مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الإستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني

دراسة مقارنة

Exceptions to the principle of the contract of the law of the contracting parties in civil law
A comparative study

المدرس المساعد سەربەست قادر حسين
كلية القانون و العلوم السياسية، جامعة صلاح الدين
معار إلى كلية القانون و العلاقات الدولية، الجامعة اللبنانية الفرنسية

الأستاذة المساعدة الدكتورة ڕۆژان عبدالقادر دزەیی
كلية القانون والعلاقات الدولية الجامعة اللبنانية الفرنسية

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام: ٢٠١٨/٥/١٣
القبول: ٢٠١٨/٦/١٧
النشر: **صيف ٢٠١٨**

Doi:
10.25212/lfu.qzj.3.3.11

الكلمات المفتاحية:

Civil law, contract, legislation, exceptions, judge, intervention, justice, obligation, contract ..dissolution, modification

الملخص

إن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يعتبر من اهم المباديء القانونية، و خاصة في مجال القانون المدني، من احدى النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الارادة. اصبح هذا المبدأ في القوانين المدنية مبدأ ثابتا و مستقرا و ذات مفهوم ثابت و دقيق في مجال نظرية العقد. و هذا المبدأ يشير إلى أن الاصل في العقد متى نشأ صحيحا طبقا للقانون، التزم المتعاقدان به و خضعا له كما يخضعان للقانون، و لهذا يقال ان العقد شريعة المتعاقدين، فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه و لا بتعديله، مالم يسمح له الاتفاق أو القانون بذلك، كما ان هذا المبدأ يلزم القاضي ايضا ، فلا يكون له – كمبدأ عام – التدخل لكي يحل الطرفين منه.

إن هذا المبدأ ترد عليه بعض استثناءات سواء من حيث تعديل العقد او انهائه، و أن هذه الاستثناءات تخضع لفكرة العدل والقانون وغاياته.

و تكمن اهمية موضوع البحث في اهمية العقد بإعتباره مصدرا من

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

مصادر الالتزام من جهة، و في اهمية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في استقرار المعاملات من جهة اخرى، هذا اضافة الى إن الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ مبعثرة في ثنايا كتب القانون المدني من خلال مواضيع مختلفة نوعا ما، فحاولنا تنظيمه و جمعه في هذا البحث.

و ان هذه الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ، تنقسم الى قسمين، قسم منها يؤدي الى تعديل العقد، و القسم الاخر يؤدي الى نقض العقد او انحلاله، فأستنادا الى ذلك قسمنا البحث الى ثلاثة مباحث، في المبحث الاول تطرقنا الى ماهية هذا المبدأ، و في المبحث الثاني تناولنا الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ من حيث تعديل العقد، اما في المبحث الثالث و الاخير فبحثنا عن الاستثناءات الواردة على المبدأ من حيث نقضه أو انحلاله، و كل ذلك من خلال منهج تحليلي مقارن بين القانون المدني العراقي و قوانين مدنية اخرى كالقانون المصري و الاردني و السوري. و ختمنا البحث بأهم ما توصلنا اليه من استنتاجات و بأهم المقترحات التي نراها ضرورية.

المقدمة

إن مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)، و الذي تطلق عليه القوة الملزمة للعقد، قد اصبح في القوانين المدنية مبدأ ثابتا و مستقرا وذات مفهوم ثابت و دقيق في مجال نظرية العقد، و الذي يعتبر إحدى النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة. و هذا المبدأ يشير إلى أن الاصل في العقد متى نشأ صحيحا طبقا للقانون، التزم المتعاقدان به و خضعا له كما يخضعان للقانون، و معنى ذلك ان كلا من المتعاقدين يلتزم بما يوجبه العقد، كما لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي، و لهذا يقال ان العقد شريعة المتعاقدين، فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه و لا بتعديله، مالم يسمح له الاتفاق أو القانون بذلك، كما ان هذا المبدأ يلزم القاضي ايضا ، فلا يكون له – كمبدأ عام – التدخل لكي يحل الطرفين منه.

فهذا المبدأ يعني احترام قانون العقد، حيث يعتبر العقد قانونا بالنسبة لأطرافه مادام غير مخالف لنصوص قواعد القانون الآمرة، فعلى اطراف العقد الالتزام بتنفيذ جميع بنود العقد، بل اكثر من ذلك أن العقد لا يجوز نقضه أو انهائه او تعديله الا بأتفاق الاطراف، فإن هذا المبدأ ترد عليه بعض استثناءات سواء من حيث تعديل العقد او انهائه.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

و تكمن اهمية موضوع البحث في اهمية العقد بإعتباره مصدرا من مصادر الالتزام من جهة، و في اهمية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في استقرار المعاملات من جهة اخرى، هذا اضافة الى إن الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ مبعثرة في ثنايا كتب القانون المدني من خلال موضوعات مختلفة نوعا ما، فحاولنا تنظيمه و جمعه في هذا البحث.

و استنادا الى ان هذه الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ، تنقسم الى قسمين، قسم منها يؤدي الى تعديل العقد، و القسم الاخر يؤدي الى نقض العقد او انحلاله، فاننا نرى دراسة هذا الموضوع في ثلاثة مباحث، في المبحث الاول نتطرق الى ماهية هذا المبدأ، و في المبحث الثاني نتناول الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ من حيث تعديل العقد، اما في المبحث الثالث و الاخير فنبحث عن الاستثناءات الواردة على المبدأ من حيث نقضه أو انحلاله، و كل ذلك من خلال منهج تحليلي مقارن بين القانون المدني العراقي و قوانين مدنية اخرى كالقانون المصري و الاردني و السوري. و ختمنا البحث بأهم ما توصلنا اليه من استنتاجات و بأهم المقترحات التي نراها ضرورية.

المبحث الاول

ماهية مبدأ العقد[1] شريعة المتعاقدين

نتناول هذا المبحث من خلال مطلبين، في المطلب الاول نتطرق الى مفهوم مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و أساسه، و نخصص المطلب الثاني لتناول نطاق هذا المبدأ.

(1) في مجال تعريف العقد تثور التفرقة بين العقد و الإتفاق، حيث يُعرف الاتفاق بأنه توافق بين إرادتين أو أكثر بقصد إحداث آثار قانونية، سواء اكان الهدف من ذلك هو إنشاء التزام أم نقله او تعديله ام إنهاءه، اما العقد فهو توافق ارادتين على إنشاء الالتزام و نقله فقط، فالعقد أخص من الاتفاق فهو بمثابة نوع من الجنس... و إذا كانت هذه التفرقة لا تزال قائمة في ظل بعض التشريعات و يؤيدها جانب من الفقه، الا ان هذا الاتجاه قد وجه اليه النقد، إذ ليست لها أية قيمة علمية، و اصبح العقد و الاتفاق يستعملان كلفظين مترادفين، فالعقد كذلك هو اتفاق بين ارادتين او اكثر سواء تم ذلك بقصد انشاء رابطة قانونية أم بقصد تعديلها، هذا من جانب و من جانب آخر نرى شراح القانون المدني عندما يأتون الى الحديث عن تحديد منطقة العقد يفرقون بين العقد و الاتفاق، فليس كل إتفاق يراد به إحداث اثر قانوني يكون عقدا، بل يجب ان يكون هذا الاتفاق واقعا في نطاق القانون الخاص و في دائرة المعاملات المالية. ينظر: د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون سنة النشر، ص 137–139، و ينظر كذلك: د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام في مصادر الإلتزام، ط3، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة النشر، ص 37–38).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المطلب الاول: مفهوم مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و اساسه

يقتضي بنا الامر، ان نقسم الكلام في هذا المطلب الى فرعين، اولهما لبيان مفهوم المبدأ، و ثانيهما لتناول اساس المبدأ.

الفرع الاول: مفهوم مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[2].

ساد مبدأ سلطان الإرادة عموما في القوانين التي وضعت في القرن الماضي و التي أخذت عن القانون الفرنسي القائم على أساس المذهب الفردي كقاعدة عامة، غير ان الإتجاهات الاجتماعية الحديثة سلكت إتجاها مضادا للمذهب الفردي مما استتبع الحد من مبدأ سلطان الإرادة، إلا انه على الرغم من ذلك فإن الاتجاهات الاجتماعية التي سادت في غالبية تلك الدول في الوقت الحاضر لم تنل من المبدأ فظل قائما بصفة خاصة في المجال التعاقدي مع الحد من إطلاقه، فنجد دور سلطان الإرادة عند إنعقاد العقد و بعد إنعقاده، فعند إنعقاده نجد أن دوره يتمثل في حرية الشخص كقاعدة عامة في ان يتعاقد أو يمتنع عن التعاقد، و إذا تعاقد كان له ان يحدد مضمون العقد طبقا لما يريد، و هذه الحرية هي التي تسمى بالحرية التعاقدية التي لها إمكانية الخروج على كل ما ينظمه القانون من قواعد مكملة، على الرغم من انها تقف حيث تضع قواعد آمرة او بصفة عامة حيث توجد قواعد متعلقة بالنظام العام الذي يعتبر قيدا بل إستثناء على هذه الحرية، و هذه القواعد الآمرة تزداد في ظل الاتجاهات الاجتماعية الحديثة فتتضح بصورة جلية في الانظمة القانونية التي يسودها النظام الاشتراكي.. كما نجد دور سلطان الإرادة بعد إنعقاد العقد فإذا تم العقد فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين[3].

إن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين قد اصبح في القوانين المدنية مبدأ ثابتا و مستقرا وذات مفهوم ثابت و دقيق، و الذي تطلق عليه القوة الملزمة للعقد- فهو أساس لإلزامية العقد- و الذي يعتبر المبدأ الاساسي العام أو القاعدة العامة في مجال نظرية العقد و إحدى النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة[4]، و هو يشير إلى أن الاصل في العقد أنه يلزم عاقديه بكل ما يجيء فيه، فهو يضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ و الإذعان له في كل ما يحتويه، أي يتضمن قوة ملزمة لطرفيه بإحترامه، و بالنسبة إلى كل أحكامه، فيبنى على ذلك أن العقد بالنسبة لطرفيه و في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كالقانون، فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه و لا بتعديله، مالم يسمح له الاتفاق أو القانون بذلك[5].

(2) ان كلمة (المتعاقدين) تشمل بالاضافة الى العاقدين نفسيهما خلفهما العام و الخاص و دائنيهما العاديين. د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونيةن بغداد، 2007، ص 317.

(3) ينظر: د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 40– 41.

(4) للمزيد عن مبدأ سلطان الارادة يراجع السنهوري، مصدر سابق، ص 141،

(5) د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة (دراسة معمقة مقارنة بالفقه الاسلامي)، دار الكتاب الحديث ، الكويت، 1984، ص 538

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

و على ذلك فإن العقد متى نشأ صحيحا طبقا للقانون[6]، التزم المتعاقدان به و خضعا له كما يخضعان للقانون، و معنى ذلك ان كلا من المتعاقدين يلتزم بما يوجبه العقد، كما لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي، و لهذا يقال ان العقد شريعة المتعاقدين، فعلى كل منهما ان ينفذ الالتزامات العقدية في حدود مايقضي به العقد، و هو يلتزم بذلك حتى لو كان العقد يخالف نصوصا تشريعية، طالما كانت تلك النصوص لا تتعلق بالنظام العام و لاتمس الآداب[7]. كما ان العقد الذي ينشأ صحيحا لا يلزم المتعاقدين فحسب، بل انه يلزم القاضي ايضا فلا يجوز له – كقاعدة عامة – التدخل لكي يحل الطرفين منه، فللعقد قوته بين الطرفين، و بالنسبة للمتعاقدين و القاضي [8].

و قد تضمنت الفقرة (1) من المادة (146) من القانون المدني العراقي هذا المبدأ حيث نصت على أنه (اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي). كما ينص القانون المدني الاردني على أنه (إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لاحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه الا بالتراضي او التقاضي او بمقتضى نص القانون)[9].كما صرح بذلك كل من القانون المدني المصري و السوري، حيث ينصان على أن (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون)[10].

وقد عبر المشرع الفرنسي عن ذلك بقوله (تحل الاتفاقات المبرمة قانونا محل القانون لأولئك الذين قاموا بها، لا يجوز إلغاؤها إلا عن طريق الاتفاق المتبادل، أو لأسباب مأذون بها بموجب القانون، و يجب أن يتم تنفيذها بحسن نية)[11]. كما ورد في قانون العقود و الالتزامات المغربي أن (الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون)[12].

الفرع الثاني: اساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

بصدد اساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، هناك اتجاهان:

(6) تنص المادة 133 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل على أنه: (1- العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بان يكون صادراً من اهله الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخلل. 2- واذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً افاد الحكم في الحال).

(7) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 291.

(8) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 292.

(9) المادة (241) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.

(10) الفقرة (1) من المادة (147) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل. و الفقرة (1) من المادة (148) من القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.

(11) المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي.

