

البقاء في الدائرة التعاقدية في ظل تحديات الواقع

م. زهراء مبروك عبدالله(*)

المقدمة

إذا ترتب الالتزام في ذمة شخص وجب عليه الوفاء طواعية بذات الالتزام الذي تعهد به أيًا كان محله وبتمام الوفاء ينقضي الالتزام ويسمى التنفيذ عندئذ تنفيذاً عينياً اختيارياً بمعنى أدق إن الالتزام إذا ترتب في ذمة شخص وجب عليه الوفاء بالالتزام ذاته بحسن نية وهذا هو التنفيذ العيني الاختياري وهو يقابل عنصر المديونية، أما إذا أمتنع المدين عن التنفيذ العيني الاختياري ولم يكن الالتزام التزاماً طبيعياً، فإنه يجبر على التنفيذ ويحق للدائن الاستعانة بالسلطة العامة واللجوء الى الطرق المقررة قانوناً لتنفيذ الالتزام جبراً على المدين ويسمى هذا النوع من التنفيذ بالتنفيذ الجبري وهو يقابل عنصر المسؤولية فالأصل في التنفيذ الجبري جبر المدين على تنفيذ ما التزم به ويسمى عندئذ بالتنفيذ العيني الجبري إلا أن ذلك رهن بتوافر شروط معينة ومن أهم هذه الشروط أن يكون التنفيذ ممكناً وأن لا يكون فيه إرهاقاً للمدين والذي غالباً ما يحدث نتيجة لظروف استثنائية طارئة وهذا ما سنحاول بيانه في بحثنا هذا

أولاً:- أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في ان الغاية من ابرام العقد هي في تنفيذه فليس القصد من العقد هو

الملخص

من المبادئ المستقرة في القانون الحديث هي ان العقد شريعة المتعاقدين أي أن قانون المتعاقدين يلزم الاطراف بما تم الاتفاق عليه بمضمون العقد، الا ان هذا الاتفاق وان كان مطلقاً للأفراد الا انه يجب ان يتسم بحسن النية الواجب توافره في المعاملات المدنية ومن غير حاجة لذكره في العقد، وينبني على ذلك إذا خرج أحد المتعاقدين عن نصوص العقد تحققت مسؤوليته العقدية وأجبر على التنفيذ العيني للالتزام، متى كان ذلك ممكناً، فالأصل أنه لا يجوز العدول عن التنفيذ العيني الى التنفيذ بمقابل (عن طريق التعويض) إلا باتفاق الدائن والمدين لكن المشرع خرج على ذلك في حالة واحدة وهي أن يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين من جهة و ألا يكون التنفيذ بطريق التعويض ضاراً بالدائن ضرراً جسيماً من جهة أخرى وهنا لا يمكن للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني بل يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض فقط.

الكلمات المفتاحية: الظروف الطارئة .
الإرهاق . التنفيذ العيني . الإبقاء . تعديل العقد .
القانون المدني العراقي .

خامساً: خطة البحث

سوف أقسم البحث على مبحثين أتناول في الأول التنفيذ العيني في القانون العراقي بوصفه غاية لإبرام العقد واستثناءاته فيما نخصص المبحث الثاني إلى المبادئ الحديثة في القانون المقارن (حالات التقليل من الفسخ) وأختم البحث بخاتمة أبين فيها أهم النتائج والمقترحات

المبحث الأول

التنفيذ العيني في القانون العراقي بوصفه غاية لإبرام العقد واستثناءاته

المطلب الاول

ماهية التنفيذ العيني

الأصل أن الالتزام المدني إذا نشأ في ذمة الشخص بفعل مصدر من مصادر الالتزام فإنه يولد أثراً قانونياً، وأهم هذه الآثار هو تنفيذ الالتزام طبقاً لما اشتمل عليه وهذا التنفيذ الصادر من المدين لابد أن يقوم به طوعاً وبارادته الحرة المستتيرة واختياره وضمن المدة المحددة لذلك وهذه هي القاعدة العامة في تنفيذ الالتزامات، إلا ان الأمر ليس بهذه السهولة عادة وإنما قد يتأخر المدين أو يمتنع احبانا عن تنفيذ التزامه أو ينفذ إلتزامه تنفيذاً معيباً أو تنفيذاً جزئياً الأمر الذي يتيح الفرصة أمام الدائن للجوء الى الجهات المختصة لإجبار المدين قانوناً على تنفيذ عين ما التزم به إذا كان ذلك ممكناً لأن محل الالتزام إذا كان غير ممكن فلا بد أن تقرر الجهة المختصة الاستعاضة عنه بتنفيذ الالتزام بطريق التعويض^(١)

الابرام بحد ذاته وانما وجوب تنفيذ ما ورد فيه كي يحقق مبتغاه، لكن هذا التنفيذ غالباً ما يصطدم بصعوبات ومعوقات تمنع من إتمامه أو تؤخر اتمامه في احسن الأحوال فكان لابد من تنظيم الأحكام القانونية المتعلقة بذلك لإزالة كل ما من شأنه أن ينهي العقد بالصورة غير الانموذجية.

ثانياً:- صعوبات البحث

تظهر صعوبة البحث في تطور المفاهيم القانونية التي يركز عليها التنفيذ العيني كونها مفاهيم متطورة وتتناسب مع نوعية العقد فمفهوم الارهاق يختلف حسب نوعية العقد لا بل حتى التنفيذ العيني بصورة عامة يختلف حسب نوع التصرف .

ثالثاً- منهجية البحث

استعمل المنهج التحليلي للنصوص القانونية التي أستعين وأركز عليها في البحث ونعوضها بالأحكام القضائية كلما اقتضى السياق ذلك .

رابعاً- إشكالية البحث

قد تطرأ ظروف اقتصادية خلال فترة تنفيذ عقد من العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذها مؤجلاً لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجوداً عند إبرام العقد اختلالاً خطيراً وجعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات , فهنا هل يجبر المدين على تنفذ التزامه كما ورد في العقد أم يحق له طلب فسخ العقد أو المطالبة بإنقاص التزامه إلى الحد المعقول ؟ وما هي سلطة القاضي في ظل هذه الظروف هذا ما سنحاول بيان في هذا البحث .

إذ خصص المشرع في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل للتنفيذ الجبري الفصل الاول من الباب الثاني المواد (٢٥٩-٢٤٦) وحدد المواد (٢٥٢-٢٤٦) للتنفيذ العيني أما المادتين (٢٥٤-٢٥٣) خصصها للتنفيذ بطريق الغرامات التهديدية في حين خصص المواد (٢٥٩-٢٥٥) للتنفيذ بطريق التعويض . ولإلزام بهذا المطلب سنقسمه الى عدة فروع وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول

تعريف التنفيذ العيني

يقصد لغة عامة هو تنفيذ الشئ يعني تحقيقه وإخراجه من حيز الفكر والتصور الى مجال العمل والواقع الملموس، والتنفيذ اصطلاحاً القانوني يعني الوفاء بالالتزام بحيث تبرأ منه ذمة المدين (١) فيما عرفه آخرون بأنه هو التعويض غير النقدي الذي يحكم به لمهاجمة مصدر الضرر أو مادته مباشرة بمعنى إزالة مصدر الضرر وذلك بإزالة المخالفة عيناً أو منع استمرار الضرر في المستقبل ويكون أكثر تكاملاً أو ملائماً لطبيعة الضرر من التعويض النقدي (٢) وخلاصة الأمر فإن التنفيذ العيني هو التنفيذ المحدد المنصب على ذات ما اتفق عليه المتعاقدان وهو بدوره لا يخرج عن المعنى اللغوي لهذا التعريف.

الفرع الثاني

أنواع التنفيذ

الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذاً عينياً فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به متى ما توافرت شروط معينة سنوضحها لاحقاً، أما إذا

اختلف احد هذه الشروط فإن التنفيذ سيكون بمقابل فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً وقد يكون التعويض هو ذاته تعويضاً عينياً فإذا التزم جار بأن لا يقيم حائطاً في أرضه يحجب النور عن جاره فإن التنفيذ العيني لهذا الالتزام هو ألا يقيم الجار الحائط والتعويض العيني هو هدم الحائط بعد أن يكون الجار قد أقامه (٤) . وبهذا يختلف التنفيذ العيني والمتضمن أداء المدين عين ما التزم به عن التعويض العيني وهو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب الفاعل فعله لمحو الضرر وإزالته إن كان ممكناً أو بالحكم على المدين بأداء عين مماثلة أو تؤدي الغرض نفسه من العقد (٥) عليه يحق للدائن اقتضاء التنفيذ بطريق التعويض بدلاً من التنفيذ العيني عند حدوث إحدى الحالات المدرجة في أدناه (٦) :

-إذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً بخطأ المدين وهذا ما نص عليه المشرع في المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

-إذا تطلب التنفيذ العيني تدخل المدين الشخصي وامتنع عن التنفيذ .

-إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكنه مرهق للمدين .

-إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين إلا أن الدائن لم يطلبه ولم يعرض المدين القيام به .

الفرع الثالث

شروط التنفيذ العيني

نصت المادة ٢٤٦ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على ما يلي:

(١- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إن كان ذلك ممكناً. ٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً)

يتضح من هذا النص أن (المشرع العراقي) تطلب شرطين لوقوع التنفيذ العيني الجبري أولهما أن يكون التنفيذ العيني ممكناً. وثانيهما، أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين أو يكون في إرهاب ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ويقابل هذا النص المادة (٤٠٣) من القانون المدني المصري والتي نصت على (١- يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. ٢- على أنه إذا كان في التعويض العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً) ونستخلص من هذا النص أن هنالك أربعة شروط لاقتضاء التنفيذ العيني متمثلة على النحو الآتي :

- ١- أن يكون التنفيذ العيني ممكناً.
 - ٢- أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين .
 - ٣- ألا يكون فيه إرهاب للمدين أو يكون فيه إرهاب ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً .
 - ٤- أن يعذر المدين.
- ونظراً لأهمية الشروط أعلاه في حيثيات

بحثنا هذا لذا سيتم التطرق إليها تباعاً من خلال تقسيم هذا المطلب الى عدة فقرات وعلى النحو الآتي :

أولاً : أن يكون التنفيذ العيني ممكناً

للدائن الحق أن يطالب بالتنفيذ العيني والمحكمة أن تقضي متى ما كان التنفيذ ممكناً فإذا استحالت تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً لم تعد هنالك فائدة من المطالبة به فالمطالبة بالمستحيل عبثاً يسان العاقل عنه واستحالة التنفيذ قد ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه كأن ينفق الحصان الذي باعه صاحبه (المدين) ولم يسلمه بعد أو قد ترجع الاستحالة إلى خطأ المدين كأن يبيع المدين هذا الحصان إلى مشتري ثان حسن النية ويسلمه إليه ومتى كانت استحالة التنفيذ ترجع لسبب أجنبي كما في الحالة الأولى فإن الالتزام ينقضي، بينما في الحالة الثانية فإن التزام المدين لا ينقضي ولكنه ينقلب إلى تعويض (أي تنفيذ بمقابل)^(٧)

بمعنى إذا كان الأصل هو التنفيذ – والتنفيذ العيني بالذات – متى كان التنفيذ ممكناً. فإن واجب التنفيذ يسقط عن المدين إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً بفعل قوة قاهرة، ويجب التفريق بين الظروف الطارئة التي تعد قوة قاهرة، والظروف الطارئة التي لا تعد إلا مجرد صعوبات، فالظروف الأولى تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بينما الظروف الثانية لا تجعله مستحيلاً على الرغم من إنها تزيد في التكاليف التي يتحملها المدين^(٨)

يرد على هذا الشرط الاستثناء الخاص بعقد المقاولة فعلى الرغم من تحقق الإرهاب على المدين عند تنفيذ عين ما التزم به بموجب عقد

المقاوله إلا أن المقاول يمتنع عليه أن يطلب زيادة الأجرة إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية أو ارتفعت أجور الأيدي العاملة حتى لو بلغ هذا حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً ما لم يكن هذا الانهيار في التوازن الاقتصادي راجعاً لظروف طارئة^(٤). وهذا ما نصت عليه المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي النافذ والتي جاء فيها (ليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ الالتزام عسيراً ، على أنه إذا أنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول إنهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاوله جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد)

فإذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً سواء أكانت رجعت الاستحالة الى سبب أجنبي أم كانت بخطأ المدين لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني ويرجع الدائن بالتعويض إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين أو انقضى الالتزام دون تعويض إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي ويعد التنفيذ العيني مستحيلاً إذا تطلب تدخل المدين الشخصي ويمتنع الأخير بتنفيذ التزامه كما هو في عمل الرسام والفنان والممثل والطبيب والمهندس.... الخ فإذا لم يلجأ القاضي إلى التهديد المالي أو لجأ إليه ولم ينتج لم يبق إلا اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن ولا مناص من مجاوزته واللجوء إلى التعويض^(٥).

