انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي

(دراسة تحليلية معززة بالتطبيقات القضائية)

أ.م.د. بيرك فارس حسين الجبوري
مدرس القانون المدني
كلية القانون – جامعة تكريت

السيد عواد حسين ياسين العبيدي
قاضي منتدب/ هيئة دعاوي الملكية
فرع كركوك الثاني

المقدمة

الاصل ان المرء ملزم بالتصرفات التي يبرمها مع الافراد في تعهداته وافعاله اتباعا لقوله تعالى (واوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا)(١)، والالتزام بالوفاء بالعهد هو التزام اخلاقي قبل ان يكون التزاما قانونيا لان الوفاء بالعهد هو امر يفرضه الالتزام الاخلاقي والسلوك الحسن وبالشكل الذي ينسجم مع مبدا حسن النية واستقرار المعاملات بين الافراد.

الا ان الوفاء بالعهد ليس التزاما مطلقا فقد يعترض تنفيذ الالتزام عقبات او تطرأ اثناء تنفيذه استحالة خارجة عن ارادة الانسان تحول دون ان يبلغ الالتزام مداه المرسوم له وتكون هذه الاستحالة او العقبة خارجة عن طاقة الانسان وهنا فان دواعي العدالة تقتضي بانه (لا التزام بمستحيل) ولا التزام خارج طاقة الانسان وهذه الحقيقة اكدها الشارع الكريم في كتابه العزيز قال تعالى (ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به) (٢).

ان انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب لا يد للمدين فيه يجعل من وجود مثل هذه الاستحالة او ما يعرف بالفقه القانوني (بالسبب الاجنبي) سببا لانقضاء الالتزام، ومن هذا المنطلق اثرنا اختيار موضوع هذا البحث والموسوم (انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي) مع الوقوف عند موقف القضاء العراقي منه لذا لا بد ان

١- سورة الأسراء/ الآية (٣٤).

٢- سورة البقرة/ الآية (٢٨٦).

نبين اهمية هذا الموضوع وهدف الدراسة ومنهج البحث وخطة البحث وهذا ما سنتناوله تباعا.

اولا : اهمية موضوع الدراسة:

لقد ورد مصطلح السبب الاجنبي في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ في مواطن عدة منها المادة (١٦٨) في ضمان العقد والمادة (٢١١) في الاحكام المشتركة للأعمال غير المشروعة وفي المادة (٤٢٥) في الفصل الثالث انقضاء الالتزام وهذا الامر يجعل الحاجة ملحة لغرض التصدي لمصطلح (السبب الاجنبي) والتعريف به واهميته والاثار التي تترب عليه.

ثانيا: هدف الدراسة.

ان هدف الدراسة هو تناول احد اسباب انقضاء الالتزام ومحاولة معرفة المعايير التي يمكن اعتماد لاعتبار انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي وذلك من خلال تحليل النصوص وتأصيلها والاطلاع على اراء فقهاء القانون بهذا الخصوص والاسترشاد بقرارات المحاكم التي لها دور مهم في انضاج الفكر والوصول الى الحلول العملية الهادفة.

ثالثا: منهج الدراسة.

غنى عن البيان ومن خلال الوهلة الاولى للاطلاع على عنوان الدراسة والموسومة (انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي) نجد انفسنا امام احد المواضيع القانونية لذا فان منهج البحث الانسب لتناول هذا الموضوع هو المنهج القانوني التحليلي المبني على تحليل النصوص القانونية واستقراء الاحكام القضائية ومن ثم اعتماد المنطق القانوني السليم الذي يؤدي الى ربط المقدمات بالنتائج ومحاولة الخروج بحلول ومقترحات تجسد اهمية هذا الموضوع الحيوي والذي له انعكاساته على الحياة القانونية العملية اثناء تطبيق القانون في مختبر الحياة، كما سيتم اعتماد المنهج التطبيقي بالوقوق على موقف القضاء العراقي من الموضوع ومن ثم تحليله.

رابعا:- خطة البحث

قسمنا هذه الدراسة الى مقدمة ومبحثين وهي:

المبحث الاول :التعريف بالسبب الاجنبي.

المبحث الثاني :شروط انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي والاثار المترتبة على ذلك.

ثم اعقبنا المبحثين بخاتمة حَوَت على اهم نتائج الدراسة والمقترحات.

ولا ندعو باي حال من الاحوال لهذه الدراسة الكمال فالكمال لله وحده فان اصبنا فمن الله وان اخطأنا فمن انفسنا والله وحده الهادي للصواب.

المبحث الاول

التعريف بالسبب الاجنبي

ان السبب الأجنبي من الموضوعات التي شغلت حيزا ليس بالقليل لوروده في العديد من النصوص القانونية وكذلك كان محل اهتمام الفقهاء القانونيين والفقهاء المسلمين، كما انصب اهتمامهم على مصطلحات أخرى عادة ما يتم ايرادها بصورة تكاد تكون مرادفة للسبب الاجنبي يتمثلان بـ(القوة القاهرة او الحادث الفجائي) والوقوف على شروطهما، وكان للقضاء العراقي موقف في معالجة الغموض والنقص التشريعي في هذا الموضوع يجب الوقوف عنده، استنادا الى ما تقدم فسيتم تناول هذا المبحث مطالب ثلاثة، نخصص المطلب الاول للتعريف بالسبب الاجنبي في القانون والفقه الاسلامي ونخصص المطلب الثاني للتعريف بالقوة القاهرة او الحادث الفجائي، في حين سيكون المطلب الثالث للوقوف على موقف القضاء العراقي من انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي.

المطلب الاول

التعريف بالسبب الاجنبي في القانون والفقه الاسلامي

سنتناول هذا المطلب التعريف بالسبب الأجنبي في كل من القانون وكذلك تعريفه في الفقه الإسلامي وذلك سيكون في فرعين، نخصص الفرع الاول للتعريف بالسبب الاجنبي في القانون ونخصص الفرع الثاني للتعريف بالسبب الاجنبي في الفقه الاسلامي.

الفرع الاول

التعريف بالسبب الاجنبي في القانون

بادئ ذي بدء سوف نقوم باستعراض النصوص التي ورد بها مصطلح (السبب الاجنبي) [١] فقد نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على انه (اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له

(١) المحامي سلمان بيات، القضاء العراقي، الجزء الاول، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٢، ص١٨٥.

فيه، وكذلك الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه) [١]، كما نصت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي على انه :(اذا أثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك)، ونصت المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي على انه: (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه)[٢].

واوضحت المناقشات التي دارت بين لجنة مشروع القانون المدني العراقي مفهوم عبارة (السبب الاجنبي الذي لا يد له فيه) الوارد في هذه المادة هو اما ان يكون :[٣].

١- القوة القاهرة او الحادث الفجائي وهما شيء واحد اذا نظر اليه من حيث لا يمكن دفعه فهو (قوة قاهرة) واذا نظر اليه من حيث لا يمكن توقعه فهو (حادث مفاجئ).

٢- خطأ الدائن.

٣- خطأ الغير أي شخص غير الدائن والمدين.

وخطأ الغير في نطاق انقضاء الالتزام يمكن توضيحه بانه (يرتكب الغير خطأ اذا انحرف عن سلوك الشخص المعتاد وهو ينحرف عن هذا السلوك اذا علم بوجود العقد وتصرف بصورة تحول دون تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد ،...)[٤].

---

(١) ان المصدر لهذه المادة هو (المادة ٢٩٣) من المشروع المصري والمادة (١٠٨) من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني، وتقابل (٢١٥) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والمادة (٢١٦) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩، لاحظ سلمان بيات، مصدر سابق، ص٤٢٢.

٢) ومصدر هذه المادة هي المادة (٥١٢) المشروع المصري، وتقابل المادة (٣٧٣) مدني مصري والمادة (٣٧١) مدني سوري .

