (إذا تحقق الشرط واقفاً كان او فاسخاً استند أثره الى الوقت الذي تم فيه العقد، الا إذا تبين من ارادة المتعاقدين...ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط).

ويستفاد من هذه النصوص ان المشرع رتب على تحقق الشرط الفاسخ اثرا يستند الى الوقت الذي تم فيه العقد، بيد ان هذا الاصل العام يمكن الخروج عليه وذلك بإرادة المتعاقدين، بحيث يكون زوال اثر العقد اعتبارا من تاريخ تحقق الشرط لا منذ وقت ابرام العقد، وهذا التطبيق التشريعي على الرغم من وروده في النصوص المنظمة لاحكام الشرط الفاسخ، الا انه، كما مر، لا يوجد ما يمنع من سريانه على جميع حالات الفسخ أيا كان سببه، وبذلك فإننا لا نتفق مع من يتجه الى قصر هذه النصوص على حالة الفسخ بسبب تحقق الشرط[٥٣]، بحجة ان طريقة عمل الشرط الفاسخ تختلف عن طريقة عمل الفسخ، فالاستناد الى مثل هذا التصور مردود ولا يمكن القول به، فالحكم واحد وهو انتهاء الرابطة العقدية.

وتبعا لذلك يكون من غير الصحيح التمييز بينهما وخاصة من ناحية قصر النصوص الحاكمة لمجرد ان أحدها وهو الشرط الفاسخ يؤدي الى زوال العقد بصورة حتمية وبدون الحاجة الى حكم قضائي، بينما الاخر لا يترتب عليه زوال العقد الا إذا كان هنالك حكما قضائيا مقررا للفسخ، فما دام الحكم واحد فلا يهم بعد ذلك طريقة عمل كل منهما، فضلا عن ذلك فان المشرع عند تعرضه للنصوص المنظمة للفسخ لم يوضح فيما إذا كانت هذه النصوص امرة ام انها مفسرة او مكملة يمكن الخروج عليها واستبعادها باتفاق الطرفين المتعاقدين[٥٤]. وما دام الامر كذلك فأنه لا يوجد مانع من الخروج على ما جاءت به من احكام ولاسيما الخروج على حكم الاثر الرجعي، وذلك من خلال استبعاده طالما ان غايته هي حماية الاطراف المتعاقدة دون غيرهم.

وجاءت الاحكام القضائية لتؤكد ما انتهينا اليه في أن لإرادة المتعاقدين القدرة على استبعاد الاثر الرجعي للفسخ، فقد جاء في أحد احكام محكمة النقض

الفرنسية قضت فيه بأنه "من حق المتعاقدين ان يتفقا على استبعاد الاثر الرجعي للشرط لأن الامر يرجع في البدء والمنتهى الى ارادتهما"[٥٥].

وهذا التصور رددته محكمة النقض المصرية، فقد اقرت في احد احكامها بحق الاطراف المتعاقدة في النزول عن الفسخ وما يترتب عليه من اثر رجعي، فقد جاء بقرار لها قضت فيه بأنه "ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني من تخويل كل من المتعاقدين في العقود الملزمة لجانبين الحق في المطالبة بفسخ العقد اذا لم يوف المتعاقد الاخر بالتزامه، هو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين ولهذا فان هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون، ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق او الحد من نطاقه الا باتفاق صريح"[٥٦]. ونعتقد ان هذا الحكم إذا كان قد اعطى للأطراف المتعاقدة الحق في استبعاد الفسخ، فانه يكون لهم من باب اولى الحق في استبعاد أحد اثاره، وهو الاثر الرجعي وذلك من خلال اتفاقهم ايضا، مادام الامر مرده الارادة.

الفرع الثاني

الاسباب الارادية المقيدة للأثر الرجعي

يراد بالأسباب الارادية المقيدة للأثر الرجعي للفسخ، هي تلك الاسباب التي مردها ارادة المتعاقدين التي بموجبها يرغبان منع الفسخ من ترتيب اثره عند وقوعه ضمن نطاق محدود، فاذا كان من حق المتعاقدين، كما مر، استبعاد الاثر الرجعي للفسخ بصورة كلية والحكم بزوال حكم العقد من تاريخ وقوع الفسخ وليس من وقت التعاقد، فانه يحق لهما الاتفاق على تقيد الاثر الرجعي للفسخ بحيث يزول حكم العقد ليس من تاريخ وقوع الفسخ ولا من لحظة ابرام العقد بل يزول اثره في وقت لاحق على ابرام العقد وقبل وقوع الفسخ، كما لو اتفقا على زوال اثار العقد اعتبارا من التاريخ الذي يتوقف فيه المدين عن تنفيذ التزاماته او من تاريخ امتناع احد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به، ولا نشك بسلامة هذا التصور فما دمنا قد سلمنا بأن من حق المتعاقدين منع ترتيب الاثر الرجعي من اصله، فيكون من باب اولى منعه من ترتيب الاثر ضمن نطاق محدود، فالقاعدة ان من يملك الكل يملك الجزء.

مع ملاحظة ان تعطيل الاثر الرجعي بإرادة المتعاقدين تعطيلا محدودا يجب الا يفسر على انه تعطيل مقصود فيه الزمان فقط، فإلى جانب اتفاقهم على تقييد الاثر الرجعي من حيث الزمان، بمعنى الحد منه وعدم سحبه الى وقت ابرام العقد وجعل الفسخ يرتب اثاره بتاريخ اخر، يجوز لهما -المتعاقدين- ان

يستبعدا الرجعية بالنسبة الى بعض الاثار او النتائج مع بقاؤها قائمة بالنسبة الى الباقي، فيجوز الاتفاق مثلا على أن الرهون التي يقررها احد المتعاقدين تبقى نافذة في مواجهة المتعاقد الاخر على الرغم من فسخ العقد المبرم بينهما[٥٧].

ولم يكن هذا التصور المتقدم ذكره بعيدا عن الفقه الاسلامي، ومن تطبيقات ذلك عندهم حالة تصرف المشتري في المعقود عليه تصرفا لا يخرجه من ملك المتصرف كالرهن والاجارة، فان هذه التصرفات عندهم تمنع من تطبيق الاثر الرجعي مدة قيامها، فاذا استطاع المشتري ان يخلصها بما تعلق به ورده الى مالكه كأن يفك الرهن او تنتهي مدة الاجارة، فان له ان يفسخ العقد بأثر رجعي[٥٨].

وما تقدم يدل على ان الفقهاء المسلمين يمنعون الفسخ وما يترتب عليه من أثر رجعي خلال مدة محددة من الزمن، وذلك في كل مرة يتسبب بها أحد المتعاقدين بإرادته في اجراء تصرف على المعقود عليه، فتصرف المشتري في هذا الفرض يستفاد منه ضمنا ان المشتري تعذر عليه طلب اعادة الحال الى سابقه مدة قيام التصرف الا ان ذلك لا يمنع اتفاقه مع البائع على رد المبيع اليه وهو مثقل بما رتبه المشتري من رهن او ايجار. ولا يقتصر منع الاثر الرجعي للفسخ لدى الفقهاء المسلمون على زمن معين، فكثيرا ما يقيد الفقهاء المسلمون الاثر الرجعي للفسخ بالنسبة الى بعض اثار العقد دون الاخرى، وهذا ما لمسناه من خلال كتبهم الفقهية عند تعرضهم لرد الزوائد، وخاصة عند بحثهم لحكم الزيادة المنفصلة متولدة كانت ام غير متولدة، فعندهم ان المشتري عند قبضه لهذه الزوائد فانه يتملكها ولا يلزم بان يرد للبائع الا الاصل[٥٩]، فلا يشملها حكم اعادة الحال الى ما كان عليه.

وتعطيل الاثر الرجعي في نطاق محدود نجد له صدى في مؤلفات الفقهاء بالقانون المدني، وهذا ما انتهى اليه جانب منهم وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (كابيتان) من خلال تصوره انه عندما يتوقف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته المتبادلة، فان التزام المتعاقد الاخر الذي يقابله يكون بدون سبب يبرره، ولذلك يكون من حقه ان يطلب الفسخ، وتبعا لذلك فإن ما تم تنفيذه من العقد يجب الابقاء عليه؛ لأن الاداءات المتبادلة بين المتعاقدين كان لها سبب يبررها، وبالتالي يجب ان يقتصر نطاق الفسخ على مالم ينفذ من الاداءات[٦٠].

وإذا كانت الغاية من الاثر الرجعي للفسخ تتمثل بالحيلولة دون اثراء احد المتعاقدين على حساب الاخر، بحيث يمنع الاثر الرجعي للفسخ حصول احد المتعاقدين على منفعة دون ان يقابلها شيء، وفي ضوء ذلك يمكن القول انه لا

يوجد مانع من الاتفاق على قصر الفسخ على زمن لا تتعادل فيها الاداءات، بحيث يبدأ سريان الفسخ من الوقت الذي تكون فيه الاداءات غير متعادلة من حيث قيمتها، ومثل هذا الاتفاق قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، فيحصل صراحة فيما لو اتفق المتعاقدان في عقد البيع على دفعات، على ان يزول اثر العقد اعتبارا من الدفعة الثانية مع بقائه بالنسبة للدفعتين الاولى والثالثة[٦١]. كما يحصل ضمنا فيما لو سكت المتعاقدين عما تم تنفيذه من اداءات متقابلة واقتصر زوال أثر العقد على الدفعات اللاحقة، فهنا ينفسخ العقد من دون القول بوجود امكانية لتطبيق الاثر الرجعي لانتفاء الفائدة منه، وعندها يتعين على القاضي عدم الحكم بالرد المتبادل عما تم تنفيذه ان قضى بالفسخ[٦٢].

