

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل - كلية القانون

إستحالة التنفيذ وأثرها على الإلتزام العقدي -دراسة مقارنة-

رسالة مقدمة

إلى مجلس كلية القانون - جامعة بابل كجزء من متطلبات نيل درجة
الماجستير في القانون الخاص
من قبل

حامد شاكر محمود الطائي

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور

عزيز كاظم جبر الخفاجي

2002م-1423هـ

✱✱✱✱✱✱ ✱✱ ✱✱
✱✱✱✱✱ ✱✱ ✱✱✱✱✱✱
✱✱ ✱✱✱ ✱✱✱✱✱✱✱
✱✱✱ ✱✱✱✱✱✱✱✱✱
✱✱✱✱✱✱✱✱✱ ✱✱

The Frustration in Performing and its Effect on the Contractual Obligation

- A Comparative Study -
A Thesis Submitted to
The Council of the College of Law,
University of Babylon in a Partial
Fulfillment of the Requirements for the
Degree of Master in Private Law

By
Hamed Shakir .M. Al-TA'EE

Supervised by
Professor Assistant
Dr. Aziz K.G. Al-Khafaje'e

2002

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا

صَلَّى الْعَظِيمِ

الْبَقَرَةُ (286)

الأهداء



إلى من التحق بالرفيق الأعلى قبل أن يرى ثمار غرسه ،
ويقطع ثمرة زرعه ، ويهناً برحيق صفوة ، إلى والدي
الشيخ الحاج شاكر محمود العلي الطائي (رحمه الله
وطيب ثراه) ، ادعوا الله عز وجل أن يكون بحثي هذا
صدقة جارية له.

إلى من حملت الأمانة من بعده ، وصارعت الزمن والآلام
، فكانت مثلاً للتضحية والوفاء ، ورمزاً للحب والعطف
والحنان ، والدتي أطال الله في عمرها وأعاننا على حسن
برها.

إلى من دفعوني لأستكشف آفاق العلم والمعرفة ،
فكانوا أوفياء في عهدهم ، وأسخياء في بذلهم ، كرماء
في خلقهم إخواني وأخوانتي جزاهم الله عني خير جزاء.

إلى من جعل الله عز وجل بيني وبينها مودة ورحمة
والتي تحملت وصبرت على متطلبات العلم ، فكانت مثلاً
للتضحية والوفاء ، زوجتي.

والى من جعلهم الله زينة الحياة الدنيا ، أولادي
(مريم ، شاكر ، أحمد ، علي)

إلى كل هؤلاء أهدي هذا البحث

حامد شاكر محمود الطائي



شكر وتقدير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ

أحمد الله واسجد له شكراً على ما هدانا إليه وما انعم علينا به من نعم لو حاولنا عدّها لما أحصيناها ، وأصلي وأسلم على اشرف المرسلين سيدنا محمد (صلى الله عليه واله وسلم) .

ومن نعم الله على إنجازي بعونه سبحانه هذه الدراسة وهي متاهة يظل سالكها ، وغمرة تعبى أو تعجز من اجتراً على وضع قدمه فيها ليخرج منها ، ولا أنسى بعد هذا أن اعترف بالفضل وحسن الصنيع لأستاذي الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي الذي لم يبخل على بوافر تشجيعه وسديد توجيهه وغزير علمه وكل ضروب العون والمساعدة طوال رحلة العناء في وضعها فحملني له من الشكر والعرفان ما لا احسن التعبير عنه وجعلني أتوجه بالدعاء الدائم الى الله تعالى أن يمنحه الصحة والعافية ويحميه من كل شر وبلاء ويطيل في عمره ويجزيه عني خير الجزاء.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى السيد عميد كلية القانون جامعة بابل الدكتور علي زعلان ومن يعمل معه لما لقيت من التشجيع والتوجيه والإمداد بالمراجع الأمر الذي كان له اثر كبير في إغناء هذه الدراسة ، وان أتقدم من ثم بالشكر الجزيل لكل الأساتذة الذين درسنا على أيديهم ومنهم الأستاذ الدكتور جاسم العبودي والدكتور باسم محمد صالح والدكتور محمد علي سالم والدكتور عامر الخفاجي. ويلزمني الوفاء أن أسجل شكري وتقديري الوافرين للأستاذ صبري حمد خاطر والدكتور عصمت عبد المجيد بكر المستشار في مجلس شورى الدولة لدورهم الكبير في إغناء هذه الدراسة وإظهارها على الصورة التي اتخذتها ، وشكري وتقديري لزميلي الاستاذ المحامي ذاكر خليل العلي لما قدمه لي من المصادر.

وختاماً يجدر بي ان أعرب عن شكري وتقديري لموظفي وموظفات مكتبة كلية القانون جامعة بابل وموظفات قسم الدراسات العليا ، وشكري وتقديري للاخوة (ياسمين ، مزهر ، محمد ، حماد) في مكتب الألفة للطباعة، وكذلك زملائي إبراهيم علي وثائر سعد وزياد طارق وضمير حسين وكاظم كريم وزميلاتي وسن قاسم ورغد فوزي وأسيل باقر لما أبدوا من مساعدة في إعداد هذه الأطروحة.

الباحث



قرار لجنة المناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة ، بأننا اطلعنا على الرسالة الموسومة بـ
(**استحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي -دراسة مقارنة**) وقد ناقشنا
الطالب في محتوياتها وكل ما له علاقة بها ونعتقد بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة
الماجستير في القانون.

التوقيع
الأستاذ المساعد الدكتور
إبراهيم إسماعيل إبراهيم
عضو

التوقيع
الأستاذ الدكتور
عباس زبون العبودي
رئيس اللجنة

التوقيع
الأستاذ المساعد الدكتور
عزيز كاظم جبر الخفاجي
(عضواً مشرفاً)

التوقيع
الدكتور
عصمت عبد المجيد بكر
عضو

صدقت من مجلس كلية القانون، جامعة بابل

التوقيع
الأستاذ المساعد الدكتور
علي زعلان نعمة
عميد كلية القانون /جامعة بابل
التاريخ / ٢٠٠٢/

إقرار المشرف العلمي

أشهد أن إعداد هذه الرسالة الموسومة بـ **استحالة التنفيذ**

وأثرها على الالتزام العقدي **شاكراً** والمقدمة من قبل الطالب (حامد شاكر محمود الطائي) قد تم تحت إشرافي في كلية القانون / جامعة بابل وهي جزء من متطلبات شهادة الماجستير في القانون الخاص.

التوقيع /
الاسم/الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي
التاريخ: ٢٠٠٢ / /

بناءً على التوصية المقدمة ، ارشح هذه الرسالة للمناقشة.

التوقيع /
الاسم/الأستاذ المساعد الدكتور
علي زعلان نعمة
رئيس لجنة الدراسات العليا
التاريخ: ٢٠٠٢ / /

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٤-١	المقدمة
٦٣-٥	الفصل الأول: مفهوم استحالة التنفيذ
٥	تمهيد وتقسيم:
٦	المبحث الأول: تحديد معنى استحالة التنفيذ في الفقه والقانون .
٧	المطلب الأول: تحديد معنى استحالة التنفيذ في الفقه .
٧	أولاً: معنى استحالة التنفيذ في الفقه الإسلامي.
١٢	ثانياً: معنى استحالة التنفيذ في الفقه القانوني .
١٤	المطلب الثاني: تحديد معنى استحالة التنفيذ في القانون .
١٤	أولاً: استحالة التنفيذ في القانون العراقي .
١٩	ثانياً: استحالة التنفيذ في القانون المدني المصري.
٢٠	ثالثاً: استحالة التنفيذ في القانون المدني الفرنسي .
٢٣	رابعاً: استحالة التنفيذ في القانون المدني الألماني .
٢٤	خامساً: استحالة التنفيذ في القانون العام الإنكليزي .
٢٩	المبحث الثاني: أنواع استحالة التنفيذ وتمييزها مما يشتهر بها .
٢٩	المطلب الأول: أنواع استحالة التنفيذ .
٢٩	أولاً: الاستحالة الموضوعية والاستحالة الشخصية .

٣١	ثانيا. الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية .
٣٤	ثالثا. الاستحالة المادية والاستحالة القانونية .
٤٧	رابعا. الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية .
٤٩	خامسا. الاستحالة النهائية والاستحالة المؤقتة.
٥٩	المطلب الثاني: تمييز استحالة التنفيذ مما يشته به .
٥٩	أولا. تمييز استحالة التنفيذ عن عدم التنفيذ لوجود مسوغ قانوني .
٦٢	ثانيا. تمييز استحالة التنفيذ عن صعوبة التنفيذ .
١٢٤-٦٤	الفصل الثاني: شرائط تحقق استحالة تنفيذ الالتزام العقدي .
٦٤	تمهيد وتقسيم
٦٧	المبحث الأول: علاقة الإسناد بين استحالة تنفيذ الالتزام العقدي والسبب الأجنبي.
٦٨	المطلب الأول: تعريف السبب الأجنبي .
٧٢	المطلب الثاني: شروط السبب الأجنبي .
٧٢	أولا. شرط عدم إمكان التوقع .
٧٤	ثانيا. شرط عدم إمكان الدفع .
٧٦	المطلب الثالث: صور السبب الأجنبي .
٧٨	أولا. القوة القاهرة والحادث الفجائي .
٧٨	أ. تحديد المعنى والشروط في الفقه والقانون والقضاء .
٨٩	ب. مفهوم القوة القاهرة في الفقه الإسلامي .
٩٠	١. نظرية الجوائح (الآفة السماوية).
٩١	٢. نظرية العذر .
٩٣	ثانيا. خطأ الدائن .

١٠٠	ثالثاً.فعل الغير .
١٠٦	المطلب الرابع :عبء إثبات السبب الأجنبي .
١١٢	المبحث الثاني :انتفاء دور المدين في تحقق استحالة تنفيذ الالتزام العقدي .
١١٣	المطلب الأول :دور الفقه والقضاء في تقرير هذا الشرط .
١١٥	المطلب الثاني : دور الفقه الإسلامي في تقرير هذا الشرط
١١٧	المطلب الثالث .دور خطأ المدين في وقوع الاستحالة .
١١٧	أولاً.الخطأ السابق على تحقق الاستحالة .
١١٨	ثانياً .الخطأ اللاحق على تحقق الاستحالة .
١٢٠	المطلب الرابع :حالات عدم إمكانية تمسك المدين بالاستحالة.
١٢٠	أولاً.عدم اتخاذ واجب الحيطة والحذر .
١٢٢	ثانياً.التأخير في التنفيذ .
١٢٣	ثالثاً.سوء النية.
٢٠٣-١٢٥	الفصل الثالث :آثار استحالة تنفيذ الالتزام العقدي .
١٢٥	تمهيد وتقسيم
١٢٦	المبحث الأول :انقضاء الالتزام العقدي وانفساخ العقد.
١٢٧	المطلب الأول . انقضاء الالتزام العقدي وتوابعه .
١٣١	المطلب الثاني .انفساخ العقد وآثاره .
١٣١	أولاً.معنى الانفساخ وتكييفه فقها وقانوناً .
١٣٦	ثانياً.آثار انفساخ العقد .
١٣٦	الأثر الأول ، انحلال العقد .

١٣٧	الأثر الثاني . رجعية الانفساخ .
١٤٣	الأثر الثالث .إعفاء المدين من المسؤولية العقدية .
١٤٥	الأثر الرابع . عدم الحكم بالتعويض .
١٤٦	الأثر الخامس . عدم الحاجة إلى الاعذار .
١٤٨	الأثر السادس .تلقائية الانفساخ .
١٤٩	الأثر السابع .إحالة الحقوق والدعاوى إلى الدائن .
١٥١	المبحث الثاني . تحمل التبعة في العقد والملك.
١٥٢	المطلب الأول :أساس تحمل تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي والقانوني.
١٥٢	أولا.معنى الهلاك .
١٥٤	ثانيا. أساس تحمل تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي .
١٥٧	ثالثا.الأساس القانوني لتحمل تبعة الهلاك.
١٥٧	أ.نظرية السبب .
١٦٠	ب.نظرية طبيعة العقد .
١٦٢	ج.نظرية الشرط الفاسخ الضمني.
١٦٧	المطلب الثاني .تحمل التبعة في العقد.
١٦٧	أولا.تحمل التبعة في العقود المدنية .
١٦٨	أ.تحمل التبعة في عقد البيع .
١٨٠	ب.تحمل التبعة في عقد الإيجار .
١٨٦	ج.تحمل التبعة في عقد المقاوله .
١٩٠	ثانيا . تحمل التبعة في العقود التجارية.
١٩٦	المطلب الثالث .تحمل التبعة في الملك.
١٩٧	أولا.يد الأمانة ويد الضمان وعلاقتها بالعقد .

١٩٩	ثانيا.تحمل تبعة الهلاك في يد الأمانة .
٢٠١	ثالثا.تحمل تبعة الهلاك في يد الضمان.
٢١١-٢٠٤	الخاتمة.
٢٢٨-٢١٢	المراجع

المقدمة

تحتل المسؤولية العقدية مكاناً بارزاً ومتميزاً في نطاق المسؤولية المدنية ، بوصفها الضمان الفعّال للوفاء بالالتزامات وإداء الحقوق لأصحابها ، والعنصر الجوهرى لاستقرار المعاملات . لهذا فإننا لا نجد غرابة عندما يعطى الفقه الإسلامى والقانون المدنى الأهمية المتزايدة لتلك المسؤولية ، من خلال بيان أحكامها ، ووضع الضوابط والمعايير التى يمكن أن تتأسس عليها ، وكذلك بيان كيفية دفعها . وإذا كان هناك خلاف بينهما فى معالجة هذه المسؤولية ، فإنه خلاف فى الفلسفة والمنهج ، منشؤه اختلاف مصدر التشريع والإطار الذى يسير كل منهما فيه .

ويعد العقد أهم وسائل تفاعل أفراد المجتمع فيما بينهم ، لذا كان الشغل الشاغل لعقول الناس منذ عصور المدنيات القديمة إلى عصرنا هذا . وحتى يتسنى للعقد أداء ما أنيط به من مهام صعبة ، فقد اهتمت به كل التشريعات القديمة منها والحديثة وأحاطته بمجموعة من المبادئ والأسس التى تكفل له قوته الملزمة والتى تجد أساسها فى مبدأ سلطان الإرادة ، والذى لا يجوز فيه لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض الاتفاق أو تعديله ، ما لم يتم الاتفاق على ذلك بينهما ، لا بل إن الأمر يتعداهما إلى القاضي الذى يقتصر دوره على مجرد تطبيق أحكام العقد وتفسيره بما قد يتضمنه من شروط . إذ أن القاضي لا يتولى إنشاء العقد عنهم ، لهذا فإن العقد مادام قد تم إبرامه على وجه صحيح ، فإنه ينشئ بين عاقيه التزامات تكون أشبه بالالتزامات التى يفرضها القانون ، مع ملاحظة أن الالتزامات القانونية تفرض على الجميع . وائياً كان أمر الخلاف ، فإن الذى يهمنى هو أن المتعاقد ، انطلاقاً من مبدأ القوة الملزمة للعقد لا يستطيع أن يتحلل من التزامه إلا إذا قام اتفاق على ذلك بينه وبين المتعاقد الآخر معه ، أو لسبب من الأسباب التى يقرها القانون ، أما ما عدا ذلك فليس أمام المتعاقد إلا تنفيذ ما التزم به سواء باختياره أو جبراً عنه ، وليس هناك ما يعفى المدين من مسؤوليته عن عدم تنفيذ ما التزم به إلا أن تحول دون ذلك التنفيذ ظروف أو أحداث تفوق طاقة المدين وقدرته على تخطي تلك الظروف والأحداث . ومن هنا تتضح أهمية نظرية استحالة التنفيذ بوصفها سبباً من أسباب انقضاء الالتزام العقدي ، والتى تقتضى أن عقداً صحيحاً قد أبرم فى ظل ظروف وأحداث عادية ، ثم طرأت خلال تنفيذ هذا العقد ظروف وأحداث لم يكن للمدين يد فى حدوثها ، أدت إلى جعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً بصفة نهائية أو مستحيلاً لبعض الوقت ^(١) . ومن هنا يتضح أن الظروف التى تجعل الالتزام أكثر تكلفة أو مرهقاً أو صعباً لا تعدّ من الحالات التى تسوغ القول بتوفر استحالة التنفيذ ، ومن هنا تظهر لنا أهمية استحالة التنفيذ كأحدى النظريات المهمة ليس فى ظل المسؤولية العقدية فقط ، بل وحتى فى ظل المسؤولية التقصيرية .

(١) يذهب جانب من الفقه إلى أن أركان الالتزام العقدي هي: الركن المادي المتمثل بمضمون الثقة التى تولدت لدى المخاطب من التعبير الموجه إليه . والركن المعنوي ، والمتمثل بتوفر مسؤولية الشخص عن التعبير الذى ولد ثقة مسوغة لدى المخاطب ، وأن هذه المسؤولية تقتضى توفر الإدراك وحرية الاختيار . انظر عبد الرحمن عياد ، أساس الالتزام العقدي ، النظرية والتطبيقات ، المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، ١٩٧٢ ، ص ١٦٦ .

والاستحالة في نطاق المسؤولية العقدية شأنها في ذلك شأن باقي موضوعات تلك المسؤولية ، لها مفهوم وإطار وحدود تكون عليها ، مما يجعل لها كياناً مستقلاً ومتميزاً عن موضوعات المسؤولية العقدية .

وان هذا التميز النابع من ذاتيتها يكمن في وجود سبب معين يؤدي إليها ، وان هذا السبب يتسم بالاتساع والشمولية إذ لا يمكن حصر صورته ، وقد تنبه المشرع لذلك فلم يذكر صورته على سبيل الحصر وانما على سبيل المثال . فضلاً عن وجود شروط تجعلها في محيط بعيد عن المسؤولية العقدية ، وترتب عند تحققها انقضاء كل الالتزام أو جزء منه ، وإذا كانت هذه هي ذاتية الاستحالة في جانبها النظري ، فان الاستحالة لها جانب عملي يتمثل في الأثر المترتب على تحققها.

أهمية الموضوع من الناحية القانونية:

تتضح أهمية الموضوع من الناحية القانونية ، في كلا الجانبين العملي والنظري ، فالجانب العملي يتعلق بارتباط هذا الموضوع بالظروف التي نشأ العقد فيها ، ذلك أن تلك الظروف عرضة للتغيير ولا يستطيع أحد أن يضمن بقائها وثباتها عند التنفيذ ، فقد يطرأ ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا بعد أن نشأ ممكناً ، فقد تكون الظروف التي تغيرت من القوة ، إذ لا يستطيع أي من الناس أن يفعل شيئاً باتجاهها . وتزداد هذه الأهمية كلما ازداد تدخل الدولة في مجالات الحياة ، وهي كثيرة سواء كانت هذه المجالات بين الأفراد أنفسهم أو بين الدولة نفسها والأفراد ، مما يترتب عليه اتساع الأسباب التي تؤدي إلى استحالة التنفيذ ، كما هو الحال في التأمين وإلغاء الامتياز الممنوح لاستغلال بعض المشاريع ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان دور نظرية الاستحالة يتضح بوصفها سبباً من أسباب دفع المسؤولية.

أما الجانب النظري ، فيتمثل في أن هذه الدراسة مقارنة بين التقنيات المدنية العربية والغربية ، مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ، فهي تكشف لنا عن مظاهر التطور في الأنظمة القانونية الأخرى وأوجه النقص في قانوننا ، والسبل الواجبة الاتباع لتلافي النقص والقصور ، وبذلك ستوسع هذه الدراسة من أفق الباحث القانوني ، بما يطلع عليه من أنماط قانونية مختلفة ، والتي قد لا يكون مثيل لها في قانونه الوطني ، لكي نرقى بقانوننا مما هو عليه إلى ما يجب أن يكون عليه.

تحديد نطاق البحث:

يدهب الفقه والقانون إلى أن محل الالتزام يجب أن تتوفر فيه شروط معينة ، منها أن يكون هذا المحل ممكن الوجود ، أي يجب أن لا يكون محل الالتزام مستحيلًا ، فإذا كان كذلك كان العقد باطلاً ، ويترتب على ذلك أن الالتزام لا ينشأ إلا إذا كان محله ممكناً فلا يكلف أحد بالمستحيل . وهنا تعني استحالة محل الالتزام استحالة تنفيذ هذا الالتزام في ذاته ، كالالتزام شخص بالامتناع عن عمل ، وقد وقع فعلاً قبل الالتزام به ، ويترتب على استحالة القيام بهذا الالتزام بطلان هذا الالتزام . وقد عالجت التقنيات المدنية هذه الاستحالة ، وحكمها الذي يشير في أغلبه إلى أن عدم وجود محل الالتزام يترتب عليه بطلانه وذلك لاستحالة محله . ونظراً لكون هذه الاستحالة قائمة وقت الالتزام أو معاصرة لإبرامه فإنها تسمى بالاستحالة الأصلية^(١) ، والتي لا ينشأ الالتزام في ظلها سواء أكانت

(١) عبد الحي حجازي: نظرية الاستحالة ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة السابعة ، العدد الثاني ، أبريل ١٩٦٣ ، ص ١٦١.

طبيعية أم قانونية، فالاستحالة الأصلية الطبيعية هي التي ترجع إلى طبيعة الأشياء ، كتعهد طبيب بعلاج شخص ثم تبين بأنه قد فارق الحياة . أما الاستحالة الأصلية القانونية فهي التي ترجع إلى سبب في القانون ، كما لو تعهد محام برفع استئناف عن حكم غير قابل للاستئناف أصلاً أو فوات ميعاد استئنافه.

أما إذا كانت الاستحالة لاحقة لانعقاد العقد ، فإنها تسمى بالاستحالة الطارئة أو اللاحقة لأنها قد طرأت بعد انعقاده صحيحاً. ويشترط في الاستحالة الأصلية حتى تؤدي إلى بطلان الالتزام أن تكون مطلقة بمعنى أن تقوم بالنسبة لجميع الناس ، أما إذا كانت نسبية بأن كان الالتزام مستحيلاً على المدين وممكناً بالنسبة لغيره ، كمن يتعهد برسم لوحة فنية وهو لا يستطيع الرسم ، فلا يحول ذلك دون قيام الالتزام ، ويكون المدين بالتالي مسؤولاً عن عدم تنفيذه للالتزامه.

ويعد القانون المدني العراقي من التقنيات التي نصت على شرط الاستحالة الأصلية في أن تكون مطلقة ، فقد نص في المادة (١٢٧) منه على أنه :

- ١- إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالته مطلقة كان العقد باطلاً.
- ٢- أما إذا كان مستحيلاً على المدين دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهد^(١).

وهنا يتضح أن هناك أسباب عديدة تؤدي إلى تحقق الاستحالة ، والذي يهمنا في هذا البحث هو حالة تحقق الاستحالة لسبب أجنبي عن المدين ، وبهذا تخرج الأسباب الأخرى عن نطاق هذا البحث.

و يكون المقصود بالاستحالة في هذا البحث ، الاستحالة الطارئة أو اللاحقة ، وعليه سوف نكتفي من خلال استعراض هذا البحث ، بذكر لفظ الاستحالة فقط مجرداً من ذكر سببها، اكتفاءً بتحديدنا هنا ، على وصف أنها الاستحالة الطارئة أو اللاحقة ، وليست الاستحالة الأصلية ولا الاستحالة اللاحقة التي ترجع في سببها إلى المدين ، والتي ترتب قيام مسؤوليته.

خطة البحث:

وسنتناول موضوع البحث على مدار ثلاثة فصول نسبقها بالمقدمة ، فنعالج في الفصل الأول مفهوم استحالة التنفيذ ، وفي الفصل الثاني شرائط تحقق استحالة تنفيذ الالتزام العقدي ، أما الفصل الثالث فنبحث في الآثار المترتبة على تحقق استحالة تنفيذ الالتزام العقدي .. لنختم بحثنا بعد ذلك بخاتمة نسطر فيها ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات.

(١) وفي حكم لمحكمة التمييز في العراق تم بموجبه توضيح الأثر المترتب على استحالة محل العقد في بيع سيارة . إذ جاء في هذا الحكم بأنه "إذا تبين أن السيارة المبيعة قد حجزت وبيعت لغير المشتري لقاء دين ترتب بذمة بائعها فيجوز فسخ العقد وإعادة الثمن إلى المشتري لاستحالة محل الالتزام...".
القرار التمييزي، رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٧٤-النشرة القضائية لمحكمة تمييز العراق -العدد الثاني -السنة الخامسة ١٩٧٤، ص ٩٧.

الفصل الأول

مفهوم استحالة التنفيذ

تمهيد وتقسيم:

هناك مفاهيم عدة قيلت بشأن الاستحالة التي تؤدي الى انقضاء الالتزام العقدي، وبالتالي إعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ ، ولا بد من التعرف في البدء على دور الفقه في تحديد هذا المفهوم سواءً بالمحافظة على المفهوم الذي يراه مناسباً للاستحالة ، أو بالخروج بها الى مفهوم جديد . وإنَّ التشريعات المدنية على اختلاف اتجاهاتها الفكرية، قد تأثرت بتلك المفاهيم التي حددها الفقه ، وان تحديد مفهوم الاستحالة التي تؤدي الى انقضاء الالتزام العقدي وبالتالي إعفاء المدين من المسؤولية ، يتطلب معرفة أنواع الاستحالة ، وتمييزها عن بعض الأحوال المقاربة لها.

وبناءً على ما تقدم ، فإننا سوف نقسم هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول: تحديد معنى استحالة التنفيذ في الفقه والقانون.

المبحث الثاني: أنواع استحالة التنفيذ وتمييزها مما يشتهر بها.

المبحث الأول

تحديد معنى استحالة التنفيذ في الفقه والقانون

تمهيد وتقسيم:

يراد بكلمة (استحالة) في اللغة معان عديدة ، فالمحال من الكلام هو ما عدل به عن جهة ، وكلمة حول تأتي بمعنى سنة بأسرها ، والأرض المستحيلة هي المعوجة ، وهي التي ليست مستوية لأنها استحالت عن الاستواء الى العوج ، ويقال رجل مستحال أي في طرفي ساقه إعوجاج^(١).

(١) الرازي : مختار الصحاح ، مطبعة بابل - بغداد - ١٩٨٣ - ص ١٦٣.

ولقد علمنا مما سبق ، أن الاستحالة المقصودة في هذا البحث هي الاستحالة التي تنشأ بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، ولذا فإننا نستبعد الاستحالة الناشئة عن خطأ المدين من نطاق البحث من جانب ، ومن جانب آخر فإن الاستحالة المقصودة هنا هي التي تحدث بعد انعقاده ، والتي تعرف بالاستحالة الطارئة ، وبالتالي فإن الاستحالة الموجودة وقت انعقاد العقد مستبعدة أيضاً من نطاق هذا البحث . وإذا كان الأمر كذلك ، فإن الاستحالة المقصودة هنا كانت محل نقاش من قبل الفقه ، الذي انقسم على ثلاثة مذاهب في تحديد معناها الذي يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية . لذا سنحاول استعراض هذه المذاهب وبعدها نستعرض موقف التشريعات المدنية من مفهوم الاستحالة. ولذا سوف يتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين ، نتكلم في المطلب الأول عن تحديد معنى استحالة التنفيذ في الفقه الإسلامي والقانوني، ويخصص المطلب الثاني لاستعراض موقف التشريعات المدنية من مفهوم الاستحالة .

المطلب الأول

تحديد معنى استحالة التنفيذ في الفقه

ونعالج في هذا المطلب، معنى استحالة التنفيذ في الفقه الإسلامي، ومعنى استحالة التنفيذ في الفقه القانوني، وكالاتي:

أولاً: معنى استحالة التنفيذ في الفقه الإسلامي

ان الفقه الإسلامي لم يضع مبدأ عاماً لاستحالة التنفيذ ، ذلك ان فقهاء المسلمين لم يبحثوا في موضوع العقد على شكل نظرية عامة على غرار المعالجة القانونية ، فجاءت معالجته لنظرية الاستحالة على شكل تطبيقات فقهية ، والتي تجد أساسها في القرآن الكريم كقوله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ ^(١) وقوله: ﴿ لَا تَكْلَفُ ﴾

نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ^(٢) والسنة النبوية الشريفة، كقول النبي محمد (صلى الله عليه

وآله وسلم): ((من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً ، علام يأخذ

(١) سورة البقرة — الآية ٢٨٦.

(٢) سورة البقرة — الآية ٢٣٣.

أحدكم مال أخيه المسلم))^(١) وقوله: (صلى الله عليه وآله وسلم): (الخراج بالضمان)^(٢)،

وقوله: (عليه السلام): ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه))^(٣) وقوله: (عليه السلام): ((كل بيع تلف قبل قبضه فهو مال بايعه))^(٤). فكانت قاعدة (لا تكليف بمستحيل)، والتي بمقتضاها يكون التكليف، ((قيام المسؤولية)) مشروطاً بتحقق شرط القدرة والاستطاعة.

ولقد تحدث فقهاء المسلمين عن السبب الأجنبي كسبب لتحقيق استحالة التنفيذ عند حديثهم عن الآفة السماوية، وذلك في نطاق ضمان العقد وضمن الفعل، أي في نطاق المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية مع التركيز على ضمان العقد، إذ تحدثوا عن السبب الأجنبي في العقود المختلفة مثل عقد البيع والإجارة والعارية والرهن وغيرها من العقود. ويمكن استخلاص فكرة السبب الأجنبي من خلال ما ذكر من أمثلة تطبيقية لصور السبب الأجنبي، فقد تكلموا عن الجوائح وأثرها وعن فعل المضرور وفعل الغير بوصفها من صور السبب الأجنبي. وقد تكلم فقهاء المسلمين عن الجائحة بوصفها سبباً أجنبياً لا دخل لارادة المدين فيه وتؤدي الى عدم تنفيذ المدين لالتزامه. فهي تعني الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة وهي مأخوذة من الجوح بمعنى الهلاك. فيقال جاحتهم الجائحة واجتاحتهم وجاح ماله واجاحه بمعنى أهلكه بالجائحة^(٥). ويذهب جمهور الفقهاء الى ان الجائحة تشمل الأسباب الأجنبية التي ليست من فعل الأدميين، لذلك فهم يقولون بأن الجوائح جمع جائحة وهي الآفة التي تصيب الزرع أو الثمار فتهلكها من دون أن يكون لادمي صنع فيها مثل القحط والبرد والعطش^(٦)، فإذا حصل التلف بقوة لا يستطيع الإنسان دفعها وليس في إمكانه الاحتراز عنها، فلا يكون ضامناً لان القاعدة الفقهية تقرر أن (ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه)^(٧).

ومن أمثلة ذلك ما ذكره الحنفية (لو وضع أحد جمرة على طريق فهبت بها الريح وأزالتها عن مكانها فأحرقت شيئاً لا يضمن الواضع).

وكذا (لو وضع حجراً في الطريق فجاء السيل ودرجه فكسر شيئاً لا يضمن الواضع لان جنايته زالت بالماء والريح)^(٨).

وكذلك (وان حل شخص رباط سفينة فغرقت نظرت فإن غرقت في الحال ضمن لأنها تلفت بفعله، وان وقفت ثم غرقت فإن كان سبب حادث كريح هبت لم يضمن لأنها غرقت بغير فعله)^(٩).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب وضع الجوائح، ١٥٥٤ وفي سنن ابن ماجه - ٢٢١٠.
(٢) سنن ابن ماجه: ٢٢٣٣ اذ جاء فيه: حدثنا هشام بن عمار، حدثنا مسلم بن خالد الزنجي، حدثنا هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً فردّه، فقال يا رسول الله انه قد استغل غلامي فقال رسول الله (ﷺ): ((الخراج بالضمان)).

(٣) رواه احمد أبو داود والترمذي والنسائي والحاكم في المستدرک وابن ماجه في سننه، ج ٢، ص ٨٢٢، ٢٤٠٠.

(٤) مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، النوري الحاج ميرزا محمد حسين الطبري، مطبعة دار الخلافة، ١٣٢١هـ، ٢/٤٧٣.

(٥) الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣، ص ١٦.

(٦) السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، المجلد الثالث في المعاملات، بيروت ١٩٨٥، ص ٩٥.

(٧) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، ط ١، دمشق ١٩٧٠، ص ٣٥.

(٨) أبي محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٣٠٦هـ، ص ١٤٩.

(٩) إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب - مطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر - ج ١ - ص ٣٨٢.

وجاء في بدائع الصنائع للكاساني في فقه الحنفية (فان هلك - أي المبيع - كله قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع ...) (١).

وجاء في البحر الزخار للمرتضى في فقه الزيدية (إذا تلف بأفة سماوية انفسخ العقد لقوله ﷺ فلا تأخذ منه شيئاً...) (٢).

وجاء في كشاف القناع للبهوتي في فقه الحنابلة (وينفسخ العقد فيما تلف بأفة سماوية مما بيع بكيل أو نحوه قبل القبض ...) (٣).

وجاء في شرائع الإسلام للمحقق الحلي في فقه الامامية (٤) "وإذا تلف المبيع قبل تسليمه تسليمه الى المشتري ، كان من مال البائع ، وكذا إن انقضت قيمته تحدث فيه ، كان للمشتري رده..."

يتضح مما تقدم، أن الجائحة سبب أجنبي لا يمكن للإنسان دفعه أو الاحتراز منه، وتؤدي إلى عدم الضمان ، استناداً للعديد من الآيات الواردة في القرآن الكريم كقوله

تعالى: ﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (٥) . استناداً الى قول النبي (صلى الله

عليه وآله وسلم): (لو بعت أخيك تمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ من ثمنه شيئاً

، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟) رواه مسلم وفي رواية أخرى عن جابر (رضي الله عنه) أن النبي

(ﷺ): أمر بوضع الجوائح.

وتناول فقهاء المسلمين الآفة السماوية في ضمان الفعل و في ضمان القول، فقرروا رفع الضمان عن المدعى عليه إذا تداخلت أفة سماوية مع الفعل الواقع من الشخص المسؤول (٦).

ويرى البعض أن الفقه الإسلامي قد قرر الحكم الصحيح في مسألة تحمل التبعة (استحالة التنفيذ) (٧) ، وي طرح هذا الحكم (٨) بصورة تواكب التطور القانوني في الحياة ، وسيطرة القاعدة القانونية على تفاصيل الحياة المتشعبة المهمة، بأن الحل الصحيح لمسألة تحمل التبعة والذي يتفق والقواعد العامة هو الذي يتلخص في انه : (إذا استحال الوفاء بأحد الالتزامين المتقابلين في العقد الملزم للجانبين ، فانقضى هذا الالتزام بقوة القانون نتيجة الاستحالة ، فان الالتزام المقابل ينقضي هو الآخر بقوة القانون ، وينفسخ العقد من تلقاء

(١) الكاساني أبو بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط ١ ، ج ٥ ، مطبعة الجمالية بمصر ، ١٣٢٨ هـ ، ١٩١٠ م ص ٢٣٨ وما بعدها .

(٢) الإمام المجتهد المهدي الدين الله ، احمد بن يحيى المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، ط ١ ، ج ٣ ، مطبعة أنصار السنة المحمدية ، ١٩٤٨ م ، ص ٣٦٩ .

(٣) البهوتي، الشيخ منصور بن يونس بن إدريس ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج ٣ ، مطبعة أنصار السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٩٤٧ ، ١٣٦٦ هـ ، ص ٢٤٣ .

(٤) المحقق الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، القسم الثاني ، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، الطبعة الأولى المحققة ، ١٩٦٩ ، ص ٢٩ .

(٥) سورة البقرة ، الآية ٢٨٦ .

(٦) الإمام ابن حجر العسقلاني ، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تقديم وتصحيح إبراهيم عمر ، دار العلوم الحديثة ، بيروت ، مكتبة الشرق الجديد ، بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ٢٠٨ .

(٧) يشير د. محمد زكي عبد البر في كتابه نظرية تحمل التبعة في الفقه الاسلامي ، الطبعة الأولى ، مطبعة الفجالة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٥٠ ، ص ١٣ ، إلى إطلاق تسمية (مسألة تبعة الاستحالة) على (مسألة تبعة الهلاك) وذلك من باب إطلاق الغالب على الكل ، وذلك عند قوله ان حدوث الاستحالة أكثر ما يكون في الالتزام ، بالإعطاء أو بالعمل واغلب وأوضح حالاتها هلاك الشيء موضوع الالتزام.

(٨) د. محمد زكي عبد البر، المرجع السابق ، ص ٦٣ ، فقرة ٢٨ .

نفسه أي من دون حاجة إلى تراضٍ أو تقاضٍ. ويسرى هذا الحكم على الاستحالة الجزئية والوقتية بقدرها ، ينقضي بينهما من الالتزام المقابل ما يناسب واستعمال الوفاء به ، ويكون للدائن الحق في فسخ العقد الباقي إذا كان بقاء العقد في الباقي لا يحقق غايته التي قصدتها^(١).

إلا إننا نتفق مع الرأي القائل أن الفقه الإسلامي قد لجأ إلى تقرير قاعدة عامة بسيطة في حل وتسوية مسألة تبعة الهلاك تتمثل في إقامة أحكام تلك المسألة على أساس طبيعة الحيازة أو القبض التي يهلك الشيء أثناءها لدى الحائز ، اذ عد الفقه الإسلامي الحيازة أو القبض هي نقطة الانطلاق في تقرير كافة الأحكام المتعلقة بتبعة الهلاك^(٢) فنظرية القبض في الفقه الاسلامي تمتاز ، وكما يقول البعض ، بالبساطة المطلقة الخالية من كل تعقيد ، والانسجام والمنطقية وسهولة التطبيق^(٣).

ويتضح من هذا أن هناك ميزات تمتاز بها نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي - تقابلها نظرية الاستحالة في القانون - وهي كالآتي :

١- سمو النظرية : تعد نظرية الاستحالة من المبادئ السامية في الفقه الاسلامي ، ونقصد بكونها من المبادئ السامية، أنها قد سمت في كل تشريع ، ولم تلق معارضة لا من المشرع ولا من الفقه سواء بنزعه الذاتية أو الموضوعية ولا من القضاء ، لأنها تهدف إلى تحقيق هدف سام ونبيل هو التأكيد على آدمية الإنسان ونلاحظ هذا في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، اللذان يتضمنان المعاني الدالة على سمو نظرية الاستحالة في ضوء النصوص التي ترسم الواجب في أداء الحقوق والديون والالتزامات، وفي عدم التكاليف فوق الطاقة والوسع . فقد اشترطت الشريعة الإسلامية لقيام مسؤولية الشخص شرعاً توافر القدرة والاستطاعة ، والتي تعني قدرة الشخص على فهم الخطاب الشرعي ، واستطاعت القيام به ، والتقيد والانضباط بأوامره ونواهيه الى جانب تمكنه من الوسائل التي تسمح له القيام بتنفيذه في نطاق الفعل أو الترك.

٢- الأسبقية في المعالجة: يعد الفقه الإسلامي سابقاً على القانون في وضع أسس ثابتة يبنى عليها جعل الإرادة المعتبرة شرعاً ، عند اشتراطه لقيام المسؤولية توافر القدرة والاستطاعة.

٣- البساطة: كونها لا تعلق سقوط الالتزام على انحلال العقد ، بل تتجه مباشرة الى المقصود ، وتسقط الالتزام المقابل ، نتيجة سقوط الالتزام الذي أصبح مستحيل^(٤).

٤- الشمولية: اذ تتناول هذه النظرية آفاق واحكام تبعة الهلاك في نطاق المسؤولية العقدية وفي نطاق المسؤولية التقصيرية على حد سواء.

(١) د. محمد زكي عبد البر ، المرجع نفسه ، فق ٣٢-٦٩ وكذلك فق ٨٣ ، ص ١٦١ .

(٢) وسنعرض بالتفصيل الى هذه المسألة عند بحثنا في أساس تحمل التبعة في الفقه الاسلامي.

(٣) انظر مصطفى الزرقا : نظرة في تبعة الهلاك - منشورة في مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الرابعة العدد الثاني ، أبريل ١٩٦٠ ، دار القاهرة للطباعة ، ص ١٤ .

(٤) انظر د. محمد زكي عبد البر ، المرجع السابق ، فق ٨٢ ، ص ١٦٠ وما بعدها .

ثانياً : معنى استحالة التنفيذ في الفقه القانوني:

اختلف الفقه القانوني في تحديد معنى استحالة التنفيذ التي تؤدي إلى إعفاء المدين من المسؤولية العقدية ، وقد انقسم في ذلك إلى ثلاثة مذاهب وهي كالآتي:

أ- مفهوم الاستحالة في المذهب التقليدي

يقوم هذا المذهب على مفهوم معين للاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام ، وهو أن الاستحالة التي يترتب عليها انقضاء الالتزام يجب أن تكون استحالة مطلقة موضوعية ، أما إذا كانت شخصية أو نسبية فإنها لا تؤثر في الالتزام الذي يبقى قائماً في ذمة المدين بالرغم من تلك الاستحالة الشخصية أو النسبية^(١). وقد ترتب على ما ذهب إليه الفقه التقليدي أنهم اشترطوا لها شروطاً معينة ، كما أنهم من جانب آخر قد أقاموا تفرقه بين أنواع الاستحالة التي تؤدي إلى إعفاء المدين . أن أصحاب الفقه التقليدي قد ساروا على مفهوم للاستحالة حافظوا من خلاله على ما كان لها من مفهوم في ظل القوانين القديمة.

ب- مفهوم الاستحالة في المذهب الحديث

كان معيار النظرية التقليدية في الاستحالة أن المدين لا يعفى من التزامه إلا إذا كانت الاستحالة مطلقة ، إذ لا يمكن التغلب عليها مطلقاً، وكانت هذه الاستحالة موضوعية إذ لا يستطيع المدين ولا غيره أن يقوم بالتنفيذ. وقد ظهر اتجاه في الفقه الألماني يرى التخفيف من الشروط التي يتطلبها المذهب التقليدي لتحقيق الاستحالة ، فيرى أن الاستحالة التي يترتب عليها براءة ذمة المدين ، وانفساخ العقد لا يشترط فيها أن تكون استحالة موضوعية ومطلقة بحسب ما يذهب إليه الفقه التقليدي في الاستحالة ، بل يكفي أن تكون الاستحالة شخصية ونسبية. ومن أوائل من نادى بهذا الاتجاه الفقيه الألماني فند شايد^(٢). إذ فرق بين نوعي الاستحالة ، الاستحالة السابقة على التعاقد والاستحالة اللاحقة على ذلك ، وقال أنه في الاستحالة السابقة على التعاقد يجب التفرقة بين الاستحالة الموضوعية والاستحالة الشخصية ، وقرر استناداً لهذه التفرقة أن الاستحالة الموضوعية هي وحدها التي تحول دون نشوء الالتزام بخلاف الاستحالة الشخصية، فإنها لا تحول دون نشوء هذا الالتزام ، بل يبقى المدين ملتزماً بتنفيذ التزامه ، وفي حالة عدم التنفيذ يصار إلى التنفيذ بمقابل أي التعويض.

أما النوع الثاني من الاستحالة وهي تقع بعد نشوء الالتزام، فلا يهتم عند الفقيه فندشايد أن تكون تلك الاستحالة موضوعية أو شخصية ، بل الذي يهتم هو ما إذا كان المدين مخطئاً بالنسبة إلى هذه الاستحالة أو غير مخطئ، ويترتب على ذلك أنه كان المدين غير مخطئ برئ من التزامه . أما إذا كان مخطئاً فيجب الحكم عليه بالتعويض^(٣). ولم يقف الأمر في الفقه الألماني عند هذا الحد ، بل قد ذهب الفقيه هارتمان إلى إحلال النظرية التقليدية في الاستحالة بنظرية أخرى أطلق عليها نظرية (واجب بذل الجهد) ، وتتلخص في أن المدين يبرأ من التزامه ولو لم ينفذه إذا كان قد استنفذ الجهد الذي يفرضه الواجب القانوني على نشاطه في العلاقة القانونية للوصول إلى الغرض المقصود من الالتزام ، وبذلك تستبعد هذه النظرية المعايير التقليدية التي قيلت في الاستحالة ، وتقيم بدلاً منها الخطأ كمعيار للمسؤولية وبالتالي تتوصل إلى التخفيف من فكرة الاستحالة التقليدية أو إلى الفكرة المخففة للاستحالة. ويتضح بهذا أن هارتمان أوجد ما يمكن أن نسميه بالاستحالة غير الخطئية ، وأنه استخدم المعيار الذاتي أو الشخصي في تحديد مضمون "واجب بذل

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ١٩٦٥ ، ص ٤٤٤.

(٢) فند شايد ، مجلد ٢ ، ج ١ ، ص ٦٦ ، ٩٠ ، أورده عبد الحي حجازي في بحثه نظرية الاستحالة المنشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة السابعة ، العدد الثاني ، أبريل ١٩٦٣ ، هامش رقم ١ ، ص ١٧٣.

(٣) د. عبد الحي حجازي ، نظرية الاستحالة ، المصدر السابق ، ص ١٧٣.

الجهد". وأن فكرته وهي "واجب بذل الجهد" ما هي إلا برديد لفكرة الالتزام ببذل عناية التي يمكن أن يتوصل من خلالها الى النتيجة نفسها التي أرادها للوصول إليها من خلال نظريته^(١).

ج- مفهوم الاستحالة في المذهب التوفيقي

والى جانب المذهبين السابقين، ظهر مذهب ثالث ينطلق من أن في كل من هذين المذهبين قدرا من الصحة ، ويحاول من خلال ما هو صحيح في رأيه في كل مذهب ان يجمعه ويوفق به. إذ يرى ضرورة التفرقة بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة ، فان كانت الالتزامات من النوع الأول، فان المدين يبرأ عند تحقق الاستحالة الشخصية شريطة ألا يكون له دخل في حدوثها ، أما إذا كانت الالتزامات من النوع الثاني فان المدين لا يبرأ عند تحقق الاستحالة الشخصية ، بل إن الأمر يتطلب للإعفاء ضرورة توفر الاستحالة الموضوعية المطلقة. ومن مؤسسي هذا المذهب الأستاذ بيرنهوفت الألماني ، ومن أنصار هذا المذهب ايضاً الأستاذ فيشر الألماني^(٢).

المطلب الثاني

تحديد معنى استحالة التنفيذ في القانون

نظراً لتبني مختلف الدول أنظمة قانونية عديدة تختلف فيما بينها في الفكر القانوني الذي تنتهجه ، لذا فسيتم اختيار من كل نظام من هذه الأنظمة قانوناً يمثلها ، لمعرفة موقف هذا القانون من مفهوم الاستحالة.. وبناء عليه ، سوف نختار القانون الإنكليزي ليكون أنموذجاً للنظام الانجلوسكسوني ، ثم نختار القانون الألماني بوصفه أنموذجاً للنظام الجرمانى ، ونختار القانون الفرنسي بوصفه أنموذجاً للنظام اللاتيني . ولابد من أن نتطرق للقانونين العراقي والمصري، ولنبرهن على صحة ما سوف يتبين لنا فيما بعد من حقيقة، تتمثل في أن جميع التشريعات على اختلاف أيدولوجيتها قد نصت وبشكل صريح وواضح على الاستحالة، بوصفها سبباً من أسباب انقضاء الالتزام ، فسوف يتم تقسيم هذا المبحث وعلى الشكل الآتي:

أولاً: استحالة التنفيذ في القانون العراقي

تنص المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على انه "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه". كذلك تنص المادة (٤٢٥) على انه "ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به اصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد فيه". يتضح من نص هاتين المادتين أن الالتزام لا ينقضي بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع الى سبب أجنبي. وبناء على تلك النصوص تكون الاستحالة من المبادئ المسلم بها في القانون المدني العراقي.

وان النص على الاستحالة لم يقف عند هذه المواد فقط ، وانما أورد القانون المدني العراقي نصوصاً، أقرت الأخذ بالاستحالة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام. ومن أهم هذه المواد، ما نصت عليه المادة (٢١١)، والتي تعد الإطار العام للمسؤولية المدنية بنوعيتها

(١) د. عبد الحي حجازي، نظرية الاستحالة، المصدر نفسه، ص ١٧٣.

(٢) جيوفيني Giovene ، استحالة الأداء ونظرية تغير الظروف ، بادفا ، ١٩٤١ ، أورده عبد الحي حجازي نظرية الاستحالة ، المرجع نفسه ، ص ١٨٩ .

العقدية والتقصيريه ، فقد نصت على انه "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك". وتأتي أهمية هذه المادة في كونها قد نصت على مجموعة من الأحكام المتعلقة بدفع المسؤولية المدنية بالسبب الأجنبي ، وبينت الأثر المترتب في حالة إثبات هذا السبب.

فقد أوردت هذه المادة بنص صريح ذكر السبب الأجنبي كسبب لدفع المسؤولية المدنية ، كما إنها قد أوردت تعدادا واردا على سبيل المثال لما يعد سببا أجنبيا يجوز به دفع المسؤولية ، ومن ثم أوردت بعد ذلك الأثر المترتب على ثبوت السبب الأجنبي^(١).

أما فيما يخص قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ فإن المشرع لم يغفل موضوع الاستحالة بالسبب الأجنبي. فهناك الكثير من النصوص عالجت موضوع دفع مسؤولية الناقل بالسبب الأجنبي، ومن هذه النصوص نص المادة (١١) : "لا يجوز للناقل أن يدفع مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب إلا إذا اثبت أن ذلك الضرر يرجع الى خطأ الراكب أو إلى قوة قاهرة نتجت عن عوامل خارجية لم تنتج من دائرة نشاط الناقل ولم يكن بالإمكان توقعها أو تلافي آثارها. وكذلك نص المادة (٤٠) من القانون نفسه "لا يستحق الناقل أجرة نقل ما يهلك بقوة قاهرة من الأشياء التي يقوم بنقلها". وكذلك نص المادة (٤١) منه:

أولاً- لا يستحق الناقل الأجرة إذا حالت القوة القاهرة دون مباشرة النقل.

ثانياً- لا يستحق الناقل إلا أجرة ما تم من النقل إذا حالت القوة القاهرة دون مواصلته.

وكذلك نص المادة (٤٦) منه:

أولاً- يضمن الناقل سلامة الشيء أثناء تنفيذه عقد النقل ويكون مسؤولاً عن الأضرار التي تصيبه، ولا يجوز له أن ينفي مسؤوليته عن هلاك الشيء أو تلفه أو التأخير في تسليمه إلا بإثبات القوة القاهرة أو العيب الذاتي في الشيء أو خطأ المرسل أو المرسل إليه

من خلال تتبع ما نصت عليه المادة (١٦٨) والمادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي، يتضح أن هاتين المادتين تقرران أن مبدأ استحالة التنفيذ التي لا ترجع الى

(١) وهناك نصوص تشريعية صريحة تؤكد الأخذ بالاستحالة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام مثل نص المادة (١/٨٨٦) والتي تنص على انه "تنتهي المقاوله باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه" وكذلك نصت المادة (١/٨٠٠) من القانون المدني العراقي بخصوص إيجار الأراضي الزراعية : "إذا غلب الماء على الأرض المؤجرة فاستبحرت ولم يمكن زرعها أو انقطع الماء فلم يمكن ربيها ولم يكن للمستأجر يد في ذلك ، فلا تجب الأجرة أصلاً وللمستأجر فسخ الإجارة". وكذلك نصت المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي بشأن عقد المقاوله على انه "ليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيراً. على انه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدام بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاوله ، جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجر أو فسخ العقد". وكذلك نص المادة (٧٥١):

١- إذا هلك المأجور في مدة الإيجار هلاكاً كلياً ، يفسخ العقد من تلقاء نفسه.

٢- أما إذا أصبح في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي اجر من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ، ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك جاز له إذا لم يقم في ميعاد مناسب بإعادة المأجور إلى الحالة التي كان عليها ، أن يطلب إما إنقاص الأجرة أو فسخ الإجارة.

٣- ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين ، أن يطلب تعويضاً إذا كان الهلاك أو التلف يرجع الى سبب لا يد للمؤجر فيه.

المدين هي السبب الوحيد الذي يؤدي الى إعفاء المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ. فالمبدأ في هاتين المادتين يتعلق بعدم التنفيذ ، وبالمسؤولية الناشئة عن هذه الاستحالة ، وعليه فان هذا المبدأ يطبق سواء أكان الالتزام الذي استحال تنفيذه، التزاماً ببذل عناية أم التزاماً بتحقيق غاية ، فإذا كان الالتزام ببذل عناية ولم يبذل المدين العناية الواجبة عليه قانوناً، أو اتفاقاً فانه يكون مسؤولاً، وهنا يجب على الدائن لكي يسأل المدين ، ان يثبت عدم بذله العناية العادية ، فلا يكفي أن يثبت عدم تحقق النتيجة المقصودة. وعندئذ يكون على المدين أن يثبت أن الذي منعه من التنفيذ هو السبب الأجنبي ليدفع بذلك المسؤولية عن نفسه.

أما إذا كان الالتزام بنتيجة فان المدين يكون مسؤولاً إذا لم تتحقق النتيجة، ويكون على الدائن أن يثبت عدم التنفيذ ، وعندئذ يكون على المدين أن يثبت أن استحالة التنفيذ إنما ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

يتضح مما تقدم، ان القانون المدني العراقي يشترط لإعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ ضرورة توافر السبب الأجنبي على وفق ما ينص عليه الفقه التقليدي في هذا الخصوص . ولكننا نلاحظ ان القانون المدني العراقي قد أورد نصاً واحداً يحمل لواء المذهب الحديث في الاستحالة، وهو نص المادة (٨٧٨)^(١) بشأن عقد المقاولة، ففي ظل هذا العقد اخذ القانون المدني بالمذهب الحديث في الاستحالة عندما قرر، أن الاستحالة النسبية تكفي لإعفاء المدين من المسؤولية ، على أساس أن تنفيذ الالتزام في ظلها وان لم يكن مستحيلاً في ذاته إلا انه قد اصبح شاقاً للمدين . إذ يتطلب منه بذل جهود وتضحيات لم يكن قد توقع بذلها ، ويتعرض بالتالي إلى خسارة جسيمة في مركزه الاقتصادي ، فيكون من العدل عندئذ إعفاء المدين من التزامه حفاظاً على مصلحته المشروعة.

وأزاء وجود نص المادتين (١٦٨، ٤٢٥) ونص المادة (٨٧٨) قد يتبادر الى الذهن بأن القانون المدني العراقي قد وقع في تناقض واضح إذ انه قد اخذ بالمذهب التقليدي على وفق نص المادتين (١٦٨، ٤٢٥)، واخذ في الوقت نفسه بالمذهب الحديث على وفق نص المادة (٨٧٨)، وان هذه المادة تعتمد الأساس القانوني الذي يستند اليه أصحاب المذهب الحديث للقول بتخفيف الاستحالة المطلقة.

يتضح انه لا يمكن عد القانون المدني العراقي واقعا في تناقض بسبب أخذه بالمذهبين السابقين معاً، لان نص المادة (٨٧٨) هو نص قاصر على عقد المقاولة فقط ولا يمتد تأثيره على باقي العقود، أي ان القانون المدني العراقي قد اخذ بالمذهب الحديث في الاستحالة في تطبيق واحد فقط وهو ما يختص بعقد المقاولة ، فما زال هذا القانون يشترط لإعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ ضرورة توافر السبب الأجنبي على وفق ما اخذ به المذهب التقليدي في الاستحالة ، وبالتالي فان الأصل العام في ظل هذا القانون بالنسبة لصعوبات التنفيذ أو الظروف الطارئة التي لا تجعل التنفيذ مستحيلاً، هو ان الأثر المترتب عليها أنها لا تسوغ السماح بحل الرابطة العقدية في حالة الإرهاق الناجم عن تلك الصعوبات والظروف الطارئة.

(١) تنص المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي "ليس للمقاول اذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة ان يستند الى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيراً. على انه اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للمحكمة ان تقضي بزيادة في الأجرة او فسخ العقد".

هذا فيما يتعلق بالقانون المدني العراقي الذي اخذ بالمذهب التقليدي في الاستحالة كأصل عام، واخذ استثناءً من ذلك بالمذهب الحديث لمفهوم الاستحالة، وذلك في تطبيق واحد بشأن عقد المقولة.

أما في ما يخص قانون النقل العراقي فإنه عند استعراض نصوص المواد (٤١، ٤٠، ١١، ٤٦) والتي تنطرق الى مسؤولية الناقل عما يصيب الراكب أو الشيء الذي ينقله أو الأجرة التي يستحقها عن عملية النقل، نجد أن هذه المواد تنص بوضوح أن توافر القوة القاهرة تجيز للناقل أن يدفع مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بالراكب أو الشيء المنقول، وذلك بإثبات تدخل القوة القاهرة في إحداث الضرر، وأن هذه القوة القاهرة هي إحدى صور السبب الأجنبي التي تجيز للمدين بالأجرة في عقد النقل أن يتخلص من التزامه بدفع هذه الأجرة إذا حالت القوة القاهرة دون البدء بعملية النقل أو دون إتمامها. ومن هذا نلاحظ أن نص المادتين (٤٦، ١١) من قانون النقل العراقي قد ذكرت السبب الأجنبي بتعداد صوره، والتي بتحقيقها ترتفع مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تحدث خلال عملية النقل للراكب أو للشيء المنقول، أما المادتان (٤١، ٤٠) فإنها تذكر القوة القاهرة كمثال للسبب الأجنبي وهي إحدى صوره والتي تحول دون البدء بعملية النقل أو دون إتمامها، فإن المدين بالأجرة يستطيع أن يتخلص من هذا الالتزام.

من كل ما تقدم، نلاحظ أن قانون النقل العراقي قد اخذ بدوره بالمذهب التقليدي في الاستحالة، وذلك باشتراطه توافر بعض صور السبب الأجنبي حتى يستطيع الناقل أو المدين بالأجرة أن يتخلص من التزامه أو أن يدفع مسؤوليته عن الأضرار الحادثة في خلال عملية النقل. وهذا ما ذهب اليه القضاء العراقي، ففي قرار لمحكمة تمييز العراق أكدت فيه هذه المحكمة بأنه لا يجوز للناقل أن ينفي مسؤوليته عن هلاك الشيء أو تلفه إلا بإثبات القوة القاهرة^(١).

وفي قرار آخر نص على المبدأ نفسه وهو جواز أن ينفي الناقل مسؤوليته عن هلاك البضاعة إذا حصل هذا الهلاك بفعل القوة القاهرة^(٢).

ثانياً : استحالة التنفيذ في القانون المدني المصري

تنص المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب لا يد له فيه". كذلك تنص المادة (٣٧٣) على أنه "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه". غير أن المشرع المصري قد نص في المادة (٢١١) على أنه "في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك".

من خلال ملاحظة نصوص المواد السابقة الذكر، يتبادر الى الذهن أن المشرع المصري تبني المذهب التقليدي في تحديد مفهوم الاستحالة على وفق نص المادتين (٢١٥، ٣٧٣)، حين قرر أن استحالة التنفيذ هي السبب الوحيد الذي يؤدي الى إعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ. إلا أنه اخذ بالمذهب الحديث في المادة (٢١١) عند تقريرها

(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٠٤٧ / مدنية ثالثة / ١٩٧٤ بتاريخ ١٢ / ١٠ / ١٩٧٤، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الخامسة، ص ١٤٨. (وهو قرار صادر في ظل القانون السابق، يحمل نفس المبدأ في القانون الحالي).

(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٦٢٦٥ / إدارية / ١٩٨٣، ١٩٨٢ بتاريخ ٢٥ / ٩ / ١٩٨٣، مجموعة الأحكام العدلية، العدد المنفرد (١-٢-٣-٤) لسنة ١٩٨٣، ص ٦٦.

للأساس القانوني الذي يستند إليه أصحاب المذهب الحديث للقول بتخفيف الاستحالة المطلقة ، حين أشارت هذه المادة الى انه يجب على المدين ان يبذل في تنفيذ التزامه كل العناية التي يبذلها الشخص المعتاد، اذ يصبح القول هنا ان بذل عناية الشخص المعتاد تساوي عدم وجود الخطأ.

ولقد تصدى جانب من الفقه المصري^(١) الى إزالة التعارض المذكور سابقا بالقول، بأنه لا تعارض فيما ورد في نصوص المواد القانونية السابقة ، ذلك ان التعارض لا يقع بين شيئين يختلف حكم كل منها عن الآخر الا اذا كانا يحكمان حالة واحدة.

ان المبدأ الذي جاءت به المادتان (٣٧٣، ٢١٥) يتعلق بعدم التنفيذ وبالمسؤولية الناشئة عن هذه الاستحالة ، ومن هنا فان هذا المبدأ يسري سواء أكان الالتزام الذي استحال تنفيذه التزاما ببذل عناية اذ يكون المدين اذا أراد دفع المسؤولية عن نفسه ان يثبت ان الذي منعه من التنفيذ (بذل العناية العادية) هو السبب الأجنبي، أم ان يكون التزاما بتحقيق نتيجة ، اذ يكون على المدين ان أراد دفع المسؤولية عن نفسه، ان يثبت ان استحالة النتيجة إنما ترجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه.

أما المبدأ الوارد في المادة (٢١١) فانه يتعلق بطبيعة التنفيذ في نوع معين من الالتزام، وبالتالي لا علاقة لهذه المادة بالمسؤولية الناشئة عن استحالة التنفيذ ، عليه فان هذه المادة لا تقرر مبدأ عاما في المسؤولية الناشئة عن استحالة التنفيذ بعكس الحال الذي تقررره المادة (٢١٥) فهي تقرر مبدأ عاما في نطاق المسؤولية العقدية يسري سواء أكان التزاما ببذل عناية أم كان التزاما بتحقيق نتيجة^(٢).

وتأسيساً على ما مر ذكره، يمكننا القول بأن القانون المدني المصري لم يبين الاتجاه الحديث في الاستحالة، وعليه لا يمكن الركون الى هذا الأمر طبقاً لما تنص عليه المادة (٢١١) ، فهذه المادة كما رأينا لا يمكن الاستناد إليها في القول بتخفيف فكرة الاستحالة اللازمة لإبراء ذمة المدين من المسؤولية ، مادام هذا القانون يشترط لإعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ ضرورة توافر السبب الأجنبي على وفق ما ينص عليه الفقه التقليدي في هذا الشأن ، وهذا القول يصدق سواء أكان الالتزام ببذل عناية أم كان التزاما بتحقيق نتيجة ، تبعاً لذلك يمكننا القول ان إثبات السبب الأجنبي هو الأساس لدفع المسؤولية.

ثالثاً: استحالة التنفيذ في القانون المدني الفرنسي

من خلال استعراض نصوص القانون المدني الفرنسي والخاصة باستحالة التنفيذ ، نرى ان المادة (١١٤٧) منه تنص على "ان المدين يكون مسؤولاً عن التعويض اذا كان له محل ، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام او بسبب التأخير فيه ، وذلك في جميع الأحوال ما لم يثبت ان عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، لم يكن ثمة سوء نية من جانب المدين".

وكذلك تنص المادة (١١٤٨) من القانون نفسه على انه "لا محل للتعويض اذا حالت القوة القاهرة او الحادث الفجائي دون قيام المدين بإعطاء او عمل ما التزم به ، او اذا قام بأداء ما هو محظور عليه".

وبهذا نجد أننا أمام التعارض نفسه و الذي وقع بين نصوص القانون المدني المصري، إذ وقع التعارض هنا بين المادتين (١١٣٧ ، ١١٤٧) من القانون المدني

(١) د. عبد الحي حجازي ، نظرية الاستحالة ، المرجع السابق ، فقرة ٣٣ ، ص ٢٠٦ .

(٢) د. عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ .

الفرنسي ، مما يفودنا الى عدم معرفه المذهب الذي اعتمده هذا القانون لتحديد مفهوم الاستحالة.

تنص المادة (١١٣٧) من القانون المدني الفرنسي، وهي تقابل المادة (٢١١) من القانون المدني المصري ، على انه في حالة تعهد أحد الطرفين بالمحافظة على شيء معين الى حين تسليمه الى العاقد الاخر ، فإنه يلزم صاحبه ان يتبع في المحافظة على هذا الشيء عناية رب الأسرة الحريص ، بينما تذهب المادة (١١٤٧) ، وهي تقابل المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري الى ان المدين يكون مسؤولا عن التعويض ، اذا كان هناك محل لذلك ، إما لسبب عدم تنفيذ الالتزام او بسبب التأخير فيه ، وذلك في كل الأحوال ما لم يثبت المدين ان عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

وقد تعددت الآراء بشأن توضيح العلاقة بين تلك المادتين ، إذ يرى الرأي الأول^(١) ان كلا منهما ينص على مبدأ مستقل عن الاخر ، وانه ليس من السهولة بمكان التوفيق بينهما ، إذ تبنى المشرع الفرنسي المذهب التقليدي في الاستحالة عند كلامه عن المادة (١١٤٧) ، في حين اخذ بالمذهب الحديث عند كلامه عن المادة (١١٣٧) من القانون المدني الفرنسي . ويذهب رأى ثان في الفقه^(٢) الى إمكانية التغلب على هذا التعارض عن طريق التشدد في تفسير المادة (١١٣٧) والقول بان رب الأسرة الحريص يجب ان يذهب في سبيل تنفيذ التزاماته الى آخر حد في قواه ، على أساس ان المادة (١١٣٧) اذ تحدد شروط براءة ذمة المدين من التزاماته إنما تشترط ضمنا تحقق الاستحالة التي اشترطتها المادة (١١٤٧) . ويؤخذ على هذا الرأي انه يغير من المدى الحقيقي للمادة (١١٣٧) ، او بمعنى آخر فانه يحمل نص المادة فوق طاقته ، اذ يبالغ في العناية المطلوبة من المدين ويرفعها الى مستوى لم يتطلبه القانون في الشخص العادي^(٣).

وثمة رأى ثالث^(٤) يذهب الى ان مسؤولية عدم التنفيذ ، لا توجد الا حيث يوجد الخطأ ، ولما كان مقتضى المادة (١١٣٧) ينص على انه يجب على المدين ان يبذل في تنفيذ التزامه عناية الشخص العادي ، ولا شك انه إذا بذل المدين هذه العناية ومن ثم لم تتحقق النتيجة لا يكون مسؤولا ، إذ لا بد من أن يكون مرجع عدم تحقق النتيجة الى السبب الأجنبي.

ويرى رأي رابع^(٥) ، ان الرأي السابق يؤدي الى محو فكرة الاستحالة نفسها ، ذلك انه إذا ما علقت براءة ذمة المدين على مجرد واجب بذل الجهد من جانبه وقيس ذلك الجهد بالواجب او العناية العادية ، فانه بعد ذلك لا تصبح هناك أية أهمية لشروط أخرى . وإذا كان هذا الرأي قد اشترط للإعفاء الاستحالة المطلقة ، الا انه عاد وهدم هذا الشرط بقياس الاستحالة بمعيار العناية العادية ، وبهذا يكون هذا الاتجاه في تفسيره للمادتين (١١٣٧ ، ١١٤٧) قد وضعنا أمام حالة تعارض ، عندما أخذ بالمذهب التقليدي استنادا للمادة

(١) جريكو: البيع والعقود الأخرى ، الطبعة الثانية ١٩٤٧ ، رقم ٥٨ ، ص ٩٥ ، أورده عبد الحي حجازي ، نظرية الاستحالة ، المرجع السابق فقرة ٢٤ ، ص ١٩٣ .

(٢) جواد نثري: ملامح الخطأ في القانون الجنائي والقانون المدني ، المجلة الفصلية في القانون المدني والمرافعات المدنية ١٩٥٤ ، ص ٧٩٧ أورده عبد الحي حجازي ، نظرية الاستحالة ، المرجع السابق ، فقرة ٢٥ ، ص ١٩٣ .

(٣) wigny ، المسؤولية العقدية والقوة القاهرة ، المجلة الفصلية ، ١٩٣٥ ، ص ٥٣ .

(٤) تانك Tunc ، التفرقة بين الالتزامات بنتيجة والالتزامات بعناية ، مجلة الأسبوع القانوني ، ١٩٤٥ ، ص ٤٤٩ أورده عبد الحي حجازي ، نظرية الاستحالة ، المرجع السابق ، فقرة ٢٦ ، ص ١٩٤ .

(٥) د. عبد الحي حجازي ، نظرية الاستحالة ، المرجع السابق ، فق ٢٦ ، ص ١٩٤ .

(١١٤٧) باشرطاتها الاستحالة المطلقة ، وتبنى في الوقت نفسه المذهب الحديث استناداً للمادة (١١٣٧) عندما تقاس الاستحالة بمعيار العناية العادية.

وإذا كان لا بد من تقويم هذه الآراء التي قبلت بشأن توضيح العلاقة بين المادتين (١١٣٧، ١١٤٧) من القانون المدني الفرنسي ، فإنها لم تعط تفسيراً واضحاً وسليماً لتلك العلاقة مما أدى إلى الاعتقاد ، بأن القانون المدني الفرنسي يأخذ بالمذهب الحديث في الاستحالة. إلا أن الواقع غير ذلك تماماً فما زال هذا القانون يتبنى المذهب التقليدي في الاستحالة ، إذ يتطلب لبراءة ذمة المدين من المسؤولية أن يثبت السبب الأجنبي ، ومعنى هذا أنه لا يكفي لإعفاء المدين من المسؤولية لاستحالة التنفيذ أن يثبت أنه لم يخطئ.

رابعاً: استحالة التنفيذ في القانون المدني الألماني

تنص الفقرة (١) من المادة (٢٧٥) من القانون المدني الألماني على أنه "المدين يبرأ من الالتزام بالتنفيذ متى صار الأداء مستحيلاً على أثر ظرف لا يد للمدين فيه طراً بعد نشوء الالتزام " بينما تنص الفقرة الثانية على أنه "يشبه الاستحالة الطارئة بعد نشوء الالتزام عجز المدين الطارئ عن تنفيذ الأداء"^(١).

وتنص المادة (٣٢٥) منه بأنه "إذا كان التزام أحد الأطراف بمقتضى العقد الملزم للجانبين قد أصبح مستحيلاً بسبب ظروف هو المسؤول عنها ، فإن للطرف الآخر الحق ، أما في المطالبة بإصلاح الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ أو المطالبة بفسخ العقد"

إلا أنه إذا ما لحظنا المواد (٣٠٦ - ٣٠٩) والمواد (٣٢٣ - ٣٢٥) وأخيراً المادة (٢٧٥) من القانون المدني الألماني، فإنه يمكن القول أن هذه المواد -وهي بصدد تنظيم مفهوم الاستحالة - قد عالجت هذا المفهوم بمنظار المذهب الحديث في الاستحالة ، فهي قد أدخلت هذا المفهوم تحت عنوان صعوبات التنفيذ التي تعد حجر الزاوية في المسؤولية العقدية في ظل القانون المدني الألماني بعكس ما عليه الوضع في القانون المدني الفرنسي، فإن عدم التنفيذ تعدّ حجر الزاوية كما قلنا فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية.

وعلى أية حال ، يمكن القول بأنه ليس هناك تشابه مباشر بين مفهوم الاستحالة في القانون الألماني والقانونين المصري والفرنسي ، لأن تعبير الاستحالة في ظل القانون الألماني يعني وجود عقبة تحول دون التنفيذ ، ومنشأ عدم التشابه هذا إنما يرجع إلى ما أخذ به القانون المدني الألماني من مفهوم حديث لاستحالة التنفيذ ، لا بل امتد هذا التأثير ليشمل قوانين ألمانية أخرى، ومنها القانون التجاري الألماني عندما نص في المادة (٤٢٩) على أن الناقل البري يعفى من المسؤولية متى أثبت أن الضرر من غير الممكن توقيه ببذل

(١) إن عقد مقارنة بين المادة ١١٤٧ مدني فرنسي والمادة ٢٧٥ من القانون المدني الألماني يشير إلى قيام استحالة التنفيذ غير الخاطئة في القانون الألماني، ذلك أن المدين يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا ما حصل الحادث الذي يجعل تنفيذ الالتزام بحسب شروط العقد غير ممكن بشرط أن يكون هذا الحادث قد حصل بدون خطئه. انظر عباس حسن الصراف ، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة ، ١٩٥٤ ، دار الكتاب العربي ، مصر ، دون ذكر سنة، ص ٨٥ - ٨٦. ومن المفيد هنا إيراد عموم نص المادة ٢٧٥ باللغة الإنكليزية:

Art. ٢٧٥. The debtor is relieved from his obligation to perform if the performance becomes impossible in consequence of a circumstance for which he is not responsible and which occurred after the creation of the obligation.

