

القوة القاهرة وأثرها في المسؤولية العقدية

- دراسة مقارنة -

رسالة مقدمة

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

من قبل الطالب

محمد صبري عبد الأمير الأسدي

بإشراف

الأستاذ المساعد

الدكتور

منصور حاتم محسن

أستاذ القانون المدني المساعد

2007 م – 1428 هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ هُوَ الَّذِي يُعَيِّدُ فِيهِ الْأَمْمِينَ رَأْسُ الْوَالِدِ مِنْهُمْ قَتْلُ الْوَالِدِ }

عَلَيْهِمْ آيَةٌ وَإِنْ يَكْفُرُوا فَإِنَّ اللَّهَ لَكُنْ وَالْحَكِيمُ وَالْوَ

يَكْفُرُونَ مِنْ قَبْلِ الْفَقْرِ ضَلُّوا مَبِينٌ {

ضُرُوحُ اللَّهِ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ

سُورَةُ الْجِنَّةِ آيَةٌ (2)

الإهداء
إلى والدي ووالدتي
آية للوفاء...و عرفانا" بالجميل...
إلى زوجتي وأولادي
رفاق دربي...
إلى كل من ساعدني.....

الباحث

{المحتويات}

رقم الصفحة	الموضوع
3-1	المقدمة
57-4	الباب الأول:- ماهية القوة القاهرة
28-5	الفصل الأول:- مفهوم القوة القاهرة
17-6	المبحث الأول:- مدلول القوة القاهرة
12-8	المطلب الأول:- مدلول القوة القاهرة فقها"
17-12	المطلب الثاني:- مدلول القوة القاهرة قضاءا"
28-18	المبحث الثاني:- تمييز القوة القاهرة عما يشته به من أوضاع أخرى
23-18	المطلب الأول:- تمييز القوة القاهرة عن الظروف الطارئة
25-23	المطلب الثاني:- تمييز القوة القاهرة عن حالة الضرورة
28-26	المطلب الثالث:- تمييز القوة القاهرة عن الحادث المفاجئ
57-29	الفصل الثاني:- شروط القوة القاهرة وعبء أثبات القوة القاهرة والرقابة على محكمة الموضوع
34-31	المبحث الأول:- شرط العلاقة السببية بين الفعل والضرر
41-35	المبحث الثاني:- شرط الخارجية
52-41	المبحث الثالث:- شرط عدم إمكانية دفع الحدث والتوقع
57-52	المبحث الرابع :- عبء أثبات القوة القاهرة والرقابة على محكمة الموضوع
160-58	الباب الثاني:- اثر القوة القاهرة في المسؤولية العقدية
108-59	الفصل الأول:- اثر القوة القاهرة الكاملة والدائمة في المسؤولية العقدية
71-61	المبحث الأول:- الاستحالة المطلقة

69-61	المطلب الأول:- طبيعة الاستحالة المطلقة
71-70	المطلب الثاني:- معيار تقدير الاستحالة المطلقة
94-72	المبحث الثاني:- الانفساخ
75-72	المطلب الأول:- ماهية الانفساخ
94-76	المطلب الثاني:- آثار الانفساخ
80-76	الفرع الأول:- انتفاء المسؤولية العقدية للمدين
83-80	الفرع الثاني:- انقضاء الالتزام العقدي وتوابعه
85-83	الفرع الثالث:- رجعية الانفساخ
88-85	الفرع الرابع:- امتناع الحكم بالتعويض
89-88	الفرع الخامس:- عدم الحاجة إلى الأعدار
92-89	الفرع السادس:- تلقائية الانفساخ
94-92	الفرع السابع:- أحالة الحقوق والدعاوى إلى الدائن
108-94	المبحث الثالث:- تحمل تبعة الهلاك
101-95	المطلب الأول:- مسؤولية تحمل التبعة
97-96	أولاً:- في العقود الملزمة للجانب الواحد
101-97	ثانياً:- في العقود الملزمة للجانبين
108-101	المطلب الثاني:- أساس تحمل تبعة الهلاك
103-101	أولاً:- نظرية السبب
105-103	ثانياً:- نظرية طبيعة العقد
108-105	ثالثاً:- نظرية الشرط الفاسخ الضمني
160-109	الفصل الثاني:- اثر القوة القاهرة الجزئية والمؤقتة في المسؤولية العقدية
123-110	المبحث الأول:- اثر القوة القاهرة الجزئية في المسؤولية العقدية

119-110	المطلب الأول:- مفهوم الرابطة السببية عند تعدد الأسباب
114-111	الفرع الأول:- مفهوم الرابطة السببية
119-114	الفرع الثاني:- النظريات التي قيلت عند تعدد الأسباب
116-115	أولاً:- نظرية تعادل الأسباب
119-116	ثانياً:- نظرية السبب المنتج
123-119	المطلب الثاني:- مدى مسؤولية المدين في حالة اشتراك القوة القاهرة مع خطأه في أحداث الضرر
160-123	المبحث الثاني:- اثر القوة القاهرة المؤقتة في المسؤولية العقدية
153-125	المطلب الأول:- وقف تنفيذ العقد
127-125	الفرع الأول:- تعريف وقف تنفيذ العقد
131-127	الفرع الثاني:- طبيعة وقف تنفيذ العقد وأساسه القانوني
143-132	الفرع الثالث:- شروط وقف تنفيذ العقد
136-133	أولاً:- استحالة مؤقتة في التنفيذ
140-136	ثانياً:- أن ترجع الاستحالة إلى قوة القاهرة
143-140	ثالثاً:- عدم فوات جدوى التنفيذ
150-143	الفرع الرابع:- آثار وقف تنفيذ العقد
147-143	الأثر الأول:- وقف تنفيذ العقد
148-147	الأثر الثاني:- إعفاء طرفيه من مسؤولية عدم التنفيذ خلال فترة الوقف
150-149	الأثر الثالث:- استئناف سريان العقد عند زوال المانع
153-150	الفرع الخامس :- مدة وقف تنفيذ العقد وانقضاؤه
152-150	أولاً:- مدة وقف تنفيذ العقد
153-152	ثانياً:- انقضاء وقف تنفيذ العقد
160-153	المطلب الثاني:- تطبيقات وقف تنفيذ العقد

163-161	الخاتمة
176-164	قائمة المراجع

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أفضل المرسلين أبي القاسم محمد وعلى آله وصحبه الغر الميامين ومن تبعهم على الحق إلى يوم الدين وبعد:

أولاً:- جوهر فكرة البحث:- تعد القوة القاهرة من موضوعات القانون المدني

وأكثرها تعقيداً" والعلة تكمن في كونها المحور الرئيس الذي تدور حوله منازعات الخصوم فيما يقع بينهم من خلافات فبينما يسعى الدائن المضرور للحصول على تعويض لجبر الضرر الذي ألم به يسعى المدين للتخلص من المسؤولية وبالتالي من التعويض عن طريق نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر 0

وأذا كانت القاعدة أن كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض فبمقتضى ذلك أن انعقاد المسؤولية المدنية إذا كانت عقدية مشروطاً "باجتماع أركانها وهي الضرر والخطأ والعلاقة السببية بينهما ولهذا فإن القوة القاهرة عند وقوعها تؤدي إلى إعفاء المدين من التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن استثناءاً" من القاعدة أعلاه فوجود القوة القاهرة يستتبع إنهاء العقد وبالتالي يتحلل من ينهي العقد لقوة قاهرة من الالتزام بالأخطار ومن الالتزام بدفع التعويض أي إذا اثبت أن الضرر راجع إلى قوة قاهرة لا يد له فيها وهذه الصورة نص عليها المشرع العراقي في المادة (211) من القانون المدني العراقي ولكن هذه المادة تخص المسؤولية التقصيرية والتي جاء فيها (إذا اثبت الشخص إن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث مفاجئ أو قوة قاهرة كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك). أما في المسؤولية العقدية فقد نص عليها في المادة (168) مدني عراقي منه على ما يأتي (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه) ولكن نلاحظ هنا انه نص عليها باعتبارها من ضمن صور السبب الاجنبي وقام بتعداد صور السبب

الاجنبي كما راينا في المادة (211) مدني عراقي اذا" فالضرر الذي أصاب الدائن لقوة القاهرة لايد للمدين فيه بمعنى أدق أن يكون وقوع الضرر أمر غير منسوب إلى المدين يؤدي إلى إحداث الضرر بالدائن يؤدي الى اعفاء المدين من تنفيذ التزامه0

ثانياً:- أهمية الموضوع وأسباب اختياره :- كما قلنا سابقاً" أن موضوع القوة

القاهرة من المواضيع المهمة ولهذا فأنها أثارت أقلام الفقهاء والكتاب في مجال القانون العام والخاص وهذا ما أثار فينا الرغبة في الكتابة في موضوع القوة القاهرة وقد ارتأينا دراسة القوة القاهرة باعتبار انه عندما يذكر السبب الأجنبي يتبادر إلى الذهن بأنها قوة القاهرة أما باقي الصور فلا تتبادر إلى الذهن ولهذا فأنها أهم صور السبب الأجنبي وأوسعها نطاقاً" وكذلك أن هذا الموضوع لم يبحث بشكل واسع ودقيق والقوة القاهرة كما قلنا من المواضيع المهمة وخصوصاً" انها تؤدي الى اعفاء المدين من المسؤولية العقدية في حالة عدم تنفيذ التزامه وهذا يعتبر استثناءاً" من القاعدة التي تقضي بتنفيذ التزامه في حالة عدم تنفيذه او التأخر في تنفيذه عن طريق نفي العلاقة السببية 0

ثالثاً:- نطاق البحث :- لقد قمنا بدراسة القوة القاهرة بوصفها إحدى صور السبب

الأجنبي المؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية العقدية وبالتالي من التعويض الذي يطالب به الدائن المدين وقد بحثناها في نطاق المسؤولية العقدية فقط دون التقييدية ولهذا حاولنا من خلال هذا البحث معرفة القوة القاهرة ومدلولها وشروطها وتمييزها عن غيرها من الأوضاع وآثارها على اختلاف أنواعها أي قمنا بتحليلها على ضوء ما ذهب إليه الفقهاء والكتاب والقضاء كما تطرقنا إلى وجود عدة أنواع للقوة القاهرة وما يترتب عليها من آثار وخصوصاً" اثر القوة القاهرة المؤقتة وهو وقف تنفيذ العقد وهذا من المواضيع المهمة والحديثة وذلك لأنه من الطبيعي لزوم تنفيذ العقد ولكن عندما تطرأ قوة القاهرة مؤقتة أي أنها ستزول في المستقبل فهذا يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد ومن ثم استثناء سريلانك مرة ثانية 0

رابعاً:- خطة البحث:- سوف نقوم بتقسيم هذا البحث على بابين سنتناول في الباب الأول

ماهية القوة القاهرة وقسمنا هذا الباب على فصلين سنتناول في الفصل الأول مفهوم القوة القاهرة وهذا الفصل قسمناه إلى مبحثين سنتناول في المبحث الأول مدلول القوة القاهرة والمبحث الثاني تمييز القوة القاهرة عما يشته به من أوضاع أخرى أما الفصل الثاني فسنناول فيه شروط القوة

القاهرة وعبء اثبات القوة القاهرة والرقابة على محكمة الموضوع وقسمنا هذا الفصل على أربعة مباحث المبحث الأول شرط العلاقة السببية بين القوة القاهرة والضرر والمبحث الثاني شرط الخارجية والمبحث الثالث شرط عدم دفع الحدث والتوقع والمبحث الرابع عبء اثبات القوة القاهرة ورقابة محكمة الموضوع ، أما الباب الثاني فسنناول فيه اثر القوة القاهرة في المسؤولية العقدية وقسمنا هذا الباب على فصلين الفصل الأول اثر القوة القاهرة الكاملة والدائمة في المسؤولية العقدية وقسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث المبحث الأول الاستحالة المطلقة والمبحث الثاني سنناول فيه الانفساخ والمبحث الثالث تحمل التبعة أما الفصل الثاني سنناول فيه اثر القوة القاهرة الجزئية والمؤقتة في المسؤولية العقدية وقد قسمناه على مبحثين المبحث الأول اثر القوة القاهرة الجزئية في المسؤولية العقدية أما المبحث الثاني سنناول فيه اثر القوة القاهرة المؤقتة في المسؤولية العقدية 0

الباحث

الباب الأول

ما هية القوة القاهرة

تمهيد وتقسيم :

تعد القوة القاهرة من أهم صور السبب الأجنبي وأوسعها نطاقاً" حيث يعتبر كل سبب أجنبي غير خطأ المتضرر وفعل الغير قوة القاهرة ولهذا فان القوة القاهرة توصف من أكثر صور السبب الأجنبي معرفة وتداولاً" 0

وأنها تعتبر من الأفكار السائدة في جميع فروع القانون فقد ذكرها القانون الخاص بفروعه وكذا القانون العام بفروعه أيضاً" (1) .

ولهذا ومما سبق ومن اجل التعرف على ماهية القوة القاهرة لابد من تحديد مفهوم القوة القاهرة أولاً" وهذا ما سنفرده له الفصل الأول مفهوم القوة القاهرة وكما لابد من تحديد شروط القوة القاهرة وعبء اثباتها ورقابة محكمة الموضوع هذه الشروط التي متى ما توافرت فأنها تؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية العقدية وسنحاول معرفة من يقوم باثبات القوة القاهرة والرقابة على محكمة الموضوع وهذا ما سنبحثه في الفصل الثاني شروط القوة القاهرة واثبات القوة القاهرة ورقابة محكمة الموضوع 0

¹- د. عبد الوهاب الرومي – الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني – دون مكان طبع -1994- ص 363 0

الفصل الأول

مفهوم القوة القاهرة

أن مفهوم القوة القاهرة في مجال بحثنا هو المفهوم التقليدي وذلك لأنه ظهر مفهوم جديد للقوة القاهرة أفرزته متطلبات الحياة التجارية والتبادل التجاري بين الدول المختلفة ، وبالأخص فيما ترتبه من استحالة في التنفيذ تزيد في صعوبة الأمر بالنسبة للطرفين المتعاقدين على النطاق الدولي لا الداخلي ألجأت المتعاملين في هذا المجال إلى التخفيف من حدة الشروط المطلوبة في الحدث المكون للقوة القاهرة وهذا ما يطلق عليه المفهوم غير التقليدي للقوة القاهرة⁽¹⁾

وبما أن نطاق بحثنا لا يشمل هذا المفهوم غير التقليدي سنبحث القوة القاهرة بمفهومها التقليدي سنقسم هذا الفصل على مبحثين المبحث الأول مدلول القوة القاهرة مدلولها فقها" وقضاء" ونبحث في المبحث الثاني تمييز القوة القاهرة عما يشتهر بها من أوضاع أخرى من ظروف طارئة وحالة الضرورة والحدث المفاجئ 0

1- د. صفاء تقي عبد نور – القوة القاهرة واثرها على عقود التجارة الدولية – رسالة دكتوراه – كلية القانون –

جامعة الموصل – 2005- ص74 وما بعدها 0

المبحث الأول

مدلول القوة القاهرة

أن القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والفرنسي قد خلا كل منهم من أي نص خاص بتحديد مدلول القوة القاهرة وكل ما هو موجود هو بعض النصوص التي تشير الى القوة القاهرة بوصفها صورة من صور السبب الأجنبي ووسيلة لدفع المسؤولية.

ففي القانون المدني العراقي سجد أن نص المادة (211) منه قد نصت على ما يأتي (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لايد له فيه كافة سماوية أو حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)

ولقد نص القانون المدني العراقي في المادة (168) منه على ما يأتي (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)

أما مشروع القانون المدني العراقي فقد نصت المادة (420) منه على ما يأتي (أولاً :- إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لايد له فيه كقوة قاهرة 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) 0

يتضح لنا من نص المادة (420) أن واضعي المشروع قد تخلوا عن مصطلح الحادث المفاجئ باعتبار أن هذا المصطلح مرادف لمصطلح القوة القاهرة كما جاء بتعريف القوة

القاهرة ويبدو أن ما ذهب إليه واضعو المشروع كان هو عين الصواب وكان على المشرع العراقي عند صياغة نص المادة (211) منه أخذ هذه المسألة بعين الاعتبار⁽¹⁾.

أما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (215) منه (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة الوفاء قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد فيه...) .

أما القانون المدني الفرنسي فقد انتقلت فكرة القوة القاهرة إليه من القانون الروماني حيث جاءت المادة (1147) بالمبدأ العام لدفع المسؤولية المدنية فقد نصت على ما يأتي (المدين يكون مسؤولاً عن التعويض إذا كان محل له إما بسبب عدم التنفيذ 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)⁽²⁾ وقد جاءت المادة (1148) لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة (1147) من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

وبعد سكوت النصوص التشريعية في القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي من أيراد لمدلول القوة القاهرة حاول الفقه تحديد مدلول القوة القاهرة في ضوء الآراء التي قال بها الفقهاء من خلال وضع تعريف محدد لها وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول مدلول القوة القاهرة فقهاً ونخصص المطلب الثاني مدلول القوة القاهرة قضاءً.

(1) أن فكرة القوة القاهرة هي فكرة قديمة تجد جذورها في القوانين الوضعية القديمة إذ جاء في المادة (48) من قانون حمورابي (إذا كان على رجل دين وضرب اله الأعاصير (أدد) حقله أو دمره الفيضان ... لا يعيد الحبوب - التي أقترضها - إلى دائنة ويلغى عقده ولا يدفع فائضاً لتلك السنة) الدكتور عباس زيون العبودي - شريعة حمورابي - دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة - مطبعة التعليم العالي في الموصل - 1990 - ص172.

(2) HENRE MAZEAUD, trite theoriqueet pratique - ed - latesponsabilite civile - delicately et contractually, N450 "Le debilite est responsable de linexscution de obligation tous les foes quill ne justified pas quelled entd'une eause étagère qui ne peut lui etre imputes"

(3) فقد نصت المادة (1148) على (لا يكون هناك محل للتعويض والفوائد إذا منع المدين من إعطاء أو من القيام لما هو مكلف من عمل أو من محل محظور بفعل قوة القاهرة أو حادث مفاجئ).

المطلب الأول

مدلول القوة القاهرة فقهاً

نجد العديد من الفقهاء والكتاب قد عرفوا القوة القاهرة باعتبارها احدى صور السبب الاجنبي فلو ذهبنا إلى الفقه العراقي ، فالدكتور حسن علي الذنون قد عرفها بأنها(كل أمر خارج عن أرادة المدين غير متوقع الحصول ولا يمكن دفعه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً)⁽¹⁾. وعرفها الدكتور عبد المجيد الحكيم بأنها (أمر غير متوقع الحصول لا ممكن الدفع يقع فيكون السبب في حصول الضرر)⁽²⁾ وعرفها الدكتور غني حسون طه بأنها (كل أمر لا يمكن نسبته للمدعى عليه يكون غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع يقع فيكون هو السبب في حصول الضرر)⁽³⁾. وعرفها أيضاً الدكتور إبراهيم الفياض بأنها (تلك التي تصدر عن حادث خارج عن أرادة المدين لا يجوز نسبته وليس من الممكن توقعه أو تفاديه)⁽⁴⁾ وعرفها أيضاً الدكتور حميد العنكي بأنها (كل أمر لا يمكن نسبته للمدعى عليه ويكون غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع فيكون هو السبب في الضرر)⁽⁵⁾. كما عرفت أيضاً بأنها (وقوع حادث لم يكن في الحسبان توقعه ودفعه يترتب عليه أن يستحيل على المدين تنفيذ التزامه)⁽⁶⁾.

-
- 1- انظر مؤلفه - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - مطبعة المعارف. بغداد - 1949 - ص227.
 - 2- انظر مؤلفه - الموجز في شرح القانون المدني - الجزء الأول - مصادر الالتزام - ط2 - مطبعة الأهلية - بغداد- 1963- ص 464.
 - 3- انظر مؤلفه - الموجز في النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - مطبعة المعارف - بغداد - 1971 - ص472-473.
 - 4- انظر مؤلفه - مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق مع الإشارة إلى القانونين المصري و الفرنسي - دار النهضة العربية - القاهرة - 1973 - ص400.
 - 5- انظر مؤلفه - المفهوم العام للقوة القاهرة وأثرها في تنفيذ المقاو لالتزاماته التعاقدية - مجلة النفط والعالم - العددان 91 و 92 - بغداد - 1981.
 - 6- د. محمود سعد الدين شريف - شرح القانون المدني العراقي - نظرية الالتزام - ج1- مصادر- مطبعة العاني - بغداد- 1955- ص315.

كما عرفت أيضاً بأنها (واقعة خارجية بالنسبة لنشاط المدعى عليه غير ممكنه التوقع والدفع من قبله تؤدي إلى أحداث الضرر أو تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً)⁽¹⁾.

كما عرفت أيضاً (أنها كل فعل أو ظاهرة غير متوقعة ولو نسبياً تكون في الغالب ذات سمة طبيعية أو مادية متخذة مظهراً خارجياً تتفصل فيه تماماً عن طبيعة النشاط الذي تمارسه الإدارة ولا يكون من المستطاع دفعها أو مقاومتها كالفيضانات أو الزلازل أو الصواعق أو البراكين أو الأمطار الغزيرة أو الحرب أو الغزوات)⁽²⁾.

إما الفقه المصري فالأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري عرف القوة القاهرة بأنها (أمر غير متوقع الحصول غير ممكن الدفع ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون أن يكون هناك خطأ من جانب المدين)⁽³⁾. وعرفها كذلك الدكتور سليمان مرقس بأنها (أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالالتزام)⁽⁴⁾. وعرفها الدكتور محمد لبيب شنب بأنها (حدث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر)⁽⁵⁾. أما الدكتور مصطفى مرعي فقد عرفها بأنها (تلك التي تصدر عن حادث خارج عن إرادة الإنسان لا يجوز نسبته له وليس من الممكن توقعه أو تفاديه)⁽⁶⁾ 0

وعرفها الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت (كل أمر لا دخل لإرادة المدين فيه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً على المدين)⁽⁷⁾.

(1) د. علي ضاري خليل - السبب الأجنبي وأثره في نطاق المسؤولية التقصيرية - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - 1999 - ص 237.

(2) أحمد طالب الجعيفري - مسؤولية الإدارة عن الخطاء الناتج عن الأعمال المادية - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بابل - 1999 - ص 131.

(3) - انظر مؤلفه - الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - 1952 - ص 310

(4) - انظر مؤلفه - شرح القانون المدني - مصادر الالتزام - المطبعة العالمية - 1964 - ص 367.

(5) - انظر مؤلفه - المسؤولية عن الأشياء - دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون الفرنسي - مكتبة النهضة المصرية - القاهرة - 1957 - ص 233.

(6) - انظر مؤلفه - المسؤولية المدنية في القانون المصري - ط 1 - مطبعة نوري - القاهرة - 1936 - ص 126.

(7) - انظر مؤلفه - نظرية الالتزام في القانون المدني المصري - مطبعة مصر - القاهرة - 1945 - ص 258.

وعرفها الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة بوصفها (أمرًا " لا يعزى إلى المدين بمعنى أن لايد له فيه كالفيضانات و الزلازل والبراكين و الحروب تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام)⁽¹⁾. كما عرفت أيضاً بأنها (حادث خارج عن إرادة الشخص لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه)⁽²⁾ كما عرفت بأنها (ما لم يكن في الوسع توقعه ولا دفعه وبها يصبح تنفيذ الواجب أو الالتزام مستحيلاً)⁽³⁾. كما عرفت بأنها (أمر لا يمكن نسبته إلى المدعى عليه أي لايد له فيه كالحرب وما يترتب عليها من ترحيل السكان أمام غزو العدو والزلازل والغرق والعواصف والإضراب والمرض وقتل الحاكم... الخ)⁽⁴⁾ 0

وعرفت القوة القاهرة أيضاً بأنها (الحدث ليس بالا مكان عادة توقعه أو ترقبه ولا بالمستطاع دفعه أو تلافيه والذي يحصل من غير أن يكون للحارس يد فيه أو للشيء دخل به فيكون مصدره خارجاً عن إرادة هذا أو ذاك)⁽⁵⁾.

وعرفت كذلك بأنها (أمر غير متوقع الحصول لا يمكن دفعه غير راجع إلى خطأ المدين ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً)⁽⁶⁾.

كما عرفت أيضاً على أنها (الحدث الذي ليس بالإمكان توقعه ولا دفعه وهو بذلك خارجاً عن إرادة الحارس الذي لايد له فيه)⁽⁷⁾ وعرفها الدكتور عبد الوهاب الرومي (أنها الحوادث التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً" دون أن يكون للمدين يد في حدوثها)⁽⁸⁾.

(1) - انظر مؤلفه - مصادر الالتزام - مطبعة مصطفى العاني - القاهرة - 1960 - ص 501

(2) د. عبد الحكم فوده - إنهاء القوة الملزمة للعقد - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 1993 - ص 593

(3) د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - الالتزامات - ج 2 - مصادر الالتزام - المطبعة العالمية - القاهرة - ص 128.

(4) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - التقصيرية والعقدية - ط 2 دار المعارف - 1979 - ص 179

(5) د. أنور سلطان - الموجز في مصادر الالتزام - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1970 - ص 357

(6) د. عاطف النقيب - النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية - ط 1 - منشورات عويدان - بيروت - 1980 .

(7) د. يحيى أحمد موافي - المسؤولية عن الأشياء (في ضوء الفقه والقضاء) - منشأة المعارف الإسكندرية - 1992 - ص 180.

(8) د. عبد الوهاب الرومي - المرجع السابق - ص 301 0

أما الفقه الفرنسي فنلاحظ الكثير من الفقهاء قد عرفوا القوة القاهرة فجاء في أحد التعاريف (الواقعة غير ممكنة الدفع والتوقع بصفة مطلقة الناتجة عن قوة أجنبية مثل العاصفة أو زلزلة الأرض)⁽¹⁾. كما عرفت أيضاً أنها (القوة القاهرة هي الحادث الذي لا يمكن تجنب مقاومته)⁽²⁾. كما عرفت أيضاً من جانب من الفقه الفرنسي بأنها (الظروف غير المتوقعة التي تعطي عذراً للشخص للتخلص من المسؤولية عن وعد قطعه أو صنعه أبرمها)⁽³⁾ 0 وعرفتها الأستاذة مازو بأنها (واقعة غير ممكنة التوقع والدفع والتي تمنع شخص ما من تنفيذ التزامه)⁽⁴⁾ كما عرفت أيضاً بأنها (حادث مجهول غير منسوب إلى المدين ويشمل بالمعنى الضيق تلك الأحداث التي تقع من قوى الطبيعة وحدها كالعواصف والفيضانات والزلازل ولكن في ظل المعنى الواسع والمضطرد لها أصبحت تعني كل حدث اجتمعت فيه خصائص القوة القاهرة ولو رجع إلى عمل الإنسان ويقع بين عمل الإنسان وعمل الطبيعة العديد من الأحداث التي تشكل دون شك قوة القاهرة بالمعنى الدقيق كالإضراب أو الحرب أو عمل الأمير)⁽⁵⁾ وعرفت أيضاً أنها (حادث يتحدد باستعماله التنفيذ الذي تفرع لعدة عناصر في القضية محل البحث واستحالة توقع الحدث ومنع وقوعه وأخيراً بغياب الخطأ)⁽⁶⁾. كما عرفت بأنها (كل أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون إن يكون هناك خطأ من جانب المدين)⁽⁷⁾.

(1) Jacob, net Journeau, ph, lareonsabilite ciril laloet azard t.1, dalloz, Paris,1972 no 383 p.157.

(2) Rene –rediere –la- responsabilite civil- 1952 paris –no 1412-1413 p44-45.

(3) Oxford advanced learners –encyclopedia –oxford –unpress 1922- hong kong – p350 أورده د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 12 0

(4) Mazeaod – (henre) –leon – et- jean :Droit Civil-T.II.Vol.I7eme ed no452

(5) Leon (j) – lecons dedriot –les –obligation – t97 – paris 1991- p 688 أورده د. صلاح محمد أحمد –القوة القاهرة وأثرها في قانون العمل – رسالة دكتوراه –كلية الحقوق جامعة أسيوط -1995- ص 15

(6) De –mouge –les –effects –obligation – tq- paris -1986 – p.57

(7) Fontiane (m) droit contracts – internationaux- analyses redaction clanes fec.1989 p.98 أورده د. صفاء تقي عبد نور – المرجع اعلاه – ص 13 0

نلاحظ مما سبق انه بسبب عدم وضع تعريف محدد للقوة القاهرة من قبل المشرع الامر الذي ادى الى اختلاف الفقهاء في تعريف القوة القاهرة وهذا الاختلاف ادى بهم الى اختلافهم في شروط القوة القاهرة ويمكن تعريف القوة القاهرة بأنها كل حدث لا دخل لإرادة الإنسان في حدوثه وغير ممكن التوقع والدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً" على نحو نهائي أو مؤقت أو جزئي 0 والسبب في اختيارنا هذا التعريف كونه يحتوي على الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة ويحتوي على اثر القوة القاهرة 0

المطلب الثاني

مدلول القوة القاهرة قضاءً⁽¹⁾

لقد تعرض القضاء العراقي لموضوع القوة القاهرة ويترتب على وقوعها إعفاء المدعى عليه من المسؤولية وقد عرضت على محكمة التمييز قضية أوضحت فيها المحكمة مفهوم القوة القاهرة على اعتبار أنها أمر خارجي يؤدي إلى حدوث الضرر مباشرة دون أن تتدخل في وقوعه إرادة أخرى وقد كانت محكمة بداءة بغداد في الحكم المطعون فيه أمام محكمة التمييز تعطي للقوة القاهرة مفهوماً واسعاً⁽¹⁾0

وفي قضية أخرى قررت محكمة التمييز بعدم اعتبار هطول الأمطار رغم غزارتها قوة القاهرة لأن الأمطار حتى وأن كانت استثنائية وغير متوقعة إلا أنها ممكنة الدفع وذلك بدرء نتائجها إذ كان شاغل الدار يستطيع تصريف المياه بواسطة الميازيب لو قام بتنظيفها ولكنه لم يفعل مما أدى إلى

تلف الجدران فأحدث ضرراً" للمؤجر ونلاحظ أن محكمة التمييز مصيبة في قرارها⁽¹⁾ .

(1) أنظر الحكم والظعن تمييزاً في القضية 2056/حقوقية/1955 بتاريخ 1956/1/24 منشور في القضاء المدني العراقي للأستاذ سليمان بيات ج1- 1962 - شركة الطبع والنشر الأهلية - ص283 وما بعدها حيث جاء في الحكم (تبين أن فيضان نهر دجلة سنة 1954 كان بشكل لم يسبق له مثيل في التاريخ وقد تعرضت من أجله مئات الألوف من السكان وأموالهم للغرق والتلف فكانت قوة القاهرة ألجأت الحكومة صيانة لهذه الأرواح والأموال من اتخاذ كافة التدابير المحكمة للتفريق من شدة الفيضان وتخفيض مناسيب النهر بأحداث ما ينبغي من كسرات)0

(1) محكمة تميز العراق في القضية: رقم القرار 33/ هيئة عامة / 1974 تاريخ القرار 1975/4/19 منشور في مجلة العدالة- مجلة تصدرها وزارة العدل العراقية- العدد الثاني السنة الأولى- 1975- ص398 وما بعدها حيث جاء في القرار (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز وجد أن محكمة الاستئناف أتباعاً لما

كما قد أتيح للقضاء فرصة التعرض لموضوع القوة القاهرة وكان ذلك في مناسبة حدوث فيضان نهر دجلة سنة 1954 في قضية أدعت فيها شركة المواد البنائية العراقية المحدودة لدى محكمة بداءة بغداد بأن ممتلكاتها قد أصيبت أثناء حادثة الفيضان شهر مارت سنة 1954 بأضرار بليغة وكان السبب الرئيسي في ذلك كسر السداد من قبل الحكومة في منطقة معامل الشركة وأن الشركة كانت تحافظ على ممتلكاتها بسداد وأنه في السنة المذكورة كانت سدادها أقوى من كل سنة إلا أن نسف الحكومة لسداد وخطوط سكة الحديد بغداد - كركوك القريبة من سدة الشركة قد أدى إلى غرق معمل الكونكريت ومعمل الطابوق المؤسسين وفق أحدث الطرق والمستوردة مكائنها من الخارج بمبالغ طائلة وكان هذا واقعاً للشركة على إقامة الدعوى على وزير المالية ووزير الزراعة إضافة لوظيفتهما مطالبة بالتعويض عما لحقهم من خسارة وما فاتها من كسب بسبب التوقف عن العمل إلا أن المحكمة قضت برد دعوى الشركة المدعية، ولعدم قناعة الشركة بهذا الحكم طلبت تدقيقه تمييزاً ونقضه وقد تأيد هذا الحكم تمييزاً⁽²⁾.

وفي قضية أخرى عرضت على محكمة تمييز العراق كان وكيل المدعين قد ادعى لدى محكمة بداءة دهوك بأن مديرية الطرق والجسور قامت خلال عام 1979 بتشديد جسر على وادي (زاويته) ومن جراء ذلك فقد كدست كميات كبيرة من الأحجار والأطيان على جانبي الجسر دون ترك منفذ للمياه الجارية في الوادي مما أدى إلى خزنها وتراكمها وراء الحاجز الترابي ونتيجة ضغط المياه على الحاجز المذكور أنهار وطغت مكوناته على بستان موكلية وأدى ذلك إلى أضرار في مفروشات موكلية رغم مطالبة المدعى عليه رئيس المؤسسة العامة للطرق والجسور ومديرية طرق محافظة دهوك فأنهما ممتنعان عن ذلك لذا طلب دعوتهما للمرافقة إضافة لوظيفتهما وإلزامهما بالتعويض فأصدرت محكمة بداءة دهوك بتاريخ 1980/2/1 حكماً حضورياً قابلاً للاستئناف والتمييز يقضي بإلزام المدعى عليهما إضافة لوظيفتهما بالتعويض فميز المدعى عليهما

جاء بقرار الهيئة العامة قد استوضحت من مديرية الأنواء الجوية عما إذا كانت الأمطار التي سقطت عام 1968 تعتبر حادثاً استثنائياً أو قوة القاهرة فأتضح من جوابها أن الأمطار التي هطلت في يومي 18 و19/4/1968 غزيرة ذات شدة عالية وتعتبر أحداثاً استثنائياً أما ما تبقى من السنة فكانت طبيعة (0)

(2) محكمة تمييز العراق في القضية 191/ حقوقية /59 بغداد بتاريخ 1959/2/23 منشور في القضاء المدني العراقي للأستاذ سليمان بيات - ص 280 ولقد جاء في قرار محكمة التمييز ما يلي:- (لدى التدقيق والمداولة تبين أن الأراضي الكائنة وراء السدة الشرقية كلها معرضة للغرق وقد اتخذتها الحكومة لدرء خطر الفيضان في بغداد فهي أذن مهددة بصورة عامة بالفيضان مهما كانت الأسباب وحيث ثبت من التقارير الفنية أن منسوب المياه الذي فيها الفيضان كان أعلى من مستوى السدة لذا لا يصبح لكسر السدة أو عدمه أثر مباشر في غمر هذه الممتلكات بالمياه ثم أن الأراضي وراء السدة الشرقية المغمورة بمياه الفيضان تختلف عن غيرها من الأراضي الزراعية الكائنة على ضفتي دجلة والتي هي بصورة عامة غير معرضة للفيضان وبهذا يصبح القرار موافقاً للقانون (0)

إضافة لوظيفتهما هذا الحكم وطلب وكيليهما نقضه وذلك للأسباب التي أوردتها في لائحته التمييزية
فقررت محكمة التمييز نقض الحكم المميز (1).

نلاحظ ان القضاء العراقي لم يقوم بتعريف القوة القاهرة في احكامه اعلاه وانما ذكرها باعتبارها
تعفي المدين من تنفيذ التزامه وبالتالي من التعويض اذا ما توافرت فيها شروط القوة القاهرة على
اعتبار انها امر خارجي عن المدين وغير ممكن التوقع والدفع وان تكون هناك علاقة سببية بين
وقوع القوة القاهرة والضرر 0

ولو انتقلنا إلى القضاء المصري نلاحظ أن محكمة النقض المصرية قد حاولت إعطاء تعريف للقوة
القاهرة فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في قراراتها إلى أن القوة القاهرة (حادث شاذ غير
عادي لم يتوقعه المرء ولا كان في أمكانه درؤه ويكون من نتيجته أنه ليس فقط يجعل الوفاء بالتعهد
عسيراً بل مستحيلاً كلياً) (2). هنا ذكر القضاء المصري ان القوة القاهرة حادث غير ممكن التوقع
والدفع ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً" وليس عسيراً" وألا فانها ليست قوة القاهرة 0

وقد ذهب القضاء المصري في أحد قراراته إلى اعتبار المخاطر غير المتوقعة الحدوث والتي لا
يستطاع دفعها من قبيل القوة القاهرة التي تعد سبباً للإعفاء من المسؤولية حيث ذهبت محكمة
النقض المصرية في قرار لها إلى أن التقرير البحري يرجع سبب العجز إلى الحالة الجوية الشديدة
الشاذة التي صادفت السفينة في رحلتها من أمواج عالية وعواصف طاغية أطاحت بجزء من
بضاعة السطح التي كانت تضم القدر المفقود موضوع هذه الدعوى على الرغم من المجهودات

(1) القرار رقم 365/ هيئة موسعة /82 تأريخ القرار 1984/5/30، منشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد
الأول لسنة 1984، ص16-17 وجاء في القرار (وجد ان الحكم الابتدائي المميز غير صحيح وذلك لان المدعين
قد عجزوا عن اثبات ادعائهم الوارد في عريضة دعواهم المقامة حول اقامة المميزين حاجزا" في الوادي وعدم
تركهما فيه منفذا" اثناء قيامهما بتنشيد جسر في وادي زاويته وان ذلك قد ادى الى انجراف مواد الحاجز الترابي
المذكور جراء المياه الطاغية في الوادي حيث تسبب في لحوق الاضرار ببساتنهم موضوع الدعوى وحيث لم
يثبت باي دليل صحة هذا الادعاء باقامة مثل هذا الحاجز في الوادي المذكور وحيث ان الكشف التي اجرتها
المحكمة لهذا الشأن لم تؤيد جميعا" صحة هذا الادعاء باقامة الحاجز بل الثابت من التقارير المرفوعة من
الجهات الرسمية ومنها تقرير مدير المشروع المبرز في الدعوى ان هطول الامطار الشديدة بصورة مستمرة هو
الذي تسبب في انجراف الاخشاب والاتربة الموجودة من داخل الوادي وتسرب قسم منها الى البستان العائد
للمدعين ولما كان الامر المذكور وهو الفيضان لا دخل للمميزين في حصوله وقد حدث نتيجة قوة القاهرة فلا
يسال عنهما المميزان قانونا") 0

(2) انظر قرارها رقم 113ق 1963 -الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين
عاما" /إعداد المحامي حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني/ج5 القاهرة-1982 - ص194 0

الشاقة التي قام بها الربان والبحارة لمقاومة تلك الحالة الشاذة وهذا يكفي لتوافر عناصر القوة القاهرة ويصلح سبباً قانونياً للإعفاء من المسؤولية (1) 0

كما عرفت المحاكم المصرية القوة القاهرة بأنها (الأمر الذي لم يكن ممكناً توقعه ومن شأنه أن يجعل الوفاء بالتعهد مستحيلاً) (2) 0 وهنا أيضاً "اشتُرطت المحكمة ان تكون القوة القاهرة غير متوقعة وان تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً" وليس عسيراً 0

كما عرفت أيضاً " (كل حادث مستقل عن أرادة المدين ولم يكن في الوسع توقعه أو مقاومته) (3) هنا اشترطت ان تكون غير متوقعة وغير ممكنة الدفع 0

كما قضت محكمة النقض المصرية ما يلي (يشترط في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذي يترتب عليه استحالة التنفيذ وينقض به الالتزام عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية) (4) 0

كما قد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أنه (وأن جاز لحارس الأشياء أو الآلات الميكانيكية في 178/2 مدني نفي مسؤولية المفترضة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر بإثبات ما وقع كان بسبب أجنبي لايد له فيه إلا أنه يشترط أن يكون السبب الذي يسوقه لدفع المسؤولية محددا لا تجهيل فيه ولا أبهام سواء كان ممثلاً في قوة قاهرة أم حادثاً مفاجئاً). (5) وقد جاء حكم لمحكمة النقض المصري ما يلي (أن مسؤولية الحارس قيامها على أساس خطأ مفترض عدم درئها إلا بإثبات وقوع الضرر بسبب أجنبي لايد للحارس هذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة....) (6) هنا اشترطت المحكمة كما نلاحظ ان مسؤولية الحارس تقوم الا اذا اثبت ان وقوع الضرر بسبب القوة القاهرة والتي يجب ان تتوافر فيها شروطها 0

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن القضاء ببراءة سائق السيارة المؤمن عليها لدى الطاعة لقيام سبب أجنبي أثره انقطاع علاقة السببية بين فعله والنتيجة الضارة وانتفاء قرينه الخطأ

(1) نقض مدني مصري / طعن رقم 272 لسنة 31 ق – جلسة 1966/5/17 - حسن الفكهاني-المرجع السابق- ص 612 0

(2) استئناف مصر 28 مارس 1948، التشريع والقضاء – السنة (2) القسم الثاني- القضاء- ص 7 0

(3) مصر الابتدائية -3 يناير- 1952 –المحاماة -33- ص 301 0

(4) طعن رقم 2 لسنة 46 ق جلسة 1979/3/19 أورده عبد الحكم فودة –المرجع السابق –ص 303-304 0

(5) نقض مدني مصري – طعن رقم 385 لسنة 30 ق جلسة 1965/3/25 منشور في حسن الفكهاني –المرجع السابق – ص 396 0

(6) نقض مدني مصري – طعن رقم 303 لسنة 32 ق جلسة 1966/11/23 –ص 763 0

المفترض في جانب حارس الشيء وعلة ذلك السبب الأجنبي سبب قانوني عام للإعفاء من المسؤولية الجنائية أو المدنية (1) ، القضاء المصري قد عرف القوة القاهرة ونلاحظ ان اغلب التعاريف تشترك في انها يجب ان تكون حدث خارجي وغير ممكن التوقع والدفع وتؤدي الى استحالة في التنفيذ 0

ولو انتقلنا إلى القضاء الفرنسي نرى أن محكمة النقض الفرنسية في قرار لها فقد ذهبت إلى أن القوة القاهرة (هي حدث خارجي يقع على نشاط التزام المدين)(2) هنا اشترط ان يكون الحدث خارجي أي ليس من فعل المدين 0

وعرفت محكمة النقض الفرنسية بأنها (القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذي يعفي من المسؤولية هو الحادث الذي لم يكن من الممكن توقعه والذي جعل الوفاء بالتعهد مستحيلاً)(3) نلاحظ هنا ان المحكمة قد اشترطت عدم التوقع وان تكون هناك استحالة في التنفيذ ولم تذكر المحكمة غير ممكنة الدفع على اعتبار ان الاستحالة في التنفيذ يعني ان يكون الحدث غير ممكن الدفع .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن فكرة القوة القاهرة تجد أساسها في حدوث واقعة لا يمكن التنبؤ بوقوعها وتكون غريبة عن الشخص الذي يتمسك بها وخارجة عن إرادته وبناءً على ذلك فإن التوقيف والاعتقال لا يشكلان من حالة القوة القاهرة(4).

وقد كانت محكمة النقض الفرنسية لا تعتبر الأحداث الطبيعية كهبوب العواصف أو تراكم الجليد بحد ذاتها قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً إلا إذا توافرت فيها صفات القوة القاهرة وإذا لم تتوافر فيها فلا تعتبر كذلك ففي قضية فرنسية تتلخص وقائعها بأن مسافر سقط على رصيف محطة فكسرت ساقه فأقام دعوى تعويض على مصلحة سكك الحديد فدفعت مصلحة السكك بأن تراكم الجليد على الرصيف يعد قوة القاهرة فقضت محكمة استئناف باريس بإلزام المصلحة بالتعويض تأسيساً على

(1) طعن 3410 لسنة 69ق ، جلسة 2000/6/27 منشور في موسوعة مراد لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية - أعداد د. عبد الفتاح مراد - ج3- القاهرة - ص241-242 وقالت المحكمة في أسباب الحكم :- إذ كان القضاء ببراءة سائق السيارة المؤمن عليها لدى الطاعة لقيام سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ كما يقطع علاقة السببية بين فعله والنتيجة الضارة ،..... وذلك لأن السبب الأجنبي سبب قانوني عام للإعفاء من المسؤولية الجنائية كانت أو مدنية 0

(2) Cass 1en CIN, 26raai 1994 J.C.P41, n11 أورده د.صفاء عبد تقي عبد نور - المرجع السابق- ص13 0

(3) أورده د. أياد عبد الجبار ملوكي المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية - رسالة دكتوراه - كلية القانون - جامعة بغداد - مطبعة بابل - بغداد - 1979-1987- ص241 0

(4) نقض مدني فرنسي في 14/5/1969 منشور في مجلة المحامون السورية - العدد (6) السنة (35) -1970- ص56

أنه كان بوسع المصلحة أن تكسو الجليد بطبقة من الرمل لتفادي وقوع أي حادث وأضافت المحكمة بأن الإحداث الطبيعية ليست في حد ذاتها قوة قاهرة بل يجب إن تكون غير متوقعة الحصول ولا يمكن ردها حتى توصف بالقاهرة⁽¹⁾ 0

القضاء الفرنسي قد اشترط أيضا " في القوة القاهرة ان تكون خارجية عن المدين وان تكون غير متوقعة وغير ممكنة الدفع لكي تكون قوة قاهرة 0

ولهذا نلاحظ ان القضاء العراقي قد اشترط في الواقعة المكونة لقوة القاهرة ان تكون خارجية وغير ممكنة التوقع والدفع وان تكون هناك علاقة سببية بين القوة القاهرة والضرر وان لم يتم بتعريف القوة القاهرة ، اما القضاء المصري والفرنسي فقد عرف القوة القاهرة واشترط فيها ان تكون خارجية وغير ممكنة التوقع والدفع 0

(1) حكم فرنسي في 29 نوفمبر 1957، منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة (4) العدد(1) - ص137

المبحث الثاني

تميز القوة القاهرة عما يشته به من أوضاع أخرى

قد تشتهب القوة القاهرة مع أوضاع أخرى تتشابه معها ألا ان هناك ثمة اختلافات فيما بينها وهذه قد تطرأ في أثناء تنفيذ العقد وهي ما يسمى بالظروف الطارئة وهي قد تشترك معها في سماتها وخصائصها إلا أنها تختلف من حيث الأثر الذي يترتب عليها وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول كما سنقوم بتمييز القوة القاهرة عن حالة الضرورة وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني كما أن هناك من حاول إيجاد تمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ على الرغم من أن كليهما من صور السبب الأجنبي الذي يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية على الرغم من أن هناك من قال بوحدة القوة القاهرة والحادث المفاجئ وهذا ما سنتناوله في المطلب الثالث.

المطلب الأول

تمييز القوة القاهرة عن الظروف الطارئة

تنص الفقرة الأولى من المادة (146) من القانون المدني العراقي على ما يأتي (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون...) هذا يعني أنه متى أنقذ العقد صحيحاً ولازماً وجب تنفيذه في جميع ما أشتمل عليه مع ما يوجب حسن النية على أن نظرية الظروف الطارئة استثناء من القاعدة العامة الذي ينفذ منه قاضي الموضوع لينال من العقد بالتالي ليوهن من قوته الملزمة بقوة القانون⁽¹⁾.

ونصت الفقرة الثانية من المادة (146) من القانون المدني العراقي على انه (إذا طرأت حوادث استثنائية ولم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام العقدي أن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين.... أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول) أن مقتضى نظرية الظروف

(1) إسماعيل العربي- نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني - بغداد - 1947 - ص 17 .

الطارئة أنه إذا طرأت على العقد أثناء تنفيذه حوادث استثنائية وغير متوقعة وكان من نتيجتها أن تنفيذ الالتزام أصبح مرهقاً للمدين ويهدده بخسارة فادحة إذا تم تنفيذه بالحال والكيفية التي تم الاتفاق عليها عند أبرام العقد فإنه يجوز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وأن تزيل الضرر الذي يلحق المدين قدر الإمكان من أجل إعادة العقد إلى حالة التوازن الاقتصادي⁽¹⁾.

أن نظرية الظروف الطارئة تتطلب بالضرورة وقوع حادث استثنائي عام قبل تنفيذ العقد أو أثناء تنفيذه ويقصد بالحادث الاستثنائي العام الحادث الذي يندر وقوعه بحث يبدو شاذاً بحسب المؤلف من الأمور أي بعيداً عما اعتاده الناس، فلا يعول الرجل العادي متوسط الحرص عليه ولا يدخل مطلقاً في حساباته كالحروب والفيضانات والزلازل وهجوم الجراد على الأراضي الزراعية انتشار الأوبئة وفرض التسعيرة الجبرية وحوادث الغضب والعصيان والحرب الأهلية⁽²⁾.

لكن ما هو الحادث الاستثنائي ؟ يقصد بالحادث الاستثنائي أنه قد يكون في صورة واقعة مادية (كالحروب والفيضانات والحريق وتساقط الثلوج) وقد يتمثل في صورة عمل قانوني كصدور تشريع استثنائي يمنع الاتجار بسلعة معينة أو بفرض تسعيرة جبرية على أنواع معينة من السلع على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد⁽³⁾.

كما يلزم أن يكون الحادث عاماً وطارئاً ويقصد بعمومية الحادث إلا يكون خاصاً بالمدين وحده أو بعدد قليل من الناس فلا يجوز للمدين على سبيل المثال أن يتذرع بموت أبنه أو عزيز عليه أو بمرض أصابه أو حريق ألتهم مصنعه للتمسك بنظرية الظروف الطارئة وتجدر الإشارة إلى أن ذلك لا يعني أن الحادث يجب أن يشمل الناس جميعهم فالمهم هو أن يشارك المدين غيره من الناس في كونهم ضحية الحادث⁽⁴⁾.

(1) د. غازي عبد الرحمن ناجي / التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه – مركز البحوث القانونية – بغداد – 1986 – ص 59.

(2) د. علي محمد علي المولى – الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري – دراسة مقارنة رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – 1991 – ص 240.

(3) د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 43 وما بعدها .

(4) د. سليمان مر قس – نظرية العقد – دار النشر للجامعات – القاهرة -1956- ص 341.

وقد جاء في مذكرة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أن (الحوادث الاستثنائية ينبغي إلا تكون خاصة بالمدين بل يجب أن تكون عامة وشاملة لطائفة من الناس كفيضان عالٍ أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء)⁽¹⁾.

هذا ويقصد بكون الحادث طارئاً أن يكون غير متوقع الحصول عند أبرام العقد أي لا يكون قد ورد في حساب المدين ولم يكن في وسعه توقعه في ذلك الوقت وبخلافه لا يجوز له التمسك بنظرية الظروف الطارئة فالمدين لو كان قد توقع أو إذا كان بإمكانه أن يتوقع وقوع الحدث عند أبرام العقد فإن هذا بالضرورة أنه أرتضى التعاقد الالتزام رغم علمه بإمكانية وقوع الحدث⁽²⁾.

وتعد مسألة كون الحادث متوقعاً أو غير متوقع مسألة وقائع يستقل بتقديرها قاضي محكمة الموضوع ولا رقبه عليه من محكمة التمييز طالما أقام حكمها على أسباب سائغة ومقبولة⁽³⁾.

ومن جانب آخر فإنه يلزم لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة أن يكون من غير الممكن تفادي الحدث أو درء نتائجه الضارة ببذل جهد معقول من قبل المدين فلو كان بإمكان المدين درء الحدث ومنع وقوعه وتفاذي نتائجه الضارة ولم يفعل فإنه عندئذٍ يعتبر مقصر وعليه أن يتحمل نتائج تقصيره ومعيار الحدث ممكناً تفاديه هو معيار شخصي يعتد بظروف المدين الشخصي وإمكاناته الخاصة كما أن المسألة هي مسألة وقائع يستقل بتقديرها قاضي محكمة الموضوع ولا رقبه عليه من محكمة التمييز⁽⁴⁾.

ويلاحظ أن النظرية تفترض لانطباقها أن حادثاً وقع بعد قيام العقد وقبل التنفيذ وإن هذا الحادث قد أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجوداً وقت الانعقاد ومقتضى هذا أن تكون هناك فترة زمنية تفصل بين انعقاد العقد وتنفيذه لذا فإن العقود التي تنطبق عليها النظرية هي أن تكون متراخية التنفيذ وهذه هي عقود المدة سواء كانت ذات تنفيذ مستمر أو دوري⁽⁵⁾.

متى توافرت شروط نظرية الحوادث الطارئة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول للقاضي أذن سلطة تعديل العقد لا

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / ج 2 / ص 282 .

(2) د. فاضل شاعر الأنعمي - نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون - رسالة ماجستير - مطبعة دار الجاحظ - بغداد - 1969 - ص 50 .

(3) المصدر نفسه - ص 51 .

(4) د. محمد علي الطائي - نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقد الإداري - مجلة القضاء - العددان 1 و 2 - بغداد - 1982 - ص 87 .

(5) د. عبد المنعم فرج صدة - المرجع السابق - ص 335 .

لإزالة كل خسارة عن عاتق المدين بإعادة التوازن الذي كان قائماً عند التعاقد بين الادائين المتقابلين بل للحد من فداحة الخسارة التي ستصيب المدين إلى القدر المعقول وهذا يعني توزيع الخسارة المألوفة بين الطرفين وللقاضي سلطة تقديرية في اختيار الطريق المناسب لذلك وقد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان وقتياً ينتظر زواله ولكن لا يجوز على أية حال أن يحكم القاضي بالفسخ بناءً على طلب المدين⁽¹⁾.

من خلال ما تقدم يمكن معرفة أوجه الشبه بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة فالنظريتان تجمعهم وحدة المنشأ والأصل فالحادث الذي يتسبب في خلق الظروف الطارئة قد يكون هو نفسه المتسبب في خلق القوة القاهرة إذ أن قيام الحرب أو حدوث الزلزال أو وقوع إضراب قد ينتج عنه أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً أو أن يصبح مستحيلاً استحالة مطلقة بالإضافة إلى وحدة الأصل فأن شروط كلتا النظريتين تكاد تتماثل إذ يشترط في الحادث أن يكون مما لا يمكن توقعه وغير ممكن دفعه وتجنب نتائجه كما إن النظريتين تلتقيان في أن تحققهما يتم عن طريق المفاجئة والمباغطة وهو ما يجسد عنصر استقلال الحدث عن إرادة المدين أو كما يسميه البعض انتفاء الإسناد أو عنصر الخارجية فالمدين يأخذ بالحدث من غير أن يعد العدة لملاقاته بالوسائل المناسبة⁽²⁾.

وتشترك النظريتان أيضاً في أن أثرهما ينصب على مرحلة تنفيذ الالتزام إذ أن كلاً منهما ينشئ عوائق أو صعوبات في مجال التنفيذ⁽³⁾، أي أن تحدثا في الفترة اللاحقة على أبرام العقد⁽⁴⁾ 0 وعلى الرغم من التشابه بين النظريتين إلا أن هناك ثمة اختلافات بينهما وهي أن كلتا النظريتين تختلفان من حيث شرط العمومية إذ يشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاماً أي شاملاً لطائفة من الناس ومغطياً لمساحة إقليمية واسعة وليس قاصراً على المدين وحده⁽⁵⁾ في حين لا تتطلب نظرية القوة القاهرة أن يكون عاماً بل يكفي وقوع حوادث فردية خاصة لا يتعدى أثرها المدين نفسه كإضراب عمال المصنع مثلاً⁽⁶⁾.

(1) د. إسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - مكتبة عبد الله وهب - مصر - 1966 - ص 317-318.

(2) د. صفاء تقي - المرجع السابق - ص 45.

(3) إسماعيل العربي - المرجع السابق - ص 62.

(4) د. حسين عامر - المرجع السابق - ص 405.

(5) د. غازي عبد الرحمن ناجي - المرجع السابق - ص 78.

(6) المصدر نفسه - ص 79.

أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يقتصر على المسؤولية العقدية⁽¹⁾ فقط فلا مجال لتطبيق النظرية المذكورة في مجال المسؤولية التقصيرية بخلاف القوة القاهرة التي يمكن تطبيق أحكامها في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية معاً⁽²⁾.

وتختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة في أن الأولى تنطبق أياً كان الشيء محل الالتزام العقدي سواء كان شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بالنوع بعبارة أخرى لا فرق إذا كان سبب الإرهاق راجعاً إلى تغير القيمة الاقتصادية للمثلثات أو القيميات⁽³⁾.

أما نظرية القوة القاهرة فلا تجد مجالاً للتطبيق إذا كان الشيء الهالك من المثلثات إذ إن المثلثات لا تهلك، عليه فإن هلاك الشيء المثلي (المعين بالنوع) لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ التزام المدين مطلقاً إذ من اليسير على هذا الأخير الحصول على شيء مثلي آخر بديلاً عن ذلك الذي هلك فالمثلثات تتماثل في أحداها ويقوم بعضها مقام البعض في الوفاء⁽⁴⁾.

وكذلك تختلف النظريتان من حيث درجة تأثير كل منهما على تنفيذ العقد فأهم ما يميز الظرف الطارئ هو أنه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وحسب إما حدث القوة القاهرة فإنه يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة⁽⁵⁾.

وتختلف النظريتان من أن سلطة المحكمة عند تطبيق كل من النظريتين فيها اختلاف إذ إن دور القاضي في حالة الظروف الطارئة يقتصر على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إما بزيادة التزامات الدائن أو بإنقاص التزامات المدين على نحو يؤدي إلى العودة بالعقد إلى حالة التوازن الاقتصادي التي فقدها بسبب الظروف الطارئة بحيث يتسع دور المحكمة عند تطبيق أحكام نظرية القوة القاهرة إذ إن عليها أولاً التعرف على نوع القوة القاهرة من خلال مجمل الوقائع والإحداث والظروف المحيطة بالعقد ومن ثم الحكم بوقف العقد شريطة العودة إلى تنفيذه بعد زوال القوة القاهرة من دون تغيير في التزامات الأطراف هذا إذا كانت القوة القاهرة مؤقتة إما إذا كانت دائمة فيتوجب عليه بحكم القانون فسخ العقد وإنهاء الرابطة العقدية.

(1) المادة (168) والمادة (211) مدني عراقي.

(2) د. حسين عامر – المرجع السابق – ص 141.

(3) د. إسماعيل غانم – المرجع السابق – ص 316.

(4) د. صفاء تقي – المرجع السابق – ص 46.

(5) سنتعرض مفصلاً للاستحالة المطلقة في الفصل الأول من الباب الثاني .

وتختلف نظرية الظروف الطارئة بأن أحكامها من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو الخروج عنها⁽¹⁾. أما أحكام نظرية القوة القاهرة فليست من النظام العام فلا يوجد ما يمنع من اتفاق المتعاقدين على استبعادها بشرط صريح في العقد كأن يتم الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة⁽²⁾ أو إن يتقاسم المدين والدائن تلك التبعة.

كذلك تختلف النظريتان من حيث إن تطبيقها ينقل عبء الإرهاق على عاتق المتعاقدين تحقيقاً لمبدأ العدالة وإعادة التوازن الاقتصادي المختل وبذلك تكون التبعة مقسمة بين الطرفين إما تحمل تبعة القوة القاهرة فتنقل من المدين إلى الدائن وحده بحيث ينقضي الالتزام بسبب القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وبهذا يبقى التوازن المختل مختل أيضاً ولكنه ينتقل من طرف إلى آخر بحكم القانون⁽³⁾.

المطلب الثاني

تمييز القوة القاهرة عن حالة الضرورة

تنص المادة (212) على إن (1- الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها 2- فمن أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول على ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة) وكذلك نصت المادة (213) في الفقرة الثانية منه على أنه كل من سبب ضرراً "للغير وقاية لنفسه أو لغيره لا يكون ملزماً بالتعويض إلا الذي تراه المحكمة"⁽⁴⁾.

هذا يعني بأن لا يلزم محدث الضرر للغير في حالة الضرورة إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً ويستتبع هذا إما إن تخفف المسؤولية ويكون ذلك إذا لم يكن المضرور قد ساهم بنصيب في قيام حالة الضرورة فتقوم مسؤولية محدث الضرر ولكن في صورة مخففة حسبما يرى القاضي الحكم به من تعويض يتناسب والظروف التي ألجأته إلى ارتكاب العمل الضار ويمكن إن يرجع

(1) الفقرة (2) من المادة (146) مدني عراقي.

(2) الفقرة الأولى من المادة (259) مدني عراقي والتي نصت على (يجوز الاتفاق على إن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة).

(3) إسماعيل العمري – المرجع السابق – ص 64.

(4) الفقرة (2) من المادة (213) مدني عراقي (فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذي سبب لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً).

