

مجلة الكندي

مجلة قانونية - دراسة تخصص بنشر الأبحاث والدراسات القانونية والقانونية المعاصرة



مجلة الكندي

دراسات قانونية بنشر الأبحاث

العدد السابع - السنة الأولى - المجلد الأول / صفر ١٤٤٧ الموافق تموز ٢٠٢٥

توجه جميع المراسلات إلى رئيس التحرير على العنوان التالي:

مجلة الكندي - أربيل - العراق

تلفون: +964 750 010 0017

البريد الإلكتروني: info@alkindijournal.com

تتوفر نصوص البحوث كاملة لدى:

الموقع: alkindijournal.com

مجلة الكندي

مجلة قانونية سياسية تختص بنشر الأبحاث والدراسات القانونية والدولية المعاصرة



مجلة الكندي

دراسات قانونية برؤية مستقبليّة

رئيس التحرير:

أ.د. مالك دحام متعب حمادي الجميلي
جامعة المشرق - العراق

مدير التحرير:

أ.د. أحمد سمير محمد ياسين الجبوري
جامعة كركوك - العراق

هيئة التحرير:

- | | |
|------------------------------|---|
| أ.د. رشيد مجيد محمد الربيعي | أ.د. عصمت عبد المجيد بكر |
| جامعة بغداد-العراق | أستاذ قانون محاضر في عدد من الجامعات-العراق |
| أ.د. بشير سعد زغلول | أ.د. عمر محمد شحادة |
| جامعة قطر - قطر | الجامعة اللبنانية - لبنان |
| أ.د. محمد حمد مصطفى القطاطشة | أ.د. محمد رياض دغمان |
| الجامعة الأردنية - الأردن | الجامعة اللبنانية - لبنان |
| د. محمد بن طريف | د. رواد غالب سليقة |
| جامعة عمان العربية - الأردن | جامعة بيروت العربية - لبنان |
| أ.د. وسام حسين غياض | د. عمار ممدوح البيك |
| الجامعة اللبنانية - لبنان | جامعة حلب - سورية |
| أ.م.د. مروان عامر نصيف جاسم | أ.د. حسن فضالة موسى حسن التميمي |
| جامعة تكريت - العراق | الجامعة العراقية - العراق |
| | أ.د. أحمد نوار نصيف |
| | جامعة تكريت - العراق |



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية سياسة النشر

تُعنى مجلة الكندي بمشاركات الأبحاث الرصينة والدراسات والتعليقات على الأحكام القضائية وملخصات رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه والتقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات وعرض الكتب الجديدة ومراجعتها باللغة العربية والإنكليزية، كما تدعوكم المجلة للتفاعل معها وإغناء الأعداد الصادرة عنها وفق سياسة النشر الخاصة بها والمتمثلة بالآتي:

- 1- مجلة الكندي هي مجلة دورية تصدر شهرياً عن دار هاتريك للنشر والتوزيع في أربيل-العراق.
- 2- المجلة مختصة بنشر أبحاث العلوم الإجتماعية (القانونية والسياسية والاقتصادية)، أو عرض رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه، أو التعليقات على الأحكام القضائية، أو التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات، أو عرض الكتب الجديدة ومراجعتها في العلوم القانونية والسياسية وباللغتين العربية والإنكليزية.
- 3- تحتفظ المجلة بحقوق النشر والطبع كافة، كما تعبر جميع آراء المؤلفين الواردة في البحث أو المادة العلمية عن وجهة نظرهم، ولا تُعدُّ المجلة مسؤولة عنها، استناداً لمبدأ استقلالية الرأي، وتلتزم المجلة بالحفاظ على حقوق الملكية الفكرية للمؤلفين..
- 4- المجلة غير ملزمة برد أصول البحوث أو التعليقات على الأحكام القضائية أو ملخصات الكتب ورسائل الماجستير أو أطاريح الدكتوراه سواء نشرت أم لم تنشر، مع خصم جميع المصاريف في حال عدم النشر.
- 5- تكون الأولوية بالنشر حسب الأسبقية بالحصول على قبول نشر للبحوث، وفي حال رغبة الباحث بالنشر المستعجل يستوفى مبلغ إضافي على أجور النشر النهائية للبحث، طبقاً لما متاح على موقع المجلة الإلكتروني.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

6- يشترط بالمادة العلمية المراد نشرها بالمجلة، أن لا تكون قد سبق نشرها في مجلة أو دورية أو مؤتمر علمي، بتعهد يقدمه الباحث، وبخلافه يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والمالية كافة.

7- يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه أو مادته العلمية إلى أي جهة أخرى لغرض النشر، حتى يصله رد المجلة بصلاحيته بحثه أو مادته العلمية للنشر من عدمه خلال مدة شهرين من تاريخ استلام المجلة للبحث أو المادة العلمية، وبخلافه تحتفظ المجلة بحقوقها القانونية والمالية كافة.

8- يتعين على الباحث أن يلتزم بشروط وأسلوب النشر المعتمد من المجلة والمتاح على موقع المجلة الإلكتروني ([https:// alkindijournal.com](https://alkindijournal.com))، وبخلافه لا تتحمل المجلة مسؤولية التأخر بقبول أو نشر البحث أو المادة العلمية.

9- يجب على الباحث مراعاة الأمانة العلمية في البحث العلمي والدراسة الأكاديمية وفي مقدماتها أخلاقيات البحث العلمي وبنود لجنة أخلاقيات النشر (Committee On Publication Ethics) مثال ذلك، توثيق المراجع والمصادر والنصوص القانونية والعلمية ومراعاة الموضوعية والمنهجية في الكتابة، وبخلافه يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والإدارية والمالية الكاملة عن أي انتهاك أو تجاوز لهذه الأخلاقيات طبقاً للقوانين والتعليمات الوطنية أو الدولية.

10- تخضع جميع البحوث العلمية المراد نشرها بالمجلة لتدقيق نسبة الانتحال (turnitin) ضماناً لعدم نشر البحوث مسروقة النص جزئياً أو كلياً، وبخلافه يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والمالية والإدارية الكاملة.

11- تخضع المادة العلمية التي تنشرها المجلة للتحكيم الشفاف والمراجعة العلمية المتخصصة (Peer-reviewed process) فضلاً عن التدقيق اللغوي (لغة العربية واللغة الإنكليزية)، ويكون للمجلة صلاحية الموافقة على النشر فيها من عدمه استناداً إلى الآراء الأولية لهيئة تحرير المجلة أو آراء المحكمين المتخصصين.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

13- يمنح كل باحث نسخة ورقية من العدد المنشور فيه بحثه، فضلاً عن نسخة مستلة عن بحثه، ولا تتحمل المجلة أجور إرسال النسخة الورقية للباحث.

14- تعمل المجلة وفق آلية وسياسة النشر المفتوح (Open Access).

15- تلتزم المجلة بمنح الباحث قبول النشر حين استكمال جميع المتطلبات على أن يذكر فيه المجلد والعدد وسنة النشر. باستثناء البحوث المستلة من رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه.





احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية آلية نشر البحث

1. يتولى رئيس تحرير المجلة استلام البحوث المقدمة للنشر في مجلة الكندي مع الاستمارة المخصصة لطلب النشر والتي تشتمل على (طلب النشر، التعهد، التخويل)، والمنشورة على موقع المجلة الرسمي بعد التأكد من أن موضوع البحث ضمن اختصاص المجلة كون المجلة متخصصة في العلوم الاجتماعية (قانون، سياسة، اقتصاد).
2. القيام بإجراءات فحص نسبة الاستلال للبحث باستخدام برنامج (Turnitin) المعتمد من قبل الوزارة للبحوث المقدمة قبل إرسالها إلى المقيمين العلميين، لمعرفة نسبة مطابقته للمعايير المطلوبة، ولا تعالج أي محتويات استلال، وإن كان البحث يحتوي على أكثر من (20%) من الاستلال للبحث كله، فسوف تعيد المجلة إرسال البحث إلى الباحث لمراجعته ولن يقبل البحث حتى معالجة الاستلال.
3. إحالة البحوث المقدمة للنشر من قبل رئيس التحرير إلى أعضاء هيئة تحرير المجلة ممن يتطابق اختصاصه مع تخصص البحث المقدم للنشر.
4. تتولى هيئة تحرير المجلة تدقيق البحوث المقدمة للنشر ومن ثم ترشيح الخبراء المختصين لتقويم البحوث، على أن يتم مراعاة اللقب العلمي والتخصص الدقيق لكل من الخبير العلمي والباحث.
5. إحالة البحوث مع أسماء الخبراء المرشحين من قبل هيئة التحرير إلى مدير التحرير، ليتولى مدير التحرير إحالة البحوث إلى الخبراء المختصين في ضوء



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

قرار هيئة التحرير، ومتابعة إجاباتهم في ضوء المدة القانونية المقررة للتقويم وخلال مدة أقصاها (14) أربعة عشر يوماً، وفق استمارة التقويم المعدة لهذا الغرض، مع ضمان السرية الكاملة لعملية التحكيم والمتعلقة بهوية الباحث أو الباحثين.

6. تحتفظ هيئة التحرير بحقها بإجراء التعديلات الشكلية واللغوية اللازمة.
7. لا ترد البحوث لأصحابها سواء قبلت النشر أم لم تقبل.
8. تنتقل حقوق الطبع للبحث ونشره إلى المجلة عند إخطار صاحب البحث بقبوله النشر، ولا يجوز النقل عنه إلا بالإشارة إلى مجلتنا، ولا يجوز لصاحب البحث أو إلى جهة أخرى إعادة نشره في كتاب أو صحيفة أو دورية إلا بعد استحصال موافقة خطية من رئيس التحرير.
9. تحتفظ هيئة التحرير بحقها في أولوية النشر في كل ما يردها من موضوعات وتأخذ بنظر الاعتبار توازن المجلة والأسبقية في تسليم البحث معدلاً بعد التقويم واعتبارات أخرى، ويخضع ترتيب البحوث في العدد الواحد للمعايير الفنية المعتمدة في خطة التحرير.
10. بعد إعادة السادة المقومين لاستمارة التقويم، يتم الإطلاع عليها لمعرفة مدى مقبولية البحث للنشر، فضلاً عن إرسال الملاحظات المثبتة عليه للباحث.
11. يتولى الباحث القيام بإجراءات التعديلات اللازمة على بحثه وإعادة إرساله للمجلة لغرض التدقيق، لتتولى المجلة مراجعة البحث للتأكد من قيام الباحث



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

بإجراءات التعديلات المطلوبة، على أن يتم القيام بجميع الإجراءات السابقة بمدة أقصاها ثلاثة أشهر .

12. يتم إرسال القرار النهائي للباحث سواء أكان بقبول نشر البحث أم رفض النشر موثق من قبل رئيس تحرير المجلة.

13. إحالة البحث المُقيم علمياً إلى المقوم اللغوي لتدقيق سلامة اللغة، بعد حصوله على قبول للنشر .

14. يتم تزويد الباحث بنسخة ورقية ومستلة من العدد المنشور فيه بحثه.

15. المراسلات المتعلقة بالمجلة تتم عبر عنوان البريد الإلكتروني للمجلة: info@alkindijournal.com.

16. تلتزم المجلة بجميع الضوابط الصادرة من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/ دائرة البحث والتطوير الخاصة بالمجلات العلمية.

17. تؤكد هيئة التحرير على ضرورة الالتزام بالبحث الموضوعي الحر الهادئ البعيد عن كل أشكال التهجم أو المساس بالرموز والشخصيات. وتتأى عن نشر الموضوعات التي تمس المقدسات أو تلك التي تدعو إلى العصبية الفئوية والطائفية وكل ما يوجب الفرقة ويهدد السلم المجتمعي.



"الأحكام القانونية لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة"

وسام جعفر فرحان - طالب دكتوراه في القانون العام - الجامعة الإسلامية في لبنان

الأستاذ / الدكتور عصام مبارك - أستاذ في القانون الإداري في الجامعة الإسلامية





احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

المستخلص:

البحث يتناول موضوع "الأحكام القانونية لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة"، حيث يقدم تحليلاً شاملاً للقواعد والأسس القانونية المتعلقة بإنهاء العقود من قبل إحدى الأطراف بموجب إرادتها الفردية. يستعرض البحث أنواع الأحكام القانونية المختلفة التي تمكن الطرف من إنهاء العقد بموجب إرادته الفردية، مثل الفسخ والإلغاء والتنازل.

