فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة وأثرها في العقود الملزمة للجانبين

د. محمد حنون جعفر
مدرس القانون المدني
كلية القانون والسياسة/ جامعة السليمانية

الملخص

يتناول البحث موضوعا اساسيا من موضوعات القانون المدني ،الا وهو فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ،حيث يتعلق البحث بتحديد هذه الفكرة ضمن نصوص القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة١٩٥١ ،والدور الذي تلعبه في الروابط القانونية المختلفة ،وبالتحديد في نطاق العقود الملزمة للجانبين .ولقد حاولنا من خلال هذا البحث الوقوف عند مفهوم فكرة الترابط والاساس القانوني الذي تقوم عليها ،بالإضافة الى تحديد نطاقها والشروط الازم توفرها لقيامها ،ومن ثم استعراض موقف القوانين المدنية والفقه الاسلامي من هذه الفكرة، وبعد الانتهاء من بحث مدلول فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في المبحث الاول من هذا البحث ،تناولنا في المبحث الثاني اثر فكرة الترابط في الروابط والنظم القانونية المنصوص عليها في القانون المدني ،حيث اتضح لنا قيام العديد من النظم القانونية على اساس فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، وتقف في مقدمة هذه النظم الاحكام المتعلقة بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام

العقدي وايضا الفسخ لعدم التنفيذ ، اضافة الى تفسير سبب تحمل المدين بتسليم شيئا معين تبعة هلاكه بسبب اجنبي على اساس فكرة الترابط ايضا .

ولقد انهينا بحثنا هذا بخاتمة اوردنا فيها اهم الاستنتاجات التي توصلنا اليها ،وكذلك ايراد ابرز التوصيات التي نعتقد ضرورة تبنيها او الاخذ بها بنظر الاعتبار، خصوصا فيما يتعلق بإعادة النظر في حكم المادة (٤٢٨) من القانون المدني العراقي التي اعتبرت يد المدين بتسليم شيء معين بعد العقد يد ضمان وليست يد امانة .

هذا ومن الجدير بالإشارة اخيرا القول بان فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبيين والاثار المترتبة على الاخذ بها ،غير قاصرة على تلك العقود الداخلة ضمن نطاق القانون المدني فحسب ، بل انها تتسع لتشمل جميع العقود الملزمة للجانبين سواء كانت محكومة بأحكام القانون المدني او بأحكام القوانين الاخرى ،فالترابط بين الالتزامات المتقابلة متحقق في العقود الملزمة للجانبين المحكومة بالقانون الاداري ،وايضا تلك التي تخضع لأحكام القانون الدولي والمعاهدات الدولية ، فالدول الاطراف في المعاهدة الدولية تكون اتفاقاتها الملزمة محكومة بفكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ،ومن ثم يترب عليها جميع الاثار التي تتحقق نتيجة الاخذ بها ،خصوصا مبدا الدفع بعدم التنفيذ ،والفسخ لعدم التنفيذ .

المقدمـــــة

بالنظر الى الطبيعة التبادلية للالتزامات العقدية الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين ،فقد تميزت هذه العقود عن تلك العقود غير التبادلية ،أي الملزمة لجانب واحد ،والتي تقتصر الالتزامات الناشئة عنها على تحمل أحد طرفيها لها دون الطرف الاخر، هذا من جانب، ومن جانب أخر خلقت الحالة التبادلية للالتزامات في العقود الملزمة للجانبين ،حالة من الترابط بين هذه الالتزامات ،مما أدى الى خضوعها الى بعض الاحكام الخاصة ، بحيث أن ما يحدث لالتزام أحد الطرفين ،يكون له أثره على التزام الطرف الاخر، وذلك من نواح ثلاث :

فأذا طالب أحد الطرفين الاخر بتنفيذ التزامه ،دون ان يكون هو قد وفى بما هو مستحق عليه، فان للطرف الاخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ،متمسكا بالدفع بعدم التنفيذ ،فعدم تنفيذ احد الطرفين لالتزامه ،يترتب عليه جواز وقف القوة الملزمة للعقد بالنسبة للطرف الاخر، فيكون امتناعه عن التنفيذ امتناعا مشروعا .

وقد يترتب على تخلف احد الطرفين عن تنفيذ التزامه ،حل الرابطة العقدية ،لا مجرد وقف التنفيذ ،عن طريق الدفع بعدم التنفيذ ،أذ يحق للطرف الاخر أن يلجأ الى القضاء طالبا فسخ العقد.

وأذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا الى استحالته بسبب اجنبي، فان المقرر في القواعد العامة ان الالتزام ينقضي ، فأذا كان العقد ملزم للجانبين ،فان انقضاء التزام أحد الطرفين باستحالة تنفيذه بسبب اجنبي ،يترتب عليه انقضاء الالتزام

المقابل لارتباطه به ،وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ،فيقع تبعة ذلك على المدين في الالتزام الذي استحال تنفيذه ،أذ يفقد حقه في الالتزام المقابل .

ولكل ما سبق ، ونتيجة لعدم وضوح فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة وأثرها من الناحية القانونية ،خصوصا في العقود الملزمة للجانبين ،فقد خصصنا بحثنا هذا ،لدراسة هذه الفكرة ،وابراز النتائج المهمة المترتبة على الاخذ بها، وقد ارتأينا تقسيم البحث الى مبحثين أثنين هما :

المبحث الاول : فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة

المبحث الثاني : أثر فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة

ثم ننهي البحث بخاتمة نبين فيها أهم الاستنتاجات والتوصيات

ومن الله التوفيق

المبحث الاول

مدلول فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة

للوقوف على مدلول فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ،لابد لنا من تحديد مفهوم فكرة الترابط واساسها القانوني ،ومن ثم تحديد نطاقها ،أضافة الى بيان موقف القوانين المدنية والشريعة الاسلامية من هذه الفكرة ، وذلك في المطالب الثلاث الاتية :

المطلب الاول : مفهوم فكرة الترابط واساسها القانوني

سنتناول في هذا المطلب موضوعين : الاول يتعلق بمفهوم فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة وذلك في فرع اول ، والثاني تحديد الاساس القانوني والاصل الذي بنيت عليه هذه الفكرة وذلك في فرع ثان ، وكما يأتي :

الفرع الاول : مفهوم فكرة الترابط

عرفت المادة (٦٩)من القانون المدني العراقي الالتزام بانه (رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً أو يقوم بعمل أو ان يمتنع عن عمل) ، والالتزام هو نفسه الحق الشخصي ،فاذا نظرنا اليه من جهة الدائن سميناه حقاً ،واذا نظرنا اليه من جهة المدين سميناه التزاماً ([1]).

وترتب العلاقات التعاقدية التزامات متعددة ومتنوعة ،حيث ترتب بعض هذه العلاقات التزامات متبادلة على عاتق كلا طرفيها ،وهو ما يحصل في العقود

[1]– د– حسن علي الذنون ،النظرية العامة للالتزامات،المكتبة القانونية،بغداد،٢٠١٢،ص ٨

الملزمة للجانبين ،في حين يقتصر بعضها الاخر على ترتيب التزامات على عاتق أحد طرفيها فقط ،أي غير متبادلة ، بحيث نكون امام مدين وليس دائناً ، ودائنا ليس مدينا ،كما هو الحال بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد([1]) .

فاذا ما أنشئت العلاقة العقدية التزامات على عاتق كلا طرفيها ،فهل يترتب على ذلك قيام حالة من الترابط بين هذه الالتزامات ، بحيث يتوقف تنفيذ التزام احد الطرفين ،على تنفيذ التزام الطرف الاخر ؟

ان الاجابة على ذلك يستلزم تحديد المقصود بالترابط بين الالتزامات المتقابلة في الاصطلاح اللغوي والاصطلاح القانوني ، فمن حيث الاصطلاح اللغوي ،فان الترابط في اللغة أصله من عبارة (ربط) ،ومعناها أشتد قلبه ووثق وحزم فلم يفر عند الورع ، والمرابطة هي الملازمة ([2]) ،أما التقابل فاصله عبارة (قابل)،ومعناها اللغوي هو قابل الشيء بالشيء مقابلة وقبالا :عارضه ،اذا ضممت شيئا الى شيء قلت قابلته به ،ومقابلة الكتاب بالكتاب وقباله به : معارضته وتقابل القوم : استقبل بعضهم بعضا ([3]).

[1] – د . عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،نظرية الالتزام،مصادر الالتزام،دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان ، بلا سنة طبع ،ص١٥٨

[2] – أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور ،لسان العرب،مراجعة وتدقيق د،يوسف البقاعي وابراهيم شمس الدين ونضال علي، منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ،بيروت،لبنان،ط١،١٤٢٦ه،٢٠٠٥م،ص ١٤٤٣

[3] – المصدر نفسه أعلاه ، ص ٣١٢٦

اما مفهوم الترابط بين الالتزامات المتقابلة في الاصطلاح القانوني هو قيام حالة من التقابل بين الالتزامات المترتبة على عاتق الطرفين ،مما يجعل تنفيذ التزام احدهما مرتبطا بتنفيذ التزام الطرف الاخر([1]).

أي أن الترابط بين الالتزامات ،هو الحالة التي يتأثر فيها التزام احد الطرفين بالتزام الطرف الاخر، فأذا ما نفذ الطرف المقابل التزامه ،كان لازماً على الطرف الاول تنفيذ التزامه، واذا امتنع الطرف المقابل عن تنفيذ التزامه ،كان للطرف الاول أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه، أو أن يطالب بالتحلل من التزامه نهائياً ، واذا اصبح تنفيذ الالتزام المقابل مستحيلاً بسبب أجنبي ، فالذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ هو شخص المدين بالالتزام المستحيل .

فالترابط بين الالتزامات يعرف من خلال الأثار القانونية التي يرتبها في العقود الملزمة للجانبين، والتي تتمثل بالدفع بعدم التنفيذ ،وحق الفسخ ،وتحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام بسبب اجنبي .

والذي يتضح مما سبق هو أن فكرة الترابط تقوم على أساس ركيزتين اثنتين : الأولى ، أن يكون التزام أحد الطرفين مقابل لالتزام الطرف الأخر ، اي تحقق حالة التقابل بين الالتزامات ، أما الركيزة الثانية فهي أن يكون تنفيذ التزام احد الطرفين ،سبباً لتنفيذ التزام الطرف الاخر .

ويقتضي الترابط بين الالتزامات المتقابلة وجود شخصين ،كلاً منهما دائن ومدين للأخر في ذات الوقت، بحيث يتوقف تنفيذ التزام أحدهما ،على تنفيذ الطرف الاخر لالتزامه ، ومن ثم يكون تنفيذ أحد الالتزامين سبباً لتنفيذ الالتزام

[1] – د.عبد المجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني،الجزء الثاني،أحكام الالتزام ،المكتبة القانونية،بغداد،الطبعة السادسة،٢٠٠٩،ص١٢٣

المقابل، ويظهر الترابط بين الالتزامات المتقابلة بأوضح صوره في العقود الملزمة للجانبين بالنظر الى الطبيعة التبادلية للالتزامات الناشئة عنها والملقاة على عاتق الطرفين المتعاقدين([١]).

ولأجل الوقوف على مفهوم الترابط بين الالتزامات الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين ،يلزم علينا بحث الأساس القانوني لهذه الفكرة ، وهو ما سنوضحه في الفرع التالي :

الفرع الثاني : الأساس القانوني لفكرة الترابط

ترتبط فكرة الترابط بين الالتزامات بصورة وثيقة بنظرية السبب في الالتزام ،وعلى وجه الخصوص بالنظرية التقليدية للسبب ([٢])، عليه فأن من اللازم تحديد سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين وذلك طبقا لهذه النظرية .

تميز النظرية التقليدية للسبب بين ثلاثة انواع من السبب ، النوع الاول، هو السبب المنشئ للالتزام ، و يقصد به مصدر التزام المتعاقد، من عقد أو ارادة منفردة أو عمل غير مشروع أو كسب بلا سبب أو القانون ([٣])،والسبب بهذا المعنى لا علاقه له بالسبب بكونه أحد أركان العقد ،ومن ثم فانه ليس ذا أهمية بالنسبة الى موضوع بحثنا .