المضرور أو محدث الضرر على الغير الذي ارتكب الفعل الضار وقاية لنفسه أو ماله وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب إذا تحققت شروطها⁽¹⁾ 0

ولكن هل تعد حالة الضرورة قوة قاهرة أم لا ؟ 0

للإجابة عن هذا السؤال يجب تعريف حالة الضرورة ويقصد بحالة الضرورة موقف من أحدث ضرراً نتيجة فعل منه كان الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر اكبر، كما في حالة سائق السيارة الذي صدم قطعاً من الماشية لتفادي الاصطدام المميت بأحد الأشخاص⁽²⁾.

تتشابه كلتا النظريتين إذ قد يكون الحادث الذي يؤدي الى حالة الضرورة قد يكون هو نفسه المتسبب في خلق القوة القاهرة وتتشابه النظريتين من حيث استقلال الحدث عن ارادة المدين (محدث الضرر) أي ان تحققهم يتم عن طريق المفاجئة والمباغنة 0

وينكر البعض صراحة أماكن اعتبار حالة الضرورة قوة قاهرة حيث إن استحالة المقاومة في حالة الضرورة لا تكون كاملة فالاستحالة هنا تكون أدبية آذ يستطيع الشخص الموجود في حالة الضرورة في حدود معينة تجنب الضرر الذي أحدثه وينتهي إلى إن حالة الضرورة ما هي إلا انعدام للخطأ وهذا ما يقرره الأستاذ Aboaf⁽³⁾.

ومن قال إن حالة الضرورة هي حالة شخص وضع في خيار بين ضررين أحدهما يلحق به والآخر يلحق بالغير فيقوم بمنع الأول وتفاديه مما ينجم عنه مخالفة قاعدة قانونية فهو بين أن يتحمل خطراً وشيك الوقوع وبين إن يخالف قاعدة قانونية ففي بعض الحالات حينما يتصرف الشخص لا يكون لأرادته دور ما ويغدو ألعبوبة في متناول قوى لا يمكن دفعها وهو بالتالي لا يتصرف إلا عن إجبار وإكراه⁽⁴⁾.

وان أهم ما تختلف فيه حالة الضرورة عن القوة القاهرة أنه في حالة الضرورة يمكن للشخص إن يتحمل الضرر الذي يتهدهه دون الالتجاء إلى تفاديه بإحداث ضرر للغير إما القوة القاهرة فأنها تلجئ إلى وقوع ضرر للغير إذ لا سبيل إلى دفعه أو مقاومته ولعل ما يميز القوة القاهرة عن حالة الضرورة من الناحية النظرية هو دور الإرادة الفرد في حالة الضرورة يختار بين إن ينفذ الالتزام

(1) د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر- المرجع السابق - ص 178 .

(2) د. إبراهيم الدسوقي - الإغفاء من المسؤولية المدنية في حوادث السيارات - دار النهضة العربية - القاهرة - 1975 - ص 197 .

(3) Aboaf: Letat de necesstte etla responsabilite delictuelle paris 1941 no.87. أورده د. إبراهيم الدسوقي - المرجع السابق - ص 199.

(4) د. صلاح محمد احمد - المرجع السابق - ص 290 .

ويفرضه عليه العقد أو القانون ويتحمل بذلك ضرراً" وبين إن يخالف هذا الالتزام ويتفادى بذلك الضرر، كما انه في حالة الضرورة فإنه يصبح مسؤولاً بعكس حالة القوة القاهرة التي تعد سبباً من أسباب الإغفاء⁽¹⁾.

ويقول الأستاذ (Aboaf) إن الشخص في حالة الضرورة له الخيار في إحداث الضرر أو عدم إحداثه وبالتالي فلا يوجد شرط عدم إمكان دفع الحدث وهو احد الشروط الأساسية في القوة القاهرة ويرى إن حالة الضرورة في حقيقتها عمل إرادي بينما إن القوة القاهرة تفرض الاستحالة المطلقة على الشخص في التصرف وينتهي كذلك إلى إن حالة الضرورة عبارة عن عمل اختياري لا خطأ فيه ولكنها لا تكون قوة القاهرة فهي فعل أو سبب معفى مستقل⁽²⁾.

ولهذا فإن أنصار هذا الرأي يرون في حالة الضرورة فعلاً شخصياً يستند إلى المدعى عليه وبالتالي فلا يمكن إن تكون قوة القاهرة.

هناك من يذهب إلى انه يجب لتكييف حالة الضرورة ومعرفة هل كانت تعتبر قوة القاهرة من عدمها عدم الوقوف عند حد حالة الضرورة والرجوع إلى السبب الذي أوجد هذه الحالة فحالة الضرورة تستوجب وجود سبب سابق لها وهذا السبب قد يكون راجعاً إلى القوة القاهرة كما إذا فوجئ قائد السيارة أثناء سيره بسقوط شجرة على يمين الطريق فوق سيارته مما دفعه إلى الانحراف إلى أقصى اليسار وترتب على ذلك حدوث ضرر أخف بالسيارة الأخرى لا يتناسب البتة مع ما كان معرضاً للإصابة به من أضرار فإن السائق يوجد أمام قوة القاهرة⁽³⁾.

ولكن يلاحظ إن القانون قد يرتب على حالة الضرورة أحكام خاصة من حيث المسؤولية والتعويض وهذا ما نصت عليه المادة (213) مدني عراقي⁽⁴⁾ أما القوة القاهرة فإن القانون قد رتب عليها إن يكون المدين غير ملزم بالضمان كما نصت عليه المادة (211) مدني عراقي والتعويض كما نصت عليه المادة (168) مدني عراقي.

(1) Louis – court TEAUD – Lanotion no de force majeure, these P.26

أورده د. صلاح محمد احمد – المرجع السابق – ص 290 .

(2) Aboaf – letate denecessite etla.op.cit. no.88

(3) د. إبراهيم السوقي – المرجع السابق – ص 201.

(4) تقابله المادة (168) مدني مصري (من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً).

المطلب الثالث

تميز القوة القاهرة عن الحادث المفاجئ

يعد الحادث المفاجئ احد صور السبب الأجنبي التي عدتها المادة (211) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (إذا أثبت الشخص إن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث مفاجئ أو قوة القاهرة ... كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك).

ولهذا نلاحظ في القانون المدني العراقي إن هناك من الفقهاء من ذهب إلى إن المادة (211) منه لا تميز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي شأنها في ذلك شأن المادة (165) مدني مصري حيث ذكرت القوة القاهرة والحادث المفاجئ كتعبيرين مترادفين⁽¹⁾.

نلاحظ ان المشرع العراقي قد استخدم (أو) هي في الحقيقة انه لا يريد التفرقة بينهما وانما اراد ان يكونا نفس المعنى ونفس الاثر وهذا ما سنراه .

ونرى إن المشرع العراقي قد اقر بالتفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ في قانون النقل رقم 80 لسنة 1980 حيث نصت المادة (11) منه على ما يأتي (لا يجوز للناقل إن يدفع مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب إلا إذا أثبت أن ذلك الضرر يرجع إلى خطأ الراكب أو إلى قوة القاهرة نتيجة عن عوامل خارجية لم تتبع من دائرة نشاط الناقل ولم يكن في الإمكان توقعها أو تلافي أثارها) 0

يظهر بوضوح إن نص المادة (11) من قانون النقل يفرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ لأن هذه المادة أشرت على أن تكون ناتجة عن عوامل خارجية لم تتبع من دائرة نشاط الناقل وبذلك تكون هذه قد استبعدت الحادث المفاجئ لأن ركن الخارجية في القوة القاهرة هو الذي يميزها عن الحادث المفاجئ.⁽²⁾

(1) د. عبد المجيد الحكيم – المرجع السابق – ص 538-539 .

(2) د. علي ضاري خليل – المرجع السابق – ص 52 0

ويثار تساؤل هنا عما إذا كان كل منهما يخص سبباً مستقلاً عن غيره من الأسباب التي تؤدي الى الاعفاء من المسؤولية أم أن كلا من المصطلحين مترادفان يعبران عن معنى واحد⁽¹⁾.

وهناك من الفقهاء لا يرى سبباً أجنبياً معفياً إلا القوة القاهرة التي تتميز بصفة الخارجية فأنصار هذا الرأي يميزون بين القوة القاهرة المعفية والتي تتميز بالخارجية عن الشئ وبين الحادث المفاجئ الذي يتميز بمصدره الداخلي بالنسبة لاستعمال الشئ ويمثل للأولى بفعل الطبيعة وللثانية بفعل الشئ كانهجار آلة مصنع وخروج قطار من الشريط وكان من نتيجة هذا التمييز أن قصرُوا دفع المسؤولية عن القوة القاهرة دون الحادث المفاجئ⁽²⁾.

إن هذا الرأي لا يجوز التسليم به إلا عند من يقولون بنظرية تحمل التبعة إذ يجوز عند أصحاب هذا الرأي أن يكون الشخص مسؤولاً عن الحادث المفاجئ دون القوة القاهرة⁽³⁾.

وهناك من يميز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ انه إذا كانت الاستحالة مطلقة فتوجد قوة القاهرة أما إذا كانت الاستحالة نسبية فيوجد الحادث الفجائي⁽⁴⁾.

وهذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح لأن الاستحالة في كل من القوة القاهرة والحادث المفاجئ يجب إن تكون استحالة مطلقة⁽⁵⁾.

هناك من يقول بأن القوة القاهرة هي حادث يستحيل دفعه أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه⁽⁶⁾ ، فتوزع الخصيصتان استحالة الدفع وعدم أماكن التوقع ويكفي في نظر هؤلاء أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع إذ لا يتطلب اجتماع الخصيصتين وهذا الرأي لا يجوز الأخذ به لأن كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي يجب أن تجتمع فيه كلا الخصيصتين عدم أماكن التوقع واستحالة الدفع ولا يكفي وجود أحد هاتين الخصيصتين لانعدام الرابطة السببية⁽⁷⁾.

(1) د. إبراهيم الدسوقي - المرجع السابق - ص 188 .

(2) د. سليمان مرقس - المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - - القسم الأول الأحكام العامة - أركان

المسؤولية المدنية - الضرر والخطأ والسببية - ط2- معهد الدراسات العربية - القاهرة - 1971 - ص493

(3) د. السنهوري - المرجع السابق - ص995 .

(4) د. علي عبيد عودة- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر- رسالة ماجستير - لكلية القانون- جامعة بغداد - 1977- ص312.

(5) د. السنهوري - المرجع أعلاه- ص995 .

(6) د. علي عبيد عودة - المرجع السابق - ص312.

(7) د. السنهوري - المرجع أعلاه- ص995.

أما الفقه المصري فقد سار على نفس النهج الذي سار عليه الفقه الفرنسي فلم يفرق هو أيضاً بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ بل ساوى بينهما في الأثر المعفى من المسؤولية حيث ذهب معظم الفقهاء في مصر إلى أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ لا يقوم على أساس صحيح⁽¹⁾. والقانون المدني المصري كذلك لا يقر التمييز بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة ويظهر ذلك بوضوح من نص المادة (165) من القانون المدني المصري وكذلك من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري والتي جاء فيها (ويكون هذا السبب الأجنبي بوجه عام حادثاً فجائياً أو قوة القاهرة وليس ثمة محل للتفريق بينهما.....)⁽²⁾.

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية في حادثة سقوط طائرة (بأن السبب الأجنبي لا يكون إلا قوة القاهرة أو حادث مفاجئ.....)⁽³⁾، فنلاحظ هنا أيضاً القضاء المصري قد أستخدم (أو) وهي لاتعني بأن هناك تفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ وإنما اراد بهما نفس المعنى .

أما القانون المدني الفرنسي لا يميز في الآثار بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لأن أكثرية مواد القانون التي تشير إلى القوة القاهرة أو الحادث الفجائي إنما تشير إليه بدون تمييز ودون أن يربط كل من هذين المفهومين بآثار مختلفة كالمادة (1148، 1348 ف4، 1733، 1784) من القانون المدني الفرنسي 0

لهذا نلاحظ أن الاتجاه في الفقه في مصر والعراق⁽⁴⁾، يساوي تماماً بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ويجعل منهما تطبيقاً واحداً لهذه الصورة من صور السبب الأجنبي ، ولهذا نلاحظ أنه في الواقع قد يكون هناك اختلاف لغوي في المعنى فقط، أما من الناحية القانونية وعلى الأخص في ما يتعلق بالآثار المعفي ل كليهما فلا يوجد أي اختلاف بينهما إذ أن كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي يعتبر سبباً أجنبياً معفياً من المسؤولية إذا توافرت فيه شروط السبب الأجنبي فهما ينفيان العلاقة السببية التي هي الشرط في المسؤولية المدنية.

(1) د. محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 128 وأيضاً د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - ج 2- الالتزامات- الفعل الضار- المسؤولية المدنية- القسم الأول - 1988 - ص 468 .

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري -المرجع السابق - ص 378 .

(3) نقض مدني 12 ديسمبر -1959، مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة 10 العدد 3 (1966) ص 111.

(4) د. السنهوري -المرجع السابق- ص 354، وأيضاً د. سليمان مرقس -المرجع السابق- المسؤولية المدنية - ص 494، وأيضاً إبراهيم الدسوقي -المرجع السابق- ص 365 وأيضاً د. أحمد حشمت أبو ستيت -المرجع السابق- ص 335 وأيضاً عبد المجيد الحكيم -المرجع السابق- ص 538 وأيضاً عبد النعم فرج صدة -المرجع السابق- ص 501 .

الفصل الثاني

شروط القوة القاهرة وعبء اثباتها والرقابة على محكمة الموضوع

لقد اختلف الفقهاء في عدد الشروط الواجب توافرها لكي تعتبر واقعة معينة سبباً أجنبياً (قوة القاهرة) فيرى اتجاه بأنه يجب إن تتوافر في الواقعة ركنان هما السببية وانتفاء الإسناد الذي يتحقق بكون الواقعة أجنبية وغير متوقعة وغير ممكنة الدفع⁽¹⁾.

ويحدد اتجاه آخر هذه الشروط بشرطين هما: إلا يكون للمدين يد في القوة القاهرة وذلك بالألا يكون قد ساهم في حدوثه، وان يكون قد جعل التنفيذ على الوجه المرضي مستحيلاً، وإما شرطاً عدم التوقع واستحالة الدفع ففيهما تفصيل للشرط الجوهري الذي يجب أن يتوافر في القوة القاهرة حتى ينتقي به خطأ المدين وهو شرط استحالة التنفيذ⁽²⁾. إما الدكتور محمود سعد الدين الشريف⁽³⁾ فيرى بأن القضاء قد حدد الشرائط التي ينبغي توافرها حتى تتحقق (القوة القاهرة) وهذه الشروط الأربعة هي أن يكون الحادث المعتبر سبباً أجنبياً (قوة القاهرة) غير منسوب إلى خطأ المدين أو مسبوق به وأن يكون أمراً لا يمكن دفعه وأمراً لا يمكن توقعه وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً على المدين 0 ويشترط الدكتور السنهوري في الواقعة لكي تعد قوة القاهرة شرطي عدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفع⁽⁴⁾. ويشترط اتجاه آخر في الواقعة لكي تعتبر قوة القاهرة ثلاثة شروط:-

1- عدم نسبة الحادث إلى المدعى عليه 2 - عدم إمكان التوقع

3- عدم إمكان الدفع⁽⁵⁾.

(1) د. سلمان مرقس - مصادر الالتزام - المرجع السابق-ص483-484 ، ود. اياد عبد الجبار ملوكي - المرجع السابق - ص226، و د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق-ص258 .

(2) د. إسماعيل غانم - المرجع السابق-ص52، و Radouant (J) Ducas Fortuit et dela Force majeure . P.122. these Paris 1920 . عن ا. حامد شاكر الطائي - استحالة التنفيذ واثرها على الالتزام العقدي - رسالة ماجستير- جامعة بابل - كلية القانون - 2002 - ص114 0 .

(3) انظر مؤلفه - المرجع السابق-ص316 .

(4) انظر مؤلفه - المرجع السابق-ص995.

(5) د. محمد كامل مرسي - المرجع السابق-ص129 وأيضاً د. أنور سلطان - المرجع السابق-ص539.

ويشترط اتجاه آخر في الفقه الفرنسي بان شروط الواقعة المدعاة بأنها قوة قاهرة هما شرطين (عدم إمكان التصور، واستحالة التنفيذ) نجد إن هذا الفقه قد اشترط عدم إمكان التصور واشترط أيضاً استحالة التنفيذ والتي لا تقوم إلا إذا توافر فيها عنصر عدم إمكان المقاومة ويتفق معهم الفقيه (B. Boncasse) في هذه الشروط⁽¹⁾.

ويشترط الفقيه (Exner) شرطين (شرط الخارجية وشرط الأهمية والشيوع) ولم يذكر هذا الفقه كذلك شرطي عدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفع ولكن يلاحظ أن المقصود بشرط الخارجية هو إن تكون الواقعة خارجية عن المدين وإن تتصف بطبيعة غير عادية وإن تكون ذات قوة خارقة ويقصد بكونها غير عادية عدم إمكانية دفعها وتجنب آثارها ووقوعها⁽²⁾.

ويرى البعض بأن السبب الحقيقي في هذا الاختلاف قد يكون مرده إلى التعريف الذي وضعه كل فقيه من هؤلاء للقوة القاهرة فمن واقع هذا التعريف استقى كل فقيه شروط القوة القاهرة واختلاف هؤلاء الفقهاء وبالتالي انقسامهم في تحديد أو بيان المنطقة التي يجب أن يبحث في مجالها (القوة القاهرة) إلى اتجاهين، اتجاه يرى بأن البحث ينبغي أن يكون في منطقة أو مجال السببية وهؤلاء هم أنصار الاتجاه الموضوعي بينما الاتجاه الثاني يرى أنه يجب أن يكون البحث في منطقة أو مجال انعدام الخطأ وهؤلاء هم أنصار الاتجاه الشخصي أو النظرة الشخصية وقد انعكس هذا الاختلاف بدوره على التعريف الذي يراه كل اتجاه مما أدى بالتالي إلى انعكاس هذا الاختلاف أيضاً على تحديد الشروط وكذلك قيام اتجاه ثالث وسط يحاول التوفيق بين أنصار الاتجاهين الموضوعي أو الشخصي وهذا بدوره أدى إلى زيادة الشروط⁽³⁾.

مما سبق يتضح لنا إن شروط القوة القاهرة هي شرط العلاقة السببية بين الفعل والضرر وهذا ما نتناوله في المبحث الأول ونبحث في المبحث الثاني شرط الخارجية ونتناول في المبحث الثالث شرط عدم إمكانية دفع الحدث والتوقع ، والسبب في اختيارنا لهذه الشروط لأن هذه الشروط يجب أن تتوافر في الواقعة المدعاة بأنها قوة قاهرة أي يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين القوة القاهرة والضرر أي يجب أن يؤدي وقوع القوة القاهرة إلى وقوع الضرر وأن تكون الواقعة

(1) Courteaud (Louis): nationde force majeure enmatiere de responsabilite contractuelle et delictuelle. These. Crenoble 1932.P.86.

B. Boncasse ET Baudry: Lacontinerie ed 1926 tome 3. P. 552

(2) د. علي عبيد عودة – المرجع السابق- ص309 وكذلك د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي –المرجع أعلاه- ص314-315.

(3) المصدر نفسه- ص302-303.

خارجية عن المدين غير منسوبة الى فعل المدين وهذا ما يسمى استقلال الحدث عن ارادة المدين ويجب ان لا يتوقعه المدين عند تنفيذ العقد وان يكون غير ممكن الدفع باي حال من الاحوال وسنحاول في هذا الفصل معرفة من يتحمل عبء القيام باثبات الواقعة المتنازع عليها ورقابة محكمة الموضوع وهذا ما سنبحثه في المبحث الرابع عبء اثبات القوة القاهرة ورقابة محكمة الموضوع⁰

المبحث الأول

شرط العلاقة السببية بين الفعل والضرر

يقصد بالسببية إن يكون الفعل الذي جعل وقوع الفعل الضار محققاً والذي يعتبره (قوة القاهرة) أي أنه جعل من الاستحالة على متسبب الفعل الضار الوفاء بالواجب القانوني الذي ينسب إليه الإخلال به (1) 0

وهذا ما يسمى في إطار المسؤولية العقدية (استحالة الوفاء)⁽²⁾.

فالمدعي عليه الذي يدفع المسؤولية العقدية التي تقع عليه يدعى بأن الضرر قد نشأ عن واقعة لا شأن له بها ولا يسأل عنها وان ما يشترط في هذه الواقعة إن تكون هي فعلاً سبب حدوث الضرر أي تتوافر بين تلك الواقعة والضرر الحادث علاقة سببية مباشرة وهذا هو المقصود بشرط السببية. فبالنسبة إلى استحالة الوفاء في إطار المسؤولية العقدية سنجد انه من الآثار التي تترتب على القوة القاهرة هو جعل الالتزام العقدي مستحيل التنفيذ أي نفي الرابطة السببية بين فعل المدين وبين عدم التنفيذ وبالتالي امتناع مسائلته عن الضرر الذي حدث للدائن ومن ثم انقضاء الرابطة العقدية وانفساخ العقد وذلك عملاً بالمادة (177) مدني عراقي⁽³⁾ ،

(1) سنتكلم وبشكل أكثر تفصيلي عن الرابطة السببية في المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الثاني
(2) د. سليمان مرقس - مصادر الالتزام - المرجع السابق- ص484. وأنظر د. سليمان مرقس -الوافي- المرجع السابق- ص478 .

(3) المادة (177) من القانون المدني العراقي نصت على ما يأتي (1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعذار إن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، على انه يجوز للمحكمة إن تنظر المدين إلى اجل كما يجوز لها إن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته ، 2- ففي عقد الإيجار، إذا امتنع المستأجر عن إيفاء الأجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الإجازة وفي عقد البيع يجوز للبائع أو المشتري إن يطلب الفسخ إذا لم يؤدي العاقد الآخر ما وجب عليه العقد) .

والمادة (159) مدني مصري⁽¹⁾ ويشترط لانقضاء التزام المدين بسبب استحالة التنفيذ ما يأتي:

1- إن تكون الاستحالة مطلقة على المدين ولا يكفي إن تكون استحالة نسبية أي التي يستطيع إن يتغلب فيها المدين إذا بذل جهد استثنائي.

2- إن تكون موضوعية أي تنصب على محل الالتزام ويلحق بها إذا كان المحل متصل بشخص المدين ويستحيل عليه تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة فلا تكفي الاستحالة الشخصية والتي ترجع إلى ظروفه الاقتصادية بل يجب إن تكون مطلقة.

3- إن يكون مصدر الاستحالة أجنبياً فلا يكون للمدين دخل في وقوعها⁽²⁾.

يتضح من ذلك إن للاستحالة معياراً "موضوعياً" تكون في حدود قدرات الرجل العادي إذا ما وضع في مثل هذه الظروف فإنه يستحيل عليه في هذه الحالة تنفيذ التزامه 0

والاستحالة قد تكون مادية كهلاك الشيء المطلوب تسليمه أو إن تكون معنوية كموت شخص عزيز على فنان التزم بالغناء في حفلة ويكون من المستحيل وهو في مثل هذه الظروف إن ينفذ التزامه⁽³⁾0

وقد اتجهت المحاكم إلى ذلك عند تقريرها للاستحالة وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بالحكم الآتي : (لا يعد حادثاً مفاجئاً مبرئاً للالتزام إن يعرض للمؤمن له مرض يعجزه عن الانتقال لسداد قسط التأمين في اليوم الأخير من الميعاد المقرر للأداء)⁽⁴⁾.

وهذا يعني أن القضاء لم يعتبر المرض ظرفاً للاستحالة إما في إطار المسؤولية عن الأشياء فيقصد بالسببية إن واقعة محددة وأجنبية عن الحارس كانت هي السبب الحقيقي لتدخل الشيء في الحادث الذي سبب الضرر أي إن تكون الواقعة قد سخرت الشيء في إحداث الضرر وإن يكون الحارس قد استحال عليه إن يتصرف بصورة تمكنه من دفع الضرر بسبب كون الحادث مما لا يمكن التغلب عليه⁽⁵⁾.

والاستحالة التي يعتد بها هي التي تحول دون إمكان قيام الرجل المعتاد بتنفيذ التزامه وتنتفي منها أية مغالبة للحادث بصورة موضوعية يؤخذ فيها بالاعتبار مسلك الرجل المتوسط في الحرص في

(1) المادة (159) مدني مصري (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) .

(2) د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام (دراسة مقارنة) ج 1- مصادر الالتزام 02 14 هـ - 1982م - مطبوعات جامعة الكويت - ص109.

(3) د. عبد الحكم فودة - المرجع السابق- ص301- 302 .

(4) أورده د. محمود سعد الدين الشريف - المرجع السابق - ص321 .

(5) د. أياد عبد الجبار ملوكي - المرجع السابق- ص225- 226 .

مثل هذه الظروف العارضة وبديهي أن لا يعتد بصعوبة التنفيذ التي تجعل الالتزام مرهقاً للمدين أو عسيراً عليه⁽¹⁾ ، وللسببية أهمية خاصة إذ أنها تشير إلى المسؤول الحقيقي عن الفعل الضار وما نتج عنه من ضرر ثم أنها تقوم بتحديد مدى المسؤولية التي تقع على المسؤول⁽²⁾.

من المعروف إن خطأ المدين يتمثل إما في عدم تنفيذه لالتزامه أو في التأخير في هذا التنفيذ أو التنفيذ الجزئي ومعروف أيضاً إن كيفية إثبات هذا الخطأ تختلف بحسب نوع الالتزام الذي وقع الإخلال به وما إذا كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة أو كان التزام بمجرد بذل عناية حيث يعتبر المدين مخطئاً في ظل الالتزام الأول بمجرد عدم تحقيق النتيجة المطلوبة ما لم يقدّم هو الدليل على أن عدم تحققها إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيها⁽³⁾ بينما يفترض في الالتزام الثاني إن المدين قد بذل القدر اللازم من العناية الواجبة عليه ومن ثم يفترض فيه أنه غير مخطئ إلى إن يثبت الدائن عكس ذلك أي أن المدين قد قصر في بذل القدر اللازم من العناية الواجبة عليه.

إن المقصود بالعلاقة السببية إرجاع الاستحالة إلى القوة القاهرة هو الذي أدى إلى حدوث عدم التنفيذ أي إن تتوافر بين القوة القاهرة وبين عدم التنفيذ علاقة إسناد مباشرة يتم من خلال تلك العلاقة إسناد عدم التنفيذ إلى القوة القاهرة وقد يثار تساؤل حول العلاقة السببية (علاقة الإسناد) حول إذا كان يكفي الإسناد المادي أو الموضوعي البحث أم أنه يشترط إلى جانب ذلك ضرورة توافر علاقة نفسية أو روحية في العلاقة الإسناد وهذا ما يطلق عليه تسمية الإسناد المعنوي أو القانوني والذي يتعلق بالجانب النفسي أو الإنساني في مجال بحث علاقة الإسناد والرأي الذي يميل إليه الدكتور عبد الوهاب⁽⁴⁾ هو إن العلاقة الإسناد هذه لا تكون إلا علاقة مادية بحتة فلا يشترط فيها إلا إسناد عدم التنفيذ إلى القوة القاهرة إسناداً مادياً بحتاً خاصاً وإن المقصود بإثبات القوة القاهرة هو نفي المسؤولية بهدم القرينة التي تسند إلى عدم التنفيذ إلى المدين وإسنادها بالتالي إلى السبب الأجنبي الذي يكون في صورة قوة القاهرة متمثلة في زلزل أو براكين وبالتالي فإنه لا يمكن بحث العنصر النفسي أو الإنساني لتلك الحوادث.

(1) د. محمود سعد الدين الشريف – المرجع السابق- ص320.

(2) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – المرجع السابق- ص262.

(3) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق- ص197 وانظر أيضاً في هذا المعنى جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية (أنه يكفي لقيام الخطأ في المسؤولية العقدية ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة على العقد ولا ترفع عنه المسؤولية إلا إذا قام هو بإثبات إن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة القاهرة....) نقض 1986/3/24 الموسوعة الذهبية لحسن الفاكهاني .

(4) د. عبد الوهاب الرومي – المرجع أعلاه - ص201 .

وهناك من أشار بوضوح إلى إن هذه العلاقة لا تكون إلا علاقة مادية بحتة⁽¹⁾.

ونجد ان هناك اشارة الى العلاقة السببية في القرارات التي يصدرها القضاء في العراق ومصر وفرنسا إذ يستشف منها وجوب توافر شرط السببية فقد قررت محكمة التمييز في إحدى قراراتها بما يأتي (ينتفي الالتزام إذا اثبت الملتزم إن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه ولا قبل له بدفعه أو التحرر منه والمرجع في تقدير ذلك إلى محكمة الموضوع وكانت محكمة الموضوع قد استخلصت من ذلك إن المميز بسبب هذا المرض لم يكن مقصراً لأنه سبب أجنبي لا قبل له بدفعه.....)⁽²⁾.

كما ذهبت محكمة التمييز إلى (وجد إن مرض الطالبة قد ثبت بالتقارير الطبية الصادرة من الجهات المختصة في الخارج..... وان التأكيد قد تم بعد فحص الطالبة في حينه والاطلاع على التقارير الطبية لذا فلا وجه لإهدارها وعدم الأخذ بها وان العقد قد نص على عدم المطالبة بالنفقات في حالة المرض فضلاً عن إن قراراً من الوزارة كان قد صدر بإعفاء الطالبة من المصاريف وبقبول التقارير الطبية المقدمة من قبلها فلا مبرر لمطالبتها ثانية بعد صدور هذا القرار من المرجع المختص لذا يكون الحكم المميز بما قضى به موافقاً للقانون....)⁽³⁾ يتضح من هذين القرارين أن محكمة التمييز قد أوجبت توافر شرط السببية الذي تمثل في المرض الذي أصاب طالب البعثة في الخارج ومنعه من أكمال دراسته وتنفيذ العقد وبذلك توافرت علاقة سببية بين المرض وبين الضرر وهو عدم تنفيذ العقد. إما محكمة النقض المصرية فقد ذهبت في قرار لها إلى (لا ترتفع مسؤولية الناقل عن سلامة الراكب إلا إذا أثبت هو -أي الناقل- إن الحادث نشأ عن قوة قاهرة...)⁽⁴⁾

وتقدير وجود العلاقة السببية من المسائل التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع ولا تخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة الموضوع متى كان تقديرها سائغاً مقبولا⁽⁵⁾.

المبحث الثاني

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل -المرجع أعلاه - ص265 .

(2) القرار رقم 431/حقوقية/65 تاريخ القرار 1965/7/25، قضاء محكمة تمييز العراق المجلد الثالث، مطبعة الإرشاد - بغداد 1969- ص20.

(3) القرار رقم 398/مدنية أولى/1974 تاريخ القرار 1975/2/26 مجلة القضاء -العدد الثالث، السنة الواحدة والثلاثون، تموز/أب/أيلول/1976 ص212-213.

(4) نقض مدني مصري الطعن رقم 300 لسنة 31 ق جلسة 1996/1/27 س17، ص199 منشور في حسن الفاكهاني - المرجع السابق- ص654.

(5) د. أياد عبد الجبار ملوكي - المرجع السابق- ص226 .

شرط الخارجية

يطلق على هذا الشرط أيضاً شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين⁽¹⁾ ويعتبر هذا الشرط من شروط القوة القاهرة والذي يتحقق إذا كانت الواقعة المعتبرة قوة القاهرة خارجية عن إرادة المدعى عليه (المدين) والذي لا يمكن نسبته إليه بأي حال من الأحوال ويمكن أن نستخلص هذا الشرط من النصوص القانونية التي تذكر بأن الإغفاء من المسؤولية يكون بإثبات (القوة القاهرة) الذي لا يسند إلى المدعى عليه (المدين) ويقصد بهذا الشرط أن يكون الحدث خارجاً عن إرادة المدين فلا يتسبب في حدوثه ولا يسبقه أو يقترب به خطأ المدين ولا ينجم عن إهمال أو تقصيره⁽²⁾ وشرط الخارجية ليس شرط حديث فقد أستلزمه القضاء منذ بداية تطبيق أحكام المسؤولية الموضوعية في عام 1896م عندما رفضت محكمة النقض الفرنسية الإغفاء في الحالة التي يرجع فيها الضرر إلى عيب في الشيء حتى لو كان هذا العيب غير معلوم من المدعى عليه وإن لم يكن شرط الخارجية قد تحدد بعد وإشارة الأحكام إليه لم تكن صريحة وواضحة واستمر هذا الوضع حتى عام 1928م إذ نجد أن بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية تصيغ هذا الشرط وتظهر أهميته وضرورته ولكن مع شيء من التردد⁽³⁾ واشتراط استقلال الحدث عن إرادة المدين يبدو منطقياً وتحقيق العدالة كما أنه يتماشى أيضاً مع مبدأ حسن النية فمن غير المنطقي و من غير العدل أن يسمح للمدين بالاستفادة من عدم تنفيذ العقد إذ كان عدم التنفيذ يعزى إلى خطأه كما إن شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين يفضي إلى حماية الدائن من تدخل المدين سيء النية في أحداث الضرر بصورة مباشرة أو غير مباشرة⁽⁴⁾.

ويتخذ هذا الشرط (شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين) صياغات متباينة إذ يتنوع هذا التعبير عن هذا الشرط من قانون إلى آخر .

(1) د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق- ص18.

(2) د. علي ضاري خليل –المرجع السابق- ص41.

(3) نقض مدني فرنسي في 16/يونيو/1896، دالوز، 1897- 433 حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أن العيوب الخفية في ماكينة الرجل الذي أدى انفجاره إلى موت احد العمال أو خطأ صانع ذلك الرجل ، لا تعتبر قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً يعفي مالك الرجل من المسؤولية أورده د. إياد عبد الجبار ملوكي – المرجع السابق – ص 228.

(4) د. شريف محمد غنام – اثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية – دار النهضة العربية – القاهرة – 2000 – ص 38.

ف نجد مثلاً أن المشرع العراقي يستعمل مصطلح (لا يد للمدين فيه) إذ تنص المادة (168) من القانون المدني العراقي على ما يأتي 0 إذ 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...) أما القانون المدني المصري فقد استعمل المصطلح نفسه إذ نصت المادة (215) مدني مصري على (إذ 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 ...) في حين نجد أن المشرع الفرنسي يستعمل عبارة (سبب أجنبي لا شأن لإرادة المدين فيه) في المادة (1147) مدني فرنسي.

يعد شرط الخارجية أمراً ضرورياً و حتمياً للقول بالقوة القاهرة وهذا أمر لا يخالطه شك أمام صراحة النصوص القانونية وأمام المنطق ومبدأ النوايا الحسنة فإذا كانت القوة القاهرة تتطلب شرطاً فإن هذا الشرط سيكون خارجية الحدث عمن يدعيه ولكون القوة القاهرة سبباً أجنبياً فيجب أن تكون أجنبية عن المدين وعندئذ ينبغي على المحاكم أن تفرق وتميز بين سبب عدم التنفيذ الأجنبي عن المدين وبين ذلك الذي يعود إليه⁽¹⁾.

لقد تطلب الفقه في فرنسا وفي مصر وفي العراق⁽²⁾ هذا الشرط .

ونجد ان هناك اتجاه⁽³⁾ يشترط لتحقيق القوة القاهرة أن لا يكون للمدين يد في وقوع الحدث، فإذا كانت الواقعة المانعة من التنفيذ ليست أجنبية عن المدين بل تتعلق به لا تعتبر قوة القاهرة ولا يترتب عليها ما يترتب على القوة القاهرة .

وكذلك هناك⁽¹⁾ من يهتم بهذا العنصر ويرى أن الخارجية إنما تعني أن يكون الحدث خارجياً بحسب طبيعة الأشياء خروجاً مادياً عن المدين وعن منشأته ، ولكنه يرى أن شرط الخارجية يندرج تحت

(1) إن القضاء قد اعترف بهذا الشرط على الرغم من أن الفقه قد تردد في إقراره ولكن إمام تطور المسؤولية لم يجد الفقه والقضاء مناصاً من الاعتراف به وإقراره وأنظر في ذلك د. محمد إبراهيم الدسوقي / شرط انقطاع الصلة بين المسئول والسبب الأجنبي / مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية جامعة أسيوط 1979/ص232 وما بعدها أورده د. صلاح محمد أحمد – المرجع السابق- ص86 .

(2) د. علي عبيد عودة لقد تطلب هذا الشرط وأطلق عليه شرط انتفاء الإسناد –المرجع السابق- ص295 وأيضاً د. علي ضاري خليل أطلق عليه ركن انتفاء الإسناد (الخارجية) –المرجع السابق- ص20 وأيضاً د. صفاء تقي عبد نور –أطلق عليه شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين – المرجع السابق- ص18 ود. عبد الرزاق السنهوري يستلزم هذا الشرط ودرجه ضمن شرط انتفاء خطأ المدين وهذا الخطأ الذي يكون راجعاً على القوة القاهرة ويتسبب في حدوثها كما قد يكون لاحقاً لوقوع القوة القاهرة ويتسبب في عدم التنفيذ فهنا لا قول بالإعفاء من المسؤولية .

(3) د. عبد الحي حجازي – المرجع السابق- ص435.

(1) د. سليمان مرقس –المرجع السابق- ص204-205.

شرط انتفاء الإسناد الذي يشمل إلى جانب شرط الخارجية شرطي عدم التوقع وعدم القدرة على الدفع .

كما يرى البعض⁽²⁾ وجوب أن تكون القوة القاهرة أجنبية حقاً وبصورة خالصة بالنسبة للمدعى عليه وما يسأل عنه من أشخاص أو أشياء .

كذلك نجد البعض⁽³⁾ يذكر شرط الخارجية ويعتبره أمراً طبيعياً لأن القوة القاهرة التي تنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو سبب عام وعمومية السبب تقتضي النوى به عن خصوصية قدرة المدين أو ذاتية الشيء ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت القوة القاهرة حادثاً خارجياً ومن تطبيقات شرط الخارجية بالنسبة لحوادث السيارات عدم اعتبار كسر أو تلف جهاز ألبريك أو كسر جهاز القيادة أو تلفه أو حدوث انفجار في إطار السيارة لسبب قدمه أو سوء حالته أسباباً خارجية عن السيارة وإنما هي أمور داخلية تتعلق بتركيبها وتكوينها فأى حادث يقع بالسيارة يتحلل البحث عن سبب هذا الحادث هل هو سبب داخلي لصيق بالسيارة أم أنه سبب خارجي عنها؟⁽⁴⁾ في الحالة الأولى يعتبر أمراً داخلياً لصيقاً بالسيارة وبالتالي لا يمكن إعفاء حارسها عما يحدث من ضرر من جراء هذا الحادث إما الحالة الثانية فأن سبب الحادث يعتبر خارجياً عنها ويمكن اعتباره سبباً أجنبياً لإعفاء الحارس والحادث يفترض في مثل هذه الأحوال أنه حصل بفعل السيارة وعلى حارسها أثبات ما يخالف ذلك بأن يرد سبب انفجار إطارها إلى إطلاقاً أطلقها شخص معين⁽⁵⁾ والخارجية طبقاً للرأي السائد ألا يتسبب المدين فيه وألا يسبقه أو يقترن به خطأ من جانبه وإن يكون أجنبياً أو خارجاً عنه فلا يعتبر سبباً أجنبياً إذا كان المدين قد تسبب فيه بفعله ولو كان لا يشكل خطأ عقدياً كما لو ألتزم رب العمل بإلحاق عامل أجنبي في خدمته ولكن استحالة عليه ذلك بسبب رفض السلطات التصريح للعامل الأجنبي بالعمل نظراً لسابقة تشغيل رب العمل النسبة المصرح لها من العمال الأجانب إذ لا يعد رفض السلطات هنا سبباً أجنبياً لأنه كان فعل وليد فعل المدين وإن لم يشكل هذا الفعل خطأ عقدياً⁽¹⁾. ولغرض تحقق شرط الخارجية فلا بد ألا يكون للمدعى عليه بالذات أو بالواسطة شأن في

(2) د. محمد إبراهيم الدسوقي - المرجع السابق - ص 242.

(3) د. محمد شتا أبو سعد - المرجع السابق - ص 205.

(4) د. أياد عبد الجبار ملوكي - المرجع السابق - ص 229 وكذلك د. عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق - ص 233.

(5) راجع قرار محكمة التمييز المرقم 24/مدنية الثالثة 1975/بتاريخ 1975/6/22 مجموعة الأحكام العدلية - العدد الثاني، السنة السادسة، 1975م، ص 58 وما بعدها .

(1) د. عبد الحكم فودة - المرجع السابق - ص 299-300.

الحادث⁽²⁾، ففي قضية جاء فيها (أنه يشترط في السبب الأجنبي أن يكون حادثاً عفوياً بعيداً عن كل تقصير أو إهمال من جانب من يتمسك به فوق استيفائه شرطي السببية وانتفاء التوقع وقد طبق ذلك على الوديع الذي ترك الوديعة في خزانته ووضع مفتاح الخزانة فوقها وأعتبر ذلك إهمالاً منه سهل في السرقة وبالتالي رفض اعتبار السرقة سبباً أجنبياً أو قوة قاهرة⁽³⁾).

كذلك يجب إلا يكون الضرر راجعاً إلى خطأ صدر من المدعى عليه وذلك لأن الخطأ هنا لا يمكن وصفه أجنبياً لأنه المجال الطبيعي لأعمال مسؤولية الإنسان لا لدفعها كما يتفرع عن هذا الشرط وجوب أن تكون الواقعة غير متوقعة الحدوث وغير ممكنة الدفع لأنه لو كانت الواقعة ممكنة الدفع والتوقع فأن المدعى عليه يكون مخطئاً بعدم توقعه وتلافيه⁽⁴⁾.

لكن ما المفهوم الذي يقال بصدد شرط الخارجية هل هو مفهوم نفسي يتحدد كعنصر مستقل عن إرادة المدين وليس بالضرورة أن يقع خارج نطاق عمله أو نشاطه أي انه يمكن داخل نطاق عمله أو نشاطه أم أنه مفهوم مادي ينبغي على العكس أن يجد مصدره خارج شخص المدين وخارج نطاق نشاطه خاصة مشروعه صناعياً كان أم تجارياً أم زراعياً أم هو مفهوم ينطوي على الجانبين؟!⁽⁵⁾ أن المفهوم المادي يحقق ضماناً أكبر عند عجز المدين عن تنفيذ التزامه لسبب يرجع إلى دائرة النشاط الاقتصادي الذي يمارسه وهو الأمر الذي يؤدي إلى مفهوم موضوعي للمسؤولية وإقرار لنظرية المخاطر حيث يتحمل المدين المسؤولية عن المخاطر الناجمة عن النشاط الذي يمتنه وهذا قد مال بعض فقهاء القانون المدني⁽⁶⁾ إلى المفهوم المادي للخارجية وميز بين الحادث المفاجئ الذي لا يعفى المدين من المسؤولية وبين القوة القاهرة التي تعد سبباً للإعفاء وهم بذلك إنما أرادوا إدخال المسؤولية الموضوعية عن الأخطار ضمن المسؤولية العقدية بهدف إلا يعفى المدين من المسؤولية عن واقعة تعود إليه حتى ولو لم تكن قد حدثت نتيجة خطأ منه.

ولقد كان (Exner)⁽¹⁾ أول القائلين بهذه النظرية حيث يرى أن القوة القاهرة ليس الحادث المفاجئ وحده الذي يؤدي للإعفاء من المسؤولية دونما شك في سلوك المدين ويجب لكي يشكل الحدث قوة

(2) د. سليمان مرقس - الوافي - المرجع السابق- ص 482-483.

(3) استئناف مختلط 22 مارس 1939 أورده د. سليمان مرقس - الوافي - المرجع أعلاه- ص 488.

(4) د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق- ص 230.

(5) د. صلاح محمد أحمد - المرجع السابق- ص 88.

(6) Exner, La nation de fore majeure, theorie de la responsibilite daus contract de transport, traduction seligmann, paris, 1892 p.96.

(1) Exner, op,cit, p.96.

قاهرة إن يكون خارجياً عن المدين الذي يدعيه وعن مشروعه ، أما الاتجاه الآخر فقد ذهب إلى أن هذا الشرط يقوم في مضمونه على واقعة شخصية بحتة تقوم على تحليل موقف المدين بعكس الحالة بالنسبة لفكرة أو علاقة الإسناد التي يفترضها شرط إن ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي فهذه الفكرة تعتبر واقعة مادية بحتة بينما شرط الخارجية فهو شرط يثير ويبحث واقعة شخصية هدفها الربط بين عدم التنفيذ وبين سلك وموقف المدين تجاهها⁽²⁾.

ويذهب اتجاه في الفقه بأنهم لا يتفقون مع ما ذهب إليه بعض الفقه⁽³⁾ من القول بأن الخارجية يعتبر واقعة مادية بحتة شأنها في ذلك شأن علاقة الإسناد . فالبعض يرى إن هذا الشرط يقوم في موضوعه ومضمونه على فكرة شخصية بحتة الهدف منها التأكد من عدم وجود ما يمكن نسبته إلى المدين أو بمعنى آخر ثبوت أنه لا يوجد أي شائبة في موقف أو مسلك المدين تجاه استحالة المدين ويؤكد بالتالي عبارة "لا يد له فيه" أو "لا شأن له فيه" وهذا الرأي هو الذي أخذ به القضاء المصري صفة الخارجية على اعتبار أنها واقعة ذات طابع شخصي⁽⁴⁾ كما إن بعض الفقه المصري⁽⁵⁾ يأخذ بهذا الاتجاه فيرى إن فكرة الخارجية ماهي إلا انتفاء الإسناد في معناها أو مضمونها الشخصي فالحادث لا يعتبر أجنبياً عن المدين في رأيه متى كان من صنعه شخصياً أو من صنع الأشياء أو الأشخاص الذين عليه ضمانهم أو كان قد نشأ عن خطأ المدين أو خطأ من هم تحت رعايته أو كان في وسعه توقعه وتلافيه فقصر في ذلك.

وإذا ما انتقلنا إلى الفقه الفرنسي نجد إن الأستاذ ستارك⁽⁶⁾ قد أخذ الخارجية بمعناها الشخصي وأن تكون الواقعة المدعاة بأنها سبب أجنبي (قوة القاهرة) خارجة عن المدين وهناك من الفقه الفرنسي من ذهب إلى رأي أكثر ترجيحاً فرأيه أن فكرة الخارجية قد أخذها بمعناها الشخصي المتمثل في عدم إمكانية مقاومة المانع أو عدم توقعه وقد سار على نفس هذا كولان وكابيتان⁽¹⁾ في أن فكرة أو صفة الخارجية إنما هي فكرة شخصية المقصود منها قياس مسلك المدين تجاه الواقعة كما ذهب اتجاه آخر في الفقه الفرنسي إلى القول بأن صفة الخارجية تعني عدم إمكان نسبة الخطأ إلى المدين

(2) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق- ص208 .

(3) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – المرجع السابق- ص197 .

(4) حكم محكمة الرايلي الجزئية – الصادر في 17 ماير 1960 المجموعة الرسمية – س- 6- ص513 أورده د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي المرجع أعلاه- ص209.

(5) د. سليمان مر قس – الوافي - المرجع السابق- ص224 .

(6) د. إبراهيم الدسوقي – المرجع أعلاه- ص256.

(1) A. Colin et H. Capitant: cours elementaire deDroit Civil francais 4 eme-ed. T. 11.

p. 129. أورده أ. حامد شاكرا الطائي – المرجع السابق – ص114 0

وانه للقول بتوافرها يتطلب تحليل أرادة المدين كما أكد هذا الفقه بأن توافر صفة الخارجية إنما يشكل دليلاً على مدى حرص المدين واستجابته السرية وحرصه على تنفيذ التزاماته بالشكل المطلوب والذي يحقق مصلحة الدائن ويؤكد كذلك على أنه يعامل مصلحة الدائن وكأنها مصلحته هو⁽²⁾ وفي هذا المعنى يرى بعض الفقه بأن انتفاء الخطأ من جانب المدين يعني قيام الخارجية ولذا فإنه يأخذ صفة الخارجية بمعناها الشخصي⁽³⁾.

مما تقدم نلاحظ أن الفقه قد اختلف بصدد تحديد معيار استقلال الحدث عن إرادة المدين إذ من الفقه اخذ بالمعيار الشخصي والذي يعني عدم مشاركة إرادة المدين في أي وقت وبأي شكل في أحداث القوة القاهرة وهذا المعيار يلقي على المحكمة عبء تحليل موقف المدين ودراسة نفسيته وسلوكياته لمعرفة ما إذا كان قد ساهم في حدث القوة القاهرة. ونظراً للصعوبة التي يثيرها الأخذ بالمعيار الشخصي فمن الفقه من أتجه إلى اعتماد المعيار الموضوعي في تقدير شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين ووفقاً لهذا المعيار فإن الشرط المذكور يتحقق إذا كان ذلك الحدث بعيداً عن دائرة عمل أو نشاط المدين وعندئذ يسمى الاستقلال بالاستقلال المادي الموضوعي⁽⁴⁾ أن الأخذ بالمعيار الموضوعي في الواقع يضيق من نطاق تطبيق الشرط إذ يقلل من حالات التخلص من المسؤولية⁽⁵⁾،

لذلك تميل معظم القوانين الأخذ بالمعيار الشخصي⁽¹⁾. وقد يبذل القضاة جهداً للتعرف على الدور الذي تلعبه إرادة المدين في حدوث الواقعة لان الأحداث والوقائع الإرادية ليست أمراً واضحاً في جميع الأحوال فقد تدق التفرقة بينما هو إرادي وما هو غير إرادي من هذه التصرفات بشكل يجعل التمييز بينهما أمراً صعباً⁽²⁾.

LEBREQUIR(Yves): L'volution de la nation de force majeure matiere (2)
contractuelle Etade jarispru – dentielle these. Unversite du nice 1978 p. 127

أورده د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق- ص213.

Savatier: Tratite de la presponsabilite civil en droit francais, T.Ies sources de I (3)
rresponsibility civil 2e ed 191, no 185. اورده أ. زينة كاظم الهاشمي – اثر السبب الأجنبي في

المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة - رسالة ماجستير – كلية الحقوق – جامعة النهرين – 2002 – ص43 0

(4) د. محمد علي عثمان ألفقي – استحالة تنفيذ الالتزام وأثارها – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني – دار النهضة العربية – القاهرة -1995- ص100.

(5) د. سليمان مر قس – الوافي - المرجع السابق- ص205 وأيضاً د. إبراهيم الدسوقي – المرجع السابق- ص256 .

(1) المادتين (168) و (211) من القانون المدني العراقي، المادتين (165) و (215) مدني مصري.

(2) أشار الى ذلك د. صلاح محمد أحمد – المرجع السابق- ص94 .

المبحث الثالث

شرط عدم أمكانية دفع الحدث والتوقع

يشترط لإسباغ وصف القوة القاهرة على الحدث الذي ينجم عنه الضرر إن لا يكون بإمكانه (أي المدين) دفع وقوعه وتلافيه والتغلب على نتائجه بعد وقوعه ولو ببذل تضحيات كبيرة ويعد هذا الشرط في الواقع شرطاً بديهياً تقتضيه طبيعة الفكرة التي تقوم عليها القوة القاهرة لذلك لم يدرج المشرع صراحة في تشريعات معظم الدول هذا الشرط ضمن مقومات القوة القاهرة فالقانون المدني العراقي لم يشير بعبارة صريحة إلى شرط عدم القدرة على الدفع وكذا موقف العديد من التشريعات العربية والأجنبية.

لا شك إن مفهوم القوة القاهرة ذاته يعكس لنا فكرة التفوق على قدرات وإمكانات الإنسان على أثر وقوع حادث لا مفر منه ولا مرد له ويلعب هذا الشرط دوراً حاسماً في وصف القوة القاهرة ويعتبر عنوانها وعنصرها الأساسي فيه تعرف وتتميز حيث نجده في كل أو معظم التعريفات التي عرفت بها القوة القاهرة⁽³⁾.

وان المقصود بهذا الشرط هو إن يكون من غير الممكن الدفع بحيث يجد المدين نفسه أمام استحالة في التنفيذ لا يستطيع الهروب منها ولا الفرار ويتواجد بالتالي في وضع يستحيل معه أن يتصرف خلافاً لما فعل أي إن القوة القاهرة يجب إن تكون غير ممكنة الدفع وهو ما أعلنه واضعو التقنين المدني الفرنسي حينما أكدوا على إن القوة القاهرة هي الحدث الذي لا يستطيع لا حذر ولا يقظة الإنسان إن يمنعا وقوعه ومن هذا المنطق يجب إن لا يمكن تفاديها وهو ما يعرف بعدم أمكانية تلافي العقبة ويجب ثانياً إن تؤدي هذه العقبة إلى استحالة تنفيذ الالتزام فلا يتمكن المدين في ظل طروء هذه العقبة من أداء التزاماته وهو ما يعرف باستحالة التنفيذ⁽¹⁾.

هذا وتكمن العلة في انعدام قيام مسؤولية المدين في حالة ثبوت تحقق شرط استحالة عدم أمكانية الدفع إن هذا الشرط ذو مساس مباشر بالإرادة بل أنه يؤثر فيها تأثيراً كبيراً وعلى نحو سلبي بحيث تنعدم معه قدرة المدين على التصرف وبعبارة أخرى فأن إرادة الإنسان تمثل محور شرط عدم القدرة على الدفع إذ تنعدم القدرة على التصرف في مواجهة القوة الضاغطة لواقعة معينة ذات تأثير

(3) د. صلاح محمد أحمد – المرجع السابق- ص 20 .

(1) Trait theorique et protique de la responsabilite civil delictuelle etcontractuelle, T11, N.1568 أورده د. صلاح محمد أحمد – المرجع السابق- ص 21 .

فعال على سلوك الإنسان على نحو يفقد معه قدرته على اتخاذ أي مسلك أو أثبات أي تصرف من شأنه تفادي الحدث⁽²⁾ 0

إن هذا الشرط يعني إن تكون (القوة القاهرة) على درجة يصعب فيها بل يستحيل معها تخطي أثره بسبب كونه حادثاً لا يمكن مقاومته ولا التغلب عليه إما لو كان عكس ذلك بأن كان حادثاً يمكن تفادي ودرء النتائج المدونة عنه ببذل الجهد المعقول لم يكن هذا الحادث ليشكل سبباً أجنبياً لأن المدين يعتبر في هذه الحالة مقصراً في اتخاذ الوسائل والإجراءات الكفيلة بتفاديه ولا نستطيع بالتالي إن نحمل الدائن نتائج تقصير هذا المدين⁽³⁾ هذا يؤدي إلى كون الحادث مما يخرج بطبيعته عن طاقة المدين وقدرته في دفعه وتلافي النتائج المترتبة عليه وإن يكون من شأنه إن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة ويترتب على ذلك أنه لو كان الوفاء بالالتزام بالرغم مما تثار إمامه من صعوبات وموانع يبقى مع ذلك ممكناً لا مستحيلاً لم يكن هناك عندئذ ما يمكن إن نصفه بالقوة القاهرة ويبقى المدين في هذه الحالة مسؤولاً عن تنفيذ التزامه مهما أحيط به من صعوبات أو إرهاب في التنفيذ وفي هذا تذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أنه إذا كان عدم إمكان دفع الحادث ومقاومته يشكل سبباً وحيداً القوة القاهرة عندما لا تسمح ظروف التعاقد بتوقع الحادث فإنه لا يكفي لاعتباره كذلك عندما يكون في إحكام المدين توقع الحادث عند أبرام العقد⁽⁴⁾ ويتخذ مفهوم القدرة على الدفع في نطاق المسؤولية العقدية ومن الناحية العملية صور شتى فقد يكون بإمكان المدين إن يمنع وقوع الحدث ويتفادى النتائج الناجمة عنه بصورة مطلقة وقد يكون بإمكانه التقليل فقط من مقدار إمكانية وقوع الحدث وحجم نتائجه الضارة وقد يكون بإمكانه اتخاذ تدابير وقائية تساعد على الإقلال من حجم النتائج الضارة للحدث⁽¹⁾. ففي الحالة الأولى يتحقق التقصير من جانب المدين إذا لم يتم بمنع وقوع الحدث وتفادي نتائجه فإذا كان بإمكان رب العمل مثلاً إن يمنع وقوع الإضراب من قبل عمال مصنعه بتلبية بعض مطالبهم فلا يجوز له التمسك بالقوة القاهرة التي تتجسد في إضراب العمال وإذا كان بإمكان المورد إن يدرأ عن مستودعاته خطر الصواعق ولم يفعل فلا يحق له التخلص من المسؤولية وادعاء إن الصاعقة التي أصابت المستودعات فأحرقتها هي قوة

(2) د. صفاء تقي عبد النور – المرجع السابق- ص32 .

(3) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق- ص238 .

(4) نقض مدني -7 مارس 1966/ G.P / 409/1/1966 أورده عبد الوهاب علي بن سعد الرومي –المرجع السابق- ص239.

(1) د. جمال محمود عبد العزيز –الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع –رسالة دكتوراه –كلية الحقوق –جامعة القاهرة -1996- ص348.

قاهرة تعفيه من المسؤولية⁽²⁾ وفي الحالة الثانية لا يتحقق تقصير المدين إلا إذا اغفل اتخاذ بعض الاحتياطات وإتيان بعض التصرفات التي تكشف ظروف الواقع عن أهميتها وضرورتها في تقليل حجم الحدث والآثار السلبية الضارة التي تنجم عنه فمثلاً لا ينشأ تقصير المتعاقد إذا لم يمنع حدوث الفيضان بل ينشأ إذا كان في مقدوره إن يصد مياه الفيضان عن بضاعته ببذل جهد معقول إلا أنه لم يفعل كما قد ينشأ تقصير المتعاقد إذا تسبب الفيضان أو الإعصار في قطع الطريق البرية التي تسلكها الشاحنات لإيصال البضاعة وكان بمقدوره إرسالها عن طريق سكك الحديد أو بحراً بواسطة البواخر بيد أنه لم يفعل⁽³⁾.

أما في الحالة الثالثة فيتعين على المدين المبادرة إلى اتخاذ التدابير الوقائية وهي التدابير التي يستطيع من خلالها الدائن توقي ما قد يصيبه من إضرار نتيجة حدث القوة القاهرة كما في حالة قيام المدين بإبلاغ الدائن بوقوع الحدث حتى يتمكن الأخير من تدارك الأمر والامتناع عن أبرام أي صفقات جديدة ترتبط ارتباطاً مباشراً بالالتزامات التي أضحت مستحيلة التنفيذ من قبل المدين⁽⁴⁾ يعني ذلك إن الحادثة المعتبرة قوة القاهرة يجب إن يكون أثرها غير ممكن التلافي من قبل المدعي عليه (المدين) فإذا لم يكن في الوسع تلافي وقوع الحادث التي كان من الواجب عليه إن يتوقعها فإن الحادثة لا يصح إن تسند إليه ومعيار عدم أماكن تلافي وقوع الحادثة هو معيار موضوعي⁽¹⁾ أما إذا كان باستطاعة المدين إن يتلافى الحادثة قبل وقوعها باتخاذ الاحتياطات اللازمة في لحظة وقوع الحادثة ولم يقم بذلك فإنه يعتبر مخطئاً لعدم قيامه بما يجب إن يقوم به وبناءً عليه فالاستيلاء لا يعتبر قوة القاهرة إذا كانت هناك وسيلة لتلافيه أو لاستبعاده في حالة ما إذا كان غير قانوني⁽²⁾.

(2) د. إسماعيل محمد علي المحا قري -الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني مقارناً بالقانون المصري والتربية الإسلامية -رسالة دكتوراه -كلية الحقوق -جامعة القاهرة 1996 ص217. وأيضاً د. صلاح محمد احمد -المرجع السابق ص26.

(3) تذهب محكمة النقض المصرية بهذا الصدد إلى (إذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى قيام القوة القاهرة بما قرره من الطرفان كانا يتوقعان وقت أبرام العقد عدم الحصول على إذن استيراد شحن البضاعة إلى مصر ونص الطرفان صراحة على أنه في هذه الحالة تباع البضاعة في الخرطوم لحساب الضامن المدين فإنه لا يكون بذلك قد خالف القانون إذا كان بإمكان الطاعن دفع الضرر) القرار رقم 32 ق في 1996/1/22 مجموعة أحكام محكمة النقض -ص367 أورده د. صفاء تقي عبد نور- المرجع السابق- ص33.

(4) د. عادل جبري محمد حبيب -المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي- دار الفكر الجامعي -الإسكندرية-2003- ص421.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري - المرجع السابق- ص997 انظر كذلك د. سليمان مر قس -الوافي - المرجع السابق- ص492.

(2) Marty G, et, Raynoud, Droit civil. Tomcz. Vol-Paris 1952. P529.