يتناول البحث الشروط والضوابط القانونية التي يجب توافرها لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، بما في ذلك الإشعار المسبق والحد الأدنى لمدة الإشعار، إن وجد، والتزام الطرف بتعويض الأطراف الأخرى عن الخسائر المحتملة. بالإضافة إلى ذلك، يناقش البحث العوامل التي قد تؤثر على صحة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مثل الغرض من العقد والتصرفات السابقة للأطراف. كما يستعرض البحث التطورات القانونية الحديثة في هذا المجال وتأثيرها على الحقوق والالتزامات المترتبة على الأطراف.

وفي الختام، يسلط البحث الضوء على أهمية فهم الأحكام القانونية المتعلقة بإنهاء العقود بالإرادة المنفردة وتأثيرها على العلاقات التجارية والتعاقدية، مع تقديم التوجيهات والنصائح للأطراف للتعامل مع هذا النوع من الحالات بشكل فعال ومنظم.

الكلمات المفتاحية:

إنهاء أحادي، التزامات عقدية، أحكام قانونية، فترة الإشعار، التعويض.



Abstract:

The research addresses the topic of "Legal Provisions for Unilateral Termination of Contracts," providing a comprehensive analysis of the legal rules and principles related to the termination of contracts by one party based on their unilateral will. The study reviews various legal provisions that enable a party to terminate the contract based on their individual will, such as termination, cancellation, and waiver.

The research discusses the legal conditions and constraints that must be met for the unilateral termination of the contract, including prior notice and minimum notice periods, if any, as well as the obligation of the terminating party to compensate the other parties for potential losses.

Additionally, the research discusses the factors that may affect the validity of the unilateral termination of the contract, such as the purpose of the contract and the prior actions of the parties. It also reviews recent legal developments in this field and their impact on the rights and obligations of the parties involved.

In conclusion, the research emphasizes the importance of understanding the legal provisions related to the unilateral termination of contracts and their impact on commercial and contractual relationships. It provides guidance and



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

المقدمة

يُعد العقد من أهم المصادر المنشئة للالتزامات وأكثرها شيوعاً في التعامل ومن بعده تبدأ سعة المصادر الأخرى بالانكماش الى أن تقع الإرادة المنفردة في ذيل هذه المصادر فهي الأقل شيوعاً والأضيق قدرة بين المصادر الأخرى على إنشاء الالتزام، وذلك لتقييدها بالقانون فهي لا تملك الحرية في إنشاء الالتزام مالم يسمح لها القانون بذلك (1).

وقد كان هذا التقييد وليد مخاض بين النظرية الفرنسية القائمة على النزعة الشخصية في الالتزامات والتي لا تعطي الإرادة المنفردة أي دور في إنشائها وبين النظرية الألمانية التي تعتمد مفهوماً مادياً للالتزام فتطلق يد هذه الإرادة في إنشاء الالتزامات دونما تقييد، وقد دفعت هذه التجاذبات الفكرية بين النظريتين معظم التشريعات الحديثة ومنها القانونين العراقي واللبناني الى اعتماد موقف وسطي وذلك بمنح الإرادة المنفردة رخصة إنشاء الالتزامات، لكن في الحدود التي يسمح بها القانون بحيث لا تكون هذه الإرادة بديلاً للعقد في أداء هذه الوظيفة وإنما تكون هذه الرخصة في الحالات التي فيها فائدة من جعل الالتزام وليد الإرادة الواحدة ذلك أن اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام يفسر بعض الأوضاع

(1) عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحث الشخصي في القانون الوضعي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص21.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

القانونية التي لا يمكن تفسيرها بغير هذه الإرادة كالوعد بجائزة، والإيجاب الملزم وتحرير العقار المرهون⁽²⁾.

والقاعدة أن العقد لا يجوز إنهاؤه بإرادة منفردة، أي بأرادته أحد أطرافه استناداً الى القاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا انه توجد حالات استثنائية، يجوز فيها الإنهاء بالإرادة المنفردة وهي إذا وجد شرط في العقد يجيز لأحد المتعاقدين إنهاء العقد بإرادته، كما في عقد الإيجار يجوز أن يعقد العقد لمدة ست سنوات مثلاً، على أن يكون لكل من المؤجر والمستأجر، كل سنتين، مثلاً، الحق في إنهاء العقد بإرادته.

حيث إن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة يسمح لأحد طرفي العقد بإنهاء العقد بإرادته المنفردة، كجزاء لإخلال الطرف الآخر بالتزامه، وذلك دون استلزام اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ واستصدار حكم به، ودون اتفاق مسبق على ذلك، وقد يبدو المبدأ المتقدم متعارضاً مع المبادئ والمفاهيم القانونية المستقرة، وهي على وجه التحديد مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ الطابع القضائي للفسخ.

أولاً: أهمية موضوع البحث:

(2) علاء حسين علي، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية (دراسة في دور الإرادة المنفردة في النطاق العقدي)، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011، ص9.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

يحتل موضوع انتهاء العقد بالإرادة المنفردة أهمية كبيرة من الناحية القانونية والأنظمة الاقتصادية المختلفة لذا جاءت هذه الدراسة لتحليل وتأسيس البحث عن الأساس القانوني والتركيز على الاعتبارات التي يمكن الركون إليها للقول بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة وبيان الشروط الواجب توافرها في العلاقة العقدية لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

ثانياً: إشكالية موضوع البحث:

تكمن إشكالية هذا البحث من تساؤل عن مدى إمكانية إنهاء العقد بالإرادة المنفردة وما هو الأساس القانوني لهذا الإنهاء، حيث أن الإرادة المنفردة تعتبر معطلة وغير قادرة على إنهاء العقد، لذلك لا بد أن يكون الإنهاء باتفاق الطرفين أو بقرار قضائي وهذا يعني إن إرادة الطرفين هي المسيطرة على العقد منذ تكوينه وحتى تنفيذه، وعليه يُثار لدينا التساؤل الرئيسي التالي:

ما هو الأساس القانوني لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة

يتفرع عن هذا التساؤل عدة تساؤلات فرعية وفقاً للآتي:

1. ما مدى أهمية مبدأ إنهاء العقد بالإرادة المنفردة بين الرضا والتأييد؟

2. ماهي شروط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة؟

خطة البحث:



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

للإجابة على إشكالية البحث المطروحة أمامنا اعتمدنا على التقسيم الثنائي في هذا البحث، من خلال تقسيمه إلى مطلبين وكل مطلب إلى فرعين، حيث سنسلط الضوء على الموقف القانوني من مبدأ إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في المطلب الأول، بينما سيتم دراسة شروط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في المطلب الثاني.





احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية المطلب الأول

الموقف القانوني من مبدأ إنهاء العقد بالإرادة المنفردة

لا شك أن القول بقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، بما يعنيه من أن لأحد الأطراف، أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة - أي دون تقديم طلب مسبق للقضاء والحصول على حكم بذلك، ودون اتفاق مسبق على إمكانية ذلك، حيث يبدو - للوهلة الأولى - قولاً يتعارض ومبدأ القوة الملزمة للعقد من ناحية، وضرورة اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، باعتبار أن الأصل في الفسخ⁽³⁾، أن يكون بحكم قضائي، من ناحية أخرى، وفي هذا النطاق تعددت المواقف الفقهية بين مؤيد له ومعارض.

وبناءً على ما تحدثنا سابقاً، سنقسم هذا المطلب الى فرعين رئيسيين، حيث سنتكلم في الفرع الأول عن رفض مبدأ إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، تاركين الفرع الثاني للحديث عن تأييد مبدأ إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

⁽³⁾ محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة (قراءة في التوجيهات القضائية وفي التشريعات الحديثة)، دار

الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 103.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية الفرع الأول

رفض مبدأ إنهاء العقد بالإرادة المنفردة

يرتكز هذا الرفض على معارضة هذه الصورة للفسخ لأصلين من الأصول القانونية المستقرة، وهما: مبدأ القوة الملزمة للعقد من جهة، والأصل القضائي للفسخ من جهة أخرى.

أولاً: تعارض الفسخ بالإرادة المنفردة مع مبدأ القوة الملزمة للعقد:

يؤكد أنصار الاتجاه المعارض لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة تعارض هذا المبدأ مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث إن مؤدى مبدأ القوة الملزمة للعقد أنه إذا عبر المتعاقدان عن إرادتهما بالارتباط من خلال العقد، فإنه يصبح ملزماً لهما، كما يجد مبدأ القوة الملزمة للعقد أساسه التقليدي في مبدأ سلطان الإرادة ومفاده أن إرادة المتعاقدين تنشئ وحدها العقد وكافة الآثار التي تترتب عليه، وهذه الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، فالأفراد يلتزمون بالعقد لأنهم أرادوه، وما يقرره المتعاقدون يلزمهم في حدود ما أرادوه⁽⁴⁾.

بناءً على ذلك، فإذا انعقد العقد، أصبح ملزماً لأطرافه احتراماً لإرادتهم، ومن هنا كانت للعقد قوة ملزمة يعبر عنها بأن العقد شريعة المتعاقدين، أي القانون أو

(4) به مو برويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

الشريعة التي تحكم علاقة أطرافه، ومن ثم فلا يجوز لأحدهما التحلل منه أو تعديله، بل تنفيذه واحترامه.

لقد قام مبدأ سلطان الإرادة استناداً إلى المذهب الفردي الذي يجعل للإرادة سلطاناً مطلقاً تظهر آثاره في تمتعها بقوة ذاتية تضيف على العقد قوة ملزمة، ونتيجة لذلك، فإن كل ما تتجه إليه هذه الإرادة وهي بصدد إنشاء علاقة عقدية، يكون ملزماً لأطرافها، بحيث لا يمكن تعديل هذا الالتزام أو التحلل منه إلا بالإرادة ذاتها⁽⁵⁾.

وفي هذا الإطار، يؤكد البعض أن الانفرادية في المجال العقدي، وهي قدرة الشخص على ترتيب آثار قانونية بالتعبير عن إرادته المنفردة، إنما تثير دائماً التخوف بالنظر إلى أن التصرف الانفرادي يحمل بين طياته جذور هدم العقد⁽⁶⁾.

كما أن المادة 2/1134 من القانون المدني الفرنسي تقابلها المادة 1/147 مدني مصري، والمادة 146 مدني عراقي تضمنت النص صراحة على أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

⁽⁵⁾ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 35.

⁽⁶⁾ عمر علي الشامي، فسخ العقد، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2010، ص 134.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

مقتضى ذلك أن الفسخ بالإرادة المنفردة غير جائز بحسب الأصل، سواء في القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، أو القانون المدني المصري أو العراقي، وذلك باعتبار أنه يشكل خروجاً واضحاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

تطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه: تقرر أنه في حين أن المبدأ في العقود هو أنها ضرورية بمعنى أنه لا يمكن لأحد الطرفين المتعاقدين إنهاء العقد من جانب واحد دون موافقة الآخر، ومع ذلك، لا يوجد ما يمنعهم من الموافقة على فسخ العقد وإبرام عقد جديد⁽⁷⁾.

إذاً، فالجائز هو انحلال العقد باتفاق المتعاقدين، وهو ما يتفق مع مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ ويقع ذلك بإحدى الطريقتين:

الطريق الأول: هو أن يتفق الطرفان عند إبرام العقد، شريطة أن يُعتبر العقد ملغى عند عدم الوفاء بالالتزامات، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، هو ما يعرف بالشرط الصريح الفاسخ⁽⁸⁾.

وذلك وفقاً للمادة 177/ من القانون المدني العراقي رقم 40 لعام 1951 حيث نصت على ما يلي: "في العقود الملزمة لكلا الجانبين، إذا فشل أحد الطرفين

⁽⁷⁾ نقض مدني، الطعن رقم 1582، جلسة 13/11/1989، مجموعة المكتب الفني، عدد 40، جزء ثالث، ص63.

