سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي والقانوني للعقد

د. سعد حسين عبد الحلبوسي

مشكلة البحث

الفسخ هو جزاء يوقعه القاضي على الطرف الذي أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية . وهذه هي الصورة الأكثر شيوعا في العمل . ويملك القاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية واسعة ، فله ان يمنح المتعاقد مهلة (نظرة الميسرة) لكي ينفذ خلالها التزاماته التعاقدية وذلك اذا ما وجد ان امتناع هذا المتعاقد عن التنفيذ هو نتيجة ظرف طارئ من المؤمل ان يزول بعد فترة زمنية ، وكذلك يستطيع القاضي ان يرد دعوى الفسخ المرفوعة من الطرف الآخر (الدائن) اذا ما وجد ان الجزء الذي لم ينفذه المدين من التزامه قليل مقارنة بحجم الجزء الذي تم تنفيذه ، فيكفي القاضي بإلزام المدين بدفع تعويض مناسب عن الجزء الذي لم ينفذه من التزامه .

واذا كان الفسخ القضائي هو الصورة الاكثر شيوعا في العمل الا انه نجد معظم القوانين ومنها القانون المدني العراقي ، انسجاما مع مبدأ سلطان الادارة ، اقرت للمتعاقدين الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا عند إخلال احدهما بتنفيذ التزاماته وهذه هي حالة الفسخ الاتفاقي . وكذلك تقضي معظم القوانين باعتبار العقد منفسخا اذا استحال على احد المتعاقدين تنفيذ التزاماته لسبب اجنبي لا يد له فيه . وهذه هي حالة الفسخ القانوني .

والسؤال هو : هل هناك حاجة لتدخل القاضي اذا كان الفسخ مقرر بشرط صريح في العقد او كان مقرر بنص صريح في القانون ؟ وعندما يتدخل القاضي هل يملك نفس السلطة التي يملكها إزاء الفسخ القضائي أم ان دوره آلي يقتصر على تنفيذ الشرط التعاقدي أو النص القانوني الذي قرر الفسخ دون أن يملك اية سلطة تقديرية إزاء هذا النوع من الفسخ .

خطة البحث

في ضوء ما تقدم من عرض مشكلة البحث سوف نبحث سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي والقانوني للعقد في فصلين وعلى النحو الآتي :

الفصل الاول – سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي .

الفصل الثاني – الفسخ بحكم القانون وسلطة القاضي في تقدير استحالة التنفيذ .

سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي والقانوني للعقد

المقدمـــة :

إذا كان فسخ العقد هو جزاء يوقعه القاضي على الطرف الذي أخل بتنفيذ التزاماتـــه وهـــو الصورة الاكثر شيوعا في العمل الا انه نجد ان معظم القوانين ومنها القـــانون المدنـــي العراقـــي انسجاما مع مبدأ سلطان الارادة أقرت للمتعاقدين الاتفاق على اعتبار العقد مفســـوخا عنـــد اخـــلال احدهما بتنفيذ التزاماته او الاتفاق على ان يرد كل منهما الى الاخر ما تسلمه منه من عوض وهـــذه هي حالة الفسخ الاتفاقي.

والسؤال هو : هل هناك حاجة لتدخل القاضي في هذا النوع من الفسخ ؟

وعندما يتدخل هل يملك نفس السلطة التي يملكها ازاء الفسخ القضائي ؟

وقد نصت معظم القوانين على انفساخ العقد وانقضاء الالتزامات الناتجة عنه اذا استحال على احـــد طرفيه تنفيذ التزاماته بسبب اجنبي لا يد له فيه وهذه هي حالة الفسخ القانوني .

واذا كان الفسخ قد وقع بحكم القانون ، فان سلطة القاضي تجد مجالا للتدخل في هـــذا النـــوع مـــن الفسخ من خلال تقدير استحالة التنفيذ .

وفي ضوء ما تقدم سوف نبحث سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي والقانوني للعقد في فصلين وعلـــى النحو الاتي : **الفصل الاول** – سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي .

الفصل الثاني – الفسخ بحكم القانون وسلطة القاضي في تقدير استحالة التنفيذ .

الفصل الاول
سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي

قد يكون المتعاقد على قدر كبير من الحيطة والحذر يضع في حسابه مقدما احتمال عدم قيام المتعاقد الأخر (المدين) بتنفيذ التزامه او اخلاله به ، لذلك يشترط عليه الدائن بنص صريح في العقد شرطا من مقتضاه اعتبار العقد مفسوخا عند عدم تنفيذه التزاماته [١] .

وهذا الشرط كثير الوقوع في الحياة العملية ولكونه خاضع لارادة الطرفين فانه يرد بصور او صيغ مختلفة يكون مدى الشرط فيها مختلف من صورة الى اخرى .

فالمتعاقدان يتفقان على ان العقد يعتبر مفسوخا عند عدم تنفيذ احدهما لالتزامه او اخلاله به . وقـــد يزيدان من قوة الشرط فيتفقان على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم ، وقد يبلغان الذروة في زيادة قوة الشرط فيتفقان على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه من غـير حاجة الى حكم ولا اعذار [٢] .

قد يحصل احيانا ان يتفق المتعاقدان على ابرام عقد يكون ملزم للجانبين ثم يتراءى لـــهما ان مـــن مصلحتهما او من مصلحة احدهما ، ان يتخلصا من هذا العقد عن طريق انهائه وازالته من الوجـــود فيتفقا فيما بينهما على فسخ العقد والتحلل من التزاماته المتقابلة واعتباره بحكم المنتهي بينهما .

ولو نظرنا الى هذا الاتفاق لوجدناه لا يعدو ان يكون سوى نوع من الفسخ يتجلى فيه تلاقـــي ارادة الطرفين واتفاقهما على ذلك الفسخ فهو اذا فسخ اتفاقي او كما يطلق عليه الفقهاء المسلمون (الاقالة). وبما ان شروط الفسخ الواردة في العقود يتفاوت مداها من عقد الى آخر فان سلطة القاضي التقديرية في اتفاقات الفسخ هذه تختلف من عقد الى آخر وذلك حسب مدى الشرط .

١- نصت المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا مـــن تلقـــاء نفسه دون الحاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعـذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته) . وتقابل هذه المادة المادة (١٥٨) مدني مصري والمـــادة (٢٤٥) مدني اردني والمادة (١٥٩) مدني سوري والمادة (٢/٢٤١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

٢- عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجـــيز فـــي شـــرح نظريـــة الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ مصادر الالتزام ، ص١٧٩ .