تتحقق ماهية الاستحالة بمفهومها القانوني أو الشرعي بأن يصبح التنفيذ غير ممكن بأية

طريقة متيسرة أما إذا كان التنفيذ أمراً ممكناً ولكنه كان مرهقاً فعندئذ يدخل الموضوع في باب نظرية الظروف الطارئة فيلجأ إلى تعديل التزامات المتعاقدين عن طريق القضاء ولا يفسخ العقد بل ولا يفسخ ايضاً غالباً مادام هناك طريقة أخرى لإزالة الضرر القائم أو المتوقع ومن تطبيقات محكمة التمييز (ليس للمقاول أن يتوقف عن العمل بحجة أن الالتزام أصبح مرهقاً للظروف الطارئة بل له طلب التعويض إذا كان له موجب)^(٦)

أما عن موقف (المشرع العراقي) النافذ من تنفيذ الالتزام المستحيل حيث نص في المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على ما يلي (ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه) بمعنى أنه لا تكليف بمستحيل ولذلك فالاستحالة تعتبر سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بمعنى ان يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشأته مستحيلاً لا مرهقاً^(٧).

ثانياً: أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين .

وهو شرط يفهم ضمناً دون حاجة الى النص عليه كونه يستخلص من طبيعة عمل القضاء لان الأخير لا ينظر في أمر ما إلا إذا قدم أمامه طلب بالتنفيذ العيني ينبغي أن يتم بناءً على طلب الدائن فإذا طالب به الدائن وتوافرت شروطه فليس للمدين أن يمتنع عنه أو أن يعرض للتنفيذ بطريق التعويض وإنما يجبره القضاء عليه، في حين إذا طالب الدائن بالتعويض وعرض المدين القيام بالتنفيذ العيني حكم بالتنفيذ العيني الاختياري ولا يحق للدائن رفضه^(٨).

وللدائن الذي طلب التنفيذ العيني أن يرجع عن طلبه ويطالب عوضاً عن ذلك بالفسخ والتعويض خصوصاً عندما يكون المدين قد التزم بتنفيذ التزام محدد بآجل قد انقضى ميعاده كما أن للدائن الذي طلب الفسخ والتعويض ابتداءً أن يحول طلبه الى التنفيذ العيني فالخيار متروك له ولا يستطيع المدين التأثير على المحكمة في تحديد مصير تلك الطلبات إلا بإظهار استعداداته للتنفيذ العيني ومتى كان التنفيذ ممكناً فمن حق الدائن المطالبة به وله أن لا يرضى بغيره بديلاً^(١٤).

ثالثاً: أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين أو يكون فيه إرهاب ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

تجنب (المشرع العراقي) تحديد معنى الإرهاب تاركاً أمر تقديره الى القضاء وهو على العموم ينطوي على معنى الخسارة الجسيمة المحققة التي تصيب المدين من جراء التنفيذ العيني فلا يدخل في معناه ارتفاع الأسعار أو زيادة الضرائب، غير أن الإرهاب لا يكفي وحده لعدول المدين عن التنفيذ العيني وإنما ينبغي أن لا يلحق بالدائن ضرر جسيم نتيجة العدول ذلك لأن العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض بسبب ما ينتج عن التنفيذ العيني من إرهاب للمدين إذا عد تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق إلا أن هذا التطبيق لا ينهض إلا إذا كانت الفائدة التي تعود للدائن من التنفيذ العيني أقل من الضرر الذي يلحق بالمدين وإنطوى التعويض على ترضية كافية له أما إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين وفي العدول عنه ضرر أكثر للدائن فأن الدائن ينبغي أن يكون اجدر بالرعاية لأنه لم

يتعسف في المطالبة بحقه ولذلك يجري القضاء على الموازنة بين مصلحتي الدائن والمدين المتعارضتين فيحكم بالتعويض النقدي بدلاً عن التعويض العيني إذا أمكن تجنب إرهاب المدين بضرر يسير يصيب الدائن ويحكم بالتنفيذ العيني إذا قدر الضرر الذي يلحق بالدائن ضرر جسيم يعادل ما يصيب المدين من إرهاب أو يفوقه فالقضاء بهذا التوجه يراعي مصلحة كلا الطرفين^(١٥).

رابعاً: إغذار المدين.

يقصد بالإغذار هو تسيير الانذار وهو الإعلام أو الإخبار عن طريق كاتب العدل أو من يقوم مقامه ومن خلال الشروط المشار إليها في اعلاه والمتعلقة في التنفيذ العيني يطرح تساؤل هنا هل أن الاعذار ضروري لتنفيذ الالتزام من المدين جبراً عليه ؟ طبقاً للقانون المدني العراقي النافذ أن الاعذار ليس ضرورياً في التنفيذ العيني الجبري لالتزام المدين القادر عليه والسبب في ذلك أن أول اثر من اثار الالتزام هو الوفاء به طوعاً وبمحض إرادة المدين ولا يصار الى الإجبار إلا استثناءً ومع هذا لا حاجة للإعذار^(١٦)

أن (المشرع العراقي) لم يشترط الإعذار في التنفيذ العيني وهذا ما هو واضح في نص المادة (٢٤٦) على عكس التنفيذ بمقابل أو التعويض إذ اشترط الإعذار لاستحقاقه إذ نصت المادة (٢٥٦) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه (لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك) في حين أوجبت بعض القوانين كالقانون المدني المصري والكويتي أولاً إعذار المدين قبل إجباره على التنفيذ، فإعذار المدين واجب

في التنفيذ العيني إذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهرياً بطريق الإجبار (المادة ٢٠٣، فقرة أولى) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه(يجبر المدين بعد إعداره – طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ - على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً ، إلا أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً) . أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون أو قام به المدين مختاراً غير مجبر ، فظاهر أنه لا حاجة إلى الاعذار في هاتين الحالتين وأكثر ما يكون الإعذار في المطالبة بالتعويض النقدي ولكنه يكون ايضاً واجباً حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العيني فإذا لم يقم الدائن بإعذار المدين قبل مطالبته قضائياً بالتنفيذ العيني جاز للمدين حتى بعد المطالبة القضائية أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني فيخسر الدائن في هذه الحالة مصروفات التقاضي ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية غير أن المطالبة القضائية هي بحد ذاتها تعد إعذاراً فيلزم على المدين أن يبادر الى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية وإلا كان مسؤولاً عن تأخره (١٧) أما عن موقف القضاء العراقي من الاعذار إذ قضت محكمة التمييز بأنه (لا ضرورة لإعذار المدين إذا كان لا بد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم التنفيذ استناداً لأحكام المادة ٢٥٨ / أ من القانون المدني) (١٨) .

في التنفيذ العيني إذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهرياً بطريق الإجبار (المادة ٢٠٣، فقرة أولى) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه(يجبر المدين بعد إعداره – طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ - على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً ، إلا أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً) . أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون أو قام به المدين مختاراً غير مجبر ، فظاهر أنه لا حاجة إلى الاعذار في هاتين الحالتين وأكثر ما يكون الإعذار في المطالبة بالتعويض النقدي ولكنه يكون ايضاً واجباً حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العيني فإذا لم يقم الدائن بإعذار المدين قبل مطالبته قضائياً بالتنفيذ العيني جاز للمدين حتى بعد المطالبة القضائية أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني فيخسر الدائن في هذه الحالة مصروفات التقاضي ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية غير أن المطالبة القضائية هي بحد ذاتها تعد إعذاراً فيلزم على المدين أن يبادر الى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية وإلا كان مسؤولاً عن تأخره (١٧) أما عن موقف القضاء العراقي من الاعذار إذ قضت محكمة التمييز بأنه (لا ضرورة لإعذار المدين إذا كان لا بد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم التنفيذ استناداً لأحكام المادة ٢٥٨ / أ من القانون المدني) (١٨) .

أما (المشرع الاردني) فقد نص في المادة (٣٦١) على ما يأتي (لا يستحق الضمان إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك

المطلب الثاني

نظرية الظروف الطارئة كاستثناء عن الأصل

إذا انعقد العقد صحيحاً نافذاً أصبح ملزماً للمتعاقدين استناداً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لأي منهما أن يعدل العقد بالإضافة أو الإلغاء أو الاعفاء إلا بالاتفاق بينهما على ذلك أو لسبب يقرره القانون إذ نصت المادة (١٤٥) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه (أباً) كان المحل الذي يرد على العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه) كما قضت المادة (١٤٦) (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي).

الفرع الاول

مفهوم نظرية الظروف الطارئة

للإلمام بمفهوم نظرية الظروف الطارئة لابد من تعريفها ومعرفة شروط تحققها لذا سنقسم هذا الفرع على قسمين الاول نتناول التعريف بالنظرية والثاني نخصصه للشروط الواجب توافرها وعلى النحو الآتي :

أولاً: تعريف الظروف الطارئة

هي ظروف لاحقة على تكوين العقد وخارجة عن إرادة المتعاقدين وغير متوقعة الحصول ينتج عنها إختلال في التوازن بين المنافع المتبادلة في العقود الممتدة أو التي يتراخى تنفيذها إلى المستقبل بحيث أن تنفيذ العقد كما هو يرهق المدين إرهاباً شديداً^(٢٠).

إن نظرية الظروف الطارئة تؤلف إستثناءً من قاعدة القوة الملزمة للعقد والدعامة الرئيسية لهذا الاستثناء هو أن يكون الظرف الطارئ ناشئاً عن حادث استثنائي فإذا كان مألوفاً لا يعتد به ولا تعد الخسارة التي تلحق المدين منه مرهقة لأن من عادة المألوف أن يكون محتملاً بحكم العادة أو التعامل^(٢١).

كما يجب ألا يكون لإرادة المتعاقد دخلاً في الحادث أو في ظروفه وألا تكون إستثنائية الحادث خاصة بالمدين وحده كحريق محصوله فمثل هذا يعتبر حادثاً خاصاً وفردياً كيفما كانت نتائجه وإنما يجب أن يكون الحادث أو الظروف إستثنائية عامة كالزلازل والوباء وغارة الجراد^(٢٢).

ثانياً: شروط نظرية الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة تفترض الوضع الآتي: عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى أجل كعقد توريد ويحل أجل التنفيذ فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن في الحسبان فيختل التوازن الاقتصادي للعقد إختلالاً خطيراً فمثلاً ارتفاع سعر البضاعة المراد توريدها ارتفاعاً فاحشاً بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يحمله خسائر فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار^(٢٣).

فقد يتعهد شخص بتوريد بضائع لآخر مدداً مختلفة إلى أجل متعددة ثم يطرأ خلال تنفيذ الالتزام من الحوادث ما يكون مفاجئاً كقيام حرب أو اشتعال ثورة ويكون من شأن هذه الظروف الطارئة أن تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقاً عسيراً وفي هذا تختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة فوفقاً للنظرية الأخيرة أن تجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً ولا تقتصر على جعله مرهقاً عسيراً^(٢٤) ومن قرارات محكمة التمييز التي تنص فيها على نظرية الظروف الطارئة (الظروف الطارئة لا تكون إلا حيث يكون الحادث الاستثنائي الذي يتسبب عنه الإرهاق الطارئ في فترة من الزمن تفصل بين إبرام العقد وبين تنفيذ الالتزام الذي يرتبه)^(٢٥) كما قد قضت محكمة التمييز في قرار لها على أنه (تكون دعوى المدعي إضافةً لوظيفته بطلب فسخ عقد المقاولة المبرم بينه وبين المدعى عليه وزير الاعمار والإسكان/فضلاً عن ذلك لوظيفته واجبة الرد إذا استند المدعي في طلب الفسخ إلى استحالة تنفيذ عقد المقاولة بسبب الظرف الأمني الذي تمر به محافظة صلاح الدين مما يحول دون الاستمرار في تنفيذ العقد لان طلب الفسخ يستوجب حصول إخلال من الطرف المتعاقد الآخر عملاً بأحكام المادة ١٧٧ /١ من القانون المدني وإذ أن المدعى عليه في هذه الدعوى لم يخل بالتزامه التعاقدي وان توقف العمل خارج عن إرادته مما تكون المطالبة بفسخ العقد لا سند لها من القانون وبإمكان المدعي المطالبة بتصفية عقد المقاولة وفقاً للمادة ٦٨ من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية)^(٢٦)

نستنتج من كل ما ذكر في أعلاه انه يجب

توافر شروط معينة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة والمتمثلة بالآتي :

١- أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه مترافقاً : إن طرأ حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد - وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية - يقتضي أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه .

٢- إن تستجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة : مثال ذلك وقوع زلزال أو حرب أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغائها أو ارتفاع باهض في الأسعار أو نزول فاحش فيها أو استيلاء إداري أو وباء ينتشر أو جراد يزحف اسراباً ونرى من هذه الأمثلة لا بد أن تكون إستثنائية يندر وقوعها .

٣- إن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها : فإذا كانت متوقعة أو كان في الوسع توقعها فلا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة^(٢٧) .

٤- إن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً : وهنا نرى الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة فهما إذا كانا يشتركان في أن كلاهما لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما الحادث الطارئ فيجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً فحسب^(٢٨) .

ثالثاً : تمييز الظروف الطارئة عن القوة القاهرة

يجب التفريق بين الظروف الطارئة التي تعد قوة قاهرة^(٢٩) وبين الظروف الطارئة التي لا تعد إلا مجرد صعوبات ، فالظروف الأولى تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بينما الظروف الثانية

لا تجعله مستحيلاً على الرغم من أنها تزيد في التكاليف التي يتحملها المدين ولا يعد المدين مخطئاً إذا لم يتوقع الحادث الطارئ ولكنه استطاع في اللحظة الأخيرة النجاح في منع وقوعه ، كما لا يعد مخطئاً إذا توقعه ولكنه لم يستطع حسب القدرات المتوفرة لديه وحسب العناية المطلوبة منه أن يمنعه والعبرة ليست بوقوع الحادث بالذات بل هي في كونه يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلاً^(٣٠)

ويترتب على ذلك أن القوة القاهرة تقضي الالتزام فتبرأ ذمة المدين ، أما الحادث الطارئ فلا يقضي الالتزام ولا يبرئ ذمة المدين ، وإنما يكون سبباً لتعديل الالتزام فينقصه القاضي إلى الحد الذي يجعله محتملاً ولا يعني ذلك أن الانقاص ينزل بالالتزام إلى الحد الذي كان يقدره المدين وقت التعاقد لأن ذلك يجعل الدائن يتحمل كل الخسارة التي سببتها الظروف الطارئة ، بل ينقص القاضي الالتزام إلى حد معقول إذ يجعل هذه الخسارة يتقاسمها كل من الدائن والمدين بنسبة عادلة^(٣١) فبالنسبة لوقوع القوة القاهرة قضت محكمة التمييز على أن (الضرر الذي يحصل بسبب أجنبي لا يدل له فيه كالقوة القاهرة وفعل الغير أو خطأ المتضرر غير ملزم بالضمان)^(٣٢).

ففي ظل الظروف الاستثنائية نفرض أن تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلاً وإنما صار مرهقاً إذ يهدد المدين بخسارة تخرج عن المألوف ونفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد بل جد عند تنفيذه فلو أن الالتزام نشأ في ذمة المدين مرهقاً فادحاً منذ تكوين العقد كمن يتعهد بحفر بئر تبلغ تكاليف حفره

الفرع الثاني

مفهوم الإرهاق كمرتكز لنظرية الظروف الطارئة

للإلمام بمفهوم الإرهاق لابد من التطرق الى معنى الإرهاق والى معيار تحديد الإرهاق ولهذا سيتم تقسيم هذا المطلب على فقرتين نتناول في الفقرة الأولى معنى إرهاق المدين وفي الفقرة الثانية نبحث معيار الإرهاق .

أولاً:- معنى الإرهاق

الإرهاق لغةً من فعل رهِقَ ورهِقتَ الشئ رهقاً من باب تعبت قال ابوزيد طلبت الشئ حتى رهقته، وارهقت الرجل أي عجلته وكلفته حمله، وأرهقته بمعنى اعسرته . أو قد يعني حمل الانسان على ما لا يطيقه^(٣٨)

وقد ورد في الآية الكريمة قوله تعالى (وأنه كان رجال من الإنس يعوذون برجال من الجن فزادوهم رهقاً)^(٣٩)

وقد تجنب (المشرع العراقي) تحديد معنى الإرهاق تاركاً أمر تقديره الى القضاء وهو على العموم ينطوي على معنى الخسارة الجسيمة المحققة التي تصيب المدين من جراء التنفيذ العيني دون أن يعني مجرد الكلفة والضيق^(٤٠) . كما ينطوي الإرهاق على معنى العنت الشديد ولا يكفي فيه مجرد العسر بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة ويترك التقدير في ذلك للقاضي^(٤١) .

اطلق الفقه الإسلامي على مفهوم الإرهاق تعبير (ضرر زائد لم يستحق بالعقد) وعده من أهم الشروط التي يجب الاعتماد عليها للحكم

أضعاف ما قدره لبقينا في دائرة تكوين العقد ولم نخرج الى مرحلة تنفيذه وكان علينا أن نلتصق العلاج في عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو نحو ذلك ومن قرارات محكمة التمييز بهذا الصدد (أن تاريخ التعاقد قد تم في تاريخ لاحق لبدأ شحة المياه في عموم القطر فيكون السبب الذي استندت عليه الدعوى سابق للتعاقد ولم يحدث استثنائياً أثناء تنفيذ العقد)^(٣٣) ، عليه ففي ظل نظرية الظروف الطارئة لا ينقضي التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة ولا يبقى كما هو لأنه مرهق ولكن يرد القاضي الالتزام الى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه بمشقة ولكن في غير إرهاق^(٣٤)

ومن ما تقدم كله نخلص الى أهمية نظرية الظروف الطارئة في حياتنا الاقتصادية لما لها من الدور الكبير في إعادة التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين في عقود بالغة الأهمية يتم إبرامها يومياً كعقد البيع والمقاوله والايجار وسبب حدوث هذا الاختلال هو وقوع حوادث فجائية غير متوقعة والتي تؤدي الى إرهاق المدين ففي ضل هذه النظرية يستطيع المدين اللجوء الى القضاء لطلب تعديل العقد عن طريق رفع الرهق عنه^(٣٥) وهنا نستطيع الرد على رأي استاذنا الفاضل الدكتور أحمد حشمت ابو ستيت والذي فضل بعدم النص على هذه النظرية في القانون المدني وإبقائها بعيدة عن نطاق المعاملات اليومية مبرراً لعدم إعطاء القاضي سلطة تحكمية تخرج به عن حد وظيفته^(٣٦) .

بأن هناك اختلالاً في التوازن الاقتصادي في العقد ، ومن ثم تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة إلى الواقعة ، وقد نصت الفقرة ٢ من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي على هذا الشرط (..... أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وأن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة) .

ثانياً:- معيار الإرهاق

إن المعيار الذي يقاس به الإرهاق معيار موضوعي ينظر فيه إلى الصفة لا إلى شخص المدين ومقدار ثروته فإذا تعهد شخص بتوريد أطعمة وكانت عنده كميات كبيرة منها ثم ارتفعت الأسعار ارتفاعاً فاحشاً فالالتزام يكون قد أصبح عنده مرهقاً للمتعهد ولا ينظر إلى الكميات الكبيرة الموجودة عنده ذلك أنه إذا لم تكن عنده هذه الكميات لا يضطر إلى شراءها من السوق (٤٢) وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفة التي أبرم في شأنها العقد فلو أن المدين تهدده خسارة فادحة من جراء هذه الصفة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد معين محل إعتبار في تقدير الخسارة المألوفة فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفة التي أصبحت مرهقة فتنسب الخسارة إلى هذه الصفة التي أصبحت مرهقة لا إلى مجموع ثروة المدين (٤٣)

فضلاً عن كون المعيار الذي يقاس فيه الإرهاق موضوعي فهو أيضاً معيار نسبي يختلف من مدين لآخر حيث يقدر القاضي مدى إرهاق المدين من تنفيذ الالتزام عند توفر الظرف الطارئ كما يقدر القاضي مدى عمومية الظرف الاستثنائي وما إذا كان عاماً أم ظرفاً خاصاً بالمتعهد وفقاً لظروفه الشخصية كما ويقدر مدى جواز توقع المتعاهد لهذا الظرف الاستثنائي ويستعين في ذلك بمعيار الرجل المعتاد إضافة إلى تقدير مدى الإرهاق الذي يحيط بتنفيذ الالتزام (٤٤) فإذا أراد القاضي أن يتحقق من وجود الإرهاق فعليه أن يأخذ بمعيار موضوعي مجرد أي أن يتحرى عن أثر الحادث الطارئ على العقد بمعنى أن يتأكد من أن الحادث الطارئ قد أدخل في التوازن الاقتصادي بين التزامات المتعاقدين لأن هذه الالتزامات كانت متعادلة حين التعاقد إلا أن وقوع الحادث الطارئ قد أهدر هذا التعادل الذي يجب أن ينظر إليه منفصلاً عن ظروف المدين الخاصة من حيث غناه أو فقره وغير ذلك من الظروف الخاصة به (٤٥) .

وإذا كان الأصل أنه لا يجوز العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل (عن طريق التعويض) إلا باتفاق الدائن والمدين فإن المشرع قد خرج على هذا الأصل في حالة واحدة وهي أن يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين وعندما لا يكون التنفيذ بطريق التعويض ضاراً بالدائن ضرراً جسيماً ففي هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني بل يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض ، فإذا أقام شخص على أرضه بناءً تجاوز فيه حدود ملكه قليلاً إلى حديقة جاره وطالب المالك الذي وقع التجاوز

على أرضه بإزالة البناء المتجاوز به، فمن واجب القاضي أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن وأن يتحاشى تحميل المدين تضحيات جسيمة درءاً لضرر طفيف ففي مثل هذه الحالات قد يعد تمسك الدائن بالمطالبة بحقه في التنفيذ العيني إساءة لاستعمال هذا الحق أما إذا كان العدول عن التنفيذ العيني بسبب الإرهاق الذي قد يصيب المدين يلحق ضرراً جسيماً بالدائن ففي مثل هذه الحالة سنكون بين مصلحتين متعارضتين تكلم هي مصلحة المدين في عدم التنفيذ العيني تجنباً للإرهاق الناتج عنه ومصلحة الدائن في الحصول على التنفيذ العيني وعدم الإضرار به بالعدول عن التنفيذ العيني^(٤٦) يستخلص مما تقدم أن التعويض يحل محل التنفيذ العيني إذا كان هذا مستحيلاً أو كان ممكناً واتفق الطرفان على التعويض أو لم يتفقا وكان التنفيذ العيني مرفقاً للمدين ولا يلحق العدول عنه ضرراً جسيماً بالدائن^(٤٧).

والضرر الجسيم هو ضرر غير عادي قد يصيب الإنسان في ماله أو في صحته فالجار الذي يخالف قيود البناء الاتفاقية ويقوم ببناء يحجب به الشمس تماماً عن مسكن جاره، يؤدي إلى الإضرار بهذا الجار ففي هذه الحالة يتعين الرجوع للأصل وهو التنفيذ العيني مهما كان فيه إرهاق^(٤٨).