ولانشك بسلامة هذا الاتجاه الفقهي، فما دمنا قد سلمنا بأن الاثر الرجعي ما هو الا تفسيرا لإرادة الطرفين المتعاقدين، فإننا في سبيل ذلك لا يمكننا ان نحيد عن هذه الارادة وما تتجه اليه من نتائج، فإرادة المتعاقدين كما يسوغ لها استبعاد الاثر الرجعي من اصله سواء من حيث الزمن والاثار، فتعود بالزمن الى وقت ابرام العقد، اما من حيث الاثار فان ما يرتبه العقد اثر، فإنها تعود الى سابق عهدها، فيكون لها -الارادة- كذلك استبعاد الاثر الرجعي ولكن بصورة محدودة من حيث الزمن او الاثار، فمن حيث الزمن يجوز لهما الاتفاق على سريان اثر الفسخ اعتبارا من الوقت الذي يتوقف فيه احد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته، او من الوقت الذي ترفع في دعوى الفسخ، اما من حيث الاثار فيحصل في الاحوال التي يتفق فيها المتعاقدين على بقاء بعض التصرفات التي اجراها احدهما، كاتفاقهم على بقاء حق الرهن او حق المنفعة الذي يجريه المشتري، اذ ينفسخ عقد البيع باثر رجعي بالنسبة لبعض الاثار ويبقى بالنسبة للبعض الاخر، بحيث تعود العين المبيعة الى البائع وهي مثقلة ببعض التصرفات، وهذا التصور انتصر اليه جانب من الفقهاء بالقانون المدني ومن تطبيقات ذلك عندهم، لو أن البائع والمشتري اتفقا على التقايل من البيع باثر رجعي، والاتفاق على الرجعية هنا جائز، ففي هذه الحالة يعود العقار الى البائع وهو محملا بالرهن الذي اثقله به المشتري[٦٣].

وقد جاءت النصوص القانونية لتؤكد على حق الطرفين المتعاقدين في الحد من الاثر الرجعي، وهذا ما اشارت اليه المادة (١/٢٧٠) من القانون المدني المصري، والمادة (١/٢٩٠) من القانون المدني العراقي، فهذه النصوص بعد ان اعترفت بالأثر الرجعي لتحقق الشرط، الا انها في الوقت ذاته

لم تشأ ان تحيد عن ارادة المتعاقدين في هذا المجال، وتبعا لذلك خولتهما الحق في تقييد الفسخ وعدم سحبه الى الماضي بشكل يرتد الى وقت ابرام العقد.

ولكن ما يؤخذ على موقف المشرع العراقي وكذلك المصري عند صياغته لهذه النصوص تحديده وقتا قاطعا في دلالته على زوال أثر العقد، وهو وقت تحقق الشرط، وفي ضوء ذلك نعتقد ان المشرع لم يكن موفقا وكان الاولى به ترك المسألة بصورة أكثر مرونة مما هي عليه، ولذلك ندعو المشرع العراقي الى اعادة صياغة المادة (١/٢٩٠) من القانون المدني بشكل يتجاوز الجمود الظاهر في صياغتها، بحيث يكون نصها جاريا على النحو الاتي (...الا إذا تبين من ارادة المتعاقدين الصريحة او الضمنية ان تاريخا اخر يراد اعماله)، وبالمثل لما تقدم فان الاثر الرجعي للفسخ يتقيد احياناً بالنسبة لبعض الاثار، وهو تصور فتحت افاقه المادة (١١٦٥) من القانون المدني العراقي بشأن تملك الثمار وذلك بقولها (١- يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته)[٦٤]. فاذا لم يكن حسن النية فانه لا يتملكها، ولكن ذلك لا يمنع من اتفاقه مع البائع على تملكها على الرغم من انه سيء النية، فالمشتري بمقتضى هذا الاتفاق يتملك الثمار رغم التزامه بإعادة المعقود عليه الى البائع، وهذا يعني ان الاثر الرجعي يشمل بعض الاثار دون غيرها، فهو قد لايشمل اعادة الثمار الى البائع[٦٥].

وايدت بعض من الاحكام القضائية التصور المتقدم ذكره والمتمثل في حق المتعاقدين باردتهما تقييد الاثر الرجعي للفسخ، وعدم شموله لكل الاثار او النتائج التي رتبها العقد قبل فسخه، فقد جاء بقرار لمحكمة النقض الفرنسية قضت فيه بأنه "لمحكمة الاستئناف السلطة المطلقة في أن تستخلص من خلال تفسير شروط الاتفاقات ان الالتزام بالرد لا ينطبق الا على الاعانات المالية التي ارسلت في العام الجاري والذي وقع خلاله رفض المزارع دفع الاقساط المقابلة"[٦٦]، وجاء في قرار اخر لها قضت فيه بأنه "ان الغاء العقود التي تنفذ على مراحل، بسبب عدم التنفيذ الجزئي، يتناول مجمل العقد او بعض اجزائه فقط، وذلك تبعا لنية الاطراف"[٦٧].

وعدم الخروج عن ارادة المتعاقدين بشأن الفسخ واثاره، انتهت اليه بعض احكام القضاء العراقي، ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية، قضت بموجبه بفسخ عقد الايجار المبرم بين الطرفين، وذلك اعمالاً للفقرة السابعة من العقد المبرم بين الطرفين المتعاقدين، فقد جاء بقرارها على أنه "من حق المدعي "المستأنف" طلب فسخ العقد استنادا للفقرة (٧) من العقد المبرم بين

الطرفين التي تضمن على أنه اذا اصبح المأجور في حالة من شأنها ان تعرض صحة من يعملون لدى الطرف الثاني لخطر جسيم او فقد المنفعة المقصودة الذي من اجله وقع الطرف الثاني على هذا العقد وموافقته على الشروط المدونة جاز للطرف الثاني ان يطلب فسخ العقد واستعادت اية بدلات دفعها مسبقا مخصوما منها بدلات مدة الاشغال"[٦٨]. فهذا التوجه من محكمة التمييز يقطع بأنها لم تحيد عن ارادة المتعاقدين، في مسألة ايقاع الفسخ وكذلك استعادة الاداءات المتبادلة في نطاق محدود.

المطلب الثاني

الاسباب العملية للحد من الاثر الرجعي

ان المقصود بالأسباب العملية في هذا المقام، هي تلك الاسباب التي ترجع الى امر خارج عن ارادة الاطراف المتعاقدة، بحيث يتعذر الاثر الرجعي للفسخ او يتقيد في بعض الاحيان، بسبب أن تطبيقه امر غير ممكن بصورة عملية، فالأمر هنا يأتي على خلاف ارادة المتعاقدين، فعلى الرغم من انصراف ارادتهم الى تبني الاثر الرجعي، فالأخير، كما مر، ما هو الا تفسير ضمني لإرادة المتعاقدين، غير ان اعادة التعاقد الى سابق عهده تواجهه صعوبات، وهذه الصعوبات مردها تارة طبيعة العقد المفسوخ، إذ ان طبيعته تستعصي اعمال الاثر الرجعي، وهذا ما نجده في العقود التي يدخل فيها الزمن كعنصر جوهري، وتارة اخرى ترجع هذه الصعوبات بسبب تعلق حق للغير على العقد المفسوخ، فمن يكتسب حقا بضمان العقد يعتقد مخلصا انه صادر من المالك هو شخص جدير بالحماية ولو زالت الرابطة العقدية باثر رجعي، وبذلك تكون اعادة الحال الى سابقه امرا متعذرا حماية لمصلحة الغير.

ومن اجل الاحاطة بمصاديق هذا الموضوع نقسم مطلبنا هذا الى فرعين، نبين في الاول منهما لطبيعة العقد المفسوخ، ونعرض في الثاني، للمساس بحقوق الغير.

الفرع الاول

طبيعة العقد المفسوخ

مما لاشك فيه إن مقتضى الفسخ المتمثل بإعادة الحال الى ما كان عليه وقت ابرام العقد، لايمكن التسليم به بشكل مطلق، فلا يكون مقصودا بالنسبة الى بعض العقود، وهذا الامر يصدق بالنسبة الى عقود المدة او العقود الزمنية، فهذه العقود كما هو معروف يكون الزمن فيها عنصرا جوهريا وبموجبه تتحدد الاثار التي يرتبها العقد، فالحقوق والالتزامات تحدد عبر الزمن، كما في عقد

الايجار، اذ ان اثاره تكون محددة بوقت، فالانتفاع بالعين المؤجرة لا يتصور الا ممتدا عبر الزمن والاجرة تحسب على اساس المدة[٦٩]، والامر لا يختلف في عقد التوريد وعقد العمل وعقد الشركة وغيرها من عقود المدة، وبذلك فان هذا النوع من العقود يتعذر استنادا الى طبيعتها الحكم بالأثر الرجعي عند فسخها، فما مضى من اثار العقد حقوقا والتزامات تبقى على حالها ولا يشملها حكم الرد، بحيث يقتصر اثر الفسخ بالنسبة الى المستقبل فقط.