If the debtor, after the creation of the obligation, becomes unable to perform, it is equivalent to a circumstance rendering the performance impossible.

نقل هذا النص من كتاب:

The civil law system, cases and materials, Arthur T.von Mehren, prentice -Hall. \Nc. ١٩٥٧. P. ٨٨٥.

عناية الناقل، بمعنى آخر أن هناك فريضة قانونية مفادها ، خطأ النقل ، ولدحض هذه الفريضة فإن عليه تقديم الدليل على انعدام الخطأ ، وهذا لا يكون الا بإثبات سبب الضرر بالذات، وأنه بالتالي لا يعود الى خطئه ولا الى خطأ تابعيه^(١).

خامساً: استحالة التنفيذ في القانون العام الإنكليزي

كانت النظرة السائدة عن استحالة التنفيذ في ظل القانون العام الإنكليزي ان القوة الملزمة للعقد يجب ان تكون مطلقة ، وان المدين تبعاً لذلك يكون ملزماً بتنفيذ التزامه، إلا إذا فاجأته قوة قاهرة متمثلة في "فعل الرب" Act of God منعه من تنفيذ التزامه. وتطبيقاً لذلك، ذهب أحد القضاة الإنكليز عند نظره في إحدى القضايا المتعلقة بتنفيذ عقود البناء والهندسة المدنية بأنه "عندما يوجد عقد للقيام بعمل ما لا يكون في ذاته مخالفاً للقانون فإن على المقول أن ينفذه او ان يدفع التعويضات عن عدم تنفيذه ، رغم ان التنفيذ وفي أعقاب بعض الحوادث غير المتوقعة أصبح شاقاً او مستحيلاً..."^(٢).

وتأسيساً على ذلك، فإن مجرد حدوث تغير في الظروف ، او وقوع حوادث أيا كانت طبيعتها سواء أكانت مادية ، او سياسية لن تكون مسوغاً كافياً في ظل القانون العام الإنكليزي ليحتل به أي من المتعاقدين من التزاماته حتى ولو كان من نتيجة تلك الحوادث تحقق استحالة تنفيذ العقد بقوة قاهرة، وهذا ما عرف بقاعدة العقود المطلقة Positive or absolute contracts . ومؤدى هذه القاعدة (انه اذا ما لزم المتعاقد نفسه بموجب العقد بمحض إرادته إلزاماً مطلقاً بالأداء ، فإنه لا يستطيع ان يتصل من دفع التعويض بتقديم الدليل، إلا انه نظراً لتغير الظروف أضحت الوفاء بالالتزام مستحيلاً)^(٣). وقد ذهب القضاء الإنكليزي ومن خلال القضايا التي عرضت عليه^(٤) باتجاه التخفيف من قاعدة العقود المطلقة ، وذلك مراعاة لمقتضيات العدالة^(٥)، الى ما يسمى بنظرية الخيبة في تنفيذ العقد Frustration of the Contract ، او بمعنى أكثر تحديداً (نظرية الاخفاق في تنفيذ العقد) ، واستناداً الى هذه النظرية قرر القضاء الإنكليزي، انه يجوز للمدين ان يتحلل من التزامه عند حدوث ظروف او أحداث لا ترقى الى حالة الاستحالة المطلقة ، وكأن الأمر اتجه للتوفيق بين القواعد المتعلقة بقاعدة العقود المطلقة والتي لا يعذر المدين فيها عن عدم التنفيذ إلا في حالة "فعل الرب" "Act of God" ، وبين الاستثناء الخاص الذي يدعو الى تطبيق قواعد العدالة.

(١) ثروت أنيس الاسيوطي ، مسؤولية الناقل الجوي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، فقرة ، ٣١١ ، ص ٤٦١.

(٢) Hudson's Building and Engineering contract ١٩٧٠ P.٣٤٩.

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر ج. س. شيشر . س. هـ. فيفوت. أسباب انقضاء العقد ، ترجمة هنري رياض ، ط ١٩٧٦ ، ٩ ، مكتبة خليفة عطية ، الخرطوم ص ٧٦.

و ٥٢٠-٥١٩ P. Kink's Bench ٨٢ Vol. English Report ، في قضية Paradine and Jane والتي أرست دعائم قاعدة العقود المطلقة.

(٤) انظر قضية Taylor .V. Caldwell ، المرجع الأجنبي السابق ، King's ٢٢ Vol. English Report ، ٣١٥-٣٠٤ P. Bench ١٩٦٣.

(٥) لمزيد من التوضيح ، انظر جليل قسطو ، القواعد العامة للعدالة في النظام القانوني الإنكليزي ، مجلة القضاء ، العدد الأول ، ١٩٧٨ ، السنة ٣٣ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ص ١٣٢ . اذ أشار إلى المبادئ العامة للعدالة في القضاء الإنكليزي والتي منها :

*العدالة تنظر الى المضمون (intent) او القصد وليس الى الشكل (form).

*العدالة تنظر الى ما تم عمله لا الى ما يجب عمله.

*العدالة تنظر الى القصد في تنفيذ الالتزام.

وإذا ما تتبعنا مقتضى نظريه الإخفاق في تنفيذ العقد Frustration of Contract فإنها تعني عدم تحقق الغرض العملي أو التجاري من العقد ، أو ان العقد قد فشل في تحقيق المصلحة التي كان يتوقعها الطرفان ، منه واصبح بالتالي مفهومها يشير الى الأحوال الآتية:

- ١- زوال شخص معين أو شيء معين ، كان تنفيذ العقد يتوقف على وجوده.
 - ٢- تغير الظروف التي تم التعاقد في ظلها ، مما ترتب عليه فوات الغرض المتفق عليه ، إما في الموعد المحدد لتنفيذ العقد ، أو في الوقت المعقول والمناسب لتنفيذه.
 - ٣- عدم حصول الواقعة التي كان يتوقعها الطرفان ، والتي كان العقد يتوقف تنفيذه عليها.
 - ٤- تدخل رب العمل بناءً على مصلحة مشروعة ، على صورة إيقاف تنفيذ العقد مدة طويلة ، اذ لا يصبح التنفيذ بعدها مجدياً أو معقولاً.
 - ٥- حصول تغير جوهري في القانون المعمول به ، يكون من شأنه تغير الظروف التي يجري التنفيذ في ظلها ، كما لو صدر قانون بعد إبرام العقد ، يمنع من تنفيذ الأعمال الداخلة في موضوع العقد.
 - ٦- على الرغم من ان التنفيذ لم يصبح مستحيلاً استحالة مادية الا ان التغير في الظروف قد قضى على الغاية الكلية للعقد بان جعل التنفيذ غير مجد بالمنظور التجاري أو الاقتصادي^(١).
- ومن كل ما تقدم ذكره ، يتضح ان نظرية الاخفاق في تنفيذ العقد ، قد أرست في ظل القانون العام الإنكليزي مفهوم المذهب الحديث في الاستحالة، وبالتالي قد خففت من الأخذ بمفهوم متشدد للاستحالة كانت تنادي به قاعدة العقود المطلقة ، والتي كانت تنماشى والمذهب التقليدي في الاستحالة .ونستطيع ان نستنتج من هذه النظرية ان توافر الاستحالة النسبية يكفي كمسوغ لإعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ هذا من جانب ، ومن جانب آخر فان مفهوم هذه النظرية لا يقف عند هذا الحد ، بل يتعداه ليشمل مفهوما أكثر تحرراً من الاستحالة النسبية ، على وصف ان تلك الاستحالة تتمثل في حدوث صعوبات وظروف تجعل تنفيذ العقد صعباً وشاقاً ، وعليه يمكن استنتاج ما هو أبعد من الاستحالة النسبية والذي يتمثل في ان كل ظرف مستجد يجعل المدين لو اراد المضي في التنفيذ ان يصبح مديناً بالالتزام آخر غير الالتزام الذي تم الاتفاق عليه ، فان هذا التغير في الالتزام ، يمكن ان يكون مبرراً للمدين في ان يتحلل من التزامه.
- وفي عام ١٩٤٣ صدر قانون الإصلاح التشريعي (العقود مستحيلة التنفيذ) The Law Reform (Frustrated contracts) Act, ١٩٤٣ ، نظم فيه المشرع الإنكليزي الآثار المترتبة على العقود مستحيلة التنفيذ ، من خلال نصوصه التي تهدف الى التخفيف من آثار تطبيق نظرية الاستحالة في القضاء الإنكليزي^(٢).

^(١)Atiyah: An Introduction to the law of contract. Second Edition, (١٩٧١) Oxford. At the Clarendon Press. London. P.٢٥١.

وانظر ايضاً:

-New port lan: Question and Answers on contract. First Edition (١٩٧٠) Sweet and Maxwell. LTD. London. P.٥٧.

وانظر ايضاً:

-Fredrick Parker Walton, the Egyptian law of obligation, A comparative study with special reference to the French and the English law, vol. Second edition, London Stevens and sons Limited, ١٩٢٣--P.٣٢٩-٣٣٧.

^(٢) يمكن تلخيص القواعد التي جاء بها هذا القانون كالآتي:

- ١- يمكن استرجاع كل المبالغ التي تم دفعها قبل الاستحالة.
- ٢- كل المبالغ التي كان يمكن دفعها قبل الاستحالة ، لا تدفع.

- وعلى أية حال، فإن القضاء الإنكليزي قد عرر المفهوم الحديث للاستحالة، وهذا ما سنراه لاحقاً عند بحثنا في أساس تحمل تبعة الهلاك.
- ويمكن أن نستخلص مما سبق، نتائج عدة، يمكن عدها من الميزات التي تمتاز بها استحالة التنفيذ في ظل تلك التشريعات:
- ١- أن الاستحالة في ظل التشريعات المدنية الحديثة من المبادئ الأساسية المسلم بها، فقد نصت عليها جميع هذه التشريعات، على الرغم من اختلاف اتجاهاتها الفكرية والمنهج القانوني الذي تسير عليه.
 - ٢- أن نظرية الاستحالة تعد نقطة التقاء للآراء الفقهية المختلفة والتي تذوب عندها هذه الخلافات الفقهية. ويمكن التدليل على ذلك من خلال اتفاق التشريعات بنزعتها الذاتية والموضوعية في موقفها تجاه نظرية الاستحالة.
 - ٣- أن نظرية الاستحالة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمجال المسؤولية العقدية، من حيث كونها سبباً لانقضاء الالتزام لأنها تؤدي بالضرورة إلى انقطاع الرابطة السببية بين الفعل أو الخطأ وبين الضرر، مما يؤدي إلى عدم قيام تلك المسؤولية.

- ٣- عندما يتم تحمل نفقات من أجل تنفيذ العقد قبل الاستحالة، فإن المحكمة قد تسمح لأحد الطرفين أن يحتفظ بمبلغ معقول من النقود التي سبق له أن استلمها من الطرف الآخر، أو أن يسترجع نفقات معقولة من الطرف الآخر، في حالة عدم استلامه لأي مبلغ سابقاً.
 - ٤- عندما يكون أحد الطرفين قد حصل على منفعة، من غير النقود المدفوعة، قبل الاستحالة، فإن المحكمة قد تسمح لأحد الطرفين أن يسترجع مبلغاً معقولاً كتعويض عن تلك المنفعة.
- وتجدر الإشارة إن هذا القانون لا ينطبق على الحالات الآتية:
- ١- إذا تضمن العقد نصاً خاصاً ينظم حالة الاستحالة.
 - ٢- إذا تضمن العقد اتفاقاً مطلقاً، أي عندما يقصد الطرفان الالتزام بالعقد بغض النظر عن ظروف الاستحالة.
 - ٣- مشارطات إيجار السفن.
 - ٤- نقل البضائع بحراً.
 - ٥- عقود التأمين.
 - ٦- عقود بيع البضائع التي تكون محكومة بموجب المادة (٧) من قانون بيع البضائع لسنة ١٨٩٣-١٩٧٩.
- علماً إن المادة (٧) تتعلق بحالة هلاك الشيء الذي يتحمل تبعته البائع إذا كانت الملكية لم تنتقل للبائع إذا كانت الملكية لم تنتقل بعد إلى المشتري، حيث يتحمل الأخير تلك التبعة في حالة انتقال الملكية إليه.
- انظر مجيد حميد العنبي، انقضاء العقد في القانون الإنكليزي، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة في كلية صدام للحقوق، العدد ٦، المجلد ٤، لسنة ٢٠٠٠، ص ٨٤.

المبحث الثاني

أنواع استحالة التنفيذ وتمييزها مما يشتهبه بها

المطلب الأول

أنواع استحالة التنفيذ

اتضح فيما سبق الهوية العامة للاستحالة ومعالمها ، الا ان الأمر ينقصه بيان الجوانب الأخرى لغرض الوقوف على مفهوم الاستحالة، ومن بين تلك الجوانب التي تؤدي الى بيان وتحديد معالم الاستحالة، هو استعراض أنواعها، والتي تتعدد بتعدد زوايا النظر لها . فهي تنقسم إذا ما نظرنا إليها من جهة طبيعة المانع وما يصيبه الى استحالة موضوعية واستحالة شخصية ، وتنقسم الى استحالة مطلقة واستحالة نسبية اذا ما نظرنا إليها من جهة مدى تأثير المانع في القدرة على التنفيذ . وتنقسم من حيث المصادر التي يمكن ان تنشئ عنها الى استحالة مادية واستحالة قانونية . ومن حيث وقوع المانع على الأداء كله او جزء منه فإنها تنقسم الى استحالة كلية واستحالة جزئية ، وتنقسم من حيث النظر الى ميعاد زوال المانع الذي أدى الى الاستحالة الى استحالة دائمة واستحالة مؤقتة وكالاتي:

أولاً: الاستحالة الموضوعية والاستحالة الشخصية

اختلف بعض الفقه التقليدي في المعيار الذي يمكن به تقسيم الاستحالة الى موضوعية وشخصية ، فذهب فريق الى انه يجب النظر الى هذا المعيار من ناحية خصوصية او عمومية المانع ، ويرى ان من الأفضل الاعتماد على طبيعة المانع في ذاته ، وذلك من خلال النظر الى الأداء نفسه ، وفي شخص المدين المكلف بتنفيذ هذا الأداء . وأزاء هذا الاختلاف بين الفقه التقليدي، فقد ذهب الفريق الأول من هذا الفقه إلى وجوب النظر الى مدى خصوصية المانع من التنفيذ او عموميته ، للفرقة بين الاستحالة الموضوعية والاستحالة الشخصية ، فإذا كان التنفيذ مستحيلًا بالنسبة للمدين من دون ان يكون مستحيلًا بالنسبة الى غيره، تكون الاستحالة شخصية . أما اذا كان التنفيذ مستحيلًا بالنسبة الى المدين والى غيره ممن يكون في مثل ظروفه ، فان الاستحالة تكون موضوعية. اذ تكون تلك الاستحالة عامة بالنسبة الى الناس كافة . وقد وجهت انتقادات كثيرة الى هذا الرأي من أهمها^(١):

- ١- ان عمومية المانع او خصوصيته ليست في الواقع الا تأثير لطبيعة المانع وما قد يؤدي اليه.
- ٢- ان خصوصية المانع لا تعني بالضرورة ان تكون أمام استحالة شخصية فقد يكون المطلوب أداء مبلغ من المال غير موجود لدى المدين ولا يستطيع ان يحصل عليه لانه لا يوجد من يقرضه ، فهذا المانع بصورته المتقدمة يعد مانعاً شخصياً ، ولكن ليس هناك ما يمنع بأن ينقلب هذا المانع الخاص الى مانع عام على اثر ازمة مالية حادة تخلق حالة من الإعسار او عدم الائتمان ، ففي هذه الحالة نكون بصدد استحالة شخصية يكون لها مع ذلك طابع العمومية ، على الرغم من عمومية المانع الشخصي

(١) اوستي ، مراجعة انتقادية لنظرية الاستحالة ، مجلة القانون المدني ، ١٩١٨ ، ص ٢١٦-٢١٧ ، اورده د.عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ١٦٦ . وبهذا المعنى يذهب أستاذنا د.مجيد حميد العنكي في بحثه الموسوم ، المفهوم العام للقوة القاهرة وأثرها في تنفيذ المفاوض لالتزاماته العقدية ، مجلة النفط و العالم ، العدد ٩١ ، سنة ١٩٨١ ، ص ٣٩.

في بعض الأحيان، فإن هذه العمومية لا تجعل من الاستحالة الشخصية استحالة موضوعية، فلا يجوز أن نعد هذه الاستحالة الشخصية تنقلب من أجل عمومية المانع فيها إلى استحالة موضوعية.

٣- إن هذا المعيار يقتصر على ذكر النتائج التي تغلب ترتيبها على المانع، فالمانع قد يترتب نتيجة عامة فنكون بصدد استحالة موضوعية، وقد يترتب المانع نتيجة خاصة فنكون أمام استحالة شخصية. وإزاء النقد الذي وجه إلى معيار عمومية أو خصوصية المانع ذهب فريق ثانٍ من الفقهاء إلى أن الأفضل هو التركيز على معيار طبيعة المانع نفسه، وذلك للفرقة بين الاستحالة الموضوعية والاستحالة الشخصية بدلاً من معيار عمومية أو خصوصية المانع. ومن الفقهاء الذين قالوا بهذا المعيار الفقيه الإيطالي بيتي Betti، إذ يرى أن الاستحالة تكون موضوعية إذا كانت متصلة بطبيعة الأداء نفسه، وتنشئ بالتالي مانعاً يقوم بالنسبة إلى الأفراد كافة، ويرى بالمقابل أن الاستحالة تكون شخصية عندما تتعلق بالأحوال الخاصة بالمدين، إذ تنشأ مانعاً في شخص المدين أو في داخل نطاق إمكانياته^(١).

ثانياً: الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية

إن تقسيم الاستحالة إلى مطلقة ونسبية يعتمد على مدى تأثير المانع على قدرة المدين، فإن كان تأثير المانع على المدين كبيراً جداً إلى درجة لا يستطيع المدين ولا غيره أن يقوم بالتنفيذ، كانت الاستحالة مطلقة وإن كان تأثير المانع لا يمكن التغلب عليه إلا بعمل مجهود وعناية يزيدان على ما تتطلب العلاقة المراد تنفيذها، كانت الاستحالة نسبية. فالاستحالة المطلقة هي عدم إمكانية تنفيذ الالتزام لوجود مانع لا يمكن التغلب عليه مطلقاً، وإن هذا المانع لا يقوم بالنسبة إلى المدين فحسب وإنما بالنسبة لجميع الأفراد، فالمانع في ظل هذه الاستحالة يتعدى المدين وغيره ممن يكونون في الظروف نفسها^(٢). فالاستحالة المطلقة لا تخرج عن كونها نتاج حادث طارئ خارج عن إرادة الإنسان ويفوق قدراته وإمكانياته البشرية، إذ يقف أمامها الإنسان عاجزاً عن فعل شيء، فهي قوة قاهرة لا يمكن مقاومتها^(٣). أما الاستحالة النسبية فتتحقق عند وجود مانع لا يمكن التغلب عليه إلا بمجهود وعناية تزيدان على ما تقتضيه العلاقة المراد تنفيذها أي يمكن التغلب على هذا المانع بجهد يزيد على المتوسط أو بمجهود استثنائي. فتأثير المانع في ظل الاستحالة النسبية يقوم بالنسبة للمدين فحسب دون الكافة^(٤). فغير المدين يستطيع القيام بالعمل المطلوب، ولذا فالاستحالة النسبية لا تخرج عن كونها عبارة عن صعوبة في التنفيذ نتيجة ضعف الوسائل التي في حوزة الإنسان، وهذه لا يترتب عليها في ظل الفقه التقليدي براءة ذمة المدين، بل يجب لبراءة ذمته أن تحقق الاستحالة المطلقة والمتمثلة بقوة لا يمكن التغلب عليها مطلقاً.

(١) بيتي Betti، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ١٩٥٤، ص ٤٨، أورده عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٢) د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٢٠٣.

(٣) د. محمد شتا أبو سعد في مقاله مفهوم القوة القاهرة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة ٧٤ العددان ٣٩٣-٣٩٤، يوليو، أكتوبر ١٩٨٣، ص ٣٠٢.

(٤) د. عبد المنعم البدراوي، المصدر السابق، ص ٣٠٣.

وعند ملاحظته نصوص القانون المدني العراقي ، نجد ان المشرع العراقي لم يأخذ بفكرة الاستحالة النسبية كسبب عام لإعفاء المدين من التزاماته العقدية إلا في عقد المقولة^(١).

أما في باقي العقود فان المبدأ هو ان الظروف الطارئة (الاستحالة النسبية) لا تسوغ إلا إنقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول من دون الذهاب الى حد إعفاء المدين من التزامه نهائياً، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي : "٢-على انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة ، خير مثال للاستحالة النسبية على أساس ان تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلاً استحالة مطلقة ، وانما مازال ممكناً مع تحمل المدين جهداً استثنائياً قد يعرضه لخسارة فادحة ، فان الرأي الغالب في الفقه^(٢) يرى بان وقف التنفيذ هو أحد الخيارات الممنوحة للقاضي لإزالة الإرهاق الناجم عن تلك الظروف الطارئة. ولكن القضاء العراقي استقر على أن معالجة الظروف الطارئة تكون بإزالة الإرهاق عن طريق إنقاص التزام المدين المرهق أو بزيادة التزام الدائن^(٣).

وإذا أردنا تتبع ما يعده الفقه استحالة مطلقة، فانه يمكن استخلاص ذلك من أقوالهم في القوة القاهرة والتي يتضح منها، بان الاستحالة المطلقة لا تخرج عن كونها نتاج حادث فجائي خارج عن ارادة الإنسان ، يفوق قدرته وإمكانياته البشرية، إذ يقف أمامها عاجزاً عن فعل شيء، وترتيباً على ذلك فقد عرّف أولبيان Ulpian الاستحالة المطلقة بكونها قوة قاهرة لا يمكن مقاومتها^(٤).

ونظراً لأهمية الاستحالة المطلقة ، فقد اتخذت معياراً للتمييز بين الحادث المفاجئ وبين القوة القاهرة، وقد حاول عدد من الفقهاء التمييز بين هذين المفهومين . اذ عد بعضاً منهم^(٥) الاستحالة المطلقة هي المعيار الفاصل بين القوة القاهرة وبين الحادث المفاجئ إذ أوضح أن الحادث المفاجئ ما هو إلا استحالة نسبية ، أما القوة القاهرة فهي استحالة مطلقة. أي أن الاستحالة المطلقة والمتمثلة بالقوة القاهرة هي التي تؤدي الى انقضاء الالتزام بعكس الاستحالة النسبية.

(١) المادة ٨٧٨ من القانون المدني العراقي .

(٢) د. عصمت عبد المجيد -نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها- بغداد- ١٩٩٣ ص٨٧.

د. عبد السلام الترماني -نظرية الظروف الطارئة، بلا مكان طبع، ١٩٧٠، ص١٦٦.

فاضل شاكر النعيمي -الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون- بغداد ١٩٦٩ ص١٣٧.

د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني -ج ١- مصادر الالتزام ببيروت -١٩٥٢ ص٦٤٦.

د. جميل الشرفاوي -النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام -القاهرة -١٩٨١ ص٣٢٩.

د. سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام -الإسكندرية -١٩٩٩ -٢٠٠٠ ص١٦٤.

(٣) انظر في موقف القضاء العراقي ، القرار البدائي ١٥٦٥ / ٢٢٤٠ بتاريخ ١٩٥٦/١١/٢٧ أشار اليه سليمان بيات القضاء المدني -ج ١- بغداد ١٩٦٢ ص١٤٩، ١٥٠، والقرار التمييزي المرقم ٨٩١-١٩٧٣ بتاريخ ١٩٧٣/٩/٢١ منشور في النشرة القضائية -العدد الثالث -السنة الثالثة -السنة الرابعة ص١٠٣، والقرار التمييزي المرقم ٤٥٠ / ١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٦/١/٢٧ منشورة في مجموعة الأحكام العدلية -العدد الأول -السنة السابعة ١٩٧٦ ص٣٨.

(٤) انظر محمد شتا أبو سعد ، مفهوم القوة القاهرة -المرجع السابق ص٣٠٢.

(٥) انظر كولان وكابيتان ، القانون المدني الفرنسي -٢- رقم ١٢٦ ، كولان ، الدالوز ١٩٠٤ -٢- ١٧٣ أورده إبراهيم ألد سوقي أبو الليل- الإعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات دراسة تحليلية النظرية السبب الأجنبي في الفقه القضاء المصري والفرنسي -دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٧٥، فقرة ١٣٧ ص١٩١.

وتأكيداً على أهميته هذا التمييز، فقد نص قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣، الى الأخذ به في المادة (١١) منه، والتي تتناول مسؤولية الناقل وطرق تخلصه منها، إذ عدت هذه المادة القوة القاهرة سبباً لانتفاء مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تحصل للراكب أثناء تنفيذه عقد النقل. والقوة القاهرة كما حددتها هذه المادة هي نتاج عوامل خارجية لم تنبع من دائرة نشاط الناقل، ولم يكن في الإمكان توقعها أو تلافي أضرارها وبذلك يكون قانون النقل العراقي قد فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، فاعطى الحق للناقل في دفع مسؤوليته إذا نجم الحادث عن قوة القاهرة، أما إذا كان سببه حادث فجائي فالناقل يتحمل نتيجة ما يصيب الراكب من ضرر^(١).

ثالثاً: الاستحالة المادية والاستحالة القانونية

الاستحالة المادية تعني وجود مانع مادي ملموس، يترتب عليه أن يصبح محل الالتزام غير ممكن الحدوث في ذاته، نتيجة ذهاب الشيء بمقوماته الطبيعية، يستوي في هذا المانع أن يكون مانعاً مادياً ناتجاً عن أحد عوامل الطبيعة، مثل الزلازل والبراكين والفيضانات والسيول والجراد، أو مانعاً مادياً ناتجاً عن فعل الإنسان مثل الحروب أو الغزو المسلح أو الاستيلاء غير المشروع على شيء بالقوة والقهر والحريق بفعل فاعل. وعلى ذلك يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالة مادية، إذا هلك محل الالتزام المعين بذاته، أو ضاع فلا يمكن العثور عليه، أو مرض المدين مرضاً يمنع من تنفيذ الالتزام كالمصور الملتزم برسم صورة إذا أصيب بفقد بصره، أو بوتر يده إذ لم يعد قادراً على الرسم^(٢).

والاستحالة المادية مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع تقديرًا نهائيًا لا معقب عليه من محكمة التمييز^(٣).

والذي يفصل في التفرقة بين الاستحالة المادية الناتجة من فعل الإنسان والاستحالة المادية الناتجة من أحد عوامل الطبيعة، يكمن في مدى إرادة الإنسان في إحداث تلك الاستحالة، أو بعبارة أخرى فأن واقعة الإرادة هي التي تحدد طبيعة هذه الاستحالة من ناحية كونها راجعة الى فعل الإنسان، كخطف ممرضة مثلاً مما تعذر معه تنفيذ العقد الذي التزمت به تلك الممرضة مع وزارة الصحة^(٤). أو قد تكون راجعة الى فعل الطبيعة.

وحرص القانون المدني العراقي على وضع إطار عام يتناول موضوع استحالة التنفيذ الراجعة الى سبب أجنبي عن المدين من دون ان يورد أمثلة تطبيقية لما يعد من الاستحالة المادية أو غيرها من صور الاستحالة الأخرى، وذلك واضح من نص المادة (٤٢٥) التي تنص على انه "ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه". وكذلك نص المادة (١٦٨) والتي تنص على انه "إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه

(١) انظر د. مجيد حميد العنبي - قانون النقل العراقي - المبادئ والأحكام بغداد - ١٩٨٤ - منشورات مركز البحوث القانونية - ص ٩٢.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - الجزء الثالث - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٥٨، ف ٥٨٧، ص ٩٤٨.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري - نفس المصدر ونفس الفقرة والصفحة.

(٤) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٥٩ / ج / ٦٨ بتاريخ ١٩٦٩ / ١ / ٢٠ - مجلة القضاء - العدد الثاني - السنة ٢٤ نيسان - حزيران - ١٩٦٩، ص ٩٧١.

مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه ."

ولكن على الرغم من وجود تلك النصوص العامة في تناولها لموضوع الاستحالة، فإن القانون المدني العراقي قد أورد مثالين لما يعد استحالة مادية، وذلك في نص المادة (٨٠٠) فقرة (١) التي تتعلق بإيجار الأراضي الزراعية وقد نصت على أنه "إذا غلب الماء على الأرض المؤجرة فاستبحرت ولم يمكن زرعها أو انقطع الماء عنها فلم يمكن ربيها ولم يكن للمستأجر يد في ذلك فلا تجب الأجرة أصلاً والمستأجر فسخ الإجارة " والملاحظ على هذه المادة أنها ذكرت مثالين على الاستحالة المادية، هما فيضان المياه وإغراقها للأرض الزراعية، والمثال الآخر هو انقطاع الماء عن هذه الأرض وهذان المثالان هما تطبيق للاستحالة المادية التي تؤدي الى عدم تمكن المدين من الانتفاع من الأرض الزراعية ، وبالتالي عدم تمكنه من دفع أجرة الأرض الزراعية فان هذه الاستحالة تعفيه من تنفيذ التزامه بدفع الأجرة ومن ثم تمكنه من فسخ العقد^(١).

ومن ذلك نلاحظ ان المثالين الواردين في المادة (١/٨٠٠) والمختصين بالاستحالة المادية، لا يتعارضان والمبدأ العام الوارد في نص المادتين (١٦٨، ٤٢٥) والذي يتضمن عدم ذكر أمثلة للاستحالة المادية، أو غيرها من صور الاستحالة وإذا كان موقف القانون المدني العراقي من تطبيقات الاستحالة المادية، فان موقف قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ هو موقف واضح من الاستحالة المادية، اذ انه لم يورد تطبيقات للاستحالة المادية المؤدية لإعفاء المدين وهو الناقل من المسؤولية الناشئة عن تضرر الشيء أو الركاب محل عقد النقل ، وهذا واضح من نصوص المواد (٤٦، ٤١، ٤٠، ١١) من هذا القانون^(٢). إذ لم تذكر هذه المواد تطبيقات للاستحالة المادية أو غيرها من صور الاستحالة الأخرى.

وعلى الرغم من موقف القانون العراقي من الاستحالة المادية، فإنه يمكننا ان نورد أمثلة لما يعد استحالة مادية، وذلك من أحكام محكمة التمييز في العراق ، فقد ذهبت هذه المحكمة في كثير من قراراتها إلى أن تحقق الاستحالة المادية يؤدي الى دفع مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ ، فقد ذهبت في قرارها الى ان الحريق الناشب في البضاعة المنقولة والذي لا دخل لارادة الناقل فيه، يعد من الحوادث الفجائية التي لا يمكن توقعها، وبالتالي يستطيع الناقل التخلص من مسؤوليته عن هلاك البضاعة المنقولة عند إثباته لهذا الحادث^(٣)، لان الحريق هنا يعد استحالة مادية حالت بين الناقل وبين تنفيذه لعقد النقل، وذلك لهلاك البضاعة بسبب الحريق. وفي قرار ذهبت فيه إلى ان المرض يعد سببا لإعفاء الطالب المتعاقد مع وزارة التربية من مسؤولية التأخير في حصوله على الشهادة التي التحق هذا الطالب بالبعثة للحصول عليها ، وتتلخص وقائع هذه القضية بان طالبا قد تعاقد مع وزارة التربية لإرساله في بعثة علمية الى الولايات المتحدة الأمريكية، للتخصص

(١) وقد ورد نص مشابه لهذا النص في شريعة حمورابي في المادة (٤٨) اذا كان على رجل دين وخرب اله الأعاصير (ادد) حقله او دمره الفيضان او ان الغلة لم تثبت في حقله لقله الماء ، ففي هذه السنة لا يعيد الحبوب التي اقترضها الى دائته ويلغي عقده ولا يدفع فائضا لتلك السنة) . د. فوزي رشيد - الشرائع العراقية القديمة - منشورات وزارة الثقافة والإعلام - دار الرشيد للنشر - ١٩٧٩ ص ١٢٧. وكذلك د. ليلى عبد الله سعيد المسؤولية المدنية في شريعة حمورابي، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ٢١.

(٢) د. ليلى عبد الله سعيد - المسؤولية المدنية في شريعة حمورابي ، دار الشؤون الثقافية العامة بغداد - ٢٠٠١ ص ٢١.

(٣) قرار محكمة التمييز في العراق رقم القرار ١٠٦١ /مدنية ثانية /١٩٧١ بتاريخ ١٥/٥/١٩٧٢ -النشرة القضائية - العدد الثاني - ٣-١٩٧٤ ص ١٢٦.

في موضوع الهندسة المعمارية والحصول على شهادة (B-A) فيها . إلا أن هذا الطالب قد مرض عند حلول موعد الامتحانات مما سبب رسوبه لسنتين متتاليتين واستطاع بعدها إكمال دراسته والحصول على الشهادة المطلوبة. إلا أن الكلية التي ينتمي إليها قامت بفصله لأنه قد أخل بالتزاماته التعاقدية لأنه تأخر سنتين في الحصول على الشهادة المطلوبة، ولذلك فهو قد أخل بالتزامه لأنه لم يحصل على الشهادة خلال المدة المطلوبة، وعندما عرض النزاع على المحكمة قررت أن الطالب غير مخل بالتزاماته التعاقدية بسبب تأخره في الحصول على الشهادة، لأن هذا التأخر قد نتج عن المرض وقت الامتحانات واضطراره لدخول المستشفى بسبب ذلك، وأن المرض يعد سببا خارجا عن إرادة المتعاقد، مما قد يجعله غير مخل بالتزاماته التعاقدية ويجعل قرار فصله غير صحيح، ولا يحق للوزارة أن تطالبه بمصروفات الدراسة^(١). وفي قرار آخر لمحكمة التمييز ذهبت فيه إلى أن الشركة المتعاقدة على استيراد مواد احتياطية غير مسؤولة عن توقف الشحن الجوي بين العراق وإنكلترا بسبب الاعتداء الصهيوني في الخامس من حزيران سنة ١٩٦٧، وبذلك لا تعد الشركة مسؤولة عن توقف الشحن الجوي، لأنه نتج عن ظروف خارجة عن إرادة الشركة ولا يمكن توقعه أو مقاومته، لذلك هي غير مسؤولة عن عدم استيراد تلك المواد، لتحقق الاستحالة المادية^(٢).

وفي قضية أخرى عدت المحكمة أن المرض النفسي يعد سببا أجنبيا يعفي المدين من مسؤولية الإخلال بالتزاماته التعاقدية، وتتخلص هذه الدعوى بأن وزارة الصناعة قد تعاقدت مع المدعى عليه على إرساله إلى الاتحاد السوفيتي لغرض التدريب العملي والنظري ولكن المتعاقد قد أصيب وهو في موسكو بمرض نفسي بسبب تغير ظروف الحياة بين العراق والاتحاد السوفيتي مما حال بينه وبين إكمال فترة تدريبه. إلا أن وزارة الصناعة أصدرت قرارا بفصله من البعثة لمخالفته شروط العقد، وقامت برفع دعوى تطالبه بأجور الدراسة. وعند عرض النزاع على المحكمة قررت أن المتعاقد لم يخل بشروط العقد لأن عدم إكماله لفترة التدريب المتعاقد عليها، كان ناتجا عن سبب أجنبي خارج عن إرادته وهو المرض النفسي الذي أصيب به وهو مرض (النورستانيا) والذي حال بينه وبين تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، وبناءً على ذلك عدت المحكمة قرار فصل المتعاقد من البعثة قرارا غير صحيح، وردت دعوى وزارة الصناعة بالمطالبة بأجور الدراسة^(٣).

وفي قضية أخرى عدت المحكمة أن هلاك المأجور بسبب الفيضان يؤدي إلى فسخ العقد لأن منفعة المأجور قد زالت بزواله^(٤). وفي قرار آخر ذهبت المحكمة إلى إعفاء المدعي عليه من أجور نقل الكمية التي لم يتم نقلها من حاصل البنجر لأن هذا الحاصل قد أصابه ضعف، ولم يصل إلى الحد الأدنى من الكمية المتعاقد عليها. وقد عدت هذا الضعف

(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم القرار ١٩٣ / حقوقية / ١٩٦٧ بتاريخ ١٢/٧/١٩٦٧ - قضاء محكمة تمييز العراق المجلد الرابع - ١٩٧٠ - ص ٣٧٠.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم القرار ١٨٤٣ / حقوقية / ١٩٦٧ بتاريخ ٣٠/١٢/١٩٦٧ - قضاء محكمة تمييز العراق - المجلد الرابع - ١٩٧٠ - ص ٣٩٣.

(٣) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٤٣١ / حقوقية / ٦٥ بتاريخ ٣٥/٧/١٩٦٥، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الثالث، ١٩٦٩، ص ٢٠.

(٤) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٨٠٩ / صلحية / ٥٨ / السعدية - القضاء المدني العراقي - الجزء الثاني - سلمان بيات - ١٩٦٢، ص ١٩٦.

في الحاصل سببا خارجا عن ارادة المدين، يعفيه من أجور نقل هذه الكمية المتعاقدة عليها^(١).

وبناء على ما سبق ذكره، من أمثلة على الاستحالة المادية، يتضح بان القضاء العراقي قد اخذ بالاستحالة المادية كسبب لإعفاء المتعاقد من مسؤولية عدم التنفيذ أو التأخير في هذا التنفيذ، وقد عد كلا من المرض والحرب والحريق والفيضان وضعف الحاصل في أحد المواسم، سببا أجنبيا بصورة استحالة مادية تعفى المدين من تنفيذ التزامه. وقد ذهبت بعض التقنيات العربية الى إيراد طائفة من الأمثلة التطبيقية للاستحالة المادية^(٢). ونرى أن هذا الأمر لا يتفق وفن الصياغة التشريعية، لان تعداد الأسباب التي يمكن ان تكون عليها الاستحالة المادية لا يمكن ان تقع تحت الحصر، وهو خلاف ما ذهبت اليه تشريعات أخرى بوضع الإطار العام المتمثل في انقضاء الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه. وهذا ما ذهب اليه التقنين المدني المصري وسارت عليه اغلب التقنيات العربية، وذلك لاتفاق هذا المسلك مع فن الصياغة التشريعية الحديثة، فضلا عن إن أمر التعداد هذا هو من اختصاص الفقه القانوني.

وإذا ما علمنا أن فعل الإنسان له دور في هذه الاستحالة، فأننا نستطيع ان ندخل الإلتلاف في هذا المعنى —الذي قال به فقهاء المسلمين— ضمن الاستحالة المادية. وعند تتبع استعمال فقهاء المسلمين لمادة الإلتلاف نجدهم لا يقصرونه على المعنى الضيق والمحدود، والخاص به، والمتمثل في إخراج الشيء من ان يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة^(٣)، وانما يطلقونه أيضا على كل ما يؤدي الى ذهاب المال وضياعه بخروجه عن يد صاحبه وحرمانه الانتفاع به، فيطلقون الإلتلاف على من حل قيد طبي اصطاده آخر، فانطلق إلى البرية، فيقولون بأن فك القيد من الطبي المقيد عادة سبب لان يهرب ويتلف، فتصير حاله حال سائر الطباء الموجودة في البرية^(٤). بل ان فقهاء الحنفية قد ذهبوا الى ابعاد من ذلك، فعادوا الجهالة، وعدم الدلالة على الوديعة إلتافا لها، لهذا عدوا موت المودع من دون ان يعلم بالوديعة او يدل عليها إلتافا بالتجهيل، في قولهم، لانه لما مات جاهلا للوديعة، فقد ألتفها لخروجها من ان تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل.

وعند تتبع موضوع الاستحالة المادية في القانون الإنكليزي، نجده قد ذكر وعالج عدداً من القضايا التي كانت فيها الاستحالة المادية سببا لفسخ العقد، وتحلل المدين من التزاماته، لأنها جعلت تنفيذ تلك الالتزامات تنفيذاً مستحيلاً.

(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم القرار ٢٧٠ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٤ بتاريخ ٨ / ٣ / ١٩٧٥، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص ١٥٤.

(٢) انظر المادة (٢٨٣) من التقنين المدني في تونس، مجلة الالتزامات والعقود الصادر سنة ١٩٦٠، اذ تنص على : ((القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من الفيضان ماء وقلة أمطار وزوايع وحريق وجراد او كهجوم جيش العدو او فعل الأمير ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة القاهرة إلا إذا اثبت المدين انه استعمل كل الحزم في درئه وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين فانه لا يعتبر قوة القاهرة)).

(٣) بدائع الصنائع للكاساني، مطبعة الجمالية - ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م - الجزء السابع - ص ١٦٥.

(٤) السيد ميرزا حسن الموسوي البجنوردي - القواعد الفقهية، مطبعة الاداب في النجف الاشرف، ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م - ج ٢ - ص ٢٩.

ومن أهم تلك القضايا : فضيه تايلور وكالدويل^(١) والتي كانت من أهم القضايا في تاريخ القانون الإنكليزي والتي أسهمت في دعم وترسيخ نظرية (الاستحالة) في هذا القانون ، وكان سبب النزاع الذي نسب بين المتعاقدين هو الحريق الذي دمر صالة الرقص التي هي محل العقد ، وهذا الحريق هو أحد الأمثلة الواضحة على تأثير الاستحالة المادية على العقد والذي تم فسخه بقرار من محكمة الملك برئاسة القاضي (بلاك بيرن)، والذي قرر ان هذا العقد مقترن بشرط ضمنى مقتضاه إعفاء كل من المتعاقدين من التزاماته العقدية إذا استحال عليه تنفيذها بسبب الهلاك المادي لمحل العقد شريطة ان لا يكون هذا الهلاك ناتجا عن خطأ أو إهمال من أي من الطرفين وان يكون ذلك غير داخل في توقعاتهما عند التعاقد.

وفي قضية أخرى كانت الاستحالة المادية سببا في تأخير تنفيذ العقد وبالتالي الحكم بفسخه، لان التأخير قد جعل تنفيذ العقد غير مجد من الناحية التجارية ، وتتلخص هذه القضية^(٢) بأنه تم استئجار سفينة بموجب عقد نقل بحري للانتقال من ليفر بول الى نيو بورت لحمل حمولة الى سان فرانسيسكو وفي اليوم الأول خارج ليفر بول كانت السفينة قد ارتطمت وغرقت واستغرقت ستة أسابيع لتعويمها ، وستة اشهر أخرى لاكمال الإصلاحات. وعندها ثار نزاع مالك السفينة وبين الناقلين لان التأخير في إبحار السفينة الى وجهتها أدى الى ضياع المنفعة التجارية، التي كان يأمل كل من مالك السفينة والناقلين الحصول عليها من خلال هذا العقد ، وعندما عرضت القضية على محكمة غرفة الخزانة (Court of Exchequer Chamber)، قال المحلفون بان عقد النقل البحري انتهى بكارثة وان رحلة السفينة وعملية إصلاحها قد استغرقت وقتا طويلا، وان هذا الوقت ضروري بالنسبة للمتعاقدین الذين تضرروا بهذا التأخير، وان رحلة السفينة قد أصبحت رحلة مختلفة عن الرحلة المتفق عليها في العقد، مما أدى الى ضياع المنفعة التجارية التي كان ينوي الأطراف الحصول عليها وبذلك انتهت المحكمة الى فسخ العقد . يتضح من هذه القضية ان الاستحالة المادية المتمثلة في ارتطام السفينة وغرقها، ومن ثم التأخر في قيامها برحلتها، قد أدت الى إخراج العقد عن الغرض الذي كان يقصده الأطراف من استئجار هذه السفينة وبالتالي الى ضياع المنفعة التجارية من هذه الرحلة، مما أدى الى فسخه من قبل المحكمة بسبب استحالة تنفيذ الغرض المقصود من العقد، وهذه الاستحالة يطلق عليها الاستحالة المادية.

وفي قضية أخرى للقضاء الإنكليزي تتلخص في ان أحد المقاولين تعهد ، لمالك مبنى ، ان ينصب أجهزة معينة على هذا المبنى ، وعندما أتم نصب جزء من تلك الأجهزة ، وشب حريق مفاجئاً في المبنى ، أتى على الجزء الذي نصب عليه الأجهزة ، وقد جاء في الحكم انه طالما انهدم المبنى كليا من دون خطأ أي من الطرفين ، فان كلا الطرفين يعفيان من التزاماتها ، وليس لأي منهما سبب للدعوى ، ولو كان الحريق الطارئ لم يمس عقار المدعى عليه، بل اتلف الجزء الذي أنجزه المدعى من العمل ، فيكون من واجب المدعى إعادة القيام بذلك الجزء من اجل ان يكمل كل العمل المتفق عليه . ولكن بالنظر الى الواقعة كما حصلت فان المدعى لا يستحق استيفاء أي شيء مقابل نصب ذلك الجزء من المعدات الذي تلف نتيجة انهدام المبنى، طالما لم يتم إنجاز كل العمل المتفق عليه^(٣).

(١) انظر ص ٢٥ من البحث.

(٢) Jackson V. Union Marine Insurance co. 'td. (١٨٧٦) L.R. ١٠ c.P. ١٢٥. chitty on contracts -P. ٨٣٢. Op. Cit.

(٣) ينظر أيضا بنفس الاتجاه:

أما الاستحالة القانونية ، فيصعب في الحقيقة وضع تعريف عام محدد لها ينطبق على كل أمثلتها ، ومع ذلك فإن تلك الاستحالة قد تتمثل في صدور أمر يجب على الملتزم التقيد به ، والامتنال لأحكامه ، وإلا أوقع نفسه تحت طائلة العقاب ، سواء أكان ذلك الأمر في صورة قوانين كصدور تشريع يقصر مزاولة مهنة على فئة معينة من الناس وبشروط محددة ، أم كان بصورة قرارات كقرار مصادرة أموال ، أو أوامر إدارية كأمر بإغلاق منشأة أو كانت في صورة قواعد ، تنظم وتحدد أو تحظر ممارسته أو مزاولة عمل أو مهنة معينة ، كالاستدعاء للخدمة الإلزامية لبعض العمال أو سحب الإجازة بالعمل ، يترتب على صدور ذلك الأمر في أي صورة كان أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وأن هذه الاستحالة تنشأ من لحظة أن يأخذ هذا الأمر مجراه في التنفيذ . ولا تقتصر الاستحالة القانونية على صدور قانون داخل الدولة نفسها يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، بل إن الأمر يعد كذلك إذا ما صدر قانون في دولة أخرى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، كأن تصدر دولة تشريع يقضي بحظر تصدير سلعة مما يجعل تنفيذ العقود المرتبطة بها مستحيلا ، أو تصدر تشريعا يجعل إجراء بعض العقود للأجانب غير مشروع. ولا شك أن تلك القوانين أو القرارات أو الأوامر تعد من الأحداث التي لا سبيل إلى مقاومتها ، بل إن تلك المقاومة ولو كانت ميسورة في بعض الأحيان فأنها تعد من المقاومة غير المشروعة. ومن هنا فإنه يشترط في الأمر حتى يعد استحالة قانونية تعفي المدين من التزامه ، ثلاثة شروط هي:

- ١- أن يكون الأمر صادرا من سلطة مختصة.
 - ٢- أن يكون صادرا بصيغة الأمر.
 - ٣- أن يتضمن الأمر عقوبة عند مخالفة أحكامه.
- هذه الشروط تعد شروطاً خاصة في الاستحالة القانونية لا تغني عن ضرورة توافر الشروط العامة للاستحالة، والتي سوف نبينها بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا البحث. كما أن هذه الشروط الخاصة تعد المعيار القانوني الذي يمكن أن نفرق به الاستحالة القانونية عن غيرها من حالات الاستحالة الأخرى. والاستحالة القانونية مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة التمييز^(١).

وكما رأينا فيما يتعلق بموضوع الاستحالة المادية في القانون المدني العراقي، أن ذلك القانون قد حرص على وضع إطار عام يتناول فيه موضوع استحالة التنفيذ الراجعة إلى سبب أجنبي عن المدين من دون أن يورد أمثلة تطبيقية لما يعد من الاستحالة المادية أو غيرها من صور الاستحالة الأخرى، ونقصد بها هنا الاستحالة القانونية ، فإن القانون المدني العراقي لم يذكر أمثلة تطبيقية لما يعد من الاستحالة القانونية ، بل أورد نصوصاً عامة تعالج موضوع استحالة التنفيذ، إذ أصبحت هذه النصوص إطاراً عاماً يشمل جميع صور الاستحالة، وهذا واضح من نص المواد (٤٢٥ ، ١٦٨) من القانون المدني العراقي، والتي وضعت إطاراً عاماً يشمل جميع صور الاستحالة . وكذلك الحال في قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ فإن موقف هذا القانون واضح من الاستحالة، فهو لم يورد هو الآخر تطبيقات لما يعد استحالة قانونية بل أورد نصوصاً عامة تشمل مختلف صور الاستحالة ، وذلك واضح من نصوص المواد (١١ ، ٤٠ ، ٤٦) من هذا القانون. إذ إن هذه

Apple by V. myers (١٨٦٧) P.٣٥٥.

King et. Alv. Iow et. Al(١٩٠١) P.٣٥٧.

وهي قضايا منشورة في :

Hudson's. Building & engineering contracts ١٠th edition -١٩٧٠.

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٣ - المرجع السابق - ف ٥٨٧ - ص ٩٨٥.

المواد عالجت طرائق لحصل الناقل من مسؤولية تعويض الأضرار التي يلحقها الراكب أو الشيء محل عقد النقل، وذلك بإثباته للسبب الأجنبي من دون أن تذكر أو تعدد أمثلة لما يعد استحالة قانونية أو غيرها من صور الاستحالة.

وعلى الرغم من موقف القانون العراقي من الاستحالة القانونية السابق الذكر ، فإننا نستطيع ان نورد أمثلة تطبيقية لما يعد استحالة قانونية^(١) ، وذلك استنادا الى قرارات محكمة تمييز العراق بخصوص موضوع استحالة التنفيذ ، فقد ذهبت هذه المحكمة في قرارات عدة لها الى تقرير مبدأ إعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ بسبب تحقق الاستحالة القانونية والتي تحول بين المدين وبين تنفيذه لالتزاماته . ففي قرار لها يخص مسؤولية الناقل عن التأخير في تسليم البضاعة محل عقد النقل، اذ ذكرت فيه، ان حجز البضاعة من قبل السلطات العسكرية لأسباب أمنية يعد سببا أجنبيا عن الناقل، يجعله غير مسؤول عن التأخير في تسليم تلك البضاعة^(٢).

ففي هذا المثال عدت المحكمة حجز البضاعة من قبل السلطات العسكرية سببا أجنبيا يدفع المسؤولية عن الناقل، وتحقق استحالة تنفيذه لالتزامه في تسليم البضاعة في الموعد المحدد لذلك. وان هذه الاستحالة هي استحالة قانونية لأنها تمثلت بأمر الحجز على البضاعة من قبل السلطات العسكرية، ولان هذا الأمر يستحيل على الناقل مقاومته.

وفي مثال آخر ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى ان تعذر وتسليم المبيع من قبل البائع الى المشتري بسبب صدور بيان بالاستيلاء عليه من قبل الشركة العامة لاستيراد المواد الإنشائية، يعطي الحق للمشتري في طلب فسخ العقد واسترداد العربون من البائع، لان البائع قد تعذر عليه تسليم المبيع بسبب قرار الاستيلاء عليه من قبل السلطة المختصة، وان هذا القرار كما هو واضح يعد استحالة قانونية حالت بين البائع وبين تنفيذه لالتزامه بتسليم المبيع^(٣).

وفي قرار آخر ذهبت المحكمة الى ان عقد الإيجار قد انفسخ من تلقاء نفسه بسبب صدور أمر رئاسة البلدية بإخلاء المقهى المأجور ومن ثم قامت البلدية بهدم الطابق الأعلى من المقهى، بوصفه كان مائلا للانهدام. لذلك فان هذا القرار القاضي بهدم المقهى قد جعل المأجور في حكم الهالك، لان المستأجر في هذه الحالة لن يتمكن من الانتفاع بالمأجور بسبب هذا الهدم^(٤).

وفي قضية أخرى قررت محكمة التمييز عدم مسؤولية البلدية عن عدم تسليمها للدكاكين التي جرت المزايدة عليها، لان المستأجرين في هذه الدكاكين قد وضعوا بدلات الإيجار لدى كاتب العدل بعد المزايدة، وبذلك تعذر قانونا تسليم البلدية للدكاكين، بسبب استمرار سريان عقود إيجار هذه الدكاكين ، لذلك فان سريان عقود الإيجار يعد استحالة

(١) وقد أشارت عقود مذكورة التفاهم المبرمة بين دولة العراق والدول الأخرى برعاية الأمم المتحدة ، الى مسألة الاستحالة القانونية صراحة ، وذلك حين نصت في أحد بنودها على ما يلي (ولا يكون أي طرف مسؤولا عن أي فشل في تنفيذ التزامه ، إذا كان الفشل ناتجا عن أي موافقة خاصة بمنح رخصة التصدير الحكومي لتجهيز السلع من قبل ممثلي الأمم المتحدة ، والذي يكون خارجا عن إرادة الطرفين).

Neither party shall be responsible for any failure of the fulfillment of their obligation, if failure is due to an event of any governmental export license approval to supply the goods under UN guidelines, which is beyond each party's control.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم القرار ١٨٠ /هيئة عامة أولى / ٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٣/٦/٢ -النشرة القضائية - العدد الثاني -السنة الرابعة -ص ٢٢٠.

(٣) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٢٠ / استئنافية/ ٩٧٠ بتاريخ ١٩٧١/٤/٢٩ -النشرة القضائية -العدد الثاني -السنة الثانية -١٩٧٢ -ص ١٠٢.

(٤) قرار محكمة تمييز العراق ١٦٥١ / صلحية / ٥٨/ العمارة -بتاريخ ١٩٥٨/٩/٢٥ -القضاء المدني العراقي - الجزء الثاني -مجموعة سلمان بيات-ص ١٩٦.

فانونية حالت بين البلديه وبين الوفاء بالتزامها بتسليم تلك الدكاكين التي جرت المزايدة عليها^(١).

وفي قرار آخر عدت المحكمة تأخر صدور إجازة الاستيراد لمواد العمل الذي تعاقد المقاول على تنفيذه استحالة قانونية تعفى المقاول من مسؤولية التأخير في التنفيذ، لأن هذه المواد غير موجودة في الأسواق واضطر المقاول لاستيرادها من الخارج، وقد تأخر صدور إجازة الاستيراد من قبل السلطة المختصة، ولذلك فإن هذا التأخر في صدور تلك الاجازة يعتبر سببا أجنبيا عن إرادة المقاول ويعد استحالة قانونية^(٢).

وفي قرار آخر لها ذكرت فيه ان استيلاء الجهات الرسمية على قسم كبير من المأجور، استنادا إلى قانون الإصلاح الزراعي قد أدى إلى الإخلال بمنفعة العين المؤجرة إخلالاً كبيراً، إذ أصبح المأجور في حكم الهالك مما يجيز للمستأجر طلب فسخ العقد بسبب هلاك العين المؤجرة وان هذا الهالك قد نتج عن أمر صادر من الحكومة لا يمكن توقعه ولا يمكن مقاومته^(٣).

وفي قرار آخر لها قررت فيه " قيام وزارة التجارة بإلغاء الجدول الخاص بتجهيز المنتجات النفطية ... والذي أدى الى استحالة التسديد لقوة قاهرة"^(٤).

يتضح لنا من التطبيقات السابقة، ان القضاء العراقي ممثلاً بمحكمة التمييز في العراق قد اخذ بالاستحالة القانونية وعدها سببا أجنبيا يعفي المدين من مسؤولية عدم التنفيذ او التأخير في التنفيذ، فلذلك يعد كل من قرار الاستيلاء على البضائع والتأخر في صدور إجازة الاستيراد من قبل السلطة المختصة وقرار الهدم الصادر من البلدية يعد استحالة قانونية، وهي أمثلة وتطبيقات للاستحالة في القضاء العراقي.

وتعد الاستحالة القانونية من الحالات التي تسوغ إنهاء العقد في ظل القانون الإنكليزي ، وتتمثل هذه الاستحالة في صورة صدور نصوص تشريعية تجعل تنفيذ الالتزام العقدي غير مشروع^(٥).

كما تتمثل تلك الاستحالة أيضا في صورة تغيير القانون ، او تعديل نطاق سريانه بشكل يؤثر على التزامات المدين ، مما يتعذر معه تنفيذ تلك الالتزامات بشكل مطلق ، فقد يصدر قانون بعد إبرام العقد يمنع أعمالا كانت مباحة قبل صدوره ، كما يجوز ان يفرض القانون حظرا في أعمال تم التعهد بإجرائها بمقتضى العقد^(٦). او قد يتضمن القانون مصادرة لأموال المدين كما حصل بالنسبة لمصادرة الأراضي الداخلة في خطوط التنظيم بموجب القانون الصادر من البرلمان الإنكليزي^(٧). ومن هذا يتضح، ان تغيير القانون او تعديله او صدور قانون جديد يعد استحالة قانونية في ظل النظام القانوني الإنكليزي تؤدي

(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم القرار ١٤٠٩/حقوقية/١٩٥٩ بتاريخ ١٥/١٠/١٩٥٩ -القضاء المدني العراقي -سلمان بيات -الجزء الثاني -ص ٥٩.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم القرار ٤٥٦ م/١٩٨٢ -بغداد / مجموعة الأحكام العدلية -العدد الثاني - السنة الثالثة عشر، ١٩٨٢، ص ٤١.

(٣) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٣١٣ /حقوقية / ١٩٦٠، بغداد، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، سلمان بيات، ١٩٦٢، ص ١٩٧.

(٤) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٤٧/موسعة ثانية / ٢٠٠٠ في ٢٤/٣/٢٠٠١ (قرار غير منشور).

(٥) Metro Politan water board v. Dick. Kerr &co. Ltd. ١٩١٨-chitty on contracts, P.٨٤٤-op. Cit.

(٦) Edenny, Mott & dickson Ltd. V.james B.fraser &Co. Ltd. (١٩٤٤) AC ٢٦٥-chitty on contracts.P.٨٤٥-op.Cit.

(٧) Bailly V.De crespiny (١٨٦٩)I.R. ٤qb.١٨٠-Chitty on contracts-P.٨٤٤.Op.Cit.

الى ان يصبح العقد منتهياً^(١). والمقصود بتغير القانون في ظل هذا النظام ان يكون من اثر التغير القضاء على العقد من اساسه، وليس مجرد تأجيل او وقف العقد ، او جعل تنفيذه اكثر صعوبة وبناء على ذلك، فقد قضى مجلس اللوردات بان عقد الإيجار لمدة طويلة لا يجعل العقد منتهياً بصور تشريع جديد يعوق التنفيذ لفترة قصيرة ، كأن تفرض الحكومة قيوداً مؤقتة على عملية البناء بعد الحرب^(٢). ومما تجدر الإشارة إليه، ان مبدأ استحالة تنفيذ العقود في ظل النظام القانوني الإنكليزي لا يسرى على عقود الإيجار لمدة طويلة على أساس ان عقد الإيجار لفترة طويلة هو من اجل التخطيط العمراني ، وان رفض السلطات المختصة بإصدار تراخيص البناء على بعض الأراضي لإقامة منشآت عليها ، لا يحول بالضرورة بين المالك وحصوله على الإيجار. ويرى الفقه الإنكليزي انه من الضروري لمن ينوي التعاقد على استئجار ارض لمدة طويلة للاستفادة منها عن طريق إقامة منشآت عليها، ان يتأكد من حصوله على ترخيص بإقامة تلك الإنشاءات قبل التعاقد ، وإذا لم يصدر ذلك الترخيص حتى تاريخ التنفيذ ، يكون من الأفضل ان يتضمن عقد الإيجار نصاً يتعلق بما يتبع ذلك في حالة عدم الحصول على الترخيص ، مثلاً تحديد مهلة كافية بين تاريخ التنفيذ وتاريخ البدء في دخول العقد دور التنفيذ ، والنص على اعتبار العقد منتهياً اذا لم يصدر ذلك الترخيص خلال تلك المهمة^(٣). كذلك يعد من أمثلة الاستحالة القانونية في ظل النظام القانوني الإنكليزي صدور قرارات أثناء نشوب الحرب قد تؤثر على سريان العقد ، فقد يؤدي صدور مثل هذه القوانين الى إنهاء الالتزامات القائمة، لاسيما، اذا كان أحد أطراف العقد في بلد معاد، او في أراضي تحت احتلال قوات العدو، وبالتالي يصبح محظوراً على المدين بموجب تلك القوانين والقرارات التعامل تجارياً مع الأعداء ، وهذا ما حدث في قضية تتلخص وقائعها ان المدعي وهو من الرعايا البريطانيين قد ألحقه قبطان باخرة كانت تملكها الحكومة اليابانية، وكانت هذه الباخرة سفينة حربية يعمل المدعي فيها كرجل إطفاء في الرحلة من ميناء التاين الى يوكاهاما ، وخلال الرحلة أعلنت الحكومة اليابانية الحرب على الصين، وأدرك البحار الإنكليزي ان استمراره في العمل تنفيذا للعقد يعرضه للجزاءات الجنائية على وفق قانون بلاده (قانون التجنيد)، وبالتالي ترك السفينة، ورفع دعوى ضد أصحاب السفينة يطالبهم بالأجور المتفق عليها. وقد قضت المحكمة بطلباته ، لان تصرف الحكومة اليابانية وإعلانها الحرب جعلت تنفيذه للعقد مستحيلاً قانونياً^(٤).

ويلحظ انه في حالات قيام الحروب والأزمات السياسية وتوتر العلاقات الدبلوماسية، فان الدولة تضطر الى اتخاذ أقصى الاحتياطات لمعالجة مثل هذا المواقف الصعبة، لهذا فقد تضطر الدولة الى إصدار مجموعة من القرارات او تطبيق بعض القوانين الاستثنائية الخاصة بمعالجة مثل هذه المواقف، مما يؤدي في النهاية الى جعل المدين مكلفاً بتطبيق مثل هذه القرارات والقوانين.

^(١)Reilly V. TbeKing (١٩٣٤) A.C.١٧٦-Chitty on contracts-P.٨٤٤.Op.Cit

^(٢)Crickelwood property & Investment trust Ltd. V.leightons Investment trust Ltd.(١٩٤٥) A.C.٢٢١ chitty on contract –P.٨٦٠-Op.cit.

^(٣)Fibrosa spolka akcyjna V.Fairbairn Lawson combe barbour Ltd.(١٩٤٣) A.C.٣٢-chitty on contracts- P.٨٦٧-Op.cit.

^(٤) Anson's Law of contract by A.G. Guest –٢٦th –clarendon press-Oxford –London. London. P.٤٧٧.

رابعاً : الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية

تكمن التفرقة بين الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية في مدى وقوع المانع الذي أدى الى الاستحالة على الأداء في ذاته ، فأَنْ وقع المانع على الأداء كله، عدت الاستحالة هنا استحالة كلية ، وان وقع جزء منه عدت هذه الاستحالة جزئية . وتفترض الاستحالة الكلية ان الأداء غير قابل للانقسام الى أجزاء وغالباً ما يتعلق مثل هذا الأداء بالتزام محله تسليم شيء معين بالذات، فمثل هذا الالتزام غالباً غير قابل للانقسام بطبيعته^(١).

ومن أمثلة الاستحالة الكلية نشوب حريق او قصف جوي يهلك هلاكاً كلياً المواد والبضائع محل التعاقد قبل تسليمها. ويعرف بعض الفقه الهلاك بأنه: تلف مال معين تلفاً كلياً او جزئياً بسبب قوة قاهرة او حدث مفاجئ ، ويعد في حكم الهلاك حدوث قوة قاهرة تحول من دون الانتفاع بشيء معين ، او دون قيام الشخص بنشاط معين كان يعود عليه بالفائدة ، فيفقد الشخص هذه الفائدة او منفعة ذلك الشيء^(٢) . ويعرفه البعض الآخر بأنه زوال الشيء من الوجود او تدميره وفنائه ، وعدم إمكان إعادة المعقود عليه بحالته التي كان عليها . ويقسم الهلاك الى هلاك كلي وهلاك جزئي، فان تعلق بجميع الأشياء كان كلياً كما إذا أغرقت البضاعة او احترقت من دون ان يبقى منها شيء وان تعلق ببعضها كان جزئياً كما إذا وصلت البضاعة وبها نقص او عجز في مقدارها^(٣).

ويقابل مصطلح الهلاك في القانون مصطلح الإلتلاف في الفقه الإسلامي، من باب كونها عبارة عن ضرر مادي يلحق بالشيء يؤدي الى فنائه او فساده بما لا يصلح معه الانتفاع المقصود منه . وبهذا نجد ان فقهاء المسلمين قد ذكروا لفظ الهلاك في مؤلفاتهم وأرادوا به فناء الشيء حسب طبيعته ، بحيث لا يصلح معه الانتفاع به انتفاعاً مقصوداً ، كما ان ضياع الشيء وفقده وتلفه يأخذ حكم الهلاك فيما يتعلق بتوافر الاستحالة الكلية التي تقضي على كل الالتزام^(٤).

تبيين مما سبق، ان الشيء الذي يؤدي الى الاستحالة الكلية هو حصول الهلاك الكلي لمحل التعاقد ، والمتمثل في زواله من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب قوة قاهرة او حادث مادي بفعل الإنسان.

وهذا ما قضت به محكمة التمييز في العراق عندما قررت انه بهلاك المأجور في مدة الإجارة هلاكاً كلياً فان العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه وقضت برد دعوى المدعى (بالمطالبة باجرة الدار)، لان الهلاك الكلي أدى الى انفساخ العقد^(٥).

ويقابل الاستحالة الكلية ، استحالة أخرى لا يقع المانع فيها على كل الأداء بل على جزء منه او على بعض أجزائه ، وتسمى بالاستحالة الجزئية ، اذ يكون الوفاء بهذا الجزء

(١) انظر المادة ٣٣٦ من القانون المدني العراقي والتي تنص (يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

١ - اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم.
٢ - اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه مقسماً او اذا انصرف نية المتعاقدين الى ذلك). وتقابلها المادة ٣٠٠ من القانون المدني المصري والمادة ٣٦١ من القانون السوري.

(٢) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٣، في العقود المسماة، المجلد الاول، عقد البيع، ط ١٩٩٠، ٥، ف ٢٦٠، ص ٦٥٢.

(٣) د. مجيد حميد العنكي - قانون النقل العراقي - المرجع السابق - ص ٢٣٢.

(٤) الكاساني - بدائع الصنائع ، ج ٧ - ص ١٦٤ - وما بعدها.

(٥) قرار محكمة تمييز العراق رقم القرار ٢٠٥٢ / ص ٥٥ / بعقوبة ١٩٥٦ / ١ / ٢٣ / القضاء المدني العراقي / الجزء الثاني / سلمان بيّات / ١٩٦٢ - ص ١٩٥.

الذي وقع عليه المانع هو مستحيل فحسب من دون الجزء أو الأجزاء الأخرى المتبقية، إذ يمكن الوفاء بها. وتفترض الاستحالة الجزئية ان يكون الأداء قابلاً للانقسام، ويكون كل قسم محتفظاً بالصفة نفسها التي للأداء الكلي، وتنصب الاستحالة على جزء أو أجزاء منها من دون سائر الأجزاء.

ويقع على المدين في الاستحالة الجزئية واجب تنفيذ التزاماته التي لم تطرأ عليها الاستحالة، ولكن هذا الواجب قد ينتفي إذا كان في تنفيذه للجزء المتبقي من الالتزام ضرر بالدائن، إذ قد يكون الوفاء الجزئي مما لا يتحقق به ما كان مقصوداً من التعاقد، والأمر في هذا متروك لتقدير قاضي الموضوع، فيقضي بفسخ العقد جميعه إذا كان العقد غير قابل للتجزئة.

ونص القانون المدني العراقي على معايير قابلية الالتزام للانقسام في المادة (٣٣٦)، إذ تقضي بان (يكون الالتزام غير قابل للانقسام:

- ١- اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم.
- ٢- اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه مقسماً او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك).

ويراعى بان مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يوجب على الدائن في ظل الاستحالة الجزئية، قبول الأجل الذي قد يطلبه المدين. وان لا يسمع من الدائن طلب الفسخ الكلي للعقد إذا كان التنفيذ الجزئي مجدياً.

كما ان ليس للدائن في الاستحالة الجزئية ان يجبر المدين على تقديم بديل عن الجزء الذي استحال تنفيذه، ولو كان ذلك في إمكان المدين^(١).

خامساً: الاستحالة النهائية والاستحالة المؤقتة

تظهر التفرقة بين الاستحالة النهائية والاستحالة المؤقتة من النظر الى ميعاد زوال المانع الذي أدى الى الاستحالة، فان كان المانع بطبيعته غير قابل للزوال في المستقبل فان الاستحالة تكون نهائية، وان كانت هناك بوادر واحتمالات تشير الى ان المانع يمكن ان يزول بعد فترة قد تطول او تقصر، فان الاستحالة في هذه الحالة تعد استحالة مؤقتة. ومن الواضح ان الذي يترتب على الاستحالة النهائية هو انقضاء الالتزام، أما الذي يترتب على الاستحالة المؤقتة فهو وقف تنفيذ الالتزام لحين زوال المانع من التنفيذ فينفذ عن المدة الباقية^(٢).

ونشير هنا، الى ان الاستحالة المؤقتة لا يمكن ان تنقيد بمدة معينة يصبح بعدها التنفيذ ممكناً، لكنها بالمقابل، تحد بحد معين يركز على نقطة أساسية مؤداها ان التنفيذ يصبح غير ممكن عند تجاوزه هذا الحد او عندما يصبح غير مفيد. وانه في حالة عدم معرفة ما اذا كان المانع مؤقتاً من عدمه، ولا سيما اذا كانت مدة العقد غير معروفة، كما في حالة العقود الزمنية غير محددة المدة، او كانت مدة الاستحالة غير معروفة، فان المانع في هذه الحالات يعد مانعاً مؤقتاً، يترتب عليه وقف العقد ولا ينتهي الا في الوقت الذي يصبح فيه تنفيذ العقد غير مجدي ومن أمثلة الاستحالة النهائية وفاة المدين، او فقد أحد أعضائه المعتمدة في عملية التعاقد، كما لو فقد الرسام يده التي يرسم بها، او فقد لاعب الكرة ساقه التي يلعب بها، او فقد الكاتب القصصي قواه العقلية، فالتنفيذ يبقى مشروطاً

(١) د.حسن علي أذنون - النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه لكلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول - ١٩٤٦ - مطبعة نهضة مصر - ص ٨٩.

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٣ - المرجع السابق - ف ٥٨٧ - ص ٩٨٤.

باستمرار فطرة المتعاقد على تنفيذ العقد، وان الوفاة او فقد العضو تجعل القدرة على التنفيذ مستحيلة.

ويذهب جانب من الفقه، الى ان شخصية صاحب العمل اذا روعيت في العقد - خلافا للأصل - فان العقد يفسخ بوفاته سواء أكان العقد محدد المدة أم غير محدد المدة . وتكون شخصية صاحب العمل قد روعيت في العقد اذا كان العمل الذي استخدم العامل من اجله متصلاً بشخص صاحب العمل نفسه ، مثال ذلك عقد الطبيب مع الممرض في عيادته ، والمحامي مع كاتبه^(١).

ومن أهم التطبيقات لفكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد، هو موت المريض في العقد الطبي، فإذا أبرم مريض مع طبيب عقداً على إجراء عملية جراحية، فان شخصية المريض ترتبط بالعقد، وتكون تبعاً لذلك محل اعتبار، لان إجراء العملية يرتبط بالمريض ، وبالتالي فان موته سيحول دون استمرار العقد، لان محل العقد وهو القيام بعمل لا يقبل حينئذ التنفيذ.

ومن ذلك أيضاً، موت الدائن بالنسبة لعقد المرتب مدى الحياة ، اذ ان موته يؤدي الى انقضاء العقد، فمن يتلقى عقاراً مقابل دفع مرتب مدى الحياة لا يمكن ان يستمر في دفع هذا المرتب، لان طبيعة الإيراد تنقضي بموت صاحب الإيراد^(٢).