فالمشرع لم يحدد معياراً للإرهاق ولم يحدد معناه وترك أمر تقديره للقضاء فالإرهاق وفقاً لرأي الدكتور عبد المجيد الحكيم هو الخسارة الجسيمة المحققة التي تصيب المدين بسبب التنفيذ العيني دون أن يعني مجرد الكلفة والضيق، ولذلك لا يدخل في معناه زيادة الكلفة لارتفاع الأسعار أو لزيادة الضرائب إذ أن

الإرهاق لا يكفي وحده لعدول المدين عن التنفيذ العيني وإنما يجب أن لا يتسبب العدول بسبب الإرهاق في ضرر جسيم يصيب الدائن ذلك لأن العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل بسبب الإرهاق إذا كان يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق إلا أن هذا التطبيق لا ينهض إذا كانت الخسارة التي تصيب الدائن أكثر من الضرر الذي يلحق بالمدين لأن الدائن ينبغي أن يكون أجدر بالرعاية لأنه لم يتعسف في المطالبة بحقه، ولذلك يجري القضاء على الموازنة بين مصلحتي الدائن والمدين المتعارضتين. ويحل التنفيذ بمقابل محل التنفيذ الجبري العيني إذا أمكن تجنب إرهاق المدين بضرر يسير يصيب الدائن أما إذا قدر القضاء أن الضرر الذي يصيب الدائن بسبب العدول عن التنفيذ العيني يعادل أو يفوق ما يصيب المدين فإنه يقضي بالتنفيذ العيني^(٤٩).

فالعبرة في تحديد الإرهاق تتعين في الالتزام الخاسر دون الملتزم الخاسر لأن الغاية من النظرية هي تعديل التوازن الاقتصادي في عقد اخلت بتوازنه خسارة فادحة غير مألوفة حصلت من طارئ غير متوقع فإذا لم تلحق المتعاقد أية خسارة أو لحقت به خسارة لا تزيد عن الحد المألوف فلا مجال لتطبيق النظرية علماً بأن فوات الربح لا يعتبر من قبيل الخسارة^(٥٠).

نستنتج مما ما تقدم كله أن على القاضي أن يأخذ بمعيار موضوعي مجرد عند التحقق من وجود إرهاق من عدمه أي أن يحصر القاضي جل اهتمامه في أثر الظرف الطارئ على العقد ذاته وصرف النظر عن الحالة المادية للمدين وغير ذلك من الظروف الخاصة به.

المبحث الثاني

المبادئ الحديثة في القانون المقارن (حالات التقليل من الفسخ)

تعزف الفلسفة الحديثة في القانون من اللجوء للفسخ لأنه استثناء غير محبذ ولا يلجا له الا في حالات محددة وحالات اضطرارية تعد هي الخلاص الوحيد للمتعاقدين، فالتنفيذ العيني هو النطاق الطبيعي لحياة العقد وما الفسخ الا استثناءا عليه.

المطلب الأول

تعريف الفسخ

للفسخ معان عدة فيأتي بمعنى النقض فمن فسخ الشيء نقضه وتفاستخت الأقاويل أي تناقضت فيما بينها والفسخ زوال المفصل عن موضعه وتأتي أحيان أخرى بمعنى الإفساد فمن فسخ رأيه أي أفسده وفسخ البيع بمعنى أفسد البيع وفسخ الشيء تفرقته^(٥١). وهذه المعان اللغوية لا تخرج عن المعنى الاصطلاحي بصورة عامة ولهما الدلالة نفسها. فهو صورة من صور المسؤولية العقدية يتمثل في انحلال الرابطة العقدية جزاء إخلال احد العاقدين في العقد الملزم للجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد فقد يقع بحكم القاضي أو باتفاق الطرفين^(٥٢). أو قد يقصد به انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي وهو جزاء قانوني لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية^(٥٣) فإذا حصل هذا الإخلال من المتعاقد جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب حل الرابطة العقدية حتى يتحرر من التزاماته الناشئة بسبب العقد فلو باع شخص لآخر ساعة بخمسين ديناراً وبعد انعقاد العقد رفض المشتري أن يدفع الثمن جاز للبائع

أن يطلب فسخ العقد حتى يتحلل هو من التزامه بنقل ملكية الساعة وتسليمها الى المشتري وذلك دون الإخلال بحق البائع في الإبقاء على العقد وجبر المشتري قضاءً بتنفيذ التزامه بدفع الثمن^(٥٤).

المطلب الثاني

مبررات الفسخ

تتطور الاحكام القانونية وفقاً للتطورات الاجتماعية وبما ينسجم مع ما يطرأ من تطورات تستلزم التحديث والتعديل في الاحكام القانونية. ومن ضمن هذه الاحكام هي نظرية الفسخ فهي ليست نظرية حديثة وانما ترجع في أصولها الى القانون الروماني الذي كان يأبى التسليم بها حيث كان العقد الملزم للجانبين في هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن البعض الآخر ولا تقابل بينهما فإذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه لم يكن امام المتعاقد الآخر إلا أن يطالبه بالتنفيذ ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ. إلا أن الرومان افسحوا لفكرة الفسخ مجالاً ضيقاً في عقد البيع بعد أن اصبح هذا العقد رضائياً فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يجعل الحق للبائع في فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن، وقد استمر العمل بهذا المضمون واقره القانون المدني الفرنسي متأثراً بما جاء بالقانون الروماني كونه أصلاً تاريخياً له فأجاز الفسخ حتى ولو لم يوجد شرط صريح فأجاز الفسخ عن طريق وجود شرط ضمني في العقد وعلى الرغم من ذلك لم يتم الفسخ إلا بحكم قضائي صريح عملاً بالمادة ١١٨٤ من القانون الفرنسي على أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً

في العقود الملزمة للجانبين في حالة إذا لم يقر أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه^(٥٥)

قد يصادف في بعض الأحيان أن تعديل العقد لا يجدي نفعاً إذ أن الارتفاع في الأسعار يكون بصورة عالية جداً بحيث مهما حاول القاضي أن يوزع الخسارة غير المألوفة على الطرفين المتعاقدين فلا يكون في مقدور المدين تنفيذ التزامه فقد يتعدى الأمر إلى الدائن أيضاً فلا يكون في وسعه تحمل نصيبه من العبء الناجم عن الظرف الطارئ وكثير من الأحيان أن تنفيذ الالتزام التعاقد لا يكون فقط مرفقاً للمدين بل أنه يعجز عن هذا التنفيذ وغالباً ما تتحقق هذه الحالة في عقد التوريد وعقد المقاولة^(٥٦)

نص (المشرع العراقي) في القانون المدني النافذ على فسخ العقد في المادة (١/١٧٧)^(٥٧) من قبل القاضي إذا لم يقر أحد العاقدين بتنفيذ التزامه وذلك بناءً على طلب المتعاقدين الآخر فللمحكمة أن تحكم بالفسخ بعد رفع الطلب من ذوي العلاقة المسبوق بالاعذار إذا كان ضرورياً ولها سلطة تقديرية في هذا الحكم، فقد تحكم بالفسخ إذا اقتنعت بوجود ما يبرره حيث قضت محكمة التمييز في إحدى قراراتها على أنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه في العقد جاز للعاقدين الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان لذلك مقتضى)^(٥٨) وقد تمتع عن إصدار هذا الحكم إذا وجدت أن ما لم ينفذ أقل بكثير مما نفذ، وقد تمنح المدين نظرة ميسرة (أجلاً لتنفيذ التزامه عند مكنته المالية) إذا كان لهذا الاجل ما يبرره وعليه التنفيذ في غضون مدته إذا استطاع ولكن إذا كان المبرر لا يزال قائماً فهل تعطى له فرصة أخرى؟ لم

يتطرق القانون لذلك ولكن يرى بعض الفقهاء أنه إذا لم ينفذ خلال هذه المدة يفسخ العقد تلقائياً . والاتجاه الراجح أنه يشترط لمنح المدين نظرة الميسرة توفر الشروط الاتية : ١- أن يكون المدين معسراً وحسن النية . ٢- أن لا يكون قد منح مهلة سابقة . ٣- أن لا يترتب عليها ضرر جسيم يصيب الدائن^(٥٩)

فالأصل في العقود الملزمة للجانبين هو التنفيذ الفوري ولكن مع ذلك قد يتراخى التنفيذ إلى أجل محدد فقد يحدث أثناء المدة الزمنية التي تفصل بين إبرام العقد وتنفيذه ما يمنع من تنفيذ الالتزام بل يجعل تنفيذه مستحيلاً وقد يتمتع المتعاقد على الرغم من إمكان التنفيذ العيني من الوفاء بما التزم به بل قد يستمر التنفيذ ممكناً ولكن تحدث أثناء هذه المدة ظروف غير متوقعة تجعله مرفقاً للمدين يلحق به ضرراً تأباه العدالة التي يجب توافرها بين الطرفين المتعاقدين وأخيراً قد يكون المتعاقد محتاطاً أخذاً بنظر الاعتبار إلى حدوث مثل هذه العوارض بعد إبرام العقد فيشترط في العقد نفسه أن له حق الفسخ لسبب يعينه أو قد يتكفل الشارع نفسه بإفترض مثل هذا الشرط ، فإذا كانت القاعدة العامة لنظرية الظروف الطارئة العامة والمنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي النافذ والتي لا تجيز فسخ العقد ، إلا أنه مع ذلك لاحظ المشرع أن ظروف استثنائية وإن لم تكن عامة ربما تؤدي إلى إرهاب المدين بالالتزام فيما لو استمر في تنفيذ التزامه وذلك للاختلال الخطير في التوازن الاقتصادي الذي كان قائماً بين المتعاقدين عند إبرام العقد باعتبار أن تعديل العقد لا يجدي نفعاً وذلك لبقاء واستمرار حالة الإرهاب فيكون الحل الأمثل هو الفسخ وأن رفض الفسخ يعني

العراقي) فسخ عقد المقاوله إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب وقوع حوادث لم تكن في الحسبان وقت إبرام العقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد^(٦٠).

بمعنى أنه على الرغم من تحقق الإرهاق على المدين عند تنفيذ عين ما التزم به بموجب عقد المقاوله إلا أن المقاول يتمتع عليه أن يطلب زيادة الأجرة إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية أو ارتفعت أجور الأيدي العاملة حتى لو بلغ هذا حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً ما لم يكن هذا الانهيار في التوازن الاقتصادي راجعاً لظروف طارئة^(٦١). وهكذا نستطيع أن نقرر أن الظروف التي لم تتوقع ولم تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً تعد مجرد صعوبات لا تعفي المدين من التزامه أما الظروف التي لم تتوقع ولها صفة استثنائية عامة وإن لم تترتب على حدوثها استحالة تنفيذ المدين لالتزامه إلا أنها تجعل التنفيذ مرهقاً بحيث تهدد المدين بخسارة فادحة فإن للقضاء بعد الموازنة بين مصلحتي الطرفين واستلهاماً لقواعد العدالة أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو تقضي بفسخ العقد^(٦٢). خلاصة ما تقدم فإننا يمكن أن نقول أن للفسخ مبررات تتمثل بـ(إستحالة التنفيذ والامتناع عنه والظروف الطارئة)^(٦٣)

أولاً:- استحالة التنفيذ

قد ترجع استحالة التنفيذ إلى أمر سماوي غير متوقع الحصول وهو ما يطلق عليه علماء الشريعة اسم (الجائحة) أو الافة السماوية ويطلق عليها علماء القانون المدني (القوة القاهرة أو الحادث الفجائي)^(٦٤) وقد ترجع إلى خطأ المدين أو الدائن أو شخص ثالث^(٦٥).

الإبقاء على العقد على الرغم من عدم التوازن الاقتصادي الذي وقع فيه وهذا لا يتفق مع العدل والانصاف الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة إذ نص المشرع العراقي في الفقرة الاولى من المادة ٧٩٢ على ما يأتي (إذا كان الإيجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد قبل إنقضاء مدته إذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الامر أو في اثناء سريانه مرهقاً على أن يراعي من يطلب الفسخ مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة بالمادة ٧٤١ وعلى أن يعرض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً) والذي يلحظ على نص هذه المادة أن (المشرع العراقي) قد أورد مبدأ عاماً في انتهاء الإيجار بالعدر الطارئ وهذا المبدأ ليس إلا تطبيقاً تشريعياً خاصاً لنظرية الحوادث الاستثنائية ثم طبق هذا المبدأ تطبيقاً تشريعياً في حالات خاصة مثل موت المستأجر وإعساره ونقله إذا كان موظفاً واقتضى عمله تغيير موطنه .

