العقد المفضي لإنهاء عقد

Contract terminating contract

تاريخ الاستلام :2019/07/15؛ تاريخ القبول :2019/09/07

*محمد جمال زعين

كلية القانون والعلوم السياسية
جامعة الانبار
العراق

ملخص

تعد العقود المنهية لعقود من المواضيع التي لم تُطرح سابقا في الإطار النظري رغم أهميتها، حيث درج الفقه إلى ذكر العقود وتقسيماتها التي ذكرها التشريع شرحا وبيانا، دون أن يحاول إستحداث عقود أخرى تكون صندوقا يلم شتات بعض العقود التي تدخل فيها، ومن هذه التقسيمات المحدثة تقسيم العقود إلى عقود مفضية لإنهاء عقود والتي تُقسم بدورها إلى نوعين عقود منهية لعقود أخرى بشكل مباشر، وعقود منهية لعقود أخرى بشكل غير مباشر، ونحن في بحثنا هذا سنتكلم عن العقود المنهية لعقود أخرى بشقيها المباشر وغير المباشر ملقين الضوء على تطبيقاتها والطبيعة القانونية التي تحكمها والاثار التي تترتب عليها .

الكلمات المفتاحية: إنتهاء العقد ، العقد المنتهي ، العقد المُنهي

Abstract

The contracts concluded decades of topics that were not previously presented in the theoretical framework, despite their importance, where the jurisprudence to mention the contracts and divisions mentioned by the legislation explanation and statement, without trying to develop other contracts will be a fund for the dissolution of some of the contracts that enter, and from these divisions, Contracts are contracts leading to the termination of contracts, which in turn are divided into two types contracts terminated for other contracts directly, and contracts terminated for other contracts indirectly, and we in this research we will talk about the contracts ended for decades, both directly and indirectly, highlighting the applications and the legal nature that governs and The effects of which entail.

Keywords: Termination; contracts not concluded; contracts terminated directly; contracts indirectly

Résumé

Les contrats non conclu des décennies de sujets qui n'étaient pas encore présentés dans le cadre théorique, malgré leur importance, où la jurisprudence mentionnant l'explication et les contrats mentionnés dans les explications et déclarations de la législation, sans chercher à développer d'autres contrats, constituera un fonds pour la dissolution de certains contrats entrants et de ces divisions, Les contrats sont des contrats aboutissant à la résiliation de contrats, eux-mêmes divisés en deux types: contrats résiliés directement pour d'autres contrats, et contrats résiliés pour autres contrats indirectement. Dans cette recherche, nous allons parler des contrats résiliés depuis des décennies, à la fois directement et indirectement, en soulignant les applications et la nature juridique qui régit dont les effets entraînent.

Mots clés:Résiliation; contrats non conclu; contrats résiliés directement;contrats indirectement

* Corresponding author, e-mail:mo-ja82@uoanbar.edu.iq

©جامعة الاخوة منتوري قسنطينة1، الجزائر2019.

المقدمة :

تُقسم العقود الى تقسيمات عدة لعل أشهرها العقود المسماة والعقود غير المسماة، وهذا تقسيم تقليدي دأب التشريع والفقه على ذكره حتى سارت به ركبان مؤلفات القانون، ومن تقسيمات العقود أيضاً من حيث ورودها إلى العقود التي ترد على الملكية، والعقود التي ترد على العمل ، والعقود التي ترد على الإنتفاع وجميع هذه العقود لها اركانها الموحده (الرضا والمحل والسبب والشكلية في بعض العقود)، أما الشروط فتختلف كلٌ حسب خصوصيته وما يروم الوصول إليه، ومن تقسيمات العقود التي نرى أنها محل دراسة ويمكن أن تضاف إلى تقسيمات العقود، هي تقسيم العقود من حيث الهدف، إلى عقود تفضي لإبرام عقد كالوعد بالتعاقد وعقود تفضي لإنهاء عقد، ونسميها (العقود المنهية لعقود) والتي تقسم بدورها إلى عقودٍ هدفها إنهاء عقود أخرى بشكل مباشر(العقود المنهية المباشرة) كالفسخ والإقالة و (العقود المنهية غير مباشر) كالعقود التي تبنى على أنقاض العقد القديم، ونقتصر في بحثنا هذا على التقسيم الثاني (العقد المفضي لإنهاء عقد) على أن نلحق التقسيم الأول ببحث أخر.

مشكلة البحث :

إن أهداف العقود بشكل عام تنطوي حسب وجهتها فالبعض يرد على الملكية والآخر على الانتفاع وآخر على العمل وجميع هذه العقود هدفها مادي، بمعنى أن لها أثرا يتمثل في منفعة مادية، أما العقد المفضي لإنهاء عقد فهدفه إنهاء إلتزام بشكل مباشر أو غير مباشر فالمقصد والهدف في بعض حالاته ليس ماديا كما هي العقود المنهية لعقود بشكل مباشر كالفسخ والإقالة التي تنهي العقد وتنتهي معه أما العقود المنهية لعقود بشكل غير مباشر فقد تكون أهدافها مادية، وبتالي فنحن بحاجة لمعرفة ماهي هذه العقود وما تطبيقاتها واحكامها .