والحد من أثر الفسخ في هذا النوع من العقود بالنسبة الى المستقبل انتهى اليه جانب من الفقهاء المسلمين، فعندهم ان العقد الزمني يكون الفسخ فيه مقتصرا على المستقبل فقط ولا يستند او ينعطف اثره على الماضي، فما مضى يكون على حكم العقد[٧٠]، فهي بمثابة عقود متجمدة مع الزمن فما تم استيفاؤه من منافع قبل الفسخ تبقى ولا تزول[٧١]، ومن تطبيقات ذلك ما ورد في باب عقد المساقاة، فعندهم انه اذا اخل العامل بتنفيذ التزاماته اثناء مدة العقد جاز لصاحب النخل طلب الفسخ من الحاكم، واذا حكم له بذلك فان العقد ينفسخ في الباقي من العمل دون ما مضى[٧٢]، والى هذا المعنى انتهت تصوراتهم بالنسبة لعقد الايجار، فعندهم ان الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى، ويكون للمؤجر من الاجرة بقدر ما استوفي من المنفعة[٧٣]، وفي ذلك يقول الشربيني في مغني المحتاج بأنه "والاصح انها تنفسخ في المستقبل لفوات المنفعة بخلاف المبيع المقبوض؛ لأن الاستيلاء في البيع حصل على جملة المبيع والاستيلاء على المنافع المعقود عليها لا يحصل الا شيئا فشيئا"[٧٤].

وعلى اساس من طبيعة العقود الزمنية يرى جانب من الفقهاء المسلمين المحدثين ان العقود الزمنية إذا مضى من مدتها قسم وبقي قسم، فإنها تقبل الفسخ بالنسبة الى ما بقي من مدتها دون ما مضى، فما مضى يجرى على حكم العقد، اما إذا تم تنفيذها تماما، فانه لا يمكن فسخها لأن التراد فيها غير ممكن ما دام الزمن عنصر فيها، والزمن لا يمكن رده[٧٥].

ولقد اقر فقهاء القانون المدني امتناع الاثر الرجعي للفسخ بالنسبة لهذا النوع من العقود، فهم يرون ان الاثر الرجعي للفسخ في عقود المدة يصطدم بعقبة الزمن الذي يعد من عناصر المحل الذي تنعقد عليه هذه العقود، والزمن متى انقضى فلا سبيل الى رده[٧٦].

ويبدو ان منع الاثر الرجعي للفسخ في عقود المدة يجد سنده في الواقع العملي، اذ يتعذر عمليا امكانية اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد، فلا يتصور ارجاع الزمن الى الوراء بعد ان قطع شوطا في مسيرته[٧٧]، فاذا فسخ

عقد الايجار فان اثر الفسخ يقتصر على المستقبل دون المساس بالآثار التي تمت سابقا، فطالما ان المستأجر يستحيل عليه ان يرد عين الانتفاع الذي استوفاه وجب عليه ان يرده بمقابل، ولاشك ان ادق تقدير لهذا المقابل هو الذي يعول فيه على الاجرة التي سبق ان اتفق عليها الطرفان في عقد الايجار، فتكون النتيجة ان يحتفظ المؤجر بالأجرة عن المدة التي انقضت قبل فسخ العقد باعتبارها تنفيذا بمقابل لالتزام المستأجر برد ما حصل عليه من انتفاع بالعين المؤجرة في هذه المدة، أي ان اثار العقد التي انتجها قبل الفسخ تظل قائمة عمليا[٧٨].

وامام انعدام الاثر الرجعي للفسخ في العقود الزمنية حاول جانب من الفقهاء ابعاد هذه العقود من نظام الفسخ، فعنده ان هذه العقود لا تخضع لنظام الفسخ؛ لأن طبيعتها تأبى ذلك، وهذا ما عبر عنه الدكتور عبدالحي حجازي بقوله "متى ابرم المتعاقدان عقد مدة فعليهما ان يخضعا لقانون الزمن من حيث كونه نهائيا لا يقبل الرجوع فيه اما الفسخ بأثر رجعي فهذا ما تأباه طبيعة هذه العقود، فجزاء عدم التنفيذ في العقود الزمنية هو الاجل المنهي"[٧٩].

ويناهض جانب من الفقه في التصور المتقدم ذكره بحجة ان الجزاء الذي يقول به صاحبه "الاجل المنهي" ليس مفيدا في هذا المقام، فضلاً عن ذلك فان استبعاد العقود الزمنية من نطاق الفسخ يتعارض وعموم نصوص القانون المقررة له فهذا الرأي لا يعبر عن وجهة نظر المشرع[٨٠]. فالمستقر عليه لدى الفقه ان تعبير انهاء العقد يقصد به ذلك الحق الذي يمنحه المشرع للمتعاقد الذي يمارسه بالإرادة المنفردة دون حاجة اللجوء الى القضاء ودون حاجة الى اثبات ان المتعاقد الاخر قد ارتكب ثمة اخلال من جانبه[٨١].

وإذا كان الرأي السائد في الفقه المدني هو انعدام الاثر الرجعي للفسخ والحكم بالأثر الفوري بالنسبة الى العقود الزمنية، الا اننا نجد من يرى عكس ذلك، وعنده ان الاثر الرجعي للفسخ موجودا دائما أيا كانت طبيعة العقد، كل ما هنالك، حسب رأيه، ان اعمال هذا الاثر يكون بالنسبة لبعض العقود من المستحيل تنفيذه تنفيذا عينيا، وهذا حال العقود الزمنية، وعندها يتم اعمال الاثر الرجعي عن طريق التنفيذ بطريق التعويض[٨٢].

ويبدو ان ما انتهى اليه هذا الاتجاه الفقهي لا يمكن التسليم به بأية حال من الاحوال، ونعتقد ان تنفيذ الاثر الرجعي للفسخ يجب ان يأخذ صورة التنفيذ العيني دائما، فمعنى الاثر الرجعي يجب الا يفسر على انه مجرد اعادة المراكز القانونية الى سابق عهدها، بحيث نقف عند حد عدم اغتناء أحد المتعاقدين على

حساب الاخر، فهذا القول يصطدم مع صراحة النصوص القانونية التي نظمت الفسخ واحكامه، فإعادة الحال الى ما كان عليه يقتضي ان يقوم كل متعاقد برد عين ما حصل عليه من اداءات.

وهذا التصور الذي انتهينا اليه اشارت اليه صراحة المادة (١١٨٣) من القانون المدني الفرنسي، التي استلزمت اعادة الاوضاع الى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد، وذلك بقولها (الشرط الملغي هو الشرط الذي عند تحققه يؤدي الى الغاء الالتزام ويعيد الاوضاع الى الحالة التي تكون عليها كما لو ان الالتزام لم يحصل). وهو ما نهجه المشرع المصري في قانونه المدني، اذ عبرت المادة (١٦٠) منه عن رد الاداءات بصورة عينية بنصها على أنه (...الى الحالة التي كانا عليها...). والى المعنى ذاته انتهت المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي بقولها (...وان كان قد سلم يسترد...). فالعبارات التي صيغت بها هذه النصوص تكشف بوضوح على أن اعمال الاثر الرجعي عند فسخ العقد يجب ان يتم بصورة عينية لا بطريق التعويض، فمتى ما تعذر اعادة الحال الى ما كان عليه، تعذر تطبيق الاثر الرجعي، ويصار عندها الى تطبيق الاثر الفوري المتمثل بوضع حد للرابطة العقدية بالنسبة للمستقبل فقط، كما هو الحال في العقود الزمنية.

والابقاء على اثار العقد الزمني وعدم رفعها بأثر رجعي انتهت اليه النصوص التشريعية، ومن تطبيقات ذلك ما نص عليه المشرع العراقي في تقنينه المدني بشأن عقد المزارعة[٨٣]، وعقد التامين[٨٤]. وعقد المساقاة[٨٥].

وهذا التصور في نطاق العقود الزمنية انتهت اليه الاحكام القضائية، فقد جاء بقرار لمحكمة النقض الفرنسية قضت فيه بأنه "لا يسري اثر فسخ العقد ذي الاداء المتتابع الا للمستقبل"[٨٦]، وهو ما رددته محكمة النقض المصرية في العديد من احكامها، فقد جاء بقرار لها قضت فيه بأنه "اذا كان العقد زمنيا كالإيجار وفسخ لم يكن لفسخه اثر رجعي لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصي على هذا الاثر ذلك ان العقد الزمني يقصد الزمن فيه لذاته، فالزمن معقود عليه وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه، ويترتب على ذلك ان المدة التي انقضت من عقد الايجار تبقى محتفظة بآثارها ويبقى عقد الايجار قائما طوال هذه المدة"[٨٧]. وبشأن فسخ عقد التأمين قضت هذه المحكمة في حكم لها بأنه "إذا فسخ او انفسخ عقد التأمين قبل انتهاء مدته فانه لا ينحل الا من وقت الفسخ او الانفساخ ويبقى ما نفذ منه قبل ذلك قائما"[٨٨].

ولم تحيد احكام القضاء العراقي عن التصور المتقدم ذكره، ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية قضت بموجبه بفسخ عقد الايجار من دون ان تذكر في حكمها إلزام الاطراف المتعاقدة بإعادة ما تبادلاه من اداءات[٨٩]، وفي حكم اخر لها قضت فيه بأنه "وحيث ان عقد الايجار من العقود الزمنية لان الزمن فيه معقود عليه، فاذا انقضت مدة الايجار المنصوص عليها انتهى العقد ولم يعد للفسخ مكانا بالنسبة له، اذ ليس له أثر رجعي وليس بالإمكان اعادة الزمن الذي مضى"[٩٠]. وهذا التصور رددته في حكم لها بشأن عقد عمل، حيث قضت فيه بأنه "إذا كان العمل موضوع العقد قد تم انجازه فلا ترد على هذا العقد دعوى الفسخ؛ لأن الفسخ لا يرد على العقود المنتهية"[٩١]. فمنع الفسخ هنا مرده ان حكم الرد متعذر حصوله من الناحية العملية. فليس بالإمكان اعادة الجهد المبذول من قبل العامل.