(12) المادة (230) من قانون العقود و الالتزامات المغربي الصادر في 12 اغسطس سنة 1913. كما نصت المادة (13) من القانون المدني للجمهورية اليمنية رقم(14) لسنة 2002 على ان (العقد ملزم للمتعاقدين والاصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الإتجاه الاول: - و هو الاتجاه الراجح - حيث تذهب غالبية الفقهاء إلى تأسيس العقد شريعة المتعاقدين على مبدأ سلطان الإرادة، أي تستندون الى نظرية سلطان الإرادة[13] التي تمثل حرية الانسان في التعاقد و تحديد شروط التعاقد و موضوعه، فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون شريطة أن يراعوا النظام العام و الاداب العامة و الاحكام القانونية الآمرة التي لها الصفة الزامية، فالأرادة هي التي تنشيء و تعدل و تنهي و تنفذ الالتزامات و الحقوق التي قررتها مع إرادة أخرى، فيترتب على نظرية سلطان الإرادة أن القوة الإلزامية للعقد او ما يعرف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين تنبع من إرادة الفرد الذي التزم حرا بإلتزاماته العقدية[14]. و بما ان العقد حصيلة التقاء ارادتين حرتين التزمتا بما ارادتا ان تلتزما به، فهو ملزم للطرفين، كما هو ملزم للقاضي الذي لا يستطيع ان يعدل شيئا في مضمونه، بل عليه أن يفسره بما يُظهر ارادة الطرفين من ورائه، فليس بإستطاعة القاضي ان يحل مفهومه للعقد محل طرفيه، بل أن ما يستظهره من النص يجب أن يكون عاكسا لأرادتهما المفترضة و ما هو منطبق على روح العقد و الغرض المقصود منه[15]. أما تدخل المشرع فيكون لوضع ضوابط لحرية التعاقد، اي قواعد آمرة، بحيث لا تمس حرية اطراف العقد بما يعرف بالنظام العام و الآداب، الذي هو اسمى من مصلحتهم الخاصة، و كذلك لحماية الطرف الضعيف في العقد الذي يحتاج للحماية، و للمحافظة على المصلحة الإقتصادية من العقد و على حرية المنافسة و الحؤول دون الاستغلال و الاحتكار، فيبطل المشرع البنود المعطلة للحقوق الاساسية لاطراف العقد كما ان تدخل المشرع في بعض العقود بالقواعد التي يسنها لا يحد من حرية التعاقد بل تكمل هذه القواعد مالم يلاحظوه في إتفاقهم فهي قواعد مكملة و ليست آمرة[16].

إلى جانب نظرية سلطان الارادة كمصدر للقاعدة، يرى بعض الفقهاء أن هناك مصادر أخرى للقاعدة، تتمثل بالجذور الدينية الثابتة للقوة الالزامية، فكل الديانات السماوية اوصت بالوفاء بالعهد[17]، فالعقد ملزم لمن تعاقد مع الغير، إذا يشكل عهدا قطعه على نفسه، و لا بد من تنفيذه مرضاة لله و للنفس بأنه لم يخل بإلتزامه، و الى جانب الجذور الدينية هناك التزامات اخلاقية مرتبطة

(13) تترتب على مبدأ سلطان الارادة النتائج التالية: الاولى: ان الارادة وحدها تكفي لانشاء العقد او العمل القانوني، و يسمى هذا بمبدأ كفاية الارادة أو حرية العاقد و الحرية في تكوين العقد، فالناس احرار في أن يتعاقدوا وفي ان لا يتعاقدوا و لا يقيدهم الا الاضرار بالغير. و الثانية ان الارادة حرة في تعيين الاثار التي تترتب على العقد او العمل القانوني أي ان العقد يولد قوة ملزمة فلا يجوز الرجوع عنه او تعديله إلا بإتفاق الطرفين..فإذا ماتم العقد فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين.. و الثالثة: ان العقد نسبي لا يمتد الى غير المتعاقدين. غير ان بعد ان ظهور صناعات كبيرة و تأسيس شركات و بالتالي تركز رؤوس الاموال و اختلال التوازن الاقتصادي بين الافراد و اتساع الفجوة بين الطبقات نتيجة اكتشاف المخترعات الحديثة في القرن الماضي ادت الى سيادة المذاهب الاشتراكية في كثير من الدول التي تنظر الى مصلحة الجماعة قبل مصلحة الفرد و بالتالي اخذ هذا المبدأ يرتد و ينكمش حيث فرضت النظم الاشتراكية القيود على هذا المبدأ، و لعل من اهم القيود شكلية العقود، و فكرة العقود العينية، و اخطرها قيد النظام العام و الاداب الذي هو اداة مرنة بيد الفقه و القضاء.. للتفصيل يراجع د. عدنان ابراهيم سرحان، و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 34. و ايضا د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، احكام الالتزام، اثبات الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد،1976، ص 38. و كذلك ينظر حول انتكاس المبدأ و انتعاشها من جديد: د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 37–41.

(14) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الاول (العقد)، الطبعة الاولى، مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع، بيروت، 1995، ص 102– 103.

(15) د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص 103.

(16) د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص 104.

(17) و قد وردت الآية (و اوفوا بالعهد أن العهد كان مسؤولا) آية 34 من سورة الاسراء. و الآية (يأيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) آية 1 من سورة المائدة).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

بالصدق و الامانة و حسن التعامل مع الناس و التي تفرض احترام الذات من خلال احترام الغير،- و من المعروف ان القاعدة الاخلاقية هي من اهم جذور القاعدة القانونية، ولقد بقيت القاعدة الاخلاقية مهيمنة على العلاقات القانونية، فهذه العلاقة ليست مجرد علاقة بين ذمتين ماليتين، بل انها قبل كل شيء بين شخصين لا تشكل الذمة المالية بالنسبة اليهما الا صفة ملازمة لشخصيتهما و ليست محورا لعلاقاتهما، من هنا نرى علامات هذه القاعدة في القواعد التي ترعى تكوين العقود و تنفيذها و الالتزام بحسن النية، هذا إلى جانب عدة مصادر اخرى كأخلاقيات المهنة، الاستقرار و الثقة و ضرورة الائتمان في المعاملات المالية[18].

برأينا وبالرغم من وجاهة هذا الإتجاه، يعاب عليه أن القول بأن الجذور الدينية و قواعد الاخلاق و قواعد المهنة و استقرار المعاملات و الثقة و حسن النية هي التي تعتبر اساس للقوة الملزمة للعقد، إنما هي خلط بين العلة او الباعث في إلزامية العقد و مصدر الزامه.

الإتجاه الثاني: وفقا لهذا الإتجاه يستمد العقد قوته الملزمة من القانون، و يتجه إلى ان القانون هو المصدر للعقد شريعة المتعاقدين و بالتالي للقوة التنفيذية للعقد، إذ يضع القانون قاعدة الزامية العقد و جزاءت تجاوزها، و لا يمكن للقضاء أن يأمر بإنفاذ عقد إذا لم يكن متوافقا مع الاحكام القانونية، و هذا يجرنا الى القول بأن العقد ليس سوى قاعدة كسائر القواعد التي يخضع لها الناس[19].

و هناك رأي يجمع بين رأيين، حيث يرى أنه في الواقع و إنطلاقا من أن العقد التزام بين طرفيه، فهذا الالتزام إما ان ينفذ طوعا، فتكون قوته التنفيذية نابعة من إرادة طرفيه، ((مهما كان الباعث لهذه القوة، سواء أكان أدبيا أم أخلاقيا أم اقتصاديا أو نفعيا أو معنويا او دعما للثقة في التعامل أو حسن النية او الانصاف او العدل)) - وهذا مايسمى بالمصدر الشخصي -، و إما ان ينفذ جبرا بواسطة القضاء مستمدا قوته التنفيذية من القواعد القانونية التي تضمنها القانون الذي ينشيء العقد أو ينفذ في ظله، فالقضاء لا يأمر بتنفيذ العقد الا إذا كان متوافقا مع هذه القواعد، فتكون هي مصدر قوته التنفيذية، و من مظاهر هذا المصدر ان القاضي بإمكانه فرض الغرامة التأخيرية بغية حمل المتأخر عن تنفيذ التزامه على التنفيذ[20].

مما سبق، نستنتج من هذا الرأي أن لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين او القوة الملزمة للعقد مصدرين: الاول هو القانون أي مصدره نابع من المباديء القانونية التي كرسها القانون، و الثاني شخصي نابع عن إرادة المتعاقدين أي كان الباعث أدبيا او اخلاقيا أو حسن النية...

و نحن نرى ان المصدر المباشر لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو سلطان الأرادة، فهو الرأي الراجح، إذ أن القانون لا يجبر أي شخص على التعاقد، كما لا يمنع أي شخص من التعاقد مادام لم يكن العقد مخالفا للنظام العام و الاداب، و إذا كان القانون منح الصلاحية للقاضي على إجبار المدين الممتنع أو المتأخر عن تنفيذ إالتزامه، هذا لأنه إلتزم بإرادته الحرة بالالتزامات المترتبة على العقد. ومع ذلك أن القانون هو المصدر العام لجميع الحقوق و الالتزامات القانونية أيا كان السبب المباشر لنشوئها، فهو الذي يقرر الحقوق و يحميها، فهو الذي يضفي القوة الملزمة للألتزامات، فلا قيمة للحق إذا لم يعترف به القانون و يقرر له دعوى تحميه، و

(18) للتفصيل ينظر: د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص 111– 115. و د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 291.
(19) ينظر: د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص 116.
(20) ينظر: د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص 117.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

حيث أن القانون يمارس في دائرة مصادر الالتزام دورين؛ اولهما أنه المصدر غير المباشر للإلتزامات الناشئة عن العقد او الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع او الكسب دون السبب، و ثانيهما انه المصدر المباشر لطائفة اخرى من الإلتزامات[21]، أما أنه المصدر غير المباشر للإلتزامات الناشئة عن العقد او الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع او الكسب دون السبب ذلك لأنه هو الذي أقر للإرادة بالقدرة على إنشاء الإلتزام و هو الذي قضى بالمسؤولية عن العمل غير المشروع و بالإلتزام بالرد الناشيء عن الكسب دون سبب و هو القادر على إضفاء القوة الملزمة على الالتزام و القادر على نزع هذه القوة منه ليتحول من إلتزام مدني يجبر المدين على تنفيذه إلى إلتزام طبيعي لا تتوفر له القوة الملزمة[22].

المطلب الثاني: نطاق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

إن العقد إذا نشأ صحيحا، خلصت له قوته الملزمة، و وجب على العاقدين تنفيذ ما التزما به، فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بتنفيذ ما تضمنه العقد من التزامات[23]. و لكي نستطيع ان نحدد نطاق المبدأ، فأنه يقتضي بنا الامر تحديد مضمون العقد، و تحديد مضمون العقد يلزم تحديد عباراته التي قد تكون واضحة و قد تكون غامضة، فهنا الامر يحتاج الى تدخل القاضي لتفسير هذه العبارات المبهمة، فإذا تم ذلك فإنه يمكن تحديد النطاق الذي يلتزم به المتعاقدان بحيث يتحقق من وراء ذلك التقيد بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[24]. فإن العقد شريعة المتعاقدين، وتنفيذ العقد احتراماً لقوته الملزمة يستوجب تحديد مضمون العقد وحدود هذا المضمون، وعندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد، لابد أن يكون هناك مؤيد يضمن حقوق المتعاقد الآخر، فنتناول مضمون العقد و تنفيذه و بعد ذلك نتناول اثر القوة الملزمة للعقد من حيث مضمونه. فنقسم هذا المطلب الى فرعين، في الاول نتناول تحديد مضمون العقد و تنفيذه ، و في الفرع الثاني نتطرق الى الاثار التي تترتب على تجاوز مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

الفرع الاول: تحديد مضمون العقد و تنفيذه

(21) تنص المادة (245) من القانون المدني العراقي على انه (الإلتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده، تسري عليها النصوص التي أنشأتها). أن القانون قد يكون مصدرا مباشرا رئيسيا لبعض الالتزامات التي لا يمكن ردها الى التصرف القانوني أو الواقعة القانونية و إنما لابد من ردها الى القانون كالإلتزام بالنفقة على الزوجة و الأقارب و حقوق الجوار و الحائط المشترك و الشيوع و الكفالة و التزام الولي و الوصي و القيم و الالتزام بالضريبة.. و يطلق عليه الالتزام القانوني. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، القسم الاول مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، دار آراس للطباعة و النشر، اربيل، 2006، ص 27.

(22) د.عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول في مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد، 1980، ص 305.

(23) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 540.

(24) د. امجد محمد منصور، النظرية العامة للألتزامات (مصادر الالتزام)، ط1، الدار العلميةالدولية و دار الثقافة، عمان، 2001، ص 164.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

يقصد بتحديد مضمون العقد بيان الاحكام التي يشتمل عليها، إذ ان بيان هذه الاحكام لها أهمية كبيرة، حيث أن مآل العقد هو تنفيذه، و تنفيذه يتم بإعمال الاحكام التي يتضمنها، فلا بد إذن من ان نتعرف على تلك الاحكام. و بهذا الصدد هناك سؤال يطرح نفسه على الفكر القانوني - فقها و قضاء و تشريعا- حول ما إذا كان العقد يقف عند الاحكام التي يتضمنها العقد و تجي بها شروط، و تلك التي يقضي بها القانون و يكون من شأنه ان يسري عليها، أم انه من الممكن ان يدخل فيه غيرها، فتوجد بهذا الخصوص نزعة تعمد الى الوقوف عند هذه الاحكام و مقتصرا عليها و حدها و عدم الخروج عليها استنادا الى الرغبة في تسويد مبدأ سلطان الارادة، غير أن هذه النزعة لم يكتب لها النصر، نظرا لسيادة فكرة العدالة الاجتماعية، و سرعان ما استقر الفكر القانوني على شيء معقول من التوسعة في مضمون العقد، و مؤدي هذه التوسعة ان يدخل في مضمون العقد الى جانب الاحكام التي يتفق عليها المتعاقدين، و تلك التي يقضي بها القانون في شأنه، ما يعتبر من توابع العقد و مستلزماته، و وجدت هذه التوسعة مكانها المرموق بين دفات كثير من المدونات القانونية المعاصرة[25].