أهمية البحث:

تدور حول مفهوم العقود المنيهية للعقود وطبيعتها وآثارها وهل يمكن أن تضاف كنوع من أنواع العقود التي تجمع في داخلها جملة من العقود الغير محدده بصندوق عام يلم شعثها كما هي العقود الاخرى .

أما المنهج المعتمد فهو المنهج الوصفي القائم على الوصف والسرد والملاحظة ولا نغفل والمنهج التحليلي الذي يشرح النص ويفسره ويرده إلى مبأ عام يحكمه .

الكلمات المفتاحية : العقد المفضي لإنهاء عقد ، إنتهاء العقد ، الفسخ والإقالة ، العقد المنتهي ، العقد المُنهي .

والعقد المفضي لإنهاء عقد له تطبيقاته التي سنبينها في هذا البحث والذي سنتعرف فيه عن مفهومه وطبيعته واثاره، وذلك وفق التقسيم التالي :

المبحث الأول : مفهوم العقد المفضي لإنهاء عقد وتطبيقاته .

المبحث الثاني : طبيعة العقد المفضي لإنهاء عقد وآثاره .

I. المبحث الأول

ماهية العقد المفضي لإنهاء عقد وتطبيقاته

إن إنهاء الرابطة العقدية عندما يكون بإتفاق فإن هذا الإتفاق يعد عقداً، ولذلك فإننا أمام عقد قائم بحد ذاته، يسمى العقد المفضي لإنهاء عقد، وبالتالي فيجب أن نتعرف على هذا العقد وتطبيقاته وذلك في مطلبين، نتكلم في المطلب الأول عن تعريف العقد المفضي لإنهاء عقد ثم نتكلم في المطلب الثاني عن تطبيقاته المباشرة وغير المباشرة.

I.أ. المطلب الأول

مفهوم العقد المفضي لأنهاء عقد

لكي نعطي مفهوم للعقد المفضي لإنهاء عقد، يجب أن نُعرف العقد بشكل عام ونستنبط منه تعريفاً للعقد المفضي وذلك في الفرعيين التاليين :

ا.أ . 1. الفرع الأول

تعريف العقد بشكل عام .

عُرف العقد بجملة من التعريفات جميعها جاء متأثراً إما بالنزعية الذاتية المنحدرة من المذهب الغربي، أو متأثراً بالنزعة الموضوعية المنحدرة من الفقه الإسلامي، أما المشرع العراقي فقد تأثر في تعريفه للعقد بالفقه الإسلامي[1] فقد جاء في المادة (73) من القانون المدني تعريف ((العقد هو إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)) .وهذا التعريف تعرض لإنتقادات عدة، منها أن التعريف مستقى من كتاب مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان[2]في المادة (262) ، والذي يعمم فكرة إرتباط القبول بالإيجاب دون أن يخصه بحصوله بين متعاقد وآخر لا مكان أن يقوم العقد بين أكثر من طرفين كما هو الشأن في الشركة والقسمة، والتالي فالنظرة تكون للنتائج الأخيرة للعقد دون النتائج الأولى لإنعقاده، كذلك من العيوب الأخرى فإن هذ التعريف لا يميز بين حكم العقد وحق العقد[3] .

ومن العيوب التي ننقلها في هذا البحث أيضا أن الإتفاق لكي يعد عقداً بالمعنى الفني الدقيق يجب أن يحدث أثراً قانوني، وهو ما لم يذكره المشرع في تعريفه صراحة، وإحداث الأثر يتمثل بإنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه، وبما أن هذه العيوب تغلب على تعريف المشرع للعقد، فيمكن تعريف العقد :" بأنه توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني سواء كان هذا الاثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه"[4] .

ا.أ. 2. الفرع الثاني

تعريف العقد المفضي لإنهاء عقد (العقد المنهي) .

بعد أن أخترنا التعريف الأنسب للعقد بأنه " توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني سواء كان هذا الاثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه" فإن هذا الإختيار كان منصباً على أمرين

الأمر الأول : إن أي عقد لا يتم إلا بتوافق إردتين حرتين[5].

الأمر الثاني : إن العقد يجب أن يتخلله أثر وهو إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

ومن هذا التعريف نستنبط أن أي عقد يهدف إلى إنشاء إلتزام يعد عقدا بعد توافق الإرادتين ، وكذلك يعد الإتفاق عقدا إن كان هدفه تعديل أو نقل إلتزام ، ومنها العقد الذي يهدف إلى إنهاء الإلتزام، نستنتج أن العقد قد ينشأ ويكون أثره إنهاء عقد آخر ويعد عقداً قائماً بحد ذاته ، وإذا عُدنا إلى إحداث الأثر المتمثل بإنهاء إلتزام فإن العقود مصدر من مصادر الإلتزام يستطيع عقدٌ آخر له من القوة والمنعة ما ينهي ويقضي به على هذا العقد .