كما ان سلطة القاضي التقديرية قد تجد لها مجالا رحبا للتدخل في حالة اتفاق المتعاقدين على اقالة العقد . لذا سنبحث سلطة القاضي في حالة الفسخ الاتفاقي في ثلاثة مباحث وعلى النحو الاتي :

المبحث الاول – سلطة القاضي في حالة الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا عند عدم التنفيذ .

المبحث الثاني – سلطة القاضي في حالة الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم او اعذار .

المبحث الثالث – سلطة القاضي في الفسخ عن طريق اقالة العقد .

المبحث الاول

سلطة القاضي في حالة الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا عند عدم التنفيذ .

قد يتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا اذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزاماته . وقد اختلف الفقهاء في قيمة هذا الشرط فقد ذهب جانب من الفقه الى ان هذا الشرط له مفعوله الكامل ، اذ ان من شأنه ان يؤدي الى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى رفع دعوى به ويستند هذا الفقه الى حجتين :

- **الحجة الاولى :**

ان وجود مثل هذا الشرط في العقد لابد ان يعني شيئا يقتضي اختلاف حكم الفسخ بموجبه عن حكم الفسخ القضائي الذي يجد اساسه في الشرط الفاسخ الضمني الذي جاءت به المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي . وان هذا هو ما قصدت اليه نية المتعاقدين من النص على ذلك الشرط في العقد ، وان لنية المتعاقدين المقام الاول فيما يتعلق بالعقد وتفسيره . لذلك فان الاتفاق على ذلك الشرط انما يهدف الى اسباغ قوة جديدة على نصوص العقد تربو على قوة الشرط الفاسخ الضمني والا كان شرطهما لغوا عديم المعنى .

- **الحجة الثانية :**

ان الفسخ القضائي لا يتم وفق ما تقضي به المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي الا اذا لم يوجد شرط صريح بالفسخ حيث يتدخل القانون ليفترض وجود هذا الشرط ضمنا ويقضي بعدم تحقق الفسخ بدون المطالبة بذلك امام القضاء ومنح القضاء السلطة التقديرية الكاملة بشأنه . لذلك قال اصحاب هذا الرأي بان مجرد توافر الفاظ شرط فاسخ صريح في العقد ايا كانت ، انما يؤدي الى عدم شمول فسخ العقد بحكم المادة (١١٨٤) بل يكون حالة من حالات تعليق الالتزام على شرط فاسخ والاتفاق منعقد على ان مجرد تحقق ذلك الشرط ، انما يؤدي الى انفساخ العقد دونما حاجة الى تدخل القضاء [٣] .

اما الجانب الثاني من الفقه فيرى ان وجود مثل هذا الشرط لا يؤدي الى فسخ العقد تلقائيا وبقوة القانون ، انما لا بد من رفع دعوى واستصدار حكم بالفسخ مع تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة ازاء طلب الفسخ . وحجة انصار هذا الاتجاه ان اتفاق الطرفين على مثل ذلك الشرط ، ليس الا ترديدا لحكم الشرط الفاسخ الضمني المشار اليه في المادة (١١٨٤) مدني فرنسي ولم يزد اتفاق الطرفين عن مجرد اظهار الشرط الضمني المستتر والتعبير عنه بنصوص صريحة وردت في مضمون العقد او مجرد تكراره على سبيل التوكيد والتذكير به ولو انهما ارادا الاخذ بحكم مغاير لمضمون المادة (١١٨٤) لنصا صراحة على رغبتها في استبعاد حكم القواعد العامة في الفسخ القضائي . وينتقد انصار هذا الرأي موقف انصار الرأي الاول بالقول انه يؤدي الى الخروج على ارادة المتعاقدين لا احترامها كما يدعي انصار الرأي الاخير لان القول بانفساخ العقد بقوة القانون

٣- تولية وتروبلج مشار اليه لدى حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ١٩٤٦ ، ص١٨٦-١٨٧ . احمد جلال الدين عبدالرزاق ، الشرط الفاسخ في عقد الايجار بين قضاء الموضوع والقضاء المستعجل ، مجلة ادارة قضايا الحكومة المصرية ، ع٣ س١٤ ، ١٩٧٣ ص٨٠٣-٨٠٤ .

في مثل هذه الحالة انما يجعل المستفيد من هذا الشرط تحت رحمة من اثقل كاهله ، حيث يستطيع الاخير ان يحرم من تعاقد معه من الخيار بين التنفيذ والفسخ الذي تتضمنه القواعد العامة وذلك بمجرد امتناعه عن تنفيذ ما التزم به حيث يترتب على ذلك انفساخ العقد بقوة القانون وبدون تدخل القضاء ولا شك ان في ذلك مجافاة للمنطق والعدالة لان من غير المعقول ان يكون الدائن متنازلا عن حقه في طلب التنفيذ العيني بمجرد اشتراط هذا الشرط لمصلحته [٤] .

ان هذا الرأي الثاني هو الراجح في الفقه العراقي والمصري [٥] . فهذا الشرط ماهو الا تأكيد للقاعدة العامة في الفسخ لعدم التنفيذ الواردة في الفقرة الاولى من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه ((في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض اذا كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل ، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته)) .

لذلك لا يغني هذا الشرط عن الاعذار ولا عن اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ ولا يسلب هذا الشرط من القاضي سلطته التقديرية ، فللقاضي ان يرفض الحكم بالفسخ وان يمنح المدين آجلا كما في الفسخ القضائي كما له ان يرد طلب الفسخ او يقضي بالتعويض عن الجزء الذي لم ينفذ من العقد . والحكم بالفسخ يعتبر منشئا للفسخ لا كاشفا عنه .

وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ١١٨/موسعة اولى/٨٧-٨٨ والمؤرخ في ١٩٨٨/٤/٣٠ بانه ((اذا اجرت امانة بغداد قطعة الارض العائدة لها للمدين بغية ممارسة مهنة معينة بعد انشاء ابنية عليها ، فليس لها ان تطلب تخلية المأجور متمسكة باحكام المادة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٢٣٦ لسنة ١٩٨٦ التي تجيز لها فسخ العقد من طرف واحد لمخالفة المستأجر شروط العقد لعدم ممارسة المهنة سابقا ، دون اللجوء الى القضاء لان العقد يبقى ساريا ما لم تنتهي مدته او يفسخ قانونيا)) [٦] .