و قد أخذ القانون المدني العراقي بهذا الاتجاه الموسع في مضمون العقد، حيث نصت المادة (150/2) منه على أنه (و لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، و لكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام) [26]. فإذا كان العقد يلزم طرفيه، فإنه لا يلزمهما في حدود ما إتفقا عليه فحسب، بل و أيضا في حدود اخرى قد لا يتم الاتفاق عليها بصورة مباشرة و صريحة، إذ ليس من اللازم أن يتوليا تفصيل كل الامور، و لكنهما يلتزمان في حدود مضمون العقد الذي يحددانه صراحة أو الذي يتحدد من ظروف العقد بإعتباره من مستلزماته، و فقا لما يقضي به القانون، أو حسن النية أو العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام[27]، اي ان المتعاقدان يلتزمان بكل النتائج التي ترتبها العدالة و العادات و القانون على الالتزامات و وفقا لطبيعة الالتزام، و هو ما يقتضي أن يلحق بالعين ماهو تابع له، فمن يبيع بيتا ينبغي عليه أن يسلم المشتري مخططاته و اوراقه الرسمية إن وجدت[28]. فالعقد يشمل الى جانب الاحكام التي تتضمنها شروط ، الاحكام التي تعتبر من مستلزماته و فقا للقانون و العرف و العدالة و بحسب طبيعة الالتزام، حتى لو لم يرد ذكر هذه الاحكام في العقد. فالمقصود بمستلزمات العقد الامور التي تختمها طبيعته و الغاية التي يستهدفها و فقا للقانون و العرف و العدالة، مع مراعاة مقتضيات حسن النية و شرف التعامل[29].

فمضمون العقد هي تلك الاحكام التي يتضمنها العقد، و التي تنظم العلاقة بين طرفيه، و تحدد ما لكل منهما على الآخر من حقوق، و ما عليه قبله من التزامات، و هذه الاحكام بموجب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و بحسب الاصل، لا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه و لا تعديله الا استثناء و بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي.

(25) د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصدر سابق، ص 534- 535.
(26) و هذا ما قضى به القانون المدني المصري في المادة (148) منه. و ينظر كذلك بهذا الشان: المادة (202) من القانون المدني الاردني.
(27) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 305.
(28) المحامي د. عبدالقادر الفار، مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 123.
(29) د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصدر سابق، ص 536.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

و لتحديد مدى القوة الملزمة للعقد فإن القاضي يقوم بتفسير العقد، و ذلك عن طريق استخلاص ما انصرفت اليه الارادة المشتركة للمتعاقدين، فإذا فرغ من تفسير العقد انتقل الى تحديد نطاقه[30]. فالمبدأ المتفق عليه في هذا المجال هو أن (العقد شريعة المتعاقدين) بحيث يترتب على كل طرف أن يقوم بتنفيذ مايرتب عليه العقد من التزامات، و يجب ان يكون تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع حسن النية[31]. فبعد تحديد مضمون العقد، تتضح الالتزامات و الحقوق لكل من التمعاقدين مما يتوجب عليهما تنفيذها بمستلزماتها و بحسن النية[32]، و قد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (150) من القانون المدني العراقي، حيث جاء النص فيه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) . فإذا أبرم العقد و خلصت قوته الملزمة و جب تنفيذه بحسن النية، فهذا الالتزام له طابع تعاقدي، اي يمكن أن تترتب عنه مسؤولية عقدية كجزاء للاخلال به، لذلك من الضروري مراعاة حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد كما في مرحلتي إنشاءه و تفسيره تماما، فلا يجوز للمتعاقد أن ينفذه بطريقة تنم عن سوء نيته[33].

الفرع الثاني: الاثار المترتبة على تجاوز مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

إذا ابرم العقد صحيحا واجب التنفيذ يكون له قوته الملزمة، فعلى كل طرفيه تنفيذ ما أتفقوا عليه، و لاشك ان عدم تنفيذه يعتبر عملا مخالفا للقانون فيترتب عليه المسؤولية العقدية، و لهذا يخول القانون الدائن حق مطالبة المدين بتنفيذ ما التزم به[34]. فالطريقة الطبيعية لأنقضاء العقد هي تنفيذ الالتزامات المستمدة منه، و فقا للاتفاق المبرم بين المتعاقدين، وقد ينقضي التزام المدين بإستحالة تنفيذه لسبب أجنبي لا يد له فيه، و في حالة اخلال المدين بالالتزام، فإن للدائن ان يطالبه بالتنفيذ العيني، كما يجوز له الرجوع عليه بالتعويض عن الاضرار التي تسبب فيها بخطئه، وكما تثور في هذا الصدد قواعد المسؤولية العقدية، تثور ايضا قواعد التنفيذ الجبري، و في العقود الملزمة للجانبين يتقرر للمتعاقد نوعان من الحقوق عند اخلال المتعاقد الاخر بالتزامه و هما الدفع بعدم التنفيذ و فسخ العقد، و الى جانب ذلك في هذه العقود ينقضي التزام المتعاقد عن استحالة تنفيذه لسبب أجنبي لا يد له فيه، و ينقضي الالتزام المقابل لانتفاء ركن السبب، و ينفسخ العقد من تلقاء نفسه[35].ففي العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف

(30) د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول مصادر الالتزام في القانون اللبناني و التشريعات العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص 265.

(31) د. عبدالقادر الفار، مصدر سابق، ص 123.

(32) ان القانون لم يضع تعريفا لحسن النية، و هو من المفاهيم التي من الصعب تحديدها، فقد تعددت و تنازعت الاراء الفقهية بشانه، الا ان رغم هذه الصعوبة يمكن القول بأن حسن النية من المباديء الاساسية في مجال القانون بشكل عام و في مجال العقود بشكل خاص، بدءا من مرحلة تكوينها الى مرحلة تحديد نطاقها و تفسيرها الى غاية آخر مرحلة وهي التنفيذ، كما يأخذ هذا المبدأ مفهوما واسعا، فهو يعبر عن الصراحة و القصد السوي و الاحساس بالامانة و استقامة الضمير و النية الصادقة و الصريحة، كما يعبر عن النية التي لا تشوبها الرغبة في الاضرار بالغير و الاساءة اليه و الامتناع عن الغش و التدليس و الغدر و الخداع، غير أن أسمى مظهر لحسن النية هو ذلك المظهر الذي يعبر عن احترام الالتزام الموعود به. علاق عبدالقادر، اساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007–2008، ص 18). و ينظر كذلك: د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص 215.

(33) علاق عبدالقادر، مصدر سابق، ص 17.

(34) ينظر: د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 307.

(35) د. احمد شوقي محمد عبدالرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد و الارادة المنفردة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 231.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الاخر بعد الإعذار ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته[36]، كما أن في هذه العقود اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه، يجوز للمتعاقد الاخر الدفع بعدم تنفيذ الالتزام المقابل لوجود الارتباط بين الالتزامات المتقابلة المستمدة من هذا العقد، و لايحتاج المتعاقد للدفع بعدم التنفيذ الى اعذار المتعاقد الاخر أو استئذان القاضي أو استصداره حكما بفسخ العقد، كما انه في حالة انحلال العقد كصدور حكم قضائي بفسخه فإنه يمكن الاستناد الى الحق في الحبس عند مطالبة كل من المتعاقدين بإسترداد ما اداه للمتعاقد الاخر و ما يحق له من ثمرات ناتجة عن الشيء او فوائد الاداء النقدي بناء على دفع غير المستحق[37].

المبحث الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من حيث تعديل العقد

العقد شريعة المتعاقدين، فإضافة الى وجوب تنفيذ العقد وفق شروطه و مستلزماته، فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد يقتضي تنفيذ العقد دون تعديل على ماتم الإتفاق عليه او الرجوع منه ، و على ذلك لا يستطيع احد اطراف العقد – بحسب الاصل- أن يرجع فيه او يعدل احكامه[38]. و قاعدة إحترام قانون العقد لا تلزم المتعاقدين فقط، بل يلزم القاضي كذلك، فليس للقاضي ان يخرج على قانون العقد فينقض ما إتفق عليه المتعاقدان او يعدل في مدى التزاماتهم الا في الحالات الخاصة التي أجاز له المشرع فيها ذلك[39].و كان للتطورات الاجتماعية و الاقتصادية أثرها في هذا المجال حيث أدت إلى ظهور الاتجاهات الحديثة بالنسبة للقوة الملزمة للعقد مما حدا بالتشريعات إلى التدخل في نطاق العلاقات التعاقدية بالتعديل من شريعة العقد، و ذلك بقصد اقامة التوازن بين المتعاقدين و حماية الجانب الضعيف في الرابطة العقدية مثل المستاجرين و العاملين، و قد بدا هذا التدخل في محاربة التشريعات للإستغلال و الغبن في العقود، و في تفسير العقد عند الشك لصالح المدين، و في تعديل مقدار الاجرة في عقود الايجار، و في تحديد حد ادنى للاجور... بل ان التشريعات منح القاضي سلطة التدخل في العقد لإقامة هذا التوازن إذا ما طرات بعد العقد ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، و ترتب على حدوثها أن صار تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين، و هذه هي نظرية

(36) المادة (177/1) من القانون المدني العراقي.
(37) د. احمد شوقي محمد عبدالرحمن، مصدر سابق، ص 234.
(38) د. عدنان ابراهيم سرحان، و د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 253.
(39) د. انور سلطان، النظرية العامة للألتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005، ص 245.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الظروف الطارئة[40]، و نخصص هذا المبحث لتناول الاستثناءات الواردة على مبدا العقد شريعة المتعاقدين من حيث تعديل العقد، أما الاستثناءات الواردة عيله من حيث الرجوع فيه او نقضه اي انحلاله فنتناولها في المبحث الثالث و الاخير.

فإذا نشأ العقد صحيحا فمن حيث المبدأ أن لا يسمح بعد ذلك لأحد طرفيه و لا للقاضي أن يفرض على الاخر تعديل ما ورد فيه من شروط و أحكام، إذ ان ما وصل إليه المتعاقدان عند التعاقد يعني إنهما قد إرتضيا لأنه يحقق مصالحهما، فهو بسبب ذلك يستحوذ على صفة العدل، فكل ما هو عقدي فهو عادل، لأن الإرادة هي التي تسيطر على إنشاء العقود، ثم لو سُمح لأحد طرفي العقد ان يطلب تعديله بعد إبراهه فيفتح باب لايمكن غلقه من المطالبات بتعديل أحكام العقود تحت مبررات كثيرة مما يؤدي إلى عدم استقرار التعامل[41]. غير ان هذا المبدأ ليس مطلقا، بل هناك إستثناءات تستند إلى أن العقد في أساسه يخضع إلى فكرة العدل و إلى قوة القانون و غاياته.

و نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب، نخصص المطلب الاول للأستثناءات الاتفاقية و بعض الاستثناءات الواردة بحكم القانون، وفي المطلب الثاني نتناول فيه سلطة القاضي في تعديل العقد، اما المطلب الثالث و الاخير فنخصصه للظروف الطارئة لاهميته كأستثناء اهم و ابرز من الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

المطلب الاول: الإستثناءات الإتفاقية و بعض الاستثناءت الواردة بحكم القانون

ينقسم هذا المطلب الى فرعين، في الاول نتناول الاستثناءات الاتفاقية على المبدأ، اما في الثاني فنلقي الضوء على بعض الاستثناءات الواردة بحكم القانون.

الفرع الاول: الاستثناءات الاتفاقية (بإرادة الطرفين)

قد يرد شرط في العقد يسمح بتعديله أثناء تنفيذه، فإذا كان العقد مستمرا و حصل ما يخل بالتوازن الاقتصادي بين الإلتزامات المتقابلة الناشئة عنه، فعادة مايتفق الاطراف على حق كل منهما ان يطلب الرجوع إلى خبير لتقييم التزاماتهم بقصد إعادة توازن العقد[42]. وقد يرد شرط في العقد يقرر تعديل الالتزامات بشكل دوري و ذاتي، كأن يتفق المؤجر و المستأجر على ان يرتفع بدل الإيجار سنويا بنسبة معينة من المبلغ الأصلي، و هذا ما يطلق عليه في فرنسا بشرط السلم المتحرك، وقد يحصل التعديل بموجب إتفاق جديد لاحق للعقد، كأن يتفق طرفا عقد البيع أثناء تنفيذ العقد على منح المشتري أجلا للوفاء بالثمن، على الرغم أن هذه الاحوال لا تعتبر خروجا حقيقيا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ ان مايسوغ للإتفاق ان يقرره، يسوغ له أن يعدله، و كذلك الشروط التي تراعى عند تعديل العقد هي بذاتها الشروط التي تراعى عند ابرام عقد جديد[43]. و لما كانت المسؤلية العقدية تنشأ

(40) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 293.
(41) د. عدنان ابراهيم سرحان، و د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 253.
(42) د. عدنان ابراهيم سرحان، و د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 253.
(43) د. عدنان ابراهيم سرحان، و د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 254.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

عن العقد، و العقد ينشأ عن الارادة، فإن الارادة هي أساس المسؤولية، و لهذا يكون لها في الاصل حرية تعديلها، و قد يكون هذا التعديل بالتشديد أو بالتخفيف او حتى الاعفاء و مع ذلك فإن الاتفاق على الاعفاء ليس مطلقا، بل يظل المدين في هذه الحالة مسؤلا عن غشه أو خطئه الجسيم[44].