كما إن الاستحالة المقصودة هي استحالة مطلقة لا نسبية والمعيار المطبق هنا هو معيار مجرد بمعنى إن الاستحالة لا تكون بالنسبة إلى المدين وإنما بالنسبة إلى رجل عادي في موقف المدين وقد حاول البعض القول انه يجب إن يفهم من الاستحالة المطلقة إن تكون الاستحالة عامة وليست خاصة ولا يكفي الاعتبار الاستحالة المطلقة إن تكون عامة وإنما يجب إن تكون قائمة بالنسبة للكافة⁽³⁾. ويستوي إن تكون استحالة التنفيذ مادية أو تكون معنوية فإذا استحال على المدين معنوياً تنفيذ الالتزام كما لو كان مغنياً وتعهد بأحياء حفلة غنائية فمات عزيز عنده يوم الحفلة وكان لذلك في نفسه اثر بالغ يستحيل معه إن يقبل على الغناء كان الحادث قوة قاهرة والقاضي هو الذي يقدر ما إذا كانت هناك استحالة معنوية وعليه إن يحتاط في تقدير ذلك⁽⁴⁾.

ويميز الأستاذ (رادوان) بين أماكن الدفع وإمكان التلافي فالأول يعني منع حدوث الواقعة في حين إن الثاني يعني قهرها والتغلب عليها وعلى أثارها إذا ما تحققت⁽⁵⁾ وهذا ما ذهب إليه البعض في إن عدم أماكن تلافي الحادث غير أماكن درء نتائجه ذلك إن الوصف الأول يتعلق بنتيجة الحادث بعد وقوعه ويقصد به استحالة التغلب على نتيجته ويكون ركن السببية الوفاء بالواجب الأصلي وإن كثيراً لا يلتفتون إلى هذا الفرق ويعتبرون عدم أماكن تلافي وقوع الحادث وعدم أماكن التغلب على نتائجه بعد وقوعه أمراً⁽⁶⁾ واحداً ويقررون بناءً على ذلك يكفي توفر شرطين اثنين هما عدم أماكن التوقع واستحالة الدفع⁽⁶⁾ إن شرط عدم إمكانية دفع الحدث يتمتع بأهمية خاصة على الصعيدين القانوني والعملي إذ يصبح جلياً بمقتضاه أن المدين حين اخل بتنفيذ التزامه كان أمام حادث قهري يتجاوز أرادته وحدود طاقته بحيث يكون من الممكن دفعه أو توقي أثاره وتفاديها وهذا هو ما بين إعفائه من المسؤولية الناجمة من عدم تنفيذ التزامه⁽¹⁾

إن إمكانية دفع القوة القاهرة يتضمن في الواقع الإشارة إلى الوسائل التي في مكنة المدين والتي تسمح له بمواجهة الحدث ومنع وقوعه فاستطاعة المدين إن يمنع وقوع الحريق في مبنى المصنع مثلاً تمنع من اعتبار هذا الحريق بالنسبة إليه أمراً غير ممكن الدفع أما الحديث عن صفة عدم

(3) د. جلال علي العدوي- أصول الالتزامات- مصادر الالتزام – منشآت المعارف- الإسكندرية- 1997- ص 459- 460 .

(4) د. عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق- ص 479 .

(5) رادوان – الحادث الفجائي والقوة القاهرة – رسالة من باريس- 1920- ص 137 أورده د. إبراهيم الدسوقي – المرجع السابق- ص 316.

(6) د. سليمان مر قس – المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية- الأحكام العامة – القاهرة- 1971- ص 84.

(1) د. عمر السيوي – العقد الإداري والقوة القاهرة- مجلة الدراسات القانونية – مجلد 13- سنة 14 جامعة تار يونس – بنغازي- 1994- ص 28 أورده د. صفاء تقي – المرجع السابق- ص 34.

أمكانية التجنب أو التوقي فيتم التركيز على أمر آخر هو قدرة المدين على الهروب من الحدث تقادياً للنتائج التي يسببها⁽²⁾.

فهذا الشرط هو الذي يفسح المجال أمام من ينظر النزاع للعلم على نحو جيد بالحدث وظروفه وتقييم بصرف المدين إزاء واجهة الحدث⁽³⁾.

لكن ما هو المعيار الذي يمكن استخدامه في قياس درجة الجهد المبذول من قبل المدين لغرض دفع القوة القاهرة وتجنبها هل هو معيار شخصي؟ أو موضوعي؟ يرى جانب من الفقه⁽⁴⁾ إن المعيار الذي يجب إن تقاس وفقاً له درجة الجهد المبذول من المدين يجب إن يكون معياراً شخصياً إذ إن قدرة الشخص على دفع الحدث يجب إن يتم وفقاً للأحوال الواقعية التي تحيط بالشخص المسئول فعلاً وقت وقوع حدث القوة القاهرة فليس من العدل مطالبة المدين ببذل جهد يفوق قدرته وطاقته أو يفوق إمكاناته ويلاحظ أن هذا المعيار يحقق العدالة حيث يقاس مقدار الجهد الذي قام المدين ببذله لدفع القوة القاهرة وفقاً لظروفه الشخصية وإمكاناته ووسائله الخاصة وبذلك يتم مراعاة العوامل التي تحيط بالمدين وقت وقوع الحدث ففقدرة تاجر فرد بسيط على دفع حدث القوة القاهرة تقل كثيراً بالتأكيد عن قدرة شركة بل أن قدرة هذا التاجر الفرد في الظروف الطبيعية تتجاوز قدرته كثيراً في ظل الظروف الاستثنائية.

في حين ذهب قسم آخر⁽¹⁾ الى وجوب الأخذ بالمعيار الموضوعي بصدد وقياس قدرة المدين على دفع حدث القوة القاهرة وبموجب هذا المعيار يعتد بمسلك الشخص 0 إما عدم إمكانية التوقع فلا يمكن إنكار ما للشرط هذا من أهمية إذ إن توقع الحدث أو عدم توقعه يمثل الفاصل بين قدرة المتعاقد على تحاشي وقوع الحدث من خلال الاستعداد السابق لمواجهة إذا كان يتوقعه أو عدم قدرة المتعاقد على ذلك متى لم يكن ممكناً بالنسبة إليه توقع الحدث⁽²⁾.

(2) د. مجيد حميد العنبي - القانون البحري العراقي - بيت الحكمة - بغداد - 2002 - ص 146.

(3) د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق - ص 317.

(4) د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص 587 وأيضاً د. عادل جبري محمد حبيب - المرجع السابق - ص 425 وأيضاً د. صفاء تقي عبد نور - المرجع السابق - ص 37 وأيضاً د. إبراهيم عساف - المرجع السابق - ص 106.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري - المرجع السابق - ص 519, و أيضاً" د. حسين عامر - المرجع السابق - ص 160, و أيضاً" د. عبد المعين جمعة - المرجع السابق - ص 366, و أيضاً" د. إياد عبد الجبار ملوكي - المرجع السابق - ص 233, و أيضاً" د. أنور سلطان - المرجع السابق - ص 358 وأيضاً د. محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 128.

(2) د. عادل جبري محمد حبيب - المرجع السابق - ص 392.

وعلى الرغم من أهمية عدم التوقع كشرط لازم لإسباغ وصف القوة القاهرة على الحدث إلا إن العديد من التشريعات قد أغفلت النص صراحة على هذا الشرط ضمن النصوص المتعلقة بالقوة القاهرة (3).

ومن هذه التشريعات أيضاً القانون المدني العراقي ألا إننا لا نستطيع إن نستخلص من هذا المسلك عدم اعترافه بذلك إذ يبدو من غير المتصور إن يرفع المشرع المسؤولية عن الأفراد رغم توقعهم وتحسبهم للقوة القاهرة (4).

القوة القاهرة يجب إن تتسم بعدم التوقع فأن أمكن توقع الواقعة حتى لو استحال دفعها فلا تكون قوة القاهرة وعدم أماكن التوقع يعني إن الأمر مستحيل الوقوع بمعنى آخر إن لا تتوافر ظروف تجعل من وقوع الحادث أمراً محتملاً كما في انفجار المطاط الذي يحيط عجلة السيارة أو تمزقه قد يكون أمراً محتملاً إذا كان المطاط قديماً مما يؤدي إلى عدم اعتبار الانفجار قوة القاهرة وقد يرجع سبب الانفجار إلى الإسراع في السير أو الخطأ في القيادة فلا يعتبر قوة القاهرة ولكن يمكن اعتباره قوة القاهرة في حالة استحالة توقعه كما لو كان الإطار حديث والانفجار ولم يكن نتيجة خطأ من السائق ونشأ التمزق نتيجة قطعة زجاج اصطدم بها في الطريق (5).

وتحديد وقت توقع القوة القاهرة تكون بوقت التعاقد وليس بوقت الإخلال بالالتزام التعاقدية (6). إن معنى عدم التوقع كشرط من شروط الواجب توافرها في (القوة القاهرة) ليس هو عدم تصور أو عدم توقع المدين حدوث الواقعة المدعاة بأنها سبب أجنبي على الإطلاق وإنما المقصود بشرط عدم أماكن التوقع إن تكون هذه الواقعة غير ممكنة التوقع في لحظة معينة إذ لا يتخيل في تلك اللحظة أمكانية حدوثها أو يمكن القول من ناحية أخرى بان تلك الواقعة يندر حصولها في حدود المألوف من شؤون الحياة اليومية كالحروب والزلازل والفيضان البالغ في ارتفاعه والذي يجيء قبل أوانه أو كما يتخذ من إجراءات تشريعية وإدارية مفاجئة لا يمكن توقعها وإلى هذا ذهب البعض (1) إذا أراد المدين إن يتحمل من المسؤولية بادعاء القوة القاهرة يجب عليه إن يثبت إن الحدث كان أمراً غير متوقع وألا أصبح مسئولاً وما حق له الدفع بالقوة القاهرة وعلى هذا إذا كان في أماكن المدين إن يتوقع الحدث الذي شكل القوة القاهرة فأن ذلك يسمح له بطبيعة الحال بمقاومته والتغلب على

(3) كالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي.

(4) د. صفاء تقي عبد نور - المرجع السابق - ص 23.

(5) د. مصطفى مرعي - المرجع السابق - ص 140-141.

(6) د. عبد الرزاق احمد السنهوري - المرجع أعلاه - ص 529.

(1) د. خالد عبد الله - المرجع السابق - ص 117.

نتائج في كثير من الأحوال الأمر الذي يعني انتفاء القوة القاهرة وانطلاقاً من إن التوقع أحدى سمات الفعل الإنساني ومن إن العقد لا سيما في ظل الاقتصاد يتضمن قدراً من الأمور المجهولة التي يمكن إن تطراً بما يسمح لأطرافه باستقرار وتوقع ما يدور ساحات المستقبل⁽²⁾.

انه من المنطقي إن يسأل الإنسان في إطار توقعاته وحدودها ذلك هو السبب الذي من اجله تطلب الفقه والقضاء وجوب توافر عنصر عدم التوقع في الحدث الذي يعد قوة القاهرة⁽³⁾.

ويعني توقع الحدث العلم الراجح أو المحتمل بان واقعة معينة ستحدث أو لن تحدث في وقت تنفيذ العقد بحيث يصبح من المعلوم إن حدوث هذه الواقعة سيخلق استحالة أمام تنفيذ الالتزامات.

ويعد التوقع من الأمور النسبية التي تختلف من شخص إلى آخر ومن إقليم إلى إقليم ومن مهنة إلى مهنة أخرى فالتوقع قد يتأثر بالظروف البيئية والطبيعية والجغرافية فقدرات الشخص تلعب دوراً كبيراً في مدى توقعه للأمور سواء كانت هذه القدرات ترجع إلى الفعل أو التصورات أو حتى الثقافة العامة فما يستطيع إن يتوقعه عالم فذ قد لا يتوقعه ريفي ساذج⁽⁴⁾.

ولا يقصد بالتوقع الاحتمال البسيط أو غير الجلي لوقوع الحدث وألا أصبحت كل الإحداث متوقعة وإنما إذا قلنا بان حدث ما غير متوقع فإنما يعني ذلك انه لا يوجد سبب خاص للاعتقاد بوقوعه فالتوقع يكون على أساس فرص التوقع حيث تلعب ظروف الحدث دوراً بارزاً في تحديد وقوعه من عدمه فمن خلال كثرة أو شيوع وتكرار الحدث يمكن استقصاء عنصر عدم التوقع فترى كثرة وقوع الحدث على توقع حدوثه بعكس ما لو كان بغتةً و مفاجئ⁽¹⁾. أي انه لا يوجد حادث متوقع وآخر غير متوقع بطبيعته أي لا يوجد ما يسمى بعدم التوقع المطلق للحدث⁽²⁾.

ذهب البعض من الفقه⁽³⁾ بأنه لا يوجد حدث لا يمكن توقعه فجميع الإحداث أياً كان طبيعتها لا تخرج عن حدود التصور الإنساني لأن كل حدث لابد إن يكون قد سبق في ظهوره كما أنه سيظهر

(2) د. صلاح محمد أحمد -المرجع السابق- ص55 .

(3) د. سليمان مرقس -الوافي - المرجع السابق- ص217 وأيضاً د. عبد الحي حجازي -المرجع السابق ص435 وأيضاً د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر -المرجع السابق- ص392 وأيضاً د. عبد الرشيد مأمون -المرجع السابق- ص684، وفي الفقه الفرنسي chabas -lecons de droit civil.op.cit n.576

(4) د. حسبو ألغزاوي -اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن رسالة دكتوراه -جامعة القاهرة -1979- ص330 أورده د. صلاح محمد أحمد -المرجع أعلاه- ص56 وأيضاً د. عادل جبيري محمد -المرجع السابق- ص398 .

(1) د. صلاح محمد أحمد -المرجع أعلاه- ص57 .

(2) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصري إلى (الرياح أو العاصفة غير المنتظرة يصح أن تعتبر قوة القاهرة) قرار محكمة النقض المصرية في 1987/4/28 - مجموعة أحكام المكتب الفني -س38- ص628

(3) د. محسن عبد الحميد إبراهيم -النظرية العامة للالتزام- ج1-مصادر الالتزام-مكتبة الجلاء الجديدة-المنصورة- 1997-ص157.

كذلك في المستقبل فعلى سبيل المثال الحرب من الأحداث التي كثيراً ما وقعت في الماضي لذلك ليس ثمة ما يشير إلى أن المعرفة الإنسانية ستعجز عن توقع حدوثها في المستقبل وكذلك الحال في الظواهر الطبيعية والإضراب ومن الفقه من يرد على الرأي المتقدم إن توقع الحدث لا يعني تمثله في ذهن على نحو عابر وفي لحظة معينة بل هو توقع حصوله في المستقبل وعلى نحو يكفي لثني عزم الفرد في اتخاذ مسلك ما أو عن المضي في النشاط المولد للمسؤولية⁽⁴⁾.

ويؤدي القول بغير ذلك بالضرورة إلى استبعاد كل أمر قابل للحدوث من نطاق التوقع وانعدام وجود حوادث يمكن درجها في ذلك النطاق إذ إن كافة الإحداث طرأت فعلاً في الماضي وعرفها الإنسان وعاش أحداثها⁽⁵⁾.

ولا يكون الحادث متوقعاً لمجرد أنه سبق وقوعه فقد يقع حادث في الماضي ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل إن كان من الندرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه⁽⁶⁾.

وعليه نرى بأنه لا يحدث التوقع بالمعنى المتقدم ألا إذا كانت درجة احتمال تحققه من القوة بحيث تكون إما يقينية أو مؤكدة أو على الأقل راجحة أما إذا كان احتمال تحققه ضعيفاً لقيامه على الوهم أو لاستناده إلى حسابات وتقديرات يشوبها الغلط فإن التوقع ينعدم تماماً في هذه الحالة⁽⁷⁾. إن الصعوبات الناتجة من تقدير عدم التوقع وقت أبرام العقد تزداد عند مرور وقت طويل بين أبرام العقد فالحدث قد يكون غير متوقع من الأطراف لحظة التعاقد ثم يصبح متوقعاً بالنسبة لأحدهما أو كليهما عند البدء أو الشروع في تنفيذ العقد ولا يمكن القول بحرمان هذا المتعاقد من التمسك بأحكام القوة القاهرة إذا أصبح الحدث متوقعاً بالنسبة إليه أثناء تنفيذ العقد فالحدث كان غير متوقع بالنسبة إليه وقت أبرام العقد لذا فإنه أقدم على التعاقد وهو حسن النية ولم يرتكب خطأ ما يمكن إن يحاسب عنه⁽¹⁾. لكن ما هو المعيار الذي يتم على أساسه تقدير التوقع ؟ وقد ظهر بهذا الصدد اتجاهان أحدهما يأخذ بالمعيار الشخصي لعدم التوقع والآخر يعتمد معياراً موضوعياً بحثاً. إن المعيار الشخصي في تقدير عدم إمكانية التوقع يرتبط بعناصر شخصية بحثة خاصة بالمدين ذاته كمقدراته العقلية الخاصة وطبيعة عمله والمركز المالي والاجتماعي والوسائل التي تمكنه من

(4) د. عادل جبري محمد - المرجع السابق - ص 399.

(5) د. إسماعيل علي المحاقيري - المرجع السابق - ص 229.

(6) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص 529.

(7) المصدر نفسه - ص 607.

(1) د. عمر السيوي - المرجع السابق - ص 29.

التوقع الأحداث⁽²⁾. يترتب على الأخذ بهذا المعيار وجود أحداث غير متوقعة وفقاً لنية الأطراف بينما لا تكون كذلك من الناحية الواقعية ويرى جانب آخر من الفقه⁽³⁾ الأخذ بالمعيار الموضوعي أو كما يسمى التقدير المجرد لعدم التوقع ويقاس هذا المعيار عدم توقع الحدث وفقاً للظروف والأحوال التي ترافق العملية التعاقدية ذاتها فهو يفترض وجود شخص معتاد ليس من ذوي التفكير الثاقب والعبقريّة الفذة ولا من ذوي التفكير الضحل والهمة المتقاعسة أو الغفلة الدائمة فهو وسط بين الاثنين⁽⁴⁾.

وذهب جانب من الفقه إلى معيار وسط بينهما ويسمى هذا المعيار بالمعيار المختلط أو المعيار الشخصي النظير ويتمثل هذا المعيار في قياس توقع المدين في ضوء ما يتوقعه شخص آخر يكون في مستواه أو نظيراً له بحيث يكون من نفس طبقته وله نفس تفكيره ويتمتع بنفس مواصفاته فإذا استطاع هذا الشخص توقع الحدث فلا شك في مسؤولية المدين حيث ينبغي عن الحدث وصف القوة القاهرة⁽⁵⁾.

بعد إن انتهينا من شرط عدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفع فإنه قد يثور تساؤل مفاده هل يشترط توافر هذان الشرطان معاً أم إن توافر احد الشرطين يكفي يذهب بعض الفقه الفرنسي من عدم الاعتداد بشرط عدم إمكان المقاومة وبالتالي عدم اعتباره شرطاً من شروط (القوة القاهرة)⁽¹⁾ وما ذهب إليه أيضاً جانب آخر من الفقه الفرنسي من رأي مفاده بأن الأحكام القضائية التي تدمج شرطي عدم إمكان المقاومة وعدم إمكان التوقع إنما تقع في الخطأ⁽²⁾.

حيث يرى هذا الفقه بأنه لكي تكون تلك الأحكام القضائية منطقية ينبغي عليها إن لا تربط بين الحادث الطارئ الذي لا سبيل لمقاومته وشرط عدم إمكان التوقع إذ إن هناك ترتيباً زمنياً في رأي هذا الفقه فيما يتعلق بوقوع الحادث الطارئ ويتمثل هذا الترتيب الزمني في أن الحادث الطارئ لم يكن من المستطاع تصوره ثم بعد ذلك ليس من سبيل لمقاومته.

(2) د. إبراهيم عساف - المرجع السابق - ص 106 وأيضاً د. صفاء تقي عبد النور - المرجع السابق - ص 30.

(3) د. عبد السلام الترماني - المرجع السابق - ص 139 وأيضاً د. حسين عامر - المرجع السابق - ص 393 وأيضاً د. عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص 31

(4) د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص 50.

(5) د. عادل جبري محمد - المرجع السابق - ص 415 وأيضاً د. حسبو الغزاوي - المرجع السابق - ص 342.

(1) Demogve: Trait des obligations engeneral. Edition 1923 p573

أورده د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع السابق - ص 341.

(2) courteant (Louis): nation de force majenr enmatiere de responsable contractual et delietvelie these crenoble 1935 p86

أورده د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع أعلاه - ص 343.

إذا ما تتبعنا ما سارت عليه بعض المحاكم الفرنسية بشأن شرط عدم إمكان التوقع من حيث عدم الإشارة إليه أو تجاهله في بعض الأحيان يتبين لنا إن المحاكم تكتفي بتوافر شروط عدم إمكان الدفع أو توفر شرط الخارجية دون حاجة الإشارة إلى ضرورة توافر شرط عدم إمكان التوقع ومن هذه الأحكام ما قضت به محكمة نانسي عندما قررت بأن الإضراب الذي ساد هيئة كهرباء فرنسا كان بمثابة قوة قاهرة على الرغم من الإعلان عن الإضراب كان قبل بدئه بمدة طويلة حيث لم تنتشره والإعلان عنه في بعض الصحف المحلية مما يدخل هذا الإضراب في علم الكافة وبالتالي يدخل في أعداد التوقع والتصور والتنبؤ ألا أن تلك المحكمة لم تعتد بشرط عدم إمكان التوقع بل اكتفت بشرط عدم إمكان الدفع واعتبرت هذا الإضراب إستناداً إلى الشرط الأخير يشكل قوة قاهرة⁽³⁾.

وقد قضت بعض المحاكم الأخرى بأن شرط عدم إمكان الدفع للحدث هو الشرط الأساسي والجوهري والذي يمكن من خلاله القول بتوافر القوة القاهرة وقد بررت هذه المحاكم هذا القول بأنه طالما إن العلم والإحاطة لا يتبع منع أثاره فإنه يشكل قوة قاهرة حتى لو صار معروفاً بإمكانية حدوثه⁽⁴⁾. لكن يتضح لنا ضرورة توافر شرطي عدم إمكان الدفع وعدم إمكان التوقع وإن شرط إمكان الدفع يجد مصدره وأصله من شرط إن تكون استحالة التنفيذ مطلقة وإن شرط عدم إمكان التوقع يجد مصدره وأصل تكوينه من شرط إن لا تراجع الاستحالة إلى المدين.

إذ لو فترضنا بأن الحادث كان من الممكن توقعه بالتالي لا نكون بصدد استحالة تنفيذ، أما لو افترضنا بأن هذا الحادث كان من الممكن مقاومته أو دفعه رغم عدم توقعه بالتالي لا نكون هنا أيضاً بصدد استحالة تنفيذ⁽¹⁾.

ونورد هنا بعض تطبيقات عملية لحوادث تجمع بين الشرطين فيصبح وصفها بأنها قوة قاهرة فالحرب قد تكون قاهرة لما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة والذي يستحيل توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها بل ما خلفته من أحداث واضطرابات .

وكالحرب صدور قرار واجب التنفيذ أو صدور تشريع أو وقوع زلزال أو حريق أو غرق أو هبوب عاصفة أو حدث مرض طارئ المهم إن يتوافر شرطاً استحالة توقع واستحالة الدفع⁽²⁾.

(3) محكمة نانسي (Nancy) 22 أكتوبر 1974 / I.G.E / رقم 1975 ص 227.

(4) نقض مدني فرنسي 7 مارس 1966 / Gaz.Pal / عدد 409/1/ 1966 أورده د. عبد الوهاب الرومي – المرجع السابق- ص 444.

(1) د. عبد الوهاب الرومي -المرجع أعلاه- ص 446 وما بعدها.

ومن القرارات القضائية بخصوص هذا الشرط ففي العراق قضت محكمة التمييز في قرار لها ما يأتي (ينتفي الالتزام إذا اثبت الملتزم إن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا دخل لأرادته فيه ولا قبل له بدفعه أو التحرر منه والمرجع في ذلك إلى تقدير محكمة الموضوع وكانت محكمة الموضوع قد استخلصت من ذلك إن المميز بسبب هذا المرض لم يكن مقصراً لأنه سبب أجنبي لا قبل له بدفعه.....)(3).

كذلك قضت محكمة التمييز في إحدى قراراتها بما يأتي:- (يشترط لوجود القوة القاهرة توافر عنصرين هما المفاجأة والحتمية فلا تعتبر الثورة في اترتيريا قوة قاهرة إذا كانت موجودة قبل أبرام العقد)(4).

أما في مصر فقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بما يأتي (يشترط على ما جرى به قضاء هذه المحكمة لاعتبار الحادثة قوة قاهرة عدم إمكان التوقع واستحالة دفعه....)(5) وفي قرار آخر لمحكمة النقض المصرية قضت بما يلي (يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه وهذان الشرطان يتم استخلاصهما من واقع الدعوى المعروضة على محكمة الموضوع التي تقوم بتحصيل قيمتها من الأوراق)(1).

المبحث الرابع

عبء أثبات القوة القاهرة والرقابة على محكمة الموضوع

لا توجد حوادث تعتبر في ذاتها قوة قاهرة وإنما تعتبر كذلك تبعاً لظروف الحال وتوافر الشروط المطلوبة في القوة القاهرة ، فالحرب والحريق تعتبر قوة قاهرة في الحالات التي تكون فيها غير متوقعة الحصول وغير ممكنة التلافي ودرء نتائجها 0 أما إذا لم تتوافر فيها هذه الصفات ، فلا تعتبر قوة قاهرة وعلى من يتمسك باعتبارها كذلك أن يثبت توافر تلك الشروط فيها ويكون طريقه

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري /الوسيط في شرح القانون المدني –ج1/ مطبوعات المجتمع العلمي العربي الإسلامي – القاهرة – 1982- ص879-880.

(3) القرار رقم 431 / حقوقية / 65 ، تاريخ القرار 1965/7/25 قضاء محكمة التمييز العراق المجلد الثالث – مطبعة الإرشاد بغداد 1969م ص20 .

(4) القرار رقم 239 / استئنافية/ 1970 / تاريخ القرار 1971/4/29 –النشرة القضائية العدد الثاني –السنة الثانية 1972- ص152 .

(5) نقض مدني مصري جلسة 1978/1/3 في الطعن 773 لسنة 43ق. نقلاً عن د. عبد الحكم فودة –المرجع السابق- ص297-298 .

(1) نقض مدني مصري جلسة 1980/3/27 الطعن رقم 979 سنة 47ق مجموعة أحكام محكمة النقض السنة 31 ص930.

في الإثبات هو طريق قرائن الأحوال التي تسمح بافتراض الشروط واعتبار الحادث قوة قاهرة إلى أن يثبت الطرف الآخر عكس ذلك (2) 0

ويقصد بعبء الإثبات (تحديد الخصم الذي يجب عليه القيام بإثبات الواقعة المتنازع عليها) (3)، أذ أن القاعدة العامة في المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادة (168) 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 أن ينفذ الالتزام عينا" أو إذا تأخر في تنفيذ التزامه ، هذه القاعدة لا تنطوي على أي قرينة للخطأ قاطعة أو غير قاطعة ، بل تخضع في إثباتها للقاعدة العامة في الإثبات والتي تقضي بان على الدائن أثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه (4) 0

ويلحظ هنا أن موضوعية قاعدة المسؤولية لم تمنع المشرع من أن يراعي جانب العدالة في تنظيمها ، فليس من العدالة في شيء أن يسأل المدين عن استحالة أو تأخير في تنفيذ التزام غير منسوب إليه ، لذلك أجازت المادة (168) من القانون المدني العراقي للمدين أن يتخلص من المسؤولية إذا اثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه (1) 0

أن القوة القاهرة تنفي رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر الناشئ عن عدم الوفاء 0 والأصل أن الدائن يقدم من الأدلة ما يرجح قيام السببية فينقل عبء الإثبات إلى المدين الذي عليه أن ينفي وجود السببية ولا يعني ذلك أن على الدائن أن يثبت عدم وجود القوة القاهرة ، وإنما عليه أن يثبت بان الضرر الذي أصابه يرجح أن يكون ناتجا" عن أخلال المدين بالتزامه والذي لولاه لما أصيب الدائن بهذا الضرر ، فينقل عبء الإثبات إلى المدين الذي يمكن أن ينفي السببية بين خطئه وضرر الدائن وذلك بإثبات القوة القاهرة التي سببت الضرر فيثبت أن الضرر كان سيقع ولو قام بتنفيذ التزامه على الوجه المطلوب فيثبت بذلك أن الضرر يعود إلى القوة القاهرة عن الإخلال بتنفيذ الالتزام ، فلو تلف الشيء المعار بين يدي المستعير، فعلى الدائن أن يثبت انه قد أهمل في حفظه فإذا رجح بان التلف قد نشأ عن هذا الإهمال قامت قرينة قضائية على توافر علاقة السببية

(2) د. علي عبيد عودة – المرجع السابق – 336-337 0

(3) د. عباس زيون العبودي – أحكام قانون الإثبات المدني العراقي – مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر – جامعة الموصل – 1991 – ص 71 0

(4) د. بشرى الجندي – خصائص مسؤولية المدين العقدية – بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة – ع 14 – س 14 – 1970 – ص 44 وما بعدها 0

(1) أ. حامد شاكر الطائي – المرجع السابق – ص 106 0

بين إهمال المستعير وتلف الشيء المعار ، ولكي يتخلص المستعير من المسؤولية عليه أن يثبت أن إهماله لم يكن هو سبب أضرار الشيء المعار فيثبت بان الشيء كان سيتلف ولو بذل في حفظه العناية الواجبة ، فيثبت أن التلف قد حدث بسبب قوة القاهرة⁽²⁾ 0

أذا" يستطيع المدين أن يتخلص من الالتزام من خلال إثبات استحالة التنفيذ ، أذ تقضي المادة (425) من القانون المدني العراقي بأنه (ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا" عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه) أي أن المدين هنا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أن عدم التنفيذ هو بسبب القوة القاهرة واستحالة التنفيذ وبالتالي لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه عن طريق التنفيذ الجبري 0

والقوة القاهرة التي يراد بها نفي الخطأ عن المدين بالالتزام بتحقيق نتيجة ، إذا تبين أن النتيجة لم تتحقق على الوجه المرضي افترض القانون أن هذا يرجع إلى المدين ، فلا يستطيع المدين نفي الخطأ من جانبه إلا إذا اثبت انه استحال عليه تنفيذ التزامه وانه لم يكن بإمكانه توقعه أو درء نتائجه أو أن يثبت انه رغم أماكن توقعه ولم يكن هناك سبيل إلى دفعه اعتبر خطأ ثابتا" ولكن هذه القرينة بسيطة غير قاطعة يستطيع المدين نفيها بإثبات أن عدم التنفيذ بسبب القوة القاهرة ، فالناقل الذي يكون التزامه تسليم البضاعة هو التزام بتحقيق نتيجة ، يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه أن يثبت أن عدم تسليم البضاعة أو تلفها يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه⁽¹⁾ ، ويثبت خطأه أيضا" في الالتزام ببذل عناية إذا اثبت انه لم يقم بالعناية الواجبة ، ففي الالتزام ببذل عناية يجب أن تقوم علاقة سببية بين الإهمال الثابت من جانب المدين وبين الضرر ، فإذا تبين أن عدم تحقق النتيجة على الوجه المعتاد لم يكن هو السبب في الضرر لم يكن المدين مسؤولا"⁽²⁾ 0

أذن يترتب على إعفاء المدين من المسؤولية إثبات القوة القاهرة ، فان لم يستطيع إثباته فلا يعفى من المسؤولية وإنما تكون مسؤوليته كاملة عن التعويض ، ففي قرار لمحكمة التمييز في العراق إذ قضت (المؤجر مسؤول عن الضرر في موجودات الدكان نتيجة انغماره بمياه الأمطار المتسربة من النفق وكلما فات المستأجر من ربح لفترة انغمار النفق بالمياه وقد عجز

(2) د. علي عبيد عودة – المرجع السابق – ص 377-378 0

(1) نقض مدني مصري في 19/3/1979 في الطعن لسنة 46 ق ، وارد لدى أ. حامد شاكر الطائي – المرجع

السابق – ص 108 0

(2) تراجع المواد:- (168) مدني عراقي – (215) مدني مصري 0

المميز عن أثبات السبب الأجنبي الذي ينفي مسؤوليته عن ضمان الضرر الملزم به بصفته مؤجراً" (.....) (3) 0

وهناك أحوال لا يستطيع فيها الدائن أن يقدم دليلاً "كافياً" لتبريح قيام علاقة السببية مما يترتب عليه رفض دعواه لأنه هو المكلف بالإثبات ولو لم يقدم المدين ما يرجح على أن السببية غير قائمة، وبناءاً" فقد حكمت محكمة استئناف باريس في واقعة سرقة في شقة مؤجرة أثناء غياب المستأجر ويثور التساؤل هنا حول ما إذا كان هناك خطأ من جانب المؤجر ورابطة السببية بين هذا الخطأ المزعوم وهذه السرقة (4) 0

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 أو ضمنية مستفادة من مجرد تطوع احد الخصوم بإثبات ما لا يقع عليه عبء أثباته ، فيجوز للخصم الذي لم يكن مكلفاً" في الأصل بحمل عبء الإثبات أن يتطوع لإثبات الواقعة ، فذا أجابت المحكمة إلى طلبه امتنع عليه أن يحتج بأنه لم يكن مكلفاً" قانوناً" بالإثبات ، على أساس أن تقدمه بهذا الطلب وسكوت خصمه عنه يعد بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه (1) ، وان 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 0

(3) انظر قرارها رقم 110 / هيئة موسعة أولى / 81 – تاريخ القرار 82/12/18 وارد لدى إبراهيم المشاهدي – المرجع السابق – ص 123-124 0

(4) تتلخص وقائع القضية كما يلي:- (غادر المستأجر الشقة في 11 سبتمبر 1939 تاركاً" مفاتيح شقته عند البواب، ولما عاد في 24 أغسطس سنة 1940 في الساعة 7.5 مساءً" لاحظ (المستأجر) اختفاء منقولات كثيرة من الشقة دون أن يوجد في باب الشقة أي اثر للكسر مما يسمح باحتمال وقوع سرقة أثناء غياب المستأجر بمعونة مفاتيح مصطنعة أو بمعونة مفاتيح المستأجر نفسه، وقد تبين أن العمارة بقيت دون بواب ودون رقابة عدة أيام في شهري مايو ويونيو سنة 1940 ولكن لم يستطيع احد تحديد تاريخ السرقة المزعومة ، فقررت المحكمة أن المؤجر لا يحتمل من حيث المبدأ أية مسؤولية نتيجة للسرقة التي يرتكبها الغير أضراراً" بالمستأجر في العين المؤجرة ، فلا تقوم هذه المسؤولية ألا إذا كان ارتكاب السرقة يرتبط برباط مباشر بخطأ محدد ارتكبه المؤجر أو احد تابعيه وبما انه قد تبين من الوقائع أن تاريخ وظروف وفاعل بل ومادية السرقة كل هذا لم يتحدد وان الوقائع المراد أثباتها لا صلة لها بالسرقة ، فان المستأجر لا يستطيع أثبات رابطة السببية المباشرة بين السرقة وبين الإهمال في رقابة العمارة المزعوم من قبل المؤجر والبواب وبالتالي فان دعوى التعويض المقامة على شركة التأمين التي تعطى للمؤجر تقوم على غير أساس) ، قرارها في 23/مارس/ 1944 ، منشور في دالوز سنة 1945 – ص 26 – قضية شركة التأمين نولهاك ضد كويو ، أورده د. علي عبيد عودة – المرجع السابق – ص 379 0

(1) د. عصمت عبد المجيد – الوجيز في شرح قانون الإثبات – مطبعة الزمان – بغداد – 1977 – ص 25 0

ومن أهم المبادئ والقواعد الفقهية التي تحكم عبء الإثبات هي (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) (2) ، و (أن المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) (3) 0

أما بالنسبة لرقابة محكمة الموضوع ، أن محكمة الموضوع تقوم بتقدير الوقائع التي يرعى بأنها ستكون قوة قاهرة دون رقابة عليها من محكمة التمييز ، ما دام استخلاصها للقوة القاهرة مقبولا" ، فمحكمة التمييز تراقب محكمة الموضوع عند تقديرها لتوفر شروط القوة القاهرة من الوقائع الثابتة لان هذه المسألة تعتبر مسألة قانونية (4) 0

ولغرض تمكين محكمة التمييز من فرض رقابتها ينبغي على محكمة الموضوع أن تبين بوضوح الظروف والوقائع التي استخلصت منها وجود القوة القاهرة ولا يكفي قولها بان سبب الحادث يعود إلى قوة قاهرة (5) 0

ولا يجوز التمسك بالقوة القاهرة لأول مرة أمام محكمة التمييز بل لابد من أبداء الدفع به أولا" أمام محكمة الموضوع حتى تتحقق من الوقائع المتعلقة به ومتى ثبتت الوقائع جاز طرح تقديرها على محكمة التمييز (6) ، ورقابة محكمة التمييز تنصب على (التكييف القانوني لهذه الوقائع سواء من حيث الشروط المطلوبة أو بالنسبة لصحة التطبيق الذي يجريه قاضي الموضوع على الوقائع التي يقررها (1) 0

وهناك خطوتان الأولى تقدير توافر الرابطة السببية بين الواقعة المحددة والضرر وهذا ما يدخل في صميم سلطة قاضي الموضوع باعتبارها مسألة وقائع يستقل في تقديرها ما دام هذا التقدير مقبولا" ، والثانية تقدير توفر شروط القوة القاهرة في هذه الواقعة بعد ثبوت دورها السببي في أحداث الضرر وهذه المسألة مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز (2) 0

ألا أن مثل هذا الأمر لا وجود له في العراق لأن محكمة التمييز تمارس رقابة شاملة للمسائل الواقعية والقانونية ووفقا" للصلاحيات الممنوحة لها بموجب أحكام الفصل الخامس من الباب الثاني

(2) المادة (7) الفقرة (1) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 0

(3) المادة (7) الفقرة (2) من قانون الإثبات العراقي 0

(4) د. أياد عبد الجبار ملوكي - المرجع السابق - ص 234 0

(5) د. علي عبيد عودة - المرجع السابق - ص 380 ، ود. إبراهيم الدسوقي - المرجع السابق - ص 356 وما بعدها 0

(6) د. أياد عبد الجبار ملوكي - المرجع أعلاه - ص 235 0

(1) د. إبراهيم الدسوقي - المرجع أعلاه - ص 356 0

(2) د. سليمان المرقس - المرجع السابق - ص 506 0

من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل⁽³⁾، وبهذا قضت محكمة التمييز بما يأتي:- (وجد أن مرض الطالبة قد ثبت بالتقارير الطبية الصادرة من الجهات المختصة في الخارج والمؤيدة بقرار اللجنة الطبية العصبية في المستشفى الجمهوري واللجنة الطبية في مديرية صحة الطلاب وان التأكيد قد تم بعد فحص الطالبة في حينه والاطلاع على التقارير الطبية ، لذا فلا وجه لإهدارها وعدم الأخذ بها وان العقد قد نص على عدم المطالبة بالنفقات في حالة المرض فضلا" عن أن قرارا" من الوزارة كان قد صدر بإعفاء الطالبة من المصاريف وبقبول التقارير الطبية المقدمة من قبلها فلا مبرر لمطالبتها ثانية بعد صدور هذا القرار من المرجع المختص لذا يكون الحكم المميز بما قضى به موافقا" للقانون والاعتراضات التمييزية غير واردة فقرر ردها وتصديق الحكم المميز وتحميل المميز إضافة لوظيفته رسم التمييز)⁽⁴⁾ 0

أما القضاء في مصر، فقد كانت المحاكم تعتبر أن تقدير القوة القاهرة مسألة قانونية يخضع القاضي فيها لرقابة محكمة النقض، وكانت تعتبر كذلك فيما يتعلق برابطة السببية⁽⁵⁾ 0

ألا أنها عدلت عن ذلك فيما يتعلق بالقوة القاهرة وكذلك بالنسبة إلى الرابطة السببية وأصبحت ترى أن تقدير القوة القاهرة من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض ما دام حكمه بشأنها يستند إلى تسبيب سائغ⁽¹⁾ 0

⁽³⁾ راجع المواد (203- 218) من قانون المرافعات المدنية 0

⁽⁴⁾ القرار رقم 398 / مدنية أولى / 1974 – تأريخ القرار 1975/2/26 – مجلة القضاء – العدد الثالث – السنة الواحدة والثلاثون – تموز/أب/ أيلول – 1976 – ص212-213 0

⁽⁵⁾ فقد قضت محكمة النقض (..... أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بعلة..... فهما كلاهما من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض) نقض مدني 11 يناير 1934 – المحاماة 14 العدد 1 – ص219 أورده د. علي عبيد عودة – المرجع السابق – ص338 0

⁽¹⁾ نقض مدني 11 مارس 1948 مجموعة عمر السنة 5 ص565، أورده المصدر نفسه – نفس الصفحة 0

الباب الثاني

أثر القوة القاهرة في المسؤولية العقدية

تمهيد وتقسيم

تؤدي القوة القاهرة إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً وبشكل مطلق فالمدين الذي يواجه حدث القوة القاهرة يستحيل عليه تنفيذ التزامه التعاقدى عليه سوف نقوم بدراسة اثر القوة القاهرة في المسؤولية العقدية في هذا الباب وسوف نقسم هذا الباب على فصلين سنتناول في الفصل الأول أثر القوة القاهرة الكاملة والدائمة فالكاملة في حالة كونها هي السبب الوحيد في أحداث الضرر عندها تكون القوة القاهرة سبب إعفاء كلي من المسؤولية العقدية وهذه هي القوة القاهرة الكاملة إما القوة القاهرة الدائمة فهي بالنظر إلى ميعاد زوالها فإذا كانت بطبيعتها غير قابلة للزوال في المستقبل أي أنها باقية على الدوام فإنها تعد قوة قاهرة دائمية وهنا تكون القوة القاهرة أيضا " سبب إعفاء كلي من المسؤولية العقدية إما في الفصل الثاني سنتناول فيه أثر القوة القاهرة الجزئية والمؤقتة فالجزئية تكون في حالة كونها قد ساهمت مع غيرها من الأسباب في أحداث الضرر وبذلك تكون

سبب إعفاء جزئي من المسؤولية والقوة القاهرة المؤقتة تكون بالنظر إلى ميعاد زوالها فإذا وجدت ثمة بوادر واحتمالات تشير إلى إن القوة القاهرة ستزول بعد فترة قد تطول أو تقصر فأنها تعد قوة القاهرة مؤقتة وتؤدي الى وقف تنفيذ العقد ومن ثم البدء بتنفيذ العقد .

الفصل الأول

أثر القوة القاهرة الكاملة والدائمة

سنتناول في هذا الفصل أثر القوة القاهرة الكاملة والدائمة أي ما الذي يترتب على القوة القاهرة الكاملة أي عندما تكون القوة القاهرة السبب الوحيد في أحداث الضرر أي تكون سبب إعفاء كلي للمسؤولية ، إذا كانت القوة القاهرة هي السبب الوحيد في وقوع الضرر فإن علاقة السببية لا تقوم وبالتالي لا تتحقق المسؤولية كما إذا شبت حريق فأهلك الشيء محل الالتزام أوهبت عاصفة فقلبت السيارة على أحد المارة فأصابته فإذا كانت القوة القاهرة حينئذ مانعة بصفة نهائية من تنفيذ الالتزام فإن المدين يتحمل نهائياً من تنفيذ التزامه.(1)

يترتب على حدوث القوة القاهرة في أطار المسؤولية التعاقدية استحالة تنفيذ الالتزام بصورة نهائية وتبرأ ذمة المدين من هذا الالتزام(2).

(1) د. السنهوري - الوسيط- المرجع السابق- ص999 وأنظر د. محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص128 وكذلك د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - ج2 الالتزامات - في الفعل الضار - المسؤولية المدنية - القسم الأول - الأحكام العامة - ط5 - 1988- ص490 وكذلك د. غني حسون طه - المرجع السابق- ص474 . كذلك د. فريد فتیان - مصادر الالتزام - شرح مقارن على النصوص - مطبعة العاني - بغداد- 1956-1957 - ص299 . وكذلك د. منذر الفضل - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني - ج1 - مصادر الالتزام - ط1-1991 - ص294. وكذلك د. عبد المنعم فرج الصدة- المرجع السابق - ص503 .

(2) المادة (168) مدني عراقي، م (215) مدني مصري، م (1147) مدني فرنسي.

وقد يترتب على القوة القاهرة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه في الأجل المتفق عليه في العقد وربما تعذر عليه الوفاء بالتزامه إطلاقاً وأصبح مستحيلًا بصفة نهائية وقد أشارت إلى ذلك المادة (1147) مدني فرنسي وقد نصت على

(le debiteur est responsable de l'extinction de l'obligation toutes les fois qu'il ne justifie pas qu'elle ait été causée par une cause étrangère qui ne lui soit imputable)

ففي كلتا الحالتين ترفع القوة القاهرة عن المدين مسؤولية عدم الوفاء أو التأخر فيه إذ يجوز له إن يدفع بها دعوى المسؤولية التعاقدية لأنه بذلك يهدم قرينه السببية المفترضة بين الخطأ والضرر وهذا هو أثر القوة القاهرة في دفع المسؤولية⁽¹⁾ ، وسنلاحظ أنه يترتب على القوة القاهرة الكاملة انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين⁰

عرفنا ما المقصود بالقوة القاهرة الكاملة إما القوة القاهرة الدائمة تكون بالنظر إلى ميعاد زوالها فهنا تكون قوة قاهرة غير قابلة للزوال في المستقبل أي أنها باقية على الدوام فأنها تعد قوة قاهرة دائمة تقضي إلى استحالة دائمة في تنفيذ الالتزام مما يترتب عليه انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين وهذا هو أثر القوة القاهرة الكاملة أيضا" كما سنرى⁰

قد تطرأ بعد إبرام العقد ظروف تحول دون تنفيذ هذا الطرف أو ذاك لالتزاماته التعاقدية كلها أو بعضها فإذا كانت القاعدة العامة تقضي بمسؤولية كل طرف لم ينفذ الالتزام الذي ارتضى تنفيذه بإرادته فإنه قد لايسال المدين رغم ذلك استثناءا" حتى عن عدم التنفيذ إذا اثبت إن عدم التنفيذ يعود إلى قوة قاهرة يكون فيها المانع من التنفيذ بطبيعته لا يقبل الزوال أي أنه باقى على الدوام بحيث يؤدي إلى استحالة نهائية مطلقة⁰⁽²⁾

مما يترتب عليه إن ينقضي الالتزام (التزام المدين) الذي استحال تنفيذه وينقضي تبعاً لذلك الالتزام المقابل له ويعتبر العقد مفسوخاً" من تلقاء نفسه ذلك لأن العقد يكون قد افرغ من مضمونه⁰⁽³⁾

(1) د. سليمان مر قس - دفع المسؤولية- المرجع السابق-ص246 .

(2) د . لطيف جبر كومانى - مسؤولية البائع في البيوع البحرية - دراسة في البيع سيف والبيع فوب - مؤسسة الثقافة العالمية - بغداد - 1982 - ص144 0

(3) د. صفاء تقي عبد نور - المرجع السابق - ص 138 0

نلاحظ أن القوة القاهرة الكاملة والدائمة يترتب عليها نفس الأثر على الرغم من اختلاف كل منهما عن الأخرى كما رأينا وعلى العموم أن الآثار هي الاستحالة المطلقة وهذا ما نبهته في المبحث الأول ونتناول في المبحث الثاني الانفساخ أما المبحث الثالث فنخصصه لتحمل التبعية في العقد.

المبحث الأول

الاستحالة المطلقة

تؤدي القوة القاهرة إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً على نحو مطلق فالمدين الذي يواجه حدث القوة القاهرة يستحيل عليه تنفيذ التزامه التعاقدى لذلك فإن الاستحالة المطلقة هي أقصى درجة يمكن أن يبلغها تأثير حدث ما في قدرة المدين على تنفيذ التزامه .
ولغرض الإحاطة بفكرة الاستحالة المطلقة نتولى دراستها في مطلبين نتناول في المطلب الأول طبيعة الاستحالة المطلقة وفي المطلب الثاني معيار تقدير الاستحالة المطلقة .

المطلب الأول

طبيعة الاستحالة المطلقة

لم يورد المشرع العراقي تعريفاً لكلمة (الاستحالة) وإنما ذكرها عند الكلام عن أركان العقد في ركن المحل إذ إن من شروطه إن يكون ممكناً أي لا يكون محل الالتزام مستحيلاً وألا أصبح العقد باطلاً⁽¹⁾.

ويقصد بالاستحالة المطلقة عدم إمكانية تنفيذ الالتزام لوجود حادث لا يمكن التغلب عليه مطلقاً مهما بذل المدين من جهد ونفقات⁽²⁾.

(1) المادة (127) من القانون المدني العراقي .

فإذا كان الحدث تأثيره على المدين كبيراً جداً إلى درجة لا يستطيع المدين إن يقوم بتنفيذ التزامه فإن الحدث يوصف دون شك بوصف القوة القاهرة طالما أنه أفضى إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام⁽³⁾.

والاستحالة المطلقة تتحقق من كون الشئ مستحيلًا لذاته كالتعاقد على عمل شئ قد تم عمله والتعاقد على الذهاب إلى أمريكا والمجيء منها في ليلة واحدة والتعاقد على أنجاز بناء دار ضخمة في يوم واحد⁽¹⁾.

فالاستحالة المطلقة لا تخرج عن كونها حادث طارئ خارج عن إرادة الإنسان ويفوق قدراته وإمكانياته البشرية بحيث يقف الإنسان إمامها عاجزاً "على أن يفعل شيئاً" فهي قوة القاهرة لا يمكن مقاومتها.

ويكفي لاعتبار الاستحالة مطلقة إن لا يكون في المستطاع القيام بعمل بالنسبة لواقع التقدم العلمي في زمان أبرام العقد ولو أصبح القيام ممكناً بعد ذلك بفضل التقدم العلمي مثال ذلك التعهد بالذهاب إلى القمر أو إلى المريخ أو أحد الكواكب السيارة الأخرى فهنا يعد المحل مستحيلًا بالنسبة للتقدم العلمي في وقت أبرام العقد⁽²⁾.

تأخذ الاستحالة المطلقة الناجمة عن حدوث القوة القاهرة في الواقع أكثر من شكل ولعل أكثرها شيوعاً في الحياة العلمية هي الاستحالة المادية ونظراً لأهمية الاستحالة المادية فإن من الفقه من يقصر تطبيق الاستحالة المطلقة على هذا النوع من الاستحالة⁽³⁾.

ويذهب رأي من الفقه إلى إن المقصود بالاستحالة المادية هي تلك الاستحالة الناجمة عن وجود مانع مادي ملموس يترتب عليه إن يصبح محل الالتزام غير ممكن الحدوث في ذاته نتيجة لانعدام الشئ بمقوماته الطبيعية ويستوي في هذا المانع إن يكون ناجماً عن أحد العوامل الطبيعية كالزلازل والبراكين والسيول أو ناجماً عن فعل الإنسان كالحروب والإضرابات والغزو المسلح⁽⁴⁾.

(2) د. عبد الحي حجازي - نظرية الاستحالة - مجلة إدارة قضايا الحكومة - ع2 - القاهرة - 1963 - ص168

(3) د. صفاء تقي عبد نور - المرجع السابق - ص52.

(1) د. منير القاضي - ملئقى البحرين - المجلد الأول - مطبعة العاني - بغداد - 1952 - ص207.

(2) د. محمد سليمان الأحمد وهالة مقداد أجليلي - استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي - بحث منشور في مجلة القانون المقارن تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية - العدد 29 - 2001 - ص123 وما بعدها .

(3) . 79-p-1938 Lyon - Baudry (h)-la force majeure endroit peral أورده د. صفاء تقي عبد نور - المرجع السابق - ص52 0

(4) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع السابق - ص125.

وهناك من يذهب إلى أن الاستحالة المطلقة هي شرط لعدم مسؤولية المدين أي براءة ذمة المدين وهذا ما ذهب إليه الأستاذان هنري وليون مازو على إن الإجماع منعقد على ذلك في الفقه والقضاء⁽⁵⁾، ويرى بعض الفقه إلى إن الاستحالة المطلقة هي الاستحالة بمعناها الحقيقي أي الاستحالة بمعناها الطبيعي والمنطقي وعرفت بالتالي من الوجهة السلبية بأنها امتناع الحدوث وذلك لوجود مانع لا يمكن التغلب عليه مطلقاً⁽¹⁾.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها إلى إن القوة القاهرة لا يفسخ بها العقد إلا إذا جعلت التنفيذ مستحيلاً مجرد الإرهاق لا يكفي⁽²⁾.

إن عدم استطاعة الإنسان مقاومة الأحداث ودفعها لكونها مستحيلة عليه استحالة مطلقة تعتبر من العوامل الهامة ودليلاً يساعد على إيضاح وفهم مضمون عدم إمكان توقع تلك الأحداث فهو يرى بأن عدم إمكان التوقع الذي يشترطه الفقه والقضاء للقول بالإعفاء بجانب عدم إمكان الدفع لا يكون له أية قيمة ذاتية مستقلة ويقرر تأسيساً على ذلك بأن القضاء من وقت لآخر لا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أن سبباً أجنبياً غير متوقع عادة جعل الضرر غير ممكن الدفع⁽³⁾.

ويلجأ بعض الفقه عند الكلام عن الاستحالة المادية إلى ذكر أمثلة لهذه الاستحالة كهلاك المبيع قبل التسليم هلاكاً كلياً دون التطرق لبيان ما هي الاستحالة⁽⁴⁾. وقد ذهب بعض الفقه إلى إن الاستحالة المادية هي التي تتصل بذات الأداء في ماديته ولا يقصد من عبارة ماديته إن تكون الاستحالة ناشئة من أسباب ذات طابع مادي كهلاك الشيء فقط بل تشمل هذه العبارة أيضاً الاستحالة التي تنشأ من أسباب ذات طابع قانوني كأن يخرج الشيء من دائرة التعامل بنص القانون⁽⁵⁾.

إلا أن هذا الرأي في تفسير مفهوم الاستحالة المادية يؤدي بالواقع إلى التوسع فيها أنه ينظر إلى المادة (مادة الشيء محل الالتزام) باعتبارها المضمون العام للالتزام فعندما يصبح الشيء غير قابل للتعامل بنص القانون فإن القانون هنا هو الذي ألغى مادية محل الالتزام وجعل تداوله محظوراً مما أفضى إلى استحالة مطلقة في تنفيذه⁽⁶⁾.

(5) Mazeaud (henri et Leon) ettunce .op. cit. p321.

(1) د. عبد الحي حجازي - نظرية الاستحالة - المرجع السابق - ص 168 .

(2) محكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية - جلسة 10 نوفمبر 1955 - الطعن رقم 167 لسنة 22 ق أورده د.

عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع أعلاه - ص 107.

(3) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق - ص 340.

(4) د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص 364 .

(5) د. عاطف النقيب - عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني - بنغازي - 1995 - ص 207.

(6) د. صفاء تقي عبد النور - المرجع السابق - ص 52.

وقد تكون بفعل الطبيعة مما لا دخل للإنسان بحدوثه ومقاومته كما في حالة الكوارث الطبيعية من سيول وزلازل وفيضانات تؤدي إلى هلاك محل الالتزام هلاك كلياً⁽⁷⁾. والاستحالة المادية مسألة وقائع يقدرها قاضي الموضوع تقديرًا نهائياً لا معقب عليه من محكمة النقض⁽¹⁾.

وقد تكون الاستحالة المطلقة استحالة قانونية وتتمثل هذه الاستحالة في وجود نص قانوني يتوجب التقيد به والامتثال لأحكامه سواء تجسد في صورة قوانين أو أنظمة أو تعليمات أو أوامر إدارية ويترتب على صدور هذا النص القانوني في أية صورة إن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا وتنشأ الاستحالة من اللحظة التي يدخل فيها حيز النفاذ فكثيراً ما تصدر قوانين أو أنظمة أو تعليمات تفرض حظراً على شيء معين ولا تقتصر الاستحالة القانونية على صدور قانون داخل الدولة نفسها يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا بل الأمر يعتبر كذلك إذا ما صدر قانون في دولة أخرى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا كأن تصدر دولة تشريعاً يقضي بحظر تصدير سلعة مما يجعل تنفيذ العقود المرتبطة بها مستحيلًا⁽²⁾.

كما حصل في جمهورية الأرجنتين عندما أصدرت تشريعاً يحظر تصدير الذرة مما جعل تنفيذ العقود المرتبطة بهذا المحصول والمبرمة مع دولة أخرى مستحيلًا وكما حصل في أسبانيا أيضاً عندما أصدرت تشريعاً يجعل أبرام عقود معينة مع الأجانب غير مشروع⁽³⁾.

وإذا كانت الاستحالة القانونية تتحقق بصدور تشريع معين فلا بد من توافر شروط معينة في ذلك التشريع حتى يمكن القول بتحقيق الاستحالة القانونية في حالة صدوره وهذه الشروط عموماً هي:-
1. إن يكون صادراً من سلطة مختصة⁽⁴⁾ أو مخولة بإصداره. فإذا لم يكن صادراً وفق ما تقدم فلا يمكن اعتباره استحالة قانونية فالأوامر التي تصدر عن أشخاص ليس لهم صفة رسمية لا تعد من قبيل الاستحالة القانونية لعدم صدورهما من جهة مختصة.

2. إن يكون مقترناً بصيغة الإلزام في تنفيذه أي إن يصدر في شكل أمر واجب التنفيذ وفقاً للامتياز الممنوح للسلطة العامة أما إذا كانت الأوامر صادرة لممارسة نوع من الضغط على شخص معين

(7) د. عبد الوهاب الرومي - المرجع السابق - ص 117.

(1) د. السنهوري - الوسيط - المرجع السابق - ص 984.

(2) د. محمد علي عثمان أُلْفقي - المرجع السابق - ص 35.

(3) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع السابق - ص 78.

(4) أ. حامد شاكر الطائي - المرجع السابق - ص 43.

فلا يمكن اعتبارها استحالة قانونية مثال على ذلك حالة القرارات التي تصدر من بعض النقابات العمالية ضد أرباب العمل لاسيما في ميدان الإنشاءات الدولية فمثل هذه القرارات ينقصها في الواقع عنصر الخضوع والالتزام التام بأحكامها⁽¹⁾.

كما لا تعد من قبيل الاستحالة القانونية القرارات التي تصدر من السلطة الإدارية ذات الطابع غير التنفيذي أي تلك القرارات التي لا يقصد منها سوى لفت النظر والتبيين والأعلام وحسب أما إذا تضمنت القرارات الصادرة من السلطات الإدارية بعض الإخطارات غير الملزمة والتي يقصد منها توقي السرعة من قبل المدين في أنجاز بعض الأعمال التي تتقاطع مع قدرته على تنفيذ التزامه فهذه الأخطار تفتقر إلى عنصر الإلزام والخضوع ولا تعد بالتالي استحالة قانونية أما إذا كانت الإخطارات ملزمة للمخاطب بحيث يجب الخضوع لها ولا يمكن مقاومتها كما في حالة صدور أخطار من السلطات الإدارية بإخلاء مباني ومنشآت معينة في أزمنة الحرب اتقاءً لخطر الغارات الجوية فتعد الاستحالة القانونية متحققة⁽²⁾.

3. يجب إن يتضمن الأمر عقوبة لمن خالف أحكامه وهذا ما يجسد عنصر الإجبار والإلزام والقهر في القاعدة القانونية أيّاً كانت صورتها فلكي يعتبر التشريع أو الأمر استحالة قانونية يجب إن يكون مزوداً بوسائل تلزم الآخرين بتنفيذه ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان مقترناً بالجزاء الذي لا يلبث إن يتحقق لمجرد مخالفته⁽³⁾.

إن القانون المدني العراقي قد حرص على وضع أطارا" عام يتناول فيه موضوع الاستحالة من دون إن يورد أمثلة تطبيقية لما يعد من الاستحالة المادية أو القانونية فيها بل أورد نصوصاً عامة تعالج موضوع استحالة التنفيذ إذ أصبحت هذه النصوص إطار عاماً يشمل جميع صور الاستحالة وهذا واضح من نص المادة (425) والمادة (168) من القانون المدني العراقي وكذلك الحال في قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983 فأن 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 في نصوص المواد (11، 40، 46) من هذا القانون إذ إن هذه المواد

(1) د. عاطف النقيب - المرجع السابق - ص 354 وأيضاً د. محمد علي عثمان أُلقي - المرجع السابق - ص 36.

وأيضاً أ. حامد شاكر الطائي - المرجع السابق - ص 41 وما بعدها . وأيضاً أ. حسين علي عبيد عودة - استحالة تنفيذ الالتزام العقدي بالسبب الأجنبي - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - 2001 - ص 17

(2) د. محمد علي عثمان أُلقي - المرجع السابق - ص 98.

(3) د. عبد الحي حجازي - المدخل لدراسة العلوم القانونية - مطبوعات جامعة الكويت - 1972 - ص 106. وأيضاً أ. حامد شاكر الطائي - المرجع السابق - ص 42.