ويجب ان يرد شرط الفسخ في العقد واذا لم يرد فيه لا تحكم المحكمة بالفسخ ، وقد اكدت ذلك محكمة التمييز في قرارها المرقم ٦٧٢/مدنية اولى/١٩٨٨ في ١٩٨٨/١٢/٧ والذي جاء فيه ((اذا كانت موافقة المؤجرين على السماح للمستأجرين باتخاذ المأجور فندقا مشروطة بموافقة الجهات الامنية والسياحية والتي التزم المستأجران بالحصول عليها . فان إخفاق المستأجرين باستحصال الموافقة لا يعطيها الحق بالتحلل من العقد بمطالبة المؤجرين برد الاجرة طالما انه لم يرد في العقد شرط يعطيهما حق طلب فسخ العقد في حالة عدم الحصول على الموافقة)) [٧] .

٤- ديمولومب ، لوران ، اوبري ورو ، وفونسكو ، مشار اليهم لدى د. حسن الذنون ، المرجع السابق ، ص١٨٦-١٨٧ . د. احمد جلال الدين عبدالرزاق ، المرجع السابق ص٨٠٥-٨٠٦ . د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، -٢- في الالتزامات ، المجلد الاول نظرية العقد والارادة المنفردة ، ط٤ ، مؤسسة روز اليوسف ، القاهرة ١٩٨٧ .

٥- السنهوري ، نظرية العقد ، ص٧١٦-٧١٧ . حسن علي الذنون ، المرجع السابق ص١٨٦ عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ مصادر الالتزام ، ص٤٣ عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير ، المرجع السابق ، ص١٧٩ .

٦- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني لسنة ١٩٨٨ ص٤٢ .

٧- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع لسنة ١٩٨٨ ص٣٨ . وقد استقر القضاء المصري على هذا الاتجاه فقد قضت محكمة النقض المصرية بانه ((الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد الاخلال بالالتزام الا اذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه ولما كانت عبارة الشرط الواردة في نهاية عقد الصلح ونصها (اذا اخلت المشترية بشروط هذا الصلح او احدها فيكون البيع لاغيا) لا تفيد المعنى الذي يذهب اليه الطاعنان بل ما هو الا ترديد للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين)) نقض مدني ١٩٥٠/١/١٢ ، مجموعة احكام النقض ١، رقم ٥١ ص١٧٧ . وقضت محكمة النقض المصرية ايضا بانه ((لا يعتبر عقد البيع مفسوخا لعدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد الا اذا اتفق العاقدان على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون اعذار . أما اذا كان اتفاقهما مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمني فلا يترتب على تخلف المشتري انفساخ العقد حتما)) نقض مدني ١٩٥٢/٥/١ ، ===

المبحث الثاني
سلطة القاضي في حالة الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم او اعذار

إعتـــاد الفقه التدرج في تقسيم هذه الصورة الى مراحل ثلاث تبدأ بالاتفاق على ان يكـــون العقد مفســـوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة الى حكم واخيرا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكـــم او اعذار [٨] . وهذا التقسيم لا يعنينا إلا بالقدر الذي يؤثر فيه الشرط على السلطة التقديرية للقـاضي اذ ان من المتفق عليه فقها وقضاء ، ان مجرد حصول الاتفاق صراحة على ان يكون العقد مفســـوخا من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ من شأنه ان يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يملك منـــح المديـــن مهلة للوفاء . وليس له الا ان يحكم بالفسخ عند ابداء رغبته في فسخ العقد وحكم القاضي هذا مقـرر للفسخ لا منشئ له بل ان العقد ينفسخ تلقائيا دون الحاجة الى اعذار المدين او الى اقامـــة دعـــوى للحصول على حكم بالفسخ اذا اتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غـــير حاجة الى حكم ولا اعذار [٩] .

وقد طبق القانون المدني العراقي ذلك بنص المادة (٥٨٢) منه والتي جاء فيها ((اذا اشترط البـــائع ان يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشـــتري مع ذلك ان يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر ، الا اذا نص في العقد على ان الفسخ يقع دون اعذاره وفي كل الاحوال لا يجوز للمحكمة ان تمنح المشتري أي أجل)) .

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ١٤٢٢/مدنية ثالثة/١٩٧٥ فـــي ١٩٧٥/٣/٥ بأنه ((اذا نص عقد الايجار على حق المستأجر بفسخ عقد الايجار متى شاء فللمذكور أن يســـتعمل حقه ويعتبر ايداعه مفاتيح المأجور لدى الكاتب العدل تأريخا لفسخ العقد ولا يسأل عن تأخر الكـــاتب العدل بتبليغ انذار الفسخ الى المؤجر)) [١٠] .

وقضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٦٣١/م٤/١٩٧٥ فـــي ١٩٧٦/٦/٧ بأنـــه ((اذا اشـــترط الطرفان عدم الاعذار كان ذلك معتبرا لعدم مخالفته للنظام العام)) [١١] .

وقد يبدو مما تقدم انه ليس للقاضي في الفسخ الاتفاقي الا دورا سلبيا ، ان الحقيقة غير ذلك لانه قـد ينكر المدين على الدائن حقه في ايقاع الفسخ مدعيا عدم تحقق شروطه . ودور القاضي فـــي هـــذه الحالة يتمثل في انه يقوم بناء على طلب المدين بالرقابة التامة للتحقق من انطباق شـــروط الفســـخ الاتفاقي والرقابة على استعمال الدائن لحقه في الفسخ او الرقابة على ما يتخذه من اجراءات لوضـــع الفســـخ موضع التنفيذ واعادة الحال الى ماكانت عليه قبل التعاقد وفقا لما يقضي به منطق الفســـخ . فالاتفـــاق على الفســـخ اذا كان لا يسمح للقـــاضي في ان يقدر ما اذا كان للفسخ مبرر من العدالة

=== مجموعة احكام النقض ٣، رقم ١٤٦ ص٩٨٨ . وبنفس المعنى قضت محكمة النقض المصريـــة بانـــه ((شـــرط الفسخ لا يعتبر صريحا الا اذا كان يفيد انفساخ عقد البيع من تلقاء نفسه ، اما اذا تعهد المشتري باداء باقي الثمـــن فـــي ميعاد عينه فان لم يؤدي في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس الا ترديـــد للشـــرط الفاسخ الضمني)) . نقض مدني ١٩٤١/١/١٧ ، مجموعة عمر ٥، رقم ٢٥ ص٥٨ .