(٣) ضياء شيت خطاب واخرون، القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ مع مجموعة الاعمال التحضيرية، الجزء الثاني، مطبعة الزمان بغداد، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ص٢١٧.

(٤) د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، عمان، الاردن، ٢٠٠١، ص٣٠٩.

وحيث ان المقرر ان اركان المسؤولية التعاقدية ثلاثة هي: خطأ من المدين وضرر على الدائن وعلاقة سببية بين هذا وذاك يضاف اليها شرط رابع اجرائي هو الاعذار، والاعذار هو تنبيه المدين الى انه متأخر في التنفيذ تأخر يرتب عليه القانون بعض الاثار، فاذا ما اراد المدين ان يتخلص من المسؤولية فان عليه ان يقيم الدليل على توافر السبب الاجنبي[١].

فالسبب الاجنبي هو الحادث الفجائي (cas fortuit) او القوة القاهرة (force majeure) أو فعل الغير (fait d'untiers)، فإذا كانت الاستحالة راجعة الى سبب اجنبي فان الالتزام ينقضي اصلا، ولا يقتصر الامر فيه على ان يتحول محله الى تعويض، فالتعويض لا يكون مستحقا ما دامت استحالة التنفيذ ترجع الى سبب اجنبي ولا ترجع الى خطا المدين[٢].

نخلص مما تقدم ان السبب الاجنبي هو القوة القاهرة وهي امر لا يمكن دفعه او حادث فجائي من حيث لا يمكن توقعه أو خطأ الدائن وفعل الغير اذا ترتب عليهما استحالة التنفيذ فان السبب الاجنبي على وفق المفهوم المتقدم يكون سببا لانقضاء الالتزام.

اما اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها وترتب على حدوثها جعل الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، فهنا يُلجأ الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على وفق الشروط الواردة في المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي لكون الظروف الاستثنائية التي تطرأ اثناء تنفيذ الالتزام وتجعله مرهقا وليس مستحيلا لها احكام خاصة في القانون المدني العرقي[٣].

---

(١) د. حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، نظرية العقد، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٦، ص١٠٥-١٠٦.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاصلية الجديدة، بيروت لبنان، ٢٠٠٠، ص٩٨٦.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي بتطبيقها، منشورات وزارة العدل، الدائرة القانونية، بغداد ١٤١٣هـ- ١٩٩٣، ص١٤.

الفرع الثاني

التعريف بالسبب الاجنبي في الفقه الاسلامي

عند البحث في امهات المراجع في الفقه الاسلامي عن السبب الاجنبي كسبب لانقضاء الالتزام لابد من الاشارة اولاً ان منها ما يفرق بين (الالزام والالتزام) وتسعى الى توضيح معناه هذا من جهة، ومن جهة اخرى فان السبب الاجنبي بالوصف الذي يؤدي الى انقضاء الالتزام ورد تحت مصطلحات فقهية متعددة، وعليه سنتناول ما تقدم تباعا في المقصدين الآتيين.

المقصد الاول

التمييز بين الالزام والالتزام

الالزام مصدر الفعل الزم المعتدي بالهمزة واصله لزم شيء يلزم لزوما ولزما ولزامه ولزمه ولزمانا أي ثبت ودام[١] قال تعالى (فقد كذبتم فسوف يكون لزاما) [٢] وفي الحديث الشريف عن النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) قال : الله مع القاضي مالم يجر، فاذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان[٣] ويتعدى الفعل لزم بالهمز فيقال: الزمه أي اثبته وادامه والزمه به جعله يثبت عليه ويدوم ومنه قولك: الزمته المال والعمل فالتزمه أي اوجبته عليه فصار واجبا ثابتا[٤].

وفي السنة المطهرة ما يدل على ان من معاني الالزام اللزوم والثبات كقوله (صلى الله عليه وسلم) (من اراد بحبوحة الجنة فليزم الجماعة) [٥].

اما تعريف الالزام فقهاً: فهو الايجاب على الغير بحق من ذي سلطة شرعية وحملة على فعل امر والامتناع عنه[١].

---

(١) الامام ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث، الطبعة الرابعة، دار صادر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥، ص١٩٥.

(٢) سورة الفرقان الآية (٧٧).

(٣) محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، باب ما جاء في الامام العادل حديث (١٣٤٥) الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٠، ص٣٩٥.

(٤) ابن منظور، المصدر السابق، ص١٩٦.

(٥) الترمذي، سنن الترمذي، باب في لزوم الجماعة حديث (٢٢٥٤،٣/٣١٥.)

اما الالتزام لغة: الاعتناق واصله من لزم بمعنى ثبت ودام فهو والالزام من مادة واحدة، ويقال التزم الشيء او الامر: اوجبه على نفسه، والتزامه أي اعتنقه فهو ملتزم، والتزمه بمعنى جعلته في عنقي فمعنى الالتزام الزام الشخص نفسه مالم يكن لازما له[٢].

اما تعريف الالتزام اصطلاحا فهو (الزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً او معلقاً على شيء بمعنى العطية وقد يطلق في العرف على ما هو اخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف اليوم) [٣].

وعلى الرغم من المادة اللغوية لكل من الالزام والالتزام واحدة وهي مادة (لزم) التي تدل على الثبات والدوام ومصاحبة الشيء بالشيء، الا ان الفقهاء المسلمون فرقوا بين كل من الالتزام والالزام وميزوا بين دلالة كل منهما عند بيانهم لمعنى الذمة وتعريفهم لها، فبناء على تعريف الالتزام بالمعنى الاعم وهو انه ايجاب الانسان امرا على نفسه اما باختياره وارادته من تلقاء نفسه واما بالزام الشارع له فيلتزمه، مما تقدم فالالتزام في هذه الحالة يعد اثرا للإلزام، فالإلزام اثر عام لجميع العقود بلا استثناء، فما من عقد صحيح الا وهو ينشئ التزاما معينا على احد عاقديه، او التزامات متقابلة معنية بينهما موزعة عليهما هي من الاثار الخاصة للعقد، بحسب موضوعه والشروط التي يتفق عليها عاقداه ضمن الحدود الجائزة شرعا [٤].

---

(١) د. وليد خالد الربيع، الالزام في التصرفات المالية في الفقه الاسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، الاردن ١٤٢٧هـ-٢٠٠٧م، ص٣٢.

(٢) ابن منظور، المصدر السابق، ص١٩٥.

(٣) محمد بن محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الاسلامي، ١٩٨٤، ص٦٨.

(٤) للتفاصيل لاحظ، د. وليد خالد الربيع، الالزام في التصرفات المالية في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص٤٤-٤٥. وكذلك د. مصطفى احمد الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الاول، المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، حلب، ١٣٨٠هـ-١٩٦١، ص٤٣٤-٤٣٥.

المقصد الثاني

تعريف السبب الاجنبي في الفقه الاسلامي

عند الكلام عن السبب الاجنبي في الفقه الاسلامي فانه ترد بغزارة مصطلحات (القوة القاهرة) او (الحادث الفجائي) وذهب بعض الفقهاء الى التمييز بين (القوة القاهرة) و (الحادث الفجائي) الا انهم لا يتفقون على فيصل التفرقة فيما بينها، فمنهم من يقول ان القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه اما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه فيكفي اذن ان يكون الحادث مستحيل الدفع او ان يكون غير ممكن التوقع ولا يلزم اجتماع الخصيصتين، ومن الفقهاء من يسلم بوجوب اجتماع الخصيصتين ولكن يميز في خصيصته استحالة الدفع بين ما اذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد (القوة القاهرة) او نسبية فيوجد الحادث الفجائي ولكن هذا التمييز لا يقوم على اساس صحيح اذ الاستحالة في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي يجب ان تكون استحالة مطلقة، ومن الفقهاء من يقيم التمييز على اساس اخر فيجعل كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي حادثا مستحيل الدفع غير ممكن التوقع ولكن القوة القاهرة تكون حادثا خارجيا عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كعاصفة او زلزال والحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته كانفجار الة او انكسار عجلة، ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق المسؤولية اما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته، وهذا الراي لا يجوز التسليم به ايضا لان من المسلم به ان كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي تنعدم به الرابطة السببية[١].