⁽⁸⁾ محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص8.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

المتعاقدين في الوفاء بالتزاماته بموجب العقد، يجوز للطرف المتعاقد الآخر، بعد إخطاره، طلب الفسخ مع التعويض إذا لزم الأمر".

أما الطريق الثاني: فهو فسخ العقد، ويعني: اتفاق طرفي العقد بعد إبرامه وقبل انقضائه على الإلغاء. ويكون الفسخ بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين، كما هو الأمر في العقد الأصلي. والأصل أن الفسخ ليس له أثر رجعي إلا إذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك. وسواء كان للفسخ أثر رجعي أو لم يكن له هذا الأثر، فلا يجوز أن يمس بحقوق الغير⁽⁹⁾.

ثانياً: تعارض الانتهاء بالإرادة المنفردة مع مبدأ الطابع القضائي للفسخ.

يرتكز رفض الفسخ بالإرادة المنفردة على تعارضه مع مبدأ الطابع القضائي للفسخ، ويستند أنصاره إلى عدة حجج، وأهمها:

1- انتهاك النصوص القانونية المقررة للفسخ:

يبدو للوهلة الأولى أن ثمة تعارض بين فسخ العقد بالإرادة المنفردة والطابع القضائي للفسخ؛ إذ تستلزم النصوص القانونية، سواء في مصر ولبنان والعراق،

(9) نقض مدني، الطعن رقم 232، جلسة 1996/4/7، مجموعة المكتب الفني، عدد 17، جزء 2، ص 825.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

أن يكون الفسخ قضائياً، وهذا هو الأصل، فالفسخ لا يقع إلا بحكم يصدر عن القاضي، وهذا ما يستفاد من نص المادة 157/ مدني مصري، والذي ورد بأنه:

1- في العقود الملزمة لكلا الجانبين، إذا امتنع أحد الطرفين المتعاقدين في الوفاء بالتزامه، يجوز للطرف المتعاقد الآخر، بعد إخطار المدين، المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه، مع تعويض في كلتا الحالتين إذا لزم الأمر.

2- يجوز للقاضي أن يمنح فترة إذا اقتضت الظروف ذلك، ويجوز له رفض الفسخ إذا كان ما لم يفي به المدين ليس له أهمية تذكر فيما يتعلق بالالتزام ككل.

تؤكد هذا الطابع القضائي للفسخ أيضاً المادة 246/الفقرة الأولى من قانون الموجبات والعقود اللبناني يصح الفسخ من جانب فريق واحد إذا كان منصوص عليه.....أو في القانون، فعقد العمل غير محدد المدة يمكن إنهاؤه بإرادة أحد طرفيه فقط ⁽¹⁰⁾، كما نصت المادة 3/1184 مدني فرنسي صراحة على أنه: يلزم أن يطلب الفسخ قضاءً، ويجوز منح المدين مهلة على حسب الأحوال.

مفاد ذلك، أنه لا بد للمتعاقد الذي يرغب في التحلل من العقد، لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، أن يلجأ إلى القضاء بطلب الفسخ، بحيث لا يقع الفسخ إلا بحكم قضائي، والحكم الصادر بالفسخ هنا حكم منشئ، أي ينشئ مركزاً جديداً يتضمن

(10) قرار محكمة التمييز اللبناني، الصادر بتاريخ 1979/1/10، العدل، ص22.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

تغييراً في المركز السابق، ويحتج به في مواجهة الكافة، بما يعني أن العقد يظل قائماً حتى يصير الحكم بالفسخ نهائياً.

بالرغم من ذلك، ذهب بعض الفقه إلى أن الفسخ يحتفظ دائماً بطابعه القضائي، فإذا تم الفسخ بالإرادة المنفردة لأحد العاقلين فإنه لا يرتب أثراً إلا إذا كان من قام به قد تقرر له الحق قانوناً في نقض العقد بإرادته المنفردة، وهو ما لا تسمح به النصوص القانونية، والتي تستلزم في الفسخ أن يكون قضائياً، بما مؤداه أن الفسخ الذي يتم بالإرادة المنفردة لأحد طرفي العقد يكون عديم الأثر من الناحية القانونية، وتبقى للقاضي - عند اللجوء إليه - سلطة تقرير فسخ العقد أو الإبقاء عليه⁽¹¹⁾.

في هذا الإطار، حاول البعض إيجاد أساس للفسخ بالإرادة المنفردة من خلال التقريب بينه وبين الدفع بعدم التنفيذ باعتبار أن الأخير آلية يقرها القانون، ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ يتجاوز في حقيقته كونه مجرد وسيلة لوقف تنفيذ العقد، حيث أنه كثيراً ما يؤدي عملاً إلى إنهاء العلاقة العقدية، وذلك حين تمر فترة معينة على التمسك به ويصبح عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه نهائياً، وهنا يصبح للدفع بعدم التنفيذ أثراً يسمح لفسخ العقد بالإرادة المنفردة، فإذا لم يستجب

(11) هدى العبد الله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020، ص662.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

المدين ويسارع إلى تنفيذ التزامه، فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يخرج عندئذٍ عن كونه مرحلة تمهيدية للفسخ⁽¹²⁾.

إن المفهوم التقليدي للدفع بعدم التنفيذ، باعتباره جزءاً ذا طبيعة مؤقتة، إنما يتجاهل حقيقة أنه من خلال هذا الدفع يمكن التوصل عملاً إلى إنهاء العلاقة العقدية وهدم العقد نهائياً، ومن ثم فالدفع بعدم التنفيذ يكون حينئذٍ سبيلاً لفسخ العقد بالإرادة المنفردة.

مع ذلك، فقد قوبل هذا الرأي بالنقد؛ فالتقريب بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ بالإرادة المنفردة ليس صحيحاً على إطلاقه؛ ذلك أنه إذا كانت الفكرة التي بني عليها الدفع بعدم التنفيذ هي ذات الفكرة التي يقوم عليها فسخ العقد؛ معناه هو الرابط بين الالتزامات المقابلة في العقد الملزم لكلا الجانبين، مما يجعل التنفيذ من ناحية اعتباراً للتنفيذ من ناحية أخرى.⁽¹³⁾

إلا أن الأثر الذي يرتبه كل منهما يختلف تماماً عن الآخر؛ وبيان ذلك أنه إذا كان الفسخ له أثر هادم للعقد، بحيث يؤدي إلى زواله، فإن الدفع بعدم التنفيذ

(12) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي - أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، العراق، 2019، ص234.

(13) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص1006.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

ليس من أثره هدم العقد وزواله، فالعقد يبقى قائماً بحيث إذا ما استجاب المدين ونفذ التزامه كان على الدائن أن ينفذ ما في ذمته من التزام⁽¹⁴⁾.

إذاً، فالدفع بعدم التنفيذ لا يسمح لمن يتمسك به بأن يهدم العقد؛ فالطابع التهديدي لهذا الدفع يهدف إلى حث المتعاقد الآخر على سرعة تنفيذ التزامه، وإذا أراد المتمسك بالدفع ذلك فلا مفر أمامه من أن يطلب فسخ العقد.

وعلى ذلك، فإذا كان الفسخ يؤدي إلى انحلال العقد وزوال قوته الملزمة، فإن الدفع بعدم التنفيذ وإن كان له أثر موقف حيث يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام إلى أن يعرض العاقد الآخر تنفيذ التزامه المقابل، إلا أن ذلك لا يمس بالقوة الملزمة للعقد.

يتبين مما تقدم أن الاتجاه الرافض للفسخ بالإرادة المنفردة قد استند إلى تعارضه مع مبدأ الطابع القضائي للفسخ الذي تقرره النصوص القانونية، رافضاً محاولة تبريره من خلال التقريب بينه وبين الدفع بعدم التنفيذ.

2 - الطابع القضائي للفسخ: كفالة تحقيق الاستقرار العقدي:

يتمسك الاتجاه المعارض للفسخ بالإرادة المنفردة بأن إجراء المقابلة بين الفسخ القضائي والفسخ بالإرادة المنفردة إنما يبرز أفضلية الفسخ القضائي بالنظر لما يشكله الأخير من ضمانات هامة مقررة لحفظ العلاقات العقدية، وتأمين استقرارها.

(14) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي - أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 237.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

وبيان ذلك أن الفسخ القضائي يتسق مع السياسة التشريعية الهادفة إلى العمل على استقرار العلاقات العقدية، وذلك من خلال الآلية التي قررها المشرع للتدخل المسبق للقاضي والسلطة المخولة له إزاء طلب فسخ العقد⁽¹⁵⁾، فلقاضي الموضوع، إعمالاً للسلطة المخولة له بمقتضى، أن يرفض طلب الفسخ إذا ما تبين له أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه لم يبلغ درجة من الجسامة بما يكفي لتبرير الحكم بالفسخ، كما أن له أن يمنح المدين مهلة لتنفيذ التزامه، وهو ما ينطوي على تأجيل الفسخ من خلال إتاحة فرصة أخيرة أمام المدين للقيام بالتنفيذ.

ويعبر بعض الفقه، عن ذلك بأن الفسخ باعتباره جزاء يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، وبه تتحقق مصلحة الدائن في التخلص من العقد ليتسنى له إبرام عقد آخر، فهو جزاء سلبي له خطورته، حيث يزلزل المراكز العقدية المستقرة، ويتعارض والأصل العام من إبرام العقود، كما أنه يثير، بأثره الرجعي، مشكلات عملية كثيرة، ولذا، أحاط المشرع فسخ العقود بضمانات تحد منه ومن أهمها سلطة القاضي التقديرية الواسعة في الحكم به أو رفضه⁽¹⁶⁾.

3- الطابع القضائي للفسخ: ضمانات هامة لمصلحة المدين:

⁽¹⁵⁾ محمد خلف سبيل الجبوري، فسخ العقد، وزارة العدل، العراق، 2001، ص 47.

⁽¹⁶⁾ أحمد عبد الله محمد علي، الإنهاء بالإرادة المنفردة لعقد العمل غير محدد المدة في قانون العمل المصري، رسالة أعدت لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2010، ص 63.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

يعبر الاتجاه المعارض للفسخ بالإرادة المنفردة عن تخوفه على مصالح المدين، في مواجهة دائن يصبح مصير العلاقة العقدية بيده وحده، ولذلك، يؤكد هذا الاتجاه على أن مبدأ الطابع القضائي للفسخ وما يستلزمه من اللجوء المسبق إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد إنما يشكل ضماناً هامة لمصلحة المدين.

مفاد ذلك أن الفسخ جزاء يترتب إنهاء العلاقة العقدية، ومن ثم فيجب ألا يترك بيد الدائن وحده ومن هنا كان تطلب أن يقع الفسخ من خلال القاضي مراعاة لاعتبارات العدالة وما تمليه من ضرورة حماية المدين إزاء احتمالات تعسف الدائن⁽¹⁷⁾، وحيث يتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقدير ملاءمة الحكم بالفسخ في ضوء تقديره لمدى جسامته الإخلال المنسوب إلى المدين، وكون هذا الإخلال كاف في ذاته لتبرير أعمال جزاء الفسخ.

على خلاف ذلك، فإن الاعتراف للدائن بحق فسخ العقد بإرادته المنفردة إنما يتيح له الانفراد باتخاذ قرار الفسخ، بعيداً عن القضاء، فيُقدر هو مدى ملاءمة إنهاء العلاقة العقدية أو الإبقاء عليها، ومن ثم يصير الفسخ ميزة تمنح للدائن وحده، وذلك دون مراعاة الاعتبارات الأخرى التي يراعيها القاضي عند أعمال سلطته إزاء طلب الفسخ، ومن أهمها مصلحة المدين⁽¹⁸⁾.

(17) توفيق حسن فرج وآخرون، مصادر وأحكام الالتزام - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 245.

(18) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 78.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

بالرغم من النصوص القانونية المقررة للطابع القضائي للفسخ، فقد ظهر اتجاه جديد في الفقه والقضاء الفرنسيين يؤيد مفهوماً حديثاً للفسخ، يسمح بمقتضاه للدائن، ضحية عدم التنفيذ، بفسخ العقد بإرادته المنفردة، أي دون تدخل مسبق من القضاء.