الفرع الثاني
المساس بحقوق الغير

قد يتصرف شخص في شيء يملكه ثم يُفسخ سند ملكية هذا الشيء، فالسؤال الذي يقدح في الذهن يدور عن مصير الاثار التي رتبها العقد قبل فسخه؟ لاشك في أن زوال سند ملكية المتصرف بسبب الفسخ يتم اعمالا للقواعد العامة باثر رجعي، ولو تمشينا مع منطق الاثر الرجعي، فإن كافة التصرفات التي اجراها المتصرف قبل زوال سند ملكيته وكإنها صدرت ممن لا يملكها، فلا تنفذ اثارها في حق من عادت اليه الملكية ويتم هذا نزولا على قاعدة ان فاقد الشيء لا يعطيه كما يعبر الفقهاء المسلمون، او التي عبر عنها فقهاء القانون الوضعي بقولهم "لايستطيع الانسان ان ينقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك"[٩٢]، ولكن نظرا لكون الغير المتصرف اليه قد يكون حسن النية لا يعلم وليس بإمكانه ان يعلم بالخلل الذي اعترى سند ملكية المتصرف، فقد دعت قواعد العدالة واستقرار المعاملات ضرورة التدخل لحمايته اخذا بهذا الاعتبار.

وجاءت معالجة الفقهاء المسلمون لهذا الموضوع في باب زوال العقد لفساده، وذلك من خلال ما ذهبوا إليه من أن تصرف المشتري بعقد فاسد بعد القبض يمنع البائع من استرداد عين ماله مادام إن هذا التصرف قد مس حقاً للغير[٩٣]، وحجة ذلك أن التصرف الصادر من المشتري في المقبوض بعقد فاسد نافذ؛ لأنه ملكه بالقبض ويترتب على نفاذه سقوط حق المشتري الثاني بالعقد الثاني، ونقض البيع الأول لحق الشرع وهو حق الله تعالى، وإذا اجتمع حق الله وحق العبد إلا وغلب حق العبد لحاجته وغنى الله تعالى. وفي هذا

المعنى جاء في المبسوط للسرخسي على انه "لأن المشتري شراءاً فاسداً لما باع من غيره وسلمه إليه تعلق بهذه العين حق المشتري الثاني وحق الله تعالى من حيث فسخ العقد بالرد على البائع الأول، وحق الله تعالى مع حق العبد إذا اجتمعا تقدم حق العبد لا تهاونا بحق الله تعالى ولكن الله تعالى أغنى والعفو منه أرجى"[٩٤].

وبالمثل لما تقدم فقد اعتبر البعض منهم ان إجارة المشتري للمبيع بعقد يحتمل النقض بسبب فساده أو فسخه بالعيب تعد قيداً يمنع من تطبيق الأثر الرجعي مدة قيام عقد الإيجار بشرط أن تكون الإجارة صحيحة ولازمة ومعنى لزومها عدم قدرة المشتري (المؤجر) على فسخها بالتراضي مع المستأجر، أو كونها محددة المدة[٩٥].

وإذا كان الرأي السائد في الفقه المدني هو الاخذ بالأثر الرجعي لفسخ العقد، الا ان فقهاء هذا القانون اجمعوا على أن اعمال هذه القاعدة على اطلاقها يمثل في بعض الحالات ضررا للغير، وهو المتصرف اليه الذي كسب حقا على الشيء محل العقد المفسوخ، وكان في الوقت ذاته حسن النية، وامام هذا التصور تدخل المشرع لحماية مصلحة الغير المتصرف اليه، وهذا التدخل من المشرع تم لحالات وردت، كما سنرى، متناثرة في نصوص القوانين المدنية ولكن تجمعها فكرة واحدة وهي فكرة الحد من الاثر الرجعي للفسخ، وتبعا لذلك فعند فسخ عقد البيع مثلاً، فإن العين المبيعة تعود للبائع وهي محملة بحق الغير[٩٦]، فالمصلحة التي يحميها الاثر الرجعي هي مصلحة جديرة بالرعاية وهي مصلحة المالك الحقيقي، ولكن تقابلها مصلحة الغير الذي يتعامل على اساس ما يستقر من اوضاع ولو الى حين ما دام انه حسن النية، ومن ثم تكون مصلحته هي الراجحة والجديرة بالحماية لكي لا يضيع جهده او وقته في تصرف يفاجئه الزوال بعد اطمئنانه اليه[٩٧]، وهذه الحماية يجب ان تكون باعتبار عقده سندا كاملا على الرغم من صدوره من غير مالك، وليس فقط باعتباره سبب صحيح لكسب الحق اعمالا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية او يكتسبه بمقتضى التقادم الخمسي[٩٨]، فحماية الغير الذي تعامل مع من زالت ملكيته باثر رجعي يجب ان تكون هدفا كحماية المالك.

والذي يتطلع الى مؤلفات الفقهاء بالقانون المدني يلاحظ ان ترجيح مصلحة الغير على مصلحة المالك لم تأتِ جزافا، بل انها ارتكزت على معيار وصف بأنه الاساس في الترجيح بين هذه المصالح المتعارضة، وهذا المعيار يقوم على اساس حسن النية[٩٩].

ولكن على الرغم من أن معيار حسن النية يشكل اعتباراً موازناً يحول من دون تطبيق بعض القواعد القانونية الثابتة كقاعدة الأثر الرجعي للفسخ، إلا أن هناك من يعيب على الحكم القانوني اعتماده على حسن النية وحده؛ على أساس من أن هذا المعيار هو عنصر نفسي يتعذر في الغالب على القضاء تبينه مما يحمل القاضي عناء البحث عنه والتوصل إليه بدقة لترتيب حكمه[١٠٠]، كما أن الاعتماد عليه وحده كأساس لإكتساب وسريان الحقوق معناه أن حسن النية يكفي لتحقيق مثل هذا الأثر، ويؤدي بعد ذلك إلى إلغاء أسباب كسب الحقوق الأخرى، فحسن النية وحده لا يمكن أن يكسب حقوقاً[١٠١]، ولا يعدو أن يكون شرطاً ضمن شروط أخرى يجب توافرها لسريان الحقوق تجاه الكافة[١٠٢].

ولا ينكر ان معيار حسن النية يخصه دور هام في الميدان القانوني، فهو أولاً يتخذ معياراً لتنفيذ العقود[١٠٣]، وثانياً يعتبر محلاً لالتزام قانوني وهو التزود بقدر من الأمانة في المعاملات، ويتخذ هذا الالتزام في الغالب وضعاً سلبياً مؤداه الامتناع عن الغش والتدليس[١٠٤]، وثالثاً باعتباره جديراً بحماية القانون، وهذه الحماية تقتضي في الحقيقة التجاوز على بعض القواعد الثابتة كقاعدة الأثر الرجعي لفسخ العقد.

وحسن النية من هذه الوجهة أي باعتباره جديراً بحماية القانون، هو ما نحسبه معياراً للترجيح بين المصالح المتعارضة، وتبعاً لذلك لم يضح المشرع في مواضع كسب الحقوق بمصلحة حسن النية، حتى غدت تلك المواضع استثناءً يدرجه الفقهاء على زوال أثر العقد عند الحكم بفسخه[١٠٥]، الأمر الذي عده جانب من الفقه المدني بأنه يعد تطوراً هاماً على صعيد المعاملات واستقرارها[١٠٦]، وإلى هذا المعنى ينتهي الدكتور شمس الدين الوكيل بقوله "إن التقنينات الحديثة يساندها فقه سائد وقضاء مستقر عنيت بحماية مبدأ حسن النية حتى ولو كان ذلك على حساب إهدار بعض الأصول التي ذاع صيتها في القانون المدني منذ أمد بعيد، كتلك التي تقرر أثراً رجعياً لبعض المراكز القانونية وتطلق تطبيق هذا الأثر على أوسع نطاق"[١٠٧].

والذي يتطلع الى نصوص القوانين المدنية يجد ان المشرع فيها لم يتردد في اقرار هذا الحكم وذلك بالنسبة الى اعمال الادارة الصادرة من مالك تحت شرط فاسخ[١٠٨]، وابعد من ذلك فمن اجل تجنب الاثار الضارة بحق الغير نتيجة اطلاق الاثر الرجعي لزوال سند الملكية، اتجه المشرع بالقوانين الوضعية الى وضع استثناءات غايتها الحد من قاعدة الاثر الرجعي لزوال العقد، ومن مصاديق ذلك ما قرره المشرع المصري في المادة (١٠٣٤) من

تقنينه المدني التي نصت على أنه (يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي ابرم فيه الرهن). وكذلك ما وفرته التشريعات المدنية من حماية لمن انتقلت اليه حيازة المنقول او السند لحامله بحسن نية وسبب صحيح حيث انه يصبح مالكا للمنقول او السند لحامله في القانون الفرنسي المصري[١٠٩]، او انه لا تسمع عليه دعوى الملك من أحد في القانون العراقي[١١٠]

ولم تأت الاحكام القضائية بشيء يختلف عما سبق، اذ انها وضعت بعض الاحكام التطبيقية للنصوص القانونية الخاصة بهذا الموضوع، فقد جاء في أحد احكام محكمة النقض الفرنسية قضت فيه بأنه "ان عقد الايجار التجاري المحدد مدته بتسعة اعوام ليس من اعمال التصرف، فإن مثل هذا العقد الذي يبرمه مشتري العقار الذي الغي عقد بيعه لا يبقى قائما الا إذا ابرام المستأجر العقد بحسن نية"[١١١].