والصحيح ان القوة القاهرة والحادث الفجائي شيء واحد واذا كان التعبيران مختلفين فان احدهما يكمل الاخر، فالقوة القاهرة تبرز خصيصة استحالة الدفع والحادث الفجائي يبرز خصيصة عدم امكان التوقع[٢].

كما يرد في الفقه الاسلامي مصطلح (الآفة السماوية) وهي من الظروف الطارئة الخارجة عن ارادة المدين وبدون خطا منه مما تقتضي الترفق بمصطلح (الجائحة) ففي الحديث الشريف (ان بعت من اخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المجلد الثاني، الجزء الخامس، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، لبنان، ص١٢٨-١٢٩.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص١٢٨-١٢٩.

لك ان تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال اخيك بغير حق؟) فمصطلح (الافة السماوية) في نصوص الفقه الاسلامي يقابل مصطلح (القوة القاهرة) [١].

والجوائح لغة: جمع جائحة وهي مأخوذة من الجوح وهو الهلاك والجوائح اما اصطلاحا: فهي كل امر سماوي لا صنع للآدمي فيه من ريح او برد او جراد اهلك نباتا او ثمرة[٢].

وعند التمعن في المصطلحات التي اوردها الفقهاء المسلمون مثل (الافة السماوية) و(الجائحة) والقوة القاهرة والحادث الفجائي حسب تعبير فقهاء القانون نجد انها يجمعها مصطلح عام مرن هو (السبب الاجنبي) وان ترادفت المصطلحات واختلفت الالفاظ الا انه يمكن وضعها تحت مصطلح عام هو (السبب الاجنبي) الذي يوحدها في المعنى والاثر المترتب على حدوث (السبب الاجنبي) من انقضاء التزام المدين ان كانت هناك استحالة في تنفيذ الالتزام بالسبب الاجنبي وانقاص الالتزام ان كان فيه ارهاق للمدين وعدم استحالة تنفيذ الالتزام.

المطلب الثاني

التعريف بالقوة القاهرة والحادث الفجائي

تعد القوة القاهرة والحادث الفجائي من المصطلحات التي لا يكاد يمر ذكر السبب الأجنبي بمعزل عنهما كما تبين لنا في المطلب السابق، وهذا يقتضي دراستهما بعد ان تم التعريف بالسبب الأجنبي، لذا سيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، الفرع الاول لتعريف القوة القاهرة والحادث الفجائي في حين سيكون الفرع الثاني لشروط القوة القاهرة والحادث الفجائي.

---

(١) ينظر، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٤٠٠-٤٠١. وكذلك فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، بغداد، ١٩٦٩، ص٤٥-٤٧. د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص١٧٧.

(٢) د. محمد بن راشد بن علي العثمان، بيع العقار والثمار في الفقه الاسلامي (بحث مقارن)، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، ١٤١٧هـ-١٩٩٦، ص٣٣٣ والمصادر التي اشار اليها.

الفرع الاول

تعريف القوة القاهرة والحادث الفجائي

لقد سبق القول عند الكلام حول القوة القاهرة او الحادث الفجائي ان الراي الراجح ان القوة القاهرة والحادث الفجائي هما شيء واحد على الرغم من كون التعبيرين مختلفين فان احد همها يكمل الاخر، فالقوة القاهرة تبرز خصيصة استحالة الدفع والحادث الفجائي يبرز خصيصة عدم امكان التوقع(١).

وعلى هذا الاساس استقرت الرأي في فرنسا على عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، الا ان هذا لا يمنع من ذهاب بعض الفقهاء الى الاتجاه نحو التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي على الرغم من اختلافهم على الاساس الذي تكون عليه التفرقة.

فالبعض يرى ان القوة القاهرة هي حادث خارجي كصاعقة تنقض او عاصفة تهب او حرب تشب، اما الحادث الفجائي فهو امر داخلي كامن في نفس الشيء كالات تنفجر في مصنع ومواد قابلة للالتهاب تلتهب وقطار يخرج عن الشريط، ويرى فريق آخر ان القوة القاهرة تسبب استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة، اما الحادث الفجائي فيسبب استحالة نسبية أي ان هذا المدين بالذات لا يستطيع القيام بالالتزام وان كان غيره لو وجد مكانه يستطيع ذلك، ويقول فريق ثالث ان القوة القاهرة هي حادث يؤدي بنفسه الى استحالة التنفيذ اما الحادث الفجائي فحادث لا يؤدي الى استحالة التنفيذ الا بالنسبة للظروف المحيطة به(٢).

ومن الجدير بالإشارة من خلال تدقيق النصوص الواردة في الفقه الاسلامي ان مصطلح (الآفة السماوية) هي تقابل ما متعارف عليه بمصطلح (القوة القاهرة) ومن التطبيقات التي وردت في نصوص الفقه الاسلامي للآفة السماوية، (والجائحة) وهي ما تصيب الثمرة من السماء وهلاك الشاة بآفة سماوية وأكل الذئب للغنم بشرط ان يتعدد الذئب اما الواحد فيمكن للراعي مقاومته، والحريق الغالب وغرق السفينة وامر السلطان وسقوط الآنية بغير فعل المدين وانزلاق الحيون والبرد والقحط والعفن والعطش، اما اذا احرق احد زرعه ولم يتخذ ما يتوجب لدرء الحريق عن زرع جاره، فان الرأي الراجح ان هذا الشخص ضامن للضرر الذي يحدثه لزرع جاره مالم يثبت الشخص ان الحريق كان بآفة

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المجلد الثاني، المصدر السابق، ص١٢٨.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، لبنان ١٩٩٨، ص٩٦٧-٩٦٨ والمصادر التي اشار اليها.

سماوية كالصاعقة، فحرق الشخص لزرعه هو تصرف جائز الا انه يرد عليه قيد أن لا يلحق ضررا بالغير، فالأصل ان تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره[١].

الفرع الثاني

شروط القوة القاهرة او الحادث الفجائي

بعد البحث والتدقيق والتحقيق في اقوال الفقهاء يمكن استخلاص الشروط الواجب توافرها بالقوة القاهرة او الحادث الفجائي اللذان هما شيء واحد على الراي الراجح فقها وان الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة للاعتداد بها يمكن ارجاعها الى شرطين اساسين هما[٢].

اولا:- عدم امكانية التوقع.

يجب ان يكون الامر مما لا يمكن توقعه اما اذا كان في الوسع توقعه كما اذا كان يقع في بعض الاحيان، كتفشي دودة القطن فلا يعد قوة قاهرة او حادثا فجائيا، اذ يتعين على المدين توقعه ويقدر عدم التوقع تقديرا مجردا لا شخصيا أي يجب ان لا يتوقعه الرجل العادي، شخص مجرد معتاد اليقظة والحرص متواجد في الظروف الخارجية ذاتها والعبرة في تقدير امكان التوقع هي بوقت ابرام العقد.

ثانيا/ عدم استطاعة الدفع.