٨- السنهوري ، الوسيط ، ج١ ص٧١٥ وما بعدها . احمد جلال الدين ، المرجع السابق ص٨٠٧.

٩- السنهوري ، الوسيط ، ج١ ص٧١٧-٧٢٠ .

١٠- مجموعة الاحكام العدلية ، السنة السادسة ، العدد الاول ١٩٧٥ ص٨١ .

١١- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني لسنة ١٩٧٧ ص١٥ . وقضت محكمة النقض المصرية بانه ((ما جـــرى به قضاء هذه المحكمة من ان الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او انـــذار او حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه وقوع الفسخ حتما نفاذا لذلـــك الاتفـــاق بمجرد تحقق الشرط دون ان يكون للقاضي خيارا في امره بل يتحقق الفسخ دون حاجة الى التقاضي ما لم ينـــازع في وقوع موجب الفسخ . وتقف مهمة القاضي في هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفـــاء بـــالالتزام ليقـــرر اعتبار الفسخ حاصلا فعلا)) نقض مدني ١٩٨٣/٥/٣١ ، الطعن ١٩١٢ لسنة ٤٩ نقلا عن المستشارين محمـــد محمود المصري ومحمد احمد عابدين ، الفسخ والانفساخ والتقاسخ في ضوء الفقه والقضـــاء ، دار المطبوعـــات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨٨ ص٣٠ .

والانصاف ، الا انه لا يحرمه من ان يمنع التعسف في استخدامه وذلك بان يراقب القاضي عدالة شروط الاتفاق وتحققها . فرقابة القاضي هنا ليست رقابة على مناسبة ايقاع الفسخ ، انما هي رقابة على شرعية الفسخ ان صح القول [١٢] . فالقاضي يتحقق من ان هناك اتفاقا على الفسخ قد ابرم مقدما بين الطرفين وعلى النحو الذي يسمح به القانون . ويتبين القاضي المقصود بهذا الاتفاق ، هل يقصد به استبعاد سلطة القاضي التقديرية ، فاذا لم يكن يقصد به ذلك ، فان هذا الاتفاق لا يغني عن اللجوء الى القضاء ، لانه كما قلنا مجرد ترديد للقواعد العامة وبالتالي لا يسلب القاضي سلطته التقديرية ، فقد لا يحكم بالفسخ ويعطي المدين مهلة لتنفيذ التزامه اذا وجد ان الظروف تبرر ذلك . في حين اذا وجد القاضي ان قصد المتعاقدين من الاتفاق على الفسخ هو جعل مهمة تقدير فسخ العقد من اختصاصهما دون تدخل القضاء . فله في هذه الحالة ان يقدر هل ان في هذا الاتفاق ما يخالف مقتضى حسن النية ، فيحكم بابطال الشرط الفاسخ المتفق عليه مع الابقاء على العقد قائما بدونه حيث يستعيد القاضي سلطته على العقد من جديد [١٣] .

ومن ناحية اخرى فان القاضي يتحقق من توافر شروط الاتفاق الاخرى حسب صورة الشرط الفاسخ الصريح المتفق عليه ، فيتأكد من حصول الاعذار في حالة عدم الاتفاق على استبعاده . فاذا وجد القاضي ان الدائن استعمل حقه في ايقاع الفسخ دون اعذار المدين او قبل انتهاء مدة الاعذار كان له ان يعتبر العقد مازال قائما ويمكن المدين من الوفاء بالتزاماته اذا عرض المدين هذا الوفاء ، او يؤيد الدائن في الفسخ الذي اوقعه بعد انتهاء مدة الاعذار او بدونه . وذلك في الحالات التي لا يتطلب القانون الاعذار فيها [١٤] .

ويستطيع القاضي من ناحية اخرى ان يراقب بعض الظروف الخارجية التي يمكن ان تؤثر على الفسخ كأن يقرر ما اذا كان التصرف الذي صدر من الدائن من شأنه ان يستتبع القول بتنازله عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح . وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((اذا كان الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او انذار عند الاخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه ان يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ الا ان ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب أعماله ذلك لان للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد ، كما ان له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية والتي تحول دون اعماله . فان تبين له ان الدائن اسقط خياره في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فسخ العقد ... فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي)) [١٥] .

كما انه قد يقرر القاضي عدم احقية الدائن في طلب فسخ العقد لان عدم تنفيذ المدين بالتزامه ، انما كان بسبب خطأ الدائن او ان الدائن لم ينفذ من جهته الالتزام الواقع عليه فكان امتناع المدين عن الوفاء امتناعا مشروعا بناء على قاعدة الدفع بعدم التنفيذ [١٦] .

المبحث الثالث

سلطة القاضي في الفسخ عن طريق اقالة العقد

الاقالة في اللغة تعني الرفع ، فيقال في الدعاء (الهم أقلني عثراتي) أي ارفعها . وفي اسطلاح الفقهاء تعني فسخ العقد برضا الطرفين [١٧] .

فالاقالة هي صورة خاصة من صور الفسخ الاتفاقي يتفق فيها المتعاقدان على الغاء العقد وارجاع

١٢- غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ص٣٩١ .

١٣- عبدالحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن جامعة عين شمس س١ ، ع١ ، ١٩٥٥ ص٤٤٤ وما بعدها .

١٤- السنهوري ، المرجع السابق ص٧١٨ .

١٥- نقض مدني في ١٩٧٠/١١/٢٦ مشارا اليه لدى محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين ، المرجع السابق ص٣١ .

١٦- سليمان مرقس ، المرجع السابق ص٦٥٦ .

١٧- محمد زكي عبدالبر ، العقود الناقلة للملكية في الفقه الحنفي ج١ ط١ ١٩٨٦ ص٤٥٢ .

الحالة الى ما كانت عليه قبل ابرامه ورد ما تسلمه كل طرف الى الآخر . وتبرز سلطة القاضي في الاقالة في تقدير مدى توفر شروطها لكي يكيف في ضوء ذلك طبيعة العمل القانوني الذي تم بين المتعاقدين هل هو اقالة ام لا .