وهذا ما رددته محكمة النقض المصرية في العديد من الاحكام الصادرة عنها، فقد جاء بقرار لها نص على أنه "الاصل ان العقود لا تنفذ الا في حق عاقديها، وان صاحب الحق لا يلتزم بما صدر عن غيره من تصرفات مالم يجز هذا التصرف، وهذا الاصل من اركان القانون التي رعاها القانون المدني، فلم يسمح بالخروج عليها الا في حالة واحدة من اثنين، اولها هي الحالات التي حددها المشرع على سبيل الحصر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل وكفالة الاستقرار الاقتصادي، ومنها اجارة المالك الذي فسخ عقد ملكيته متى اجر قبل الفسخ، فان الايجار يسري في حق المالك الذي عادت اليه ملكيته بالفسخ عملا بنص المادة ٢٦٩ منه"[١١٢]، وقضت هذه المحكمة في حكم اخر لها بأنه "الاصل انه يترتب على الفسخ انحلال العقد باثر رجعي، الا انه رغبة من المشرع في حماية الغير حسن النية من هذا الاثر فقد عطله لمصلحته متى كان قد تلقى حقا عينيا على عقار وشهر حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ"[١١٣].

ولم نعثر في القضاء العراقي بقدر ما تيسر لنا من مصادر على قرارات في هذا الجانب، وكل ما يمكن قوله إن اتجاه محكمة التمييز الاتحادية في العراق هو التأكيد على مراعاة حقوق حسن النية ضماناً لاستقرار المعاملات وعدم إلحاق الضرر بالغير ما ادام انه حسن النية[١١٤].

الخاتمة:

بعد الانتهاء من دراسة الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد خلصنا إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات نعرض لأهمها في الفقرتين الآتيتين:

اولا: الاستنتاجات:

١- لقد حظيت مسألة الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد باهتمام جانب كبير من الفقهاء المسلمين الذين حاولوا الدفاع عنها وعن الاسباب التي دعت الى الاخذ بها، ففكرة الحد من الاثر الرجعي للفسخ لم تغب عن الفقه الاسلامي، بل ان هذا الفقه الغني باصطلاحاته عرف هذه الفكرة بأسلوب ينم عن اصالته وبمعنى يدل على المعنى ذاته الذي اراده فقهاء القانون المدني، فعنده -الفقه الاسلامي- ان عدم رجعية العقد يعبر عنها باصطلاح الاقتصار أي ان حكم العقد عند فسخه يثبت مقتصرا على الحال والزمان اللاحق.

٢- على الرغم من أن قاعدة الاثر الرجعي للفسخ من القواعد التي سلم بها الفقه والتشريع والقضاء، الا انها مع ذلك لم تأخذ حيز التطبيق المطلق، فهي لم تسلم من النقد والتجريح ومحاولة النيل منها وعدم تطبيقها في جميع الاحوال، ويجب تطويق نطاقها في اضيق الحدود كلما كان ذلك ممكنا، وتبعا لذلك يدعو جانب من الفقهاء بالقانون المدني الى المطالبة بإلغاء الاثر الرجعي للفسخ، واحلال محله الاثر الفوري، بحيث يجب قلب القاعدة التي تقضي بأن الاصل ان يكون للفسخ اثرا رجعيا والاستثناء الا يكون له أثر رجعي الى قاعدة جديدة تأتي على العكس منها مفادها الاصل الا يكون للفسخ اثر رجعي والاستثناء ان يكون له اثر رجعي.

٣- مما لاشك فيه ان فكرة الحد من الاثر الرجعي تأتي في صورة تيار مضاد وذلك من اجل التغلب على الصعوبات العملية والمبادئ غير المنطقية التي تترتب على الاخذ بالأثر الرجعي للعقد عند فسخه، فالثابت هو تطبيق الاثر الرجعي لفسخ العقد، وتبعا لذلك فإن التضحية بهذا الاصل يحتاج الى اسباب تجعله يرسخ في الذهنية القانونية، فالقول خلاف الاصل لا يمكن التسليم به مالم تكن هنالك اسانيد تدعمه وعلل تكون الدافع وراء التمسك به، وهدر الاصل العام الذي جاء به، وقد وجدنا من خلال ما تم بحثه ان هذه الاسباب وردت متناثرة في بطون

القوانين المدنية، ولكن ذلك لم يمنع من ردها الى طائفتين الاولى مردها ارادة المتعاقدين، والثانية مردها الواقع العملي.

٤- وجدنا من خلال ما تم بحثه من افكار ان الاسباب الارادية التي تحد من الاثر الرجعي للفسخ اما ان تكون اسبابا مانعة تماما من الاخذ بالأثر الرجعي، او اسبابا مقيدة للأثر الرجعي، فقد لا يرغب كلا المتعاقدين من العودة اطلاقا الى الحالة التي كانا عليها سابقا وقد لا يرغبان من العودة الى ذلك الحال ضمن نطاق محدد، ومعنى ذلك ان ارادة المتعاقدين تعد احيانا سببا مانعا من الاخذ بالأثر الرجعي للفسخ، وأحيانا اخرى سببا معطلا لترتيب ذلك الاثر.

٥- وجدنا من خلال البحث ان الاسباب العملية التي تحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد تأتي على خلاف ارادة المتعاقدين، فعلى الرغم من انصراف ارادتهم الى تبني الاثر الرجعي، لكونه الاخير تفسير ضمني لإرادة المتعاقدين، غير ان اعادة التعاقد الى سابق عهده تواجهه احيانا صعوبات عملية، وهذه الصعوبات مردها تارة طبيعة العقد المفسوخ، إذ ان طبيعته تستعصي اعمال الاثر الرجعي، وهو ما يحصل في العقود التي يدخل فيها الزمن كعنصر جوهري كعقد الايجار والعمل والمزارعة والتأمين وغيرها من العقود، وتارة اخرى ترجع هذه الصعوبات بسبب تعلق حق للغير على العقد المفسوخ، فمن يكتسب حقا بضمان العقد يعتقد مخلصا انه صادر من المالك هو شخص جدير بالحماية ولو زالت الرابطة العقدية باثر رجعي، وبذلك تكون اعادة الحال الى سابقه امرا متعذرا حماية لمصلحة الغير.

ثانيا: المقترحات:

١- امام اعتراف البعض من الفقهاء واقرار جانب من احكام القضاء، بعدم سريان فسخ العقد بأثر رجعي، فانه لابد من تأكيد ذلك بنصوص تكون قاطعة في دلالتها على هذا التصور، ولهذا نقترح أن يتضمن القانون المدني العراقي نصاً بذلك يكون موضعه ضمن النصوص العامة التي وردت في باب العقد، وذلك اما بتعديل المادة (١٨٠) من القانون المدني، او اضافة نص جديد بحيث يكون جارياً على النحو الآتي **(١- اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض.**

٢-ومع ذلك لا يكون للفسخ أثر رجعي إذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان تاريخا اخر يجب اعماله. ٣- كما يمنع تطبيق الاثر الرجعي لفسخ العقد كلما ترتب عليه اخلال بحقوق الغير حسن النية).

٢- امام الصياغة المعيبة لنص المادة (١/٢٩٠) من القانون المدني العراقي، لذلك ندعو المشرع العراقي الى اعادة صياغة هذه المادة بشكل يتجاوز الجمود الظاهر في صياغتها، بحيث يكون نصها جاريا على النحو الاتي **(...الا إذا تبين من ارادة المتعاقدين الصريحة او الضمنية ان تاريخا اخر يراد اعماله).**

٣- واخيرا ندعو القضاء العراقي الموقر إلى قول كلمته في شأن الحد من الاثر الرجعي لفسخ العقد، على غرار ما انتهى إليه القضاء في القانون المقارن، من اجل المحافظة على حقوق الغير، من دون الاقتصار فقط على ما هو عليه من نهج متمثل بتأكيده من خلال قراراته التي أصدرها على مراعاة حقوق حسن النية ضماناً لاستقرار المعاملات وعدم إلحاق الضرر بالغير، بل يتعين عليه أن يضع مبادئ قضائية ترسم طريق القضاء بشكل واضح عند الحكم بالفسخ وما يتركه من اثار.

الهوامش

(١) انظر د.مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٢، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨، ص٥٩٦ والهامش رقم ٢.

(٢) انظر في تفصيل ذلك استاذنا د.عباس علي محمد الحسيني، رجعية العقد عند فسخه قضاء، بحث مقارن بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدر عن كلية القانون جامعة كربلاء، السنة الرابعة، العدد الاول، ٢٠١٢، ص١٧. وانظر للمزيد حول اصطلاحات الفقهاء المسلمون للدلالة على الاثر الرجعي رائد صيوان عطوان، الاجازة في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧، ص١٧٣. وانظر كذلك عبدالامير جفات كروان، التنظيم القانوني للمرحلة التالية للفسخ القضائي، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٤، ١٤٨-١٤٩.

(٣) انظر ابو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ط١، من دون دار نشر، بيروت، ٢٠٠٢، ص٥٦٥.

(٤) عثمان احمد النجدي الحنبلي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، ط٤، دار الشامية، جدة، ١٩٩٦، ص١٣٢.

(٥) انظر د.احمد ابراهيم الغول، الاثر الرجعي في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٧٧. وانظر كذلك في الاشارة الى هذا الرأي استاذنا د.عباس علي محمد الحسيني، مصدر سابق، ص١٧.

(٦) انظر أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الشهير بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، مج٤، ط١، دار الرضوان للنشر، نواكشوط، موريتانيا، ٢٠١٠، ص٤٦٣.

(٧) ابو العباس احمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨، ص٥٠.