عالجت طرائق تخلص الناقل من مسؤولية تعويض الأضرار التي تلحق الراكب أو الشيء محل عقد النقل وذلك بإثباته للسبب الأجنبي من دون إن تذكر أو تعد أمثلة لما يعد استحالة قانونية أو غيرها من صور الاستحالة.

وعلى الرغم من موقف القانون العراقي من الاستحالة القانونية فأنا نستطيع إن نورد أمثلة تطبيقية لما يعد استحالة قانونية وذلك استناداً إلى قرارات محكمة تمييز العراق بخصوص موضوع استحالة التنفيذ فقد ذهبت هذه المحكمة في قرارات عدة لها إلى تقرير مبدأ إعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ بسبب تحقق الاستحالة القانونية. ففي قرار لها يخص مسؤولية الناقل عن التأخير في تسليم البضاعة محل عقد النقل إذ ذكرت فيه إن حجز البضاعة من قبل السلطات العسكرية لأسباب أجنبية يعد سبباً أجنبياً عن الناقل يجعله غير مسئول عن التأخير في تسليم تلك البضاعة⁽¹⁾.

وفي قرار آخر ذهبت محكمة التمييز في العراق إلى إن تعذر تسليم المبيع من قبل البائع إلى المشتري بسبب صدور بيان بالاستيلاء عليه من قبل الشركة العامة لاستيراد المواد الإنشائية يعطي الحق للمشتري في طلب فسخ العقد واسترداد العربون من البائع لأن البائع قد تعذر عليه تسليم المبيع بسبب قرار الاستيلاء عليه من قبل السلطة المختصة وإن هذا القرار كما هو واضح يعد استحالة قانونية حالت بين البائع وبين تنفيذه لالتزامه بتسليم المبيع⁽²⁾.

وفي قضية أخرى قررت محكمة التمييز في العراق عدم مسؤولية البلدية عن عدم تسليمها للدكاكين التي جرت المزايدة عليها لأن المستأجرين في هذه الدكاكين قد وضعوا بدلات الإيجار لدى كاتب العدل بعد المزايدة وبذلك تعذر قانونياً تسليم البلدية للدكاكين بسبب استمرار سريان عقد أيجار هذه الدكاكين لذلك فإن سريان عقود الإيجار يعد استحالة قانونية حالت بين البلدية وبين الوفاء بالتزامها بتسليم تلك الدكاكين التي جرت المزايدة عليها⁽³⁾.

(1) أنظر قرارها رقم 180/هيئة عامة أولى - 972 بتاريخ 1973/1/2 - النشرة القضائية - العدد الثاني - السنة الرابعة - ص 220.

(2) أنظر قرارها رقم 220/ استئنافية/ 970 بتاريخ 1971/4/29 - النشرة القضائية - العدد الثاني - السنة الثانية 1972 - ص 102.

(3) أنظر قرارها رقم 1409/ حقوقية/ 1959 بتاريخ 1959/10/15 - القضاء المدني العراقي - سليمان بيات - الجزء الثاني - ص 59.

وفي قرار آخر عدت المحكمة تأخر صدور أجازة الاستيراد لمواد العمل الذي تعاقد المقاول على تنفيذه استحالة قانونية تعفى المقاول من مسؤولية التأخير في التنفيذ لان هذه المواد غير موجودة في الأسواق واضطر المقاول لاستيرادها من الخارج⁽¹⁾.

وفي قرار آخر لها ذكرت فيه إن استيلاء الجهات الرسمية على قسم كبير من المأجور استناداً إلى قانون الإصلاح الزراعي قد أدى إلى الإخلال بمنفعة العين المؤجر أخلاقاً 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⁽²⁾.

وفي قرار آخر لها قررت فيه (قيام وزارة التجارة بإلغاء الجدول الخاص بتجهيز المنتجات النفطية..... والذي أدى إلى استحالة التسديد لقوة القاهرة)⁽³⁾. يتضح لنا من التطبيقات السابقة إن القضاء العراقي قد أخذ بالاستحالة القانونية وعدها سبباً يعفى المدين من المسؤولية فلذلك يعد كل قرار صادر بالاستيلاء على البضائع وغيرها استحالة قانونية وهي أمثلة وتطبيقات للاستحالة في القضاء العراقي والاستحالة القانونية مسالة قانون تخضع لرقابة محكمة التمييز.

وقد استعمل المشرع العراقي مصطلح استحالة التنفيذ الذي لا يدل إلا على الاستحالة المطلقة فالمصطلحان مترادفان لا تميز بينهما فالمدين لا يبرأ من المسؤولية إلا إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى سبب أجنبي ويقع عليه إثبات ذلك.

نلاحظ في بعض حالات استحالة التنفيذ قد لا يكون المدين من الناحية الموضوعية أمام استحالة مطلقة في تنفيذ التزامه بل انه يواجه إرهاباً أو صعوبة في تنفيذ الالتزام وعلى نحو مكلف كما في حالة الارتفاع المفاجئ للأسعار إلا إن ذلك لا يؤدي إلى براءته من المسؤولية⁽⁴⁾.

فاستحالة التنفيذ بالمفهوم المتقدم لا تقلل من أهمية الاستحالة المطلقة بل تبقى هذه الأخيرة إحدى حالات استحالة التنفيذ بمعناها الواسع والتي تجمع بالإضافة إلى حالة القوة القاهرة حالات أخرى تتيح للمدين التخلص من المسؤولية كما في حالة الاستحالة الاقتصادية⁽⁵⁾.

(1) قرار محكمة تمييز العراق رقم القرار 1982/4/456 -بغداد- مجموعة الأحكام العدلية- العدد الثاني- السنة الثالثة عشر -1982- ص 41 .

(2) قرار محكمة تمييز العراق رقم 313/حقوقية/1960 -بغداد- القضاء المدني العراقي- سلمان بيات -الجزء الثاني- ص 197 .

(3) قرار محكمة التمييز العراقي رقم 147/ موسعة ثانية/ 2000 في 2001/3/24 (قرار غير منشور).

(4) د. عباس حسن الصراف- المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن -رسالة دكتوراه- كلية الحقوق - جامعة القاهرة -1954- ص 86.

(5) د. صفاء تقي عبد النور -المرجع السابق- ص 57.

وقد ميزت بعض القوانين بين الاستحالة المطلقة وما يعرف بنظرية الخيبة أو (الإخفاق) في تنفيذ الالتزام فقد كان المبدأ السائد حول استحالة التنفيذ في ظل القانون الإنكليزي هو إن القوة الملزمة للعقد يجب إن تكون مطلقة فإذا ألزم المتعاقد نفسه بموجب العقد بمحض إرادته إلزاماً مطلقاً بالأداء فلا يستطيع التنصل من دفع التعويض وإن كان عدم التنفيذ راجعاً إلى حالة الاستحالة الناجمة عن حوادث تعتبر قوة قاهرة أيّاً كانت طبيعتها سواء كانت مادية أو سياسية فليس من سبيل إمام المدين للتخلص من المسؤولية سوى بالنص الصريح في العقد على إعفائه من المسؤولية في حالة وقوع أحداث معينة تشكل حالة قوة قاهرة وتمنعه من تنفيذ التزامه فالأمر إذا كان موكولاً إلى إرادة الأطراف فعليهم يقع عبء أدراج ما يشاءون من النصوص التي تحميهم من الأحداث التي قد تقع أثناء تنفيذ عقدهم⁽¹⁾. وتتلخص نظرية الخيبة (أو الفشل) في تنفيذ العقد في إن المدين يبرأ عند عدم تنفيذ التزامه في حالة وقوع أحداث أو ظروف لا ترقى إلى الاستحالة المطلقة وآياً كان الأمر فأن مقتضى تطبيق نظرية الخيبة في تنفيذ العقد هو عدم تحقق الغرض العلمي أو التجاري من العقد أي إن العقد قد فشل في تحقيق المصلحة التي كان الطرفان يصبوان إليها حين التعاقد لذلك فأن تطبيق هذه النظرية يشمل على وجه الخصوص الأحوال الآتية⁽²⁾:-

1. زوال شخص معين أو شيء معين بحيث إن تنفيذ العقد بصيغة الأولى يتوقف على وجود هذا الشخص أو الشيء.
2. حصول تغير في الظروف التي ترافق أبرام العقد وبما يؤدي إلى فوات الغرض المتفق عليه إما في الموعد المحدد أو في الموعد المعقول والمناسب لذلك.
3. عدم تحقق الواقعة التي كان تنفيذ العقد مرتبطاً بها.
4. تدخل رب العمل بناءً على مصلحة مشروعة وإيقاف تنفيذ العقد لمدة طويلة بحيث لا يعود التنفيذ مجدياً بانقضاء هذه المدة.
5. حصول تغيير جوهري في القانون النافذ مما يؤدي إلى تغير الظروف التي يتم في ظلها التنفيذ كما في حالة صدور قانون بعد أبرام العقد يمنع من تنفيذ الأعمال الداخلة في موضوع العقد.
6. القضاء على الغاية الكلية للعقد نتيجة تغير الظروف التي أبرم في ظلها لاسيما إذا أصبح التنفيذ غير مجدٍ بمنظور تجاري أو اقتصادي.

(1) محمود محمد عوض – انقضاء الالتزام بالإبراء واستحالة التنفيذ في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – رسالة ماجستير – كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر – القاهرة – 1983 – ص 117.

(2) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق – ص 88.

وبقي إن نتطرق إلى الاستحالة المطلقة في حالة الالتزام بأداء مبلغ نقدي فالأصل في العقود إن المدين بأداء مبلغ نقدي لا يمكن أبداً أن يواجه استحالة مطلقة تمنعه من تنفيذ التزامه ويعود السبب إلى طبيعة المحل في هذا النوع من الالتزامات فالنقود من المثليات⁽¹⁾ أو كما يسميها البعض (الأشياء المعينة بالنوع) وهي الأشياء التي يقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء ولها مثيل في الأسواق⁽²⁾، وتقدر بالعدد أو الكيل أو الوزن عليه فأن المدين بأداء مبلغ نقدي لا يبرأ من التزامه مطلقاً أي أن النقود هي المثال الحي للمثليات التي تقدر بين الناس بالعدد لذلك فأن التنفيذ العيني للالتزام بأداء مبلغ من النقود يعتبر ممكناً دائماً ولا يعد مستحيلًا لمجرد إعسار المدين لذلك لا يمكن كقاعدة عامة في هذا النوع من الالتزامات إن تتحقق استحالة مطلقة في تنفيذ التزام المدين بيد إن ما تقدم لا يمنع من الحكم بالتعويض في حالة التأخر في تنفيذ التزامات المدين⁽³⁾.

ولكن في بعض الحالات النادرة تحقق حالة الاستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ معين من النقود كما لو اشترط إن يتم الوفاء بعملة معينة فصدر تشريع يحضر التعامل بهذه العملة أو يخرجها من دائرة التعامل أو تلغيها الدولة أو توقف العمل بها تطبيقاً لسياسة مالية معينة إذ يستحيل على أطراف العقد في الفرض المذكور الوفاء بالتزامهم والدفع بالعملة المتفق عليها في العقد⁽⁴⁾. نلاحظ مما تقدم إن الاستحالة التي تؤدي إلى إعفاء المدين من المسؤولية عن عدم تنفيذ التزامه في ظل القانون العراقي هي الاستحالة المطلقة التي يعبر عنها المشرع العراقي بمصطلح استحالة التنفيذ والمشرع العراقي قد ضيق في الواقع من حالات الإعفاء من المسؤولية.

المطلب الثاني

(1) نص المادة (64) مدني عراقي (1-الأشياء المثالية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو الكيل أو الوزن أو المقياس. 2- وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمي) وتقابلها المادة (85) مدني مصري.

(2) د. عبد الحي حجازي -المرجع السابق- ص187.

(3) د. عبد المنعم البدر اوي -المرجع السابق- ص27، ود. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي- المرجع السابق- ص186.

(4) د. عاطف النقيب -المرجع السابق- ص149.

مقياس تقدير الاستحالة المطلقة

يختلف مفهوم الاستحالة المطلقة وفقاً للمقياس المتبع في تقديرها وقد ظهر بهذا الصدد مقياسان أولهما المقياس الشخصي الذي يعتد بظروف المتعاقد الشخصية الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلاً ويستند هذا المقياس على تقدير مدى كفاية وقدرة وسائل المتعاقد الشخصية في دفع الحدث وتجنب آثاره الضارة وتختلف هذه الوسائل باختلاف الأشخاص لذلك فإن ذات الحدث قد يكون مستحيلاً بالنسبة إلى شخص معين في حين لا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص آخر عليه فإن الأخذ بهذا المقياس يؤدي إلى اعتبار الاستحالة مطلقة بالنسبة إلى المدين إذا لم تكن إمكانياته ووسائله كافية لتجنب الحدث حتى لو كان من الممكن لمدين آخر إن يدفع الحدث أو يتخطى نتائجه⁽¹⁾.

وثانيها هو المقياس الموضوعي الذي يقدر الاستحالة دون اعتداد بالظروف الشخصية للمتعاقد بل اعتماداً على حالة الشخص المعتاد إذ يجب وضع شخص معتاد في الظروف نفسها المحيطة بالمدين لقياس قدرة الوسائل التي من المعتاد وجودها عند هذا الشخص على دفع الحدث وتقاضي نتائجه ومقارنة هذه الوسائل وسلوك المدين بوسائل وسلوك الشخص المعتاد فإن استطاع هذا الأخير إن يدفع الحدث أو يتخطى نتائجه فإن الحدث لا يؤدي إلى استحالة مطلقة بالنسبة إلى المدين حتى لو كان كذلك وفقاً لإمكانيات ووسائل المدين الشخصية ويجب بالضرورة إلى التمييز بين الاستحالة الشخصية والاستحالة الموضوعية إذ يذهب جانب من الفقه إلى أنه يجب للتمييز بينهما النظر إلى مدى خصوصية الحدث أو عموميته فإذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى المدين دون إن يكون كذلك بالنسبة إلى غيره فإن الاستحالة تكون شخصية إما إذا كان التنفيذ مستحيلاً إلى المدين وإلى غيره ممكن أن يكون في مثل ظروفه فالاستحالة هنا موضوعية أي أنها عامة بالنسبة إلى الناس كافة⁽²⁾.

يبد إن هذا المقياس لم يسلم في الواقع من النقد إذ وجهت إليه عدة انتقادات تركز معظمها في إن عمومية الحدث أو خصوصيته لا تعكس حجمه فضلاً عن ذلك فإن عنصر الخصوصية ليس بالضرورة ملازماً للاستحالة الشخصية في جميع الأحوال فقد يكون المدين ملتزماً بأداء مبلغ من النقود غير موجود لديه ولا يستطيع الحصول عليه لأن أحداً من الناس لا يريد إقراضه المبلغ أو

⁽¹⁾ Le roy (d) la force majeure dans le commerce international these-paris- 1992.p.79

أورده د. صفاء تقي عبد النور - المرجع السابق - ص 61 .

⁽²⁾ د. عبد الحكم فودة - المرجع السابق - ص 269 ، وعاطف النقيب - المرجع السابق - ص 359، ود. عبد المنعم البدر اوي - المرجع السابق - ص 203 ، وأ. حسين علي عبيد عودة - المرجع السابق - ص 30.

منحه انتمانا فالاستحالة هنا شخصية بيد أنها تنقلب إلى استحالة عامة كما لو نشبت أزمة مالية حادة بحيث خلقت حالة من الإحساس أو من عدم الائتمان⁽¹⁾.

وتكون الاستحالة شخصية على الرغم مما لها من طابع العمومية فلا يصح القول مطلقاً بأن الاستحالة الشخصية تنقلب إلى موضوعية بسبب عمومية الحدث الذي أدى إليها⁽²⁾.

ويضيف رأي في الفقه⁽³⁾ إن اعتماد المعيار المذكور يؤدي إلى الغموض لأنه يقتصر على ذكر النتائج التي تترتب على ذلك الحدث فالحدث قد يترتب نتيجة عامة تطال الناس كافة لذلك يعتمد هذا الفقه معياراً آخر للتمييز يتجسد في مدى صلة الحدث بالعناصر المكونة لمضمون الالتزام ووفقاً لهذا المعيار فإنه يجب تحديد ما إذا كان الأثر المترتب على الحدث يتصل بمضمون الالتزام اتصالاً مباشراً أو اتصالاً غير مباشر وبغية الوصول إلى هذا التحديد لابد من النظر إلى الالتزام في ذاته فإذا نجمت الاستحالة عن حدث لصيق بالكيان الداخلي لمضمون الالتزام أي من حدث يمنع تنفيذ الالتزام في ذاته وبغض النظر عن أي عنصر خارجي عن ذلك الالتزام فالاستحالة هنا موضوعية أما إذا نشأت الاستحالة من الظروف الخاصة للمدين أي إذا كان الحدث يمس شخص المدين أو إمكاناته الاقتصادية دون أن يرتبط بمضمون الالتزام ذاته فالاستحالة هنا استحالة شخصية ويبدو رجحان المعيار المتقدم لأن اعتماده يؤدي إلى تلافي النقد الذي وجه إلى المعيار الأول فالاستحالة تكون موضوعية متى اتصلت بطبيعة الالتزام نفسه في جوانبه المادية.

المبحث الثاني

الانفساخ

يحتل الانفساخ مكانه المميز في الأسباب العامة لانحلال العقد باعتباره نظاماً له الذاتية الخاصة به والذي تميزه عن الأسباب الأخرى لانحلال العقد وسنحاول من خلال هذا المطلب التعرف على

(1) د. صفاء تقي عبد النور - المرجع السابق - ص 61.

(2) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع السابق - ص 100، ود. خالد عبد الله - المرجع السابق - ص 154، و د. محمد علي عثمان التقي - المرجع السابق - ص 22-23.

(3) د. عبد الحي حجازي - نظرية الاستحالة - المرجع السابق - ص 202.

الانفساخ وسنقسم هذا المبحث على مطلبين فسنتناول في الأول ماهية الانفساخ ونبحث في الثاني آثار الانفساخ .

المطلب الأول

ماهية الانفساخ

الانفساخ يقصد به انحلال للعقد بقوة القانون دون تدخل القاضي ودون إن يكون مشروطاً ذلك في العقد إن استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي⁽¹⁾.

وقد عنيت التشريعات بتنظيم الانفساخ بوصفه سبباً من الأسباب التي تنحل بها العقود وتركز هذه العناية من كون الانفساخ هو نظام من أنظمة انحلال العقد إما تكييف الانفساخ في الفقه والقانون المدني العراقي فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي إن انحلال العقد يترتب على أمرين فقط هما الفسخ والإقالة وعد الانفساخ نوعاً من أنواع الفسخ⁽²⁾ وهي الفسخ ألتفاقي والقضائي والقانوني أي لم يجعل الانفساخ أحد الطرق التي ينحل بها العقد وإنما أدخله ضمن الفسخ.

ومعنى الانفساخ فهو انحلال العقد بقوة القانون إذا ما استحال تنفيذ الالتزام العقدي لسبب أجنبي خارج عن أرادة المدين أي لا يد له فيه⁽¹⁾.

ونلاحظ إن القانون المدني العراقي قد عالج الانفساخ من خلال نص الفقرة الأولى من المادة (179) مدني عراقي والتي نصت على (إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه أنفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه) ونفس الحكم تتبناه المادة (159) من القانون المدني المصري والتي نصت على (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام المدين بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) نلاحظ في هذه المادة إن الانفساخ مأخوذ منها أي إن الانفساخ لا

(1) د. جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة 1981 - ص 408.

(2) د. منير القاضي - المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني - مطبعة الحكومة - بغداد - 1984. لقد افرد المشرع العراقي للانفساخ مادتين هما (179-180) وردت في القسم الأول من الكتاب الأول الفرع الثالث من الفصل الأول من القانون المدني العراقي تحت عنوان (انحلال العقد)، إن المواد القانونية (177-178) من القانون المدني تخص الفسخ إما المواد (181-183) تخص الإقالة.

(1) د. عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق - ص 432.

يكون إلا حيث يستحيل التنفيذ العيني لسبب أجنبي إما إذا كان استحالة التنفيذ ترجع إلى خطأ المدين فلا يفسخ العقد بيد انه يكون محلاً للفسخ ويلتزم المدين في هذه الحالة بالتعويض وهذا أساس المسؤولية العقدية التي لا يتصور قيامها مع زوال العقد⁽²⁾.

أما بالنسبة لموقف الفقه العراقي فقد جعل الانفساخ نوعاً من أنواع الفسخ⁽³⁾.

إما القانون المدني الفرنسي فقد تضمن عدة نصوص تقرر انقضاء الالتزام بسبب الهلاك أو بسبب استحالة الوفاء به لسبب أجنبي لايد للمدين فيه فقد نصت المادة (1147) من القانون المدني الفرنسي على (المدين يكون مسؤولاً عن التعويض إذا كان له محل إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير فيه وذلك في جميع الأحوال ما لم يثبت إن عدم التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ولم يكن ثمة سوء فيه من جانب المدين) كذلك نصت المادة (1148) مدني فرنسي على (لا محل للتعويض إذا حالت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي دون قيام المدين بإعطاء أو عمل ما التزم به أو إذا أقام بأداء ما هو محظور عليه).

من استعراض هاتين المادتين قد يبدو من الوهلة الأولى إن القانون المدني الفرنسي لا يعرف الانفساخ كما عرفته القوانين العربية ونصت عليه أو يمكننا القول بشكل أكثر دقة إن هذا القانون لم يبين الآثار التي ترتبت على انقضاء الالتزام الذي صار الوفاء به مستحيلًا وقد ترتب على هذا القول إلى عمد القضاء الفرنسي إلى حد قول البعض في الفقه إلى أن يسوي بين الفسخ والانفساخ⁽¹⁾.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه استناداً إلى ذلك بأن القضاء الفرنسي لا يعترف على وجه العموم بالفسخ بقوة القانون ويرى انه بصدد ذلك يميل إلى تطبيق أحكام المادة (1148) والتي تنص على آثار مختلفة عن الآثار التي يربتها الانفساخ أو الفسخ بقوة القانون⁽²⁾.

ويرتب هذا الفقه تأسيساً على ذلك بأن القضاء الفرنسي لا يرى بأن هناك محلاً للفرقة بين أسباب عدم تنفيذ الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين فسواء أكان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب خارجي

(2) محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين – الفسخ والانفساخ والتفاسخ (البطلان في الانعدام في ضوء القضاء والفقه) – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية- 1988- ص33.

(3) د. فريد فتیان – المرجع السابق- ص216-224 ، ود. حسن علي الذنون – النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني- رسالة دكتوراه – كلية الحقوق- جامعة فؤاد الأول – مطبعة النهضة - مصر – القاهرة- 1946 – ص183-256 وكذلك د. غني حسون طه – المرجع السابق- ص391-393 وكذلك د. منير القاضي – ملتي البحريين- المرجع السابق- ص283-289 .

(1) د. عبد الحكم فودة – المرجع السابق- ص578 .

(2) د. حسن علي ذنون – النظرية العامة للفسخ – المرجع السابق- ص241 .

عن إرادة الطرفين كقوة القاهرة أم كان عدم التنفيذ راجعاً إلى امتناع من جانب المدين فإنه في كلتا الحالتين يجب تطبيق أحكام المادة (1148) بما يترتب عليها من آثار تختلف عن الآثار التي يترتبها الانفساخ أو الفسخ بقوة القانون وفي هذا قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن دعوى الفسخ لعدم التنفيذ تكون مقبولة أيّاً كان السبب حتى ولو كان عدم التنفيذ راجعاً للقوة القاهرة التي تمنع المتعاقد الآخر من تنفيذ التزاماته⁽³⁾.

ويرجع بعض الفقه السبب الذي حدا بالقضاء الفرنسي إلى إنكار الانفساخ أو الفسخ بقوة القانون إن هذه المحاكم دائماً تبحث عن نص قانوني تعضد به ما تصدره من أحكام بمعنى آخر إن المحاكم الفرنسية لا تصدر حكماً إلا مستنداً على نص في القانون ولما لم تجد تلك المحاكم في نصوص القانون المدني الفرنسي غير مادة وحيدة وذات نص عام وهي نص المادة (1148) والتي تقضي بفسخ العقد الملزم للجانبين لعدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه لهذا فقد لجأ هذا القضاء إلى توسيع مجال تطبيق نص المادة (1148) وتطبيقه لا على حالة إخلال المدين بالتزاماته نتيجة خطأ أو تقصير منه فحسب بل امتد هذا التطبيق أيضاً على حالات عدم التنفيذ بصورة عامة حتى ولو كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي لا يسأل عنه المدين⁽⁴⁾.

ولم تقتصر تسوية القضاء الفرنسي بين الفسخ والانفساخ واعتبار دعوى الفسخ بالتالي مقبولة حتى ولو كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي لايد للمدين فيه بل إن هذا القضاء قد وصل في إنكاره للانفساخ إلى مداه عندما طبق المادة (1148) على الآثار التي قد تترتب على الاستحالة الناشئة عن سبب أجنبي بمعنى انه طبق الآثار التي نصت عليها تلك المادة سواء كانت الاستحالة جزئية طرأت على جزء من الالتزام أم كانت الاستحالة كلية أصابت محل الالتزام بأكمله فأعدمته إلا أنه ورغم ما تقدم فإن هناك جانباً آخر من الفقه يرى إن القضاء الفرنسي يعرف نظام الانفساخ أو الفسخ بقوة القانون⁽¹⁾.

ويرى البعض انه كان بإمكان القضاء الفرنسي اللجوء إلى نصوص أخرى من القانون المدني الفرنسي للقول بانفساخ العقد وترتب آثاره عليه بدلاً من الاستدلال بنص المادة (1148) فكان بإمكانه الاستدلال بنص المادة (1795) والتي تقرر بأنه يفسخ استئجار الصانع بموته أو بحادثة

(3) نقض مدني فرنسي في 2 يونيو 1980 العدد 178/1/ 1982 أورده د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق- ص 462 .

(4) د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للفسخ- المرجع السابق- ص 242 .

(1) د. سليمان مر قس بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها - 1987 جمع وتنسيق هدى النمير- ص 610 .

قهرية تمنعه عن العمل كما يمكن الاستدلال بنص المادة (1722) والتي تنص بأنه إذا هلك الشيء المؤجر بقوة قاهرة في أثناء مدة الإيجار انتهى العقد بقوة القانون⁽²⁾. أما تكييف الانفساخ القانوني فيكاد الفقه يكون منقسماً في تكييف الانفساخ إذ يرى بعض الفقه إن الانفساخ ما هو إلا فسخ إلا إن له طبيعة خاصة به من حيث أنه يقع من تلقاء نفسه وبقوة القانون وعلى هذا فقد عمد هذا الفقه إلى التعبير عن هذا الفسخ ذي الطبيعة الخاصة بالفسخ القانوني تمييزاً عن كل من الفسخ ألتفاقي والفسخ القضائي⁽³⁾.

والطبيعة الخاصة به والتي تميزه عن مسائل الفسخ الأخرى فهو لا يقع إلا إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة وعندئذ لا يترتب عليه الحكم بالتعويض كما إن من شأن طبيعته الخاصة إن قلصت من سلطة المحكمة فإذا كان لها إن تتدخل فأن ذلك لا يتعدى مجرد التحقق من مدى توافر شروط الانفساخ من عدمها وبذلك يكون حكمها كاشفاً لا منشأً. ونرى إن الانفساخ نظاماً قانونياً قائماً بذاته إلى جانب غيره من أنظمة انحلال العقد.

المطلب الثاني

أثار الانفساخ

إن موضوع أثار الانفساخ له أهمية خاصة فهو أجراء يخفى وراءه مجموعة من الآثار التي تترتب عن حدوثه وإن تلك الآثار لا تترتب من تلقاء نفسها وإنما هي في الواقع نتيجة القول بالانفساخ وهذه الآثار هي انتفاء المسؤولية العقدية للمدين وانقضاء الالتزام العقدي وتوابعه ورجعية الانفساخ وامتناع الحكم بالتعويض وعدم الحاجة إلى الأعذار وتلقائية الانفساخ وإحالة الحقوق والدعوى إلى الدائن وهذا ما سنحاول معرفته من خلال البحث في هذا المطلب.

(2) د. عبد الوهاب علي سعد الرومي - المرجع السابق - ص 465.

(3) د. عبد الحكم فودة - إنهاء القوة الملزمة - المرجع السابق - ص 572 ، وعبد الحميد أشواربي - المشكلات العملية في تنفيذ العقد - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 1988 - ص 251 .

الفرع الأول:- انتفاء المسؤولية العقدية للمدين:- إن القدرة هي مناط

الالتزام نشوءاً" واستمراراً" وبسبب هذه الصلة الضرورية بين القدرة والالتزام ينقضي الالتزام بالضرورة إذا طرأ بعد نشوئه مانع لايد للمدين فيه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً" (1)0

فاذا كانت القواعد العامة تقضي بمسؤولية المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه بالشكل المنصوص عليه في العقد فان القوة القاهرة تعتبر استثناء يعطل حكم هذه القواعد بانتفاء مسؤولية هذا المتعاقد (2)0

وأياً" كان الأمر متى توافرت شروط القوة القاهرة فان الأثر الطبيعي الذي يترتب على ذلك هو انتفاء مسؤولية المدين التعاقدية عن نتائج عدم التنفيذ التي ترجع إلى قوة القاهرة وهو اثر الانفساخ (أي انتفاء المسؤولية العقدية للمدين) أي يترتب عليها نفس الاثر ، بيد إن هذا الأثر إن كان معترفاً" به في مختلف النظم القانونية فان بعض النصوص القانونية وبعض الفقهاء لايعبرون بوضوح عن التكييف القانوني لهذا الأثر إذا كان يعد سبباً" لانتفاء المسؤولية ؟ أم الإعفاء منها ؟ رغم وضوح الفارق بين الفكرتين إذ تؤدي الأولى إلى اعتبار القوة القاهرة سبباً" تنهدم معه بعض أركان المسؤولية التعاقدية (3)0

بينما تقوم جميع أركان المسؤولية العقدية في الفكرة الثانية وينحصر اثر القوة القاهرة في اعتبارها سبباً" أجنبياً" لإعفاء المدين من هذه المسؤولية 0

وترتيباً" على ما تقدم يبدو رجحان ما ذهب إليه بعض الفقه من إن القوة القاهرة تعد سبباً" لانتفاء مسؤولية المدين لا سبباً" للإعفاء منها لان أسباب الإعفاء من المسؤولية لا تقوم إلا إذا توافرت أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية في حين إن المدين يبرا من التزامه ولا يكون مسئولاً" عنه لان استحالة التنفيذ نتيجة قوة القاهرة لم تكن بسبب خطأ منه (1) 0

كما إن إحكام القوة القاهرة تنظم عدم التنفيذ الذي لا يرجع إلى إرادة احد المتعاقدين إما شروط الإعفاء فهي تنظم حالات عدم التنفيذ الذي يرجع إلى عدم التنفيذ الإرادي أي خطأ احد المتعاقدين(2)

(1) المادة (425) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ما يأتي (ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين إن الوفاء به أصبح مستحيلاً" لسبب أجنبي لا يد له فيه) تقابلها المادة (373) مدني مصري 0

(2) د. عبد الحي حجازي – الاستحالة – المرجع السابق – ص 66 0

(3) د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 140 0

(1) د. محي الدين إسماعيل علم الدين – نظرية العقد – مقارنة بين القوانين العربية والشرعية الإسلامية – ط 3 – دار النهضة العربية – القاهرة – 1994 – ص 483 0

(2) FONTAINE (m) – droit- des contracts- internationaux – analyset- redaction de clauses fec 1989 – p.176 اورده د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 13 0

وتعبر العديد من النصوص القانونية عما تقدم صراحة . من ذلك نص الفقرة الثانية من المادة (204) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 إذ نصت على (لايسال المودع إليه عما يلحق البضاعة من هلاك أو تلف إذا نشأ عن قوة قاهرة ..) وكذلك نص المادة (11) من قانون النقل العراقي النافذ المتعلقة بعقد نقل الأشخاص التي نصت على(لايجوز للناقل إن يدفع مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب إلا إذا اثبت إن ذلك الضرر يرجع إلى خطأ الراكب أو إلى قوة قاهرة ..) وكذلك الفقرة الأولى من المادة (46) المتعلقة بعقد نقل الأشياء والتي نصت على (يضمن الناقل سلامة الشيء إثناء تنفيذه عقد النقل ويكون مسؤولاً عن الإضرار التي تصيبه ولا يجوز له إن ينفي مسؤوليته عن هلاك الشيء أو تلفه أو التأخير في تسليمه إلا بإثبات القوة القاهرة) وكذلك نصت المادة (79) الخاصة بالوكيل بالنقل إذ نصت على مايتي (أولاً :- يكون الوكيل مسؤولاً عن التأخير في وصول الراكب وعن الإضرار التي تلحق به إثناء تنفيذ عقد النقل ولا يجوز للوكيل إن ينفي هذه المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الراكب 0 ثانياً :- يسأل الوكيل من وقت تسليمه الشيء محل النقل عن هلاكه كلياً أو جزئياً أو تلفه أو التأخير في تسليمه ولايجوز إن ينفي هذه المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة) .

وان كانت غالبية الفقه تذهب إلى إن القوة القاهرة تؤدي إلى تهمد بعض أركان المسؤولية التعاقدية فأن هذا الفقه لايتفق حول أي من هذه الأركان ينهدم بسبب القوة القاهرة . فالبعض يرى إن القوة القاهرة تؤدي إلى غياب ركن الخطأ لأن المدين لم يرتكب أي خطأ من جانبه فهو غير مسئول عن عدم التنفيذ الذي يعزى إلى حدث خارج عن إرادته ولم يشارك في وقوعه وهذا هو اتجاه أصحاب النظرة الشخصية أو النسبية للقوة القاهرة وهؤلاء لايعتدون بالواقعة المكونة للقوة القاهرة وإنما يعتدون بسلوك المدعى عليه (المدين) فلا تعتبر الواقعة قوة قاهرة إلا إذا كان موقف المدين إزائها خالياً من كل خطأ ولا يمكن نسبة أي إهمال أو تقصير إليه ولهذا يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى إن القوة القاهرة تعادل انعدام الخطأ وان سبب قوتها الاعفائية يكمن في هدمها لركن الخطأ وليس لعلاقتها السببية (1) ، ولكن هذا الاتجاه كان محل نقد لأنه إذا كانت القوة القاهرة تعادل حقا انعدام الخطأ لترتب على ذلك إن إثبات المدين لانعدام خطئه يكفي لإعفائه من المسؤولية التي تقع

(1) د . عبد المجيد حكيم – المرجع السابق – ص415 وأيضاً د. حكمت أبو ستيت – المرجع السابق – ص266 و د . أنيس الأسيوطي – مسؤولية الناقل الجوي . و د . إسماعيل غانم – المرجع السابق – ص364 وأيضاً تونك – القوة القاهرة وانتفاء الخطأ في المسائل العقدية – المجلة الوطنية للقانون المدني – 1954 – ص235 – أورده د . إبياد عبد الجبار ملوكي – المرجع السابق – ص245.

عليه هذا ما لا يقبله القضاء الذي رفض صراحة هذا الاتجاه مقررا إن إثبات انعدام الخطأ لا يكفي لإعفائه ويجب إن يثبت القوة القاهرة التي لا يد له فيها (2) وهذا ما أشار إليه هذا الاتجاه .

كما إن هذا الاتجاه يتعارض مع إحكام القضاء التي تقرر في بعض حالات الإعفاء الجزئي رغم ثبوت القوة القاهرة هذا بالإضافة إلى إن القضاء يقبل إمكان تواجد القوة القاهرة مع الخطأ (3) .

أن القوة القاهرة تؤدي إلى غياب الخطأ ولذا فأن من الطبيعي إن يكون أثرها هو انتفاء المسؤولية في حين يرى الاتجاه الثاني الموضوعي إن للقوة القاهرة دورا مستقلا وقوة إعفاء بصرف النظر عن سلوك المدين فهي تقطع علاقة السببية بين نشاط المدين والنتيجة الضارة وهكذا فأن أصحاب هذا الاتجاه يبحثون القوة القاهرة في مجال السببية وليس انعدام الخطأ , إذ إن أصحاب هذا الاتجاه يربطون القوة القاهرة ببعض الوقائع المحددة مثل العواصف والفيضانات وغيرها من الظواهر والحوادث الطبيعية (4) 0

أن استحالة تنفيذ الالتزام بسبب القوة القاهرة ولم يستطع المدين إثبات ذلك حكم عليه بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه طبقا لإحكام المادة (168) مدني عراقي والتي تنص على (إذا استحال على المدين إن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت إن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه (1) .

وهذه هي إحكام المسؤولية العقدية (2) .

ويمكن للمحكمة الحكم بالتعويض في حالة استحالة تنفيذ الالتزام نتيجة خطأ يعزى إلى المدين فللدائن إن يستوفي من ذمة المدين مبلغا من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها لو إن المدين نفذ التزامه ويكون الحكم بالتعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام في الوقت المحدد له وبالشروط المتفق عليها (3) .

إذا انتفت مسؤولية المدين بسبب القوة القاهرة فلا يجوز للدائن في هذه الحالة مطالبة المدين بما يترتب على عدم التنفيذ من آثار لان عدم التنفيذ في هذه الحالة مرده القوة القاهرة التي لا يد للمدين

(2) د. إبراهيم الدسوقي - المرجع السابق - 171 .

(3) نقض مدني مصري - 22 فبراير 1966 - المحاماة - س17 - ص312 .

(4) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق - ص187 وأيضا د. أنور سلطان - المرجع السابق - ص127 - وأيضا د. حسين عامر - المرجع السابق - ص858 .

(1) تقابلها المادة (215) مدني مصري .

(2) د. السنهوري - الوسيط - المرجع السابق - ص872 - وأيضا د. عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق - ص411 - وأيضا د. عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص407 .

(3) د. حسن علي الذنون - المرجع السابق - ص348 .

فيها فليس هناك خطأ أو تقصير أو إهمال يمكن إسناده إلى المدين حتى لو تحقق الضرر بالفعل في جانب الدائن إذ إن القوة القاهرة هي التي تقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽⁴⁾ . وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق (بالنظر لكون البائع والمتعهد بالتصميم عند قيامه بالتقرير كان يهوديا أسقطت عنه الجنسية العراقية قبل إن يقوم بالتقرير بدائرة التسجيل العقاري وإن ذلك يعتبر مانعا قانونيا منع البائع بما تعهد به لذلك فلا محل للمطالبة بالضمان ...)⁽⁵⁾ . كذلك ذهبت إلى اعتبار المرض بأنواعه المتعددة من قبيل القوة القاهرة التي تعفي المدين من تنفيذ التزامه وتمنع بالتالي من قيام المسؤولية العقدية ففي قرار لها في سنة 1975 جاء فيه (وإذا اثبت إن مرض الطالب كان عبارة عن احتشاء العضلة القلبية) قد منعه من إكمال دراسته انقض الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لايد للمدين فيه لهذا 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 الالتزام المستحيل فتتحل الرابطة العقدية بحكم القانون)⁽⁶⁾ . وذهبت أيضا محكمة النقض المصرية في حكم لها إلى (بأن القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة (165) مدني مصري يترتب عليها في حالة حدوثها بشروطها إن ينقضي بها الالتزام المدين من المسؤولية العقدية)⁽¹⁾ . وفي قرار آخر لها إلى (عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدية يعتبر خطأ يترتب مسؤولية التي يدروها عنه إلا بإثبات قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به علاقة السببية)⁽²⁾ .

الفرع الثاني:- انقضاء الالتزام العقدي وتوابعه:- إن أهم آثار استحالة

تنفيذ الالتزام العقدي لتحقيق القوة القاهرة هو انقضاء الالتزام العقدي وتوابعه وهذا مانجده واضحا في النصوص التي أوردها المشرع العراقي في المادة (425) من القانون المدني العراقي

(4) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع السابق - ص 527 - د. طلبة وهبة خطاب - إحكام الالتزام بين الشريعة والقانون - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي - القاهرة - ص 58.

(5) قرار محكمة تمييز العراق المؤرخ في 19/2/1955 , القضاء المدني العراقي - المرجع السابق - ص 225.

(6) قرار محكمة تمييز العراق رقم 394 / 1م / 1974 , الصادر في 19/2/1975م منشور في مجلة الأحكام العدلية , العدد الأول لسنة 1975/6 م - ص 17- 18 .

(1) نقض مدني مصري - جلسة 1976/1/29 - مجموعة إحكام محكمة النقض - المكتب الفني - السنة 27 ص 0243

(2) مدني مصري - جلسة 1983/1/29 - الطعن رقم 1529 لسنة 49 قضائية - إحكام محكمة النقض - المكتب الفني لسنة 34 ص 1111 0

والتي تنص على (ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين إن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لايد له فيه) (3). وكذلك نص المادة (168) (4).

يتضح من هاتين المادتين إن الالتزام العقدي ولاسيما في العقود الملزمة للجانبين لاينقضي بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى القوة القاهرة وان انفساخ العقد لا يتم إلا إذا انقضى الالتزام العقدي وهذا الأمر لا يتم إلا إذا كانت استحالة تنفيذ هذا الالتزام تعود إلى القوة القاهرة التي لايد للمدين فيها . وتأسيسا على ذلك فإذا لم ترجع استحالة تنفيذ الالتزام العقدي إلى قوة القاهرة فإن المدين يبقى ملزما بالعقد ويحكم عليه بالتعويض (التنفيذ المقابل) لعدم وفائه بالزامه .

وهنا تثار مسألة المسؤولية العقدية فالمدين الذي لم يقم بتنفيذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقديا إذا لم يستطيع إثبات وجود القوة القاهرة فتبقى هنا علاقة السببية بين الخطأ والضرر وتتحقق المسؤولية العقدية بناء على وجود العقد الذي يشكل أساس للمطالبة بالتعويض ولايمنع هذا الأمر من إن يطالب الدائن القضاء بفسخ العقد لعدم وفاء المدين بالزامه بدلا من إن يطالب التعويض وللقاضي في هذه الحالة أن يجيب الدائن إلى طلبه فيحكم بفسخ العقد وهذا هو الفسخ القضائي الذي يختلف عن الفسخ بحكم القانون (1) . وإذا ما انتقلنا إلى حالة انقضاء الالتزام العقدي الناتجة من استحالة التنفيذ التي ترجع إلى قوة القاهرة فان حالة الانقضاء هذه تنص عليها المادة (425) من القانون المدني العراقي وفي هذه الحالة فانه لا محل لإثارة مسألة المسؤولية العقدية ليختار الدائن بين تلك المسؤولية وبين فسخ العقد بالمقارنة مع حالة انقضاء الالتزام العقدي عن الاستحالة التي ترجع إلى قوة القاهرة فهنا لا يكون إلا فسخ العقد وقد نص القانون على فسخ العقد تلقائيا ولا محل للأعذار لأنه غير متصور إلا إذا كان التنفيذ يزال ممكنا ولما كان التنفيذ غير ممكن فإنه لا يكون هناك خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ (2) ، على إن الدائن في هذه الحالة يحتفظ بحقه بالجوء إلى الفسخ القضائي

(3) يقابلها نص المادة (379) من القانون المدني المصري .

(4) يقابلها نص المادة (59) من القانون المدني المصري والتي تنص على (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام المدين بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه التزامات المقابل له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) .

(1) د. السنهوري - الوسيط - ج 1 - ص 821

(2) د. عبد الحي حجازي - مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الأول - السنة الأولى - 1959 ص 139 وما بعدها.

والفسخ الاتفاقي إلا أن لجوئه إلى القضاء إنما يكون لتقرير استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة أمر محقق وإن العقد قد انفسخ فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشؤه (3).

إذا" يترتب على ماتقدم ان ينقضي الالتزام التعاقدي ، إن الالتزامات الرئيسية تنقضي دون ادني شك والالتزامات الفرعية فما هو مصيرها ؟ التي ترتبط بالعقود الأصلية (العقود الفرعية) ويمكن إن نصادف مثل هذه العقود الفرعية بشكل واضح ومتزايد في ظل عقود مقاولات المباني والمنشآت الكبيرة فقد يلجأ المقاول وهو بصدد إنشاء مشروع سكني كبير إلى إبرام العديد من العقود الفرعية مع مجموعة من الشركات ويهدف المقاول من جراء مثل هذه العقود إلى ضمان تحقيق هدف المقابلة الأصلي في المدة المحددة للتنفيذ فإذا انقضى هذا العقد لم يبق ثمة مشروع أو عقد فرعي ولم يبق بالتالي معنى لاستمرار تلك العقود الفرعية وذلك تطبيقاً للقاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع ولكن الأمر ليس بهذه البساطة بالنسبة للعقود الفرعية فالحكم على هذه العقود يجب النظر إليه من خلال فرضين (4) :- الفرض الأول إذا كانت العقود الفرعية غير مستقلة عن المقابلة الأصلية ويعلم جميع المتعاقدين مع المقاول الأصلي أو مع رب العمل أو كان في وسعهم العلم بأن القصد من التعاقد هو خدمة المقابلة الأصلية ثم استحالة تنفيذ عقد المقابلة الأصلية لأي سبب من الأسباب فإن العقود الفرعية التي أبرمت لغرض تنفيذ عقد المقابلة الأصلية فإنها تنقضي هي الأخرى بانقضاء عقد المقابلة الأصلي.

الفرض الثاني :- إذا كانت العقود الفرعية مستقلة عن عقد المقابلة الأصلية ولا يعلم المتعاقدون مع المقاول الأصلي أو رب العمل بأن القصد من التعاقد معهم هو خدمة المقابلة الأصلية أو لم يكن في وسعهم معرفة ذلك فإن المقاول الأصلي أو رب العمل لا يستطيع إن يتحمل من هذه العقود الفرعية، وعلى أي حال فإن هذا العقد قد ينشأ التزاماً مترتباً في ذمة مدينين متضامنين متعددين ومن ثم يستحيل تنفيذه بسبب القوة القاهرة فهنا ينقضي هذا الالتزام وتبرأ ذمة جميع المدينين المتعاقدين فإذا كان هناك خطأ لأحد المدينين المتضامنين فيكون هذا المدين وحده هو المسؤول عن التعويض وكذلك إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة المدين لمصلحة عدد من الدائنين المتضامنين أو استحالة تنفيذه لقوة القاهرة فإنه ينقضي بالنسبة إلى جميع الدائنين المتضامنين (1).

(3) د . عدنان إبراهيم سرحان – سلطة القاضي التقديرية إزاء طلب الفسخ لعدم التنفيذ – بحث منشور في مجلة العلوم القانونية – مجلد 8 , ع 1 – 2 , مطبعة العاني – 1989 – بغداد – ص 278.

(4) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – الاستحالة – المرجع السابق – ص 496 وما بعدها، وأيضاً" د. محمد علي عثمان ألفقي – المرجع السابق – ص 116 وما بعدها 0

(1) د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – المرجع السابق – ص 989 .

بانقضاء الالتزام الأصلي يتخلص المدين من الالتزامات المتفرعة عن التزامه الأصلي ولكن في الالتزام بالنوع لا يتخلص البائع مثلاً من التزامه بما يدفع به من الاستيلاء على كل ما كان لديه من هذا الشيء إذ يمكنه الحصول على مثل هذا الشيء لأن النوع لا ينعقد على أنه إذا كان ذلك النوع محدود المقدار ويستحيل على المدين إطلاقاً الوفاء بالتزامه فإنه يعفى منه وإما في الالتزام بتسليم شيء فإذا هلك الشيء بقوة قاهرة فإنه يجب على المدين أن يقوم بتسليم ما قد تبقى منه أو ما يكون من ملحقاته (2) .

إن الالتزام العقدي لا ينعقد ويبقى المدين ملتزماً به وذلك عندما يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة فإذا وجد مثل هذا الاتفاق أو استحالة تنفيذ الالتزام العقدي لقوة قاهرة فإن التزام المدين يبقى قائماً، ومثال ذلك إن يبيع شخص بضاعة لشخص آخر ويلتزم البائع هذا بأنه يتحمل نتيجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً وهنا لا تبرأ ذمة المدين (البائع) ولكن الذي يحصل هو إن طريقة التنفيذ تتحول من طريق التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل (التعويض) وهنا يقال بأن المدين (البائع) يعد مثل هذه الحالة بمثابة المؤمن (3) . وتذهب بعض التشريعات (4) إلى حالات لا ينعقد فيها الالتزام العقدي على الرغم من استحالة تنفيذه بسبب قوة قاهرة وهي حالات يكون فيها المدين قد ارتكب خطأ قبل تحقق الاستحالة ومثال هذه الحالة أنه إذا التزم المدين أن يسلم شيئاً ولم يقدّمه بتسليمه بعد أعذاره كان هلاك الشيء عليه ولو كان هلاكه قبل الأعذار على الدائن فإذا ارتكب المدين خطأ يتمثل في إن الدائن قد أعذره قبل ذلك بالتسليم ولم يقع به كان الالتزام العقدي لا ينعقد فالتنفيذ العيني لا مكان له هنا ولكن يلتزم المدين بالتعويض ذلك إن استحالة تنفيذ الالتزام العقدي وإن كانت بقوة قاهرة فأنها تبقى مستندة إلى فعل المدين المتمثل بارتكابه خطأ يتمثل في عدم قيامه بالتسليم رغم الأعذار (1) .

الفرع الثالث رجعية الانفساخ:- ويعد هذا الأثر من أهم الآثار المترتبة على

الانفساخ ومقتضاه جعل العقد المفسوخ كأن لم يكن من تأريخ إبرامه أي أن يرجع أثره إلى الماضي فكأن العقد لم يكن يستند الانفساخ هذا الأثر من كونه انحلالاً كلياً للعقد فمؤدى هذا الانحلال اعتبار العقد كأن لم يكن من تأريخ إبرامه بمعنى آخر إن الانفساخ يرجع أثره إلى

(2) د. حسين عامرو عبد الرحيم عامر - المرجع السابق - ص 395 - 396 .

(3) د. حسن علي ذنون - شرح القانون المدني - المرجع السابق - ص 330 0

(4) انظر نص المادة (1/207) من القانون المدني المصري.

(1) د. طلبة وهبة خطاب - المرجع السابق - ص 386 .

الماضي فالعقد المنفسخ يعتبر كأن لم يكن وهذا إذا كان العقد منشأً لالتزام فوري كالبيع إما إذا كان منشأً لالتزام متتابع كالإجارة فإنه ليس للانفساخ أثره في الماضي بل إن أثره مقصور على المستقبل وهذا يعني إن العقود الزمنية لا تتحقق رجعية الانفساخ فيها بالنسبة لما تم تنفيذه من محل الالتزام فما أنقضى لا رجعية فيه وذلك لعدم إمكانية رجوعه فإذا نفذ العقد فترة من الزمن وكان من العقود المستمرة فأن آثار تلك العقود تظل كما هي ولا يؤدي الانفساخ إلى زوالها ومثال تلك العقود الإيجار وعقد العمل فلو انفسخت الإجارة بعد مضي مدة يجب لمثلها أجره كانهدام الدار المستأجرة بعد مضي عام فأن الإجارة تنفسخ فيما يأتي بعد ذلك من الزمن ويجب على المستأجر أجره ما أنقعه به⁽²⁾، قبل الانفساخ .

ونلاحظ إن القانون المدني قد نص على هذا الأثر في المادة (2/180) والتي نصت على (إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو أنفسخ 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 (160) منه على (إذا فسخ العقد عيّد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان مستحيلاً استبدلاً به تعويضاً يعادله) ومن نص المشرع المصري والمشرع العراقي يتضح إن المشرع المصري لم ينص صراحة على رجعية الانفساخ وإنما استعار هذا الأثر من نص المادة (160) على أساس إن هذا الأثر مشترك بين الفسخ والانفساخ وكان من الجدير به إن ينص على هذا الأثر بنص مستقل عن النص السابق كما فعل المشرع العراقي الذي افرد لذلك نص مستقل عن النص السابق في المادة (180) إذ ذكر عبارة (إذا فسخ العقد أو انفسخ....) وحسناً فعل المشرع العراقي بالنص على هذا الأثر صراحة. ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا الجانب ما قضت به محكمة النقض المصري في (إن النص في المادة (160) مدني على أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد....)⁽¹⁾ وقضت المحكمة نفسها بأنه (ينفسخ عقد البيع حكماً ومن تلقاء نفسه طبقاً لنص المادة 159 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 استحالة تنفيذه هو الذي يتحمل تبعه هذه الاستحالة عملاً بمبدأ تحمل

(2) د. السنهوري - الوسيط - المرجع السابق - ص 708-709

(1) نقض مدني 7 فبراير 1979 مجموعة أحكام النقض 97/491/1/30 وارد لدى د. سليمان مر قس - العقد والإرادة المنفردة - المرجع السابق - ص 680.

التبعة في العقد الملزم للجانبين وإذا كان الثابت إن التزام البائع بنقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري قد أصبح مستحيلاً بسبب الاستيلاء عليه لدى البائع تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعي رقم 178 لسنة 1952 فإن مقتضى هذه الاستحالة إن يفسخ العقد وإن يلزم البائع وورثته من بعده برد الثمن بالتطبيق للمادة 160 من القانون المدني إذ الغرم يقع على البائع نتيجة تحمله تبعة انقضاء التزامه⁽²⁾.

إن الأثر الرجعي للانفساخ يؤدي إلى إرجاع كلا المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فإن كان العقد بيعاً مثلاً وانفسخ لاستحالة التنفيذ بسبب استحالة استيراد البضاعة لأن البلد في حالة حرب وجب على المشتري إن يرد ما تسلمه إن تسلم شيئاً من العين المبيعة وإذا كان المشتري قد دفع الثمن فهنا وجب على البائع إن يرد الثمن وعلى المشتري إن يعيد الشيء بثمراته سواء كانت تلك الثمرات طبيعية أم صناعية أم مدنية لأن المبيع يعد كأنه لم يخرج عن مسلك البائع وكذلك ثماره التي حصلها المشتري⁽³⁾.

إذا من شأن انفساخ العقد جعل طرفيه في حل من الالتزامات التي يربتها عليهما لانحلاله بالانفساخ فإن مؤدى هذا الانحلال اعتبار العقد كأن لم يكن من تأريخ إبرامه بعبارة أخرى فإن للانفساخ أثراً رجعياً حيث يعتبر العقد المنفسخ كأن لم يكن مما يتطلب عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل واحد منهما إلى الآخر ما قام بتسلمه بمقتضى العقد⁽¹⁾.

وفي عقد المقاوله فإنه يجب على المقاول إن يحرص على المواد المسلمة له بموجب الاتفاق وإن يراعي أصول الفن في استخدامها فإذا ما تحققت حالة الانفساخ فإن المقاول يلزم إن يقدم حساباً عما استخدمه من تلك المواد وإن يرد الباقي إلى رب العمل وكافة المستندات التي كان قد تسلمها منه والتصاميم والخرائط وكل ما يتعلق بتنفيذ المقاوله موضوع الاتفاق فإذا ثبت إهمال المقاول في المحافظة على هذه الأشياء فيلزم برد قيمة هذه الأشياء التي تلفت بإهماله⁽²⁾. وأساس التزام البائع والمشتري برد ما تسلمه هو الكسب دون سبب فإذا فسخ العقد لم يبق هناك سبب لاحتفاظ كل من

(2) نقض مدني 1969/3/13 طعن 185 س 35 ق وارد لدى د. محمد محمود عوض (مشارك) - المرجع السابق - ص 37.

(3) د. السنهوري نظرية العقد - المرجع السابق - ص 698-699 ، و د. سليمان مر قس - نظرية العقد - المرجع السابق - ص 677 .

(1) د. جعفر أفضلي - الوجيز في العقود المسماة - البيع - الإيجار - المقاوله - مطابع التعليم العالي الموصل 1989 - ص 102 وأيضاً ستار حسن جاسم - النظرية العامة للفسخ في القانون المدني العراقي وتطبيقاته القضائية - بحث مقدم إلى المعهد القضائي - بغداد - 1986 - ص 9.

(2) أنظر المادة (867) من القانون المدني العراقي و (649) من القانون المدني المصري.

المتعاقدين بثمرات الشيء الذي كان قد تسلمه تنفيذاً للعقد هذا إذا كان المتعاقد سيء النية إما إذا كان حسن فإنه يمتلك ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته ، والأساس القانوني الذي يقوم عليه زوال الحقوق التي رتبها المشتري على العين قبل الفسخ هو إن المشتري يعد كأن لم يملك هذه العين أبداً فالتصرف الذي يقوم به قبل الفسخ يعد صادراً من غير المالك فلا ينفذ في حق المالك الأصلي ويعبر فقهاء المسلمين عن ذلك (فاقد الشيء لا يعطيه) أي كما يعبر عنه الفقه القانوني (إذا زال حق من تصرف بالشيء زال حق من تلقى هذا الشيء) ، (لا يستطيع الإنسان إن ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما يملك). إلا إن القاعدة المتقدمة غير مطلقة فهناك بعض الاستثناءات لها أهمها الأول عقود الإدارة المبرمة بحسن نية والثاني يتعلق بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. وقد أكد القضاء المدني العراقي⁽³⁾ على هذا وأيضاً "القضاء المصري"⁽⁴⁾ في قضايا عديدة.

الفرع الرابع امتناع الحكم بالتعويض:- تنفيذ الالتزام إما يكون تنفيذاً عينياً أي

تنفيذ ذات ما التزم به المدين بالطريقة المحددة له بحكم القانون أو بالاتفاق وإما إن يكون تنفيذاً بما يقوم مقامه من عوض ويسمى لذلك تنفيذاً بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض وفيه يمنح الدائن الذي لم يحصل على التنفيذ العيني للالتزام مدينه والذي يعتبر الأصل في التنفيذ تعويضاً يساوي الضرر الذي لحقه من عدم التنفيذ سواء تمثل هذا الضرر في خسارة لحقته أو منفعة فاتته فالدائن في الحقيقة لا يحصل بهذا التعويض على عين حقه لأن ما يبتغيه الدائن هو تنفيذ المدين لذات ما التزم به وإنما يحصل الدائن على مقابل حقه ولذا يسمى تنفيذاً بالمقابل⁽¹⁾. وإذا كان التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل فإن التنفيذ بمقابل أو بطريقة التعويض لا يقوم مقامه إلا إذا استحال التنفيذ العيني بتقصير المدين أو إذا قبل كل من الدائن والمدين صراحة أو ضمناً الاستعاضة عنه بالتنفيذ بطريق التعويض أذن التنفيذ بطريق التعويض يلجأ إليه إذا صار التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ المدين وإذا رفض القضاء أجبار المدين على التنفيذ العيني لكونه مرهقاً له إرهاباً شديداً وإذا وقع اتفاق بين الدائن والمدين بشكل صريح أو ضمني على العدل عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل وكيفيته إن

⁽³⁾ قرار محكمة تمييز العراق 1252/حقوقية/1958 -بغداد ، مجموعة الأستاذ سلمان بيات - المرجع السابق - ص235.

⁽⁴⁾ نقض مدني 18 أبريل 1972 مجموعة أحكام النقض 23-721-113 وأيضاً نقض مدني 27 يوليو 1968 مجموعة أحكام النقض، 1-1134-185 وارد لدى د. سليمان مرقس -المرجع السابق -ص672 0

⁽¹⁾ د. عبد المنعم البدر اوي -المرجع السابق- ص49 .

يطلب الدائن التعويض أو يعوضه المدين فلا يصر الآخر على التنفيذ العيني⁽²⁾. أذن فالحكم بالتعويض لا يكون إلا في استحالة التنفيذ العيني بخطأ يرجع إلى المدين إما إذا كانت استحالة التنفيذ العيني ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه فإن الالتزام ينقضي ويترتب على ذلك امتناع الرجوع على المدين بالتعويض⁽³⁾.

النتيجة المنطقية التي تترتب على الأثر الأول امتناع المسؤولية العقدية عن المدين هو عدم الحكم بالتعويض لأن أغلب الأحكام في المسؤولية العقدية في حالة حدوثها هو تعويض الدائن عن الأضرار التي أصابته وما فاتته من كسب من جراء الإخلال بالالتزام وعلى ذلك فعدم المسؤولية معناه عدم تعويض وهذه معادلة ثابتة وعادلة لأنه في حالة القوة القاهرة لا يمكن مسائلة المدين وبالتالي اعتباره مسؤولاً ويحكم عليه بتعويض الدائن لأن عدم التنفيذ لم يكن بخطئه فلذلك تنتفي المسؤولية العقدية إن النتيجة المنطقية لإعفاء المدين من المسؤولية العقدية هو عدم الحكم بالتعويض ذلك إن امتناع المسؤولية يعني امتناع التعويض. وعلى أي حال فإن التنفيذ بطريق التعويض هو طريق استثنائي لأن الأصل هو قيام المدين بتنفيذ التزامه طوعاً واختياراً والوارد على المحل نفسه المتفق عليه وعلى وفق الشروط المتفق عليها من قبل طرفي الالتزام وإذا لم يتم المدين بتنفيذ هذا الالتزام فإن للدائن اللجوء إلى القضاء في حالة ما إذا أصبح التنفيذ غير ممكن فينقلب هذا التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل ألا وهو التعويض⁽¹⁾. إن الذي يهنا هنا هو شرط صيرورة التنفيذ العيني مستحيلاً لسبب أجنبي والمشار إليه في المادة (168) من القانون المدني المصري فإذا كان التنفيذ العيني ممكناً جاز مطالبه الدائن له بهذا التنفيذ ولكن إذا استحال لسبب أجنبي لم تعد هناك فائدة المطالبة به⁽²⁾ إن الإخلال بالتنفيذ إذا كان بسبب وقوع حدث القوة القاهرة بحيث يحول ذلك الحدث بين المدين وتنفيذ التزامه فإن الأثر الذي يترتب على ذلك هو الإعفاء من التعويض فلا يجوز مطالبة المدين بأي تعويضات عن عدم التنفيذ⁽³⁾. ولقد أشارت محكمة التمييز في العراق إلى هذه المسألة وفي قضايا عديدة منها (بدأت منع المدعى عليه من مزاوله حق عرض

(2) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع السابق - ص 530 .