الفرع الثاني

تأييد مبدأ إنهاء العقد بالإرادة المنفردة

اعترض مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة عقبتان أساسيتان، وهما مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ الطابع القضائي للفسخ كما رأينا سابقاً، وإزاء ذلك، حاول الفقه المؤيد للفسخ بالإرادة المنفردة تبريره في مواجهة هاتين العقبتين، ثم سرعان ما تجاوز هذا الموقف دائرة الاجتهاد الفقهي إلى الإقرار القضائي لمبدأ جديد يسمح بفسخ العقد بالإرادة المنفردة كجزاء لعدم التنفيذ، كان الفضل في صياغته ووضع أسسه لقضاء محكمة النقض الفرنسية.

بناءً على ذلك سنتناول هذا التأييد من خلال دراسة التأييد الفقهي لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة ثم نعرض بعد ذلك التأييد القضائي لهذا المبدأ.

أولاً: التأييد الفقهي لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة:



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

انتشرت في القرن الثامن عشر المبادئ الاشتراكية وتحت تأثيرها غلبة مصلحة الجماعة على حساب المصلحة الفردية، مما أضعف دور الإرادة في العلاقات التعاقدية لمصلحة دور القضاء وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقات العقدية في مواجهة تعسف الطرف القوي، وبما يكفل إيجاد نوع من التوازن في هذه العلاقات بين مصالح أطرافها، وبرزت التدخلات التشريعية المتلاحقة والهادفة الى وضع القيود على دور الإرادة في تكوين العقود وأثارها⁽¹⁹⁾.

من ذلك تحديد المضمون الإلزامي للكثير من العقود، والتنظيم القانوني لعقود الإذعان، وتشريعات حماية المستهلك، وتقرير دور القاضي في تحديد مضمون الكثير من العقود وسلطته في تعديلها.

وقد ارتكزت معارضة نظرية سلطان الإرادة، كأساس للقوة الملزمة للعقد، على أن هذه النظرية لا تفسر لماذا تتقدم الإرادة السابقة الميئة وتعلو على الإرادة الحالية الحية بالنسبة للطرف الذي يرفض تنفيذ العقد⁽²⁰⁾.

فضلاً عن أن منطق هذه النظرية يضع الإرادة المنفردة في مرتبة أدنى من تبادل الإرادات؛ فإذا كان الطرفان قادرين على إنشاء العقد بإرادتيهما فإن هذه النظرية

⁽¹⁹⁾ عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، العراق، 2011، ص124.

⁽²⁰⁾ عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص98.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

لا تفسر عدم قدرة أي منهما على أن ينسحب من العقد بإرادته المنفردة، أي عدم قدرة الإرادة على التحلل مما أنشأته.

نظراً لأثر الانتقادات السابقة، حيث تراجعت نظرية سلطان الإرادة، كأساس للقوة الملزمة للعقد، وظهرت نظريات أخرى تسمح بتفسيرات أكثر مرونة، لعل أبرزها القانون وتوقعات المشروعة للدائن، سنعرض فيما يلي كل منهما:

1- القانون كأساس للقوة الملزمة للعقد:

في مواجهة الانتقادات التي وجهت إلى نظرية سلطان الإرادة، كأساس للقوة الملزمة للعقد، ظهرت نظرية أخرى تقوم على أن العقد لا يستند في أساسه إلى إرادة المتعاقدين فقط وما لها من سلطان ذاتي، وإنما يستمد قوته الملزمة من القانون، فالعقد يكون ملزماً لأن القانون يمنحه قوة الإلزام، فالإرادة وحدها لا تكفي⁽²¹⁾.

ينبغي على ذلك أن القوة الملزمة للعقد مصدرها نصوص القانون الوضعي، إنما يتحدد نطاقها في ضوء الغايات والمصالح العليا التي يرمي إليها هذا القانون؛ وأهمها الفائدة الاجتماعية والعدالة التعاقدية، فمن جهة، تتجسد الفائدة الاجتماعية

(21) عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الطبعة الأولى، منشأة المعارف،

الإسكندرية، مصر، 2005، ص65.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

للعقد فيما يحققه من كفالة استقرار المعاملات، باعتباره أداة لتأكيد التوقعات الفردية للمتعاقدین⁽²²⁾.

من جهة أخرى، فالعقد، بالنظر إلى وظيفته الأساسية، كأداة لتداول السلع والخدمات، فإنه يخضع لمبدأ العدالة التبادلية والتي تقوم على افتراض المساواة بين أطراف العقد والتوازن بين مراكزهم العقدية، وعلى ذلك، فأساس القوة الملزمة للعقد هو فائدته الاجتماعية ومدى مطابقته للعدالة العقدية، ذلك أن العقد يستمد قوة الإلزام من إقرار المشرع له، والمشرع يقر العقد لأنه مفيد وشريطة أن يكون عادلاً.

يؤكد ذلك أيضاً ما جاء، في نص المادة 1/1134 من القانون المدني الفرنسي يقابلها المادة 177 من القانون المدني العراقي، أن "الاتفاقات المبرمة على الوجه القانوني تقوم مقام القانون بالنسبة لمن عقدها"، حيث قصد واضعو هذا النص بمصطلح "القانون" الإشارة بصفة أساسية إلى فكرة العدالة، فالقانون يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعدالة، ومن ثم فالعقد باعتباره قانوناً أو شريعة للمتعاقدین يكون ملزماً ليس لأنه تعبير عن إرادة طرفيه، وإنما لكونه عادلاً أو يفترض أنه كذلك.

إذا كانت الفقرة الثانية من المادة 1134/ مدني فرنسي لا تجيز نقض العقد إلا لأسباب التي يقررها القانون، وامتداداً للتفسير السابق للفقرة الأولى من المادة

(22) عمر علي الشامسي، فسخ العقد، مرجع سابق، ص 140.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

ذاتها، فإن عبارة " الأسباب التي يقررها القانون" يمكن تفسيرها بما يشمل أيضا الحالات التي تفرضها اعتبارات العدالة⁽²³⁾.

في ضوء التحليل السابق لأساس القوة الملزمة للعقد، وتأسيس هذه القوة على فكري العدل والفائدة، فإنه يسمح باستيعاب حالات الفسخ بالإرادة المنفردة وذلك إذا ما نظر إليها، من جهة، باعتبارها تحقيقاً للعدل، أي متى كان ذلك هو ما يقتضيه العدل حماية للدائن في مواجهة مدين لم ينفذ التزاماته على النحو المتفق عليه أو أخل بها إخلالاً جسيماً، فيتحقق بذلك العدل من خلال السماح للدائن بنقض الرابطة العقدية دون انتظار حكم القاضي، من جهة أخرى، فإذا نظر إليها استناداً إلى فكرة الفائدة من العقد، فإن الفسخ بالإرادة المنفردة يسمح للدائن بالتخلص من عقد لم يعد يحقق له المصلحة أو الفائدة التي قصدتها⁽²⁴⁾.

يقترّب من التحليل السابق، ومن منظور اقتصادي، ما ذهب إليه بعض الفقه من أن الطابع القضائي للفسخ، باعتباره ضامناً للقوة الملزمة للعقد، إنما يلزم الدائن، ضحية عدم التنفيذ، بأن يتحلّى بقدر هائل من الصبر، مما يبقيه في حالة من عدم اليقين الاقتصادي فيما يتعلق بمصير العقد، وذلك إلى أن يصدر حكم القاضي بالفسخ، وهو ما يتنافى مع العدالة، وكأنه تحت وطأة القوة الملزمة للعقد

⁽²³⁾ محمد أحمد عابدين، زوال العقد، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، 2013، ص169.

⁽²⁴⁾ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 918، الصادر بتاريخ 2008/4/20، مجلس القضاء الأعلى، العراق،



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

يتحمل وحده عواقب عدم التنفيذ، أما قبول الفسخ بالإرادة المنفردة فمفاده السماح للدائن بأن يتخذ قراره بالفسخ فوراً ويبرم عقداً جديداً مع شخص آخر، ومن ثم فإنه يبدو النظام الأكثر فعالية من الناحية الاقتصادية.

2- التوقعات المشروعة كأساس للقوة الملزمة للعقد:

ظهرت محاولة أخرى لتبرير الفسخ بالإرادة المنفردة في مواجهة مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك في ضوء تأسيسها على التوقعات المشروعة للدائن. حيث تركز هذه النظرية ذات الأصل الانجلواميركي في البحث عن أساس القوة الملزمة للعقد بمنأى عن القانون، وكذلك عن المدين، وإنما بالنظر إلى الدائن وتحديداً فيما يتعلق بتوقعاته المشروعة (25).

إن أساس القوة الملزمة للعقد، إذاً، هو توقع الدائن، والذي يجب ألا يخيب، فالمدين لا يلتزم إلا في حدود التوقع المعقول والمشروع للدائن، ورغم الانتقادات الموجهة إلى هذه النظرية، والتي تدور في مجملها حول كونها تقوم على فكرة غير منضبطة، فضلاً عن صعوبة الوقوف على معيار محدد لتقدير التوقع المعقول والمشروع للدائن، فقد اعتبر الفقه أن الأخذ بهذه النظرية مؤداه السماح للدائن بإمكانية التخلص من العقد بإرادته المنفردة في حال إخلال المتعاقد معه

(25) محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 89.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

بالتزامه إخلالاً جسيماً يفوت المصلحة المتوقع حصوله عليها من العقد، إذ لم يعد للعقد هنا قوته الملزمة، وبالتالي يجوز للدائن التحلل منه بإرادته المنفردة⁽²⁶⁾.

يتضح مما تقدم أن المفهوم الحديث لأساس القوة الملزمة للعقد، سواء استناداً إلى فكرة عدالة العقد أو الفائدة المرجوة منه، أم إلى فكرة التوقعات المشروعة والمعقولة للدائن، قد سمح بتطويع مبدأ القوة الملزمة للعقد، وفي ظل هذا المفهوم أمكن تبرير الفسخ بالإرادة المنفردة في مواجهة هذا المبدأ، على النحو السابق بيانه.

الواقع أن هذا التحليل قد بدا متفقاً مع التوجه الحديث لتطوير وتحديث قانون العقود، والذي ظل الفقه ينادى به لفترة طويلة؛ وذلك في ضوء الحاجة لإعادة النظر في بعض المبادئ التقليدية التي يقوم عليها قانون العقود، وفي مقدمتها: مبدأ الحرية العقدية، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك بأن يتراجع المفهوم المطلق لهذه المبادئ بما يفسح المجال لتقرير مبادئ أخرى لا تقل أهمية؛ كالعدالة أو المساواة العقلية والتوازن العقدي، وهو ما يسهم في إضفاء قدر من المرونة على قانون العقود⁽²⁷⁾.

مفاد ذلك أن المفهوم المطلق لمبدأ الحرية العقلية قد قصر نطاق إعماله على حرية التعاقد فقط أي حرية الدخول في علاقة عقدية دون حرية الخروج منها، بما يتضمنه ذلك من عدم السماح بإنهاء العقد من جانب واحد، أي بالإرادة المنفردة

(26) أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017، ص113.

(27) أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص115.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

لأحد طرفيه، ولا شك أن ذلك يتنافى مع العدالة العقدية التي تأبى أن يجرم أحد طرفي العقد من إمكانية التحلل منه حال الإخلال الجسيم في تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته، وذات النتيجة يمكن التوصل إليها أيضاً من خلال الحد من إطلاق مبدأ القوة الملزمة للعقد، بما يفسح المجال لإمكانية التحلل من العقد بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه في الحالات التي تبرر ذلك.

ثانياً: التأييد القضائي لمبدأ إنهاء العقد بالإرادة المنفردة:

كان للقضاء المقارن - ونقصد على وجه الخصوص القضاء الفرنسي الحديث فضل السبق في تطوير المفهوم التقليدي للفسخ كجزاء لعدم التنفيذ، حيث كان قد أبدى مرونة واضحة في تجاوز عقبة النصوص القانونية بقبوله قيام أحد العاقلين بفسخ العقد بإرادته المنفردة، وذلك وفق ضوابط معينة⁽²⁸⁾.