ايضاً نص المشرع العراقي في المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي على مايلي (ليس للمقاول إذا ارتفعت اسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطالب زيادة في الاجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول إنهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الاساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاوله جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الاجرة أو بفسخ العقد)

وفي هذه المادة ايضاً عالج (المشرع

وللإلزام بالموضوع أكثر نرتأي التطرق الى أنواع الاستحالة وعلى النحو الاتي:

١- **الاستحالة النسبية:** وهي التي يكون فيها الالتزام مستحيلاً على المدين وليس مستحيلاً على غيره^(٦٦) لهذا النوع من الاستحالة عدة صور ندرجها بالاتي:

أ- استحالة بسبب وسيلة التنفيذ

ب- استحالة بسبب مدى العناية المطلوبة

ج- استحالة بسبب اعتبارات العدالة

د- استحالة بسبب احكام القانون

هـ- استحالة بسبب عدم ترتب التزام معين

و- استحالة بسبب طبيعة العمل .

٢- **الاستحالة المادية المطلقة:** الحوادث

التي لا يمكن لأي فرد التغلب عليها ومثال ذلك إذا كان المقاول رسام وقطعت يده التي يرسم بها أو فقد بصره . وقد تكون الاستحالة المطلقة طبيعية ترجع الى طبيعة الالتزام كالتعهد بتحصيل نتيجة سبق تحصيلها أو قد تكون الاستحالة المطلقة قانونية مثال ذلك تعهد محام برفع استئناف عن قضية بعد انقضاء ميعاد الاستئناف أو أن يلتزم شخص بنقل ملكية عقار فتنتزع ملكية هذا العقار للمنفعة العامة. ولكن يلحظ أن الالتزام الذي يكون محله شيء مثلي كالنقود لا يتصور أن يصبح مستحيلاً لأن المثليات لا تهلك^(٦٧) .

٣- **الاستحالة الوقتية** إذا لم تشكل القوة

القاهرة إلا استحالة وقتية للتنفيذ فأن المدين يبقى ملزماً بالتنفيذ حال ارتفاع القوة القاهرة ولا يعفى إلا من التعويض المستحق عليه بسبب

تأخر التنفيذ فإذا كان الإضراب يعيق تسليم البضاعة فلا عذر للمدين في عدم تسليمها في حالة إنهاء الإضراب وهنا نجد تطبيقاً للمادة القانونية الرابعة من القانون المدني العراقي (٢- وإذا زال المانع عاد الممنوع)

٤- **الاستحالة الجزئية:** قد لا يكون السبب

الأجنبي مدعاة إلى استحالة تنفيذ الالتزام كلاً فيبقى في إمكان المدين أن ينفذ جزءاً من التزاماته دون القسم الآخر^(٦٨)

ثانياً:- الامتناع عن التنفيذ

الأصل في العقود أن تنفذ تنفيذاً عينياً أي أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به في العقد فإذا كان محل التزامه نقل ملكية وكان الشيء منقولاً ومعيناً بالذات ومملوكاً للمدين انتقلت الملكية بمجرد توافق الإرادتين وكان على المدين أن يسلم هذا المنقول الى مالكه الجديد أما إذا كان المنقول معين بالنوع فقط فلا تنتقل الملكية إلا بالتسليم هذا إذا كان محل العقد منقولاً، أما إذا كان عقاراً فلا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري . في حين إذا كان محل العقد عمل أو امتناع عن عمل كان على المدين بالالتزام أن يقوم بنفس العمل الذي التزم به أو ان يمتنع عن عمل ما التزم الامتناع عنه ذلك هو الأصل الذي تقضي به قاعدة حسن النية والثقة المتبادلة طبقاً للعرف المستقر في المعاملات والأصل في هذا التنفيذ ان يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون تدخل السلطة العامة فإذا ما أثار العقد الواضح والصريح في شروطه نزاعاً وجب أن يطرح الامر أمام القضاء وعلى القاضي أن يعمل جاهداً على إنقاذ العقد ودوامه فله أن يقضي بالتنفيذ العيني القهري إذا كان ذلك ممكناً ولم يكن فيه حجر شديد على حرية

المطلب الرابع

عدم التشجيع على الفسخ

العقد كما ذكرنا هو شريعة المتعاقدين ولا يستطيع أحدهما بحسب الأصل أن يرجع فيه أو يعدل أحكامه وفقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد ولكن قد تحدث أثناء تنفيذ العقد ظروف مستجدة تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد مما يوجب أن يؤخذ بعين الاعتبار خصوصية المشكلات التي قد تعترض تنفيذ العقد خصوصاً بالنظر إلى المبدأ المذكور ، فالعديد من التشريعات لم تركز الالتزام بإعادة التفاوض ولا حتى نظرية الظروف الطارئة كما أن مبادئ العدالة والتعاون بين المتعاقدين تقضي بإعادة النظر في الشروط العقدية وإعادة التفاوض عليها بهدف تحقيق الموازنة العقدية والتوفيق بين مصلحة الطرفين وقد تتمثل آلية مراجعة العقد الذي اختل توازنه عن طريق شرط إعادة التفاوض ذي الأصل الاتفاقي الذي يرد في بند من بنود العقد وهو شائع الوجود في عقود التجارة الدولية كما قد تتم مراجعة العقد بتقرير الالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقد عن طريق القاضي^(٧٢) .

الفرع الأول

عدم التشجيع على الفسخ بالوسائل الاتفاقية (شرط مراجعة العقود)

نعرض فيما يأتي كيفية عدم التشجيع على الفسخ إتفاقياً من جهة مراجعة العقود ووفقاً لنظرية العدالة التعاقدية:

أولاً: **مراجعة العقود** / يتميز الالتزام بإعادة التفاوض^(٧٣) كوسيلة إتفاقية لمراجعة العقد عن

المدين الشخصية وله أن يستعمل بعض وسائل التهديد أو الضغط للوصول إلى التنفيذ العيني كالحكم بالتهديدات المالية أو الإكراه البدني بحسب المدين في بعض الحالات لإجباره على وفاء ما التزم به^(٧٤) .

إن تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايته ونفي التقصير عن طالب الفسخ أو اثباته هو من شأن محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها متى أقيمت على أسباب سائغة^(٧٥) أما ما يتعلق بالظروف الطارئة سبق وأن تطرقنا إليها بصورة مفصلة

المطلب الثالث

عيوب الفسخ

إن حق الفسخ سواء أكان نتيجة لشرط صريح أدرجه المتعاقدان في العقد أم نتيجة قوة قاهرة أم حادث فجائي أم نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية حق يزلزل العقد ويصيب قوته الملزمة بشئ من الوهن الذي يؤدي إلى عدم الاستقرار ولهذا فإن المصلحة العامة تقضي بأن يستعمل من يملك الخيار حقه في فسخ العقد بالسرعة الممكنة وعلى هذا الاعتبار قال علماء الفقه الإسلامي أن الأصل في الخيار الفورية أي أنه إذا ما وجد سبب من أسباب الفسخ تعين على المتعاقد الذي يملك هذا الحق أن يعلن عن إرادته في الفسخ أو الإمضاء بعد توافر سبب الفسخ مباشرة^(٧٦) ويمكننا أن نحدد أهم العيوب متمثلة بعدم فائدة العقود إقتصادياً وزيادة النزاعات القضائية.

ثانياً:- نظرية العدالة التعاقدية

إن الفسخ هو وسيلة من وسائل الضمان للدائن يستطيع به المحافظة على حقوقه التي من المحتمل أن تهدد بالضياع بسبب تقصير المتعاقد معه أو بسبب أجنبي طارئ ، وفي الوقت نفسه هو جزاء قانوني للمدين لإمتناعه عن تنفيذ العقد أو إخلاله به وهو على نوعين، فسخ كلي للعقد وفسخ جزئي، إذ يقصد بالنوع الأول وهو النوع الشائع من الفسخ والذي يتناول كل العقد المبرم بين الطرفين أما النوع الثاني يتناول جزءاً من العقد حيث ما يزال البعض يشكك في قانونيته بإعتباره خروجاً صريحاً على قاعدة وحدة العقد فضلاً عن أنه يعد تعديلاً قضائياً للعقد وهذا ما يصعب تقبله على عد أن صلاحية القضاء هي تطبيق النصوص القانونية وتفسيرها لا تعديلها بينما يرى البعض أنه محاولة لإنقاذ العقود في حالة توافر شروطه^(٧٥).

فقد يتجه القاضي في ظل سلطته التقديرية للحكم بدلاً من التنفيذ العيني للعقد أو فسخه كلياً إلى الفسخ الجزئي أي إنقاص أداء الدائن، بقدر ما نقص منه أداء المدين خصوصاً إذا كان العقد يقبل التجزئة أو ينطوي على جملة أداءات مختلفة ومستقلة بعضها عن بعض فبدلاً من فسخ العقد برمته لتخلف أي من الأداءات المذكورة يمكن للقاضي أن يقصر الفسخ على الأداء الناقص أو المعيب ويبقى العقد قائماً دون تأثير على كيانه أو وجوده^(٧٦) وللحكم بالفسخ الجزئي يشترط توافر شرطان رئيسيان أولهما إمكانية تجزئة العقد سواء كانت هذه التجزئة نوعية أم كمية وثانيهما هو وجود إخلال تعاقدية يتمثل بعدم تنفيذ جزء من الالتزام المتفق عليه بين الطرفين^(٧٧).

الظرف الطارئ الذي يخول القاضي سلطة تعديل العقد وذلك من خلال جوازية التدخل للتعديل بمعنى قد يتدخل القاضي للتعديل ولا يتدخل ، إذ يعطي للقاضي سلطة تعديل العقد إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة والتي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين حيث يمكن للقاضي أن يعيد النظر فيه وأن يعيد التوازن إليه بما يتفق ومصلحة الطرفين أما شرط إعادة التفاوض فيلزم الطرفين بالتفاوض لإعادة التوازن إلى العقد وإذا كانت الأسباب والمبررات في نظرية الظروف الطارئة هي تغير الظروف بحصول حدث إستثنائي عام يجعل تنفيذ الالتزام صعباً أو مرهقاً للمدين فإن إعادة التفاوض يتفق في أغلب صورته مع ما تم ذكره ، لكن قد يكون الهدف مواجهة التقدم التكنولوجي على العقد أو إصابة السلعة باستهلاك تكنولوجي أو تغير في مواصفاته وهو ما قد لا يكون حدثاً إستثنائياً عاماً لا حدث يجعل تنفيذ العقد صعباً ، وفي الظرف الطارئ لا يتدخل القاضي إلا إذا كان الحدث إستثنائياً عاماً . أما في شرط إعادة التفاوض فلا يشترط ذلك بل يمكن أن يتم فرضه مهما كانت طبيعة الظروف المخلة بالتوازن العقدي والتغير في الظروف التي تؤدي إلى إعادة التفاوض يتمثل بصور عديدة فهو لا يقتصر على ما يرد في نظرية الظروف الطارئة من أحداث غير متوقعة تؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بل قد يشمل صوراً أخرى مثل ارتفاع أو انهيار أسعار المواد الأولية ، إصدار تشريعات جديدة تضيف أعباء مالية على عاتق أحد الأطراف، أزمة مالية عالمية،تطور تكنولوجي سريع^(٧٤).

الفرع الثاني

عدم التشجيع على الفسخ قضائياً (التعزيز القضائي للقوة الملزمة للعقد)

الأصل أن القاضي ملزم بإحترام قانون العقد فمتى اتضحت له إرادة المتعاقدين وجب عليه أن ينزل على حكمها كما ينزل على حكم القانون فهو لا يملك بدعوى العدالة أن يعدل من محتوى العقد كما حددته إرادة المتعاقدين وهو إن فعل ذلك خرج عن حد وظيفته التي تقتصر في هذا الشأن على إستخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين وإقامتها فيصلاً بحكمه بينهما . ولكن مع ذلك فإن هذا لم يمنع القضاء من الخروج على هذا الأصل في حالات نادرة (٧٨)

إذ أجاز المشرع للقاضي على سبيل الاستثناء أن يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين لأجراء تعديل في العقد إذا ما توافرت الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى يمكن رد الالتزام الذي أصبح مرهقاً إلى الحد المعقول (٧٩) . ونصت على ذلك المادة (١٤٦) من القانون المدني النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل في فقرتها الأولى بأن (العقد إذا نفذ كان لازماً ولا يمكن لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون)

إلا أننا نجد أن المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة ذاتها (على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) وهذا يعني

استثناءً على ما جاء في الفقرة الأولى واستناداً لذلك قضت محكمة التمييز على أنه (إذا حدثت ظروف إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلًا ولكن صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام إلى الحد المقبول المادة ١٤٦/٢ من القانون المدني ويجوز للمتعاقد المتضرر المطالبة بتنقيص الالتزام قبل إنتهاء العقد أو بعد إنتهاءه ما دامت قد تحققت الشروط التي حددتها المادة المذكورة) (٨٠) .