(٨) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ص٢٥٤٠. متاح على الموقع الالكتروني التالي: www.al-mostafa.com

(٩) ابو بكر بن محمد بن عبدالله المؤمن المعروف بتقي الدين الحصني، كتاب القواعد، ج٢، ط١، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٧، ص٢٤٦-٢٤٩.

(١٠) ابو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الامام الشافعي، مج٥، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، من دون سنة نشر، ص٣١٢.

(١١) انظر د.وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج٤، ط٢، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ١٩٨٥، ص٣٢.

(١٢) انظر علي الخفيف، احكام المعاملات االشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٣٩١ والهامش رقم ٢.

(١٣) انظر ابو العباس احمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، مصدر سابق، ص٥١.

(١٤) انظر في عرض ذلك د.مصطفى احمد الزرقاء، مصدر سابق، ص٥٩٨.

(١٥) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج٢، ط١، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٧، ص٤٥٨.

(١٦) ابو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج٣، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٦، ص٥٥٠ والهامش رقم ٤.

(١٧) انظر الزيلعي، ج٤، مصدر سابق، ص٣٤٣. ففي هذا المعنى يقول "الفسخ لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد والا لما كان فسخا". وانظر كذلك ابو العباس احمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨، ص٢٦٩. عند تحديده لمعنى الفسخ فيقول "الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه".

(١٨) انظر د.عبدالحافظ يوسف عليان ابو حميدة، الاثر الرجعي وتطبيقاته في الاحكام الشرعية، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٩، ص١٥٧.

[١٩] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٢٤٧.

[٢٠] انظر استاذنا د.عباس علي محمد الحسيني، مصدر سابق، ص١٤.

[٢١] انظر في هذا الاتجاه د.ياسر احمد كامل الصيرفي، الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد الواحد والسبعون، شركة مطابع الطوبجي التجارية، ٢٠٠١، ص١٧٤.

[٢٢] انظر د.ياسر احمد كامل الصيرفي، الغاء التصرف القانوني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد الرابع والسبعون، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص٢٧٢.

[٢٣] د.عبدالحي حجازي، عقد المدة او العقد المستمر والدوري التنفيذ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ابراهيم باشا الكبير، ١٩٥٠، ص١٩٩.

[٢٤] انظر د.عزالدين عبدالله، حماية خاصة بالدائنين المرتهنين في القانون المدني المصري، من دون مكان وسنة طبع، ص٢٧.

[٢٥] انظر د.مصطفى عبدالسيد الجارحي، فسخ العقد، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد السادس والخمسون، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص١٢٤.

[٢٦] مؤلفه، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص١٧٩-١٨٠.

[٢٧] د.مصطفى عبدالسيد الجارحي، المصدر السابق، ص٤٥.

[٢٨] انظر د.ياسر احمد كامل الصيرفي، الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، مصدر سابق، ص١٥٢-١٥٣. وانظر في القضاء قرار محكمة النقض المصرية التي قضت فيه بأنه "ان المقرر بالنسبة لعقد الايجار وهو من عقود المدة فانه يستعصي بطبيعته على فكرة الاثر الرجعي للفسخ لان الامر فيه ان الزمن مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل

الذي ينعقد عليه والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه". قرارها في الطعن رقم ١٩٢٩ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٩١/٤/١١ منشور في مجموعة احكام محكمة النقض، السنة الثانية والاربعون، ج١، الهيأة العامة لشؤون المطابع الاميرية، ص١٤٢.

(٢٩) د.مصطفى عبدالسيد الجارحي، المصدر السابق، ص١٢٠.

(٣٠) انظر د.محمد شتا ابو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١، ص٤٤٧.

(٣١) انظر د.حلمي بهجت بدوي، اثار التصرفات الباطلة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، السنة الثالثة، العدد الثالث، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، ١٩٣٣، ص٤٣٦. د.عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، احكام الالتزام، ج٢، ط٦، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٧١.

(٣٢) انظر د.عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الالتزام في ذاته، ج١، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، ١٩٥٤، ص١٨٦.

(٣٣) انظر د.نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٧٠. د.ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص٤٥٩.

(٣٤) انظر د.استاذنا د.عباس علي محمد الحسيني، مصدر سابق، ص١٨.

(٣٥) انظر د.مصطفى عبدالسيد الجارحي، مصدر سابق، ص١٢٣.

(٣٦) انظر في هذا الاتجاه د.ياسر احمد كامل الصيرفي، الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، مصدر سابق، ص١٧٣.

(٣٧) انظر د.ياسر احمد كامل الصيرفي، الغاء التصرف القانوني، مصدر سابق، ص٢٦٦.

(٣٨) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٣، مطبعة دار الكتاب العربي، من دون سنة طبع، ص١٧.

(٣٩) انظر د.عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، مج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٤٢. د.عبدالمنعم البدرواي، العقود المسماة، مطابع دار الكتب العربي، بمصر، القاهرة، ١٩٦١، ص٢٢. د.محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص١٠٤.

(٤٠) قرار الغرفة التجارية لدى محكمة النقض بتاريخ ٢٩/اذار/مارس/ ١٩٦٦. اشار اليه دالوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، الطبعة الثامنة بعد المئة بالعربية، ٢٠١٢، ص١١٨٤. مع ملاحظة ان المشرع الفرنسي استعمل تعبير الفسخ للدلالة على ان زوال العقد لم يتم بأثر رجعي. اما إذا كان زواله بأثر رجعي فإنه استعمل تعبير الغاء. انظر عبدالامير جفات كروان، مصدر سابق، ص١٤٦ والهامش رقم ٣.

(٤١) قرار الغرفة المدنية الاولى لدى محكمة النقض بتاريخ ٦/اذار/مارس/١٩٩٦. اشار اليه دالوز، المصدر السابق، ص١١٨٦.

(٤٢) انظر قرارها في الصادر بتاريخ ١٩٨٩/٣/٦. اشار اليه انور العمروسي، الدعاوى المسماة في القانون المدني في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص١٧٦.

(٤٣) قرارها في الطعن رقم ١٢٦٢ لسنة ٦٧ق، جلسة ١٩٩٩/٢/٢٤. منشور في مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة النقض، السنة الخمسون، ج١، ص٣٠٣.

(٤٤) انظر في ذلك استاذنا د.عباس علي محمد الحسيني، مصدر سابق، ص١٩.

(٤٥) انظر د.احمد ابراهيم الغول، مصدر سابق، ص٣٧٥-٣٧٦.

(٤٦) انظر علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٢٨٢. وانظر كذلك موفق الدين أبي محمد عبدالله بن قدامة المقدسي، المغني، ج٤، ط٣، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٧، ص٣٤٦.

(٤٧) انظر د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة فؤاد الاول، ١٩٤٦، ص٣١٧.

(٤٨) انظر د.عبدالحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، القسم الثاني، السنة الأولى، العدد الثاني، يوليه ١٩٥٩، ص٤٦٤.

(٤٩) انظر على العكس من ذلك د.جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص١٧٢. فعنده يجب اعتبار القواعد المنظمة للفسخ من النظام العام طالما ان هذا النظام يوصف بالجزاء، وبالتالي يجب ان يقع حتما كلما توفرت الشروط التي يستلزمها القانون ومن دون ان يتوقف على ارادة الافراد.

(٥٠) انظر استاذنا د.عباس علي محمد الحسيني، مصدر سابق، ص٢٠.

(٥١) انظر د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج٢، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠، ص١٧٢-١٧٣.

(٥٢) انظر المادة (١٥٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (لاعبرة بالدلالة في مقابلة التصريح). مع ملاحظة ان استبعاد الاثر الرجعي لا يقتصر على الارادة الصريحة، فقد يستفاد عدم تطبيق الاثر الرجعي للفسخ بصورة ضمنية احيانا، ومن مصاديق ذلك لو سكت المتعاقدين عن طلب حق الفسخ لفترة من الزمن سكوتا لاتدع ظروف الحال شكا في دلالته على قصد النزول عنه. استاذنا عباس علي محمد الحسيني، مصدر سابق، ص٢٠.

(٥٣) انظر د.مصطفى عبد السيد الجارحي، مصدر سابق، ص٤٧-٤٨.

(٥٤) انظر المواد (١٧٧-١٨٠) من القانون المدني العراقي. وانظر ما يقابل ذلك المواد (١٥٧-١٦١) من القانون المدني المصري.

(٥٥) قرارها الصادر عن دائرة العرائض بتاريخ ١٩٢٥/٢/١٠. اشار اليه د.محمد شتا ابو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية، مصدر سابق، ص٤٧٢.

(٥٦) قرارها في الطعن رقم ٢٣ لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٦٩/٢/١٣. منشور في مجموعة احكام محكمة النقض، السنة العشرون، ج١، ص٣٢٦.

(٥٧) انظر د.محمد شتا ابوسعد، مصدر سابق، ص٤٧٢-٤٧٣.

(٥٨) انظر إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨، ص٩٩.

(٥٩) انظر ابو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، مصدر سابق، ص٤٦٥-٤٦٦. ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ط٦، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، ص١٨٢-١٨٣.

(60) Capitant, dela cause des obligations, n157.

نقلاً عن د.ياسر احمد كامل الصيرفي، الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، مصدر سابق، ص١٤٨.