إذا كان هذا التوجه القضائي الحديث قد بدا كأنه يمثل بحسب المفاهيم التقليدية المستقرة في القانون المدني مساساً بالقوة الملزمة للعقد والطابع القضائي للفسخ، فإنه قد مهد بعد ذلك لتكريس تشريعي صريح لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في قانون العقود الفرنسي الجديد بمقتضى مرسوم 10 فبراير 2016 الذي جاء بتنظيم تشريعي لآلية جديدة لإيقاع الفسخ في القانون المدني الفرنسي تسمح بفسخ العقد بالإرادة المنفردة في حال عدم التنفيذ.

(28) ماهر محمد علوان الجميلي، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 69.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

ذلك تحت تأثير واضح للتشريعات الدولية التي قررت هذا المبدأ، وهذا ما أخذ به التشريع العراقي في مواده 177 / 181، وقد حظي هذا الموقف القضائي بتأييد كبير من جانب الفقه الفرنسي، حيث إن الانفرادية أحد المفاهيم القانونية الحديثة التي بدأت تغزو قانون العقود، وذلك على أثر قصور المبادئ التقليدية التي تقوم عليها نظرية العقد عن التكيف مع الواقع الاقتصادي للعلاقات العقدية، وهو ما يبدو واضحاً في إقرار القضاء الفرنسي لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، لتصبح بذلك فكرة الانفرادية أحد محاور تطوير قانون العقود، وذلك وفق ضوابط محددة، وبما يكفل ألا تصبح مصدراً للتعسف واختلال التوازن العقدي⁽²⁹⁾.

إن الملاحظ بشأن موقف القضاء الفرنسي في هذا الصدد أنه كان موقفاً تدريجياً تم عبر مرحلتين:

في المرحلة الأولى: كان القضاء الفرنسي قد قبل في البداية فسخ الدائن للعقد بإرادته المنفردة في حالات معينة ارتأى فيها أنه لا محل لإلزام المتعاقد باللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ وانتظار صدور حكم به، وذلك بالنظر إلى الظروف والملايسات الخاصة التي تحيط بهذا الفسخ⁽³⁰⁾، ومع ذلك ظل قبول القضاء

(29) حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 213.

(30) رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 2002، ص 94.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

للفسخ بالإرادة المنفردة في تلك الحالات في إطار الاستثناء، أي باعتبارها حالات استثنائية من الأصل العام الذي يقضي بالطابع القضائي للفسخ⁽³¹⁾.

أما في المرحلة الثانية: وفيها خرج اجتهاد محكمة التمييز الفرنسية عن حدود الاستثناءات السابقة، مقراً مبدأً جديداً يجيز للدائن العقد بإرادته المنفردة⁽³²⁾.

بعد الانتهاء من المطلب الأول الذي تحدثنا فيه عن الموقف القانوني من مبدأ إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مبيينين فيه النظريات المؤيدة والمعارضة لهذا المبدأ، سننتقل لدراسة المطلب الثاني تحت عنوان شروط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

المطلب الثاني

شروط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة

إن القضاء الذي اعتمد مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، اشترط لذلك أن يكون هناك إخلال على قدر كاف من الجسامة، بالالتزامات الناشئة عن العقد منسوب إلى المدين، وهذا ما يجسده الشرط الموضوعي لإمكان إيقاع هذا الفسخ. والملاحظ في هذا الصدد أنه لم يتبين من خلال هذا القضاء، ما إذا كان هناك مسار إجرائي معين، يتعين على الدائن إتباعه؛ لإيقاع هذا الفسخ الذي يتم بعيداً عن

⁽³¹⁾ ماهر محمد علوان الجميلي، فسخ العقد بالإدارة المنفردة، مرجع سابق، ص 46.

⁽³²⁾ نقلاً عن ماهر محمد علوان الجميلي، فسخ العقد بالإدارة المنفردة، مرجع سابق، ص 47.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

القضاء، ولم يسبق الاتفاق عليه، من خلال شرط فاسخ صريح، يمكن من خلاله اعتبار العقد مفسوخاً، في حال عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه⁽³³⁾.

وبناءً على ما سبق، سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين رئيسيين، حيث سنتكلم في الفرع الأول عن الشروط الموضوعية لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، أما في الفرع الثاني سنتحدث عن الشروط الإجرائية لممارسة الحق في إنهاء العقد بالإدارة المنفردة.

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة

تخضع إمكانية إنهاء العقد بالإرادة المنفردة إلى عدة شروط موضوعية، منها خطأ المسلك الجسيم الذي يبرر لأحد المتعاقدين إنهاء العقد، وعلى الرغم من الأهمية القانونية لمصطلح الخطأ الجسيم والرقابة عليه باعتباره شرطاً لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فإن شرطاً موضوعياً آخر يحكم إنهاء العقد بالإرادة المنفردة وهو غلبة التقدير الموضوعي، وعليه سيتم دراسة هذه الشروط تحت هذا الفرع.

⁽³³⁾ حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 215.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

أولاً: خطأ مسلك المدين بين التقدير الشخصي والتقدير الموضوعي:

إن المشرع لم يلزم القاضي بمعيار معين في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، حيث يطرح الفقه معيارين وهما المعيار الموضوعي والشخصي.

حيث يعرف أحد الفقهاء⁽³⁴⁾، المعيار الموضوعي أنه يجب على القاضي أن يعرف ما إذا كان نقص الكمية أو الجودة في الأداء هام لدرجة أنه يؤدي إلى فقدان المنفعة التي يأملها الدائن.

لا شك في أن النظر إلى كمية عدم التنفيذ هو معيار موضوعي، وإذا كانت مصلحة الدائن تتحقق بالكامل إذا حصل تنفيذ كلي فهو يتحقق في الجزء الأكبر إذا كان التنفيذ لحق أغلب المحل، وللقاضي في هذه الحالة أن يرفض الفسخ ويكتفي بتعويض الدائن عن الجزء القليل الذي لم ينفذه.

إذاً أساس الفسخ هو النظر إلى ما يفوت من مصلحة الدائن بسبب عدم التنفيذ، وعليه نجد أن مسلك المدين، إذا بلغ حداً من الجسامه، يكفي في ذاته لتوافر شرط الفسخ بالإرادة المنفردة، بما يعني أن ينصب البحث في هذا الخطأ في

(34) مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد- دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى،

دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص99.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

ذاته، دون النظر في نتائجها. وفي المقابل فإن هذا الشرط يمكن تناوله من خلال مقارنة موضوعية، بحيث ينظر إلى جسامه النتائج المترتبة على هذا المسلك⁽³⁵⁾.

بناءً عليه، نجد أن ما يؤخذ في الاعتبار هو خطأ المدين، ومن ثم يمكن القول بأن الخطأ الجسيم لأحد المتعاقدين، ما هو إلا خطأ جسيم ارتكبه المدين مما يجعل الفسخ بإرادة الدائن أمراً مسوغاً، بحيث يمكن القول بأن: الفسخ بالإرادة المنفردة يكون هنا جزءاً من مسلك أحد المتعاقدين، وبصرف النظر عن نتائج هذا الخطأ، بشأن الالتزامات الناشئة عن العقد، بما يعني أن عمل القاضي في حال تدخله بشأن الفسخ الذي وقع بإرادة الدائن ينصب بصفة أساسية على تقدير خطأ المدين، وليس النتيجة التي يمكن أن تترتب على هذا المسلك⁽³⁶⁾.

كما تبدو فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية العقدية أكثر وضوحاً منها في المسؤولية التقصيرية إذ أن الخطأ الجسيم انحرف شائن في السلوك مقروناً بتوقع الفاعل أو إمكانية توقعه احتمال حصول الضرر لو بذل من الحرص ما تستوجبه الظروف من الشخص العادي، حيث يؤدي هذا الانحراف الشديد في السلوك إلى زعزعة الرابطة العقدية حيث يعد من قبيل الأمور غير المتوقعة عن التعاقد.

⁽³⁵⁾ وليد حكم أحمد مهنا، فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية، جامعة

مؤته، الجزائر، 2006، ص 6.

⁽³⁶⁾ محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 139.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

إن الذي يتوقعه المتعاقدان هو تنفيذ الالتزامات بحسن نية في هذه المرحلة، فإذا أخل أحدهما بالتزامه فإنما يخل بأمر توقعه عند التعاقد هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه على نحو مغاير، أما إذا تجاوز المتعاقد ذلك فإنه يكون قد أساء بسلوكه إلى درجة غير متوقعة بحيث يعد سلوكه استهتاراً واضحاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد⁽³⁷⁾.

إضافةً إلى ما تقدم أيضاً فالملاحظ أن القضاء التقليدي الفرنسي، الذي سمح الفسخ بالإرادة المنفردة في إطاره الاستثنائي السابق بيانه، ليس ببعيد عن هذا التقييم لمسلك المدين، فطرد المشاهد الذي أثار الشغب أثناء العرض المسرحي، كان مسوغه حالة الاستعجال، وضرورة تفادي الخطر الداهم الذي يمكن أن يترتب على ذلك، ولكن هنا أيضاً مسلك خاطئ في ذاته من قبل المشاهد⁽³⁸⁾.

ما يمكن ملاحظته أن أية مخالفة تعاقدية من قبل أحد الأطراف ليست بحد ذاتها سبباً كافياً يبرر للطرف المتضرر اللجوء إلى جزاء فسخ العقد بإرادته المنفردة، بل ينبغي أن تكون هذه المخالفة على درجة كبيرة من الجسامة والخطورة بما يتناسب مع حجم الجزاء المترتب عليها وهو فسخ العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه.

⁽³⁷⁾ وليد حكم أحمد مهنا، فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية، مرجع سابق،

ص3.

⁽³⁸⁾ عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص442.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

إن التوصل إلى درجة جسامه المخالفة ينبغي أن يتم بطريقة دقيقة وحساسة، فإذا بني هذا الخرق على ذلك الشك اعتبر أن متطلبات المخالفة الجسيمة لم تتحقق، ويجب أن يطال أثر الخرق جوهر العقد، ويجب أن يؤدي إلى مضاعفات جدية تمس الهدف الاقتصادي المرجو من العقد بالنسبة للطرف المتضرر⁽³⁹⁾.

كما أن تأييد الأخذ بالمعيار الموضوعي كقاعدة عامة بخصوص عدم التنفيذ الكمي أو المعيب دون الحاجة إلى البحث في نية المتعاقدين الأطراف، يتطلب البحث فيما إذا كان عدم التنفيذ الجزئي يؤثر على الوجود المادي للمحل أو على فائدة هذا المحل.

إن التنفيذ المعيب لا يبرر الفسخ بالإرادة المنفردة إلا إذا مس فائدة الموضوع وسلامته، فإذا استعمل المدين نوعاً من الخشب غير النوع المتفق عليه، فلا يكون ذلك التنفيذ معيباً مؤثراً على العقد طالما لم يؤثر على سلامة ومتانة وأناقه الشيء، وبالنسبة لالتزام المستأجر بعدم تخصيص العين لأغراض أخرى غير المؤجر لها يراعي أن يكون الإخلال جسيماً بحسب المعيار الموضوعي⁽⁴⁰⁾، فإذا أجزت صالة للعب البلياردو فخصصت من قبل المستأجر للرقص فهذا الإخلال ليس جسيماً، ونفس الأمر يقال بالنسبة لالتزامات المؤجر فان عدم التنفيذ الجزئي لها يخضع لتقدير لقاضي.

(39) ماهر محمد علوان الجميلي، فسخ العقد بالإدارة المنفردة، مرجع سابق، ص125.

(40) رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص292.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

أما المعيار الشخصي فمعناه ألا نقف في تقدير جسامة عدم التنفيذ سواء وقع في الكم أو الكيف أو في الالتزام الثانوي أو في التأخير على عناصر موضوعية بحتة، وإنما يجب تقدير الجسامة تقديراً ذاتياً بحسب نية المتعاقدين، وعلى ذلك فالمعيار الشخصي يمكن أن يؤدي إلى اختلاف الحلول من قضية إلى أخرى (41).