يجب ان يكون الامر لا يستطاع دفعه، فلا يعد قوة قاهرة اذا استطاع المدين ولو بتضحيات بالغة تنفيذ التزامه رغم وقوعه ولا يثبت الامر وصف عدم امكان التوقع وتبعا له لاتعد القوة قاهرة الا اذا ترتب عليها استحالة مطلقة لتنفيذ الالتزام، والعبرة بمعيار الرجل العادي في تقدير عدم استطاعة الدفع كعدم امكان التوقع اذ العبرة فيه بشخص المدين وظروفه الخاصة ولا يكفي في الاستحالة ان تكون نسبية بمعنى خاصة بالمدين، بل يتعين لتقوم القوة القاهرة ان تكون الاستحالة

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المجلد الثاني، الجزء الخامس، مصدر سبق ذكره، ص١٧٧، د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، الاعادة السابعة، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، دار الفكر، دمشق، سورية، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦ ،غياث الدين ابن محمد غانم بن محمد البغدادي (المتوفي بعد سنة ١٠٢٧هـ) مجمع الضمانات، تحقيق عمرو سيد شوكت، دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥، ص٢٩٠.

(٢) ينظر:- د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة) نشر وتوزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٢٢٣-٢٢٤ والمصادر التي اشار اليها.

مطلقة بمعنى عامة او مستقلة عن المدين وقدرته الشخصية، والاستحالة قد تكون مادية كهلاك الشيء الذي تعهد المدين بإعطائه او صدور تشريع يمنع التعامل في مادة معينة او يجعلها حصرا لدوائر الدولة، ويجوز ان تكون الاستحالة معنوية كموت شخص عزيز على المدين يجعل تنفيذ التزامه بالغناء في حفلة او اجراء عملية جراحية مستحيلا معنويا، ويضاف الى كل ما تقدم ان لا ينسب الامر الى المدين أي يجب ان لا يكون للمدين يد فيه أي الا يكون نتيجة فعله والا يسبقه او يقترن به اخلال من جانبه.

ومن التطبيقات القضائية حول القوة القاهرة ما ذهبت محكمة التمييز في العراق في احد قراراتها[١] الى (... ان هطول الامطار وبصورة مستمرة هو الذي تسبب في انجراف الاخشاب والاتربة الموجودة من داخل الوادي وتسرب منها الى البستان العائد للمدعين ولما كان الامر المذكور وهو الفيضان لا دخل للمميزين في حصوله وقد حدث نتيجة قوة قاهرة فلا يسال عنه المميزان قانونا ... وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٨٤/٥/٣٠).

المطلب الثالث

موقف القضاء العراقي من انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي

ان القانون روح قبل ان يكون حرفاً ومعنى قبل ان يكون لفظاً، فالقاضي هو الذي يحول النصوص القانون الجامدة الى حقائق تنبض بالحياة[٢] لأن تطوير القانون من قبل القاضي يكون في الملائمة بين مضمون القاعدة القانونية وبين التطورات الاجتماعية التي تواجه المجتمع، وقد اسماها الفقه القانوني (سلطة تجديد الشباب)، وتجديد شباب القاعدة القانونية يعني احياءها حتى تتلاءم مع مقتضيات العصر ذلك ان شيخوخة القانون تؤدي الى عزل القانون عن المجتمع[٣].

لذا فان عزل القانون عن الحياة الواقعية والنظر الى النصوص القانونية على انها كل قائم بذاته هو ما يسمى بظاهرة (الفصام بين القانون والمجتمع) ويترتب

---

(١) القرار ٣٦٥/ هيئة موسعة / ١٩٨٢ في ١٩٨٤/٥/٣٠ القرار منشور في مجموعة الاحكام العدلية الاعداد (١،٢،٣،٤) لسنة ١٩٨٤، ص١٦-١٧

(٢) ضياء شيت خطاب، رسالة الى القضاء، مقال منشور في مجلة العدالة العدد الثالث (تموز، آب، ايلول)، بغداد، ٢٠٠١، ص٨.

(٣) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المصدر السابق، ص٧٥.

على ذلك كثرة التعديلات القانونية على نحو يكشف مدى قصورهم المشرع للواقع الاجتماعي [١]، وهذه الحقيقة هي مشخصة بالفقه الاسلامي واعطي الفقه الاسلامي للقاضي سلطة في عملية الملائمة والموائمة بين النص التشريعي والوقائع العملية المستجدة، وان يكون لدى القاضي معيار مرن يسعى جاهدا الى معالجة المسألة ويجبر الضرر الذي لحق بأصحاب العلاقة على وفق المفاهيم الاسلامية العريقة وبالشكل الذي يحقق اقصى درجة من درجات العدالة[٢].

وقد جاء قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ بمبادئ واهداف جديدة ومتطورة، ومن هذه الاهداف توسيع سلطة المحكمة في استكمال قناعتها ومن ثم على وفق هذه القناعة تربط الدعوى بالحكم المناسب على وفق القانون، وقد ذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها الى مبدأ مفاده[٣] (حيث ان للمحكمة سلطة واسعة في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا الى الحكم العادل وهي ملزمة بتحري الوقائع لاستكمال قناعتها استنادا لنص المادتين (١و٢) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩)، ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية والتي ومن خلال هذه الاحكام يمكن استخلاص موقف القضاء العراقي من انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي فقد عدت محكمة التمييز **منع السلطة للأفراد في التصرف بالعقارات الممنوحة لهم سببا اجنبيا** له اثره في انقضاء الالتزام وعدم الحكم بالتعويض على الطرف المخل، وهذا ما جاء بقرار المحكمة في احدى الدعاوي، حيث ذهبت محكمة التمييز بقرارها[٤] الى (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية فتقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك انه بعد تأييد من صورة السجل العقاري المبرزة للعقار موضوع الدعوى وكتاب دائرة التسجيل العقاري في التأميم المرقم ١٥٢٢٥ في ١٩٩٨/٩/٧ ان العقار موضوع الدعوى مشمول بقرار مجلس قيادة الثورة رقم

---

(١) د. ليلى عبدالله سعيد، تأثير قانون الاحوال الشخصية على نسبة الطلاق، بحث منشور في مجلة آداب الرافدين، كلية الآداب، جامعة الموصل، العدد الثامن عشر، ١٩٨٨، ص٢٩٥.

(٢) د. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، الاردن ١٤٢٧هـ-٢٠٠٧، ص٣٣٧.

(٣) رقم القرار ٨/اداري تمييز/ ١٩٩٢ في ١٩٩٢/١/٢٦ القرار منشور في الموسوعة العدلية العدد (١٢) لسنة ١٩٩٢، ص٥.

(٤) قرار محكمة التمييز في الاضبارة ٣٧٥٢/م(٢)/١٩٩٨ في ١٩٩٨/١٠/٢٥ (غير منشور)

(٩٧٢) لسنة ١٩٧٩، فانه كان عليها ان تلاحظ ان هذا القرار قد منع بيع وايجار العقار المذكور الا بعد مضي عشرين عاما على تاريخ تمليكه للمدعي وصدور الموافقة من المحافظ وان تلك المدة لم تمضي بعد وبالتالي يكون العقار المذكور غير قابل للتعامل قانونا (م.١٣) [١] من القانون المدني ويتعذر على المدعي عليه تنفيذ تعهده بنقل ملكية العقارات الى المدعي بدائرة التسجيل العقاري بسبب اجنبي لا يد له فيه فلا يسال عن التعويض من جراء ذلك حيث ينقضي التزامه (م٤٢٥) [٢] مدني لذا كان عليها رد الدعوى ... عليه قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها لملاحظة ما تقدم واصدار الحكم فيها ... وصدر القرار بالاتفاق في ٥/رجب/١٤١١ الموافق ١٠١٩٩٨/٢٥) وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراتها[٣] الى (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ... ومن خلال ما جاء بعريضة الدعوى واقوال وكيل الطرفين في الجلسة المؤرخة ٢٠٠٩/١/٢٧ ان المقاولين موضوع الدعوى تم انهائهما بسبب ظروف الحرب وما رافقها من اعمال فوضى ونهب كما ايد الشخص الثالث بأقواله المدونة في الجلسة المؤرخة ٢٠٠٨/٨/٢٦ ما ورد بالقائمة الموقعة من قبلة المبرزة في الدعوى والتي تؤيد مقتل الحراس المعينين من قبل المدعي وان الاضرار التي لحقت بالمدعي كانت بسبب الحرب والظروف الامنية التي عاشتها المنطقة وايد وكيل لا مدعي في الجلسة المؤرخة ٢٠٠٩/١/٢٧ مقتل الحارس المعين من قبل موكله والاستيلاء على المواد المطروحة في موقع العمل مما تقدم يتضح ان المادة العشرين[٤] والتي استند اليها المدعي في مطالبته من الشروط العامة للمقاولات اعمال الهندسة المدنية بقسميها الاول والثاني ولا نجد

---

(١) نصت المادة (١/١٣٠) من القانون المدني العراقي (١- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام او الآداب والا كان العقد باطلا...)