ومما سبق نستطيع أن نعرف العقد المفضي لإنهاء عقد : بأنه توافق إرادتين حُرتين على إحداث أثر قانوني محدد يتمثل بإنهاء عقد بصورة مباشرة أو غير مباشرة .

ا.ب. المطلب الثاني

تطبيقات العقد المفضي لإنهاء عقد .

للعقد المفضي لإنهاء عقد تطبيقات تتمثل بعقود مباشرة ومسماة كالفسخ والإقالة وأخرى غير مباشرة وغير مسماة، وفي هذا المطلب سنبين هذه التطبيقات للعقود المفضية لإنهاء عقد في فرعين :

ا.ب. 1. الفرع الأول

العقد المفضي لإنهاء عقد بشكل مباشر

تُعد الإقالة والفسخ الإتفاقي من العقود التي يكون هدفها إنهاء عقد وهي تطبيقٌ مباشرٌ من تطبيقات العقد المفضي لإنهاء عقد وسنتكلم عن هذين العقدين من خلال الفقرتين التاليتين :

الفقرة الأولى : عقد الفسخ .

في هذه الفقرة نتكلم عن تعريف عقد الفسخ، وعن الحالات أو الصور الأربع التي يتحقق بموجبها وصف العقد للفسخ.

أولا : تعريف عقد الفسخ : يعتبر الفسخُ طريقا إتفاقيا لإنهاء العقود وهذا الطريق يتم بتوافق إرادتي المتعاقدين على إستحياء لأن هاتين الإرادتين غير متفقتين بالواقع الفعلي للعقد حيث وضح المشرع بشروط في المادة (178) من القانون المدني العراقي بقوله" يجوز الإتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دونحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه، وهذا الإتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا إتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته " .

وهذا النص يؤكد على أن الفسخ عقد لأن المشرع العراقي لا يفرق بن الإتفاق والعقد فكلاهما مفردتين مترادفتين[6]، وعُرف الفسخ بأنه : إتفاق الطرفين على أن يكون العقد مفسوخا تلقائياً إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ إلتزامه[7] .

وعُرف كذلك : بأنه إتفاق المتعاقدين على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من إلتزامات تعاقدية دون اللجوء إلى القضاء [8] .

وبما أن الفسخ إتفاق فهو عقد نستطيع أن نسميه (عقد الفسخ) تجوزاً، وتحت هذا المسمى يمكن تعريفه بأنه توافق إرادتين على إنهاء عقد بطريق مباشر إذا أخل أحد العاقدين بإلتزاماتهم الموثقة بينهما في العقد الملزم لكليهما.

وبتالي فلا يتحقق الفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد ولا في الإرادة المنفردة إنما هو عقد خاص في إطار إرادتين، هدفه ومهامه هو إنهاء العقود ، وأركان عقد الفسخ هي نفسها أركان أي عقد (الرضا والمحل والسبب)، وسنتكلم عن الطبيعة القانونية لعقد الفسخ هل هو عقد ممتد تابع للعقد الأصلي أم عقدٌ قائمٌ بحد ذاته في موضعه المحدد في هذا البحث .

ثانيا : حالات تحقق الفسخ .

يتحقق عقد الفسخ في أربع حالات متدرجة :

الحالة الأولى : الإتفاق بين العاقدين على أن يكون العقد مفسوخا عند إخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه وهذه الحالة لا تسحب من يد المتعاقد الآخر دفع دعوى الفسخ ولا الإنذار ولا سلطة القاضي بالتقدير.

الحالة الثانية : الإتفاق بين العاقدين على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وهذا الشرط يسلب السلطة التقديرية للقاضي مع بقاء دفع دعوى الفسخ والإنذار لإعذار المدين الذي أخل بإلتزامه، وأكدت المادة (582) من القانون المدني العراقي على الحكم ضمن أحكام عقد البيع[9].

الحالة الثالثة : الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى جكم فيقع الفسخ من تلقاء نفسه لمجرد الإخلال بالألتزام العقدي فيكون تبعا لذلك بالإضافة لسحب السلطة التقديرية للقاضي سحب دفع دعوى الفسخ ويبقى الإنذار فقط .

الحالة الرابعة : الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار[10] .وهذه الحالات الأربعة يتحقق فيها معنى العقد المفضي لإنهاء عقد في تطبيقه الأول وهو عقد الفسخ .