فالأثر الذي رتبته القانون على الظروف الطارئة هو إعطاء القاضي سلطة تعديل العقد ولم يعط القانون المدين الحق في طلب فسخ العقد لان القانون وهو في إقراره لنظرية الظروف الطارئة يهدف إلى أمرين الأول : الإبقاء على العقد والأمر الثاني : توزيع تبعه الهلاك على الطرفين تحقيقاً لمبدأ العدالة فلو مكن المدين من طلب الفسخ لكان في ذلك محاباة له وهذا يتناقض مع مقتضيات العدالة (٨١) .

يقابل هذا النص المادة (٢/١٧٤) من القانون المدني المصري على أنه (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يكن مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول)

واثناء مقارنة موقف المشرع العراقي بنظيره المشرع المصري يلاحظ من النص أعلاه أن المشرع العراقي أجاز للقاضي أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك وبعد الموازنة بين مصلحة

الطرفين ، إلا أن بعض الفقهاء قد أنتقدوا عبارة المشرع (انقاص الالتزام) الواردة في الفقرة أعلاه كون ان انقاص الالتزام لم يقصد به الانقاص المادي وإنما تخفيف اعباءها ، وقد كانت الدقة تقتضي ان يأخذ المشرع العراقي بما اخذ به المشرع المصري فيجيز للقاضي أن (يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول) لا أن يقتصر فقط على إنقاصه كما يوحي بذلك النص العراقي وبذلك يكون للقاضي سلطة أوسع في معالجة التوازن المختل، وتعديل العقد يكون إما بأنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق أو يوقف تنفيذ العقد إذا كان القاضي يقدر أن الحادث او الظرف الاستثنائي سيزول بعد فترة قصيرة مع بقاء الوقت المجدي والمفيد لتنفيذ العقد^(٨٢)

ولو تمعنا أكثر في نص المادة (٢/١٧٤) اعلاه يتضح أن المشرع المصري قد اطلق تعبير الالتزام التعاقدي دون ان يخص نوعاً من الالتزام التعاقدي بعينه وإنما اورد النص عاماً بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين^(٨٣)

واستناداً للفقرة الثانية من المادة ١٤٧ اعلاه فإنها تجيز للقاضي إذا ما طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول فحكم القاضي هذا واستناداً لنص المشرع يضمن أن يتقاسم الدائن والمدين تبعاً لما وقع من حادث لم يكن في وسعهما توقعه وإذ يتدخل القاضي لرفع الحيف

عن كاهل المدين فإنه يجب عدلاً ألا يتحملة الدائن وحده بل للقاضي أن يوازن بين الطرفين استناداً لمقتضيات العدالة^(٨٤).

ويقارن القاضي الضرر أو الارهاق الذي يسببه التعويض العيني للمسؤول بالذي ينتجه التعويض النقدي للمتضرر إذ يرفض طلب المتضرر بالتعويض العيني إذا انتج نفقات زائدة في التفاوت مع الضرر القابل للإصلاح وبعبارة أخرى فأن نظرية الاثرءاء من دون سبب تحول دون الحكم بالتعويض العيني^(٨٥)

فإذا كان من صلاحية القاضي أن يوازن بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين اخذاً بنظر الاعتبار مبادئ العدالة فإن هذه مسألة موضوعية لا تنالها رقابة محكمة التمييز في بعض القوانين العربية لأن ما يخضع لرقابتها في مسائل القانون كالتكييف القانوني إلا أن هناك اتجاه يذهب بأن معيار الارهاق هو الخسارة الجسيمة المحققة التي يمكن أن تلحق بالمدين إذا طلب الدائن من مدينه التنفيذ العيني ولهذا فلا يدخل في مضمون الارهاق زيادة الكلفة لارتفاع الاسعار أو لزيادة الضرائب وعندها يقدر القاضي التعويض الذي قد يكون نقدياً أو عينياً كما لو كان محل الالتزام تسليم شئ من نوع معين بأوصاف محددة وتبين أنها ترهق المدين فتسلم أشياء أخرى بدلاً عنها تؤدي نفس الغرض دون أن يلحقه من ذلك ضرر جسيم^(٨٦)

فإذا كان العقد من العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلاً وطرأت ظروف اقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان عند إبرام العقد أدت الى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجوداً عند إبرام العقد اختلالاً

خطيراً وجعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد بل ينقص هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة^(٨٧)

لقاضي الموضوع عند غياب الاتفاق على الفسخ سلطة واسعة للحكم بالفسخ أو رفضه وقد تواترت احكام القضاء على أنه إذا لم يشترط الفسخ بنص العقد فإنه يكون خاضعاً لتقدير قاضي الموضوع يحكم به أو يمنح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام وفي حكم آخر فإن الفسخ القضائي لا يسلب القاضي سلطته التقديرية فله أن ينظر المدين الى اجل كما يجوز له أن يرفض الفسخ وكذا حكم بأن منح المشتري مهلة للوفاء بثمن المبيع إلقاءً للفسخ أو رفض طلبه مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية لأنه من الرخص التي اطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار بين أن يأخذ فيها بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه^(٨٨) بمعنى إذا طلب الفسخ كانت للقاضي سلطة تقديرية واسعة إزاءه فله أن يختار بين مجموعة من الحلول :

١ - للقاضي أن يرفض الفسخ ويطلب من المدين تنفيذ التزامه فوراً ويكون ذلك عادةً إذا كان ما لم يوف به قليل الأهمية بالنسبة للالتزامات المدين في جملتها واطهر الأخير استعداده لتنفيذ الجزء الباقي فوراً. حيث قضت محكمة التمييز على (إن المدعي لم يستطع إثبات تحقق الشرط الذي علق عليه العقد وبهذا لا يمكن تصور إخلال المدعي بالتزاماته

مما لا يصح معه للمدعي طلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض)^(٨٩)

٢ - للقاضي أن يرفض الفسخ لأن المدين نفذ الجزء الأكبر من التزاماته ويلزمه بالتعويض عن الجزء الباقي إذا لم يكن في التعويض عن هذا الجزء ضرر كبير بالنسبة للدائن. إذ قضت محكمة التمييز في قرار لها على أنه (إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام الواجب عليه في العقد جاز للمحكمة أن ترفض طلب فسخ العقد استناداً للجملة الأخيرة من المادة ١/١٧٧ من القانون المدني)^(٩٠)

٣ - للقاضي أن يرفض الفسخ ويمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه أو الباقي منه ذلك عندما يكون المدين حسن النية ولم يتعمد الأخلال بالتزاماته ولكن لا يمنح القاضي المدين هذا الاجل إذا كان فيه إضرار جسيم بالدائن .

٤ - وأخيراً يجوز للقاضي أن يقضي بالفسخ فوراً إذا وجد أن المدين قد اخل بالجزء الأكبر من التزاماته أو لم ينفذه كله أو تأخر فيه على نحو لا يترك للتنفيذ فائدة بعد ذلك وكان المدين في ذلك سئ النية^(٩١) . ومن أهم قرارات محكمة التمييز بهذا الموضوع ما يلي (إذا أخل المدعي عليه إضافةً لوظيفته بالتزاماته التعاقدية جاز للطرف الآخر في العقد طلب فسخه وفقاً للمادة ١٧٧ من القانون المدني)^(٩٢) كما قضت محكمة التمييز في قرار لها على أنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض)^(٩٣)

الخاتمة

من البحث في موضوع الإبقاء في دائرة التعاقد توصلنا إلى جملة من النتائج والمقترحات وسوف ابينها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١- لإجبار المدين على التنفيذ العيني أن يكون ممكناً أي أن لا تكون هناك استحالة تحول دون إمكانية تنفيذه سواء أكانت هذه الاستحالة ناتجة عن خطأ المدين أم كان إجبار المدين على التنفيذ العيني فيه مساس بحريته الشخصية

٢- لإجبار المدين على التنفيذ العيني يشترط ألا يكون في التنفيذ إرهاب له فإذا كان في التنفيذ العيني إرهاب جاز له الاقتصار على دفع تعويض نقدي .

٣- يتم اللجوء الى التعويض العيني بدلاً عن التنفيذ العيني متى كان التنفيذ غير ممكن او كان ممكن ولكن فيه إرهاب للمدين شرط ان لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً أما إذا اصاب الدائن ضرر جسيم فإنه يجب الزام المدين بالتنفيذ العيني حتى ولو كان فيه إرهاب له وذلك لان الدائن أولى بالرعاية والأصل هو تنفيذ الالتزام عيناً ويمكن إرجاع ذلك الى مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق .

٤- يقصد بالإرهاب العنت الشديد أو الخسارة الفادحة أو الخسارة الجسيمة المحققة التي تصيب المدين بسبب التنفيذ العيني ولا يكفي فيه مجرد العسر والمشقة والضيق والكلفة. وبالتالي استبعاد زيادة الكلفة لارتفاع الأسعار أو لزيادة الضرائب من مفهوم الإرهاب .

٥- حسناً فعل المشرع العراقي عند ترك تقدير الإرهاب في التنفيذ العيني ضمن نطاق السلطة التقديرية للقاضي المختص على اعتبار

أن الأخير هو الأقدر على تحقيق العدالة من خلال ظروف كل حالة على حدة ليقفل من خلال استعمال سلطته التقديرية من حالات الفسخ القضائي ليصب بالنتيجة في حالات الإبقاء ضمن دائرة التعاقد بين الأطراف المتعاقدة لما له من أثر اقتصادي واضح .

٦- نستنتج أن الإرهاب بالتنفيذ يقع عادة عند حدوث الظروف الطارئة والتي تؤدي الى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد مما يستوجب تدخل القاضي باستخدام سلطته التقديرية لمعالجة هذا الاختلال والحكم بالتالي إما بتعديل العقد أو بالفسخ عندما لا يجدي التعديل نفعاً ولا يزيل حالة الإرهاب التي تصيب المدين .

المقترحات

١- أشار المشرع الى الإرهاب في العديد من نصوص القانون المدني إلا أنه لم ينص على تعريف محدد وحسناً فعل في ذلك لكننا نجد أن من الأفضل لو أعطى المشرع صورة واضحة وواسعة لمفهوم الإرهاب ليمت القياس عليها

٢- نقترح على المشرع أن يعدل نص المادة (٢١٤٦) باستبدال عبارة (انقاص الالتزام) الى (يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول) أسوة بالمشرع المصري والذي كان موفقاً أكثر بهذه الصياغة كون ان انقاص الالتزام لم يقصد به الانقاص المادي وإنما تخفيف أعباءه، وقد كانت الدقة تقتضي ان يأخذ المشرع العراقي بما اخذ به المشرع المصري فيجيز للقاضي أن (يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول) لا أن يقتصر فقط على إنقاصه كما يوحي بذلك النص العراقي وبذلك يكون للقاضي سلطة أوسع في معالجة التوازن المختل ، وتعديل العقد يكون

إما بإنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق أو بوقف تنفيذ العقد .

٣- تعزيز فلسفة الإبقاء على العقود قدر الامكان وذلك عن طريق إيراد نصوص في القوانين الحديثة تعزز من هذا المبدأ لما له من أثر واضح وجلي على الاقتصاد الوطني .

٤- تسليط الضوء على أن هدف المشرع في القانون المدني العراقي هو الإبقاء على العقد قدر الإمكان لذا على الجهات القضائية الابتعاد عن الحكم بالفسخ إلا في الحالات الضرورية التي تبرره .

الهوامش

(١) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة، عمان -الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٢، ص ١١

(٢) د. سعيد مبارك، أحكام قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ ، الطبعة الأولى، ١٩٨٩، ص ٧٣

(٣) ماجد مجباس حسن ، تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، لعام ٢٠١٨ ص ٢٢٦

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الاثبات واثار الالتزام ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة الجديدة، نهضة مصر، ص ٧١٩

(٥) د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، المصدر السابق ، ص ٦٤

(٦) د. عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثالث، أحكام الالتزام، تنفيذ الالتزام، دراسة مقارنة ، مطبعة الزهراء ، بغداد، ١٩٧١ ، ص ٨٠

(٧) د.حسن علي الذنون ، د.محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ج٢، أحكام الالتزام ، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والطباعة ، الطبعة الأولى ، عمان -الأردن، ٢٠٠٤ ، ص ٧٠

(٨) عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد، دار الرسالة للطباعة، ١٩٧٥، ص ١٥٢

(٩) د.منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، المصدر السابق ، ص ٢٤

(١٠) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المصدر السابق ، ص ٧٦٠

(١١) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص ١٧٥

(١٢) لمزيد من التفصيل انظر د.عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، رسالة دكتوراه نوقشت عام ١٩٥٠ ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ص ١٥٤ - ١٦٢ .