الفرع الثاني: بعض الاستثناءات الواردة على تعديل العقد بحكم القانون

إضافة الى امكان تعديل العقد بإتفاق الطرفين، يمكن احيانا الوصول إلى تعديل العقد لمصلحة احد طرفيه رغما عن إرادة الطرف الآخر، عندما يسمح القانون بذلك و بالحدود التي يرسمها، و هنا يبرز الاستثناء الحقيقي لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. اهم استثناء تناوله القانون هو نظرية الظروف الطارئة و لأهميته نتناول في مطلب مستقل، ففي هذا الفرع نتناول بعض الاستثناءات القانونية الاخرى في جواز تعديل العقد. و الحالات التي يسمح القانون بتعديل العقد أثناء تنفيذه رغم إرادة أحد الطرفين كثيرة، كالإمتداد القانوني لعقد الإيجار[45]، الذي يؤدي في الحقيقة الى تعديل شرط من شروط العقد او حكم من احكامه و هي المدة المحددة له، فما دام المستاجر شاغلا للعقار المأجور و موفيا بكل إلتزاماته فبإمكانه ان يستمر في الانتفاع به و إن كانت هناك مدة محددة للعقد و قد إنتهت[46]، و منها أيضا تدخل المشرع في زيادة و إنقاص بدلات الايجار حيث أجاز قانون ايجار العقار العراقي للمؤجر والمستأجر طلب تقدير القيمة الكلية للعقار المأجور مرة كل خمس سنوات، كما الزم قانون المالكين و المستاجرين الاردني مجلس الوزراء بإعادة النظر في بدلات الايجار كل خمس سنوات[47].

ومن ذلك أيضا مايمنحه بعض النصوص القانونية للقاضي سلطة منح المدين نظرة الميسرة، و كذلك سلطة القاضي في تعديل مبلغ الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)، بالإضافة الى منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان. و نلقي الضوء على الاستثناءات القانونية الاخيرة لأهميتها، وهذا ما نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد

بعد أن يفسر القاضي العقد و يحدد نطاقه، لا يبقى إلا أن يلتزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه، مادام العقد قد نشأ صحيحا ملزما، و هو يكون صحيحا ملزما مادام في الدائرة التي يجيزها القانون، أي في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام و لا الآداب، و حيث أن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين، فإن القاضي يطبقه كما يطبق قانونا،

(44) د. توفيق حسن فرج، و د. مصطفى الجمال، مصادر و احكام الالتزام (دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 311.

(45) ينظر على سبيل المثال: المادة (17) من قانون إيجار العقار العراقي المعدل رقم (87) لسنة 1979، التي تنص على انه لا يجوز للمؤجر أن يطلب تخلية العقار الخاضع لأحكام القانون إلا لأحد الأسباب التي بينتها المادة. و كذلك الفقرة (1) من المادة (5) من قانون المالكين و المستأجرين الاردني رقم (11) لسنة 1994.

(46) د. عدنان ابراهيم سرحان، و د. نوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 254.

(47) ينظر: الفقرة (5) من المادة الرابعة من قانون ايجار العقار العراقي، و كذلك الفقرة (3) من المادة (5) من قانون المالكين و المستأجرين الاردني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام و الآداب، و بما ان الاحكام القانونية التي تنظم العلاقات خارج هذه الدائرة ليست الا أحكاما تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد، كان العقد هو القانون الذي يسري عليهما[48].

فإذا تم العقد، فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين، فيتقيد القاضي كذلك بهذا المبدأ فلا يستطيع ان يعدل او يغير ما يقرره طرفا العقد، و لا يستطيع التدخل في العقد بحجة منافاة شروطه للعدالة، هذا مالم يخوله القانون سبيلا الى هذا التدخل[49]، فإذا كان الأصل هو عدم المساس بشريعة العقد، فإن الاتجاهات الحديث قد أدت الى إيراد قيود على هذا الاصل تخول القاضي التدخل في العقد بالتعديل[50].

فمن حيث الاصل كما يجب أن يلتزم المتعاقدان بالعقد و عليهما تنفيذه طبقا لما اتفقا عليه، كذلك على القاضي كقاعدة عامة أن يلتزم بمضمون العقد وأن يحترم ارادة المتعاقدين ما دام العقد صحيحا غير مخالف للنظام العام و الاداب، غير أن هناك احوال استثنائية للقاضي صلاحية تعديل العقد، و من هذه الاستثناءات منح المدين المعسر النظرة الميسرة، تعديل الشرط الجزائي، تعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان، فنتاول هذه الاستثناءات في هذا المطلب و ذلك في ثلاثة فروع. في الفرع الاول نتناول منح القاضي المدين نظرة الميسرة، و في الفرع الثاني نتناول تعديل الشرط الجزائي، أما في الفرع الثالث و الاخير فنتطرق الى تعديل القاضي للشروط التعسفية.

الفرع الاول: سلطة القاضي في منح المدين نظرة الميسرة (الاجل القضائي)

يجوز للقاضي ان يمنح المدين المعسر اجلا للوفاء بدينه شريطة إستدعاء حالته الرأفة، و عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن من ذلك، و لم يوجد نص في القانون يمنع ذلك، و الاجل في هذه الحالة يقال له في الفقه الاسلامي ((نظرة الميسرة)) [51] ، و الاثر الوحيد للمهلة القضائية أنها تمنع الاستمرار في الدعوى، فليس من شأنها ان ترجيء استحقاق الدين او حلوله، فإذا يسر المدين قبل انتهائها جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تأمره بالوفاء في الحال[52].

و قد أجاز القانون المدني العراقي للقاضي ان يمنح المدين نظرة الميسرة، حيث نصت المادة (1/177) على انه يجوز للمحكمة في العقود الملزمة للجانبين أن تنظر المدين الذي لم يوف بالتزاماته الى أجل على الرغم من طلب المتعاقد الاخر فسخ العقد. وكذلك أجازت الفقرة الثانية من المادة (273) من نفس القانون للقاضي – استثناءا من حكم الفقرة الاولى – و بناء على طلب المدين المحجور و في مواجهة ذوي الشأن من دائنيه أن يحكم بإبقاء الاجل أو مده بالنسبة الى الديون المؤجلة، كما يجوز أن يمنح المدين أجلا بالنسبة الى الديون الحالة اذا رأى أن هذا الاجراء تبرره الظروف، و انه خير وسيلة تكفل مصالح المدين و الدائنين جميعا. كما نصت المادة (297) على المحكمة أن تعين ميعادا مناسبا لحلول الاجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية و

(48) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 624.
(49) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 292
(50) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 41.
(51) و التسمية مأخوذة من الاية الكريمة (و ان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) (البقرة الاية 280).
(52) د. عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني و احكام الالتزام، ج2، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد، دون سنة النشر، ص 180.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المستقبلية مفترضة فيه عناية الشخص الحريص على الوفاء بالتزامه، اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة. و كذلك أجازت المادة (394) للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون[53] ان تنظر المدين الى اجل مناسب لدفع دينه اذا لم يكن مؤجلا أو حل اجله، كلما استدعت حالة المدين ذلك و لم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم. و كذلك أجاز القانون المدني العراقي للمحكمة بوجب المادة (1/581) ان تنظر المشتري الى اجل تقدر مدته تبعا للظروف و لم يكن البائع مهددا أن يضيع عليه المبيع و الثمن، و على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية اذا لم يتفق على فوائد اخرى، فاذا انقضى الاجل و لم يدفع المشتري الثمن و جب الحكم بفسخ البيع دون انظار المشتري الى اجل اخر.

و يتبين من نص المادة (394) أن هناك اربعة شروط لمنح القاضي المدين نظرة الميسرة، وهي:

الشرط الاول: يتمثل في أن تكون ظروف المدين تبرر هذا التمييز، بأن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء و ان يكون لديه مال يكفي للوفاء بالدين اذا اجل القاضي ميعاد الوفاء او قسط عليه الدين، فلا يكون هناك مجال للتيسير عليه اذا كان سيء النية أو كان معسرا.

الشرط الثاني: أن لا يترتب على التأجيل ضرر جسيم بالدائن.

و الشرط الثالث: ان لا يكون هناك مانع قانوني.

و الشرط الرابع و الاخير ان يكون الاجل معقولا من شأنه يحفز المدين على الوفاء و يساعده على ذلك و هو مايرجع تقديره الى القاضي[54].

فان توافرت الشروط السابقة، كان للقاضي منح المدين نظرة الميسرة، فيحدد له اجلا معقولا مراعيا في ذلك موارده و ظروفه، وقد يمتد الاجل الى عام او اكثر، فالأمر متروك لقاضي الموضوع طالما توافرت تلك الشروط، و يجوز منح آجال و ذلك بتقسيط الدين، و للقاضي السلطة المطلقة في منح المدين نظرة الميسرة او في حرمانه منها و لو توافرت شروطها، و لكن إذا منح القاضي نظرة الميسرة رغم عدم توافر الشروط اللازمة لذلك، فإن حكمه يكون مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون[55].

و يترتب على منح نظرة الميسرة ان يصبح الدين مضافا الى أجل واقف، ويلتزم الدائن بعدم مطالبة المدين حتى إنقضاء الاجل الذي منحه له القاضي، و لكن قد يسقط هذا الاجل اذا اصبح المدين قادرا على الوفاء قبل انقضائه. و تقتصر نظرة الميسرة على المدين المختصم في الدعوى دون غيره من المدينين المشتركين معه و لو كانوا متضامنين نظرا لانها تمنح للمدين نظرا لظروفه الشخصية و لذلك لا تسري القاعدة الخاصة بأن ما يفيد منه المدين المتضامن ينصرف الى باقي المدينين، لكن يستفيد منها الكفيل حتى لا يرجع على المدين اذا رجع عليه الدائن[56].

(53) تنص المادة (178) من القانون المدني العراقي على انه (يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته).

(54) د. عبدالمجيد الحكيم و الاخرون، احكام الالتزام، ص 273.

(55) المستشار انور طلبة، انتقال الحقوق و الالتزامات، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2006، ص 196.

(56) ينظر: انور طلبة، مصدر سابق، ص 198، 199.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

يعرف التعويض الاتفاقي بإنه (إتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه) [57]. و يسمى ايضا بالشرط الجزائي، فهو شرط لأنه يدرج عادة ضمن شروط العقد الاصلي، ليقوم استحقاق التعويض على اساسه، و هوجزائي لأن القصد منه مزدوج، فهو تعويض للدائن عما يصيبه من ضرر، و هو جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذ التزامه أو لاخلاله بتنفيذ التزام ترتب في ذمته أو لتأخيره في تنفيذه، و هو قد ينطوي على معنى التهديد دون أن يعتبر بالطبع عقوبة، لان المبلغ الذ يتضمنه يقدر عادة بأكثر من الضرر الذي يصيب الدائن عند عدم التنفيذ أو التأخير في الوفاء به[58].

و قد أخذ القانون المدني العراقي بالتعويض الاتفاقي أو ما يطلق عليه بالشرط الجزائي، فتنص المادة (170) على انه: (1- يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام 168 و256 و257 و258). فقد يرد هذا الشرط في اتفاق لاحق كما يرد في العقد الاصلي، شريطة أن يكون ذلك قبل الاخلال بالالتزام، اما اذا تم الاتفاق بعد الاخلال بالالتزام على مبلغ يدفعه المدين تعويضا للدائن، فلا يعتبر هذا الاتفاق شرطا جزائيا وانما هو عقد صلح[59].

و لا يستحق الشرط الجزائي الا بإستحقاق التعويض ذاته، فهو ليس التزاما مستقلا، و لكنه مجرد وسيلة لتتقدير التعويض، بناء على ذلك لا يستحق الربط الجزائي الا بتوافر عناص المسؤلية في مواجهة المدين و هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية، و يشترط كذلك لأستحقاقه ان يقوم الدائن بإعذار المدين الا في الحالات التي لا يشترط فيها الاعذار[60].

و يُقصد من الشرط الجزائي عادة التحايل على احكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير، و قد يراد منه تعديل احكام المسؤلية المترتبة على الاخلال بتنفيذ الالتزام تخفيفا أو تشديدا، و قد يهدف الى زيادة القوة الملزمة للرابطة العقدية، غير أن اهم غرض ينشد اليه هو تجنب تحكم القضاء أو التخفيف من تحكمه في تقدير التعويض، و تحاشي النزاع الذي يثور بشأن ركن الضرر من حيث وجوده أو انعدامه، و من حيث طبيعته[61].

و قد يقال ما هي فائدة الشرط الجزائي بالنسبة للدائن اذا كان لا يستحق في حالة عدم وجود اي ضرر يلحقه، و الرد على ذلك هو أن الشرط الجزائي يقلب عبء الاثبات، فبغير الشرط الجزائي يكون على الدائن اثبات مقدار الضرر الذي لحقه، اما مع وجود هذا الشرط فإن الضرر يكون مفترضا و ينتقل الى المدين عبء اثبات انعدام الضرر حتى لا يلتزم بدفع التعويض، وعمليا إن نقل عبء الاثبات مسألة غاية في الاهمية[62]. و هذا ما أخذ به كل من القانون المدني العراقي في المادة (2/170) و القانون المدني المصري في المادة (2/224) . اما بالنسبة للمشرع الأردني فقد نص في المادة (2/364) من القانون المدني على ما يلي "ويجوز للمحكمة

(57) د. انور سلطان، المباديء القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005، ص 367.
(58) د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، مصدر سابق، الجزء الثاني احكام الالتزام، ص 60.
(59) غازي أبو عرابي، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة الدراسات، علوم الشريعة و القانون، كلية الحقوق الجامعة الاردنية، المجلد 25، العدد 1، 1998، ص 46. و ينظر: د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص 471.
(60) د. سمير عبدالسيد تناغو، أحكام الالتزام و الاثبات، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009، ص 250.
(61) د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، مصدر سابق، احكام الالتزام، ص 61.
(62) د. سمير عبدالسيد تناغو، مصدر سابق، ص 250.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك". وبهذا يكون المشرع الأردني قد خالف المشرع العراقي و المصري، حيث أعطى المشرع الأردني لكلا المتعاقدين طلب تعديل التعويض الاتفاقي إذا لم يكن مساوياً للضرر الحاصل، والزام المدعي منهما أن يثبت إدعائه[63].