الفقرة الثانية : عقد الإقالة .
نصت م(181) من القانون المدني العراقي على انه " للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد إنعقاده" إن هذا النص يقرر أن الإقالة وجه من أوجه العقود وسنبين ذلك في الطبيعة القانونية للعقد المفضي لانهاء عقد وهنا سنتكلم عن تعريف الإقالة كعقد ثم نوضح شروط تحققها .
أولاً : تعريف عقد الإقالة :
أطلق على الإقالة تعابير عدة كالتقايل والتفاسخ ولكن المشرع إختار لفظ الإقالة متأثراًبالفقه الإسلامي الذي عرف الإقالة بتعاريف عدة ولكن التعريف الأنسب والأقرب لموضوعنا هو، الإقالة : رفع العقد السابق بلفظ[11] .وهذا التعريف للإقالة في الفقه الإسلامي وضعها في باب الإرادات القولية عندما رفع أو أنهى عقداً سابقاً بلفظ ، والإقالة تعد من التصرفات القولية يجعلها عقداً قائما بذاته ، والإقالة بهذا المعنى لا تكون ولا تقوم إلا بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين من المتعاقدين[12] .
ويمكن أن نعرف عقد الإقالة : بأنها إيجاب وقبول بين متعاقدين غايتهُ إنهاء العقد القائم .ووفق هذا التعريف فإن عقد الإقالة يعتبر عقد مفضياً لإنهاء عقد وسنبين لاحقا الطبيعة القانونية لهذا التطبيق والفرق بينه وبين الفسخ .
ثانياً : شروط تحقق عقد الإقالة .
بعد أن أعطينا تعريفا لعقد الإقالة نستنبط شروطها فيما يالي :
1- بما أن الإقالة عقد فيجب أن يتوفر فيه شروط العقد من الرضا والمحل والسبب والاهلية ، وهنا قد يثور تساؤل عن مدى كفاية الرضا القديم في العقد القائم لقيام عقد الإقالة؟ وما هو محله وسببه وما الاهلية المرجوة فيه ؟ وسنبين ذلك كله في المطلب الثاني من المبحث الثاني تحت عنوان العقد المفضي الممتد للعقد القائم وغير الممتد للعقد القائم .
2- يجب أن يكون العقد المنوي إنهائه صحيحا نافذا لازما، وهذا يُخرج العقود الصحيحة الموقوفة وغير اللازمة لان العقد الموقوف ينتظر الإجازة لكي يرتقي لمرتبة العقد الصحيح النافذ، أما العقد الصحيح النافذ غير اللازم فيستطيع أحد طرفيه أن يستقل بإنهائه بالإرادة المنفردة دون حاجة للعقد، والإقالة لا تكون إلا بعقد .

ا. ب. 2. الفرع الثاني

العقد المفضي لإنهاء عقد بشكل غير مباشر

قد يبرم المتعاقدان عقد حول موضوع معين ثما ما يلبثى أن يحولا هذا العقد من موضوع إلى موضوع أخر منهين بذلك العقد الأول، فمثلاً عقد إيجار منزل بين المؤجر والمستأجر هذا العقد يتحول إلى عقد بيع بين البائع (المؤجر) والمشتري (المستأجر) على المحل المأجورمنهين بذلك عقد الإجارة بعقد البيع، فيكون عقد البيع قد أدى دورين الأول هو إنهاء العقد القديم وهو (الإجارة) بشكلٍ غير مباشر بمعنى أن القصد هو إبرام عقد جديد وليس القصد إنهاء العقد كما هو الفسخ والإقالة والدور الثاني هو تغير مضمون العقد من إجارة لبيع ، وما يهمنا هنا هو الدور الأول اي إنهاء العقد القديم والحلول مكانه بطريق غير مباشر فيكسب عقد البيع في مثالنا هذا تسمية (العقد المنُهي غير مباشر) .
ولهذا التطبيق صور كثيرة لا تعد لكثرة العقود وإتساعها وإستبدلها بمشئة المتعاقدين وتوافق إراداتهم، وهذا التطبيق يشابه إلى حد ما نظرية تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إذا قبل أركان هذا العقد وتوافق معه، وكذلك العقد المفضي لإنهاء عقد قد ينتهي ويتحول بإرادة المتعاقدين لا لإن أركانه ليست صحيحة كما العقد الباطل، ولكن ليتحول المتعاقدان إلى عقد أخر بمشئتهم .
وشروط تحقق العقد المفضي لإنهاء عقد بشكل غير مباشر هي :

1- أن تتفق إرادة المتعاقدان على إبرام عقد جديد لا يمكن أن ينشئ بدون إنهاء العقد القديم، فإن لم ينتهي العقد القديم فلا نسمي عقد البيع في المثال السابق عقدا مفضياً لإنهاء عقد بشكل غير مباشر ففي المثال السابق لو كان البيع والشراء بين المستأجر والمؤجر على محلٍ غير المأجور فهنا لان تنتهي الإجارة بعقد أخر لأن محل العقد الجديد ليس المأجور .
2- أن ينتهي العقد القديم بشكل كامل دون تجزئة ، ففي مثالنا التقليدي آنفا لو تم البيع على جزء من المأجور وبيقي الجزء الآخر فعقد الايجار ما زال قائم ولم ينتهي .
3- أن يكون إنهاء العقد غير مباشر بمعنى أن لا يكون القصد هو إنهاء العقد وإلا كنا إزاء فسخ أو إقالة حسب احوال العقد، إنما يجب أن يكون السبب هو إبرام عقد جديد يحل محل العقد القديم وينهيه تلقائياً.

II. المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للعقد المفضي لإنهاء عقد واثاره

بعد أن تعرفنا على العقد المفضي لإنهاء عقد وحددنا تطبيقاته، نُعرج في هذا المبحث على طبيعته وآثاره وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتحدث في المطلب الأول عن الطبيعة القانونية للعقد المفضي لإنهاء عقد وفي المطلب الثاني عن الأثار التي يرتبها .

أ. المطلب الأول

الطبيعة القانونية للعقد المفضي لإنهاء عقد

لتحديد طبيعة أي شيء أهمية في معرفة أثاره، ومعرفة طبيعة العقد المفضي لإنهاء عقد هي طريق لتحديد آثار هذا العقد، ومكمن الجدل حول طبيعة هذا العقد ما إذا كان عقدا باطناً تابعاً للعقد المنهي، أم عقد ظاهر له أركانه الخاصة به متفردا عن العقد المنهي، ولمعرفة ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول نرزمه للحديث عن العقد الممتد التبع (العقد الباطن) ، والفرع الثاني نرزمه للعقد الجديد غير التابع .

II. أ. 1. الفرع الأول

العقد الممتد التابع .

بتقليب تطبيقات العقد المفضي لإنهاء عقد نجد أن عقد الفسخ أول صورة من صور العقد الممتد التابع وقبل أن ندخل في تكييفه بهذه الصورة نأخذ نبذه عما درج عليه الفقه في تكييف الفسخ ثم نحدد الطبيعة القانونية له وفق بحثنا هذا مع سياق الإدلة .
إنقسم الفقه في بيان تكييف الفسخ بين عدة أراء فالرأي العتيق الذي نادى به الفقه الفرنسي أن الفسخ هو شرط ضمني في العقود الملزمة للجانبين [13]، ولم يؤيد الفقه الحيث هذا الرأي[14] لأسباب ليس مجال ذكره في هذا البحث وهناك من يرى أن الفسخ حق فعرفه بأنه حق كل متعاقد أن يطلب فسخ العقد لعد تنفيذ المتعاقد الاخر إلتزامه [15] وإن كنا نؤيد هذا الرأي إلا أن موضوع بحثنا يأخذ منحاً أخر حيث أن الفسخ هو عقد باطن تابعٌ للعقد المنتهي ومنفردٌ عنه في نفس الوقت، بمعنى أن التبعية للعقد المنتهي هي تبعية موضوع فقط أي أنه يُنهي موضوع العقد وينتهي معه، ولكنه يتفرد عن العقد المنتهي، وهنا يسأل سائل أين التبعية وأينالتفرد ؟ والجواب يكون على شقين :
الشق الأول التفرد : يكون التفرد في الفسخ بوجود الاردات الجديدة في الفسخ فنعتبره عقداً متفرداً عن العقد المنتهي، إن الفسخ يعد عقدا لأن إمتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزامه يعد بمثابة تعبير ضمني عن إتجاه إرادته لإنهاء العقد وهذه هي الإرادة الأولى المتمثلة بالإيجاب الضمني أو التعبير الضمني عن الإرادة وتمسك المتعاقد الآخر بخيار الفسخ وهو بمثابة قبول على إنهاء العقد وبما أن الإرادة إتجهت لإحداث اثر

متمثل بإنهاء الإلتزام فإن الفسخ يعد عقدا بالمعنى الفني الدقيق ويندرج ضمن العقد المفضي لإنهاء عقد .
الشق الثاني التبعية : وتبعية عقد الفسخ للعقد المنتهي تظهر في إطار الأهلية حيث أن المتعاقد الممتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا ما تعرض لعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته ، أو تعرض لعيب من عيوب الإرادة كالإكراه والتدليس هل نأخذ بالإرادة من وقت إبرام العقد المنتهي ، أم بالارادة في عقد الفسخ المتمثلة بالإمتناع عن التنفيذ والتي إعتبرناها بمثابة (تعبير ضمني عن إنهاء العقد)، والراي هنا أن نأخذ أولا بإرادة العقد المنتهي فلا ينفسخ العقد لأن الإرادة الأولى ما زالت فاعلة وعاملة لم يشبها شائبة أما الإرادة المحدثة (ارادة الفسخ) فقد إعتراها ما يعطلها أو يوقفها، من هذه النقطة يظهر جلياً تبعية عقد الفسخ للعقد المنتهي وكل ذلك يرجع لتقدير القاضي وترجيحه .
نستنتج مما سبق أن عقد الفسخ كتطبيق للعقد المفضي لإنهاء عقد ولكنه يعد عقد ممدا تابع للعقد المنتهي .