(3) د. عبد المنعم البدراوي - المرجع أعلاه - ص 511 .

(1) د. حسن علي الذنون - المرجع السابق - ص 338 ، و د. طلبة وهبة خطاب - المرجع السابق - ص 51 ، ود. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 31 .

(2) د. حسن علي الذنون - المرجع السابق - ص 340 ، و د. طلبة وهبة خطاب - المرجع أعلاه - ص 52 .

(3) د. جمال محمود عبد العزيز - الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1996-ص 356.

الإعلانات التجارية وعلى شاشة السينما بموجب كتاب وزارة الأعلام يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبي لايد للمدعى عليه فيه ويعفى من التعويض ألاتفاقي المادة (168)(4).

ومن قراراتها أيضاً (إذا لم تسجل البائعة الأرض المبيعة باسم المشتري في دائرة التسجيل العقاري بسبب عدم جواز بيعها إلا بعد تصحيح جنسها وإنشاء بناء عليها مشترة من طريق جمعية بناء المساكن للموظفين فيكون عدم التسجيل راجعاً لسبب أجنبي خارج عن إرادة البائعة ولا تحكم بالتعويض ألاتفاقي)(5).

وأيضاً في قرار آخر لها (إذا استحال على الطالب تنفيذ التزامه بسبب أجنبي لا يد له فيه نظراً للإصابة بمرض الشيزوفرينيا فأن ذلك يعفيه وكفيله من التعويض ألاتفاقي)(6) . وفي قرار آخر تتلخص وقائعه في أن المشتري كان قد تعاقد مع البائع على تجهيزه بكمية من القماش الصيني إلا إن حدوث الفيضانات المفاجئة في الصين قد حال دون تنفيذ البائع التزامه بتسليم البضاعة في الوقت المحدد لذلك وقد طالب المشتري بالتعويض جراء هذا الإخلال إلا إن محكمة البداية قد ردت دعوى المشتري وقد أيدت محكمة الاستئناف الحكم البدائي وجاء في قرارها (... قد ثبت إن سبب تأخر الشحن انه في صيف عام 1998 حصلت فيضانات في معظم أرجاء الصين وتوقفت كافة الأعمال الروتينية الاعتيادية في منطقة الفيضانات وان الشركة التي أنتجت القماش كانت في المدينة التي تعرضت للفيضانات بشكل جدي وقد تأخر الإنتاج لمدة شهر رغم الجهود الاستثنائية المبذولة ولم تتمكن الشركة من أكمل تصنيع القماش وحصل التأخير وبذلك يكون المستأنف عليه في تأخره بتسليم القماش لسبب يعد خارج عن أرادته فلا يجوز للمدعي المطالبة بالتعويضات....)(1) .

الفرع الخامس عدم الحاجة إلى الأعذار:- يترتب على الانفساخ انعدام

المسؤولية العقدية وبالتالي انعدام التعويض لذلك فمن البديهي إن لا تثار مسألة الحاجة إلى الأعذار ذلك إن الأثر مرتبط بانعدام التعويض، فالقانون اشترط الأعذار كشرط أساس للتعويض في المادة

(4) قرار محكمة تمييز العراق 227/م/ 1974 في 23/7/1974 / النشرة القضائية – العدد الثالث- السنة الخامسة 1974- المكتب الفني في محكمة تمييز العراق – ص36.

(5) قرار محكمة تمييز العراق 493/م/2/1973 في 3/10/1977، إبراهيم المشاهدي –المرجع السابق- ص 291.

(6) قرار محكمة تمييز العراق 1477/ حقوقية/63 في 12/12/1963، المصدر نفسه - ص254 0
(1) قرار محكمة استئناف نينوى رقم 224/س/2001 بتاريخ 12/12/2002 أورده د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق- ص166 .

(256) من القانون المدني العراقي⁽²⁾. وهذا النص يشير إلى إن التعويض لا يستحق إلا بعد الأعدار فإذا أخل المدين بتوجيه الأعدار كان مقصراً بما أوجبه القانون عدا حالات نص عليها القانون صراحة⁽³⁾. ، ويشترط لوجوب الأعدار إن يتأخر المدين في تنفيذ التزامه لحق محدد قانوناً وواجب التنفيذ وإن يقوم الدائن بشكل صريح أو ضمني بالمطالبة بالوفاء بدينه ليدفع وهم المدين بأنه متسامح معه في أداء الدين⁽⁴⁾. ومن ذلك تبين لنا إن الأعدار يجب إن يسبق أي تعويض لإثبات كون المدين مقصر في أداء واجبه أو تأخر فيه فأن حدثت قوة قاهرة لا يمكن تنفيذ الالتزام بسببها فلا ينسب إلى المدين أي تقصير وبالتالي لا محل للتعويض ومن ثم لا حاجة للأعدار لأنه يفقد الأهمية القانونية التي أوجدها القانون له إلا وهي تنبيه المدين عن انه متأخر في تنفيذ الالتزام. إذاً أهداف الأعدار هي أعلام المدين إن الدائن له مصلحة مؤكدة في التنفيذ الفوري للالتزام وهو من ناحية أخرى يعطي المدين فرصة أخيرة لتنفيذ العقد تنفيذاً عينياً وهو أخيراً يمنح الدائن الحق في إن يثبت بطريقة رسمية إن المدين لم ينفذ التزامه وهو ما يمكن الدائن من التمسك بهذا التنفيذ⁽¹⁾. ولكي تتحقق هذه الأهداف يشترط لتحقيقها شروط معينة لا بد منها لقيامه قانوناً فلا بد لكي يكون هناك أعدار من إن يتأخر المدين عن الوفاء بحق محدد المقدار ومستحق الأداء للدائن يسبغ القانون حماية على حقه والشرط الأول المتمثل في تأخر المدين ويقصد به بتأخر المدين عدم قيامه بتنفيذ التزامه رغم استحقاق الحق فإذا لم يقم المدين بالوفاء فأن الدائن يلجأ إلى أعداره وذلك لنقض أو دفع أي وهم أو شك قد ينبعث في أعماق المدين إلا انه يجب إن يكون هذا التأخير في التنفيذ راجعاً إلى المدين نفسه فإذا كان التأخر له مبرراته بأن كان راجعاً إلى سبب لا علاقة للمدين به فأن هذا الأعدار في هذه الحالة يفقد احد شروطه اللازمة لوجوده وبالتالي لا يعد المدين بذلك متأخراً في

(2) نص المادة (256) مدني عراقي (لا يستحق التعويض إلا بعد أعدار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك يقابلها نص المادة (218) مدني مصري.

(3) د. توفيق حسن فرج – المرجع السابق- ص37، و د. طلحة وهبة خطاب – المرجع السابق- ص58 وأنظر كذلك نص المادة (257) و(258) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (220) من القانون المدني المصري والتي أشارت إلى إن بعض هذه الحالات فيما إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بسبب المدين فلا داعي للأعدار لأن المدين نفسه يتسبب باستحالة تنفيذ الالتزام فلا محل للتعويض هنا ولا محل للأعدار كنتيجة منطقية .

(4) د. حسن علي الذنون – المرجع السابق- ص350

(1) محمد شتا أبو السعد – الأعدار في القانون المدني المصري وما جرى عليه العمل في القضاء – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية القاهرة -1990 ص36 أورده د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق- ص532

التنفيذ ويمكننا أن نصادف ذلك عندما يكون التأخير في التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي فإن التأخير في هذه الحالة يكون مردّه أو سببه أمراً آخر غير المدين ذاته⁽²⁾.

ومن هذا يتضح أنه عند القول بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه بسبب قوة القاهرة فإنه لا موجب للأعذار⁽³⁾. لأنه عبارة عن تكليف المدين بالوفاء ومن ثم لا يلزم إلا إذا كان التنفيذ ممكناً والتنفيذ هنا أصبح غير ممكن لسبب لا يرجع إلى المدين.

ويرى البعض أن غاية الأمر أنه يحق للمدين أن يدفع مظنة اعتبار عدم تنفيذه خطأ منه مفضياً إلى الضرر الذي لحق بالدائن بإثبات أن قوة القاهرة قد منعتّه من التنفيذ⁽⁴⁾.

الفرع السادس تلقائية الانفساخ (حق الاسترداد)⁽⁵⁾:- يقصد بتلقائية

الانفساخ أنه يترتب على استحالة التنفيذ انفساخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون من غير حاجة إلى حكم قضائي وقد أورد القانون المدني العراقي مثلاً على الانفساخ التلقائي للعقد وذلك في المادة (1/751) أنه (إذا هلك المأجور في مدة الإيجار هلاكاً كلياً يفسخ العقد من تلقاء نفسه) والفقرة الثالثة من هذه المادة (ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين أن يطلب تعويضاً إذا كان الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب لايد للمؤجر فيه)⁽¹⁾.

ومن هذا يتضح لنا أنه ليس هناك ضرورة للالتجاء إلى القضاء لإيقاع الانفساخ إذ أنه يقع من تلقاء نفسه وبقوة القانون ويبنى على هذا بأنه لا يكلف المدين أن يتقدم للقضاء بدعوى على دأئه يطالب بها القضاء بانفساخ العقد الذي بينه وبين دأئه فقد تكفل القانون بذلك وعد العقد منفسخاً" بقوة القانون من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء على أنه إذا تم الالتجاء إلى القضاء بسبب ما قد يثور بين المتعاقدين من نزاع فأن هذا الالتجاء أنما يكون حول الخلاف في سبب الاستحالة هل ترجع إلى القوة القاهرة أو إلى خطأ المدين؟ ويكون على القاضي الحكم بانفساخ العقد متى اثبت المدين الاستحالة الراجعة إلى القوة القاهرة وبذلك سيكون حكمه في هذه الحالة مقررراً للانفساخ لا

(2) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق- ص533.

(3) د. عبد المنعم البدراوي- المرجع السابق- ص511.

(4) د. محمد شتا أبو السعد – الأعذار- المرجع السابق- ص45.

(5) د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق- ص157.

(1) تقابلها المادة (159) مدني مصري التي نصت على (في العقود الملزمة للجانبين إذا أنقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه أنقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه)

منشأ له فليس للقاضي أن يحكم بإنشاء الانفساخ بل أن دور القاضي يتمثل في أن يقضي بأنه قد ثبت للمحكمة انفساخ العقد في تاريخ معين هو تاريخ تحقق الاستحالة⁽²⁾.

ومن هذا يتضح أن دور القاضي في الانفساخ يختلف عنه في الفسخ إذ أن القاضي يمارس في الفسخ نشاطا تقديريا واسعا إذ أن هذا الأثر هو الأثر المميز بين الانفساخ والفسخ لأن تقرير العقد مفسوخ يقع على عاتق القاضي إذ لا فسخ بدون حكم القاضي لأنه في حالة إذا ما توافرت شروط الفسخ وقام الدائن بالأعذار ورفعت الدعوى إلى القضاء فليس على القاضي أن يحكم بالفسخ مباشرة ويجب طلب الدائن لأن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد الفسخ للقاضي أن يمنح المدين مهلة وكذلك له رفض الفسخ أن كان ما لم يف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى ما نفذ من الالتزام في جملته⁽³⁾ ، على أن هذا ليس صحيحا" على إطلاقه إذ يجوز الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا" من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على خلاف ذلك ، وهذا ما نصت عليه المادة (178) مدني عراقي 0

عليه فأن سلطة القاضي تتمثل هنا بمنح المدين المهلة أن رأى إمكانية التنفيذ وكذلك يمكن له رفض طلب الفسخ ورد الدعوى هذا بالإضافة إلى إمكانية إجابة طلب الدائن بالفسخ في حالة تأكده من وجوبه وهذا ما تنص عليه المواد (177) مدني عراقي والمادة (157) مدني مصري. إما في مجال الانفساخ فأن هذا الدور ينحصر في تقديره لاستحالة التنفيذ في كونها راجعة إلى قوة القاهرة من عدمه مراعى في ذلك وقت تحقق هذه الاستحالة⁽¹⁾. وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية في عديد من قراراتها إذ قضت بأن (عقد الإيجار انقضاؤه بهلاك العين المؤجرة كليا أيا كان سببه أثره انفساخ العقد من تلقاء نفسه)⁽²⁾.

وكذلك قضت (ينفسخ عقد البيع حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة (159) مدني مصري بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من

(2) د. عبد المنعم فرج الصدة – المرجع السابق - ص 601-602، د. منير القاضي – المرجع السابق - ص 5288 وأيضاً د. فريد فتیان – المرجع السابق – ص 221 وأيضاً د. سليمان مرقس – العقد والإدارة المنفردة – المرجع السابق - ص 451-452 وأيضاً د. عبد الحكم فودة – المرجع السابق - ص 151 وأيضاً د. سمير عبد السيد تناعوا- نظرية الالتزام- منشأة المصارف الإسكندرية- دون سنة طبع- ص 179.

(3) د. توفيق حسن فرج- المرجع السابق- ص 292-293.

(1) أحمد محمود سعد – مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني- الطبعة الأولى - دار النهضة العربية- القاهرة - 1988 - ص 208.

(2) نقض مدني مصري رقم 8437 لسنة 63ق، جلسة 2000/5/18 د. عبد الفتاح مراد – موسوعة مراد – لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية- ص 515.

عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعه الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين فإذا أثبت الحكم المطعون فيه أن التزام البائعين بنقل ملكية المطعون المبيع فقد صار مستحيلًا بسبب التأميم فإنه يكون قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للبائع فيه.....⁽³⁾.

وأيضاً من قرارات محكمة التمييز في العراق (للمحكمة أن ترفض طلب الفسخ وتمهل المدين تنفيذ التزامه حتى ما أنست منه استعداداً للتنفيذ أو كان ما لم يوف به المتعاقد جزء من التزام نفذ القسم الأكبر منه)⁽⁴⁾.

كما قررت أيضاً محكمة النقض المصرية في أحكامها بأن نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة أو هلاك هذه العين في أثناء عقد الإيجار يعد في كلتا الحالتين هلاكاً كلياً يترتب عليه انفساخ عقد الإيجار من تلقاء نفسه وبقوة القانون⁽⁵⁾.

وعلى ذلك فلا يكلف المدين بأن يتقدم للقضاء بدعوى على دائنه يطالب بها القضاء بانفساخ العقد الذي بينه وبين دائنه فقد تكفل القانون بهذه المهمة واعتبر العقد منفسخاً بقوة القانون دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء ولكن إذا رأى الالتجاء إلى القضاء بسبب ما قد يثور بين المتعاقدين من نزاع فإن هذا الالتجاء إنما يكون حول الخلاف في السبب هل يرجع إلى القوة القاهرة أو إلى خطأ المدين ويكون على القاضي إيقاع انفساخ العقد متى اثبت المدين الاستحالة راجعة إلى قوة القاهرة وبذلك سيكون حكمه في هذه الحالة مقررًا للانفساخ لا منشأ له⁽¹⁾ 0

أما القانون المدني الفرنسي فنراه قد ساوى بين الفسخ و الانفساخ⁽²⁾.

الفرع السابع أحالة الحقوق والدعوى إلى الدائن :- من الأمور الطبيعية المسلم

بها أن المدين الذي ينقضي التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب القوة القاهرة لا يحق له أن يثرى على حساب دائنه لأن الدائن يتحمل تبعه هلاك محل الالتزام في العقود الملزمة للجانب الواحد وهذا ما سيتبين لاحقاً.

(3) نقض مدني مصري 1968/12/26 -مجموعة النقض -19ص156 وارد في موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية- ص1124.

(4) قرار رقم 297/هيئة عامة أولى /76 تأريخ القرار 1977/2/26 -مجموعة الأحكام العدلية بوزارة العدل- العدد الأول - السنة الثامنة 1977- ص56.

(5) نقض مدني مصري جلسة 1984/5/15 -مجموعة المكتب الفني -السنة 84 رقم 611 وأيضاً نقض مدني مصري جلسة 1981/12/21 مجموعة المكتب الفني السنة 81 رقم 28.

(1) د. السنهوري -الوسيط- المرجع السابق- ص725.

(2) أشار إلى ذلك د. أحمد حشمت أبو ستيت- المرجع السابق- ص251.

أن القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري لا يحوي نصاً "مشابهاً" للنص الوارد في القانون المدني الفرنسي المادة (1303) هذه المادة التي أشارت الى هذا الأثر صراحة" إلا أنه يستدل عليه من خلال تطبيق المبدأ الوارد في المادة (1298)⁽³⁾ مدني عراقي والتي تنص على (إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان أنتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يتقرر مقابل نزع الملكية) أي أن هلك العقار المرهون وكان هناك تعويضاً يستحقه المدين الراهن نتيجة هلاك المحل فإن هذا التعويض يحل محل العقار المرهون كبديل له ، وعلى ذلك يمكن أن تحال الحقوق والدعاوى إلى الدائن بطريقة الحلول العيني لعدم وجود نص قانوني لحل هذه المسألة.

ومن تطبيقات القضاء العراقي حول هذه المسألة حيث قضت محكمة تمييز العراق (إذا أستمك العقار المرهون استحق الدائن المرتهن الفائدة القانونية من تأريخ إيداع بدل الاستملاك في صندوق المحكمة)⁽⁴⁾ وأيضاً (إذا أستمك العقار المرهون أنتقل حق الدائن المرتهن إلى بدل الاستملاك وتبقى فائدة المدين سارية حتى تأريخ إيداع بدل الاستملاك في صندوق المحكمة ولا يسأل المستمك تجاه المدين عن الفائدة لمدة التأخير في دفع بدل الاستملاك)⁽¹⁾.

اما القانون المدني الفرنسي فقد أشار إلى هذا الأثر صراحة في المادة (1303) منه إذ نصت (إذا نشأت للمدين حقوق أو دعاوى تعويض بسبب هلاك الشيء الذي كان ملتزماً بتسليمه للدائن أو لإخراجه من دائرة التعامل ولفقده أن يحيل هذه الحقوق أو الدعاوى بهذا الشيء)⁽²⁾ ومن خلال استقرار الأحكام القانونية الأخرى الواردة في القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بالالتزام بإعطاء شيء والذي يقضي بأن الالتزام بتسليم شيء يصبح تاماً بمجرد اتفاق العاقدین عليه وهذا ما ورد في المادة (1/1138) من القانون المدني الفرنسي فإنه لا يدع لهذه المسألة محلاً لأن الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشيء الهالك تنشأ مباشرة في ذمة مالكة وهو الدائن فلا يبقى أذن للمدين أن ينقل إلى هذا الأخير شيئاً من الحقوق والدعاوى ومع ذلك فإن القانون المدني المصري لا يحوي نصاً مشابهاً للنص الوارد في القانون المدني الفرنسي وجاء الأمر نفسه في القانون المدني العراقي ومع ذلك فقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الحالي يتضمن نصاً في هذا المعنى

(3) يقابلها نص المادة (1049) من القانون المدني المصري.

(4) رقم القرار 73/2/216 تاريخ القرار 73/3/13 إبراهيم المشاهدي - المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة - ج4 - مطبعة الزمان - بغداد - 2000م - ص366.

(1) رقم القرار 106/هيئة عامة أولى 73/ تاريخ القرار 73/6/2 المصدر نفسه - ص368.

(2) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - الاستحالة - المرجع السابق - ص548.

هو نص المادة (283) من هذا المشروع وكانت تجري على الوجه الآتي (في الالتزام بنقل حق عيني إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج من التعامل لسبب أجنبي لايد للمدين فيه التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء) وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأن الحكم الوارد فيه حكم تفصيلي يكفي فيه تطبيق القواعد العامة⁽³⁾. لكن نص المادة (1303) مدني فرنسي ينتقده الفقهاء الفرنسيون كافة لأنه كان مفهوماً في ضوء تقاليد القوانين الماضية وإحكام القانون الروماني إذ كان البيع لا ينقل الملكية فيظل البائع مالكا للشيء فإذا هلك كان البائع هو الذي يملك دعوى التعويض ومن ثم وجب أن ينقلها إلى المشتري إما الآن فالبيع ينقل الملكية إلى المشتري ودعوى التعويض يملكها المشتري مباشرة" دون حاجة إلى أن ينقلها إليه البائع على أن النص لا يزال مقيداً في الحالات التي يترأى فيها نقل الملكية إلى المشتري فيهلك الشيء قبل أن تنتقل الملكية إليه⁽⁴⁾. إلا أنه من خلال التدقيق في هذا الحكم في ضوء القانون الفرنسي المتعلق بالالتزام بإعطاء شيء والذي يقضي بأن الالتزام بتسليم الشيء يصبح تاماً بمجرد اتفاق العاقدین عليه (م1/1138) مدني فرنسي لا يدع لهذه المسألة حلاً لأن الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشيء الهالك تنشئ مباشرة" في ذمه مالكة وهو الدائن فلا يبقى أذن للمدين أن ينقل إلى هذا الأخير شيئاً من الحقوق والدعاوى يلاحظ على نص هذه المادة بأنها وضعت للحيلولة دون إثراء المدين على حساب الدائن هو ليس ألا حلاً احتياطياً يطبق فقط في حالة هلاك الشيء أو استحالة تنفيذ محل الالتزام أما إذا وجد الشيء بعد فقده فيعود للدائن حق المطالبة به على أن يرد هو إلى المدين ما تلقاه من حقوق ودعاوى بديله هذا وأن نص هذه المادة لا يكفل للدائن حماية كاملة ضد إثراء المدين على حسابه إذ أنه بتقديره إلزام المدين بنقل الحقوق والدعاوى إلى الدائن يتركه معرضاً لمزاحمة سائر دائني مدينه بحيث يتحقق للمدين إثراء على حساب دائنه بالشيء الذي هلك بقدر ما يصيب سائر دائنيه من قسمة الغرماء ومفاد هذا العيب يجب النص على أن الحقوق والدعاوى التي تتعلق بالشيء الذي هلك تنتقل إلى الدائن بهذا الشيء مباشرة" وبقوة القانون دون أن تمر بذمة المدين ولا يتقيد منها سائر دائنيه⁽¹⁾.

المبحث الثالث

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج2- هامش 1-ص519.

(4) د. السنهوري - الوسيط - المرجع السابق- ص1156.

(1) د. سليمان مر قس - بحوث وتعليقات - المرجع السابق- ص606-607.

تحمل تبعة الهلاك

إذا كان انفساخ العقد بسبب القوة القاهرة لا يثير بحث مسؤولية المدين العقدية إذ يؤدي انفساخ العقد - كما رأينا- إلى إعفاء المدين من تلك المسؤولية فإنه يثير من ناحية أخرى بحث مسألة تحمل التبعة والتي تعني تحديد الشخص الذي سيخسر الشيء الهالك نتيجة القوة القاهرة⁽²⁾.
أن مسألة تحمل التبعة باعتبارها أثراً خاصاً للانفساخ يثير بعض الموضوعات وهي من سيتحمل هذه التبعة وكذلك تقسيمات هذه التبعة والأساس الذي تقوم عليه.
وقبل البدء في استعراض هذه الموضوعات نود أن نبين أن مسألة تحمل التبعة أو تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك لا تعرض ألا حيث يكون محل العقد معيناً بالذات أما إذا كان محل العقد شيئاً معيناً بنوعه فقط فلا تعرض مسألة تحمل تبعة الهلاك⁽³⁾. لأن المثليات لا تهلك.
لهذا فأنا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين سنتناول في المطلب الأول مسؤولية تحمل التبعة وفي الثاني أساس تحمل تبعة الهلاك.

المطلب الأول

مسؤولية تحمل التبعة

لما كانت مسألة تحمل التبعة تهدف إلى تحديد المسئول عن هلاك الشيء بسبب لا يرجع إليه لهذا فإن الهلاك يعتبر محور مسألة تحمل التبعة لأنه هو الذي يثير هذه المسألة ويشترط أن يكون الهلاك قد وقع بسبب أجنبي عن المدين كالقوة القاهرة⁽¹⁾.
والفقه القانوني عرف الهلاك بأنه تلف مال معين تلفاً كلياً أو جزئياً بسبب قوة القاهرة أو حادث فجائي ويرى هذا الفقه بأنه (يعتبر كالهلاك حدوث قوة القاهرة 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)⁽²⁾.

(2) د. خالص نافع أمين - التزامات المشتري في البيع سيف- رسالة دكتوراه- كلية القانون- جامعة بغداد- 1997- ص75.

(3) د. عبد المنعم البدر اوي - المرجع السابق- ص 423 0

(1) د. عبد المنعم البدر اوي - المصدر أعلاه- ص 427.

(2) د. سليمان مرقس - الوافي- المرجع أعلاه - نفس الصفحة.

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف الهلاك بأنه زوال الشيء أو تدميره وفناؤه وعدم إمكان إعادة المعقود عليه بحالته التي كان عليها وقد يكون الهلاك كلياً وقد يكون جزئياً فيكون كلياً في حالة تعلقه بجميع الأشياء كما إذا غرقت البضاعة واحترقت دون أن يبقى منها شيء وقد يكون الهلاك جزئياً في حالة تعلقه ببعضها كما إذا وصلت البضاعة فعلاً ولكن بها نقص أو عجز في مقدارها⁽³⁾. أو أن الهلاك (هو فقد الشيء المعين لعناصره الأساسية التي تتكون منها أو بعضها بسبب القوة القاهرة أو حادث فجائي أو حادث مادي بفعل الإنسان)⁽⁴⁾ وقد قضت محكمة النقض المصرية (بأن بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشيته تلفها حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن الصادر بينهما لا يؤدي إلى انفساخ هذا العقد ولا يسوغ في ذاته الفسخ إذ بيع البضاعة على هذه الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع ذلك أن الهلاك الذي نصت عليه المادة (437) من القانون المدني هو زوال الشيء المبيع بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل الإنسان أما إذا بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خشيته التلف فهو إجراء وقتي قصد به صيانة الشيء المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضي بالتسليم إليه)⁽¹⁾. أن مسألة تبعة الهلاك تعني تحديد من سيحمل هلاك محل الالتزام بسبب أجنبي عنه لهذا فإن تبعة الهلاك تعبر عن خطر من نوع خاص هو الذي يتعرض له الشخص المدين بالالتزام متعلق بشيء عندما يتلف هذا الشيء أو يهلك كلياً أو جزئياً بسبب أجنبي لا يد له فيه مما يؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً⁽²⁾ 0

إذا لم يتمكن الدائن من استيفاء حقه لا عيناً ولا بمقابل بعد انقضاء الالتزام العقدي فإن تبعة الهلاك هذه يختلف أمرها باختلاف العقود فيما إذا كانت عقود ملزمة للجانبين أو ملزمة للجانب الواحد.

أولاً:- في العقود الملزمة للجانب الواحد:- إذا لم يتمكن الدائن من استيفاء

حقه لا عيناً ولا بمقابل بعد انقضاء الالتزام العقدي بسبب القوة القاهرة وترتب على هذا الانقضاء انفساخ العقد بقوة القانون وبراءة ذمة المدين من التزامه فإن الدائن هو وحده الذي يتحمل تبعة

(3) د. محمد أحمد الزرقا- مسؤولية الناقل البري في عقد نقل الأشياء - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر - 1981- غير منشورة - ص 199 نقلاً عن د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع السابق- ص 557.

(4) المصدر نفسه- ص 557.

(1) نقض مدني مصري 1968/12/26 - مجموعة أحكام النقض لسنة 8 رقم 20 ص 1565 أورد - د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع السابق- ص 556.

(2) د. سليمان مر قس- بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية - المرجع السابق- ص 603.

انفساخ العقد، فهذا العقد نظراً" للتركيبية الموضوعية الخاصة به والمتمثلة في أن تنفيذه لا يثير صعوبة ما إذا كان أحد طرفيه دائناً غير مدين ويكون الطرف الثاني مديناً غير دائن وعليه وحده بالتالي يقع عبء التنفيذ لهذا فأن حل مسألة تحمل تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانب الواحد سهلة ولا تحتاج إلى جهد ففي عقد الوديعة إذا ما هلك الشيء المودع لسبب لا يد للمودع لديه فيه فأن الدائن (المالك) هو الذي يتحمل تبعة الهلاك فيفقد ما كان له أما المودع لديه وهو المدين بالرد فلن يفقد شيئاً لأنه ليس دائناً للمودع⁽³⁾.

ويرى جانب من الفقه أن جعل تبعة الهلاك في العقد الملزم لجانب واحد على الدائن لا تخلوا في الواقع من قسوة بالنسبة لهذا الدائن أي سبب يبرر إلقاء تبعة الهلاك على الدائن وحده ويرى أشراك المدين معه في تحمل تلك التبعة ما دام أن الهلاك راجع إلى حادث فجائي أو قوة قاهرة وليس راجعاً إلى أي من الطرفين إذا أن قواعد العدالة في نظره هي التي تتطلب هذه المشاركة وتوزيع تبعة الهلاك على الطرفين بدلاً" من إلقائها كلها على عاتق أحدهما دون الآخر⁽¹⁾.

وإذا كان الدائن هو الذي يتحمل تبعة الهلاك بقوة قاهرة فهل يقابل هذه المسألة مسائل المدين عن التعويض في مقابل ذلك ؟ تكون الإجابة بالنفي إذ أن التعويض يرتبط بوجود خطأ تعاقدية والفرض أن الهلاك لقوة قاهرة أو حادث مفاجئ ومن ثم لا مجال لإلزام المدين بالتعويض حتى ولو أصاب الدائن ضرر من ذلك لانتقاء خطأ أحد أركان المسؤولية المدنية⁽²⁾.

ثانياً:- في العقود الملزمة للجانبين:- إذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد ملزم

للجانبين واستحال تنفيذه لقوة قاهرة فأن الالتزام المقابل ينقضي تبعاً لانقضاء الالتزام الأول وهذا ما نصت عليه المادة (1/179) من القانون المدني العراقي إذ نصت (إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه أنفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه).

وهذا يعني أن المدين في العقود الملزمة للجانبين هو الذي يتحمل تبعة الهلاك على الرغم من انقضاء التزامه.

(3) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع السابق - ص 564. و د. محمد علي عثمان الفقي - المرجع السابق - ص 154 و د. عبد الحكم فودة - المرجع السابق - ص 623 و أ. أريج عبد الستار علوان - أنفساخ العقد - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة الرافدين 2000م - ص 138 و أ. حامد شاكر الطائي - المرجع السابق - ص 167.

(1) د. سليمان مرقس - بحوث وتعليقات - المرجع السابق - ص 604.

(2) د. عبد الحكم فودة - المرجع السابق - ص 624.

إذا نلاحظ أن القانون المدني العراقي من التشريعات التي تربط بين تبعة الهلاك والتسليم إذ تبقى تبعة الهلاك على المدين طالما لم ينفذ التزامه بالتسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت في حين تنتقل إلى الدائن بمجرد تنفيذ المدين التزامه بالتسليم⁽³⁾ ، وهذا ما نراه في الفقرة الأولى من المادة (179) مدني عراقي والفقرة الثانية أيضاً⁽⁴⁾.

وأيضاً نص المادة (547) مدني عراقي (إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ألا إذا حدث الهلاك بعد أعمار المشتري لتسليم المبيع...) كذلك تنص المادة (437) من القانون المدني المصري على (إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه أنفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ألا إذا كان الهلاك بعد أعمار المشتري لتسليم المبيع) لذا فإن المسلك الذي أتهجه المشرع في كل من العراق ومصر يتجسد في ربط تبعة هلاك المبيع بتسليمه إلى المشتري إذ يترك القانون العراقي التبعة عند البائع إلى أن يتم التسليم ويهيأ له سبل التخلص منها بأعمار المشتري لتسلم المبيع. يترتب على ذلك أن المدين في العقود الملزمة للجانبين إذا أنقضى التزامه يتحمل مع ذلك تبعة الهلاك ولا يتحملها الدائن كما يتحملها في العقد الملزم للجانب الواحد لأن المدين إذا كان قد تحلل من تنفيذ التزامه يجد في الوقت ذاته الالتزام الذي له في ذمة الدائن - وهو الالتزام المقابل- قد أنقضى هو أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول وانفسخ العقد، فيقع عليه الغرم ومن ثم فإنه هو الذي يتحمل التبعة⁽¹⁾.

ففي عقد البيع إذا استحال تنفيذ التزام البائع بالتسليم لهلاك المبيع بسبب قوة قاهرة أنقضى التزام المشتري بدفع الثمن ومعنى ذلك أن المدين بالالتزام الذي استحالة تنفيذه وهو (البائع) هو الذي يتحمل تبعة الهلاك⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن (من المقرر أن عقد البيع ينفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة (159) من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل

(3) د. صفاء تقي عبد نور- المرجع السابق-ص171.

(4) المادة (2/179) (فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يتسلمه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري).

(1) د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط- المرجع السابق- ص991.

(2) د. محمد علي عثمان الفقي- المرجع السابق- ص158.

العقد ويتحمل تبعه الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحاله تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين⁽³⁾.

بينما تربط بعض التشريعات في الواقع بين تبعه الهلاك وانتقال الملكية، وذلك تطبيقاً للقاعدة المعروفة والتي تنص على (الشيء يهلك على مالكه) فتقيم الصلة بين تبعه الهلاك وانتقال الملكية فتبعه الهلاك تبقى على المدين ما دامت الملكية لم تنتقل إلى الدائن وتكون على الدائن بمجرد انتقال الملكية إليه ويأخذ القانون المدني الفرنسي بهذه القاعدة في العقود الناقلة للملكية إذ تنص الفقرة الثانية من المادة (1138) من القانون المدني الفرنسي على (الالتزام بتسليم شيء يتم بمجرد اتفاق العاقدين وأنه يجعل الدائن مالكاً وينقل إليه تبعه الهلاك من الوقت الذي يجب فيه تسليم الشيء ولو لم يتم التسليم فعلاً ما لم يكن المدين معذوراً بالتسليم فتبقى عليه تبعه الهلاك).

إلى أن من الفقه من يذهب إلى أن نص المادة (1138) مدني فرنسي قد حُمِل أكثر مما يتحمل فليس صحيحاً أنه يقضي بنقل تبعه الهلاك إلى الدائن من وقت انعقاد العقد ولو كان محل الالتزام لم يسلم أو لم يحل أجل تسليمه وإنما يعني أن الملكية تنتقل لمجرد انعقاد العقد أما تبعه الهلاك فلا تنتقل إلا من وقت حلول أجل التسليم ولو لم يتم فعلاً بشرط امتناع البائع من التسليم⁽¹⁾.

ألا أن هناك من خالف هذا، العلاقة في القانون الفرنسي في العقود الناقلة للملكية تكون بين انتقال تبعه الهلاك وانتقال ملكية المبيع ويمكن اخذ هذه القاعدة مما قرره القانون في المادة (1722) مدني فرنسي بأن هلاك العين المؤجرة بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ يؤدي إلى إعفاء المستأجر من دفع الأجرة.

إذاً " نلاحظ أن تبعه العقد تعني تحمل المدين في العقود الملزمة للجانبين للخسارة الناجمة عن الهلاك إما في العقود الملزمة للجانب الواحد فيتحملها الدائن. أما المقصود بتبعه الشيء فهي تعني تلك الخسارة التي تتمثل في ضياع الشيء بسبب هلاكه بقوة قاهرة والأصل أن الشيء يهلك على مالكه فعليه تقع تبعه الهلاك⁽²⁾ هذا هو المقصود بتبعه الشيء 0

لقد تأثر القانون المدني العراقي بالفقه الإسلامي فيما يتعلق بربط أحكام تبعه الهلاك في بعض العقود بطبيعة الحياة وبالتالى تقسيم القبض إلى نوعين:- قبض أمانة وقبض ضمان فقد نصت المادة (950) مدني عراقي (الأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك سواء كان بسبب يمكن

⁽³⁾ نقض مدني مصري، جلسة 1977/1/11م مجموعة احكام محكمة النقض (المكتب الفني) ، السنة 28 رقم 48 ص211.

⁽¹⁾ د. سليمان مرقس -الوافي في شرح القانون المدني - المرجع السابق- ص667.

⁽²⁾ د. عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- ص513.

التحرز منه أم لا وإنما يضمنها إذا هلك بصلعه أو بتعد أو تقصير منه) وأيضاً "المادة (857) مدني عراقي بالنسبة للعارية عندما قررت (العارية أمانة في يد المستعير فان هلك أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد منه ولا تقصير لا يلزمه الضمان) وأيضاً المادة (773) مدني عراقي بالنسبة للمأجور عندما قررت (يبقى المأجور أمانة في يد المستأجر عند انقضاء الإجارة كما كان أثناءها فإذا استعمله المستأجر بعد انقضاء الإجارة وتلف ضمن وكذلك لو طلبه المؤجر بعد انقضاء الإجارة من المستأجر فأمسكه دون حق ثم تلف ضمن) وإذا ما تتبعنا أصل هذه المواد المتقدمة نجد بأن أصلها وإحكامها التفصيلية مأخوذة من المادة (768) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على (الأمانة غير مضمونة فإذا هلك أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان) هذا يعني أنه سواء هلك الأمانة بما يمكن التحرز عنه كالسرقة أو كالغرق وسواء هلك معها شيء للأمين أو لا فإن الذي يتحمل تبعه الهلاك هو المالك ولا شيء على الأمين⁽³⁾. إن صاحب يد الضمان يضمن هلاك الشيء الموجود تحت يده سواء كان الهلاك بسببه أم بسبب أجنبي لا يد له فيه وهذا ما نصت عليه المادة (426) من القانون المدني العراقي والتي نصت على (إذا أنتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد....) ويستوي في يد الضمان أن تكون ضامنة منذ البداية كما بينها المادة (427) مدني عراقي أو أن تكون اليد بالأصل يد أمانة وتنقلب إلى يد ضمان كما جاء في ف2 من المادة (427) وبهذا فإن يد الأمانة تتحول إلى يد ضمان بالحبس دون حق والتعدي والتقصير والإهمال وعندها نطبق أحكام يد الضمان. وعلى الرغم من أن المشرع العراقي قد نظم مفهوم يد الأمانة ويد الضمان في المادة (427) إلا أنه طبق الأحكام المتعلقة بيد الضمان على بعض الحالات التي تجتمع فيها شروط يد الأمانة وذلك لوجود ما يدل على ضمانها في نظر المشرع وهي وضع اليد في عقود المعاوضات إذ نصت المادة (179) مدني عراقي (1- إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه أفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة وجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه 2- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري) وأيضاً وضع اليد بسبب فسخ العقد فألزم المشرع المتعاقد الذي قبض العين استناداً إلى العقد المبرم بردها بعد الفسخ فإن استحالة عليه ذلك التزم برد مثلها أن كانت مثليات أو قيمتها أن كانت من القيميات وهذا هو حكم يد الضمان (180)

(3) سليم رستم باز ألبناني- شرح المجلة (مجلة الأحكام العدلية) بيروت -1923م - ص426 0

مدني عراقي وأيضا وضع اليد بسبب أبطال العقد وبطلانه وهذا ما نصت عليه المادة (134) مدني عراقي.

أن الشيء إذا أنتقل من يد المالك إلى يد غير المالك سواء أكان انتقاله بعقد كالوديعة أو العارية أم بغير عقد كحيازة بحسن نية أو بسوء نية أو غصب ثم يهلك الشيء في يد غير المالك بسبب أجنبي وهنا يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان ، فإذا كانت يد المدين يد أمانة وهلك الشيء بقوة قاهرة فإنه لا يضمن فالوديعة مثلاً لا يسأل عن هلاك الوديعة بسبب لا دخل له فيه لأن التلف قد حدث بسبب قوة قاهرة ومعنى ذلك أن الدائن وهو المودع في هذا المثال هو الذي يتحمل تبعه الهلاك⁽¹⁾ ، وأن كانت يد المدين يد ضمان وهلك الشيء بقوة قاهرة كيد البائع قبل تسليم المبيع فإنه يضمن حيث يفسخ العقد ويسقط الثمن عن المشتري أن لم يكن دفعه ويسترده أن كان قد دفعه فالمدين هنا وهو البائع هو الذي يتحمل التبعة⁽²⁾.

وقد تتجمع في المتعاقدين صفتي المالك والمدين (تلتقي تبعه العقد مع تبعه الشيء) فإذا كنا بصدد عقد إيجار وهلك العين المؤجرة قبل تنفيذ عقد الإيجار أو أثناء سريانه فأن المؤجر بصفته مالكا للعين المؤجر يتحمل تبعه هلاك العين وعندئذ نكون بصدد تبعه الشيء كما أنه قد يكون مديناً بتسليم المستأجر العين للانتفاع بها أو بتمكين من الانتفاع بها طوال مدة الإيجار فإذا أهلك برئت ذمة المستأجر من الأجرة ويتحمل هو تبعه العقد⁽¹⁾.

وقد تفرق التبعتان أي تكون تبعه العقد وتبعه الشيء غير متلازمتين في شخص وبالتالي يجب التمييز بينهما ويمكن أن نجد ذلك في عقد الوديعة بأجر فإذا ما هلك الشيء المودع بسبب القوة القاهرة قبل انتهاء عقد الوديعة أنقضى التزام المودع عنده بحفظ الشيء ولا يكون له أن يطالب المودع بالأجر عن المدة الباقية فيتحمل هو تبعه خسارة العقد أي الخسارة الناتجة عن انفساخ العقد ولكن بالجانب الآخر لا يتحمل المودع عنده تبعه هلاك الشيء أي لا يتحمل الخسارة التي تمثلت في ضياع قيمة الشيء بهلاكه إذ أن هذه التبعة تقع على عاتق المالك وهو المودع 0

المطلب الثاني

أساس تحمل تبعه الهلاك

(1) د. محمد علي عثمان الفقي- المرجع السابق- ص156.

(2) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي- الاستحالة- المرجع السابق- ص571.

(1) د. عبد الحكم فودة- المرجع السابق- ص622-623.

أختلف الفقه القانوني في الأساس الذي يمكن أن تقوم عليه مسألة تحمل تبعة الهلاك ومن جراء هذا الخلاف ظهرت ثلاثة أسس يمكن من خلالها تبرير تحمل تبعة الهلاك هي نظرية السبب ونظرية طبيعة العقد ونظرية الشرط الفاسخ الضمني.

أولاً:- نظرية السبب:- لقد أخذ القانون المدني العراقي نظرية السبب عن القانون

المدني الفرنسي فليس لها مقابل بهذا الشكل في الفقه الإسلامي إذ نصت المادة (1108) من القانون المدني الفرنسي على الشروط اللازمة توافرها لصحة العقد منها ضرورة وجود (سبب مشروع في الالتزام) ونصت المادة (1131) من القانون المدني الفرنسي على (الالتزام لا يكون له أي اثر إذا لم يكن له سبب أو كان قائماً على سبب موهوم أو سبب غير مشروع)⁽²⁾.

القانون المدني العراقي قد خصص مادة واحدة للكلام عن السبب وهي المادة (132) والتي نصت على: (1- يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للأداب. 2- ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك. 3- أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك) 0

يرى أغلب الفقه بأن سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الطرف الآخر ويرى البعض الآخر إن سبب كل من الالتزامين المتقابلين هو محل الالتزام المقابل في حين ذهب جانب آخر منها إلى أن سبب التزام كل من الطرفين ليس هو مجرد الالتزام بل تنفيذه⁽¹⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه من أنصار هذه النظرية أن القول بغير ذلك (تخلف السبب لانعدام المحل) يعني إنكار النية الحقيقية للمتعاقدين إذ أن كليهما لم يلتزم ألا من أجل الحصول على المقابل الموعود به من قبل الطرف الآخر وبالتالي كان 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 ألا من أجل الحصول على المقابل الذي تعهد له به الطرف الآخر وان أجبار 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 إن يظل

(2) د. عبد المجيد الحكيم – المرجع السابق- ص 214 0

(1) د. عبد الرزاق السنهوري- نظرية العقد – المرجع السابق- ص 546، وأيضا كابيتان – ص 18-19 أورده د. محمد زكي عبد البر – نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي- ج 1- في الفقه الحنفي – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة فؤاد الأول- مطبعة الفجالة الجديدة – القاهرة – 1950- ص 41.

المتعاقدين في علاقة ارتباط بينهما يتحلل الآخر من التزامه⁽²⁾ ، لقد اخذ الفقه القانوني بنظرية السبب كأساس عام لما يختص به العقد الملزم للجانبين من أحكام متمثلة بالدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعه الهلاك إلا إن 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 إما سبب الالتزام فهو الغاية المباشرة التي قصدها المتعاقد من وراء التزامه⁽³⁾ 0

بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى تفسير السبب بالباعث الدافع من وراء التزامه⁽¹⁾ ، في حين ذهب اتجاه آخر إلى رأي توفيق بين الآراء المتقدمة فذهب إلى إن كلا منها يكمل الآخر⁽²⁾.

ويرى جانب من الفقه من أنصار هذه النظرية أن ما تقوم عليه هذه النظرية كأساس لتسويغ تحمل التبعة إنما يتفق مع المنطق وأنه يعد حلاً عادلاً لأنه من غير المعقول ومما يتنافى مع العدالة إن 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 المبيع بقوة قاهرة قبل التسليم فالغرض المستهدف والمطلوب لا يمكن إن يتحقق ومن ثم يتخلف سبب التزامه ويتعين لذلك أن يتحلل من التزامه⁽³⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه من أنصار هذه النظرية انه 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 الأولى إلا أن انقضاء هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه يجب أن يتبعها انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه وينتهي هذا الفقه من كل ما تقدم انه تطبيقاً لذلك كان عدلاً أن يتحمل المدين الذي استحالة عليه تنفيذ تبعه استحالة الوفاء بالالتزام في العقود الملزمة للجانبين⁽⁴⁾. ويذهب البعض من أن هذه النظرية لا تصلح لأن تكون أساساً يمكن إن يقام عليه تبرير تحمل تبعه الهلاك لأنها في النهاية ما هي إلا نظرية طبيعية للعقد

(2) د. عبد الرحمن مصطفى عثمان – نظرية السبب – رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة -1984 ص622-623.

(3) محمد صالح – أصول التعهدات – فقرة 403 أورده د. إبراهيم عبد الرزاق الخولي في رسالة الدكتوراه بعنوان استقرار الملك في العقود في الفقه والقانون الوضعي – مقدمة لجامعة الأزهر – كلية التربية والقانون – بدون سنة طبع - ص 225 ، وانظر شفيق شماتة القانون المدني المصري فقرة 30 وانظر له أيضاً النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية – مطبعة الاتحاد – ص 167.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد – المرجع السابق – ص 569.

(2) بهجت بدوي – أورده د. إبراهيم عبد الرزاق الخولي – المرجع السابق – ص 225.

(3) عبد الرحمن مصطفى عثمان – نظرية السبب – المرجع السابق – ص 624.

(4) د. خالد عبد الله عبد - المرجع السابق - ص 150.

نسبت إلى الالتزام باسم السبب فطبيعة العقد الملزم للجانبين في الواقع توجب إن ينشأ في جانب كل من طرفيه التزام نحو الآخر⁽⁵⁾.

ثانياً:- نظرية طبيعة العقد :- ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الأساس الذي يمكن إن

يقام عليه تسويغ تحمل تبعة الهلاك هو الاستناد إلى طبيعة العقد⁽⁶⁾.

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 وإن 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⁽¹⁾.

ويرى هذا الفقه أنه يمكن من خلال نظرية طبيعة العقد تفسير وحل كل المسائل والإحكام التي يمكن إن 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 ينفذه 0

فإذا ما انعقد العقد الملزم للجانبين وكان صحيحاً" فإنه ينشأ التزاماً" أو أكثر في جانب كل من الطرفين وكانت هذه الالتزامات متقابلة وإن هذا التقابل في رأي هذا الفقه لا معنى له سوى إن يكون التزام كل من الطرفين مرتبطاً بتنفيذه بتنفيذ الطرف الآخر التزامه المقابل وينتهي هذا الفقه إلى أنه بناءً 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⁽²⁾.

يرى جانب آخر من الفقه إن نظرية طبيعة العقد غير قوينة أي لا تصلح لأن تكون أساساً لتبرير تبعة الهلاك أي تؤدي إلى أحكام متعارضة لأن العقد الواحد قد يؤدي إلى وجود أحكام متعارضة بين طرفيه فالإجارة مثلاً عقد ملزم للجانبين وهو ينشأ التزاماً على المؤجر بتسليم العين المؤجرة كما أنه من جانب آخر ينشأ التزاماً على المستأجر بإعادته العين المؤجرة في نهاية عقد الإجارة

(5) د. محمد زكي عبد البر - المرجع السابق - ص 52. وانظر - د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - الاستحالة - المرجع السابق - ص 648.

(6) - د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص 67 ، وأيضاً" د. محمد زكي عبد البر - المرجع السابق - ص 57.

(1) د. محمد زكي عبد البر - المرجع السابق - ص 57.

(2) المصدر نفسه - ص 60.

فينظر إلى التزام المؤجر بالتسليم إذا هلك العین المؤجرة في يده قبل تسليمه يتحمل هو تبعة الهلاك وهو مدين بالتسليم ولذا عمد واضعي القانون الفرنسي إن يستثنى ما إذا كان الدائن بالتسليم في العقود الملزمة للجانبين مالكاً للشيء وجعل تبعة الهلاك في هذه الحالة على الدائنين خلافاً للقاعدة التي وضعها للعقود الملزمة للجانبين من إن هذه التبعة تكون على المدين⁽³⁾.

إما بالنسبة للتشريعات التي أخذت بنظرية طبيعة العقد ولم تضع قاعدة واستثناء على هذه النظرية كما فعل القانون المدني المصري والقوانين الأخرى التي سارت على نهجه كانت هذه النظرية في ظل هذه التشريعات تعد أيضاً مضطربة بعض الشيء فهناك جانب من الفقه يرى إن 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 انه لو تم تسليم المبيع إلى المشتري ولم تنتقل إليه ملكيته فإنه لا يترتب على ذلك نقل تبعة الهلاك إلى المشتري⁽¹⁾. كما أن جانباً من الفقه الذي أخذ بهذه النظرية قد ضيق من طبيعة العقد كأساس لتسويق تبعة الهلاك إذ جعل هذه الطبيعة أساساً لتسويق تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانبين فقط وبالتالي لم يعطنا تسويغاً لتحمل تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانب الواحد⁽²⁾.

ثالثاً :- نظرية الشرط الفاسخ الضمني:- سوف نتناول استعراض هذه

النظرية لدى الفقه الإنكليزي باعتباره 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 إن نستخلص إن نظرية الشرط الفاسخ الضمني إنما تتخذ من النية المفترضة للمتعاقدين أساس ومحور 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 عادةً وإنما

(3) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - المرجع السابق - ص 651 ، وأيضاً د. مصطفى الزرقا - نظرة في تبعة الهلاك بين الفقه القانوني و الفقه الإسلامي - بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة - السنة الرابعة - العدد الثاني - ص 9.

(1) د. سليمان مر قس - الوافي - المرجع السابق - ص 665.

(2) د. محمد زكي عبد البر - المرجع السابق - ص 60.

تتفق عليه أرادتهما بصورة ضمنية فيمكن القول استناداً لذلك إن قصد المتعاقدين المشترك ينصرف وقت التعاقد إلى الاشتراط ضمناً بأن يتم تنفيذ العقد حسبما اتفق عليه ما بقيت الظروف التي أبرم فيها العقد على حالها ومن هذا يتضح لنا إن نظرية الشرط الفاسخ الضمني تقوم على أساس شخصي حالها في التسويغ ولتوضيح ذلك نقول إن القضاء استطاع من خلال حكمه الذي أصدره في قضية تايلور وكالدويل سنة 1863⁽³⁾ إن ينشئ نظرية الاستحالة المادية التي تقضي بانفساخ العقد في حالة ما إذا هلك محله هلاكاً مادياً في الفترة اللاحقة على تكوينه وحتى يستطيع القاضي الإنكليزي أن يسوغ مثل هذا الانفساخ في ضوء القاعدة السابقة ، افترض إن 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 .

ألا أن المحاكم الإنكليزية و خضوعاً منها لمقتضيات الظروف المتطورة لا سيما الاقتصادية منها مالت إلى التوسع في تنفيذ الهلاك المادي لمحل العقد ، فلم تقف لمفهوم هذا الهلاك عند المعنى الحرفي الضيق له وإنما تعدته إلى غيره فقد انتهت هذه المحاكم كما قلنا إلى استنباط أو افتراض الشرط الضمني في العقد حتى في كثير من الحالات التي لم تكن تنطوي في واقع الأمر على أي مفهوم للهلاك المادي بالمعنى الدقيق⁽¹⁾.

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 إن نظرية الاستحالة نظراً لهذا التوسع لم تكن في بعض تطبيقاتها سوى صورة للظروف الطارئة و يرجع الفضل في ابراز مقومات نظرية الشرط الفاسخ الضمني في القضاء الإنكليزي إلى القاضي (اللورد لوربيرن) وذلك من خلال حكمه الذي أصدره سنة 1916 بمناسبة نظره قضية شركة تامبلين المحدودة ضد الشركة الانكلومكسيكية المحدودة لمنتجات النفط . وقد عد (اللورد لوربيرن) الشرط الضمني أساساً يمكن بموجبه تسويغ انفساخ العقد لاستحالة تنفيذه . إذ قال

(3) Taylor. V. Caldwell (1863) English Reports Vpl. 722 kings Bench p,309-315
(1) joeseeph constantine ss.line: td Imperial أورده أ. زينة الهاشمي - المرجع السابق - ص127
smerial corpn ltd (1924 0

في معرض حكمه في القضية (أن للمحكمة أن تدرس العقد⁽²⁾ والظروف التي نشأ فيها ليس بقصد تغيير مواده ولا بقصد الانحراف عن أرادة المتعاقدين ولكن لتفسيرها حقيقة هذه الإرادة لتري المحكمة إذا كان من طبيعة العقد ما يسوغ للأطراف من الاستمرار في التعاقد في ظل الظروف والمواقف) و من ثم استطرد قائلاً (إن المحكمة يتوجب عليها أن تحدد على وفق طبيعة التصرف ما إذا كان من المتعين على المتعاقدين اشتراط بقاء شيء معين أو الأوضاع على حالها state of thing حتى يتم تنفيذ العقد فإذا تبين للمحكمة أن المتعاقدين لابد وأنهما قد ادخلا مثلاً 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⁽¹⁾). فضلاً عن ذلك، لم يقتصر الوضع عند هذا الحد فقد أوضح (اللورد لوربيرن) أنه يمكن أن يتم تعليق إرادة المتعاقدين على حدوث ظروف معينة فإذا لم تتحقق هذه الظروف يعد الغرض من العقد قد انتهى وفي مثل هذه الحالات يمكن أن يقال أيضاً بوجود شرط ضمني في العقد من شأنه إعفاء أطراف العقد من التنفيذ⁽²⁾.

وقد أوضح (اللورد لوربيرن) في دفاعه عن نظرية الشرط الفاسخ أن هذه النظرية تقوم على مبدأ سليم وصائب وسوغ هذا بقوله (أنه ليس لأي محكمة سلطة لتعفي احد الأطراف من التزاماته ولكن بوسعها أن تستنتج من طبيعة العقد ومن الظروف والملابسات المحيطة به بوجود مثل هذا الشرط الضمني ولو لم يرد صراحة) ويختتم القاضي (اللورد لوربيرن) تأييده لنظرية الشرط الفاسخ الضمني بقوله (بأن مثل هذا الشرط يقبله العقل لأن حدوث مثل هذه الظروف القهرية تستلزم انتهاء العقد فيها بين المتعاقدين) وإذا ما انتقلنا إلى القانون المدني الفرنسي لبيان دور هذه

⁽²⁾F.A. Tamplin ss Co. ltd V.An 916 – Maxieam petroleum products Co. ltd (1916) p. 836 chitty on contracts.

⁽¹⁾ راجع توسع المحاكم الإنكليزية في تفسير الهلاك المادي لمحل العقد وشموله للهلاك المعنوي لشموله أيضاً لصورة وحالات الظروف الطارئة للقضايا الآتية:- أ- قضية جاكسون ضد شركة الاتحاد للتأمين البحري marinein sumpany LTD. (1874) Vol. 10th Law peports common appcal cases. P. 125

Jackson. V. the union
The ottoman bank V. chakarion (1930) the law peperts
ب- قضية البنك العثماني ضد تشاكيريان

Appeal cases P177

A.G Guest, Anson's law of contracats, 23th, ED.1909 –oxford –at charendon ⁽²⁾
press- London and 26 th, E. D. P.450.

النظرية في هذا القانون فأننا نتفق مع الرأي الذي يرى عدم سريان المادة (1184)⁽³⁾ منه على حالة الاستحالة الناشئة عنالقوة القاهرة⁽⁴⁾ ويستند أصحاب هذا الرأي على:-

1- أن أحكام المادة (1184)- 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 أحد المتعاقدين بالتزامه وهذا القول لا ينصرف ألا في حالة ما إذا كان عدم التنفيذ سببه خطأ المدين⁽⁵⁾.

2- وجود نصوص مستقلة في القانون المدني الفرنسي تعالج مسألة عدم التنفيذ الراجع إلى القوة القاهرة ومثال ذلك المادة (1138) التي تتكلم عن حكم الهلاك بقوة القاهرة في عقد البيع كذلك المواد (1722-174-179) والخاص بعقد الإجارة إذ تقضي هذه المواد بانفساخ العقد من تلقاء نفسه وانقضاء الالتزام المقابل بدفع الأجرة.

3- ثم أن هذه المادة تجيز للدائن ان يطلب التنفيذ أو الفسخ مع التعويض كما أنها تعطي للقاضي الحق في مهلة للمدين وهذه أمور ليس لها محل إلا في حالة ما إذا كان هناك خطأ في جانب المدين عند عدم التنفيذ.

وبهذا يتضح أن الاستناد إلى المادة (1184) كأصل نظرية الشرط الفاسخ الضمني في القانون المدني الفرنسي هو استناد غير صحيح، كما أن هذه المادة لا تصلح أن تكون أساساً يسوغ مسألة الاستحالة الراجعة إلى القوة القاهرة لأن حكمها كما رأينا لا ينطبق إلا على الاستحالة الراجعة إلى خطأ المدين.

اما لو ذهبنا الى القانون المدني المصري فسنجده لم ينص على افتراض الشرط الفاسخ الضمني⁽¹⁾

ونلاحظ ان هذه النظرية لا تصلح وذلك للأسباب التالية :-

1- ان نظرية الشرط الفاسخ الضمني هي مجرد فكرة وهمية وبالتالي لا تقوم على اساس من الواقع فهي فكرة تقوم على محض افتراض⁽²⁾

⁽³⁾ تنص المادة (1184) من القانون المدني الفرنسي (الشرط الفاسخ مفترض دائماً في العقود الملزمة للجانبين في حالة عدم قيام أحد الطرفين بالوفاء بالتزامه)

⁽⁴⁾ بوردي وبارد:- الالتزامات:- ج2، ص101، بلانيول: ج2: ص443، كولان وكابيتان ج2- ص342-347، مصادر واوردة لدى د. محمد زكي عبد البر – المرجع السابق- ص23.

⁽⁵⁾ د. محمد زكي عبد البر-المرجع أعلاه- ص25.