وكذلك حال العقد الذي يلتزم به طبيب بعلاج مريض ، والعقود التي تبرم مع أصحاب المهن كالمهندس والمحامي . وهناك أمثلة كثيرة في القانون تؤكد على انقضاء العقد بموت أحد المتعاقدين، ومن أولها ما ورد في نص المادة (٨٦٣) من القانون المدني العراقي، اذ نصت ((تنتهي الإعارة بموت المستعير ولا تنتقل الى ورثته إلا اذا كان هناك اتفاق على ذلك)). وكذلك الحال بالنسبة لعقد العمل فانه يعتبر من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي حيث نصت المادة (٩٢٣) من القانون المدني العراقي على انه ((لا يفسخ عقد العمل بموت رب العمل ، ما لم تكن شخصيته قد روعيت في العقد ، ولكن يفسخ العقد بموت العامل)).

وكذلك أيضاً فان عقد الوكالة يعد من العقود ذات الاعتبار الشخصي، اذ ان موت أحد المتعاقدين يؤدي حتماً الى انقضاء هذا العقد وذلك ما نصت عليه المادة (٩٤٦) من القانون المدني العراقي بقولها ((تنتهي الوكالة بموت الوكيل او الموكل او بخروج أحدهما عن الأهلية او بإتمام العمل الموكل فيه او بانتهاء الأجل المعين للوكالة)).

تبين مما سبق ذكره عن الاستحالة النهائية، أن هناك تلازماً بين الاعتداد بالاستحالة الشخصية في التعاقد، وبين توافر هذه الاستحالة كلما انهار هذا الاعتبار، وذلك بموت المتعاقد او بفقد أحد أعضائه او لقواه العقلية والنفسية، وان هذه الاستحالة النهائية غالباً ما تكون في العقود التي يعتد فيها بالاعتبار الشخصي ، وذلك لعدم إمكانية زوال المانع الذي أدى إليها. وفي المعنى نفسه يرى جانب من الفقه الإنكليزي^(٣) بان العقد الذي لا يمكن ان ينفذ إلا من قبل المتعاقد شخصياً ، يخضع لشروط ضمني مفاده ان هذا المتعاقد ، ينبغي ان يبقى على قيد الحياة ليتمكن من تنفيذ العقد ، وكذلك في القانون الإنكليزي يفسخ عقد العمل بوفاة العامل أو بوفاة صاحب العمل ، لان على طرفي العقد ان ينفذا التزاماتها العقدية تنفيذاً شخصياً ، وفي ذلك يقول جانب آخر من الفقه الإنكليزي ، ان هناك شرطاً

(١) د.كمال قاسم ثروت -الوجيز في شرح أحكام عقد المفاوضة -الطبعة الأولى -١٩٧٦ ، ص ٣١٣ . ود.أياد عبد الجبار ملوكي -انتهاء علاقة العمل -رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون والسياسة -جامعة بغداد -١٩٧٣. ص

(٢) د.عبد المجيد الحكيم -الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ف ٥٤١، ص ٢٨٩.

(٣) Winfield .P.H.pollock's principles of contract. (١٩٤٦) Stevens & sons Ltd. London -P.٢٣٤.

ضمنياً في العقد مفاده ان يمتد الى ما يتصل بحرفه رب العمل أو أعماله ، ولا يقتصر على ما يتصل موضوعه بشخصه فقط ، وهذا ما يؤدي بدوره الى امتداد الاستحالة النهائية^(١). ويتفق الفقه والتشريع مع ما يذهب اليه الفقه الاسلامي في أن العقد يفسخ إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في التعاقد ، مما يؤدي الى القول بتوافر الاستحالة الدائمة ، وعليه فان الفقه الاسلامي يعتد بشخص الشريك أو باحدى صفاته في عقد الشركة ، وذلك استنادا لغاية العقد ولمقتضياته، وعليه، يعد كل شريك وكلاء عن الآخر وموكله في الوقت نفسه ، ولذلك يمتنع على الشريك من ان يحل محله الغير^(٢) وكذلك يظهر اعتداد الفقه الاسلامي بالاعتبار الشخصي في التعاقد بشكل واضح في مجال عقد الاستصناع ، فمن خلال هذا العقد يتضح أمر الاعتداد بشخص العامل أو باحدى صفاته في وجوب تنفيذه لالتزاماته بنفسه، فيمنع جمهور الفقهاء^(٣) تنفيذ غير العامل للعمل إلا إذا شرط عكس ذلك في العقد ، أو لم يكن منظورا في التعاقد الى العامل نفسه، وبهذا يتضح ان القاعدة في الفقه الاسلامي هو قيام العامل بتنفيذ التزاماته بنفسه ، وذلك لان الأصل هو الاعتداد بشخصه أو باحدى صفاته .

ويعد وقف تنفيذ العقد العلاج القانوني لحالة تعذر تنفيذ العقد نتيجة للاستحالة المؤقتة الناجمة عن السبب الأجنبي الطارئ ،حفاظاً على استمرار واستقرار الرابطة العقدية . وهو نظام قانوني يشترط لقيامه توافر ثلاثة شروط وهي: ان تكون هناك استحالة مؤقتة ، وان ترجع الاستحالة الى سبب أجنبي طارئ ،واخيراً عدم فوات جدوى التنفيذ^(٤).

ويذهب غالبية الفقه^(٥) الى ان وقف تنفيذ العقد يمكن ان ينطق على العقود الفورية والمستمرة على حد سواء ، وان كانت أوضح معالم العقد بسبب الاستحالة المؤقتة في عقود المدة ولاسيما في عقد العمل^(٦).

ولقد نحا المشرع العراقي منحا المشرع المصري في الإشارة الى الاستحالة الدائمة دون الاستحالة المؤقتة ، ورتب عليها انفساخ العقد ، اذ نصت المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي "ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه" . إلا ان المشرع العراقي قد اعمل أحكام وقف تنفيذ العقد في كل من قانون العمل و مشروع القانون البحري.

^(١) Guest .A.G.Ansón's : Law of contract. Twenty third edition (١٩٦٩). Oxford at the charendon press London-P.٤٥٨.

^(٢) زين الدين بن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق-طبعة ١٣١١ -المطبعة العلمية -ج٧=ص٢٩٩-انظر ابن قدامة ، المغني،-الطبعة الثالثة -ج٥-ص٣.

^(٣) ابن نجيم ، البحر الرائق ،ج٧،ص٣٣٠،حيث ورد به انه اذا شرط عليه العمل بنفسه كما اذا قال له اعمل بنفسك او بيدك ولا تفعل بيد غيرك فلا يجوز له النقل الى الغير لان المعقود عليه العمل في محل بعينه.

^(٤) انظر كاظم كريم علي الشمري -وقف تنفيذ العقد -رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق -٢٠٠٢-ص٣٦-وما بعدها.

^(٥) انظر د. حسين عامر -القوة الملزمة للعقد -القاهرة -١٩٤٩-ص٤٤٤، د. عبد المجيد الحكيم -الوسيط في نظرية العقد -ج١ -انعقاد العقد -بغداد -١٩٦٧-ص١٠٩. د.محمد حسنين -الوجيز في نظرية الالتزام في القانون الجزائري -الجزائر -١٩٨٣-ص١١٤. د.جلال علي العدوي -أصول الالتزامات -المصادر -القاهرة -١٩٩٧-ص٧١. د. رمضان أبو السعود ود.همام محمد محمود -المبادئ الأساسية في القانون ١٩٩٥-١٩٩٦-ص٣١٨. د.عدنان سرحان -د.نوري حمد خاطر -شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية -الالتزامات، اريد -١٩٩٧-ص٤٠.

^(٦) د.محمود جمال الدين زكي -الوجيز في نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري -ط٢-القاهرة -١٩٧٨-ص٤٢٩.

ففي قانون العمل، نجد تطبيقات وفقف تنفيذ العقد متناثرة في النصوص القانونية الخاصة بعقد العمل الفردي ، وفي حالات متعددة، ولعل أهمها توقف العمل في المشروع بسبب خارجي أو القوة القاهرة . اذ نصت المادة (٦٥) "أولاً: اذا أوقف العمل ، جزئياً أو كلياً ، بسبب طارئ أو قوة القاهرة وجب على صاحب العمل دفع أجور العامل عن فترة التوقف بما لا يزيد على ثلاثين يوماً وله تكليف العامل بعمل آخر مقارب أو تكليفه بتعويض الوقت الضائع بعمل إضافي بدون اجر لا يزيد على ساعتين في اليوم ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً في السنة"^(١).

ويلحظ على النص السابق ، انه اذا أدى السبب الطارئ أو القوة القاهرة الى توقف العمل في المشروع ، فان عقد العمل يتم إيقافه ، وعلى صاحب العمل ان يدفع للعامل أجراً لمدة شهر ، على ان يقوم العامل وبعد زوال وقف تنفيذ العمل بعمل إضافي ومن دون اجر، على ان لا يزيد على ساعتين في اليوم ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً في السنة. كما ان مشروع القانون البحري يتجه الى وقف عقد إيجار السفينة سواء أكان الإيجار بالرحلة^(٢) او بالمدة^(٣) إذا تعذر تنفيذ العقد بسبب الاستحالة المؤقتة.

ولا بد من الإشارة الى ان قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٦٩١ والمؤرخ في ١٢/٥/١٩٧٨ ، والذي عد فيه توقف أعمال بعض الشركات الأجنبية بسبب أحداث (الشمال) في العراق خلال الفترة ١١/٣/١٩٧٤ ولغاية ٦/٣/١٩٧٥ وفقاً للعقد، بسبب القوة القاهرة ومنع المحاكم من سماع دعاوى التعويضات المقامة بسبب أحداث الشمال^(٤).

وتعد (حالة الحرب) من ابرز أسباب تحقق الاستحالة المؤقتة^(٥) ، ويبدو ان القضاء العراقي مستقر على ان الاستحالة الناجمة عن الحرب هي استحالة مؤقتة ، وغالباً ما تؤدي هذه الاستحالة الى وقف تنفيذ العقد لا انفساخه.

فقد عدت محكمة التمييز ، قيام الحرب العالمية الثانية وما ترتب عليها من انقطاع المواصلات ، مما تعذر على الموظف الموفد إكمال دراسته والعودة الى العراق ، قوة القاهرة تستوجب وقف تنفيذ العقد ، فقد قضت محكمة التمييز بأنه "اذا تعهد الموظف الموفد ، الاشتغال مدة من الزمن لدى الحكومة بعد انتهاء مدة الإيفاد ، فان بقاء هذا الموظف ،

(١) المادة (١/٦٥) قانون العمل النافذ لعام ١٩٧٨.

(٢) المادة (١/١٦٨) مشروع القانون البحري لعام ١٩٨٧.

(٣) المادة (١/١٥٩) مشروع القانون البحري.

(٤) القرار منشور في جريد الوقائع العراقية العدد (٢٦٥٧) في ١٩٧٨/٦/٥.

(٥) ولكن شروط المقولة لأعمال الهندسة المدنية الصادرة عن هيئة التخطيط أشارت الى ان حالة الحرب هي في حالات إنهاء عقد المقولة اذ تنص المادة (٦٧) فقرة (١) على ما يلي: (١٠) اذا نشبت حرب أثناء مدة = إكمال الأعمال (سواء أعلنت الحرب ام لم تعلن) ضمن حدود جمهورية العراق او كان العراق طرفاً فيها بحيث تؤثر بصورة هامة من الناحية المالية او من النواحي الأخرى في تنفيذ الأعمال فعلى المقاول ما لم تنتهي المقولة بموجب هذه المادة ان يبذل أقصى جهد لاكمال تنفيذ الأعمال ولصاحب العمل الحق في أي وقت بعد نشوب الحرب ان ينهي المقولة وذلك بإعطاء إشعار تحريري الى المقاول وتعد المقولة قد أنهيت بدء من تاريخ تبليغ المقاول بالإشعار دون المساس بحقوق أي من الطرفين بشأن أي خرق سابق لإنهاء المقاومة ولا يكون لإنهاء المقولة في هذه الحالة أي اثر في حقوق الطرفين بموجب المادة التاسعة والستين من هذه الشروط . وتنص الفقرة (٢) من نفس المادة انه (في حالة استحالة التنفيذ المقولة لاي سبب او أسباب يتفق صاحب العمل والمقاول على انها خارجة عن ارادة الطرفين وأدت الى استحالة التنفيذ فتعد المقولة في هذه الحالة منتهية).

خارج العراق بسبب الحرب يعتبر قوة فاهرة تستلزم عدم فصله ويتعين عليه إيفاء الالتزام بالاستشغال الفعلي بعد رجوعه الى العراق^(١).

ويلحظ على حكم المحكمة ، أنها عدت العقد خلال الحرب ، عقدا قد أوقف تنفيذه بسبب الحرب مما يستلزم عدم فصله ويجب إعادته الى العمل بعد رجوعه الى العراق. وفي قضية أخرى ، عدت محكمة التمييز العدوان الأمريكي وما ترتب عليه من حصار وأثار أخرى، قوة قاهرة ، يترتب عليها استحالة تنفيذ مؤقتة ، تؤدي الى وقف تنفيذ العقد. ففي إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها ، بان أحد العمال قد تعاقد مع صاحب المعمل (تريكو الجمهورية) على العمل لديه باجر يدفع له شهريا ، الا ان صاحب العمل وبسبب الحرب وانقطاع التيار الكهربائي عن العمل أدى الى توقف العمل في المعمل وإنهاء خدمات ذلك العامل ، طالب العامل بإعادته الى العمل وصرف كافة أجوره في فترة فصله ، على أساس ان توقف العمل كان نتيجة خطأ صاحب العمل مما يستلزم إعادة العامل الى عمله مع صرف أجوره، استنادا الى نص المادة (٢/٦٥) من قانون العمل . عدت محكمة التمييز ، بان الحرب وانقطاع التيار الكهربائي قوة قاهرة تؤدي الى وقف تنفيذ عقد العمل، وذلك حسب نص المادة (١/٦٥) من قانون العمل والتي تجيز وقف تنفيذ عقود العاملين بسبب القوة القاهرة على ان يتم إعادتهم الى العمل بعد انقضاء حالة الوقف^(٢).

وفي القانون الإنكليزي لا تعد حالة الحرب بالضرورة كسبب يؤدي الى استحالة التنفيذ ، ما لم تؤدي تلك الحرب الى حالة الاستحالة كحالة منع التجارة مع العدو^(٣) . أما عن موقف الفقه الإسلامي من الاستحالة الدائمة والاستحالة المؤقتة، فنقول ان الشريعة الإسلامية، شريعة أصيلة ومتكاملة ، فقد جاءت بأحكام تصلح لكل زمان ومكان فهي وان لم تكن تعنى بوضع النظريات العامة ، إلا إنها وضعت أحكاما لكل مسألة مستقلة عن الأخرى ، ومن هذه المسائل ، استحالة التنفيذ ، إذ ان المتنوع لا قوال الفقهاء ، يجد الفقه الإسلامي يفرق بين الاستحالة الدائمة والاستحالة المؤقتة ، ويرتب على الاستحالة الدائمة انفساخ العقد ، ويرتب على الاستحالة المؤقتة وقف تنفيذ العقد. ومثال الاستحالة الدائمة هلاك العين المؤجرة وهلاك المبيع قبل القبض . فقد جاء في بدائع الصنائع "اذا هلك كله (المبيع) قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع^(٤)" ، وجاء في المحلى "اذا اهلك المستأجر فأن الإجارة تنفسخ^(٥)". ومثال الاستحالة المؤقتة ، انقطاع الماء مع إمكانية عودته ، وهروب العبد المستأجر او مرضه مع عودته ، وانهدام الدار المؤجرة مع إعادة بنائها. فقد جاء في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، قول للحنفية "وإذا انقطع الماء ولكن يرجى عودته ، فانه لا حق للمستأجر بالفسخ^(٦)" ، وفي قول للشافعية "لا يفسخ العقد

(١) قرار محكمة تمييز العراق المؤرخ ١٩٤٩/١٢/١٩ ، اشار اليه عبد الرحمن العلام ، المبادئ القضائية ، القسم المدني ، بغداد مدني ١٩٥٧ ، ص ١٦٢ .

(٢) انظر قرارات محكمة تمييز العراق المرقمة ٣٣ عمل - ١٩٩٢ ، ٣٤ عمل - ١٩٩٢ ، ٣٥ عمل - ١٩٩٢ ، ٣٦ عمل - ١٩٩٢ و المؤرخة جميعها في ١٩٩٢/٣/٢٢ وهي قرارات غير منشورة.

(٣) Frederick Parker, Op.cit, P٣٣٤.

وانظر قضية

Leiston Co.V. Leiston -cum -Sizewell urban Council

واردة في هذا المرجع ، وفي الصفحة نفسها.

(٤) الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني -بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ - ط ٢ - بيروت - ١٩٨٢ ص ٢٣٨.

(٥) الامام ابن حزم الظاهري -المحلى - ج ٨ - مج ٥ - بيروت - بلا سنة طبع - ص ١٨٧.

(٦) عبد الرحمن الجزيري -كتاب الفقه على المذاهب الأربعة -قسم المعاملات - ج ٣ - بلا مكان طبع - ١٩٨٨ - ص ١٥٥.

العقد بانقطاع ماء الأرض الزراعية إلا إذا نعدر سوق المياه ، فان نعدر فان الإجارة تنفسخ^(١).

وجاء في كتاب حاشية ابن عابدين "انقطاع الماء ، فلو لم يفسخ حتى عاد الماء لزممت الإيجار ، ويرفع عنه من الأجر بحسابه ، قيل حساب أيام الانقطاع ، وقيل بقدر حصة ما انقطع من الماء والأول اصح"^(٢).

كما جاء في المدونة الكبرى وفي صدد الإجابة عن هروب العبد او مرضه "قلت أرابت ان استأجر رجل عبداً فهرب الى دار الحرب ، قال تنفسخ الإجارة ، فيما بينها إلا ان يرجع العبد في بقية من وقت الإجارة"^(٣).

وجاء في بدائع الصنائع "وروى هشام عن محمد فيمن استأجر بيتاً وقبضه ثم انهدم فبناه الأجر ، فقال المستأجر ، بعد ما بناه لا حاجة لي فيه ، فليس للأجر ذلك وهذا ما يجري مجرى النص على ان الإجارة لم تنفسخ فلم يفت المقصود عليه رأساً ، فلا يفسخ العقد على انه ان فات على وجه يتصور عوده ، وهذا يكفي لبقاء العقد ، كمن اشترى عبداً ، فابق قبل القبض ، والأصل ان العقد منعقد يقين يبقئ لتوهم الفائدة لان الثابت يقين لا يزال بالشك"^(٤).

وجاء في كتاب المبسوط "قال لو استأجر بيتاً فانهدم ، فبناه المؤجر واراد المستأجر ان يكون في بقية المدة ، فليس للأجر منعه في ذلك فهذا دليل على ان العقد لم يفسخ ، فان التمكن من الانتفاع شروط لوجوب الأجرة"^(٥).

وتظهر التفرقة واضحة بين انفساخ العقد حقيقة وانفساخ العقد ظاهراً وقف تنفيذ العقد فيما جاء في قول الفقيه (القُدوري)^(٦) وهو في صدد الإجابة عن مسألة انهدام الدار المؤجرة واعادة بنائها "وقال: الصحيح ان العقد يفسخ ، وقال فيما ذكره في البيت اذا بناه ، تبين ان العقد لم يفسخ حقيقة وان حكم بفسخه ظاهراً فيجر على التسليم والقبض وليس يتمتع الحكم بانفساخ عقد في الظاهر مع التوقف في الحقيقة -وإذا بقى العقد يجبر على التسليم والتسليم"^(٧).

والظاهر من مسألة انهدام الدار واعادة بنائها ، ان انفساخ عقد الإيجار انفساخ حقيقي لا يتحقق بوجود القوة القاهرة ، إلا اذا كانت الاستحالة الناشئة عنها استحالة دائمة . أما اذا كانت الاستحالة مؤقتة ، فلا يكون انفساخ العقد معها انفساخاً حقيقياً ، بل يكون انفساخاً ظاهرياً فحسب ، وان شئت قلت يكون وقفاً لتنفيذ العقد تزول هذه الاستحالة وكما ان تمييز الفقيه (القُدوري) بين الانفساخ الظاهري (وقف تنفيذ العقد) والانفساخ الحقيقي في سبيله الى دعم عقد الإيجار عند تجديده^(٨).

(١) المصدر نفسه ص ١٦٤.

(٢) حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) في فقه الإمام أبي حنيفة ج ٦ - بيروت - بلا سنة طبع - ص ٧٧.

(٣) الإمام مالك بن انس - المدونة الكبرى - رواية سحنون - ج ١١ - ط ١ - بلا مكان طبع ١٣٢٣ هـ - ص ٤٣٦.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع - مصدر سابق - ج ٤ - ص ١٩٦.

(٥) شمس الدين السرخسي ، المبسوط، ج ١٥ - ط ٢ - بيروت - بلا سنة طبع - ص ٣٦.

(٦) الفقيه القُدوري : هو أحد فقهاء المذهب الحنفي - ورد ذكره في كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني. ورد ذكره في كتاب بدائع الصنائع للكاساني، ج ٤، ص ١٩٦.

(٧) الكاساني ، بدائع الصنائع - مصدر سابق - ج ٤ - ص ١٩٦.

(٨) د. محمد وحيد الدين سوار - المستأجر وحق العودة إلى العين المؤجرة التي هلك وأعيد بناؤها - بحث منشور في مجلة (المحامون) السورية - العدد ١-٦ السنة الثانية والأربعون - ١٩٧٧ - ص ٨٤١.

ويبدو مما تقدم من أحكام تستند الى بعض الحجج التي تنسم بطابع عملي وحرص شديد على انعقاد وعدم إهداره ما أمكن ، ولعل أهم هذه الحجج ان فوات المنفعة لم يكن على سبيل الدوام ، بل على سبيل التوقيت او على حد تعبير الفقهاء "ان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودتها"^(١).

ومن استعراض أقوال الفقهاء، نجد ان الفقه الإسلامي قد توصل وفي وقت مبكرا إلى التفرقة بين الاستحالة الدائمة والاستحالة المؤقتة ورتب على الأولى انفساخ العقد من تلقاء نفسه، ورتب على الثانية وقف تنفيذ العقد . وبالتالي فانه لاصحة لما جاء في أحد الآراء الفقهية ، بان الفضل في ابتداع التفرقة بين الاستحالة الدائمة والمؤقتة، إنما يرجع إلى القضاء الفرنسي ، والذي حدثه الرغبة في ان يوفر بكل الوسائل تنفيذ العقد وبأمانة واخلاص، وان يحقق لذلك الاستقرار اللازم للمعاملات وسلامة العلاقات الاجتماعية بين الناس ، عندما رفض بمناسبة الحرب التي منعت أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه ، دعوى الفسخ التي رفعها المتعاقد الآخر، بعدما تبين له توقيت الاستحالة وعدم توقيتها الغرض الذي قصده هذا الأخير من التعاقد^(٢).

لاسيما وان الحجج التي أوردها القضاء الفرنسي لتبرير وقف تنفيذ العقد، وهي ان الاستحالة المؤقتة لا تؤدي إلى فوات الغرض الذي قصده المتعاقد ، مشابهة للحجج التي أوردها الفقه الإسلامي في أن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودتها^(٣).

وعلى أية حال، فانه لا بد من القول في هذا المجال وبعد الانتهاء من أنواع الاستحالة أن الفقه والقضاء يجمعان على أن الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام يشترط فيها أن تكون استحالة موضوعية مطلقة ، وهذا ما يذهب إليه المذهب التقليدي أو المذهب المتشدد في الاستحالة. وتتضح الأهمية البالغة لهذا التقسيم، لما يترتب عليه من نتائج وأثار قانونية مهمة ، ليس في ظل المذهب التقليدي فقط، وانما في ظل المذهب الحديث في الاستحالة.

(١) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي -تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق -ج ٥-مصر ١٣١٥ هـ -ص ١٤٤ الكاساني -المصدر السابق -ج ٤-ص ١٩٦.

(٢) Sarrut, De La suspension dans L execution Des contracts, Paris, ١٩٢٩ p.٨٢-٩٠.

(٣) الكاساني -البدائع -ج ٤-ص ١٩٦. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي -تبيين الحقائق -ص ١٤٤. وانظر بالتفصيل د. محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص ٨٤.

المطلب الثاني

تمييز استحالة التنفيذ مما يشته به

لتحديد نطاق استحالة التنفيذ ، لابد من تمييزها عن عدم تنفيذ الالتزام لوجود مسوغ قانوني أولاً ثم عن صعوبة التنفيذ ثانياً ، وكالاتي:
أولاً: تمييز استحالة التنفيذ عن عدم التنفيذ لوجود مسوغ قانوني.
ثانياً: تمييز استحالة التنفيذ عن صعوبة التنفيذ.

أولاً: تمييز استحالة التنفيذ عن عدم التنفيذ لوجود مسوغ قانوني

يقضي القانون أحياناً بمنح المدين الحق في عدم تنفيذ التزامه وذلك في حالتين:
الحالة الأولى: عدم تنفيذ الالتزام لعدم إمكان عد المدين مديناً لقيام مسوغ قانوني ، ومثالها:

- ١- عدم إلزام ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ^(١) ، رغم أن الأصل في بطلان العقود هو ضرورة إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل انعقاد العقد ^(٢) .
- ٢- تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد الباطل ، إذ أن هذا العقد لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً ^(٣) ، ولا يلزم من التزم به أن يقوم بالتنفيذ حتى وان اعترض صاحب المصلحة في تنفيذ مثل هكذا عقد ، وكذلك الحال في التعهد عن الغير وما إلى ذلك.
- ٣- العقد الموقوف لإكراه أو تغرير ، فإذا نقض المكره أو المغرور العقد فإنه لا يجبر على تنفيذه لأن العقد أضحى باطلاً ، فضلاً عن ذلك فإنه لا يضمن هلاك بدل العقد الذي أبرمه وهو مكره أو مغرور بلا تعد منه لوجود مسوغ قانوني، وهو نص الفقرة الثانية من المادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي ^(٤).

الحالة الثانية: عدم تنفيذ الالتزام لوجود مسوغ قانوني أو اتفاقي ، ومثالها:

- ١- **حالة وجود اتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته العقدية** ، إذ يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه العقدي ، إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع ^(٥).

(١) د. محمد سليمان الاحمد ، وهالة مقداد الجليلي ، استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن الصادرة عن جمعية القانون المقارن العراقية العدد ٢٩ ، ٢٠٠١ ، ص ١٢٨ - ١٣١. وكذلك لاحظ الفقرة (٣) من المادة (١٣٨) ، والفقرة (٢) من المادة (٢٣٤). من القانون المدني العراقي (٢) لاحظ الفقرة (٢) من المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي ولاحظ المعنى نفسه: في نص المادة (١٦٨) من القانون المدني الأردني.

(٣) لاحظ المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي ولاحظ المعنى نفسه: نص المادة (١٦٨) من القانون المدني الأردني.

(٤) إذ نصت الفقرة (٢) من المادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي على انه (وللعاقدين المكره او المغرور الخيار ان شاء ضمن العاقد الآخر وان شاء ضمن المجرور او الغار ، فان ضمن المجرور او الغار فلها الرجوع بما ضمنه على العقد الآخر ولا ضمان على العاقد المكره او المغرور ان قبض البديل مكرها او مغرورا وهلك في يده بلا تعد منه).

(٥) لاحظ المادة (٢٥٩) من القانون المدني عراقي ، ولاحظ كذلك: د. حسن علي الذنون - شرح القانون المدني (أصول الالتزام) مطبعة المعارف - بغداد ١٩٧٠ - ص ١٨٠ - ص ٢٥٤.

١- **حالة الدفع بعدم التنفيذ:** ويقال له أيضاً الامتناع المسرّع عن الوفاء ، هو حق كل متعاقد في عقد ملزم للجانبين في ان يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، فهو عبارة عن وقف تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين حتى يقوم الآخر بالتنفيذ وهو بذلك يمهد إما إلى التنفيذ وإما إلى الفسخ ، ومن ثم يتصل بالجزاء الذي يترتب على القوة الملزمة للعقد^(١).

ويعد الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً للقاعدة العامة في الحق في الحبس . ولهذا رأينا التقنين المدني العراقي وتقنين الموجبات والعقود اللبناني يجعلانه فرعاً من الحق في الحبس ويوردان النص المتعلق به في المكان المخصص لهذا الحق^(٢). ولم يعرف القانون الروماني هذا الدفع ، وإنما عرفه القانون الكنسي ، كما عرفه الفقه الإسلامي^(٣).

ويمكن بيان الفرق بين حالة الدفع بعدم التنفيذ وبين استحالة التنفيذ ، من حيث النظر إلى الأثر المترتب على كل منهما ، إذ يترتب الفسخ على حالة الدفع التنفيذ (الامتناع عن الوفاء) وترتب الانفساخ في حالة استحالة التنفيذ ، وفي كلتا الحالتين ينحل العقد وتزول جميع آثاره التي أنتجها من وقت إبرامه ، إلا أن الفرق بينهما كما قلنا فيظهر في شروط الوصول إلى هذه النتيجة وكيفية انحلال العقد وفي أحقية الدائن في المطالبة بتعويض عن فسخ العقد وكالاتي:

أ- فإذا كان طلب الفسخ مبنياً على امتناع المدين عن الوفاء ، وجب على الدائن إثبات تقصير المدين وإعذاره للوفاء. أما في حالة استحالة الوفاء فلا داعي إلى شيء من ذلك إذ يكفي أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي عن المدين كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

ب- وفي حالة الدفع بعدم التنفيذ فلا يقع الفسخ إلا بناءً على طلب الدائن وبموجب حكم قضائي أو اتفاق ، ويعد هذا الحكم أو الاتفاق منشأ الفسخ ، وتكون للقاضي سلطة مطلقة في القضاء بالفسخ أو عدمه . أما في حالة استحالة التنفيذ فإن الفسخ لا يتوقف على طلب من الدائن ولا يحتاج إلى صدور حكم به أو حصول اتفاق عليه بل يقع بقوة القانون ، وإذا التجئ في شأنه إلى القضاء فإنما يكون ذلك بسبب المنازعة في تحقيق الاستحالة أو عدمها ، ولا يملك القاضي أن يرفض الفسخ إذا ثبتت لديه استحالة الوفاء ، لأن حكمه بالفسخ في هذه الحالة ، إنما يكون تقريراً للواقع لا إنشاء لحالة جديدة تتوقف على قضائه بها.

ج- وفي حالة الدفع بعدم التنفيذ ، الامتناع عن الوفاء ، يجوز مطالبة المدين بتعويض عما فات الدائن من كسب أو أصابه من خسارة بسبب الفسخ أما في حالة الاستحالة فلا يجوز ذلك إلا إذا كانت الاستحالة غير راجعة إلى سبب أجنبي عن المدين^(٤).

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (آثار العقد وإنحلاله) - مطبعة نهضة مصر ١٩٦٠ - ص ١٣٥.

(٢) تنص المادة ٢٨٠ من القانون المدني العراقي على ما يأتي:
١- للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال ، وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفي الأجر المستحق سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن ، وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون.

٢- وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البديل المستحق . وكذلك انظر المادة ٢٧١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني والمواد ٣٨٧ - ٣٩٢ من القانون المدني الأردني.

(٣) السنهاوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج ٦ - ص ٢٥٢ - ٢٦٣.
(٤) د. سلمان مرقس - الوجيز في شرح القانون المدني - المطبعة العمالية - القاهرة - ١٩٦٤ - ص ٢٨٠ - ٢٨١.

وكما أشرنا سابقاً فإن الحق في الحبس ، هو أحد صور الدفع بعدم التنفيذ ، إذ يكون للمدين في عقود المعارضة إلا ينفذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر ما نشأ في ذمته من التزام لمصلحة الطرف الأول^(١).

يتضح مما سبق أن المدين لا يجبر على تنفيذ التزامه لا عيناً ولا تنفيذاً بمقابل على الرغم من أن التنفيذ مازال في نطاق الإمكان وأن النتيجة واحدة في كل من استحالة التنفيذ وعدم التنفيذ لقيام مسوغ قانوني ، إلا أن عدم التنفيذ في الأول يرجع إلى سبب خارج عن إرادة المدين كي يمكن له التمسك بعدم التنفيذ أما في الحالة الثانية فإن التنفيذ ممكن للمدين لكنه لا يقوم بالتنفيذ بإرادته ، لوجود مسوغ قانوني يعطيه الحق في ذلك ، من غير أن يكلف بإثبات شيء ما ، أما في استحالة التنفيذ فإن على المدين أن يثبت أن الاستحالة ناشئة عن سبب أجنبي لا يد له فيه^(٢).

ثانياً: تمييز استحالة التنفيذ عن صعوبة التنفيذ

قد يكون الالتزام صعباً على المدين (مرهقاً له) وليس مستحيلاً عليه ، وإن أثار هذه الصعوبة تختلف عن استحالة التنفيذ ، فاستحالة التنفيذ إذا كانت بسبب أجنبي عن المدين كأن تكون قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل الغير أو خطأ المتضرر^(٣) ، تؤدي إلى انقضاء التزام المدين من دون أن تحول التزامه إلى أمر آخر . أما صعوبة التنفيذ ، فمفادها أن التنفيذ لا يكون على المدين مستحيلاً بل مرهقاً ، وقد تكون عبارة (صعوبة التنفيذ) غريبة على لغة القانون ، لأن هذه اللغة تستخدم كلمة (الإرهاق) للتعبير عما توحى به عبارة (صعوبة التنفيذ).

ويمكن بيان أوجه الاختلاف بين استحالة التنفيذ وصعوبة التنفيذ، بما يلي:

١- قد يكون تنفيذ الالتزام ممكناً وقد يكون مستحيلاً ، فإذا استحال التنفيذ فقد يكون بسبب المدين وهنا يتحول التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل ، وقد يكون بسبب خارج عن إرادة المدين تؤدي إلى انقضاء التزام المدين. أما إذا كان التنفيذ ممكناً ، فيجبر المدين على تنفيذ التزامه عيناً ، إلا إذا كان مرهقاً له ، أي أنه ما زال ممكناً له من الصعب عليه تنفيذه فإنه يصار إلى التنفيذ بمقابل وهذه الحالة استثنائية، لذلك فهي محكومة بشروط منها: ألا يترتب على التنفيذ بمقابل ضرر جسيم للدائن^(٤).

(١) د. سليمان مرقس - نظرية دفع المسؤولية المدنية - ص ١٣٣ وما بعدها.

(٢) لاحظ في هذا المعنى د. سليمان مرقس ، نظرية دفع المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص ١٣٣ وما بعدها.

(٣) تنص المادة (١٤٦) مدني عراقي على أنه :

١- إذا نفذ العقد كان لازماً ، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي.

٢- على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، أن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

(٤) تنص المادة (٢٤٦) مدني عراقي على أنه:

١- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً.

٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

- ٢- إذا كان من صور صعوبة التنفيذ تطبيق نظريه الظروف الطارئة التي لا يسمح القانون بالاتفاق على ما يخالف أحكامها^(١). ففي استحالة التنفيذ يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها وأثرها المبين في القانون^(٢).
- ٣- ان استحالة التنفيذ بسبب أجنبي تؤدي إلى انقضاء الالتزام ، إما صعوبة التنفيذ بسبب أجنبي، فهي إما تؤدي إلى إنقاص الالتزام المرهق عن كاهل المدين إلى الحد المعقول أو تؤدي إلى التنفيذ بمقابل.

(١) انظر المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي.

(٢) نصت الفقرة (١) من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي على انه (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة). ولمزيد من التفاصيل انظر د. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ١٩٩ وما بعدها.

الفصل الثاني

شروط تحقق استحالة تنفيذ الالتزام العقدي

تمهيد :

سيتم في هذا الفصل استعراض للشروط اللازمة لتحقيق استحالة تنفيذ الالتزام العقدي ، وسنستبعد فيه الأمور التي تعد من المسلمات والتي جعلها الفقه القانوني من شروط استحالة تنفيذ الالتزام العقدي . فقد يعد شرطاً للاستحالة وجوب أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام العقدي كاملة ، وهذا الأمر من الأمور المسلم بها ، لأن الاستحالة الجزئية لا تسوغ القول بانفساخ العقد ، وإنما يثبت للدائن فيها الخيار بين أن يطلب الفسخ أو التنفيذ العيني ، وقد يعد من شروط الاستحالة وجوب أن تكون هذه الاستحالة نهائية وليست مؤقتة^(١) . وهذا الأمر هو أيضاً من الأمور المسلم بها لأن الاستحالة المؤقتة لا يترتب عليها انقضاء الالتزام ، وإنما يقتصر أثرها على وقف تنفيذ العقد ، كما رأينا في الفصل الأول . ويرى بعض الفقهاء^(٢) إن الاستحالة اللاحقة لنشوء الالتزام هي أحد شروط الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام العقدي ، وهذا أيضاً من الأمور المسلم بها لأن القول ببراءة المدين يجب أن تكون الاستحالة طارئة أي حدثت بعد نشوء الالتزام ، لأنها إذا كانت سابقة عليه ، فإن الالتزام لا ينشأ بسبب استحالة المحل^(٣) ، وعندئذ لا تكون ذمة المدين قد انشغلت أصلاً لتبرأ بعد ذلك . ومن المعروف أنه لا بد لانقضاء الالتزام العقدي وبراءة المدين منه نتيجة لاستحالة التنفيذ أن لا يكون المدين في حالة اعدار قبل الاستحالة ، فإذا كان كذلك فهو الذي يتحمل تبعه استحالة التنفيذ ولو لم تقع الاستحالة بخطئه ، بأن كانت ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . وعلى هذا فإن الالتزام لا ينقضي بل يتحول محله إلى التعويض^(٤) ، فالغرض من اعدار هو تنبيه المدين إلى واجبه وإلى تضرر الدائن من تأخره ويكون المدين في حالة اعدار إما نتيجة اعدار الدائن له أو بحكم القانون^(٥) ، لذلك فإن كون المدين في غير حالة اعدار لا يعد شرطاً للقول بعدم تحمله النتائج التي تترتب على الاستحالة .

وكذلك الحال فيما يتعلق بكون المدين قد رضي تبعه الهلاك ، فإن هذا الأمر لا يعد من شروط الاستحالة ، لأن المدين يتحمل تبعه الهلاك فإنه يقوم بدور المؤمن لمصلحة الدائن ، وعندئذ لا تبرأ ذمة المدين إذا ما استحال تنفيذ التزامه العقدي لسبب لا يد له فيه ، فهو الذي يتحمل تبعه استحالة التنفيذ . ولا شك إن هذا الأمر من الأمور المسلم بها ، لأنه مما تقتضيه طبيعة واحكام المسؤولية العقدية ، أن أحكامها لا تتعلق

(١) د. طلبة وهبة خطاب - أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى - القاهرة ، ف ٣٨٤ ، ص ٣٨٦ .

(٢) عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - الجزء الثاني - أحكام الالتزام - شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد ، ١٩٦٥ ، ص ٤٤٤ .

(٣) السنهوري - الوسيط - ج ٣ ، المرجع السابق ، ف ٥٨٧ ، ص ٩٨٣ .

(٤) تنص المادة ٥٤٧ من القانون المدني العراقي "إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري فيهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد اعدار المشتري لتسلم المبيع ... " .

(٥) تنص المادة (٢٥٨) من القانون المدني العراقي : (لا ضرورة لأعدار المدين في الحالات الآتية :

أ. إذا أصبح تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن بفعل المدين وعلى الأخص إذا كان الالتزام نقل حق عيني أو القيام بعمل كان لا بد أن يتم التنفيذ في وقت معين و انقضى هذا الوقت دون أن يتم أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين) .

الالتزام العقدي
بالنظام العام ومن هنا تأتي حربة المدين في أن يتحمل تبعه الهلاك أو أن لا يتحملها، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي بقولها : "

" ١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة " ، إلا أنه إذا كان محل الالتزام العقدي شيئاً معيناً بنوعه لا بذاته فإنه لا محل لإعفاءه من تنفيذ ما التزم به ، وهنا لا نكون بصدد استحالة تنفيذ ، لأن الجنس لا ينعقد ولا يزال التنفيذ العيني ممكناً. أما فيما يتعلق في الالتزام الذي محله تخيير^(١) ، فإذا هلك أحد الشئيين أو الأشياء في الالتزام التخييري وكان هذا الهلاك بسبب أجنبي ، فإن الالتزام لا ينقضي ويتعين محله في الشيء الآخر ، ويسقط بالتالي خيار التعيين للمدين. أما إذا استحالت تنفيذ كل الأشياء المتعددة في وقت واحد من دون خطأ من المدين وقبل اعذاره فإن الالتزام في هذه الحالة ينقضي^(٢). أما فيما يتعلق في الالتزام البدلي فإذا هلك الشيء البديل بسبب لا يد للمدين فيه أو حتى بتقصير منه ، فإن الالتزام هنا لا ينقضي ، لأن الالتزام ينقضي إذا هلك محله فعلاً والشيء البديل ليس محلاً للالتزام ، وإنما يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء فحسب ، فما دام المحل الأصلي موجوداً ولم يهلك فإن الالتزام لا ينقضي على الرغم من هلاك الشيء البديل، ولكن على العكس من ذلك إذا أصبح الوفاء بالمحل الأصلي مستحيلاً ، من دون خطأ من المدين فإن الالتزام حين ينقضي وتبرأ ذمة المدين بذلك^(٣).

مما سبق فإنه يمكننا استخلاص الشروط الضرورية فعلاً لتحقيق استحالة تنفيذ الالتزام العقدي ، والتي نستشفها من النصوص القانونية التي عالجت تلك الاستحالة ، ولنخرج بحصيلة للشروط التي نراها ضرورية فعلاً لتحقيق هذه الاستحالة^(٤) ، والتي : ان يصبح تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً استحالة مطلقة ، وان تقوم بعد ذلك علاقة الإسناد بين الاستحالة والسبب الأجنبي الذي أدى إليها ، وان لا يكون للمدين أي دور في قيام تلك العلاقة ولأننا عالجنا الاستحالة المطلقة في الفصل الأول من هذا المبحث فلا

(١) تنص المادة (٢٩٨) من القانون المدني العراقي " ١- يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمه او مثلية من أجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن . ٢- وإذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين ، إلا إذا قضى القانون أو اتفق المتعاقد أن على أن الخيار يكون للدائن " .

(٢) تنص المادة (٣٠١) من القانون المدني العراقي " إذا كان خيار التعيين للمدين وهلك أحد الشئيين في يده كان له أن يلزم الدائن بالثاني ، فإن هلكاً معاً أنفسخ العقد . وإذا كان المدين مسؤولاً عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشئيين فيكون ملزماً أن يدفع قيمة آخر شيء هلك " .

(٣) تنص المادة (٣٠٢) من القانون المدني العراقي " ١- يكون الالتزام بدلياً إذا لم يكن محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا بدلاً منه شيئاً آخر " .

(٤) ويمكن استخلاص شروط تحقق استحالة التنفيذ في القانون الإنكليزي من قضايا عالجه القضاء الإنكليزي ، وكالاتي :

- ١- عندما لا يتضمن العقد أي تعهد مطلق لتنفيذه صراحة أو ضمناً. لذلك إذا التزم المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية أيّاً كانت الظروف ، فإن نظرية الاستحالة لا تنطبق .
- ٢- عندما يصبح الغرض الأساسي من العقد مستحيل التحصيل أو مستحيل التنفيذ بسبب حادثة بحيث تؤدي أي محاولة للتنفيذ إلى شيء مختلف تماماً ، مما توقعه الطرف عند توقيع العقد ، علماً أنه لا يكفي لتحقيق حالة الاستحالة أن يكون الحادث قد جعل العقد مرهقاً .
- ٣- عندما تكون الحادثة التي سببت الاستحالة من النوع الذي لم يكن من الممكن أن يتوقعها الطرفين عند توقيع العقد.

٤- عندما لم تكن الحادثة التي سببت الاستحالة قد حصلت بسبب أحد الطرفين . وإذا كان هناك ادعاء بان تلك الحادثة قد حصلت بسبب أحد الطرفين فأن عبء الإثبات يكون على عاتق الطرف صاحب الادعاء. أنظر أستاذنا د. مجيد حميد العنكي ، انقضاء العقد في القانون الإنكليزي ، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة في كلية صدام للحقوق ، المجلد ٤ العدد ٦ لسنة ٢٠٠٠ ص ٨١.

المبحث الأول

علاقة الإسناد بين استحالة تنفيذ الالتزام العقدي

والسبب الأجنبي الذي أدى إليها

تمهيد وتقسيم :

يقصد بعلاقة الإسناد إرجاع الاستحالة إلى سبب أجنبي أدى إلى حدوث عدم التنفيذ ، أو يقصد بها أن تتوافر بين السبب الأجنبي ، وبين عدم التنفيذ علاقة إسناد مباشرة. وإذا كانت مسؤولية المدين مفترضة استناداً للقواعد العامة في الإثبات أي إنها تتقرر بمجرد عدم تنفيذ الالتزام ، فإنه يستطيع أن يثبت بكافة الطرق عدم صحة هذا الافتراض، وذلك بإثبات السبب الحقيقي في عدم التنفيذ . وبهذا يتضح ما لعلاقة الإسناد هذه من أهمية خاصة ، إذ إنها تشير إلى المسؤول الحقيقي عن عدم تنفيذ ، فإذا كان المدين يقوم بإسناد عدم التنفيذ إلى السبب الأجنبي المحدد ، فإنه يقوم في الوقت نفسه بهدم قرينة الإسناد التي يقيمها القانون والقضاء ، إذ يتضح الأمر وكأنه عملية للتأكد من أن السبب الأجنبي هو السبب الحقيقي والأكيد والمباشر لعدم التنفيذ ، لذلك فإنه إذا ما اقتصر أثر السبب الأجنبي على جعل تحقق علاقة الإسناد ممكنة فقط ، فإنه لا يتحقق به الوجود الأكيد لهذه العلاقة الضرورية، ومن ناحية أخرى لا يكفي أن يكون السبب الأجنبي الذي أدى إلى عدم التنفيذ قد انحصر بين واقعتين أو أكثر ، بل يجب تعيين الواقعة أو السبب أو الفعل الذي أدى إلى عدم التنفيذ على وجه التحديد ، لينتج من إسقاط علاقة الإسناد عن تلك الواقعة . ومما تجدر الإشارة إليه، أن علاقة الإسناد التي نتكلم عنها هي نفسها علاقة السببية المتداخلة في ركن الخطأ ، والتي نفضل تسميتها بعلاقة الإسناد، لما في ذلك من توضيح شاف كاف لها ، كما أن جوهر تلك العلاقة يكمن في الإسناد المادي ، وإنها فضلاً عن ذلك، عبارة عن إيجاد علاقة مادية بين واقعتين هما واقعة السبب الأجنبي وواقعة عدم التنفيذ، ولهذا جاءت تلك الأفضلية في التسمية .

بعد أن تم توضيح واقعة الاستحالة في الفصل الأول، فإنه سيتم بحث واقعة السبب الأجنبي تعريفاً وشروطاً وصوراً وعبء إثبات، وسنفرد لكل منها مطلباً خاصاً بها، وكما يأتي :

المطلب الأول

تعريف السبب الأجنبي

لم تعرف التقنيات المدنية ^(١) السبب الأجنبي ، بل اكتفت بتعداد صورته ، أما القانون المدني العراقي ، فقد نصت المادة (٢١١) من هذا القانون على أنه " إذا اثبت

(١) أنظر المواد (١٦٥ ، ٢١٥) من القانون المدني المصري ، والمادة ٩٦٦ من القانون المدني السوري ، والمادة ١٥١ من القانون المدني السوداني ، والمادة ١٦٨ من القانون المدني الليبي .

الالتزام العقدي

الشخص إن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا بد له فيه ، كآفة سماوية أو حادث فجائي ، أو قوة قاهرة ، أو فعل الغير ، أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك " . كذلك تنص المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على انه " إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه " .

كذلك نصت المادة (١١) من قانون النقل العراقي على انه " لا يجوز للناقل ان يدفع مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب إلا إذا أثبت ان ذلك الضرر يرجع إلى خطأ الراكب أو إلى قوة قاهرة نتجت عن عوامل خارجية لم تتبع من دائرة نشاط الناقل ولم يكن في الإمكان توقعها وتلافي آثارها " . يتضح من تتبع المواد السابقة، انها تكلمت عن قوة السبب الأجنبي في الإعفاء من المسؤولية التقصيرية والعقدية على حد سواء ، كما يتضح أيضا من مراجعة نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي بأنها لم تحدد صور السبب الأجنبي التي تقطع رابطة السببية على سبيل الحصر فقد ضربت أمثلة للسبب الأجنبي الذي لا يد للشخص فيه كالحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ المضرور . ومن هنا يتضح ان تلك النصوص لم تعرف السبب الأجنبي ، وفي الاتجاه نفسه ذهبت أحكام القضاء العراقي فهي الأخرى لم تعرف السبب الأجنبي واكتفت تلك الأحكام بتعداد صور السبب الأجنبي ، أو اكتفت بالقول " السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه " ^(١) وفي حكم لمحكمة التمييز في العراق ذكر من خلاله تعدادا لصور السبب الأجنبي من دون ان يذكر تعريفا له اذ قضت بأنه " لا يجوز للناقل ان ينفي مسؤوليته عن هلاك الشيء أو تلفه إلا بإثبات القوة القاهرة أو العيب الذاتي في الشيء أو خطأ المرسل أو المرسل إليه ويقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك الشيء كلياً أو جزئياً أو تلفه " ^(٢) . وهذا ما نصت عليه أيضا المادة (٤٦) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ .

أما الفقه في مصر ^(٣) والعراق ^(٤) فقد امتنع جانب منه عن تحديد المقصود بالسبب الأجنبي أو وضع تعريف له . إلا ان الجانب الآخر حاول وضع تعريف للسبب الأجنبي مؤكدا على ضرورة توافر عنصرين في هذا التعريف .

يتعلق العنصر الأول بالآثر الذي يجب ان يحدثه السبب الأجنبي وهو انقضاء الالتزام العقدي في المسؤولية العقدية، وذلك لاستحالة التنفيذ أو قطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر ومن ثم إعفاء المدعى عليه من المسؤولية التقصيرية . أما العنصر الثاني فيتعلق بأصل السبب الأجنبي أو مصدره من حيث اشتراط كونه أجنبيا عن المدين – المدعى عليه – ولا يد له فيه ، بعبارة أخرى ان الفقه الذي وضع تعريفا للسبب الأجنبي حرص على ان يضمن التعريف عنصرين أساسيين، أولهما ان يكون السبب الأجنبي قد جعل وقوع الضرر محققا وجعل تلافيه مستحيلا، وثانيهما ان لا يكون

^(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٧٧/حقوقية/١٩٦٠ بتاريخ ١٩٦٠/٤/٣ – مجلة القضاء العراقية السنة ١٢ – العدد ٣، ١٩٦٠ ، ص ٤٢٤ . وأيضا القرار التمييزي ٨٥٦ / حقوقية/ ١٩٦٧ – مجلة القانون المقارن العراقية – العدد ٣ السنة ١٩٠٧٠ ، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية – كلية القانون ، بغداد ، ص ٢١٥ وأيضا قرار رقم ٤٤/م/٧٥/١ بتاريخ ١٩٧٥/٥/٧ – إبراهيم المشاهدي – المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ١٩٨٨ ، ص ٤٩٠ .

^(٢) رقم القرار ١٠٤٧/مدنية ثالثة/١٩٧٤ بتاريخ ١٩٧٤/١٠/١٢ – إبراهيم المشاهدي – المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – القسم التجاري – مطبعة الجاحظ ، ١٩٩٤ ، ص ٧٥ .

^(٣) محمد مختار القاضي ، أصول الالتزامات في القانون المدني ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥١ ، ص ٢٢٩ .

^(٤) غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام – مطبعة المعارف بغداد – ١٩٧١ . ف ٨٩٣ ، ص ٤٧١ .

الالتزام العقدي

للمدعي عليه بد في حدوث السبب الأجنبي، ولا يمكن بأي حال من الأحوال نسبته إليه ومن الفقهاء الذين عرفوا السبب الأجنبي، الأستاذ سليمان مرقس الذي عرفه بقوله " والسبب الأجنبي عن المدعي عليه هو كل فعل أو حادث معين لا ينسب إليه ويكون قد جعل منع وقوع العمل الضار مستحيلاً " (١) وعرفه أيضاً الأستاذ محمد كامل مرسي بأنه " كل حادث ليس من فعل المسؤول المطالب بالتعويض يكون سبب في إحداث الضرر وقد يكون حادثاً مفاجئاً أو قوة قاهرة وقد يكون خطأ المضرور أو خطأ الغير (٢) .

ويعرفه أيضاً أستاذنا الدكتور جاسم العبودي بأنه " كل فعل أو حادث لا ينسب إلى إرادة المدعي عليه ويستحيل عند وقوعه تحاشي الضرر " (٣) .

وذهب الفقه في فرنسا (٤) وإنكلترا (٥) إلى ذلك أيضاً ، إذ لم يحدد فقهاؤهم مضمون وتعريف السبب الأجنبي ، إنما اكتفوا بذكر تطبيقاته وبيان صورته .

أما في الفقه الإسلامي فلم يحدد فقهاؤه المقصود بذلك السبب في شكل تعريف جامع مانع وإنما تحدثوا عن السبب الأجنبي في العقود المختلفة، مثل عقد البيع والإجارة والعارية والرهن ونحوها ، ذلك أنهم لم يدرسوا السبب الأجنبي كنظرية عامة . ولكن يمكن ان نستخلص فكرة السبب الأجنبي من خلال تتبع ما ذكروه من أمثلة تطبيقية لصوره، فقد تكلموا عن الجوائح وعن الآفات السماوية واثرها على مصير العقد كما تكلموا أيضاً عن خطأ الدائن وفعل الغير بوصفهما من صور السبب الأجنبي ، وقد تكلم فقهاء المسلمين عن الجائحة بوصفها سبباً لا دخل للمدين فيه تؤدي إلى عدم تنفيذه لالتزامه ، فهي تعني الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة وهي مأخوذة من الجوح ، بمعنى الاستئصال والهلاك يقال جاحتهم الجائحة واجتاحتهم ، وجاح الله ماله واجاحه بمعنى أهلكه بالجائحة (٦) . ومن هذا يتضح أن الجائحة ماهي الا سبب أجنبي في الفقه الإسلامي تؤدي إلى عدم الضمان ، بل إننا نرى بأن الجائحة على رأى المذهب المالكي

(١) سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج ٢ ، الالتزامات ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار ، المسؤولية المدنية - القسم الأول ، في الأحكام العامة ، ط ٥ ، ١٩٨٨ ، ف ١٧٢ ، ص ٤٧٧ . وأنظر كذلك سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الأول ، الأحكام العامة ، أركان المسؤولية ، الضرر والخطأ والعلاقة السببية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ط ٢ ، ١٩٧١ ، ف ١٧٢ ، ص ٤٨٣ . وأنظر كذلك محمد ليبب شنب ، المسؤولية عن الأشياء ، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون الفرنسي ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٧ ، ف ٢٢٩ ، ٢٢٣ . وأنظر كذلك إبراهيم الفياض ، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق مع الإشارة للقانونين المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص ٢٩٥ .

(٢) محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الالتزامات ، ج ٢ ، في مصادر الالتزام ، المطبعة العلمية ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ف ٥٧ ، ص ١٢٨ .

(٣) د. جاسم العبودي المداخلات في إحداث الضرر تقصيرا ، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا ، القسم الخاص ، جامعة بابل لسنة ٢٠٠٠ ، ص ٣٠ .

(٤) أنظر في الفقه الفرنسي :

Carbonnier (Jean) : Droit Civil ٤-Les obligation presses iversitaires Des France. ١٩٨١. No٧٤. P. ٢٨٩.

Ripert (G) et Bovlanger (J): Traite elementain de Droit Civil, Tom ٢ ١٩٧٥ Paris- d'après Le traite Le planiol.

(٥) إذ عبر عن لسان حاله اللورد رايت (Lord Wright) عندما أوضح بأن الأسباب التي تؤدي إلى الاستحالة لا يمكن حصرها بتعريف أو تحديدها بصورة معينة .

شيشر وفيغوت (مؤلف مشترك)، أسباب أنقضاء العقد ، ترجمة هنري رياض ، دار الجيل ، بيروت ، ٩٦ ، يونيو ، ١٩٧٦ ، ص ٩٩ .

(٦) مختار الصحاح ، والقاموس واللسان والمصباح مادة (الجوح) .

الالتزام العقدي

تشمل كل الأسباب الأجنبية سواء كانت من قبل النوازل السلمية التي لا ترجع في أصلها إلى فعل الأدميين أم كان من فعلهم^(١).

ويتضح مما تقدم، من دراسة فقهاء المسلمين لفكرة السبب الأجنبي أنها لم تكن منصبة على صياغة نظرية له، بقدر ما هي منصبة في النزول على مقتضيات العدالة في الحلول الجزئية مما أعطى لمفهوم السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي، بعدا أكثر شمولاً وأكثر اتصالاً بالقيم الأخلاقية، عما عليه السبب الأجنبي في القانون.

مما سبق يتضح، أن أغلب التعريفات التي قيلت بشأن السبب الأجنبي تعبر في رأينا عن مفهوم ومضمون السبب الأجنبي ولا تقدم تعريفاً له، لأن التعريف يجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان، الشرط الأول أن يكون التعريف جامعاً لكل المفردات، أما الشرط الثاني هو أن يكون مانعاً من دخول مفردات أخرى، وهذا ما لا ينطبق على تلك التعريفات لاختلال الشرط الأول فيها، فهي تعريفات غير جامعة لكل مفردات وصور السبب الأجنبي.

وعلى أية حال، فإن أي تعريف للسبب الأجنبي يجب أن يكون متضمناً هذين العنصرين، أي أن يكون من شأن السبب الأجنبي جعل وقوع الضرر محتماً، وأن يكون هذا العامل أجنبياً عن المدعى عليه^(٢).

(١) الإمام مالك، المدونة الكبرى، رواية سحنون، ج ١٢، ص ٣٧-٣٨، حيث يقرر الإمام مالك أن الجراد جائحة وكذا النار والبرد والمطر والدود وعفن الثمار.
(٢) د. أياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء، ص ٣٤٨.

المطلب الثاني

شروط السبب الأجنبي

تعددت آراء الفقهاء في بيان شروط السبب الأجنبي، لأنهم لم يتفقوا على مضامين معينة لهذه الشروط، فما يراه فقيه بأنه مضمون لشرط من الشروط لا يراه فقيه آخر، كما أنه يلحظ على بعض منهم أنه قد جمع شروط السبب الأجنبي في شرطين، في حين يرى البعض بأنها أربعة شروط، كما نلاحظ من جانب آخر اختلافهم في تسمية أو ألفاظ هذه الشروط مع بقاء مضمونها على حاله.

وإننا نتفق مع الإجماع الفقهي^(١) والقضائي^(٢) من أن شروط السبب الأجنبي هي:

أولاً - شرط عدم إمكان التوقع

إن معنى عدم إمكان التوقع كشرط من الشروط الواجب توافرها في السبب الأجنبي، من خلال تحديد النطاق الزمني الذي يمكن أن يكون بداية الانطلاق لقياس وتقويم هذا الشرط - هو عدم تصور أو عدم توقع المدين حدوث الواقعة المدعاة بأنها سبب أجنبي على الإطلاق، بل المقصود به هو أن تكون هذه الواقعة غير ممكنة التوقع في لحظة معينة أو بعبارة أخرى بأن تلك الواقعة يندر حصولها في حدود المألوف من شؤون الحياة اليومية كالحروب والزلازل والفيضانات أو تكون إجراءات تشريعية مفاجئة لا يمكن توقعها.

إن المعيار الواجب اتخاذه كمقياس لشرط عدم إمكان التوقع هو المعيار الموضوعي^(٣)، وأن هذا المعيار يقوم بدوره على عنصرين أساسيين هما:

(١) د. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، فق ٢، ص ٢٠٣. د. جاسم العبودي، المداخلات في إحداث الضرر تقصيرا، محاضرات أُلقيت على طلبة الدراسات العليا - القسم الخاص في جامعة بابل، لسنة ٢٠٠٠ ص ٢١. د. أياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء، فقره ١٧٦، ص ٢٢٦. د. علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ص ٢٩٢.

(٢) نقض مدني مصري، جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ - الطعن رقم ٩٧٩ سنة ٤٧ق، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفني) س ٣١، ص ٩٣٠، القاهرة، ١٩٨٣.

(٣) السنهوري، الوسيط، ج ٣، ص ٨٧٨.

١. عنصر الرجل المعتاد^(١).

٢. عنصر توقع الظروف عند التعاقد.

ولكل من العنصرين أهميته البالغة ضمن المعيار، لما يؤدي إليه من نتائج مهمة في شرط عدم إمكان التوقع، فعنصر الرجل المعتاد له أهميته في كونه عنصراً يخضع له كافة المتعاقدين بشكل مطلق، وبالتالي لا يشكل عنصراً نسبياً يقتصر على شخص المدين. أما عنصر توقع الظروف عند التعاقد فإنه هو الآخر يعد عنصراً مهماً ضمن هذا المعيار، إذ عن طريقه يمكن حل كثير من المنازعات والمشاكل التي قد تثار حول مدى اعتبار الأحداث التي تحدث بعد التعاقد وقبل التنفيذ وهل تدخل ضمن التوقع أم لا؟ ونستطيع من خلال هذا العنصر الإجابة عن هذا التساؤل: بان تلك الأحداث ولو أنها حصلت بعد التعاقد وقبل التنفيذ، فإنها مع ذلك تظل في نطاق عدم إمكان التوقع، ونعتقد ان هذه هي النتيجة التي يفترضها منطق الأمور وطبائع الأشياء فلو كان الحادث قد وقع أثناء إبرام العقد أو حدث قبله وأنه لا يعد سبباً أجنبياً وذلك لفقدان شرط عدم إمكان التوقع، إذ يقال عندها أن المتعاقدين قد علما به عند التعاقد، او ان أحدهما على الأقل قد علم به بما يفرض عليه إعلام الطرف الآخر بذلك، وإلا عد ذلك الطرف مخالفاً لمقتضيات مبدأ حسن النية اذا ما استمر في اجراء عملية التعاقد على الرغم من علمه بوقوع الحادث المانع من التنفيذ وإخفائه لحقيقته عن المتعاقد الآخر. وكذلك لا محل للقول بتوافر السبب الأجنبي اذا ما وفي المدين بالتزامه كاملاً، ومما يؤيد ما نذهب إليه من ان محور ومركز النطاق الزمني لقياس شرط عدم إمكان التوقع هو لحظة بداية التعاقد، وهو ما ذهب إليه المادة (١٥٠) من القانون المدني الفرنسي، من ان المدين لا يلزم إلا بالتعويض عن الأضرار التي بوسعه ان يتنبأ بها أثناء التعاقد، ما لم تكن تلك الأضرار من فعله، ولذلك ينبغي ان يكون تقدير ذلك الشرط من لحظة التعاقد.

(١) حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ص ٤٠٤. ود. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة، المنفردة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، ١٩٨٤، ص ٣٠٧.

ثانياً : شرط عدم إمكان الدفع

لا يكفي القول بتوافر السبب الأجنبي توافر شرط عدم إمكان التوقع على وفق التصور الذي رأيناه فيما سبق، وإنما يتطلب الأمر فضلاً عن ذلك، ضرورة توافر شرط آخر وهو شرط عدم إمكان الدفع ، لأن المدين يمكن أن يعتمد على الوسائل التي تمكنه من تنفيذ هذا الالتزام، إذ لا يملك المدين أن يفعل شيئاً حيال السبب الأجنبي لأنه يخرج بطبيعته عن طاقة المدين وقدرته في دفعه وتلافي النتائج المترتبة عنه .

ومن هذا يتضح، أن هذا الشرط يعني أن يكون السبب الأجنبي على درجة يستحيل معها تخطي آثاره، بسبب كونه حادثاً لا يمكن مقاومته ولا التغلب عليه ، أما لو كان العكس بأن كان حادثاً يمكن تفاديه ودرء النتائج المترتبة عنه ببذل الجهد المعقول ، لم يكن هذا الحادث يشكل سبباً أجنبياً، لأن المدين يعد في هذه الحالة مقصراً في اتخاذ الوسائل والإجراءات الكفيلة بتفاديه .

ويقودنا كون الحادث الذي يعد سبباً أجنبياً، مما يخرج بطبيعته عن طاقة المدين وقدرته في دفعه وتلافي النتائج المترتبة عنه إلى أن يكون من شأنه جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة ، ويترتب على ذلك أنه لو كان الوفاء بالالتزام – بالرغم مما تثار أمامه من صعوبات وموانع – ممكناً لا مستحيلاً ، لم يكن هناك عندئذ ما يمكن أن نصفه بالسبب الأجنبي ويبقى المدين في هذه الحالة مسؤولاً عن تنفيذ التزامه مهما أحاطت به من صعوبات أو إرهاق في التنفيذ ، لأن العلاقة السببية هنا لا تنقطع بين واقعة عدم تنفيذ الالتزام وبين الضرر الذي لحق الدائن ، بل يبقى الضرر ناشئاً من عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أي من توافر الخطأ في جانب المدين.

ونظراً لما يتطلبه هذا الشرط من كون الحادث لا يمكن مقاومته ولا التغلب عليه ، بحيث يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بشكل مطلق، فإننا نرى أن هذا الشرط يتطلب توافر نوع واحد من أنواع الاستحالة وهي التي تؤدي فقط إلى استحالة التنفيذ ، وهي الاستحالة المطلقة . ونظراً لما يعنيه القول بالإعفاء من ضرورة توافر الاستحالة المطلقة، فإننا نحيل دراسة هذا الشرط إلى ما سبق أن تمت دراسته في موضوع الاستحالة المطلقة^(١)

ومن الجدير بالإشارة، إلى أن شروط الاستحالة تستوعب في الواقع شروط السبب الأجنبي ، وأنه من خلال شروط الاستحالة نستطيع أن نصل إلى شروط السبب الأجنبي ، كما أنه من جانب آخر يمكننا أن نرد كل شرط من شروط السبب الأجنبي إلى أصل تكوينه ومصدره ضمن شروط الاستحالة ، فنرى مثلاً أن شرط عدم إمكان الدفع يجد مصدره وأصل تكوينه ضمن شرط أن لا ترجع الاستحالة إلى المدين^(٢)، وأن شرط عدم إمكان التوقع يجد مصدره وأصل تكوينه من شرط أن لا ترجع الاستحالة إلى المدين ، وبالمقابل فإن فقد أحد شروط السبب الأجنبي يعني بدوره فقدان شروط استحالة التنفيذ ، ويمكن التدليل على ذلك أنه إذا ما كيّفنا الحادث الطارئ بأنه سبب أجنبي من واقع شرط عدم إمكان الدفع فقط ، يفترض هنا بأن الحادث كان من الممكن توقعه وبالتالي لا نكون بصدد استحالة التنفيذ ، لأنها في هذه الحالة إنما ترجع في أصل نشأتها وسببها إلى المدين

(١) يراجع الفصل الأول من بحثنا بموضوع الاستحالة المطلقة والنسبية ، ص ٣١ .
(٢) إذ قضت محكمة التمييز في العراق بأنه: ((يشترط في السبب الأجنبي المعفي من الضمان أن لا يكون للمدين يد فيه)).

رقم القرار ١٤٠ / موسعة أولى / ٨٥-٨٦ في ٨٦/٥/٢٨ ، إبراهيم المشاهدي ، المبادئ ، ص ٦٦٦.

الالتزام العقدي

وهذا يعني بدور فقدان شرط انتفاء دور المدين في وقوع الاستحالة وإذا ما كفينا الحادث الطارئ بأنه سبب أجنبي من واقع عدم إمكان التوقع فقط ، يفترض هنا بان الحادث كان من الممكن مقاومته او دفعه على الرغم من عدم توقعه ، وبالتالي لا نكون هنا أيضا بصدد استحالة تنفيذ لأنها لم تكن استحالة بالصورة التي جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا.

المطلب الثالث

صور السبب الأجنبي

تمهيد وتقسيم

قد يكون الحادث المعد سبباً أجنبياً صادراً عن شخص محدد كما لو صدر من الغير أو من الدائن ، وقد لا يكون صادراً عن شخص كما هو الحال في القوة القاهرة. أما التقسيم الذي اجمع عليه الفقه والقضاء للسبب الأجنبي فهو الذي يميز بين ثلاث صور للسبب الأجنبي، على وفق مصدر هذا السبب أو الحادث المكون له ، والصور هي: القوة القاهرة و الحادث الفجائي و خطأ الدائن و اختلفوا فيما يتعلق بفعل الغير^(١).

لقد نص المشرع العراقي في المادة (٢١١) من القانون المدني على ما يأتي: (إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)^(٢).

نلاحظ من خلال هذا النص ان المشرع العراقي قد ذكر فعل الغير بدلاً من خطأ الغير وكان على المشرع ان يساوي بين ما يصدر من الغير او من المضرور بين الفعل الخاطئ والفعل الذي لا خطأ فيه ، إلا ان الفقه العراقي متفق^(٣) على ان الاختلاف في التعبير غير مقصود وان الذي يعد بذاته سبباً أجنبياً هو خطأ الغير وليس فعله الذي لا خطأ فيه ، كما ان المشرع العراقي قد ذكر الآفة السماوية وهو تعبير أخذه عن الفقه الإسلامي: الصواعق والزلازل وقد ذهب بعض الفقه إلى ان الآفة السماوية هي حالة من حالات القوة القاهرة وقد وردت في نص المادة (٢١١) على سبيل التزديد^(٤).

ويرى جانب من الفقه العراقي أن الآفة السماوية والحادث الفجائي والقوة القاهرة ، إنما هي مسميات تفيد في تعديلات على صعيد المعنى والأثر ، ذلك أنها عبارة عن أحداث لا دخل لارادة المدعى عليه في وقوعها وليس في وسعه توقعها ولا دفعها أي تلافي نتائجها ، لأنها إلى جانب ذلك تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ومن ثم انقضاءه دون ترتب المسؤولية^(٥).

(١) سليمان مرقس - المسؤولية المدنية - القسم الأول ، المرجع السابق - ف١٧٥ - ص ٤٩٠-٤٩١. وينظر كذلك إبراهيم ألد سوقي ، المرجع السابق - ف١٢٦-١٢٩.

(٢) تنص المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري على ما يأتي (إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ المتضرر أو خطأ من الغير ك أن غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك). كما نصت على ذلك المواد ١٦٦ سوري والمادة ١٦٨ لبيي ، والمادة ١٢٧ جزائري. وبذلك تكون نصوص القوانين المذكورة قد قطعت الخلاف المتعلق بفعل الغير اذ عدت خطأ الغير سبباً أجنبياً ، وكذلك خطأ المصاب ، ولم تذكر شيئاً عن فعلها الذي لا خطأ فيه. أنظر د. علي عبيد عودة ، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، المرجع السابق - ص ٢٠٠.

(٣) محمود سعد الدين شريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ١٩٦٦ ، فق ٤١٤ ص ٤٠٤. وانظر كذلك عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق فق ٨٨٧ ص ٥٤٠-٥٤١. وانظر كذلك فريد فتیان ، مصادر الالتزام ، شرح مقابل على النصوص ، مطبعة العاني ، بغداد ١٩٥٧ ، ص ٣٠٠.

(٤) إبراهيم الفياض مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها ، المرجع السابق - ص ٣٩٦ - هامش ٢.

(٥) د. جاسم العبودي - مصادر الالتزام ، محاضرات مطبوعة أقيمت على طلبة كلية المعارف الجامعة - ١٩٩٧ - ص ١٢٤.

الالتزام العقدي

يتضح مما تقدم، أن المشرع العراقي قد أورد الصور الثلاثة للحادث الفجائي، القوة القاهرة، خطأ المتضرر، فعل الغير لا على سبيل الحصر بل على سبيل المثال^(١)، ومعنى ذلك أن هناك وقائع أخرى يمكن أن تدخل ضمن مفهوم السبب الأجنبي وتكون بذلك صوراً جديدة من صور السبب الأجنبي إذا ما توافر فيها شرطاً السبب الأجنبي عدم إمكان الدفع وعدم إمكان التوقع، وعدم التقيد بصور السبب الأجنبي الثلاث التي نص عليها القانون، بمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الواقعة المعروضة أمامه. ومع ذلك فإننا سنقتصر في بحثنا لصور السبب الأجنبي على صور القوة القاهرة والحادث الفجائي وخطأ الدائن وفعل الغير، وكالاتي:

أولاً: القوة القاهرة والحادث الفجائي

أ- تحديد المعنى والشروط في الفقه والقانون والقضاء:

إن فكرة القوة القاهرة هي فكرة قديمة، تجد جذورها في القوانين الوضعية القديمة، إذ جاء في المادة (٤٨) من قانون حمورابي ((إذا كان على رجل دين وخرب آله الأعاصير (أدد) حقله أو دمره الفيضان، أو أن الغلة لم تنبت في حقله لقلّة الماء، ففي هذه السنة لا يعيد الحبوب -التي اقترضها- إلى دائنه ويلغي عقده ولا يدفع فائضاً لتلك السنة))^(٢).