(٢) نصت المادة (٤٢٥) مدني عراقي على (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب اجنبي لا يد له فيه).

(٣) القرار ٢٩٢/ استئنافية منقول/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٤/١٩ القرار منشور في النشرة القضائية يصدرها مجلس القضاء الاعلى العدد التاسع، بغداد، كانون الاول، ٢٠٠٩، ص٣٢-٣٣.

(٤) نصت المادة (١/٢٠) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة بشقيها الاول والثاني (المادة العشرون/١) (ما لم ينص على خلافة في المقاولة على صاحب العمل ان يقدم للمقاول التسهيلات لتنفيذ الاعمال في الموقع بشكل مستمر خلال ساعات العمل الاعتيادية المتعارف عليها في المنطقة ...) ينظر:- المحامي خليل ابراهيم المشاهدي، شروط المقاولة لأعمال الهندسة بقسميها الاول والثاني ، ص٣٧.

لها مجالا للتطبيق في نطاق الحالة المطروحة وان الاضرار موضوع الدعوى التي اصابت المدعي قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد للمدعي فيها وبذلك تكون دعوى المدعي دون سند من القانون وحيث ان محكمة الاستئناف راعت ما تقدم فان حكمها المميز يكون قد جاء صحيحا قرر تصديقه ورد لائحة الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٤/ربيع الثاني/١٤٣٠هـ الموافق ٢٠٠٩/٤/١٩م) وذهبت محكمة استئناف نينوى بصفتها الاصلية في هذا الاتجاه بأحد قراراتها[١] والذي جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة ... ولهذا تولدت القناعة لدى هذه المحكمة بان حادث الحريق قد حصل بسبب اجنبي لا يد للشركة فيه ومما يعزز هذه القناعة بان الحريق الثاني قد حصل في مكان يبعد عن مكان الحريق الاولي وبعد يومين او ثلاثة ايام يرجع ان يكون الحريق قد حصل بفعل متعمد من اشخاص استغلوا الانفلات الامني الذي رافق سقوط النظام السابق في ٢٠٠٣/٤/٩ خصوصا بان التقريرين الانفي الذكر قد حصل بفعل الغير الذي يعتبر سببا اجنبيا بموجب المادة (٢١١) من القانون المدني وبما ينفي الضمان عن المستأنف عليه (المدعي عليه) ذلك ان مسؤولية الاخير في حالة تحققها انما تسمد من مدى مقصريته في حصول الحادث الذي تضرر منه المستأنف او ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية التي لا تظهر الى الوجود الا بتوفر جميع اركانها من خطا الذي يتمثل في اخلال المستأنف عليه بالتزام يفرضه عليه القانون وضرر يمس حقا من حقوق المستأنف والعلاقة السببية بينهما... وصدر القرار بالاتفاق ... وافهم علنا في ١٣/صفر/١٤٢٧هـ- الموافق ٢٠٠٦/٣/١٣)، وصدقت محكمة التمييز الاتحادية قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التميزية بموجب قرار محكمة التميز الاتحادية المرقم (١٧٢/مدينة منقول /٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٢/٢٧) [٢] وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها[٣] (لدى التدقيق والمداولة ... اما ما يتعلق بأضرار السيارة فلا يسال عنها وزير التربية لان الاضرار الحاصلة فيها كانت نتيجة تعرضها الى حادث اعتداء ارهابي اودى بحياة مدير التربية فيكون الحادث بسبب خطا الغير وصدر القرار بالاتفاق ١٣/رجب/١٤٢٨هـ الموافق ٢٠٠٧/٧/٢٩).

---

(١) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها الاصلية المرقم ٧٢/س/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/١٣ القرار (غير منشور).

(٢) القرار غير منشور.

(٣) القرار ٥٨١/ الهيئة الاستئنافية منقول/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٢٩ (غير منشور)

وذهبت محكمة التمييز الاتحادية بقرار اخر لها[١] الى (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التميز الاتحادية وجد ان طلب التصحيح واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى امعان النظر بالقرار التميزي المطلب تصحيحه والمرقم ٢٠٥٠/ مدنية ثانية/ ٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/٢/٢٨ وجد ان موضوع الدعوى ينضوي تحت احكام المادة (٢٣١) من القانون المدني والمتعلقة بالمسؤولية عن الاشياء الخطرة والتي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها وان حكم المادة المذكورة يخضع بطبيعة الحال الى الاحكام العامة للمسؤولة التقصيرية والمتعلقة بموانع تلك المسؤولية المنصوص عليها بالمادة (٢١١) من القانون المدني ومنها فعل الغير فاذا ثبت ان الضرر قد نشا عن سبب اجنبي كان مسبب الضرر غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذك ومن بين الاسباب الاجنبية حصول الضرر بتعدي من الغير أي اذا اثبت من كان تحت تصرفه الآلات او الاشياء التي تتطلب اتخاذ العناية الخاصة للوقاية من ضررها انه قد اتخذ الحيطة لمنع حصول الضرر الا انه بالرغم من اتخاذ الحيطة حصل الضرر بفعل الغير فان المسؤولية بالتعويض عن الضرر تنتفي في هذه الحالة لحصول الضرر بسبب اجنبي لا يد للشخص فيه ... وصدر القرار بالاتفاق) في ٥/محرم/١٤٢٨هـ الموافق ٢٠٠٧/١/٢٥ميلادية.

بعد هذا الاستعراض السريع لقرارات محكمة التمييز الاتحادية يتضح جليا ان موقف القضاء من انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي اخذ موقفا جديرا بالاحترام والتقدير وهو ينم عن دراية وخبرة في العمل القضائي وهو بتجاه توسيع مفهوم (السبب الاجنبي) وبشكل منصف من خلال اجراء موازنة عادلة والتحري والبحث العميق وملاحظة ظروف وملابسات كل قضية واتجاه القضاء العراقي في هذا المجال هو جدير بالثناء الخالص وتعبير حي للقضاء وهو ينشر رسالة العدالة في ارجاء المعورة.

ان الدور الذي يضطلع به القضاء انما هو تعبير حي وصادق عن فلسفة القضاء التي هي بجوهرها تهدف الى ابراز الصلة بين القانون والحياة، وكشف العلاقة بين القانون والواقع الانساني[٢].

---

(١) القرار ١١٨/الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠٦ في ٢٠٠٧/١/٢٥ (غير منشور)

(٢) ضياء شيت خطاب، رسالة الى القضاء، المصدر السابق، ص٧.

المبحث الثاني

شروط انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي والاثار المترتبة على ذلك

بعد الوقوف وبشكل جلي على المراد بالسبب الأجنبي في القانون والفقه الاسلامي، ومن ثم بيان معنى الحادث الفجائي والقوة القاهرة وشروطهما، بقي ان نبين شروط انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي وما يترتب على ذلك من آثار، وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص المطلب الاول لشروط انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي والمطلب الثاني للآثار المترتبة على انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي.