⁽¹⁾ د. عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد – المرجع السابق – ص679 0

⁽²⁾ د. عبد المنعم البدرأوي – المرجع السابق – ص404 0

2- ان افتراض الشرط الفاسخ الضمني قد يحقق مصلحة احد الاطراف على حساب الطرف الآخر اذا لم يرض بهذا الوضع وغالبا" ما يكون المدين هو المستفيد من هذا الافتراض ، وان نظرية الشرط الفاسخ الضمني تعتبر قاصرة اذ انها تفترض لتطبيقها توافر عقد ملزم للجانبين فهي لا تصلح وبالتالي لان تكون اساسا" لتبرير تحمل تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانب الواحد (3) 0

ويذهب اتجاه الى ان الحل الامثل للشرط الفاسخ الضمني يكمن في ضرورة النص عليه في صلب العقد وبشكل واضح وصريح وبنصوص تقطع كل لبس في التفسير (4)

الفصل الثاني

اثر القوة القاهرة الجزئية والمؤقتة

تمهيد وتقسيم :-

القوة القاهرة التي تعيق تنفيذ العقود قد تكون جزئية وتتحقق عندما تشترك القوة القاهرة مع غيرها من الأسباب في أحداث الضرر أي تكون سبب إعفاء جزئي من المسؤولية العقدية 0

أو تكون قوة القاهرة مؤقتة أي بالنظر إلى ميعاد زوالها فاذا ما وجدت ثمة بوادر انها ستزول في المستقبل فانها تعتبر مؤقتة وبالتالي تؤدي الى وقف تنفيذ العقد ومن ثم استئناف سريان العقد بعد زوال القوة القاهرة المؤقتة 0

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول اثر القوة القاهرة الجزئية في المسؤولية العقدية إما الفصل الثاني فنبحث فيه اثر القوة القاهرة المؤقتة في المسؤولية العقدية 0

(3) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق – ص 631-632 0

(4) المصدر نفسه – ص 643 0

المبحث الأول

أثر القوة القاهرة الجزئية

إذا كانت القوة القاهرة كاملة فأن المدعى عليه يعفى من المسؤولية إعفاء تاماً" إذا أثبت أن القوة القاهرة هي السبب الوحيد في أحداث الضرر إما إذا كان المدعى عليه قد ساهم بفعله الخاطئ في أحداث الضرر فهنا يوجد رأيان رأي يذهب إلى وجوب تخفيف مسؤولية المدين بقدر اشتراك القوة القاهرة في أحداث الضرر إما الرأي الثاني يذهب إلى إن المدين يتحمل المسؤولية كاملة ولكن قبل ذلك سنحاول معرفة مفهوم الرابطة السببية عند تعدد الأسباب لا سيما وأن خطأ المدين سوف يشترك مع القوة القاهرة في أحداث الضرر وهذا ما نبحثه في المطلب الأول والثاني فنتناول فيه مدى مسؤولية المدين في حالة اشتراك القوة القاهرة مع خطاه في أحداث الضرر.

المطلب الأول

مفهوم الرابطة السببية عند تعدد الأسباب

تعتبر رابطة السببية ركناً مستقلاً من أركان المسؤولية المدنية ولهذه الرابطة مفهومها الخاص عند تعدد الأسباب إذ أنها تكون رابطة مركبة أي تصل الضرر بكل سبب من الأسباب المتعددة التي ساهمت بأحداثه.

من المقرر أن المسؤولية العقدية لا تقوم بمجرد أن نكون أمام ضرر لحق شخصاً معيناً في ماله وجسمه أو كرامته وأمام خطأ صدر من شخص آخر بل لا بد- لكي تتكامل أركان المسؤولية سواء

كانت مبنية على واجب الإثبات أو على مفترض- أن يكون هذا الضرر (نتيجة) لذلك الخطأ فتقوم بينهما علاقة أو صلة تربط كلا منهما بالآخر كما ترتبط النتيجة بسببها أو المعلول بعلة⁽¹⁾.

كما قد يكون تساهم في وقوعه عدة عوامل أو أسباب كان لكل منها دورها في أحداث الحادث (0) ولهذا سنحاول معرفة ما المقصود بالرابطة السببية باعتبار انها ركننا" من اركان المسؤولية العقدية وهذا ما سنبحثه في الفرع الأول إما الفرع الثاني فسنتناول فيه النظريات التي قيلت عند تعدد الأسباب أي اذا ساهمت عدة اسباب في وقوع الحدث .

الفرع الأول

مفهوم الرابطة السببية

تعتبر رابطة السببية (ركناً) من أركان المسؤولية العقدية مبنية على خطأ واجب الإثبات أم مبنية على خطأ مفترض، بل أنها تعتبر كذلك ركناً في المسؤولية حتى عند أولئك الفقهاء الذين يأخذون بفكرة المسؤولية المادية أو الشيئية وهي فكرة لا تقيم وزناً للخطأ ، و رابطة السببية عند هؤلاء الفقهاء تقوم بين الفعل الصادر ممن تراد مسؤوليته وبين الضرر الذي لحق المضرور فأنصار نظرية تحمل التبعة الذين يرون تعذر أثبات الخطأ في أغلب الحوادث وخصوصاً ما يحدث في المصانع وآلاتها الميكانيكية وما ينتج عن ذلك من أثبات الخطأ غالباً يرى هؤلاء الفقهاء أن المسؤولية تترتب على ما يحدث من ضرر على أساس ما يبذله من نشاط (أي على أساس قاعدة الغرم بالغرم) فالمسؤولية حتى عندهم ذات أركان ثلاثة فعل وضرر وعلاقة سببية بين هذا الفعل وذلك الضرر⁽¹⁾.

ويشترط القانون علاقة السببية فيما يرتبه من إلزام بالتعويض على كل خطأ سبب ضرراً للغير فقد نصت المادة (168) من القانون المدني العراقي على (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه) ونصت الفقرة الأولى

(1) . Jean carbonnier, droit civil, les obligations p375-376

(1) د. حسن علي الذنون -النظرية العامة للالتزام -المرجع السابق- ص317. و د. حسين عامر -المسؤولية المدنية -المرجع السابق- ص331.

من المادة (207) منه على (تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع)⁰ من ذلك أن صلة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق المضرور هي ركن في المسؤولية فليس من المقبول لا من الناحية القانونية ولا من الناحية المنطقية أن يسأل الإنسان عن تعويض ضرر لم يكن نتيجة فعله أو فعل الأشياء أو الحيوانات التي يسأل عنها⁽¹⁾.

إلا أنه من الملاحظ أن فقه القانون المدني الفرنسي القديم لم يعر اهتماماً ببحث رابطة السببية كما فعل بالنسبة لركني المسؤولية ولعل ذلك يرجع إلى الطابع الفلسفي لفكرة الرابطة السببية من جهة ولكونها من البديهيات العقلية من جهة أخرى⁽²⁾، إلا أن القضاء ذهب في الكثير من أحكامه إلى ضرورة توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر لكي تقوم المسؤولية العقدية فلو نظرنا إلى أحكام القضاء الفرنسي نجد أنها تشترط وجود رابطة السببية هذه ولكن أن هذا القضاء لا يشترط ضرورة توافر اتصال مباشر بين المسئول أو الشيء الذي يحرسه أو الأشخاص المسئول عنهم من جهة وحتمية الضرر من جهة أخرى ومن ثم فإن علاقة السببية تكون موجودة بين الخطأ الذي وقع من سائق السيارة وخروج دراجة عن خط سيرها العادي نتيجة لهذا الانحراف كي تلقى بأحد الأفراد على قارعة الطريق⁽³⁾.

إما موقف القضاء المصري فنجد أن موقف محكمة النقض المصرية لا يختلف عن موقف محكمة النقض الفرنسية في هذا الموضوع فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه متى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة" هذا الضرر فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور ويمكن للمسئول أن ينقض هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن قوة قاهرة لا يد له فيها⁽⁴⁾.

أن فكرة السببية في نطاق القانون ليست مجرد توافق عرضي في الزمان والمكان فإذا ما ظهر ضرر معين بعد فترة وجيزة من ارتكاب خطأ من الأخطاء أو فعل من الأفعال فإن هذا لا يكفي للقول بتوافر علاقة السببية كما أنه لا يكفي أن يكون الشيء موجوداً في مكان الحادث لقيام رابطة

(1) د. حسن علي الذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - رابطة السببية - ج2 - غير مطبوع - أورده د. عامر غانم العلواني - المرجع السابق - ص8.

(2) Marty et raynaad, droit civil, tome2, 1962. p515.

أورده د. عامر غانم العلواني - المرجع السابق - ص8.

(3) حكم محكمة النقض الفرنسية في 1940/10/22 - القرار 1941 - ص101 نقلاً عن المصدر نفسه - ص110

(4) نقض مدني مصري 28/نوفمبر - 1969 .

السببية وإنما الذي لا بد منه أثبات أن خطأ الشخص أو فعل الشيء كان له (دور سببي) أدى إلى أحداث الضرر وتحقيقه فيجب إقامة الدليل على أنه لولا هذا الفعل أو ذلك الخطأ لما وقع الضرر فلو أن واجهة محل من المحلات التجارية قد تحطم زجاجها خلال مرور إحدى السيارات فأن هذا لا يكفي لمساءلة صاحب السيارة بمجرد هذا التوافق الزماني أو المكاني أنما يتحتم على المدعى هنا إقامة الدليل على أن تحطم واجهة المحل كان بفعل حصة أو حجر أطلقتها إحدى عجلات السيارة وهذه هي رابطة السببية⁽¹⁾.

أن رابطة السببية ركن مستقل قائم بذاته في المسؤولية المدنية إذ أنه يتميز عن ركن الخطأ ويختلف عنه من حيث وجوده ذلك أننا قد نكون إمام خطأ صدر من شخص معين، وضرر لحق شخصاً آخر ومع ذلك لا تقام المسؤولية لانعدام رابطة السببية بين هذا الخطأ وذلك الضرر والمثال الذي يسوقه أكثر الفقهاء على هذا الغرض هو ذلك الشخص الذي يدس السم في طعام آخر وقبل أن يسري السم في جسد المجني عليه يأتي شخص ثالث فيطلق عليه عيارات نارية ترديه قتيلاً فهانحن بمواجهة خطأ جسيم وأمام ضرر محقق ومع ذلك لا تنهض مسؤولية من دس السم لانتفاء رابطة السببية بين خطئه والموت ونسوق مثالا" آخر لهذا الغرض فقد يقود شخص سيارته من دون الحصول على أجازة ترخيص رسمي لقيادتها بحسب الأصول المرورية وبحسب ما تمليه القوانين الخاصة بهذا الشأن من حيث السرعة وجهة السير فألقى شخص نفسه إمام هذه السيارة قاصداً الانتحار وتوفي بسبب هذا الحادث فقائد السيارة في هذا الفرض ارتكب خطأ بقيادته للسيارة من دون الحصول على ترخيص بذلك وهذا بحسب ما ذهبت إليه إحدى المحاكم المصرية قرينة على خطئه وعلى أنه لا يحسن القيادة ألا أنه مع ذلك يمكن نفي هذه القرينة إذا أثبت السائق أن ما لحق المضرور لم يكن نتيجة خطئه هو بل أنه كان يرجع إلى خطأ المضرور نفسه أو إلى خطأ الغير⁽²⁾. ومن ناحية أخرى قد تقوم رابطة السببية مع عدم وجود خطأ وذلك في الأحوال التي تقوم فيها المسؤولية على مجرد الفعل الضار (المسؤولية المادية أو الشيئية) فرابطة السببية هنا تقوم بين فعل غير موصوف بالخطأ وبين ضرر نتج عن ذلك الفعل ولما كانت رابطة السببية تستقل عن الخطأ فأنها لا تدخل في تقدير التعويض الذي قد يزيد أو ينقص تبعاً لما إذا كان الضرر قد ترتب على الخطأ وحده أو أن عوامل أخرى قد شاركت في حدوثه⁽³⁾.

(1) د. حسن علي الذنون - المبسوط - ج2 - المرجع السابق.

(2) د. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزام - المرجع السابق - ص318.

(3) د. حسين عامر - المرجع السابق - ص332.

أن المقصود هنا برابطة السببية لا يعني بالدرجة الأساس رابطة السببية في صورتها البسيطة وهي حالة ما إذا كان للضرر سبب واحد بل هو الاهتمام برابطة السببية عندما يكون الضرر ناتجاً عن أكثر من سبب واحد وهذه هي الصورة المركبة لرابطة السببية وهي الحالة الأكثر وقوعاً في الحياة لأن للضرر في معظم الحالات أسباباً متعددة ومتنوعة ومتداخلة وعلى القاضي أن يختار من بينها فعلاً واحداً أو أكثر يعزو إليه أو أليها ما حدث من ضرر فلو أن سيارة صدمت شخصاً عابراً وألقته أرضاً ونقل على أثر هذا الحادث إلى أحد المستشفيات حيث أجريت له عملية جراحية توفي بعدها نقول أن الوفاة في هذا المثال قد تعزى إلى أكثر من سبب واحد فقد تعزى إلى صدمة السيارة وقد تعزى إلى خطأ المصاب نفسه⁽¹⁾.

من ذلك يتبين أن المشكلة هي قيام رابطة سببية بين الضرر وبين أكثر من سبب من الأسباب التي أحدثته وأثر ذلك على المسؤولية فإذا ما تداخلت الأسباب فالمطلوب هنا معرفة ما مدى أثر ذلك على انتقاء رابطة السببية وهل تنعدم الرابطة هنا؟ أو أنها تبقى قائمة مع كل سبب من الأسباب التي ساهمت في أحداث الضرر وما أثر ذلك على المسؤولية من حيث توزيعها وبالتالي على الحق بالتعويض⁽²⁾. لقد تعددت الآراء والنظريات التي قيلت في هذا الصدد في فرنسا وغيرها وحاولت هذه النظريات والآراء وضع معيار محدد لقيام السببية إلا أن هناك نظريتين يدور حولهما النزاع الأولى نظرية تعادل الأسباب و الثانية السبب المنتج وسنقوم بدراسة هذه النظريات بالقدر الذي يتعلق بالموضوع.

الفرع الثاني

النظريات التي قيلت عند تعدد الأسباب

كل حادث قد تساهم في وقوعه عدة عوامل أو أسباب كان لكل منها دورها في أحداث هذا الحادث لهذا يثور التساؤل حول إمكانية إعطاء كل من هذه الحوادث وصف (سبب) فترتبط فيه تلك العوامل بالضرر تعددت الآراء والنظريات التي قيلت في هذا الصدد إلا أن هناك نظريتين يدور

(1) د. حسن علي الذنون- المبسوط- ج2- المرجع السابق.

(2) د. جاسم العبودي- المداخلات في إحداث الضرر تقصيراً- مجلة العلوم القانونية تصدرها كلية القانون- جامعة بغداد- المجلد 15- العددان 1 و2 - لسنة 2000 - ص295.

حولهما النزاع في هذا الموضوع الأولى نظرية تعادل الأسباب والثانية نظرية السبب المنتج وستتناول كلتا النظريتين على حدة.

أولاً:- نظرية تعادل الأسباب:- كانت هذه النظرية مطبقة في الماضي

خصوصاً في الأنظمة الجنائية وطبقته كذلك إلى وقت قريب المحكمة العليا الأسبانية إلا أن أول من أبرز النظرية بطلتها الجديدة هو الكاتب (كلاسر) (glaser) فهو يقول أن على الشخص أن يستبعد الفعل المشكو منه من مجموعة الحوادث التي ساهمت في حصول النتيجة فإذا ما تبين بعد ذلك العزل أو الاستبعاد ظلت النتيجة على حالها وأن ترتبها حتمي ففي هذه الحالة لا يمكن نسبة هذه النتيجة إلى ذلك الفعل⁽¹⁾.

إما إذا تبين أن النتيجة ما كانت لتحدث أو أنها يمكن أن تحدث ولكن بطريقة مختلفة تماماً فعند ذلك يمكن نسبة هذه النتيجة إلى الفعل المشكو منه باعتبارها أثراً له.

أن هذه الطريقة توضح مبدأ يقضي بأن كل شرط لازم أو ضروري للحدث هو سبب لها ، وبعد كلاسر (glaser) وبوقت قصير تبني (Von Buri) في ألمانيا فكرة مماثلة حيث أتخذ هذا الأخير من قضية الطاحونة مثلاً يوضح به نظريته فيفترض أن عجلة الطاحونة تحتاج إلى كمية من الماء لتدويرها وأن هناك بركة واحدة تزود الطاحونة بـ $\frac{5}{4}$ الكمية التي تحتاجها إما أل $\frac{5}{1}$ الآخر فتزوده به بركة ماء أخرى فيقول بأنه سيكون من الصحيح القول بأن ماء كل بركة هو سبب لتدوير عجلة الطاحونة ما دام ماء كل واحدة ضرورياً بالتساوي وأن أي واحد منهما لا يمكن أن ينتج أي أثر بدون الآخر⁽²⁾.

وعليه فإن (فون بوري) يعتبر كل الحوادث التي تؤدي إلى وقوع الضرر متكافئة ومتساوية ويعتبر كلا منها سبباً أدى إلى حدوث هذا الضرر فكل حادث أو فعل لولاه لما وقع الضرر يمكن أن نسميه (سبباً) مهما كان بعيداً وبالتالي يمكن إلزام فاعله بتعويض الضرر كله⁽³⁾.

ألا أن الأستاذ (شابا) تصدى للتبرير المتقدم وحاول أن يكشف ما فيه من تناقض ظاهر، لأن مجموع القوى التي ساهمت في أحداث ظاهرة معينة إذا أمكن اعتبارها (سبباً) في حدوث هذه

(1) د. عامر غانم العلواني- المرجع السابق- ص15.

(2) Hart and Honore, Causation in the law. p392 أورده د. عامر غانم العلواني – المرجع السابق – ص16 0

(3) د. أنور سلطان –الموجز في مصادر الالتزام –منشأة المعارف- الإسكندرية- 1970- ص351.

الظاهرة فإن استخدام المنطق السليم يقضي بوجود الاعتراف بأن كل قوة أو ظرف بحد ذاته لا يصدق عليه وصف السبب لأن من البديهيات المسلم بها أن الجزء لا يساوي الكل⁽¹⁾.

ولكن هذه النظرية قد تعرضت للانتقاد في فرنسا بسبب ما تتصف به من سعة وميوعة حيث أن الأخذ بها يعني الأعداد بأبعد الأسباب من جهة والتعويض عن الضرر غير المباشر من جهة أخرى وكلا الأمرين لا يقره القانون في معظم بلاد العالم ألا أنه مع ذلك لم يرغب عن ذهن منتقدي هذه النظرية أن رابطة السببية ليست هي الركن الوحيد لقيام المسؤولية بل أن هناك الخطأ الذي يحد من هذه الميوعة والسعة التي تتصف بها هذه النظرية وهو (أي الخطأ) يحول دون هذه النتائج غير المقبولة كما أن فكرة الحراسة تحول بدورها دون تحقق هذه النتائج⁽²⁾.

بعد هذه الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية جعلت (هنري وليون مازو) يتحولان عنها بعد أن كانا من أنصارها حيث ذهبوا إلى عدم التفرقة بين الأسباب البعيدة والأسباب القريبة وأن الأسباب متساوية من ناحية المسؤولية ويكفي أن يساهم الشخص في أحداث الضرر لكي يكون مسئولاً "غير أنهما قد عدلاً عن مناصرة هذه النظرية وقالوا أن هذه النظرية إذا كانت تمتاز بالبساطة لأنها تكتفي لا اعتبار الحادث سبباً للضرر بأن يثبت أن الضرر ما كان ليقع لولا وجود هذا الحادث ألا أن هذه البساطة مجاوزة للحد وتؤدي إلى قبول عدد لانهائي من الأسباب⁽³⁾.

أن نظرية تعادل الأسباب لا تحدد متى توجد السببية لأنها تقول بقيام السببية في كل الأحوال التي يكون من المعقول قيامها فيها في حين أن الأسباب لا تلعب نفس الدور في حدوث الضرر فقد يكون بعضها ضعيفاً ولا قيمة له في حين يكون بعضها الآخر هو السبب الحقيقي الذي أنتج الضرر لذا يجب استبعاد الأسباب ذات الدور السلبي التي لا قيمة لها في حدوث الضرر⁽⁴⁾.

ثانياً:- نظرية السبب المنتج:- نظرية ألمانيا تنسب إلى الفيلسوف الألماني

(فون كريس) وهذه النظرية مثل نظرية تعادل الأسباب تعتد بالأسباب التي لولاها لما حدثت النتيجة أي أن السبب يجب أن يكون واحداً من الأسباب التي لولاها لما حدث الضرر إذ لما كان هذا الظرف أو الحادث قد قام بدور ما في أحداث النتيجة الضارة وأنه لولاها لما وقعت فإنه يعتبر

⁽¹⁾ Francois chabas Linfluence de la plaralite des causes sur le droit araparathion paris 1967 p 84.

⁽²⁾ شابا- المرجع السابق- ص 85.

⁽³⁾ Het L.Mazaud, trait, op.cit. 3ed.n.1671.

⁽⁴⁾ د. عامر غانم العلواني- المرجع السابق- ص 19.

سبباً لها وعند تعدد هذه الحوادث أو الظروف لا يجوز أن تنسب إلى أي منها دوراً أكبر من الدور الذي نعزوه إلى الظروف أو الحوادث والأفعال الأخرى إذ يجب أن تعامل كل هذه الظروف أو الحوادث الضرورية لوقوع الضرر وتحققه على قدم المساواة⁽¹⁾.

إلا أنه وفقاً لهذه النظرية لا يكفي لاعتبار الحادث سبباً للضرر لمجرد أنه شرط ضروري لحصول الضرر (أي لولاه لما حدث الضرر) فلا تؤخذ هذه الأسباب بنظر الاعتبار بل تحذف أو تستبعد منها تلك الأسباب التي لا تعتبر أسباباً "منتجة للضرر أي لا يحتفظ إلا بتلك الأسباب التي تعتبر وفقاً للمجرى العادي للأمور ملائمة لإنتاج الضرر فهذه النظرية تميز بين الأسباب المنتجة والأسباب العارضة والسبب المنتج عندهم هو ذلك السبب الذي يؤدي بحسب المجرى العادي للأمور إلى أحدث الضرر إما السبب العارض فهو السبب غير المألوف والذي لا يحدث عادة" هذا الضرر⁽²⁾.

ومن ثم فالنظرية تقف عند الأسباب المنتجة دون الأسباب العارضة فكيف نميز بين هذين النوعين من الأسباب أو الحوادث؟ أن من يمعن النظر في أساس هذا التمييز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة يجد أن الضابط في التمييز بينها هو نسبة أو مقدار الاحتمال الموضوعي لتحقيق النتيجة أي أنه يجب لكي تعتبر سبباً من الأسباب سبباً منتجاً أن يكون من شأن هذا الفعل أو الحادث أن يجعل الضرر أو النتيجة التي وقعت أمراً ممكناً أو محتملاً حتى لو أنفرد وحده دون بقية الأسباب الأخرى التي اقترنت به أو تجمعت معه⁽³⁾.

ويضاف إلى ذلك أن هذا الاحتمال يقاس بمقياس عددي أي أننا إذا أردنا معرفة ما إذا كان الظرف أو الحادث الذي تريد معرفة طبيعته وهل هو سبب منتج أم غير منتج أن نسأل أنفسنا السؤال الآتي:-

هل أن الحادث يؤدي إلى النتيجة التي تحققت على كل حال أم أنه يؤدي إليها في بعض الحالات ولا يؤدي إليها في حالات أخرى؟ أم أنه ليس من طبيعة هذا الفعل أو الحادث أن يؤدي إلى النتيجة التي تحققت في كل الحالات والأحوال؟ ففي الحالة التي يكون من شأن الفعل أو الحادث أن يؤدي إلى النتيجة التي تحققت في كل الأحوال وكذلك ما إذا كان هذا الفعل أو الحادث أنما يؤدي إلى تحقق النتيجة الضارة في بعض الحالات غير أنه لا يؤدي إلى تحقق هذه النتيجة في حالات أخرى

(1) د. حسن علي الذنون - المبسوط ج 3 - المرجع السابق - ف 22 .

(2) د. السنهوري - الوسيط - المرجع السابق - ص 1027 ، و د. محمود جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - جامعة القاهرة - 1978 - ص 565.

(3) شابا - المرجع السابق - ص 86.

ففي كلتا الحالتين يعتبر الفعل أو الحادث سبباً منتجاً إما بمفرده أو بالاشتراك مع الحوادث أو الأفعال الأخرى إما في الحالة الثالثة فإن السبب يكون عرضياً غير منتج فلا يجوز إسناد المسؤولية إلى صاحبه⁽¹⁾.

فلو أهمل صاحب السيارة في المحافظة عليها فسرقت منه وسار بها السائق بسرعة كبيرة فدهس أحد المارة هنا نكون أم سببين ساهم كل منها في أحداث الضرر هما خطأ صاحب السيارة وخطأ السارق، هنا يعتبر السارق في السير بسرعة كبيرة سبباً مألوفاً إذ هو الذي يحدث الضرر عادة في حين أن خطأ صاحب السيارة في إهماله بالمحافظة على سيارته حتى سرقت وأن كان له دخل في أحداث الضرر ألا أنه يعد سبباً غير مألوف لا يحدث الضرر عادة فخطأ صاحب السيارة يعد سبباً عارضاً إما خطأ السارق فهو السبب المنتج للضرر⁽²⁾. وقد كان هناك ميل في الفقه والقضاء الفرنسيين نحو نظرية تكافؤ الأسباب لبساطتها إما الآن فالظاهر هو ترجيح نظرية السبب المنتج على نظرية التكافؤ بالرغم مما قد تؤدي إليه هذه النظرية من تحكم القضاء إذ لا يمكن تقييد القاضي بمعيار معين في الكشف عن السبب المنتج وكل ما يمكن تطلبه هو أن يكون هذا السبب هو الغالب من بين مختلف الأسباب التي تداخلت في أحداث الضرر⁽³⁾.

أما القضاء المصري فقد أخذ أول مرة بنظرية تعادل الأسباب بصفة عامة⁽⁴⁾ ، ويبدو أن محكمة النقض المصرية أخذت تتجه مؤخراً " نحو نظرية السبب المنتج فقد جاء في حكم صادر لها بتاريخ 19 مايو 1966 (انه لا يكفي لنفي علاقة السببية بين الضرر والخطأ الثابت وقوعه القول بوجود أسباب أخرى من شأنها أن تسبب هذا الضرر ذلك لانه يجب استبعاد ذلك الخطأ كسبب للضرر ان يتحقق توافر الأسباب الأخرى وان يثبت انه السبب المنتج في احداث الضرر فإذا كان الحكم قد اكتفى بإيراد رأي علمي مجرد يقول بوجود عوامل أخرى تؤدي الى حدوث الضرر دون ان يتحقق الحكم من توافر هذه العوامل في هذا النزاع وانه هو السبب المنتج في احداث الضرر فإنه يكون قاصراً" فيما أورده من أسباب لنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر)⁽⁵⁾ 0

ان القوة القاهرة قد تشترك مع غيرها من الأسباب في احداث الضرر وكان سابقاً" يأخذ بنظرية تعادل الأسباب أي ان كل سبب ساهم في وقوع الضرر ولولا وجود هذه الأسباب معاً" لما وقع

(1) شابا- المرجع السابق- ص 87.

(2) د. السنهوري- الوسيط - المرجع السابق- ص 1027 .

(3) د. أنور سلطان- المرجع السابق- ص 352 .

(4) د. سليمان مرقس - نظرية دفع المسؤولية - المرجع السابق - ص 11 0

(5) أورده د. سليمان مرقس - الوافي - المرجع السابق - ص 463 0

الضرر وانها كانت متعادلة في وقوع الضرر (أي الأسباب) اما الآن وكما لاحظنا فيتم الاخذ بنظرية السبب المنتج أي ان يكون هذا هو الغالب بين مختلف الاسباب التي تداخلت في وقوع الضرر0

المطلب الثاني

مدى مسؤولية المدين في حالة اشتراك القوة القاهرة مع خطأه في احداث الضرر

ليس من النادر أن يكون للضرر الذي لحق المدعي أكثر من سبب واحد فقد تجتمع القوة القاهرة مع خطأ المدعى عليه (المدين) في أحداث ذلك الضرر بحيث أن هذا الضرر ما كان ليقع لولا مساهمة ذلك الحادث الطبيعي المتمثل بالقوة القاهرة ولكن هذا الضرر ما كان ليقع من ناحية أخرى لولا تدخل ومساهمة المدعي عليه (المدين). فنحن أمام سببين اجتماعاً وكانت النتيجة أن أصيب المدعي بضرر يرتبط بكل واحد من هذين السببين فهل يستطيع المدعي عليه (المدين) أن يتذرع بوجود قوة القاهرة ساهمت إلى جانب الخطأ الذي صدر عنه في أحداث الضرر وبالتالي المطالبة بإعفائه من المسؤولية أو بتخفيفها وتوزيعها على الأقل لاسيما وأن مفهوم رابطة السببية المجرد يقضي بأن الشخص لا يسأل إلا عن نتائج فعله هو إما ما يعزى إلى أسباب أخرى لا تمت إليه بصلة فلا مجال لمساءلته هنا؟ أم أنه يجب النظر إلى مصلحة المضرور والحكم على المدعى عليه (المدين) بكامل التعويض لأن هناك خطأ صادراً منه وبهذا حقت عليه المسؤولية ولا عبرة بعد هذا بمساهمة القوة القاهرة ولهذا هل يسأل هذا المدعى عليه الذي أرتكب خطأ ما عن تعويض الضرر كله أو أنه لا يتحمل سوى جزء منه ليذهب هدرأ الجزء الآخر الذي ساهمت فيه القوة القاهرة؟

للإجابة على هذا السؤال هناك اتجاهان، الاتجاه الأول يذهب إلى أنه لا يمكن اعتبار القوة القاهرة في هذه الحالة السبب الحقيقي للضرر حيث يكون المدعى عليه مسئولاً "مسؤولية كاملة لأن فعله الخاطئ كان سبباً في وقوع الضرر ولا يمكن أن يسأل احد غيره لان الذي ساهم معه في أحداث الضرر هي القوة القاهرة كما لو هب إعصار واقتلع شجرة وألقاها في طريق سيارة تسير بسرعة عالية فانقلبت وأحدثت ضرراً بالغير فمسؤولية المدعى عليه تبقى كاملة ذلك لان فعله الخاطئ كان

سبباً في حدوث كل الضرر فيتحمل التعويض وحده خاصة وأنه لا يوجد من يمكن أن يشركه معه في تحمله⁽¹⁾.

وقد ذهب القضاء المصري في الكثير من أحكامه إلى قيام مسؤولية المدعى عليه كاملة على الرغم من مساهمة القوة القاهرة في أحداث الضرر⁽²⁾.

نلاحظ ان هذا الاتجاه يقول بمسؤولية المدين كاملة وهذا اعتقد غير منصف لانه لولا وجود القوة القاهرة المساهمة مع خطأ المدين في وقوع الضرر لما وقع الضرر 0

إما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى وجوب تخفيف مسؤولية المدعى عليه بقدر اشتراك القوة أحداث الضرر وبذلك يتم تخفيض التعويض الذي يلزم به المدعى عليه⁽³⁾.

إذ أن الضرر عند هذا الاتجاه ما كان ليحصل لولا اجتماع سببين الأول هو خطأ المدعى عليه (المدين) والثاني هو تلك القوة القاهرة لذا فإن رابطة السببية في هذه الحالة تكون مركبة بين هذين السببين من ناحية وبين الضرر الذي أصاب المضرور من ناحية أخرى فالضرر ما كان ليقع بتخلف احد هذين السببين بل أنه أصبح محققاً بفعل هذا الالتقاء والتضافر بينهما عليه يجب الأخذ بنظر الاعتبار مدى مساهمة القوة القاهرة في أحداث الضرر إذ لولاها لما وقع الضرر ولا الخطأ الذي صدر عن المدعى عليه (المدين) لما وقع الضرر أيضاً فلا داعي لإهمال عامل القوة القاهرة مادام منتجاً للضرر فلعدالة دورها وهي السند الذي يركز عليه أنصار هذا الاتجاه. فإذا وقع عامل طبيعي لم يكن بإمكان توقعه أو تفاديه ولم يكن للمدعي عليه دخل في وقوعه أو تتابع حلقاته ولكنه من جانبه ارتكب فعلاً التقى مع ذلك العامل الطبيعي القوة القاهرة في الظرف ذاته وكان لكل منهما

(1) د. حسن علي الذنون – المبسوط ج2- المرجع السابق- ص106 ، و د. عبد المجيد الحكيم – المرجع السابق – ص542، و د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للالتزامات- المرجع السابق – ص248 ، و د. السنهوري – الوسيط - المرجع السابق- ص1028 ، و د. محمود جمال الدين زكي- المرجع السابق- ص570-572 ، و د. حسن عكوش – المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد- القاهرة- دون سنة طبع – ص123 ، و د. عبد الرشيد مأمون- المرجع السابق- ص110 ، و د. محمد حسنين – الوجيز في نظرية الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري 1983- ص165

Ripert G. et, Boulanger, J: trait de droit civil d, apres le traite planiol, T. 2, paris, 1957, p.1031. اورده أ زينة الهاشمي – المرجع السابق – ص43 0

(2) استئناف مختلط 30/ديسمبر/ 1897م، ص63 إشارة إليه عبد الرشيد مأمون – المرجع السابق- ص110- 111 0

(3) د. مصطفى مرعي – المرجع السابق- ص142، و د. توفيق حسن فرج – المرجع السابق- ص396، و د. مصطفى جمال- النظرية العامة للالتزام- الدار الجامعية- 1978- ص397، و د. غني حسون طه – المرجع السابق- ص475 ، و د. فريد فتیان- المرجع السابق- ص299 ، و د. علي ضاري – المرجع السابق- ص119 ، و د. عاطف النقيب – المرجع السابق- ص121، و

Marty. G. et. Raymond, droit civil. Toms 2 vo1. Paris, 1962. p529.

تأثيره السلبي في الحادث الذي حصل فكان حصوله بفعل ذلك الالتقاء بينهما فإنه لا يصح اعتبار القوة القاهرة السبب الوحيد للحادث ولا يصح أيضاً اعتبار فعل المدعي عليه السبب الوحيد له فكان الحادث حصيلة فعل المدعى عليه والقوة القاهرة اللذين اجتمعا معاً بالصورة التي جعلت الحادث يحصل وقد كان لكل منهما كيانه المستقل وأثره من غير أن يستغرق أحدهم الآخر⁽¹⁾.

وفي مثل هذه الحالة يعفى المدعى عليه (المدين) من المسؤولية إعفاء جزئياً لا كلياً وبالشكل الذي يتناسب مع مدى مساهمة القوة القاهرة في أحداث الضرر وهو الأقرب إلى روح العدالة.

وإذا كانت العلة في ذلك أن القوة القاهرة لا يمكن نسبتها إلى احد حتى يمكن الرجوع عليه بالتعويض فإن هذا لا يعد سبباً كافياً لتحميل المدعى عليه المسؤولية كاملة وإلزامه بتعويض كامل الضرر الذي لم يفضي فعله إلا لحصول جزء منه فقط وإذا كانت القوة القاهرة قد أدت إلى استحالة تنفيذ الالتزام جزئياً فلا ينقضي الالتزام ولا تبرأ ذمة المدين من التزامه جميعاً وإنما يلزم بالوفاء بما يكون صالحاً لذلك ويبقى على قدرها وما يقابلها من التزامات الدائن وذلك إذا أختار الدائن الوفاء بالجزء الذي يمكن القيام به أو أن الوفاء بهذا الجزء لا يتحقق به ما كان مقصوداً من التعاقد أو أن لا نفع له فيه وهذا الأمر متروك لقاضي الموضوع فيما يراه مما إذا كانت استحالة الوفاء بجزء من الالتزام تبرر انقضاء الالتزام كله ويقضي بفسخ العقد جميعاً إذا اعتبر قابلاً "للتجزئة أو في حالة قابليته للتجزئة كانت استحالة الوفاء هو الجزء الأهم في الالتزام⁽²⁾، فيقضي بتنفيذ العقد في جزئه القابل للوفاء أن رأى فيه نفعاً للدائن وهذا مع ما يراعى مما لكل التزام من اعتباره أصلياً أو تبعياً وما يكون لأيه من أهمية في كيان العقد حسبما يرى القاضي في كل حالة بذاتها وفيما يحقق إرادة المتعاقدين التي تتضح من العقد أو تبين من تفسيره الصحيح بغير أهدار لتلك الإرادة وإذا قام المدين بالوفاء بجزء من الالتزام فإن للدائن أن ينقص ما يقابل الجزء الذي لم ينفذ كما عليه أن يعرض المدين بقدر ما عاد عليه من الوفاء الجزئي.

وفي القضاء العراقي فقد ذهبت محكمة التمييز إلى أن التعويض المناسب الوارد في المادة (2/213) مدني جاء لحالات تكون فيها الإضرار ناشئة عن حوادث تعد نازلة طبيعية أو ما شابهها من حوادث بحيث يكون للجهات ذات الصلاحية أن تتخذ إجراءات وقائية لغرض دفع تلك النازلة التي قد تضر بشخص ما فهذا الضرر يتحمل قسماً منه المتضرر باعتباره حادث غير طبيعي كما

(1) د. عاطف النقيب - المرجع السابق - ص 315.

(2) د. حسين عامر - المرجع السابق - ص 369.

تتحمل السلطة القسط الآخر منه⁽¹⁾. وفي قرار آخر لها ذهبت إلى إعفاء المدعى عليه جزئياً من المسؤولية بقدر اشتراك القوة القاهرة في أحداث الضرر⁽²⁾.

وبهذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار أصدرته إلى أن عارض القوة القاهرة يعفي من كل التبعة ولو كان الضرر يرجع إليه انفراداً بينما لو كان المدعى عليه قد أتى من جانبه خطأ كان قد حتم حصول العارض أو جعل نتائجه تتفاقم فإنه يكون من الجائز التخفيف من التبعة وبالتالي تخفيض التعويض⁽³⁾، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن (كل مسؤول عن الضرر يلزم تجاه المتضرر بالتعويض كله وأن التوزيع الذي يمكن أن يقدره القاضي بين المسؤولين أنفسهم لا يؤثر في علاقتهم بالمتضرر)⁽⁴⁾.

وقد لا تكون القوة القاهرة مدعاة إلى استحالة تنفيذ الالتزام كلاً " فيبقى في أماكن المدين أن ينفذ قسماً من التزاماته دون القسم الآخر فما هو واجب المدين في هذه الحالة لكي لا يقع في خطأ ولكي يعفى من المسؤولية؟ عليه أن ينفذ ما يمكن تنفيذه من الالتزام عملاً بقاعدة فقهية شهيرة وهي (ما لا يدرك كله لا يترك جله) ولكن هذا الواجب ينتفي إذا كان في إيفاء جزء من الالتزام ضرر بالدائن إذ قد يكون الوفاء مما لا يتحقق به ما كان مقصوداً من التعاقد على أن الأمر في هذا متروك لقاضي الموضوع فقد يرى أن استحالة الوفاء بالجزء الآخر يبرر انقضاء الالتزام كله فيقضي بفسخ العقد جميعاً إذا كان العقد غير قابل للتجزئة أو إذا كان استحالة الوفاء به هو الجزء الأهم في الالتزام في حالة عدم قابلية الالتزام للتجزئة وأن حسن نية الدائن توجب عليه قبول الأجل ولا يسمع عنه طلب الفسخ الكلي إذا كان التنفيذ الجزئي مجدياً زد على ذلك وجود أعراف تجارية في حالة ظهور نقص في الكمية أو تخلف في النوعية بخصوص بعض المواد الغذائية والسلع وهي تقضي بقبول الإعادة أو تعديل الثمن⁽⁵⁾. وقد أورد القانون المدني معايير عدم قابلية الالتزام للانقسام بما نص عليه (يكون الالتزام غير قابل للانقسام 1- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم 2- إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك). وقد نصت المادة (124) من القانون المدني الكويتي على (1-

(1) القرار رقم 298/ استئنافية/ 1968 تاريخ القرار 1970/5/9 ، النشرة القضائية – العدد الثاني- السنة الأولى 1971، ص 111.

(2) القرار رقم 817 /مدنية أولى منقول/ 2000 تاريخ القرار 2000/5/9 (غير منشور)

(3) نقض مدني فرنسي –الفرقة المدنية - س234. ثمانية 1957/3/13، دالوز 1958 إشارة إليه د. إبراهيم الدسوقي -المرجع السابق- ص 393.

(4) القرار الصادر في 1971/4/23 أورده د. عاطف النقيب – المرجع السابق- ص 234.

(5) د. عبد الجبار ناجي الملا صالح- المرجع السابق- ص 164-165.

في العقود الملزمة لجانب واحد إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه،
أنفسخ العقد من تلقاء نفسه 2- فأن كانت الاستحالة جزئية جاز للدائن أن يتمسك بالعقد فيما بقي من
الالتزام ممكن التنفيذ).

اذن نلاحظ ان الاتجاه الثاني هو الاصلح فيجب ان لا يتحمل المدين المسؤولية كاملة وذلك لانه ليس
الوحيد الذي ساهم في وقوع الضرر وانما اشتركت معه القوة القاهرة في احداث الضرر وبالتالي
يجب تخفيف مسؤولية المدين بقدر اشتراك القوة القاهرة في احداث الضرر 0 لانه ليس من
المنصف ان يتحمل المدين المسؤولية كاملة على الرغم من اشتراك القوة القاهرة معه في احداث
الضرر 0

المبحث الثاني

اثر القوة القاهرة المؤقتة في المسؤولية العقدية

إن القوة القاهرة التي تعيق تنفيذ العقود قد تكون مؤقتة وهنا ينظر إلى ميعاد زوالها , فإذا وجدت
ثمة بوادر واحتمالات تشير إلى إن القوة القاهرة تزول بعد فترة قد تطول أو تقصر ولكن في كل
الأحوال فإنها ستزول قبل انقضاء الموعد المحدد لتنفيذ التزام المدين فإنها تعد هنا قوة القاهرة مؤقتة
لاتؤدي إلى انفساخ العقد أو انقضاء التزامات المتعاقدين بل يبقى العقد قائماً ويتوقف تنفيذه فترة من
الوقت لحين زوال القوة القاهرة (1) .

ويلزم لا اعتبار القوة القاهرة مؤقتة توافر الشروط التالية :-

1- إن تكون محددة لمدة مؤقتة وان لم يعرف وقت زوالها وانتهائها أي إن لا يكون لحدث القوة
القاهرة صفة الدوام والاستقرار كما في حالة الفيضان أو الزلزال أوالتي لايعرف متى تحط
أوزارها بحيث يصعب التثبت من أمدتها المؤقت فتثير الحذر والتخمين حول موعد انقضاءها أو
انتهاء آثارها على التزامات المتعاقدين (2) . ومن الأمثلة على ذلك حالة الإمطار الغزيرة وحالة
الحرب وكذلك أوامر السلطة العامة ، وهنا يترك الأمر لتقدير قاضي محكمة الموضوع وفقاً
لظروف العقد والحالة وطبيعة التزامات الأطراف.

(1) د. عبد الحي حجازي – عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ – مطبعة جامعة فؤاد الأول – القاهرة
1950 – ص 160 ، وأيضاً " أ- حامد الطائي – المرجع السابق – ص 50.

(2) د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – ج 1 – مصادر الالتزام – مطبعة نهضة – مصر – القاهرة
1954 – ص 342 .

2- أن لا يكون لوقت التنفيذ اعتبار جوهري عند التعاقد أي إن لا يكون المتعاقدان قد استبعدا فكرة التنفيذ المتأخر من حساباتهما فسواء لديهما التنفيذ في الوقت المحدد ابتداءً" في العقد أو بعد انقضاء ذلك الوقت بعبارة أخرى إذا تأخر المدين عن الوفاء بالتزاماته فإن ذلك لا يعد إخلالاً" أو مخالفة جهرية له لبند العقد حيث ليس لميعاد التنفيذ اعتبار جوهري في حسابات المتعاقدين (1) إما في العقود التي يلتزم فيها المدين بتنفيذ التزامه خلال فترة محددة وفقاً لاتفاق الأطراف بحيث إن التنفيذ يصبح غير مجد أو غير مفيد بعد انقضاء هذه الفترة فإن لميعاد التنفيذ هنا اعتباراً جوهرياً لدى الأطراف منذ لحظة إبرام العقد فلا يمكن إلزام المدين بتنفيذ التزامه بعد انقضاء تلك الفترة حيث إن التنفيذ يعتبر غير مفيد (2).

3- إن لا يترتب على عدم تنفيذ الالتزام زوال المنفعة المرجوة من التعاقد كما لو تعاقدت إحدى الشركات على استيراد بضاعة معينة للمشاركة بها في أحد المعارض الدولية وحالة الحرب والاضطرابات الأهلية المفاجئة مثلاً دون وفاء المصدر للالتزامه بتسليم البضاعة في الموعد الملائم (3)

والقوة القاهرة قد تكون مؤقتة إلا أن الاستحالة الناجمة عنها تكون استحالة دائمة كما لو هب إعصار شديد أو سيل عارم استمر فترة من الزمن مما أدى إلى هلاك البضائع محل العقد فالقوة القاهرة هنا مؤقتة تزول بعد فترة وجيزة من بدائها إلا إن الاستحالة الناجمة عنها دائمة إذا كانت البضائع الهالكة من القيميات (4).

إذا" إن القوة القاهرة هي كل حادث لادخل لإرادة الإنسان في حدوثه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً" على نحو مؤقت يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد 0

عليه سنتناول في هذا المبحث وقف تنفيذ العقد وهذا ما سنبحثه في مطلب أول و سنتناول في المطلب الثاني تطبيقات وقف تنفيذ العقد.

المطلب الأول

وقف تنفيذ العقد

(1) د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 40 0

(2) د. حسين عامر – المرجع السابق – ص 445 0

(3) د. صفاء تقي عبد نور – المرجع أعلاه – ص 40 وما بعدها 0

(4) د. حسين عامر – المرجع أعلاه – ص 445.

لغرض بيان مفهوم وقف تنفيذ العقد لا بد من تعريف وقف تنفيذ العقد وهذا ما نتناوله في الفرع الأول إما الفرع الثاني فنبحث فيه طبيعة وقف تنفيذ العقد وأساسه القانوني إما شروط وقف تنفيذ العقد فنبحثها في الفرع الثالث ونبحث في الفرع الرابع آثار وقف تنفيذ العقد ونتناول في الفرع الخامس مدة وقف تنفيذ العقد وانقضاؤه 0

الفرع الأول

تعريف وقف تنفيذ العقد

يعد وقف تنفيذ العقد من أدق المسائل التي اختلف الفقه فيها حول وضع تعريف جامع مانع لها فاختلف تعريفه من فقيه لآخر ، إذ يعرف وقف تنفيذ العقد بأنه (وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة للتنفيذ ويستأنف تنفيذ العقد عند زوال الاستحالة المؤقتة)⁽¹⁾ ويلاحظ على هذا التعريف انه عرف وقف تنفيذ العقد من خلال الأثر الرئيسي المترتب على وقف تنفيذ العقد وهو وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يربتها العقد دون الإشارة إلى حقيقة وهدف وقف التنفيذ 0 وعرف وقف تنفيذ العقد بأنه (فكرة تنطبق في حالة حدوث تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد الناجمة عن حادث يخرج عن نطاق رقابة الأفراد ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من اجل استئناف تنفيذ العقد مرة أخرى حيث تنتهي تلك العقبة)⁽²⁾ وعرف أيضا" بأنه (عبارة عن نتيجة قانونية تحدث مع اجتماع القوة القاهرة العارضة وإمكان زوالها قبل إن يفقد التنفيذ فائدته – فوقف التنفيذ إذن حالة انتقال قد يحل محلها في المستقبل إما تنفيذ العقد أو فسخه)⁽¹⁾ 0 يؤخذ على هذا التعريف في عدم بيان حقيقة وهدف وقف التنفيذ كما انه يرتب على انقضاء وقف التنفيذ إما تنفيذ العقد أو انفساخه 0

(1) د. حسام الدين كمال الاهواني – شرح قانون العمل – بلا مكان طبع – 1981-1982 ص332 ، وأيضاً" د. عدنان العابد – وقف عقد العمل في القانون المقارن – بحث منشور في مجلة القانون المقارن العدد 10 – السنة السابعة – بغداد – 1979 – ص185 0

(2) د. محمد نصر الدين منصور – نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين في حالة تعطل العمل في المنشآت – القاهرة – 1989 – ص12 0

(1) د. حسن علي ذنون – النظرية العامة للفسخ – المرجع السابق – ص39 0

وعرف أيضا" (وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة القاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة في التنفيذ واستئناف تنفيذه عند زوال الاستحالة المؤقتة)⁽²⁾ 0

كما يعرف الوقف إلى انه تتمثل ماهيته في كونه يعفي المدين مؤقتا من تنفيذ التزامه مع بقاء الرابطة العقدية ملزمة عند وجود مانع من التنفيذ ثم يستأنف العقد مسيرته عند زوال هذا المانع⁽³⁾ كما يعرف أيضا" (سكون تنفيذ العقد لفترة من الوقت حتى انتهاء الظروف التي تواجهه ثم يعود بعدها إلى السريان العادي أو هو نتيجة قانونية تحدث من اجتماع القوة القاهرة العارضة وإمكان زوالها قبل ان يفقد التنفيذ حالة انتقال يحل محلها في المستقبل إما تنفيذه أو فسخه)⁽⁴⁾ 0

وعرف أيضا" (علاج قانوني مؤقت لحالة تعذر تنفيذ العقد نتيجة للاستحالة المؤقتة الناجمة عن السبب الأجنبي ويهدف إلى استمرار واستقرار الرابطة العقدية يعقبه إما تنفيذ العقد أو الإقرار بانفساخه)⁽⁵⁾ 0

وعرف أيضا" (هو علاج قضائي { عند الأخذ بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة } أو اتفاقي { عند الأخذ بالمفهوم الحديث للقوة القاهرة } يرد على العقد الذي تحول دون تنفيذه قوة القاهرة تؤدي إلى استحالة مؤقتة في تنفيذ الالتزام وينقضي إما بزوال الاستحالة وعودة التنفيذ ممكنا" أو انفساخ العقد وزوال الرابطة العقدية)⁽⁶⁾ 0

وذهب البعض إلى ان الوقف (عبارة عن فسخ مؤقت يعرض في إثناء وجود عقد مستمر دون ان يصيب العقد لا في آثاره السابقة ولا في آثاره اللاحقة على فترة الوقف ومن ثم يؤدي الوقف في العقد المستمر إلى محو جزئي ونهائي لآثار العقد وهذا يؤدي في نهاية الأمر إلى ان ينفذ العقد تنفيذا" جزئيا"⁽¹⁾ 0 نلاحظ على هذا التعريف انه يؤدي إلى صعوبات نظرية لا يمكن تبريرها ومن أول هذه الصعوبات معرفة ماهية الفسخ المؤقت الذي لايمس العقد في المدة السابقة واللاحقة على

(2) د. محمود سمير الشرقاوي – الالتزام بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع – بحث منشور في القانون والاقتصاد – ص 46 – ع 3 و 4 – القاهرة – 1976 – ص 356 0

(3) د. حسين عامر – المرجع السابق – ص 441 0

(4) د. سيف الدين محمد محمود – جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – 1982 ص 106 0

(5) د. كاظم كريم علي ألشمري – وقف تنفيذ العقد – رسالة ماجستير – كلية الحقوق – جامعة النهريين – 2002 – ص 6 0

(6) د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 185 0

(1) LEBRET: Suspension et resolution des contracts cts.rev.crit.et elroit juris 1924

p587 أورده د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق – ص 754 0

وقف التنفيذ وثاني هذه الصعوبات يتمثل في إن القول بذلك يؤدي إلى توسيع نطاق الفسخ وإدخال مفهوم جديد فيه مما يؤدي في النهاية إلى ضياع معالم الفسخ وثالث هذه الصعوبات الوقوع في خطأ قانوني مؤداه القول بفسخ العقد مع إبقاء إمكانية التنفيذ العيني ممكناً⁽²⁾ 0

وقد ذهب اتجاه آخر في الفقه الفرنسي إلى تعريف الوقف على أنه توسع في آثار القوة القاهرة من شأنه استبعاد الحق في فسخ العقد ويرى ساروت وهو صاحب هذا الاتجاه رداً "على التعريف السابق لوقف تنفيذ العقد بأن (الفسخ الجزئي ليس من مستلزمات الإيقاف بل أنه مجرد أثر لا يتحقق بالضرورة في جميع الأحوال إذ إننا لا يمكن إن نصادفه في العقد الفوري التنفيذ)⁽³⁾ 0

على الرغم من إن هذا التعريف لم ينكر كل الصلة بين الفسخ الجزئي وإيقاف التنفيذ إذ أنه يوحي بإمكانية المدين التخلف عن تنفيذ التزامه ما دامت الاستحالة موجودة دون اللجوء إلى الفسخ إلا أنه مع هذا يؤخذ على التعريف المتقدم عدم تحديد طبيعة الاستحالة التي ينتج عنها إيقاف التنفيذ⁽⁴⁾ 0 ولهذا يمكن تعريف وقف تنفيذ العقد بأنه وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية نتيجة الاستحالة المؤقتة بسبب القوة القاهرة دون أن يؤدي ذلك إلى فوات جدوى تنفيذ الالتزامات ويعقبه أما تنفيذ العقد أو انفساخه 0

نلاحظ أن جميع التعاريف قد اشتركت بوقف تنفيذ الالتزامات المرجوة من العقد بسبب القوة القاهرة المؤقتة ويعقبه أما تنفيذ العقد إذا وجدت فائدة مرجوة من التنفيذ أو انفساخ العقد وإن وقف تنفيذ العقد من أجل المحافظة على العقد وإذا انتفت الفائدة فإنها تؤدي إلى انفساخ العقد 0

الفرع الثاني

طبيعة وقف تنفيذ العقد

(2) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق – ص 755 0

(3) Sarrute , Dela Suspension daus Lexecution , Des contract ,these, paris, 1924, p82.

أوردته د. وفاء حلمي أبو جميل – وقف عقد العمل – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة – بلا

سنة طبع – ص 15 0

(4) د. وسن قاسم غني الخفاجي – إيقاف التنفيذ المؤقت في العقود – رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد –

كلية القانون – 2006 – ص 11-12 0

اختلفت آراء الفقه حول طبيعة وقف تنفيذ العقد ولهذا ظهرت عدة آراء إذ يذهب رأي فقهي إلى إن وقف تنفيذ العقد ماهو إلا صورة أو وصف للفسخ , فوقف تنفيذ العقد عبارة عن فسخ مؤقت يعرض إنشاء وجود عقد مستمر دون إن يصيب العقد لافي آثاره السابقة على فترة وقف التنفيذ ولافي آثاره اللاحقة على تلك الفترة ومن ثم يؤدي وقف التنفيذ في العقد المستمر إلى محو جزئي ونهائي لآثار العقد فإذا كان إلغاء العقد ليس إلا شكلا من أشكال الفسخ لايقع إلا بالنسبة للمستقبل ويترك العقد موجودا فيما سبق فكذلك وقف التنفيذ ماهو إلا صورة أكثر مرونة للفسخ لاينتج أثره إلا في مدة محدودة ضيقة ويترك العقد موجودا قبل مدة الوقف وبعدها فالفسخ الجزئي إلغاء ووقف التنفيذ ليس إلا وصفا لعملية قانونية واحدة (1) . أو إن وقف التنفيذ ماهو إلا صورة مصغرة عن الفسخ من حيث كونه علاجا لعدم التنفيذ وان كان يختلف عنه من حيث إن المانع الذي يقف في سبيل التنفيذ نهائي في حالة الفسخ في حين انه مؤقت في حالة وقف التنفيذ (2) ، هذا الرأي الأخذ به يؤدي الى اعتبار وقف تنفيذ العقد فسخا مؤقتا يؤدي في الواقع إلى صعوبات نظرية جمة لايمكن تبريرها أول هذه الصعوبات تتمثل في تحديد ماهية الفسخ الذي لايمس آثار العقد في الفترة السابقة واللاحقة على وقف التنفيذ إذا إن من الراسخ إن الفسخ يؤدي إلى محو آثار العقد المستقبلية وإزالة ماترتب عليه من آثاره في الفترة السابقة لتقريريه ويتمثل ثاني تلك الصعوبات في القول بأن الوقف ماهو إلا فسخ من شأنه إن يوسع نطاق الفسخ وان يدخل مفهوما جديدا إليه مما يؤدي في النهاية إلى ضياع معالم الفسخ وثالث هذه الصعوبات القول بفسخ العقد مع إمكانية التنفيذ العيني له في حين إن الفسخ لا يقترب إلا بعد صيرورة التنفيذ العيني مستحيلا (3) .

كما إن تكييف الوقف على أنه فسخ للعقد يؤدي بالضرورة إلى تخويل المحكمة سلطة الحكم بفسخ للعقد دون طلب من المتعاقدين أي إن أساس الوقف سيكون قضائيا بصورة مطلقة وهو ما لا يمكن التسليم به ثم إن حق طلب الفسخ يجب إن يسبقه الإخطار فمن سيقوم بهذا الإخطار ؟ وماهو هدفه كما إن السبب الرئيسي للفسخ يكمن في عدم وفاء احد العاقدين بالتزاماته نتيجة لخطئه الشخصي

(1) Lebret : op.cit, 581.

(2) د. وحيد رضا سوار – القانون المدني الجزائري – ج 1 – التصرف القانوني – القاهرة – 1975 – ص326 أورده د. كاظم ألشمري – المرجع السابق – ص7 .

(3) د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للالتزام – المرجع السابق – ص326 – وأيضا د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق – ص55 .

في حين إن السبب الرئيسي لوقف تنفيذ العقد يكمن في عدم وفاء احد العاقدين لالتزاماته لسبب خارج عن إرادته (1) .

في حين ذهب رأي فقهي آخر إلى أن وقف تنفيذ العقد هو وحدة وقف تنفيذ العقد مع الدفع بعدم التنفيذ أو التقريب بينهما على تقدير اتفاقهم في الأثر وهو الإبقاء على العقد بتوخي انفساخه في وقف تنفيذ العقد أو بتجنب فسخه في الدفع بعدم التنفيذ(2).

فالهدف من الوقف والدفع بعدم التنفيذ هو إنقاذ الرابطة العقدية من الزوال املا" في إمكانية معاودة التنفيذ في المستقبل توقيا من انفساخ العقد . بعبارة أخرى فان كلا النظامين علاج مؤقت يجعل العقد يمر بمرحلة من السكون والركود والاستقرار (الإرخاء) يعقبها تنفيذ العقد بعد زوال القوة القاهرة أو انفساخ العقد إذا لم يتحقق التنفيذ وبالمعنى المتقدم فان وقف التنفيذ هو وقف قهري يقترب إلى حد كبير من المهلة القضائية – نظرة الميسرة – التي تعالجها المادة (2/394) من القانون المدني العراقي (3) . وإذا كان وقف تنفيذ العقد يتفق مع الدفع بعدم التنفيذ من حيث إن كلا منهما حالة قانونية مؤقتة تجعل العقد يمر بمرحلة سكون يعقبها إما تنفيذ العقد أو انفساخه في وقف تنفيذ العقد أو فسخه في الدفع بعدم التنفيذ وان كلا منهما يطبق على العقود الفورية والمستمرة على حد سواء فان هناك ثمة فروقا تجعل كلا منهما فكرة تختلف اختلافا جوهريا عن الأخرى(4).

فالدفع بعدم التنفيذ يعطي للدائن الضغط على إرادة المدين وحمله على تنفيذ التزاماته في حين إن الغرض من وقف تنفيذ العقد هو ضمان إبقاء العقد على الرغم من استحالة تنفيذه نتيجة للسبب الأجنبي المؤقت (5) . ومن ناحية أخرى فان شروط الدفع بعدم التنفيذ أن تكون الالتزامات مستحقة الأداء (6) . في حين إن وقف تنفيذ العقد يفترض بالضرورة أن يكون الالتزام غير حال(7). كما إن

(1) د. السنهوري – الوسيط – المرجع السابق – ص728 – وأيضا د. كاظم أشمري – المرجع السابق – ص90

(2) كولان وكابيتان – المرجع السابق – ص25 اشار الى ذلك نفس المصدر – ص90

(3) نصت المادة (2/394) مدني عراقي (فأذا لم يكن الدين مؤجلا" ، او حل اجله ، وجب دفعه فورا، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم) ، تقابلها المادة (2 / 346) مدني مصري 0

(4) د. كاظم أشمري – المرجع السابق – ص9 .

(5) yamaaguchi , letheoie dela suspension du contract de travail , paris1963 p22-23

(6) د. أنور سلطان – المرجع السابق – ص435 .

(7) د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للالتزام – المرجع السابق – ص232 -

الدفع بعدم التنفيذ هو جزاء للمتعاقد الذي لم يحم بالوفاء بالتزامه بسبب خطأه الشخصي في حين إن وقف تنفيذ العقد هو حق للمتعاقد الذي حالت القوة القاهرة بينه وبين الوفاء بالتزامه (1).

في حين ذهب رأي ثالث إلى إن وقف تنفيذ العقد نظام ذو طبيعه خاصة يقوم على أساس قاعدة التكافؤ التام بين الاستحالة ومدى آثارها فتؤدي الاستحالة الدائمة إلى انفساخ العقد وإنهاء الرابطة العقدية ويقتصر اثر الاستحالة الجزئية على إعطاء الدائن حق المطالبة بتنفيذ ما بقي تنفيذه ممكنا مع إنقاص التزامه إلى الحد الذي يقابله أو حتى المطالبة بفسخ العقد جملة ، إذا ما فات غرضه الذي رمى إليه بتعاقده ، إما الاستحالة المؤقتة فان أثرها يقتصر على وقف التنفيذ مع الإبقاء على الرابطة التعاقدية فيصبح العقد في حالة سبات أو سكون ثم يستعيد سيرته بعد زوال المانع (2).