(٦١) انظر حول هذا الموضوع د.خالد احمد عبدالحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، ط٢، من دون مكان نشر، ٢٠٠١، ص٢١٤ وما بعدها. ومن تطبيقات ذلك مثلا لو اتفق المتعاقدين على وقف عقد التوريد المبرم بينهما لفترة معينة، ثم استئنافه في وقت لاحق، فالوقف عبارة عن فسخ نهائي يصيب العقد المستمر في فترة معينة دون ان يصيبه في وجوده السابق على هذه الفترة ولا في وجوده اللاحق عليه. انظر د.عصام انور سليم، عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، من دون سنة نشر، ص٣٦٣.

(٦٢) انظر د.ياسر احمد كامل الصيرفي، المصدر نفسه، ص١٥٨.

(٦٣) انظر د.شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٩، ص١٣٤.

(٦٤) انظر ما يقابل ذلك المادة (٥٤٩) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه (لايملك الحائز العرضي البسيط الثمار، الا في الحالة التي يكون فيها حسن النية. في الحالة المعاكسة يلزم برد المنتجات مع الشيء الى المالك الذي يطالب بها...). والمادة (٩٧٨) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (١- يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية).

(٦٥) انظر استاذنا د.عباس علي محمد الحسيني، مصدر سابق، ص٢٣-٢٤.

(٦٦) قرار الغرفة المدنية الاولى لدى محكمة النقض بتاريخ ١٥/حزيران/يونيو/١٩٩٣. اشار اليه د.ياسر احمد كامل الصيرفي، الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، مصدر سابق، ص١٩٧.

(٦٧) قرار الغرفة المدنية الاولى لدى محكمة النقض بتاريخ ٣/تشرين الثاني/نوفمبر/ ١٩٨٣. دالوز، مصدر سابق، ص١١٨٥.

(٦٨) قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ٩٦٥/استئنافية عقار/٢٠٠٩. بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٢٧. منشور في النشرة القضائية، تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية - مجلس القضاء الاعلى، العدد الثالث عشر، تموز، ٢٠١٠، ص١٩.

(٦٩) انظر د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في المدني القانون العراقي، مصادر الالتزام، ج١، طبعة جديدة منقحة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص٢٨.

(٧٠) انظر سيد عبدالله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الاسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب مالك بن انس، مج٢، ط١، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ٢٠٠١، ص٧٥٩.

(٧١) انظر د.عبدالحافظ يوسف عليان ابو حميدة، مصدر سابق، ص١٦٣.

(٧٢) انظر ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي الملقب بشيخ الطائفة، المبسوط في فقه الامامية، ج٣، دار الكتاب الاسلامي، بيروت، من دون سنة نشر، ص٢١٥.

(٧٣) انظر د.علي بن سعيد الغامدي، اختيارات ابن قدامة الفقهية في أشهر المسائل الخلافية، قسم المعاملات، مج٢، ط١، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤١٨هـ، ص٤٩٣.

(٧٤) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مصدر سابق، ص٤٥٨.

(٧٥) انظر د.مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج١، مصدر سابق، ص٥٩٧.

(٧٦) انظر د.عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص١٣٩.

(٧٧) انظر استاذنا د.عباس علي محمد الحسيني، مصدر سابق، ص٢٤.

(٧٨) انظر د.سليمان مرقس، موجز اصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ١٩٦١، ص٣٢٢.

(٧٩) مؤلفه، عقد المدة او العقد المستمر والدوري التنفيذ، مصدر سابق، ص١٩٨-١٩٩. وانظر في الفقه العراقي د.عبدالمجيد الحكيم فعنده ان الأصح تسمية حل العقود المستمرة بـ "الانهاء" تمييزا له عن الفسخ الذي يكون بأثر رجعي. ولكن القانون المدني العراقي استعمل تعبير الفسخ في هذه العقود. د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨ص٤٤٠.

(٨٠) انظر د.ياسر احمد كامل الصيرفي، الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، مصدر سابق، ص١٦٩.

(٨١) انظر د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، ج١، مصدر سابق، ص١٧٣.

(٨٢) انظر د.ياسر احمد كامل الصيرفي، المصدر السابق، ص١٧٣-١٧٤.

(٨٣) انظر المادة (٨١٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (إذا فسخ العقد والزرع بقل يخير صاحب الارض بين ان يقسم الزرع عينا على الشرط المتفق عليه وبين ان يعطي الورثة قيمة نصيب مورثهم من الزرع وبين ان ينفق على الزرع حتى ينضج فيرجع فيما أنفقه في حصة المزارع).

(٨٤) انظر المادة (٩٨٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (1- يجوز للمؤمن ان يطلب فسخ العقد...وتصبح الاقساط التي تم دفعها حقا خالصا للمؤمن). فالمؤمن هنا لم يلزمه المشرع العراقي برد ما تسلمه من اداءات على الرغم من فسخ العقد.

(٨٥) انظر المادة (٨٢٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (3-واذا فسخ العقد والثمر غض، فلصاحب الشجر الخيارات الثلاثة المبينة في المادة السابقة، فان لم يبد على الشجر ثمر كان للورثة اجر مثل مورثهم). وهذه الخيارات اما ان يقوم صاحب الشجر بتقسيم البسر عيناً على الشرط المتفق عليه واما ان يعطي المساقي قيمة نصيبه من البسر، واما ان ينفق على البسر حتى يبلغ فيرجع بما أنفقه في حصة المساقي من الثمر. ولا نجد في القانون المدني المصري حكما مماثلا لما انتهى اليه المشرع العراقي، ويبدو ان ذلك مرده ان المشرع المصري لم ينظم في تقنينه المدني عقد المساقاة بل ترك ذلك للمباديء العامة= =والعرف الزراعي واحكام الشريعة الاسلامية باعتبارها من مصادر القانون. انظر في هذا الرأي د.عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٦، مصدر سابق، ص١٤٠٠ والهامش رقم ١.

(٨٦) انظر قرار الغرفة المدنية الاولى لدى محكمة النقض بتاريخ ١/تشرين الاول/اكتوبر/ ١٩٩٦. دالوز، مصدر سابق، ص١١٨٤.

(٨٧) انظر قرارها في الطعن رقم ١٠١٦٧ لسنة ٦٤ق، جلسة ٢٠٠١/٢/٨. منشور في مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة النقض، السنة الثانية والخمسون، ج١، مطبعة نوبار، القاهرة، ص٢٧٧.

(٨٨) قرارها الصادر في جلسة ١٩٧٠/٤/٢٨. اشار اليه عبدالحكم فودة، انهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص٥٤٩.

(٨٩) انظر قرارها ذي العدد ٣١٧٦/الهيأة المدنية عقار/٢٠٠٨. بتاريخ ٢٠٠٩/١/١٨. منشور في النشرة القضائية تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية - مجلس القضاء الاعلى، العدد الرابع عشر، ايلول، ٢٠١٠، ص١٧-١٨.

(٩٠) انظر قرارها رقم ٤٠/هيأة عامة اولى/٧٦ بتاريخ ١٩٧٦/٤/١٠. منشور في مجموعة الاحكام العدلية، تصدر عن القسم الاعلامي لوزارة العدل في جمهورية العراق، السنة السابعة، العدد الثاني، ص٥.

(٩١) قرارها ذي العدد ٩٨٨/مدنية منقول/ ٢٠٠٨، بتاريخ ٢٠٠٩/١/٢٧. منشور في النشرة القضائية، تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية - مجلس القضاء الاعلى، العدد الثاني عشر، ايار، ٢٠١٠، ص١٥.

(٩٢) انظر في ذلك د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٨٢.

(٩٣) انظر ابو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، مصدر سابق، ص٣١٢. د.عبدالحافظ يوسف عليان ابو حميدة، مصدر سابق، ص١٥٩-١٦٠.

(٩٤) شمس الدين محمد بن سهل شمس الأئمة السرخسي، كتاب المبسوط، ج١٣، دار المعرفة، بيروت، من دون سنة طبع، ص٢٥.

(٩٥) انظر علي بن احمد العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص٤١٨.

(٩٦) انظر د.علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص٣٢٢.

(٩٧) انظر استاذنا د.عباس علي محمد الحسيني، مصدر سابق، ص٣٠.

(٩٨) انظر د.مصطفى عبدالسيد الجارحي، فسخ العقد، مصدر سابق، ص١٢٠.

(٩٩) وترجيح مصلحة الغير على اساس معيار حسن النية للترجيح انتهت اليه محكمة النقض المصرية بقرارها الصادر في الطعن رقم ١٢٦٢ لسنة ٦٧ق، جلسة ١٩٩٩/٢/٢٤. الذي قضت فيه بأنه "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه ولأن كان الأصل نفاذ عقد الإيجار الصادر من المؤجر الذي فسخ عقد شرائه أو زال سند ملكيته بأثر رجعى ببطلانه، في حق المالك إلا أن بقاء هذا الإيجار ونفاذه في حق الأخير مشروط -وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني- في صدد الفقرة الثانية من المادة

٢٦٩ من القانون المدني - التي جاءت تطبيقاً للقاعدة العامة سالفة الذكر - بحسن نية من صدر عنه وأن يكون العقد قد صدر دون غش- أي دون تواطؤ بين المؤجر والمستأجر للإضرار بمن تؤول إليه الملكية لأن الغش مبطل للتصرف". منشور في مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة النقض، السنة الخمسون، ج١، الهيأة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مطبعة نوبار، القاهرة، ص٣٠٣.

(١٠٠) انظر ندى عبد الكاظم حسين، آثار بطلان العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٧، ص١٦٠.

(١٠١) انظر د.مصطفى عبد السيد الجارحي، المصدر السابق، ص١٢٣.

(١٠٢) انظر د.شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٠٤.

(١٠٣) انظر المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري، والمادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي.