II. أ . 2. الفرع الثاني

العقد الجديد غير التابع

بعد أن بينا بأن العقد الممتد التابع للعقد المنتهي ينحصر في عقد الفسخ بقي أن نتكلم عن العقد الجديد غير التابع والذي يظهر في تطبيقين إثنين ألا وهو عقد الإقالة والعقد المُنهي غير المباشر
اولا: التكييف القانوني لعقد الإقالة .
إتفق أغلب الشراح على أن الإقالة عقد كسائر العقود [16] ، يستوجب فيه إيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي [17]، وهذا الإتفاق كان مسايرتاً لنصوص القانون في إطار أن الإقالة عقد في مواجهة الغير من أجل حماية هولاء حسني النية، بيد أنهم إفترقوا في وصفه عقدا أم لا في طرف المتعاقدين، والراي الذي نميل إليه أن عقد الإقالة عقدٌ من حق المتعاقدين وفي مواجهة الغير [18] وذلك لأن الإتفاق الذي أُبرم بينهما كان محلهُ إنهاء العقد والإنهاءُ يُعد من صور إحداث الأثر المتمثل بإنهاء إلتزام، على أن الإقالة في شق منها تعد عقدا ممتدا للعقد المنتهي فمثلا إذا كان يقتضي العقد المنتهي شكلا معيناً ،كما في الرهن او البيع الوارد على عقار فإن الإقالة يجب أن تتم بنفس تلك الشكليات، فيسجل التقايل كما يسجل العقد الأصلي [19] ولكن هذه التبعية شكلية أي في الشكليات فقط أما في الموضوع فإنها تختلف عنها وبذلك فإن عقد الإقالة يختلف عن عقد الفسخ، حيث أن الإيجاب والقبول يشترط فيه ما يشتر في العقد المنتهي كما يجب أن تتوفر صحة الرضا واتحاد المجلس وتقابض بدل الصرف وأن يكون المبيع قائما وقت الإقالة وكل ذلك يجعل عقد الإقالة عقداً جديداً غير تابع للعقد المنتهي وتطبيقاً سليماً للعقد المفضي لإنهاء عقد .
ثانياً : التكييف القانوني للعقد المُنهي غير المباشر .
تعرفنا فيما سبق أن هناك عقوداً يكون هدفها ليس إنهاء العقد بل إبرام عقد قائم بحد ذاته كإتفاق المستأجر مع المؤجر على شراء المأجوركما تعرفنا على شروطه وأن هدف هذا العقد ليس أنهاء العقد بشكل مباشر كما هو عقد الفسخ وعقد الإقالة، ولا جدال على أن العقد الجديد (البيع) في مثالنا يعد عقد جديد قائماً بحد ذاته ليس له علاقة ولا رابطة بالعقد المنتهي (الإجارة) في مثالنا وبتالي فإنه يعدُ عقداً جديداً غير ممتد منهي للعقد القديم المنتهي بشكل غير مباشر .

II. ب . المطلب الثاني

الآثار القانونية للعقد المفضي لإنهاء عقد
بعد أن ينشأ العقد المنهي فإنه يولد آثار تترتب على العقد الذي حكم بإنتهاء والذي أسميناه بالعقد المنتهي، بالإضافة إلى آثار تتولد على العقد المُنهي ذاته، وهذا ما

سنتعرف عليه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ندرج الكلام في الفرع الأول عن أثر العقد المُنهي على العقد المنتهي، والفرع الثاني أثر العقد المُنهي على ذاته .

II. ب. 1. الفرع الأول

اثر العقد المنهي على العقد المنتهي

يؤثر العقد المُنهي على العقد المنتهي بإحداث أثر الإنهاء حسب تطبيق العقد المُنهي، إذا ما كان عقد فسخ أو عقد إقالة أو عقد منهي بشكل غير مباشر وسناخذها تباعً .

اولاً : أثر عقد الفسخ على العقد المنتهي .

يتميز عقد الفسخ بما يتميز به العقد الباطل[20] من إكتسابه (حكم الأثر الرجعي) والذي يعرف بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد أو قاعدة زوال الحقوق [21] ، ووجوب الرجوع على ما نفذ ورد ما قبض فيرد المبيع بثمراته والثمن بفوائد[22]هوهذا ما أكدت عليه م(180) من ق م ع، وعليه فإن الاثر الرجعي للفسخ يؤكد الاثر المباشر المنهي على العقد المنتهي سواء أكان على المتعاقدين أو المعقود عليه أو حتى الغير.

ولكن حكم الأثر الرجعي ترد عليه إستثناءات :

الاستثناء الأول : على طبيعة المعقود عليه، فإن حكم بفسخ العقد وتعذر تفعيل الاثر الرجعي بأن كان المعقود عليه من عقود العمل كإقامة بناء او تشييد دار أو غرس غراس فإنه يحكم بالتعويض لصعوبة رد المعقود عليه إلى أصله لأنه تحول من صفة إلى صفة من منقول الى عقار أو بالعكس كقبض الثمارأو لأن إعادته توقع ضرر جسيماً أو خسارة فادحة في هذه الحالة يتوقف أثر زوال الحقوق التي يقررها عقد الفسخ ويُصار إلى التعويض .

الاستثناء الثاني : على المتعاقدين، فإذا فُسخ عقدٌ من العقود التي بذل الشخص فيه الوسيلة أو العناية كطبيب أدى نصف الفحص أو محامٍ ترافع لمرة واحدة وبقيت مرافعات أخرى فإن إعادة الحال تكون مستحيلة فيصار الىً التعويض .