يتضح من هذه المادة القانونية، أنها تشير إلى وقائع تعد من قبيل القوة القاهرة كالإعصار والفيضان والجفاف، ورتبت على هذه الوقائع إعفاء المدعى عليه من المسؤولية إعفاء تاماً.

يبدو من نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي والتي نصت على الأسباب الأجنبية، أن المشرع العراقي قد تأثر بسابقه المصري، فجاء نص المادة (٢١١) فيه مشابهاً إلى حد كبير لنص المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري مع اختلاف بسيط، هو أن المشرع العراقي أضاف مصطلح الآفة السماوية كما أورد مصطلحي فعل الغير والضمان بدلاً من مصطلحي خطأ الغير والتعويض الواردين في نص المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري، وقد جاء نص المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي مشابهاً لنص المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري إذ نصت المادة (١٦٨) على ما يأتي: "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم

^(١) ولكن الفقرة (٢) من المادة (٢٠) من شروط المقولة لأعمال الهندسة المدنية والصادرة عن هيئة التخطيط قد حددت المخاطر المستثناة، والتي لا يتحمل المقاول فيها المسؤولية الكاملة عن عدم قيامه بالعناية بالأعمال، إذ تنص على: "تتضمن المخاطر المستثناة بما يأتي ضمن حدود جمهورية العراق. أ- الأعمال الحربية (سواء أعلنت الحرب أم لم تعلن) أو أعمال الغزو من عدو أجنبي أو التمرد أو الثورة أو العصي أن أو الحرب الأهلية أو اغتصاب السلطة. ب- حوادث الشغب أو الهياج أو الإخلال بالنظام عدا ما يحدث بين مستخدم ((المقاول)) أو ((المقاول الثانوي)). ج- مخاطر الطاقة الذرية والإشعاعات النووية. د- استعمال أو اشتغال ((صاحب العمل)) لأي قسم من الأعمال الذي صدرت بشأنه شهادة استلام. ه- تصميم (المهندس) للأعمال وفق أحكام هذه الشروط.

^(٢) الدكتور عباس زبون العبودي، شريعة حمورابي، دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة، مطبعة التعليم العالي في الموصل، ١٩٩٠، ص ١٧٢. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة -المرجع السابق- ص ١٣٧.

الالتزام العقدي

عابه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أحده

لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه".
وأما مشروع القانون المدني العراقي، فإن المادة (٤٢٠) منه تنص على ما يأتي:
أولاً: إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة القاهرة أو خطأ المتضرر أو فعل الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

ثانياً: القوة القاهرة هي كل حادث لا ينسب إلى الشخص ولا يمكن توقعه ولا دفعه.
يتضح من الفقرة الأولى من هذا النص أن واضعي المشروع قد تخلوا عن مصطلحي الآفة السماوية والحادث الفجائي، بوصف أن هذين المصطلحين مرادفان لمصطلح القوة القاهرة، كما جاء بتعريف القوة القاهرة في الفقرة الثانية من هذا النص.
أما في ما يتعلق بقانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣، فإننا نجد أن المشرع العراقي لم يغفل ما للقوة القاهرة من تأثير على مسؤولية الناقل إذا هلك الشيء محل عقد النقل أو تضرر أو أصيب بضرر أثناء عملية النقل، فقد خصص المشرع في هذا القانون نصوص عدة تعالج طرق تخلص الناقل من مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الشيء أو الراكب محل عقد النقل وذلك بان يثبت أن القوة القاهرة هي التي حالت بينه وبين إتمام عملية النقل على الوجه الصحيح، وهذه النصوص هي المادة (١١) والمادة (٤١) (٤٦) من هذا القانون^(١).
ولقد حاول الفقهاء وضع تعريف للقوة القاهرة، فعرفها الأستاذ سليمان مرقس بأنها (أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالالتزام)^(٢).

(١) ومن التطبيقات القضائية للقوة القاهرة في عقد النقل : (لا يجوز للناقل أن ينفي مسؤوليته عن هلاك الشيء أو تلفه إلا بإثبات القوة القاهرة) رقم القرار ١٠٤٧ / مدنية ثلاثة / ١٩٧٤ بتاريخ ١٢/١٠/١٩٧٤ - النشرة القضائية / العدد الرابع / السنة الخامسة - ص ١٤٨. والقرار ٦٢٦٥ / إدارية / ٩٨٢-١٩٨٣ - بتاريخ ١٩٨٣/٩/٢٥ - مجموعة الأحكام العدلية / العدد المنفرد (١-٢-٤) - ص ٦٦، يحمل نفس المبدأ في القرار السابق.

(٢) سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ص ١٧٦، ص ٤٨٦، و أنظر كذلك سليمان مرقس، المسؤولية المدنية - المرجع السابق - ص ١٧٦ - ص ٤٩١-٤٩٢.

الالتزام العقدي

وعرفها الأستاذ مصطفى مرعي بأنها (هي التي تصدر عن حادث خارج عن إرادة الإنسان ، لا تجوز نسبته له وليس من الممكن توقعه أو تفاديه)^(١) كما عرفها حسين عامر بأنها : (ما لم يكن في الوسع توقعه ولا توقيه وبها يصبح الواجب أو الالتزام مستحيلاً)^(٢).

وعرفها الأستاذ محمد لبيب شنب بأنها : (حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدي إلى حصول الضرر)^(٣).

كما عرفها البعض بأنها : (أمر غير متوقع الحصول ، لا يمكن دفعه ، غير راجع إلى خطأ المدين ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً)^(٤).

وعرفها الأستاذ عبد المجيد الحكيم بأنها : (أمر غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع ، يقع فيكون السبب في حصول الضرر)^(٥).

وعرفت أيضاً بأنها : (كل أمر لا يمكن نسبته للمدعي عليه ويكون غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع يقع فيكون هو السبب في الضرر)^(٦).

ويلحظ على جميع هذه التعاريف أنها أبرزت صفتي عدم إمكان التوقع والدفع ، واللذان يمكن اعتبارهما شرطي القوة القاهرة^(٧)، بأن تكون القوة القاهرة مستحيلة التوقع أولاً ، وان تكون مستحيلة الدفع ثانياً^(٨).

١- ان تكون القوة القاهرة مستحيلة التوقع: ولا يعني هذا ان الأمر مستحيل الوقوع ، وانما معناه ان لا تتوافر ظروف تجعل توقع الحادث أمراً محتملاً ، فمثلاً انفجار المطاط الذي يحيط بعجلة السيارة او تمزقه ، قد يكون أمراً محتملاً ، لو كان

(١) مصطفى مرعي ، المسؤولية المدنية في القانون المصري ، الطبعة الأولى ، مطبعة نوري ، القاهرة ، ١٩٣٦ ، ف١٤٢ ، ص١٢٦.

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، ط٢ - دار المعارف - ١٠٩٧ - ف٢٥٦ - ص١٧٩.

(٣) محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الأشياء، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٧ - ف٢٠٥ - ص٢٣٣.

(٤) عبد الحميد عمر وشاحي ، نظرية الالتزامات في القانون المدني - ١٩٤٩ - ف٣٤١ - ص١٩٩.

(٥) غني حسون طه ، المرجع السابق ، ف٩٨٥ - ص٤٧٢ - ٤٧٣.

(٦) أنظر أستاذنا الدكتور مجيد حميد العنكي في بحثه الموسوم، المفهوم العام للقوة القاهرة - المرجع السابق - ص٣٩. ويذهب بعض الفقهاء إلى تقرير شرط ثالث وهو " أن تكون القوة القاهرة خارجة عن إرادة الإنسان " وقد أثار هذا الشرط جدلاً وخلافاً حول جديته في جعله شرطاً للقوة القاهرة ، إذ يرى البعض ضرورة وجود هذا الشرط، وذهب البعض الآخر إلى أنه لا يعد شرطاً للقوة القاهرة، و أن خاصية السبب الأجنبي الواجب توافرها في الحادث المتمسك به تختلط مع هذا الشرط . وذهب رأي آخر إلى أن هذا الشرط يمكن الاستغناء عنه، ل أن الخصائص الأخرى للقوة القاهرة تجب هذا الشرط ، فالمدعي عليه يجب أن يكون أمام استحالة مطلقة في التنفيذ واستحالة التوقع والدفع ومن دون شك ينعدم أن في حالة ما إذا ك أن المدين نفسه هو الذي قد سبب وقوع الحادث نتيجة خطئه . وهو ما نميل إلى الأخذ به ... أنظر هذه الآراء لدى د. عبد الرشيد مأمون ، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٩٦ .

(٧) وقد أشارت عقود مذكورة التفاهم المبرمة بين دولة العراق والدول الأخرى برعاية الأمم المتحدة ، إلى القوة القاهرة صراحة وذلك في البند الخاص بالجزاءات أو الغرامات التأخيرية (Penalties) بقولها : (وعلى أية حال فإن الجزاءات تكون غير قابلة للتطبيق عند حلول القوة القاهرة) .

((However , Penalties will not be applicable , if force major in place)).

وكذلك أشير إليها في بند مستقل تحت عنوان القوة القاهرة (force major) .

لا يكون أي طرف مسؤولاً عن أي فشل في تنفيذهم للالتزاماتهم ، إذا كان هذا الفشل ناتج عن حادث هو خارج عن إرادة الطرفين) .

((Neither party shall be responsible for any failure of the fulfillment of their obligations, if such failure is due to an event , which is beyond each parts control) .

ويبدو ان هذه العقود قد ميزت بين القوة القاهرة وحالة الاستحالة القانونية المشار لها في ص٤١ ، إذ ان الاستحالة القانونية هي أحد أنواع استحالة التنفيذ الناجمة عن سبب أجنبي كما علمنا في الفصل الأول من هذا البحث. (وهي بنود مستقاة من العقود المبرمة بين وزارة التجارة في دولة العراق والدائرة التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة).

الالتزام العقدي

المطابق قديماً، وهذا الاحتمال بحول من دون جعل الانفجار قوة قاهرة، وقد يرجع

الانفجار إلى الإسراع في السير أو الخطأ في القيادة، ولكن الحادث نفسه يمكن جعله قوة قاهرة في حالة ما إذا استحال توقعه عندما يكون الإطار حديث والانفجار لم يكن نتيجة خطأ من السائق، ونشأ التمزق نتيجة قطعة زجاج اصطدم بها في الطريق^(١).

وعدم التوقع يعني أن تكون طبيعة الفعل طارئة، وبالتالي فمن غير الممكن توقعه عقلاً، فلا يعد قوة قاهرة ما كان متوقعاً من إجراءات تشريعية لتحريم التصدير لسلعة لاسيما في ظروف غير طبيعية كالحرب مثلاً، ولا ما هو في حدود المؤلف وقوعه كالمطر في الشتاء. ويعد قوة قاهرة ما لا يمكن توقعه في الظروف المؤلفه كالفيضان الشاذ في نهر معد للملاحة أو ان يكون الفيضان حصل في فصل الصيف^(٢).

وعلى أي حال، فإنه ينبغي معرفة كيف ومتى تحدد الصفة الطارئة للحادث، ومتى تعد هذه الصفة متوفرة فيه؟

تعد القوة القاهرة والحادث الفجائي طارئین بحسب الزمان والمكان الذي يحدث فيهما الحادث أو بحسب الظروف التي تصاحبه، وعلى ذلك، فإن مسألة جعل الجليد قوة قاهرة من عدم جعله كذلك، ينظر فيها إلى المكان والساعة والتاريخ وظروف الأنواء الجوية العامة للمنطقة^(٣).

وان تحديد وقت توقع القوة القاهرة يختلف في المسؤولية التقصيرية عنه في المسؤولية العقدية، ففي الأولى فإن العبرة في التحديد تكون بوقت وقوع الفعل الضار، أما الثانية فإن العبرة تكون بوقت التعاقد وليس بوقت الإخلال بالالتزام التعاقدي^(٤). وان معيار تحديد عدم التوقع هو معيار موضوعي لا شخصي أي لا يقاس من جانب المدعي عليه، نؤيد الرأي القائل بان تحديد المعيار الموضوعي يكون من قبل الشخص المعتاد لو وضع في الظروف نفسها للمدين لأننا بذلك يمكننا تحديد عدم التوقع بسهولة ويسر، ومن دون المبالغة في هذا التحديد^(٥).

وعلى أية حال، فإن القوة القاهرة يجب ان تكون مستحيلة التوقع عند إبرام العقد، فان كانت ممكنة التوقع وقد قصر المدين في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لدفع هذه الحادثة فهنا ينتفي السبب المانع من المسؤولية، وان العبرة في عدم التوقع هي كما اتضح وقت إبرام العقد فإذا كان هذا الأمر متوقعاً عند الإبرام، فالمدين لا يستطيع الاحتجاج بالقوة القاهرة، أما ان ظهرت إمكانية التوقع في أثناء تنفيذ العقد فان المدين نفسه يمكنه في هذه الحالة ان يتمسك بالقوة القاهرة^(٦). ومن الواجب بيان ان القوة القاهرة هي من الأمور القانونية والتي تنفرد المحكمة وحدها في البت بها^(٧).

(١) د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية ص ١٤٠-١٤١- Carbonnier, O.P.P. ٢٩١.

(٢) د. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ط ١ - مطبعة مصر ١٩٥٦ - ص ٣٦٠.

(٣) Francois chabas, ENCYCLOPEDIE DALL oz, Civil. VE-MED. ١٩٨٨, P. ٢٠.

(٤) د. جلال العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٥٨.

(٥) د. حسين عامر، المرجع السابق، ص ٣٦٠-٣٦١ ود. جلال العدوي، المرجع السابق، ص ٤٥٨.

(٦) أنظر عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٧) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٨٢/١م/٢٩ بتاريخ ١٩٨٢/٥/٥، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٨٢، س ١٢، ص ٢٧.

الالتزام العقدي

ومن المفيد ايراد بعض التطبيقات للقضاء العراقي حول هذا الامر، اذ ذهبت محكمة التمييز في العراق إلى انه (إذا استحال على الطالب تنفيذ التزامه بسبب أجنبي لا يد له فيه نظراً لإصابته بمرض الشيزوفرينا فان ذلك يعفيه وكفيلة من التعويض الاتفاقي)^(١).

وان (البلدية مسؤولة عن الضرر الذي تحدثه الأسلاك الكهربائية العائدة لها ما لم تثبت أنها اتخذت الحيطة الكافية لمنع وقوعه)^(٢).

هذا ولم تعد المحكمة التأخير في الميناء سبباً أجنبياً غير متوقع بقولها "ان حدوث عطب في الباخرة او تأخرها في الموانئ او تأخير إخراج البضاعة من الميناء حتى تتم إجراءات رسمية معينة أمور متوقعة على المدين ان يحتاط بها وهي لا تعتبر ظروفاً طارئة ولا أسباباً أجنبية"^(٣).

وكذلك "إذا وقع الفيضان عند التعاقد فلا يكون ذلك من الحوادث الاستثنائية العامة التي لم يكن من الممكن توقعها"^(٤) ولم تعد المحكمة أيضاً "هطول المطر سبباً أجنبياً يرفع مسؤولية البلدية عن تعويض الضرر الناجم من صقع المجني عليه بالتأثير الكهربائي العائد للبلدية"^(٥).

((ومن الحالات التي ثار الجدل حول ما إذا كان يمكن ان تشكل قوة القاهرة في نطاق عقد التأمين أم لا، فهي جهل المستفيد بوجود تأمين لصالحه جهلاً أدى إلى عدم الوفاء بالتزام المجازي بالسقوط في الوقت المناسب))^(٦)، ومن حالات القوة القاهرة في نطاق عقد التأمين، هو اذا ما كان القاصر دون سن التمييز فانه يعتبر قوة القاهرة تحميه من سقوط حقه^(٧).

وفي قضاء لمحكمة النقض المصرية في هذا الجانب عدت "انخساف الأرض سبباً أجنبياً يعفي المدين من المسؤولية"^(٨). وقد جعلت الأمر الإداري الصادر من السلطة العامة قوة القاهرة^(٩). وكذلك عدت قيام الحرب وانقطاع العلاقات والمواصلات

(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٤٧٧ / حقوقية / ٦٣ ، بتاريخ ١٩٦٣/١٢/٢ - إبراهيم المشاهدي - المبادئ - ص ٢٥٤.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٢٧ / م / ٧٦ / ١٧ بتاريخ ١٩٧٦/٣/١٧ إبراهيم المشاهدي - المرجع السابق - ص ٢٧٧.

(٣) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٩٢٣ / حقوقية / ١٩٦٦ - تاريخ القرار ١٩٦٦/١١/٢٤ - المرجع السابق - ص ٤٨٦.

(٤) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٩٢٣ / حقوقية / ١٩٦٦ ، تاريخ القرار ١٩٦٦/١١/٢٤ - المرجع السابق - ص ٤٨٦.

(٥) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٣٦٣ / م / ١٩٧٦/٣/١٧ تاريخ القرار ١٩٧٦/٦/١٧ - المرجع السابق - ص ٢٨٥ - ٢٨٦.

(٦) انظر د. محمد شكري سرور سقوط الحق في الضمان ، دراسة في عقد التأمين البحري ، ط ١ دار الفكر العربي ١٩٧٩ ، ١٩٨٠ ص ٢٤٠.

(٧) قرار محكمة تمييز العراق رقم (١٠٣٦) / مدنية رابعة / ٨٧ - ١٩٨٨ في ١٣/٤/١٩٨٨ (قرار غير منشور) (حيث جاء فيه: (لدى التدقيق والمداولة وجد ان المميزين دفعوا بعدم علمهم بالحادث بتاريخ وقوعه ، حيث ان حق المطالبة يسقط اذا لم يقيم المتضرر او المؤمن له او السائق بإبلاغ المؤمن تحريراً بالحادث خلال سنة ابتداءً من تاريخ وقوعه او من تاريخ العلم به ، عملاً بحكم البند (أ) من الفقرة الأولى من المادة (١٣) المعدلة في القانون رقم (٥٢) لسنة (١٩٨٠) إضافة الى ان بعض المميزين قاصرون ، فإذا كان القاصر دون سن التمييز فانه يعتبر قوة القاهرة تحميه من سقوط حقه).

(٨) نقض مدني مصري ، الدائرة الثانية ، في ٢٠ نوفمبر ١٩٦٨ ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، ع ١٤ - س ١٤ - يناير ، مارس ١٩٧٠ ، ص ٢٨٦.

(٩) نقض مدني مصري ، ٢٦ مارس ١٩٥٣ ، السنة الرابعة للتبويب ، ص ٧٣٧ ، القاعدة ١١٠ ، و ارد لدى علي علي أبو المجد ، ط ١ ، أحكام النقض على مواد القانون المدني في ربع قرن ، ١٩٥٥ م ، مطبعة لجنة البيان العربي ، ٢٦٦.

ومصدر التشريعات الاستثنائية قوة القاهرة وسبباً أجنبياً يستحيل معه تنفيذ العقود المبرمة ففضت بانفساخها^(١).

٢- ان تكون القوة القاهرة مستحيلة الدفع: ويقصد بهذا ان يكون من المستحيل تجنبه مهما كانت التوضيحات ، فلو تعهد تاجر بتوريد سلعة معينة دأب على استيرادها من إحدى الدول إلا انه لظروف الحرب في هذه الدولة فقط تعذر عليه استيراد السلعة منها فان ذلك لا يعد سبباً أجنبياً لانه يمكن استيرادها من دولة أخرى، وان كان من شأنها إرهاب المدين بزيادة المصاريف ، فهنا يمكن جعل الحرب ظرفاً طارئاً يترتب عليه تعديل آثار العقد لا سبباً أجنبياً يوجب فسخه وذلك لتحقيق إمكانية دفعه^(٢).

وعلى أية حال، فانه ينبغي لتحديد معنى استحالة الدفع النظر إلى الشرطين الآتين:
الأول: عدم إمكان دفع الحدث ، وهذا ما يتعلق بنشوءه ، ويقصد به عدم إمكان تفادي حصوله.

الثاني: عدم إمكان توقي الضرر الحادث او الأمر بعد وقوعه ، وهو ما يتعلق بنتائجه ، ويقصد به عدم إمكان تفادي أثره.

وهذان الشرطان يلزم اجتماعهما ولا يغني أحدهما عن الآخر، فلا يعد الحادث او الأمر سبباً أجنبياً يعفي من المسؤولية، رغم انه لا يمكن دفعه ما دام يمكن تفادي ضرره^(٣).

ويتنازع معياران لتوافر هذا الشرط:

المعيار الأول: الشخص العادي إذا وجد في ظروف المدعى عليه نفسها.
المعيار الثاني: الاستحالة المطلقة التي تتطلب ان يكون دفع الحدث او تلافي ضرره مستحيلاً على الكل ، مما قد يخرج عن قدرة الشخص العادي، اذ يوجد من تفوقه مقدرة على دفع الحادث او توقي ضرره.

ولقد حاول البعض التوفيق بين المعيارين، بالقول انه يجب ان يفهم من الاستحالة المطلقة ان يكون الاستحالة عامة وليست خاصة وهذه المحاولة محل نظر لانه لا يكفي لجعل الاستحالة مطلقة ان تكون عامة ، وانما يجب ان تكون قائمة بالنسبة للكل^(٤).
هذا ومن الجدير بالذكر ان هذه الصفة هي مكمل للصفة الأولى ، فإذا استحال توقع الحادث قبل وقوعه، ولكنه أمكن دفع الحادث بطرق وقائية معينة، في هذه الحالة لا يعد حادثاً مفاجئاً ، أي ان إحدى الصفتين لا تغني عن الأخرى فيجب ان يتصف الحادث بهاتين الصفتين معاً، كي يعد حادثاً مفاجئاً.

وعلى أية حال ، فان البعض يرى ان القوة القاهرة هي وحدها التي تعد سبباً أجنبياً معفياً، لأنها تتميز بصفة الخارجية ، إذن فهم يميزون بين القوة القاهرة المعفية والتي تتميز بالخارجية عن الشيء وبين الحادث الفجائي الذي يتميز بمصدره الداخلي بالنسبة لاستعمال الشيء ، ويمثل للأولى بفعل الطبيعة وللثانية بفعل الشيء، كانهيار آلة

(١) نقض مدني مصري ، ٦٧٧/١٠ بتاريخ ١٩/١١/١٩٥٩ ، وارد لدى محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٦٣ م، ص ١٤٧-١٤٨.

(٢) محمد محمود المصري (مشارك) ، الأنفاس والفسخ والتفاسخ ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٨ ، ص ٣٥.

(٣) د. جلال العدوي، أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٧ ص ٤٥٩. ود. د. حسين عامر ، المرجع السابق، ص ٣٦٣.

(٤) د. جلال العدوي ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ - ٤٦٠.

الالتزام العقدي

في مصنع وخروج قطار عن الشريط، وكان من نتيجة هذا التميز ان قصدها دفع المسؤولية على القوة القاهرة من دون الحادث الفجائي^(١).

ان هذا الرأي لا يجوز التسليم به إلا عند من يقول بنظرية تحمل التبعة ، اذ يجوز عند أصحاب هذا الرأي ان يكون الشخص مسؤولاً عن الحادث الفجائي من دون القوة القاهرة^(٢).

وهناك من الفقهاء من يميز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي على أساس انه اذا كانت الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة ، واما إذا كانت هذه الاستحالة نسبية فيوجد الحادث الفجائي^(٣). ولا يقوم هذا التمييز على أساس صحيح ، لان الاستحالة في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي يجب ان تكون استحالة مطلقة^(٤).

وهناك من يقول أن القوة القاهرة هي حادث يستحيل دفعه ، أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه^(٥). فتوزع الميزتان : استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع. ويكفي في نظر هؤلاء ان يكون الحادث مستحيل الدفع او ان يكون غير ممكن التوقع، اذ لا يتطلب اجتماعهما، وهذا الرأي لا يجوز الأخذ به ، لان كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي يجب ان تجتمع فيه : عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع ولا يكفي وجود أحدها لانعدام رابطة السببية^(٦).

واما الاتجاه السائد في التشريع، فانه يرى عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا من حيث الأثر ولا من حيث المعنى ، إذ أن هذه التفرقة لا سند لها في القانون، وان التعبيرين مترادفان قصد المشرع بهما معنى واحداً ، وهذا هو الاتجاه الذي أخذ به الكثير من شرائح القانون المدني العراقي، فأكدوا على الوحدة بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة^(٧).

إذا فالتعبيران يدلان على شروط القوة القاهرة التي تستلزم ان تكون غير متوقعة ولا يمكن درء ما ينشأ عنها. من ضرر ولا دخل لارادة الملتزم في وقوعها بحيث تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وقد جاء نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي قاطعاً في وحدة أثرهما .

(١) سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية ، القسم الأول ، المرجع السابق ، ف ١٧٦ ، ص ٤٩٣ .

(٢) السنهاوري ، الوسيط - ج ١ - المرجع السابق ، ف ٥٨٦ ، ص ٩٩٥ .

(٣) أنظر كولان وكابيتان - القانون المدني - ٢ - رقم ١٢٦ ، كولان ، دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٧٣ ، أورده إبراهيم ألد سوقي - الإغفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات المرجع السابق ، ف ١٣٧ ، ص ١٩١ ، ١٩٢ .

(٤) السنهاوري ، الوسيط - ج ١ - المرجع السابق ، ف ٥٨٦ ، ص ٩٩٥ .

(٥) أنظر كلا من رادون ، ص ١٧٣ ، وبعده ، لابييه - المجلة الانتقادية - ١٨٧٠ - ١١٥ ، أورده إبراهيم الدسوقي ، المرجع السابق ، ف ١٣٧ ، ص ١٩٢ .

(٦) السنهاوري ، المرجع نفسه، في الموضوع نفسه .

(٧) عد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ف ٨٨٣ ، ص ٥٣٨ .

وأنظر كذلك غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧١ ، ف ٨٩٦ ، ص ٤٧٣ .

وأنظر كذلك صلاح الدين الناهي ، مبادئ الالتزامات - مطبعة سلمان ألا عظمي ، بغداد - ١٩٦٨ ، ص ١٨٥ . وأنظر كذلك فريد فتیان - مصادر الالتزام - شرح مقارن على النصوص - مطبعة العاني ، بغداد ١٩٥٧ ، ص ٢٩٨ .

وأنظر كذلك أياد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية عن الأشياء ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ . وأنظر كذلك حسن الخطيب - نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية ، مطبعة حداد - البصرة ، دون سنة طبع ، ص ١٩٤ .

الالتزام العقدي

وعلى الرغم من أن المشرع العراقي قد أخذ بالاتجاه القائل بموحدة القوة القاهرة والحادث الفجائي في القانون المدني العراقي في المادة (٢١١)، إلا أنه قد عاد وأخذ بالاتجاه القائل بالتمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، وذلك في قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغي، إذ قضت المادة (٣٠١) منه على جعل القوة القاهرة سبباً من الأسباب التي يجوز للناقل أن يدفع مسؤوليته بها، إلا أن المادة (٢٤٩) من هذا القانون حددت الحالات التي لا تعد من قبيل القوة القاهرة والتي لا تؤدي بالتالي إلى دفع مسؤولية الناقل، إذ تنص هذه المادة على أن:

١. (لا يعتبر من القوة القاهرة في مواد النقل، انفجار وسائط النقل أو احتراقها أو خروجها عن القضبان التي تسير عليها أو تصادمها أو غير ذلك من الحوادث التي ترجع إلى الأدوات والآلات التي يستعملها الناقل في تنفيذ النقل ولو أثبت أنه اتخذ الحيطة لضمان صلاحيتها للعمل ومنع ما قد تحدثه من ضرر .
٢. وكذلك لا يعتبر من القوة القاهرة الحوادث التي ترجع إلى وفاة تابعي الناقل فجأة أو أصابتهم بضعف بدني أو عقلي أثناء العمل ولو ثبت أن الناقل اتخذ الحيطة لضمان لياقتهم البدنية والعقلية) .

يتضح من هذه المادة، أن المشرع العراقي قد استبعد الحوادث الفجائية التي ترجع إلى الآلات المستخدمة في النقل أو الحالة الصحية لتابعي الناقل من بين الأسباب التي تؤدي إلى دفع مسؤولية الناقل، وبهذا يكون المشرع العراقي قد ساير الآراء الفقهية الحديثة، والقائلة بالأياد من القوة القاهرة ألا الحوادث الخارجية التي تنسب بطابع الأهمية والاستحالة^(١).

وعاد المشرع العراقي مرة أخرى ليقر صراحة الاتجاه القائل بالتفرقة بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة في قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣، إذ نصت المادة (١١) منه على ما يأتي: (لا يجوز للناقل أن يدفع مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي يصيب الركاب إلا إذا أثبت أن ذلك الضرر يرجع إلى خطأ الركاب أو إلى قوة القاهرة نتجت عن عوامل خارجية لم تنبع من دائرة نشاط الناقل ولم يكن في الإمكان توقعها أو تلافي آثارها) .

يظهر بوضوح أن نص المادة (١١) من قانون النقل يفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، لأن هذه المادة اشترطت في القوة القاهرة أن تكون ناتجة عن عوامل خارجية لم تنبع من دائرة نشاط الناقل، وبذلك تكون هذه المادة قد استبعدت الحادث الفجائي، ويرى جانب من الفقه العراقي أن ركن الخارجية في القوة القاهرة هو الذي يميزها عن الحادث الفجائي^(٢).

أما في القانون الإنكليزي، وكما علمنا سابقاً بأنه أوجد مصطلح الواقعة المحبطة لتنفيذ الالتزام (Frustrating Event) كي يستعمله المدين لدفع المسؤولية عندما يستحيل عليه تنفيذ التزامه، بسبب ظروف استجدت بعد إبرام العقد أدت إلى تحقق الاستحالة (Frustration) والتي تؤدي إلى إنهاء الالتزام بسبب عدم إمكانية تنفيذه وان مصطلح الواقعة المحبطة لتنفيذ الالتزام يشمل كلا من مصطلحي القوة القاهرة

(١) أكرم يا ملكي - العقود التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة العراقي - ١٩٧٠ - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٧٢، ص ٢٢ .

(٢) أستاذنا الدكتور حميد العنكبي - قانون النقل العراقي، المرجع السابق، ص ٩٢ .

الالتزام العقدي

(Act of God) ومصطلح الحادث الفحائي (Inevitable Accident) الذين يردان

كدفعين مستقلين في المسؤولية التقصيرية (Torts) .
وقد تظهر هذه الواقعة بشكل مرض او موت المتعاقد او فقدان أهليته في عقود الخدمات الشخصية مما يؤدي إلى عدم تمكنه من تنفيذ التزامه^(١) .
أو كأن تفرض الحكومة قيوداً على عملية البناء بعد الحرب مما يجعل تنفيذ عقد المقولة مستحيلاً^(٢) . او تظهر هذه الواقعة بصورة امتناع الجهات المختصة بشؤون الصيد البحري عن إعطاء الترخيص بالصيد إلى الأطراف المتعاقدة مما يحول دون تنفيذ عقود الصيد المبرمة^(٣) .

ب- مفهوم القوة القاهرة في الفقه الإسلامي :-

أما في الفقه الإسلامي فإننا نستطيع تلمس مفهومه لنظرية القوة القاهرة من خلال نظريتين، وهما نظرية الجوائح في الزرع والثمار ، ونظرية العذر في ظل عقد الإجارة^(٤) -وكالاتي:

١- نظرية الجوائح (الآفة السماوية) :

وهي كما عرفها ابن عرفة من فقهاء المالكية بقوله: " ما اتلف من معجوز عن دفعه عادة قدرأ من ثمر او نبات بعد بيعه .."^(٥) ، وعرفها الحنابلة " أنها كل آفة لا صنع للأدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش "^(٦) . وتقوم فكرة الجوائح على بيع الثمار وهي ما زالت ملتصقة بأشجارها ، فتصيبها نازلة قبل قبضها فعلياً فتؤدي إلى تلفها او نقصان قيمتها ، وبهذا تكون الجائحة عبارة عن كارثة طبيعية او نازلة او آفة تصيب الثمار المباعة وهي على رؤوس الأشجار، وان فقهاء المالكية هم الذين أوجدوا نظرية الجوائح ، وقد قاموا باستخلاص الأحكام التي تنظم الجوائح وتبين نطاقها ، وعلى الرغم

^(١) Robinson v . Navidson (١٨٧١) L.R.٦.FX.٢٦٩ – and Condor v.the Barron Sjnights. Ltd. (١٩٦٦) TW.L.R.٨٧- chitty on contracts – P.٨٥٢- OP.Cit.

^(٢) Criklewood Property & Investment Trust Ltd. V.Leightons Investment Trust Ltd. (١٩٤٥) A.C.٢٢١ chitty on contracts – P.٨٦٠- OP.Cit

^(٣) Maritime National Fish Ltd. . V.Ocean Travelers Ltd. (١٩٣٥) A.C.٥٢٤. Chitty on contracts – P.٨٦٥- OP.Cit.

^(٤) ويرى جانب من الفقه (أن هاتين النظريتين تقتربان من مفهوم نظرية الحوادث الطارئة ، دون أن تعبيرا عن هذا المفهوم ، لأننا إذا أخذنا نظرية العذر للعقد – كما يقول هذا الفقه – في عقد الإيجار على سبيل المثال ، نجد أنها لا تقتصر على الحوادث الطارئة فقط وإنما تشمل القوة القاهرة ، كما أن في نظرية الظروف الطارئة ، تتعلق بالظروف المستجدة بالمحل أي بالمعقود عليه ، في حين نجد في نظرية العذر ، أن العذر – أي الظرف المستجد ، لا يقتصر على العقود عليه ، وإنما قد يتعلق بشخص المؤجر والمستأجر ، كذلك فإن العذر قد يرجع إلى العين المؤجرة ، كمن استأجر أرضاً زراعية ينقطع عنها الماء بحيث يتعذر زرعها كان يقع في دين فادح ، فلا يستطيع التخلص منه إلا من ثمن العين المؤجرة ، فيصبح الدين عذراً في فسخ عقد الإيجار ، ولمن يشتري شيئاً معيناً يؤجره إلى شخص وبعد التأجير يطلع على عيب فيه فيستطيع المؤجر فسخ عقد الإيجار كي يتسنى له أن يرد الشيء بالعيب ، (الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٨٥ وما بعدها حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٧٦) أنظر د. غازي عبد الرحمن ناجي ، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه ، منشورات مركز البحوث القانونية (١٣) ، بغداد ، ١٩٨٦ ص ٢٥ هامش (١٧) .

^(٥) شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مطبعة دار احياء الكتب العربية ، القاهرة ، ١٣٠٩ هـ ، ج ٣ ، ص ١٨٦ .

^(٦) الامام شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن ابن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير مطبعة المنار ، القاهرة ، ١٣٤٧ هـ ، ج ٤ ، ص ٢١٦ .

الالتزام العقدي

من انهم قد اختلفوا في طبيعة تلك الجائحة، الا انهم اتفقوا على ان الجائحة امر لا يرجع في اصله إلى فعل الأدميين واختلفوا في ما وراء ذلك .

المذهب الأول : يذهب إلى ان الجائحة لا تكون إلا في الحوادث او النازلات السماوية أي تلك التي لا ترجع إلى فعل الأدميين، كانهيار مياه العيون وانقطاع المطر وغارات الجراد واسراب الطيور وهبوب الرياح وتقلبات الطقس ما بين حر وبرد وعطش^(١). وقد اتفق الحنابلة مع هذا المذهب .

المذهب الثاني: وقال به ابن نافع وابن القاسم من المالكية، والذين يذهبون إلى ان الجائحة تشمل فضلاً عن الآفات السماوية أفعال الأدميين، إذا كانت غالبية كاجتياز الجيش الجرار ، فلا ريب ان المتعاقدين لا يستطيعان دفع هذا الجيش الجرار أو رده ، أما إذا كانت أفعال الأدميين غير غالبية حتى وان حدثت بغنة وعلى حين غرة كالسرقة مثلاً، فإنها لا تعد في نظرهم في حكم الجائحة اذ من الممكن التحرز منها^(٢) .

المذهب الثالث : روى عن ابن القاسم، انه يرى أن الجائحة تشمل كل الأفعال سماوية كانت أم آدمية، طالما إنها لم ترجع في مصدرها إلى أي من المتعاقدين^(٣)

أما الحنفية^(٤) والشافعية^(٥) والجعفرية^(٦) فانهم لم يأخذوا بوضع الجوائح لانه لا يصح عندهم بيع الثمر او البقول قبل بدء صلاحها ، ولان القبض يتم بالتخلية، فإذا قبض المشتري الثمار كان مسلطاً عليها ان شاء قطعها وان شاء تركها، فما هلك من يده فإنما هلك من ماله لا من مال البائع . أي ان تبعة هلاك المبيع لدى فقهاء هذه المذاهب تدور وجوداً وعدمًا مع التسليم ، وهو مسلك القانون المدني العراقي^(٧) .

٢- نظرية العذر :

ويعد فقهاء الأحناف من اكثر الفقهاء تحمسا للأخذ بنظرية العذر ، التي تقوم في نظرهم على فكرة مؤداها حدوث ظروف او أحداث تسمى بالأعذار تطرأ على عقد الإجارة بعد إبرامه . ويمكننا في الواقع تلخيص مفهوم العذر في ظل الفقه الحنفي ، في ان ما يطرأ بعد تنفيذ العقد ، يكون له مفهومان يشكلمان معيارين يستند إليهما فسخ العقد او انفساخه بحسب تعبير كل عذر :

(١) الإمام مالك بن أنس - المدونة الكبرى - رواية سحنون عن عبد الرحمن ابن القاسم ، ط ١ - مطبعة السعادة - مصر - ٣٢٣ هـ - ج ١٢ ، ص ٣٧-٣٨ .

(٢) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع ،، مطبعة أنصار السنة المحمدية - ١٩٤٨ - ج ٣ ، ص ٢٨٥ .

(٣) الإمام القاضي ابي الوليد محمد بن احمد محمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ج ١ - ط ١ - دار العلم بيروت - دون سنة طبع ، ص ١٩٠-١٩٦ .

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للكاساني ، ج ٥ ، ط ٢ ، ص ٢٤٤ .

(٥) الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، كتاب ألام ، ط ١ ، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت ١٤٠٠ هـ - ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م ، ج ٣ ، ص ٥١ - ٥٢ ، نهاية المحتاج ، ج ٢ ، ص ١٤١-١٤٥ ، وقد اجمل موقف الفقه الشافعي هذا فاضل شاكرك النعيمي ، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون - رسالة ماجستير - مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد ، ١٩٦٧ ، ص ١٣١ .

(٦) محسن الحكيم - مستمسك العروة الوثقى - ج ١١ - ط ٢ - مطبعة النجف - ١٣٨٢ هـ - ص ٣١٠ . المحقق الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ، القسم الثاني ، المرجع السابق ، ص ٢٩ .

(٧) المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي .

الالتزام العقدي

أ. فإن كان عذر لم يكن متوقعاً عند التعاقد ، ويؤدي إلى عجز المتعاقد عن المعنى في موجب العقد شرعاً ، أدى هذا العذر بالضرورة إلى انفساخ العقد حكماً من تلقاء نفسه ، ودون أن تترتب أية مسؤولية على من قام العذر بجانبه من الطرفين المتعاقدين ، ومن أمثلة العذر الذي يؤدي إلى انفساخ عقد الإجارة في ظل الفقه الحنفي إنها تنفسخ بفوات المنافع قبل القبض إذا كانت سبباً في إبرام العقد ودافعاً إليه .

ب. وإن كان عذراً لم يكن متوقعاً عند التعاقد ، ولكنه لا يؤدي إلى عجز المتعاقد عن المعنى في موجب العقد شرعاً بل يتضمن هذا العذر نوعاً من الضرر لم يوجب العقد كان من حق المتعاقد شرعاً أن يطلب عندئذ فسخ العقد قضاءً وذلك لتلافي الضرر^(١) . وقد توسع الأحناف في هذا النوع الأخير في حالة عجز المتعاقد عن تنفيذ ما التزم به بموجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يتحمله بموجب العقد . وقد جاءت المذاهب الإسلامية^(٢) متفقة مع المذهب الحنفي في مفهوم العذر الذي يؤدي إلى انفساخ عقد الإجارة ، ويمكننا التدليل على ذلك من وجود قدر مشترك من الأعداء تسوغ القول بانفساخ عقد الإجارة في حالة حدوثها ، ويمكننا أن نجمع هذه الأعداء المشتركة فيما يأتي :

١. تعذر استيفاء المنفعة أو فوات القبض اللازم للإجارة، مثل هلاك العين المؤجرة .
 ٢. حدوث خلل أو عيب في المعقود عليه، كانهدام جزء من الدار المؤجرة .
 ٣. الخوف العام بسبب أجنبي، كقطع طريق لمريد السفر في هذا الطريق .
 ٤. وجود مانع شرعي، كشفاء عضو تعاقد على بتره فيبراً هذا العضو .
- وإذا كان هناك اختلاف بينهما في مفهوم العذر الذي يؤدي إلى انفساخ العقد ، فإنه ينحصر في دائرة حدوث عذر موت أحد العاقدين في عقد الإجارة ، وقد انقسم الفقهاء في ذلك إلى رأيين :

الرأي الأول : يذهب إلى القول بانفساخ العقد بموت أحد المتعاقدين ، وهو مذهب الحنفية والظاهرية ومعهم المالكية الذين استثنوا موت المستأجر في حالات معينة ، أما موت المؤجر عند المالكية فلا تنفسخ به الإجارة .

الرأي الثاني : يذهب إلى أن الإجارة لا تنفسخ ولا تفسخ لموت المؤجر والمستأجر وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة ومعهم المالكية في أن الإجارة لا تنفسخ بموت المؤجر ، وذلك لسلامة المعقود عليه لديهم .

(١) أنظر حاشية ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ، ج ٥ ، المطبعة المصرية ، ١٢٨٦ هـ ، ص ٥٤ ، وكذلك أنظر البدائع للكاساني ، ج ٤ ، ص ١٩٧-١٩٨ .

(٢) المذهب المالكي : حاشية ألد سوقي على الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص ٣١ .
المذهب الشافعي : المجموع شرح المذهب للإمام محي الدين بن شرف النووي ، مطبعة التضامن الأخوي ، القاهرة ، ١٣٤٧ هـ ، ج ١ ، ص ٣١٦ .
المذهب الحنبلي : شرح منتهى ألامارات لابن النجار ، دار الجيل ، القاهرة ، ١٣٨١ هـ / ١٩٦١ م ، ج ٤ ، ص ٢٨٢ .
المذهب الجعفري : مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة لمحمد جواد بن الحسيني العاملي ، مطبعة الشورى ، القاهرة ، ١٣٦٢ هـ ، ١٥٨ .

الالتزام العقدي

عند إمعان النظر بكلا المفهومين السابقين والذين جاء بهما الفقه الإسلامي، فإننا نجد ههما من الشمول، إذ لا يقتصر أثرهما على الإحاطة بشروط وأثار نظرية القوة القاهرة كما قال بها القانون والفقه القانوني، بل امتد ليشمل ما عرضته اغلب القوانين تحت عنوان نظرية الظروف الطارئة، من باب ان مفهوم العذر ومفهوم الجائحة يستوعب نظرية الظروف الطارئة، لا بل وتعد الأخيرة وعلى وجه الخصوص تطبيقاً من تطبيقات مفهوم الجائحة على فرض ان الجائحة ما هي الا ظروف تجتاح المال فتهلكه كله او بعضه، لأنها أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان.

وإذ يحرص هذان المفهومان على تأكيد مبدأ القدرة والاستطاعة في التكليف، فإنهما بذلك يؤكدان امتزاج أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي بالدين، ويؤكدان أيضاً بشيء لا يقبل الشك والجدل، أن مصدر هذين المفهومين الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة.

ثانياً: خطأ الدائن

لم يتضمن القانون المدني العراقي نصاً صريحاً ومباشراً يذكر لفظ خطأ الدائن، إلا ان هذا لا يمنع من جعل خطأ الدائن في هذا القانون سبباً من أسباب دفع مسؤولية المدين العقدي، بوصفه صورة من صور السبب الأجنبي، لان المشرع في القانون المدني لم يقصد ان يضع تعديداً محدوداً لأسباب الإعفاء لتكون واردة على سبيل الحصر، وانما اكتفى في ذلك لتقرير القاعدة العامة، والتي تقضي بالإعفاء في حالة توافر السبب الأجنبي والذي قد يتمثل في خطأ الدائن، وهذا ما تضمنته المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي.

من خلال هذه المادة، يمكن الاستدلال على ان القانون المدني العراقي قد اعترف بخطأ الدائن كسبب لدفع مسؤولية المدين، وذلك من خلال ما تضمنته هذه المادة من جواز دفع المسؤولية التقصيرية بخطأ المتضرر، ووجه الاستدلال يتمثل في ان المتضرر في نطاق المسؤولية التقصيرية يقابل الدائن، وهذا يؤكد بان فكرة السبب الأجنبي فكرة عامة في نطاق المسؤولية المدنية بنوعها، فعند دراسة إحدى المسئوليتين يكتفى في الثانية بالإحالة عليها^(١).

وقد قضت محكمة تمييز العراق، على: ((... ان المميز -رب العمل- قد استعمل الأحواض دون ان يتخذ الحيطة الكافية في سد منافذ الفلنجات وربط الأنابيب بصورة صحيحة، وان هذا الاستعمال المعيب من قبله للمشروع هو الذي أدى الى هذا التهدم والتشققات وازديادها بمرور الزمن حسب ما ورد بتقرير الخبراء، ولما كان استعمال أبنية المشروع بصورة معيبة غير صحيحة أمر خارج عن إرادة المميز عليه -المقاول- فإنه لا يكون عما أدى إليه من نتائج، اذ ان المسؤولية في هذه الحالة تكون على من قام بالفعل مباشرة او تسبب في الضرر (...))^(٢).

كما قضت أيضاً أن ((المميز عليه -المقاول- قد أقام الدعوى يطلب فيها الحكم بالزام المميز -رب العمل- بان يدفع له مبلغ قدره ٣.١٣٨.٦٠٠ مليون دينار وهو مبلغ كلفة الجسر الذي قام بإنشائه مع أعمال أخرى بموجب المقاوله المعقودة بينه وبين المميز، وقد انهار هذا الجسر نتيجة خطأ وتقصير المميز -رب العمل- فصدور

(١) السنيهوري، الوسيط، ج ١، مصادر الالتزام، ق ٤٤٥، ص ٧٧٥. و أنظر أيضاً عبد المنعم البدر راوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف ٣٢٩، ص ٤٢٢، و أنظر أيضاً سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، المرجع السابق، ص ٤٨٢.

(٢) اقرار محكمة تمييز العراق رقم ٨ / استئنافية / ١٩٧١، بتاريخ ١٥ / ١ / ١٩٧٠، منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الثانية، تشرين الثاني ١٩٧٢، ص ١٦٦.

الالتزام العقدي
الحكم لصالحه بدعة وتأيدته استئنافاً، ووجد ان تقرير الخبراء في المرافعتين البدائية والاستئنافية قد أيد استحقاق المقاول جميع تكاليف العمل ، وبأنه ليس مسؤولاً عن الانهيار الذي حدث للجسر ، كما أيد التقرير ان هذا الانهيار ليس ناتجاً عن خطأ المقاول في العمل او مخالفة المواصفات ، بل انه ناتج عن خطأ رب العمل - المميز - وتقصيره لانه عند وضع التصميم هذا الجسر لم يراع في تصميميه مواصفات الجسور التي تنشأ لمثل الغرض الذي أنشأت الجسور موضوع الدعوى لاجله ، بحيث كان عدد الفتحات المصممة قليلة بحيث لا يمكنها ان تستوعب كمية المياه المتدفقة وقوتها في مثل هذا الفيضان المحتم حدوثه في أي من السنين ، ولم يراع التصميم كذلك مقدار العمق اللازم للأسس لمثل هذا الجسر ...)^(١).

وقد اعترفت محكمة النقض المصرية بخطأ الدائن بوصفه سبباً من الأسباب التي يجوز من خلاله دفع مسؤولية المدين ، عندما قررت في حكم لها " ان مجرد عدم تنفيذ المدين للالتزام التعاقدى يعتبر في ذاته خطأ موجباً للمسؤولية التي لا يدرأها عنه إلا إثباته قيام القوة القاهرة أو خطأ الدائن ")^(٢).

وفي حكم آخر تقرر محكمة النقض المصرية : " ان خطأ المتضرر ولو كان ممكن التوقع او ممكن تجنب آثاره ، تنتفي معه مسؤولية حارس الشيء إذا كان تدخله في حدوث الضرر سلبياً وكان فعل المضرور هو السبب المباشر للضرر ")^(٣).

ويقع على الدائن واجب التعاون مع المدين لتفادي استحالة تنفيذ الالتزام^(٤)، وهذا الأمر من موجبات حسن النية، التي تفرض أن يكون هناك ثمة نوع من التعاون بين طرفي العلاقة القانونية ، فلا يصح ان يرهق أحدهما الآخر^(٥). فمن واجبات الدائن ، ضرورة سلوكه تجاه المدين سلوكاً متبصراً بحيث يتفادى الأخطاء المؤثرة على تنفيذ المدين للالتزام ، فلا يقف عقبة بسبب استحالة تنفيذ المدين للالتزام ، الا ان الدائن لا يلزم - بهذا الخصوص - إلا بالإجراء الضروري لنفاذ الالتزام وبحسب الظروف المحيطة بذلك الالتزام ، فمثلاً على مدير المعمل الذي يستخدم عازفاً على الكمان ان يقوم بما يعين هذا العازف على أداء عمله باستخدام عازف آخر لمعاونته^(٦) ، ولا يتضمن ذلك تنازل الدائن عما له من حقوق وإلا كان مسوغاً للمدين ان يوقف التنفيذ وإذا كان هذا الامتناع من الدائن بسبب قوة القاهرة ، فعلى المدين القيام بكل التزاماته ، ولو صادف في ذلك بعض الصعوبات^(٧).

(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٨ / استئنافية / ١٩٧٠ ، بتاريخ ١٥/١/١٩٧٠ منشور في النشرة القضائية العدد الأول ، السنة الأولى ، كانون الأول ، ١٩٧٠ ، ص ٩٠.

(٢) نقض مدني مصري - ١٠ مارس ١٩٥٥ - مجموعة القواعد القانونية ج ٢ - رقم ١٠٦ ، ص ٨٤٨.

(٣) نقض مدني مصري - ١٥/٦/١٩٩٤ ، مجلة القضاة ، س ٢٧ ، ع ١٤ ، ص ٣٠٤ ، و ارد لـ د. جلال العدوي ، المرجع السابق ، ص ٤٦٧ هامش (٢) .

(٤) أما بخصوص مبدأ التعاون بين الدائن والمدين في تنفيذ العقد في القانون الإنكليزي ، يراجع الأستاذ شاكر ناصر حيدر ، واجب تقليل الضرر في القانون الإنكليزي ، بحث ، منشور في مجلة القانون المقارن : العدد ١٣ لسنة ١٩٨١ ص ١٢ وما بعدها .

(٥) د. حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، ص ٤٣-٤٤.

(٦) قرار محكمة السين ، ٣ أغسطس ١٨٩٩ ، نقلاً عن حسين عامر ، المرجع السابق ، ص ٤٨.

(٧) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٢٢٢٩/ح/٦٧ والصادر في ٢٧/١/١٩٦٨ ، منشور في مجلة القانون المقارن ، ع ٢/س ٢/ص ٢١٨ .

الالتزام العقدي

كما يقع على الدائن واجب إخطار المدين بالظروف التي تؤثر على سير التنفيذ، ففي عقد الإيجار يقع على المستأجر وهو الدائن بالانتفاع بالمأجور واجب إخطار المؤجر بأي ادعاء من الغير يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق^(١).

وفي عقد العمل يقع على رب العمل واجب بإخطار المقاول، ان التنفيذ معيب مناف للعقد إذا ثبت ذلك أثناء سير العمل^(٢).

وفي عقد النقل يقع على مرسل البضاعة واجب إخطار الناقل بطبيعة البضائع، إذا كانت تحتاج إلى عناية خاصة بالنظر لطبيعتها، وفي عقد التأمين يكون من واجب المؤمن له إخطار المؤمن بكل ما يتعرض له محل التأمين من أخطار^(٣)، وفي عقد الوديعة يكون من واجب المودع إخطار الوديع بطبيعة البضاعة المودعة^(٤).

كما يقع على الدائن واجب عدم التعسف في استعمال حقوقه^(٥)، وقد اخذ القضاء العراقي بهذا الواجب، إذ قضت محكمة التمييز^(٦) بأن "رفض وزارة الصحة تمديد الإجازة الدراسية لإحدى الطبيبات واعتبارها مستقلة ليس له ما يبرره بعد ان أيدت جهات رسمية محايدة ان طبيعة الدراسة تقتضي التمديد ذلك انها كانت تدرس عندما أُنذرتها المميزة بإلغاء إجازتها ولزوم التحاقها بوظيفتها".

ويقع على الدائن أيضاً واجب عدم الإساءة إلى مركز المدين^(٧)، فقد نصت المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي على انه "يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو أن لا تحكم به، إذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوأ مركز المدين".

فهذه المادة قد أكدت ما لخطأ الدائن من تأثير على مسؤولية المدين، إذ أن هذا الخطأ قد يخفف من مسؤولية المدين^(٨) أو يصل إلى حد إعفائه منها إذا كان من التأثير، بحيث يستغرق خطأ المدين بحيث يتحمل الدائن وحده مسؤولية الضرر أو الإخلال الذي ينتج من جانب المدين، وإذا ما انتقلنا إلى الفقه نجد بأنه على إجماع بان خطأ الدائن يعد من الأسباب التي تؤدي إلى إعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ^(٩).

ولقد تعرض الفقه لحكم هذه المادة بالنقد، فقد أجازت المحكمة بإنقاص مقدار التعويض أو عدم الحكم به إذا كان المضرور قد زاد في الضرر أو سوأ مركز المدين،

(١) أنظر المادة ٧٥٤ من القانون المدني العراقي.

(٢) أنظر المادة ١٨٩ من القانون المدني العراقي.

(٣) أنظر المادة ٩٨٦ من القانون المدني العراقي.

(٤) أنظر عبد الجبار ناجي صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٥) قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٢٠٩/هـ ع / ٧٢ صادر في ١٩٧٣/٣/١، أورده إبراهيم المشاهدي، المبادئ، ص ٢٧٠.

(٦) قرار محكمة تمييز العراق، في ١٩٩٨/١١/٢٤ المنشور في مجلة القضاء ١٤/آذار/١٩٩٩.

(٧) عبد الجبار ناجي صالح، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

(٨) إذ قضت محكمة تمييز العراق "أن تجاوز نسبة الإصلاح في الكونكريت المستعمل للحد المسموح فيه يعتبر من العيوب التي تشكل خطراً على قوة الكونكريت والحديد لذلك يسأل المقاول عن هذا العيب.. يشاركه رب العمل بنصف المسؤولية لعدم منعه من استعمال مواد غير مطابقة للمواصفات".

رقم القرار ٥٣٦/م/٢٠٧٤ في ١٩٧٤/٩/٢٥، إبراهيم المشاهدي، المبادئ، ص ٦٤٩.

(٩) السنهوري، في الالتزامات، ج ١، ص ٩٦١، محمد كامل مرسي، العقود المدنية الصغيرة، ص ١٦٢، أوردهم سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، المرجع السابق، هامس رقم (١) ص ٢٦١.

الالتزام العقدي

والحقيقة فيما نرى، أن عبارة (أو سواء مركز المدين) إنما هي مما ينطوي عليه مدلول عبارة (أو زاد فيه) ولذا فهي عبارة زائدة يستحسن حذفها^(١).

ويقع أيضاً على الدائن واجب اعذار المدين قبل المطالبة بفسخ العقد أو التنفيذ العيني الجبري^(٢). ويجدر بالدائن أيضاً أن يعوض المدين إذا صار التزام هذا الأخير مرهقاً وإلا جاز للقاضي تبعاً للظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول^(٣). وتأسيساً على ذلك فإن امتناع الدائن عن القيام بواجباته السابقة الذكر يشكل خطأ سلبياً يحقق المسؤولية المدنية^(٤).

وإذا لم يشر القانون المدني صراحة إلى خطأ الدائن كسبب من أسباب دفع مسؤولية المدين العقدية بحيث تمكننا من الاستدلال على تأثيره في هذه المسؤولية من خلال المقارنة بينه وبين خطأ المتضرر الوارد في مجال بحث المسؤولية التقصيرية، فإننا نجد قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ قد تناول مفهوم خطأ الدائن بشكل صريح، إذ عبر عنه بمصطلحي: خطأ الراكب في عقد نقل الشخص وخطأ المرسل أو المرسل إليه في عقد نقل الشيء، فقد نصت المادة (١١) من هذا القانون على: (لا يجوز للناقل أن يدفع مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب إلا إذا اثبت ان ذلك الضرر يرجع إلى خطأ الراكب أو إلى قوة قاهرة نتجت عن عوامل خارجية لم تتبع من دائرة نشاط الناقل ولم يكن في الإمكان توقعها أو تلافي آثارها).

يتضح من هذه المادة ان الناقل يستطيع ان يدفع مسؤوليته العقدية وذلك بان يثبت ان الضرر الناشيء كان بسبب فعل المسافر نفسه (الدائن)، أي ان الراكب قد الحق الضرر بنفسه، نتيجة لإهماله أو تعمد، وان إعطاء الحق للناقل في دفع مسؤوليته يقتصر على الحالة الثانية دون الحالة الأولى وهي حالة تعمد الراكب ارتكاب الخطأ^(٥)، فلا يستطيع الناقل ان يدفع عن نفسه المسؤولية بشكل كامل، أما في حالة الإهمال الناتج من قبل الراكب، ففي هذه الحالة لا يستطيع الناقل ان يدفع عن نفسه المسؤولية، لان الإهمال من قبل الراكب ما كان ليقع لولا إهمال الناقل نفسه لعدم اتخاذه الاحتياطات الضرورية لتنظيم عملية النقل، كفتح الأبواب أثناء السير أو بسبب سوء اختيار تابعيه، وعليه فلا موجب للتخفيف من مسؤولية الناقل في هذه الأحوال إلا إذا كانت مساهمة الراكب في إحداث الضرر ناتجة عن تعمد. واتخاذ الناقل لكافة الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الحادث^(٦).

وأما ما يخص عقد نقل الشيء، فقد تطرق قانون النقل العراقي إلى خطأ الدائن معبراً عنه بمصطلح خطأ المرسل أو المرسل إليه، ورتب عليه رفع المسؤولية عن الناقل إذا تمكن من إثبات الخطأ في جانب المرسل أو المرسل إليه، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٤٦) بقولها: (يضمن الناقل سلامة الشيء أثناء تنفيذه عقد النقل ويكون

(١) أستاذنا د. جاسم العبودي، محاضرات في القانون المدني العراقي، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات الدراسات العليا للقسم الخاص في كلية القانون جامعة بابل لسنة ٢٠٠٠، ص ٢٠.

(٢) حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، ص ٣٤٩، ف ٣٥٨.

(٣) أنظر نص المادة ١/١٣٩ من القانون المدني العراقي.

(٤) سهام عبد الرزاق السعيد، الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧، الصفحات ٢١٤ و ٢١٥ و ٢١٦.

(٥) دمجيد حميد العنبيكي، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٦) د. مجيد حميد العنبيكي، المرجع السابق، ص ٩١.

الالتزام العقدي

مسؤولاً عن الأضرار التي تصبىء، ولا يجوز له ان ينفي مسؤوليته عن هلاك الشيء عام تلفه او التأخير في تسليمه إلا بإثبات القوة القاهرة او العيب الذاتي في الشيء او خطأ المرسل او المرسل إليه).

ومن أمثلة خطأ المرسل إليه التباطؤ في الحضور لتسلم البضاعة على الرغم من إبلاغه بذلك، مما أدى إلى ان تصاب البضاعة بضرر، او ان يكون المرسل او المرسل إليه أحدهما او كليهما من ذوي السمعة السيئة، كالمهربين ومن إليهم، إذ يترتب على ذلك حجز البضاعة في الكمرك وتفتيشها تفتيشاً دقيقاً استغرق وقتاً طويلاً مما تسبب في تأخير وصولها^(١).

أما عن استحالة التنفيذ لخطأ الدائن في الفقه الإسلامي ، فقد اتفق فقهاء المسلمين على أن الدائن إذا اتلف محل الالتزام المستحق له استقر العقد ولزمه العوض، فلا شك أن الإلتلاف كالقبض يسقط ضمان المدين ويلزم المشتري مثلاً بدفع الثمن، لأنه لا يمكنه إلتافه إلا بعد إثبات يده عليه ، وهو معنى القبض فيقرر عليه الثمن ، سواء في ذلك أكان البيع باتاً أم معلقاً على شرط الخيار للمشتري ، لان خيار المشتري لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع فلا يمنع صحة القبض وبالتالي لا يمنع تقرر الثمن على المشتري^(٢).

ثالثاً : فعل الغير

إن فكرة الغير ليست من الأفكار المستعصية على التحديد أو التعريف، إذ انه ومن خلال إرادة الالتزام بالأثر الملزم للتصرف، يمكننا تحديد منط اعتبار الشخص طرفاً في هذا الأثر أم انه يعد من الغير بالنسبة له . ومن هنا نستطيع ان نعرف الغير بأنه كل شخص لم ترتض إرادته انصراف الأثر الملزم للتصرف إليه او لم ترتض إرادته مسؤوليتها عن أشخاص تابعين له، فهؤلاء الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين لا يعدون من الغير، مثل نائب المدين أو من عهد إليه المدين بتنفيذ العقد .

ومن هنا، فان الاستحالة في التنفيذ لا تقتصر على الأسباب الأجنبية التي ترجع إلى القوة القاهرة او خطأ الدائن ، إذ يمكن أن يكون سبب هذه الاستحالة راجعاً إلى شخص لم ترتض إرادته انصراف الأثر الملزم للعقد إليه ، ولم يكن كذلك من الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين .

ولو بحثنا فكرة الغير في القوانين القديمة ، لوجدنا أن أهم القوانين العراقية القديمة، وهي قوانين حمورابي، قد أشارت إلى هذه الفكرة . فمن خلال تتبع نصوص هذه القوانين ، نجد أن المادة (١٠٣) والتي تبحث في عقد القرض والتزامات التاجر فيه ، تنص على ما يأتي :

(١) د. مجيد حميد العنبيكي ، المرجع نفسه ، ص ٢٥١.

(٢) يراجع الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة، المطبعة الحيدرية ، ١٣٥٩ هـ، ج ٢، ص ٣٣١ . والكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٨ .

الالتزام العقدي

(فإذا كان سائراً في طريق رحلته التجارية وسأله أي قاطع طريق ما كان يحمله ، فعلى البائع المتجول أن يقسم بالإله بخصوص ما حدث له عندئذ يخلو سبيله)^(١)

ويبدو أن نص هذه المادة يشير إلى واقعة السلب في الطريق ، أو قطع الطريق من قطاع الطرق ، وهذه الواقعة دون شك هي من قبيل السبب الأجنبي ، وتحديد فعل الغير الذي لا يد للمدعى عليه فيه ولا يمكنه دفعه ، وهذا النص كما قلنا هو من النصوص التي تحكم عقد القرض وترتب حكماً عادلاً على المدعى عليه – المقترض – الذي يتعرض للسلب من قبل قطاع الطرق في طريق رحلته التجارية ، فإذا اثبت واقعة السلب أخل سبيله بوصف أن تلك الواقعة لا يد له فيها ولا يمكنه دفعها ، وقد نصت على مصطلح خطأ الغير أو فعله تشريعات مدنية عدة بوصفه سبباً أجنبياً^(٢) .

أما المشرع العراقي ، فقد أشار إليه في المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي بقوله: " .. إن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير .. "

وإذا ما اختلفت تلك التشريعات في التسمية بين فعل الغير وخطأ الغير ، فإننا نرى أن ما ذهبت إليه التشريعات التي استعملت عبارة (فعل الغير) هو الأقرب إلى الصحة ، ويرجع ذلك إلى ما يأتي :

أ- أن تعبير فعل الغير يعد تعبيراً أكثر شمولية من تعبير خطأ الغير ، لأن الفعل يشمل العمل الخاطيء وغير الخاطيء .

ب- إذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد في الضرر ، فإن المسألة في هذه الحالة تعد منتهية ، لأن فعله يعد سبباً أجنبياً عن المدين سواء أخطأ أم لم يكن .

ج- وإن الافتراض أن فعل الغير لم يكن هو السبب الوحيد في استحالة التنفيذ بأن اشترك مع غيره من الأسباب وبالذات مع خطأ المدين ، فلا يشترط به هنا أن يكون فعلاً خاطئاً طالما كان هو أحد الأسباب التي أدت إلى استحالة التنفيذ ، لأن القول باشتراط الفعل الخاطيء من الغير ، يترتب عليه تحميل المدين جزءاً من المسؤولية ، يكون فيها غير مسؤول عن حدوثها أصلاً في حالة عدم إثبات هذا الخطأ من الغير ، مما يؤدي إلى تحميل المدين كل المسؤولية ، وهو أمر يتنافى مع قواعد العدل والإنصاف ، ومع الأساس الذي تقوم عليه فلسفة إعفاء المدين بسبب فعل الغير ، من أن المدين لا يسأل إلا عن فعله الشخصي ، وبالتالي لا يسأل عن فعل غيره ما لم يكن هناك نص على ذلك في القانون أو الاتفاق .

(١) فوزي رشيد ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ .

(٢) أنظر المادة (١٧٣٣) من القانون المدني الفرنسي ، والمادة (١٦٥) من القانون المدني المصري ، والمادة (١٦٦) من القانون المدني السوري ، والمادة (١٦٨) من القانون المدني الليبي ، والمادة (١٢٧) من القانون المدني الجزائري ، والمادة (١٥١) من القانون المدني السوداني ، والمادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدني الإماراتي ، والمادة (٢٣٣) من القانون المدني الكويتي .

الالتزام العقدي

وعلى أية حال، فإن فعل الغير متى ما توافرت فيه شروط القومة القاهرة من عدم إمكان توقعه وعدم إمكان دفعه^(١)، فإنه يصلح أن يقوم سبباً أجنبياً يعفي المدين (المدعى عليه) من المسؤولية^(٢). سواء كان فعلاً خاطئاً أو لم يكن كذلك .

أما مشروع القانون المدني العراقي فقد عد هو أيضاً فعل الغير سبباً أجنبياً معفياً للمدين من المسؤولية، إذ نصت المادة (٤٢٠) في فقرتها الأولى على ما يأتي :

(إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة القاهرة او خطأ المتضرر او فعل الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص او اتفاق يقضي بغير ذلك) . أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فقد وضعت تعريفاً لفعل الغير بقولها ما يأتي :

(فعل الغير هو الفعل الذي لا يمكن توقعه ولا دفعه يصدر عن شخص أجنبي غير مكلف بتنفيذ التزام المدعى عليه او ممارسة حق من حقوقه ولم يكن المدعى عليه مسؤولاً عنه بمقتضى نص في القانون) .

ويبدو من نص المادة (٤٢٠) في فقرتها الثالثة ان واضعي المشروع قد اشترطوا في فعل الغير، ان يكون فعلاً لا يمكن للمدعى توقعه ولا دفعه، وان يكون الغير الذي صدر عنه الفعل الضار أجنبياً عن المدعى عليه - المدين - وليس ممن يسأل عنهم الأخير، ولم يشترطوا ان يكون فعل الغير هذا موصوفاً بالخطأ، وبذلك يكون فعل الغير بموجب نص المادة (٤٢٠) من المشروع سبباً أجنبياً معفياً للمدعى عليه - المدين - من المسؤولية، سواء أكان فعلاً خاطئاً أم غير خاطئ. وإذا كان القانون قد اخذ بخطأ الغير او فعله بوصفه سبباً أجنبياً فإن الفقه منعقد إجماعه عليه^(٣).

وإذا ما ثبت ان سبب عدم التنفيذ راجع إلى فعل الغير فإن غالبية الفقه لا يتطلب شرط تعيين شخصية الغير^(٤)، وان كان هناك بعض من الفقه يرى ضرورة تعيين هذه الشخصية إذا ما كان فعل الغير لا خطأ فيه، فيشترط في هذه الحالة ان يكون شخص الغير معيناً ومعلومًا، حتى يقبل من المدين دفعه، وبالتالي إعفائه من المسؤولية. والسبب في تطلب هذا التعيين انه بدون ان يكون محدداً او معيناً لا يمكن الحكم بان فعل الغير يعد في ذاته سبباً أجنبياً، أما إذا كان فعل الغير ناتجاً عن خطأ فإنهم لا يشترطون تعيين شخص الغير^(٥).

(١) إذ قضت محكمة النقض المصرية " إذا كانت مصلحة سكك الحديدية لم تقدم ما يدل على أنه لم يكن في مقدورها توقع خطأ الغير ومنع هذا الخطأ ف أنه لا يعفيها من المسؤولية إعفاء كاملاً " نقض مدني مصري ١٩٦٦ / ١ / ٢٧ (مجموعة المكنب الفني) س ١٧، ٢٦، و ص ١٩٩ .

(٢) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٢٨ / ١ م / ٧١ في ٧١ / ٦ / ١٠ - النشرة القضائية عدد ٢، س ١٩٧٢، ص ١٦٠. "... وما الأسباب الأخرى التي ساققتها المحكمة لاثبات مسؤولية الشركة المميزة عن عمل غير لها فهي ليست الافتراضات أن عدم معقولية رضا البنك بالخطأ في بناء الأسس وفي الأعمال التي سبقت قيام الشركة المميزة لا يثبت على هذه الشركة هذه المسؤولية ...".

(٣) عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات - الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ف ٣٢٩ - ص ٤٢٠، حسين عامر، المرجع السابق،، ف ٢٥٧، ص ٢٠٩، عبد المجيد الحكيم - الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ف ٨٨٧، ص ٥٤٠، علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ١٩٧٧، ص ٣٣٩، عز الدين الديناصورى وعبد الرحمن الشواربي، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

(٤) علي عبيد عودة، المرجع السابق، ص ٣٣٩، إبراهيم ألد سوقي، المسؤولية المهنية بين التقيد والإطلاق - دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة - دار النهضة العربية - القاهرة - ف ١٤٨، ص ٣٠٨.

(٥) سليمان مرقس - نظرية دفع المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ٤١٧-٤١٩.

الالتزام العقدي

والرأي الراجح ما ذهب إليه غالبية الفقه، من أنه لا يشترط تعيين شخصية الغير بدون تفرقة بين فعل الغير الخاطيء أو فعله الذي لا خطأ فيه فليس من الضروري أن يكون هذا الغير معروفاً، فقد يقوم الإثبات بان الحادث الذي وقع كان سببه شخصاً أجنبياً وقد استطاع الهروب من دون ان تعرف هويته، فعند وجود مثل هذا الإثبات لا يمكن تحميل المدين تبعاً السبب الأجنبي حتى ولو لم تعرف هوية محدث استحالة التنفيذ سواء كان فعله هذا نتيجة خطأ أو لا خطأ فيه، كما انه من جانب آخر ليس هناك إلزام قانوني على المدين بالبحث عن هذا الغير. كما انه في حالة هروب هذا الغير وعدم مواجهته للمدين يقوم هنا دليل في صالح المدين. والواضح هنا هو ان الأمر المعول عليه هو فعل الغير لا شخصية هذا الغير، لان الأثر المفضي لمسؤولية المدين، إنما ينتج عن فعل الغير وليس من الغير نفسه، فلايهم بعد ذلك إذا لم تعرف هويته مادام قام الدليل على ان الغير هو السبب في حدوث استحالة التنفيذ.