ومن تطبيقات المعيار الشخصي يشترط أن يبلغ عدم التنفيذ الجزئي قدرًا لو علمه المتعاقدان لما تم التعاقد وهذا أمر متغير، والأخذ بالمعيار الشخصي محفوف بالمخاطر، لذلك لا يجوز الأخذ به إلا إذا نص عليه المشرع أو إذا بان ذلك من ظروف قوية، وألا يعتد فقط بنية الدائن بل يجب أن يكون عدم التنفيذ جسيماً الذي من المقرر الإعداد له (42).

ثانياً: غلبة التقدير الموضوعي:

إن المسوغ الأساسي للفسخ بالإرادة المنفردة يستند بصفة أساسية، على تحليل اقتصادي، قوامه السماح للدائن بسرعة التصرف، في استخدام أمثل لثروته، ودون انتظار قرار من القاضي بحيث يكون للدائن أن ينسحب فوراً من علاقة عقدية

(41) سهير حسن هادي، تحليل رب العمل من عقد المقاولة بالإرادة المنفردة، مجلة جامعة بابل، مجلد 25، العدد 2، 2017، ص24.

(42) ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص435.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

مصيورها الفشل من هذه الناحية فإن الفسخ بالإرادة المنفردة، يكون مسوغه الذي يهدد الرابطة العقدية، لذلك، ومن هذه الزاوية يمكن وصف مسلك المدين بالجسيم، أي باعتبار آثار هذا المسلك الموضوعية.

يعتمد هذا المعيار على مضمون العقد في تقدير درجة الاختلال في التوازن لاقتصادي للعقد، خلافاً للمعيار الشخصي الذي يعتمد على العوامل والظروف الخاصة بشخص المدين⁽⁴³⁾، إضافةً إلى ذلك، فإن مثل هذا التقدير الموضوعي، يتجه إلى إبراز الإخلال بالالتزامات العقدية ويأخذ باستخدام مصطلح المسلك الجسيم، كمسوغ للفسخ بالإرادة المنفردة، في دلالة واضحة على تغليب التقدير الموضوعي.

وفقاً لهذا المعيار يتم قياس الإخلال في ضوء توازنات العقد الأساسية، وبغض النظر عن أحوال المدين الأخرى، فالعبرة في تحديد الاختلال تتمثل في الالتزام الخاسر؛ هذا ويستند القاضي في عملية التحقق من الاختلال في التوازن وفقاً لهذا المعيار على عدة معطيات موضوعية عامة، منها ما يتصل بالصفقة، فينظر مثلاً فيما إذا كان هذا التغيير في الظروف عادياً ومألوفاً في التعاملات والعقود أم لا، كذلك الظروف الزمانية التي لازمت إبرام العقد⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 439

⁽⁴⁴⁾ محمد حسن قاسم، الفسخ بالإرادة المنفردة آلية لتحقيق العدالة في مجال الجزاء المدني، بحث منشور في

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، عدد خاص، 2012، ص 26.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

أما عن صور الإخلال بالتزام العقدي، فقد أوردت المادة 168 من القانون المدني العراقي صورتان وهما، عدم القيام بتنفيذ العقد والتأخر في تنفيذه حيث نصت هذه المادة على أنه: إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر في تنفيذ التزامه.

لكن هناك صوراً للإخلال بالالتزام العقدي لم تذكرها المادة المذكورة مثال ذلك التنفيذ المعيب للالتزام العقدي، كأن يجري الطبيب الجراح عملية جراحية تجميلية وتؤدي العملية إلى تشويه وجه المريض، ومثل التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي، كعدم إكمال المقاول تشييد البناء وبقاء نواقص كثيرة في البناء.

يربط الفقه الفرنسي المعيار المادي أو الموضوعي بنوع الالتزام الذي حدث الإخلال به فإذا كان الالتزام جوهرياً أو رئيسياً كان ذلك موجباً للفسخ نظراً لجسامة الإخلال، أما إذا كان الالتزام ثانوياً فلا مسوغ للفسخ. وذلك أن الالتزام الرئيسي هو ما كان أساساً لتحديد محل العقد، ومن دونه لا يكون للعقد غرض اقتصادي حتى يمكن أن يقدم التعاقد على إبرامه⁽⁴⁵⁾.

مثلاً بالنسبة لعقد البيع يعد الالتزام بتسليم المبيع ونقل الملكية من الالتزامات الجوهرية للبائع، كذلك بالنسبة للمشتري فإن الالتزام بسداد الثمن من الالتزامات

⁽⁴⁵⁾ وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 117.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

الجوهرية ويعد التزام البائع بضمان عدم التعرض أو العيوب الخفية من الالتزامات الثانوية، حيث يكون الالتزام ثانوياً إذا كان من توابع العقد وإن كان يساهم في تحقيق الغرض الاقتصادي من التعاقد، ولكن ليس من الضروري أن كل إخلال بالتزام ثانوي يوجب رفض الفسخ، فقد تصل أهمية الالتزام الثانوي إلى درجة الالتزام الجوهري، بحيث يكون ذا شأن بالنسبة للمتعاقد كالتزام البائع بضمان الاستحقاق⁽⁴⁶⁾.

إن تغليب التقدير الموضوعي للمسلك، الذي يجعل الفسخ بالإرادة المنفردة مسوغاً، أو بمعنى آخر، اعتماد المعيار الموضوعي في هذا الصدد، هو في الواقع ما يؤيده غالبية الفقه الفرنسي، هذا وتبنى التشريع اللبناني والعراقي لهذا المعيار، وذلك للمزايا العديدة التي يتمتع بها والمتمثلة في الآتي:

أولاً، الثبات والاستقرار في التطبيق: حيث يعتمد هذا المعيار على مستلزمات وعوامل موضوعية ثابتة إلى حد ما، تتصل بالعلاقة التعاقدية والظروف المحيطة بها بعيداً عن الجوانب الشخصية التي تختلف من شخص إلى آخر.

ثانياً، البحث عن مدى تحقق الاختلال في التوازن الاقتصادي داخل العلاقة العقدية: وذلك عن طريق قياس درجة التناسب والتوازن بين الأدوات والمنافع

(46) عمر علي الشامسي، فسخ العقد، مرجع سابق، ص 143.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

المتوقعة منها، وفقا لسلوك الشخص المعتاد، ومن ثم عدم الاعتماد على عوامل وأسس في تقدير الاختلال من خارج العملية التعاقدية كما في المعيار الشخصي.

ثالثاً، تحقيق العدالة بين الأطراف المتعاقدة؛ لأنه يساوي بين المتعاقدين في مراكزهم القانونية، حيث ينظر بشكل أساس إلى نسبة الاضطراب والاختلال داخل العقد، دونما النظر إلى الجانب الشخصي للمدين⁽⁴⁷⁾.

كما أن الأخذ بالمعيار الموضوعي عند تقدير مسلك الفاعل يصبح للخطأ الجسيم معنى وطابع اجتماعي، وليس مجرد شيء نفسي، يتمثل في الانحراف عن السلوك الاجتماعي القويم، وهو بهذا التقدير يتسم بالموضوعية، فلا يهتم بتقسية ويقتظة وتبصر الشخص، وإنما يهتم بفعله وسلوكه ومدى موافقته للسلوك الاجتماعي المتمثل فيما يكون عليه مسلك الرجل المعتاد⁽⁴⁸⁾.

الفرع الثاني

الشروط الإجرائية لممارسة الحق في إنهاء العقد بالإدارة المنفردة

⁽⁴⁷⁾ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص444.

⁽⁴⁸⁾ نبيل إبراهيم سعد وآخرون، مصادر الالتزام- دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010،



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

إن القضاء الذي اعتمد مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، اشترط لذلك أن يكون هناك إخلال على قدر كاف من الجسامة، بالالتزامات الناشئة عن العقد منسوب إلى المدين، وهذا ما تناولناه باعتبار الشرط الموضوعي لإمكان إيقاع هذا الفسخ، والملاحظ في هذا الصدد أنه لم يتبين من خلال هذا القضاء، ما إذا كان هناك مسار إجرائي معين، يتعين على الدائن إتباعه، لإيقاع هذا الفسخ الذي يتم بعيداً عن القضاء، ولم يسبق الاتفاق عليه، من خلال شرط فاسخ صريح، يمكن من خلاله اعتبار العقد مفسوخاً في حال عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، على الرغم من ذلك، فقد أجمع الفقه والمشرع الفرنسي على ضرورة وجود هذا المسار الإجرائي، الذي يجب أن يتقيد به الدائن لإيقاع الفسخ⁽⁴⁹⁾.

أولاً: الإخطار:

لا يكفي، في نظر الفقه الفرنسي، لإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة، أن يقوم الدائن بإعذار المدين، على النحو السابق بيانه، وإنما يشترط، فوق ذلك، أن يقوم الدائن بإخطار المدين بقراره، ومن الوسائل التي تتبعها المشرع للتخفيف من مخاطر الفسخ بالإرادة المنفردة المفاجئ وسيلة الإشعار، فعلى الطرف الذي يرغب في فسخ العقد أن يبلغ إرادته إلى الطرف الآخر، وهو ما يسمى بالإخطار، وبما أن

(49) توفيق حسن فرح، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 144.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

الحكمة من الإخطار هي تلافي الآثار السلبية للفسخ بالإرادة المنفردة المفاجئ (50).

إن العقد لا يفسخ فور إبلاغ الرغبة وإنما لابد أن تمتد فترة زمنية بين إبلاغ الإرادة والتاريخ الذي يصبح فيه الفسخ فعلياً، هذا القيد أشتراطه القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1226 والتي جاء فيها: يجوز للدائن على مسؤوليته الخاصة أن يفسخ العقد عن طرق الإخطار فيما عدا حالة الاستعجال يجب على الدائن أولاً أن يعذر المدين المتعاس عن الوفاء بالتزامه في مدة معقولة، يجب أن يذكر صراحة في هذا الأعدار (51).

ففي حالة تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه فإنه يحق للدائن فسخ العقد، في حالة استمراره في عدم التنفيذ يُخطر الدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره، حيث يحق للمدين أن يلجأ إلى القضاء في أي وقت لينازع في الفسخ، حيث يجب على الدائن إثبات جسامه عدم التنفيذ مؤدى هذا الشرط أن الفسخ بالإرادة المنفردة لا يقع بانتهاء المهلة المحدد في الإعدار، ليقوم المدين بالوفاء بالتزامه، وإنما لابد من إخطار المدين بإيقاع هذا الفسخ.

بمعنى آخر، إن انتهاء المهلة المحددة بمقتضى الإعدار لا يعني أن العقد قد تم فسخه، فالفسخ لا يقع تلقائياً بمجرد فوات هذه المهلة، بل يبقى العقد قائماً، إلى

(50) عمر علي الشامسي، فسخ العقد، مرجع سابق، ص146.

(51) توفيق حسن فرج، مصادر وأحكام الالتزام - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص176.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

أن يتم إخطار المدين، من قبل الدائن، بفسخ العقد ليبقى بالتالي مصير العقد بيد الدائن.

قد عرف بعض الفقه الإخطار ذلك الإعلان الذي يوجهه أحد طرفي العقد إلى الآخر، والذي يبدي فيه رغبته في إنهاء العقد، عند انتهاء مهلة الإخطار المحددة بمقتضى نص القانون والأخطار بهذه الصورة هو إعلان إرادة أحد المتعاقدين، إلى المتعاقد الآخر بفسخ العقد، وهو عمل قانوني من جانب واحد، فلا يستلزم قبول ممن وجه إليه (52).

إن الإخطار باعتباره تصرفاً قانونياً، يجب أن يكون صادراً من صاحب الشأن أو ممثله القانوني، وأن يكون ذي أهلية وممن له صفة قانونية، والغرض من الإخطار هو منع المفاجئة، وتمكن الطرف الآخر في العقد، من الاستعداد للوضع الذي يعقب فترة الإخطار، وإذا كان الإخطار من جانب صاحب العمل، استطاع العامل خلال فترة الإخطار أن يبحث عن عمل جديد، وإذا كان الإخطار من جانب العامل، فإنه بهذا يعطي صاحب العمل الفرصة في البحث عن عامل، يحل محل العامل المستقيل.