و الاصل ان اذا تحققت شروط الشرط الجزائي، و كان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه و الضرر الواقع، تعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، غير أنه استثناء من هذا الاصل اجاز المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو الزيادة،[64]، ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين، وعلى الرغم من هذا المبدأ إلا أن معظم القوانين المنظمة للتعويض الاتفاقي خولت القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي من حيث المبدأ، وإن كانت هذه القوانين تختلف في مدى منح القضاء هذه السلطة، حيث بلغت هذه السلطة مداها الأوسع في القانون المدني الأردني[65] حيث خول القاضي في جميع الأحوال، تعديل التعويض الاتفاقي زيادة أو نقصاً وليس من قيد لهذه السلطة سوى جعل التقدير مساوياً للضرر، فالضابط لهذه السلطة هو مقدار الضرر الواقع فعلاً[66] أما بالنسبة للقانون المدني العراقي فالامر ليس كذلك[67] إذ خول القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي زيادة و نقصا ضمن شروط معينة، حيث تنص الفقرتين (2 و 3) من المادة (170) منه على أنه (2- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة.) (3- اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأً جسيماً) .

فيجوز للمحكمة أن تنقص من قيمة الشرط الجزائي في حالتين نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 170، الاولى: اذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه الى درجة كبيرة و ذلك حماية للمدين من عسف الدائن، و الثانية: هي حالة التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي ، اي اذا كان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه، فاذا اثبت المدين انه قام بتنفيذ التزامه تنفيذا جزئيا قبله الدائن و لم يتضرر منه، جاز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي نزولا عند مقتضيات العدالة و احتراما لحرية المتعاقدين، و هذا التخفيض امر جوازي، فقد لا يخفض التعويض اذا تبين للقاضي ان الجزء الذي نفذ قليل مقارنة بالالتزام. و يلاحظ ان احكام هذه الفقرة يعتبر من النظام العام و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ما نصت عليه من اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي[68].

كما للمحكمة ان تزيد في قيمة الشرط الجزائي اذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع، و ذلك في حالتين:

الاولى: اذا كان الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي ينسب الى غش او خطأ جسيم ارتكبه المدين و كان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط الجزائي، و على ذلك نصت المادة (3/170) من القانون المدني.

(63) طارق محمد مطلق ابو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس– فلسطين، 2007، ص 41.
(64) د. انور سلطان، المباديء القانونية العامة، مصدر سابق، ص 368.
(65) ينظر المادة 364 السابقة ذكرها من القانون المدني الاردني.
(66) طارق محمد مطلق ابو ليلى، مصدر سابق، ص 75.
(67) ينظر الفقرة (2) من المادة 224 من القانون المدني المصري.
(68) د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص 480.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

و الثانية: اذا كانت قيمة الشرط الجزائي من التفاهة بحيث لا تعتبر تعويضا جديا عن الضرر، و كان الشرط الجزائي وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤلية التقصيرية، و ذلك تطبيقا لحكم المادة (3/259) من القانون المدني التي قضت بإبطال كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤلية المترتبة على العمل غير المشروع. و ان زيادة التعويض في الحالتين من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافه[69].

و بهذا الصدد نحن نشيد بموقف المشرع الاردني، و ذلك لانه أقرب الى العدالة و اكثر تحقيقا لروح المساواة بين اطرف العقد.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان

لا شك فيه أن الأصل هو حرية التعاقد المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة، فمن حق كل طرف في العملية التعاقدية أن يناقش شروط العقد الذي يقدم عليه و أن تتحقق المساواة بين كلا الطرفين في مناقشة شروط العقد و تحديد آثاره، و هذا ما يسمى بعقد المساومة، فإذا لم تراعى هذه الامور السابقة و لم تتحقق المساواة الكاملة لطرفي العقد في مناقشة الشروط و تحديد الآثار المترتبة على العقد المزمع إبرامه، و اصبح أحد الاطراف هو الذي يناط به وضع شروط العقد و لا يسمح للطرف الآخر بمناقشتها فهو إما يقبلها كاملة أو يقوم برفضها كاملة، فإن هذا يسمى بعقد الاذعان [70].

و قد نصت المادة (1/167) من القانون المدني على انه (القبول في عقود الاذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة).

و يتعرض الطرف الضعيف للضغط من جانب الطرف القوي إذا تعلق العقد بسلعة أو خدمة حيوية تقع تحت سيطرة الطرف القوي بسبب خضوعها لإحتكار قانوني أو فعلي من جانبه، كعقود الافراد مع شركات الكهرباء و الغاز و التليفون و المياه... و في هذه الحالة يحتاج الأمر الى تدخل تشريعي يستهدف منه إسباغ الحماية القانونية للطرف الضعيف من الجور الذي قد يتعرض له نتيجة إرتباطه بعقد مع طرف قوي، حيث تنتفي المساواة الفعلية بينهما[71]، و تحقيقا لذلك جاء القانون المدني العراقي بفقرتين من المادة (167)، حيث تنص على أنه: (2- اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك .3- ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً).

المطلب الثالث: تعديل الشروط التعسفية في الظروف الطارئة[72]

(69) د. عبدالمجيد الحكيم و اخرون، مصدر سابق، ص 66.
(70) د. امجد محمد منصور، مصدر سابق، ص 46-47.
(71) د. احمد شوقي عبدالرحمن، النظرية العامة للالتزامات، المصادر الارادية و غير الارادية، دون مكان النشر، 2008، ص 34.
(72) ينظر في هذا الموضوع: د. حسبو الفزاري، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، دراسة في القانون المقارن و في الشريعة، اطروحة دكتوراه، مطبعة الجيزة، الاسكندرية، 1979.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

بعد أن بينت المادة 1/146 من القانون المدني العراقي أنه إذا نفذ العقد كان لازما و لايجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه و لا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي، نصت في الفقرة الثانية منها (على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)[73].

و يتضح من هذا النص ان المشرع تجاوز مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بوضوح، لعلاج حالة يختل فيها التوازن، وهي حالة بحيث يصبح تنفيذ العقد فيها مرهقا للمدين، و بحيث يهدده بخسارة فادحة، و هذا التدخل لا يكون لإقامة التوازن إلا إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، مثل نشوب الحرب مفاجأة، و كثيرا مايحدث في عقود التوريد، حيث ترتفع الاسعار ارتفاعا فاحشا على أثر الظروف الاستثنائية، فيتعذر على المتعهد توريد السلع المتفق عليها الا بمشقة و ارهاق و خسائر مالية جسيمة[74]. هذا وقد إعتبر المشرع العراقي سلطة القاضي في تعديل العقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة أمر يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها.

فنتناول هذا المطلب في فرعين، في الفرع الاول نبين بإيجاز مفهوم النظرية، و في الثاني نتناول سلطة القاضي وفقا لهذه النظرية.

الفرع الاول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

تتلخص نظرية الظروف الطارئة في أنه إذا كان العقد من العقود المستمرة التنفيذ، او الفورية التنفيذ و كان تنفيذه مؤجلا، و طرأت ظروف إقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان عند التعاقد أدت الى إختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجوداً عند ابرام العقد اختلالا خطيرا، و جعلت تنفيذ العقد يهدد المدين بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات الاعتيادية، فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد بل ينقص هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة[75].

و بما أن هذه النظرية مقررة لمصلحة المدين دون الدائن فيلزم تمسك المدين و المطالبة بها، فليس للقاضي ان يطلبها من تلقاء نفسه، و الدائن لا يستفيد من تلك النظرية، حتى لو أصبح تنفيذ الالتزام شديد الارهاق به، كما إذا ارجيء الثمن في بيع، ثم هبطت القوة الشرائية للنقود على نحو جسيم لسبب طاريء غير متوقع، أو طرأ ذاك الهبوط في القوة الشرائية للنقود على عقد إيجار طويل الامد[76].

(73) ينظر ايضا: المادة 147 من القانون المدني المصري بفقرتيها.
(74) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 294.
(75) د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 392.
(76) ينظر: د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصدر سابق، ص 564– 565.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وتعرف هذه النظرية بأنها (ظروف خارجة عن طرفي العقد و غير ممكنة التوقع عند ابرامه قد تطرأ أثناء تنفيذه و تؤدي الى اخلال جسيم بالتوازن المالي للعقد و تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا و لكنه ليس مستحيلا)، اما إذا صار تنفيذ الالتزام مستحيلا فتكون هناك قوة قاهرة تمكن المتعاقد من التحلل من التزاماته[77].

وهذه النظرية معروفة في القوانين القديمة، فلما كانت هذه النظرية تسعف المتعاقد المنكوب عندما يختل التوازن الاقصادي للعقد، فإن ظهورها لا يستغرب في القوانين المشبعة بالروح الدينية، فظهرت في العصور الوسطى في القانون الكنسي، و لها أثر ملحوظ في الفقه الاسلامي، فقد كان رجال الكنيسة يرتبون على الحوادث الطارئة أثرا قانونيا، فهناك غبن يقع على المدين المرهق، و الغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أو وجد عند تنفيذه، إذ هو ضرب من ربا المحرم لا يحل اكله، كما هو إثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق، و قامت الصياغة الفنية في القانون الكنسي على اساس قاعدة تغيير الظروف، فالعقد يفترض فيه بقاء الظروف على ماكانت عليه، فإذا تغييرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائرا بالنسبة الى احد المتعاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الارهاق الناشيء من هذا التغيير المفاجيء في الظروف الاقتصادية، كما سلم رجال الفقه الاسلامي بهذه النظرية في بعض العقود و بخاصة في عقد الايجار[78].

و استمر الفقهاء في القرون الوسطى يأخذون بهذه النظرية ، و لكنها ضعفت عندما انتعش المذهب الفردي و ما يقوم به من إحترام سلطان الارادة، لذلك لم يأخذ القانون الفرنسي بها نظرا لسيادة الروح الفردية عند صدوره، و هذه النظرية لم يؤخذ بها في القانون الخاص الا منذ عهد قريب[79].

أن هذه النظرية اذا كانت قد اندثرت في القانون الخاص، فقد ازدهرت في القانون الدولي العام اولا ثم أنتقلت منه الى القانون الاداري، و اول من أخذ بهذه النظرية في القانون الاداري هو مجلس الدولة الفرنسي، حيث كانت الحرب العالمية الاولى هي المناسبة التي وافت المجلس للأخذ بها في القضية الشهيرة (قضية شركة غاز في مدينة بوردو[80])[81].و لكن القضاء المدني في فرنسا لم يساير القضاء الاداري في إتجاهه هذا و ظل متمسكا بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، و لم يسمح لنفسه بتغيير التزامات المتعاقدين بحجة العدالة. و بعد أن استقرت النظرية في القضاء و الفقه الاداري اخذت بها التشريعات المدنية الحديثة و منها التشريعات العربية، و نصت عليها صراحة، و اول القوانين المدنية التي أخذت بها هو القانون المدني البولوني، ثم القانون الايطالي،

(77) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مباديء القانون الاداري، دار الكتب للطباعة و النشر، بغداد، 1996، ص 241.

(78) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 633.

(79) نقلا عن: د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 393.

(80) هذه القضية تعود الى عام 1916، حيث ادت الحرب العالمية الاولى الى ارتفاع اسعار الفحم الى اكثر من ثلاثة اضعاف فلم يعد بامكان المتعاقد الاستمرار في الوفاء بالتزاماته و أخذ الرسوم المحددة ابتداء و إذا استمر في ذلك فان مصيره الافلاس والانهيار الاقتصادي الكامل، و قد كان القانون المدني الفرنسي لا يعير اهمية لمثل هذه الظروف الا ان القاضي الاداري قدر ان الخسارة التي ستصيب المتعاقد ستؤثر حتما على استمرار عمل المرفق العام الذي كانت تديره الشركة المذكورة و يهدده بالانقطاع الامر الذي يحول دون اشباع الحاجات العامة للجمهور من خلال هذا المرفق، و هذه النظرية تهدف الى استمرار عمل المرفق العام في كل الظروف، لذلك اعطي المتعاقد مع الادارة التعويض عن الخسارة التي اصابته بسبب الظروف الطارئة، كما ان تطبيقها قد يؤدي الى اعفاء المتعاقد مع الادارة من الغرامات التاخيرية اذا ترتبت عليه في ظل ظروف غير متوقعة او اعطائه مددا اضافية. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مصدر سابق، ص 242.

(81) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 151.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

و أخذ القانون المدني العراقي، و القانون المدني المصري، و القانون المدني السوري[82]، و القوانين المدنية العربية التي وضعها المرحوم السنهوري[83].

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي الى العقد، فينال من قوته الملزمة، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد العاقدين دون رضاء الاخر، فلم تلبث أن انتكصت على ايدي رجال القانون المدني الفرنسي القديم، و أندثرت بعد ذلك امام نظرية القوة الملزمة للعقد، أما الفقهاء حاولوا أن يجدوا لها سندا في مباديء القانون المدني، فقيل أن النظرية تقوم على اساس ان العقود يجب تنفيذها بحسن النية، و ليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين اذا اصبح الالتزام مرهقا لظروف طارئة لم يكن بحسبانه، و لكن خصوم النظرية يردون عليهم بأن حسن النية يقضي بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه لا أن يعدل القاضي هذا الاتفاق... و قيل أن النظرية تفسر في ضوء المبدأ القاضي أن المدين في التزام تعاقدي لا يدفع تعويضا الا عن الضرر المتوقع، كما قيل أن النظرية قائمة على مبدأ الكسب دون سبب، و قيل أنها تستند على نظرية التعسف في استعمال الحق، غير ان غالبية الفقه تذهب الى ان مكان النظرية هو التشريع[84].