وقد اجمع الفقه العراقي والمصري على ان فعل الغير الخاطيء إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر - او في التسبب في استحالة التنفيذ - كان الغير وحده هو المسؤول، وان لم يكن فعل الغير هذا خاطئاً، فانه يكون من قبيل القوة القاهرة فلا يكون هناك أحد مسؤولاً عنه. أما إذا كان فعل الغير هو أحد الأسباب التي أدت إلى إحداث الضرر فيجب هنا ان يكون فعل الغير خاطئاً، فان لم يكن كذلك فلا اثر له على مسؤولية المدين وتكون مسؤولية كاملة فلا بد إذن ان يكون فعل الغير خطأ^(١).

أما عن فعل الغير في الفقه الإسلامي، فقد عد فقهاء المسلمين فعل الغير سبباً من الأسباب التي تؤدي إلى إعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ او بمعنى أكثر دقة، عدم تضمين المدين تلف المعقود عليه إذا ما كان سبب هذا التلف راجعاً إلى فعل شخص أجنبي، وقد عبر الفقهاء عن الغير بتعبير (الأجنبي) ويقصدون به غير من أجري له العقد^(٢)، واتفقوا أيضاً على تضمين هذا الأجنبي ما أتلفه، لانه اهلك ما لا مملوكا لغيره بدون اذنه، فيلزمه ان يغرم مثل ما أتلفه إن كان مثلياً، وقيمته ان لم يكن من ذوات الأمثال.

وقد وردت في الفقه الإسلامي تطبيقات، تفيد أن فعل الغير يعفي من الضمان، من ذلك ما ورد في مجمع الضمانات بان " رجل لديه مال إنسان فقال له السلطان الجائر ان لم تدفع إلي هذا المال حبستك شهراً او ضربتك ضرباً لا يجوز له ان يدفع المال فإذا دفع كان ضامناً وان قال له ان لم تدفع لي المال اقطع يدك او أضربك خمسين سوطاً فدفع إليه لا يكون ضامناً لان دفع مال الغير إلى الجائر لا يجوز إلا ان يخاف تلف عضوه والضرب المتوالي يخاف منه التلف ...^(٣).

(١) السنهوري، الوسيط، ج ١، المرجع السابق، ف ٥٩٧، ص ١٠١٦، ١٠١٧. وأنظر سليمان مرقس، المسؤولية المدنية - القسم الأول - المرجع السابق، ف ١٧٨، ص ٥٠٣. وأنظر د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار، المرجع السابق، ف ١٧٨، ص ٥٠٠. وأنظر محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ف ٦٢، ص ١٣٨. وأنظر عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ف ٨٨٧، ص ٥٤١. وأنظر كذلك محمود سعد الدين الشريف، المرجع السابق، ف ٤١٤، ص ٤٠٤.

(٢) البدائع للكاسلني، ج ٥، ص ٢٣٨-٢٣٩، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٥٠-١٥١، والمغني والشرح الكبير، ج ٤، ص ٢١٨.

(٣) أبي محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات، ط ١، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٣٠٨هـ، ص ٧٤.

الالتزام العقدي

وكان بعد ما يقوم به الحش من أفعال تؤدي إلى تلف العقود عامة من قبل الأفعال التي يمكن ان نعتها أسبابا أجنبية، على فرض أنها من فعل الأجنبي ، ومن هذا ما روى عن أبي يوسف أن رجلا أتى الخليفة عمر بن عبد العزيز وقال له: " يا أمير المؤمنين زرعت زرعاً فخربه جيش من أهل الشام فأفسدوه قال (يعني أبا يوسف) فعوضه أمير المؤمنين بعشرة آلاف درهم ^(١) .

(١) صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ج ١-٢ ، طبعة دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، يوليو ١٩٨٣ ، ص ٢٢٧ .

المطلب الرابع

عبء إثبات السبب الأجنبي

ويقصد بعبء الإثبات ((تحديد الخصم الذي يجب عليه القيام بإثبات الواقعة المتنازع عليها))^(١)، إذ أن القاعدة العامة في المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي تقرر مسؤولية المدين العقدية على أساس عناصر موضوعية محددة ، فالمدين على وفق هذه القاعدة يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه إذا استحال عليه ان ينفذ الالتزام عينا او اذا تأخر في تنفيذ التزامه . هذه القاعدة لا تنطوي على أي قرينة للخطأ قاطعة او غير قاطعة ، بل تخضع في إثباتها للقاعدة العامة في الإثبات والتي تقضي بأن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه^(٢) .

ويلحظ هنا، أن موضوعية قاعدة المسؤولية العقدية لم تمنع المشرع من ان يراعي جانب العدالة في تنظيمها ، فليس من العدالة في شيء ان يسأل المدين عن استحالة او تأخير في تنفيذ التزام غير منسوب إليه ، لذلك أجازت المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي للمدين ان يتخلص من المسؤولية إذا اثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه .

ان الأثر الجوهرى للالتزام هو وجوب تنفيذه ، وهذا التنفيذ إما ان يكون اختياريا واما ان يكون جبريا ، والتنفيذ الاختياري يقابل عنصر المديونية في الالتزام ، أما التنفيذ الجبري فيقابل عنصر المسؤولية فيه ، ويستطيع المدين ان يتخلص من الالتزام بإثبات انقضاء عنصر المسؤولية فيه من خلال إثبات استحالة التنفيذ ، اذ تقضي المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي، بأنه(ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبي لا يد له فيه) ، فتمسك المدين باستحالة تنفيذ الالتزام يدل على انه لا ينازع في مديونيته وانما هو يهاجم وسيلة التنفيذ الجبري التي لجأ إليها الدائن لجبر المدين على التنفيذ والتي هي مقابل عنصر المسؤولية في الالتزام.

إذاً وعلى وفق المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي، توجد واقعتان يتعين على المدين ان يقيم الدليل عليهما ، الأولى استحالة الوفاء بالالتزام ، أي استحالة تنفيذ الالتزام عينا ، والثانية ان هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ، فإذا نجح المدين في إثبات هاتين الواقعتين فانه يتخلص من الالتزام بسبب انقضاء عنصر المسؤولية فيه ، أما إذا فشل في ذلك فانه يجبر على التنفيذ العيني على وفق الوسائل المنصوص عليها في القانون .

وقد يحدث أن ينجح المدين في إثبات الواقعة الأولى ، وهي استحالة التنفيذ العيني، ولكن يفشل في إثبات الواقعة الثانية، وهي ان هذه الاستحالة قد نشأت عن سبب

(١) الدكتور عباس زبون العبودي، أحكام قانون الإثبات المدني العراقي، مطبعة دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، ١٩٩١، ص ٧١.

(٢) د. بشرى جندي ، خصائص مسؤولية المدين العقدية ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، ع ١٤، س ١٤، ١٩٧٠، ص ٤٤ وما بعدها .

الالتزام العقدي

أجنبي وفي مثل هذه الصورة تخرج المشكلة عن نطاق التنفيذ العيني لتأخذ مكانها في نطاق المسؤولية العقدية فيحكم على المدين بالتنفيذ بمقابل أي بالتعويض .

والأصل ان عبء إثبات رابطة السببية بصورتها (أي سواء تلك التي تتعلق بنسبة استحالة التنفيذ إلى فعل المدين ، او بنسبة الضرر إلى خطأ المدين) ^(١) ، يقع على عاتق الدائن ، إلا ان المشرع العراقي أقام في المادة (١٦٨) قرينة على توافر علاقة السببية بين عدم التنفيذ وبين فعل المدين ، ومن ثم يكفي الدائن ان يثبت عدم التنفيذ (سواء بإثبات قيام الالتزام بعدم تحقيق غاية ، أو بإثبات عدم بذل العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية) لتقوم قرينة قانونية على نسبة ذلك إلى المدين ، أي على توافر ركن الخطأ في جانبه . ولكن هذه القرينة بسيطة غير قاطعة ، ويستطيع المدين نفيها بإثبات ان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي ، فإذا كان الالتزام بتحقيق غاية فيقع على عاتق المدين عبء إثبات براءة ذمته منه سواء بالوفاء او لاستحالة الوفاء بسبب أجنبي لا يد له فيه ، فالناقل الذي يكون التزامه تسليم البضاعة هو التزام بتحقيق غاية ، يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه ان يثبت ان عدم تسليم البضاعة او تلفها يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ^(٢) .

أما إذا كان الالتزام ببذل عناية فانه يقع على المدين عبء إثبات انه كان يستحيل عليه وعلى غيره ان يسلك مسلكا آخر ، فيستطيع الطبيب وهو المدين ان يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات ان عدم تنفيذه لالتزامه ، أي عدم قيامه ببذل العناية الواجبة يرجع إلى سبب أجنبي ^(٣) .

وعلى أية حال ، إذا لم يستطع المدين ان يثبت هذا السبب الأجنبي فلا يعفى من المسؤولية وانما تكون مسؤولية كاملة عن التعويض ، وهذا واضح في أحد قرارات محكمة تمييز العراق ، إذ قضت في أحد أحكامها بالآتي : " المؤجر مسؤول عن الضرر في موجودات الدكان نتيجة انغماره بمياه الأمطار المتسربة من النفق وكلما فات المستأجر من ربح لفترة انغمار النفق بالمياه " .

ولقد جاء في حيثيات القرار " .. وقد عجز المميز عن إثبات السبب الأجنبي الذي ينفي مسؤوليته عن ضمان الضرر الملزم به بصفته مؤجرا .. " ^(٤) .

ولا تتعلق القواعد المتعلقة بعبء الإثبات بالنظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها ، سواء تم ذلك قبل النزاع أو في أثناءه ، وسواء تم ذلك بطريقة صريحة او ضمنية مستفادة من مجرد تطوع أحد الخصوم بإثبات ما لا يقع عليه عبء إثباته ، فيجوز للخصم الذي لم يكن مكلفا في الأصل بحمل عبء الإثبات أن يتطوع لإثبات

(١) محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، ج٦ ، الالتزامات ، ١٩٨٠ ، ص ٧٧٧ .

(٢) أنظر نقض مدني مصري في ١٩/٣/١٩٧٩ في الطعن ٢ لسنة ٤٦ ق ، و ارد لدى محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ، ٧٧٣ .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (آثار العقد و انحلاله) ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٦٠ ، ص ٥١ فق ٢٧٨ . وكذلك أنظر نقض مدني ١٩٦٩/٦/٢٦ ، الطعن رقم ١١١ س ٣٥ ق و ارد لدى د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في شرح قانون الإثبات ، المرجع السابق ، ص ١٣ هامش ١٥ .

(٤) قرار محكمة تمييز العراق ، رقم القرار ١١٠/هيئة موسعة أولى / ٨١ ، تاريخ القرار ١٨/١٢/٨٢ ، و ارد لدى إبراهيم المشاهدي ، المختار ، ص ١٢٣-١٢٤ . ونجدد الإشارة إلى قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٤٠/١م / ٨٥-١٩٨٦ في ٢٨/٥/١٩٨٦ إبراهيم المشاهدي ، المبادئ ، المرجع السابق ، ص ٦٦٦ . والذي جاء فيه (يشترط في السبب الأجنبي المعفي من الضمان أن لا يكون للمدين يد فيه) .

الالتزام العقدي
الواقعة، فإذا أجازته المحكمة إلى طلبه امتنع عليه أن يحتج بأنه لم يكن مكافأ قانوناً بالإثبات، على أساس أن تقدمه بهذا الطلب وسكوت خصمه عنه، يعد بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه^(١). وإن عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام هو حق للخصوم وحدهم، وليس للقاضي أن ينقل من تلقاء نفسه، عبء الإثبات من الشخص المكلف به إلى خصمه^(٢).

ولخطأ الدائن وفعل الغير خصوصية في الإثبات تتطلبها طبيعتهما، بوصفهما من أنواع السبب الأجنبي، وذلك انهما يعدان سببا أجنبيا ينفي رابطة السببية الا في حالتين:
الأولى: حالة إثبات المدعى عليه ان فعل الغير او خطأ الدائن (المضرور) هو السبب الوحيد للضرر، فتقطع هنا رابطة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر فلا تقوم المسؤولية.

الثانية: حالة إثبات المدعى عليه ان فعل الغير او خطأ الدائن (المضرور) تجتمع فيه صفتا عدم إمكان توقعه وعدم إمكان دفعه^(٣).

ويلحظ ان القاعدة العامة في الإثبات، التي تقرر ان عبء إثبات استحالة التنفيذ يقع على المدين، ذلك لانه يدعي التخلص من التزامه فعليه ان يقيم الدليل على هذا الادعاء، أمر لا ينطبق على من كانت يده على الشيء، يد ضمان كالسارق والمغتصب، فان التزام كل منهما بالرد لا ينقضي بهلاك الشيء المسروق والمغتصب. وغاية الأمر أن الوفاء بهذا الالتزام ينقلب من وفاء عيني إلى وفاء بمقابل (تعويض) وبهذا تقضي المواد (٤٢٨، ٤٢٧، ٤٢٦) من القانون المدني العراقي^(٤).

ومن الجدير بالذكر ان المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي، جاءت لبيان مسؤولية المقاول المهندس عن عيوب البناء سواء أكان تهدما أم مجرد عيوب تهدد من متانته وسلامته بعد الإنجاز والتسليم، وأقامت المسؤولية على خطأ مفروض غير قابل لإثبات العكس إلا إذا استطاع المقاول والمهندس إثبات السبب الأجنبي الذي لا يد لهما فيه، كحدوث العيب الذي تنتفي بإثباته المسؤولية أصلاً^(٥).

ولما كان إثبات السبب الأجنبي ينصب على وقائع مادية، فانه يجوز إثباته بكافة الطرق بما في ذلك القرائن القضائية وشهادة الشهود، وتقوم محكمة الموضوع بتقدير الوقائع التي يدعي بأنها تكون سببا أجنبيا دون رقابة عليها من محكمة التمييز ودون تدخل للخبرة في تحديدها^(٦)، ما دام استخلاصها للسبب الأجنبي من هذه الوقائع سائغا مقبولا^(١).

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٧٧ نقلا عن (القاعدة الذهبية (٥٥) ص ٢٥، الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٣٢ جلسة ١٩٦٦/٢/٢٩ س ٥١٧ ص ١٧٣٥ ونقض ١٩٨١/١/٢٠، الطعن ٢٦٥ سنة ٤٦ ق ونقض ١٩٨١/٤/٢٨، الطعن ١١٥٧ س ٤٧ ق. أنور طلبية ص ٢٨٨-٢٨٧.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ٧٠ نقلا عن سمير تناغو، نظرية الالتزام فقرة ٤٧٣ ص ٦٥٩.

(٣) أنظر جلال العدوي، المرجع السابق، ص ٤٧٣-٤٧٤ ود. جاسم العبودي، المرجع السابق، محاضرات أقيمت على طلبية الدراسات العليا في جامعة بابل لسنة ٢٠٠٠ ص ٣٢.

(٤) حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي - أحكام الالتزام، مطبعة المعارف بغداد، ١٩٥٢، ص ٣٧٩-٣٨٠.

(٥) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه، مطبعة عشتار، بغداد، ١٩٨٥، ص ٢٨٣.

(٦) إذ قضت محكمة التمييز في العراق بأنه (ليس للمحكمة الاعتماد على رأي خبير في تحديد القوة القاهرة لأن ذلك من الأمور القانونية التي تثبت بها المحكمة نفسها).

أولاً : قاعدة (الأصل براءة الذمة) (٣) :-

ثانياً : قاعدة (الأصل بقاء ما كان على ما كان) (٤) .

ثالثاً : قاعدة (ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه) (٥)

رابعاً : قاعدة (إن المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) (٦) .

خامساً : قاعدة (البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر) (٧)

سادساً : (ترجيح بيئة البائع على هلاك المبيع في يد المشتري أولى من بيئة المشتري على هلاكه في يد البائع وكذا استهلاكه) (٨) .

رقم القرار ٢٩/مدنية أولى/٨٢ في ١٩٨٢/٥/٥ ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة ١٣ ، ١٩٨٢ ص ٢٦ .

(١) أياد عبد الجبار ملوكي ، المسؤولية عن الأشياء ، المرجع السابق ، ص ٢٣٤ .

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز ، المرجع السابق ص ٧٠-٧٨ .

(٣) إذ تنص المادة (٦) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على أن (الأصل براءة الذمة) .

(٤) المادة ٩٩ فقرة ثانياً من قانون الإثبات .

(٥) المادة ٩٩ فقرة ثالثة من قانون الإثبات .

(٦) المادة (٧) فقرة ثانياً من قانون الإثبات .

(٧) المادة (٧) فق (١) من قانون الإثبات .

(٨) غانم البغدادي ، ملجأ القضاة عند تعارض البيئات ، ص ٥٣ ، وارد في كتاب ترجيح البيئات ، للسيد محمد صالح الراوي والسيد محمد سعيد الراوي ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٣٤٤ هـ. ص ٥٣ .

المبحث الثاني

انتفاء دور المدين في تحقق استحالة تنفيذ

الالتزام العقدي

تمهيد وتقسيم :

في الواقع يمكننا استخلاص ضرورة توافر هذا الشرط من مجموعة النصوص القانونية التي عالجت موضوع استحالة التنفيذ، والتي قررت في آخر فقرة فيها بانه " لا يد له فيه "، وهذه العبارة تدل على ان المقصود بها ان لا يكون المدين قد تسبب في وقوع الاستحالة بأي شكل من الأشكال ، وإذا رجعنا إلى هذه العبارة، نجد بأنها تعبير اصطلاحي، يقصد به ثبوت عدم قيام المدين بأي عمل او امتناع عن عمل او إهمال ترتب عليه وقوع الاستحالة . ونرى أن إطلاق لفظ اليد في عبارة " لا يد له فيه " معناها انه يشترط للقول بالاستحالة ضرورة ان لا يكون للمدين دور إيجابي، نتيجة قيامه بعمل معين حتى يمكن القول بعدم تحقق الاستحالة . بل الأمر في الواقع ليس كذلك فالموقف السلبي من المدين يكون له الحكم نفسه لموقف المدين الإيجابي إذا أدى كل منهما إلى تحقق الاستحالة ، وعند النظر فيما يفترضه هذا الشرط من توافر السبب الخارج عن الإرادة، يتضح بأن هذا الافتراض يكمن في تحري موقف المدين ، وهذا يعني أن هذا الشرط يقدم في مضمونه على واقعة شخصية بحتة تقوم على تحليل موقف المدين ، بعكس الحال بالنسبة لفكرة او علاقة الإسناد التي يفترضها شرط قيام علاقة الإسناد (رجوع الاستحالة إلى سبب أجنبي)، فهذه الفكرة كما رأينا تعد واقعة مادية بحتة تربط بين السبب الأجنبي وبين عدم التنفيذ . وإذا كان لا بد من الوقوف على حقيقة موقف الفقه القانوني والقضاء وموقف الفقه الإسلامي باتجاه هذا الشرط ، وما يتطلبه من معرفة دور خطأ المدين في الاستحالة الواقعة، ولغرض الوقوف على الحالات الخاصة بعدم تمسك المدين بالاستحالة، فإننا نفرّد لكل منها مطلباً لبحثه، وبالشكل الآتي :

المطلب الأول

دور الفقه والقضاء في تقرير هذا الشرط

ان شرط انتفاء دور المدين في وقوع الاستحالة وما يتضمنه هذا الشرط من توافر السبب الخارج عن الإرادة، يقوم كما قلنا في موضوعه ومضمونه على فكرة شخصية بحتة ، الهدف منها هو التأكد من عدم وجود ما يمكن نسبته إلى المدين ، او بمعنى آخر ثبوت عدم وجود أي شائبة في موقف او مسلك المدين تجاه استحالة التنفيذ، اذ قضت محكمة التمييز في العراق بأنه " يشترط في السبب الأجنبي المعفي من الضمان أن لا يكون للمدين يد فيه " ^(١) ، وقضت أيضا " فلا يسأل المقاتل ولو حصل التهدم

(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٤٠ م/٨٥-٨٦ في ١٩٨٦/٥/٢٨ ، إبراهيم المشاهدي ، المبادئ ، ص ٦٦٦ .

الالتزام المقدي
خلال مدة الصيانة أو خلال السنوات الخمس المنصوص عليها في المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي ، لانه لايد للمقاول فيما حصل^(١) .

وذهب القضاء المصري إلى تقرير صفة الخارجية هذه ان صح التعبير ، والتي تمثل في رأينا شرط انتفاء دور المدين في وقوع الاستحالة على وصف أنها واقعة ذات طابع شخصي ، إذ اشترط فيها لكي تكون أجنبية عن المدعى عليه ان تكون غير ممكنة التوقع والدفع^(٢) .

كما ان بعض الفقه^(٣) يأخذ بهذا الاتجاه ، فيرى ان فكرة الخارجية ماهي إلا انتفاء الإسناد في معناها او مضمونها الشخصي ، فالحادث لا يعد أجنبيا عن المدين في رأيه متى كان من صنعه شخصيا او من صنع الأشياء او الأشخاص الذي عليه ضمانهم ، او كان قد نشأ خطأ المدين ، او خطأ من هم تحت رعايته او كان في وسع المدين توقعه وتلافيه، فقصر في ذلك . وبهذا يشترط الفقه لتوافر ركن انتفاء الإسناد لديه ألا يكون للمدين بالذات او لغيره شأن في حصول الحادث ، وان يكون الحادث غير متوقع وان يكون غير ممكن تلافيه .

وإذا ما تتبعنا الفقه المصري^(٤) ، نجد قد حدد الخارجية بمعناها ومفهومها الشخصي ، عندما اخذ الخارجية بمعنى الخروج عن إرادة المدين ، لهذا فان هذا الفقه اشترط في السبب الأجنبي ثلاثة شروط هي : عدم الإسناد ، وعدم إمكان التوقع ، وعدم إمكان الدفع . فالشرط الأول يمكن ان يمثل فكرة الإسناد بمعناها المادي ، بينما الشرط الثاني والشرط الثالث يمثلان فكرة الخارجية التي تعني انتفاء دور المدين في وقوع الاستحالة بوصفها شرطا من شروط استحالة التنفيذ .

ونجد ان الفقه الفرنسي قد اخذ بفكرة الخارجية بمعناها الشخصي عندما اشترط في السبب الأجنبي، ثلاثة شروط هي عدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفع ، وان تكون الواقعة المدعاة بأنها سبب أجنبي خارجة عن إرادة المدين ، وبهذا يتضح بأنه قد أضاف فكرة الخارجية إلى المدين^(٥) ، وهناك من ذهب إلى الاتجاه نفسه للفقه الفرنسي^(٦) ، في ان فكرة او صفة الخارجية إنما هي فكرة شخصية، المقصود منها قياس مسلك المدين تجاه الواقعة المدعاة بأنها سبب أجنبي. كما ذهب اتجاه اخر من الفقه الفرنسي^(٧) إلى القول بأن صفة الخارجية، تعني عدم إمكانية نسبة الخطأ إلى المدين ، وان توافرها يتطلب تحليل إرادة المدين، وذلك من اجل الكشف عن عدم إمكان ان تنسب إليه مسؤولية تحقق المخاطر أو تقاوم الأحداث الطارئة . كما أكد هذا الفقه أن توافر صفة الخارجية إنما يشكل دليلا على مدى حرص المدين واستجابته السريعة وحرصه على تنفيذ التزاماته بالشكل المطلوب، والذي يحقق مصلحة الدائن ، وربما كان الأستاذ جان

(١) قرار محكمة تمييز العراق الرقم ٨/استثنائية/٧١ في ٧١/٥/٦ ، النشرة القضائية عدد ٢ سنة ١٩٧٢ ص ١٦٥ .

(٢) حكم محكمة وائلي الجزئية الصادر في ١٧ مايو ١٩٦٠ - لمجموعة الرسمية ، سنة ١٩٦٠ ، ص ٥١٣ .

(٣) د. سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١، ف ١٧٤ ص ٢٨٧ . وإلى الاتجاه نفسه ذهب د. أياد عبد الجبار ملوكي ، المسؤولية عن الأشياء ، مطبعة بابل ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٠ ، فق ١٧ ، ص ٢٢٤ .

(٤) د. إبراهيم ألد سوقي أبو الليل ، الإغفاء من المسؤولية عن حوادث السيارات ، ص ٢٥٦ .

(٥) أنظر ما قاله الأستاذ ستارك والذي يختلف عما قاله الأستاذ " لالو " Lalou والذي اخذ بفكرة الخارجية بمعناها المادي بدليل تحديده لشروط السبب الأجنبي بشرط الخارجية وشرط عدم إمكان التوقع ، وأورده إبراهيم ألد سوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص ٢٥٦ .

(٦) A. Colin et H. Capitant: Cours elementaire de Droit Civil Francais ٤ eme - ed. T. ١١. P. ١٢٩ .

(٧) LeBrequir (Yves): L'volution de la notion de force Majeure en matiere contractuelle Etude . Jurispru- dentielle these. Universite du Nice-١٩٧٨. P. ١٢٧ .

رادوانت Radouant J. أكثر وضوحاً في تأييد هذا المعنى عندما قرر أن السبب الخارج عن الإرادة معناه عدم توافر خطأ من جانب المدين بمعنى لم يكن الحادث الطارئ متوقعا ولم يكن من الممكن دفعه^(١).

المطلب الثاني

دور الفقه الإسلامي في تقرير هذا الشرط

يتضح من موقف فقهاء المسلمين ازاء هذا الشرط ، انهم لم يتكلموا عن شروط الاستحالة كما تكلم عنها الفقه القانوني في شكل نظرية علمية ، ولكن يمكن استخلاص شرط انتفاء دور المدين في وقوع الاستحالة (عدم رجوع الاستحالة إلى المدين) من خلال تتبع الأحكام والقواعد الفقهية . فيمكن استخلاص هذا الشرط من تعريفهم للأفة السماوية : بأنها عبارة عن العرض المفسد لما أصابه ، واستعملوا مصطلح الأفة بالمعنى اللغوي نفسه الموضوع له ، والتي غالبا ما يصفونها بأنها سماوية مما لا دخل للآدمي فيها . كما يمكن استخلاص هذا الشرط أيضا من تعريفهم للجائحة عند من قال بها من المالكية، حين قالوا انها عبارة عن امر لا يرجع في اصله إلى فعل الادميين ، كما يمكن استخلاص هذا الشرط من بعض المصطلحات، التي قال بها فقهاء المسلمين والتي تفيد عدم ضمان المدين تبعة الهلاك او تلف او ضياع المعقود عليه اذا كان ذلك راجعا إلى السبب الاجنبي ، فقد ذكر المالكية أن المدين لا يضمن الهلاك اذا كان ذلك راجعا إلى سبب سماوي، أي بأمر من الله تعالى لا بجناية أحد^(٢) كما ان الشافعية^(٣) ذهبوا إلى ان الرهن بعد أمانة لا يضمن من هلك بيده من غير تفريط ، وبهذا الرأي اخذ الاوزاعي وعطاء وأبو عبيد وهي إحدى الروايتين عن سيدنا علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه)^(٤) كما ذهب الحنابلة بأن الرهن إذا اتلف من غير تعد ولا تفريط فلا ضمان^(٥) . كذلك يمكننا استخلاص هذا الشرط مما ذكرته بعض نصوص الفقه الإسلامي، من ان الأجير المشترك إنما يضمن ما جنت يده ، فقد ذكر في رواية عن الإمام احمد في تضمين الأجير المشترك انه إذا تلفت العين من غير تعد منه ولا تفريط فقد روى عنه انه لا يضمن^(٦) . وذكر بعض المالكية^(٧) ان من تولى المعقود عليه او من تولى العين العين المؤجرة من مؤجر او مستأجر لمكتري الدابة ونحوها، فهو أمين فلا ضمان اذا ما ضاع المعقود عليه من دون تفريط وعلى المدين ان يحلف على انه ما فرط .

ومن استعراض أقوال فقهاء المسلمين يتضح، بأنهم قد اشترطوا للقول بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه، أن لا ترجع تلك الاستحالة إلى المدين بأي شكل من الأشكال ،

(١) Radouant (Jean): Du cas fortuit et de la force majeure these. Paris. ١٩٢٠.No. ٢٢٩.

(٢) حاشية ألد سوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤٨ .

(٣) شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد شهاب الدين الرملي الانصاري نهاية المحتاج مطبعة مصطفى البابي الحلبي القاهرة ، ١٩٣٨ ، ج ٤ ، ص ٢٨١ .

(٤) المهذب، لابي اسحاق ابراهيم بن علي يوف الفيروز آبادي الشيرازي - مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م ، ج ١ ، ص ٣١٦ .

(٥) موفق الدين ابن قدامة ، المغني ، مطبوعات عبد العزيز ، ط ١ ، مطبعة المنار ، مصر ، ١٣٤٧ هـ ج ٤ ، ص ٤٤٢ .

(٦) المغني لابن قدامة ، ج ٦ ، ص ١١٥ .

(٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص ٢٤ .

الالتزام العقدي

ويمكننا فهم ذلك من المصطلحات التي استخدموها الدلالة على ذلك حيث استخدموا مصطلح " لا دخل للأدعي فيه "، " فعل سماوي "، " بدون تعد "، " بدون تفريط " بدون جناية ".

يتضح من هذا الاستعراض إن هؤلاء الفقهاء قد أرادوا بهذه المصطلحات المعنى القانوني نفسه لكلمة " لايد له فيه "، والذي قال به القانون والفقه والقضاء ، وبهذا نصل إلى أنهم قد اشترطوا توافر ان لا ترجع الاستحالة إلى المدين، حتى يمكن القول بانفساخ العقد . ومن الجدير بالذكر، ان فقهاء المسلمين قد اخذوا شرط عدم رجوع الاستحالة إلى المدين بمعناه الشخصي وليس المادي، عندما أضافوا هذا الشرط إلى المدين وذلك للتحري عن مسلكه باتجاه استحالة التنفيذ .

المطلب الثالث

دور خطأ المدين في وقوع الاستحالة

تمهيد:

ان توفر خطأ المدين في وقت سابق او لاحق على عدم التنفيذ يجعل المدين غير جدير بالإعفاء من عدم التنفيذ ، إذ يشترط للإعفاء التدليل على ان الاستحالة لا ترجع إلى المدين والذي يفترض معه انتفاء الخطأ ، وان الظروف الخارجة عن إرادته كانت السبب في عدم التنفيذ ، على الرغم من توافر إرادة المدين في الوفاء بالتزاماته . ولما كانت مسؤولية المدين تتحقق ولو كان خطأ المدين سابقا لوقوع الأحداث – واقعة عدم التنفيذ- فلا مناص من تفصي الأسباب المؤدية إلى تعذر التنفيذ ، وتبدأ هذه المرحلة من بداية نشأة العلاقة التعاقدية – تاريخ إبرام العقد – إلى لحظة كون التنفيذ مستحيلا ، ويمكننا التمييز بين نوعين من الخطأ المتصور حدوثه في مختلف مراحل العقد وهما :

أولا : الخطأ السابق على تحقق الاستحالة

يؤثر هذا النوع من الخطأ وبشكل مباشر على الأحداث المدعاة بأنها سبب أجنبي ، فالمدين قد يرتكب خطأ يكون من نتائجه تحقق الاستحالة عندما لا يقوم باتخاذ إجراءات معينة يتطلبها العقد ، مثال ذلك ضرورة الحصول على الترخيص اللازم لتشغيل الأجانب ، فعدم الحصول على مثل هذا الترخيص من قبل السلطات المختصة مسبقا يعد خطأ من جانب المدين يكون من نتائجه تحقق الاستحالة. وهذا ما قضت به إحدى المحاكم الفرنسية^(١) في قضية كانت تتعلق بصاحب عمل تعاقد مع فرقة موسيقية كلها من الأجانب غير الفرنسيين ، وقد رفضت السلطات المختصة الترخيص بالتعاقد مع فنانين أجانب ، ومن هذه القضية يتضح خطأ المدين اذا كان ينبغي عليه ان يحصل على الترخيص اللازم قبل التعاقد مع هؤلاء الفنانين الأجانب ، وهنا يتضح ان خطأ المدين السابق على تحقق الاستحالة من شأنه حرمانه من الدفع بتوافر الاستحالة، لان الخطأ السابق في هذه الحالة يحرم المدين من الإعفاء من المسؤولية اذا كان هذا الخطأ قد اسهم في تحقق الاستحالة^(٢).

ويذهب جانب من الفقه المصري^(٣) إلى القول: " انه من قبيل خطأ المدين السابق على الاستحالة أن يكون الالتزام قد ترتب في ذمته بسبب فعل غير مشروع من جانبه، كما لو وجد الشيء في يده بسبب السرقة فلو هلك الشيء في يد سارقه لم ينقض الالتزام بالرد بل استحال إلى تعويض ، حتى لو لم يكن قد اعذر برده – وحتى ولو اثبت ان الشيء كان سيهلك في يد صاحبه لو رده إليه ". وقد نصت على هذا الحكم صراحة الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٧) من القانون المدني مصري .

(١) نقص مدني فرنسي أول فبراير ١٩٥٧، Bull Civ ، عدد ١٣٤/٤ ، ص ٩١ .

(٢) نقص مدني فرنسي ١٠ مارس ١٩٤٨ ، Bull Civ ، عدد ٢٨٣/١/١٩٤٨ ، ص ٢٥٤ .

(٣) د. عبد المنعم البدر راوي ، أحكام الالتزام ، فقرة ٣٩٩ ، ص ٤٢١ .

الالتزام العقدي

وعلى أية حال، فإن أوضح صور هذا الخطأ موضوع البحث هي حالة عدم التزام المدين بقواعد الحيطة والحذر، مما يترتب عليه وقوع الاستحالة، وقد استقرت أغلب المحاكم الفرنسية على أن عدم التزام المدين بقواعد الحيطة والحذر يعد خطأ يفقد معه المدين حقه في الدفع بتوافر الاستحالة. ولهذا قضت إحدى المحاكم الفرنسية في حكم لها، يعد بمثابة مبدأ عام بأن السرقة لا تعد قوة قاهرة إذا ما واكبها خطأ من جانب الناقل لهذا فإن سرقة البضائع من الناقل بفعل الغير لا تعد من قبيل القوة القاهرة، لأن تلك السرقة إنما تفسر تقصير المدين في اتخاذ واجب الحيطة والحذر على نحو ما هو منتظر منه^(١).

ثانيا : الخطأ اللاحق على تحقق الاستحالة

إن الخطأ اللاحق للمدين هو النوع الثاني من الأخطاء التي تنسب إلى المدين، وهو أن الاستحالة قد وقعت، وفي إمكان المدين أن يقوم ببعض الإجراءات القانونية أو الإدارية أو أن يقوم ببعض الأعمال أو بعض التنازلات حتى يتسنى تفادي الاستحالة، وخير مثال لهذا النوع، الأخطاء التي يرتكبها صاحب العمل عند وقوع الإضراب، وفي هذا يرى الأستاذ Carbonnier أن صاحب العمل الذي يريد الوفاء بالتزاماته سواء باتجاه عماله غير المضربين أو باتجاه عماله في أثناء الإضراب، فإن عليه أن يجرد مستخدميه من حجتهم في الالتجاء إلى مثل هذا الإضراب عن طريق منحهم تنازلات معقولة^(٢). وفي هذا الاتجاه أيضا يرى الأستاذ J.Radouant بأنه حتى يتسنى تلافي الإضراب وإنهاؤه، فإن الأمر يتطلب من صاحب العمل أن يقدم تنازلات معقولة^(٣).

أما إذا كان صاحب العمل قد قام باتخاذ بعض الإجراءات الإدارية أو القانونية، ولكنه لم يفلح في إصدار حكم بطرد العمال المضربين، فإن هذا الحكم في الحقيقة يصلح للإثبات بتوافر حالة الاستحالة. لأن قيام صاحب العمل بهذا الإجراء يبرهن على أن موقفه باتجاه الإضراب الذي وقع، كان خاليا من أي شائبة أو تقصير من جانبه.

ومما تقدم يتضح، أن تتبع موقف ومسلك صاحب العمل يعد من الأمور الضرورية، وذلك للتعرف على مدى صلته بالأحداث التي أدت إلى وقوع الاستحالة، كما أن في تتبع هذا المسلك فائدة عملية، تكشف عن مدى حرص صاحب العمل على تلافي آثار الإضراب، وأنه قد بذل كل ما في استطاعته حتى لا ينسب إليه أي خطأ، أو أنه قد قدم تنازلات معقولة ومناسبة من أجل إنهاء الإضراب.

ونرى أن مسألة تقدير مثل هذه التنازلات المعقولة هي مسألة وقائع ينفرد القاضي وحده في تقديرها، ومما يؤيد ذلك ما قضت به إحدى المحاكم الفرنسية، بأن إضراب عمال هيئة كهرباء فرنسا، يعد بمثابة استحالة تنفيذ بالنسبة للهيئة على فرض أن حل النزاع القائم بين الهيئة وعمالها كان بيد الحكومة نفسها^(٤). في حين رفضت إحدى المحاكم الفرنسية دفع إحدى الشركات الصناعية لتوافر استحالة التنفيذ بسبب التأخير في التنفيذ نتيجة إضراب عمال هذه الشركة^(٥).

(١) نقض تجاري ٨ أبريل ١٩٤٨. رقم د/١٩٤٩/١٣٥.

(٢) Carbonnier : Op. Cit. P. ٢٥٢.

(٣) J.Radouant في تعليقه على قضية نقض تجاري في ٢٤ نوفمبر ١٩٥٢ - J.C.PI/- عدد ٨٣٠٢/٢/١٩٥٤.

(٤) محكمة باريس ١٤ ديسمبر / J.C.p عدد ١٤٠٧٦/٢/١٩٦٥.

(٥) محكمة النقض الفرنسية (الدائرة التجارية) في ٢١ نوفمبر ١٩٦٧ / D.S. / ١٩٦٨، ص ٢٧٩.

المطلب الرابع

حالات عدم إمكانية تمسك المدين بالاستحالة

ان حالات الخطأ التي يحرم المدين فيها من التمسك بدفع توافر الاستحالة تأخذ أشكالاً ومظاهر متعددة، يمكن ان يكون عليها ، ومن خلال هذا المطلب سنسلط الضوء على هذه الحالات وهي :

أولاً: عدم اتخاذ واجب الحيطة والحذر.

ثانياً: التأخير في التنفيذ.

ثالثاً: سوء النية.

أولاً : عدم اتخاذ واجب الحيطة والحذر :

تعد مخالفة واجب اتخاذ الحيطة والحذر دليلاً على توافر الخطأ من جانب المدين، لأنها تعني التهاون في تنفيذ العقد وعدم الاهتمام بمصلحة الدائن ، فهذه المخالفة تعد قرينة على الخطأ يقع على المدين عبء إثبات عكسها . وتجمع الأحكام القضائية على رفض الإعفاء بمسوغ توافر استحالة التنفيذ إذا ما إتضح للقضاء أن المدين لم يتوخى الحيطة والحذر في تنفيذ التزامه العقدي . فقد قضت إحدى المحاكم بعدم توافر استحالة التنفيذ نتيجة اشتعال حريق بفعل الغير ، وكان بالإمكان ملافاة استفحال ذلك الحريق لو كانت هناك رقابة لإخماده فور ظهور أول شرارة . ووجدت تلك المحكمة بأن المدين مخطئ، لانه لم يتخذ واجبات الحيطة والحذر والتي يمكن من خلالها إخماد ذلك الحريق ، وبذلك يفقد كل فرصة لإعفائه^(١) .

وقد رفضت المحاكم الفرنسية الدفع بتوافر استحالة التنفيذ، المقدم من قبل أصحاب مواقف ومستودعات السيارات في قضية سرقة السيارات ، لان المحاكم كانت في الواقع تدرس ادعاءات أصحاب مواقف السيارات بعناية من اجل الوصول إلى القناعة الكافية حول كونهم قد اتخذوا الاحتياطات الواجبة للمحافظة على السيارات التي في عهدهم وأماناتهم من عدمه ، اذ قضت بالنهاية بمسؤولية صاحب المرآب عن سرقة بعض السيارات التي في عهده^(٢) .

وفي قضية أخرى قضت إحدى المحاكم بمسؤولية المؤجر (المالك) عن حادث تعرض له مصعد العمارة بسبب انخفاض الطاقة الكهربائية في المنطقة التي تقع فيها العمارة ، وكان سبب انخفاض الطاقة الكهربائية، الإضراب الذي قام به عمال الشبكة الكهربائية العامة ، وقد بنت المحكمة رأيها في رفض تلك الدعوى على أساس ان المالك لم يتخذ الإجراءات الضرورية والمتعلقة بأمان تشغيل المصعد وكذلك لم يقوم المالك

(١) محكمة بورجو ٣٠ نوفمبر ١٩١٢ رقم D.P/١٣/٤٧٦.

(٢) محكمة السين - الدائرة التجارية - ٣ يوليو ١٩٤١ /G.p/١٩٤١ /٤٠٥/٢/١٩٤١ .

الالتزام العقدي

بتوفير الطاقة الكهربائية عن طريق موادات كهربائية تستخدم في حالات الطوارئ ومنها هذه الحالة ، وبالتالي عدت المحكمة المالك مسؤولاً عن انخفاض الطاقة الكهربائية^(١) .

ونستطيع ان نقرر واستنادا لتلك الأحكام السابقة، بأن المحاكم قد جعلت عدم اتخاذ واجب الحيطة والحذر دليلاً على تقصير المدين في تنفيذ التزامه ، وبالتالي تحرمة من الاستفادة من الدفع بتوافر استحالة التنفيذ .

بل إننا نذهب إلى ابعد من ذلك، ونقرر بأنه متى ثبت لدى المحكمة بالدليل القاطع عدم اتخاذ المدين واجب الحيطة والحذر ، فان المحكمة استنادا لذلك تقضي بعدم إمكانية الاستفادة المدين من توافر الدفع بتوافر استحالة التنفيذ من دون حاجته إلى البحث عن مدى توافر شروط استحالة التنفيذ الأخرى .

وفي هذا المعنى يقرر الفقه الإسلامي بأنه إذا حصل اصطدام بين سفينتين بسبب هبوب ريح أو عواصف ، ولم يكن بالإمكان تجنب اصطدام إحداهما بالأخرى بوجه من الوجوه أو بحال من الأحوال ، فلا ضمان على أحد ، وان كان التفريط من الجانبين ، فالضمان عليهما^(٢) . أما إذا وقع الاصطدام بسبب تفريط من جانب ملاح إحدى السفينتين فالضمان عليه وحده ، ويعد الملاح مفرطاً إذا كان قادراً على ضبطها وردها عن السفينة الأخرى لكنه لم يفعل ، أو أمكنه أن يصرفها إلى ناحية أخرى لكنه لم يفعل هذا أيضاً ، كما انه يعد مفرطاً إذا لم يكمل آلتها من الحبال والرجال وغيرهما^(٣) ، وهذا يعني في التعبير الحديث لم يجهزها بالتجهيز المطلوب .

ثانياً : التأخير في التنفيذ

يعد التأخير في التنفيذ عن الموعد المحدد له من أهم مظاهر الخطأ التي تحرم المدين بالتالي من التمسك بتوافر الاستحالة عند وقوعها^(٤) ، إذ تشير المادة (١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي على ان المدين يكون مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك محل لذلك، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير في التنفيذ. ونظراً لما للتأخير من أهمية ، فقد ساوت المادة المشار إليها سابقاً في استحقاق التعويض بين عدم التنفيذ والتأخير ، فقد عدت إحدى المحاكم الفرنسية البنك مسؤولاً عن تدهور قيمة الأوراق التجارية إذا ما تأخر في تصدير تلك الأوراق ، ومن ثم فاجأت البنك سلسلة متصلة من الأحداث منها أحداث الحرب وما ترتب عليها من هجرة المواطنين ، ووصول جنود الاحتلال الألماني ، وانقطاع سبل المواصلات مما عرض الأوراق التجارية لمخاطر استثنائية ما كانت لتحدث لو قام البنك بتصدير تلك الأوراق التجارية في الموعد المحدد قبل تدهور قيمتها^(٥) .

(١) محكمة باريس ١١ فبراير ١٩٦٣ / J.C.p/١٩٦٣ عدد ١٩٦٣ س ١٣٣٠٦/٢ .

(٢) المغني لابن قدامة - ج ١٠ ، ص ٣٦٢ .

(٣) المغني لابن قدامة - ج ١٠ ، ص ٣٦١ .

(٤) حيث لم تعتبر محكمة التمييز في العراق التأخير في الميناء سبباً أجنبياً غير متوقع ، بقولها " حدوث عطب في الباكسة أو تأخرها في الموانئ أو تأخير إخراج البضاعة من الميناء حتى تتم إجراءات رسمية معينة أمور متوقعة على المدين أن يحتاط بها وهي لا تعتبر ظرفاً طارئاً ولا أسباباً أجنبية " . رقم القرار ٦٣ / م ١ / ٧١ تاريخ القرار ١٧ / ٦ / ٧١ . إبراهيم المشاهدي ، المبادئ ، ص ٤٨٦ .

(٥) محكمة ليون - ٤ يونيو ١٩٤٥ عدد / G.P / ٧٥ / ٢ / ١٩٤٥ .

الالتزام العقدي

كذلك عدت إحدى المحاكم المقاول المكلف بأعمال التشييد والبناء، مخطئاً إذا ما تأخر في تنفيذ التزاماته ، وانه لاصحة لادعائه بتوافر ظروف قاهرة حدثت بعد التاريخ المحدد لإنهاء الأعمال، وكان المقاول قد تأخر في التنفيذ سعياً وراء أعمال أخرى أكثر ربحاً^(١).

ويذهب القضاء الفرنسي إلى ان عدم مراعاة متعهد النقل والشحن لعامل الوقت ، فانه يكون بذلك قد ارتكب خطأ يحرمه من التمسك باستحالة التنفيذ كنتيجة للظروف القاهرة التي حدثت بعد التأخير في التنفيذ^(٢).

ويتضح لنا مما تقدم، بأنه لا يجوز للمدين ان يستفيد من الإعفاء لتوافر الاستحالة عندما يتسبب هو في تلك الاستحالة نتيجة تأخره في التنفيذ . وقد يؤاخذ على المدين في هذه الحالة انه لم يراع الحرص والحذر الواجب . ولكننا نرى ان الحجة الرئيسية في عدم قبول دفعه، هي ان العقد كان من الجائز تنفيذه بصورته الطبيعية، وفقاً لما تم الاتفاق عليه، لو لم يطرأ التأخير وبالتالي فان الاستحالة التي طرأت إنما ظهرت بعد انقضاء المرحلة المحددة للتنفيذ ، ويعني هذا ان المدين قد اخطأ في عدم تنفيذه العقد في الموعد المحدد .

أما إذا كان سبب التأخير في التنفيذ يرجع إلى سبب خارج عن إرادة المدين ، ففي هذه الحالة يعفى من المسؤولية ، وطبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية ليس هناك أية مسؤولية على المدين .

ثالثاً : سوء النية

يعد مبدأ حسن النية من أهم وأخطر وأجل المبادئ القانونية بل هو غاية من غايات القانون، لان به يتحقق درء الأضرار من فرد على فرد كآخر ، ولهذا فهو مبدأ يحكم على السلوك القانوني بصفة عامة ، وله مكانه البارز في ظل القانون المدني وعلى وجه الخصوص في مجال العقد ، إذ يسود هذا المبدأ العقد في جميع مراحله ، اذ لا يقتصر أثره على إبرام العقد بل يمتد إلى تنفيذه وانقضاءه^(٣).

ونستطيع ان نحدد حسن النية في وضعية المتعاقد الذي لا ينوي الأضرار بالمتعاقد الآخر ، ولا ينوي كذلك كسب منفعة غير مشروعة على حسابه ، وهو أمر مفترض إذ انه قرينة قانونية عامة على الرغم من أن المشرع لم يفرضه إلا في بعض المواضيع المعينة^(٤) وبناء على ذلك، فلا يمكن نفيه إلا بإثبات سوء النية بكافة طرق الإثبات .

ونظراً لكون مبدأ حسن النية يسود العقد في جميع مراحله من خلال كونه سلوكاً يجب ان يتحلى به المدين تجاه المتعاقد معه ، فإذا ما اتصف هذا السلوك بسوء النية ، فانه يحرم المدين من الدفع بتوافر الاستحالة، لان سوء النية يدل على ان المدين له دخل في حدوث الاستحالة – كونه ارتكب الخطأ – لهذا ترفض المحاكم الدفع بتوافر الاستحالة عند ثبوت سوء نية المدين ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية بائع العقار

(١) محكمة النقض الفرنسية – الدائرة الثالثة – ٧ مارس ١٩٦٨ رقم ٨ / ٢٧ / ١٩٧٠.

(٢) محكمة باريس التجارية ٤ مايو ١٩٥٤ / Bull civ / عدد ١٩٥٤ / ٣ / ١٥٨ ، ص ١٢١.

(٣) عبد الجبار ناجي الملا صالح – مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مطبوعة اليرموك بغداد ١٩٧٤ ، ص ٢٧.

(٤) السهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ١٩٥٦ ، ص ٦٠ ، هامش ١.

الذي يعام بوجوه استحالة قانونية مترتبة على العقار ورفضت بالتالي دفعه بتوافر الاستحالة^(١).

وقد أكدت أحكام القضاء على ضرورة وقوف القاضي على مدى علم المتعاقد عند تعاقد، بالأحداث التي تقف عائقا من دون التنفيذ وصولا لاثبات حسن النية من عدمها لدى المتعاقد، للقول بقبول أو رفض الادعاء بتوافر الاستحالة^(٢)، وهذا ما قضت به إحدى المحاكم الفرنسية أيضا بمسؤولية الباعين الذين حاولوا إخفاء الحقيقة عن المشتري، لدى بيعهم عقارا كان محملا ببعض الرهون، والتي تمنع التصرف به بعد شرائه لتحقيق سوء النية من جانبهم^(٣).

ويتبين مما تقدم، مدى حرص المحاكم على الاقتناع والاعتداد بتوافر النية السليمة للمدين، للقول بتوافر استحالة التنفيذ من عدمه. ونرى أن هدف تلك المحاكم من ذلك هو التعرف على موقف المدين ازاء الأحداث التي جعلت تنفيذ العقد مستحيلا.

(١) نقض مدني فرنسي، ١٧ يناير ١٩٦١ (جريدة Gaz Pal) عدد ١٩٦١ / ٣٧، ص ٣٢.

(٢) نقض مدني فرنسي - الدائرة الأولى - ١٠ نوفمبر ١٩٧١ عدد / J.C.P. / ١٩٧٢ / ٢ / ١٧٠٧٩ رقم ٥٩٣ / ١٩٧٢.

و أنظر أيضا نقض مدني ٢٢ مارس ١٩٥٠ - مشار إليها في / Bull Civ / عدد ١٩٥٠ / ٢ / ١١٦، ص ٧٩. (٣) محكمة السبين ٢٣ مايو ١٩٣٥ رقم / G.P. / ٣٥ / ٢ / ٣٢١.

الفصل الثالث

((آثار إستحالة تنفيذ الألتزام العقدي))

تمهيد وتقسيم:

إذا ما تحققت شروط استحالة تنفيذ الألتزام العقدي وبالشكل الذي تم بحثه في الفصل الثاني، فإنه يترتب عليها آثار قانونية عديدة ، وإذا ما علمنا بأن الفقه والقضاء يجمعان على أن الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الألتزام العقدي وانفساخ العقد يشترط فيها أن تكون استحالة نهائية، وما يتبع هذا الأثر من أثر آخر يتمثل بتحمل التبعة في العقد، وهذا الأمر يتطلب منا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص الأول منها لانقضاء الألتزام العقدي وانفساخ العقد . ونكرس المبحث الثاني للأثر المتمثل بتحمل التبعة في العقد والملك.

المبحث الأول

إنقضاء الألتزام العقدي وإنفساخ العقد

~~مادامت حالة أنفساح العقد ناتجة عن انقضاء الالتزامات المتعاقبة بين طرفي~~

العلاقة العقدية*، لذا فإننا سنعالج في هذا المبحث انقضاء الالتزام العقدي وتوابعه في مطلب أول، ومن ثم أنفساخ العقد في مطلب ثانٍ وكآلاتي:

* د. عبد الحي حجازي، آثار الاستحالة في العقود الملزمة للجانبين، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة السنة (٥٥) العدد ٣١٦، القاهرة، إبريل ١٩٦٤، ص ٨١.

المطلب الأول

إنقضاء الالتزام العقدي وتوابعه

ان أهم آثار استحالة تنفيذ الالتزام العقدي لتحقيق سبب أجنبي هو انقضاء الالتزام العقدي وتوابعه ، وهذا ما نجده واضحاً في النصوص التي أوردها المشرع العراقي في المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه ^(١) .

وكذلك المادة (١٦٨) والتي نصت على أنه "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه ^(٢) .

ويتضح من هذه المواد أن الالتزام العقدي، ولا سيما، في العقود الملزمة للجانبين لا ينقضي بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي ، وان أنفساخ العقد لا يتم إلا إذا انقضى الالتزام العقدي ، وهذا الأمر لا يتم إلا إذا كانت استحالة تنفيذ هذا الالتزام تعود إلى سبب أجنبي لا يد للمدين به.

وتأسيساً على ذلك، فإذا لم ترجع استحالة تنفيذ الالتزام العقدي إلى سبب أجنبي فإن المدين يبقى ملزماً بالعقد، ويحكم عليه بالتعويض (التنفيذ المقابل) لعدم وفائه بالتزامه. وهنا تثار مسألة المسؤولية العقدية فالمدين الذي يخل بتنفيذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً إذا لم يستطع إثبات وجود السبب الأجنبي، فتبقى هنا علاقة السببية بين الخطأ والضرر وتحقق المسؤولية العقدية، بناءً على وجود العقد الذي يشكل الأساس للمطالبة بالتعويض . ولا يمنع هذا الأمر من أن يطالب الدائن القضاء بفسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه بدلاً من أن يطلب التعويض ، و للقاضي في هذه الحالة أن يجيب الدائن إلى طلبه فيحكم بفسخ العقد وهذا هو الفسخ القضائي الذي يختلف عن الفسخ بحكم القانون (الانفساخ) ^(٣) .

وإذا ما انتقلنا إلى حالة انقضاء الالتزام العقدي الناتجة عن استحالة التنفيذ التي ترجع إلى سبب أجنبي ، فإن حالة الانقضاء هذه تنص عليها المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي ، وهنا يفسخ العقد من تلقاء نفسه طبقاً للمادة (١/١٧٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه " إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه

(١) أنظر نص المادة (٣٧٩) من القانون المدني المصري ، إلا أن بمراجعة نص المادة (٣٤٣) من تقنين الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على: " ١ - لا تبرأ ذمة المدين من أجل القوة القاهرة إلا بعد استحالة التنفيذ فيمكن أذن الا يكون سقوط الموجب الاجزئياً. ٢ - وفي جميع الأحوال ، حتى في حالة سقوط الموجب كله يلزم المدينون أن يتنازل للدائن عن الحقوق والدعاوي المختصة بالتعويض مما يتعلق بالموجب السابق ، كما يلزم أن يسلم اليه ما تبقى من الشيء الهالك أن كانت هناك بقية" بمعنى انه إذا كان هلاك الشيء محل الالتزام جزئياً ، يتعين على المدين تسليم الدائن ما بقي منه ، وإذا كان الشيء مؤمناً عليه ، أو كان الهلاك بفعل الغير فالزم بالتعويض ، وجب أن ينقل إلى الدائن حقه في مبلغ التامين أو التعويض وجميع هذه الأحكام ما هي الا تطبيق للقواعد العامة. (لاحظ د. أنور سلطان ، أحكام التزام ، مقارنة بين القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٠ ، ص ٤٥١).

(٢) تنص المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه التزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".

(٣) السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف ٤٨٨ ، ف ٤٨٨ ، ص ٨٢١.

انفسخ العقد سواء كان هلاكه بطل أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد الموقوف الذي قبضه لصاحبه.

وفي هذه الحالة فانه لا محل لاثارة مسألة المسؤولية العقدية ليختار الدائن بين تلك المسؤولية وبين فسخ العقد، بالمقارنة مع حالة انقضاء الالتزام العقدي الناتج عن الاستحالة التي لا ترجع إلى سبب أجنبي، فهنا لا يكون الا فسخ العقد، وقد نص القانون على فسخ العقد تلقائياً ولا محل للاعذار لانه غير متصور الا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً. ولما كان التنفيذ غير ممكن فانه لا يكون هناك خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ^(١)، على أن الدائن في هذه الحالة يحتفظ بحقه بالركون إلى الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي، إلا أن لجوئه إلى القضاء انما يكون لتقرير أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق وان العقد قد انفسخ، فالحكم هنا يقرر الفسخ لا أن ينشئه^(٢).

إجمالاً، فانه يترتب على تحقق استحالة تنفيذ الالتزام العقدي لسبب أجنبي انقضاء هذا الالتزام^(٣) ليس باصله فحسب، بل بتوابعه فتتقضي جميع التأمينات العينية والشخصية الذي تكفله، فإذا كان هناك رهن أو حق امتياز أو أي حق يكفل الالتزام قبل استحالة تنفيذه، فان هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الالتزام، ويجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات الواجبة لشطب القيد الذي كان يشهر هذه التأمينات.

فإذا كان للالتزام العقدي كفيل شخصي، ثم استحال تنفيذه بسبب أجنبي وانقضى هذا الالتزام وبرئت ذمة المدين منه، فان ذمة الكفيل الشخصي تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين.

على أية حال، فان العقد قد ينشأ التزاماً مترتباً في ذمة مدينين متضامنين متعددين، ومن ثم يستحيل تنفيذه بسبب أجنبي، فهنا ينقضي هذا الالتزام العقدي وتبرأ ذمة جميع المدينين المتعاقدين. فإذا كان تحقق استحالة التنفيذ بطلاً أحد المدينين المتضامنين فيكون هذا المدين وحده هو المسؤول عن التعويض، ويعد خطأ المدين بإتجاه الباقيين من قبيل فعل الغير، أي يعد سبباً أجنبياً، فينقضي الدين (الالتزام العقدي) بالنسبة إليهم وتبرأ ذمتهم منه. وكذلك إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة المدين لمصلحة عدد من الدائنين المتضامنين، واستحال تنفيذه لسبب أجنبي، فأن ينقضي بالنسبة إلى جميع الدائنين المتضامنين^(٤).

ومن الجدير بالذكر، أن الالتزام العقدي لا ينقضي ويبقى المدين ملتزماً به، وان تحققت استحالة تنفيذ هذا الالتزام ولسبب أجنبي، وذلك عندما يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة والحادث الفجائي، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق واستحال تنفيذ الالتزام العقدي لسبب أجنبي فان التزام المدين يبقى قائماً، وهذا ما قررته المادة (١/٢٥٩) من القانون المدني العراقي على أنه "١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة...."، ومثال ذلك أن يبيع شخص بضاعة لشخص آخر ويلتزم البائع، هنا، بأنه

(١) أنظر د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٥٩، ص ١٣٩ وما بعدها.

(٢) عدنان ابراهيم سرحان، سلطة القاضي التقديرية ازاء طلب الفسخ لعدم التنفيذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد ٨، ع ١٤-٢، مطبعة العاني، ١٩٨٩، بغداد، ص ٢٧٨.

(٣) نصت على حالة انقضاء الالتزام العقدي عدة تشريعات مدنية، مثل: القانون المدني المصري في المادة (١٥٩)، وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (٣٤١)، بقوله "يسقط الموجب إذا كان بعد نشئته قد أصبح موضوعه مستحيلاً من الوجه الطبيعي أو الوجه القانوني بدون فعل أو خطأ من المدين".

وكذلك نصت المادة (٢١٥) من القانون المدني الكويتي بقولها (في العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح تنفيذ التزام احد الطرفين مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام...).
(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص ٩٨٩.

يتصل نتيجة القوة القاهرة والحدث الطبيعي التي تبطل تنفيذ الالتزام العقدي لا يلا، وهنا لا تبرأ ذمة المدين (البائع) ولكن الذي يحصل هو أن طريقة التنفيذ تتحول من طريق التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل (التعويض)، ويقال هنا بأن المدين (البائع) يعد في هذه الحالة بمثابة المؤمن^(١).

وتذهب بعض التشريعات^(٢) الى حالات لا ينقضي فيها الالتزام العقدي على الرغم من استحالة تنفيذه بسبب أجنبي، وهي حالات يكون فيها المدين قد ارتكب خطأ قبل تحقق استحالة التنفيذ لهذا الالتزام، ومثال هذه الحالة أنه إذا التزم المدين أن يسلم شيئاً ولم يتم بتسليمه بعد أعذاره كان هلاك الشيء عليه ولو كان هلاكه قبل الأعذار على الدائن، فإذا ارتكب المدين خطأ يتمثل في أن الدائن قد أعذره قبل ذلك بالتسليم ولم يقم به، فإن الالتزام العقدي لا ينقضي. فالتنفيذ العيني لا مكان له هنا، ولكن يلتزم المدين بالتعويض ذلك أن استحالة تنفيذ الالتزام العقدي وإن كانت بسبب أجنبي، فإنها تبقى مسندة إلى فعل المدين المتمثل بارتكابه لخطأ يتمثل في عدم قيامه بالتسليم رغم الأعذار^(٣).

وقد قرر فقهاء المسلمين، انتهاء الكفالة إذا ما أنسخ العقد الذي نشأ منه الدين المكفول به، كما لو تكفل أحد ثمن المبيع وإنسخ البيع، أنقضت الكفالة تبعاً لهذا الانفساخ، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (٦٧١) بقولها: "الكفيل بثمن المبيع إذا أنسخ البيع أو استحق المبيع أورد بعيب يبرأ من الكفالة"^(٤).

كما ذهب بعض الفقهاء إلى إنتهاء الرهن إذا ما هلك المبيع قبل قبضه، وعلى المشتري أن يرد الرهن على البائع، فإذا هلك بيده كان من ضمانه وهو الأقل من قيمته وقيمة المبيع^(٥).

(١) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام، شركة ومطبعة النشر المحدودة، بغداد ١٩٥٤، ص ٣٣٠.

(٢) أنظر نص المادة (١/٢٠٧) من القانون المدني المصري، والمادة (١/٢٨٧) من القانون المدني الكويتي.

(٣) د. طلبة وهبة خطاب، إحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٣٨٦.

(٤) تنص المادة (١٠٤٥) من القانون المدني العراقي على (الكفيل بثمن المبيع يبرأ من الكفالة إذا انسخ البيع أو استحق المبيع أو رد بعيب).

(٥) اختلف فقهاء المسلمين في جواز كون المرهون به عيناً من الأعيان وعلى ثلاثة آراء: الرأي الأول: يرى عدم جواز ذلك مطلقاً، وهذا ما ذهب إليه الشافعية.

=الرأي الثاني: يرى جواز ذلك مطلقاً، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة والشيعة الأمامية ورأى للملكية إذا كان العين غائبة لا حاضرة.

الرأي الثالث: ذهب إلى التفصيل الآتي: يجوز الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها وهي التي يجب مثلها عند هلاكها أن كانت لها مثل قيمتها أن لم يكن لها مثل كالمغصوب في يد الغاصب وأما العين المضمونة بغيرها كالمبيع بيد البائع، ففيها رأيان: الجواز والعدم.

أنظر بدائع الصنائع للكاساني ١٥٥/٦ وما بعدها. الوجيز: للغزالي ١٦١/١.

منهاج الصالحين: للخوازي ١٩٤/٢.

انظر زياد حمد عباس الصميدعي، إنقضاء الالتزام في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق، ١٩٩٧، هامش ٢، ص ١١٤.

المطلب الثاني

أنفساخ العقد وأثاره

أولاً: معنى الأنفساخ وتكييفه فقهاً وقانوناً

الأنفساخ في اللغة مصدر أنفسخ ومعناه : النقض والزوال ، ويقال فسخت الشيء فانفسخ أي نقضته فاننقض ، وفسخت العقد أي رفضته^(١). أما معناه اصطلاحاً فهو انحلال للعقد بقوة القانون دون تدخل القاضي ودون أن يكون مشروطاً ذلك في العقد أن استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي^(٢).

ينقسم الفقه الإسلامي في تكييفه للأنفساخ إلى رأيين، يرى الأول: أن الأنفساخ غير الفسخ، وقد تكلم الفقهاء هنا عن الفسخ كسبب من أسباب انحلال العقد وعبروا عنه بعد ذلك بالأنفساخ، وذلك من خلال ما أورده من تطبيقات وأحكام فقهية في كتبهم، إذ يذهب ابن عابدين إلى أن الأنفساخ غير الفسخ، ذلك أن هناك فرقاً بينهما، إذ أن الأنفساخ تلقائي الأثر، بينما الفسخ بحاجة إلى فاسخ أو إلى تعبير يؤدي إليه^(٣). وجاء في المذهب^(٤) في (باب ما يوجب فسخ الإجارة) من أن الإنسان إذا ما اكترى داراً فانهدمت أنفسخ العقد وجاء فيه أيضاً (أن مات الصبي الذي عقدت لإجارة على إرضاعه فالمنصوص أنه يفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع)^(٥).

وبهذا الرأي ذهب ابن النجار من فقهاء الحنابلة، إذ استعمل تعبير أنفساخ للدلالة على عدم إمكانية تنفيذ المعقود عليه بسبب لا يرجع إلى أحد المتعاقدين^(٦). أما الرأي الثاني فيرى بأن الأنفساخ ما هو الا فسخ ولهذا فهم يكييفون الأنفساخ على أنه فسخ، على وصف أن الفسخ يرفع العقد من أصله، ويجعله كأن لم يكن، وقرر هذا الرأي أن الفسخ ما هو الا رفع للعقد أو نقضه وأما يكون من ناحية فسخاً ضرورياً كأن يهلك المبيع قبل القبض مثلاً^(٧).

إن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، هو الرأي الأول، وبه أخذ أغلب فقهاء المسلمين^(٨) وذلك لما أورده من آراء محددة ودقيقة تبرز الفرق بين الأنفساخ والفسخ فهو فهو مختلف عنه.

أما التشريعات المدنية، فقد عنيت بتنظيم الأنفساخ، بوصفه سبباً من الأسباب التي تتحلل بها العقود، وتركز هذه العناية من كون الأنفساخ هو نظام من أنظمة انحلال العقد.

(١) المصباح المنير ولسان العرب: مادة : الفسخ.

(٢) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨١، ص ٤٠٨.

(٣) حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٤، ص ٥٦٧، ط ٢، دار الفكر، ١٩٧٩.

(٤) الشيرازي، المذهب، مطبعة البابي الحلبي، ط ٢، ١٩٥٩، ص ٤١٢.

(٥) الشيرازي، المذهب، ص ٤١٢.

(٦) محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، منتهى الإدارات في جمع المقنع من التنقيح وزيادات، ص ٤٨٩، مطبعة دار الجيل للطباعة، القاهرة، ١٩٦٢.

(٧) بدائع الصنائع، للكاساني، ج ٥، ص ٢٩٨.

(٨) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٦٧، منتهى الارادات لابن النجار، ج ٢، ص ٤٨٩، وأبي محمد علي بن حزم المحلى، طبعة بيروت، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، دون سنة طبع، ج ٨، ص ١٨٧.

الالتزام العقدي

أما تكليف الأنفساخ في العقد والقانون المدني العراقي، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي، أن انحلال العقد يترتب على أمرين فقط هما: الفسخ والإقالة، وعد الأنفساخ نوعاً من أنواع الفسخ^(١).

وعليه فقد أفرد المشرع العراقي للأنفساخ مادتين هما (١٨٠، ١٧٩) وردت في القسم الأول من الكتاب الأول، الفرع الثالث من الفصل الأول من القانون المدني العراقي تحت عنوان (إنحلال العقد) وحدد طرق الانحلال بطريقتين الفسخ والإقالة^(٢)، ولقد دمج الأنفساخ بالفسخ، وعليه نجد المشرع العراقي قد جعل الأنفساخ نوعاً من أنواع الفسخ، وهو الفسخ الاتفاقي والقضائي والقانوني، أي لم يجعل الأنفساخ أحد الطرق التي ينحل بها العقد إنما ادخله ضمن الفسخ، وكان من الجدير بالمشرع العراقي لو اورد نصوص الأنفساخ بصورة مستقلة عن الفسخ، لاننا نرى أن هذه الطريقة تختلف عن الفسخ من ناحية طبيعتها وآثارها، ومن الأفضل دراسة طرق انحلال العقد وتحديدتها بصورة مستقلة بثلاث طرق إلا وهي الفسخ والانسفاخ والنفاسخ.

أما موقف الفقه القانوني العراقي^(٣)، فقد وجدنا انه قد انتهج نهج المشرع الوطني، اذ جعل الأنفساخ نوعاً من أنواع الفسخ، وعلى الرغم من وجهة هذا الموقف، إلا إننا نعتقد أن الأنفساخ هو طريقة مستقلة عن الفسخ وليست تابعة له.

وقد أشارت التشريعات المدنية العربية والغربية إلى نظام الأنفساخ هذا كأحد أنظمة انحلال العقد، وقد عالجت على اختلاف النهج في المعالجة^(٤).

كذلك نص المشرع الإنكليزي على أنفساخ العقد في القانون الذي أصدره في سنة ١٩٤٣ والمعروف باسم قانون الإصلاح التشريعي للعقود مستحيلة التنفيذ^(٥). ١٩٤٣ Law Reform(Frustrated Contract) Act. كما أشار إليه أيضاً عند معالجته لعقد العمل، فعالج أنفساخ هذا العقد بوفاء العامل، لان على طرفي العقد أن ينفذا

(١) السيد منير القاضي، المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٨٤م، ص ٤٠٤.

(٢) أن المواد القانونية ١٧٧-١٧٨ من القانون المدني العراقي تخص الفسخ، أما المواد ١٨١-١٨٣ فتخص الإقالة.

(٣) فريد فيتان، مصادر الالتزام (شرح مقارنة على النصوص)، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦، ١٩٥٧، ص ٢١١-٢٢٤. ومنير القاضي، ملحق البحرين، ص ٢٨٣-٢٨٩. و د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، ص ١٨٣-٢٥٦. د. غني حسون طه، المرجع السابق، ص ٣٩١-٣٩٣.

(٤) حيث جاء في نص المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري ما يأتي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتبادلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه". وكذلك نص المادة (٢٧٣) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ على ما يأتي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى الالتزام المقابل وأنفسخ العقد من تلقاء نفسه".

ب- وإذا كانت الاستحالة جزئية انقضت ما يقابل الجزء المستحيل وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط على المدين.

وكذلك فعل المشرع الأردني في المادة (٢٤٧) من القانون المدني الأردني. وكذلك نص المادة ١٦٠ من القانون المدني السوري، والمادة ١٣٠ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ١٦١ من القانون المدني السوري، والمادة ١٢١ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢٤٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني. وقد نصت بعض التقنيات المدنية الأجنبية على الأنفساخ كأثر نهائي لاستحالة تنفيذ الالتزام العقدي، ومن هذا ما نص عليه التقنين المدني الألماني الصادر في أول يناير ١٩٠٠ في المادة ٢٧٥ الفقرة الأولى منه وكذلك المادة ٣٢٣ منه على أنه "إذا صار الأداء الواقع على عاتق أحد طرفي العقد الملزم للجانبين مستحيلاً بسبب لا تقع مسؤوليته على أي من الطرفين، فإن ذلك الطرف يفقد الحق في الأداء المقابل" وكذلك ما نصت عليه المادة ١٦٩ من تقنين الالتزامات السويسري والتي تقضي بأن الالتزام ينقضي متى أصبح الوفاء به مستحيلاً بسبب ظرف لا بد للمدين فيه. وكذلك ما جاء في نص المادة (٢٣٥) من القانون المدني لجمهورية روسيا على أنه "تنتهي الالتزامات بالاستحالة التنفيذ إذا كانت ناجمة عن ظروف لا يسال عنها المدين".

(٥) Chitty on contracts, ٢٥th, edition, vol. ١ - general principle - London, by sweet & maxwell - ١٩٨٣ - P. ٨٦٨.