[١] – د. عبد الرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،نظرية الالتزام،الاثبات أثار الالتزام ،دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان ، بلا سنة طبع ، ص ١١٤٦

[٢] – د. محمد علي عبدة ،نظرية السبب في القانون المدني،منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى،٢٠٠٤،ص ٣٨

[٣] – المصدر نفسه اعلاه ، ص ٣٨

أما النوع الثاني للسبب ،فهو السبب الدافع ويراد به الدافع الذي دفع الملتزم الى ترتيب الالتزام في ذمته([١])، فمن يلتزم بدفع ثمن السيارة المباعة في عقد البيع ،قد يكون الباعث الدافع لالتزامه هو الحصول على السيارة لغرض استعماله الشخصي ،او لاستخدامها كسيارة أجرة ،أو لنقل البضائع ،أو نقل مستخدمي محله أو مصنعه ....الخ والسبب بهذا المفهوم أمر نفسي ،يتعلق بنفس الطرف الملتزم ،وهو متغير بحسب الرغبة الشخصية للملتزم في النوع الواحد من العقود ([٢])،وبالتالي فأن هذا النوع من السبب لا يتعلق بفكرة الترابط بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين ،ومن ثم ينبغي أيضاً استبعاده عن موضوع بحثنا .

في حين يسمى النوع الثالث من أنواع السبب ب (السبب القصدي) ،أو السبب المباشر، الذي دفع المتعاقد للالتزام في العقد ، فهو الغاية القريبة أو المباشرة التي يقصد المتعاقد الوصول اليها من وراء التزامه، والسبب القصدي ،هو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية للسبب، فهو النتيجة القريبة أو المباشرة التي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه([٣])، وبذلك يختلف عن السبب الدافع الذي يمثل الغاية البعيدة أو الغير مباشرة ، التي يقصد المتعاقد تحقيقها من وراء التزامه العقدي .

[١] – د حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ١١٨

[٢] – د. أسماعيل غانم،في النظرية العامة للالتزام،مصادر الالتزام،مكتبة عبد الله وهبة،مصر،١٩٦٦،ص ٢٥٤

[٣] – د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ،النظرية العامة للالتزام،الجزء الاول،شركة الطبع والنشر الاهلية ، ص٢٠١

فالنظرية التقليدية تلغي فكرة السبب الباعث ،باعتبارها مهمة صعبة لا يمكن التثبت منها ،لتعلقها بالإرادة الباطنة لكل متعاقد في النوع الواحد من العقود ، وتعتمد فقط على السبب القصدي ([١]).

ولقد ترتب على الأخذ بالنظرية التقليدية للسبب في العقود الملزمة للجانبين ،أن أعتبر سبب التزام أحد المتعاقدين في هذه العقود ،هو سبب التزام الطرف الثاني ، ففي عقد البيع مثلاً ،الغرض المباشر الذي قصد البائع الوصول اليه هو الحصول على الثمن ، والغرض المباشر الذي قصد المشتري الوصول اليه هو الحصول على المبيع ، فسبب التزام البائع بتسلم المبيع ،هو التزام المشتري بدفع الثمن ([٢]) أي تحقق الترابط بين التزام كل طرف بالتزام الطرف الثاني.

وقد طورت نظرية السبب من قبل أنصارها نظراً لما وجه اليها من انتقادات ([٣])،فصرح البعض ،أن سبب التزام أحد الطرفين المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين ،هو ليس وجود الالتزام المقابل الملقى على عاتق الطرف الأخر ، بل هو تنفيذ الالتزام المقابل ، بمعنى ،أن سبب تنفيذ أحد الالتزامين هو تنفيذ الالتزام الاخر([٤]).

وينطبق هذا القول على جميع العقود الملزمة للجانبين، فالترابط بين الالتزامات يعني ،أن يكون تنفيذ أحد الالتزامين ،مرتبط بتنفيذ الالتزام المقابل له ، فالعلاقة

[١] – د. حسن علي الذنون ،المصدر السابق، ص٢٥٤

[٢] – د. عبد المجيد الحكيم،المصدر السابق، ص ٢٠١،٢٠٢

[٣] – كان من أبرز منتقدي النظرية التقليدية للسبب العلامة (بلانيول) د.محمد علي عبدة، المصدر السابق، ص ٥٢

[٤] – د.عبد المجيد الحكيم،المصدر السابق،ص ٢٠٩

الترابطية بين الالتزامات تكون قائمة في جميع أنواع العقود الملزمة للجانبين ،بحيث يتوقف تنفيذ أحد الالتزامين على تنفيذ الالتزام المقابل له ([1]).

والذي يخلص مما تقدم ،ان النظرية التقليدية للسبب تمثل المنطلق الحقيقي لفكرة الترابط بين الالتزامات العقدية في العقود الملزمة للجانبين .

المطلب الثاني :نطاق الترابط

من أجل الوقوف على نطاق الترابط بين الالتزامات المتقابلة ، فأنه لابد أولاً ،من تحديد الصورة التي يتحقق فيها الترابط بين الالتزامات المقصودة في موضوع بحثنا، وتمييزها عن صور الترابط الاخرى ، هذا من جانب ، ومن جانب أخر ، فانه لا بد من تحديد الشروط الواجب توفرها لقيام الترابط بين الالتزامات المتقابلة ، وهو ما سوف نبينه في الفرعيين التاليين :

الفرع الاول : صور الترابط

نصت المادة (٢٨٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في فقرتها الاولى على انه (لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به) ،والذي يفهم من هذا النص ، ان نطاق الترابط بين الالتزامات، لا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين فحسب ،بل يشمل كل العلاقات ألتي ترتب التزامات متقابلة بين الطرفين .

[1] – د.عبد الرزاق السنهوري ،احكام الالتزام، المصدر السابق،ص ١١٤٦

فالترابط بين الالتزامات ، كما انه يتحقق بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين، يتحقق أيضا بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقود الملزمة لجانب واحد، اذا أنشئ هذا العقد التزام بذمة الدائن فيه ، بل أن نطاق الترابط يتسع ليشمل جميع حالات التقابل بين الالتزامات ، وأن لم تكن ناشئة عن تصرف قانوني ، كما هو الحال بالنسبة للترابط الحاصل بسبب الوقائع المادية .

ولهذا فقد أورد شراح القانون المدني ، صورتين اثنتين من صور الترابط بين الالتزامات ، هما ، الترابط القانوني او المعنوي ، والترابط المادي او الموضوعي ، ويمكن ان نضيف اليهما صورة ثالثة من صور الترابط ، وهو الترابط المختلط ، وكما يأتي :

اولاً: الترابط القانوني : ويتحقق هذا النوع من الترابط في حالة ،ما اذا كانت التزامات الطرفين المتقابلة قد نشئت عن علاقة قانونية تبادلية واحدة ، تستند الى تصرف قانوني معين ، الا وهو العقد الذي يربط ما بين الطرفين ، ويوجد هذا الترابط القانوني في أوضح صوره ، في الالتزامات الاساسية المتقابلة التي تنشأ عن العقود الملزمة للجانبين ، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع ، والتزام المشتري بدفع الثمن ، اذ يكون التزام كل من الطرفين سبباً في التزام الطرف الأخر، وأن عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه يخول الطرف الثاني عدم تنفيذ التزامه المقابل لالتزام الطرف الاول ([1]).

[1] – د. سليمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني،المجلد الرابع، احكام الالتزام، الطبعة الثانية،القاهرة،١٩٩٢،ص٤٤٨-٤٤٩

ثانيا :- الترابط المادي : ويتحقق هذا الترابط في حالة ،ما اذا كان احد الالتزامين قد نشأ بسبب واقعة مادية، وليس تصرف قانوني ، والالتزام المقابل نشئ بمناسبة الانفاق على الشيء الواجب الأداء، دون أن يربط ما بين الطرفين علاقة قانونية مسبقة ، فيمتنع المدين عن تنفيذ التزامه بتسليم الشي الى الدائن ، حتى يستوفي حقه الذي نشأ بمناسبة هذا الشي ، وذلك كمصروفات الحفظ والصيانة والتحسينات ،التي ينفقها الحائز على العين التي في حوزته ، ففي هذه الحالة ، يستطيع الحائز ان يمتنع عن تنفيذ التزامه الى حين قيام صاحب الشي بدفع النفقات ، وذلك لقيام الترابط بين الدينين أو الالتزامين ([1]).

ثالثا : الترابط المختلط : ويتحقق هذا الترابط ،اذا كان أحد الالتزامين المتقابلين ،قد نشأ بسبب علاقة قانونية مسبقة بين الطرفين ، والالتزام الثاني قد نشأ بمناسبة الأنفاق على الشيء الواجب التسليم أو الاداء ،ففي عقد الوديعة يلتزم المودع لديه بردها الى المودع ، ومصدر التزامه هو عقد الوديعة ، وهو عقد ملزم لجانب واحد ، ولكن قد يترتب في ذمة المودع التزام برد ما أنفقه المودع لديه من مصروفات لحفظ الوديعة من التلف، ومصدر التزام المودع في هذه الحالة واقعة مادية، هي الانفاق على الوديعة ([2])

كما يمكن ايجاد تقسم أخر لصور الترابط ، حيث يمكن تقسيمه الى صورتين ، هما : الترابط الأصلي، والترابط العرضي بين الالتزامات ، فالترابط الاصلي ،

[1] – د عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١١٢٧، لاحظ ايضا نص المادة (٢٨١) من القانون المدني العراقي

[2] – د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق ، ص ١١٤٧،١١٤٨ ، د. نبيل ابراهيم السعد،الضمانات غير المسماة في القانون الخاص،منشأة المعارف ، الاسكندرية ،١٩٩١،ص ٣٩

هو الذي يتحقق بقيام كل من الالتزامين المتقابلين في ذمه كلا الطرفين في وقت واحد، وعن سبب واحد ،وتنحصر صورة هذا الترابط في الترابط بين الالتزامات الناجمة عن العقود الملزمة للجانبين فقط ، ففي عقد البيع مثلا ، يتحقق الترابط بين التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن في وقت واحد ، من لحظة انعقاد العقد وبسبب واحد، وهو عقد البيع .

أما الترابط العرضي ، فهو الذي يتحقق بقيام أحد الالتزامين المتقابلين ،لدى أحد الطرفين في وقت يختلف عن قيام الالتزام المقابل للطرف الاخر، وعن سبب يختلف عن سبب الالتزام الاول ، ويتحقق هذا الترابط في بعض الاحيان في العقود الملزمة لجانب واحد ، وفي الترابط الناشئ عن الواقعة المادية ، ففي عقد الوديعة اذا قام المودع لديه ،بالإنفاق لحفظ الوديعة ، ينشأ الترابط بين التزام المودع لديه برد الوديعة ، والتزام المودع برد نفقات الحفظ ، فالتزام المودع لديه بالرد، نشأت في وقت يختلف عن وقت نشوء التزام المودع برد النفقات ، كما أن سبب التزام المودع لديه برد الوديعة ، هو عقد الوديعة، في حين أن سبب التزام المودع برد النفقات ،هو واقعة مادية ،والمتمثلة بالإنفاق على الوديعة ، فيكون الترابط بين الالتزامين عرضي ، وليس أصلي ، ونفس القول ينطبق على الترابط بين الالتزامات المتقابلة الناشئة عن الواقعة المادية .

والذي يستخلص مما سبق ،هو ان الترابط الحقيقي للالتزامات المتقابلة ، مجاله الطبيعي قاصر على العقود الملزمة للجانبين ، أما صور الترابط الاخرى ، فهي حالات عرضية ،وغير مقصودة للترابط بين الالتزامات المتقابلة ،كما أن الترابط الاصلي للالتزامات هو نفسه ،الترابط القانوني أو المعنوي ،ومن ثم فان صور

الترابط الاخرى سواء، العرضي او المادي او المختلط ، فأنها لا تعنينا بشي في هذا البحث .