وبشكل عام فإن عقود المدة التي يعتبر الزمن عنصرا جوهريا كالايجار التي تتحق في المنفعة يستعصي عليها الاثر الرجعي فلا تسري عليها قاعدة زوال الحقوق[23]

الإستثناء الثالث : على الغير، يستثنى منها العقود المبرمة بحسن نية، وقاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية بحسن نية وسبب صحيح [24]

ثانيا : أثر عقد الإقالة على العقد المنتهي .

بعد أن وضحنا أن الطبيعة القانونية لعقد الإقالة أنه عقد جديد في حق المتعاقدين وفي حق الغير مخالفين ماذهب إليه المشرع في نص م(180) وأن أثره مباشر على العقد المنتهي فإنه يكتسب نفس أحكام عقد الفسخ من ناحية الاثر الرجعي ، والاستثناءات الثلاثة التي سقناها آنفا .

ثالثاً : اثر العقد المنهي غير المباشر على العقد المنتهي .

يختلف العقد المُنهي غير المباشر عن عقدي الإقالة والفسخ في أن هدفه إنهاء عقد بشكل غير مباشر دون أن يرتب أثرا رجعياً يزيل فيه الحقوق السابقة للعقد المنتهي ويعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ولذلك فإن آثار العقد القديم قد تبقى معلقة أو مقترنة بالعقد الجديد فهي تنتهي في شق منها مع بقاء أخر فإذا إتفق معير ومستعير إلى تحويل جزء من الشيء المعار إلى عقد هبة فإن شقا من عقد الإعارة ينتهي دون ترتب الاثر الرجعي ويتحول لعقد هبة، بيد أن الجزء الأخر يبقى معارً وتسري عليه أحكام الإعارة .

II.ب. 2. الفرع الثاني
اثر العقد المنُهي على ذاته

بينا أثر العقد المنهي على العقد المنتهي عند فسخه أو إقالته أو عقد منهٍ عليه، ولكن السؤال الذي يطرح هنا عن أثر العقد المنهي على نفسه؟ وللجابة على ذلك ننتظر في تطبيقات العقد المفضي لإنهاء عقد ما إذا كان مباشرا أم غير مباشر.

اولا: اثر عقد الفسخ ولإقالة على ذاته .

يمتاز عقد الإقالة والفسخ بشبههما الكبير رغم إختلافهما في الإسلوب[25]، فإسلوب عقد الفسخ يتمثل بإمتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزامه ، وهذا الإمتناع كيفناه على أنه (تعبير ضمني عن الإرداة لإنهاء العقد يمثل الإيجاب)، في الطرف المقابل ووفق قاعدة إرتباط الإلتزامات مستبعدين نظريف السبب التقليدي، فإن المتعاقد الأخر يمتنع أيضا من جانبه عن تنفيذ إلتزامه وهذا الإمتناع كيفناه بانه (تعبير ضمني عن الإرداة لإنهاء العقد يمثل القبول) فينشأ تبعا لذلك عقد الفسخ، وأما اسلوب عقد الإقالة فيكون بتعبير واضح جلي على إنهاء العقد دون أن يعدل أحد عن تنفيذ إلتزامه وهذا ما وضحناه في الطبيعة القانونية للعقد المفضي لانهاء عقد، ويتشابه كلايهما فيما عدا ذلك فلا يوجد زمن بين نشوء عقد الفسخ وإنتهائه لإنهُ نشأ ليُنهي عقداً وينتهي معه فأثره يكون مباشراً وتلقائي بلا زمن أو مدة وهذا يسري على عقد الإقالة أيضا فما يلبث أن ينشأ عقد الإقالة حتى يُنهي عقاً وينتهي معه وكل ذلك تطبيقا لإحداث الاثر المتمثل بإنهاء الإلتزام .

ثانيا : اثر العقد المنهي غير المباشر على ذاته.

يُعد العقد المنهي غير المباشر عقد فعلي ومسمى حسب العقد المراد إبرامه، فهو عقدٌ ينهي عقداً ثم ينشأ بعدها وبتالي فإن العقد المنهي غير المباشر لا يمكن أن يرتب آثاره كعقد مسمى إلا بعد إنها العقد المنتهي، ولكن هذا الإنتهاء للعقد يكون وديعاً بمعنى أنه لا يرتب ما يرتبة عقد الفسخ والإقالة من أثر رجعي فيعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويزيل الحقوق، فالعقد المُنهي هو أشبه بالوفاء من ناحيه الأثر، وبعد إنهاء العقد القديم يقوم العقد الجديد وهذا تطبيق للعقد المفضي لإنهاء عقد بصورة غير مباشر .

الخاتمة :بعد أن تعرفنا على مفهوم العقد المفضي لإنهاء عقد نبين النتائجة والتوصيات التالية :

النتائج :

1- لم نجد في نصوص القانون المدني العراقي تعبيراً عن العقد المفضي لإنهاء عقد وإن وجدنا تطبيقاته الثلاث وهي عقد الفسخ والإقالة والعقد المنهي للعقد المنتهي بشكل غير مباشر .