الالتزام العقدي

الالتزامات العقدية تنفذاً شخصياً^(١)، وقد أشار القضاء الإنكليزي في مناسبات عديدة إلى مبدأ أنفساخ العقد بصرف النظر عن الأساس الذي إقامه ذلك القضاء لتسويق هذا الانفساخ^(٢). وقرر الفقه الإنكليزي أن أنفساخ العقد كان نهائياً للاستحالة ويمكن جعله مبدأ قائماً ضمناً في التشريع، وفي كل اتفاق. وان هذا المبدأ بمثابة شرط ضمني في العقد مفاده: أن تنفيذ العقد رهن بقدرة المتعاقد المستمرة على تنفيذ العقد وان الوفاة تجعل قدرة المتعاقد على التنفيذ مستحيلة^(٣)، إذ أن هذا المتعاقد ينبغي أن يبقى على قيد الحياة ليتمكن من تنفيذ العقد^(٤). فهذا التشريع سمح للقضاء الإنكليزي بتطبيق مبدأ أنفساخ العقد في كثير من القضايا التي عرضت أمامه، وكان الحكم بالفسخ في هذه القضايا مقررراً له وليس منشأ^(٥). أما المشرع الفرنسي ومن خلال نصوص المواد (١١٤٧ ، ١١٤٨) من القانون المدني الفرنسي، فقد نص في المادة (١١٤٧) منه على " أن المدين يكون مسؤولاً عن التعويض إذا كان له محل، أما بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب التأخير فيه، وذلك في جميع الأحوال ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ولم يكن ثمة سوء نية من جانب المدين".

وجاء في المادة (١١٤٨) منه على أنه "لا محل للتعويض إذا حالت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي دون قيام المدين بإعطاء أو عمل ما التزم به أو إذا قام بأداء ما هو محظور عليه".

يبدو أن هذا القانون لا يعرف الانفساخ، بعبارة أدق أن هذا القانون لم يبين الآثار التي ترتبت على انقضاء الالتزام الذي صار الوفاء به مستحيلاً.

ويرجع بعض الفقه السبب الذي جعل القضاء الفرنسي ينكر الانفساخ أو الفسخ بقوة القانون، أن هذه المحاكم دائماً تبحث عن نص قانوني تقصد به ما تصدره من أحكام، بمعنى آخر أن المحاكم الفرنسية لا تصدر حكماً إلا أن يكون مستنداً على نص قانوني، ولما لم تجد تلك المحاكم في نصوص القانون المدني الفرنسي، غير مادة وحيدة وذات نص عام، وهو نص المادة (١١٨٤)، التي تنص ((الشرط الفاسخ مفترض دائماً في العقود الملزمة للجانبين، في حالة عدم قيام أحد الطرفين بالوفاء بالتزامه، وفي هذه الحالة لا يفسخ العقد بقوة القانون، إنما يكون للطرف الذي لم يوف له، الخيار بين إكراه الطرف الآخر على تنفيذ الالتزام أن كان ذلك ممكناً، وبين أن يطلب الفسخ مع التعويضات والفوائد ويجب أن يطلب الفسخ من القضاء، ويجوز للقاضي أن يمنح المدعى عليه مهلة حسب الظروف))^(٦).

(١) Davies .F.R. Contract – First Edition – ١٩٧٠ – Sweet & Maxwell – London, P. ٢٠٢.

(٢) Taylir V.Caldweel (١٨٦٣) – P. ٨٣١ / Kerll V.Henry (١٩٠٣) P. ٨٤٨ / Condor V. The Barron Knights, Ltd (١٩٦٦). ٨٥٢- Chitty on contracts – op. Cit.

(٣) A.G. Geust Anson's Law of contract – ٢٣E-P. ٤٥٨-OP.Cit.

(٤) AG. Geust Anson's law of contract – ١٢E-P. ٤٣٤-OP.Cit.

(٥) Edenny, mott & Dickison Ltd.V.Jam,es B.Frassser & Co.td (١٩٤٤) –P.٨٤٥/ Fibrosa Spolka Akcjna V.Fairvburin Laws on cmbe Bbarbourltd (١٠٣)- Chitty on Contrarcts – op.Cit.

(٦) ونجد من المفيد هنا إيراد نص المادة (١١٨٤) باللغة الإنكليزية:-

Art. ١١٨٤. (Aresolutory condition is always implied in synallagmatic contract, where one of the two contracting parties does not fulfill his obligation.

In this case the contract is not cancelled as a matter of right. The party to whom the unfulfilled obligation runs has the choice between compelling the other party to carry out the agreement when this is possible, and demanding its termination with damages.

ففي هذه المادة تقضي بفسخ العقد الملزم للبايعين لعدم تنفيذ الإلتزام المقدر له.

لجأ هذا القضاء إلى توضيح مجال تطبيق نص المادة (١١٨٤) يتعدى حالة إخلال المدين بالتزاماته نتيجة خطأ أو تقصير منه فحسب ، بل أمتد هذا التطبيق أيضاً إلى حالات عدم التنفيذ بصورة عامة ولو كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي لا يسال عنه المدين ^(١).

ثانياً: آثار أنفساخ العقد

تترتب على أنفساخ العقد آثار مهمة، منها ما يأتي:

الآثار الأولى : إنحلال العقد

ويتربط على تحقق حالة الأنفساخ نتيجة الاستحالة أن ينحل العقد انحلالاً كاملاً وذلك بعودة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. وان حالة زوال اثر العقد من حين إبرامه، يكون في العقود الفورية التنفيذ، وهنا نكون أمام الفسخ. أما زوال أثره بالنسبة للمستقبل فقط، فيكون في العقود المستمرة التنفيذ، وهنا نكون أمام حالة إنهاء العقد أو إلغائه وعليه، فإن الأمر يدور حول مسألة انقضاء الإلتزام وتوابعه من تأمينات عينية وشخصية تكفل الإلتزام قبل تنفيذه، تطبيقاً للمبدأ القائل أن سقط الأصل سقط الفرع، أما فيما يتعلق بتلك الإلتزامات التي لا تترتب على العقد نفسه وإنما عن عقد آخر، ولكنه مرتبط بالعقد الأصلي، فتسمى هذه العقود بالعقود الفرعية، وخير تطبيق لها هي عقود مقاولات المباني والمنشآت الكبيرة.

وغالباً ما يلجأ المقاول الأول (الأصلي) في مثل هذه المقاولات الكبيرة، إلى إبرام هذه العقود مع مقاولين ثانويين، ويهدف من وراء ذلك إلى تحقيق الغرض من المقولة الأصلية، مع مراعاة مدة التنفيذ.

فالسؤال الذي يثار هو، إذا استحال تنفيذ العقود الأصلية بسبب من أسباب استحالة التنفيذ فما هو مصير هذه العقود الفرعية أو الثانوية؟

للإجابة عن هذا السؤال، يمكن القول أن وجود هذه العقود واستمراريتها مرتبطان باستمرار ودوام عقد المقولة الأصلي، فإذا فسخ هذا العقد فلا تبقى هناك حاجة لاستمرار هذه العقود الثانوية، تطبيقاً لقاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع. إلا أن هناك فرضين للإجابة عن هذا السؤال:

الفرض الأول: وجود عقود ثانوية ليست مستقلة عن عقد المقولة الأصلي، ويعلم جميع المقاولين الثانويين المتعاقدين مع المقاول الأول أو مع رب العمل، أو كان بوسع هؤلاء العلم بان هدف هذه العقود هو إنجاز عقد المقولة الأصلي. فإذا كان هؤلاء المقاولون الثانويون قد تعاقدوا مع رب العمل أو مع المقاول الأصلي ويؤدون عملهم في موقع المشروع، ومن ثم استحال تنفيذ عقد المقولة الأصلي لسبب أجنبي، فإن هذه العقود التي أبرمت لغرض تنفيذ العقد الأصلي تفسخ هي الأخرى، لأنها عقود تابعة لارتباطها بعقد المقولة الأصلي، والتابع لا ينفرد بالحكم، وإذا سقط الأصل سقط الفرع.

Cancellation must be applied for in court, and the defendant may be given additional time, according to circumstances).

تم نقل هذا النص من كتاب :

The civil law system, cases and materials, Arthur T.Von Mehren, Prentice-Hall, inc, ١٩٥٧. P. ٨٦٥.

(١) حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢.

الالتزام العقدي
وأما الفرض الثاني : فيتمثل بوجود عقود ثانوية مستقلة عن عقد المفاوضة الأصلي، ولا

يعلم المتعاقدون الثانويون أو الفرعيون، أن الغرض من عقودهم المبرمة مع رب العمل أو المفاوض الأول (الأصلي)، هو خدمة المفاوضة الأصلية أو لم يكن في وسعهم العلم بذلك، كما لو استأجر المفاوض الأصلي أبنية لجعلها مخازن لحفظ المعدات والمواد التي يستخدمها في تنفيذ المفاوضة.

في مثل هذا الفرض لا يستطيع المفاوض الأصلي أو رب العمل التحلل من هذه العقود، إذا ما استحالت تنفيذ عقد المفاوضة الأصلي بسبب أجنبي وأنفسخ هذا العقد. ومع ذلك يجوز التحلل من هذه العقود الفرعية أو الثانوية عن طريق القواعد والاحكام المتعلقة بالفسخ، إذ يستطيع كل طرف من أطراف العقد أن يطلب فسخ العقد إذا ما توافرت شروط الفسخ، كما لو أخل أحد الطرفين بالالتزامات التي يفرضها عليه عقد الإيجار المادة (٧٨٢) من القانون المدني العراقي. وكذلك لو حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً، طبقاً للمادة (١/٧٩٢) من القانون المدني العراقي.

الأثر الثاني : رجعية الانفساخ:

وبعد هذا الأثر من أهم الآثار المترتبة على الانفساخ، ومقتضاه جعل العقد المفسوخ كأن لم يكن من تاريخ إبرامه، أي أن يرجع أثره إلى الماضي فكأن العقد لم يكن.

إن موقف الفقه الإسلامي من مسألة رجعية الانفساخ تتبين من خلال قول فقهاء المسلمين، أن العقود تنفسخ أن تلفت العين كدابة تنفق أو عبد يموت، فإن الأمر على ثلاثة أمثلة:

الأول : أن تتلف قبل القبض فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه، لأن المعقود عليه تلف قبل قبضة فاشبه بما لو تلف الطعام المباع قبل قبضة.

الثاني: أن تتلف عقب قبضها فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ويسقط الأجر في قول عامة الفقهاء، إلا أبا ثور فقد حكي عنه أنه قال تستقر الأجرة لأن المعقود عليه تلف بعد قبضه أشبه بالمبيع وهذا خطأ، لأن المعقود عليه المنافع، وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين.

أما الثالث: فهو أن تلف العين بعد مضي شيء من المدة، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة، دون ما مضى، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة، وعلى ذلك ما اكرى بغيراً بعينه، فنفق البعير يعطيه بحساب ما ركب، وكذلك لو مات المستأجر (مستأجر الدابة) كان عليه من الأجر لحساب ما سار، ويبطل عنه بحساب ما بقي لانفساخ العقد بموت أحد المتكاريين^(١).

وجاء في البدائع للكاساني: أن عقد المزارعة إذا انفسخ، فإن اثر الانفساخ سيكون في المستقبل لا في الماضي^(٢)، علماً أن عقد المزارعة هو من عقود المدة. وعلى ذلك نرى أن فقهاء المسلمين لم يأخذوا بمبدأ رجعية الانفساخ بالنسبة لعقود المدة، وإن أثره مقصور على المستقبل فقط، فما تم لارجعية فيه لعدم إمكان رجوعه، فإذا

(١) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج٦، ص٢٥-٢٦. ابن النجار، منتهي الارادات، ج٢، ص٤٨٩. الامام ابي بكر شمس الدين محمد سهل السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٣١هـ، ج١٦، ط٢، ص٥.
(٢) الكاساني، المرجع السابق، ج٦، ص١٨٤.

الالتزام العقدي

ما بعد العقد لفترة من الزمن، فإن آثار تلك العقود تظل كما هي، والإنفساخ لا يؤدي إلى زوالها من الأصل ولكنها تنفسخ لما يأتي بعد ذلك من الزمن.

وجاء في كتاب "الأم" للشافعي أنه: "إذا اكترى الرجل الأرض من الرجل بالكراء الصحيح ثم أصابها غرق، منعه من الزرع أو ذهب بها سيل، أو غصبها غاصب، تحيل بينه وبينها، سقط الكراء من يوم أن أصابها ذلك، وهو مثل الدار يكثرها سنة ويقبضها فتهدم في أول السنة أو آخرها والعبد يستأجره السنة فيموت في أول السنة أو آخرها فيكون عليه من الإجارة بقدر ما سكن واستخدم ويسقط عنه ما بقي"^(١).

أما بالنسبة للعقود الفورية التنفيذ، فقد قالوا بالآثر الرجعي للإنفساخ فيها، ويمكن استخلاص ذلك من تعريف الأنفساخ عندهم بقولهم: "إنفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن"^(٢).

أما بالنسبة لموقف التشريعات المدينة إزاء هذا الأثر، فقد أخذت بهذه الفكرة، فنص القانون المدني العراقي في المادة (٢/١٨٠)^(٣) منه على "إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه، فلا يلزم تسليم البديل الذي وجب بالعقد، وإن كان قد سلم يسترد. فإذا استحال رده يحكم بالضمان".

والموقف نفسه في القانون المدني المصري، فقد نص في المادة (١٦٠) منه على "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان مستحيلاً استبدلاً به تعويضاً يعادله".

ومن نص المشرع المصري والمشرع العراقي، يتضح أن المشرع المصري لم ينص صراحة على رجعية الانفساخ، وإنما استعير هذا الأثر من نص المادة (١٦٠) على أساس أن هذا الأثر مشترك بين الفسخ والانفساخ. وكان من الجدير به أن ينص على هذا الأثر بنص مستقل عن النص السابق، كما فعل المشرع العراقي الذي افرد لذلك نص مستقل في المادة (١٨٠)، إذ ذكر عبارة (إذا فسخ العقد أو انفسخ...)، وحسناً فعل المشرع العراقي بالنص على هذا الأثر صراحة.

أن مسألة رجعية الأنفساخ تدق لاسيما في العقود الفورية التنفيذ من دون عقود المدة (العقود المستمرة التنفيذ). ففي العقود الزمنية (عقود المدة) كعقد الإيجار وعقد العمل، فإن أثر الأنفساخ بالنسبة لهذه العقود لا يترتب إلا بالنسبة للمستقبل فقط، أي أن التزامات طرفي العقد تنتهي من تاريخ الأنفساخ وليس له أثر على الفترة السابقة للأنفساخ، ويسمى هذا النوع من الفسخ الذي يقتصر على العقود الزمنية بـ (الإنهاء) تمييزاً عن الفسخ العادي الذي يعترض العقود الفورية التنفيذ^(٤).

وعليه فإن نطاق فكرة الأثر الرجعي قاصرة على العقود الفورية التنفيذ من دون عقود المدة، ذلك أن التزامات الطرفين في هذه العقود تتقابل فيما بينها تقابلاً تاماً متجدداً بتجدد الزمن، فإن ما يتم فيها في جانب يقابله ما تم فيها من الجانب الآخر. ولقد قضت محكمة التمييز في العراق في أحد قراراتها بالآتي:

(١) الشافعي، الأم، ج ٤، ص ١٧.

(٢) الكاساني، المرجع السابق، ج ٥، ص ٢٣٨.

(٣) يقابلها نص المادة ١٦١ من القانون المدني السوري وم ١٦٢ لبيي، وم ١٤٥ سوداني وم ٢٤٢ موجبات وعقود لبناني.

(٤) د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، لبنان، ص ٢٠١. د. عبد المنعم فرج الصدة، العقد في البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٥٩٦. د. حسن علي دنون، النظرية العامة للفسخ، ص ٣٥١.

(١- إذا كانت عريضة مستأجر السينما منصبة على طلب إيقاف عمل الرسوم

والضرائب عنها بسبب اخلائها فلا سبيل لحملها على طلب إقالة العقد.

٢- إذا كان هدم السينما بسبب قانوني، فيعتبر العقد منفسخاً في ما بقي من مدته وتنتفي المسؤولية عن التعويض^(١).

ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا الجانب، ما قضت به محكمة النقض المصرية في (أن النص في المادة (١٦٠) مدني على أنه إذا أفسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد...)^(٢).

وقضت المحكمة نفسها بأنه (ينفسخ عقد البيع حكماً ومن تلقاء نفسه طبقاً لنص المادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين بسبب أجنبي، ويترتب على انفساخه ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيلتزم برد الثمن، إذ المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه هو الذي يتحمل تبعه هذه الاستحالة عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين، وإذا كان الثابت أن التزام البائع بنقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري قد أصبح مستحيلًا بسبب الاستيلاء عليه لدى البائع تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢، فإن مقتضى هذه الاستحالة أن يفسخ العقد وأن يلزم البائع وورثته من بعده برد الثمن بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون المدني، إذ الغرم يقع على البائع نتيجة تحمله تبعة انقضاء التزامه)^(٣).

أن الأثر الرجعي للانفساخ يؤدي إلى إرجاع كلا المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإن كان العقد بيعاً مثلاً وأنفسخ لاستحالة التنفيذ بسبب استحالة استيراد البضاعة لأن البلد في حالة حرب، وجب على المشتري أن يرد ما تسلمه، أن تسلم شيئاً من العين المبيعة. وإذا كان المشتري قد دفع الثمن، فهنا وجب على البائع أن يرد الثمن وعلى المشتري أن يعيد الشيء بثمراته، سواء أكانت تلك الثمرات طبيعية أم صناعية أم مدنية، لأن المبيع يعد كأنه لم يخرج عن مسلك البائع، وكذلك ثماره التي حصلها المشتري^(٤).

ويجب على البائع رد الثمن بفوائده القانونية من وقت المطالبة القضائية وأيضاً للمشتري الحق في حبس العين المبيعة حتى يسترد الثمن وإن هلك المبيع قضاءً أو قدراً، فإن كانت في يد المشتري فهي أمانة عنده فتهلك على البائع^(٥).

وقد خالفت بعض القوانين العربية تلك القاعدة – مسألة رد الفوائد وثمار المبيع – فنصت المادة (٢/٩٧) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على (أن الدائن لا يلزم برد المنتجات والزيادات، وكل نص يقضي عليه برد المنتجات يعد كأنه لم يكن). ومفهوم المخالفة لهذه المادة أن أي اتفاق بين الطرفين يخالف هذا المبدأ، يعد كأنه لم يكن أصلاً أي بمعنى عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها.

وفي مجال العقود الأخرى كعقد المقاولة مثلاً، فإنه يجب على المقاول أن يحرص على المواد المسلمة له بموجب الاتفاق، وأن يراعى أصول الفن في استخدامها، فإذا ما

(١) قرار محكمة التمييز في العراق ٦٦/هـ ع/ ١٩٧١ في ١٣/١١/١٩٧١، إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، ص ٢٥٦.

(٢) نقص مدني ٧ فبراير ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض ٩٥/٤٩١/١/٣٠ وارد لدى د. سليمان مرقس، العقد والإرادة المنفردة، ص ٦٨٠.

(٣) نقص مدني ١٩٦٩/٣/١٣ طعن ١٨٥ س ٣٥ ق. وارد لدى محمد محمود المصري (مشترك)، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٤) د. السنهوري، نظرية العقد، ص ٦٩٨-٦٩٩، د. سليمان مرقس، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ٦٧٧.

(٥) د. السنهوري، المرجع نفسه، ص ٦٩٩.

الالتزام بالعقد

تحقق حالة الانفساخ، فإن الما قول يلزم أن يقدم حساباً عما استخدمته من تلك المواد وأن يرد الباقي إلى رب العمل وكافة المستندات التي كان قد تسلمها منه والتصاميم والخرائط وكل ما يتعلق بتنفيذ المقولة موضوع الاتفاق. فإذا ثبت إهمال الما قول في المحافظة على هذه الأشياء، فيلزم برد قيمة هذه الأشياء التي تلفت بإهماله، ويمكن وصف الما قول خائناً للأمانة في حالة تغيير نيته في حيازة تلك الأشياء من مؤقتة إلى دائمة وأبدى رغبة بتملكها^(١).

وأساس التزام كل من البائع والمشتري برد ما تسلمه، هو الكسب دون سبب فإذا فسخ العقد لم يبق هناك سبب لاحتفاظ كل من المتعاقدين بثمرات الشيء الذي كان قد تسلمه تنفيذاً للعقد. هذا إذا كان المتعاقد سيئ النية أما إذا كان حسن النية، فإنه يملك ما قبضه من الزائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته، كما تقضي بذلك المادة (١١٦٥) من القانون المدني العراقي.

والأساس القانوني الذي يقوم عليه زوال الحقوق التي رتبها المشتري على العين قبل الفسخ هو أن المشتري يعد كأن لم يملك هذه العين أبداً، فالتصرف الذي يقوم به قبل الفسخ يعد صادراً من غير مالك، فلا ينفذ في حق المالك الأصلي. ويعبر فقهاء المسلمين عن ذلك بقولهم: **(فانقذ الشيء لا يعطيه)**، كما يعبر عنه الفقه القانوني بالقول: "لا يستطيع الإنسان أن ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما يملك"، وبالقول "إذا زال حق من تصرف بالشيء زال حق من تلقى هذا الشيء".

إلا أن القاعدة المتقدمة غير مطلقة، فهناك بعض الاستثناءات لها، أهمها: الأول يتعلق بعقود الإدارة المبرمة بحسن نية، والثاني يتعلق بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية".

ففيما يتعلق بالاستثناء الأول، إذا أجر المشتري العين التي اشتراها وكان المستأجر حسن النية والعقد ثابت التاريخ ومن ثم فسخ العقد، فإن عقد الإيجار يبقى ولا يفسخ، ولا يستطيع البائع أن يسترد العين من يد المستأجر قبل انتهاء مدة الإيجار. وفيما يتعلق بالاستثناء الثاني إذا كان المبيع منقولاً وتسلمه المشتري ومن ثم باعه إلى شخص آخر حسن النية وسلمه إياه ومن ثم فسخ العقد، فالبائع الأول لا يستطيع استرداد المبيع من المشتري الثاني، وقد نصت على ذلك المادة (١١٦٣) من القانون المدني بقولها:

- ١- من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد.
- ٢- والحيازة بذاتها قرينة على توفر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك."

وهذه المادة تعتبر مجرد الحيازة قرينة على حسن نية الحائز. فإذا ادعى صاحب الشيء سوء نية الحائز فعليه إثبات ذلك. ويعبر فقهاء المسلمين عن هذه القاعدة بقولهم "اليد قرينة على الملك".

(١) ينظر في هذه المسألة المواد القانونية التالية: م ٨٦٧ من القانون المدني العراقي، وم ٦٤٩ مدني مصري، وم ٦١٥ مدني سوري، والمادتين ٦٣٩ ف ١، ٦٣٣ ف ١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

وقد أكد القضاء المدني العراقي (١) على هذا الأثر، كما أكد عليه القضاء المصري (٢)، وفي قضايا عديدة.

أما التصور الجاري العمل به في ظل القانون الإنكليزي، فقد جاء متفقاً مع احكام الفقه الإسلامي، من خلال كون أن تعرض التزامات العقد إلى حالة الاستحالة في التنفيذ ومن ثم أنفساخ العقد، فإن هذه الامور لا تستدعي إعادة الحال إلى ما كان عليه، بل أن حياة العقد تتعرض إلى التوقف (كون العقد غير قادر على توليد أي التزام في المستقبل)، فقد كان هذا القانون العام يقضي بأن تبقى الخسارة حيث كان (The lost lay where it fell)، وقد ترجم القضاء الإنكليزي هذا التصور في قضايا عديدة مؤكداً على ضرورة تنفيذ الالتزامات المترتبة، قبل تحقق حالة الاستحالة دون الالتزامات المترتبة بعدها (٣).

الأثر الثالث: إعفاء المدين من المسؤولية العقدية

وبعد هذا الأثر من الآثار الخاصة بالانفساخ وهو مرتكزها واساسها جميعاً، والذي يميز نظام الأنفساخ عن باقي الانظمة القانونية الاخرى ومنها الفسخ، فالفسخ يؤكد قيام المسؤولية باتجاه المدين في حالة عدم تنفيذ الالتزام من قبل احد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين. ذلك أن الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ الالتزام، فاذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد فيه ولم يستطيع إثبات ذلك، حكم عليه بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه طبقاً لاحكام المادة (١٦٨) والمادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي (٤).

ولكن إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام ترجع إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي، وذلك تطبيقاً لاحكام المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي. ويترتب على ذلك أن يفسخ العقد، وفي حالة تقرير أنفساخ العقد فإن الأثر الذي يترتب على هذا الأنفساخ هو براءة ذمة المدين، أي انتفاء المسؤولية العقدية للمدين، فليس هناك خطأ أو تقصير أو إهمال يمكن اسناده إلى المدين، حتى لو تحقق الضرر بالفعل في جانب الدائن، إذ أن السبب الأجنبي هو الذي قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر. وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز في العراق بأنه (بالنظر لكون البائع والمتعهد بالتصميم عند قيامه بالتقرير كان يهوديا اسقطت عنه الجنسية العراقية قبل أن يقوم بالتقرير بدائرة التسجيل العقاري، وان ذلك يعتبر مانعاً قانونياً منع البائع بما تعهد به لذلك فلا محل للمطالبة بالضمان) (٥). كذلك ذهبت إلى اعتبار المرض بانواعه المتعددة من قبيل القوة القاهرة التي تعفي المدين من تنفيذ التزامه، وتمنع بالتالي من قيام المسؤولية العقدية. ففي قرار لها صدر في سنة ١٩٧٥ جاء فيه (واذا ثبت أن مرض الطالب (وكان عبارة عن احتشاء العضلة القلبية) قد منعه من اكمال دراسته فقد انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه،

(١) قرار محكمة تمييز العراق ١٢٥٢/حقوقية ١٩٥٨/بغداد، مجموعة الاستاذ سلمان بيات، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٢) نقض مدني ١٨ أبريل ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣-٧٢١-١١٣، واورد لدى د. سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٦٧٢، هامش ٥٧. ونقض مدني ٢٧ يوليو ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، ١-١١٣٤-١٨٥، واورد في المرجع السابق، ص ٦٧٢ هامش ٥٠.

(٣) Chandler V. Webster (١٩٠٤) - chitty on contract. OP.cit.P.٨٧٠.

(٤) تنص المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه " تقابلها المادة (٢١٥) مدني مصري. وتنص المادة ١٨٠ من القانون المدني العراقي "إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه، فلا يلزم تسليم البديل الذي وجب بالعقد، وان كان قد سلم يسترد عنه إذا استحال رده يحكم بالضمان " تقابلها المادة ١٦٠ مدني مصري.

(٥) قرار محكمة تمييز العراق المؤرخ في ١٩/٢/١٩٥٥، القضاء المدني العراقي، المصدر السابق، ص ٢٢٥.

الالتزام العقدي

ولهذا فلا يلزم الطالب بالتعويض لعدم وجود رابطة سببية رغم عدم تحقق النتيجة (وهي الحصول على الشهادة المتعاقد عليها) لاستحالة تنفيذ الالتزام العقدي لسبب أجنبي وهو المرض، والقاعدة تقضي انه لا التزام بمستحيل فتتحل الرابطة العقدية بحكم القانون^(١).

الأثر الرابع: عدم الحكم بالتعويض

ان النتيجة المنطقية لاعفاء المدين من المسؤولية العقدية، هو عدم الحكم بالتعويض ذلك أن امتناع المسؤولية يعني امتناع التعويض.

وعلى اية حال، فان التنفيذ بطريق التعويض هو طريق استثنائي لان الاصل هو قيام المدين بتنفيذ التزامه طوعا واختيارا، والوارد على المحل نفسه المتفق عليه، وعلى وفق الشروط المتفق عليها من قبل طرفي الالتزام، واذا لم يقيم المدين بتنفيذ هذا الالتزام فان للدائن اللجوء إلى القضاء في حالة ما إذا أصبح التنفيذ غير ممكن، فينقلب التنفيذ العيني هنا إلى التنفيذ بمقابل الا وهو التعويض^(٢).

ان الذي يهمننا هنا^(٣) هو شرط صيرورة التنفيذ العيني مستحيلا لسبب أجنبي والمشار اليه في المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي، فاذا كان التنفيذ العيني ممكنا جاز مطالبة الدائن له بهذا التنفيذ ولكن أن استحالة ذلك لم تعد هناك فائدة من المطالبة به، ويلحظ أن الاستحالة المشار لها في هذه المادة قد ترجع إلى سبب أجنبي وقد ترجع إلى خطأ المدين، فإذا نفق الحصان الذي باعه ولم يسلمه البائع إلى المشتري، فان الاستحالة هنا تكون بسبب أجنبي، فينقضي الالتزام وتنقضي المسؤولية. أما في حالة استحالة التنفيذ لخطأ المدين، كأن يبيع المدين هذا الحصان إلى مشتر ثان حسن النية، في هذه الحالة فان التزام المدين لا ينقضي بل ينقلب إلى التعويض (التنفيذ بمقابل)^(٤).

ولقد أشارت محكمة التمييز في العراق إلى هذه المسألة وفي قضايا عديدة، منها قولها: (بدأت منع المدعى عليه من مزاولة حق عرض الاعلانات التجارية على شاشة السينما بموجب كتاب وزارة الاعلام يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدعى عليه فيه ويعفى من التعويض الاتفاقي، المادة ١٦٨)^(٥).

ومن قراراتها ايضا (إذا لم تسجل البائعة الارض المباعة باسم المشتري في دائرة التسجيل العقاري بسبب عدم جواز بيعها الا بعد تصحيح جنسها وانشاء بناء عليها مشتراة من طريق جمعية بناء المساكن للموظفين فيكون عدم التسجيل راجعا لسبب أجنبي خارج عن ارادة البائعة ولا تحكم بالتعويض الاتفاقي)^(٦).

(١) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٩٧٤/١٢/٣٩٤ الصادر في ١٩/٢/١٩٧٥، منشور في مجموعة الاحكام العدلية - العدد الاول - السنة ١٩٧٥/٦، ص ١٧-١٨.

(٢) حسن علي الذنون، احكام التزام، ص ٣٣٨، د. طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص ٥١. د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣١.

(٣) ومن حالات اللجوء إلى التعويض، هو حالة ما إذا أصبح تنفيذ الالتزام العيني مرهقا ارهاقا شديدا للمدين فقد اجازت المادة ٢٤٦ ف٢ للمدين أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما، يقابلها نص المادة ٢٠٣ مدني مصري.

(٤) د. حسن علي الذنون، المرجع نفسه، ص ٣٤٠، د. طلبة وهبة خطاب، المرجع نفسه، ص ٥٢.

(٥) قرار محكمة تمييز العراق ١٩٧٤/٢/٢٢٧ في ١٩٧٤/٧/٢٣، النشرة القضائية، العدد الثالث - السنة الخامسة، ١٩٧٤، المكتب الفني في محكمة تمييز العراق، ص ٣٦.

(٦) قرار محكمة تمييز العراق ١٩٧٣/١/٤٩٣ في ١٩٧٧/١٠/٣، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، المرجع السابق، ص ٢٩١.

وكذلك (إذا استحال على الطالب تنفيذ التزامه بسبب البديهي لا يفيدها نصاً) لا صابته بمرض الشيزوفرينيا فإن ذلك يعفيه وكفيله من التعويض الاتفاقي^(١).

وقد قضت محكمة النقض المصرية برفض طلب الفسخ المرفوع من البائعة، لأن المدين قد أدى التزامه في دفع الثمن، فلا خطأ ينسب إليه، وبالتالي رفضت دفع التعويض على هذا الأساس^(٢).

الآثار الخامسة: عدم الحاجة إلى الأعذار

يترتب على الأنساح انعدام المسؤولية العقدية وبالتالي انعدام التعويض، لذلك فمن البديهي أن لا تثار مسألة الحاجة إلى الأعذار، ذلك أن الأثر مرتبط بانعدام التعويض، فالقانون اشترط الاعذار كشرط أساس للتعويض في المادة (٢٥٦) من القانون المدني العراقي^(٣)، وهذا النص يشير إلى أن التعويض لا يستحق الا بعد الاعذار، فإذا اخل المدين بتوجيه الاعذار كان مقصراً بما اوجبه القانون عدا حالات نص عليها القانون صراحة^(٤).

ويشترط لوجوب الأعذار أن يتأخر المدين في تنفيذ التزامه، لحق محدد قانوناً وواجب التنفيذ، وأن يقوم الدائن بشكل صريح أو ضمني، بالمطالبة بالوفاء بدينه ليدفع وهم المدين بأن الدائن متسامح معه في أداء الدين^(٥).

ومن ذلك يتبين لنا، أن الأعذار يجب أن يسبق أي تعويض لاثبات كون المدين مقصر في أداء واجبه أو تاخر فيه، فإن حدثت قوة قاهرة لا يمكن تنفيذ الالتزام بسببها فلا ينسب إلى المدين أي تقصير، وبالتالي لا محل للتعويض ومن ثم لا حاجة للأعذار، لانه يفقد الأهمية القانونية التي اوجدها القانون له، الا وهي تنبيه المدين عن انه متاخر في تنفيذ الالتزام.

واذا انتقلنا إلى فكرة الاعذار في احكام الفقه الاسلامي، فاننا نجد أن هذه الاحكام تحت على تنفيذ الالتزام استناداً لقوله تعالى "يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود"^(٦).

فالشرعية الإسلامية تحت دائماً على التنفيذ الفوري والوفاء الدائم للعقود ودون اتخاذ اي إجراءات كالأعذار مثلاً، لأن القاعدة المعتمدة فيها هي (لا ضرر ولا ضرار)^(٧)، ولأن مجرد حلول موعد الالتزام يلزم المدين بالتنفيذ فوراً دون تأخير، ومع ذلك لا

(١) قرار محكمة تمييز العراق ١٤٧٧/حقوقية/٦٣ في ١٢/٢/١٩٦٣، ابراهيم المشاهدي، المرجع نفسه، ص ٢٥٤.

(٢) نقض مدني ٢٥ يناير ١٩٧٩، مجموعة احكام النقض ٧٥-٣٨٥/١/٣٠ وارد لدوى د. سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٦٧٠.

(٣) تنص المادة ٢٥٦ من القانون المدني العراقي "لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك" يقابلها نص المادة (٢١٨) مدني مصري.

(٤) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات ج ٢، احكام الالتزام، الاسكندرية، ١٩٨٥، ص ٣٧. د. طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص ٥٨، وكذلك انظر نص المادة (٢٥٧) و (٢٥٨) من القانون المدني العراقي، تقابلها المادة (٢٢٠) مدني مصري، والتي اشارت إلى أن بعض هذه الحالات فيما إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بسبب المدين. فلا داعي للأعذار، لأن المدين نفسه يتسبب باستحالة تنفيذ الالتزام فلا محل للتعويض هنا ولا محل للأعذار كنتيجة منطقية.

(٥) د. حسن علي الذنون، المصادر، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

(٦) سورة المائدة، الآية ١.

(٧) ويقصد بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار): أي لا يجوز لأحد ان يضر غيره في ماله او بدنه او عرضه لأن ذلك ظلم والظلم غير جائز له عقلاً ولا ديناً ولا عرفاً، ولا يجوز لمن ضره احد أن يوقع ضرراً على هذا الضرر مقابل تضرره. أنظر منير القاضي شرح المجلة القواعد الكلية (البيوع - الاجارة)، ط ١، ج ١، مطبعة العاني ١٩٤٩، ص ٧٩.

يوجد هناك مانع من قبول الأضرار في العقد الإسلامي، من الناحية العملية والنظرية لتسبب المدين ولو بطريقة ودية بأنه متأخر عن تنفيذ الالتزام وعليه التنفيذ، وآلا فانه سيتم اللجوء إلى القضاء.

الأثر السادس: تلقائية الأنفساخ

يقصد بتلقائية الانفساخ، انه يترتب على استحالة التنفيذ أنفساخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون من غير حاجة إلى حكم القاضي، وقد أورد القانون المدني العراقي مثالا على الأنفساخ التلقائي للعقد، وذلك في المادة (١/٧٥١) انه: (إذا هلك المأجور في مدة الايجار هلاكا كلياً، ينفسخ العقد من تلقاء نفسه)، وقد جاءت الفقرة الثالثة من هذه المادة لتكمل معنى الأنفساخ التلقائي بقولها: (٣- ولا يجوز للمستاجر في الحالتين السابقتين، أن يطلب تعويضا إذا كان الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب لا يد للمؤجر فيه).

ومن هذا يتضح لنا انه ليس هناك ضرورة للالتجاء إلى القضاء لإيقاع الانفساخ، إذ أنه يقع من تلقاء نفسه وبقوة القانون، ويبنى على هذا بانه لا يكلف المدين أن يتقدم للقضاء بدعوى على دائنه، يطالب بها القضاء بانفساخ العقد الذي بينه وبين دائنه، فقد تكفل القانون بذلك، وعد العقد منفسخا بقوة القانون من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، على انه إذا تم الالتجاء إلى القضاء بسبب ما قد يثور بين المتعاقدين من نزاع، فان هذا الالتجاء انما يكون حول الخلاف في سبب الاستحالة، هل يرجع إلى السبب الأجنبي أو إلى خطأ المدين؟ ويكون على القاضي الحكم بانفساخ العقد متى اثبت المدين الاستحالة الراجعة إلى السبب الاجنبي، وبذلك سيكون حكمه في هذه الحالة مقررأ لانفساخ لا منشأ له، فليس للقاضي أن يحكم بانشاء الانفساخ، بل دوره يتمثل في أن يقضي بانه قد ثبت للمحكمة أنفساخ العقد في تاريخ معين هو تاريخ تحقق الاستحالة^(١).

ومن هذا يتضح، أن دور القاضي في الأنفساخ يختلف عنه في الفسخ، إذ يمارس القاضي في الفسخ نشاطا تقديريا واسعا. أما في مجال الأنفساخ فان هذا الدور ينحصر في تقديره لاستحالة التنفيذ في كونها راجعة إلى سبب أجنبي من عدمه مراعيًا في ذلك وقت تحقق هذه الاستحالة^٢. وقد اخذ الفقه الإنكليزي بتلقائية الأنفساخ عندما قرر أن العقد ينقضي فور وقوع الحادث الذي أدى إلى استحالة تنفيذه أو الفشل فيه، وإلى هذا المعنى يذهب اللورد رايت (Lord Wright) عند نظره في إحدى القضايا، بان العقد ينقضي تلقائيا في حالة الاستحالة النهائية، لان الاستمرار في تنفيذه بعد وقوع الاستحالة يصبح مستحيلا فعلا في ظروف تقتضي اعفاء كل طرف من المسؤولية عن تعويض الطرف الآخر عن الفشل في تنفيذ العقد^(٣).

(١) عبد الحكم فودة، انتهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة مقارنة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٣، ص ١٥١.

(٢) احمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، الطبعة الاولى، ١٩٨٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ف ٧٥، ص ٢٠٨.

(٣) Fibrosa Spolka Akcina V. Fairbairn lawson cmbe Barbou Ltd (١٩٤٣) chitty on contracts- p. ٨٦٧- op. Cit.

الآثار السابعة: إحالة الحقوق والدعاوى إلى الدائن

ان المدين في حالة استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ينقضي التزامه، ولكن ليس من العدالة بمكان أن يثري المدين على حساب دائنه، لان الدائن يتحمل تبعه هلاك محل الالتزام في العقود الملزمة لجانب واحد، وهذا ما سيتبين لاحقا.

ولقد اشار القانون المدني الفرنسي إلى هذا الاثر صراحة في المادة ١٣٠٣ منه بقوله: "اذا نشأت للمدين حقوق أو دعاوى تعويض بسبب هلاك الشيء الذي كان ملتزما بتسليمه للدائن أو لآخراجه عن دائرة التعامل ولفقدته، أن يحيل هذه الحقوق أو الدعاوى بهذا الشيء".

ومن خلال استقرار الاحكام القانونية الاخرى الواردة في القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بالالتزام باعطاء شيء، والذي يقضي بان الالتزام بتسليم شيء يصبح تاما بمجرد اتفاق العاقدین عليه، وهذا ما ورد في المادة (١/١٣٨) من القانون المدني الفرنسي، فانه لا يدع لهذه المسألة محلا، لان الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشيء الهالك تنشأ مباشرة في ذمة مالكة وهو الدائن فلا يبقى اذن للمدين أن ينقل إلى هذا الاخير شيئا من الحقوق والدعاوى، ومع ذلك فان القانون المدني المصري لا يحوي نصا مشابها للنص الوارد في القانون المدني الفرنسي، وجاء الأمر نفسه في القانون المدني العراقي الا انه يستدل عليه من خلال تطبيق المبدأ الوارد في المادة (١٢٩٨)^(١) منه والتي تنص على "اذا هلك العقار المرهون أو تلف لاي سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين، أو الثمن الذي يتقرر مقابل نزع الملكية".

ونرى أن تطبيق فكرة الحلول العيني لعدم وجود نص قانوني يعالج المسألة هو أمر سليم، وفيه أنصاف للدائن الذي يمكن أن يخسر نتيجة استحالة تنفيذ الالتزام خسارة كبيرة وبالتالي يثري المدين على حسابه، وهذا ما لا يقبله العقل والمنطق القانوني، وهذا ما اتجه اليه القضاء المدني العراقي في أحكام عديدة^(٢).

(١) يقابلها نص المادة ١٠٤٩ من القانون المدني المصري.
(٢) "اذا استملك العقار المرهون استحق الدائن المرتهن الفائدة القانونية من تاريخ ايداع بدل الاستملاك في صندوق المحكمة" رقم القرار التمييزي ٧٣/٢/٢١٦ في ٧٣/٣/١٣، ابراهيم المشاهدي، المبادئ، المرجع السابق، ٣٦٦.

أما الحكم الثاني فهو "اذا استملك العقار المرهون انتقل حق الدائن المرتهن إلى بدل الاستملاك وتبقى فائدة المدين سارية حتى تاريخ ايداع بدل الاستملاك في صندوق المحكمة ولا يسال المستملك تجاه المرتهن عن الفائدة لمدة التأخير في دفع بدل الاستملاك". رقم القرار التمييزي ١٠٦/هـ.ع/٧٣، تاريخ القرار ١٩٧٣/٦/٢، المرجع السابق، ص ٣٦٨.

المبحث الثاني

تحمل التبعة في العقد والملك

يعد تحمل التبعة اثرا مهما من اثار استحالة تنفيذ الالتزام العقدي لسبب أجنبي بوصفه المرحلة النهائية التي تصل عندها تلك الاستحالة.

وتأسيسا على ذلك، فإننا سنعالج في هذا المبحث أساس تحمل تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي والقانون في مطلب، ثم نبحت تحمل التبعة في العقد في مطلب ثانٍ، ومن ثم نخوض في تحمل التبعة في الملك في مطلب ثالث، وكالآتي:

المطلب الأول

أساس تحمل تبعه الهلاك في الفقه الإسلامي والقانون

نظراً لأهمية بيان الأساس الذي يقوم عليه تحمل تبعه الهلاك، فأنا سنحاول في هذا المطلب استعراض هذا الأساس في الفقه القانوني والذي اختلف في تحديده، إذ يمكن أن تقوم عليه مسألة تحمل تبعه الهلاك. وقد أسفر هذا الخلاف عن وجود ثلاثة أسس يمكن من خلالها تبرير تحمل تبعه الهلاك، هي نظرية السبب ونظرية طبيعة العقد ونظرية الشرط الفاسخ الضمني، وسوف نقوم باستعراض هذه الأسس للوقوف على الاسانيد التي تؤيدها ونسبها بفقرة نعالج فيها معنى الهلاك.

أولاً: معنى الهلاك

إذا اردنا تعريف الهلاك، فأنا نجد أن فقهاء المسلمين قد ذكروا لفظ الهلاك في كتبهم في مواطن كثيرة، وادوا به فناء مادة الشيء بحسب طبيعته، إذ لا يصلح معه للانتفاع مقصوداً، كما جعل هؤلاء الفقهاء ضياع الشيء أو فقده أو نقصه في حكم الهلاك^(١).

وقد أوجد بعض فقهاء المسلمين نوعاً من العلاقة بين الهلاك والتلف، إذ عدوا كلاهما ضرراً مادياً يلحق بالشيء، فيؤدي غالباً إلى فناء المعقود عليه وفساده، بما لا يصلح معه للانتفاع المقصود منه. ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه الكاساني الذي عرف الاتلاف (إخراج الشيء عن أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة)^(٢).

ومن هذا التعريف يمكننا القول أن المعقود عليه بعد التلف لا يصلح لأن يكون محلاً للانتفاع به، وإن بقيت مادة الشيء، لأنها في الواقع قد أصابها عطب أو فساد لا يمكن أن تؤدي الغرض المقصود منها عادة، وقد عبر بعض الفقهاء عن هذه الحالة بفوات المقصود من العين^(٣).

كذلك عد فقهاء المسلمين خلط الوديع بالوديعة بماله خلطاً لا يتميز موجبا للضمان، لانه إذا ثبت عدم التمييز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه إتلفاً لها فيضمن^(٤) وقد ذهب بعض من الفقه إلى تعميم العلاقة بين الهلاك والتلف عندما قرر أن الفقه الإسلامي قد إستل لفظي هلاك وتلف بمعنى واحد وهو فناء مادة الشيء جزئياً أو كلياً^(٥). في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التلف وإن كان يوجب المسؤولية كالهلاك إلا أن له طبيعة خاصة به وهي إمكانية إعادة الشيء والانتفاع به في بعض

(١) البدائع للكاساني، ج ٥، ص ١٦٤ ومابعداها، المحلى لابن حزم، ج ٩، ص ٣٤٥.

(٢) البدائع للكاساني، ج ٥، ص ١٦٤.

(٣) محمد بن احمد بن جزي الكلبى الغرناطي، القوانين الفقهية أو قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، طبعة بيروت، لبنان، ص ٣٤٨، ٣٤٩.

(٤) البدائع للكاساني، ج ٧، ص ١٦٥.

(٥) محمود محمد عوض، هلاك المعقود عليه في الفقه الاسلامي- رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون- جامعة الأزهر، فق ٨، ص ٢١٠.

~~الأحوال^(١)، ويرى هذا الفقه أن الهلاك في الشريعة يطلق على تلك الشيء أي فساد~~
واستهلاكه، ولا يطلق التلف على الهلاك فبينهما عموم وخصوص فالهلاك في رأيه أعم
والتلف أخص.

أما بالنسبة للفقه القانوني المعاصر فقد عرف بعض من هذا الفقه الهلاك بأنه تلف
مال معين تلفاً كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي^(٢). ويرى هذا الفقه بأنه
(يعتبر كالهلاك حدوث قوة قاهرة تحول دون الانتفاع بشيء معين كان يعود بالفائدة فيفقد
الشخص هذه الفائدة أو منفعة ذلك الشيء، ولا يكون له أن يرجع على أحد بتعويض
ذلك)^(٣).

(١) محمد احمد الزرقا، مسؤولية الناقل البري في عقد نقل الاشياء- رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الازهر- كلية
الشريعة ولقانون، ١٩٨١، ص ٢٠٣.

(٢) د. سليمان مرقس- الوافي- ٣- المجلد الاول- ف ٢٦٠، ص ٦٥٢.

(٣) د. سليمان مرقس- الوافي- المرجع نفسه- نفس الفقرة والصفحة.

ثانياً. أساس تحمل تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي:

الأصل في الشريعة الإسلامية أن العقود لا تفسخ في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه، وذلك لعدم وجود ترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم كما ينبغي، حيث أن التزام كل طرف مستقلاً عن التزام الطرف المقابل، فالتزام المشتري بدفع الثمن لا يرتبط بالتزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه^(١). وليس للدائن إلا أن يطالب مدينه بالتنفيذ أو بالضمان على حسب الأحوال. ولكن الفقه الإسلامي، أجاز فسخ العقد وانفساخه في حالتين فقط:

الحالة الأولى: حالة انعدام محل العقد أو فوات المنفعة المقصودة من العقد، مع العلم أن محل العقد، هو غير محل الالتزام فمحل عقد البيع هو المبيع لا الثمن، ومحل عقد الإيجار هو العين المؤجرة أو عمل الأجير لا الأجرة. والفسخ هنا يرجع للخلل الذي أصاب محل العقد، لا لفكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، والا لما جاز فسخ البيع لهلاك المبيع.

الحالة الثانية: أجاز فقهاء المسلمين فسخ عقد الإيجار خاصة لأن هنا العقد قد جاء على خلاف القياس استحساناً والمعقود عليه هو المنفعة أو العمل ويتحدد فترة بعد فترة، وبالتالي أمكن تصور فسخ عقد الإيجار ليس فقط عندما يختل المحل كهلاك العين المؤجرة أو حدوث عيب فيها أو حصول أي مانع يحول دون استيفاء المنفعة المقصودة، وفي حالة ما إذا لم يف المستاجر بأجرة العين أو باجر العامل، على خلاف البيع، بأن فكرة فسخ عقد الإيجار لا ترجع، إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة بل ترجع إلى فكرة تجدد المعقود عليه، لأن منفعة العين، المؤجرة تتجدد، فكأن عقود متوالية تقع على وحدات المنفعة المتجددة، وتستحق الأجرة عن كل واحدة. فإن امتنع المستاجر عن دفع الأجرة أمكن للمؤجر أن يمسك ما يقابل هذه الأجرة في المنفعة في هذا كفسخ العقد^(٢).

ومن تتبع أقوال الفقهاء، نجد أنهم قد اختلفوا في تسويق هذا الأساس، فنرى أن الفقيه الحنفي (ابن نجم) الذي رأى في كثير من أبواب الفقه ومن ذلك الرد بالعيب وجميع أنواع الخيارات، ترجع إلى قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)^(٣) ولقد بنى الفقهاء على هذه القاعدة كل حكم في الشرع، ولكن هذه القاعدة لانجدها سنداً لتسويق تحمل التبعة لأنها قريبة من فكر العدالة^(٤).

وارجع فريق آخر^(٥) تحمل التبعة إلى (فكرة المقصود في العقد)، وإن المقصود بالعقد ليس تعبيراً إلا عن فكرة السبب كما يفهمها فقهاء القانون.

(١) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص ٢٣٠.

(٢) السنهوري، المرجع نفسه، ص ٢٣١.

(٣) أشباه ابن نجم، ص ٤٢، وأرد في المرجع السابق ص ٧١. ويقصد بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار): ((لا يجوز لأحد أن يضر غيره في ماله أو بدنه أو عرضه، لأن ذلك ظلم والظلم غير جائز له عقلاً ولا ديناً ولا عرفاً، ولا يجوز لمن ضربه أحد أن يوقع ضرراً على هذا الضار مقابل تضرره)). انظر منير القاضي، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٤) أريخ عبد الستار علوان، انفساخ العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية صدام للحقوق، ص ٢٠٠٠، ص ٥٩.

(٥) بدائع البائع والكاساني، ج ٤، ص ٢٢٣، حيث يقول "إن الإجارة تفسخ لوقوع اليأس من استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه".

الالتزام العقدي

ومن تطبيقات فكرة المقصود من العقد (باب إذا ملك المبيع قبل التسليم سقط عن المشتري الالتزام بدفع الثمن، ذلك أن الثمن لم يعد له مقابل لفوات تحقق المقصود الذي رمز إليه المشتري إبرام العقد، ومنها أن للبائع الحق في الامتناع عن تسليم المبيع ما دام المشتري لم يدفع الثمن)^(١).

الا أن الفقه الإسلامي، قد لجأ إلى تقرير قاعدة عامة بسيطة في حل وتسوية مسألة تبعة الهلاك، تتمثل هذه القاعدة في اقامة احكام تلك المسألة على أساس من طبيعة الحياة أو القبض التي يهلك الشيء أثناءها لدى الحائز، وعد الفقه الإسلامي الحياة أو القبض- فكرة اليد- نقطة الانطلاق في تقرير كافة الأحكام المتعلقة بتبعة الهلاك، وبهذا لم يكن الفقه الإسلامي في حاجة إلى معالجة تلك الأحكام عن طريق اللجوء إلى نظرية طبيعة العقد، وتقسيم العقد إلى عقد ملزم للجانبين أو عقد ملزم لجانب واحد - كما سنرى لاحقاً- لأننا نرى أن الفقه الإسلامي استوعب في الحقيقة ومنذ البداية ما يمكن أن ينشأ عن ذلك التمييز من مشاكل كل عملية تؤدي إلى اضطراب الأساس الذي يقيم عليه تأسيس مسألة تبعة الهلاك.

وإذا كان قبض واستيفاء المبيع هو قصد المتعاقدين من العقد، ولما كان القبض في طبيعته، ما هو الا تناول الشيء بجميع الكف، وفي الاصطلاح الفقهي الا حيازة الشيء أو التمكن منه، سواء اكان مما يمكن تناوله باليد أم لا، لهذا فان للقبض أثراً في العقود ويرجع إليها المتعاقدان من العقد، ويمكن أن نرجع ما يرمى إليه المتعاقدان من القبض حتى في العقود التي يشترط القبض للزومها إلى اثريين:

الأثر الأول: وهو التسلط على التصرف في المملوكات فقد اتفق الفقهاء على جواز التصرف في هذه المملوكات بعد قبضها، سواء اكان سبب الملك عقداً أو غير عقداً، ولكنهم اختلفوا في اباحة التصرف في هذه المملوكات قبل قبضها، اعياناً كانت أم ديوناً وسواء ملكت ببيع أو غيره من الاسباب الموجبة للملك.

الأثر الثاني: وهو أن بالقبض وتماه يتم نقل الضمان، ولا يقصد بالضمان هنا الالتزام باداء قيمة العين إذا ما هلك وانما المراد بالضمان في هذا المقام هو كون الشخص في حالة يعد فيها هو الملتزم بتبعة الهلاك، وهذا المعنى للضمان قد استعمله اكثر الفقهاء، بمعنى تحمل تبعة الهلاك، وبهذا المعنى يذهب الحديث الشريف "الخارج بالضمان".

يتضح مما تقدم، أن للقبض كواقعة مادية اثراً مهماً يتمثل في تحديد من يتحمل تبعة الهلاك، وبدراسة العقود على اختلافها، نلاحظ أن كثيراً منها ينتقل ضمان الأعيان فيها من أحد العاقدين إلى الآخر بالقبض، وان هناك قسماً آخر من العقود لا ينتقل فيها الضمان بالقبض، بل تكون هذه الأعيان محكومة بحديث الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم): **"على اليد ما أخذت حتى تؤديه"**، فتكون هذه الأعيان استناداً لهذا الحديث أما أمانة في يد القابض كيد الوكيل والمودع و الشريك، واما أن تكون هذه الأعيان مضمونة بيد القابض كيد الغاصب ويد المشتري على المبيع^(٢).

وسيتضح لنا بما لا يدع مجالاً للشك - مدى سلامة هذا الأساس^(٣)، فنظرية القبض -فكرة اليد- أدق واصح مما هي عليه النظريات التي قيلت في الفقه والقانون لتسوية تبعة

(١) حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٧٢-٧٣.

(٢) كما سنرى في تحمل التبعة في العقد.

(٣) كما سنرى في الأساس القانوني لتحمل تبعة الهلاك.

~~الهلاك~~، فنظرية القبض في الفقه الإسلامي تتأثر كما يتول سبب من الهلاك بالباطل المطلق الخالية من كل تعقيد، لان فقهاء المسلمين قد عرضوا نقطة الانطلاق والارتكاز الصحيحة فامسكوا بها، فكان هذا من هذا الانسجام والمنطقية وسهولة التطبيق.

كما تتميز نظرية القبض-فكرة اليد- في الفقه الإسلامي بالشمولية بحيث تتناول آفاق واحكام تبعة الهلاك في نطاق المسؤولية والمسؤولية التقصيرية على حد سواء.

وبتقرير ما تقدم في تأسيس تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي على أساس من طبيعة القبض، فأنا لا نتفق مع ما يذهب إليه بعض من الفقه من أن أساس تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي، هي طبيعة العقد الملزم للجانبين وما يتضمنه من التزامات متقابلة يرتبط كل منها بمقابلة نشوء وتنفيذاً وانقضاء^(٢).

ثالثاً: الأساس القانوني لتحمل تبعة الهلاك

هناك نظريات عديدة طرحها الفقه القانوني، في تحديد أساس تحمل تبعة الهلاك، وهي كالآتي:

١. نظرية السبب

خصص القانون المدني العراقي مادة واحدة للكلام عن السبب، هي المادة (١٣٢) التي نصت على أن :

١- يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للأداب.

٢- ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقر الدليل على غير ذلك.

٣- أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك).

وقد اخذ القانون المدني العراقي نظرية السبب عن القانون المدني الفرنسي، فليس لها مقابل بهذا الشكل في الفقه الإسلامي، إذ نصت المادة (١١٠٨) من القانون المدني الفرنسي على الشروط اللازمة توافقها لصحة العقد، ومنها ضرورة وجود (سبب مشروع في الالتزام).

ونصت المادة (١١٣١) من هذا القانون على أن (الالتزام لا يكون له أي اثر إذا لم يكن له سبب أو كان قائماً على سبب موهوم أو سبب غير مشروع)^(٣)، ولقد اختلفت آراء القائلين بهذه النظرية حول تحديد مضمون السبب، فيرى اغلب الفقه بان سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الطرف الآخر، ويرى البعض الآخر أن سبب كل من الالتزامين المتقابلين هو محل الالتزام المقابل، في حين ذهب جانب آخر منهم إلى أن سبب التزام كل من الطرفين ليس هو مجرد الالتزام بل تنفيذه^(٤). ويرى جانب آخر من الفقه من أنصار

(١) مصطفى الزرقا، نظرة في تبعة الهلاك، المصدر السابق، ص ١٤٩.

(٢) د. محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص ٢٦، ص ٦١، ص ٧٥، ص ١٤٩.

(٣) عبد المجيد الحكيم- الوجيز- مصادر الالتزام- المرجع السابق- ص ٢٩٣، ص ٢١٤.

(٤) السنيهوري- نظرية العقد- المرجع السابق- فقرة ٥٢٣، ص ٥٤٦. كابيتان- فقرة ١، ص ١٨-١٩ فقرة ١٤-١٥ وفقرة ٤٦-٤٧ أورده محمد زكي عبد البر - المرجع السابق- ص ٤١.

الالتزام العقدي
هذه النظرية أن القول بغير ذلك (تخلف السبب لإعدام المحل) يعني إنكار الطبيعة الحقيقية للمتعاقدين. إذ أن كليهما لم يلتزم إلا من أجل الحصول على المقابل الموعود به من قبل الطرف الآخر، وبالتالي فإن القول بأن كلا من المتعاقدين يلتزم لمجرد الالتزام فقط قول لا يقوم على سند صحيح ولا ينفذ أو يصل إلى الأشياء في جوهرها. فالمتعاقد لا يرضى بالالتزام إلا من أجل الحصول على المقابل الذي تعهد له به الطرف الآخر. وإن إيجاب أحد المتعاقدين على تنفيذ التزامه، كونه لم يستطع الحصول على الأداء الذي من أجله تعاقد، يعني الذهاب لعكس الغرض الذي يبتغيه المتعاقد، مما يتناقض مع جوهر الاتفاقات التبادلية، وهو أن يظل المتعاقدان في علاقة ارتباط بينهما يتحلل الآخر من التزامه^(١).

أخذ غالبية الفقه بنظرية السبب كأساس عام لما يختص به العقد الملزم للجانبين من أحكام متمثلة بالدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعة الهلاك. ألا أن هذا الفقه قد اختلف بدوره حول معنى السبب فذهب البعض إلى الأخذ به على وفق النظرية التقليدية السائدة في فرنسا، فالسبب عندهم عبارة عن ركن في الالتزام أما سبب الالتزام فهو الغاية المباشرة التي قصدها المتعاقد من وراء التزامه^(٢). بينما ذهب اتجاه آخر من هذا الفقه إلى تفسير السبب بالبائع الدافع إلى التعاقد^(٣)، في حين ذهب اتجاه آخر إلى رأي توفيق بين الآراء المتقدمة، فذهب إلى أن كلا منهما يكمل الآخر^(٤).

ويرى جانب من الفقه من أنصار هذه النظرية أن ما تقوم عليه هذه النظرية كأساس لتسوية تحمل تبعة الهلاك إنما يتفق مع المنطق، وأنه يعد حلاً عادلاً لأنه من غير المعقول ومما يتنافى مع العدالة أن يظل أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزامه، بينما يتخلص المتعاقد الآخر منه، فالمشتري مثلاً لا يريد الحصول على ملكية الشيء فقط، ولكن يريد أيضاً حيازته والانتفاع به واستعماله، ومن البديهي أنه لا يستطيع ذلك إذا ما هلك الشيء المباع بقوة القاهرة قبل التسليم، فالغرض المستهدف والمطلوب لا يمكن أن يتحقق ومن ثم يتخلف سبب التزامه ويتعين لذلك أن يتحلل من التزامه^(٥).

ويرى جانب آخر من الفقه من أنصار هذه النظرية، أنه من العدل أن تنقضي الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين بانقضاء أحدهما، لتخلف سبب الالتزام. ويذهب هذا الفقه أيضاً بأنه إذا كان الالتزام المقابل هو التزاماً ممكن التنفيذ بعد استحالة تنفيذ الالتزام الأول، إلا أن انقضاء هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه يجب أن يتبعها انقضاء الالتزام المقابل له، لتخلف سببه. وينتهي هذا الفقه من كل ما تقدم أنه تطبيقاً لذلك، كان عدلاً أن يتحمل المدين الذي استحال عليه تنفيذ التزامه تبعة استحالة الوفاء بالالتزام في العقود الملزمة للجانبين^(٦).

٣- نظرية طبيعة العقد

(١) عبد الرحمن مصطفى عثمان- نظرية السبب- رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة- ١٩٨٤، ص ٦٢٢-٦٢٣.
(٢) محمد صالح- أصول التعهدات، فقرة ٤٠٣. أورده إبراهيم عبد الرزاق الخولي في رسالته للدكتوراه بعنوان: استقرار الملك في العقود في الفقه والقانون الوضعي، مقدمة لجامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون، ص ٢٥، وانظر: شفيق شحاته- القانون المدني المصري، فقرة ٣٠ وانظر له أيضاً النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، مطبعة الاتحاد، فقرة ٤٠١، ص ١٦٧ وفقرة ٢٠٨، ص ١٩٩.
(٣) السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، فقرة ٥٤٤، ص ٥٦٩.
(٤) بهجت بدوي، أورده إبراهيم عبد الرزاق الخولي- المرجع السابق- نفس الصفحة.
(٥) عبد الرحمن مصطفى عثمان- نظرية السبب، - المرجع السابق، ص ٦٢٤.
(٦) خالد عبد الله عيد- نظرية القوة القاهرة بين الفقه والقانون، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة محمد الخامس للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ١٩٧٥، ص ١٥٠.

الالتزام العقدي

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الأساس الذي يمكن أن يعم عليه تسوية تحمل تبعات الهلاك هو الاستناد إلى طبيعة العقد^(١). ويرى بعض الفقهاء من أنصار هذه النظرية، أن المقصود بهذه الطبيعة هي الطبيعة التبادلية للعقد الملزم للجانبين والتي تتميز بأنها تنشأ في جانب كل من الطرفين التزاماً أو أكثر، وأن هذه الالتزامات متقابلة فإذا لم ينشأ العقد الالتزامات في جانب أحد الطرفين دون الطرف الآخر، أو لم تنشأ رغم ذلك التزامات متقابلة فإنه لا يكون العقد ملزماً للجانبين^(٢).

ويرى هذا الفقه أنه يمكن من خلال نظرية طبيعة العقد، هذه تفسير وحل كل المسائل والأحكام التي يمكن أن تحدث في مراحل العقد.

ففي مرحلة انعقاد العقد تفسر هذه النظرية في رأي هذا الفقه، إنشاء التزامات في جانب كل من الطرفين، فإذا كان محل التزام أحد المتعاقدين قد هلك وقت التعاقد أو كان غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو الآداب، فكان هذا الالتزام باطلاً فإن المتعاقد الآخر لا يكون ملتزماً لانعدام السبب، ولكن لأن العقد الذي أراده المتعاقدان لم ينفذ.

أما في مرحلة تنفيذ العقد فتفسر هذه النظرية في رأي هذا الفقه، أيضاً ثلاث مسائل هي مسالة الدفع بعدم التنفيذ، ومسالة فسخ العقد لعدم التنفيذ، ومسالة تحمل المدين تبعات الهلاك.

فإذا ما انعقد العقد الملزم للجانبين وكان صحيحاً فإنه ينشأ التزاماً أو أكثر في جانب كل من الطرفين، وكانت هذه الالتزامات متقابلة وأن هذا التقابل في رأي هذا الفقه لا معنى له سوى أن يكون التزام كل من الطرفين مرتبطاً بتنفيذه بتنفيذ الطرف الآخر التزامه المقابل وينتهي هذا الفقه إلى أنه بناء على ذلك التقابل إذا ما استحال على أحد الطرفين نتيجة قوة قاهرة تنفيذ التزامه فسقط بقوة القانون نتيجة لذلك. فإنه يسقط تبعاً لذلك الالتزام المقابل هو الآخر بقوة القانون^(٣).

إن نظرية طبيعة العقد كما يرى جانب من الفقه غير قديمة وتؤدي إلى أحكام متعارضة^(٤)، لأن العقد الواحد قد يؤدي إلى وجود أحكام متعارضة بين طرفيه فالاجارة مثلاً عقد ملزم للجانبين وهو ينشئ التزاماً على المؤجر بتسليم العين المؤجرة، كما أنه من جانب آخر ينشئ التزاماً على المستأجر بإعادته العين المؤجرة في نهاية عقد الاجارة، فينظر إلى التزام المؤجر بالتسليم إذا هلكت العين المؤجرة في يده قبل تسليمه يتحمل هو تبعات هلاكه، وهو مدين بالتسليم، ولذا عمد واضع القانون الفرنسي أن يستثنى ما إذا كان الدائن بالتسليم في العقود الملزمة للجانبين مالكا للشيء وجعل تبعات الهلاك في هذه الحالة على الدائنين خلافاً للقاعدة التي وضعها للعقود الملزمة للجانبين من أن هذه التبعات تكون على المدين.

أما بالنسبة للتشريعات التي أخذت بنظرية طبيعة العقد ولم تضع قاعدة واستثناءً على هذه النظرية كما فعل القانون المدني المصري والقوانين الأخرى التي سارت على

(١) السنهوري- نظرية العقد- المرجع السابق، ص ٦٩٨. وانظر له أيضاً الوسيط- ج ١، ص ٧٢٦. عبد الحي حجازي- النظرية العامة للالتزام- ج ٢، ص ٦٧. محمد زكي عبد البر- المرجع السابق، ف ٢٦، ٥٢.

(٢) محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ف ٢٦، ص ٥٧.

(٣) محمد زكي عبد البر- المرجع السابق- ف ٢٦، ص ٦٠.

(٤) مصطفى الزرقا- نظرة في تبعات الهلاك بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة- السنة الرابعة- العدد الثاني، ص ٩.

لهجه، كان هذه النظرية في ظل هذه التشريعات قد أعطت مصطلحاً بعض الشيء فالأجماع الفقهي يرى أن تبعة الهلاك فيها تنتقل بالتسليم، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنها تنتقل بانتقال الملكية، وترتب على هذا الخلاف نتائج، أهمها من وجهة الفريق الثاني أنه لو تم تسليم المبيع إلى المشتري ولم تنتقل إليه ملكيته فإنه لا يترتب على ذلك نقل تبعة الهلاك إلى المشتري^(١).

كما أن جانباً من الفقه الذي أخذ بهذه النظرية قد ضيق من طبيعة العقد كاساس لتسويغ تبعة الهلاك، إذ جعل هذه الطبيعة اساساً لتسويغ تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانبين فقط، وبالتالي لم يعطنا تسويغاً لتحمل تبعة الهلاك في العقد الملزم لجانب واحد^(٢).

٣- نظرية الشرط الفاسخ الضمني:

سوف نستعرض هذه النظرية في كل من الفقه والقضاء الانكليزي، بوصفه من أكثر الفقه القانوني اهتماماً بها والدفاع عنها، وتقوم نظرية الشرط الفاسخ الضمني في ظل هذا الفقه على أساس افتراض وجود شرط ضمني في العقد، مؤداه بقاء الظروف التي كانت موجودة عند التعاقد على حالها فإذا تغيرت ظروف العقد، لم يعد هناك مجال للمطالبة بتنفيذه. وبهذا نستطيع أن نستخلص أن نظرية الشرط الفاسخ الضمني إنما تتخذ من النية المفترضة للمتعاقدين أساساً ومحوراً لها، ولدى الأخذ بهذه النظرية فإنه يتعين علينا البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ لنظرية الشرط الفاسخ الضمني، تتجاوز بذلك حدود البناء اللفظي للعقد لتصل إلى تقرير الإرادة أو النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، وذلك من أجل استخلاص شرط مضمّر في العقد لا يصرح به المتعاقدان عادة، وإنما تتفق عليه إرادتهما بصورة ضمنية، فيمكن القول، استناداً لذلك أن قصد المتعاقدين المشترك ينصرف وقت التعاقد إلى الاشتراط ضمناً بأن يتم تنفيذ العقد، حسبما اتفقا عليه ما بقيت الظروف التي أبرم فيها العقد على حالها، ومن هذا يتضح لنا، أن نظرية الشرط الفاسخ الضمني تقوم على أساس شخصي في التسويغ.

ولتوضيح ذلك نقول: أن القضاء استطاع من خلال حكمه الذي أصدره في قضية تايلور وكالدويل سنة ١٨٦٣^(٣)، أن ينشئ نظرية الاستحالة المادية، التي تقضي بإفساخ العقد في حالة ما إذا هلك محله هلاكاً مادياً في الفترة اللاحقة على تكوينه. وحتى يستطيع القاضي الانكليزي أن يسوغ مثل هذا الأنفاسخ في ضوء القاعدة السابقة، افترض أن العقد يصدر في مثل هذه الحالات مقترناً بشرط ضمني، مؤداه انقضاء العقد في حالة هلاك محله هلاكاً مادياً في وقت لاحق على نشأته وقبل تنفيذه. إلا أن المحاكم الانكليزية وخضوعاً منها لمقتضيات الظروف المتطورة، ولاسيما الاقتصادية منها، مالت إلى التوسع في تفسير الهلاك المادي لمحل العقد، فلم تقف بمفهوم هذا الهلاك عند المعنى الحرفي

(١) سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - المرجع السابق فقرة ٢٦٤، ص ٦٦٥.

(٢) محمد زكي عبد البر - المرجع السابق، ف ٢٦، ص ٦٠.

(٣) Taylor. V. Caldwell (١٨٦٣) English Reports Vol. ٧٢٢ kings Bench.P.٣٠٩-٣١٥. Chitty on contracts.p.٨٣١.

التطبيق له، وإنما تعدته إلى غيره. فقد انتهت هذه المحاكم، كما قلنا إلى الاستحالة أو انقراض الشرط الضمني في العقد، حتى في كثير من الحالات التي لم تكن تنطوي في واقع الامر على أي مفهوم للهلاك المادي بالمعنى الفني الدقيق^(١).

وقد أدى توسع المحاكم الإنكليزية في مفهوم الهلاك إلى شمول الهلاك المعنوي إلى جانب الهلاك المادي بالمعنى الفني الدقيق، إذ أصبحت نظرية الاستحالة المادية نظرية واسعة تضم إلى جانب القوة القاهرة العديد من تطبيقات الظروف الطارئة، أو يمكن القول من جهة أخرى أن نظرية الاستحالة المادية قد اقتربت في كثير من الحالات من معنى الظروف الطارئة، بل يمكن الذهاب إلى أبعد من ذلك فنقول أن نظرية الاستحالة، نظرا لهذا التوسع، لم تكن في بعض تطبيقاتها سوى صورة للظروف الطارئة، ويرجع الفضل في إظهار نظرية الشرط الفاسخ الضمني وإبراز مقوماتها في القضاء الإنكليزي إلى القاضي (اللورد لوربيرن)، وذلك من خلال حكمه الذي اصدره سنة ١٩١٦ بمناسبة نظره قضية شركة تامبلين المحدودة ضد الشركة الانكلومكسيكية المحدودة لمنتجات النفط.

وقد عد (اللورد لوربيرن) الشرط الضمني اساسا يمكن بموجبه تسويغ أنفساخ العقد لاستحالة تنفيذه. إذ قال في معرض حكمه في القضية (ان للمحكمة أن تدرس العقد^(٢) والظروف التي نشأ فيها ليس بقصد تغيير مواده، ولا بقصد الانحراف عن ارادة المتعاقدين ولكن لتفسيرها حقيقة هذه الارادة، لتري المحكمة ما إذا كان من طبيعة العقد ما يسبغ للأطراف من الاستمرار في التعاقد في ظل الظروف والمواقف)، ومن ثم استطرد قائلا: (ان المحكمة يتوجب عليها أن تحدد على وفق طبيعة التصرف ما إذا كان من المتعين على المتعاقدين اشتراط بقاء شيء معين أو الاوضاع على حالها state of thing حتى يتم تنفيذ العقد، فإذا تبين للمحكمة أن المتعاقدين لابد وانهما قد ادخلا مثل هذا الاشتراط في اعتبارهما تعين على المحكمة أن تستخلص من ذلك وجود شرط ضمني بهذا المضمون رغم عدم احتواء العقد على أي شرط صريح بهذا المعنى)^(٣).