المطلب الاول

شروط انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي

ان الالتزامات بين طرفي العقد هي بلا ادنى شك متبادلة ولغرض تحقيق الغاية المنشودة من التعاقد لابد وان تأخذ مسارها بشكل طبيعي وتكون قابلة للتنفيذ بالشكل الذي يتماشى مع مبدأ حسن النية، واية ذلك ان العقود مبنية على اساس من الرضا والقبول والمعبرة عن الارادة الحرة في اتجاهها الى احداث الاثر القانوني، فاصبح مبدا الرضا في العقود اصلا مقطوعا به في كل الالتزامات باستثناء العقود التي يكون فيها احد اطرافها في مركز قانوني اقوى من الاخر ويكون الاخير مجبرا على التعاقد وهو ما يعرف عنها بعقود الاذعان.

وحرية التعاقد هي الاصل العام فللناس الحرية في ان يعقدوا من العقود ما يرون وبالشروط التي يشترطون غير مقيدين الا بقيد واحد وهي الا تشمل عقودهم على امور نهى عنها الشارع الحكيم، كان يشتمل العقد على ربا او نحوه مما حرمه الشرع الاسلامي فما لم تشتمل تلك العقود على امر محرم بنص او بمقتضى القواعد المقررة التي ترتفع الى درجة القطع واليقين فان الوفاء بها لازم، والعقد مأخوذ بما تعهد به وان اشتملت العقود على امر حرمه الشارع فهي فاسدة او على الاقل لا يجب الوفاء بالجزء المحرم منها[١].

فالعقود يجب ان لا تتعارض مع ما يسمى قانوناً ولدى الفقه القانوني بالنظام العام او الآداب العامة او الأنظمة ذات الصفة الالزامية، فطالما لم تشتمل

---

(١) الامام محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ،١٩٩٦، ص٢٢٣.

تلك العقود على امر محرم بنص او بمقتضى القواعد العامة التي ترتفع الى درجة القطع واليقين فان الوفاء بها لازم[١].

فالعقود لا بد ان تحاط بضمانات لسلامة تنفيذها والضمان في الفقه الاسلامي يقابله في اصطلاح اهل القانون المسؤولية، وتعرف المسؤولية بانها: اعتبار المعتدي او المعاقد المخل بعقده مستوجبا لسؤاله عن تعديه او خلاله اما القضاء وتضمينه جزاءه، فاذا ترتب على التعدي ضمان العقوبة كانت المسؤولية جنائية واذا ترتب عليه الضمان المالي كانت المسؤولية مالية عن التعدي واذا ترتب الضمان على العقد كانت المسؤولية العقدية[٢].

ولا يمكن لاحد العاقدين ان يتحلل من ضمان مسؤوليته في سلامة تنفيذ التزامه الا اذا ثبت ان عدم تنفيذ العقد راجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه.

وتطبيقا لضرورة تنفيذ الالتزام ما وجد الى ذلك سبيلا، ذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها[٣] الى (ان المدين يجبر على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا بمقتضى الفقرة (١) من المادة (٢٤٦) من القانون المدني، وحيث لا يوجد نص في القانون يمنع من الحكم للدائن العراقي قبل المدين العراقي بمستحقاته عينا، أي بالعملة المتفق عليها فكان على محكمة الاستئناف الحكم على المدعي عليه بتسديده الى البنك المركزي العراقي لحساب المدعي المبلغ الذي يستحقه بالدولار الامريكي ليتولى البنك التصرف في ذلك وفق القواعد النافذة).

ومن خلال ما تقدم فان المتعاقد لا يستطيع التحلل من التزامه الا اذا اثبت ان عدم تنفيذ الالتزام راجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه وحسبما ما تقضي بذلك المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي[٤]، من خلال تحليل النصوص القانونية

---

(١) د. محمود عبد المجيد المغربي، احكام العقد في الشريعة الاسلامية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٢، ص٢٩.

(٢) د. احمد فهمي او سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الاسلامية، مطبعة دار التأليف، مصر ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م، ص٨٩.

(٣) قرار محكمة التمييز ١٠٧/ هيئة عامة/ ١٩٩٨ في ١٩٩٨/٦/٢٤ منشور في الموسوعة العدلية العدد ٥٥ لسنة ١٩٩٩ ص١-٢.

(٣) والتي مصدرها المادة (٥١٢) من المشروع المصري وتقابلها في التشريعات المدنية العربية المادة (٣٧٣) من القانون المصري والمادة (٣٧١) من القانون السوري والمادة (٣٦٠) من التقنين الليبي والمادتين (٣٤٢/٣٤١) من تقنين الموجبات اللبناني لسنة ١٩٣٧ والمادة (٤٨٨) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

في التشريعات العربية المختلفة يتضح جليا ان استحالة تنفيذ الالتزام التي تقضي الالتزام ترجع الى شرطين وهما:

(١) ان يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا

(٢) ان ترجع هذه الاستحالة الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه. عليه سنتناول هذا المطلب في فرعين بتخصيص الفرع الاول للشرط الاول وهو ان يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا ويخصص الفرع الثاني للشرط الثاني ان ترجع الاستحالة الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه[١]، وهذا ما سنتناوله تباعا.

الفرع الاول

استحالة تنفيذ الالتزام

يجب ان يصبح تنفيذ الالتزام، بعد نشوئه، مستحيلاً استحالة فعلية ولا يكفي ان يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا، مادام لايزال ممكنا.

اما اذا كان هناك ارهاق في نفيذ الالتزام وتبقى مع ذلك امكانية تنفيذ الالتزام بالرغم من ان تنفيذ الالتزام يصاحب ارهاق فهنا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتدخل في انقاص الالتزام الى القدر الذي يراعي فيه ظروف المدين وبالشكل الذي ينسجم مع مقتضيات العدالة واجراء موازنة منصفة ومقبولة بين طرفي الالتزام [٢].

ان من الشروط الاساسية لأي التزام ان ينشأ ممكناً فلا تطرأ الاستحالة الا بعد نشوئه، اما اذا كان التنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلاً، فانه لا ينشأ اصلاً ولا محل للقول بانقضاء مالم يوجد وانما يكون العقد الذي رتب الالتزام المستحيل باطلا لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل، فمن شروط المحل ان يكون ممكنا

---

(١) المزيد من التفاصيل ينظر:- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص٩٨٣- ١٩٨٦. وكذلك سلمان بيات القضاء المدني العراقي، المصدر السابق، الجزء الاول، ص٤٢٢.

(٢) عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ...، المصدر السابق، ص٤٢.

اذا كان عملاً او امتناعاً عن العمل، وان يكون موجودا اذا كان عينا معينة بالذات [١].

فيجب حتى ان ينقضي الالتزام ان ينشأ الالتزام ابتداءا ممكنا ثم يطرأ عليه ما يجعل تنفيذه مستحيلاً استحالة فعلية او استحالة قانونية في الوقت الذي يجب فيه تنفيذه، فلو طرأ ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مؤقتة ما بين وقت نشوئه ووقت التنفيذ، ثم زال هذا الطارئ عند حلول ميعاد التنفيذ فاصبح تنفيذ الالتزام ممكنا في هذا الوقت فان الاستحالة السابقة التي زالت لا اثر لها في الالتزام بل يبقى الالتزام قائما واجب التنفيذ، وان مسالة استحالة تنفيذ الالتزام استحالة فعلية فهذه مسالة واقع يقدرها قاضي الموضوع تقديرا نهائيا لا معقب عليه من محكمة النقض [٢].