ويبقى بعد تحديد صورة الترابط بين الالتزامات المتقابلة، محل البحث ، بحصرها في الترابط الناشئ عن العقود الملزمة للجانبين ، ضرورة بيان شروط تحقق هذا الترابط ، وهو ما سوف نعالجه في الفرع الاتي:

الفرع الثاني : شروط الترابط

يمكن القول أنه يشترط لقيام الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، ضرورة تحقق وجود شرطين ،الاول: هو شرط وجود عقد ملزم للجانبين ، والثاني : شرط تأثر وضع أحد الالتزامين بالالتزام الاخر ، وكما يأتي :

الشرط الاول : وجود عقد ملزم للجانبين

لعل من أبرز تقسيمات العقود ،هو ذلك التقسيم الذي يتعلق بالأثر القانوني المترتب على ابرام العقد ،اذ قد يقتصر اثر العقد على ترتيب التزام عقدي على عاتق احد الطرفين المتعاقدين فقط ،دون ان يشمل الطرف الاخر، وهو ما يتحقق بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد ،في حين قد يرتب العقد التزامات على عاتق كلا الطرفين المتعاقدين ،وهو ما يتحقق في العقود الملزمة للجانبين ، فعقد البيع ،يرتب التزامات متقابلة على عاتق كل من البائع والمشتري، حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع الى المشتري ،بينما يلتزم المشتري بدفع الثمن له ،وكذلك الحال بالنسبة لعقد العمل ،وعقد المقاولة ،وعقد الايجار، وغيرها من العقود الملزمة للجانبين ، في حين ترتب العقود الملزمة لجانب واحد ،التزام على عاتق أحد طرفيها، ففي عقد الوديعة وعقد الاعارة وعقد القرض ،يكون أحد اطرافها دائن غير

مدين ، وهو المودع والمعير والمقرض، أما الطرف الثاني ،فيكون مدينا غير دائن، وهو المودع لديه والمستعير والمقترض، ففي العقود الملزمة للجانبين يوجد الترابط بين الالتزامات المتقابلة ، ويترتب على وجودها جميع الاثار التي تؤدي الى الاخذ بها ([1]) .

الشرط الثاني : أن يؤثر وضع أحد الالتزامين بالالتزام المقابل

الى جانب شرط وجود العقد الملزم للجانبين ، يشترط في الالتزامات الناشئة عن هذا العقد ،والملقاة على عاتق الطرفين المتعاقدين ، أن يتأثر وضع التزامات أحد الطرفين ،بالتزامات الطرف الاخر ، وهو ما يحصل في حالة الامتناع عن تنفيذ الالتزام ،وحالة الاخلال به ، فيجب ان يكون لكل الطرفين الحق في وقف تنفيذه لالتزامه العقدي، اذا أمتنع الطرف الاخر بدوره عن تنفيذ التزامه ، أي الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وأن يكون لكل من الطرفين ،من جهة اخرى ،الحق في أنهاء الرابطة التعاقدية والتحلل من التزامه ،اذا أخل الطرف الاخر بتنفيذ التزامه ،أي الحق في فسخ العقد ، وهو ما يعني أن يتأثر وضع أحد الالتزامين بوضع الالتزام الاخر .

ويتحقق الترابط بين الالتزامات المقابلة في العقود الملزمة للجانبين ،اذا كان التزام أحد الطرفين يتأثر بوضع التزام الطرف الأخر، بغض النظر عن محل الالتزام الاول، أذ يمكن ان يكون محل الالتزام تسليم شيء معين ، كتسليم الدار المبيعه للمشتري ،أو تسليم شيء غير معين بالذات كالأشياء المثلية ؛ او حتى كان القيام بعمل ،أو الامتناع عن القيام بعمل ، كما في حالة امتناع المقاول عن

[1] – د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،الجزء السادس ، معهد الدراسات العربية العالمية ، ١٩٥٩، ص ٢٦٠

البدء بتنفيذ التزامه الناشئ عن عقد المقاولة ، الى حين قيام رب العمل بتنفيذ التزامه بدفع الاجر له ([1])، وهو ما ينطبق أيضا بخصوص محل التزام الطرف الثاني في العقد الملزم للجانبين .

والذي يتضح مما سبق ،أن حالة الترابط تقوم أولاً ، على أساس وجود عقد ملزم للجانبين يربط بين شخصين ، كلا منهما دائن للأخر ومدين له ،أي دينين متقابلين ، دين في ذمة الاول للثاني، ودين مقابل له في ذمه الثاني ، وهو ما يعرف بالتقابل بين الدينين أو الالتزامين ، غير أن وجود الالتزامين المتقابلين لا يكفي ، بل لابد ثانيا ، من أن يكون وضع أحد الالتزامين مرتبط بوضع الالتزام المقابل له([2])، وبذلك يتحقق الترابط بين الالتزامين، والذي نادت به النظرية التقليدية للسبب بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين .

المطلب الثالث

[1] – د.عبد الرزاق السنهوري،المصدرالسابق،أثار الالتزام،ص١١٤٥

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق،ص ١١٤٩

موقف القوانين المدنية والشريعة الاسلامية من فكرة الترابط

سنقسم هذا المطلب الى فرعين ، نتناول في الفرع الاول : بيان موقف القوانين المدنية من فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، في حين نخصص الفرع الثاني: لبيان موقف الشريعة الاسلامية من هذه الفكرة ، وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول : موقف القوانين المدنية

لم يعرف القانون الروماني فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، اذا أن التزام كل طرف في العقد ،كان مستقلاً عن التزام الطرف الاخر ، وأن امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه ،لم يكن يخول الطرف الثاني عدم تنفيذ التزامه المقابل ، فلم يكن يربط بين الالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين أي رابطة ، أذ كان هذا العقد ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض ولا تربط بينها فكرة الترابط ،التي يوجدها العقد الملزم للجانبين في القوانين المدنية الحديثة ([1]).

والذي يبرر عدم تبني القانون الروماني لفكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ،وخصوصا في عقد البيع ، هو أن هذا العقد، قبل ان يصبح عقداً رضائياً ،كان في صورة عقدي اشتراط ،بموجب أحدهما يتعهد المشتري ،وبموجب الاخر يتعهد البائع، ولا علاقة بين التعهدين، وبالتالي فان

[1] – د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق،ص ٣٦٠ ، د. محمد علي عبدة ، المصدر السابق،ص ١٣٣

الالتزامات الناشئة عن أحدهما لا رابطة لها بالالتزامات الناشئة عن التعهد الأخر .([1])

غير القانون الروماني عالج بعض الحالات التي يرتبط فيها التزام أحد لمتعاقدين ،بالتزام المتعاقد الأخر ، كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع بالتقسيط ، فقد أجاز القانون للأطراف المتعاقدة ادراج شرط في العقد عند عدم دفع الثمن من قبل الطرف الاخر، بان يطلب الدائن الغاء العقد ([2])، أي المطالبة بفسخ العقد لعدم التنفيذ .هذا من جانب ، ومن جانب أخر، اعترف القانون الروماني بحق المشتري في عقد البيع في حالة عدم تسليم البضاعة من قبل البائع ،بإجباره على ذلك وفقا لدفع اسمه ،الدفع بعدم تسلم البضاعة ،أي الدفع بعدم التنفيذ ،أو الدفع بالغش ([3])، مما يعني أن القانون الروماني تبنى فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة وأن كان ذلك على نحواً محدود وفي بعض الحالات الخاصة .

ولكن مع ظهور مبادئ القانون الكنسي ،أستخلص رجال هذا القانون مبدأ الترابط بين الالتزامات المتقابلة الناشئة عن علاقة قانونية واحدة ،ورتبوا على هذا المبدأ ،أن أي من الطرفين لا يجبر على القيام بالتزامه نحو الطرف الاخر، اذا كان الطرف الاخر لم يقم هو بنفسه بما عليه من التزام ([4]).

غير أن القانون المدني الفرنسي القديم ،لم يعرف فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، وهو ما أخذ به القانون المدني الفرنسي

[1] – د. صبيح مسكوني ،القانون الروماني ، ،الطبعة الثانية،مطبعة شفيق،بغداد،١٩٧١، ص ٢٧٦

[2] – د. محمد علي عبدة ، المصدر السابق ،ص ١٣٣

[3] – د. صبيح مسكوني ،المصدر السابق ،ص ٢٧٤

[4] – د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١١٢٥ – د. محمد علي عبدة،المصدر السابق، ص ١٣٤

الحالي ، حيث أقر بان التزامات كل طرف في العقد تعتبر منفصلة ،ومستقلة ،عن التزامات الطرف الأخر، ولا يمنع سقوط أحد الالتزامين من قيام الالتزام المقابل .([1])

الا أن فكرة انفصال الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين غير منطقية ،وبالتالي فأنها تمثل اجحاف بالعدالة ،ولهذا السبب لم تتبنى اكثر القوانين المدنية هذه الفكرة ، بل أوردت نصوص قانونية تؤكد فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ، ومن هذه القوانين القانون المدني الالماني في المادة (٣٢٠)منه ([2]) ، وقانون الالتزامات السويسري في المادة(٨٢١) منه ،والمشروع الفرنسي الايطالي في المادة (٤٨) منه .

أما بالنسبة لقوانين البلاد العربية ،فقد تبنى القانون المدني المصري ،فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، عندما أورد نصاً عاماً مقرراً لها ، وهو نص المادة (١٦١) ،والتي جاء فيها (في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقه الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام اذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به) وكذلك نص المادة (٢٤٦) منه التي نصت على انه (١- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن

[1] – مع ذلك يرى البعض ان القانون المدني الفرنسي قد قرر مبدأ الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، من خلال اقراره لنظرية فسخ العقد لعدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه او لاستحالة هذا التنفيذ. لاحظ د. سعدون العامري ،الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الاول ،في البيع والايجار، الطبعة الثالثة،مطبعة العاني، بغداد،١٩٤٧، ص ١٢٥

[2] – حيث جاء فيها (ان الذي يلزم في عقد متبادل يمكنه ان يرفض تنفيذ ما تعهد به الى الفريق الاخر طالما ان هذا الاخير لم يقم بدوره بتنفيذ ما التزم به تجاه الاول ، ما عدا ما اذا ورد في العقد بند يلزمه بالتنفيذ اولا) لاحظ د. محمد علي عبدة ، المصدر السابق، ص ١١٢

الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به .....) .

كذلك فعل القانون المدني العراقي بتبنيه لفكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ([1])،وذلك في الفقرة الأولى من المادة (٢٨٢) منه والتي جاء فيها (لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام بذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به) ،وواضح ان هذا النص هو نصاً عاماً يتضمن الاقرار بفكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ،اِضافة الى اِقراره، لحق الحبس ،والدفع بعدم التنفيذ .

الفرع الثاني : موقف الشريعة الاسلامية

لا يمكن تحديد موقف الفقه الاسلامي ،من فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ،اِلا من خلال بيان موقفه من النظم القانونية التي تترتب على الأخذ بهذه الفكرة، خصوصاً فيما يتعلق بحق الفسخ ،ولمبدأ الدفع بعدم التنفيذ .