ثانياً: الإعذار:

(52) إلياس ناصيف، موسوعة شركات التجارة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

لبنان، 2004، ص 123.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

إذا كان القانون الروماني، هو أساس نظرية الإعذار بالنسبة للقانون الفرنسي، وغيره، فإن القانون الفرنسي هو أساس الإعذار، في القانون المصري والعراقي، حيث حددت المادة 1139 من القانون المدني الفرنسي الشروط اللازمة للإعذار، فقضت بأن الإعذار يتم إما بواسطة إنذار وأما بواسطة أي تصرف مقابل أو مماثل، وفي النهاية فقد يتم الإعذار بواسطة أثر التصرف أو العقد أو الاتفاق عندما ينص على أن مجرد حلول الأجل يعد إعذار للمدين (53).

بناءً على ذلك، فإنه أمر شكلي مبدئي، يتعين أن يتوجه الإنذار أو ما يقوم مقامه الى المدين أو من يمثله، وإذا كان ثمة مدينون متعددون، فإن الإعذار يجب أن يوجه إلى كافة المدينين إذا كان الدين مشتركاً أو متحداً، بيد أنه إذا كان المدينون متضامنين (54).

يكفي توجيه الإنذار إلى أي واحد منهم والواقع أن ما ينادي به الفقه الفرنسي، من قيد إجرائي على ممارسة الدائن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة، متمثلاً في إعذار المدين، هو ما اعتمدته التشريعات التي أقرت للدائن بهذا الحق، وإن كان ذلك في البعض منها جاء بطريقة غير مباشرة، ومن خلال إخطار الدائن

(53) ماهر محمد علوان الجميلي، فسخ العقد بالإدارة المنفردة، مرجع سابق، ص 152.

(54) ألان بينا بيت، القانون المدني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر وتوزيع، بيروت، لبنان،

2004، ص 150.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

للمدين بقراره فسخ العقد، ففي القانون المدني الجديد وقبل إقدام الدائن على فسخ العقد إعدار المدين.

كما يجب أن يتضمن هذا الإعدار مهلة معقولة لقيام المدين خلالها بالتنفيذ، فإذا ما فاتت هذه المهلة دون قيام المدين بالتنفيذ، كان للدائن أن يعد العقد مفسوخاً، دون التزام عليه بإخطار المدين بأن العقد قد فسخ، وفي القانون المدني الألماني وبحسب المادة 333 المعدلة بمقتضى القانون النافذ اعتباراً من العام 2002، فإنه إذا كان الفسخ بإعلان موجه من الدائن إلى المدين⁽⁵⁵⁾، لا يتم إلا بعد فوات مهلة معقولة، يتضمنها هذا الإعلان، وهذا ما يعد تطبيقاً للنظام، والذي يقضي بأنه في حال تخلف أحد أطراف العقد عن تنفيذ التزامه يجوز للطرف الآخر، أن يحدد له مهلة معقولة للتنفيذ، مع إخطاره بأنه لن يقبل منه التنفيذ بعد فوات تلك المهلة.

فإذا كان بحسب هذا القانون الفسخ يتم من خلال الإعلان، الموجه من الدائن إلى المدين، فإن هذا الإعلان يتضمن في الواقع إعداراً للمدين، بالمعنى السابق بيانه، أو على الأقل، يتضمن الأثر الأهم الذي يترتب على الإعدار، وهو منح مهلة أخيرة للمدين ليقوم بالتنفيذ.

(55) أسعد دياب، العقود المسماة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 178.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

إن إعدار المدين، يبدو في نظر الفقه الفرنسي وبحق إجراءً ضرورياً ولازماً، متى سمح للدائن بأن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، وبعيداً عن تدخل مسبق من قبل القضاء، هو ما تؤكدته التجارب التشريعية السابق تناولها، فإن ذلك ما يؤكدته التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي، أما القانون المصري فإنه لا يجوز طلب الفسخ لمجرد أن المدين تأخر في تنفيذ التزامه رغم استحقاقه وإنما يجب أن يقوم الدائن بإعدار المدين ويطلبه بالتنفيذ، والإعدار يجب وإن كان هناك شرط فاسخ صريح بشرط ألا يكون هناك إعفاء منه⁽⁵⁶⁾.

الجدير بالذكر، لا يعد من قبيل الاعذار إذا أعلن المشتري بصحيفة دعوى فسخ البيع لإخلاله بتنفيذ المدين متخلفاً التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام الإعدار هو الذي يضع المدين موضع التقصير، إذ لا يعدّ عن الوفاء إلا بعد الإعدار.

إن الإعدار يكون بمطالبة المدين بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه، أي بدعوته إلى الوفاء بالالتزام وتسجيل التأخير في تنفيذه، ولا يلزم فوق ذلك تهديد المدين بفسخ العقد في حالة عدم وفاته بالتزامه، ولا يتحقق الإعدار من مجرد أن يتضمن التهديد أو طلب الفسخ دون التكليف بالوفاء في القانون المدني العراقي نصت المادة 256 وحتى يستطيع المضرور المطالبة بفسخ العقد يتعين عليه

(56) أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، حدود سلطة الموكل، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

شروطاً لاستحقاق التعويض ويجب أن يتضمن الإنذار الذي يسبق الفسخ ماهية الإخلال الواقع بالعقد من المنذر إليه وتحديد مدة معينة له لتدارك الخطأ أو الوفاء بالالتزام هذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية (57).

لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن ضمن المدة تقرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر في الحكم المميز ظهر أنه صحيح وموافق القانون من حيث النتيجة، لكون الغاية المقصودة من الإنذار الذي يجب أن يسبق فسخ العقد (58).

ثالثاً: تسبيب القرار:

في سبيل حماية المدين في مواجهة قرار الدائن بفسخ العقد، اشتراط الفقه الفرنسي إلى جانب ضرورة حصول الإعذار، ثم الإخطار بالفسخ، أن يكون هذا القرار مسبباً، وتسبب قرار الفسخ من ناحية الدائن يقصد به ألا يقتصر الدائن في فسخه للعقد بأن يخطر المدين بذلك، وإنما أن يبين الأسباب التي دفعته إلى هذا القرار ومسوغاته، وذلك ببيان الإخلال في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، الذي يأخذه على المدين مع العلم بأن التسبب أمر لا يقتصر على القانون الإجرائي، بل يستخدم في كثير من العلوم المتصلة بحياة الإنسان، لأنه أمر

(57) نقلاً عن مورييس نخلة، الكامل في الشرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 187.

(58) نقض مصرية/ طعن رقم 177 الصادر بتاريخ 1993/6/29، أشار إليه أنور طلبة نفاذ وانحلال عقد البيع، دار الكتاب القانونية، مصر، 2011، ص 383.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

يرتبط بالفلسفة والمنطق، بقدر اعتباره التزام قانوني يرتبط بعمل الدائن الذي يتخذ قرار الفسخ بالإرادة المنفردة، أي بقدر ارتباطه بعلم القانون⁽⁵⁹⁾.

وإن اختلف في مدلوله وضاق نطاقه فيه، فإن المفهوم العام للتسبب يبقى واحداً، من ناحية ما يعنيه من أن يكون القرار مسبباً، سواء كان القرار المقصود هو قرار القاضي، أم كان قراراً من أحد المتعاقدين في الرابطة العقدية ويرى الفقيه الفرنسي لوران أينييه البروفيسور بجامعة باريس أن ذلك التسبب ليس من أجل السماح بوجود رقابة قضائية على الأسباب، ولكن من أجل تجنب كتمان أسباب الفسخ أو أن يتم الفسخ وفقاً لهوى أحد أطراف العقد وذلك العنصر يعد مفيداً لطرفي العقد.

حيث قررت محكمة النقض الفرنسية طبقاً لنص المادة 122-14-3 من تقنين العمل الفرنسي إن لقاضي الموضوع تقدير الصفة الحقيقية لأسباب الإنهاء التي يدعيها صاحب العمل⁽⁶⁰⁾، فأشارت المادة 122-14-3 من تقنين العمل الفرنسي إلى أن "يكون قاضي الموضوع عقيدته من العناصر التي يقدمها طرفي النزاع،

⁽⁵⁹⁾ قرار محكمة التمييز العراقية، رقم 2066، الصادر بتاريخ 2008/9/8،

⁽⁶⁰⁾ Cass. Soc 8 juill 1977.

أشار إليه أمال طه، إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة لصاحب العمل، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة المنصورة، كلية القانون، مصر، 1999، ص 233.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

إلى جانب كل إجراء آخر يراه مفيداً في ذلك⁽⁶¹⁾، وبذلك يكون أمام القاضي وجهتي نظر: رأي صاحب العمل، والسبب الذي يدعيه، ودليل العامل على أن هذا السبب غير حقيقي وغير مشروع، فعلى صاحب العمل، إبداء السبب المحدد للإنهاء والذي أدى إليه.

بناءً عليه، من الممكن أن يقتنع القاضي بحقيقة هذا السبب، من خلال تقديم بيانات وشهادة شهود، والمحكمة أن تعدّ رفض صاحب العمل من أسباب موجبة للإنهاء، (إنهاء تعسفي)، ومن ثم تقرر ما تراه من تعويض للعامل عن هذا الإنهاء التعسفي، ويكون الحكم كذلك في حالة رفضه الحضور للمحكمة لتقديم الدليل على صحة ما يدعيه من أسباب للإنهاء، كما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن: صاحب العمل الذي يدعي سوء خلق العامل وطباعه السيئة مع زملائه، دون أن يقدم أي دليل على ذلك، لا يكون إنهاؤه مستنداً إلى سبب حقيقي.

فعندما يقدم المؤجر بتبنيه المستأجر بالإخلاء، فإن ذلك الإخلاء، التنبيه بالإخلاء يجب أن يكون مسوغاً سواء من خلال قراره لاسترداد المكان المؤجر أو بيعه⁽⁶²⁾، أو بمسوغ قانوني أو جدي لاسيما في حالة عدم تنفيذ المستأجر لواحد أو كل

⁽⁶¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظري، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه

عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2022، ص 165.

⁽⁶²⁾ محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 176.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

الالتزامات التي تقع على عاتقه، وذلك لتجنب البطلان أيضا المادة 1225 من تقنين العمل الفرنسي المعدلة بقانون رقم 1088 لسنة 2016 الصادر في 8 أغسطس 2016، م 10: ألا أن رب العمل يستطيع فسخ عقد العمل إذا برر الفسخ بوجود خطأ المستفيد، ولا يتعلق ذلك السبب بالمحل، أو باستحالة التمسك بالعقد لسبب غير المحل والوضع جسيم من قبل يبيدي.

ألا يكفي أن أسباباً مبهمه أو غامضة، كما يجب عليها تقدير المستندات التي تبرز إليها في الدعوى وفي حالة عدم مراعاة لذلك فإن حكمها يكون قاصراً في التسبب ومستوجباً النقض⁽⁶³⁾.

إن تسبب قرار الفسخ بهذا المعنى، له أهمية تبدو من عدة نواح فالإزام الدائن بيان مسوغات قراره بالفسخ مؤداه إلزامه بالتروي في اتخاذ هذا القرار، والبحث في جدية أسبابه، مما يؤدي إلى الحد من فرص أن يكون قراراً تحكيمياً، هذا من ناحية الدائن، أما من ناحية المدين فإبراز مسوغات قرار الفسخ.

الخاتمة

⁽⁶³⁾ بسام حسين محمد، مفهوم الغير في إطار الروابط القانونية، رسالة أعدت لنيل درجة الدكتوراه، جامعة عين

شمس، مصر، 2010، ص 187.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

إذا كانت المزايا التي يحققها الفسخ بالإرادة المنفردة تجعلنا من مؤيدي الفسخ بالإرادة المنفردة والداعين إلى تكريسه تشريعياً ضمن القانون المدني اللبناني والعراقي، فالملاحظ أن هذا النوع من الفسخ قد أثار الكثير من المخاوف والهواجس التي يجمع بينها الخشية من أن يكون هذا الفسخ باباً واسعاً أمام الدائن، يمكنه من خلاله التخلص من العقد، متعللاً في ذلك بأي قدر من الإخلال بالتزامات العقدية من قبل المدين، وأياً كان قدر ضالته بما يترتب على ذلك من الإضرار بمصالح هذا الأخير، وأيضاً النيل من الاستقرار اللازم للعلاقات العقدية.