اما مسالة استحالة تنفيذ الالتزام استحالة قانونية فهذه مسالة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، من ذلك ان يكون المدين ملتزما بنقل ملكية ارض فتنزع ملكيتها قبل التنفيذ للمصلحة العامة فيتعذر تعذرا قانونيا تنفيذه، ومن التطبيقات القضائية ما جاء في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية والتي خلصت الى مبدأ مفاده[٣] (ان تطبيق نظرية الظروف الطارئة عند توفر ظروف وحوادث استثنائية لا يمكن توقعها عند ابرام العقد)، وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية[٤] (تغير حال قطعة الارض المطلوب ابطال تسجيلها تغيرا فعليا بسبب اجراء معاملات تصرفية وافرازات متتالية وتسجيل هذا الافراز بأسماء اشخاص عديدين وتشييد ابنية عليها كل ذلك يجعل من ابطال التسجيل فيه استحالة مادية فيصار للمتضرر حق التعويض).

---

(١) ينظر:- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الاول منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، لبنان ١٩٩٨، ص٤٦٦-٤٦٧ وكذلك السنهوري، الوسيط، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص٩٨٤-٩٨٥

(٢) تسمى محكمة النقض في العراق (محكمة التمييز الاتحادية) وتسمى في تونس دار محكمة التعقيب، وتسمى في المغرب ب (المجلس الاعلى) وتسمى في ليبيا ب (المحكمة العليا) ينظر:- ضياء شيت خطاب، محاضرات في مبادئ التنظيم القضائي في العراق، معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية، العربية، ١٩٦٨، ص٩١.

(٣) القرار ٩٩٠/ استئنافية منقول/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٩/١٧ منشور في النشرة القضائية العدد العاشر بغداد، كانون الثاني، ٢٠١٠، ص٣٣.

(٤) القرار ١١٤/ موسعة مدنية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٨/٨/٢٨ منشور في النشرة القضائية العدد الخامس، بغداد، شباط ٢٠٠٩، ص٢١-٢٢.

اما بخصوص الاستحالة القانونية فقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى مبدأ مفاده[١] (اذا استحال على احد طرفي العقد تنفيذ الالتزام عينا نتيجة حكم القانون فان هذه الاستحالة تسري على الطرفين ولا يصار الى التعويض المطالب به وفق قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ المؤرخ في ١٩٧٧/١١/٢) .

الفرع الثاني

استحالة تنفيذ الالتزام ترجع الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه

يشترط لانقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي ان تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه، فان كانت الاستحالة راجعة الى خطأ المدين لم ينقض الالتزام فقد ذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها الى التأكيد على هذا الشرط وجاء في قرارها[٢](يشترط في السبب الاجنبي المعفي من الضمان ان لا يكون للمدين يد فيه ولذلك لا يكون العداء بين عشيرة المقاول والعشيرة الاخرى التي يقع العمل في منطقتها سببا اجنبيا يعفي المقاول من الضمان بعد قبوله احالة العمل عليه ومباشرته له).

ان استحالة تنفيذ الالتزام لانقضائه يجب ان تكون بسبب اجنبي والسبب الاجنبي هو الحادث الفجائي (osfortuit) او القوة القاهرة (force majeure) وخطا الدائن (fauteducreancier) وفعل الغير (faitdutiers) فحينذاك الالتزام ينقضي اما اذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب اجنبي ولكن الدائن قد اعذر المدين قبل استحالة التنفيذ، فان الاعذار يجعل المدين مسؤولا عن استحالة التنفيذ كما لو كانت هذه الاستحالة ترجع الى خطا فلا ينقضي الالتزام بل يتحول محله الى التعويض.

---

(١) القرار في الاضبارة ١١٥٩/ حقوقية/ ١٩٨٥/٨٤ في ١٩٨٥/٤/١٦ منشور في مجلة القضاء الاعداد (الاول والثاني والثالث والرابع) بغداد، ١٩٨٥، ص٣٧٨-٣٨٠.

(١) قرار رقم ١٤٠/ موسعة أولى/١٩٨٥/١٩٨٦/ تأريخ القرار ١٩٨٦/٥/٢٨ منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العددان الأول والثاني لسنة ١٩٨٦، ص٢٦ و٢٧.

اما اذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام راجعة الى فعل المدين وبالشكل الذي فوت الغاية المرجوة من الاعذار ففي هذه الحالة لا ضرورة لإعذار المدين فقد ذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها[١] الى (ان المدعي عليه كان قد امتنع عن تسليم قطعة الارض المتعاقد عليها رغم مطالبته من قبل المدعي بذلك مما يجعل تنفيذ الالتزام تنفيذا غير ممكن بفعل المدعي عليه اضافة لوظيفة ولا ضرورة لإنذاره في مثل هذه الحالة عملا بالمادة (١/٢٥٨) من القانون المدني ويلزمه تعويض المدعي عن الضرر الفعلي المباشر الذي اصابه عند ثبوته والركون الى خبراء جدد تقديره جملة وفق اسس صحيحة وبدون مغالاة).

كما ان الالتزام ينقضي بالسبب الاجنبي اذا كانت استحالة التنفيذ راجعة الى فعل الغير ويقصد بالغير الاجنبي عن العقد الذي يكون المدين مسؤولا عنه، واذا ساهم فعل الدائن او فعل الغير مع اخلال المدين في احداث الضرر فلا يعتبر من ثم سببا اجنبيا ينفي مسؤولية المدين بل يثور البحث في اثر تعدد الاسباب التي ادت الى هذا الضرر[٢].

فقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراتها[٣] الى (الضرر الذي يحصل بسبب اجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة وفعل الغير او خطا المتضرر غير ملزم بالضمان)، وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار[٤] اخر لها (لدى التدقيق والمداولة ... ولدى امعان النظر بالقرار التمييزي المطلوب تصحيحه والمرقم (٢٠٥٠/ مدينة ثانية /٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/٢/٢٨) وجد ان موضوع الدعوى ينضوي تحت احكام المادة (٢٣١) من القانون المدني والمتعلقة بالمسؤولية عن الاشياء الخطرة والتي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها وان حكم المادة المذكور يخضع بطبيعة الحال الى الاحكام العامة للمسؤولية

---

(١) القرار (٤٢٠/ موسعة اولى/ ٩٩٨ في ١٩٩٩/٤/٢٨) منشور في الموسوعة العدلية العدد (٨١) السنة ٢٠٠١، ص٣.

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر:- عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام، المصدر السابق ص٢٢٤. صبري حمد خاطر، المصدر السابق ص٣٠٩. د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الجزء الاول، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، عمان، الاردن، ٢٠٠٨، ص٥٩٧-٥٩٩.

(٣) القرار (٣٥٣/ هيئة عامة/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٩/٢/١٠ منشور لدى القاضي سلمان عبيد عبد الله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الجزء الاول، بغداد، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩، ص٧٤-٧٥).

(٤) القرار (١١٨/ الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/١/٢٥. (غير منشور).

التقصيرية والمتعلقة بموانع تلك المسؤولية المنصوص عليها في المادة (٢١١) من القانون المدني ومنها فعل الغير فاذا ثبت ان الضرر قد نشا عن سبب اجنبي كان مسبب الضرر غير ملزم بالضمان مال يوجد نص او اتفاق على غير ذلك ومن الاسباب الاجنبية هو حصول الضرر بتعدي من الغير... وصدر القرار بالاتفاق في ٥/محرم/١٤٢٨هـ الموافق ليوم ٢٠٠٧/١/٢٥م) .

وخلاصة القول ان الالتزام ينقضي بالسبب الاجنبي عندما يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا سواء اكانت الاستحالة مادية ام قانونية وان يكون استحالة التنفيذ راجعة الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه سواء كانت قوة قاهرة ام حادثا فجائيا او خطا المتضرر او فعل الغير وعلى التفصيل الذي سبق بيانه وما عليه العمل قضاء.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي

لقد اجمع الفقه والقضاء على ان السبب الاجنبي يشمل الحادث الفجائي (astuit) والقوة القاهرة (force majeure) وفعل المصاب المتضرر (fait de lavictime) او فعل الدائن في المسؤولية العقدية وهناك خلاف فيما بينهم فيما يتعلق بفعل الغير (fait d'untiers) والراي الراجح ان الحالات المذكورة للسبب الاجنبي وردت على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر [١].