فضلاً عن ذلك، لم يقتصر الوضع عند هذا الحد فقد اوضح (اللورد لوربيرن) انه يمكن أن يتم تعليق ارادة المتعاقدين على حدوث ظروف معينة، فإذا لم تتحقق هذه الظروف يعد الغرض من العقد قد انتهى، وفي مثل هذه الحالات يمكن أن يقال ايضا بوجود شرط ضمني في العقد من شأنه اعفاء اطراف العقد من التنفيذ^(٤).

(١) Joseph Constantine ss. Line; td. Imperial Smerial corpn. Ltd (١٩٢٤).

British movietonews Ltd V. London district cinemas Ltd (١٠٥٢)- p. ٨٣٧- chitty on contrats- op.cit.

(٢) F. A. Tamplin ss. Co. Ltd V. An ٩١٠- mexieam petroleum products co. Ltd (١٩١٦) p. ٨٣٦- chitty on contrats- op. Cit.

(٣) راجع توسع المحاكم الإنكليزية في تفسير الهلاك المادي لمحل العقد وشموله للهلاك المعنوي لشموله ايضا لصور وحالات الظروف الطارئة للقضايا الآتية:

أ- قضية جاكسون ضد شركة الاتحاد لتأمين البحري

Jackson. V.the union marinein sumpany Ltd. (١٨٧٤) Vol. ١٠th Law Peports common appeal cases. P. ١٢٥.

ب- قضية البنك العثماني ضد تذاكيريان (وفيها حكم بانفساخ العقد لمجرد خوف المتعاقد من وقوع خطر يهدد سلامة النفس أو البدن).

The ottoman bank V.Chakarion (١٩٣٠) the Law Peports Appeal cases (the provy council) P. ٢٧٧.

ج قضية المقاولين ديفز.

Davis cintractors Ltd.V. Farehom –Chitty on Contracts –P. ٨٣٣- Op.Cit.

(٤) A.G.Guest Ansons, Law of contract.Op.Cit, P. ٤٥٠.

الالتزام العقدي

وقد أوضح (اللورد لوربيرن) في دفاعه عن نظرية الشرط الفاسخ الضمني أن هذه النظرية تقوم على مبدأ سليم وصائب وسوغ هذا بقوله: (انه ليس لاي محكمة سلطة لتعفي احد الاطراف من التزاماته ولكن بوسعها أن تستنتج من طبيعة العقد ومن الظروف والملابسات المحيطة به بوجود مثل هذا الشرط الضمني حتى ولو لم يرد صراحة)، ويختتم القاضي (اللورد لوربيرن) تأييده لنظرية الشرط الفاسخ الضمني بقوله (بان مثل هذا الشرط يقبله العقلاء لان حدوث مثل هذه الظروف القهرية تستلزم انتهاء العقد فيما بين المتعاقدين)، ونستطيع من جانبنا أن نقول، أن (اللورد لوربيرن) كأنه في دفاعه وتحمسه لنظرية الشرط الفاسخ الضمني، كاساس ومسوغ لانفساخ العقد لاستحالة التنفيذ، يقول أن تاسيس الأنفاسخ على هذه النظرية يعد من الامور البديهية التي لا تحتاج إلى تفكير للتدليل على صحتها، لان العقل والمنطق يقولان بذلك، وكان النية الضمنية والمشاركة للمتعاقدين من جانب اخر، تقول هي الاخرى انه إذا ما حدثت ظروف أو أحداث قهرية، أو إذا لم تتحقق ظروف معينة كانت هي الغرض من العقد فان الامر ينتهي فيما بيننا.

على الرغم من الطابع الشخصي البارز الذي تتخذه نظرية الشرط الفاسخ الضمني كاساس لها، فقد شعر بعض القضاة الانكليز وعلى راسهم (اللورد واتسون)، أن عبارة شرط ضمني هي في الواقع عبارة لاتخلو من الغموض، لهذا فانه يرى ضرورة النظر إلى الشرط الفاسخ الضمني لا بمنظار شخصي وانما بمنظار موضوعي يمكن النظر اليه واستخلاصه من خلال واقع العقد لا من المتعاقدين انفسهما، فقد لا يكون المتعاقدان قد فكرا أو مر بخاطرهما مثل هذا الشرط الضمني مطلقا، فلهذا يجب استخلاص هذا الشرط الضمني من خلال معيار موضوعي هو معيار الشخص السوي أو المعقول أو متوسط الذكاء أي الرجل العادي الذي يفرق بين الليل والنهار، ليكون معيارا موضوعيا مجردا يتم من خلاله استخلاص الشرط الضمني من واقع العقد. وبهذا يتضح بان (اللورد واتسون) ما زال يعتبر من انصار نظرية الشرط الفاسخ الضمني، ولكن بشكلها الجديد القائم على معيار موضوعي وليس معيارا شخصيا.

وإذا ما إنتقلنا إلى القانون المدني الفرنسي لبيان دور هذه النظرية في هذا القانون، فاننا نتفق مع الرأي الذي يرى عدم سريان المادة ١١٨٤^(١) منه على حالة الاستحالة الناشئة عن السبب الاجنبي^(٢) ويستند اصحاب هذا الرأي:

أ- إن أحكام المادة (١١٨٤)- وصيغتها- تدل على أن المقصود بها هو عدم التنفيذ الناشئ عن تقصير المدين مع بقاء التنفيذ ممكناً، فهي تنص على جواز الفسخ في حالة إذا لم يف احد المتعاقدين بالتزامه، وهذا القول لاينصرف الا إلى حالة ما إذا كان عدم التنفيذ سببه خطأ المدين^(٣).

ب- وجود نصوص مستقلة في القانون المدني الفرنسي تعالج مسألة عدم التنفيذ الراجع إلى السبب الاجنبي، ومثال ذلك المادة ١١٣٨ التي تتكلم عن حكم الهلاك بقوة قاهرة في عقد البيع، كذلك المواد (١٧٩٠، ١٧٤١، ١٧٢٢) والخاصة بعقد الاجارة، اذ تقضي هذه المواد بانفساخ العقد من تلقاء نفسه وانقضاء الالتزام المقابل بدفع الاجرة.

ج- ثم أن هذه المادة تجيز للدائن بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ، كما أنها تعطي للقاضي الحق في مهلة للمدين، وتعطي الدائن الحق في أن يطالب مع الفسخ بالتعويضات، وهذه

(١) تنص المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي "الشرط الفاسخ مفترض دانما في العقود الملزمة للجانبين، في حالة عدم قيام احد الطرفين بالوفاء بالتزامه".

(٢) بوردي وبارد: الالتزامات: ج ٢، ف ٩١٤، ص ١٠١، بلانيول ج ٢، ف ١٣١٣، ص ٤٤٣، كولان وكاتيان ج ٢، ص ٣٤٢-٣٤٧، مصادر واردة لدى، د. محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٣) د. محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص ٢٥.

~~أمور ليس لها محل إلا في التماثل إذا كان هناك تماثل في السبب المدين الذي من~~
عدم التنفيذ.

وبهذا يتضح أن الاستناد إلى المادة (١١٨٤) كأصل لنظرية الشرط الفاسخ الضمني في القانون المدني الفرنسي، هو استناد غير صحيح، كما أن هذه المادة لاتصلح أن تكون أساسا يسوغ مسألة الاستحالة الراجعة إلى السبب الأجنبي، لأن حكمها كما رأينا لاينطبق الا على الاستحالة الراجعة إلى خطأ المدين.

المطلب الثاني

تحمل التبعة في العقد

وسنتناول في هذا المطلب تحمل التبعة في العقود المدنية وتحمل التبعة في العقود التجارية وكالاتي:

اولاً. تحمل التبعة في العقود المدنية:

إذا لم يتمكن الدائن من استيفاء حقه لاعتينا ولا بمقابل، بعد انقضاء الالتزام العقدي لاستحالة تنفيذه لسبب اجنبي، فان تبعة الهلاك هذه يختلف امرها باختلاف العقود، فيما إذا كانت عقود ملزمة للجانبين أو عقود ملزمة لجانب واحد، فيتحمل الدائن وحده تبعة استحالة تنفيذ الالتزام العقدي إذا كان الالتزام الذي استحال تنفيذه ناشئاً عن عقد ملزم لجانب واحد، لان المدين تبرأ ذمته وينقضي التزامه بتحقيق تلك الاستحالة من دون أن يكون للدائن تعويض ما. أما إذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد ملزم لجانبين واستحال تنفيذه لسبب اجنبي، فان الالتزام المقابل ينقضي تبعا لانقضاء الالتزام الاول، وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٧٩) من القانون المدني العراقي بقولها: "إذا هلك المعقود عليه في المعاولات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه". وهذا يعني أن المدين في العقود الملزمة لجانبين هو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ على الرغم من انقضاء التزامه^(١)، وسنتناول تباعاً تحمل التبعة في العقود المدنية الرئيسة الثلاثة، وهي عقد البيع وعقد الايجار وعقد المقولة، وكالاتي:

أ - تحمل التبعة في عقد البيع

أما في عقد البيع فانه إذا هلك المبيع هلاكاً كلياً بقوة قاهرة قبل تسليمه إلى المشتري، فان البائع يتحمل تبعة الهلاك^(٢). لان تسليم المبيع هو من جملة الالتزامات التي يرتبها عقد البيع على البائع، وبالتالي فان هلاك المبيع يجعل تنفيذ البائع لالتزامه المذكور

(١) وقضت محكمة النقض المصرية بانه (إذا كانت ملكية العقار لا تنتقل الا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير الا بالتسجيل، وكان عقد بيع هذه المضرب لم يسجل قبل حصول التاميم فان تلك الملكية تكون قد بقيت للبائعة حتى نقلها بالتاميم إلى الدولة، وبذلك استحال على البائعة تنفيذ التزامها بنقل الملكية إلى المشتري متى كان ذلك وكان قانون التاميم لا يتضمن نصاً كالذي تضمنته قوانين الاصلاح الزراعي ... وإذا كان عقد البيع ينفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني المصري بسبب استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدين لسبب اجنبي ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة استحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين وذلك تطبيقاً للمادة (١٦٠) من القانون المدني المصري ...).

نقض مدني ١٩٧٤/٦/٩ - طعن ٤٢٤ س ٣٨ ق، وارد لدى المستشار انور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج ٢، العقود المسماة، دار الفكر العربي، ١٩٨٧، ص ٧٠-٧١.

(٢) أن تحمل البائع لتبعة هلاك المبيع قبل التسليم هو الحكم الذي كانت تأخذ به مجلة الاحكام العدلية ايضاً إذ تعد يد البائع على المبيع يد ضمان لا يد امانة، وبالتالي فإذا هلك بيده فان الهلاك يقع عليه. ولهذا قضت المادة ٢٩٣ من المجلة بان "المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري".

وقررت محكمة تمييز العراق بان المميز (المدعى عليه) اعترف بارساله المبيع إلى المشتري بواسطة سائق السيارة الذي فقد المبيع اثناء النقل، إذ أن المشتري لا يكون مسؤولاً عن ذلك بوصف أن التلف يكون على البائع قبل التسليم لذا يكون الحكم المميز القاضي بالزام المدعى عليه بالمبلغ المدعى عليه صحيحاً. (رقم ٤٠/صلحية/٤٨ - السماوة، تاريخ القرار ١٩٥٨/١/٢٨، القضاء المدني العراقي للمحامي سلمان بيّات، ١٩٦٢، الجزء الثاني، ص ٥٨).

الالتزام المقدم

المشتري يدفع الثمن، فلا يلزم عندها بدفعه أن لم يكن قد دفعه وله الحق في استرداد ذلك الثمن من البائع أن كان قد دفعه له.

وقد نصت على ما تقدم الفقرة (١) من المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي بقولها "إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري".

ولهذا فقد عد المشرع العراقي تبعة هلاك المبيع مرتبطة بالتسليم لا بانتقال الملكية^(١). أما إذا هلك المبيع بفعل البائع فان البائع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، إذ يحق للمشتري مطالبته بالتعويض عن الاضرار التي اصابته نتيجة لذلك الهلاك. وإذا كان البائع قد استلم الثمن منه فيكون ملزماً برد الثمن إلى المشتري، فضلاً عن التعويض.

أما إذا هلك المبيع بفعل المشتري، فان المشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك فإذا كان قد دفع الثمن إلى البائع فلا يستطيع استرداده، أما إذا لم يدفعه فانه يبقى مسؤولاً عن دفعه كاملاً باتجاه البائع. وقد نصت على ما تقدم الفقرة (٢) من المادة (٥٤٧) من القانون المدني بقولها: "على انه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الاولى والزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية".

وإذا حصل تسليم المبيع إلى المشتري ثم هلك في يده، تحمل المشتري تبعة الهلاك^(٢)، أما إذا هلك المبيع في يد البائع أي قبل تسليمه للمشتري، فان الهلاك المذكور يقع على البائع على الرغم من أن المبيع قبل تسليمه للمشتري يكون ملكاً للمشتري لا

(١) ويختلف حكم الهلاك الكلي عن الهلاك الجزئي، فإذا كان الهلاك كلياً فان البيع يفسخ من تلقاء نفسه وبحكم القانون، أما إذا كان الهلاك جزئياً فان البيع لا يفسخ من تلقاء نفسه، وانما لابد وأن يطلب المشتري فسخ البيع من المحكمة المختصة.

(٢) وهذا الحكم الذي قرره المشرع في المادة ٥٤٧ من القانون المدني ليس بغريب على القواعد العامة التي اقرها في المواد السابقة بخصوص الهلاك في عقود المعاوضة. فقد نصت المادة ١٧٩ من القانون المدني على الحكم نفسه بقولها: "

١- إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه، انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب رد العوض الذي قبضه لصاحبه.

٢- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري". ولقد جاء موقف المشروع المقترح للقانون المدني العراقي مخالفاً لموقف المشرع العراقي في القانون المدني الحالي، المادة (١٧٩) منه. فقد فصل المشروع في المادة (٤٠٧) منه بين حالة الاستحالة بسبب المدين وحالة الاستحالة بسبب القوة القاهرة، فنص على: (١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا = استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي انقضى هنا الالتزام تبعاً لذلك لزام الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه. ٢- إذا كانت الاستحالة قد نشأت بفعل المدين كان للدائن أن يطالبه بالتعويض).

وقد اختلفت التشريعات المدنية حول الطرف الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه للمشتري، فمنها ما اخذ بالقاعدة التي تقضي بان الهلاك على المالك وبالتالي فقد جعلت تلك التشريعات المشتري لا البائع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك قبل تسليمه اليه، ومن هذه التشريعات القانون المدني الالمانى في المادة (٤٤٦) وقانون الالتزامات السويسري في المادة ١٨٥/أ وتقنين الموجبات والعقود اللبناني في المادة ١/٣٩٦ والتي ذكرت تحمل المشتري مخاطر البيع منذ صيرورة العقد تاماً كما وبينت المادة ٣٩٨ منه بأنه إذا كان البيع تخييرياً فان المشتري يتحمل مخاطر البيع بعد وقوع الاختيار، والقانون المدني الفرنسي (المادتان ١١٣٨، ١٣٢٤). وجاء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مخالفاً للقانون المدني الفرنسي في هذه المسألة، إذ جاء في الفصل (٤٩٦) منه: بأن الشيء يبقى أثناء نقله من ضمان البائع الذي يتحمل تبعة هلاكه إلى أن يتسلمه المشتري.

بينما اتخذت تشريعات اخرى كالقانون المدني السوري (المادة ٤٠٥) والقانون المدني المصري (المادة ٤٣٧) نفس الموقف الذي اتخذه لقانون المدني العراقي بجعل تبعة هلاك المبيع على البائع لا على المشتري. لمزيد من التفاصيل- بشأن اختلاف تلك التشريعات- يراجع:

١- د. عبد الحي حجازي، ضمان الهلاك في القانون المدني المصري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، ع ١-٣٢-١٩٤٥ ص ٤٧٧-٥٢٢.

٢- د. سليمان مرقس، نظرية الهلاك في القانون الفرنسي والقانون المصري، بحث منشور باللغة الفرنسية في مجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة، ١٩٣٦، ص ٣٢٢-٣٥١.

(٣) وكان الفقه الحنفي يحمل المشتري تبعة هلاك المبيع بعد تسليمه اليه من قبل البائع، إذ نصت المادة ٢٩٤ من مجلة الاحكام العدلية بقولها "إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع".

البائع. ومع ذلك فإن البائع لا يملك من الذي يقع عليه الهلاك إلا أن البائع لا يتحمل بالتسليم أصبح مستحيلاً، الأمر الذي يؤدي إلى أنفساخ البيع وإعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل البيع.

وفي حكم حالة هلاك العقار بعد التسليم وقبل التسجيل، إنقسم الفقه القانوني العراقي إلى رأيين، يرى الأول^(١) منها: أن الراجح هو أن الهلاك يقع على المشتري باعتبار أن يده أصبحت يد ضمان لا يد امانة، لأن من الواضح أن العقار المقبوض على سوم الشراء مع تسمية الثمن تحول يد المشتري إلى يد ضمان، لأن المشتري قد وضع يده على العقار بقصد تملكه، ثم يقصد البائع تسليم العقار إليه كوديعة أو امانة.

أما الرأي الثاني^(٢) فيقول أن هلك العقار تحت يد المشتري وكان بانتظار تسجيل العقد بدون تعد أو تقصير منه، يتحمل البائع تبعه هذا الهلاك.

ونرى أن الرأي الثاني هو الرأي الراجح لعدم مخالفته القواعد القانونية في التشريع العراقي، إذ لا يوجد هنا عقد بيع قبل التسجيل فلا البائع بائع ولا المشتري مشتر قبل حصوله، وأن قواعد العدالة تفرض أن المشتري وقد حرم من تملك العقار وثمراته قبل التسجيل لا يمكن أن تلقى على عاتقه تبعه هلاكه بفعل القوة القاهرة والا تحمل ما لا يطبق^(٣).

وقد تناول المشرع العراقي موضوع التسليم في المواد (٥٣٨-٥٤٠) من القانون المدني، إذ عرفه في الفقرة الأولى من المادة (٥٣٨) بما يأتي: "١- تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل"^(٤)، ويبدو أن هذا النص مشتق من الفقه الاسلامي، إذ جاء في بدائع الصنائع أن التسليم (هو التخلية والتخلية هو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التعرف فيه بجعل البائع مسلماً للمبيع)^(٥).

والتسليم أما أن يكون تسليم مادياً (التسليم الحقيقي)، أو تسليماً معنوياً (التسليم الحكمي)، وقد أشارت المادة (٥٣٨) من القانون المدني العراقي إلى التسليم المادي الذي يتم بالتخلية، إذ يتم بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل، أي أن يقبض المشتري المبيع فعلاً، بحيث يتمكن من التصرف به والانتفاع منه دون حائل، حتى وإن لم يستول عليه استيلاءً مادياً^(٦). وللتسليم الحقيقي عنصران: الأول: هو عنصر التخلية، إذ يكون المشتري متمكناً من حيازة المبيع، أما العنصر الثاني: وهو عنصر اخبار البائع بان المبيع قد وضع تحت تصرفه. وإن تسليم المبيع المنقول

(١) د. غني حسون طه، المرجع السابق، ص ٢٦٨-٢٦٩.

(٢) د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦، ص ١٨٧.

(٣) وقد لجأ القانون المدني الفرنسي في معالجة مسألة تحمل تبعه الهلاك إلى وضع قاعدة عامة واستثناء، إذ ضمن القاعدة العامة العقود التي لا تتضمن نقل ملكية كعقد الايجار، في حين أن الاستثناء وضعه في العقود التي تتضمن نقل ملكية كعقد البيع.

ويبدو أن وجود هذا الاستثناء من القاعدة العامة في القانون المدني الفرنسي يعود إلى اصول وجذور قانونية قديمة. ففي القانون الروماني كانت القاعدة العامة فيه تقضي بان تبعه الهلاك في العقد الملزم للجانبين تقع على المدين، وكان يرد على هذه القاعدة استثناء يتعلق بعقود البيع وعقود التصرف التي كان انتقال الملكية فيها يتوقف على تسليم الشيء، فكان هذا الاستثناء يحمل المشتري (وهو الدائن بالشيء المبيع) تبعه هلاك الشيء من وقت ابرام العقد ومن قبل أن يتم التسليم.

انظر د. سليمان مرفس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، فقرة ٦١، ص ٤٦٥.

(٤) يقابلها نص المادة ٤٣٥ من القانون المدني المصري والمادة ١٦٠٦ من التقنين المدني الفرنسي.

(٥) بدائع الصنائع، للكاساني، ج ٥، ص ٢٤٤.

(٦) لهذا يدخل التسليم القانوني ضمن التسليم المادي، الذي يعني بتسليم المبيع عن طريق اصدار المشتري في الدائرة المختصة، الكاتب العدل، بان المبيع قد وضع تحت تصرفه، لذا فانه يعد قانوناً قد تسلمه وإن لم يتسلمه.

الالتزام بالعقد

يكون بالتسليم المأمور به، أو تسليم منافع الممنوع أو الممنوع إذا كان الممنوع من نقله، أو تسليم السندات الممثلة للبضائع، إذا كان المنقول مشحوناً على ظهر سفينة كما سنرى لاحقاً في موضوع البحث في انتقال المخاطر في البيوع التجارية البحرية^(١).

أما التسليم الحكمي فهو التسليم الذي لا يصاحبه تسليم مادياً، أي أن الحيازة المادية للمبيع لا تكون بيد المشتري، وقد أشارت إلى هذا النوع من التسليم المادة (٥٣٩) من القانون المدني العراقي، إذ جاء فيها "إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك، فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو امانة"^(٢).

وإذا كانت القاعدة العامة في القانون المدني العراقي تنص على أن البائع هو الذي يتحمل تبعه الهلاك قبل التسليم، إلا أنها ليست قاعدة مطلقة، إذ ترد عليها استثناءات عديدة، يستلزم بحثها كالآتي:

١- إتفاق المتعاقدين علان يتحمل المشتري تبعه هلاك المبيع من وقت البيع، وهو اتفاق جائز ويجب العمل به، لأن قاعدة تحمل البائع تبعه الهلاك قبل التسليم ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها^(٣).

٢- إذا وضع المشتري يده على المبيع قبل دفع الثمن ودون إذن البائع وهلك المبيع، فإنه يتحمل تبعه هلاكه على الرغم من أن التسليم لم يتم عملاً بأحكام المادة ٥٧٨ من القانون المدني العراقي^(٤).

٣- إضرار البائع للمشتري بتسليم المبيع ولم يقدّم المشتري بذلك، فتقع التبعة هنا على المشتري، فإن دفع الثمن ليس عليه استرداده، وإن لم يدفعه وجب عليه دفعه، عملاً بأحكام المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي^(٥).

٤- إمتناع المشتري عن الوفاء بالثمن: جاز للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن فإذا هلك المبيع في يد البائع الحابس له فإن هلاكه يكون على المشتري رغم أنه لم يتسلمه، وهو أمر قرره المشرع المصري في المادة (٤٦٠) في القانون المدني المصري. ولا يوجد ما يقابل هذا النص في القانون المدني العراقي، ومع ذلك فلا مانع من استخلاص الحكم من أحكام المادة (٤٢٨) منه، إذ تبين حكم انتقال ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب الحبس فإذا امتنع المشتري عن دفع الثمن، اضطر البائع إلى حبس المبيع، وهنا يتحمل التبعة المشتري لأنه مقصر في تنفيذ التزامه^(٦).

(١) د. إبراهيم اسماعيل إبراهيم، التسليم في البيوع البحرية، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص ٦ وما بعدها.

(٢) ولا يتعدى التسليم الحكمي صور ثلاث:

أ-المشتري: ومثالها، عندما يشتري المستأجر العين المأجورة من المالك.

ب-البائع: ومثالها، عندما يبيع مالك العقار عقاره ولم تتم عملية تسليم هذا العقار بالمشتري، ثم يشتريه ثانية من المشتري.

ج- الغير: عندما يقوم المشتري ببيع العين المبيعة (غير المستلمة). وبهذا يكون تسليم المشتري الأول حكماً، والثاني مادياً.

أنظر أستاذنا الدكتور جاسم العبودي، محاضرات في القانون المدني العراقي، القيت على طلبة الدراسات العليا- القسم الخاص في جامعة بابل لسنة ٢٠٠٠، ص ١٠، والذي يرى أيضاً أن التسليم في القانون المدني العراقي له اثران رئيسان هما أنه ينعقد به العقد أولاً، وثانياً تنتقل به الملكية.

(٣) د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط ٢، مطبعة الرصافي، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٥٧.

(٤) د. غني حسون طه، المرجع السابق، ص ٢٧٠. د. كمال قاسم ثروت، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(٥) د. عبد الحي حجازي، المصادر، المرجع السابق، ص ٢٤٦. وانظر نص المادة (٤٣٧) مدني سوري و المادة (٤٠٥) مدني مصري.

(٦) د. السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ١١٦٠-١٦١. غني حسون طه، الوجيز، ص ٢٧٠-٢٧١.

تنبغي الإشارة أولاً إلى أن هلاك العربون بيد قابضه، بأي سبب من الأسباب لا يؤثر على الالتزام الأصلي في العقد، وهذا الأمر مرده الصفة التبعية التي يتمتع بها العربون، لذلك فإن هذا الهلاك لا يؤثر في التزامات المتعاقدين، إذ يلتزم كل منهما بتنفيذ ما تعهد به حسب الاتفاق^(١). ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو على من تقع تبعه هلاك العربون؟.

للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي تحديد سبب هلاك العربون، هل هذا الهلاك قد حصل بسبب أجنبي أم بفعل أحد المتعاقدين أو كليهما:

الحالة الأولى: الهلاك بسبب أجنبي

يختلف حكم هلاك العربون باختلاف وظيفة العربون المدفوع، فإذا كان العربون دالاً على جواز الرجوع في العقد فإن تبعه الهلاك تقع على عاتق من دفعه. وذلك لأن يد القابض هنا تعد يد أمانة لأنه لم يقصد تملك العربون. أما إذا كان العربون دالاً على بقاء العقد، فإنه ينبغي التمييز بين عربون القسط وعربون الإثبات. فإذا كان عربون البتات قد دفع بوصفه قسطاً معجلاً من الالتزام الأصلي فإن تبعه الهلاك تقع على من تسلم العربون، ذلك لأن هذا المتعاقد قد تسلم العربون بقصد تملكه^(٢). أما إذا كان عربون البتات قد دفع بوصفه عربون إثبات، فإن هلاكه يقع على عاتق من دفعه وذلك لأن يد القابض يد أمانة إذ لم يقصد تملكه.

الحالة الثانية: الهلاك بخطأ أحد المتعاقدين أو كليهما:

إذا كان هلاك العربون ناتجاً عن خطأ المتعاقد الذي دفع العربون فإنه يتحمل تبعه هلاك العربون ويلزم بإعادة دفعه إلى المتعاقد الآخر، وسواء أكان العربون دالاً على جواز الرجوع أم على بقاء العقد^(٣).

وفي حالة هلاك العربون بفعل المتعاقد الذي قبض العربون فإنه تبعه الهلاك تقع على عاتقه ويلزم بتعويض المتعاقد الآخر عن هذا الهلاك^(٤).

أما إذا هلك العربون بفعل خطأ كلا المتعاقدين، فإن كلا منهما يتحمل تبعه الهلاك بنسبة خطأ كل منهما.

وأحكام هلاك العربون قليلة التطبيق في الحياة العملية، ذلك أن الغالب في التعامل أن يكون العربون بشكل مبلغ من النقود، إذ لا يستطيع القابض أن يدعي هلاكه^(٥).

(١) د عباس الصراف، العربون وأحكامه في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة القضاء العدد الأول والثاني، السنة ١٦، ١٩٥٨، ص ٤٧.

(٢) تنص المادة ٤٢٦ من قانوننا المدني على أنه (إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على يد صاحبه) وتنص المادة ١/٤٢٧ من قانوننا المدني على أنه (تكون اليد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك).

(٣) د. عباس الصراف، العربون وأحكامه، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٤) د. عباس الصراف، المرجع السابق، ص ٤٨.

(٥) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق ص ٣٥٩.

ولقد عالجت بعض التشريعات المدنية العربية صراحة مسألة تحميل تبعات الهلاك في التعاقد بالعربون^(١)

*تحميل تبعات الهلاك في عقد البيع في الفقه الاسلامي:

أما في الفقه الاسلامي، فيمكننا أن نقسم الهلاك الكلي للمبيع قبل القبض إلى الحالات الآتية:

الحالة الاولى: هلاك المبيع بأفة سماوية

ذهب إجماع الفقهاء على أن الهلاك في مثل هذه الحالة يترتب عليه أنفساخ البيع، ويتحمل البائع ضمان هذا الهلاك^(٢).

ويذهب إجماع الفقهاء في تسويغ ذلك إلى أنه لو لم ينفسخ البيع لوجب مطالبة المشتري بالثمن، وإذا طالبه البائع بالثمن، فهو يطالبه بتسليم المبيع وهو عاجز عن التسليم، فتمنع المطالبة أصلاً، إذا لم يكن في بقاء البيع فائدة، فينفسخ البيع لانعدام فائدة البقاء منه، وإذا ما انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري، لأن أنفساخ البيع معناه ارتفاعه من الأصل وعده كأن لم يكن.

الحالة الثانية: هلاك المبيع كله بفعل المشتري

لا خلاف في هذه الحالة بين الفقهاء على أن تبعات الهلاك تكون على المشتري، وذلك لوقوع الاتفاق منه، ويترتب على ذلك أن البيع لا ينفسخ، ويعد اهلاك المشتري للمبيع قبضاً له، ويقع عليه بالتالي الثمن المسمى للبائع أن لم يكن للبائع خيار الشرط أو لم يكن العقد فاسداً. فان كان البيع كذلك بطل البيع ولزم المشتري قيمة البيع يوم اهلاكه أن كان قيمياً، ومثله أن كان مثلياً^(٣).

الحالة الثالثة: هلاك المبيع كله بفعل أجنبي

اتفق الفقهاء على وجوب الضمان على الجاني لما أتلّفه، لأنه أهلك مالا مملوكا لغيره، فيلزمه أن يغرم مثل ما اتلف أن كان مثلياً وقيمه أن كان قيمياً، واختلفوا بعد ذلك في اثر هذا الهلاك على البيع إلى ثلاثة آراء:

(١) حيث تنص المادة (٧٧) من القانون المدني الكويتي على ما يلي: (١ - استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، بسبب يعزى للمتعاقد، تعتبر في حكم مباشرته خيار العدول عن العقد وتحدد مسؤوليته بقيمة العربون. ٢ - فإذا كانت استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد راجعة إلى سبب اجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه، وجب رد العربون إلى دافعه).

انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٣ ص ١٧٢ وما بعدها.

(٢) البدائع للكاساني، ج ٥، ص ٢٣٨ إذ يقول "فان هلك كله قبل القبض انفسخ العقد" ويقول أيضاً في المرجع نفسه اعلاه: "فان هلك كله قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع.. انظر المغني والشرح الكبير، ج ٤، ص ١١٦ وفيه "فان تلف بأفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن. وانظر المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٣٠٣ إذ جاء فيه فان تلف بأفة سماوية انفسخ البيع. وايضا نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٧٦-٨٠ إذ جاء فيه أن اتلاف البائع للمبيع قبل قبضه كتلفه بأفة سماوية فينفسخ به العقد... والشاهد أنفساخ البيع بالهلاك الكلي بأفة =سماوية. كما جاء ايضا في نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٧٦ "فان تلف بأفة سماوية أو حصل له ما في معنى التلف انفسخ البيع وسقط الثمن الذي لم يقبض، فان قبض وجب رده لفوات التسليم المستحق بالعقد فيبطل.

(٣) البدائع للكاساني، ج ٥، ص ٢٤٠ "وان هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع وعليه الثمن لانه بالاتلاف صارف ايضا كل المبيع". المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٣٠٣ "فان اتلفه المشتري استقر عليه الثمن لان الاتفاق كالقبض "نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٧٨. واتلاف المشتري لمبيع أو شرعا قبض له أن علم انه المبيع" المغني والشرح الكبير، ج ٤، ص ١١٦ "وان كان بفعل المشتري استقر عليه الثمن وكان كالقبض لانه تصرف فيه.

الالتزام بالعقد

الرأي الأول: يرى أنه لا أثر لهذا الهلاك على العقد وليس للمشتري إلا الرجوع على

الجانبي ببذل ما أتلّفه، وللبيع على المشتري الثمن كاملاً، وإلى هذا ذهب المالكية^(١) وابن حزم، وهو أيضاً رأي الحنابلة في المعتمد عندهم إلا أنهم قد استثنوا من هذا، ما إذا كان إلى المبيع حق توفيه وتلف كلاً أو بعضاً بفعل الأجنبي قبل القبض، فيرون أن المشتري بالخيار أن شاء فسخ العقد وسقط عنه الثمن، وإن شاء أمضى البيع ولزمه الثمن ورجع على المتلف بالبذل^(٢).

وقد استدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه، أن العلاقة بين البائع وبين المبيع قد انقطعت لدخوله في ملك المشتري بالعقد الصحيح.

وهذا الرأي يعود بنا إلى الخلاف الذي ثار بين الفقهاء حول من يكون عليه ضمان المبيع قبل القبض وبعده؟ إذ يرى المالكية والحنابلة أنه يجب التفرقة بين المبيع الذي فيه حق توفيه وبين المبيع الذي ليس فيه هذا الحق، ففي الأول تقع تبعة هلاكه قبل قبضه على البائع، بينما الثاني تقع تبعة هلاكه على المشتري بمجرد العقد سواء قبضه المشتري أو لم يقبضه.

الرأي الثاني: يرى أنه يثبت للمشتري الخيار، أن شاء أمضى العقد ولزمه الثمن ورجع على المتلف بالبذل، وإن شاء فسخ العقد وسقط عنه الثمن ويرجع البائع على المتلف بالبذل، وإلى هذا ذهب الحنفية^(٣).

وقد استدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه من عدم أنفساخ البيع إلى أن المبيع يعد قد هلك إلى بدل، فيقوم هذا البذل مقام المبيع، واستدلوا على ثبوت الخيار للمشتري، بأنه بالهلاك قد فانت عين المبيع، ولما كانت عين المبيع هي مقصد المشتري، لهذا ثبت له الخيار.

الرأي الثالث: يرى أن العقد يفسخ ويسقط الثمن عن المشتري، ويرجع البائع في هذه الحالة على الأجنبي المتلف بالبذل، وإلى هذا ذهب الشافعي في القول المرجوح لديه^(٤).

والرأي الذي نميل إليه هو الرأي الثالث، والقائل بأن البيع يفسخ بسبب هلاك المبيع كله بفعل الأجنبي، وذلك على وصف أن هذا الأجنبي يعد سبباً أجنبياً عن أطراف العلاقة التعاقدية والذي يقابل - بدوره - فعل الغير لدى القانون، وما نذهب إليه في الواقع يتفق مع ما يذهب إليه الزيدية من أن حكم الهلاك بفعل أجنبي كحكم الهلاك بأفة سماوية^(٥).

الحالة الرابعة: هلاك المبيع كله بفعل البائع

اختلف الفقهاء على ثلاثة آراء في هذه الحالة:

(١) أبي عبد الله محمد الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر سيدي خليل مع حاشية العدوي، ط ٢، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ١٣١٧هـ، ج ٥، ص ١٦٢.

(٢) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة، ج ٤، ٢١٧-٢١٩.

(٣) البدائع للكاساني، ج ٥، ص ٢٣٨-٢٣٩.

(٤) المذهب للشيرازي، ج ١، ص ٣٣.

(٥) نزيه كمال، الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة دار البيان، ١٩٨٦، دمشق، ص ١٩٦.

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أن العقد لا يفسخ بل يبطل، ~~والى هذا ذهب الحنفية~~ **الالتزام العقدي** لا يثبت للعقد الخيار في فسخه بسبب الهلاك، ويرتب أصحاب هذا الرأي على أنه طالما كان العقد قائما فإنه يلزم العاقدين الوفاء بمقتضاه، فيجب على المشتري دفع الثمن كاملا للبائع كما يجب على البائع دفع بدل ما اتلفه المشتري. وإلى هذا ذهب المالكية^(١).

وهذا الرأي هو الراجح أيضا عند الحنابلة إذا كان المبيع من ضمان المشتري أن لم يكن فيه حق توفيه أي ليس مكبلا ولا موزونا وما جرى مجراهما^(٢). وهو القول الثاني عند الشافعية^(٣)، ومما تقدم يتضح أن أصحاب هذا الرأي قد جعلوا حكم هلاك المبيع كله قبل القبض بفعل البائع، كحكم هلاك المبيع قبل القبض بفعل اجنبي، ورتبوا على ذلك أن العقد لا يفسخ، وأن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن، وبين أن يبقى على العقد ويطالب المتلف بالمثل أن كان المبيع مثليا، وبالقيمة أن كان قيميا.

ويستند أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه - إلى أن المبيع صار ملكا للمشتري بالعقد الصحيح، فلا يفسخ العقد تبعا لذلك باتلاف البائع للمبيع، ونظرا لكون البائع قد اتلف مالا مملوكا للغير بغير إذنه، فيجب عليه بالتالي ضمان المثل أو القيمة كما لو اتلفه بعد القبض، ولا فرق سوى أن المبيع قبل القبض كان في يده. وهذا لا يمنع من وجوب الضمان كما في حالة المرتهن إذا ما اتلف المرهون وهو في يده.

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن المشتري بالخيار أن شاء امضى العقد، وأن شاء فسخه، وإلى هذا ذهب الحنابلة إذا ما وقعت الجناية على المبيع وهو في ضمان البائع سواء هلك كله أو بعضه^(٤)، وإلى هذا الرأي ذهب الحنفية أيضا، إذ يرون أن المشتري إذا اختار امضاء العقد لزمه الباقي من الثمن، وذلك لانفساخ العقد في القدر التالف^(٥)، ويستند أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه من ثبوت الخيار للمشتري بقياس هذا الهلاك على الهلاك في حالة إتلاف الاجنبي.

الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي أن العقد يفسخ ويسقط الثمن عن المشتري، فلا يطلب به إذا كان لم يدفعه ويسترده أن كان قد دفعه وإلى هذا ذهب الشافعية في الرأي الراجح عندهم^(٦) وإلى هذا أيضا ذهب الحنفية^(٧).

ويستند أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه من أنفساخ العقد وسقوط الثمن من المشتري، من أن المبيع في يد البائع يكون مضمونا عليه بالثمن، لأنه لو تلف في يده باقة سماوية سقط الثمن عن المشتري، وإذا كان المبيع مضمونا بالثمن، فلا يكون مضمونا بضمان آخر، لأن المبيع محله واحد، ولا يقبل ضمانين مختلفين في وقت واحد، لهذا فإنه

(١) الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل مع حاشية العدوى، دار صادر، بيروت، ج ٥، ص ١٦٢.
(٢) المغني والشرح الكبير، ج ٤، ص ١١٦ وفيه "وان اتلفه البائع فقال اصحابنا الحكم كما لو اتلفه الاجنبي".
(٣) المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٣٠٣ وجاء فيه "فان اتلفه البائع ففيه طريقان قال ابو العباس فيه قولان كالاجنبي وقال اكثر اصحابنا يفسخ البيع".
(٤) المغني لابن قدامة، ج ٤، ص ١٠٩.
(٥) البدائع للكاساني، ج ٥، ص ٢٤٠.
(٦) نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٧٩-٨٠، وجاء فيه "والمذهب أن اتلاف البائع للمبيع قبل قبضه كتلفه باقة سماوية فيفسخ به العقد لتعذر الرجوع عليه بقيمته لأنه مضمون عليه بالثمن، فإذا اتلفه سقط الثمن....".
(٧) وجاء أيضا في المهذب للشيرازي، ج ١، ص ٣٠٣ "فان اتلفه البائع ففيه طريقان قال ابو العباس فيه قولان كالاجنبي، وقال اكثر اصحابنا يفسخ العقد قولاً واحداً لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة".
(٨) البدائع للكاساني، ج ٥، ص ٢٣٨ وجاء فيه "وكذا إذا هلك بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري عندنا" عندنا "وجاء أيضا في المبسوط للسرخسي، ج ١٣، ص ٩ ما يأتي: "قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والعقار في هذا كالمقول حتى إذا استحق أو تصور هلاكه فهلك سقط الثمن".

الالتزام العقدي
لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة، لأن المبيع مضمون عليه بالنقص، وبأنه لا يجوز أن يكون مضمونا عليه القيمة، بخلاف الهلاك بفعل الاجنبي فان المبيع غير مضمون عليه بالثمن، فجاز لذلك أن يضمه بالقيمة.

والرأي الذي نميل اليه هو الرأي الثالث، والذي يرى، أنفساخ العقد وسقوط الثمن دون المشتري، وذلك لأن المبيع في هذه الحالة، كما يقول الحنفية، في يد البائع مضمون باحد الضمانين وهو الثمن، ألا ترى انه لو هلك المبيع في يده سقط الثمن عن المشتري، فلا يكون مضمونا بضمان اخر، إذ أن المحل الواحد لا يقبل الضمانين.

***تحمل تبعة هلاك زوائد المبيع في الفقه الاسلامي:**

أما عن هلاك زوائد المبيع في الفقه الاسلامي، فقد ذهب الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) والامامية^(٣) إلى أن زوائد المبيع مثل الولد والثمرة واللبن والكسب وغيرها تكون للمشتري قبل القبض وبعده، لأنها من ملكه ويكون عليه ضمانها قبل القبض وبعده، فلو هلك في يد البائع قبل أن يقبضها المشتري، يكون هلاكها على المشتري، إلا إذا كان ذلك بتفريط البائع، فيكون ضمانها منه، لأنها قبل القبض تعتبر في يده أمانة.

أما الحنفية فذهبوا^(٤) إلى أن الاصل في زوائد المبيع أن تكون مبيعة تبعا مع المبيع، سواء أكانت متصلة أم منفصلة، وسواء أكانت ايضا متولدة من الاصل أو غير متولدة منه الا الهبة والصدقة والكسب، وعلى هذا الاساس:

أ- فإن هلك زوائد المبيع قبل القبض بافة سماوية، فلا يضمنها البائع، ولا يسقط شيء من الثمن عن المشتري، لأنها مبيعة تبعا، وان هلك زوائد المبيع بفعل المشتري ضمنها، ولا يسقط عنه شيء من الثمن لأنه صار قابضا لها بالاتلاف، اما وان هلك زوائد المبيع بفعل البائع ضمنها وتسقط حصتها من الثمن عن المشتري، كما لو اتلف جزء المبيع، وقد اختلف في حق المشتري في الخيار، فذهب الامام ابو حنيفة إلى انه ليس للمشتري الخيار، بينما ذهب صاحبان إلى أن للمشتري الخيار.

وإن هلك زوائد المبيع بفعل اجنبي، فإن ضمانها يكون على الاجنبي ويكون المشتري بالخيار أن شاء إختار الفسخ، ويرجع البائع على الجاني بضمان جنايته، وإن شاء إختار إمضاء البيع والرجوع على الاجنبي بالضمان، وعليه أداء جميع الثمن للبائع، كما لو أتلف الاصل.

ب- وإن هلك زوائد المبيع بعد القبض فيكون ضمانها على المشتري.

(١) ابن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، طبعة المكتب الاسلامي للطباعة والنشر، دمشق، ١٩٦٨، ج٣، ص٤٩٩.

(٢) البهوتي، كشف القناع، ج٢، ص٤٢٢.

(٣) الحسن ابن يوسف بن مطهر الحلبي، تحرير الاحكام، طبعة ايران، بدون سنة طبع، ج١، ص١٧٦.

(٤) الكاساني، البدائع، ج٥، ص٢٥٦.

ب - تحمل التبعة في عقد الايجار

أما في عقد الايجار، فقد تهلك العين المؤجرة هلاكاً كلياً لا جزئياً، وعقد الايجار يفسخ في هذه الحالة من تلقاء نفسه، فتنتهي التزامات المستاجر فيسترد ما دفعه من الاجرة عن المدة التي تبدأ من تاريخ هلاك العين، كما وتنتهي التزامات المؤجر كذلك^(١) حيث تنص الفقرة (١) من المادة (٧٥١) من القانون المدني العراقي على انه "إذا هلك المأجور في مدة الايجار هلاكاً كلياً يفسخ العقد من تلقاء نفسه". وعليه فان عقد الايجار يفسخ بقوة القانون لانعدام محله سواء كان الهلاك يرجع إلى فعل المستاجر أو فعل المؤجر أو فعل الغير أو نتيجة القوة القاهرة.

فإذا حصل هلاك العين كلياً بفعل المؤجر، فإنه يحق للمستاجر الرجوع على المؤجر لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة لانفساخ العقد قبل انقضاء مدته مع التعويض عن الاضرار التي اصابته في شخصه وامواله، الا أن المؤجر لا يكون ملزماً باصلاح العين واعادتها إلى حالتها السابقة، كما ولا يستطيع المؤجر في حالة اعادة العين إلى وضعها، الزام المستاجر على العودة إلى العين المذكورة.

وإذا حصل الهلاك بقوة القاهرة، فإنه لا يحق للمستاجر مطالبة المؤجر بالتعويض، لان هلاك العين لم يكن بفعل المؤجر. وبما أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه، فإن المؤجر لا يستطيع اجبار المستاجر على العودة إلى العين في حالة اعادة بنائها. كما لا يستطيع المستاجر أن يجبر المؤجر على إعادة البناء أن لم يرغب المؤجر من تلقاء نفسه في اعادة البناء. وينفسخ عقد الايجار كذلك في حالة هلاك العين بفعل الغير. الا أن المؤجر لا يكون مسؤولاً عن تعويض المستاجر، إذ لا يحق لهذا الاخير الرجوع على المؤجر المذكور.

وإذا حصل الهلاك بفعل المستاجر، فان الايجار يفسخ ايضاً من تلقاء نفسه، ولكن يحق للمؤجر في هذه الحالة مطالبة المستاجر بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء فسخ الايجار قبل انتهاء مدته، وتعويضه ايضاً عن الضرر الذي لحقه من جراء هلاك العين^(٢).

وان الهلاك قد يكون مادياً مثل الحريق والغرق وانهدام الدار المؤجرة انهداماً تاماً، وقد يكون الهلاك الكلي قانونياً كانتزاع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة، أو صدور قرار اداري باخلائها لاسباب امنية أو صحية، ويلحق بالهلاك الكلي هلاك الشيء المؤجر ولو بقيت بعض ملحقاته كاحتراق المنزل وبقاء موقف السيارات، ففي هذه الحالة يفسخ عقد الايجار بحدوث الهلاك الكلي.

وأن أنفساخ عقد الايجار لهلاك العين المؤجرة هلاكاً كلياً ما هو الا تطبيق للقواعد العامة، التي جاءت الفقرة (١) من المادة (٧٥١) لتؤكد عليه، تطبيقاً لتلك القواعد التي تقضي بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه^(٣).

ونود أن نبين هنا، أن الالتزام بالتسليم في عقد الايجار يعد التزاماً مستقلاً، وبالتالي لا يتفرع عن التزام أصلي، كما هو الحال في عقد البيع، إذ أن التزام البائع بتسليم المبيع

(١) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج ١، في البيع والايجار، ط ٣، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤، ص ٢٤٤.

(٢) د. كمال قاسم ثروت، شرح احكام عقد الايجار، ط ١، ١٩٧٢-١٩٧٥، مطبعة الزهراء، ص ٣٣ وما بعدها.

(٣) تنص المادة ٧٥١ فقرة (١) بأنه "إذا هلك العين المؤجرة أثناء الايجار هلاكاً كلياً انفسخ العقد من تلقاء نفسه". ولا يجوز للمستاجر في هذه الحالة أن يطلب تعويضاً إذا كان الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب لا يد للمؤجر فيه، وهذا ما نصت عليه فقرة (٣) من المادة نفسها. انظر السنيهوري، الوسيط، ص ٢٨٥.

الالتزام غير مستقل بل التزام منسوخ عن الالتزام بفعل الملكية، لهذا فإن تبعة الهلاك في عقد البيع كما رأينا، مرتبط بالتسليم، ونظرا لكون الالتزام بالتسليم في عقد الإيجار التزاما مستقلا فإنه يترتب على ذلك، أنه إذا ما هلك الشيء المؤجر قبل التسليم هلك على المؤجر لا بوصفه مدينا بالتسليم، بل بوصفه مالكا للشيء المؤجر. وعلى ذلك فإذا ما هلك الشيء المؤجر بعد التسليم في يد المستأجر، فإنه يهلك حتى في هذه الحالة على المؤجر بوصفه مالكا، أن لم يكن الهلاك بفعل المستأجر.

ومن هذا نستطيع أن نقول أن تبعة الهلاك في عقد الإيجار لا ترتبط بالتسليم، وإنما تكون على المالك حسب القاعدة التي تقضي بأن الشيء يهلك على مالكه، فهو الذي يكسب الفسخ وهو الذي يتحمل الغرم، وترتيباً على ذلك، فإن المؤجر يتحمل دائماً تبعة هلاك الشيء المؤجر سواء أكان الهلاك قبل التسليم أم بعده^(١).

أما في الفقه الإسلامي فإذا ما هلك العين المؤجرة هلاكاً كلياً بشكل لا يمكن الانتفاع بها بالمرة، في الغرض الذي استؤجرت من أجله، فقد انقسم الفقه الإسلامي في حكم هذه الحالة إلى رأيين:

الرأي الأول: يذهب إلى أن الإجارة في مثل هذه الحالة تنفسخ ولو كان هذا الهلاك بفعل المستأجر، وقد عد أصحاب هذا الرأي هلاك العين المؤجرة هلاكاً كلياً في حكم موت أو هلاك الدابة أو موت الأجير أو موت المستأجر أو في حكم عتق المستأجر، وإلى هذا الرأي ذهب الجمهور من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) والظاهرية^(٦).

ومن هذا يتضح، أن العين المؤجرة إذا ما هلك، فإن هذا الهلاك أما أن يكون قبل قبضها أو بعد القبض مباشرة، أو بعد مضي شيء من المدة، فإن كان الهلاك قبل قبضها فإن الإجارة تنفسخ، وذلك لأن المعقود عليه قد هلك قبل قبضه، فاشبه بذلك حالة ما إذا هلك المبيع قبل قبضه. أما إذا كان الهلاك بعد القبض مباشرة، فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ويسقط الأجر، وإذا هلك العين المؤجرة بعد مضي شيء من المدة، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما أستوفى من المنفعة^(٧).

(١) السنهوري، الوسيط، ج ٤، فقرة ٣١٦، ص ٢٤٥، طبعة ١٩٥١.
(٢) البدائع للكاساني، ط ٢ دار الكتب العلمية ١٩٨٦ بيروت - لبنان، ج ٤، ص ١٧٩. وجاء فيه بأن "العذر قد يكون في جانب المستأجر وقد يكون في جانب لمؤجر، وقد يكون في جانب المستأجر (العين المؤجرة) ... وأما الذي هو في جانب المستأجر فمنها عتق العبد المستأجر فإنه عذر في فسخ الإجارة.
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، ص ٢٩ وجاء فيها "وفسخ الإجارة بتلف ما يستوفي منه لا بتلف ما يستوفي به المنفعة" وفي هذا إشارة إلى أن الإجارة تنفسخ من هلاك كل عين يستوفي منها المنفعة وهذا الانفساخ يأخذ حكم أنفساخ الإجارة عند موت الدابة المعنية أو انهزام الدار المعنية.
(٤) نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣١٧ - وجاء فيه ٠ والأصح أنها تنفسخ بانهزام الدار كلياً ولو بفعل المكثري لزوال الاسم وفوات المنفعة قبل الاستيلاء عليها).
(٥) المغني والشرح الكبير، ج ٦، ص ٥٠ وجاء فيه (وإذا وضعت الإجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو رعاية الغنم أو جملاً للحمل أو الركوب فتلفت أنفسخ العقد بتلفها).
(٦) المحلى لابن حزم، ج ٨، ص ١٨٤ وجاء فيه (وموت الأجير أو موت المستأجر أو هلاك الشيء المستأجر أو عتق العبد المستأجر كل ذلك يبطل عقد الإجارة فيما بقي من المدة خاصة).
(٧) المغني والشرح الكبير، ج ٦، ص ١٠٥، وجاء فيه "تنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها وجملته أن من استأجر عينا مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها يخل من أقسام".

الرأي الثاني: فيرى أن الإجارة لا تنفسح بهلاكها هلاكاً كلياً، بل أن الإجارة باقية إلى أجلها، والإجارة كلها تكون واجبة للمؤجر على المستاجر، وإلى هذا الرأي ذهب أبو ثور، من فقهاء الشافعية. وقد أورد ابن قدامة في هذا الخصوص ما نصه "الا با ثور حكى عنه انه قال "يستقر الاجر لان المعقود عليه تلف بعد قبضه فاشبهه المبيع"^(١).

وقد استدل أبو ثور على ما ذهب إليه من عدم أنفساخ الإجارة في حالة هلاكها هلاكاً كلياً على أن المعقود عليه قد تلف بعد قبضه، فاشبهه المبيع إذا ما تلف بعد القبض، إذ يجب الثمن للبائع على المشتري.

وعلى هذا قاس أبو ثور الإجارة على البيع في هذا الخصوص، ويترتب على هذا القياس لزوم أن تأخذ الإجارة حكم البيع في حالة الهلاك الكلي للعين المؤجرة، على أساس أن هذا الهلاك للعين قد حصل قبل القبض كما في البيع.

ونظراً لما يتضمنه، رأي أبي ثور من مخالفة واضحة لرأي الجمهور، فقد رد بعض الفقهاء عليه، ومنهم ابن حزم، إذ يرى أن ما ذهب إليه أبو ثور خطأً، لانه يترتب عليه أكل أموال الناس بالباطل عن عدم القول بانفساخ الإجارة في حالة هلاكها هلاكاً كلياً^(٢). ومن ناحية أخرى فقد رد بعض فقهاء الحنابلة على ما ذهب إليه أبو ثور بأنه خطأ، وذلك لان المعقود عليه وهي المنافع وقبضها يكون باستيفائها أو التمكن من استيفائها، وهذا لم يحصل في حالة هلاك الشيء المستاجر هلاكاً كلياً فاشبه ذلك تلفها قبل قبض العين^(٣)، وقد ذهب المالكية من ناحية أخرى رداً على أبي ثور بان عقد الإجارة ينفسخ إذا تعذر على المستاجر زراعة الارض لانقطاع الماء عنها^(٤).

ويمكننا من خلال تتبع أقوال الفقهاء فيما يتعلق بالحالات التي تنفسخ بها الإجارة، التي سبق، استعراضها من الرد على ما ذهب إليه أبو ثور من عدم انفساخها في حالة الهلاك الكلي، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى تقرير قاعدة، أن الانفساخ من المبادئ الراسخة والمسلم بها في الفقه الإسلامي، وقد جاء التطبيق العملي لهذه القاعدة على عقود مختلفة، من أشهرها عقد الإجارة، عندما قرر هؤلاء الفقهاء أن عدم استيفاء المنفعة المعقود عليها يؤدي إلى إنفساخ الالتزام، وذلك لاستحالة تنفيذه.

وقد رأينا في بعض التطبيقات العملية لهذا الانفساخ في ظل عقد الإجارة، كإنفساخها إذا امتنع استيفاء المنفعة شرعاً كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، أو انفساخها بحمل الطائر لانه يخاف على الولد من ابنها، أو انفساخها بموت الصبي المريض، لانه يتعذر في هذه الحالة استيفاء المعقود عليه، إذ لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاعة واختلاف اللبن باختلافهم، وكذلك انفساخها بغصب العين المستأجرة أو بغصب منفعتها، كذلك تنفسخ الإجارة إذا طرأت الاستحالة القانونية عليها، والمتمثلة في أمر الحاكم أو السلطان بإغلاق الحوانيت أو الدكاكين أو هدمها، وذلك لتحقيق شروط الاستحالة القانونية في ذلك الأمر. ولا يخفى سلامة الرأي الذي ذهب إليه الجمهور، وذلك لتوافقه مع المنطق ولقوة حجته أيضاً. وإذا كان الأمر كذلك، فإن السؤال الذي يطرح نفسه، هو هل تنفسخ الإجارة في حالة ما إذا هلكت العين المؤجرة هلاكاً كلياً

(١) المغني والشرح الكبير، ج ٦، ص ١٠٥.

(٢) المحلى لأبن حزم، ج ٨، ص ١٨٨.

(٣) المغني والشرح الكبير، ج ٦، ص ١٠٥.

(٤) حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٥٨-٥٩.

وبقيت الأرض؟ فهل تنفسخ الإجارة في مثل هذه المسألة بهلاك العين أم لا؟ لا تنفسخ ببقاء الأرض أو بقاء منفعتها ألي يمكن الانتفاع بها؟.

في الواقع أنه ينتبع أقوال الفقهاء في هذه المسألة، يتضح لنا أنهم قد انقسموا في الإجابة عن هذه المسألة إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يذهب إلى أن الإجارة في هذه الحالة لا تنفسخ بحجة إمكانية الانتفاع بالأرض، وإلى هذا ذهب الحنابلة في أحد القولين عندهم^(١).

الرأي الثاني: يذهب إلى أن الإجارة تنفسخ بانهدام الدار كلها مع بقاء الأرض، ولو كان الانهدام بفعل المكثري، وذلك لزوال الاسم وفوات المنفعة قبل الاستيلاء عليها، إذا لا تحصل للمكثري المنفعة إلا شيئاً فشيئاً، فإذا حدث ذلك قبل القبض أو بعده ولم تمض مدة لمثلها أجره (يعني تم قبض العين ولم يتمكن من الانتفاع بها وذلك لفوات المنفعة)، فإن الإجارة في مثل هذه الحالة تنفسخ بالكلية.

وإلى هذا ذهب الشافعية^(٢) والمالكية^(٣) والحنابلة^(٤) في الرأي الراجح عند الاثنين، لأنه زال اسمها ونهبت منفعتها.

الرأي الثالث: يعد هذا الرأي وسطاً بين الرأيين السابقين، فهو مع الرأي الأول في أن الإجارة لا تنفسخ إلا أنه إذا عد ذلك أصلاً يجوز مخالفته، فهي لا تنفسخ في الأصل عندهم إلا إذا فسخ المستاجر العقد، لأنه بحسب رأيهم صاحب المصلحة في تقرير الفسخ من عدمه، فإن رأى عدم الفسخ فإنها لا تنفسخ لأنه يمكن أن ينتفع بالأرض. أما إذا رأى الفسخ فإنها تنفسخ، ومن هذا يتضح أن الحنفية في هذه المسألة قد علقوا الفسخ على مشيئة المستاجر، لأنه صاحب المصلحة في تقرير الفسخ، ومن جانب آخر يرى الحنفية أنه إذا ما قرر المستاجر الفسخ، فلا يشترط لوقوعه حضور المالك ورضاه.

بينما ذهب الحنفية مع الرأي الثاني في أنه إذا ما استأجرت داراً، فانهدمت فإنه يترتب على ذلك سقوط الإجارة عن المستاجر من وقت الانهدام^(٥)، والرأي الذي نميل إليه هو الرأي الثاني، والقائل بانفساخ الإجارة في هذه المسألة، وذلك لأنه بانهدام الدار كلها يكون الغرض من عقد الإجارة وهو الانتفاع بها قد فات، ولا يهم بعد ذلك إمكانية الانتفاع بالأرض في شيء آخر، لأن العقد في الواقع كان على الانتفاع بالدار على حالتها وليس الانتفاع بالأرض.

ونرى أن الذي ذهب إليه الرأي الثاني هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من أن الهلاك الكلي للعين المؤجرة أو تعييبها، إذ لا يمكن للمستاجر أن ينتفع بها الانتفاع الذي استؤجرت من أجله، فإن هذا الهلاك الكلي وكذلك التعيب يؤدي إلى أنفساخ الإجارة رغم إمكانية الانتفاع بالأرض بأي شيء آخر.

(١) المغني والشرح الكبير، ج ٦، ص ٢٨.

(٢) نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣١٧.

(٣) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ١٩٨٨، ج ٣، ص ١٦٠-١٦٣.

(٤) المغني والشرح الكبير، ج ٦، ص ٢٨.

(٥) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج ٣، ص ١٦٣.

ج- تحمل التبعة في عقد المقاولة

وفي عقد المقاولة نجد المجال رحبا لمناقشة مسألة تحمل التبعة، إذ تنص المادة (٨٨٦) ف ١ من القانون المدني العراقي على انه (تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه). والاستحالة هنا قد ترجع إلى خطأ رب العمل نفسه^(١)، إذ تخضع هذه الحالة إلى احكام المادة (٨٨٥) من القانون المدني، والخاصة بتحلل رب العمل من عقد المقاولة بارادته المنفردة.

وقد ترجع إستحالة التنفيذ إلى سبب أجنبي لا يد للمقاول فيه، ويقتضي الامر هنا معرفة تبعة هلاك المواد المجهزة من قبل المقاول وتبعة هلاك العمل، فاذا هلكت المواد المجهزة من قبل المقاول، فلا تقع تبعة الهلاك على عاتق مالك الارض. ذلك أن عقود انشاء المباني والمنشآت هو عقد مقاولة دائماً، لذا فهو يخضع بالضرورة إلى حكم المادة (٨٨٧) من القانون المدني، والتي تفصح عن تحمل المقاول لتبعة هلاك المواد المستعملة إذا هلك العمل المنجز بحادث فجائي، وأن مما يؤكد هذا الرأي رفض محكمة تمييز العراق جعل المقاول بائعاً للمواد التي يستعملها في البناء^(٢).

ويصدق القول ايضاً على تحمل تبعة هلاك العمل، إذ تتفق القوانين المدنية في فرنسا والعراق على أن المقاول هو الذي يتحمل تبعة هلاك العمل^(٣).

وإذا ما تحققت استحالة قانونية متمثلة باستملاك الارض المعدة للمشروع للمنفعة العامة، مما أدى إلى استحالة اقامة البناء المتفق عليه، أو استحالة طبيعته، كأصابة المقاول (النحات) بعاهة مستديمة يستحيل معها انجاز النحت موضوع المقاولة. حيث اشارة إليه المادة (٨٨٦) فقرة (٢) بقولها: (وإذا كان التنفيذ قد استحال بسبب قهري، فلا يعرض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين في المادة ٨٨٩..).

وتنتهي المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، وهذا ما جاء في المادة (٨٨٨) ف ١ مع مراعاة المادة (٨٨٩).

وقد يرجع سبب الاستحالة إلى خطأ المقاول، فانه يحق لرب العمل أن يرجع على ذلك المقاول ليطالبه بالتعويض، أو أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان للتعويض مسوغ^(٤).

وعلى أية حال، فان جانباً من الفقه يرى (ان من اثر القوة القاهرة لا الاعفاء من تنفيذ الالتزام، بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث، هذا ويجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من اثر القوة القاهرة).

(١) ونجدد الاشارة هنا إلى قرار محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٨/استئنافية/١٩٧١ والصادر في ١٩٧١/٦/٥ والقرار رقم ١٨ / استئنافية/ ١٩٧١ بتاريخ ١٥/١/١٩٧٠، والمشار لهما في ص ٩٤ و ٩٥.

(٢) عبد الجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة، ص ١٥٧ وما بعدها، وانظر كذلك قرار محكمة تمييز العراق رقم ٧/م/١٩٧٢ في ٢٣/٧/١٩٧٢ اورده الدكتور كمال قاسم ثروت، شرح احكام عقد المقاولة، ج ٢، ص ٣٤٠.

(٣) انظر المادة ١٧٨٨ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٦٤٤ من القانون المدني الالماني والمادة ٣٧٦ من القانون المدني البولوني الحديث لعام ١٩٦٤ والمادة ٦٦٤ من القانون المدني المصري، واخيراً المادة ٨٨٧ من القانون المدني العراقي والتي جاءت مشددة على مسؤولية المقاول لتضع تبعة استحالة تنفيذ التزامات العقد كلياً على عاتقه.

(٤) عبد الجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد ١٩٧٩، ص ١٥٧ وما بعدها.

وانطلاقاً من ذلك ، يتحمل كل طرف في المفاوضة ما لا بد من إبراء القوة القاهرة ، حيث يتحمل المقاول اجور عماله ونفقاتهم ويتحمل رب العمل ما تخرب نتيجة للقوة القاهرة (١).

وعليه ، نرى أن مسألة تحمل التبعة في عقد المفاوضة انما تنصرف إلى الاثر الخاص بوقف تنفيذ العقد ، كونها تدور في مجال الاستحالة المؤقتة ، إذ أن نظرية القوة القاهرة هي نظرية جامدة ، ولا تحل كثيراً من الاشكالات التي تنجم عن حوادث الحرب وما شابهها ، لذلك فقد اعطى القانون المدني العراقي في المادة (٢١١) الحرية للطرفين بتعديل آثار القوة القاهرة عند توقيع العقد ، وهذا ما سارت عليه شروط المفاوضة لاعمال الهندسة المدنية الصادرة عن هيئة التخطيط حيث نصت على اعتبار الحرب من قبيل المخاطر الخاصة التي تقتضي التعويض وفق ما يتفق عليه طرفي العقد (٢).

أما في الفقه الاسلامي فقد كيف فقهاء المسلمين عقد المفاوضة- عقد الاستصناع- على انه عقد بيع وفق رأي الاكثرية متى ما قدم الصانع مادة المعقود عليه والعقد هنا عقد

(١) انظر استاذنا الدكتور مجيد حميد العنكي ، المفهوم العام للقوة القاهرة ، المرجع السابق ، ص ٣٩.
(٢) انظر استاذنا الدكتور مجيد حميد العنكي ، المرجع السابق ، ص ٣٩. ومن المفيد إيراد نص المادة (٦٨، ٦٧) من شروط المفاوضة لاعمال الهندسة المدنية، اذا تنص المادة (٦٧)، وفي إنهاء المفاوضة:

= (١)- اذا نشبت حرب اثناء مدة اكمال الاعمال سواء اعلنت الحرب ام لم تعلن ضمن حدود جمهورية العراق أو كان العراق طرفاً فيها بحيث تؤثر بصورة هامة من الناحية المالية أو من النواحي الاخرى في تنفيذ الاعمال ، فعلى المقاول ما لم تنتهي المفاوضة بموجب هذه المادة أن يبذل أقصى جهد لاكمال تنفيذ الاعمال ولصاحب العمل الحق في أي وقت بعد نشوب الحرب أن ينهي المفاوضة ، وذلك لاعطاء اشعار تحريري إلى المقاول ، فتعد المفاوضة قد انتهت بدءاً من تاريخ تبليغ المقاول بالاشعار دون المساس بحقوق أي من الطرفين بشأن أي خرق سابق لانتهاء المفاوضة ولا يكون لانتهاء المفاوضة في هذه الحالة أي اثر في حقوق الطرفين بموجب المادة (٦٩) من هذه الشروط.

٢- في حالة استحالة تنفيذ المفاوضة لاي سبب أو اسباب يتفق صاحب العمل والمقاول على انها خارجة عن ارادة الطرفين وادت إلى استحالة التنفيذ فتعد المفاوضة في هذه الحالة منهيّة).

وتنص المادة (٦٨) من هذه الشروط عند معالجتها لدفع المبالغ في حالة انتهاء المفاوضة على ما يلي : (اذا انتهت المفاوضة بموجب المادة (٦٧) من هذه الشروط فعلى صاحب العمل أن يدفع للمقاول عن جميع العمل المنجز قبل تاريخ الانتهاء لستناداً إلى الاجور والاسعار المنصوص عليها في المفاوضة بالإضافة إلى ما يلي :

١- المبلغ واجب الدفع عن الكلف الغير المباشرة والمسرعة بصورة منفصلة عن فقرات الاعمال الدائمة في جدول الكميات المسعر وبالقدر الذي تم تنفيذه أو انجازه من العمل أو الخدمة التي تشملها تلك الكلف وحسب تأييد المهندس .

٢- كلفة المواد أو السلع التي تم الايصاء عليها بصورة مناسبة للاعمال من اجل استعمالها في ما يتعلق بالاعمال والتي كانت ستسلم إلى المقاول أو تلك التي يكون المقاول مسؤولاً بصورة قانونية عن قبول تسليمها ، تصبح هذه المواد أو السلع ملكاً لصاحب العمل بعد قيامه بدفع كلفتها .

٣- مبلغ يقرره المهندس لتغطية أي مصاريف تكبدها المقاول بصورة معتدلة وذلك عن توقعاته لانجاز جميع الاعمال شريطة أن مثل هذه المصاريف لم تشملها الدفعات المذكورة في الفقرتين (١، ٢) من هذه المادة.

٤- الكلف المعقولة لسحب المعدات بموجب الفقرة (٣) من المادة (٦٧) من هذه الشروط وكذلك الكلف المعقولة لاعادة تلك المعدات إلى البلد المسجل فيه المقاول أو إلى اية جهة أخرى (أي الاثنين اقل كلفة) إذا طلب المقاول ذلك وبشرط أن تتم الاعادة بعد سحب المعدات مباشرة .

٥- الكلفة المعقولة لاعادة جميع منتسبي المقاول وعماله المستخدمين من اجل أو في ما يتعلق بالاعمال في وقت الانتهاء إلى اوطانهم.

ويشترط دائماً مقابل اية دفعات تستحق على صاحب العمل بموجب هذه المادة أن يكون لصاحب العمل الحق في أن يسترجع منها اية ارصدة موقوفة مستحقة بذمة المقاول ، وذلك عن السلف المتعلقة بالمعدات والمواد وكذلك أي مبالغ مدفوعة سابقاً من قبل صاحب العمل إلى المقاول في ما يتعلق بتنفيذ الاعمال ولا يتم الدفع عن الاعمال أو المواد المرفوضة بموجب شروط المفاوضة) .

غير لازم بالنسبة للمستصنع طه أن يفسح العقد في أي وقت شاء قبل الروي ولا تسكك عند الرؤية لأنه مشترك لما لم يره فيكون له خيار الرؤية^(١).

أما إذا كان الصانع قد صنع الشيء بمادة من رب العمل عد العقد عقد اجارة ولا يعتبر استصناعاً^(٢). لان المنفعة المقصودة تقوم بالعمل وحده فان كان عملاً مباحاً معلوماً يلحق بالعامل فيه كلفة وتطوع به الغير عن الغير جاز الاستئجار فيه، كجواز استئجار المرضعة التي يكون لبنها تابعاً لعدم امكان افراده، كل ذلك بشرط أن يكون كل من العمل والمنفعة، كالخياط يعرف عمله بتعيين الشيء المعقود عليه والمعلم يعرف عمله بتعيين السورة ومقدارها^(٣).

وإذا تعهد شخص ببناء بيت بمواد من رب العمل فان العقد يعد عقد اجارة عمل ايضاً ويسمى المقاول بالاجير المشترك لا بالنسبة لهذه الحالة فحسب وانما في اية حالة يقوم فيها المقاول بصنع الشيء بمادة رب العمل.

وفي هذا العقد إذا تهدم البناء كلياً أو جزئياً فلا يخلو ذلك من أن يكون الهلاك بفعل المقاول أو بغير فعله، فان كان بفعله فاما أن يكون بتعد أو بدون تعد. وان كان بغير فعله فاما يمكن الاحتراز عنه أو لا يمكن، فان كان التهدم أو التعيب بفعله سواء كان بتعد أو بدون تعد فعليه الضمان باتفاق جمهور الفقهاء. وإن كان بغير فعله وكان لا يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان عليه اتفاقاً. وان كان يمكن الاحتراز عنه فقد اختلف في الحكم، فذهب الاحناف بان عليه الضمان مطلقاً، وأفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة وقال بعض الفقهاء بالصلح أن كان المقاول مستوراً أي حسن السمعة^(٤).

ويتضح مما تقدم أن عقد المقاول الذي يقوم المقاول بموجبه بالعمل بمواد من رب العمل يختلط بعقد الاليجار لدى فقهاء المسلمين ذلك لانهم بحثوا موضوع اجارة الاشخاص تحت باب الاجارة^(٥).