ولكن هذه المخاوف، وإن لم تكن في اعتقادنا، فلا تقارن بالمزايا العديدة للفسخ بالإرادة المنفردة - بل إنها بالأحرى دعوة إلى بحث عن ضوابط أعمال هذا الفسخ التي من خلالها يمكن التوصل إلى قدر من التوازن المعقول بين مصالح الدائن من ناحية، ومصالح المدين، وضرورات حمايته من ناحية أخرى، وهذا ما توصل إليه القضاء الفرنسي الحديث، وكذلك التعديل الجديد للقانون الفرنسي، وكذلك بعض التجارب التشريعية الوطنية والدولية، ومن الملاحظ في هذا الصدد أن الفسخ بالإرادة المنفردة يقتضي توافر شرطاً موضوعياً من ناحية، فضلاً عن شروط إجرائية يجب إتباعها لإيقاع هذا الفسخ من ناحية أخرى.

ومن حيث الشرط الموضوعي للفسخ بالإرادة المنفردة، وعلى الرغم من اختلاف الصياغات المستخدمة في هذا الشأن سواء في القرارات القضائية أم في النصوص القانونية، فهو يتمثل في ضرورة أن يكون الإخلال المنسوب إلى المدين في تنفيذ



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

التزاماته على قدر كاف من الجسامة واشتراط جسامة الإخلال بالتزامات العقدية يحقق حماية مصالح المدين من ناحية، ويحافظ على استقرار المعاملات من ناحية أخرى؛ ذلك لأن مثل هذا الشرط يعني عدم جواز تدرع الدائن بأي إخلال من قبل المدين للتخلص من الذي يربطه بالمدين.

ومن خلال هذه الدراسة نكون قد توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات الآتية:



أولاً: النتائج:



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

1. إنّ الاعتراف بالانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية يرتبط أساساً بالموقف

القانوني من دور الإرادة المنفردة في ترتيب الآثار القانونية فبعض القوانين لا تعترف للإرادة المنفردة بأي دور في ترتيب الآثار الأصلية وإنشاء الالتزامات وتتبنى قواعد تحرم الإرادة من ترتيب الآثار القانونية في السياق العقدي وتنص على عدم جواز تعديل العقد أو نقضه إلا بالتراضي، وهناك قوانين أخرى تعترف للإرادة المنفردة بحقها في إنشاء الالتزام وإنهاءه في نطاق محدود وفي الحالات التي ينص عليها التشريع نفسه مع الإبقاء على القواعد التي تحرم الإرادة المنفردة من ترتيب الآثار في اطار العقد.

2. من حيث الشروط الموضوعية للإنهاء بالإرادة المنفردة، انتهينا في هذا الخصوص إلى أنها، وعلى الرغم من اختلاف الصياغات المستخدمة في هذا الشأن، تتمثل في ضرورة أن يكون الإخلال المنسوب إلى المدين في تنفيذ التزاماته على قدر كاف من الجسامة، هذا وقد لاحظنا في هذا الصدد صعوبة وضع تعريف محدد، لما يعد إخلالاً على قدر كاف من الجسامة، ومن هنا، رأينا أهمية أن يحاط هذا الشرط الموضوعي للفسخ بالإرادة المنفردة، لمجموعة من الموجهات التي تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير جسامة الإخلال، والتي من شأنها إعانة الدائن على اتخاذ قراره بالفسخ ومساعدة القاضي عند ممارسته لرقابته اللاحقة على هذا الفسخ.

3. إنّ إيقاع الإنهاء، يتم من خلال مسار إجرائي يبدأ بإعذار المدين، ويعتبر هذا الإعذار مطلباً أساسياً في كافة التشريعات التي عرضنا لها، والتي اعتمدت



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

الفسخ بالإرادة المنفردة، وإن كان ذلك قد جاء بطريقة غير مباشرة في البعض منها، من خلال هذا الإعذار، يمكن تعويض الرقابة القضائية التي تمارس في حال الفسخ القضائي، وذلك باعتبار أن من لزوم الإعذار ترك مهلة للمدين للقيام بالتففيذ، كما أنه بهذا الإجراء يتأكد حسن نية الدائن، ومن خلاله - أيضاً - يعوض المدين عن المهلة التي من الممكن أن يمنحها له القاضي لو كان قد طلب منه الفسخ.

ثانياً: التوصيات:

1. على المشرع العراقي إيراد نص ضمن المواد المنظمة لنظرية الإنهاء يتعلق بحالة الفسخ بالإرادة المنفردة.
2. نوصي المشرع العراقي بأن يشدد الحماية للطرف الضعيف في العقد، فضلاً عن السماح له بفسخ العقد بالإرادة المنفردة بضوابط معينة.
3. وجوب النص على ان يكون للمدين أن يلجأ الى قاضي الأمور المستعجلة خلال مهلة الإعذار الموجه اليه من الدائن، للمنازعة في الفسخ الذي شرع فيه الدائن، وانه يترتب على ذلك وقف هذا الفسخ.

قائمة المصادر والمراجع



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

أولاً: الكتب القانونية.

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، حدود سلطة الموكل، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.
2. أسعد دياب، العقود المسماة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
3. ألان بينا بيت، القانون المدني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر وتوزيع، بيروت، لبنان، 2004.
4. إلياس ناصيف، موسوعة شركات التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
5. أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017.
6. به مو برويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
7. توفيق حسن فرج وآخرون، مصادر وأحكام الالتزام - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
8. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
9. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 2002.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

10. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن،

الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

11. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظري،

المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت، لبنان، 2022.

12. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحث الشخصي في القانون

الوضعي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.

13. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي - أحكام

الالتزام، الطبعة الأولى، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، العراق،

2019.

14. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر،

الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.

15. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات الطبعة الأولى،

منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، العراق، 2011.

16. علاء حسين علي، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية (دراسة في

دور الإرادة المنفردة في النطاق العقدي)، ط1، منشورات زين الحقوقية،

بيروت، 2011.

17. عمر علي الشامي، فسخ العقد، الطبعة الأولى، المركز القومي

للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2010.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

18. ماهر محمد علوان الجميلي، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دار الجامعة

الجديدة، الإسكندرية، 2019.

19. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة

العربية، القاهرة، 2000.

20. محمد أحمد عابدين، زوال العقد، الطبعة الأولى، منشأة المعارف،

الإسكندرية، القاهرة، 2013.

21. محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة (قراءة في التوجيهات

القضائية وفي التشريعات الحديثة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

2016.

22. محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، الطبعة الأولى، دار

الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

23. محمد خلف سبيل الجبوري، فسخ العقد، وزارة العدل، العراق، 2001.

24. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد - دراسة مقارنة في القانونين

المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة،

مصر، 2005.

25. موريس نخلة، الكامل في الشرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء

الثالث، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،

2007.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

26. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود

التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

مصر، 2017.

27. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، مصادر الالتزام- دراسة مقارنة، ط1،

منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

28. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، الطبعة

الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.

29. هدى العبد الله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر- دراسة مقارنة،

الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020.

30. وليد حكم أحمد مهنا، فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم

التعويض في المسؤولية المدنية، جامعة مؤتة، الجزائر، 2006.

31. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة

عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني- دراسة مقارنة، دار الجامعة

الجديدة، الإسكندرية، 2009.

ثانياً: الرسائل والأطاريح الجامعية.

1. أحمد عبد الله محمد علي، الإنهاء بالإرادة المنفردة لعقد العمل غير محدد

المدة في قانون العمل المصري، رسالة أعدت لنيل شهادة الماجستير في

القانون الخاص، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر،

2010.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

2. أمال طه، إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة لصاحب العمل، أطروحة

دكتوراه، مقدمة إلى جامعة المنصورة، كليه القانون، مصر، 1999.

3. بسام حسين محمد، مفهوم الغير في إطار الروابط القانونية، رسالة أعدت

لنيل درجة الدكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2010.

ثالثاً: المجلات والدوريات.

1. سهير حسن هادي، تحلل رب العمل من عقد المقاوله بالإرادة المنفردة،

مجلة جامعة بابل، مجلد 25، العدد 2، 2017.

2. محمد حسن قاسم، الفسخ بالإرادة المنفردة آلية لتحقيق العدالة في مجال

الجزاء المدني، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية

والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، عدد خاص، 2012.

رابعاً: القرارات القضائية.

1. Cass. Soc 8 juill 1977.

2. قرار محكمة التمييز اللبناني، الصادر بتاريخ 1979/1/10، العدل.

3. نقض مدني، الطعن رقم 1582، جلسة 1989/11/13، مجموعة

المكتب الفني، عدد 40، جزء ثالث.

4. نقض مصرية/ طعن رقم 177 الصادر بتاريخ 1993/6/29، أشار

إليه أنور طلبه نفاذ وانحلال عقد البيع، دار الكتاب القانونية، مصر،

2011.



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية

5. نقض مدني، الطعن رقم 232، جلسة 1996/4/7، مجموعة المكتب

الفني، عدد 17، جزء ثاني.

6. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 918، الصادر بتاريخ 2008/4/20،

مجلس القضاء الأعلى، العراق، 2008.

7. قرار محكمة التمييز العراقية، رقم 2066، الصادر بتاريخ 2008/9/8،

مجلس القضاء الأعلى، العراق، 2008.





AL-KINDI JOURNAL
LEGAL STUDIES WITH A FUTURE VIEW

AL-KINDI JOURNAL

A Political legal Journal specialized in publishing contemporary legal and international research and studies

Editor in chief:

Prof. Dr. Malik Dahham Mutaib Al-Jumaili

University of Mashreq – Iraq

Managing editor

Prof. Dr. Ahmed Samir Mohamed Yassin Al-Jubouri

University of Kirkuk – Iraq

Editorial Board:

Prof. Dr. Ismat Abdal Majeed Bakir.

Lecturer Professor of Law at several universities – Iraq

Prof. Dr. Rashid Majeed Muhammad Al-Rubaie

University of Baghdad – Iraq

Prof. Dr. Omar Muhammad Shehada

Lebanese University – Lebanon

Prof. Dr. Muhammad Riad Daghaman

Lebanese University – Lebanon

Dr. Ali Sabih Al-Tamimi

University of Baghdad – Iraq

Prof. Dr. Bashir Saad Zaghloul

Qatar University – Qatar

Dr. Rawad Ghaleb Sliqa

Beirut Arab University – Lebanon

Prof. Dr. Muhammad Hamad Mustafa Al-Qal'atsha

The University of Jordan – Jordan

Dr. Ammar Mamdouh Al-beak

University of Aleppo – Syria

Prof. Dr. Wissam Hussein Ghayad

Lebanese University – Lebanon

Asst. Prof. Dr. Marwan Amer Nassif Jassim

Tikrit University – Iraq

Prof. Dr. Ahmed Nawar Nassif

Tikrit University – Iraq

Dr. Hala Ahmed Safwan Shehada

University of Aleppo – Syria

الكندي - العدد السابع / السنة الثانية حزيران 2025



احكام ضمان العيوب الخفية في العقود الالكترونية



AL-KINDI JOURNAL
JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS

AL-KINDI JOURNAL

A Multidisciplinary Journal for Publishing Contemporary Legal and Economic Research and Studies

Fourth issue. First Year. Jumada al-Akhirah 1447 - 2025 June

ALL correspondence should be addressed to:

AL-KINDI JOURNAL - ERBIL - IRAQ

TELEPHONE: +964 750 010 0017

EMAIL: info@alkindijournal.com

Full texts of the research is available in:

alkindijournal.com

ISSN: 3005-6578 - Deposit No: 2693