2- عالج المشرع العراقي الفسخ والإقالة في باب إنتهاء العقد، ولكن هذه المعالجة لم تكن موفقة بل كانت إستنساخا لما سار عليه القانون الفرنسي وتابعه القانون المصري .

3- جعل المشرع العراقي الطبيعة القانونية للفسخ في إطار نظرية الإرتباط بين الإلتزامات المتقابلة مستبعدا بذلك نظرية السبب التقليدي، وهذا مسار منتقد لأننا نرى أن الفسخ عقد وبينا ذلك في البحث .

4- أعطى المشرع العراقي التكييف القانوني للإقالة على أنها فسخ في حق المتعاقدين وعقد جديد في حق الغير، وهذا ميلك منتقد لأن الإقالة عقد لا يمكن تجزءة سريانه في

حق المتعاقدين عن حق الغير وبالتالي فإن الإقالة عقد في حث المتعاقدين وفي حق الغير .
5- حكم المشرع العراقي بالأثر الرجعي للفسخ والإقالة مع إستثناءات أوردها لضمان إستقرار المعاملات وهذا طريق يمدح في المشرع .
6- لم يعالج المشرع العراقي العقد المنهي لعقد بشكل غير مباشر رغم أهمية هذا النوع من العقود للأثار التي تختلف عن الفسخ والإقالة .

التوصيات :
1- نوصي المشرع العراقي بإضافة تقسم للعقود مع التقسيمات التي أوردها وهو تقسيم العقود من حيث الهدف إلى عقود مفضية لإنهاء عقود وعقود مفضية لإنشاء عقود .
2- نود من المشرع أن يستوضح الطبيعة القانونية للإقالة والفسخ ويجعلهما في باب تكييف العقود .
3- نوصي الفقه القانوني أن يجري الافكار والبحوث حول هذا الموضوع لأهميته على الصعيدين العلمي والعملية .

المصادر :

1. د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط1 ، اربيل ، دار ئاراس للطباعة والنشر ، 2006 .
2. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الإلتزام ، ط1 ، الاسكندرية ، مكتبة الوفاء القانونية ، ص80
3. شباطة فريد ، الفسخ الإتفاقي في القانون المدني الجزائري ، جامعة اكلي محند اولحاج ، الجزائر ، 2013 .
4. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج/1 ، بيروت ، لبنان، دار إحياء التراث العربي .
5. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، ج/1 ، 1990 .
6. عبدر الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج6 ، ط1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان .
7. علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ط8 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2008 .
8. محمد قدري باشا ، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، ط 2، مصر ، المطبعة الكبرى الأميرية ، 1891.
9. مصطفى إبراهيم الزلمي ، الكامل في الشريعة والقانون الإلتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، ج/6 ، ط1 ، احسان للنشر والتوزيع ، 2014 .
10. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج5 ، ط2 ، دمشق سوريا ، دار الفكر، 1985 .

القوانين :

1- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
4- القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم وفي الأمر 75- 85 في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 .

الهوامش:

1)عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، ج/1 ، 1990 ، ص20 .

2) محمد قدري باشا ، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، ط 2، مصر ، المطبعة الكبرى الأميرية ، 1891، ص43 .

3) د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط1 ، اربيل ، دار ئاراس للطباعة والنشر ، 2006 ، ص38 .

4)عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج/1 ، بيروت ، لبنان، دار إحياء التراث العربي ، ص137 .

5)هناك بعض الشروط الفنية الأخرى للعقد لا مجال لذكرها في هذا البحث وللإستزادة راجع ، السنهوري ، المصدر نفسه ، ص138 وما بعدها .

6)السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص43 .

7) مصطفى إبراهيم الزلمي ، الكامل في الشريعة والقانون الإلتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، ج/6 ، ط1 ، احسان للنشر والتوزيع ، 2014 ، ص114

8)علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، في القانون المدني الجزائري ، ط8 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2008 ، ص107

9) م(582) ((إذا إشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد إنقضاء الميعاد ما دام لم يعذر، إلا إذا نص في العقد على أن الفسخ يقع دون إعذاره وفي كل حال لا يجوز أن تمنح المشتري إلى أجل))

10)منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص242 وما بعدها .

11)وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المصدر السابق ، ص325 .

12)منذر الفضل ، المصدر نفسه ، ص247 .

13)السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص698.

14)عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص174

15)سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الإلتزام ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونينة ، الاسكندرية ، ص80

16)عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام، المصدر السابق ، ص186 . .

17)السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص690 .

18)منذر الفضل ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص248 .

19)عبدر الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج6 ، ط1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ص244 .

20)م(138) ق م ع حيث أن حكم العقد الباطل "بأنه لا ينعقد ولا يفيد الإنعقاد فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد"

21)عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص185 .

22)السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، 709 .

23)سمير تناغو ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص193

24)عبد المجيد الحكيم، المصدرالسابق ، ص185 .

25) شباطة فريد ، الفسخ الإتفاقي في القانون المدني الجزائري ، جامعة اكلي محند اولحاج ، الجزائر ، 2013 .ص65 .