والاقالة كما تتم بايجاب وقبول صريحين فانها تتم بايجاب وقبول ضمني . وللقاضي ان يستخلص الاقالة الضمنية من الظروف والوقائع التي يستهدي بها للكشف عن ارادة الطرفين . وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٥١/استئنافية/٨٤/٨٥ والمؤرخ في ١٩٨٦/٧/٣ بأنه ((ليس من حق المدعي مطالبة الشركة المدعى عليها بالتعويض لعدم وفائها بالتزامها بتجهيزه بسيارات لنقل الحجاج العراقيين ، اذا كان قد استرد منها الاجرة المدفوعة برضاه . لان ذلك يعتبر اقالة للعقد ...)) [١٨] .

وقضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٧٧/مدنية منقول/٨٧-١٩٨٨ في ١٩٨٧/١٠/٤ بأنه ((ليس للمحكمة اعتبار العقد الثاني اقالة للعقد الاول اذا كان الاشخاص المتعاقدين في العقد الثاني ليسوا نفس المتداعين في العقد الاول موضوع الدعوى لاختلاف اطراف العقد في كل منهما)) [١٩] .

الفصل الثاني

الفسخ بحكم القانون وسلطة القاضي في تقدير استحالة التنفيذ

يطلق على الفسخ بحكم القانون (الانفساخ) ايضا وهو انحلال الرابطة العقدية بحكم القانون دون ان يكون ذلك مشروطا في العقد ودون ان يحتاج الامر الى حكم من القضاء بهذا الانحلال . ويحدث الانفساخ اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي لا يد له فيه ، فينقضي الالتزام وينفسخ العقد بحكم القانون ولا حاجة للجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ الا اذا حدث نزاع في وقوع الاستحالة لسبب اجنبي . واذا كانت الاستحالة راجعة الى سبب اجنبي فالعقد يفسخ بحكم القانون ولا يلزم المدين باي تعويض . اما اذا كانت الاستحالة راجعة الى خطأ المدين فالعقد لا يفسخ ويبقى ملزما للمدين ويجوز للدائن ان يطالبه بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه [٢٠] .

وقد اخذ القانون المدني العراقي بهذا النوع من الفسخ في المادة (١٧٩منه) والتي نصت على انه ((١- اذا هلك المعقود عليه في المفاوضات 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 شيئ على المشتري)) .

وقد اشتملت هذه المادة على حالتين : حالة استحالة التنفيذ الراجعة الى خطأ المدين ، وحالة استحالة التنفيذ الراجعة الى سبب اجنبي . واذا كان هذا النوع من الفسخ يقع بحكم القانون ، فقد يتبادر الى الذهن ان القاضي لا يملك أي سلطة في هذا النوع من الفسخ مادام هذا النوع من الفسخ لا يحتاج الى حكم من القضاء بالفسخ ، ومع ذلك تبرز السلطة التقديرية للقاضي في هذا النوع من الفسخ

١٨- مجموعة الاحكام العدلية ، العددان الثالث والرابع لسنة ١٩٨٦ ص١٧-١٨ ، وانظر بنفس المعنى القرار المرقم ٣٤٨/استئنافية/٨٤-٨٥ في ١٩٨٦/٦/٢١ والمنشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العددان الاول والثاني لسنة ١٩٨٦ ص٢٧-٢٨ .

١٩- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع لسنة ١٩٨٧ ص١٨-١٩ .

٢٠- وبهذا المبدأ قضت محكمة التمييز بقرارها ٧٨/ح/١٩٦٨ في ١٩٦٨/٣/١٩ والذي جاء فيه ((اذا استحال تنفيذ العقد بالشكل المتفق عليه بسبب اهمال احد طرفي العقد واخلاله ببنوده فلا يحكم بدعوى فسخ العقد)) مجلة القضاء ، العدد الثاني ، السنة الثالثة والعشرون ص١١١ وما بعدها . وبنفس المعنى قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٥١/موسعة اولى/٨٦-٨٧ في ١٩٨٦/٤/٢٩ والذي تضمن المبدأ الاتي ((اذا كان العقد المبرم بين الطرفين معلوم المحل ونكل المدعى عليهم عند تنفيذه فليس للمحكمة ان ترد دعوى المدعي بحجة ان محل الالتزام بعد الافراز اصبح مستحيلا استحالة مطلقة بل ينبغي تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) . مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الاول والثاني لسنة ١٩٨٧ ص١٧ وما بعدها .

وقد اشتملت هذه المادة على حالتين : حالة استحالة التنفيذ الراجعة الى خطأ المدين ، وحالة استحالة التنفيذ الراجعة الى سبب اجنبي . واذا كان هذا النوع من الفسخ يقع بحكم القانون ، فقد يتبادر الى الذهن ان القاضي لا يملك أي سلطة في هذا النوع من الفسخ مادام هذا النوع من الفسخ لا يحتاج الى حكم من القضاء بالفسخ ، ومع ذلك تبرز السلطة التقديرية للقاضي في هذا النوع من الفسخ وذلك من خلال تدخله لحسم النزاع حول وجود او عدم وجود استحالة تمنع من تنفيذ الالتزام وتؤدي الى فسخ العقد .

وبما ان هذه الاستحالة حسب نص المادة (١٧٩) مدني عراقي قد تكون راجعة الى خطأ المدين وقد تكون راجعة الى سبب اجنبي ، لذا سنبحث سلطة القاضي في تقدير استحالة التنفيذ في كل من هاتين الحالتين ونفرد لكل منهما مبحث مستقل وعلى النحو الاتي :

المبحث الاول – سلطة القاضي في تقدير استحالة التنفيذ الراجعة الى خطأ المدين .

المبحث الثاني – سلطة القاضي في تقدير استحالة التنفيذ الراجعة الى سبب اجنبي .

المبحث الاول

سلطة القاضي في تقدير استحالة التنفيذ الراجعة الى خطأ المدين

يلتزم القاضي دائما بالبحث عن التنفيذ العيني للالتزام التعاقدي طبقا لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية [٢١] . فاذا استحال على المدين في العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه ولم يستطع ان يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه فان القاضي يحكم على المدين بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه ، وهذه هي المسؤولية العقدية (التنفيذ بمقابل) ، فالعقد اذا لا ينفسخ بل يتأكد وتتقرر مسؤولية المدين التعاقدية .

فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقديا وبذلك تتحقق مسؤوليته العقدية على اساس قيام العقد ، وبالتالي يلتزم بالتعويض لعدم قيامه بتنفيذ التزامه [٢٢] .

وبهذا المعنى نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على انه ((اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)) .

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٦٠٢/م١/١٩٨٨ في ١٩٨٨/١٠/١٩ بانه ((اذا كان المقاول قد طلب خلال تنفيذه لاعمال المقاولة وقبل انقضاء المدة المحددة لانجازها سلفا لاستيراد المكائن التي يحتاج اليها لاتمام العمل الا ان المدعى عليه اضافة لوظيفته رفض تسليفه خلافا لاحكام الشروط العامة للمقاولات فيكون المدعى عليه غير محق بسحب العمل ، ويترتب على سحبه فسخ العقد مع تعويض المدعي بحكم المادة ٨٨٥ من القانون المدني)) [٢٣] .

وبهذا الصدد ايضا اقرت محكمة التمييز في قرارها المرقم ١٥/ادارية اولى/٨٧/٨٦ والمؤرخ في ١٩٨٦/١١/١٣ المبدأ الاتي ((اذا اخل المقاول بتنفيذ التزامه او قام صاحب العمل بتنفيذه على حسابه وفقا للمسوغ المبين في العقد فله حق الرجوع عليه بما صرفه لتنفيذ العقد دون ما حاجة لطلب الفسخ)) [٢٤] .

٢١- نصت الفقرة الاولى من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي على ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) . وهذه المادة تقابل المادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري والمادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٢٤٢) من القانون المدني الالماني التي نصت على ((ان على الملتزم ان ينفذ التزامه طبقا للامانة والثقة المتبادلة التي يوجبها عرف التعامل)) .

٢٢- عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مرجع سابق ص٤٣٣ . السنهوري ، الوسيط ، ج١ ص٧٢٥ .

٢٣- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد لسنة ١٩٨٨ ص٣٧ .

٢٤- مجموعة الاحكام العدلية ، العددان الثالث والرابع لسنة ١٩٨٦ ص٣٤-٣٥ .

واكدت محكمة التمييز على مبدأ اعطاء الحق للدائن في مطالبة المدين بالتعويض عن عدم وفائه لالتزامه على اساس المسؤولية التعاقدية (قيام العقد) دون حاجة الى اقامة دعوى الفسخ ذلك ان الدائن يطالب المدين بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد (تنفيذ بمقابل) لهذا فهو يبقى مستندا في هذه المطالبة الى العقد ومن غير المتصور عقلا ان يطلب فسخ العقد لان الفسخ يؤدي الى زوال الالتزامات التعاقدية المترتبة عليه بأثر رجعي واعادت المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، لذا لا يصح الجمع بين دعوى تنفيذ التزام تعاقدي وبين دعوى فسخ العقد الذي نشأ عنه هذا الالتزام .

فقد قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٥٣٦/مدنية منقول/٨٦/٨٥ المؤرخ في ١٩٨٦/٨/٦ بانه ((... ان البائع ملزم بضمان الاستحقاق وعدم التعرض للمشتري ، وحيث ان المدعي يستند في دعواه الى مصادرة المبيع من قبل الجهات الرسمية المختصة وهذا بمثابة الاستحقاق فان المدعى عليه ان صح الادعاء ضامن وعليه اعادة الثمن وذلك استنادا الى المادة (١/٥٥٨) من القانون المدني . ودعوى الضمان هذه لا تحتاج الى فسخ العقد .)) [٢٥] .

وعادت محكمة التمييز واكدت اتجاهها هذا في قرارها المرقم ٥٨٣/م منقول/٨٧-١٩٨٨ في ١٩٨٧/١٢/١٦ والذي قضت فيه بالمبدأ الاتي ((يجوز للمقاول مطالبة (رب العمل) بقيمة الاعمال المنجزة دون الحاجة الى اقامة دعوى الفسخ اذا كانت الدار المتعاقد على بنائها مشغولة من قبل المدعى عليه ، مما يعتبر قرينة على تسلمه الدار فعلا وان المقاول قد اتم العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل)) [٢٦] .

واذا كانت استحالة تنفيذ المدين لالتزامه بسبب خطأه لا تؤدي الى فسخ العقد تلقائيا بل ان العقد يبقى قائما يجوز الاستناد اليه لمطالبة هذا المدين بالتعويض عن عدم وفائه لالتزامه على اساس مسؤوليته العقدية ، فان للدائن اذا اصبح تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلا نتيجة خطأه ان يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه بدلا من ان يطلب التعويض على اساس المسؤولية العقدية ، وفي هذه الحالة ليس في وسع القاضي منح المدين مهلة لتنفيذ التزامه بعد ان اصبح هذا التنفيذ مستحيلا فيحكم بفسخ العقد والحكم هنا منشئ للفسخ لا كاشف عنه ، حيث ان العقد لم ينفسخ بحكم القانون بل فسخ بحكم القاضي [٢٧] .

مما تقدم يتبين ان المشرع العراقي لم يكن موفقا في صياغته للمادة (١٧٩) من القانون المدني اذ قضى بانفساخ العقد اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لهلاك محل الالتزام (المعقود عليه) سواء كانت الاستحالة راجعة الى خطأ المدين او الى سبب اجنبي (قوة قاهرة) في حين ان الاستحالة الراجعة الى خطأ المدين لا تؤدي الى انفساخ العقد (فسخ قانوني) بل ان الدائن بالخيار بين اللجوء الى التنفيذ بمقابل (التعويض) وبين طلب الفسخ (الفسخ القضائي) والقول بخلاف ذلك يعني انه قد اخذنا برأي مدين لا يريد تنفيذ التزامه ، حيث يعمد المدين الى التذرع بهلاك محل العقد لكي يتحلل من التزاماته التعاقدية وهذا ما لا يمكن قبوله . لذا كان على المشرع العراقي ان ينحو منحى القانون المدني المصري الذي قصر الفسخ بقوة القانون (الانفساخ) على حالة استحالة التنفيذ الراجعة الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه [٢٨] .

وقد ذهب بعض الفقه العراقي امام صراحة نص المادة (١٧٩) الى القول ان الفسخ بحكم القانون يطبق في حالة استحالة التنفيذ مطلقا سواء كانت الاستحالة راجعة الى سبب اجنبي أم الى خطأ المدين وكل ما في الامر هو انتفاء التعويض في الحالة الاولى ووجوبه في الحالة الثانية ، ولا تلازم

٢٥- مجموعة الاحكام العدلية ، العددان الثالث والرابع لسنة ١٩٨٦ ص٣٤ .