على الرغم من تبني النصوص القانونية المختلفة بمفهوم القوة القاهرة لكن نلاحظ أنها لم تتضمن نصا عاما يجيز وقف العقد في حالة القوة القاهرة المؤقتة ومن تلك التشريعات القانون المدني العراقي الذي قصر الإشارة على الاستحالة الدائمة وما يترتب عليها من انفساخ العقد في المادة (425) منه دون الاستحالة المؤقتة التي يترتب عليها وقف التنفيذ (3) فقد نصت (ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به اصبح مستحيلا" عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه) إذا" نلاحظ ان المشرع العراقي قد أشار فقط القوة القاهرة الدائمة اما القوة القاهرة المؤقتة فلم يشير اليها ولهذا نقترح ان يضاف نص يشير الى القوة القاهرة المؤقتة أي الاستحالة المؤقتة ومن ثم استئناف تنفيذ العقد بعد زوال القوة القاهرة المؤقتة 0

وكذلك هو موقف المشرع المصري إذ يعالج القانون المدني المصري القوة القاهرة الدائمة في المواد (159 , 165 , 215) منه ولكنه لم يعالج بشكل صريح وقف تنفيذ العقد بسبب الاستحالة المؤقتة ويبدو إن كلا من المشرع العراقي والمصري لم يميز بين الاستحالة الدائمة والمؤقتة إذ يترتب عليهما انتفاء مسؤولية المدين 0

إما عن موقف القضاء فان محكمة التمييز في العراق في احد قراراتها لم تتردد في رفض قرار بدائي يقضي بالزام الناقل بدفع ثمن البضاعة والمستحقات الأخرى على أساس فسخ العقد بسبب حجز البضاعة بسبب يعود إلى الناقل وقد عللت محكمة التمييز موقفها بالقول بان محكمة البداية لم تتحقق بدقة عن السبب الرئيسي لحجز البضاعة فإذا ثبت إن السبب يعود إلى قوة القاهرة فيجب

(1) د. كاظم الشمرى - المرجع السابق - ص9 -

(2) د. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزام - المرجع السابق - ص38 - وأيضا د. كاظم كريم الشمرى - المرجع السابق - ص11 وأيضا د. صفاء تقي عبد نور - المرجع السابق - ص188.

(3) المشرع العراقي قد اعمل إحكام وقف التنفيذ في كل من قانون العمل المادة منه 65.

رفض الفسخ ورفع المسؤولية عن الناقل بسبب تأخره في تسليم البضاعة على إن يقوم الناقل بتسليم البضاعة بعد رفع قرار السلطة العامة بحجز البضاعة⁽¹⁾ ، أي ان المحكمة (أي التمييز) قد اعتبرت العقد منفسخاً" ورفعت المسؤولية عن الناقل على اعتبار ان القوة القاهرة هي السبب الرئيسي على عكس ما قرره محكمة البداية من ان السبب يعود الى الناقل اذ لم تتحقق بصورة صحيحة من السبب 0

إما القضاء الفرنسي فقد أراد في بادئ الأمر إن يكون للقوة القاهرة أيا كان نوعها اثر مطلق هو فسخ العقد وبصرف النظر عما إذا كان للاستحالة الناجمة عنها صفة التأقيت أو الدوام فقد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية (..... لا يترتب على القوة القاهرة مجرد اثر تأجيلي وإنما فسخ العقد نفسه فلا يمكن إن يجبر المدين على التنفيذ بعد زوال القوة القاهرة)⁽²⁾. لكن القضاء الفرنسي في إغقاب حرب عام 1870 عدل عن هذا الاتجاه المتقدم وقر لأول مرة فكرة وقف تنفيذ العقد بسبب الاستحالة المؤقتة ففي قضية رفعت إمام القضاء بسبب تأخير البائع في تسليم جزء من البضاعة بسبب الحرب فقضت محكمة النقض الفرنسية بان التأخير في تسليم بعض البضائع بسبب القوة القاهرة لا يفسخ العقد في هذا الجزء من البضائع⁽³⁾ .

إما القضاء المصري ففي قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه (..... إن القضاء قد جرى على إن الاستحالة التي تؤدي إلى انفساخ العقد هي الاستحالة الدائمة إما إذا كانت الاستحالة لاتمثل إلا مانعا مؤقتا فلا يكون لها من اثر سوى وقف تنفيذ العقد)⁽⁴⁾.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض المصرية (..... لم يكن من اثر القوة القاهرة – الاستيلاء – فسخ العقد وإنما كان من شأنها وقف تنفيذه مؤقتا حتى زوال القوة القاهرة التي تعيق التنفيذ ومن ثم يكون في غير محله القول بان العقد قد انفسخ لاستحالة تنفيذه)⁽⁵⁾.

(1) أنظر قرارها رقم (180) هيئة عامة أولى 1972 – النشرة القضائية - العدد الثاني – السنة الرابعة / بغداد / 1975 / ص 220 – ص 222.

(2) أنظر قرارها في 14/3/1872 أورده د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 190

(3) أورده المصدر نفسه – ص 190.

(4) أنظر قرارها في 30/11/190 منشور في مجلة المحاماة / س 62 / ع 1 / القاهرة ص 88.

(5) أنظر قرارها رقم 24 في 26/3/1953 منشور في مجلة المحاماة س 35 / ع 1 / ص 92.

الفرع الثالث

شروط وقف تنفيذ العقد

يجب توافر عدة شروط لغرض وقف تنفيذ العقد ، وقد اختلف الفقه في تحديدها فذهب البعض الى انه يجب توافر شرطين اثنين وهما استحالة مؤقتة وعدم فوات جدوى التنفيذ⁽¹⁾ 0 وذهب البعض إلى انه يجب توافر أربعة شروط وهي استحالة مؤقتة في التنفيذ وان لا ترجع الاستحالة إلى احد طرفي العقد وان لا تكون مدة التنفيذ محل اعتبار وإمكانية زوال المانع وجدية التنفيذ⁽²⁾ .

ويذهب البعض إلى إن هناك شرطين للوقف وهما وجود استحالة مؤقتة كشرط أول وان لا يرجع إيقاف التنفيذ إلى خطأ احد المتعاقدين كشرط ثاني⁽³⁾ 0

بينما ذهب البعض إلى إن شروط الإيقاف تتجسد بأجمعها في وجود استحالة تنفيذ مؤقتة⁽⁴⁾ 0 عموما فانه يجب توافر ثلاثة شروط لكي يتم وقف تنفيذ العقد وهي (استحالة مؤقتة في التنفيذ وان ترجع الاستحالة إلى قوة القاهرة وعدم فوات جدوى التنفيذ ، وقد اخترت هذه الشروط على اعتبار ان تتوافر استحالة مؤقتة لانه اذا لم تتوافر استحالة فيجب تنفيذ العقد وان تكون هذه الاستحالة مؤقتة لانه لو كانت الاستحالة دائمية فأن ذلك يؤدي الى انفساخ العقد وكما راينا في الفصل السابق وان ترجع هذه الاستحالة الى القوة القاهرة لانها لو رجعت الى خطأ المدين فلا يؤدي ذلك الى وقف تنفيذ العقد وانما توجب مسؤوليته عن عدم التنفيذ وذكرت ان الشرط الثالث هو عدم فوات جدوى التنفيذ اي بعد زوال القوة القاهرة المؤقتة يجب ان تكون هناك فائدة من تنفيذ العقد اما اذا كان العكس فلا يؤدي ذلك الى وقف تنفيذ العقد وانما فسخه ولو كانت القوة القاهرة مؤقتة كما لو تعاقد شخص مع آخر لتجهيزه بمواد معينة وكانت هذه المواد جب استعمالها لغرض معين ولفترة معينة فإذا انتهت هذه الفترة ومن ثم زالت القوة القاهرة المؤقتة فلا جدوى من تنفيذ العقد ، نلاحظ

(1) د. حسن علي الذنون – دور المدة في العقود المستمرة – بغداد – 1988 – ص133 وأيضا د. عصمت عبد المجيد – الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها – بغداد – 1993 – ص87 – 88 0

(2) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – الاستحالة – المرجع السابق – ص775 – وأيضا د. محمد نصر الدين منصور – المرجع السابق – ص141 .

(3) د. يوسف الياس – الحماية القانونية للأجر في قانون العمل العراقي والمصري – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – 1977 – ص193 0

(4) د. محمد عبد الظاهر حسين – الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد – دار النهضة العربية – القاهرة – 2002 – ص162 0

ان هذه الشروط الثلاثة يجب توافرها لكي يتم وقف تنفيذ العقد وبتخلف احد هذه الشروط فلا يمكن وقف تنفيذ العقد 0

أولا :- استحالة مؤقتة في التنفيذ :- وتكون العقبة أو الاستحالة مؤقتة حينما

تتلاشى قبل أن يغدو التنفيذ أمرا " غير مجد ويمكن التعرف على تأقيت العقبة من دوامها وتأبيدها بشكل نسبي بالنظر إلى طبيعة العلاقة العقدية ومدتها التي يظل فيها التنفيذ امرا مفيدا محققا لغاياته وإلا أصبحت العقبة نهائية ويرتكز القاضي في نظريته على هذه الناحية لتحديد ما إذا كانت العقبة دائمة أو مؤقتة ولكن ليس كل العقبات يسهل التعرف على موعد انتهائها وهو ما يجعل الأمر صعبا بالنسبة للقاضي (1) .

ولكن ليس من الضرورة أن يكون هناك ثمة تلازم بين تأقيت الاستحالة ووقف تنفيذ العقد فثمة حالات تؤدي فيها الاستحالة المؤقتة إلى انفساخ العقد لا وقفه فإذا كانت مدة بقاء القوة القاهرة معروفة يكفي أن تعرف المحكمة المدة التي يكون التنفيذ خلالها مجديا فإذا كانت القوة القاهرة والاستحالة الناجمة عنها تزول قبل انتهاء تلك المدة فالاستحالة المؤقتة هنا تؤدي الى وقف تنفيذ العقد بالضرورة إما إذا استمرت الاستحالة إلى ما بعد انقضاء المدة التي يكون خلالها التنفيذ مجديا وانقضت بعد ذلك فالاستحالة هنا بالرغم من تأقيتها تؤدي إلى انفساخ العقد إما إذا لم تكن مدة الاستحالة معروفة لدى المحكمة فعليها أن تضطلع بمهمة تقدير ذلك وتسترشد بنية المتعاقدين وظروف التعاقد (2) 0

تؤدي الاستحالة المطلقة دون النسبية إلى وقف تنفيذ العقد ذلك إن الاستحالة النسبية – صعوبة التنفيذ - ترتبط بالظروف الطارئة (3) 0

وذهب رأي فقهي إلى وقف التنفيذ هو احد الخيارات الممنوحة للقاضي لإزالة الإرهاق الناجم عن تلك الظروف الطارئة (4) . ولكن يلاحظ إن سلطة القاضي في ظل نظرية الظروف الطارئة تنحصر بإنقاص مدى الالتزام الذي أصبح مرهقا أو بزيادة قيمة الالتزام المقابل ولا يمكن للقاضي إن يحكم بوقف تنفيذ العقد وذلك لان المادة (2/146) مدني عراقي والمادة (2/147) مدني مصري

(1) د . صلاح محمد احمد – المرجع السابق – ص 389 0

(2) د . حسين عامر – المرجع السابق – ص 247 – و د . كاظم كريم أشمري – المرجع السابق – ص 59 0

(3) د . صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 197.

(4) د . عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – المرجع السابق – ص 646 – و د . عبد السلام الترماني – المرجع السابق – ص 166 – و د . فاضل شاكراً النعيمي – المرجع السابق – ص 137، و د . عصمت عبد المجيد –

المرجع السابق – ص 87 ، و د . سمير عبد السيد تناغو – المرجع السابق – ص 164 0

تخول القاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لا تعطي للمدين رخصة التحرر من الالتزام كلياً" عن طريق فسخ العقد ولا رخصة إيقاف العقد ولو مؤقتاً" وهذا ما ذهب إليه هذا الاتجاه الذي عارض الاتجاه السابق الذي ذهب إلى أن وقف تنفيذ العقد هو أحد الخيارات الممنوحة للقاضي (1) إضافة إلى ذلك إن المتعاقدين ومن خلال نظام وقف تنفيذ العقد يحق لهما التوقف عن أداء التزاماتهم طيلة مدة وقف التنفيذ وهو ما يتطلب الاستحالة المطلقة في التنفيذ في حين إن المتعاقدين في ظل نظرية الظروف الطارئة (الاستحالة النسبية) لا يحق لهما التوقف عن أداء التزاماتهم وإنما يجب عليهم الاستمرار بتنفيذها على أن يتقدم المدين بطلب إلى المحكمة لغرض إزالة الإرهاق المترتب على تلك الظروف (2) 0

وهذا ما قصت به محكمة التمييز في إحدى قراراتها (ليس للمقاول أن يتوقف عن العمل بحجة إن الالتزام أصبح مرهقاً" له بسبب الظروف الطارئة التي حدثت أثناء تنفيذه بل له التقدم إلى المحكمة المختصة بطلب التعويض عن ذلك إن كان له موجب) (3) 0 ونحن نتفق مع ما ذهب إليه هذا الاتجاه في وجوب اشتراط الاستحالة المطلقة دون النسبية 0

ولا يكفي أن تكون الاستحالة مطلقة لإعفاء المدين سواء بشكل دائم أو مؤقت بل لابد أن تكون الاستحالة موضوعية لا شخصية أن معيار التفرقة بين الاستحالة الموضوعية والشخصية يعتمد على طبيعة المانع وليس سعيته ذلك لأن عمومية المانع أو خصوصيته ليس ألا اثر لطبيعة المانع الشخصية أو الموضوعية فإذا كان أساس المانع هو نفس موضوع الالتزام كنا بصدد استحالة تقوم بالنسبة إلى جميع الناس بصورة واحدة أما إذا تعلق المانع بشخص المدين فلن يكون له ذلك الأثر (4) 0

وحسب الرأي الغالب في الفقه يتم معرفة ما إذا كانت الاستحالة دائمة أو مؤقتة يتم الرجوع إلى المانع الذي تترتب عليه الاستحالة من حيث هو أي بصرف النظر عن نوع تأثيره في العقد فتكون الاستحالة دائمة كلما أصبح من غير الممكن زوال المانع إما عندما يكون المانع بحسب طبيعته قابلاً للزوال في المستقبل بعد حين يطول أو يقصر فإن الاستحالة تكون مؤقتة أي أنه يجب أن لا

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد والإرادة المنفردة – بلا مكان طبع – 1984 – ص 563-564 0

(2) د. كاظم كريم ألشمري – المرجع السابق – ص 39 0

(3) قرار محكمة التمييز المرقم 180/179 والمؤرخ في 1980/8/24 أشار إليه إبراهيم المشاهيدي – المرجع السابق – ص 491 0

(4) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – الاستحالة – المرجع السابق – ص 99 وما بعدها، و د. كاظم كريم ألشمري – المرجع السابق – ص 41، و د. عبد الحي حجازي – المرجع السابق – ص 160 وما بعدها 0

يكون للمانع الذي أدى إلى الاستحالة صفة الاستقرار بطبيعته بل يكون محدود الأثر كما يحدث في التغيرات الجوية أو الطوارئ الطبيعية من برودة الجو إلى درجة الجليد أو المطر الغزير إلى درجة السيل أو الفيضان أو الزلازل (1) ، كما إلى أنه في حالة الشك في كون المانع وقتياً من عدمه وخصوصاً في الأحوال التي تكون مدة العقد فيها غير معروفة كما في حالة العقود الزمنية غير محددة المدة أو كون مدة الاستحالة غير معروف وقت انتهائها فإن المانع في تلك الحالات يغلب عليه أن يكون مانعاً وقتياً ومن ثم يترتب عليه إيقاف العقد لا فسخه ، ويبرر هذا الرأي بان الوقف القصد منه إعطاء فرصة لإمكان استمرار تنفيذ العقد في المستقبل (2) 0

أن الأصل في الاستحالة التأقيت أي أنه كلما تحققت الاستحالة يجب أن لا يصار إلى الأخذ وتطبيق الأثر النهائي للاستحالة أي انفساخ العقد وإنما يجب التريث واعتبار العقد في حالة توقف حتى تظهر المؤشرات والبوارد حول مستقبله ومن ثم الفصل في الموضوع على وفق ما تستقر عليه الأوضاع (3) 0

وقد يرتبط تأقيت الاستحالة بنية المتعاقدين إذ من المتصور أن يكون مانع التنفيذ مؤقتاً قابلاً للزوال وتكون الاستحالة مؤقتة ومع ذلك تتجه إرادة الأطراف إلى اعتبارها استحالة نهائية أي أن إرادة الأطراف تتجه إلى عدم السماح بتأخير تنفيذ العقد واعتبار كل تأخير مانعاً نهائياً يجوز لأي منهما فسخ العقد والعكس صحيح وبذلك يتحدد تأقيت الاستحالة بطريقة نسبية تأخذ في الاعتبار نية المتعاقدين (4) 0

والأمر كذلك بالنسبة للقضاء فقد ذهبت محكمة العمل العليا (الملغاة) في العراق في قرار لها بوقف عقد العمل لالتحاق العامل بالخدمة العسكرية حيث جاء في القرار (..... ليس للإدارة إنهاء خدمات العامل أثناء التحاقه بالخدمة العسكرية لان العقد يعتبر موقوفاً ويتوجب عليه دفع أجوره) (1) 0

(1) د. حسين عامر – المرجع السابق – ص 444 0

(2) د. عبد الوهاب الرومي – المرجع السابق – ص 779 ، و د. محمد عبد الظاهر حسين – المرجع السابق – ص 169 ، و د. رمضان عبد الله صابر – وقف عقد العمل – دار النهضة العربية – القاهرة – 1997 ص 37 وكذلك CHARRERAIT, De, la suspension des contracts, these, Lyou, 1964, p112

(3) د. محمد نصر الدين منصور – المرجع السابق – ص 21 0

(4) د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 197 0

(1) قرار رقم 2019/أولى / 1979 تاريخ 1979/12/3 منشور في مجموعة الأحكام العدلية العدد 4 السنة 10,1979, ص 234 0

كما طبقت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ (الاعتقال يعد قوة قاهرة مستقلة عن إرادة العامل الذي يعتبر بريئاً" ما دام أن حكماً "جنائياً" لم يصدر بعقابه.....)(2) والأمر كذلك بالنسبة للقضاء الفرنسي ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية (أن حالة الحرب لا تعتبر حائلاً " مستديماً" دون الوفاء بالالتزام وإنما هي سبب لوقف العقد ولا تستدعي فسخه)(3)

ثانياً:- أن ترجع الاستحالة إلى قوة قاهرة:- يجب إلا يستفيد المدين - وفقاً" للقواعد العامة – من خطأ ارتكبه بنفسه فيتحرر من اتفاقه والتزامه فهو أن فعل ذلك التزم بالتنفيذ بمقابل ويعد وجود أثبات الخطأ من مسائل الواقع فإذا ثبت يمنع المتعاقد من الاحتجاج بوجود عبة لطلب الوقف (4) 0

لأجل وقف تنفيذ العقد لا بد أن يكون المانع سبباً "أجنبياً" خارج عن إرادة الطرفين (قوة قاهرة) ولهذا فإن الفقه تطلب وجود هذا الشرط فنجد البعض يدرجه ضمن شرط انتفاء خطأ المدين هذا الخطأ الذي قد يكون سابقاً" على القوة القاهرة ويتسبب في حدوثها كما قد يكون لاحقاً" لوقوع القوة القاهرة ويتسبب في عدم التنفيذ فهنا لا يعفى المدين من المسؤولية(5) 0 ونجد البعض يشترط ألا يكون يد للمدين في وقوع الحدث فإذا كانت الواقعة المانعة من التنفيذ ليست أجنبية عن المدين بل تتعلق به لا تعتبر قوة قاهرة ولا يترتب عليها ما يترتب على القوة القاهرة (6) 0

وبالعوض يهتم بهذا العنصر ويرى أن الخارجية إنما تعني أن يكون الحدث خارجياً" بحسب طبيعة الأشياء خروجاً" مادياً" عن المدين وعن منشأته ويعد الحدث من صنع المدين متى كان هو الذي بعثه (1) 0

(2) انظر الطعن رقم 339، والمؤرخ في 1977/3/6، مجموعة احكام النقض (المكتب الفني) ، السنة 28، ص 612 0

(3) انظر النقض رقم 186 تاريخ 24 أكتوبر 1922 أورده د. حسين عامر – القوة الملزم للعقد – المرجع السابق ص 443 0

(4) د. نجيب محمد بكر – اثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام – بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – العدد الأول – السنة 1985 – ص 194 0

(5) د. عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد – المرجع السابق – ص 965-966 0

(6) د. عبد الحي حجازي – الالتزام – المرجع السابق – ص 435 0

(1) د. سليمان مرقس – نظرية دفع المسؤولية – المرجع السابق – ص 202 و 205 0

كما يرى البعض وجوب أن تكون القوة القاهرة حقاً وبصورة خالصة بالنسبة للمدعى عليه وما يسال عنه من أشخاص أو أشياء⁽²⁾ 0

ويذكر البعض شرط الخارجية ويعتبره امراً "طبيعياً" لان القوة القاهرة التي تنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو سبب عام وعمومية السبب تقتضي النأي به عن خصوصية قدرة المدين أو ذاتية الشيء ولا يتحقق ذلك إلا اذا كانت القوة القاهرة حادثاً "خارجياً"⁽³⁾ 0

واهم أسباب حدوث وقف تنفيذ العقد هي الحرب وإجراءات أعمال السلطة 0

فالحرب قلما تتولد عنها استحالة دائمة بل أن الغالب أن تكون استحالة مؤقتة⁽⁴⁾ 0

ولكي تؤدي هذه الآثار إلى وقف تنفيذ العقد لا بد أن يتولد عنها استحالة في التنفيذ بحيث اذا تولدت عنها مجرد صعوبة في التنفيذ أو جعلته أكثر عبئاً في التنفيذ فان المدين يظل ملتزماً بالرغم من تغير الظروف التي ينشأ فيها العقد 0

وسنحاول معرفة موقف القضاء بالنسبة للحرب ففي القضاء العراقي نجد انه قد استقر على أن الاستحالة الناجمة عن الحرب هي استحالة مؤقتة وغالباً ما تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد لا انفساخه فقد اعتبرت محكمة التمييز أن قيام الحرب العالمية الثانية وما ترتب عليها انقطاع المواصلات مما تعذر على الموظف الموفد أكمل دراسته والعودة إلى 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 خارج العراق بسبب الحرب يعتبر قوة القاهرة تستلزم عدم فصله ويتعين عليه أيفاء الالتزام بالاشتغال الفعلي بعد رجوعه إلى العراق)⁽⁵⁾ 0

وفي قضية أخرى اعتبرت محكمة التمييز العدوان الأمريكي وما ترتب عليه من حصار وآثار أخرى قوة القاهرة يترتب عليها استحالة تنفيذ مؤقتة تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد فهذه القضية تتلخص وقائعها بان احد العمال قد تعاقد مع صاحب المعمل (تريكو الجمهورية) على العمل لديه باجر يدفع له شهرياً "ألا أن صاحب المعمل وبسبب الحرب وانقطاع التيار الكهربائي عن المعمل أدى إلى توقف العمل في المعمل وإنهاء خدمات ذلك العامل طالب العامل أعادته إلى العمل وصرف

(2) د. محمد إبراهيم الدسوقي – المرجع السابق – ص 242 0

(3) د. محمد شتا أبو سعد – المرجع السابق – ص 205 وأيضاً "تطلب هذا الشرط د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للفسخ – المرجع السابق – ص 76 وما بعدها 0

(4) د. محسن شفيق – نظرية الحرب كقوة القاهرة وإثرها على عقد البيع التجاري – بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد – العدد 1 – السنة العاشرة – مصر – 1940 – ص 162 0

(5) قرار محكمة التمييز المؤرخ في 19/12/1949 أشار إليه عبد الرحمن العلام – المبادئ القضائية – القسم المدني – بغداد – 1957 – ص 162 0

كافة أجوره في فترة فصله على أساس أن توقف العمل كان نتيجة خطأ صاحب المعمل مما يستلزم إعادة العامل إلى عمله مع صرف أجوره وقد اعتبرت محكمة التمييز الحرب وانقطاع التيار الكهربائي قوة القاهرة تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد وذلك حسب نص المادة (1/165) قانون العمل والتي تجيز وقف عقود العاملين بسبب القوة القاهرة على أن يتم إعادتهم إلى العمل بعد انقضاء الوقف⁽¹⁾ 0

أما القضاء المصري أيضا فقد كان يقضي بوقف تنفيذ العقد إثناء الحرب كلما كان بقاء العقد ممكنا بالنسبة لكل من المتعاقدين فقد اعتبرت محكمة النقض احتلال جزيرة سيناء من قبل (إسرائيل) مانعا مؤقتا يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد فقد قضت محكمة النقض (بأن القوة القاهرة التي يفسخ بها العقد وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هي التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة لسبب أجنبي عن المدين مما مؤداه انه إذا كانت القوة القاهرة تمثل مانعا مؤقتا من التنفيذ فلا يكون له سوى وقف تنفيذ الالتزام وإذا قام القضاء برفض الدعوى على ما خلص إليه من توافر القوة القاهرة المتمثلة في احتلال إسرائيل شبه جزيرة سيناء على اثر حرب 1967 واستحالة استمرار الطاعن في وضع يده على العين التي استأجرها والتي تقع بالمنطقة المحتلة ورتب على ذلك انفساخ عقد الإيجار وتبين من الدعوى من بقاء العين المؤجرة بعد أن زال الاحتلال صالحة للغرض الذي اجر من اجله ان من شأن القوة القاهرة استحالة تنفيذ عقد الإيجار استحالة مؤقتة ينحصر في وقف تنفيذ العقد ما زال الحادث الذي كان يعوق التنفيذ⁽²⁾ 0

وفي قرار آخر (أن قيام الحرب وصدور التشريعات الاستثنائية يعتبر قوة القاهرة يستحيل معها تنفيذ العقود ويكون من شأنها وقف التنفيذ مؤقتا حتى تزول القوة القاهرة)⁽³⁾ 0

أما القضاء الفرنسي فقد قضت محكمة النقض الفرنسية على (إذا كان للحادث الذي نشأ عن قوة القاهرة صفة التوقيت بأنه لا يترتب عليه إلغاء العقد وإنما تأجيل تنفيذه إلى الوقت الذي يزول فيه العائق)⁽¹⁾ 0

(1) قرارات محكمة التمييز المرقمة 33 عمل - 1992, 34 عمل 1992, 35 عمل 1992, 36 عمل 1992 مؤرخة جميعها في 1992/3/22 غير منشورة 0

(2) نقض مدني 1991/11/30 أورده د. كاظم كريم الشمري - المرجع السابق - ص 51 0

(3) نقض رقم 486 في 1959/11/19, منشور في مجلة المحاماة, س 40, ع 4, القاهرة, 1960, ص 183 0

(1) نقض فرنسي - 15 فبراير 1888 - دالوز - 1888 - 1 - 203 أشار إليه د. محسن شفيق - المرجع السابق ص 164 0

كما قضت محكمة النقض بأنه (لا يترتب على القوة القاهرة الناشئة عن الحرب أن يفسخ العقد بقوة القانون وإنما يترتب عليها تأجيل الوفاء فيجوز للمحكمة أن تؤجل تنفيذ التزامات المشتري)⁽²⁾ 0 وفي قرار آخر (إن حالة الحرب لا تعتبر حائلاً " مستديماً " دون الوفاء بالتزام وإنما هي سبب لوقف العقد ولا تستدعي فسخه)⁽³⁾ 0

أما بالنسبة لأعمال السلطة , فقد تقوم السلطة ببعض الأعمال والتي من شأنها أن تعوق تنفيذ العقد لمدة من الزمن , فبالنسبة لموقف القضاء نلاحظ أن القضاء العراقي لم يشر صراحة إلى وقف تنفيذ العقد في حالة تعذر التنفيذ لأسباب تعود إلى أعمال السلطة إلا أن هذا لا يعني أن القضاء العراقي لا يستطيع أن يقضي بوقف تنفيذ العقد في حالة ما إذا توافرت شروطه⁽⁴⁾ 0

حيث نلاحظ أن محكمة التمييز كانت قد رفضت قرار محكمة البداة يقضي بإلزام الناقل بدفع ثمن البضاعة والمستحقات الأخرى على أساس فسخ العقد بسبب حجز البضاعة لسبب يعود إلى الناقل وعللت المحكمة رفضها هذا بأن المحكمة لم تتحقق بشكل كامل عن السبب الرئيسي لحجز البضاعة هل يعود إلى الناقل أم إلى سبب قهري خارج عن إرادته وقالت إذا ثبت أن السبب يعود إلى قوة القاهرة فيجب رفض فسخ العقد وترفع عن الناقل المسؤولية عن التأخير بتسليم البضاعة على أن يقوم البائع بتسليم البضاعة بعد رفع الحجز⁽⁵⁾ 0

أما القضاء المصري فقد حكم في قضية عرضت امامه بأنه (لم يحظر القانون 1952/178 على المالك التصرف فيما يستتبعه لنفسه في حدود ألماتي فدان ولم يضع أي قيد على هذا التصرف ومن ثم لا يترتب على صدور هذا القانون استحالة تنفيذ التزام المالك بنقل ملكية القدر الذي باعه من تلك الأطنان فان كان للبائع لم يدرج في إقراره القدر المبيع ضمن الأطنان التي أبقاها لنفسه بصفة أصلية وامتنع بذلك نقل الملكية للمشتري في الفترة بين تقديم هذا الإقرار وموافقة جهة الإصلاح الزراعي على ذلك إعمال مقتضى التحفظ الوارد في شأن هذا القدر واعتباره ضمن هذه الأطنان المحتفظ بها المالك كان هذا مانع مؤقت لم يترتب عليه في حدود السلطة التقديرية لمحكمة

(2) حكم محكمة برنيان - 5 فبراير - 1915 - دالوز - 1915 - 5 - 3 أشار إليه د. محسن شفيق - المرجع أعلاه - ص 165 0

(3) النقض المرقم 1922/8 والمؤرخ في 1922/10/24 أورده د. محمد عبد الظاهر حسين - المرجع السابق - ص 163 0

(4) د. كاظم كريم أشمري - المرجع السابق - ص 55 0

(5) قرار محكمة التمييز - رقم 180 / هيئة عامة أولى - مؤرخ في 1972 - النشرة القضائية - العدد الثاني - السنة الرابعة - 1975 - ص 220-222 0

الموضوع زوال المنفعة المرجوة من العقد فلا يكون له من اثر سوى تأجيل تنفيذ الالتزام في الفترة التي قام فيها ولا يؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون (1)0

وفي قرار آخر جاء فيه أن (الاستيلاء على الشركة المطعون فيها وجميع موجوداتها بمقتضى الأمر العسكري الصادر في عام 1941 يعتبر عملاً من أعمال السلطة التي لها حكم القوة القاهرة وانه لم يكن من اثر القوة القاهرة فسخ العقد وإنما كان من شأنها وقف تنفيذ العقد مؤقتاً" بالنسبة إلى الشركة المطعون ضدها.....)0(2)

أما القضاء الفرنسي فكان يوقف تنفيذ العقد كلما كانت أعمال السلطة مؤقتة , ففي قضية عرضت على محكمة النقض تعهدت شركة بان تورد سلعة معينة إلا أن الحكومة استولت على كل مؤسسات الشركة لتعمل لمصلحة الحكومة فقد طلبت الشركة وقف تنفيذ العقد الذي كانت قد تعهدت فيه بالتوريد قررت المحكمة أن القوة القاهرة من شأنها وقف تنفيذ العقد وان الدفعات الشهرية يمكن أن تحصل مستقلة بعضها عن بعض وان البائع يبرأ من التزامه في الشهور التي توجد فيها القوة القاهرة 0(3)

وفي قضية أخرى قررت المحكمة أن استحالة التنفيذ استحالة مؤقتة ورفضت اعتبار العقد مفسوخاً" وجاء في القرار (الأصل في القوة القاهرة إذا كانت مؤقتة لا تبرئ المدين من التزاماته وإنما تقف التزاماته إلى الوقت الذي تنتهي فيه القوة القاهرة)0(4)

ثالثاً:- عدم فوات جدوى التنفيذ:- لا يلزم أن يكون تأثير الاستحالة المؤقتة

على العقد وقف تنفيذه بل قد تؤدي مع طابعها المؤقت إلى انفساخ العقد متى ما ترتب عليها فوات جدوى التنفيذ , أي يجب أن تكون الفترة التالية لزوال حدث القوة القاهرة كافية ومفيدة لتنفيذ ما تبقى من التزامات بما يحقق مصالح الأفراد وأهدافهم المرجوة من التعاقد 0(1)

ويعتد بقيام الاستحالة الوقتية والقول من ثم بوقف العقد إذا ما تعذر الوفاء بالالتزام وقتياً" كما لو تحققت الاستحالة الوقتية عند حلول اجل الوفاء بالالتزام وكانت تلك الاستحالة يتوقع زوالها في

(1) نقض مدني - 3 يناير - 1963 منشور في مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية - السنة الرابعة عشرة - العدد الأول - 1963 - القاهرة - ص 37 0

(2) انظر النقض المرقم 351 والمؤرخ 1953/3/26, منشور في مجلة المحاماة المصرية, العدد الأول, السنة الخامسة والثلاثون, القاهرة, 1954, ص 92 0

(3) أشار إليه د. عبد الحي حجازي - آثار الاستحالة - المرجع السابق - ص 95 0

(4) قرار رقم 152 بتاريخ 1931/5/4 أورده د. كاظم كريم أئشمري - المرجع السابق - ص 56 0

(1) د. حسن علي الذنون - دور المدة - المرجع السابق - ص 133, و د. حسين عامر - المرجع السابق - ص 443 0

فترة زمنية معينة يبقى فيها تنفيذ الالتزام مجدياً" وبالتالي يحقق العقد غايته والقصد منه ففي هذه الحالة أيضاً" لا يعفى المدين من الوفاء بالتزامه بحجة توافر الاستحالة النهائية بل يتراخى الوفاء إلى الوقت الذي ينقضي فيه اثر الاستحالة الوقتية على انه لا بد في مثل هذه الحالة الرجوع إلى نية المتعاقدين وما كان يهدف إليه الدائن في تنفيذ الالتزام⁽²⁾

وتقدير المدة الكافية والمفيدة بعد زوال القوة القاهرة يجب أن يتم لمصلحة الطرفين معا" فيجب أن تأخذ المحكمة في اعتبارها مصلحة المدين الذي تأثرت أمكانية تنفيذ التزامه بحدث القوة القاهرة وكذلك مصلحة الدائن الذي تأثر بعدم تنفيذ المدين التزامه فكلا الطرفين قد تأثر بوقوع حدث القوة القاهرة وعندما يتقرر الوقف فانه أنما يكون للحفاظ على العقد وتحقيق مصالح الطرفين معا" وعند استئناف سريان العقد مرة أخرى يجب مراعاة تلك المصالح بان يكون مفيداً" لكليهما⁽³⁾

ولكي لا يؤدي وقف تنفيذ العقد إلى فوات جدوى التنفيذ يجب أن لا تكون مدة التنفيذ التي حددها المتعاقدان عنصراً" جوهرياً" في التعاقد والذي يحصل من الناحية العملية أن المتعاقدين لا يرجعان إلى القاضي ألا بعد زوال السبب المؤدي إلى وقف تنفيذ العقد وقد اختلفا حول الأثر الذي أحدثته الاستحالة المؤقتة للقاضي وبعد أن علم بالمدة التي استمرت فيها الاستحالة المؤقتة فما عليه ألا أن يرجع إلى نية الطرفين ليستخلص منهما المدة القصوى التي لا يحقق بعد انقضاءها أية فائدة للمتعاقدين فيحكم باعتبار العقد مفسوخاً" أو موقوفاً" على حسب ما إذا تبين له أن هذه المدة قد انقضت أو لا تزال مستمرة⁽⁴⁾

وأذا وجد القاضي إن مدة تنفيذ العقد عنصر جوهري في التعاقد كأن يدرج المتعاقدان في عقدهما شرطاً يقضي بوجوب تنفيذ العقد في موعد محدد إذا انقضى اعتبر العقد منفسخاً من تلقاء نفسه، فإذا ما زالت الاستحالة المؤقتة بعد انقضاء الموعد المحدد فلا يمكن أن يقال بان الالتزام وقد صار تنفيذه ممكناً" يجب أن يقضى بتنفيذه على اعتبار أن العقد كان قد أوقف تنفيذه للاستحالة المؤقتة بل يجب اعتبار العقد مفسوخاً" في هذه الحالة من وقت حدوث الاستحالة المؤقتة وهنا تنزل الاستحالة منزل الاستحالة الدائمة⁽¹⁾

(2) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – المرجع السابق – ص 782-783 0

(3) د. صلاح محمد احمد – المرجع السابق – ص 388 0

(4) د. حسن عامر – المرجع السابق – ص 247, ود. عبد الحي حجازي – آثار الاستحالة – المرجع السابق – ص 98 0

(1) د. حسن علي الذنون – دور المدة – المرجع السابق – ص 133 0

فإذا تعاقدت شركة مع احد العاملين معها للعمل مدة أربع سنوات ينقضي العقد بعد انقضاؤها إلا أن هذا العامل قد وقع أسيرا" ثم أطلق سراحه بعد انقضاء مدة العقد فانه لا مجال في هذه الحالة بوقف تنفيذ العقد لأننا نكون إمام استحالة دائمة وليس استحالة مؤقتة (2)0

وتظهر طبيعة التعاقد كعنصر جوهري في تحديد المدة التي يكون خلالها التنفيذ مجديا" لإطراف التعاقد ولا سيما في عقود البيع بأجل (3) 0

فإذا كانت السلعة المباعة مخصصة لاستعمال معين وفي وقت معين ثم تعذر تسليم البضاعة ولم تكن هناك حاجة إليها بعد زوال الاستحالة المؤقتة فلا يلزم المشتري بالتسليم كما لو كان محل الالتزام توريد سلعة معينة للجيش ثم حالت الحرب دون التنفيذ فلا يمكن إلزام البائع بالتسليم ولا المشتري بالتسليم بعد انتهاء الحرب ففي قضية تعاقد فيها تاجر مع وزارة الدفاع الفرنسية على توريد بعض المهمات الحربية لترسل إلى ميدان القتال ولكن الحوادث التي تعاقبت لفرنسا سنة (1870) منعت من التنفيذ فلما انتهت الحرب وطلب إلى وزارة الدفاع إن تتسلم السلع التي اشترتها رفضت الوزارة التسلم لأنها لم تعد في حاجة إلى السلع بسبب انتهاء الحرب وأيد مجلس الدولة طلبها (4)0

وفي قضية أخرى عرضت على محكمة النقض الفرنسية اتفق المتعاقدان على إن يقوم البائع بتقديم قدر من الشعير شهريا" ولكن تنفيذ الالتزام كان قد أوقف لفترة من الزمن بسبب ما اعترضه من عمل السلطة فطالب المشتري بتقديم مالم يجر تقديمه باعتبار إن العقد يستعيد قوته الملزمة بعد زوال المانع من تنفيذه ولقد رفضت المحكمة هذا الطلب وقالت (انه إذا صح القول بان القوة القاهرة في هذه الحالة ليست ألا صفة مؤقتة تأجل فيها التنفيذ فإنما الأمر لا يكون كذلك إذا كان المتعاقدان قد قصدا إن يكون التنفيذ في فترة معينة) (1) 0

الفرع الرابع

آثار وقف تنفيذ العقد

(2) د. كاظم كريم أشمري - المرجع السابق - ص 60 0

(3) المصدر نفسه - ص 61 ، ففي عقد تسليم البضائع حيث يخضع الامر لتطورات واعتبارات خاصة ، فإن المنطق يقتضي القول بأن المتعاقدين لم يقصدا الارتباط الا للفترة المحددة للتسليم فقد يضار البائع او المشتري من بقاء العلاقات بينهما لأطول مما حدد لها 0

(4) قرار مجلس الدولة الفرنسي - المؤرخ في 1 نوفمبر 1872 - منشور في دالوز 1874 - 3 - 49 أشار إليه د. محسن شفيق - المرجع السابق - ص 165 0

(1) أشار إليه د. حسين عامر - المرجع السابق - ص 449 0

إن وقف تنفيذ العقد هو مرحلة بين تنفيذه وانتهائه أي كون العقد موجوداً في مرحلة العقد ولكن تنفيذه فقط هو الذي يتوقف وقتياً" ثم يستأنف العقد سيره بعد انتهاء مدة الوقف وإن الاستحالة الوقتية تؤدي إلى وقف العقد ويترأخى الوفاء به وإن سبب هذا الوقف إنما يرجع إلى تحقق شروط القوة القاهرة لهذا فإن الأثر الذي يترتب على هذا الوقف هو إعفاء طرفي العقد من مسؤولية عدم التنفيذ خلال فترة الوقف , ومن هذا يتضح لنا إن هناك ثلاثة آثار للوقف وهذه الآثار تأتي بالتتابع الواحد تلو الآخر وأول هذه الآثار هو وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية التي يفرضها العقد والأثر الثاني إعفاء أطراف العقد من مسؤولية عدم التنفيذ خلال فترة الوقف وأخيراً "الأثر الثالث هو استئناف تنفيذ العقد عند زوال المانع الذي أدى إلى قيام الاستحالة المؤقتة 0

الآثار الأول:- وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية :- إن الأثر الجوهري للوقف

على العقد يتمثل في وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه تنفيذاً وقتياً" دون إن يكون لهذا الوقف تأثير على وجود العقد أو العلاقات التي تنشأ بين طرفيه ففي إنشاء مدة الوقف يكون العقد في حالة سبات وإن هذه الحالة لا تمس العقد في وجوده بل تصيب حالة السبات للالتزامات الناشئة عنه فيوقف تنفيذه(2) 0

ولهذا فقد ذهب البعض إلى وضع تعريف للوقف يتضمن هذه الحقيقة فقد عرف (انقضاء مؤقت لا رجعية فيه للالتزامات جوهريّة بسبب استحالة تنفيذ مؤقتة أو بسبب ممارسة المتعاقد لحق يحول بينه وبين تنفيذ العقد أو بسبب عدم التنفيذ الراجع إلى خطأ المتعاقد وذلك كله دون إن يمس وجود واستمرار الرابطة العقدية) (3) 0

وهذا الأمر هو ما يتمحور حوله أساس فكرة نظام الوقف ذلك لأن انعدام تنفيذ الالتزام الجوهري في العقد يفترض به إن يؤدي إلى انقضاء العقد لأن هذا الالتزام يعد جوهر العقد ومضمونه وإن تعذر تنفيذ العقد ذاته (1) 0

ويترتب على وقف سريان العقد وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية الناجمة عنه كما يبيريء الأطراف من المسؤولية عن عدم التنفيذ خلال فترة وجود حدث القوة القاهرة (2) 0

(2) د. عبد الوهاب علي الرومي – الاستحالة – المرجع السابق – ص 795 0

(3) Ghestin,(J)Trait de droit civil Les effets du contracts edition, paris,1980,p357

(1) د. صالح ناصر العتيبي – فكرة الجوهريّة في العلاقة العقدية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عن شمس – القاهرة – 2001 – ص 224 0

(2) د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 200 0

وتذهب محكمة النقض المصرية بهذا الصدد إلى أن (وقف العقد يقصد به وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث القوة القاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة في التنفيذ)⁽³⁾ 0

ويترتب على وقف العقد في حالة العقد المحدد المدة اقتطاع جزء من حياة العقد مقابل الوقف في العقد وفي خلال هذه المدة المفقودة من حياة العقد والذي يعتبر فيها في حالة سبات لا يلتزم احد المتعاقدين ولكن نظرا" لما بين التزامات الطرف المتعاقد الآخر من ارتباط في ظل العقد الملزم للجانبين بالتزامات الطرف المتعاقد الذي أوقف تنفيذه التزاما" مؤقتا" فان المتعاقد الآخر لا يتحلل من تنفيذ التزامه وإنما يوقف تنفيذ التزامه مقابل الوقف الذي أصاب التزامات المتعاقد معه ⁽⁴⁾ 0

ويمكن ملاحظة ذلك من نص المادة (159) من القانون المدني المصري والتي تنص على (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) 0

أن ما تقدم قد لا يحدث في بعض الأحيان إذ يحدث أن يكون المتعاقد المدين بالالتزام قد نفذ بعضا" من التزاماته لمدة مستقبله كما في حالة عقد الإيجار ولما كانت الاستحالة الوقتية قد منعت وقتيا" تنفيذ الالتزام المقابل للالتزام الذي عجل تنفيذه ولهذا هل ثمة مجال لاسترداد الأداء الذي عجل تنفيذه أم لا ؟ للإجابة يجب التفرقة بين ما إذا كان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة فإذا كان العقد غير محدد المدة فانه يجب الانتظار حتى تزول الأسباب التي أدت إلى حدوث الاستحالة الوقتية وعندما تزول فان أول تنفيذ للعقد بعد زوال الاستحالة الوقتية يتعاطى مع الأداء الذي تم التعجيل في تنفيذه ⁽¹⁾ 0

مثال على ذلك عقد الإيجار غير محدد المدة فإذا كان المؤجر قد قبض مقدما" أجره ستة شهور ثم حدثت الاستحالة الوقتية فليس للمستأجر أن يطالب برد هذه الأجرة وإنما يكون عليه أن ينتظر حتى تزول تلك الاستحالة ولا يعتبر دفع الأجرة مقدما" وفاء بما ليس مستحقا" في الذمة يجب استرداده وإنما يعتبر وفاء مبتسرا" لا يمكن تنفيذ مقابله إلا بعد زوال المانع 0

أما إذا كان العقد محدد المدة فان الأمر لا يختلف عما هو عليه الحال بالنسبة للعقد غير محدد المدة من حيث انه يجب الانتظار حتى تزول الأسباب التي أدت إلى حدوث الاستحالة الوقتية ولكن

⁽³⁾ قرار محكمة النقض المصرية رقم 339 لسنة 41 في 1977/3/6 / مجموعة أحكام المكتب الفني – س28 – ص621 0

⁽⁴⁾ د. وفاء حلمي أبو جميل – المرجع السابق – ص17 0

⁽¹⁾ د. عبد الحي حجازي – عقد المدة – المرجع السابق – ص156 0

الاختلاف من كون العقد في هذه الحالة يختلف عن العقد في الحالة الأولى كونه عقداً محدد المدة ولهذا فإن الاختلاف في حالة التعجيل في تنفيذ التزام المستأجر بدفع الأجرة مقدماً عند حدوث الاستحالة الوقتية وعندئذ فإن الأمر لا يخلو من أن تكون المدة الباقية من مدة العقد أكبر من المدة التي عجل فيها المستأجر بالتنفيذ كان تكون مدة العقد سنة كاملة وعجل المستأجر من هذه المدة ثلاثة شهور فقط ثم حدثت الاستحالة الوقتية في هذه الحالة لا موجب للرد وإنما على المستأجر أن ينتظر حتى يزول المانع (2)0

أما إذا افترض عكس المثال المتقدم بأن تكون المدة الباقية من حياة العقد أقل من المدة التي تم فيها التعجيل فإنه في هذه الحالة تتوافر مبررات رد الجزء الزائد من التنفيذ المعجل 0
أما بالنسبة للالتزامات الثانوية فيذهب رأي (3) إلى القول بأنه طبقاً للقواعد العامة فإن وقف تنفيذ العقد كما يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية فإنه يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزامات الثانوية 0
ألا أن الرأي الراجح في الفقه (4) يذهب إلى أن اثر وقف تنفيذ العقد يجب أن لا يمس الالتزامات الثانوية وبالتالي يجب القيام بها خلال وقف التنفيذ 0

ويختلف دور القاضي تبعاً لوجود أو عدم وجود اتفاق أو نص يقضي بوقف التنفيذ , قد يتفق المتعاقدان وعند أبرام العقد على معالجة الاستحالة المؤقتة في التنفيذ بسبب القوة القاهرة المؤقتة بأن تتجه أرادة المتعاقدين نحو إيقاف العقد لمدة محددة يتحلل خلالها الطرفان من أداء التزاماتهما مع المحافظة على وجود العقد عن طريق إيراد شرط صريح في العقد يقضي بوقف تنفيذ العقد أو إيراد عبارة (تأجيل تنفيذ العقد) خلال مدة تعذر التنفيذ كما جاء في العقد النموذجي لبناء السفن والذي أشار إلى (إذا تعذر على المقاول بناء السفن أو تسليمها في التاريخ المعين بسبب القضاء والقدر أو الإنهاك في الحرب..... فإن تسليم السفينة سيؤجل بعدد أيام التأخر الذي حصل من قبل المقاول) (1) 0

كما أن القانون قد يقضي بوقف تنفيذ العقد كنص القانون على وقف تنفيذ عقد العمل نتيجة للقوة القاهرة فالمشرع العراقي قد نص في المادة (65) من قانون العمل النافذ على (أولاً إذا أوقف

(2) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – الاستحالة – المرجع السابق – ص 799 0

(3) Sarrute, De la suspension dans Levection de contracts, paris, 1929, p52-53.

(4) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – الاستحالة – المرجع السابق – ص 805-806 , و د. عبد الحي حجازي – الاستحالة – المرجع السابق – ص 110 , و د. حسام الدين الاهواني – المرجع السابق – ص 531 , و د. رمضان عبد الله – المرجع السابق – ص 178 0

(1) انظر عقد بناء السفن الصادر عن اتحاد السفن أوروبا الغربية لسنة 1932 – أشار إليه أ. أحسان شاكور عبد الله – مسؤولية الباني تجاه المشتري في عقد بناء السفينة – رسالة ماجستير – بغداد – 1977 – ص 325-326

العمل جزئياً" أو كلياً" بسبب طارئ أو قوة قاهرة وجب على صاحب العمل دفع أجور العامل عن فترة التوقف بما لا يزيد على ثلاثين يوماً" وله تكليف العامل بعمل مقارب أو تكليفه بتعويض الوقت الضائع بعمل إضافي بدون اجر لا يزيد على ساعتين في اليوم) 0

فإذا وجد اتفاق بين المتعاقدين أو نص قانوني يقضي بوقف تنفيذ العقد فان دور القاضي ينحصر في تحديد ما إذا كانت مؤقتة ولا تؤدي إلى فوات جدوى التنفيذ للعقد فان القاضي يكون ملزماً بوقف تنفيذ العقد طبقاً لما هو متفق عليه أو ما نص عليه القانون (2)

أما دور القاضي في حالة عدم وجود اتفاق أو نص قانوني فقد اختلف الفقه في هذا فذهب رأي (3) إلى أن وقف تنفيذ العقد في حالة عدم وجود اتفاق أو نص قانوني يقضي بوقف تنفيذ العقد يخضع لسلطة القاضي التقديرية أن شاء قضى به وان شاء رفضه وهذا الرأي يستند على أن وقف تنفيذ العقد يجد أساسه في نص المادة (1184) (4) 0

ألا أن الرأي الغالب (1) يذهب إلى أن وقف تنفيذ العقد هو حق للمتعاقدین فوقف تنفيذ العقد لا يفرض نفسه على المتعاقدين فقط وإنما أيضاً على القاضي في حالة عرض النزاع عليه 0

فإذا عرض على القاضي النزاع ووجد القاضي شروط وقف التنفيذ متوافرة فيلزم أن يقضي بوقف تنفيذ العقد يكون حكمه في هذه الحالة كاشفاً لوقف التنفيذ وليس منشئاً له (2) 0

الاثرائثاني:- إعفاء أطراف العقد من مسؤولية عدم التنفيذ خلال فترة

الوقف :- إذا ما تم وقف العقد بوقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بصفة وقتية فانه يترتب عليه إعفاء طرفي العقد من التنفيذ خلال فترة الوقف فيعفى المدين من تنفيذ التزاماته دون أن يتعرض للمسؤولية أي دون أن يلتزم بالتعويض طوال فترة قيام الاستحالة الوقتية (3) 0 لما كان في العقود الملزمة للجانبين انه إذا لم ينفذ احد المتعاقدين التزامه فانه يحق للمتعاقد الآخر معه أن يتمتع عن

(2) د. كاظم كريم الشمرى - المرجع السابق - ص 65 0

(3) Treillard, De la suspension des contracts. la tendance La stabilite du rapport contractual, par paul Durand. pais, 1960. p. 70.

(4) نص المادة (1184) مدني فرنسي (الشرط الفاسخ مفترض دائماً في العقود الملزمة للجانبين في حالة عدم قيام احد الطرفين بالوفاء بالتزامه وفي هذه الحالة لا يفسخ العقد بقوة القانون وإنما يكون للطرف الذي لم يوف به الخيار بين إكراه الطرف الآخر على تنفيذ الاتفاق أن كان ذلك ممكناً وبين أن يطلب الفسخ مع التعويضات ويجوز للقاضي أن يمنح المدعى عليه مهلة حسب الظروف) 0

(1) د. حسن علي الذنون - نظرية الفسخ - المرجع السابق - ص 232 , و د. عبد الحي حجازي - الاستحالة - المرجع السابق - ص 110 0

(2) د. محمد حسين منصور - مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة - بيروت - 2000 - ص 383 0

(3) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - الاستحالة - المرجع السابق - ص 804 0

تنفيذ التزامه ونظرا" لوجود ارتباط بين الالتزامات المتبادلة في ظل هذه العقود فانه يترتب على الوقف إعفاء كلا الطرفين من تنفيذ التزامه طوال فترة الوقف(4) 0

وعلى الرغم من إعفاء طرفي العقد طوال فترة الوقف ألا أن العقد رغم هذا الإعفاء يظل قائما" ويترتب على بقاء هذه العلاقة طوال فترة الوقف المحافظة على العقد وكيانه إذ يفرض وقف تنفيذ العقد على الدائن والمدين التزام بالحفاظ على العقد ويجد هذا الالتزام أساسه في الواقع مبدأ حسن النية والأمانة التعاقدية بين الأطراف(5) 0

وقد يتفق الأطراف صراحة على القيام بالإجراءات التي تهدف إلى الحفاظ على العقد وعند عدم وجود اتفاق صريح يمكن تأسيس التزام الأطراف باتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على العقد في وجود اتفاق ضمني بينهم يلزمهم بتلك الإجراءات نظرا" لاختيارهم اللجوء إلى نظام وقف تنفيذ العقد وهو ما يترجم نيتهم في الحفاظ على العقد(6) 0

وقد تتنوع التزامات الأطراف في الحفاظ على العقد فمنها ما يأخذ مظهرا" ايجابيا" مثل الحفاظ على الشيء محل العقد والقيام بكافة الأعمال اللازمة لحفظ الشيء من الهلاك أو التلف فالبائع ملتزم بالحفاظ على الشيء المبيع طيلة فترة التوقف وقد يتخذ مظهرا" سلبيا" يتجسد في امتناع المتعاقد عن إتيان أي عمل أو إجراء شأنه تهديد كيان العقد ووجوده أو تهديد مصير الالتزامات الناجمة عنه(1) 0

فإذا أوقف تنفيذ عقد الإيجار فيتوقف كل من التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة والتزام المستأجر بدفع الأجرة ألا انه مع ذلك يبقى المؤجر ملزما" بإصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور يؤدي إلى الإخلال بالمنفعة المقصودة منه فأي إخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى قيام مسؤولية المستأجر 0

أن إعفاء طرفي العقد قد لا يقتصر عليهم وإنما يكون أيضا" إعفاء احد المتعاقدين تجاه الغير المتعاقد معه إذ لا يقتصر اثر وقف تنفيذ العقد إلى إعفاء احد العاقدين من مسؤولية عدم التنفيذ تجاه الآخر بل قد يؤدي إلى إعفاء احد العاقدين تجاه الغير المتعاقد معه مثال ذلك صاحب المعمل فانه يبرم عقود عمل مع العاملين معه فانه يبرم عقود بيع لمنتجاته مع المشتريين لها فإذا ما اعتقلت السلطات عددا" كبيرا" من العمال لدى صاحب العمل لمدة من الزمن وأدى ذلك إلى وقف عقود

(4) د. وفاء حلمي أبو جميل – المرجع السابق – ص 70 0

(5) د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 202 0

(6) المصدر نفسه – ص 203 0

(1) د. كاظم كريم أشمري – المرجع السابق – ص 85 0

العمل بينهم وبين صاحب العمل فانه يمكن لصاحب العمل أن يحتج باعتقال العمال كسبب موقف للعقد الذي أبرمه من المشتري لمنتجاته وبالتالي يعفى من دفع التعويض إلى المشتري لتأخره بتنفيذ عقد البيع⁽²⁾ 0

وان القوة القاهرة عندما تؤدي إلى استحالة مطلقة في التنفيذ لا يكفي أن تجعل تنفيذ صاحب العمل لالتزامه التعاقدي مرهقا أو عسيرا" وانما يجب ان يكون مستحيلا" (استحالة مطلقة) فإذا أدى انتشار مرض معين في إصابة عدد قليل من العاملين في المصنع فانه يؤدي إلى وقف عقود العمل بين العمال وصاحب العمل ألا إن صاحب العمل لا يمكنه أن يتمسك بمرض أولئك العاملين ليتخلص من تنفيذ التزامه مؤقتا" تجاه الغير المتعاقد معه⁽³⁾ 0

الآثار الثالث:- استئناف سريان العقد عند زوال المانع :- أن استئناف

سريان العقد من جديد بعد انتهاء مدة الوقف هو الهدف الرئيسي الذي يسعى إلى تحقيقه نظام الوقف بل أن نجاح الوقف ذاته يوقف على مدى تحقيق ذلك الأثر وبغية معاودة التنفيذ يلتزم كل متعاقد بالقيام بكل الإجراءات الضرورية وبذل كل الجهود الكافية التي تعجل بهذه العودة والتخلص من العائق الذي كان سببا" في وقف التنفيذ⁽¹⁾ 0

فإذا ما انقضى وقف التنفيذ استأنف العقد سريانه وإنتج كامل آثاره كما كان قبل وقفه ويتعين على كل عاقد أن ينفذ ما ترتب في ذمته وفقا" له على وجه لا يمكن التمييز معه بين عقد عاد إلى التنفيذ بعد وقفه وعقد لم يقف على الإطلاق إذ أن وقف التنفيذ لا يتناول العقد بأي تفسير فيما يتضمن من التزامات ولا فيما احتواه من الشروط⁽²⁾ 0

وتكون عودة العقد بعد زوال سبب وقفه إلى سابق تنفيذه حقا" لكل من عاقيه فيستطيع أن يجبر الآخر على تنفيذه ويتحمل العاقد الذي يرفض عودة العقد إلى سريانه المسؤولية الكاملة عن إنهائه⁽³⁾ 0

ويذهب البعض إلى أن هذا الاستئناف يمكن وصفه بأنه حق وواجب في آن واحد⁽⁴⁾ 0

(2) المصدر نفسه – ص 86 0

(3) د. صبا نعمان رشيد ألويسي – وقف عقد العمل وتطبيقاته في القانون العراقي – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بغداد – 1998 – ص 162 0

(1) د. صفاء تقي عبد نور – المرجع السابق – ص 204-205 0

(2) د. حسين عامر – المرجع السابق – ص 445 0

(3) د. محمود جمال الدين زكي – المرجع السابق – ص 879 0

ومن ثم يجوز لكل من طرفي العقد مطالبة الآخر بتنفيذ التزامه وإذا امتنع الأخير أو تأخر في القيام به فيحق للأول مطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد تلحق به جراء عدم التنفيذ استناداً إلى تحقق خطأه العقدي وقيام مسؤوليته العقدية⁽⁵⁾ 0

فالعقد يبقى قائماً" بجميع آثاره بمقاديرها وبقيمتها دون أن يمسه أدنى تعديل من حيث الزيادة أو النقصان وغاية الأطراف تنفيذ هذه الالتزامات يتوقف طيلة مدة وقف التنفيذ⁽⁶⁾ 0

ويجب الأخذ بنظر الاعتبار الظروف التي أدت إلى وقف تنفيذ العقد وكذلك ظروف العودة إلى تنفيذ العقد بعد وقفه، فيحق للمدين الرجوع على الدائن بمقابل ما بذله من عناية تفوق المفروضة عليه وكان القصد من ورائها نفع الدائن كإصلاح بعض الأشياء مما لحق بها من عطب بسبب التقلبات الجوية حتى لا يتأثر به باقيها ، وفي وضع آخر يقوم إلزام الدائن بمقابل التكاليف الإضافية على اعتبار أنه من واجبه أن يتخذ في تنفيذ التزامه ما من شأنه تخفيف آثار القوة القاهرة وهو ما كان يبذله الدائن فيسترد المدين في هذا الشأن - مادام ليس من جانبه - ما يكون قد أنفقه⁽¹⁾ 0

على أن تطبيق هذا الأثر يختلف من عقد لآخر فإذا كان العقد محدد المدة فإن مدة الوقف لها تأثيرها الواضح على هذا العقد من حيث أن مدة العقد لم تعد هي المدة التي كان متفق عليها إذ أن حياة العقد قد نقصت بقدر مدة الوقف ولم يعد بالتالي عدد الاداءات هو العدد الذي كان متفقاً عليه⁽²⁾ 0 على أنه ظهر بهذا الخصوص اتجاهان يرى الأول منهما بأنه مادام العقد لم ينتهي بحلول الأجل المحدد له فإنه لا يحق تبعا" لذلك لأي من الطرفين إجبار الآخر على زيادة مدة هذا العقد ولمدة مساوية لتلك التي أوقف فيها التنفيذ⁽²⁾ 0

أما الاتجاه الآخر فيرى بأنه من حق أي من طرفي العقد إجبار الآخر على امتداد العقد وبقدر المدة التي أوقف فيها التنفيذ فمادام العقد قد ابرم لتحقيق غاية معينة فإنه لا ضير من أكمال تحقيق تلك الغاية بواسطة امتداد العقد⁽³⁾ 0

(4) د. عبد الباسط عبد المحسن - الإضراب في قانون العمل - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة 1992 - ص 769 0

(5) د. محمود جمال الدين زكي - المرجع أعلاه - ص 879 0

(6) د. غازي عبد الرحمن - المرجع السابق - ص 149 0

(1) د. حسين عامر - المرجع السابق - ص 372 0

(2) د. كاظم كريم الشمرى - المرجع السابق - ص 79 0

(3) Sarrute,op,cit.p60.