ففيما يتعلق بحق الفسخ ،فأن الفقه الاسلامي قد عرف نظرية فسخ العقد ،لكنه ضيق من المدى الذي تنفسخ فيه العقود تضييقاً ملحوظاً ،وسبب ذلك ،هو ان فسخ العقد أمراً خطيراً ،يؤدي الاخذ به الى انحلال العقد وانتهائه ، فوجب الاحتراز منه والتضييق([2]) ،لذلك فان الأصل في الفقه الاسلامي أن الدائن لا يطالب بفسخ العقد اذا اخل المدين بالتزامه ،بل يطالب بتنفيذ العقد ،فالعقود الملزمة للجانبين

[1] – د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مصدر سابق ، ص ٢٥١

[2] – د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،المصدر السابق ، ص ٢٣٢

اللازمة بطبيعتها ،والخالية من الخيارات ،الأصل فيها ،هو أنه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، لم يستطع الدائن أن يفسخ العقد ليتحلل هو ايضا من التزامه المقابل ،بل كل ما يستطيع عمله بعد أن أنعقد العقد صحيحا لازما، هو أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه، على أن يقوم هو بتنفيذ ما في ذمته من التزام ([1])

أما فيما يتعلق بالدفع بعدم التنفيذ ، فالملاحظ ان الفقه الاسلامي قد توسع به توسعا كبيرا ، وعلى خلاف فسخ العقد ،ذلك لان أثره هو وقف تنفيذ العقد فقط ، ومن ثم كان أقل خطرا ([2]). ولقد أورد الفقه الاسلامي لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ،تطبيقات عديدة ، منها في عقد البيع ، انه قد منح البائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري([3])، وفي هذا السياق فقد قال الشيخ (مرتضى الانصاري) ([4]) في موضوع عقد البيع انه (اذا بدل البائع المبيع واراد حبسه، خوفا من تعذر تحصيل الثمن ،فله ذلك بلا خلاف ، وللمشتري ايضاً حبس الثمن في مثل هذه الحالة، وذلك لأن عقد البيع مبني على التقابض ، من كلا الطرفين ،لأن كلاً منهما قد التزم للأخر تسليم العين التي ملكه اِياها بالبيع ،

[1] – المصدر نفسه ، ص ٢٣٣– ٢٣٤ . ففي عقد البيع مثلا ، لم يثبت للبائع حق فسخ البيع ،عند عدم استيفاء الثمن ،الا اذا اشترط لنفسه صراحة في البيع خيار النقد ، وخيار النقد هو ان يشترط المتابيعان في عقد البيع ،على وجوب قيام المشتري بدفع الثمن خلال ثلاثة أيام مثلاً ،فاذا لم يدفع المشتري الثمن خلال المدة المحددة ،فسخ البيع (أي انفسخ) لعدم التنفيذ . لاحظ المصدر نفسه ، ص ٢٣٥

[2] – المصدر نفسه ص ٢٣٢

[3] – المصدر نفسه ص ٢٥٣

[4] – هاشم معروف الحسني،نظرية العقد في الفقه الجعفري ،كتاب متاح على الموقع الالكتوني
www.ahlolbait.ir

ونتيجة هذه الالتزام ،عدم كون كلاً منهما ملزما بتسليم ما بيده ،اذا تمنع الاخر عن التسليم، لان المتعاقدين قد وضعا كلاً من الثمن والمثمن في مقابل الاخر) .

وفي عقد الايجار يكون للمؤجر حق حبس العين المأجورة حتى يستوفي الأجرة ([1])، وكذلك الحال بالنسبة لعقد ايجار الاشخاص (عقد العمل أو عقد المقاولة) ([2])، بل ان تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين في الفقه الاسلامي ، قد خرجت عن نطاق عقود المعاوضات المالية ، لتشمل كل العقود الملزمة للجانبين التي تتضمن مفهوم المبادلة او المقابلة بالالتزامات ، ففي عقد الزواج ، أبيح للزوجة أن تحبس نفسها عن زوجها ولا تمكنه منها ، حتى تستوفي منه حقها في المهر المعجل[3] .

والذي يستخلص مما سبق ،ان الفقه الاسلامي لم يعرف فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ضمن نطاق حق الفسخ ، اذ ان العقد الملزم للجانبين ، لا يفسخ لإخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ،بل يبقى العقد قائما في هذه الحالة ، وليس للدائن الا ان يطالب مدينه بالتنفيذ او الضمان على حسب الاحوال([4]) .

---

[1] – د . عبد الرزاق السنهوري ، نظرية الحق في الفقه الاسلامي ، المصدر السابق ، ص٢٥٦

[2] – المصدر نفسه ص ٢٥٧

[3] – المصدر نفسه ص ٢٥٨ وهوما يتفق مع ما سنشير اليه لاحقا ،من ان نطاق فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ، يتسع لجميع العقود التي ترتب التزامات متقابلة بين الطرفين المتعاقدين، سواء كانت داخلة ضمن نطاق القانون المدني ، او القوانيين الاخرى ،كقانون الاحوال الشخصية والقانون الاداري والقانون الدولي ،بل وحتى القانون الدستوري .

[4] – المصدر نفسه ص ٢٤٨ وحتى بالنسبة الى الحالات القليلة التي أجاز الفقه الاسلامي فيها فسخ العقد ، فانما ترجع الى اسباب معينة بحسب كل حالة ، ولا ترجع الى فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ، د، عبد الرزاق السنهوري ، نفس المصدر السابق ، ص ٢٤٩

الا ان فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ، كانت محل اعتبار لدى الفقه الاسلامي فيما يتعلق بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ ، وهو ما ظهر بوضوح من خلال كثرة التطبيقات العملية لهذه القاعدة ، التي قامت على اساس فكرة الترابط ، التي من مقتضاها ، أن عدم تنفيذ احد الالتزامين يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المقابل [١].

عليه فان التساؤل يبقى عن موقف الفقه الاسلامي من فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، هل تبنى الفقه الاسلامي هذه الفكرة ،أم انه أعرض عنها نهائياً ؟

يرى الاستاذ الدكتور (عبد الرزاق السنهوري) انه لا ترابط في الفقه الاسلامي بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، اذ ان كل التزام في هذا العقد مستقل عن الالتزام المقابل له ، فالتزام المشتري بالثمن ، وهو الذي يقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه ، لا يرتبط بهذا الالتزام المقابل [٢].

والواقع أن الاستاذ الدكتور (عبد الرزاق السنهوري) ،قد توصل الى هذه النتيجة بعد استعراض موقف الفقه الاسلامي من نظرية فسخ العقد ، والتي لم يأخذ بها الا في نطاق ضيق ،في حين ان الفقه الاسلامي تبنى قاعدة الدفع بعدم التنفيذ بشكل كبير ، وهو ما يتضح بكثرة التطبيقات العملية التي أوردها لهذه القاعدة ،عليه فانه يمكن القول ،أن الفقه الاسلامي وأن لم يأخذ بفكرة الترابط في نظرية الفسخ ، الا أنه أخذ بها في قاعدة الدفع بعدم التنفيذ ،ومن ثم فان موقف الفقه الإسلامي من هذه الفكرة ،في الحقيقة ، هو موقف وسط ، ما بين عدم تبنيها ، كما هو الحال

[١] – المصدر نفسه ص ٢٦٢

[٢] – المصدر نفسه ص ٢٤٧

بالنسبة الى فسخ العقد ، وبين الأخذ بها وتبنيها ،وهو ما يظهر واضحاً في الدفع بعدم تنفيذ الالتزام العقدي .

المبحث الثاني : أثر فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة

لقد أدى الاخذ بفكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ،الى ترتيب العديد من الاثار القانونية في نطاق القانون المدني ، حيث اعتبرت هذه الفكرة مبررا للكثير من الاوضاع القانونية التي نظمها هذا القانون في نطاق العقود الملزمة للجانبين ، أذ تعد فكرة الترابط اساساً ومبرراً لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ ، وايضا مبرراً للمطالبة بفسخ العقد لعدم التنفيذ ، اضافة الى ألقاء عب تحمل هلاك المعقود عليه قبل التسليم على عاتق المدين لاستحالة التنفيذ ، عليه فأننا سنتناول في هذا المبحث أثار فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ، من خلال بحث كل من الدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ لعدم التنفيذ ، الى جانب تحمل تبعة هلاك المعقود عليه لاستحالة التنفيذ . وذلك في المطالب الثلاث الاتية :

المطلب الاول : الدفع بعدم تنفيذ الالتزام

سنقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع ،نتناول في الفرع الاول :مفهوم الدفع بعدم التنفيذ ، وفي الفرع الثاني :شروط الدفع بعدم التنفيذ ، اما الفرع الثالث :فسنخصصه لبحث الاساس القانوني للدفع بعدم التنفيذ. وذلك بالشكل الاتي :

الفرع الاول :- مفهوم الدفع بعدم التنفيذ

الدفع هو الأتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً او بعضاً ([1])، فالدفع اذن هو الوسيلة التي يجوز للمدعى عليه الاستعانة بها للرد على مزاعم خصمه ،بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء أكان موجهاً الى موضوع الحق المطالب به أو متعلقاً بالخصومة أم لعيب في الاجراءات([2]) .

والدفوع ثلاثة أنواع ،دفوع موضوعية ودفوع شكلية ودفع بعدم قبول الدعوى ، والذي يتصل بموضوع بحثنا هي الدفوع الموضوعية ،والتي يقصد بها الوسائل التي يلجا اليها المدعى عليه ليثبت ان دعوى خصمه على اساس غير قانوني، فهي دفوع تتعلق بأساس الدعوى وموضوعها، وهذه الدفوع لا تحصر وتتعدد تبعاً لتعدد مواضيع الدعاوى، ويترتب على قبولها رد دعوى المدعي كلاً او جزءاً. ومن أمثلتها الدفع بانقضاء الدين المطالب به في الدعوى لأي سبب من الاسباب ([3])، كما يدخل ضمن هذه الدفوع الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ([4]).

لذلك فان الدفع بعدم التنفيذ، أو ما أصطلح على تسميته البعض ب(الامتناع المشروع عن تنفيذ الالتزام) ،هو امتناع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي بسبب أمتناع الدائن عن تنفيذ التزامه المترتب في ذمته لمصلحة مدينه ، ومن ثم فأن

[1] – المادة (٨) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

[2] – القاضي مدحت المحمود ،شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩،المكتبة القانونية،الطبعة الرابعة، بغداد، ٢٠١١، ص ١٧

[3] – المصدر نفسه اعلاه ، ص ١٨

[4] – د. مصطفى عبد السيد الجارحي ،فسخ العقد،دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي،الطبعة الاولى،دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨، ص ٧١

هذا الدفع ينحصر فقط في العقود الملزمة للجانبين التي ترتب التزامات متقابلة ومترابطة فيما بينهما ([1]).

ولم يكن الدفع بعدم التنفيذ معروف في القانون الروماني على النحو الذي عرف به فيما بعد، وانما كان الرومان يقتصرون على اعطاء المدين الذي يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه، دون أن يقوم هو بتنفيذ بما فـي ذمته من التزام بمقتضى عقد ملزم للجانبين ، دفعاً بالغش ،ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي ،بل كان هو الدفع بالغش المعروف في كل العقود المبنية عـلى حسن النية ،فلم يكن له أسم خاص، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد الا في القانون الفرنسي القديم ([2]).

ولم يضع القانون المدني الفرنسي الحالي نصاً عاماً يقرر به قاعدة الدفع بعدم التنفيذ ، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة لها، أما القوانين المدنية الحديثة فقد صاغت المبدأ العام للدفع بعدم التنفيذ في نصوص قانونية عامة ([3]). فقد نصت المادة (١٦١) من القانون المدني المصري على انه (في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به) فهذه المادة تقرر المبدأ العام للدفع بعدم التنفيذ ، أما القانون المدني العراقي فلم يورد نصاً خاصاً للدفع بعـــدم التنفيذ ، بل جاء بنصوص اقتصرت على تقرير الحق في الحبس لعدم التنفيذ ، دون أن تقرر هذه النصوص مبدأ الدفع بعدم التنفيذ . فالمادة (٢٨٠) منه

[1] – د. عبد المجيد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية، ١٩٨٨، ص ١٥٢

[2] – د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ،المصدر السابق، ص ٧٢٧

[3] – د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق، ص ٧٢٩

أوردت في فقرتها الاولى بعض التطبيقات لحق الحبس ، حيث جاء فيها (للبائع أن يحبس المبيع الى أن يؤدي المشتري جميع الثمن المستحق .....) . أما الفقرة الثانية فقد أقرت القاعدة العامة لحق الحبس، أذ نصت على انه (وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق).