٢٦- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع لسنة ١٩٨٧ ص٤١-٤٢ .

٢٧- السنهوري ، نظرية العقد ص٧٢٢ . د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ج١ ١٩٧٦ ص١٩١ .

٢٨- نصت المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري على انه ((في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذ انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه)) .

بين الفسخ وبين التعويض فقد ينفسخ العقد دون تعويض وقد ينفسخ مع التعويض [٢٩] .
واذا كانت استحالة التنفيذ ترجع الى خطأ المدين فللدائن ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ولا يكون اساس المطالبة بالتعويض في هذه الحالة المسؤولية التعاقدية لان العقد قد فسخ وانما اساس المطالبة بالتعويض في حالة فسخ العقد هو المسؤولية التقصيرية على اعتبار ان فعل المدين الذي ادى الى استحالة التنفيذ هو خطأ تقصيري الحق ضررا بالدائن وبالتالي يحق للدائن ان يطالب بالتعويض عن هذا الضرر الذي سببه المدين بعمله غير المشروع [٣٠] .
واذا كان القاضي يفقد سلطته التقديرية بالنسبة لدعوى الفسخ التي يرفعها الدائن لان تنفيذ المدين لالتزامه اصبح مستحيلا بسبب خطئه وبالتالي لا يكون في وسع القاضي الا الحكم بالفسخ دون اعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه الذي اصبح مستحيلا ، فان القاضي يستعيد هذه السلطة التقديرية بالنسبة لطلب التعويض فالحكم بالتعويض ليس محتما على المحكمة ، اذ ان القاضي غير ملزم بالحكم بالتعويض لمجرد ان الدائن يطالب به اذ لا يجوز ان يحصل الدائن على تعويض لا يستحقه حيث انه يكون في هذه الحالة قد أثرى على حساب الغير بدون مسوغ قانوني وهذا غير جائز قانونا.
وبهذا الصدد اقرت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٨٨٤/م٢/٨٧-٨٨ في ١٩٨٨/٣/٩ المبدا الاتي ((يحق لمشتري العقار الذي دخل جزء من مساحته ضمن محرم الطريق والذي تنوي سلطة الطرق استملاكه طلب فسخ البيع واسترداد كامل الثمن الذي دفعه للبائع . ولا يجوز له الزام البائع برد ما يقابل هذا الجزء من الثمن مع قيام الجهة المستملكة بدفع بدل الاستملاك اليه لان في ذلك اثراء من جانبه بلا سبب على حساب البائع)) [٣١] .

المبحث الثاني
سلطة القاضي في تقدير استحالة التنفيذ الراجعة الى سبب اجنبي

اذا كانت استحالة التنفيذ ترجع الى سبب اجنبي انفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون لاستحالة تنفيذ المدين لالتزامه لسبب اجنبي لان هذا الالتزام ينقضي وينقضي معه في نفس الوقت الالتزام المقابل ولا ضرورة للاعذار في هذه الحالة [٣٢] . حيث انه لا جدوى من الاعذار الا اذا كان التنفيذ ممكنا وحيث ان التنفيذ لم يعد ممكنا فلا يكون هناك خيار للدائن بين طلب التنفيذ او الفسخ . حيث ان هذا الخيار قد يرد في الفسخ القضائي وكذلك في الفسخ الاتفاقي . وكذلك لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ ، فالعقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون واذا التجأ الدائن للقضاء فانما يكون ذلك لتقرير ان استحالة التنفيذ بسبب اجنبي امر محقق فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشئه لان العقد يكون قد انفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون [٣٣] . واذا كانت استحالة التنفيذ بسبب اجنبي تؤدي الى انفساخ العقد دون حاجة الى حكم قضائي ، فان تدخل القاضي ضروري في حالة النزاع حول وجود السبب الاجنبي اذ يقدر القاضي في هذه الحالة هل هناك فعلا سبب اجنبي . وبعبارة اخرى هل يوجد فعلا أمر غير منسوب للمدين ادى الى استحالة التنفيذ . وهذا الامر قد يكون قوة

٢٩- حسن علي الذنون ، المرجع السابق ص١٩٠ .
٣٠- عبدالحميد الشواربي ، المشكلات العملية في تنفيذ العقد ، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٧ ص٨٨ .
٣١- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الاول لسنة ١٩٨٨ ص٤٦ .
٣٢- قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ١١٣٠/م٢ منقول/١٩٨٨ في ١٩٨٨/٦/٨ بانه ((لاضرورة لاعذار المدين اذا اصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا غير ممكن بفعل المدين اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل وكان لابد ان يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون يتم عملا بنص المادة ١/٢٥٨ من القانون المدني)) . منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني لسنة ١٩٨٨ ص١٩ .
٣٣- السنهوري ، الوسيط ج١ ص٧٢٥ .

قاهرة او حادثا فجائيا او فعل المدين ذاته . والقاضي في هذه الاحوال يقدر شروط قيام السبب الاجنبي وهي :

١- ان يكون مستحيل التوقع .
٢- ان يكون مستحيل الدفع .
٣- الا يكون نتيجة فعل المدين او يقترن بخطأ منه .
٤- ان يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة .

فاذا قدر القاضي ان هذا السبب الاجنبي كان يمكن دفعه ولو بتحمل خسارة جسيمة من قبل المدين ، فانه يحكم ببقاء العقد قائما وملزما مع تعديل التزام المدين الى الحد المعقول الذي تقضي به قواعد العدالة استنادا لنظرية الظروف الطارئة . فلو ان تاجرا تعهد بتوريد سلعة معينة كان يستوردها من احدى الدول الا ان تعرض هذه الدولة الى زلزال او حرب طاحنة جعلت من المتعذر عليه استيراد هذه السلعة من هذه الدولة فان ذلك لا يعتبر سببا اجنبيا اذ بامكانه استيرادها من دولة اخرى ولو كان من شأن ذلك ارهاق المدين (التاجر) بزيادة المصاريف . فهنا يمكن اعتبار الزلزال او الحرب ظرفا طارئا يمكن على هديه تعديل اثار العقد لاعادة التوازن الاقتصادي لهذا العقد . لكن لا يمكن اعتباره سببا اجنبيا يؤدي الى فسخ العقد بحكم القانون [٣٤] .