أما إذا كان العقد غير محدد المدة فإن مدة الوقف ليس لها تأثير واضح على هذا العقد إذ أن مركز المتعاقدين في ظل هذا العقد لا يتأثر لا من حيث فترة الوقف ولا من حيث الاداءات التي نقصت بسبب الاستحالة⁽⁴⁾ 0

الفرع الخامس

مدة وقف تنفيذ العقد وانقضاؤه

إذا كان وقف تنفيذ العقد علاجاً مؤقتاً فلا بد أن يكون ذلك العلاج محدد بمدة معينة ولا بد له أن ينقضي ما دام مؤقتاً وعليه سنتناول مدة وقف التنفيذ وبعد ذلك انقضاء وقف تنفيذ العقد 0

أولاً:- مدة وقف تنفيذ العقد :- قد يقوم المشرع بتحديد مدة وقف تنفيذ العقد التي يكون العقد من خلالها موقوفاً دون إن يؤدي ذلك إلى انقضاء الرابطة العقدية كتحديد المشرع العراقي مدة وقف تنفيذ عقد العمل بسبب المرض بثلاثين يوماً لكل سنة عمل ويجوز تراكمها لمدة ستة أشهر،⁽¹⁾ فإذا تجاوزت مدة المرض الستة أشهر فإن المرض يعتبر احد الأسباب المنهية للعقد،⁽²⁾ وكتحديد المشرع الفرنسي مدة وقف تنفيذ العقد الخاص بالسلف العقاري لمدة سنتين⁽³⁾ 0

وقد تكون مدة وقف تنفيذ العقد معروفة مثل إصدار المشرع قانوناً يقضي بمنع استيراد سلعة معينة لمدة شهر فإن مدة وقف تنفيذ العقد تكون هي شهر أما إذا لم تكن معروفة فإن على القاضي أن يحاول تقدير هذه المدة ويقارنها بالمدة التي يكون فيها التنفيذ ممكناً وبالاعتماد على نية الطرفين ووقائع وظروف وطبيعة التعاقد،⁽⁴⁾ وعندها يقوم القاضي بتحديد مدة وقف التنفيذ ولا شك أن هذا التحديد يأتي على وجه التقريب لأنه ليس في وسع القاضي أن يعرف مقدماً الوقت الدقيق لزوال الاستحالة التي سببتها القوة القاهرة⁽⁵⁾ 0 مع الأخذ بعين الاعتبار أن لا تكون مدة وقف التنفيذ طويلة بحيث تؤدي إلى فوات المنفعة المرجوة من العقد 0

وفي حالة عدم وجود نص قانوني يحدد مدة وقف التنفيذ فإن على القاضي أن يحدد تلك المدة ويختلف الأمر عما إذا كانت القوة القاهرة لا تزال قائمة أم أنها لم تعد موجودة وقت عرض النزاع

(4) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – الاستحالة – المرجع السابق – 812-813 0

(1) المادة (77) من قانون العمل 0

(2) المادة (4/36) من قانون العمل 0

(3) المادة (14) القانون الفرنسي الصادر في 13 تموز 1979 أشار إليه GHESTIN أورده د. كاظم كريم الشمرى – المرجع السابق – ص 69 0

(4) د. عبد الحي حجازي – آثار الاستحالة – المرجع السابق – ص 97 0

(5) د. غازي عبد الرحمن – المرجع السابق – ص 149 0

على القاضي فإذا كانت الاستحالة قد انقضت فإن الأمر لا يثير أية صعوبة فالمدة التي استغرقتها الاستحالة هي تكون مدة وقف التنفيذ طالما تبين للقاضي أن التأخر على تنفيذ العقد لا يؤثر في الفائدة التي كان يرجوها الدائن من العقد وإن التنفيذ المتأخر لا يزال بالتالي مفيدا" للمتعاقدين⁽⁶⁾ 0

وقد يتفق الأطراف بصدد المدة التي يتوقف فيها تنفيذ العقد بسبب حدث القوة القاهرة وهذا الاتفاق يتنوع فلا يأتي في شكل واحد فقد يتفق الأطراف على مدة محددة للوقف بيد أنها تختلف من عقد لآخر بحسب طبيعة العقد ومصالح الأطراف إذ تتحدد في بعض العقود بمدة بقاء حدث القوة القاهرة ومثال ذلك أن يتفق الأطراف على إعادة التفاوض في العقد إذا أدت القوة القاهرة إلى تأخير التسليم أكثر من أربعة أشهر أو ستة أشهر أو ثمانية أشهر إذ يعد اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض في شأن العقد بعد مرور هذه الفترة يعني بالضرورة أن العقد كان موقوفا" خلالها⁽⁷⁾ 0

وذهب البعض إلى أنه يجب توفر شروط في مدة الوقف إذ يفترض بمدة الوقف ألا تستغرق مدة العقد المتفق عليه أو تزيد عليها⁽¹⁾ وإلا أدى هذا الأمر إلى إنهاء العقد بالفعل إذ يفترض البعض عدم جواز امتداد العقد لما بعد حلول أجله لأن في ذلك تعديلا" جوهريا" للعقد⁽²⁾ كما يفترض ألا تؤدي إلى اضطراب العمل في المشروع وهذا مما يضطر صاحبه إلى إنهاء عقد وتشغيل عامل آخر بدله⁽³⁾ 0

ثانيا" :- انقضاء وقف تنفيذ العقد :- إذا كان لا بد لوقف التنفيذ أن ينقضي باعتباره حالة مؤقتة فلا بد أن تكون هناك طرق للانقضاء والأصل أن وقف تنفيذ العقد ينقضي بانقضاء المدة المحددة من قبل المشرع أو القاضي فإذا ما أوقف تنفيذ عقد الإيجار مدة ثلاثة أشهر فلا شك أن وقف التنفيذ ينقضي بانقضاء مدة ثلاثة أشهر⁽⁴⁾ 0

والأصل أن ما يستأنف من العقد بعد زوال الوقف لا يعد عقدا" جديدا" فالفقه يتفق على أن العقد الأصلي هو الذي يستأنف تنفيذه ولا يتعلق الأمر بعقد جديد ذلك أن الوقف لا يؤدي إلى هدم العقد

(6) د. عبد الحي حجازي - آثار الاستحالة - المرجع السابق - ص 98 0

(7) د. صفاء تقي عبد نور - المرجع السابق - ص 206-207 0

(1) د. احمد حشمت أبو ستيت - المرجع السابق - ص 337 0

(2) د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص 880 0

(3) د. محمد نصر الدين منصور - المرجع السابق - ص 23 0

(4) د. كاظم كريم الشمري - المرجع السابق - ص 71 0

الأصلي أو انقضاء الالتزامات الناجمة عنه وإنما فقط تأجيل تنفيذ تلك الالتزامات ألا إذا تضمن العقد نصاً" أو شرط يسمح بمراجعة أحكام العقد بعد زوال الوقف وفقاً للظروف الجديدة⁽⁵⁾ 0

أي أن وقف التنفيذ يمكن أن ينقضي قبل انقضاء المدة المحددة له أي زوال السبب المؤدي إلى وقف التنفيذ قبل انقضاء مدة وقف التنفيذ ومثال ذلك إذا أوقف عقد البيع الدولي لمدة ستة أشهر لتعذر الحصول على البضاعة بسبب أحداث دولية كالحروب ألا أنه وبعد مرور شهرين من وقف تنفيذ العقد انتهت تلك الأحداث فلا شك أن وقف التنفيذ ينقضي بهذه الحالة ولا يحق للطرف الذي أوقف العقد لمصلحته أن يمتنع عن التنفيذ على أساس أن مدة وقف التنفيذ لم تنته بعد⁽⁶⁾ 0

وقد يتفق الأطراف على إنهاء الوقف بإرادة الأطراف كما أنها تؤدي دوراً في أقرار الوقف ابتداءً وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة فإنها تضطلع بذات المهمة في إنهاء الوقف ووفقاً لذات المبدأ⁽⁷⁾ وينقضي وقف التنفيذ إذا أصبح التنفيذ غير مجد أو غير مفيد وذلك لأن من شروط وقف تنفيذ العقد أن تكون المدة المتبقية من العقد مفيدة في تنفيذ ما تبقى من التزامات الطرفين حيث يجوز لكلا الطرفين المطالبة بفسخ العقد على أساس تحول الاستحالة المؤقتة إلى نهائية⁽⁸⁾ 0

وأذا أمكن انقضاء وقف التنفيذ قبل انقضاء الموعد المحدد له فهل يمكن وقف تنفيذ العقد لمدة أخرى بعد انقضاء المدة المحددة له؟ يذهب جانب من الفقه وانطلاقاً من الاختلاف في الطبيعة ما بين وقف التنفيذ ومهلة الوفاء إلى أن للقاضي أن يمنح المدين مهلة للوفاء بعد انقضاء مدة وقف التنفيذ⁽²⁾ ألا أنه ذهب البعض أن وقف التنفيذ هو استثناء من القاعدة والاستثناء لا يجب التوسع فيه⁽³⁾ 0

المطلب الثاني

تطبيقات وقف تنفيذ العقد

(5) د. شريف محمد غنام – المرجع السابق- ص 331 0
(6) د. كاظم كريم الشمري – المرجع أعلاه – ص 71 0
(1) د. كاظم كريم الشمري – المرجع السابق – ص 59 0
(2) د. حسن علي الذنون – الفسخ – المرجع السابق – ص 233 0
(3) د. كاظم كريم الشمري – المرجع أعلاه – ص 72 0

لأهمية وقف تنفيذ العقد في المحافظة على وجود العقد واستقرار الرابطة العقدية ولتجنب المشاكل التي قد تنجم عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه فإن المشرع قد اعمل نظام وقف تنفيذ العقد في بعض القوانين الخاصة وعلى وجه الخصوص في قانون العمل وفي القانون البحري⁽⁴⁾

إذا كانت فكرة وقف تنفيذ العقد حالة استثنائية فأن وقف التنفيذ أصبح تنظيماً "قانونياً" مستقلاً" في قانون العمل وذلك لاعتبارات أهمها أن وقف تنفيذ العقد يمكن الأطراف من الاحتفاظ بعلاقة العمل قائمة لتستأنف فاعليتها من جديد بعد زوال سبب الوقف⁽⁵⁾، وهو ما يحقق فوائد لكل من صاحب العمل والعمال فوق التنفيذ يضمن للعمال مصدر رزقه ومعيشته وذلك بعودته إلى عمله بعد انقضاء وقف التنفيذ دون تحميله مشقة البحث عن عمل جديد كما يضمن وقف التنفيذ لصاحب العمل الاحتفاظ بعماله حيث يعودون إلى مزاولة عملهم عند زوال وقف التنفيذ⁽⁶⁾

وتختلف أسباب وقف تنفيذ عقد العمل فمنها ما يعود إلى العامل ومنها ما يعود إلى صاحب العمل⁽⁷⁾ أن أسباب وقف التنفيذ الراجعة إلى العامل تمس شخص العامل فتحول دون تقديم العامل مجهوده الشخصي لمصلحة صاحب العمل وهذه الأسباب هي المرض واعتقال العامل وولادة العاملة والخدمة العسكرية وأداء الخدمات العامة والإضراب والالتزامات الاجتماعية والأسرية نجد إنها لا تدخل ضمن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة عدا حالة المرض واعتقال العامل⁽⁸⁾

فاعتقال العامل رهن التحقيق فإذا تم توجيه اتهام إلى العامل بارتكاب جريمة فإن عقد العمل يتم إيقافه لحين الانتهاء من التحقيق وذلك بعدم قيام العامل بأداء العمل وإن الاستحالة الناجمة عن الاعتقال هي مؤقتة⁽⁹⁾

وبالنسبة لموقف المشرع العراقي نجد أنه في قانون العمل الملغى رقم (151) لسنة 1970 حظر على رب العمل إنهاء عقد العمل في حالة الاعتقال حيث يتم وقف عقد العمل ولا يستحق العامل أجراً "تبعاً" لذلك⁽¹⁰⁾

(4) د. كاظم كريم الشمري – المرجع أعلاه – ص 87

(5) Yammgchi.op-cit.p15, و د. صلاح محمد احمد – المرجع السابق – ص 384

(6) د. عدنان العابد – المرجع السابق – ص 314, و د. محمود جمال الدين زكي – عقد العمل في القانون المصري – الهيئة العامة للكتاب – القاهرة – 1982 – ص 873, و د. حسام الدين الاهواني – المرجع السابق – ص 565, و د. محمد نصر الدين منصور – المرجع السابق – ص 16

(1) د. صبا ألويسي – المرجع السابق – ص 51 وما بعدها

(2) د. إسماعيل غانم – المرجع السابق – ص 403

(3) المادة (1/29) من قانون العمل الملغى رقم (151) لسنة 1970

وقد قضت محكمة العمل العليا (لا يلزم صاحب العمل بدفع اجر العامل الموقوف بتهمة ارتكاب جريمة ضد الغير لاعلاقة لها بعمله)⁽⁴⁾

في قرار آخر لها قضت فيه بأنه (لا يجوز إنهاء خدمة العامل إذا كان موقوفاً رهن التحقيق أو متمتعاً بإجازة مرضية أو اعتيادية)⁽⁵⁾ 0

أما قانون العمل النافذ فلم يشير إلى حالة اعتقال العامل ألا بالنسبة إلى حالة توجيه الاتهام إلى العامل من قبل صاحب العمل وعندها يلزم صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله عند ثبوت براءته وان يدفع كل الأجر⁽⁶⁾ 0

وبالنسبة للمشرع المصري فقد اعتبر العقد موقوفاً إذا رغب صاحب العمل في ذلك حيث تناول اعتقال العامل رهن التحقيق في القانون رقم 137 لعام 1981 0⁽⁷⁾

ألا أن القضاء المصري ذهب إلى أن اعتقال العامل يؤدي إلى وقف العقد دون الحاجة إلى موافقة صاحب العمل على أن لا يكون الاعتقال لمدة طويلة مما يؤدي إلى الإخلال بسير العمل في المشروع فقد قضت محكمة النقض (ولئن كان اعتقال العامل بعقد محدد المدة يؤدي إلى وقف العقد لا فسخه)⁽¹⁾ 0

وإذا ما أوقف عقد العمل لاعتقال العامل فإن العامل لا يستحق أجراً عن مدة وقف التنفيذ وذلك طبقاً لقواعد وقف التنفيذ فالعامل لا يقدم أي عمل ألا إذا كان الاتهام بتدبير صاحب العمل موجب إعادة العامل إلى عمله واستحقاقه كامل أجره عن مدة الاعتقال وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض (ليس للعامل الحق بتقاض أجره عن مدة الوقف ألا إذا اثبت أن صاحب العمل الذي لفق الاتهام ودبره بقصد الكيد له والتخلص منه)⁽²⁾ 0

أما القانون الفرنسي فقد استقر على أن اعتقال العامل يؤدي إلى وقف تنفيذ عقد العمل إذ قضت محكمة النقض الفرنسية على (اعتقال المستخدم لا يؤدي بذاته في العادة إلى انقضاء عقد العمل بل يؤدي إلى وقفه بالقوة القاهرة)⁽³⁾ 0

(4) قرار الهيئة القضائية في 6/6/1972 منشور في قضاء محكمة العمل العليا – مجموعة 1 – ص 35 0
(5) القرار رقم 298 /أولى / 1980 تاريخ 1980/1/28 منشور في مجموعة الأحكام العدلية – العدد 4 – السنة

10- 1979 – ص 236 0

(6) المادة (40) من قانون العمل النافذ رقم (71) لسنة 1987 0

(7) المادة (67) من قانون العمل المصري النافذ 0

(1) نقض 6 مارس 1977 – منشور في مجموعة أحكام النقض – السنة 28 – رقم 12, 612 0

(2) نقض مصري صادر في 18/5/1966 أشار إليه د. كاظم كريم الشمرى – المرجع السابق – ص 95-96 0

(3) نقض فرنسي صادر في 1961 أشار إليه د. محمود جمال الدين زكي – المرجع السابق – ص 924 0

أما بالنسبة للمرض فالمرض هو (الاعتلال الصحي الذي يمنع العامل من مزاولة عمله ولا يكون ناشئاً عن العمل) (4) 0

أن أهمية المرض تظهر وأثره على العقد بوصفه ما التزم به العامل التزاماً " شخصياً" لذلك فإن العقد يبقى قائماً" برغم عدم قيام العامل بالعمل لأن العقد يكون في حالة توقف (5) 0 أي في حالة مرض العامل فإنه يبقى ملتزماً" التزاماً" شخصياً" تجاه رب العمل ويبقى العقد قائماً" ولكن يتم وقف تنفيذ العقد لحن زوال المرض 0

ويجب ألا يكون المرض ناتجاً" عن خطأ العامل نفسه سواء أكان عمداً" أو عن إهمال فبالنسبة للقانون العراقي اعتبر المرض احد الأسباب الموقفة لعقد العمل وان اختلف في تنظيم أحكامه (6) 0

وهذا ما قضت به محكمة العمل العليا (الملغاة) بأنه (يعد العقد موقوفاً" بسبب المرض) (1) 0 في قانون العمل النافذ اعتبر المرض الطارئ الذي يصيب العامل يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد إذا استمر المرض لمدة اقل من ستة أشهر أما إذا تجاوز مدة ستة أشهر اعتبر احد الأسباب التي ينتهي فيها العقد حيث نصت المادة (36) على (ينتهي عقد العمل في إحدى الحالات التالية :- رابعاً:- إذا أصيب العامل بمرض أقعده عن العمل ولم يشف منه بعد ستة أشهر من الإصابة ومثبت ذلك بشهادة طبية) 0

وقد اوجب المشرع على رب العمل أن يدفع للعامل أجره الكامل لمدة ثلاثين يوماً" (2) , أما إذا استمر المرض لمدة تتجاوز الثلاثين يوماً" فتطبق عليه إحكام قانون الضمان الاجتماعي للعامل (3) 0 أما القانون المصري فقد حدد المشرع المدة التي يقف خلالها عقد العمل بسبب المرض لمدة مائة وثمانين يوماً" خلال السنة الواحدة سواء أكانت هذه المدة متصلة أو منفصلة (4) 0 ويقع على العامل أخطار صاحب العمل بمرضه فور ظهوره وإثباته بشهادة طبية (5) 0

(4) المادة (1) من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم (39) لسنة 1971 0

(5) د. صبا ألويسي – المرجع السابق – ص 51-52 0

(6) د. صبا ألويسي – المرجع أعلاه – ص 56 0

(1) أنظر قرارها الصادر في 16/5/1973 منشور في قضاء محكمة العمل العليا – ص 155 0

(2) المادة (1/77) قانون العمل النافذ 0

(3) المادة (47) قانون الضمان الاجتماعي النافذ 0

(4) المادة (1/50) من قانون العمل المصري النافذ 0

(5) د. محمود جمال الدين زكي – المرجع السابق – ص 893 0

أما المشرع الفرنسي فلم يعالج أحكام المرض في قانون العمل بل ترك تنظيمه للاتفاقيات الجماعية والفرعية مؤطرا⁽⁶⁾ بالعادات المهنية المستمرة ولائحة العمل⁽⁷⁾

ألا أن القضاء المصري اخذ يفرق بين المرض الطويل والمرض القصير ورتب على الأول انفساخ العقد ورتب على الثاني وقف تنفيذ العقد ألا انه لم يضع معيارا "منضبطا" للتفريق بينهما ألا بعد صدور قرار محكمة النقض المصرية عام (1920) حيث وضع حدا "فاصلا" بين اثر المرض القصير واثر المرض الطويل فمتى طالمت مدة المرض على نحو يشيع الاضطراب في سير العمل في المشروع مما يضطر معه صاحب العمل إلى أحلال عامل آخر محل العامل المريض قبل شفائه فان المرض يعد محققا "للاستحالة النهائية ودون ذلك فان أثره يقتصر على وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد⁽⁷⁾

أم الأسباب التي تعود إلى صاحب العمل فال التزام صاحب العمل لا يرتبط بشخصه فيجب أن ترتبط الأسباب إلى صاحب العمل بمنشأته أو مشروعه فقد يتعرض المشروع لقوة قاهرة تقوده إلى الإغلاق كليا" أو جزئيا" لبعض فروعه أو منشأته أو أقسامه⁽⁸⁾

لقد عالج المشرع العراقي توقف العمل في المشروع في نص المادة (65) من قانون العمل إذ نص على (أولا:- إذا أوقف العمل جزئيا" أو كليا" بسبب طارئ أو قوة قاهرة وجب على صاحب العمل دفع أجور العامل عن فترة التوقف بما لا يزيد على ثلاثين يوما" وله تكليف العامل بعمل مقارب أو تكليفه بتعويض الوقت الضائع بعمل إضافي بدون اجر لا يزيد على ساعتين في اليوم ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوما" في السنة)⁽⁹⁾

أما الفقه فنلاحظ أن هناك ثلاثة اتجاهات :- الاتجاه الأول :- يرى بأنه لا يمكن إيقاف عقد العمل بناء" على طروء ظروف اقتصادية وذلك لان هذه الأخيرة لا يمكن أن تكون خارج حدود التوقع أو الدفع أي انه يوجد ما يسمى بالقوة القاهرة المالية ومن ثم يجب الاستمرار بتنفيذ العقد بتمكين العمال من تأدية عملهم واستمرار رب العمل بدفع أجورهم⁽¹⁾

(6) د. يوسف الياس – الحماية القانونية للأجرة في قانوني العمل العراقي والمصري – رسالة دكتوراه – القاهرة 1977 – ص 218

(7) أشار إلى هذا الحكم د. محمود جمال الدين زكي – المرجع السابق – ص 892-893

(1) CDHN(M),Revue protique de droit social,paris,1976 p.276.

أوردته د. صبا نعمان ألويسي – سلطة صاحب العمل الإدارية في إطار المشروع – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – كلية القانون – جامعة بغداد – بلا سنة طبع – ص 107

الاتجاه الثاني :- يضع الظروف الاقتصادية في مصاف حالات القوة القاهرة المؤقتة التي تؤدي إلى إيقاف العمل في المشروع ومن ثم إيقاف عقود العاملين⁽²⁾ 0

الاتجاه الثالث :- يرفض فكرة جعل الظروف الاقتصادية تشكل قوة القاهرة أم لا سواء أكانت نهائية أو مؤقتة ويرى بأنه يجب في مثل هذه الأحوال التفرقة بين المخاطر المعتادة والمخاطر الجسيمة فالأولى يمكن للمشروع تحملها أما الثانية فهي التي يمكن أن تهدد المشروع في وجوده أو بقاءه ومن ثم لا يمكن معها الاستمرار بتنفيذ العقد⁽³⁾ 0

أما القضاء فقد قضت محكمة التمييز (بأن ظروف القطر الذي يعاني الحصار وعدم توفر المواد الأولية قوة القاهرة تجيز لصاحب العمل وقف بعض خطوط الإنتاج من دفع أجور العاملين لمدة ثلاثين يوما" استنادا" إلى نص المادة (1/65) من قانون العمل) 0⁽¹⁾

كما قضت محكمة التمييز (أن الحرب وانقطاع التيار الكهربائي سبب أجنبي عن صاحب العمل تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد ومن ثم يجب إعادة العامل الى عمله مع صرف أجوره لمدة شهر كامل بالاستناد إلى نص المادة (1/65) من قانون العمل) 0⁽²⁾

أما المشرع المصري فقد أشار إلى أن القوة القاهرة تعفي كل من صاحب العمل والعامل من التزاماتهم فيعفى صاحب العمل من التزامه بتقديم العمل ويعفى العامل من التزامه بتأدية العمل وبما أن العامل لا يؤدي عملا " فهو لا يستحق أجرا" 0⁽³⁾

أما في قانون العمل النافذ فقد عالج المشرع حالة توقف العمل في المشروع في نص المادة (36) منه والتي نصت على (إذا حضر العامل إلى مقر عمله في الوقت المحدد للعمل وكان مستعدا" لمباشرة العمل وحالت دون ذلك أسباب ترجع إلى صاحب العمل اعتبر كأنه أدى عمله فعلا" واستحق أجره كاملا" أما إذا حضر وحالت بينه وبين مباشرة العمل أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل استحق نصف أجره) 0

⁽²⁾ Catale, Trait de droit du travail, Tome4 p.276

نقلا" عن د. كاظم كريم الشمري – المرجع السابق- ص 105 0

⁽³⁾ Durand et al., Trait de droit du travail, Tome2, paris, 1950, p.416.

نقلا" عن د. كاظم كريم الشمري – المرجع السابق – ص 106 0

⁽¹⁾ قرار محكمة التمييز – رقم الاضبارة 14/عمل – 1992 بتاريخ 1992/1/26 أورده د. كاظم كريم الشمري – المرجع السابق – ص 104 0

⁽²⁾ قرار محكمة التمييز رقم الاضبارة 34/عمل – 1992 – غير منشور 0

⁽³⁾ القانون في 1959 (الملغى) أشار إليه د. محمد نصر الدين منصور – المرجع السابق – ص 127 0

أما في القانون الفرنسي فإن الفقه والقضاء مجمعان على أن توقف العمل في المشروع لسبب أجنبي يؤدي إلى وقف عقد العمل فإذا ما كان توقف العمل بسبب الحرب لفترة قصيرة يصير بعدها استئناف العمل ممكناً" فأنها تؤدي إلى الوقف وليس الفسخ وان وقف تنفيذ العقد في هذه الحالة يفرض نفسه دون حاجة إلى موافقة العاملين وفي هذه الظروف فإن العقود سرعان ما يستأنف سريانها حيث تختفي الاستحالة الناجمة عن القوة القاهرة وتستأنف نشاطها(4) 0

بعد ان انتهينا من قانون العمل ننقل الآن الى القانون البحري ، فإذا ما أبرم عقد الإيجار فان طرفي العقد يرغبان في تنفيذه على وفق ما تم عليه الاتفاق ألا انه قد يحول مانع قهري دون المواصله في التنفيذ فالسفينه قد تتعرض لحوادث أو لعطل مؤقت مما يحول مؤقتاً " دون تنفيذ العقد ، ووقف عقد الإيجار للسفينه أما إن يكون عقد إيجار السفينه بالرحله أو بالمدة 0 فإيجار السفينه بالرحله عقد يلتزم بموجبه المؤجر بان يضع تحت تصرف المستأجر كل السفينه أو جزء منها من اجل القيام برحله أو برحلات (1) فالمؤجر وفقاً لهذا العقد ملزم بان يقدم للمستأجر السفينه أو جزء منها طوال مدة الرحله أو الرحلات 0

وقد جاء في مشروع القانون البحري العراقي (أولاً :- يعتبر عقد إيجار السفينه مجهزة أو غير مجهزة منفسخاً " بحكم القانون ولا يلزم أي طرف بالتعويض قبل الطرف الآخر اذا استحال قبل البدء في الرحله استغلال السفينه بالحاله التي كانت عليه وذلك لقوة قاهره أو حرب أو أمر صادر من سلطة عراقية علياً.....)(2) 0

إما اذا كانت الاستحاله مؤقتة وأدت إلى توقف السفينه ظلت الالتزامات قائمه وعلى المستأجر الانتظار حتى زوال تلك الاستحاله كما يقع على الربان أن يتخذ جميع التدابير اللازمه لاستئناف السفر دون تأخير ولا تتوجب زياده في الأجر أو تعويض العطل والضرر اذا كان توقف السفينه بسبب القوة القاهرة أو حادث عرضي(3) 0

وجاء في مشروع القانون البحري العراقي (يبقى إيجار السفينه في الإيجار المحدد بالرحله نافذاً " دون تعويض في الأجر اذا توقفت السفينه مؤقتاً " أثناء الرحله بسبب القوة القاهرة)(4) 0

(4) د. محمد نصر الدين منصور – المرجع السابق – ص 42-43 0

(1) المادة (5) من القانون البحري الفرنسي الصادر عام 1966 أشار إليه د. كاظم كريم أشمري – المرجع السابق – ص 107 0

(2) المادة (2-1/177) مشروع القانون البحري العراقي اشار اليه نفس المصدر – ص 108 0

(3) د. كاظم كريم أشمري – المرجع السابق – ص 108 0

(4) المادة (1/68) 0

أما عقد إيجار السفينة بالمدة هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه المؤجر بان يضع تحت تصرف المستأجر لمدة معينة في مقابل اجر سفينة صالحة للملاحة وذلك لينتفع بها وفقاً لمصالحه في حدود الشروط المذكورة في العقد أو التي يقضي بها القانون⁽⁵⁾ 0

ألا انه قد يتعذر على المستأجر الاستفادة من السفينة مدة من الزمن فبالنسبة للمشرع العراقي فقد أشار في مشروع القانون البحري (أذا طرأت الاستحالة أثناء الرحلة فلا يجوز فسخ العقد إلا باتفاق الطرفين.....)⁽⁶⁾ 0 وأشار مشروع القانون البحري العراقي إلى انه إذا أوقف عقد إيجار السفينة بسبب القوة القاهرة فانه يترتب على ذلك أن يقف سريان مدة الإيجار⁽⁷⁾ 0

أما القانون المصري فقد عالج توقف السفينة المؤجرة بالمدة ونص على انه عقد إيجار السفينة بالمدة يوقف إذا كان توقف السفينة ناتجا عن قوة القاهرة فعندها لا يستحق أي اجر،⁽¹⁾ أما إذا كان توقف السفينة بسبب الحوادث الملاحية فان العقد لا يتوقف إلا إذا استمر التوقف لأكثر من أربع وعشرين ساعة⁽²⁾ 0

أما القانون الفرنسي اعتبر حالة تعطل السفينة لمدة تزيد على أربع وعشرين ساعة سببا "موقفا" للعقد عندما نص على وجوب عدم دفع الأجرة في الحالات التي تكون فيها السفينة تحت تصرف المستأجر على أن يزيد التعطل على أربع وعشرين ساعة إضافية على أن لا يكون هذا التعطل ناتجا عن خطأ المستأجر⁽³⁾ 0

(5) د. احمد حسني - عقود إيجار السفن - الإسكندرية - 1985 - ص 75 0

(6) المادة (178) 0

(7) المادة (165) 0

(1) المادة (176) من القانون البحري المصري لعام 1990 0

(2) المادة (175) بحري مصري 0

(3) المادة (16) من القانون البحري الفرنسي الصادر في 1966 0 أشار اليه د. كاظم الشمري - المرجع السابق

ص 111 0

الخاتمة

وبعد أن انتهينا من بحثنا الموسوم { القوة القاهرة واثرها في المسؤولية العقدية } - دراسة مقارنة - فلا بد من نتائج ومقترحات تتمخض عن هذا البحث وكلاّتي :-

1- النتائج:-

أولاً:- أن للقوة القاهرة عدة تعاريف قد وضعت من قبل العديد من الفقهاء وقد اختلفوا في تعريفهم للقوة القاهرة ووجدنا أن القوة القاهرة تعني كل حادث لا دخل لإرادة الإنسان في حدوثه وغير ممكن التوقع والدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً" على نحو نهائي أو مؤقت أو جزئي ولاحظنا أن فكرة القوة القاهرة قديمة تجد جذورها في القوانين الوضعية القديمة (قانون حمورابي) ولاحظنا أن القضاء العراقي والمصري والفرنسي قد عرف القوة القاهرة واعتبرها سبباً " للإعفاء من المسؤولية وأن القوة القاهرة تتميز عن أوضاع أخرى كالظروف الطارئة ولاحظنا على الرغم من التشابه بينهما إلا أن هناك فرقاً" واضحاً" فيما بينهما وأيضاً" تمييز القوة القاهرة عن حالة الضرورة والاختلاف بينهما إما تمييز القوة القاهرة عن الحادث المفاجئ فلاحظنا عدم وجود فارق بينهما على الرغم من أن هناك من ذهب إلى وجود فارق بينهما ولكن في الواقع لا يوجد أي فارق بينهما والاختلاف لغوي فقط إما من حيث الأثر فهو نفس الأثر 0

ثانياً:- أن هناك اختلافاً" فيما بين الفقهاء حول شروط القوة القاهرة والسبب في ذلك يعود إلى اختلاف الفقهاء حول تعريف القوة القاهرة مما أدى بهم إلى اختلافهم حول شروط القوة القاهرة وقلنا عموماً" أن شروط القوة القاهرة هي شرط العلاقة السببية بين القوة القاهرة والضرر وشرط الخارجية وشرط عدم إمكانية دفع الحدث والتوقع 0

ثالثاً:- القوة القاهرة اما ان تكون كاملة او دائمية فالكاملة تكون عندما تكون القوة القاهرة هي السبب الوحيد في إحداث الضرر أما الدائمة فتكون بالنظر إلى ميعاد زوالها فإذا كانت نهائية أي غير ممكن ان تزول في المستقبل فهنا تكون دائمية ولاحظنا على الرغم من الاختلاف بين القوة القاهرة الدائمة والكاملة ولكن نلاحظ أن إثرهما واحد في المسؤولية العقدية وهي الاستحالة المطلقة والانفساخ وما يترتب عليه من آثار وهي سبعة آثار 0

رابعاً:- تحمل التبعة هو اثر للانفساخ و أنها هي التي تعين من المسئول عن هلاك محل الالتزام بسبب القوة القاهرة التي لا يد للمدين فيها فالمسئول عن هذا الهلاك هو الذي سيخسر الشيء الهالك فمن المهم أن نتعرف من الذي سيتحمل في النهاية تبعة الهلاك هل هو الدائن أو المدين ؟ ولاحظنا بان الدائن هو الذي يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانب الواحد والمدين في العقود الملزمة للجانبين 0

خامساً:- القوة القاهرة قد تكون الجزئية أو مؤقتة فالجزئية تكون عندما تشترك مع القوة القاهرة غيرها من الأسباب في إحداث الضرر ومؤقتة أي عندما تزول في المستقبل أي يكون أثرها مؤقتاً وإذا كانت جزئية فان أثرها يكون الإعفاء الجزئي من المسؤولية أي أن المدين يطالب بتنفيذ جزء من الالتزام إذا وجد أن هناك فائدة مرجوة من تنفيذ هذا الجزء والقوة القاهرة المؤقتة كما قلنا هنا يكون بالنظر إلى ميعاد زوالها فإذا وجدت ثمة بوادر واحتمالات تشير إلى أنها ستزول في المستقبل خلال فترة قد تطول أو تقصر ولكنها ستزول في المستقبل فهنا تعتبر مؤقتة وان أثرها سيكون وقف تنفيذ العقد ولاحظنا اختلاف الفقهاء حول تعريف وقف تنفيذ العقد وطبيعة وقف تنفيذ العقد وأساسه القانوني وشروط وقف تنفيذ العقد اختلاف الفقهاء في هذه الشروط هو بسبب اختلافهم في تعريف وقف تنفيذ العقد وآثار وقف تنفيذ العقد وهذه الآثار هي ثلاثة وتأتي تباعاً "الأثر الأول وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية وأن وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية يختلف عن الالتزامات الثانوية حيث توقف الالتزامات الجوهرية في حين أن الالتزامات الثانوية تبقى سارية والثاني إعفاء أطراف العقد من مسؤولية عدم التنفيذ خلال فترة الوقف وأخيراً استئناف تنفيذ العقد عند زوال المانع الذي أدى إلى قيام الاستحالة المؤقتة وانقضاء وقف التنفيذ أي بعد زوال المانع الذي أدى الى وقف تنفيذ العقد أي زوال القوة القاهرة المؤقتة أي استئناف سريان العقد 0

2-المقترحات:-

اولاً:- وضع تعريف دقيق مانع جامع للقوة القاهرة وبذلك يتم صياغة شروط القوة القاهرة من هذا التعريف المحدد 0

ثانياً:- وصف واقعة القوة القاهرة أنها غير ممكنة الدفع ولا يد للمدعي عليه فيها بل أن يتم تحديد شروطها وان يعتبر كل ما يتوافر فيها من شروط القوة القاهرة تعفي المدعى عليه من المسؤولية 0 ثالثاً:- ندعو الفقه والقضاء العراقي إلى التخلي عن الفكرة القائلة باختلاف القوة القاهرة عن الحادث المفاجئ والأخذ بالاتجاه السائد الذي يدعو إلى الوحدة بينهما ورفض الاتجاه الداعي إلى التفرقة بينهما على أساس شيوع فكرة تحمل التبعة وانحسار فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية كما ندعو المشرع العراقي إلى اتخاذ موقف محدد بخصوص هذه المسألة من خلال ما يشرعه من نصوص قانونية في القانون المدني 0

رابعاً:- أن واقعة القوة القاهرة تنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر وان هذه الواقعة خارجية لها استقلاليتها دون أن يتدخل المدين في إحداثها وهذه الواقعة يتمسك بها المدين ليتخلص من المسؤولية إذا اثبت انه لم يصدر منه أي خطأ أدى إلى وقوع الضرر أو استحالة تنفيذ الالتزام ولكي يتم ذلك فلا بد من بحث القوة القاهرة في مجال العلاقة السببية وليس في مجال الخطأ 0

خامساً:- لم تشر المادة (179) مدني عراقي إلى العقود الملزمة لجانب واحد في حالة الانفساخ والفسخ وكأن هذه العقود لا تنفسخ وهذا يفهم من لفظ عبارة (عقود المعاوضة) في حين راينا أن الانفساخ يرد على العقود الملزمة للجانب الواحد والملزمة للجانبين 0

سادساً:- تنظيم الانفساخ باعتباره احد الأسباب التي ينحل بها العقد إذ أن الانفساخ نظام قانوني قائم بذاته إلى جانب غيره من أنظمة الانحلال (الفسخ والإقالة) 0

سابعاً:- أن وقف تنفيذ العقد هو علاج قانوني لحالة تعذر تنفيذ العقد نتيجة للاستحالة المؤقتة الناجمة عن القوة القاهرة أذن وقف تنفيذ العقد نظاماً " قانونياً " مؤقتاً " يعقبه أما استمرار تنفيذ العقد أو الإقرار بانفساخه ولهذا فان وقف تنفيذ العقد نظام قانوني مستقل عن الأنظمة الأخرى ولهذا نرى انه على المشرع العراقي أن يضيف إلى المادة (425) من القانون المدني العراقي إلى ما يشير إلى الاستحالة المؤقتة والتي تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد وجعل المادة (425) بالشكل الآتي:-

أولاً:- ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً " لسبب اجنبي لا يد له فيه 0 ثانياً:- اذا كانت الاستحالة مؤقتة فيوقف تنفيذ العقد حتى تزول على انه اذا استمرت الاستحالة الى الوقت الذي يؤدي الى فوات جدوى التنفيذ ينقضي الالتزام

{قائمة المراجع}

أ. المراجع العربية

أولاً:- الكتب القانونية

- 1- د. إبراهيم الدسوقي – الإغفاء من المسؤولية المدنية في حوادث السيارات - دار النهضة العربية – القاهرة – 1975 0
- 2- د. إبراهيم الفياض – مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق مع الإشارة إلى القانونين المصري والفرنسي – دار النهضة العربية – القاهرة – 1973 0
- 3- د. احمد حسني – عقود أيجار السفن – الإسكندرية – 1985 0
- 4- د. احمد حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام في القانون المدني المصري – مطبعة مصر – القاهرة – 1945 0
- 5- احمد محمود سعد – مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – القاهرة – 1988 0
- 6- د. إسماعيل العربي – نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني – بغداد – 1947 0
- 7- د. إسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – مكتبة عبد الله وهب – مصر – 1966 0
- 8- د. أنور سلطان – الموجز في مصادر الالتزام – منشأة المعارف – الإسكندرية – 1970
- 9- د. جعفر أفضلي – الوجيز في العقود المسماة – البيع – الإيجار – المقاوله – مطابع التعليم العالي – الموصل – 1989 0
- 10- د. جلال علي العدوي – أصول الالتزامات – مصادر الالتزام – منشأة المعارف – الإسكندرية – 1997 0

- 11- د. جميل الشرقاوي – النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول – مصادر الالتزام – دار النهضة العربية – القاهرة – 1981 0
- 12- د. حسام الدين كمال الاهواني – شرح قانون العمل – بلا مكان طبع – 1981-1982 0
- 13- د. حسن عكوش – المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد – القاهرة – دون سنة طبع 0
- 14- د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول- مصادر الالتزام – مطبعة المعارف – بغداد – 1949 0
- 15- د. حسن علي الذنون – دور المدة في العقود المستمرة – بغداد – 1988 0
- 16- د. حسين عمر وعبد الرحيم عامر – المسؤولية المدنية – التقصيرية والعقدية – ط2 – دار المعارف – 1979 0
- 17- د. رمضان عبد الله صابر – وقف عقد العمل – دار النهضة العربية – القاهرة – 1997
- 18- د. سليمان مرقس – المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية – القسم الأول – الأحكام العامة – أركان المسؤولية المدنية – الضرر والخطأ والسببية – ط2 – معهد الدراسات العربية – القاهرة – 1971 0
- 19- د. سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – ج2 – الالتزامات – الفعل الضار – المسؤولية المدنية – القسم الأول – 1988 0
- 20- د. سليمان مرقس – بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها – 1987 – جمع وتنسيق هدى النمير 0
- 21- د. سليمان مرقس – نظرية العقد – دار النشر للجامعات – القاهرة – 1956 0
- 22- سليم رستم باز ألبناني – شرح المجلة (مجلة الأحكام العدلية) – بيروت – 1923 0
- 23- د. سمير عبد السيد تناغوا – نظرية الالتزام – منشأة المعارف – الإسكندرية – دون سنة طبع 0
- 24- د. شريف محمد غنام – اثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية – دار النهضة العربية – القاهرة – 2000 0
- 25- د. طلبة وهب خطاب – أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون – دراسة مقارنة – دار الفكر العربي – القاهرة – دون سنة طبع 0

- 26- د. عادل جبري محمد حبيب – المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية – 0 2003
- 27- د. عاطف النقيب – النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية – ط1 – منشورات عويدان – بيروت – 0 1980
- 28- د. عاطف النقيب – عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني – بنغازي – 0 1995
- 29- د. عباس زبون العبودي – أحكام قانون الإثبات المدني العراقي – مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر – جامعة الموصل – 0 1991
- 30- د. عباس زبون العبودي – شريعة حمورابي – دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة – مطبعة التعليم العالي في الموصل – 0 1990
- 31- د. عبد الحكم فودة – إنهاء القوة الملزمة للعقد – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – 0 1993
- 32- د. عبد الحميد الشواربي – المشكلات العملية في تنفيذ العقد – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – 0 1988
- 33- د. عبد الحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية – مطبوعات جامعة الكويت – 0 1972
- 34- د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام (دراسة مقارنة) ج1 – مصادر الالتزام – مطبوعات جامعة الكويت – 0 1982
- 35- عبد الرحمن العلام – المبادئ القضائية – القسم المدني – بغداد – 0 1957
- 36- د. عبد الرزاق احمد السنهوري – النظرية العامة للالتزامات – ج1 – نظرية العقد – مطبعة دار الكتب المصرية – القاهرة – 0 1934
- 37- د. عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج1 – مطبوعات المجتمع العلمي العربي الإسلامي – القاهرة – 0 1982
- 38- د. عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة – 0 1952

- 39- د. عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد والإرادة المنفردة – بلا مكان طبع – 0 1984
- 40- د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – ج 1 – مصادر الالتزام – ط 2 – مطبعة الأهلية – بغداد – 0 1963
- 41- د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – مطبعة المصطفى العاني – القاهرة – 0 1960
- 42- د. عصمت عبد المجيد – الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها – بغداد – 01993
- 43- د. عصمت عبد المجيد – الوجيز في شرح قانون الإثبات – مطبعة الزمان – بغداد – 1977
- 0
- 44- علي حيدر – درر الحكام في شرح مجلة الأحكام – تعريب المحامي فهمي الحسيني – منشورات مكتبة النهضة – بيروت 0
- 45- د. غازي عبد الرحمن ناجي – التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه – مركز البحوث القانونية – بغداد – 0 1986
- 46- د. غني حسون طه – الموجز في النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول – مصادر الالتزام – مطبعة المعارف – بغداد – 0 1963
- 47- د. فريد فتیان – مصادر الالتزام – شرح مقارنة على النصوص – مطبعة العاني بغداد – 0 1957-1956
- 48- د. لطيف جبر كوماني – مسؤولية البائع في البيوع البحرية – دراسة في البيع سيف والبيع فوب – مؤسسة الثقافة العالمية – بغداد – 0 1982
- 49- د. مجيد حميد العنبيكي – القانون البحري العراقي – بيت الحكمة – بغداد – 0 2002
- 50- د. محسن عبد الحميد إبراهيم – النظرية العامة للالتزام – ج 1 – مصادر الالتزام – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – 0 1997
- 51- د. محمد حسنين – الوجيز في نظرية الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري – دون مكان طبع – 0 1983
- 52- د. محمد حسين منصور – مصادر الالتزام – العقد والإرادة المنفردة – بيروت – 0 2000
- 53- محمد شتا أبو السعد – الأعداء في القانون المدني المصري وما جرى عليه العمل في القضاء – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة – 0 1990

- 54- د. محمد عبد الظاهر حسين – الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد – دار النهضة العربية – القاهرة – 2002 0
- 55- د. محمد علي عثمان أفقي – استحالة تنفيذ الالتزام وآثارها – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني – دار النهضة العربية – القاهرة – 1995 0
- 56- د. محمد كامل مرسي – شرح القانون المدني الجديد – الالتزامات – ج 2 – مصادر الالتزام – المطبعة العالمية – القاهرة 0
- 57- د. محمد لبيب شنب – المسؤولية عن الأشياء – دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مقارنا" بالقانون الفرنسي – مكتبة النهضة المصرية – القاهرة – 1957 0
- 58- محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين – الفسخ والانسفاخ والتفاسخ (البطلان في الانعدام في ضوء القضاء والفقه) – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – 1988 0
- 59- د. محمد نصر الدين منصور – نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين في حالة تعطل العمل في المنشآت – القاهرة – 1989 0
- 60- د. محمود جمال الدين زكي – الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري – جامعة القاهرة – 1978 0
- 61- د. محمود جمال الدين زكي – عقد العمل في القانون المصري – الهيئة العامة للكتاب- القاهرة – 1982 0
- 62- د. محمود سعد الدين شريف – شرح القانون المدني العراقي – نظرية الالتزام – ج 1 – مصادر – مطبعة العاني – بغداد – 1955 0
- 63- د. محي الدين إسماعيل علم الدين – نظرية العقد – مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية – ط – دار النهضة العربية – القاهرة – 1994 0
- 64- د. مصطفى الجمال – النظرية العامة للالتزام – الدار الجامعية – 1978 0
- 65- د. مصطفى مرعي – المسؤولية المدنية في القانون المصري – ط 1 – مطبعة نوري – القاهرة – 1936 0
- 66- د. منذر الفضل – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني – ج 1 – مصادر الالتزام – ط 1- 1991 0

67- د. منير القاضي – المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني – مطبعة الحكومة – بغداد – 0 1984

68- د. منير القاضي – ملتقى البحرين – المجلد الأول – مطبعة العاني – بغداد – 0 1952

69- د. وحيد رضا سوار – القانون المدني الجزائري – ج 1 – التصرف القانوني – القاهرة – 0 1975

70- د. وفاء حلمي أبو جميل – وقف عقد العمل – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة – دون سنة طبع 0

71- د. يحيى احمد موافي – المسؤولية عن الأشياء (في ضوء الفقه والقضاء) – منشأة المعارف – الإسكندرية – 0 1992

ثانياً:- الرسائل الجامعية

1- د. إبراهيم عبد الرزاق الخولي – استقرار الملك في العقود في الفقه والقانون الوضعي – رسالة دكتوراه – كلية التربية والقانون – جامعة الأزهر 0

2- أ. أحسان شاكر عبد الله – مسؤولية الباني تجاه المشتري في عقد بناء السفينة – رسالة ماجستير – بغداد – 0 1977

3- أ. احمد طالب الجعيفري – مسؤولية الإدارة عن الخطأ الناتج عن الأعمال المادية – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بابل – 0 1999

4- أ. أريج عبد الستار علوان – انفساخ العقد – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة الرافدين – 0 2000

5- د. إسماعيل محمد علي المحاقيري – الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني مقارناً" بالقانون المصري والتربية الإسلامية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – 1996 0

6- د. أياد عبد الجبار ملوكي – المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية – رسالة دكتوراه – كلية القانون – جامعة بغداد – مطبعة بابل – بغداد – 1979-1987 0

7- د. جمال محمود عبد العزيز – الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – 0 1996

- 8- أ. حامد شاكر محمود الطائي – استحالة التنفيذ واثرها على الالتزام العقدي – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بابل – كلية القانون – 2002 0
- 9- د. حسبو الغزاوي – اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – 1979 0
- 10- د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة فؤاد الأول – مطبعة النهضة – مصر القاهرة – 1946
- 11- د. حسين علي عبيد عودة – استحالة تنفيذ الالتزام العقدي بالسبب الأجنبي – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بغداد – 2001 0
- 12- د. خالص نافع أمين – التزامات المشتري في البيع سيف – رسالة دكتوراه – كلية القانون – جامعة بغداد – 1997 0
- 13- أ. زينة كاظم الهاشمي – اثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية – رسالة ماجستير – كلية الحقوق – جامعة النهرين – 2002 0
- 14- ستار حسن جاسم – النظرية العامة للفسخ في القانون المدني العراقي وتطبيقاته القضائية – بحث مقدم إلى المعهد القضائي – بغداد – 1986 0
- 15- د. سليمان مرقس – نظرية دفع المسؤولية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة فؤاد الأول – مطبعة الاعتماد – القاهرة – 1936 0
- 16- د. سيف الدين محمد محمود – جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – 1982 0
- 17- د. صالح ناصر العتيبي – فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – 2001 0
- 18- د. صبا نعمان رشيد ألويسي – سلطة صاحب العمل الإدارية في إطار المشروع – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – كلية القانون – جامعة بغداد – دون سنة طبع 0
- 19- د. صبا نعمان رشيد ألويسي – وقف عقد العمل وتطبيقاته في القانون العراقي – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بغداد – 1998 0
- 20- د. صفاء تقي عبد نور – القوة القاهرة واثرها على عقود التجارة الدولية – رسالة دكتوراه – كلية القانون – جامعة الموصل – 2005 0

- 21- د. صلاح محمد احمد – القوة القاهرة واثرها في قانون العمل – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة أسيوط – 1995 0
- 22- د. عباس حسن الصراف – المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – 1954 0
- 23- د. عبد الباسط عبد المحسن – الإضراب في قانون العمل – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – 1992 0
- 24- د. عبد الحي حجازي – عقد المدة – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة إبراهيم باشا الكبير – 1950 0
- 25- د. عبد الرحمن مصطفى عثمان – نظرية السبب – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – 1984 0
- 26- د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني – دون مكان طبع – 1994 0
- 27- د. علي ضاري خليل – السبب الأجنبي وأثره في نطاق المسؤولية التقصيرية – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بغداد – 1999 0
- 28- د. علي عبيد عودة – العلاقة السببية بين الخطأ والضرر – رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بغداد – 1977 0
- 29- د. علي محمد علي المولى – الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – 1991 0
- 30- د. فاضل شاكر الأنعمي – نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون – رسالة ماجستير – مطبعة دار الجاحظ – بغداد – 1969 0
- 31- د. كاظم كريم أشمري – وقف تنفيذ العقد – رسالة ماجستير – كلية الحقوق – جامعة النهرين – 2002 0
- 32- د. محمد زكي عبد البر – نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي – ج 1 – في الفقه الحنفي – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة فؤاد الأول – مطبعة الفجالة الجديدة – القاهرة – 1950 0
- 33- محمود محمد عوض – انقضاء الالتزام بالإبراء واستحالة التنفيذ في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – رسالة ماجستير – كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر – القاهرة – 1983

- 34- د. وسن قاسم غني الخفاجي – إيقاف التنفيذ المؤقت في العقود – رسالة دكتوراه – كلية القانون – جامعة بغداد – 2006 0
- 35- د. يوسف الياس – الحماية القانونية للأجر في قانون العمل العراقي والمصري – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – 1977 0

ثالثاً:- البحوث القانونية :-

- 1- د. بشرى الجندي – خصائص مسؤولية المدين العقدية – بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة – ع1 – س14 – 1970 0
- 2- د. جاسم العبودي – المداخلات في أحداث الضرر تقصيرا" – مجلة العلوم القانونية تصدرها كلية القانون – جامعة بغداد – المجلد 15 العددان 1 و2 لسنة 2000 0
- 3- د. عبد الحي حجازي - مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الأول – السنة الأولى – 1959 0
- 4- د. عبد لحي حجازي – نظرية الاستحالة – مجلة إدارة قضايا الحكومة – ع2 – القاهرة – 1963 0
- 5- . عدنان إبراهيم سلطان – سلطة القاضي التقديرية إزاء طلب الفسخ لعدم التنفيذ – بحث منشور في مجلة العلوم القانونية مجلد 8 ، ع1-2 – مطبعة العاني – بغداد – 1989 0
- 6- د. عدنان العابد – وقف عقد العمل ف القانون المقارن – بحث منشور في مجلة القانون المقارن – العدد10 – السنة السابعة – بغداد – 1979 0
- 7- د. عمر السيوي – العقد الإداري والقوة القاهرة – مجلة الدراسات القانونية – مجلد 13 – سنة14 – جامعة تار يونس – بنغازي – 1994 0
- 8- د. مجيد حميد العنبيكي – المفهوم العام للقوة القاهرة واثرها في تنفيذ المفاوض لالتزاماته التعاقدية – مجلة النفط والعالم – العددان 91 و92 – بغداد – 1981 0
- 9- د. محسن شفيق – نظرية الحرب كقوة القاهرة واثرها على عقد البيع التجاري – بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد – العدد 1 – السنة العاشرة – مصر – 1940 0
- 10- د. محمد إبراهيم الدسوقي – شرط انقطاع الصلة بين المسئول والسبب الأجنبي – مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية جامعة أسيوط – 1979 0

- 11- د. محمد سليمان الأحمد وهالة مقداد أجليلي – استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي – بحث منشور في مجلة القانون المقارن تصدرها جمعية لقانون المقارن العراقية – العدد 29 – 2001 0
- 12- د. محمد علي الطائي – نظرية الظروف الطارئة واثرها على تنفيذ العقد الإداري – مجلة القضاء – العددان 1 و2 – بغداد – 1982 0
- 13- د. محمود سمر الشرقاوي – الالتزام بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع – بحث منشور في القانون والاقتصاد – س46 – ع3 و4 – القاهرة – 1976 0
- 14- د. مصطفى الزرقا – نظرة في تبعة الهلاك بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي – بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة – السنة الرابعة – العدد الثاني 0
- 15- د. نجيب محمد بكر – اثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام – بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – العدد الأول – 1985 0

رابعاً:- المجموعات القضائية والمجلات الدورية :-

- 1- إبراهيم المشاهدي – المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – مطبعة الجاحظ – بغداد – 1994 0
- 2- إبراهيم المشاهدي – المختار من قضاء محكمة التمييز / قسم القانون المدني والقوانين الخاصة – ج4 – مطبعة الزمان – بغداد – 2000 0
- 3- النشرة القضائية – العدد الثالث – السنة الخامسة – 1974 0
- 4- النشرة القضائية – العدد الثاني – السنة الرابعة 0
- 5- النشرة القضائية – العدد الثاني – السنة الثانية – 1972 0
- 6- حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني – الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً – القاهرة – 1982 0
- 7- حسن الفكهاني - - الموسوعة الذهبية – ملحق 7 – القاهرة – 1987 0
- 8- سعد احمد شعله – العقود في قضاء النقض – ج1 – الإسكندرية – 2000 0
- 9- سليمان بيات – القضاء المدني العراقي – ج1 – شركة الطبع والنشر الأهلية – 1962

- 10- د. عبد الفتاح مراد – موسوعة مراد لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية – ج3 – القاهرة – 2000 0
- 11- قضاء محكمة تمييز العراق – المجلد الثالث – مطبعة الإرشاد – بغداد – 1969 0
- 12- مجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة (4) – العدد (1) 0
- 13- مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة (10) – العدد (3) – 1966 0
- 14- مجلة الأحكام العدلية - العدد الأول – لسنة 6 / 1975 0
- 15- مجلة الأحكام العدلية – العدد الأول – لسنة 1984 0
- 16- مجلة الأحكام العدلية – العدد الثاني - - السنة السادسة – 1975 0
- 17- مجلة التشريع والقضاء- السنة (2) – القسم الثاني – القضاء 0
- 18- مجلة العدالة – العدد الثاني – السنة الأولى – 1975 0
- 19- مجلة القضاء العراقية – العدد الثاني – السنة 24 نيسان – حزيران – 1969 0
- 20- مجلة القضاء – العراق – العدد الثالث – السنة الواحد والثلاثون – تموز / آب / أيلول – 1976 0
- 21- مجلة المحاماة – السنة 33 0
- 22- مجلة المحامون السورية – العدد (6) – السنة (35) – 1970 0
- 23- مجلة المحاماة المصرية – العدد الأول – السنة الخامسة والثلاثون – القاهرة – 1954
- 24- مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية – السنة الرابعة عشر – العدد الأول – القاهرة – 1963 0
- 25- مجموعة الأحكام العدلية – العدد الثاني – السنة الثالثة عشر - 1982 0
- 26- مجموعة الأحكام العدلية – العدد الأول – السنة الثامنة – 1977 0
- 27- مجموعة الأحكام العدلية – العدد الثاني – السنة السادسة – 1975 0
- 28- مجموعة احكام محكمة النقض (المكتب الفني) – القاهرة – السنة 27 0
- 29- موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية 0

خامساً: - القوانين:-

- 1- القانون البحري المصري لعام 1990 0
- 2- القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951 0
- 3- القانون المدني المصري النافذ رقم 131 لسنة 1948 0
- 4- القانون المدني الفرنسي الصادر 1804 0
- 5- قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 0
- 6- قانون التقاعد والضمان والاجتماعي رقم (39) لسنة 1971 0
- 7- قانون العمل العراقي الملغي رقم 151 لسنة 1970 0
- 8- قانون العمل العراقي النافذ رقم 71 لسنة 1987 0
- 9- قانون العمل المصري الملغي في 1959 0
- 10- قانون العمل المصري النافذ رقم 137 لسنة 1981 0
- 11- قانون النقل العراقي رقم 80 لسنة 1980 0
- 12- قانون حمورابي 0
- 13- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / ج 2 0

ب – المراجع باللغة الفرنسية :-

- 1- De –mouge –les –effects –obligation – tq- paris -1986.
- 2- - Exner, La nation de fore majeure, theorie de la responsiabilite daus contract de transport, traduction seligmann, paris, 1892.
- 3- francois chabas Linflaence de la plaralite des causes sur le droit araparathion paris 1967.
- 4- HENRE MAZEAUD, trite theoriqueet pratique – ed – lateponsabilite civile – delicately et contractually, "Le debilite est responsable de linexscution de obligation tous les foes quill ne justified pas quelled entd'une eause étagère qui ne peut lui etre imputes”.
- 5- Jacob, net Journeau, ph, lareonsabilite ciril laloet azard t.1, dalloz, Paris,1972 . p.157.
- 6- Marty G, et, Raynoud, Droit civil. Tomcz. Vol-Paris 1952.
- 7- Mazeaod – (henre) –leon – et- jean :Droit Civil-T.II.Vol.I7eme ed- De – mouge –les –effects –obligation – tq- paris -1986
- 8- Rene –rediere –la- responsabilite civil- 1952 paris .
- 9- Sarrute,De la suspension dans Leveection de contracts ,paris,1929.
- 10- Treillard,De la suspension des contracts.la tendance La stabilite du rapport contractual, par paul Durand.pais,1960.
- 11- yamaaguchi , letheoie dela suspension du contract de travail , paris1963.