ثانياً: تحمل التبعة في العقود التجارية

اما عن تحمل التبعة في العقود التجارية، فان المنقولات التي يرد عليها عقد البيع التجاري غالباً ما تكون منقولات واجبة التصدير. والمبيع الواجب التصدير يكون أكثر عرضة للهلاك اثناء عملية النقل أو الشحن أو التفريغ، لما يلزم هذه العمليات من اخطار خاصة، والهالك الكلي في البيوع التجارية، قد يكون مادي، كما لو احترقت البضاعة، وقد يكون حكماً^(٦).

(١) د. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه ، مطبعة عشتار بغداد ١٩٨٥ ، ص ١١ ، نقلاً عن د. الصديق محمد الامين الضريير ، الغرر واثره في العقود في الفقه الاسلامي- ط ١- ١٩٦٧- ص ٤٥٧.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ج ٥، ص ٤ ، وحاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٤.

(٣) أبو حامد الغزالي، في احياء علوم الدين، الجزء الثاني، ط ١، لجنة نشر الثقافة، ص ٦١.

(٤) د. محمد جابر الدوري ، المرجع السابق، ص ١١ ، نقلاً عن احمد ابو الفتح- كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين العربية- ج ٢- ص ٣٨٨.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني، ج ٥، ص ١ نهاية المحتاج، ج ٤ ، ص ١٩٢-١٩٣ ، حاشية ابن عابدين، ج ٤ ، ص ٥٤ ، الغزالي ، المرجع السابق، ص ٦١.

(٦) تنص المادة ٣٦ فقرة ٢ من القانون النقل العراقي على ما يلي (يعتبر الشيء في حكم الهالك إذا لم يكن الناقل بتسليمه إلى المرسل اليه أو أخطاره بالحضور لتسلمه خلال خمسة واربعين يوماً من انقضاء موعد التسلم) . -

الالتزام العقدي

وفي عقد النقل، تشير المادة (٢٢٧) ف ١ من قانون العمل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ "تبدأ مسؤولية الناقل عند تسلمه الشيء وتنتهي بتسليمه إلى المرسل إليه وفق احكام القانون". اذ نرى أن تبعة الهلاك تدور مع التسليم لا مع نقل الملكية.

وفي عقد النقل بالسكك الحديدية، وفي المادة (١١٩) من القانون نفسه، يذهب المشرع العراقي إلى نفس الحكم السابق، بوضع تمام المسؤولية على الناقل من لحظة تسلمه الشيء وتنتهي بتسليمه، اذ جاء فيها "يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الشيء منذ تسلمه له حتى يتم تسليمه إلى المرسل إليه في محطة الوصول وذلك ضمن المدة المعتادة".

واذا ما إنتقلنا إلى عقد النقل البحري، فإن انتقال المخاطر فيه^(١)، قد عالجه المشرع العراقي ايضا في قانون النقل، إذ تنص المادة (١٣١) ف ١ على انه "تبدأ مسؤولية الناقل عند دخول الشيء في عهده وتنتهي بتسليمه إلى المرسل إليه في محل الوصول أو وضعه تحت تصرفه وفقا للعقد أو القانون أو عند تسليمه إلى جهة مخولة".

إذ نجد أن اللحظة التي تنتقل فيها المخاطر، تكون عند تسلم البضاعة إلى الناقل البحري، أي عندما يدخل الشيء في عهده، أو وضعه تحت تصرفه، على وفق العقد أو القانون، بمعنى أدق من وقت وضع البضاعة تحت سيطرة الناقل ورقابته.

أما عن البيوع التجارية الدولية، كالبيع بشرط نقل البضاعة والتأمين عليها من قبل البائع (البيع سيف)، فإن انتقال المخاطر منذ اللحظة التي تستقر فيها البضاعة على ظهر السفينة، إذ أن مسؤولية البائع تنتهي بمجرد وضع البضاعة على ظهر السفينة أو على سطحها، فالبايع يتحمل مسؤولية البضاعة حتى لحظة وضعها على ظهر السفينة^(٢)، إذ جاء في الفقرة رابعا من المادة (٣٠٢) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ "يلتزم البائع في البيع سيف أن يقوم على نفقته بتحميل البضاعة على ظهر السفينة في ميناء الشحن وفي التاريخ المحدد أو خلال الفترة المعينة، وإذا لم يكن هناك تاريخ محدد أو فترة معينة فخلال المدة التي يقضي بها التعامل في ميناء الشحن وعليه أن يبلغ المشتري دون تأخير بان البضاعة قد حملت على ظهر السفينة".

أما انتقال المخاطر في البيع بشرط التسليم في ميناء الشحن على ظهر السفينة (البيع فوب) فإن الفقه والقضاء مستقران على أن المخاطر في (البيع فوب) تنتقل من البائع إلى المشتري من لحظة شحن البضاعة على ظهر السفينة من قبل المشتري، وهذه القاعدة مقررة في الفقرة ثانيا من المادة (٣٠٠) من قانون التجارة العراقي النافذ والتي تنص على انه يلتزم المشتري في هذا البيع "أن يتحمل كافة النفقات التي تترتب على البضاعة وكل المخاطر التي تتعرض لها اعتباراً من الوقت الذي تجتاز فيه فعلاً حاجز السفينة في ميناء الشحن المعني، وان يدفع ثمن البضاعة كما هو مبين في العقد"^(٣).

مع ملاحظة الاستثنائين الواردين في المادة (١١٠) والمادة (١٣٣) من القانون نفسه - انظر استاذنا الدكتور باسم محمد صالح، شرح القانون التجاري، العقود التجارية، مطبعة جامعة بغداد، ص ٢١٥-٢١٦.

(١) أن اصطلاح انتقال المخاطر يقابل اصطلاح تحمل التبعة في القواعد العامة، والذي يرتبط فيها بالتسليم، وان سبب تسميته بانتقال المخاطر، يعود إلى ارتباط هلاك البضاعة أو تلفها بالمخاطر البحرية التي تحيط بها أثناء الرحلة البحرية - انظر د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم، التسليم في البيوع البحرية، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد ١٩٩٧، ص ١٦١.

(٢) وهو الاتجاه الأكثر وجاهة من الاتجاهات التي قيلت بحق انتقال المخاطر في البيع سيف. انظر د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(٣) انظر د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٨٤.

الالتزام العقدي

وكما رأينا، فإن تبعة هلاك في البیوع التجارية تخضع في الأصل لأحكام القواعد العامة التي تنص عليها القوانين المدنية في باب الالتزامات والعقود. وبما أن عقد البيع التجاري أحد العقود التجارية فإنه يخضع لحكم هذه القواعد من حيث تكوين العقد وآثاره.

أما القانون الفرنسي، فقد طبق أحكام القواعد العامة المتعلقة بتبعة هلاك المبيع الواردة في القانون المدني الفرنسي على البیوع التجارية، فنص في المادة (١٠٠) منه على أن "البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك".

عليه، فإن تبعة هلاك المبيع في البیوع التجارية في القانون الفرنسي إذا كان المبيع واجب التصدير تقع على المالك، أي على المشتري، لأن ملكية المبيع المنقول المعين بالذات تنتقل للمشتري بمجرد إبرام عقد البيع إذا لم ترد بشأنها قوانين خاصة تشترط اتباع إجراءات معينة لنقل ملكية المبيع. فالقانون الفرنسي ربط تبعة هلاك المبيع بانتقال الملكية، والمشتري هو الطرف الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع في البیوع التجارية سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده.

أما تبعة هلاك المبيع في القانون اللبناني، فإنه على الرغم من تأثره بالقانون الفرنسي وربط تبعة هلاك المبيع بانتقال الملكية، إلا أنه خرج عن حكم القواعد العامة، إذا كان المبيع تجارياً والمبيع واجب التصدير. فقد نصت المادة (٣٩٩) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه "يتحمل البائع مخاطر البيع مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري ما لم يكن هناك نص مخالف". فالمشرع اللبناني جعل تبعة هلاك المبيع تقع على البائع بالرغم من انتقال ملكية المبيع للمشتري بمجرد إبرام عقد البيع وخرج عن حكم القاعدة العامة المطبقة على البیوع المدنية، والتي تقضي بأن المبيع يهلك على ماله، وربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم في البیوع التجارية^(١).

والتسليم في البيع التجاري لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشتري إذا كان المبيع واجب التصدير، على وفق نص المادة (٤٠٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، إذ ورد فيها "إذا كان من الواجب إرسال المبيع من مكان إلى آخر، فالتسليم لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشتري أو إلى ممثله".

وعليه، فإن تبعة هلاك المبيع في البیوع التجارية في القانون اللبناني تقع على البائع قبل التسليم، بوصفه مديناً به، وعلى المشتري بعد التسليم^(٢).

أما قانون التجارة المصري فقد تأثر بالحكم المقرر في القانون الفرنسي والذي يربط تبعة هلاك المبيع بانتقال الملكية، ويبدو هذا واضحاً من مطابقة نص المادة (٩٤) من قانون التجارة المصري للمادة (١٠٠) من القانون الفرنسي، إذ تنص على أن "البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من

(١) قضت محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الثانية (قرار ٧٤ في ١٦ ق ١، س ١٩٥٧ المحامي س ٢٣، ص ٥٣٧) بأنه "إذا كان البائع بمقتضى العقد هو المسؤول عن نقل البضاعة، فإنها قبل تسليمها إلى المشتري تكون في عهده".

(٢) د. توفيق حسن فرج، المصدر السابق، بند ١١٥، ص ٢٢٣.

يملكها ما لم يوجد شرط يخالف ذلك. وهذا النص صريح في ربط تبعة الهلاك بالتسليم الملكية^(١).

إذا فتبعت هلاك المبيع في قانون التجارة المصري تقع على المشتري بوصفه مالكا المبيع المعين بالذات الواجب الإرسال بمجرد إبرام عقد البيع، وبالإفراز إذا كان المبيع معيناً بالنوع، وبذلك خرج المشرع المصري في البيع التجاري عن حكم القاعدة العامة المقررة في القانون المدني المصري والتي تقضي بربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم.

رأينا في الموضوع : أن أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء، أحكام تصلح للتطبيق في كل زمان ومكان، وإن الفقه الإسلامي ما هو إلا صدى لهذه الأحكام، فلا يمكن والحال هذه قبول مسالة التشكيك بعدم مقدرة الحكم الشرعي في حكم واقعة معينة أو وقائع عدة، لاسيما، إذا كان القانون يسود في مجتمع إسلامي وإن أحكامه في جزء كبير منها مصدرها أحكام الفقه الإسلامي.

إن مسالة تبعة هلاك المبيع قبل التسليم، أثارت جدلا فقهيا كبيرا، كان نتيجته اتفاق المذاهب الإسلامية- عدا القليل منها- على أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم، هي على البائع. وقد رافق هذا الاتفاق ضعف الأدلة التي تشير إلى كونها على المشتري، والتي انهارت بالنهاية أمام الأدلة القائلة بتبعة الهلاك على البائع^(٢)، إذ تجد هذه المسألة أساسها في القاعدة الفقهية المشهورة ((كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه)) استنادا إلى قوله (ﷺ): ((كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه))^(٣).

ومعنى هذه القاعدة: أن كل مبيع تلف قبل أن يقبضه المشتري من بايعه فهو من مال البائع ولا يتحمل المشتري شيئا من خسارته، وأدلة هذه القاعدة هي الحديث النبوي الشريف والإجماع وبناء العقلاء^(٤)، هذا من ناحية، من ناحية أخرى فإن تحليل المسالة من الناحية القانونية، إذ يبدو الأمر للحظة الأولى مخالف لحق الملكية، وذلك لأن المالك هو المشتري، في حين أن المادة (٥٤٧) تقرر أن تبعة الهلاك تقع على البائع قبل القبض. والحقيقة أنه يجب تقسيم العملية على مرحلتين:

المرحلة الأولى: عقد البيع بحد ذاته يتم بمجرد توافق الإراديتين بين طرفي الالتزام فيكون:

١- البائع ملزم بتسليم المبيع.

٢- ويلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه.

المرحلة الثانية: حراسة المبيع وتكون بعهددة البائع إلى حين تسليم المبيع إلى المشتري، ومن المعلوم أن فكرة الحراسة قانونا، تجعل الحارس مسؤولا عن

(١) د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، الجزء الثاني، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية، سنة ١٩٧١، ص ٣١٦ بند ٣٨٦.

(٢) علي السيد عبد الحكيم الصافي الموسوي، الضمان في الفقه الاسلامي، اسبابه ومجالاته في العقود، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ١٩٧٥، ص ١٨٢- ١٨٣ وما بعدها.

(٣) مستدرک الوسائل ٢/٤٧٣.

(٤) علي السيد عبد الحكيم الصافي، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها.

ويكون على القاضي أن يحكم برجوع كل من الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ودون الحكم بالتعويض عند تحقق استحالة تنفيذ الالتزام العقدي، ويلحظ هنا أن الحكم هو متفق تماما مع تعاليم الشريعة الإسلامية التي تحرم الربا^(١).

وانطلاقا مما سبق ذكره، فأنا ننتقد موقف المشرع العراقي في المادة (٦٤٩) من مشروع القانون المدني العراقي، التي تنص على انه "يتحمل المتعاقدين تبعه هلاك المبيع لسبب أجنبي كقوة قاهرة قبل التسليم مناصفة واعتبر هذا الحكم من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته". أي أن المشرع العراقي، قد جعل تبعه الهلاك قبل التسليم لسبب أجنبي كقوة قاهرة مناصفة بين البائع والمشتري، ولم يجعلها على عاتق البائع وحده.

(١) د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي، مطبعة حداد، البصرة، بدون سنة طبع، ص ٢٢٧ وما بعدها.

المطلب الثالث

نحمل التبعة في الملك

تمهيد:

أن من أهم الثمرات العملية التي ترتب على مبدأ شرعية أو جعلية الآثار في الفقه الإسلامي في مجال تنظيم أحكام العقود، هو انتقال الملكية بمجرد العقد في الفقه الإسلامي^(١). ولهذا لم يكن نقل الملكية فيه عن طريق العقد يحتاج إلى أي إجراء من الإجراءات الشكلية التي كان يتطلبها القانون الروماني. والذي تسوده قاعدة الهلاك على المالك. وبالرغم من السبق التاريخي والعملية الذي سجله الفقه الإسلامي على الفقه الغربي في تقدير انتقال الملكية بمجرد العقد، إلا أنه لم يكن بحاجة إلى معالجة وحل أحكام تبعة الهلاك عن طريق التمييز بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، كما فعل الفقه القانوني. بل أن الفقه الإسلامي قد استوعب- منذ البداية- ما يمكن أن ينشأ عن ذلك التمييز من مشكلات قد يثيرها اللجوء إلى طبيعة العقد لاستنباط أحكام تبعة الهلاك منه. لهذا فقد لجأ الفقه الإسلامي إلى تقرير قاعدة عامة بسيطة في هذا الخصوص، إذ مثل هذه القاعدة في إقامة أحكام تبعة الهلاك منه على أساس طبيعة الحيازة أو القبض^(٢)، التي يهلك الشيء أثناءها لدى الحائز، وعد الفقه الإسلامي هذه الحيازة أو القبض نقطة الانطلاق في تقرير كل الأحكام المتعلقة بتبعة الهلاك، إذ نجد أن أساس هذه القاعدة هو السنة النبوية، إذ قال الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم): ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه))^(٣)-ومنها جاءت قاعدة ((على اليد))-وهي أهم القواعد الفقهية التي تحكم مسألة الهلاك في الفقه الإسلامي-وهذه القاعدة تنطبق على العقود التي لا ينتقل فيها الضمان بالقبض، بل تكون فيها الأعيان محكومة بهذا الحديث الشريف^(٤)، فتكون هذه الأعيان، أما أمانة في يد القابض كيد الوكيل والمودع والشريك، وأما تكون هذه الأعيان مضمونة في يد القابض كيد الغاصب ويد المشتري على المبيع.

ولقد ميز فقهاء المسلمين بين نوعين من القبض، قبض أمان وقبض ضمان ورتبوا أحكاما مختلفة على هذين النوعين، لهذا فإن الأمر والحال هذه يستوجب أن نبحث في علاقة يد الأمانة ويد الضمان بالعقد، ثم نخرج على بحث تبعة الهلاك في يد الأمانة، وأخيرا نبحث في تبعة الهلاك في يد الضمان.

أولا: يد الأمانة ويد الضمان وعلاقتهما بالعقد:

اختلف فقهاء المسلمين في تعريفهم ليد الأمانة لاختلافهم في بعض أحكامها، فذهب الحنابلة والشافعية إلى أنها "ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يكن الوضع لمصلحة صاحب

(١) تنص المادة (٣٦٩) من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتي: "حكم البيع الملكية يعني ضرورة أن يكون المشتري مالكا للبيع والبائع مالكا للثمن".

(٢) قال الكاساني في البدائع، ج ٥، ص ١٤٨ (معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفا وعادة وحقيقة). وجاء في الخلاف للطوسي، ج ٢، مطبعة الحكمة، ١٣٧٠ هـ، ص ٨، (القبض هو التمكين من التصرف).

(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي والحاكم في المستدرک وابن ماجه في سننه ج ٢، ص ٨٠٢ تحت رقم ٢٤٠٠.

(٤) علي السيد عبد الحكيم الصافي الموسوي، المرجع السابق، ص ٦٥ وما بعدها.

اليده (١) وفكرها بعض المالكية بأنها "ليد المدين لزم على مال الزميرين بصل من مالها أو الشارع على وجه الائتمان" (٢) وذكرها بعض الحنفية بأنها "تلك التي لا تستوجب ضمان القابض لما تحت يده" (٣).

ولقد اختلفوا أيضا في تعريفهم ليد الضمان تبعا لاختلافهم في تعريف يد الأمانة، فقد ذكر بعض الحنفية يد الضمان بأنها "ما استوجبت ضمان صاحب اليد لما تحت يده" (٤).

وعرفها الحنابلة والشافعية بأنها "ما وضعت على الشيء بدون إذن صاحبه أو ولاية شرعية ولم تكن لمنفعته" (٥).

وعرفها المالكية بأنها "اليد التي توضع على المال عينا أو منفعة بغير ولاية مع القصد إليه". بهذا المفهوم يميز المالكية بين اليد الضامنة للذات فقط، واليد الضامنة للمنفعة دون الذات، كما لو قصد المستولي على ملك الغير بنية الانتفاع به دون قصد تملكه، وان وضع يده على المال كان لمجرد التمكن من الانتفاع (٦).

وقد أخذ المشرع العراقي بحكم يد الأمانة في عقود الإيداع والإعارة والشركة والوكالة والوصاية والهيبة في حالة الرجوع، وهي عقود أمانة.

فقد نصت المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي على أن الوديعة أمانة في يد الوديع، وجاء في المادة (٨٥٧) أن المستعار أمانة في يد المستعير، وذكرت المادة (١٠٦٢) في الفقرة الثالثة أن حصة كل شريك أمانة في يد الآخر، ونصت المادة (٩٣٥) على أن أموال الموكل أمانة في يد الوكيل، وجاء في المادة (٦٢٥) أن الموهوب أمانة في يد الموهوب له إذا رجع الواهب عن هبته. وأكد القانون المدني العراقي في المادة (٩٠٩) فقرة (د) أن أموال رب العمل أمانة في يد العامل.

وقد أخذ المشرع العراقي بحكم يد الضمان في عقد البيع في المادة (٥٤٧) من القانون المدني، فقد نصت على أنه "١- إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري إلا إذا حدث الهلاك بعد أذار المشتري لتسلم المبيع". وتوسع المشرع العراقي في يد الضمان إذ جعلها الأصل في جميع عقود المعاوضات، فقد نصت المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد، سواء كان هلاكه بفعله، أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه. ٢- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري". وبذلك تكون يد كل معاوض على ملك الغير يد ضمان. وقد أكد المشرع ذلك أيضا في العقود الناقلة للملكية،

(١) البهوتي، كشف القناع، ج ٢، ص ٣٣٦، الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٤١ و ٣٠٥، ابن رجب، القواعد، ط ١، ص ٥٦.

(٢) شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، الفروق، مطبعة دار احياء الكتب العربية، ط ١، ج ٢، ص ٢٠٧، ص ٢٧.

(٣) الشيخ ابو الحسن علي بن ابي بكر المرغيناني، الهداية شرح البداية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٨٤هـ-١٩٦٥م، ج ٣، ص ٢٢٠ و ٢٢١.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٤٨.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ج ٢، ص ٣٣٦، الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٤١ و ٣٠٥، ابن رجب، القواعد، ص ٥٦.

(٦) ابن جزئ، القوانين الفقهية، ص ٣١٦، ابن رشد المفيد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٣٥. ولتفصيل أكثر انظر: انظر: الضمان في الفقه الاسلامي اسبابه ومجالاته في العقود، علي السيد عبد الحكيم الصافي، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ١٩٧٥، ص ٦٨ وما بعدها.

فقد ورد في المادة (٤٢٨) ما نصه: "إذا انتقلت ملكية الشيء بسبب عقد البيع قبل التسليم يد ضمان وتنقلب يد أمانة إذا امتنع التسليم لقيام سبب الحبس"^(١).

وإذا ما انتقلنا إلى النوع الثالث من العقود، التي تدعى بالعقود مزدوجة الأثر وهي التي تنشئ الأمانة من وجه والضمان من وجه آخر، ومثالهما عقد الإيجار، فالعين المؤجرة أمانة في يد المستأجر، إلا أن منافعتها مضمونة عليه بمجرد تمكنه من استيفائها بالتسلم الفعلي للمأجور، أو بالتخلية فيضمن قيمتها وإن لم ينتفع بها المستأجر. وبهذا أخذ القانون المدني العراقي في المادة (٧٦٤).

ولقد تناول المشرع العراقي مفهوم (يد الأمانة ويد الضمان) بتفصيل مسهب متأثراً بأحكام الفقه الإسلامي وذلك في المواد (٤٢٨، ٤٢٧، ٤٢٦)^(٢).

ثانياً: تحمل تبعة الملاك في يد الأمانة

ذهب فقهاء المسلمين إلى أن صاحب يد الأمانة أمين، والأمين لا ضمان عليه أن تلف المال تحت يده دون تعد منه أو تقصير، فالأمانة غير مضمونة على الأمين فإذا هلكت أو ضاعت دون صنع الأمين وتقصير تبرأ ذمته ولا يلزمه الضمان^٣، فالوديع لا يضمن هلاك الوديعة إذا لم يكن الهلاك بتعد أو بتقصير منه لقوله (صلى الله عليه وآله وسلم):

"لا ضمان على مؤتمن".

وكذلك الحال بالنسبة للمستأجر الذي لا يضمن هلاك المأجور إلا إذا كان الهلاك بتقصير أو تعد منه.

ومما تقدم يتبين، أن الأمين وإن كان ملزماً بالحفظ والرد إلا أنه غير ضامن لهلاك الأمانة قبل ردها، ما دام قد قام بحفظها على وفق المعيار المطلوب منه، ولم يكن متعدياً فتبرأ ذمته منها، ولكنه متى ما أخل بالتزامه بالحفظ أو تعدى عليها كان ضامناً للهلاك.

ولقد قيل فيما يغير حالة العارية من أمانة إلى ضمان "هو التعدي وترك الحفظ والإتلاف حقيقة أو معنى، كالامتناع عن الرد عن طلب الرد أو بعد إنقضاء المدة، لأن رد العارية واجب في كلتا الحالتين"^(٤).

وقد أخذ المشرع العراقي بالأحكام المتقدمة للفقه الإسلامي، إذ نصت المادة (٤٢٦) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير... وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه).

كذلك نصت المادة (٩٥٠) ف٢ على ما يلي: (٢- والأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا، وإنما يضمنها إذا هلكت بصنعه

(١) وهذا النص يطابق نص المادة (١٩٤) من قانون المواد المدنية التجارية القطري.

(٢) وجاءت المواد (١٩٤، ١٩٣، ١٩٢) من قانون المواد المدنية التجارية القطري مطابقة لنصوص المواد (٤٢٨، ٤٢٧، ٤٢٦) من القانون المدني العراقي والجدير بالذكر أن جميع التقنينات العربية التي كان أساسها القانون المدني المصري أو القانون المدني الفرنسي، والتي لم تعتمد الشريعة الإسلامية مصدراً لها، لم تنظم أحكام هذا المفهوم.

(٣) فخر الدين عثمان الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ط١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣١٥هـ، ج٥، ص ٧٧. وابن قدامة، المغني، ج٦، ص.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص ٢١٨.

أو بتعد أو تقصير منه). فيد الأمانة إذا على وفق هذا النص لا تضمن إلا بالتدني أو التقصير.

والجدير بالذكر، أن يد الضمان قد تنقلب في بعض الحالات إلى يد أمانة، وعندها تأخذ حكم يد الأمانة المتقدمة، ومن هذه الحالات تحول يد المالك القديم (البائع) قبل التسليم من يد ضمان إلى يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم لقيام سبب للحبس، فتنص المادة (٤٢٨) من القانون المدني العراقي "إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم لقيام سبب الحبس".

وحالة هلاك المبيع في يد البائع إذا حدث الهلاك بعد أعذار المشتري لتسلم المبيع، فإن الهلاك يكون على المشتري وليس على البائع، لان يد الأخير قد تحولت إلى يد أمانة^(١).

مما تقدم يتبين، أن هلاك الأمانة أو فقدها دون تعد أو تقصير من الأمين يترتب عليه براءة ذمته منها.

(١) المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي.

ثالثاً: تحمل تبعة الملاك في يد الضمان

إن صاحب يد الضمان يضمن هلاك الشيء الموجود تحت يده سواء كان الهلاك بسببه أم بسبب أجنبي لا يد له فيه، وقد جاء حكم يد الضمان في المادة (٤٢٦) من القانون المدني العراقي، فقد نصت على انه "إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد.."

ويستوي في يد الضمان أن تكون ضامنه من البداية، كما بينتها المادة (٤٢٧) بقولها "إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه فتكون اليد يد ضمان"، أو أن تكون اليد بالأصل يد أمانة، وتنقلب إلى يد ضمان كما جاء في ف ٢ من المادة (٤٢٧) بقولها: "وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير اذنه". وبهذا فان يد الأمانة تتحول إلى يد ضمان بالحبس دون حق والتعدي والتقصير والاهمال، وعندها تطبق احكام يد الضمان^(١).

وعلى الرغم من أن المشرع العراقي قد نظم مفهوم يد الأمانة ويد الضمان في المادة (٤٢٧)، إلا انه طبق الاحكام المتعلقة بيد الضمان على بعض الحالات التي تجتمع فيها شروط يد الأمانة، وذلك لوجود ما يدل على ضمانها في نظر المشرع وهي:

١- **وضع اليد في عقود المعاوضات:** نصت المادة (١٧٩): "إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة وجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه. ٢- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكن من مال البائع ولا شيء على المشتري". وبذلك تكون يد المعاوض يد ضمان على الرغم من أن حيازته للمال كانت باذن المالك، وقد اكدته المادة (٤٢٨). فيد البائع بعد ابرام عقد البيع ونقل الملكية للمشتري هي يد ضمان على المبيع حتى التسليم.

٢- **وضع اليد بسبب ابطال العقد وبطلانه:** نصت المادة (١٣٤) على انه "١- إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو اكراه.... فاذا انقضه كان له أن ينقص تصرفات من انتقلت اليه العين أو أن يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها. ٢- ولا ضمان على العاقد المكره أو المغرور أن قبض البذل مكرهاً أو مغروراً وهلك في يده بلا تعد منه". وجاء في المادة (١٣٨) ما نصه: "فاذا ابطال العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فان كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل".

فالزم المشرع واضع اليد نتيجة العقد الباطل، بالتعويض إذا هلك المال قبل رده، وان كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. وذلك لان واضع اليد يده يد ضمان وحكمه يضمن هلاك المضمون، وان كان ذلك دون تعد منه أو تقصير.

٣- **وضع اليد بسبب فسخ العقد:** فالزم المشرع المتعاقد الذي قبض العين، استناداً إلى العقد المبرم بردها بعد الفسخ، فان استحال عليه ذلك التزم برد مثلها أن كانت من المثليات، أو قيمتها أن كنت من القيميات، وهذا هو حكم يد الضمان (المادة ١٨٠) من القانون المدني العراقي.

(١) انظر علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، ص ٢٠٢ وانظر نص المادة ٩٥٥ من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٩٥٠) ونص المادة (٩٥٦) وكذلك نص المادة (٩٥٨) والمادتين (٧٧٣ و ٩٦٩).

٤- وضع اليد بسبب تحقق الشرط الفاسخ. نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٨٨) من

القانون المدني العراقي "العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذا غير لازم فاذا تحقق الشرط الفاسخ فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فاذا استحال عليه رده وجب الضمان". ويبين مما تقدم، أن اليد على ملك الغير بوصفها اثرا للعقد الناقل للملكية أو العقد الباطل أو المفسوخ أو لتحقق الشرط الفاسخ هي يد ضمان.

وإذا كانت يد الضمان في الصور المتقدمة قد وضعت على ملك الغير بطريق مشروع كالعقد فانها تكون ضامنة ايضا، من باب أولى، إذا ما وضعت على ملك الغير بطريق غير مشروع كما هو الحال في يد الغاصب، وحكم الغصب هو وجوب الضمان إذا هلك المال المغضوب بيد الغاصب سواء كان الهلاك بسببه ام بسبب أجنبي عنه بلا خلاف في ذلك.

وعلى قدر تعلق الامر بالقانون المدني فان الجزاء المدني المترتب على صاحب يد الضمان، قد اوضحه القانون في الاحكام المتعلقة بالعمل غير المشروع وفي باب الغصب، إذ تعد كل من السرقة وخيانة الأمانة والاحتيايل بحكم الحال المساوي للغصب، فقد نصت المادة (٢٠١) من القانون المدني العراقي على انه "الحال المساوي للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغصب، فالوديعة إذا انكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الانكار إذا هلك الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامنا". كما نصت المادة (١١٦٨) من القانون المدني العراقي على انه "إذا كان الحائز سيء النية يكون مسؤولا عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد مستحقه"^(١) فيتضح بذلك أن المشرع عد يد الحائز سيء النية على الاشياء التي يحوزها يد ضمان، فوجب عليه الضمان في حالة الهلاك حتى لو تلفت هذه الاشياء بسبب اجنبي، ولكن مع هذا، نرى أن المشرع قد اعطى فرصة للحائز سيء النية للافلات من الضمان، وذلك إذا ثبت أن الشيء كان مصيره الهلاك أو التلف حتى لو بقي في يدي مستحقه، فاذا استطاع اثبات ذلك برأت ذمته وتخلص من الضمان.

ويمكن إرجاع هذا الاختلاف بين حكم الغصب الحائز سيء النية إلى أن وضع اليد في الحالة الاولى كان بطريق غير مشروع، أما الحالة الثانية فان اليد قد وضعت باذن وبطريق مشروع. الا أن صاحب اليد يعلم بانه لا حق له في حيازة المال.

ومن كل ما تقدم، يتبين أن هلاك المال تحت يد الضمان وان كان بالسبب الاجنبي لا يترتب عليه براءة ذمة الضامن، لان ذمته لا تبرأ الا برد الشيء نفسه على صاحبه، فان استحال عليه ذلك التزم برد مثله في المثليات أو قيمته في القيميات.

وعلى اية حال، فان التزام صاحب يد الضمان في الرد هو التزام بنتيجة، بمعنى أن ذمته لا تبرأ الا بالرد، سواء برد الشيء نفسه أو برد مثله أو قيمته عند هلاكه، لذلك فان ضمان اليد لا ينقضي بهلاك الشيء تحت يد الضمان^(٢).

(١) تنص المادة (١١٩٦) من القانون المدني الاردني على انه "إذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء أو كلفه ولو وقع ذلك بسبب لا يد له فيه".

(٢) د. ليلي عبد الله الحاج سعيد النظرية العامة لضمان اليد، مطبعة الجمهور، الموصل، ط١، ٢٠٠١، ص ٢١١.

المصادر

المراجع باللغة العربية**أولاً: القرآن الكريم.****ثانياً: مراجع اللغة العربية:**

١. القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، المطبعة الحسينية المصرية ١٣٣٠هـ.
٢. مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، دار الرسالة، الكويت.
٣. لسان العرب، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ١٣٧٤هـ-١٩٥٥م.
٤. المصباح المنير، أحمد بن علي المقري الفيومي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ١٩٢٠م.

ثالثاً: أهم مراجع الحديث وعلومه:

١. سنن ابن ماجه، ابن ماجه الحافظ أبو عبد الله محمد ابن يزيد القزويني، دار إحياء الكتب العربية، ١٣٨٦هـ.
٢. مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، النوري الحاج ميرزا محمد حسين الطبري، مطبعة دار الخلافة، ١٣٢١هـ.
٣. صحيح مسلم، القشيري مسلم بن الحجاج بن مسلم، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر.
٤. صحيح الترمذي، أبو عيسى، المطبعة المصرية بالأزهر، ط١، ١٣٥٠هـ.

رابعاً: مراجع الفقه الإسلامي:

١. ابن جزي، محمد بن أحمد بن جزي الكلبى الغرناطى، القوانين الفقهية او قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، طبعة بيروت، لبنان.
٢. ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، طبعة بيروت، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، دون سنة طبع.
٣. ابن عابدين، المحقق محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشيته "رد المحتار على الدر المختار"، ط٢، شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٦٦.
٤. ابن قدامة، موفق الدين ابن قدامة على مختصر أبي القاسم عمر ابن الحسين الخرقى، المغني، مطبوعات عبد العزيز، ط١، مطبعة المنار، مصر، ١٣٤٧هـ.

٥. ابن قدامة، الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، مطبعة المنار، القاهرة، ١٣٤٧هـ.
٦. ابن رجب، الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.
٧. ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، مطبعة دار الجيل للطباعة، القاهرة، ١٩٦٢.
٨. ابن نجيم، زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية، طبعة ١٣١٦هـ.
٩. البجنوردي، السيد ميرزا حسن الموسوي، القواعد الفقهية، مطبعة الاداب في النجف الاشرف، ١٣٩١هـ-١٩٧١م.
١٠. البغدادي، ابن محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات، ط١، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٣٠٨هـ.
١١. البهوتي، منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مطبعة أنصار السنة المحمدية، ١٩٤٧-١٩٤٨.
١٢. الحلبي، المحقق الحلبي، الشيخ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ١٩٦٩م، ١٣٨٩هـ.
١٣. الحلبي، الحسن بن يوسف، تحرير الأحكام، ج١،
١٤. الخرشي، أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل مع حاشية العدوي، ط٢، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ١٣١٧هـ.
١٥. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ١٣٠٩هـ.
١٦. الدمشقي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، طبعة المكتب الإسلامي للطباعة والنشر بدمشق، ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.
١٧. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد شهاب الدين الرملي الأنصاري، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٥٧ هـ، ١٩٣٨ م.
١٨. الزيلعي، العلامة فخر الدين عثمان علي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ط٢ دار المعرفة، بيروت، ١٣١٥هـ.
١٩. السرخسي، الإمام أبي بكر شمس الدين محمد سهل السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٣١هـ.
٢٠. السيد سابق، فقه السنة، المعاملات، دار الكتاب العربي، بيروت ١٩٨٥ .
٢١. الشافعي، الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، ألام مع مختصر المزني، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.
٢٢. الشيرازي، إبراهيم بن علي، المذهب، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، دون سنة طبع.
٢٣. الطوسي، الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن، الخلاف، مطبعة الحكمة، ١٣٧٠هـ.

٢٤. العاملي، محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، مطبعة الشورى، القاهرة، ١٣٢٦هـ.
٢٥. العسقلاني، ابن حجر، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تقديم وتصحيح، إبراهيم عسر، دار العلوم الحديثة، بيروت، مكتبة الشرق الجديد، بغداد، ١٩٨٣.
٢٦. الغزالي، أبو حامد الغزالي، في إحياء علوم الدين، ج ١، ط ١، لجنة نشر الثقافة.
٢٧. القرافي، أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، الطبعة الأولى، ١٢٤٦هـ.
٢٨. القرطبي، الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد محمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الجمالية، القاهرة، دون سنة طبع.
٢٩. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، القاهرة، ١٩١٠م. وكذلك، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٦.
٣٠. مالك بن انس، الإمام مالك بن انس ألا صبحي، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوحي، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، ١٣٢٣هـ.
٣١. محسن الحكيم، مستمسك العروة الوثقى، مطبعة النجف، ١٣٨٢هـ.
٣٢. المرتضى، الإمام أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لعلماء الأمصار، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٦٦هـ.
٣٣. المرغيناني، الشيخ أبو الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدئ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ١٣٨٤هـ-١٩٦٥م.
٣٤. النووي، الإمام محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٣٨- وطبعة أخرى، دار الفكر، دون سنة طبع.

خامساً: أهم المؤلفات الحديثة في الفقه الإسلامي

١. د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج ١-٢، مطبعة دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط ١٩٨٣، ٣م.
٢. د. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط ١، مطبعة الإرشاد، القاهرة. وكذلك مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٨.
٣. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، لبنان.
٤. د. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، منشورات مكتبة النهضة، بيروت.
٥. علي السيد عبد الحكيم الصافي الموسوي، الضمان في الفقه الإسلامي، أسبابه ومجالاته في العقود، دراسة مقارنة، مطبعة الآداب-النجف الاشرف، ١٩٧٤-١٩٧٥.
٦. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، ط ١، ١٩٧٠.
٧. الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، المطبعة الحيدرية، ١٣٥٩هـ.

١٨٨٠ د. محمد زكي عبد البر، نظرية تحمل النجاسة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، ١٩٥٠ م.

سادسا: الكتب القانونية

١٠١. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٠٢. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الإغفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥.
١٠٣. د. إبراهيم الفياض: مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق مع الإشارة للقانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣.
١٠٤. د. أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط١، ١٩٨٨، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٠٥. د. أكرم يا ملكي: العقود التجارية وفقا لأحكام قانون التجارة العراقي ١٩٧٠، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢.
١٠٦. د. باسم محمد صالح، شرح القانون التجاري، العقود التجارية، مطبعة جامعة بغداد.
١٠٧. د. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزامات، ج٢، أحكام الالتزام، الإسكندرية، ١٩٨٥.
١٠٨. د. ثروت أنيس الاسيوطي: مسؤولية الناقل الجوي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
١٠٩. د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٨١.
١١٠. د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة.
١١١. د. حسن الخطيب: نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، مطبعة حداد، البصرة.
١١٢. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد.
١١٣. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢.
١١٤. د. حسين عامر: القوة الملزمة للعقد، القاهرة، ١٩٤٨.
١١٥. د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط٢، دار المعارف، ١٩٧٩.
١١٦. د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، في البيع والإيجار، ط٣، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤.
١١٧. د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية. الضرر والخطأ والعلاقة السببية، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١.

- ١٨٠ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٣، في العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، ط. ١٩٩٠، ٥.
- ١٩٠ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٢، الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار، المسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، ط. ١٩٨٨، ٥.
- ٢٠٠ د. شفيق شحاته: النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، مطبعة الاتحاد.
- ٢١٠ د. صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد، ١٩٦٨.
- ٢٢٠ د. طلبة وهبة خطاب: أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط ١، القاهرة.
- ٢٣٠ د. عباس زبون العبودي، شريعة حمورابي، دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة، مطبعة التعليم العالي في الموصل، ١٩٩٠.
- ٢٤٠ د. عباس زبون العبودي، أحكام قانون الإثبات المدني العراقي، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩١.
- ٢٥٠ د. عبد الحميد عمر وشاحي: نظرية الالتزامات في القانون المدني، مصر، ١٩٤٩.
- ٢٦٠ د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، ١٩٨٤.
- ٢٧٠ د. عبد الفتاح عبد الباقي: مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٣.
- ٢٨٠ د. عبد الحكم فودة: إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٣.
- ٢٩٠ د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط ٢، دار النهضة العربية، ١٩٦٤.
- ٣٠٠ د. عبد الرزاق احمد السنهوري: النظرية العامة للالتزامات، ج ١، نظرية العقد، ط ١، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٣٤.
- ٣١٠ د. عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٣٢٠ د. عبد المنعم البدر اوي: النظرية العامة للالتزامات، القانون المدني المصري، ج ١، مصادر الالتزام، ج ٢، أحكام الالتزام، ١٩٨٩.
- ٣٣٠ د. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (أثار العقد وإنحلاله) مطبعة نهضة مصر، ١٩٦٠.
- ٣٤٠ د. عبد المجيد الحكيم: الوسيط في نظرية العقد، ج ١، بغداد، ١٩٦٧.
- ٣٥٠ د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، ط ٤، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤.

٢٣٦. د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ٢، أحكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٥.
٢٣٧. د. عز الدين الديناصورى وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة .
٢٣٨. د. عصمت عبد المجيد بكر، الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، بغداد، ١٩٩٣.
٢٣٩. د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٧٧.
٢٤٠. د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية (١٣)، بغداد، ١٩٨٦.
٢٤١. د. غني حسون طه: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩.
٢٤٢. د. فريد فتان: مصادر الالتزام، شرح مقارن على النصوص، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧.
٢٤٣. د. فوزي رشيد: الشرائع العراقية القديمة، منشورات وزارة الثقافة والإعلام، دار الرشيد للنشر، ١٩٧٩.
٢٤٤. د. كمال قاسم ثروت: الوجيز في شرح أحكام عقد المقولة، ط ١، ١٩٧٦.
٢٤٥. د. كمال قاسم ثروت: شرح أحكام عقد الإيجار، ط ١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧٥.
٢٤٦. د. كمال قاسم ثروت: شرح أحكام عقد البيع، ط ٢، مطبعة الرصافي، بغداد، ١٩٧٦.
٢٤٧. د. ليلي عبد الله السعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مطبعة الجمهور، الموصل، ط ١، ٢٠٠١.
٢٤٨. د. ليلي عبد الله السعيد، المسؤولية المدنية في شريعة حمورابي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠١.
٢٤٩. د. مجيد حميد العنكي: قانون النقل العراقي، المباديء والأحكام، منشورات مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، ١٩٨٤.
٢٥٠. د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه، مطبعة عشتار، بغداد، ١٩٨٥.
٢٥١. د. محمد صالح الراوي والسيد محمد سعيد الراوي، ترجيح البيانات، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٣٤٤ هـ.
٢٥٢. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، ج ٢، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥.
٢٥٣. د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٣.
٢٥٤. د. محمد لبيب شنب: المسؤولية عن الأشياء، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مقارنة بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٧.

٥٥. د. محمد محمود المصري، الفسخ والفسخ والفاسخ، البطالان والاعتدال في ضوء الفقه، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٨.
٥٦. د. محمد مختار القاضي: أصول الالتزامات في القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥١.
٥٧. د. محمد شتا أبو سعد: الا عذار في القانون المدني المصري، وما جرى عليه العمل في القضاء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
٥٨. د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري، ط٢، القاهرة، ١٩٧٨.
٥٩. د. محمود سعد الدين الشريف: شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٦.
٦٠. د. مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط١، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٣٦.
٦١. د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، ج٢، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧١.

سابعاً: الرسائل الجامعية

١. د. إبراهيم إسماعيل إبراهيم، التسليم في البيوع البحرية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧.
٢. د. إبراهيم عبد الرزاق الخولي: استقرار الملك في الفقه والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون.
٣. أريج عبد الستار علوان، انفساخ العقد - دراسة مقارنة رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية صدام للحقوق ٢٠٠٠.
٤. د. أياد عبد الجبار ملوكي: انتهاء علاقة العمل، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٣.
٥. د. أياد عبد الجبار ملوكي: المسؤولية عن الأشياء، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٨.
٦. د. ثروت أنيس الاسيوطي: مسؤولية الناقل الجوي في القانون الجوي في القانون المقارن، ط١، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٦٠.
٧. د. حسن علي الذنون: النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦.
٨. د. خالد عبد الله عيد: نظرية القوة القاهرة بين الفقه والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الخامس للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ١٩٧٥.
٩. د. سليمان مرقس: نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة الاعتماد، ١٩٣٦.
١٠. سهام عبد الرزاق العبيدي، الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧.

١١. د. عبد الجبار ناجي الملا صالح: مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٣.
١٢. د. عبد الجبار ناجي الملا صالح: انقضاء عقد المقاول، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩.
١٣. د. عبد الرحمن مصطفى عثمان: نظرية السبب، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٩٨٢.
١٤. د. علي عبيد عودة الجيلاوي: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٧.
١٥. د. فاضل شاكر النعيمي: نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، دار الجاحظ للطباعة، بغداد، ١٩٦٩.
١٦. كاظم كريم علي الشمري - وقف تنفيذ العقد - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق ٢٠٠٢.
١٧. د. محمود احمد الزرقا: مسؤولية الناقل البري في عقد نقل الأشياء، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٨١.
١٨. د. محمود محمد عوض: هلاك المعقود عليه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر.
١٩. د. محمد زكي عبد البر، نظرية تحمل التبعية في الفقه الإسلامي، ج ١، في الفقه الحنفي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة ١٩٥٠.

ثامنا: البحوث و المقالات

١. د. أكرم يا ملكي، عقد البيع في القانون المدني وقانون التجارة الجديد، مجلة القانون المقارن، العددان ٤-٥، السنة الخامسة، ١٩٧٢.
٢. د. بشري جندي، خصائص مسؤولية المدين العقدي، مجلة ادارة قضايا الحكومة، ع ١٤، س. ١٩٧٠، ١٤.
٣. د. جاسم لفته سلمان العبودي، محاضرات في القانون المدني العراقي، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا، القسم الخاص، في كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٠.
٤. د. جاسم لفته سلمان العبودي، المداخلات في إحداث الضرر تقصيرا، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا، القسم الخاص، في كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٠.
٥. د. جليل قسطو، القواعد العامة للعدالة في النظام القانوني الإنكليزي، مجلة القضاء، العدد الأول، السنة ٣٣، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨.
٦. د. شاكر ناصر حيدر، واجب تقليل الضرر في القانون الإنكليزي، مجلة القانون المقارن، العدد ١٣، السنة ١٩٨١.
٧. د. عباس حسن الصراف، العربون واحكامه في القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، العدد الأول والثاني، السنة ١٦، ١٩٥٨.
٨. د. عبد الحي حجازي: نظرية الاستحالة، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة- السنة السابعة- العدد الثاني- أبريل- ١٩٦٣.

٩. د. عبد الحي حجازي: آثار الاستحالة في العقود المترتبة للجانبين، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٤٥ - العدد ٣١٦ أبريل - ١٩٦٤.
١٠. د. عبد الحي حجازي: مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٥٩.
١١. د. عدنان إبراهيم سرحان، سلطة القاضي التقديرية ازاء طلب الفسخ لعدم التنفيذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، مطبعة العاني، ١٩٨٩.
١٢. د. محمد سليمان الأحمد و هالة مقدار الجليلي، استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي، مجلة القانون المقارن، العدد ٢٠٠١، ٢٩.
١٣. د. محمد شتا أبو سعد: مفهوم القوة القاهرة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة ٧٤، العددان ٣٩٣-٣٩٤ يوليو، أكتوبر، ١٩٨٣.
١٤. د. مجيد حميد العنبي: المفهوم العام للقوة القاهرة وأثرها في تنفيذ المفاوض لالتزاماته التعاقدية، مقال منشور في مجلة النفط والعالم، العددان ٩١-٩٢، بغداد، ١٩٨١.
١٥. د. مجيد حميد العنبي: انقضاء العقد في القانون الإنكليزي، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية صدام للحقوق، المجلد ٤، العدد ٦، السنة ٢٠٠٠.
١٦. د. مصطفى الزرقا: نظرة في تبعة الهلاك بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الرابعة، العدد الثاني.
١٧. د. وحيد الدين سوار: المستأجر وحق العودة الى العين المؤجرة التي هلكت وأعيد بنائها - مجلة المحامون السورية، الأعداد ١-٦، السنة الثانية والأربعون، ١٩٧٧.

تاسعاً: المجموعات القضائية

١. مجموعة الأحكام العدلية العدد الأول السنة السادسة ١٩٧٥ والعدد الثاني ١٩٨٠ والعدد المنفرد (١، ٢، ٣، ٤) ١٩٨٣.
٢. المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، إبراهيم المشاهدي، القسم المدني ١٩٨٨ والقسم التجاري ١٩٩٤.
٣. قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الثالث ١٩٦٩، والمجلد الرابع ١٩٩٠.
٤. النشرة القضائية، العدد الثاني السنة الثانية ١٩٧٢ - العدد الثاني السنة الرابع ١٩٧٣ - العدد الثاني السنة الثالثة ١٩٧٤ - العدد الرابع السنة الخامسة.
٥. مجلة القضاء، العدد الثالث السنة ١٦ ١٩٦٠ - العدد الثاني السنة ٢٤، نيسان حزيران، ١٩٦٩.
٦. المبادئ القضائية، عبد الرحمن علام، القسم المدني، بغداد ١٩٥٧.
٧. القضاء المدني العراقي، سلمان بيات، ج ١-ج ٢، بغداد ١٩٦٢.
٨. مجلة القانون المقارن، العدد الثالث، السنة الرابعة، ١٩٧٠.
٩. مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية (المكتب الفني).
١٠. الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، الدكتور حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني.

عاشراً: القوانين والقرارات:

المصادر

١. القانون المدني العراقي رقم (٤) لسنة ١٩٥١.
٢. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
٣. قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.
٤. قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٧٨.
٥. قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
٦. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٧. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
٨. القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.
٩. القانون المدني الليبي الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٥/٣١.
١٠. قانون الموجبات والعقود اللبناني ١٩٣٢م.
١١. القانون المدني الكويتي الصادر بالمرسوم رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.
١٢. مجلة الالتزامات والعقود (التونسية) الصادر سنة ١٩٦٠.
١٣. قانون الالتزامات والعقود المغربي رقم ٣٦٤ لسنة ١٩٦٥.
١٤. قانون المعاملات المدنية السوداني الصادر سنة ١٩٨٤.
١٥. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.
١٦. قانون المواد المدنية والتجارية القطري الصادر في عام ١٩٧١.
١٧. القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤.
١٨. قانون العقود المستحيلة التنفيذ (الإنكليزي) لسنة ١٩٤٣.
١٩. القانون المدني الألماني لسنة ١٩٠٠.
٢٠. شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية، الصادرة عن هيئة التخطيط.

*مشاريع القوانين

١. مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦.
٢. مشروع القانون البحري لسنة ١٩٨٧.

*القرارات

١. قرار مجلس قيادة الثورة الرقم (٦٩١) من ١٩٧٨/٥/١٢.

المراجع باللغة الأجنبية

أولاً: المراجع باللغة الإنكليزية:

١- A.G. GUEST, Anson' s Law of contract, ٢٣th, E.D. ١٩٦٩.

Oxford, At the Charendon Press-London. And ٢٦th, E.D.

٢- Arthur. T.von Mehren, The civil law system, cases and materials,

Prentice-Hall-Ne. ١٩٥٧.

١-Atiyah, An Introduction to the Law of contract, ٢nd.E. (١٩٧١)

Oxford. At the Charendon Press.London.

٤-Chitty on Contract: ٢٥th,E.D.Volume I-General Principles
London-Sweet &Maxwell-١٩٨٣.

٥-Cheshire and Fifoots, Causes of Discharging the contract,
Translated by, Henry Riyadh, ٩th, ١٩٧٦.

٦-Fredrick Parker Walton, The Egyptian Law of Obligation, in two
volume, Vol., II. ٢nd, E.London, Stevens and Sons, Ltd. Law
Publisher, ١٩٢٣.

٧-Hudson's, Building and Engineering Contracts,
١٠th,E.D. ١٩٧٠.

٨-New Port, Ian: Questions and Answers on contracts. ١st,E.D.
(١٩٧٠) Sweet and Maxwell.Ltd, London.

٩-Winfield, P.H.Pollock's:Principles of Contracts- ١٢th,E.D.-
١٩٤٦.

Stevens & Sons. Ltd. London.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

- ١-(A.) Colin et (H.) Capitant: Cours elementaire de Droit civil Francais.T.II, ٤eme-ed.Par Juliot de La moradiere.
- ٢-M.Brigo Catherine- L exieriorite de La Force Majeuer en Droit Civil-These Universite-Des SC. Zocia Les de Teulose. ١٩٨٢.
- ٣-Carobnnier (Jean): Droit Civil-Les obligation Tome.IV, ٩eme - ed.-١٩٧٦.
- ٤-Francois Chabas, Encyclopedie Dalloz, Civil, VE-Med.-١٩٨٨.
- ٥-Le Brequier (Yves): L evolution de la notion de force majeure en matiere contractuelle etude jurisparudentielle ,these- Universite de Nice-١٩٧٨.
- ٦-Mazeaud (Henri et Leon et Jean): Droit Civil-T.II.Vol.I.٧eme, ed.
- ٧-Radouant (Jean): Du Cas fortuit et de la Force Majeure. These – Paris-١٩٢٠.
- ٨-Ripert (G) et Bovlomger (J): Traite de Droit Civil, d apres Le Traite Le Planiol –Paris-١٩٧٥.
- ٩-Sarrut, De la suspension dans L execution Des contracts, Paris, ١٩٢٩.
- ١٠-Soliman Morcos, La Theori de risqué in French Droit et Egyptian Droit.These en majalet AL-KANON WL-Iktsad, ٦eme edition, ١٩٣٦.
- ١١-Wigny, Responsabilite contractuelle et Force Majeure, Revue Trimestrielle De Droit civil, ١٩٣٥.

ثالثاً: الرموز

١. D. = Dalloz. الدالوز
٢. D. P. = Dalloz Periodique. الدالوز الدورية.
٣. D.C = Dalloz Critique. الدالوز النقدية.
٤. Bullciv. = Bulletin des Arrêts de La Cour de Cassation – Chambre civile. نشرة قرارات محكمة النقض والإبرام، الدائرة المدنية.
٥. P. = Page. الصحيفة.
٦. Gaz Pal = Gazette de Palais. صحيفة قصر العدالة.
٧. J.C.P = Juris classer Periodique, Semaine Juridique.
الملف الدوري، الأسبوع القانوني.
٨. S. = Sirey. مجموعة سيري.

الخاتمة

وبعد أن إنتهينا من بحثنا الموسوم ((إستحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي))-دراسة مقارنة- فلا بد من نتائج ومقترحات تتمخض عن هذا البحث ويمكن إجمالها بالآتي :

١.٠ النتائج :

أولاً : تعد نظرية إستحالة التنفيذ من المبادئ الأساسية في كل الأنظمة والتشريعات القانونية على إختلاف إتجاهاتها وفكرها القانوني وهي كذلك أيضاً في الفقه الإسلامي ، ونقصد بكونها من المبادئ السامية أنها قد سمت في كل تشريع ولم تلق معارضة من الفقه ، لأنها تهدف إلى تحقيق هدف سام ونبيل ألا وهو التأكيد على (آدمية الإنسان) والتي نلاحظها بشكل أكثر وضوحاً وتأكيداً وذلك فيما تضمنه القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فقد اشترطت الشريعة الإسلامية لقيام مسؤولية الشخص شرعاً توافر القدرة والاستطاعة والتمكن والتي يتفق معها القانون، إذ تمثل القدرة والاستطاعة في رأينا جوهر نظرية الاستحالة .

ثانياً : تبين لنا من خلال هذه الدراسة إن نظرية الاستحالة وما يترتب عليها من ذاتية خاصة بها، ترتبط في الواقع ارتباطاً وثيقاً بنطاق المسؤولية العقدية، من حيث كونها سبباً في انقضاء الالتزام العقدي، لكونها بطبيعتها تخرج عن نطاق فعل أو خطأ المدين ، وتؤدي بالضرورة إلى انقطاع علاقة السببية بين الفعل أو الخطأ وبين الضرر مما يؤدي بالنهاية إلى إنتفاء المسؤولية العقدية نظراً لتخلف ركن أساسي من أركان بنائها القانوني .

ثالثاً : وتبين أيضاً ومن خلال بحثنا في تحديد معنى الاستحالة في القانون المدني العراقي، أنه قد أخذ بما ذهب إليه أصحاب المذهب التقليدي في الاستحالة، إذ اشترط لإعفاء المدين من تنفيذ التزامه العقدي توافر الاستحالة الموضوعية المطلقة، واتخذ هذا المبدأ كقاعدة عامة، أما تبنيه المذهب الحديث في الاستحالة فكان استثناء من تلك القاعدة العامة كما نصت على ذلك المادة (٨٧٨) منه بخصوص عقد المقاولة بحيث يصبح مجرد الإرهاق في تنفيذ الالتزام العقدي كافياً لفسخ العقد، ووجدنا أن التشريعات المدنية لم تتفق على مذهب فقهي مناسب لتحديد مفهوم استحالة تنفيذ الالتزام العقدي .

رابعاً : عند البحث في فكرة السبب الأجنبي في القانون المدني العراقي ودوره في انقضاء الالتزام العقدي فإنه يمكن القول بأنه من المناسب أن يتخلى الفقه و القضاء عن الفكرة التقليدية القائلة بوحدة القوة القاهرة و الحادث الفجائي من حيث ان لهما نفس القوة الاعفائية، والأخذ بالاتجاه الحديث الذي يقول بالتفريق بينهما ذلك أن المشرع العراقي نفسه قد فرق بين القوة القاهرة والحادث

الفجائي وذلك في قانون التجارة السابق لسنة ١٩٧٠، وكذلك فعل في قانون النقل النافذ رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣، وقد حذا حذوهما مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦.

خامسا: تبين أن فقهاء المسلمين يطلقون على القوة القاهرة تسمية (ال**جائحة**) أو (ال**آفة السماوية**)، وان نظرية الحوائج هي نظرية فقهية جاء بها الفقه المالكي على التفصيل الذي رأيناه، وقد خالفه الحنفية والشافعية والجعفرية، فلم يأخذ هؤلاء بالجوائح لان القبض عندهم يتم بالتخلية، أي أن تبعة الهلاك في البيع تدور وجودا وعدما مع التسليم، وهو ما أخذ به القانون المدني العراقي فيما يخص تبعة الهلاك في العقد وذلك في المادة (٥٤٧) منه .

سادسا: كما تم التوصل إلى إخفاق نظرية القوة القاهرة في حل الاشكالات التي تنجم عن حوادث الحرب في مجال عقد المقاوله نتيجة لجمود هذه النظرية، الأمر الذي دعى المشرع إلى منح طرفي العلاقة العقدية الحرية بتعديل آثارها عند توقيع العقد وهذا ما سارت إليه شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية الصادرة عن هيئة التخطيط، حيث أشارت إلى اعتبار الحرب من قبيل المخاطر الخاصة التي تقتضي التعويض وفق ما يتفق عليه بين طرفي العقد .

سابعا: أما بالنسبة إلى خطأ الدائن والذي يمثل أحد صور السبب الأجنبي، فلقد لاحظنا أن هذا المصطلح لم يرد في التقنين المدني العراقي مباشرة، بل استدل عليه من خلال ما ورد في المادة (٢١١) منه، إذ ذكرت مصطلح (خطأ المتضرر) ضمن صور السبب الأجنبي، وقد عبر قانون النقل العراقي عن مصطلح (خطأ الدائن) بمصطلحي (خطأ الراكب) في عقد نقل الشخص و (خطأ المرسل أو المرسل إليه) في عقد نقل الشيء وهما بمعنى واحد .

ثامنا: وبخصوص المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي والتي أجازت للمحكمة إنقاص مقدار التعويض أو عدم الحكم به إذا كان المضرور قد زاد في الضرر أو سوا مركز المدين، إذ نرى أن عبارة (أو سوا مركز المدين) إنما هي مما ينطوي عليه مدلول عبارة (أو زاد فيه) ولذا فهي عبارة زائدة يستحسن حذفها .

تاسعا: أما بالنسبة إلى (فعل الغير) كصورة ثالثة للسبب الأجنبي، إذ لم يأخذ المشرع العراقي بمصطلح (خطأ الغير) الوارد في القانون المدني المصري ووجدنا اختلاف الفقه في أهمية الاعتراف بشخصية الغير، وبيننا أن الرأي الأرجح هو عدم الاعتراف بشخصية هذا الغير بل بفعله الذي أدى إلى استحالة التنفيذ، وفي فعل الغير حصل خلاف في الفقه في وجوب أن يكون فعل الغير خطأ من عدمه، ونتيجة لهذا الاختلاف ذهبت القوانين العربية إلى مذهبين يأخذ الأول منها بمصطلح (خطأ الغير) كالقانون المدني المصري والسوري الليبي، ويأخذ الثاني بمصطلح (فعل الغير) كالقانون المدني العراقي و الأردني .

عاشراً: وتبين لنا أن المدين يتحمل المسؤولية رغم السبب الأجنبي، وذلك في حالة الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي أو القوة القاهرة فان ذمة المدين لا تبرأ حتى إذا أثبت أن الاستحالة كانت بسبب أجنبي، وكذلك تقوم المسؤولية رغم السبب الأجنبي إذا تضمن الالتزام تسليم شيء وأعذر المدين ولم يسلمه فإنه يتحمل تبعة الهلاك ولو كان الهلاك أصلاً على الدائن، فان ذمة المدين لا تبرأ لأنه هنا قد أخطأ ولم يسلم الشيء إلى الدائن على الرغم من اعذاره بالتسليم .

حادي عشر: كما وتبين لنا من خلال البحث أن الالتزام إذا إنقضى بسبب استحالة تنفيذه لسبب أجنبي وكان العقد ملزم لجانب واحد فان تبعة الاستحالة تكون على الدائن، أما إذا كان العقد ملزم للجانبين فان تبعة الاستحالة هنا تكون على المدين وينفسخ العقد بينهما بقوة القانون من تلقاء نفسه وهذا ما يسمى **(ب) الانفساخ**.

ثاني عشر: يعد الانفساخ أحد طرق انحلال العقد والذي له نظام وكيان قانوني مستقل لحل مشكلة قانونية ألا وهي **((استحالة تنفيذ الالتزام**

العقدي))، فهذا النظام يختلف في طبيعته عن الفسخ لعدم تنفيذ الالتزام العقدي، بسبب تقصير أحد طرفي العلاقة العقدية في تنفيذ ما يرتبه العقد من التزامات، عليه ندعو المشرع العراقي إلى معالجة نظام الانفساخ معالجة خاصة ومستقلة عن باقي أنظمة انحلال العقد، كطريق ثالث لانحلال العقد إلى جانب الفسخ والإقالة، وأشرنا إلى أن قرار القاضي في إيقاع الانفساخ يكون مقررراً لا منشأً له .

ثالث عشر : وتبين ان المشرع العراقي ويليه المشرع القطري –الذي اخذ من الأول – وبعض التشريعات العربية الأخرى ، قد أخذو بأحكام الفقه الإسلامي التي عالجت مفهوم **يد الأمانة ويد الضمان – تحمل التبعة على صعيد الملك –** فقد وجدنا أن فقهاء المسلمين يميزون بين يد الضمان ويد الأمانة ، ففي قبض الأمانة لا يكون القابض ضامناً إلا في حالة التعدي أو التقصير فقط ، أما قبض الضمان فيكون فيه القابض ضامناً لما قبض حتى وان حصل الهلاك بسبب أجنبي ، فإذا هلك الشيء في يد مالكة بأفة سماوية فإنه يهلك من ماله ، أما إذا هلك في يد غير المالك، فهم يميزون بين ما إذا كانت اليد يد أمانة فان الشيء يهلك على مالكة ، أما إذا كانت اليد يد ضمان فان الهلاك يكون على صاحب اليد.

رابع عشر: وتبين لنا عدم دقة أحكام القانون المدني الفرنسي في المسائل والأحكام المتعلقة بمعالجة استحالة التنفيذ كلها ، ابتداءً من النصوص التي تنظم وتحدد ذاتية الاستحالة وتمييزها عن غيرها، وانتهاءً بالآثار التي تترتب عليها وكالاتي:

أ- من ناحية السطيم: إذ نجد أن المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي لا تتعرض إلا إلى حالة عدم التنفيذ الذي يرجع إلى خطأ أو تقصير من المدين وبالتالي فإن تطبيقه على حالة استحالة التنفيذ هو تحميل للنص فوق طاقته ، لا بل أدى هذا الأمر بالمشروع الفرنسي إلى الخلط بين مسألتين قانونيتين لكل منهما كيانها القانوني الخاص ، ألا وهما مسألة انفساخ العقد وتحمل التبعة ومسألة فسخ العقد لعدم التنفيذ.

ب- من ناحية الآثار: فإن من الآثار التي ترتبت على عدم دقة النصوص المتعلقة بالاستحالة أن تضارب موقف القانون الفرنسي في معالجة تبعة الهلاك ، إذ لجأ المشروع الفرنسي كما رأينا إلى قاعدة واستثناء في نطاق العقود الملزمة للجانبين نتيجة تمسكه بالقاعدة الرومانية التي تقضي ان الشيء يهلك على مالكه.

خامس عشر: وتبين لنا عند بحثنا في استحالة التنفيذ في القانون الإنكليزي ، ان هذا القانون

قد عرف القوة القاهرة في مجال تحديد الأخطاء (Torts) أي في مجال المسؤولية التقصيرية، فعرف القوة القاهرة بالقضاء والقدر وعرف الحادث الفجائي بالحادث المحتوم واعتبرها دفوعاً عامة يستطيع بواسطتها المدعى عليه أن يتخلص من مسؤوليته في تعويض الضرر. وعند بحثه للقوة القاهرة في مجال المسؤولية التعاقدية فإنه قد أوجد مصطلح (الواقعة المحبطة لتنفيذ الالتزام) وجمع من خلالها مصطلحات القوة القاهرة والحادث الفجائي وأضاف إليهما ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة المعروفة في القوانين العربية، إذ يعد العقد مفسوخاً لاستحالة تنفيذه سواء أصبح هذا التنفيذ غير ممكن على الإطلاق أو أصبح مرهقاً فحسب. وعند بحثنا في الانفساخ كأثر من آثار استحالة تنفيذ الالتزام العقدي في القانون الإنكليزي فقد اخذ هذا القانون بالانفساخ وعده مبدأ قائماً ضمناً في التشريع وان لم ينص المشروع عليه صراحة ، ومن ثم نص عليه فيما بعد في قانون الإصلاح التشريعي للعقود مستحيلة التنفيذ من خلال ما يدعى بـ (نظرية الإخفاق في تنفيذ العقد).

سادس عشر: أما في ما يخص آثار الانفساخ، فإنها تتمثل في انحلال العقد أي زوال

العقد قبل تنفيذه، إذ يكون زواله من حين إبرامه في العقود الفورية التنفيذ ويقال له الفسخ وزوال أثره بالنسبة للمستقبل فقط في العقود المستمرة التنفيذ ويقال له الفسخ وزوال أثره بالنسبة للمستقبل فقط في العقود المستمرة التنفيذ ويقال له (إنهاء) أو (إلغاء) ، ورأينا أن المشروع العراقي قد عالج هذه الحالة مع الفسخ على الرغم من وجود هذا الفرق بينهما. أما الأثر الرجعي للانفساخ فقد اخذ به كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، وان القانون الإنكليزي لم يأخذ بالأثر الرجعي للانفساخ ، في حين ان بقية الآثار تتمثل في إعفاء المدين من المسؤولية العقدية ومن ثم يحيل المدين الحقوق والدعوى كافة والمترتبة على الانفساخ إلى الدائن.

٢. المقترحات:

أولاً: ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بأحكام قاعدة القبض والحيازة-فكرة اليد- في الفقه الإسلامي في كل القضايا المتعلقة بتبعية الهلاك في القانون المدني، وذلك لبساطتها وسهولة تطبيقها وشموليتها لأحكام تبعية الهلاك في نطاق المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بدلاً من إقامتها على طبيعة العقد الملزم للجانبين ومن ثم رفع المادة (٧٠٤) من مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ والإبقاء على حكم المادة (٥٤٧) من القانون المدني النافذ والتي تؤكد حكم الفقه الإسلامي بجعل تبعية هلاك المبيع قبل التسلم على البائع وحده.

ثانياً: ولإعطاء نص المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي الجانب الأكبر من الشمول والعموم في مجال العمل القضائي ، يتعدى المعالجة القانونية للاستحالة النهائية – **انفساخ العقد** - ليشمل الاستحالة الوقتية –وقف تنفيذ العقد – وذلك بالنظر الى طبيعة دراسة المانع الذي أدى إلى الاستحالة والذي يجمع دائماً بين كلا نوعي الاستحالة ولإعطاء مسألة التوافق بين الدراسة النظرية والدراسة العلمية دورها الفاعل في هذا المجال ، الأمر الذي يدفعنا إلى القول بضرورة معالجة حكم الاستحالة الوقتية -**وقف تنفيذ العقد** – إلى جانب حكم الاستحالة النهائية وجعل المادة القانونية بالشكل الآتي:

المادة: (٤٢٥):

١. ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه.
٢. إذا كانت الاستحالة مؤقتة فيوقف تنفيذ العقد ، ومع ذلك ينقضي الالتزام إذا استمرت الاستحالة إلى الوقت الذي تؤدي فيه إلى فوات جدوى التنفيذ وحسب طبيعة ومحل التعاقد.

ثالثاً: تبين لنا من خلال هذه الدراسة وجود القصور التالي في المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي:

أ- عدم إشارة هذه المادة القانونية الى العقود الملزمة لجانب واحد وكأن هذه العقود لا تنفسخ أيضاً كما تنفسخ العقود الملزمة لجانبين والتي اقتضت الإشارة إليها في هذه المادة من خلال عبارة (**عقود المعاوضة**).

ب- ان المشرع العراقي في هذه المادة قد خلط في الحكم بين حالتين مختلفتين ألا وهو (انفساخ العقد) ، وجعل الفرق بينهما هو رد العوض المقبوض لصاحبه في الحالة الثانية –حالة تحقق الاستحالة لخطأ المدين – دون النظر إلى المسألة عن كونها مسؤولية عقدية تحققت لقيام خطأ المدين والتي يقتضي الأمر معها تقدير التعويض المناسب للدائن لما أحدثه المدين من ضرر بسبب عدم التنفيذ الناتج عن خطئه. ونقترح إعادة صياغة المادة على الشكل الآتي:

١- إذا هلك المعقود عليه لقوة قاهرة فاستحال تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة انقضى الالتزام المقابل من تلقاء نفسه.

٢- إذا هلك المعقود عليه بخطأ من المدين وجب عليه دفع التعويض المناسب للدائن.

رابعاً: ولتحقيق الفائدة العملية من وراء إحالة الحقوق والدعاوى من المدين الى دائئه في حالة هلاك الشيء محل الالتزام بسبب أجنبي كأثر من آثار الانفساخ ، فإننا نقترح على المشرع العراقي استحداث مادة قانونية تعالج هذا الأمر ولتكون كذلك أساساً مباشراً للأثر السابع للانفساخ بدلاً من الاعتماد على نصوص القانون المدني الأخرى والتي لا تعالج هذا الأثر بصورة مباشرة ، ولكي تعزز نظرية الحلول العيني في نطاق استحالة التنفيذ ، على ان تكون هذه المادة المقترحة بالشكل الآتي: ((إذا أنشأ الالتزام حقوقاً أو دعاوى تعويض ثم إستحال تنفيذه بسبب أجنبي إنتقلت هذه الحقوق بقوة القانون إلى الدائن بهذا الالتزام)).

خامساً: كما وجدنا ان المشرع العراقي بعد أن نفى الضمان عن المدين إذا كانت يده يد أمانة عند إثبات السبب الأجنبي، وأوجب الضمان عندما تكون يده يد ضمان حتى عند إثبات السبب الأجنبي، عاد في المادة (١١٦٨) واستثنى الحائز سيء النية من الضمان إذا استطاع أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف لو انه بقي في يد مستحقه، وبالتالي فالمشرع كان له توجه جديد نحو إعطاء فرصة للحائز سيء النية ان يفلت من الضمان عند إثبات الهلاك الذاتي، حتى لو انه بقي في يد مستحقه، ونرى في ذلك إجحاف للعدالة وخروج عن القواعد المعروفة للضمان، لذا كان من الأولى ان يكون موقفه مشابها لما نصت عليه المادة (١١٩٦) من القانون المدني الأردني، التي تنص على انه ((إذا كان الحائز سيئ النية فانه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او كلفه ولو وقع ذلك بسبب لا يد له فيه))، والذي نقترح على المشرع العراقي الأخذ به .