وبهذا الصدد اعتبرت محكمة التمييز بان القرار الصادر من جهة رسمية بمنع مزاولة العمل الذي التزم المدين بتنفيذه بموجب العقد سببا اجنبيا يجعل تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا ، اذ قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٢٧/مدنية ثانية/١٩٧٤ والمؤرخ في ١٩٧٤/٧/٢٣ بانه ((ان منع المدعى عليه من مزاولة حق عرض الاعلانات التجارية على شاشة السينما بموجب كتاب وزارة الاعلام يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لسبب اجنبي لا يد للمدعى عليه فيه ويعفي من التعويض الاتفاقي)) [٣٥] .

وقضت محكمة التمييز ايضا في قرارها المرقم ٢٦٢/موسعة اولى/٨٥-٨٦ والمؤرخ في ١٩٨٦/٤/٢٩ بانه ((للمستأجر الحق بطلب فسخ عقد الايجار اذا كان العقد معلقا على شرط الحصول على موافقة جهة رسمية ولم تتحقق تلك الموافقة)) [٣٦] .

ان استحالة التنفيذ لسبب اجنبي تؤدي الى انفساخ العقد وبالتالي ينقضي التزام المدين بدون الزامه بتعويض الدائن .

٣٤- المستشارين محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين ، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨٨ ص٣٤-٣٥ .

٣٥- النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ص٣٦ .

٣٦- مجموعة الاحكام العدلية ، العددان الاول والثاني لسنة ١٩٨٦ وبنفس هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية في ١٩٦٩/٣/١٣ بانه ((اذا كان الثابت ان التزام البائع بنقل ملكية القدر المبيع الى المشتري قد اصبح مستحيلا بسبب الاستيلاء عليه لدى البائع تنفيذا لقانون الاصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فان مقتضى هذه الاستحالة ان ينفسخ العقد وان يلزم البائع وورثته من بعده برد الثمن تطبيقا للمادة ١٦٠ من القانون المدني اذ الغرم يقع على البائع نتيجة تحمله تبعة انقضاء التزامه)) . نقلا عن المستشارين محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين ، المرجع السابق ص٣٧ .

الخاتمـــة

نورد في ختام هذا البحث استعراضا لأهم النتائج والافكار التي تم التوصل اليها وذلك مـــن خلال النقاط الآتية :

أولا : ان القاضي وإن لم يتمتع بنفس السلطة التقديرية الواسعة التي يملكها في الفسخ القضـــائي إلا ان ذلك لا يعني ان دور القاضي في الفسخ الاتفاقي دورا سلبيا بل يبقى للقاضي دور ايجـــابي وان كان أقل مدى من دوره في الفسخ القضائي . ويتمثل هذا الدور في قيام القاضي ، بناء على طلـــب المدين ، بالرقابة التامة للتأكد من تحقق شروط الفسخ الاتفاقي ، والرقابة على اعادة الحالة الى مـــا كانت عليه قبل التعاقد بعد فسخ العقد . فرقابة القاضي في الفسخ الاتفاقي ليست رقابة على عدالـــة ايقاع الفسخ انما هي رقابة على شرعية الفسخ .

ثانيا : بصدد الاقالة تبرز سلطة القاضي من خلال تقدير مدى توفر شروط الاقالة لكي يكيف فـــي ضوء ذلك طبيعة التصرف الذي تم بين المتعاقدين ، هل هو إقالة أم لا ؟

ثالثا : في الفسخ القانوني ، اذا كانت استحالة التنفيذ ترجع الى خطأ المدين ، فانها لا تـــؤدي الـــى فسخ العقد تلقائيا بل يبقى العقد قائما يجوز للدائن الاستناد اليه لمطالبة المدين بالتعويض عن عـــدم تنفيذ التزامه على اساس المسؤولية العقدية كما بامكان الدائن في هذه الحالة ان يطلب فسخ العقد بدلا من المطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية العقدية ، ولا يستطيع القاضي في هذه الحالـــة منـــح المدين مهلة للوفاء ، بل عليه ان يستجيب لطلب الدائن ويفسخ العقد .

رابعا : اذا كانت استحالة التنفيذ بسبب اجنبي تؤدي الى انفساخ العقد دون حاجة الى حكم قضـــائي ، فان تدخل القاضي ضروري لتقدير ما اذا كانت استحالة التنفيذ راجعة فعلا الى سبب اجنبي .

وأخيرا نسأل الله عز وجل ان يحقق هذا البحث الغاية المرجوة منه والله ولي التوفيق .

المصادر

أولا : الكتب

١-د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، مطبعة النهضة ، القاهرة ١٩٤٦ .

٢-د. سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني ، -٢- في الالتزامات ، المجلد الاول ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، ط٤ ، مؤسسة روز اليوسف ، القاهرة ١٩٨٧ .

٣-د. عبدالحميد الشواربي – المشكلات العملية في تنفيذ العقد ، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٧.

٤-د. عبدالرزاق احمد السنهوري – نظرية العقد ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة ١٩٣٤ .

– الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النهضة العربية ، مطبعة روز اليوسف ١٩٦٤ .

٥-د. عبدالمجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج١ مصادر الالتزام ط٣ شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ١٩٦٩ .

٦-د. عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير – الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ١٩٨٦ .

٧-د. غني حسون طه – الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، بغداد ١٩٧١ .

٨-د. محمد زكي عبدالبر – العقود الناقلة للملكية في الفقه الحنفي ، ج١ ط١ ، نشر دار الثقافة ، قطر ١٩٨٦ .

٩-محمد محمود المصري ومحمد احمد عابدين – الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨٨ .

١٠- د. محمود جمال الدين زكي – الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، ج١ ، القاهرة ١٩٧٦ .

ثانيا : الابحاث والمقالات

١-د. احمد جلال الدين عبدالرزاق – الشرط الفاسخ في عقد الايجار بين قضاء الموضوع والقضاء المستعجل ، مجلة ادارة قضايا الحكومة المصرية ، السنة ١٤ ، العدد ٣ ، ١٩٧٣ .

٢-د. عبدالحي حجازي – مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم القانونية الصادرة عن جامعة عين شمس ، السنة ١ ، العدد ١ ، ١٩٥٩ .