ومع ذلك فان الفقه المدني في العراق([1])، يذهب الى ان قاعدة الدفع بعدم التنفيذ مقررة في القانون المدني العراقي طبقاً لأحكام المواد (٢٨٠/ف٢) ، (٢٨٢/ف١) ([2])منه، رغم ان هاتين المادتين تتعلقان بالحبس ، ذلك على اعتبار ان الدفع بعدم تنفيذ الالتزام هو صورة من صور الحق في الحبس وتطبيقاً لإحدى حالاته[3]، وكل ما في الامر هو ان نطاق الدفع بعدم التنفيذ قاصراً على العقود الملزمة للجانبين فقط ، في حين ان نطاق حق الحبس واسعا يشمل هذه العقود والعقود الملزمة لجانب واحد، ويشمل ايضا حالات لا توجد بين الطرفين أي علاقة تعاقدية سابقة ،كالحائز الذي ينفق مصروفات على الشيء الذي تحت يديه لحفظه وصيانته من التلف فيكون له ان يحبسه حتى يستوفي ما انفقه من مالكه . ([4])

فالمقاول الذي يمتنع عن القيام بالعمل الذي التزم القيام به في عقد المقاولة بسبب أمتناع رب العمل عن دفع الاجرة التي اتفق على دفعها مقدماً ، يعد

[1] – د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٣٧٤ ، د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق، ص ١٢٥

[2] – نصت المادة(٢٨٢/ف٢) على انه (وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين،أن يحبس المعقود عليه،وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق)

[3] – د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق ، مصدر سابق ،ص ٢٢٥

[4] – د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق، ص ١٢٥

امتناعه مشروعاً لا يعرضه للمسألة القانونية . لاستناده على قاعدة الدفع بعدم التنفيذ ،ولكون عقد المقاولة من العقود الملزمة للجانبين . الا أن ذلك لا يمنع من اعتبار امتناع الملتزم في العقد الملزم للجانبين دفعاً بعدم التنفيذ وحقاً للحبس في الوقت نفسه . مثال ذلك ما نصت عليه المادة (٢٨٠) من القانون المدني العراقي من حق البائع في حبس المبيع الى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال ،ومن حق العامل في حبس الشي الذي يعمل به ،الى ان يستوفي الاجر المستحق له في ذمة رب العمل .

والذي يستخلص مما سبق ،ان الدفع بعدم التنفيذ هو الحالة التي يمتنع فيها الملتزم في العقد الملزم للجانبين عن تنفيذ التزامه العقدي طالما لم يقم الملتزم الاخر بتنفيذ التزامه المترتب في ذمته والناجم عن نفس العلاقة التعاقدية، في حيـن أن الحق بالحبس يشمل جميع الحالات التي تتحقق فيها قيام فكرة الترابط بين العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله، أي أنه لا يشترط في هذا الترابط أن يكون مصدره علاقة تعاقدية بين الطرفين، بل يمكن أن يوجد هذا الترابـط خارج أي علاقة تعاقدية [١] .

الفرع الثاني :- شروط الدفع بعدم التنفيذ

للدفع بعدم التنفيذ شروط عدة ، ولكن يمكن تحديد اهم هذه الشروط في شرطين اثنين هما : ان يكون الالتزام المقابل واجب التنفيذ، وان يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه سابقا لالتزام الشخص الدافع : وكما يأتي :

الشرط الاول : أن يكون الالتزام المقابل واجب التنفيذ

[١] – د.عبد المجيد الحكيم،احكام الالتزام،المصدر السابق، ص١٢٥

تقسم الالتزامات او الحقوق من حيث قوتها وضعفها الى اقسام عدة، فقد يكون الالتزام غير مـؤكد ، كما فـي حالة الالتزام المحتمل ،والالتزام المعلق على شرط واقف ، كما قد يكون الالتزام مؤكد ولكنه غير محدد او مقدر، كما هو الحال بالنسبة للالتزام الناشئ عن الحق في التعويض، فقبل تقدير التعويض لا يعرف مقدار الالتزام الذي يقع على عاتق المدين، في حين قد يكون الالتزام مستحق الاداء ، وهو الالتزام المؤكد لكنه غير واجب التنفيذ ،لذلك فان أقوى أنواع الالتزامات هو الالتزام الواجب التنفيذ اما باتفاق الطرفين المتعاقدين ، او لأنه ورد في حكم اكتساب الدرجة القطعية ، او كان مثبت في سنـد مصـدق او منظم مـن الكـاتب العـدل ([1]) .

وللأجل قيام حق الملتزم في العقود الملزمة للجانبين في الامتناع المشروع عن تنفيذ التزامه العقدي، لحين قيام الملتزم الثاني في العقد بتنفيذ التزامه ،أي الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، فانه من الضروري أن يكون الالتزام المقابل الذي يطـالب الملتزم الأول بتنفيذه واجب التنفيذ على الطرف الثاني، أي أن يكون حالاً ([2]).

ويترتب على ذلك انه ليس للمدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا كان التزام الطرف الثاني مؤجلاً أو غـير واجب التنفيذ ،وذلك لانتفاء الغرض الرئيس من الدفع بعدم التنفيذ ،الا وهو جبر الطرف الثاني على تنفيذ التزامه العقدي ([3]).

الشرط الثاني : أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه سابقا لالتزام الشخص الدافع

[1] – د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق ، ص ١٦٨

[2] – د. محمد علي عبدة ، المصدر السابق، ص ١٢١

[3] – د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام ،المصدر السابق،ص ٧٣٢

أن الالتزامات المتقابلة الناشئة عن العقود الملزمة للجانين ،اما ان يكون تنفيذها متعاصر، اي في وقت واحد ، او يكون احدهما سابقا او لاحقا لتنفيذ الالتزام الاخر، حيث يرجع لتحديد وقت تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين، الى نص القانون ، والى كل من الاتفاق والعرف، في حالة غياب النص القانوني ([1]).

ومن امثلة التنفيذ المتعاصر ما نصت عليه المادة (٥٩٧) من القانون المدني العراقي في أن يكون تنفيذ الطرفين المتقايضين في عقد المقايضة التزامهما في تسليم وتسلم الشيئين محل عقد المقايضة في وقت واحد ([2])، كما قد يحدد القانون وقت تنفيذ التزام المتعاقدين قبل تنفيذ التزام المتعاقد الأخر، كما في نص المادة (٥٣٦) من القانون المدني العراقي ، والمتعلقة بتحديد وقت قيام المشتري بدفع الثمن الى البائع، ووقت قيام البائع بتسليم المبيع الى المشتري، حيث جاء فيها (على البائع ان يسلم المبيع وتوابعه الى المشتري عند نقده الثمن .....) فهذه المادة تقرر الأصل في تنفيذ الالتزامات الرئيسة الناشئة عن عقد البيع، اذ ينبغي ان يقوم البائع بتسليم المبيع الى المشتري ، وذلك بعد قيام المشتري بدفع الثمن له . فوقت قيام المشتري بتنفيذ التزامه ،يسبق وقت قيام البائع بتسليم المبيع له ، ومن ثم لا يكون للمشتري الحق في الدفع بعدم التنفيذ، أو بحبس الثمن عنده،

[1] – منير القاضي، ملتقى البحرين ، المجلد الاول، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥١-١٩٥٢ ، ص ٢٨٦

[2] – واذا امتنع كل من الطرفين عن تنفيذ التزامهما ، في الالتزام المتعاصر ، فيجوز في هذه الحالة ان يودع كل من المتعاقدين التزامه في يد عدل ، ويسلم العدل كلا منهما حقه في نفس الوقت الذي يسلم فيه الحق للمتعاقد الاخر د. عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق،مصدر سابق، ص٢١٧

لأن التزام البائع بتسليم المبيع لا يكون واجب التنفيذ الا بعد قيامه هو بدفع الثمن ([1]).

وقد يتم تحديد وقت تنفيذ الالتزامات العقدية عن طريق أتفاق الطرفين المتعاقدين، كما لو اتفق المقاول مع رب العمل على ضرورة قيام رب العمل بدفع الاجر المتفق عليه في عقد المقاولة الى المقاول، قبل قيام المقاول بتسليم العمل المنجز اليه ومن ثم يكون للمقاول الحق في الامتناع عن تسليم العمل الى رب العمل، لحين قيام رب العمل بدفع الاجر له ، لأنه واجب التنفيذ وسابق على تنفيذ المقاول لالتزامه بتسليم العمل .

كذلك قد يقضي العرف بتحديد وقت تنفيذ الالتزام ، كما هو الحال بالنسبة للأجر الذي يدفعه النزيل في الفندق ،اذ ان من المتعارف عليه في عقود الفندقة ان دفع الاجرة من قبل النزيل يكون بعد قيام صاحب الفندق بتقديم الخدمات الفندقية له . مما يسمح للنزيل عدم تنفيذ التزامه بدفع الاجرة، مالم يقوم صاحب الفندق بتقديم الخدمات الفندقية اليه، وذلك تطبيقا لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ ([2]).

الفرع الثالث : الاساس القانوني لقيام الدفع بعدم التنفيذ

يقوم مبدأ الدفع بعدم التنفيذ على اساسين اثنين، الاول :هو مبادئ العدالة ،والثاني هو فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة وهو ما سنوضحه بالشكل التالي :

أولا : مبادئ العدالة

[1] – د. سعدون العامري ، المصدر السابق، ص ١١٤– ١١٥

[2] – د. محمد علي عبدة ، المصدر السابق، ص ١٢٣، د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق،ص ١١٤٥

لعل افضل ما قيل لتحديد المقصود بالعدالة هو انها (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين)([1])،فالتسوية بين المتماثلين من ابرز عناصر العدالة ، مما يلزم معـــاملة الاطراف المتعاقدة على نحو التساوي، وذلك في الحالة التي تكون فيها مراكزهم التعاقدية متماثلة ، وهو ما يتحقق في المراكز القانونية للطرفين المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبـــين ،اذ ترتب هذه العقود مركز قانوني واحد لكلا طرفيها ، حيث يكون كل طرف فيـــها دائن ومدين للأخر في الوقت نفسه ،مما يستلزم عدم امكانية اجبار احدهما على تنفيذ التزامه العقدي، مالم يقم الطرف الاخر بدوره في تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه . فالعدالة تقتضي اذن ، تنفيذ الالتزام المقابل اولاً، لكي يقوم الملتزم الاول بتنفيذ التزامه العقدي ،طبقاً لقاعدة المساواة في العلاقات التعاقدية الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين[2]،مع ضرورة أن يكون امتناع الملتزم عن تنفيذ التزامه بالاستناد لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ، مبررا، أي أن يكون تنفيذ التزام الطرف المقابل حالا وسابقا على تنفيذ التزامه، والا كنا امام حالة من حـــالات الا عدالة (٣).

ولقد سبق وان اشرنا الى أن تحديد وقت تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة عن العقود الملزمة للجانبـين يـرجع الى، نص القانون أوالى اتفاق الطرفين ،أو الى العرف.

ثانيا : فـــكرة الترابط بين الالـتزامات المتقابلة

[1] – اسماعيل نامق حسين ، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية ،دار الكتب القانونية ، مصر،٢٠١١،ص ١٥٨

[2] – د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق ، مصدر سابق، ص ٢٦٢

[3] – د.أسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ٣٢١

لما كانت العقود الملزمة للجانبين ترتب التزامـات متقابلة على عاتق طرفيها ، ولما كانت هذه الالتزامات مترابطة فيما بينها بحيث يتوقف تنفيذ التزام احد الطرفين على تنفيذ التزام الطرف الاخر، فان الدفع بعدم التنفيذ يعتبر وسيلة من والوسائل القانونية التي يلجأ اليها الملتزم لإجبار الطرف الاخر على تنفيذ التزامه العقد، فالترابط اذن، هو الذي يبرر لنا سبب امتناع احد الطرفين عن تنفيذ التزامه العقدي بسبب عدم تنفيذ الالتزام المقابل، كما انـه يمثل الاسـاس الذي تقوم عليـه هذه القاعدة ([1]).