(١٣) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٨

(١٤) د.حسن علي الذنون ، د.محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، المصدر السابق، ص ٧٠

(١٥) د. عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني العراقي، المصدر السابق، ص ٣٧

(١٦) د. منذر الفضل ، المصدر السابق، ص ١٧

(١٧) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المصدر السابق، ٧٦٦

(١٨) قرار محكمة التمييز رقم ٣٤٩/الهيئة الاستئنافية منقول ٢٠١٣/٢/١٧ في ٢٠١٣ نقلاً عن القاضي لفقة هامل العجيلي/ المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية /القسم المدني/الجزء الثالث/ الطبعة الأولى / ٢٠١٣ / ص ٢١٠

كان مدركاً لاحتمال وقوعه لما صح تطبيق النظرية لمزيد من التفصيل انظر د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص ٣٦٦

(٢٨) نقلاً عن د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (١) المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٦٤٣-٦٤٤

(٢٩) القوة القاهرة هي أمر خارج عن إرادة المدين غير متوقع الحصول ولا يمكن دفعه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً حيث يتبين أن العناصر المميزة للقوة القاهرة أربعة وهي: ١- عدم صدور خطأ من المدين ٢- أنها أمر لا يمكن التنبؤ به أو توقعه. ٣- أنه إذا وقع فليس في الإمكان دفعه وتفاديه. ٤- أنه يجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً ولا يقف عند جعله مرهقاً أو صعباً. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦، ص ٧٦

(٣٠) عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، المرجع السابق، ص ١٥٣

(٣١) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ص ٩٧١

(٣٢) قرار محكمة التمييز رقم ٣٥٣/هيئة عامة/٢٠٠٨ في ٢٠٠٩/٢/١٠ نقلاً عن سلمان عبيد عبدالله / المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية / القسم المدني / الجزء الأول / موسوعة القوانين العراقية / بغداد / الطبعة الأولى / ٢٠٠٩ / ص ١٨

(٣٣) قرار محكمة التمييز رقم ٣٢٥٠/الهيئة الاستئنافية / العقار / ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٩/٢٧ نقلاً عن القاضي لفقة هامل العجيلي / المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية / الجزء الثالث / المصدر السابق / ص ١٦٢

(٣٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح

(١٩) د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ١٨

(٢٠) د. احمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني، مطبعة مصر، الناشر مكتبة عبدالله هبة بمصر، ١٩٤٥، ص ٢٤٨

(٢١) د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثالثة، ص ٢٨٧

(٢٢) د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ص ٢٣٢ ومع ذلك نجد أن المشرع العراقي قد لاحظ أن ظروف استثنائية وإن لم تكن عامة ربما تؤدي إلى إرهاب المدين بالالتزام فيما لو استمر في تنفيذ التزامه وهذا ما نلاحظه من نص المادة ١٤٦،٢ من القانون المدني النافذ

(٢٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص ٦٣١

(٢٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٩٦٨

(٢٥) قرار محكمة التمييز رقم ١١٧/حقوقية/٦٥ في ١٩٦٥/٦/٢١ نقلاً عن إبراهيم المشاهدي / المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني / مطبعة العمال المركزية / بغداد / ٢٠٠٧ / ص ٤٨٥

(٢٦) قرار محكمة التمييز رقم ٦٨٥ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٥ في ٢٠١٥/٣/١٧ نقلاً عن القاضي سعد جريان التميمي / المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية / القسم المدني للاعوام ٢٠١٢، ٢٠١٣، ٢٠١٤، ٢٠١٥ (دار السنهوري - بيروت ٢٠١٦ / ص ٢٠٦

(٢٧) لأنه لو كان في وسع المتعاقد أن يدرك وقوع الحادث الطارئ لكان للعقد مضمون اخر يتمشى مع وقوع حصول الحادث دليل ذلك أن المدين لو كان في وسعه وقت التعاقد أن يتوقع الحادث ومن ثم

مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية
٢٠٠٩، ص ٦٥٠

(٤٥) د. غازي عبد الرحمن ناجي ، التوازن الاقتصادي
في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث
القانونية (١٣) بغداد، ١٩٨٦، ص ١٠٣

(٤٦) د. حسن علي الذنون ، د. محمد سعيد الرحو، الوجيز
في النظرية العامة للالتزام ، المصدر السابق،
ص ٧٢-٧٣

(٤٧) د. عبدالرزاق السنهوري /المصدر السابق/
ص ٦٦٦

(٤٨) د. أنور طلبة، انحلال العقود ، ص ٥١٢

(٤٩) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني
واحكام الالتزام، الجزء الثاني، المصدر السابق ،
ص ١٨

(٥٠) د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء
الفقه والقضاء، المصدر السابق، ص ٢٩٢

(٥١) أبين منظور /لسان العرب / المجلد السابع /
(ف،ق،ك) دار الحديث /القاهرة /٢٠٠٣/ ص ١٠٠.

كذلك العلامة الجوهري في الصحاح في اللغة
والعلوم /دار الحضارة العربية /بيروت /ص ٢٤١ .

(٥٢) المستشار محمد محمود المصري ، المستشار
محمد أحمد عابدين / الفسخ والانفساخ والتفاسخ/
المصدر السابق / ص ١٦

(٥٣) د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء
القضاء والفقه، المصدر السابق، ص ١٥ .

(٥٤) د. عدنان إبراهيم السرحان ، د. نوري حمد
خاطر، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق

الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة
للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٢٨٩

(٥٥) المستشار محمد محمود المصري والمستشار
محمد احمد عابدين /الفسخ والانفساخ والتفاسخ في

ضوء القضاء والفقه /دار المطبوعات الجامعية /
كلية الحقوق - الاسكندرية/ ٢٠٠٧/ ص ١١

القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر
الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٦٣١

(٣٥) د. غازي عبد الرحمن ناجي ، التوازن الاقتصادي
في العقد أثناء تنفيذه ، منشورات مركز البحوث
القانونية (١٣) بغداد، ١٩٨٦، ص ٦ .

(٣٦) لمزيد من التفصيل راجع الدكتور احمد حشمت
أبوسنتيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني
المصري، مصدر السابق، ص ٢٥١

(٣٧) العالم العلامة أحمد بن محمد بن علي
الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان
ناشرون، بيروت - لبنان ، ٢٠٠١، ص ٩٢

(٣٨) جبران مسعود / الرائد معجم لغوي عصري /
دار العلم للملايين /بيروت - لبنان/ الطبعة الثامنة
١٩٩٥/ ص ٤٠٥

(٣٩) الآية السادسة من سورة الجن ، انظر كذلك الآية
الثالثة عشرة من السورة نفسها .

(٤٠) د. عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني
العراقي، الجزء الثالث ،المصدر السابق ، ص ٣٧

(٤١) د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام
في القانون المدني (دراسة مقارنة)، نشر وتوزيع
المكتبة القانونية ، بغداد ، المتتبي، ٢٠٠٧، ص
٢٠٦

(٤٢) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في
نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء
الاول، مصادر الالتزام، بغداد، المكتبة القانونية،
ص ١٦٣

(٤٣) د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء
الفقه والقضاء ، المصدر السابق، ص ٢٩١

(٤٤) د. سحر البكباش، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة
تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري
والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص
٢١٣، انظر كذلك د. وليد صلاح مرسى
رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة
عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دراسة

(٥٦) د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه ، المصدر السابق، ص ١٦٣

(٥٧) تنص المادة ١/١٧٧ مدني عراقي على انه (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى أجل كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)

(٥٨) قرار رقم ١٢٦/الهيئة الاستئنافية العقار/٢٠٠٩
في ٢٠/٥/٢٠٠٩ نقلاً عن القاضي لفته هامل
العجيلي / المختار من قضاء محكمة التمييز
الاتحادية /القسم المدني – مرافعات مدنية /الجزء
السادس/ مطبعة الكتاب/بغداد- شارع المتنبي /
الطبعة الأولى /٢٠١٦/ ص/١٤٦

(٥٩) د.حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ص، ٢٣٠، د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ص، ١٤٢٩، نقلاً عن د. مصطفى ابراهيم الزلمي المصدر السابق، ص، ١٥٥

(٦٠) د. عصمت عبدالمجيد، مصادر الالتزام في القانون المدني، المصدر السابق، ص ٢٠٨

(٦١) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، المصدر السابق، ص ٢٤

(٦٢) عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، المصدر السابق، ص ١٧١

(٦٣) د. حسن علي الننون / النظرية العامة للفسخ في
الفقه الاسلامي والقانون المدني / رسالة دكتوراه
مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة فؤاد الاول // مطبعة
نهضة مصر / ١٩٤٦ / ص ٧٥-٧٦

(٦٤) وقد تم التطرق لكل منهما في ص - ١٢١١ من البحث.

(٦٥) د. حسن علي الذنون / النظرية العامة للفسخ في
الفقه الاسلامي والقانون المدني / المصدر السابق
/ ص ٧٦

(٦٦) د أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة
للاتزام ،مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة
للنشر ،الإسكندرية ،٢٠٠٥،ص ١٣٠

(٦٧) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني، أحكام الالتزام ، ١٩٨٠، ص ٣٠٥

(٦٨) عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، المصدر السابق، ١٦٣-١٦٤

(٦٩) د. حسن علي الذنون / النظرية العامة للفسخ في
الفقه الاسلامي والقانون المدني / المصدر السابق /
ص ٩٤-٩٥

(٧٠) المستشار محمد محمود المصري والمستشار محمد احمد عابدين / الفسخ والانفاخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه / المصدر السابق / ص ٣١

(٧١) د. حسن علي الذنون / النظرية العامة للفسخ في
الفقه الاسلامي والقانون المدني /المصدر السابق /
ص ٣٩١-٣٩٢

(٧٢) د. علاء الدين عبدالله الخصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود (دراسة في القانون الفرنسي والأردني ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الأوربي للعقود) بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ١، السنة ٣٨، مارس ٢٠١٤، ص ٦١٧

(٧٣) تقوم فكرة إعادة التفاوض في العقود على السماح باستمرار العلاقة العقدية ذلك إن الفكرة الرئيسية التي يركز عليها هذا الالتزام هي بقاء العلاقة العقدية وحسن تنفيذها بغض النظر عما يطرأ من أحداث وظروف تؤثر على تنفيذ العقد حيث يحاول المتعاقدان الاتفاق على مصير التزامهما ومستقبل العقد المبرم بينهما . د. علاء الدين عبدالله الخصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود، المصدر السابق، ص ٦٢٦.

(٨٣) د. انور طلبية، انحلال العقود، المصدر السابق، ص ٤٢٧

(٨٤) د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، ص ٢٤٦

(٨٥) ماجد مجباس حسن، تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، المصدر السابق، ص ٢٢٧

(٨٦) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، المصدر السابق، ص ٢٤

(٨٧) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، مصادر الالتزام، بغداد، المكتبة القانونية ص ١٦١

(٨٨) د. أحمد السعيد الزقرد / محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، المصدر السابق/ ص ١٣٥-١٣٦

(٨٩) قرار محكمة التمييز رقم ٢١٢/٢١٢/الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١١ في ٢٤/٦/٢٠١٢ نقلاً عن القاضي لفئة هامل العجيلي / المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية / القسم المدني / الجزء الثاني / مطبعة الكتاب العراق-بغداد / الطبعة الأولى / ٢٠١٣/ ص ٧٢

(٩٠) قرار محكمة التمييز رقم ١١٩٣ في ١٢/٦/٢٠٠٧ نقلاً عن المحامي علاء صبري التميمي/المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية /المصدر السابق /ص ٣٠٠

(٩١) د.عدنان إبراهيم السرحان ، د.نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية، المصدر السابق، ص ٢٩٥

(٩٢) قرار محكمة التمييز رقم ٢٨٤/٢٨٥/هيئة عامة / ٢٠٠٨ في ٢٢/٩/٢٠٠٨ نقلاً عن القاضي سلمان عبيد عبدالله /المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية /المصدر السابق/ ٤٠.