الفرع الثاني: سلطة القاضي وفقا لهذه النظرية

إذا توافرت شروط النظرية[85]، على القاضي أن يتدخل برد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول بما يتفق مع العدالة، و ذلك بعد الموازنة بين مصلحة المتعاقدين، فقد يرى القاضي أن يخفف عبء الالتزام عن المدين، أو قد يزيد من الإلتزامات المقابلة لالتزام المدين بما يعود في النهاية بالتخفيف من العبء الملقى عليه، كما قد يلجأ الى وقف تنفيذ الالتزام المرهق[86] الى وقت معين يتوقع القاضي أن تزول آثار الظرف الطاريء خلاله كظروف حرب مثلا، شريطة الا يؤدي هذا الوقف الى ضرر جسيم بالدائن[87].

و قد أُنتُقد تعبير المشرع العراقي بحق، فتعبير (تنقص) في المادة (146/2) السابق ذكرها (جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق ....) تعبير غير دقيق لأنه يشعر بأن القاضي غير مطلق اليد في ازالة الارهاق الذي يصيب المدين نتيجة تنفيذ التزامه، و خير منه تعبير ((تزيل أو ترفع الارهاق)، فإذا رأى القاضي أن منح المدين مهلة لا يلحق بالدائن ضررا جسيما فمن اللازم أن يمنحه هذه المهلة بالرغم من ان النص المتقدم لا يساعد على ذلك، ذلك ان المادة (246/2) من القانون

(82) ينظر: المادة 2/148 من القانون المدني السوري.
(83) نقلا عن: د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 393.
(84) للتفصيل عن هذه الاراء و الردود يراجع: د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، 634،635.
(85) يفهم من نص المادة (146/2) من القانون المدني، انه يشترط لتطبيق النظرية توافر الشروط التالية: 1- ان يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ، 2- ان تحدث بعد ابرام العقد حوادث استثنائية عامة. 3- ان تكون هذه الحوادث غير متوقعة.4- ان تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا. للتفصيل يراجع: د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 394. و كذلك: د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 152.
(86) و هناك من يرى أنه لا يسوغ للقاضي أن يحكم بوقف تنفيذ العقد. ينظر: د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصدر سابق، م563.
(87) د. امجد محمد منصور، مصدر سابق، ص 176.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المدني تجيز للمدين اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق الدائن ضررا جسيما، فمن باب اولى ان يستطيع القاضي منح المدين مهلة حتى يزول الظرف الطاريء[88].

و نتفق مع من يرى[89] أن تعبير (يرد) الذي أورده المشرع المصري و الاردني[90] أدق من تعبير (تنقص) الذي اورده المشرع العراقي، إذ انه يتلافي النقص الذي رأيناه و يمنح القاضي حرية أوسع في إزالة الارهاق الذي يقع على المدين نتيجة تنفيذه لألتزامه.

و إذا جاز للقاضي إعمالا لهذه النظرية أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، فإنه يمتنع عليه ان يفسخ العقد، إلا إذا كان ذلك بناء على طلب المتعاقد الذي يلحقه ضرر نتيجة تطبيق هذه النظرية، كوسيلة للتحلل من تعديل آثار العقد[91].

و إن رد الالتزام الى الحد المعقول طبقا لهذه النظرية، لا يكون الا بالنسبة الى مايراد تنفيذه منه بعد وقوع الحادث الطاريء، و اضافة الى مايكون المدين قد تقاعس عن تنفيذه بخطئه قبل ذلك، فما نفذه من الالتزام أو حل اجله و قصر المدين في ادائه منه قبل طروء الحادث، لا يدخل في الاعتبار عند اعمال النظرية، فإذا ابرم البيع مثلا، بثمن مجزأ على اقساط، و وقع الحادث الطاريء بعد حلول اجل بعض تلك الاقساط، فان مادفع بالفعل منها او لم يدفع بتقصير من المشتري، لا تعمل النظرية في شأنه، و يقتصر إعمالها على باقي الاقساط، سواء ما حل اجلها منها بعد وقوع الحادث الطاريء و ما حل اجلها قبل ذلك، و لكن الدائن لم يعذر المدين بأدائها لإعتباره متسامحا، و كأنه مد للمدين أجلا للوفاء بها، بل ان ليس كل ما يجيء من تنفيذ الالتزام بعد وقوع الحادث الطاريء يخضع لهذه النظرية، و انما يقتصر اثرها على ما يتوافر في شأنه شرط الارهاق فحسب، فأقساط الثمن المستقبلة التي لا يثبت لقاضي الموضوع قيام شرط الارهاق في خصوصها ينبغي ان تبعد من دائرة اعمال النظرية، فلا يتناولها التخفيف و إن كان يمكن بطبيعة الحال إجراء التخفيف عليها بعد ذلك إذا استمر الارهاق في شأنها[92].

و أيا كان التعديل الذي يرد على الالتزام، اعمالا لنظرية الظروف الطارئة، فإن الحكم الذي يقضي به لا يسري الا طالما يبقي السبب الذي ادى اليه، تطبيقا لقاعدة ان العلة تدور مع المعلول وجودا و عدما، فإذا زال الظرف الطاريء الذي ادى الى القضاء بتعديل اثر العقد، و جب الحكم بإنهاء هذا التعديل، و الرجوع الى ما كان يقضي به العقد من قبله، و ذلك بالنسبة الى مايرتفع عنه أثر الظرف الطاريء من تنفيذ الالتزام[93]. و هذا برأينا إن دل على شيء فإنه يدل على الرجوع الى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مرة أخرى بعد إنتهاء الظرف الطاريء.

(88) ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، 395-396.
(89) ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، 396.
(90) ينظر: المادة 147 من القانون المدني المصري، و المادة 205 من القانون المدني الاردني.
(91) د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصدر سابق، ص 563.
(92) د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصدر سابق، ص 562.
(93) د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصدر سابق، ص 564.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المبحث الثالث

الاستثناءات الواردة عليه من حيث الرجوع فيه او نقضه اي إنحلاله

يتم زوال العقد الصحيح بالانقضاء و ذلك عن طريق تنفيذ الالتزامات التي تترتب عليه، إذ بهذا التنفيذ ينقضي العقد، و الانقضاء أثر طبيعي لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إذ لابد أن يحترم كل من المتعاقدين ما التزم به و ينفذه مادام التزم به بإرادته الحرة الناتجة عن مبدأ حرية التعاقد. فالعقد ينقضي بشكل طبيعي بتنفيذه اي بوفاء المدين بالتزامه على النحو المتفق عليه، و زوال العقد بإنحلاله إما قد يكون قبل البدء في تنفيذ العقد او بعد البدء في هذا التنفيذ[94]. فيقصد بإنحلال العقد زواله بعد ان انعقد صحيحا نافذا لازما و قبل ان يتم تنفيذه، و هو بهذا المعنى يختلف عن انقضاء العقد و الذي يؤدي الى زوال العقد بعد تنفيذه، كما انه يختلف عن ابطاله و هو مايرد على العقد في مرحلة الانعقاد، فإذا كان الانحلال يرد على عقد ولد صحيحا ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي، فإن الابطال يرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي كأنه لم يكن[95]. و اذا تم العقد صحيحا لازما فالمبدأ العام طبقا للفقرة الاولى من المادة (146) من القانون المدني العراقي هي انه كما ذكرنا سابقا- لا يجوز لاحد طرفي العقد أن يستقل بارجوع عن العقد و لا تعديله و لا فسخه الا برضا العاقد أو بمقتضى نص في القانون. فإنحلال العقد و هو الذي يهمنا هنا، قد يتم بإتفاق الطرفين اي (الاقالة)، و قد يتم بقوة القانون (الالغاء بإرادة المنفردة، الفسخ)، و الفسخ هو انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي، و قد يكون بحكم القضاء (الفسخ القضائي) و قد يكون بإتفاق الطرفين (الفسخ الإتفاقي)، و قد يكون بحكم القانون (الانفساخ)[96]. بناء على ما سبق نقسم هذا المبحث الى مطلبين، في الاول نتناول انحلال العقد بالارادة، وفي الثاني نتناول الفسخ بانواعه الثلاثة.

المطلب الاول: انحلال العقد بإلارادة

في هذا المطلب نتناول انحلال العقد نتيجة ارادة المتعاقدين، سواء اكانت الاطراف اتفقوا على انهائه (الاقالة)، او انحل العقد بإرادة أحد اطرافه دون الاخر، فنقسم هذا المطلب الى فرعين، في الاول نتناول انحلال العقد بإتفاق الطرفين (الاقالة)، و في الثاني نتناول انحلال العقد بإلارادة المنفردة (الالغاء).

(94) ينظر: د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 325– 338.
(95) د. عبدالقادر الفار، مصدر سابق، ص 153.
(96) تقابلها المادة (242) من القانون المدني الاردني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الفرع الاول: انحلال العقد بإتفاق الطرفين (الاقالة)

تنص المادة (181) من القانون المدني العراقي على أنه (للعاقدين ان يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده)[97]. تناولت هذه المادة حالة أن يتفق المتعاقدان على فسخ العقد برضاهما بعد انعقاده صحيحا لازما، و هو مايطلق عليه في الفقه الاسلامي (اقالة العقد)[98].

التقايل او الاقالة هو اتفاق الطرفين على الغاء العقد، فهو الغاء بالإرادة المشتركة التي كانت مصدر العقد، و هو يتم بإتفاق جديد، أي بإيجاب و قبول جديدين، و ليس له أثر رجعي، إذ انه عقد جديد ينتج آثاره من وقت حدوثه، و مع ذلك يجوز للطرفين أن يتفقا على الاثر الرجعي لزوال العقد، أي على اعتباره كأن لم يكن قائما في يوم من الأيام[99]. و هي صورة خاصة من صور الفسخ الاتفاقي (شرط الفسخ)، غير أنها تختلف عن الفسخ الاتفاقي في انها لا يجوز ان تكون مقارنة للعقد، و تختلف عنه كذلك في ان شرط الفسخ الصريح يفترض اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، اما الاقالة فلا وجود فيها لمثل هذا الافتراض[100].

و الاقالة عقد كسائر العقود، فيجب ان تتوافر فيها السروط العامة لانشاء العقد، و هي فسخ اتفاقي فلا بد من توفر شروط الفسخ فيها، و هي امكان ارجاع العاقدين الى الحالة التي كانا عليها من قبل العقد، فإذا تعذر لم تعد الاقالة ممكنة[101]. و قد نصت على ذلك المادة (182) من القانون المدني بقولها (1- يلزم ان يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الاقالة. 2- ففي البيع يلزم ان يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن اما هلاك الثمن فلا يكون مانعاً من صحة الاقالة).

أما بالنسبة للتكيف القانوني للإقالة، فهل هي فسخ ام عقد جديد؟ فإذا اشترى شخص من الاخر عينا و نقل اليه ملكيتها و تسلم الثمن، ثم اتفقا على الاقالة ورد المشتري العين الى البائع و رد البائع الثمن الى المشتري، فهل يعتبر تصرفهما هذا فسخا للعقد الاول ام انه يعتبر عقد بيع جديد صار البائع الاول فيه مشتريا و المشتري بائعا؟ هناك ثلاثة اراء في هذه المسألة: الاول يعتبر الاقالة عقدا جديدا لا فسخا للعقد الاول، و الثاني يعتبرها فسخا اتفاقيا، و الرأي الثالث و الاخير يعتبر الاقالة عملا قانونيا ذو طبيعة مزدوجة فهي فسح في حق المتعاقدين، و عقد جديد بالنسبة الى الغير[102]. و بالرأي الاخير اخذ القانون المدني العراقي، فقد عبرت عنه المادة (183) منه بقولها (الاقالة في حق المتعاقدين فسخ و في حق الغير عقد جديد)[103]. فالإقالة ماهي الا فسخ في حق

(97) ينظر: د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 326و 328.
(98) د. عبدالقادر الفار، مصدر سابق، ص 155.
(99) د. سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، اسكندرية، 2009، ص 187.
(100) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 191.
(101) د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 440- 441.
(102) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 192.
(103) تقابلها المادة (243) من القانون المدني الاردني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المتعاقدين و لكنها في حق الغير بيع جديد، سواء تم ذلك قبل القبض ام بعده، و في ذلك نول على الواقع بين الطرفين من ناحية و حماية للغير من ناحية اخرى[104].