ولا يشترط في ترابط الالتزامات العقدية الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين، ان يكون كل من الالتزامين من نوع واحد، فالدفع بعدم التنفيذ يتحقق حتى لو كان محل التزام احد الطرفين القيام بعمل، ومحل التزام الطرف الثاني تسليم شيء او الامتناع عن عمل ،وذلك بخلاف المقاصة بين الدينين ،اذ على الرغم من اشتراط حالة التقابل بين الالتزامات المـترتبة على عاتق الطرفين ، الا ان من شروط المقاصة القانونية، هو ان يكون المحل في كل من الدينين، من نوع واحـد، اي متماثلين، كما لو كان دين كل من الطرفين مبلغ معين من النقود، حيث تقع المقاصة بين الدينين بمقدار الاقل مـــنهما([2]).

المطلب الثاني :- الفسخ لعدم تنفيذ الالتزام

[1] – د. محمد علي عبدة ، المصدر السابق ، ص١١٩

[2] – د. نبيل ابراهيم سعد ، المصدر السابق، ص ٢٧ ، د. عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق، مصدر سابق،ص٢٦٢

سنبحث في هذا المطلب مواضيع ثلاث : الاول يتعلق ببحث مفهوم الفسخ ونطاقه ، والثاني يتعلق بالشروط الواجب توفرها لقيام حق الفسخ ، اما الموضوع الثالث ، فيتعلق بالأساس القانوني لحق الفسخ وذلك كله في الفروع الثلاث الاتية:

الفرع الاول : مفهوم الفسخ ونطاقه

نصت الفقرة الاولى من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى .....) فاذا كان هنالك عقد ملزم للجانبين وأخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الاخر ان يطلب الفسخ جزاء لعدم التنفيذ ، فالفسخ هو حق للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين اذا ما أخل العاقد الأخر بالتزامه في حل الرابطة التعاقدية كي يتحلل هو من التزامه([١]).

والفسخ في القانون المدني يختلف عن الدفع بعدم التنفيذ ويتميز عنه من ناحيتين ، الاولى :أن الفسخ حق للمتعاقد في انهاء العقد عند عدم تنفيذ المتعاقد الاخر لالتزامه العقدي ،في حين يقتصر أثر الدفع بعدم التنفيذ على مجرد وقف التنفيذ مع بقاء العقد قائما، فهو وسيلة من وسائل اجبار المتعاقد الاخر على التنفيذ ،أما الناحية الثانية فان المتعاقد الذي يشكو من اخلال أو عدم تنفيذ الطرف الاخر لالتزامه اذا قام هو بتنفيذ ما عليه من التزم، فان الدفع بعدم التنفيذ لن يجديه نفعاً ، في حين يلجا المتعاقد الى طلب الفسخ حتى وان كان قد نفذ التزامه العقدي

[١] – د.أسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ٣٢٣

.[١]

ويخلص مما تقدم ان الفسخ هو حق قانوني ضمنه القانون للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين في انهاء الرابطة العقدية التي تربطه بالمتعاقد الاخر اذا امتنع المتعاقد الاخر عن تنفيذ ما ترتب بذمته من التزامات تعاقدية .

واذا كان الفسخ حق يمارسه المتعاقد لإنهاء الرابطة العقدية فان التساؤل يثور عن نطاق هذا الحق ، أي بعبارة اخرى، هل يقتصر طلب الفسخ لعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين أم أنه يشمل جميع أنواع العقود حتى تلك التي ترتب التزامات على طرف واحد دون الطرف الاخر .

أن نص المادة (١٧٧) السالفة الذكر صريحة في أن الفسخ قاصراً على العقد الملزم للجانبين ويؤيد ذلك الفقه المدني في غالبيته ،على أساس أن علة الفسخ لا تتوفر الا في هذا النوع من العقود ([٢])، فالمجال الطبيعي لحق الفسخ يتحقق في العقود الملزمة للجانبين ،وحق الفسخ يمارس في العقد الملزم للجانبين لعدم التنفيذ ،بغض النظر عن محل الالتزام الذي لم ينفذ ،اذ قد يكون محل الالتزام القيام بعمل ،كما في امتناع المشتري عن دفع الثمن ،كما يمكن ان يكون امتناعا عن القيام بعمل، كما لو كان محل الالتزام الامتناع عن المنافسة مقابل عوض معين ، او يكون محل الالتزام نقل حق عيني، كما في رفض البائع القيام بالإجراءات اللازمة لنقل ملكيه المبيع الى المشتري .

اما في حالة كون العقد ملزم بجانب واحد فان الفسخ لا يمكن أن يمارس في هذا النوع من العقود ، ذلك لأن العقد الملزم لجانب واحد يرتب التزاما على عاتق احد

[١] – د. أسماعيل غانم ، المصدر السايق، ص ٣٢٣

[٢] – د. مصطفى عبد السيد الجارحي ، المصدر السابق، ص ١٧

طرفيه فقط ، بحيث نكون امام طرف دائن فقط وطرف مدين فقط ، ومن ثم لا يعقل ان يلجأ الدائن الى طلب الفسخ في حالة أمتناع الطرف المدين عن تنفيذ التزامه ،أذ لا مصلحة للدائن في ذلك لكونه غير ملتزم باي التزام، ومن ثم يريد ان يتحلل منه من خلال طلب الفسخ ([1]).

ورغم ذلك فقد يثور التساؤل حول امكانية ممارسة حق الفسخ في العقد الملزم لجانب واحد اذا رتب التزام على عاتق الطرف الدائن فيه ،ويكون ذلك فيما لو رتب العقد وقت ابرامه التزام على عاتق احد طرفيه أي (المدين) ،ثم رتب اثناء تنفيذه التزام مقابل في ذمة الدائن، كما هو الحال لعقد الوكالة بلا اجر، وعقد الوديعة بلا اجر، فهاذين العقدين يرتبان التزام على عاتق كل من الوكيل والمودع عنده فقط ،من غير ان يترتب بذمه الموكل او المودع أي التزام ، فاذا اضطر الوكيل في صرف بعض النفقات الضرورية لإنجاز الوكالة فانه سوف يصبح دائن للموكل بهذه النفقات، أي أن كل من الطرفين سيكون ملتزم تجاه الطرف الاخر، الوكيل ملتزم بإنجاز العمل وتسليمه للموكل، والموكل ملتزم بتعويض الوكيل عن النفقات التي انفقها لإنجاز العمل، فهل يمكن والحالة هذه ان يطالب الوكيل بفسخ عقد الوكالة عند امتناع الموكل عن دفع النفقات له ؟

يعتقد البعض أن حق الفسخ يصبح مضمونا لشخص المدين في العقد الملزم لجانب واحد اذ ترتب أثناء تنفيذه التزام بذمه الدائن ،على أساس ان هذا العقد قد

[1] – د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص١٩٥، بل يكون للدائن مطالبة المدين اما بالتنفيذ العيني،أو التنفيذ بمقابل(التعويض) أنظر د. أسماعيل غانم ، المصدر السابق،ص ٦٣

اصبح عقداً ملزما للجانبين ، ومن ثم يطبق عليه من الاحكام ما يطبق على العقد الملزم للجانبين والتي منها حق الفسخ([١]).

غير أن الاتجاه الغالب يرفض مثل هذا الطرح ،ولا يعطي حق الفسخ في هذه الحالة ،على اعتبار أن حق الفسخ قاصراً على تلك العقود التي ترتب التزامات متقابلة بين طرفيها من لحظة ابرام العقد ،وليس بعد ذلك، وبخصوص التزام الدائن برد النفقات فانهم يؤسسون ذلك على أساس فكرة الفضالة او الكسب بلا سبب ٢. ونحن نتفق مع هذا الاتجاه لكونه الاكثر منطقية والاكثر انسجاما مع القواعد التي تحكم الفسخ .

الفرع الثاني :- شروط الفسخ

أختلف شراح القانون المدني حول تحديد الشروط اللازم توافرها لممارسة حق الفسخ ،سواء من حيث عددها او من حيث مضمونها، فمن حيث العدد اقتصر البعض على جعلها شرطين اثنين، في حين جعلها البعض الاخر أربعة شروط .ومن حيث مضمونها أقتصر البعض على أيراد الشروط الموضوعية لحق الفسخ، في حين أضاف البعض الاخر بعض الشروط الشكلية او الاجرائية الى جانب الشروط الموضوعية لأجل قيام حق الفسخ .

ونحن بدورنا سوف نقصر شروط حق الفسخ بعد التأكد من أن موضوع الفسخ يتعلق بعقد ملزم للجانبين على شرطين اثنين هما :الاول هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، والثاني: أن يكون الدائن قد نفذ التزامه أو كان مستعدا لتنفيذه .

[١] – د. أسماعيل غانم ، المصدر السابق، ص ٣٢٤ – ٣٢٥

[٢] – د.محمد علي عبدة، المصدر السابق،ص١٥٠

الشرط الاول: عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي

فالفسخ يتضمن معنى الجزاء لإخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية ، فعلى من يطلب الفسخ أن يثبت عدم تنفيذ الطرف الاخر لالتزاماته ، بشرط أن يكون عدم التنفيذ راجعا الى خطئه، اما اذا كان راجعا لاستحالة تنفيذه لقيام السبب الاجنبي فأن الالتزام ينقضي وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون([1]). كذلك لا محل للفسخ اذا كان عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه راجعا لخطأ المتعاقد الاخر، فاذا لم ينفذ أحد العاقدين لالتزامه فامتنع الاخر عن تنفيذ التزامه متمسكاً بالدفع بعدم تنفيذ، فانه لا يجوز للعاقد الاول أن يطلب الفسخ الا اذا كان مستعدا لتنفيذ التزامه، فاصر الاخر على عدم التنفيذ([2]) .

ولابد من الاشارة اخيراً ان الالتزام الذي لم ينفذه المتعاقد والذي يعد شرطاً اساسياً لطلب الفسخ يجب أن يكون مستحق التنفيذ، اما اذا لم يكن كذلك فان شرط عدم التنفيذ لا يتحقق، ومن ثم لا يكون للمتعاقد الاخر طلب الفسخ

الشرط الثاني :- أن يكون المدين قد نفذ التزامه أو كان مستعداً لتنفيذه

لا يكفي للحكم بالفسخ عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ،بل يجب أن يكون طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه من جانبه وهو قادرا عليه، فاذا لم يكون هو نفسه قد نفذ التزامه فلا يستطيع ان يطالب فسخ العقد لعدم قيام المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه ،لان هذا المتعاقد يستطيع ان يدفع تجاهه عندئذ بالدفع بعدم التنفيذ([3])، ويدخل ضمن هذا الشرط ضرورة ان يكون طالب الفسخ قادرا على اعادة

[1] – د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق، ص ٣٢٦

[2] – د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق، ص ٣٢٦

[3] – عصمت عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص ٢٣٠

الحال الى ما كانت عليه قبل العقد ، فاذا كان طالب الفسخ قد استلم شيء بمقتضى العقد، وجب عليه ان يكون قادراً على رده ،فاذا تصرف به للغير، واصبح غير قادر على رده للمتعاقد الاخر، فانه لا يجوز له طلب فسخ العقد ([1])

الفرع الثالث :- الاساس القانوني للفسخ

تعددت الآراء حول تحديد الاساس القانوني المناسب لحق الفسخ، فمنها من ارجعت الفسخ الى تضمن العقد الملزم للجانبين على شرط فاسخ، ومنها من اعتبر فكرة السبب هي الاساس الذي يقوم عليها حق الفسخ ، في حين ذهبت بعض الآراء الى اعتبار الفسخ اثراً من أثار فكرة الترابط . ونحن سوف نوضح هذه الآراء وكما يأتي :

١ – فكرة الشرط الفاسخ

ظهرت هذه الفكرة وطبقت في القانون الروماني، اذ ان من الثابت ان هذا القانون لم يعرف نظرية عامة للفسخ ([2])،الا انه كان يجوز في العقود الرضائية فقط ان يرد شرط يقضي باعتبار العقد مفسوخا لعدم التنفيذ، على ذلك فان الفسخ في القانون الروماني كان يجد اساسه في الشرط الصريح الذي يتفق عليه الطرفين المتعاقدين ([3]).