(٩٣) قرار محكمة التمييز رقم ٢٩٠٤/الهيئة الاستئنافية

(٧٤) د. عدنان إبراهيم السرحان ، د.نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٢٥٦.

(٧٥) د.رعد عداي حسين ، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٧، ص ٢١٠

(٧٦) د. احمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ ، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع/الطبعة الاولى / ٢٠٠٧، ص ١٤٢

(٧٧) لمزيد من التفصيل انظر د.رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر ، المصدر السابق، ص ٢١٣ .

(٧٨) د. احمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص ٢٤٨

(٧٩) د. أنور طلبية ، انحلال العقود (الفسخ، التفاسخ، الانفاسخ، البطالان ، الإبطال، عدم النفاذ، استحالة التنفيذ، الظروف الطارئة، الصورية المطلقة، توقي الانحلال ،التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض)، المصدر السابق ، ص ٤٢٥

(٨٠) قرار رقم ٢٣٠ في ٢٠/٦/٢٠٠٧ نقلاً عن المحامي علاء صبري التميمي /المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية (٢٠٠٦-٢٠٠٧) نشر وتوزيع مكتبة الصباح /بغداد/ الكرادة/ شباط / ٢٠٠٩ / ص ٩٧

(٨١) د. وليد صلاح مرسي رمضان ،القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ، ٢٠٠٩، ص ٦٥١

(٨٢) د. عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام في القانون المدني، المصدر السابق، ص ٢٠٨

للعقار ٢٠١٣/٦/٢ في منشور في مجلة
التشريع والقضاء /السنة السادسة /العدد الاول
(كانون الثاني، شباط، اذار) ٢٠١٤ /مجلة فصلية
ص/ ١٦٤

قائمة المصادر والمراجع

-أولاً:القران الكريم

- ثانياً: الكتب اللغوية

١-أحمد بن محمد بن علي الفيومي
المقرئ،المصباح المنير،مكتبة لبنان ناشرون،
بيروت -لبنان، ٢٠٠١ .

٢-ابن منظور /لسان العرب / المجلد السابع
(ف،ق،ك)دار الحديث /القاهرة /٢٠٠٣ .

٣- جبران مسعود / الرائد معجم لغوي
عصري / دار العلم للملايين /بيروت - لبنان/
الطبعة الثامنة /١٩٩٥ .

٤- العلامة الجوهري في الصحاح في اللغة
والعلوم /دار الحضارة العربية /بيروت .

ثالثاً:الكتب القانونية

١- د. أحمد السعيد الزقرد / محاولة لإنقاذ
العقود من الفسخ الاتجاهات الحديثة في القانون
المقارن /المكتبة العصرية للنشر والتوزيع/
الطبعة الاولى /٢٠٠٧

٢- د. احمد حشمت أبو ستيت ، نظرية
الالتزام في القانون المدني المصري نمطية
مصر،الناشر مكتبة عبدالله هبة بمصر ،١٩٤٥ .

٣- د. احمد حشمت أبو ستيت ، نظرية

الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة
مصر،الناشر مكتبة عبدالله هبة بمصر،١٩٤٥ .

٤- د. أنور سلطان ، الموجز في النظرية
العامة للالتزام ،مصادر الالتزام، دار الجامعة
الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،٢٠٠٥ .

٥- د. أنور طلبة،انحلال العقود (الفسخ،
التفاسخ، الانفساخ،البطلان، الإبطال،عدم
النفاذاستحالة التنفيذ، الظروف الطارئة،الصورية
المطلقة، توقي الانحلال،التنفيذ العيني والتنفيذ
بطريق التعويض)، مكتبة الجامعي الحديث .

٦- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة
للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني
دراسة مقارنة ،مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦ .

٧- د. حسين عامر،التعسف في استعمال
الحقوق وإلغاء العقود ،الطبعة الأولى ،مطبعة
مصر ، ١٩٦٠ .

٨- د. سعيد مبارك، أحكام قانون التنفيذ رقم
٤٥ لسنة ١٩٨٠ ، الطبعة الأولى، ١٩٨٩ .

٩- د. عبد الباقي البكري، شرح القانون
المدني العراقي ، الجزء الثالث ،احكام
الالتزام،تنفيذ الالتزام ،دراسة مقارنة، مطبعة
الزهراء بغداد ، ١٩٧١ .

١٠- د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في
ضوء القضاء والفقه، خال من رقم طبعة،منشأة
المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧ .

١١- د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام

الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

١٩- د. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة.

٢٠- د. حسن علي الذنون، د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج٢، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والطباعة، الطبعة الأولى، عمان -الأردن، ٢٠٠٤.

٢١- د. رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٧.

٢٢- د. سحر البكباش، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٢٣- د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثالث، أحكام الالتزام، تنفيذ الالتزام، دراسة مقارنة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١.

٢٤- د. عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، رسالة دكتوراه نوقشت عام ١٩٥٠، مطبعة جامعة فؤاد الأول.

٢٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية

العقدي النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، ١٩٧٢.

١٢- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (١) المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، نهضة مصر، ٢٠١١.

١٣- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

١٤- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ١٩٨٠.

١٥- د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة)، نشر وتوزيع المكتبة القانونية، بغداد، المتنبي، ٢٠٠٧.

١٦- د. عصمت عبد المجيد، مصادر الالتزام في القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد - شارع المتنبي - المجمع البغدادي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.

١٧- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة، عمان -الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٢.

١٨- د. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين

العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي، بيروت
لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٩٨ .

٢٦- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في
شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام
بوجه عام، الاثبات واثار الالتزام، الجزء
الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، نهضة مصر .

٢٧- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون
المدني واحكام الالتزام ،الجزء الثاني، بغداد،
المكتبة القانونية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩ .

٢٨- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز
في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،
الجزء الاول، مصادر الالتزام، بغداد ، المكتبة
القانونية .

٢٩- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز
في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،
الجزء الاول، مصادر الالتزام ، بغداد ، المكتبة
القانونية .

٣٠- د. عدنان إبراهيم السرحان ، د. نوري
حمد خاطر، شرح القانون المدني، شرح
القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية،
الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر
والتوزيع، الطبعة الاولى، ٢٠٠٨ .

٣١- د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري
حمد خاطر، شرح القانون المدني ، مصادر
الحقوق الشخصية، الالتزامات ، دراسة
مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة
الأولى، ٢٠٠٨ .

٣٢- د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن
الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه، منشورات
مركز البحوث القانونية (١٣)، بغداد ، ١٩٨٦ .

٣٣- د. ماجد مجباس حسن، تنفيذ الالتزام
العقدي على حساب المدين، دراسة مقارنة ،
أطروحة دكتوراه ، مقدمة الى كلية القانون،
جامعة بغداد، لعام ٢٠١٨ .

٣٤- المستشار محمد محمود المصري
والمستشار محمد احمد عابدين /الفسخ
والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقہ
/دار المطبوعات الجامعية /كلية الحقوق -
الاسكندرية/ ٢٠٠٧ .

الرسائل والاطاريح والبحوث

١- د. حسن علي الذنون / النظرية العامة
للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني /
رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة
فؤاد الاول/ مطبعة نهضة مصر / ١٩٤٦ .

٢- د. علاء الدين عبدالله الخصاونة ،
الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض
ومراجعة العقود (دراسة في القانون الفرنسي
والأردني ومبادئ القانون الموحد حول التجارة
الدولية ومبادئ القانون الأوربي للعقود) بحث
منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت
، العدد ١ ، السنة ٣٨ ، مارس ٢٠١٤ .

٣- عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ
حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير
في القانون الخاص ، جامعة بغداد، دار الرسالة
للطباعة، ١٩٧٥ .

رابعاً: القرارات القضائية

- قرار محكمة التمييز رقم ٢٨٤/٢٨٥/
هيئة عامة/ ٢٠٠٨ في ٢٢/٩/٢٠٠٨ نقلاً عن
القاضي سلمان عبيد عبدالله /المختار من قضاء
محكمة التمييز الاتحادية .

- قرار محكمة التمييز رقم ٢٩٠٤/الهيئة الاستئنافية للعقار /٢٠١٣/ ٢٠١٣/٦/٢ في منشور في مجلة التشريع والقضاء /السنة السادسة /العدد الاول (كانون الثاني, شباط , اذار) ٢٠١٤ /مجلة فصلية .

- قرار محكمة التمييز رقم ٢١٢/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١١/ في ٢٤/٦/٢٠١٢ نقلاً عن القاضي لفنة هامل العجيلي /المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية / القسم المدني /الجزء الثاني /مطبعة الكتاب العراق-بغداد / الطبعة الأولى /٢٠١٣ .

- قرار محكمة التمييز رقم ١١٩٣ في ١٢/٦/٢٠٠٧ نقلاً عن المحامي علاء صبري التميمي/المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية .

- قرار رقم ٢٣٠ في ٢٠/٦/٢٠٠٧ نقلاً عن المحامي علاء صبري التميمي /المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية (٢٠٠٦-٢٠٠٧-٢٠٠٨) نشر وتوزيع مكتبة الصباح /بغداد/الكرادة/ شباط / ٢٠٠٩ .

- قرار محكمة التمييز رقم ٣٤٩/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٣/ في ١٧/٢/٢٠١٣ نقلاً عن القاضي لفنة هامل العجيلي/ المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية /القسم المدني/ الجزء الثالث/ الطبعة الأولى /٢٠١٣ .

- قرار محكمة التمييز رقم ١١٧/حقوقية/٦٥ في ٢١/٦/١٩٦٥ نقلاً عن إبراهيم المشاهدي / المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني/مطبعة العمال المركزية /بغداد . ٢٠٠٧/

- قرار محكمة التمييز رقم ٦٨٥ /الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٥/ في ١٧/٣/٢٠١٥ نقلاً عن القاضي سعد جريان التميمي / المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية / القسم المدني للاعوام (٢٠١٢، ٢٠١٥، ٢٠١٣، ٢٠١٤) دار السنهوري – بيروت ٢٠١٦ .

-قرار رقم ١٢٦/الهيئة الاستئنافية العقار/٢٠٠٩ في ٢٠/٥/٢٠٠٩ نقلاً عن القاضي لفنة هامل العجيلي / المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية /القسم المدني – مرافعات مدنية /الجزء السادس/ مطبعة الكتاب/بغداد- شارع المتنبى /الطبعة الأولى /٢٠١٦/ .

-قرار محكمة التمييز رقم ٣٥٣/هيئة عامة/٢٠٠٨ في ١٠/٢/٢٠٠٩ نقلاً عن سلمان عبيد عبدالله /المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية /القسم المدني/ الجزء الأول /موسوعة القوانين العراقية / بغداد/ الطبعة الأولى /٢٠٠٩ .

- قرار محكمة التمييز رقم ٣٢٥٠/الهيئة الاستئنافية /العقار/٢٠١٠ في ٢٧/٩/٢٠١٠ نقلاً عن القاضي لفنة هامل العجيلي / المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية /الجزء الثالث.

Keeping in the Contractual Domain in light of the challenges of reality

Lect.Zahraa Mbrook Abdullah^(*)

Abstract

It is settled in the contemporary civil law that a contract embodies the law governing its parties, whereby the contracting parties are bound in according to what has been agreed within its content. Despite the fact that this principle is being a general rule, a contract's fulfillment must be made in accordance with the bona fide principle that dominates all civil transactions, without a need to be stipulated therein. The result of that is if one of the contracting parties infringes a contract's clauses, his contractual liability will arise accordingly, whereby the said party is bound to perform his obligations as mentioned in the contract, if that is possible. Therefore, the refrain from doing the stipulated obligation in the contract to pay compensation depends on a subsequent agreement to be made between the creditor and debtor.

But the law may contain an exception on the aforementioned principal under which where if the fulfillment of the original obligation stipulated therein is onerous for the obligator, and will not result to gross damage to the obligee, the latter is entitled to demand compensation only.

In this article, the aforesaid issues will be highlighted, and a proposal to develop the current provisions of the Iraqi Civil Code of 1951 will be posed mentioned therein.

(*) Al-Nahreen University/ College of Rights