(١٠٤) انظر د.عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص٤٩.

(١٠٥) انظر د.إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، عبدالله وهبة، ١٩٦٦، ص٣٣٣. د.حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣، ص٤٩٠-٤٩١. د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصدر سابق، ص١٨٥.

(١٠٦) انظر د.محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٢٢٧. د.رمضان جمال كامل، الموسوعة الحديثة في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، ج٢، ط١، عابدين، ٢٠٠٩، ص٦٩٥.

(١٠٧) مؤلفه، نظرية التأمينات في القانون المدني، مصدر سابق، ص١٣٢.

(١٠٨) انظر المادة (٢/٢٦٩) من القانون المدني المصري، وانظر ما يقابل ذلك المادة (٢/٢٨٩) من القانون المدني العراقي.

(١٠٩) انظر المادة (٢٢٧٦) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه (فيما يتعلق بالمنقولات الحيازة تساوي سند التمليك...)، وانظر ما يقابل ذلك المادة (١/٩٧٦) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (من حاز بسبب صحيح منقولا او حقا عينيا على منقول او سند لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته).

(١١٠) انظر المادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (من حاز وهو حسن النية منقولا او سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد). فهذا الاثر الانشائي المتمثل في كسب الغير للحق يتم التوصل اليه وفقا لأحكام القانون المدني العراقي بطريقة غير مباشرة. انظر حول تفصيل هذا الموضوع نبراس ظاهر جبر الزيادي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١٥، ص٢١٩.

(١١١) قرار الغرفة المدنية الثالثة لدى محكمة النقض بتاريخ ٢٥/تشرين الاول/اكتوبر/١٩٨٣. اشار عبدالامير جفات كروان، مصدر سابق، ص١٩٣.

(١١٢) انظر قرارها في الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٦٦ق، جلسة ٢٠٠٩/١١/٢٣. منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: (www.cc.gov.eg).

(١١٣) انظر قرارها في الطعن رقم ٤٧ لسنة ٦٧ق، جلسة ١٩٩٨/٦/١١. منشور في مجموعة احكام محكمة النقض، السنة، التاسعة والاربعون، العدد الثاني، القاهرة، ص٥٠٧.

(١١٤) انظر قرارها رقم ٩٣/هيأة عامة/٢٠٠٨ بتاريخ ٢٠٠٨/٩/٢٢. فقد جاء فيه على أنه "إن المورث قد باع الدار التي ملكت له إلى الغير المميزين وسجلت باسميهما بتاريخ ١٩٩٦/١١/١٢ ودون أن تتقدم دائرة السكك بدعوى إبطال التسجيل لحد تاريخ نقل الملكية

للغير، ولما كان المشترين هم من الغير وحسني النية عند الشراء ومراعاة لحقوق حسن النية في العقود وضماناً لاستقرار المعاملات وعدم إلحاق الضرر بهم فتكون دعوى المدعي إضافة إلى وظيفته لإبطال معاملة تسجيل الدار باسم مورث المدعى عليهم غير مقبولة قانوناً". أشار إليه سلمان عبيد عبدالله، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج١، بغداد، ٢٠٠٩، ص٤٥. فهذا الحكم وان تناول موضوعه ابطال التسجيل، الا اننا يمكن ان نعتبره مبدأً يمكن اعماله في دعاوى الفسخ. بحيث يكون للمحكمة رد دعوى الفسخ نظرا لتعلق حق الغير بالعقد المراد فسخه.

المصادر .

اولا: كتب الفقه الاسلامي:

١- إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨.

٢- ابو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج٣، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٦.

٣- ابو بكر بن محمد بن عبدالله المؤمن المعروف بتقي الدين الحصني، كتاب القواعد، ج٢، ط١، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٧.

٤- ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي الملقب بشيخ الطائفة، المبسوط في فقه الامامية، ج٣، دار الكتاب الاسلامي، بيروت، من دون سنة نشر.

٥- ابو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الامام الشافعي، مج٥، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، من دون سنة نشر.

٦- ابو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ط١، من دون دار نشر، بيروت، ٢٠٠٢.

٧- ابو العباس احمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق، ج٢، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨.
٨- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الشهير بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، مج٤، ط١، دار الرضوان للنشر، نواكشوط، موريتانيا، ٢٠١٠.
٩- ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ط٦، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢.
١٠-الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ص٢٥٤٠. متاح على الموقع الالكتروني التالي: www.al-mostafa.com
١١-سيد عبدالله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الاسلامي، مج٢، ط١، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ٢٠٠١.
١٢-شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج٢، ط١، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٧.
١٣-شمس الدين محمد بن سهل شمس الأئمة السرخسي، كتاب المبسوط، ج١٣، دار المعرفة، بيروت، من دون سنة طبع.
١٤-د.عبدالحافظ يوسف عليان ابو حميدة، الاثر الرجعي وتطبيقاته في الاحكام الشرعية، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٩.
١٥-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الاجزاء الخامس والسابع، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.
١٦-علي بن احمد العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.

١٧-د.علي بن سعيد الغامدي، اختيارات ابن قدامة الفقهية في أشهر المسائل الخلافية، قسم المعاملات، مج٢، ط١، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤١٨هـ.

١٨-علي الخفيف، احكام المعاملات االشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٨.

١٩-د.مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٢، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨.

٢٠-موفق الدين أبي محمد عبدالله بن قدامة المقدسي، المغني، ج٤، ط٣، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٧.

٢١-د.وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج٤، ط٢، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ١٩٨٥.

ثانيا: كتب القانون المدني:

١- د.احمد ابراهيم الغول، الاثر الرجعي في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

٢- د.إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، عبدالله وهبة، ١٩٦٦.

٣- انور العمروسي، الدعاوى المسماة في القانون المدني في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

٤- د.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.

٥- د.خالد احمد عبدالحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، ط٢، من دون مكان نشر، ٢٠٠١.

٦- دالوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، الطبعة الثامنة بعد المئة بالعربية، ٢٠١٢.

٧- د.رمضان جمال كامل، الموسوعة الحديثة في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، ج٢، ط١، عابدين، ٢٠٠٩.
٨- د.سليمان مرقس، موجز اصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ١٩٦١.
٩- د.شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٩.
١٠-د.شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٢.
١١-عبدالحكم فودة، انهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٣.
١٢-د.عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الالتزام في ذاته، ج١، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، ١٩٥٤.
١٣-د.عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الاجزاء الاول والسادس، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
١٤-د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٥- د.عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، احكام الالتزام، ج٢، ط٦، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٦- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج٢، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠.
١٧- د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في المدني القانون العراقي، مصادر الالتزام، ج١، طبعة جديدة منقحة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١.

١٨- د.عبدالمنعم البدرواي، العقود المسماة، مطابع دار الكتب العربي، بمصر، القاهرة، ١٩٦١.

١٩- د.عزالدين عبدالله، حماية خاصة بالدائنين المرتهنين في القانون المدني المصري، من دون مكان وسنة طبع.

٢٠- د.عصام انور سليم، عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، من دون سنة نشر.

٢١- د.علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤-٢٠٠٥.

٢٢- د.محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

٢٣- د.محمد شتا ابو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١.

٢٤- د.محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.

٢٥- د.نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٢٦- د.ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.

ثالثا: البحوث والرسائل والاطاريح:

١- د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة فؤاد الاول، ١٩٤٦.

٢- د.حلمي بهجت بدوي، اثار التصرفات الباطلة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، السنة الثالثة، العدد الثالث، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، ١٩٣٣.
٣- رائد صيوان عطوان، الاجازة في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧.
٤- د.عباس علي محمد الحسيني، رجعية العقد عند فسخه قضاء، بحث مقارن بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدر عن كلية القانون جامعة كربلاء، السنة الرابعة، العدد الاول، ٢٠١٢.
٥- عبدالامير جفات كروان، التنظيم القانوني للمرحلة التالية للفسخ القضائي، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١٤.
٦- د.عبدالحي حجازي، عقد المدة او العقد المستمر والدوري التنفيذ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ابراهيم باشا الكبير، ١٩٥٠.
٧- د.عبدالحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، القسم الثاني، السنة الأولى، العدد الثاني، يوليه ١٩٥٩.
٨- د.مصطفى عبدالسيد الجارحي، فسخ العقد، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد السادس والخمسون، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٨.
٩- نبراس ظاهر جبر الزيادي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١٥.
١٠- ندى عبد الكاظم حسين، آثار بطلان العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٧.
١١- د.ياسر احمد كامل الصيرفي، الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن

اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد الواحد والسبعون، شركة مطابع الطوبجي التجارية، ٢٠٠١.

١٢- د.ياسر احمد كامل الصيرفي، الغاء التصرف القانوني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد الرابع والسبعون، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.

رابعا: القوانين:

١- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤.

٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨.

٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٤- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٣، مطبعة دار الكتاب العربي، من دون سنة طبع.

خامسا: المجموعات القضائية:

- سلمان عبيد عبدالله، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج١، بغداد، ٢٠٠٩.
- مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، للسنوات (٢٠، ٤٢، ٤٩، ٥٠، ٥٢).
- مجموعة الاحكام العدلية، تصدر عن القسم الاعلامي لوزارة العدل في جمهورية العراق، السنة السابعة، العدد الثاني.
- النشرة القضائية، تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية - مجلس القضاء الاعلى، الاعداد:

١- العدد الثاني عشر، ايار، ٢٠١٠.

٢- العدد الثالث عشر، تموز، ٢٠١٠.

٣- العدد الرابع عشر، ايلول، ٢٠١٠.