[1] – عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق، ص٣٦٤

[2] – د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المصدر السابق، ص ٦

[3] – د. عبد المجيد الحكيم،المصدر السابق،ص ٣٦١

ولما جاء القانون المدني الفرنسي اقر النظرية العامة للفسخ في المادة (١١٨٤) لكنه اعتبر أن اساس الفسخ لا يرجع الى شرط صريح يتفق عليه الطرفين المتعاقدين ، بل الى شرط ضمني فاسخ محله عدم التنفيذ ويفترض في كل عقد ملزم للجانبين مالم يتفق الطرفين المتعاقدين صراحاً على استبعاده، وهكذا كان الفسخ يجد اساسه في نية الاطراف الضمنية ([1]).

٢- فكرة السبب

ان الرأي الذي يقول به كثير من الفقهاء في فرنسا، واغلب الفقه في مصر يقيم الفسخ على اساس نظرية السبب بمفهومها التقليدي ، فلما كان سبب التزام احد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين هو التزام الطرف الاخر ،فان عدم تنفيذ احدهما لالتزامه العقدي يجعل التزام المتعاقد الاخر بلا سبب ، فيكون له ان يتحلل منه عن طريق فسخ العقد ([2]).

٣- فكرة الترابط

أن الملاحظ على جميع الآراء التي قيلت في تبرير الاساس القانوني لحق الفسخ انها انتهت الى نتيجة واحدة الا وهي ،أن افضل فكرة تصلح لتبرير قيام حق الفسخ في العقود الملزمة للجانبين بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي ،هي فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في هذه العقود([3])، اذ أن طبيعة هذه العقود تقضي أن يكون التزام احد المتعاقدين مرتبطا بالتزام المتعاقد الاخر،. فيبدو امراً

[1] – د. أسماعيل غانم، المصدر السابق،ص ٣٢٣ ،محمد علي عبدة ، المصدر السابق ص ١٣٩

[2] – د.عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق،ص ٣٦١ ، د. عبد السيد الجارحي، المصدر السابق، ص ٩،د.محمد علي عبدة، المصدر السابق، ص١٤٠

[3] – د. عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، المصدر السابق ، ص ٢٠٨

طبيعياً وعادلاً انه اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد للأخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام . وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، أو أن يتحلل نهائيا من هذا الالتزام ،وهذا هو الفسخ([1]).

نخلص مما تقدم ان فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة هي الاساس القانوني السليم لحق الفسخ في العقود الملزمة للجانبين حالها حال الدفع بعد التنفيذ ، كل ما في الامر أن الفسخ يؤدي الى أنهاء العقد بينما الدفع يقتصر أثره على وقف تنفيذ الالتزام .

المطلب الثالث

تحمل تبعة الهلاك لاستحالة تنفيذ الالتزام

سنحاول في هذا المطلب تحديد مفهوم الاستحالة في تنفيذ الالتزام ،وذلك في فرع اول ، وتحديد تحمل مسؤولية هلاك محل الالتزام في فرع ثان ، أضافة الى بحث الاساس القانوني لتحمل المسؤولية لاستحالة التنفيذ ، وذلك في فرع ثالث ، وبالشكل الاتي :

الفرع الاول : مفهوم الاستحالة في تنفيذ الالتزام

تناول القانون المدني العراقي الاستحالة في مناسبتين : الاولى في المادة (١٢٧) عند تناوله لموضوع المحل في العقد اذ اشترط لصحة العقد ان لا يكون محل العقد مستحيل التنفيذ، والا كان العقد باطلا ، اما الموضوع الثاني فقد تناوله في المادة (٤٢٥) عند حديثه عن الاستحالة في التنفيذ

[1] – د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٣٦١، د.محمد علي عبدة،المصدر السابق،ص١٤٢

وواضح ان الذي يعنينا في الاستحالة في هذا البحث هي تلك الاستحالة التي تطرأ بعد انعقاد العقد صحيحا ونشؤ الالتزام ، أي اللاحقة لأبرام العقد وليست السابقة على ابرامه ([1]).

فالاستحالة في تنفيذ الالتزام هي ان يصبح التزام المدين الناشئ عن العقد الملزم للجانبين مستحيل التنفيذ لسبب اجنبي لا يرجع الى خطئه الشخصي ([2])،ومن ثم يطرح التساؤل التالي أي من الطرفين المتعاقدين يتحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام العقدي الملقى على عاتق المدين ؟ هل يتحمل المسؤولية شخص المدين الذي اصبح التزامه مستحيل التنفيذ ؟ أم ان الدائن بهذا الالتزام هو الذي يتحمل المسؤولية عن ذلك ؟

قبل الاجابة على ذلك نقول ان الالتزام العقدي الناشئ عن العقود الملزمة للجانبين قد يكون محله القيام بعمل ،كما يمكن ان يكون محل التزام الامتناع عن القيام بعمل ،واخيرا قد يكون محل التزام المدين نقل ملكية شيء او تسليمه الى الدائن .

والذي يهمنا في هذا البحث هو التزام المدين الذي يكون محله تسليم شيء معين بالذات (اي شيء قيمي) فاذا كان العقد ملزم للجانبين، وكان محل التزام احدهما تسليم شيء معين للأخر، ثم هلك الشي محل الالتزام وهو بيد المدين لسبب اجنبي لا يد له فيه ، فان التساؤل يثور حول تحديد الشخص الذي يتحمل مسؤولية او تبعة هلاك محل الالتزام ، هل يتحمل ذلك شخص المدين بالتسليم ،ام الطرف الاخر في العقد (الدائن) ؟ وهو ما سنحاول الاجابة عليه في الفرع الاتي :

[1] – د.مصطفى عبد السيد الجارحي،المصدر السابق،ص٧٣

[2] – د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المصدر السابق، ص ٧٣

الفرع الثاني : تحمل مسؤولية هلاك محل الالتزام

نصت المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي على انه (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه)والذي يتضح من خلال هذا النص ان الالتزام العقدي اذا أصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد للمدين في حدوثه، فانه ينقضي ولا يبقى له وجود، ومن ثم ينفسخ العقد بحكم القانون ،لاستحالة تنفيذ محل الالتزام ([1])،الا انها لم تبين لنا شخص المسؤول عن استحالة تنفيذ المدين لالتزامه، هل تقع على الدائن ام على المدين ؟

لقد أجابت المادة (١٧٩) من القانون المدني على هذا التساؤل أذ نصت على انه (١- اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ، ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه ٢- فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري)[2].

ان نص هذه المادة يبين بشكل واضح حكم تحمل تبعة هلاك محل الالتزام في العقود الملزمة للجانبين ، أذ ان شخص الملتزم او المدين بالتسليم، هو الذي يتحمل المسؤولية الناجمة عن هلاك الشي الملتزم بتسليمه للطرف الاخر، سواء كان الهلاك بخطئه الشخصي او بقوة قاهرة .

[1] - د. محمد سليمان الاحمد و هالة مقداد الجليلي ،أستحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي،بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد ٢٩،٢٠٠١ ،ص١٤١

[2] - تقابل المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري

وهذا الحكم اكدته الفقرة الاولى من المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي، بمناسبة تناولها حكم هلاك المبيع بعد ابرام عقد البيع ،وقبل تسليمه للمشتري حيث جاء فيها (اذا هلك المبيع بيد البائع قبل ان يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شي على المشتري)([1])، فالبائع في عقد البيع ،هو المسؤول عن استحالة تنفيذ التزامه بالتسليم نتيجة هلاك محل الالتزام الملقى على عاتقه بسبب اجنبي .

ورغم هذا الحكم الواضح في تحديد شخص المسؤول عن استحالة تنفيذ الالتزام العقدي الا ان التساؤل يثور حول الاساس القانوني او المبرر له ، وهو ما سنوضحه في الفرع التالي .

الفرع الثالث: الاساس القانوني لتحمل مسؤولية استحالة التنفيذ

قبل البحث في الاساس الذي يبرر تحمل شخص المدين في العقود الملزمة للجانبين تبعة هلاك الشي الملتزم بتسليمه لابد اولا ان نذكر المبدأ العام في تحمل تبعة الهلاك الا وهو(أن هلاك الشي يكون على مالكه) ([2])،وبالتالي فان تطبيق هذا المبدأ على عقد البيع يوجب تحمل المشتري لتبعة هلاك المبيع بعد ابرام العقد ،وقبل قيام البائع بتسليمه اليه ، ذلك لان المشتري بعد ابرام عقد البيع يصبح هو المالك للمبيع على اعتبار ان الاصل في بيع الاشياء المعينة بالذات، انتقال ملكيتها من البائع الى المشتري فورا بمجرد ابرام العقد .

[1] – تقابل المادة (٤٣٧) من القانون المدني المصري

[2] – د.محمد سليمان الاحمد ،كسب الملكية بضمان ضرر المال،دار النهضة العربية، القاهرة،١٤٢٦ه ،٢٠٠٥م، ص ١٢٥

غير انه وبالرجوع الى النصوص القانونية السالفة الذكر والواردة في القانون المدني العراقي يتبين لنا بوضوح ان الملتزم بتسليم المبيع (البائع) هو الذي يتحمل تبعة هلاكه بسبب اجنبي، اذا وقع الهلاك بعد ابرام العقد وقبل تسليمه للمشتري .

ومن ثم كان لابد من تحديد الاساس او المبرر القانوني الذي يقوم عليه هذا الحكم ، وهذا المبرر ينحصر في امرين اثنين ،الاول :يرجع الى طبيعة يد البائع على المبيع ،والثاني: يرجع الى فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين .

١- طبيعة يد البائع على المبيع قبل التسليم

ان اليد على الشي اما ان تكون على ملك صاحبها وهذه هي يد المالك ،او تكون على ملك غير صاحبها ،وهي اما ان تكون يد امانة ،او يد ضمان ([1])،وقد وضح القانون المدني مفهوم كل من هاتين اليدين وحكمهما ،فقد نصت المادة (٤٢٧) منه على انه (١- تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشي بقصد تملكه وتكون يد امانة اذا حاز الشي لا بقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن المالك) كما نصت المادة (٤٢٦) على انه (اذا انتقل الشي الى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير، فان كانت اليد يد ضمان هلك الشي على صاحب اليد ، وان كانت يد امانة هلك الشي على صاحبه).

فرغم ان نية البائع الحائز للشي المبيع بعد ابرام العقد وقبل التسليم لا تنصرف الى تملك الشي، بل لمجرد حفظه ومن ثم تسليمه الى المشتري ، الا أن النصوص

[1] – د. محمد سليمان الاحمد وهالة مقداد الجليلي ، المصدر السابق، ص ١٣٧

القانونية الواردة في القانون المدني العراقي تلقي تبعة هلاك المبيع بسبب اجنبي قبل التسليم على عاتق البائع وليس المشتري .

وقد وضح المشرع العراقي في المادة (٤٢٨) مركز البائع لعين معينة بالذات قبل تسليم هذه العين للمشتري ، حيث يحوز البائع المبيع بعد البيع من دون ان تكون لديه نية تملكه ، الا أن يده عليها تعتبر يد ضمان وليست يد امانة ،اذ نصت هذه المادة على انه (أذا انتقلت ملكية الشي بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان...)

فالذي يبرر تحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم في القانون المدني العراقي ، هو أن يده على المبيع قبل تسليمه للمشتري يد ضمان وليست يد امانة ،وهو ما يتفق مع احكام الفقه الاسلامي التي تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم ،وذلك انه اذا كان البيع في الفقه الاسلامي ينقل الملك الى المشتري فأن القبض يزيد نقل الملك تأكيدا ، فيد البائع على المبيع قبل القبض تعتبر يد ضمان ،لا يد أمانة ، وبالتالي فهو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم ([1]).