الفرع الثاني: انحلال العقد بإرادة المنفردة (الالغاء)

الاصل لا يجوز انهاء العقد بإرادة منفردة الا أنه في حالات يجيز القانون لاحد المتعاقدين او لكل منهما، أن يستقل بوضع حد للرابطة العقدية، و يقال لزوال أثر العقد في هذه الحالة ب (الالغاء بالإرادة المنفردة، و من العقود التي يجوز الغاؤها بالإرادة المنفردة، عقد الوكالة حيث يجوز للموكل ان يعزل الوكيل، كما يجوز للوكيل أن يعزل نفسه[105]، و في عقد العارية يجوز للمستعير ان يطلب انهاء العارية اذا لم تحدد مدة الاعارة بأية طريقة و له كذلك أن يطلب انهاءها في حالات معينة، كما ان للمستعير ان يرد الشيء المعار قبل انتهاء الاعارة اذا لم يكن ضارا بالمعير[106] وفي عقد الوديعة لكل من المودع و الوديع ان يطلب رد الوديعة متى شاء[107]، و كذلك إذا كان عقد الايجار مؤبدا او ابرم لمدة تزيد عن ثلاثين سنة جاز انهاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب احد العاقدين مالم يكن قد عقد لمدة حياة المؤجر أو المستأجر[108]. ففي هذه الحالات السابقة يجوز لكل من المتعاقدين انهاء العقد من جانبه دون ان يتوقف ذلك الانهاء على موافقة الطرف الاخر، و يكون ذلك عندما يكون العقد عقد مدة و لم تعين فيه المدة- بإستثناء عقد الايجار المبرم لمدة ثلاثين سنة السابق ذكره- لانه لا يجوز ان يكون العقد مؤبدا[109]. و قد يتم إنهاء العقد بإرادة احد الطرفين كما في عقد الهبة، حيث يجوز للواهب ان يرجع في الهبة في بعض الحالات[110]، و قد اعتبره الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون رجوعا وهي عنده حالة خاصة من احوال انحلال العقد وهي مقصورة على الهبة[111]. و الرجوع في الهبة في القانون المدني العراقي حق مستمد من طبيعة هذا العقد، الا ان الرجوع عنه لا يتم الا اتفاقا او قضاء، فإذا تم اتفاقا عد نوعا من الاقالة، و اذا تم

(104) د. عبدالقادر الفار، مصدر سابق، ص 155.

(105) تنص المادة (1/ 947) من القانون المدني العراقي على انه (للموكل ان يعزل الوكيل او ان يقيد من وكالته وللوكيل ان يعزل نفسه، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك، لكن اذا تعلق بالوكالة حق الغير، فلا يجوز العزل او التقيد دون رضاء هذا الغير)، و ينظر: م. (1/716) المدني المصري، و م. (862) مدني سوري.

(106) ينظر: المواد (861) و (862) من القانون المدني العراقي.

(107) ينظر: المادة (1/969) من القانون المدني العراقي.

(108) ينظر: المادة (740) من القانون المدين العراقي.

(109) د. عصمت عبدالمجيد، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، ط1، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، 2011، ص 482- 483.

(110) و القاعدة العامة في القانون العراقي عدم جواز الرجوع في الهبة الا برضاء الموهوب له (المادة 620) من القانون المدني، و تنص المادة (621) من نفس القانون، على انه: (يعتبر بنوع خاص سبباً مقبولاً للرجوع في الهبة: (أ – ان يخل الموهوب له اخلالاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب، بحيث يكون هذا الاخلال من جانبه جحوداً غليظاً. ب – ان يصبح الواهب عاجزاً عن ان يوفر لنفسه اسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية او ان يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير. ج – ان يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يبقى حياً الى وقت الرجوع، او ان يكون للوهاب ولداً يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا هو حي. د – ان يقصر الموهوب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من التزامات بدون عذر مقبول).

(111) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 200.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

قضاء عد رجوعا قضائيا[112]. و كذلك لرب العمل في عقد المقاولة ان يفسخ العقد و يوقف التنفيذ في اي وقت قبل اتمامه على ان يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات و ما انجزه من الاعمال و ما كان يستطيع كسبه لو انه تم العمل، على انه يجوز للمحكمة تخفيض التعويض المستحق عما فات من كسب..[113]. كما في عقد التأمين على الحياة (يجوز للمؤمن له على الحياة الذي التزم بدفع اقساط دورية، ان يتحلل في اي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله الى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية و في هذا الحالة تبرأ ذمته من الاقساط اللاحقة)[114]. وكذلك الحال بالنسبة لعقد القرض حيث منح القانون الحق للمقرض ان يسترد قرضه في اي وقت اذا لم يتفقا في العقد على الزمان[115].

المطلب الثاني: انحلال العقد عن طريق الفسخ

الاصل في الفسخ ان يكون بحكم قضائي، و قد يكون بإتفاق المتعاقدين، و قد يكون بحكم القانون (الانفساخ)، فنتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع، في الفرع الاول نتناول الفسخ القضائي، و في الثاني الفسخ بإتفاق الطرفين، و في الفرع الثالث و الاخير نتناول الفسخ بحكم القانون (الانفساخ).

الفرع الاول: الفسخ القضائي (الفسخ بحكم القضاء)

ينشيء العقد الملزم للجانبين التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه فيصبح كل منهما دائنا و مدينا في وقت واحد، و ينشيء في الوقت نفسه ارتباطا بين هذه الالتزامات، و هذا الارتباط يؤدي الى القول بأنه اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فالمتعاقد الاخر لا جبر على تنفيذ التزامه هو أيضا، بل يستطيع هذا المتعاقد اذا لم يطلب التنفيذ العيني، ان يطلب فسخ العقد و حل الرابطة التعقادية و إعفاءه من تنفيذ التزامه[116]. وقد نصت المادة (157/1) من القانون المدني (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)[117]. فيتبين لنا من هذه المادة أن الفسخ لا يكون الا في العقود الملزمة للجانبين، و ذلك عندما لا يوفي احد المتعاقدين بإلتزامه، اضافة أنه يلزم الا يكون المتعاقد الذي يطلب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه، بحيث لا يجوز له طلب الفسخ الا اذا كان قد

(112) د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص 484.
(113) ينظر: المادة (885) من القانون المدني العراقي بفقرتيها.
(114) ينظر: المادة (997) من القانون المدني العراقي
(115) ينظر: المادة (689/2) من القانون المدني العراقي

(116) د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 421-422.
(117) و يقابلها المادة (157) من القانون المدني المصري، و المادة (246) من القانون المدني الاردني و المادة (119) من القانون المدني الجزائري.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

نفذ التزامه أو كان مستعدا لذلك، و أن تكون لديه المقدرة على إعادة الحال الى ما كان عليه إذا ما حكم بالفسخ[118]. و إذا كان الاصل في الفسخ هو أن يتم بحكم قضائي، الا انه لابد للمتعاقد الاخر قبل اللجوء الى القضاء طالبا الفسخ، ان يطلب من المتعاقد الاخر تنفيذ التزامه و ينبه الى انه إذا لم يقم بالتنفي فإنه سيطلب الفسخ و تنبيه المدين يكون بإعذاره، و الاعذار يتم بإنذاره، و يتم الانذار بواسطة الكاتب العدل، اما اذا اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا فلا حاجة للإعذار، و إذا أقام الدائن الدعوى طالبا الفسخ فلا يلزم بالبقاء على طلبه فهو يستطيع ان يعدل عنه قبل الحكم الى طلب التنفيذ، و كذلك إذا طلب التنفيذ فيستطيع ان يعدل عنه الى طلب الفسخ، و لايعتبر مجرد رفع الدعوى بطلب احدهما (الفسخ او التنفيذ) نزولا عن طلب الاخر[119].

و إذا عرض طلب الفسخ على القاضي فهو غير ملزم بالاجابة على طلبه أي الحكم به، فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك، فقد يقضي به إذا اقتنع بوجود ما يبرره، و قد يرفض الحكم به و يمنح المدين نظرة الميسرة، اي اجلا لتنفيذ التزامه اذا كان ما نفذه جزءا كبيرا بالنسبة للباقي[120]، و القاضي في كل ذلك انما يستوحي قراره من الظروف المحيطة بالقضية، فإذا رأى أن المدين سيء النية في عدم تنفيذه لإلتزامه، او مهملا في تنفيذه اهمالا واضحا بالرغم من إعذار الدائن له قبل رفع الدعوى، فذلك مما يحمله على الحكم بالفسخ، و على عكس من ذلك اذا رأى ان المدين حسن النية و أن عدم تنفيذه لإلتزامه انما يعود لظروف خارجة عن ارادته، أو ان ما لم ينفذه قليل الاهمية بالنسبة للالتزام في جملته، أو أن الدائن لم يصبه ضرر كبير نتيجة هذا التأخر، فذلك مما يحمله على رفض الحكم بالفسخ و منح المدين نظرة الميسرة، و سلطة القاضي التقديرية هذه لا تخضع لرقابة محكمة التمييز[121].

و كقاعدة عامة يترتب على الفسخ عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها و قت ابرام العقد، و هذه القاعدة العامة[122] تشمل انواع الفسخ جميعا، و معنى هذه القاعدة العامة ان العقد ينحل اصلا من وقت ابرامه لا من وقت فسخه و هو ما يطلق عليه اسم (الاثر الرجعي) للفسخ، و هذا الاثر الرجعي لا يقتصر على العلاقة بين المتعاقدين و انما ينصرف الى الغير[123].

الفرع الثاني: الفسخ الاتفاقي (الشرط الفاسخ)

يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على اعتبار العقد منحلا من تلقاء نفسه دون الحاجة الى تدخل السلطة القضائية، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه و هذا يعود لإرادة الفريقين ان يدخلا بندا في العقد يعطي لأحدهما او لكل منهما الحق بإلغاء العقد، كما

(118) د. توفيق حسن الفرج، مصدر سابق، ص 329.
(119) د. عصمت عبدالمجيد، مصدر سابق، ص 471.
(120) و قضت محكمة التمييز في العراق بأن (نقص جزء ضئيل من المأجور لا يجيز طلب فسخ عقد الايجار بل طلب انقاص الاجرة). (قضاء محمكة التمييز، المجلد الخامس ص 365– 367 ، نقلا عن د. عصمت عبدالمجيد، مصدر سابق، ص 472).
(121) د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 428.
(122) لآثار الفسخ قاعدة عامة و استثناءات كما في عقود الادارة المبرمة بحسن النية، و مبدأ الحيازة في المنقول سند الملكية، و كذلك ما يتعلق بفسخ العقد المستمر التنفيذ. للتفصيل يراجع د. عصمت عبدالمجيد، مصدر سابق، ص 467.
(123) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 196.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

يمكن لهما ان يتفقا على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم قيام احد المتعاقدين بإلتزاماته و ذلك دون حاجة الى حكم او انذار فيجاز للدائن الغاء العقد بإرادته وحده[124].

و لا يكفي لوقوع الفسخ اتفاق الطرفين على ان العقد يعتبر مفسوخا عند عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، و انما يتوقف الامر على مدى هذا الشرط، فقد يتم الاتفاق على مجرد ان العقد يكون مفسوخا اذا لم يقم احدهما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، فيعتبر هذا الشرط تأكيدا للقاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ، و لهذا لايغني هذا الشرط من الاعذار و اللجوء اللى القضاء للحكم له بالفسخ و تطبيق احكام الفسخ القضائي من حيث أنه لا يسلب السلطة التقديرية للقاضي للحكم بالفسخ أو رفض طلب الفسخ و منح المدين اجلا[125].

و قد يتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، و هذا الاتفاق لا يغني عن رفع الدعوى و لا عن الاعذار الا انه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يكون له الا الحكم بالفسخ الذي يكون منشئا للفسخ لا مقررا أو كاشفا له، و لكن هذا الشرط لا يسلب الدائن حقه في طلب التنفيذ إذا شاء[126]. و نصت المادة (582) من القانون المدني العراقي على أنه (اذا اشترط البائع ان يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد كان للمشتري مع ذلك ان يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر، الا اذا نص في العقد على ان الفسخ يقع دون اعذاره وفي كل حال لا يجوز للمحكمة ان تمنع المشتري أي اجل).

كما يجوز ان يتفق المتعاقدان على انه اذا اخل المدين بتنفيذ التزامه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى رفع الدعوى لفسخ العقد ولا الحكم ينشيء الفسخ، و لكن اذا نازع المدين الدائن في ادعائه و ادعى انه قد نفذ التزامه ففي هذه الحالة يجب رفع الدعوى و يكون الحكم القضائي الصادر فيها مقتصرا على تقرير ما اذا كان المدين قد نفذ التزامه ام لا، و إذا قرر ان لم ينفذ التزامه حكم بالفسخ و يكون الحكم مقررا اي كاشفا لا منشئا له، غير ان هذا الاتفاق لا يعفي الدائن من اعذار المدين[127].

و قد يتفق المتعاقدان على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار أو الى حكم قضائي، و في هذه الحالة يعتبر العقد منفسخا بمجرد اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه، و لكن هذا الشرط لا يعتبر تنازلا من الدائن عن حقه في الخيار بين الابقاء على العقد و طلب التنفيذ العيني و بين طلب فسخه، و الا كان معنى هذا الشرط ان نضع الدائن تحت رحمة المدين الذي يستطيع في كل وقت التخلص من الرابطة التعاقدية بمجرد اخلاله بالتنفيذ و هو امر غير مقبول[128].

و بصدد الفسخ الاتفاقي يمكن الاتيان بالتعاقد بالعربون كمثال على ذلك ايضا، فبموجب المادة (92) من القانون المدني العراقي يعتبر دفع العربون دليلا على ان العقد اصبح باتا لا يجوز العدول عنه[129] الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك. فإذا اتفق المتعاقدان على

(124) المحامي موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 378.
(125) د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص 290.
(126) د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 430.
(127) د.عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص 473.
(128) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 194.
(129) صار القانون المدني المصري على عكس الاتجاه، حيث بموجب المادة (103/1) منه يفيد دفع العربون وقت ابرام العقد ان لكل من المتعاقدين الحق في العدول الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه و ان عدل من قبضه رده مضاعفا.

الفرع الثالث: الانفساخ (الفسخ بحكم القانون)

إن التزام احد طرفي العقد قد يصير تنفيذه مستحيلا بعد انعقاد العقد بسبب اجنبي لا دخل له فيه، كأن تهلك العين المبيعة أو الموهوبة أو العين المؤجرة بقوة قاهرة و هي تحت يد البائع او الوهب او المؤجر و قبل تسليمها للطرف الاخر في العقد، و قد جعل القانون من استحالة تنفيذ الالتزام على هذا النحو سببا لانحلال العقد بقوة القانون، على اساس انه الحل الوحيد صار ممكنا بعد هذه الاستحالة[130].