٢- فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة

يقوم هذا التبرير على قاعدة او فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ،اذ ان الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ،والتي منها عقد البيع تخلف حالة من الترابط بينها ، بحيث يتوقف تنفيذ التزام احد الطرفين المتعاقدين، على تنفيذ التزام الطرف المقابل ،ولما كان البائع في عقد البيع هو

[1] – د. جعفر الفضلي ،الوجيز في العقود المدنية،مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل ١٩٨٩ ،ص ١٠٢، هاشم معروف الحسيني، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، ص ١٠٤

الملتزم بتسليم المبيع الى المشتري ،والمشتري ملتزم بدفع الثمن الى البائع ،فان استحالة قيام البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم بسبب هلاك الشي المباع بسبب اجنبي ، يؤدي بالضرورة الى انقضاء الالتزام المقابل له ،وهو قيام المشتري بدفع الثمن ،مما يعني ان تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسلم يقع على عاتق الشخص المدين بتنفيذ الالتزام بالتسليم ،وهو شخص البائع ،وليس المشتري ،ومن ثم لا يلتزم المشتري بدفع الثمن الى البائع ،ويلزم البائع برد ما قبضه من المشتري من ثمن ،وذلك بالاستناد الى فكرة الترابط بين الالتزامين، التزام البائع بتسليم المبيع ،والتزام المشتري بدفع الثمن ([1])،وهذه النتيجة تمثل برأينا التبرير او الاساس الحقيقي لتحمل المدين في العقود الملزمة للجانبين استحالة تنفيذ التزامه بسبب اجنبي .

وعلى خلاف حكم القانون المدني العراقي بإلقاء عب تحمل هلاك المبيع قبل التسليم على عاتق البائع انتهج القانون المدني الفرنسي مسلك اخرا ،اذ انه جعل تبعة هلاك المبيع بعد البيع وقبل التسليم على عاتق المشتري ،وهو يجري في ذلك على قاعدة تقليدية اتبعها القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والتي مقتضاها ، هو ان التزامات كل طرف في العقد الملزم للجانبين تعتبر منفصلة ومستقلة عن التزامات الطرف الاخر، اي انعدام فكرة الترابط بين الالتزامات العقدية ،ومن ثم فانه لا يمنع سقوط احد الالتزامين من قيام الالتزام المقابل([2]) .

[1] – د. سعدون العامري ، المصدر السابق، ص ١٢٥

[2] – وقد قيل في تبرير حكم القانون المدني الفرنسي في تحمل المشتري تبعة الهلاك هو انها تطبيق لقاعدة (الغرم بالغنم) فطالما المشتري يستفيد من كل زيادة في المبيع بعد البيع ،فمن العدل تحميله هلاك المبيع أو نقصه من ذلك الوقت ايضا . د. سعدون العامري ، المصدر السابق، ص ١٢٥ . ولقد كانت القاعدة المعمول بها في القانون الروماني هي (أن البائع المدين بتسليم شيء معين تبراء ذمته بهلاك الشيء) د. صبيح مسكوني ،القانون الروماني، المصدر السابق ، ص ٢٧٤

والذي يتضح من كل ما سبق ان المبرر في تحمل الملتزم في العقود الملزمة للجانبين تبعة هلاك الشي محل لالتزام بسب اجنبي ،يرجع الى فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين ،وليس الى اعتبار يد المدين على الشيء يد ضمان كما ذهب البعض .

الخاتمة

بعد أن انتهينا من بحثنا هذا فانه يمكن أن نحدد اهم الاستنتاجات والتوصيات الناجمة عنه وبالشكل الاتي :

أولاً : الاستنتاجات

١- أن فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ،تمثل الاساس القانوني للعديد من النظم القانونية المنصوص عليها في القانون المدني ،فهي التي تبرر لنا امكانية قيام أحد المتعاقدين بوقف تنفيذ التزامه العقدي ،دون أن يكون مسؤولا عن ذلك ،أذا كان سبب توقفه عن تنفيذ التزامه ،هو عدم قيام المتعاقد الأخر بدوره في تنفيذ التزامه ،وهو ما يتحقق في الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ،كما أن فكرة الترابط تمثل الساس الحقيقي لقيام حق الفسخ ، في حالة اخلال المتعاقد الاخر في تنفيذ التزامه العقدي ،وهي الاساس أيضا لتحمل المدين بالالتزام بتسليم شيء في العقود الملزمة للجانبيين ،في تحمل تبعة هلاكه بسبب أجنبي ، ومن ثم ، تحلل الدائن بهذا الالتزام من التزامه المقابل .

٢- كما تبين لنا من خلال استعراض موقف الشريعة الاسلامية من فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ، أن الفقه الاسلامي قد أورد العديد من تطبيقات هذه الفكرة ،خصوصا في حالة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، كما أن هذه التطبيقات لم تقتصر على تلك العقود الملزمة للجانبين ،ضمن نطاق القانون المدني أو المعاملات المالية ،بل اتسعت لتشمل العقود غير المالية ،كعقد الزواج ،وذلك من خلال تقرير حق الزوجة في أن تمنع نفسها عن زوجها ،لحين قيامه بدفع المهر المعجل لها ،بل أن فكرة الترابط يتسع مجال تطبيقها في جميع العقود الملزمة للجانبين ،وفي جميع المجالات التي نظمتها القوانين المختلفة ،اذ تقوم فكرة الترابط في العقود

الملزمة للجانبين الخاضعة لأحكام القانون الاداري ،كما تقوم ايضا بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين ضمن القانون الدولي العام ، ففي المعاهدات الدولية الثنائية، تلتزم كلا الدولتين بما ورد في المعاهدة من بنود ، وفي حالة امتناع احدى الدولتين عن تنفيذ المعاهدة أو الاخلال بها ، يكون من حق الدولة الاخرى الطرف في المعاهدة ،أن توقف من جانبها تنفيذ التزاماتها ، أو حتى التحلل منها نهائيا .

ثانيا : التوصيات

١- أن فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة تمثل كما وسبق وأن ذكرنا ،الاساس القانوني لكل من فسخ العقد والدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وتحمل تبعة الهلاك بسبب اجنبي ،ورغم أهمية هذه الفكرة الا أن معظم القوانين المدنية لم تتضمن نصاً عاماً يقر بفكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزم للجانبين ، وانما اقتصرت على أيراد الاثار أو التطبيقات المترتبة عليها ،ونحن نعتقد انه من الاهمية بمكان ابراز هذه الفكرة في نطاق العقود الملزمة للجانبين ،وذلك اما من خلال ايراد نص قانوني عام يتضمن الاشارة اليها صراحة ، أو من خلال الاشارة اليها ضمن النصوص القانونية التي تحكم النظم القانونية ،التي تعد من تطبيقات فكرة الترابط ،كالفسخ والدفع بعدم التنفيذ .

٢- نعتقد انه ليس صحيحا ما ذهب اليه القانون المدني العراقي في المادة (٤٢٨) من تبرير تحمل المدين بتسليم شيء قي العقود الملزمة للجانبين تبعة هلاكه بسبب اجنبي، على اساس اعتبار يد المدين على الشيء قبل التسليم يد ضمان ،وليست يد امانة ،كما هو الحال في تحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه للمشتري ، اذ ان من المقرر ان يد الضمان ،هي يد من يحوز الشيء بقصد تملكه ،والبائع لا يحوز المبيع بعد العقد وقبل التسليم بنية تملكه ،بل يجوزه نيابة عن المشتري فيده قبل التسليم أذن هي يد امانة ، وان تحمله تبعة هلاكه بسبب اجنبي لا يرجع الى اعتبار يده يد ضمان ،وانما يرجع الى فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ،والتي من مقتضاها ،انه اذا استحال على الملتزم تنفيذ التزامه العقدي بسبب اجنبي ،فان الطرف المقابل يتحلل بدوره من التزامه المقابل، ويقع عبء تحمل الاستحالة على شخص المدين الذي اصبح التزامه مستحيلا .لذلك فان نرى ضرورة اعادة النظر في النص اعلاه لكونه يخالف القواعد العامة التي تحكم طبيعة اليد على الشيء .

قائمة المصادر

١. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور، لسان العرب، مراجعة وتدقيق د. يوسف البقاعي وابراهيم شمس الدين ونضال علي

،منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت لبنان،ط١ ،١٢٣٦هـ-٢٠٠٥

٢. د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر ،١٩٦٦

٣. اسماعيل نامق حسين، العدالة واثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١

٤. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل ،١٩٨٩

٥. د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية،بغداد،٢٠١٢

٦. د.سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الاول، في البيع والايجار، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني،بغداد،١٩٧٤

٧. د.سليمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني،المجلد الرابع،أحكام الالتزام،الطبعة الثانية،القاهرة،١٩٩٢

٨. د.صبيح مسكوني،القانون الروماني،الطبعة الثانية،مطبعة شفيق،بغداد،١٩٧١

٩. د.عبد الرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام،مصادر الالتزام ، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان

١٠. د.عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،نظرية الالتزام،الاثبات اثار الالتزام،دار احياء التراث العربي،بيروت،لبنان

١١. د.عبد الرزاق السنهوري،مصادر الحق في الفقه الاسلامي،الجزء السادس،معهد الدراسات العربية العالمية،١٩٥٩

١٢. د.عبد المجيد الشواربي،المشكلات العملية في تنفيذ العقد،دار المظبوعات الجامعية،الاسكندرية،١٩٨٨

١٣. د.عبد المجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني العراقي،النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول،شركة الطبع والنشر الاهلية

١٤. د.عبد المجيد الحكيم،الموجز في شلرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني،احكام الالتزام،المكتبة القانونية،بغداد،الطبعة السادسة،٢٠٠٩

١٥. د.عصمت عبد المجيد،مصادر الالتزام في القانون المدني،المكتبة القانونية،بغداد،٢٠٠٧

١٦. د.محمد سليمان الاحمد،كسب الملكية بضمان ضرر المال،دار النهضة العربية،القاهرة ٢٠٠٥

١٧. د.محمد سليمان الاحمد وهالة مقداد الجليلي، استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي،بحث منشور في مجلة القانون المقارن،تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية،العدد٢٩، لسنة ٢٠٠١

١٨. د.محمد علي عبدة،نظرية السبب في القانون المدني،منشورات الحلبي الخقوقية،الطبعة الاولى،٢٠٠٤

١٩. مدحت المحمود،شرح قانون المرافعات المدنيةرقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ ،المكتبة القانونية،الطبعة الرابعة،بغداد،٢٠١١

٢٠. د.مصطفى عبد السيد الجارحي،فسخ العقد،دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي،الطبعة الاولى،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٨٨

٢١. منير القاضي،ملتقى البحرين،المجلد الول،مطبعة العاني،بغداد ١٩٥١-١٩٥٢

٢٢. د.نبيل ابرهيم السعد،الضمانات غير المسماة في القانون الخاص،منشأة المعارف، الاسكندرية،١٩٩١

٢٣. هاشم معروف الحسني،نظرية العقد في الفقه الجعفري ،كتاب كتاح على الموقع الالكتروني:

www.ahlollbait.ir

Summary

This research deals with an essential subject of the civil code the notion of linkage between the reciprocal obligations in the mutual contracts .It tackles the determination of its core within the Iraqi civil code No.40 of 1951 and the role it plays in the various legal relationships in particular in the field of mutually binding contracts. Throughout this research we had done our best to get the notion alienated in addition to its legal basis ambit and its legal conditions on which it stands

out .contextually we shaded the light on the situation within the Islamic law compared to the civil codes how they dealt with the above mentioned notion. After finishing the determination of the content the notion at the first chapter we in the second one spotlighted the effect of this linkage in the legal relations and systems. We found out that many legal systems legal are grounded on this linkage-Among them are the abrogation for non execution non-readiness to carry out the contractual obligation and the responsibility to undergo the corollary of termination on the basis of reciprocity

We concluded finally some important points pertinent to the content of the research They had been reinforced by a set of suggestions .The most important one of them is the necessity of revising the article (428)of Iraqi civil cade which rendered the possessing hand of the indebted person as a guaranteeing hand not as a non-liability hand .