و الانفساخ يمكن ان يقع في العقود الملزمة لجانب واحد فضلا عن وقوعه في العقود الملزمة للجانبين، اما الفسخ فنطاقه دائما العقود الملزمة للجانبين، كما ان لا ضرورة فيه للاعذار و لا صدور حكم قضائي به – كما سبق في شأن الفسخ- إذ ان العقد ينفسخ بقوة القانون، و إذا تطلب الامر ضرورة اللجوء للقضاء لمراقبة مدى توافر السبب الاجنبي الذي أدى الى استحالة التنفيذ، فعندئذ يعد حكم القاضي حكما كاشفا و ليس منشئا للفسخ [131].

و يرتب الفسخ بقوة القانون ما يرتب الفسخ القضائي و الاتفاقي من وجوب عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد و بحيث يعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن. فيجب أن يرد كل متعاقد ما استولى عليه، و الا جاز لكل منهما ان يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الاخر لم يرد اليه ما تسلمه منه او لم يقدم تأمينا لضمان ذلك[132].

وقد نصت المادة (179/1) من القانون المدني على أنه (اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات و هو في يد صاحبه انفسخ العقد، سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة)، و نحن نتفق مع من يذهب الى ان هذا النص يبين تعميم حالة الانفساخ على استحالة التنفيذ مطلقا سواء أكانت راجعة الى سبب أجنبي أم الى سبب يعزى الى المدين ادى الى عدم تنفيذ المدين ما التزم به في العقد، و كل ما في الامر هو انتفاء التعويض في الحالة الاولى – اي الانفساخ بسبب أجنبي- و وجوبه في الحالة الثانية اي اذا كانت الاستحالة راجعة الى خطأ المدين [133]، في حين يذهب الاخرون[134] الى انه اذا كانت الاستحالة راجعة الى فعل المدين فالعقد لا ينفسخ بل و يتأكد و تتقرر مسؤولية المدين التعاقدية و يلزم بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه.

(130) د. مصطفى جمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1987، ص 262.
(131) د. امجد محمد منصور، مصدر سابق، هامش ص 216.
(132) د. عبدالقادر الفار، مصدر سابق، ص 161.
(133) ينظر: د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 190.
(134) ينظر: د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص 475.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الخاتمة

في نهاية هذا البحث، تبين لنا عدد من الاستنتاجات والمقترحات، وسنسلط الضوء على أهمها فيما يلي:

اولا: الاستنتاجات:

1. ان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يعني أن على المتعاقدين تنفيذ العقد بجميع ما اشتمل عليه وحسب مضمونه، ولا يجوز نقضه او تعديله الا باتفاق الطرفين او الحالات المقررة قانونا.
2. ان الاتجاه الذي يرى بأن الجذور الدينية وقواعد الاخلاق وقواعد المهنة تعد اساسل لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، يخلط بين العلة والباعث في الزامية العقد ومصد الزامه.
3. مبدأ سلطان الارادة يعد المصدر المباشر لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.
4. هذا المبدأ ليسا مطلقا، بل هناك استثناءات ترد عليه وهذه الاستثناءات تخضع لفكرة العدل والقانون وغاياته.
5. للقاضي التجاوز على هذا المبدأ عند اختلال التوازن بين طرفي العقد بسبب حوادث استثنائية طارئة، لكن بعد انتهاء الظرف الطاريء يتم الرجوع الى تطبيق هذا المبدأ.

ثانيا: المقترحات:

1. أجاز القانون المدني الاردني للمحكمة في جميع الأحوال و بدون قيد او شرط بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في التعويض الاتفاقي بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، والزام المدعي منهما أن يثبت إدعائه، وأبطل هذا القانون كل اتفاق يخالف ذلك، اما بالنسبة للقانون المدني العراقي فالامر ليس كذلك، إذ خول القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي زيادة و نقصا ضمن شروط معينة، و بما اننا نرى أن موقف المشرع الاردني اقرب الى العدالة و روح المساواة بين اطراف العقد و الموازنة بين مصلحتهم، فنقترح للمشرع العراقي تعديل هذه المادة و أن يحذو حذو المشرع الاردني.
2. يُنتقد تعبير (تنقص) للمشرع العراقي في المادة ((146/2) من القانون المدني، حيث نصت (....جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك). إذ ان هذا التعبير غير دقيق لأنه يشعر بأن القاضي غير مطلق اليد في ازالة الارهاق الذي يصيب المدين نتيجة تنفيذ التزامه، و خير منه تعبير ((تزيل أو ترفع الارهاق أو يرد الالتزام المرهق)، فنقترح للمشرع العراقي تعديله.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

قائمة المصادر

اولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

1. د. احمد شوقي محمد عبدالرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد و الارادة المنفردة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.
2. د. احمد شوقي عبدالرحمن، النظرية العامة للالتزامات، المصادر الارادية و غير الارادية، دون مكان النشر، 2008.
3. د. امجد محمد منصور، النظرية العامة للألتزامات (مصادر الالتزام)، ط1، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة، عمان، 2001.
4. المستشار انور طلبة، انتقال الحقوق و الالتزامات، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2006.
5. د. انور سلطان، النظرية العامة للألتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.
6. د. انور سلطان، المباديء القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.
7. د. توفيق حسن فرج، و د. مصطفى الجمال، مصادر و احكام الالتزام (دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
8. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام في مصادر الإلتزام، ط3، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة النشر.
9. د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، احكام الالتزام، اثبات الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 1976.
10. د. سمير عبدالسيد تناغو، أحكام الالتزام و الاثبات، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009.
11. د. سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، اسكندرية، 2009.
12. د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون سنة النشر.
13. د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة (دراسة معمقة مقارنة بالفقه الاسلامي)، دار الكتاب الحديث ، الكويت، 1984.
14. المحامي د. عبدالقادر الفار، مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005.
15. د. عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول في مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد، 1980.
16. د. عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني و احكام الالتزام، ج2، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد، دون سنة النشر.
17. د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.

18. د. عدنان ابراهيم سرحان، و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005.
19. د. عصمت عبدالمجيد، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، ط1، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، 2011.
20. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مباديء القانون الادراي، دار الكتب للطباعة و النشر، بغداد، 1996.
21. د. مصطفى جمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1987.
22. د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الاول (العقد)، الطبعة الاولى، مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع، بيروت، 1995.
23. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، القسم الاول مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، دار آراس للطباعة و النشر، اربيل، 2006.
24. المحامي موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
25. د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول مصادر الالتزام في القانون اللبناني و التشريعات العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995.

ثانيا: الرسائل و البحوث

1. د. حسبو الفزاري، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، دراسة في القانون المقارن و في الشريعة، اطروحة دكتوراه، مطبعة الجيزة، الاسكندرية، 1979.
2. طارق محمد مطلق ابو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2007.
3. علاق عبدالقادر، اساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008 .
4. غازي أبو عرابي، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة الدراسات، علوم الشريعة و القانون، كلية الحقوق الجامعة الاردنية، المجلد 25، العدد 1، 1998.

ثالثا: القوانين

1 - القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
2 - قانون إيجار العقار العراقي المعدل رقم (87) لسنة 1979.
3 - قانون المالكين و المستأجرين الاردني رقم (11) لسنة 1994.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

4 - القانون المدني الفرنسي الصادر في سنة 1804 طبعة 2017.
5 - قانون العقود و الالتزامات المغربي الصادر في 12 اغسطس سنة 1913.
6 - القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل.
7 - القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.
8 - القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.
9- القانون المدني للجمهورية اليمنية رقم(14) لسنة 2002.

پوختە

پرەنسیپی (گرێبەست یاسای لایەنەکانی گرێبەستە) کە بەگرنگترین پرنەسیبە یاساییەکان دەدەنرێت، بەتایبەتی لە بواری یاسای شارستانی، یەکێکە لەو دەرەنجامانەی کە لە پرەنسیپی دەسەلاتی ویست هاتونەتە کایەوە. ئەو پرەنسیبە لە یاسا شارستانیەکان بۆتە پرەنسیبێکی جێگیرو لە نگەرگرتوو، و لە بواری بیردۆزەی گرێبەستیش بۆتە خاوەن چەمکێکی جێگیرو ورد. ئەو پرەنسیپەش ئاماژەیە بۆ ئەوەی کە بنەڕەت لە گرێبەستدا ئەوەیە هەرکاتێك بەدروستی بەپێ ی یاسا دروست بوو، ئەوا لایەنەکانی گرێبەست پێوەی پابەند دەبن و ملکەچ دەبن بۆی بەهەمان شێوەی ملکەچ بوونیان بۆ یاسا، بۆیە دەوترێت گرێبەست یاسای لایەنەکانی گرێبەستە، بەوپێ یە هیچێکیان بەتەنها ناتوانێ هەڵیوەشێنێتەوە یان هەمواری بکاتەوە، مەگەر بەپێی ڕێکەوتنی نێوانیان نەبێت یان یاسا ڕێگەی پێ بدات، بەهەمان شێوە دادوەریش – وەکو پرنەسیپێکی گشتی– ئەو دەسەلاتەی نیە.

ئەو پرەنسیپەش ڕەها نیە، بەڵکو کۆمەڵێك حاڵەتی هەڵاوێردوو– لە بنەما دەرچوو– استثناء– ی هەیە کە لێ ی لائەدەن، جا ئەم حالەتەنە چ لەڕووی هەموارکردنەوەی گرێبەست بێت یان کۆتایی پێهێنانی بێت، ئەو حاڵەتانەش ملکەچ دەبن بۆ بیرۆکەی دادپەروەری و یاسا و ئامانجەکانی.

گرنگی ئەوبابەتەش خۆی دەبینێتەوە لە گرنگی گرێبەست بەو پێ یەی یەکێکە لە سەرچاوەکانی پابەندبوون لە ڕوویەکەوە، و هەروەها خۆی دەبینێتەوە لە گرنگی بنەمای (گرێبەست یاسای لایەنەکانی گرێبەستە) کاریگەری ئەو بنەمایە لە لەنگەرگرتنی مامەڵەکان لە لایەکی ترەوە، سەرەڕای ئەوەی کە ئەو هەڵاوێردانە پەرت و بلاوە لە دووتوێ ی کتێبەکانی یاسای شارستانی، لە میانەی تا ڕادەیەك هەندێك بابەتی جیاواز لە یەکتر، بۆیە ئێمە لە میانەی ئەو توێژینەوەیەدا هەوڵماندواوە کۆی بکەینەوەو ڕێکی بخەین.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ئەو هەڵاوێردانەی ئەو پەرەنسیپەش دابەش دەبن بۆ دوو بەش، بەشێکیان دەبێتە هۆی هەموارکردنەوەی گرێبەست، و بەشکەی تریشیان دەبێتە هۆی هەڵوەشاندنەوەی گرێبەست و کۆتایی پێهێنانی، بۆیە لێرەوە تۆژینەوەکەمان دایەش کردووە بۆ سێ باس، لە باسی یەکەم دا ڕوومانکردۆتە چیەتی ئەو پرەنسیپە، و لە باسی دووەمیشدا ئەو هەڵاویردانەمان خستۆتە بەرباس و لێکۆلینەوە کە تایبەتن بە هەموارکردنەوەی گرێبەست، لە باسی سێ یەم و کۆتایش باسی ئەو هەڵاوێردانەمان کردووە کە تایبەتن بە کۆتایی هێنانی گرێبەست و هەلوەشاندنەوەی، هەموو ئەو باسانەش لە میانەی پەیرەوێکی شیکاری و بەراوردکاری دەبێت لە نێوان یاسای شارستانی عێراقی و یاساگەلێکی شارستانی ولاتانی تر، وەك یاسای شارستانی میسری و ئوردەنی و سوری. و لە کۆتای تۆژینەوەکەشماندا ئەو ئەنجامانە دەخەینەڕوو کە لەم تۆژینەوە پێ ی گەیشتوین، لەگەڵ گرنگترین ئەو پێشنیارانەی کە پێویستمان زانیوە.

Abstract

The principle of the contract is the law of contracting, which is one of the most important legal principles, especially in the field of civil law, is one of the results of the principle of power of will. In civil law, this principle has become a consistent, stable principle with a consistent and precise concept in the field of contract theory. This principle indicates that the origin of the contract, when it was created in accordance with the law, was contracted by both contractors and subject to the law. Therefore, it is said that the contract is the law of the contracting parties, one of which can not be revoked or amended unless the agreement or law permits it to do so. , And this principle also obligates the judge, as it is not - as a general principle - to intervene in order to resolve the parties.

This principle has some exceptions both in terms of amendment or termination of the contract, and these exceptions are subject to the idea of justice and the law and its objectives.

The importance of the research topic lies in the importance of the contract as a source of commitment on the one hand, and in the importance of the contract principle of the law of contracting in the stability of transactions on the other hand. In addition, the exceptions to this principle are scattered in the folds of civil law books, What, we tried to organize and collect in this research.

these exceptions to this principle, divided into two parts, some of which leads to the amendment of the contract, and the other section leads to revocation of the contract or its dissolution, based on that our research into three topics, in the first topic we touched on what this principle, and In the second part, we discussed the exceptions to this principle in terms of amendment of the contract. In the third and last section, we looked for the exceptions to the principle in terms of revocation or dissolution, all through a comparative analytical approach between the Iraqi civil law and other civil laws

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

such as Egyptian law And Jordanian and Syrian. We concluded our research with our most important conclusions and the most important proposals that we consider necessary.