ان من اهم الآثار المترتبة على انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي هي انقضاء الالتزام وتوابعه وتحمل التبعة في العقد وفي الملك عليه سوف نتناول هذا المطلب في فرعين نخصص الفرع الاول لآثار انقضاء الالتزام وتوابعه ونخصص الفرع الثاني لآثار تحمل تبعة الهلاك في العقد وفي الملك.

---

(١) المزيد من التفاصيل ينظر. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات والفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الاول، الطبعة الخامسة، اسهم في تنقيحها وتزويدها بأحدث الآراء والاحكام الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي، المحاضر بجامعة الجزائر، ١٩٩٢، ص٤٨٥-٤٨٦ والمصادر التي اشار اليها.

الفرع الاول

اثار انقضاء الالتزام وتوابعه

يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب اجنبي انقضاء الالتزام التنفيذ قد اصبح مستحيلا والمدين غير مسؤول عن هذه الاستحالة، فلا مناص من القول بانقضاء الالتزام، وينقضي الالتزام بتوابعه وبخاصة تنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية التي كانت تثقله فاذا كان هناك رهن او حق امتياز او حق اختصاص يكفل الالتزام قبل استحالة تنفيذه فان هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الالتزام، ويجب على الدائن ان يقوم بالإجراءات الواجبة لشطب القيد الذي كان يشهر التأمينات.

واذا كان للالتزام كفيل شخصي ثم استحال تنفيذه بسبب اجنبي فانقضى وبرئت ذمة المدين منه، فان ذمة الكفيل الشخصي تبرا تبعا لبراءة ذمة المدين، وقد يكون الالتزام مترتبا في ذمة مدينين متضامنين متعددين ثم يستحيل تنفيذه بسبب اجنبي فينقضي فتبرا ذمة جميع المدينين المتضامنين، كذلك اذا كان الالتزام مترتبا في ذمة المدين لمصلحة سدد من الدائنين المتضامنين واستحالة تنفيذه لسبب اجنبي فانه ينقضي بالنسبة الى جميع الدائنين المتضامنين.

ومتى انقضى الالتزام وتوابعه، فان المدين يلتزم ان ينزل للدائن عما قد يكون له من حق او دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك، فاذا كان الشيء مؤمنا عليه فاستحق المدين مبلغ التامين او كان هلاك الشيء بفعل اجنبي فاستحق المدين التعويض وجب على المدين ان ينقل الى الدائن حقه في مبلغ التامين او حقه في التعويض، [١] وحيث ان الكفالة هي التزام تبعي للالتزام الاصيل فاذا انقضى التزام الاصيل بالسبب الاجنبي فان ذمة الكفيل تبرا ايضا وهذا الحكم يستفاد من تعريف الكفالة والتي عرفتها المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي بانها (ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام) [٢].

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص٩٨٨-٩٩٠.

(٢) ان مصدر هذه المادة هو المادة (٨٣٩) مرشد الحيران والمادتين (٦١٢و٦٢٠) من مجلة الاحكام العدلية تقابل المادة (٧٧٣) مدني مصري و (٧٣٨) من القانون المدني السوري، للتفاصيل لاحظ، المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص٣٩٨.

والذمة في اللغة: هي العهد والكفالة وسمي بذلك لان نقضه يوجب الذم [١]، ومن قول الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) (المؤمنون تتكافأ دماءهم ويسعى بذمتهم ادناهم) [٢].

اما تعريف الذمة اصطلاحا فقد عرفت بانها (الذمة محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه) [٣].

فالأثر المترتب على استحالة التنفيذ بسبب اجنبي هو انقضاء الالتزام وتوابعه ومن توابع الالتزام الكفالة محكم تبعية التزام الكفيل لالتزام الاصيل.

الفرع الثاني

أثار تحمل تبعة الهلاك في العقد والملك

لكل التزام محل يرد يترتب عليه التزامات معينة وهذا المحل يختلف في حالة كون الالتزام من طرف واحد او اذا كان الالتزام متبادل من قبل الطرفين كما هو الحال في العقود الملزمة للجانبين، الا ان محل الالتزام فقد يهلك المعقود عليه بقوة قاهرة تؤدي الى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وينقضي معه الالتزام المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه اذا لا التزام بمستحيل [٤].

واذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبي فقد انقضى دون ان يستوفي الدائن حقه لا عينا ولا بمقابل [٥]، وذهب بعض شراح القانون المدني العراقي في تحديد تبعة الهلاك الى وضع قاعدتين هما:[٦]

القاعدة الاولى:

---

(١) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، مصدر سبق ذكره، ص٤٤ وكذلك: علي بن محمد بن علي الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق عادل انور خضر، دار المعرفة، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧، ص١٠١

(٢) ينظر:- د. نوح علي سلمان، ابراء الذمة من حقوق العباد، دار البشير للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، عمان-الاردن، ١٤٠٧هـ-١٩٨٦، ص٣١.

(٣) مصطفى الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام، ص٢٢٢ نقلا عن:- د.نوح علي سلمان، المصدر السابق، ص٣٢.

(٤) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص٣٨٥. والمصادر التي اشار اليها.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص٩٩٠.

(٦) د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر السابق، الجزء الاول، ص٤٣٤-٤٣٥.

اذا استحال على المتعاقد في عقود المعاوضة تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة، يستوي في ذلك ان يكون محل الالتزام قياما بعمل او بتسليم شيء، فاذا تعهد شخص بصنع شيء واستحال عليه صنعه او تعهد بنقل شيء واستحال عليه نقله فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة، وكذلك الحال اذا كان محل الالتزام تسليم شيء واستحال على المدين به تسليمه بان هلك فهو الذي يتحمل تبعة الهلاك، فالمبيع اذا هلك وهو في يد البائع هلك عليه وفي عقد الاجارة اذا هلكت العين المؤجرة فالتزام المستأجر بدفع الاجرة ينقضي أي ان المؤجر هو الذي يتحمل تبعة الهلاك لأنه استحال عليه تنفيذ التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

ومن التطبيقات القضائية ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراتها[١] الى (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعنين التمييزين واقعان ضمن المدة القانونية ولتعلقهما بدعوى واحدة فقرر توحيدها وقبولهما شكلا ولدى النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند اليها حيث ثبت من تحقيقات المحكمة واضبارة الدعوى وتقرير الخبير القضائي المؤرخ في ٢٠٠٨/٦/٢٤ بهلاك الماجور محطة تعبئة الشروق وتدميره تدميرا كليا ولا يسد لطرفي الدعوى في ذلك فيكون العقد منفسخا من تلقاء نفسه عملا بحكم المادة ١/٧٥١ من القانون المدني... لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطنين التمييزين وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٦/ربيع الثاني/١٤٣٠هـ الموافق ٢٠٠٩/٤/٢م)

فالمؤجر يتحمل تبعة هلاك العين المؤجرة ولو هلكت بيد المستأجر أي ان العقد ينفسخ اذا هلكت العين المؤجرة في يد المستأجر [٢].

ان تحمل تبعة الهلاك له مساس بإحدى النظريات المهمة وهي (نظرية تحمل التبعة في العقد) وهي ترتبط ارتباطا وثيقا بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبي[٣].

وعلى الرغم مما قبل في الرد على نظرية تحمل التبعة من انها تعتد بعنصر الاثر وحده وتهمل عنصر الافتقار في حين ان الافتقار شرط في دعوى الكسب دون سبب فاذا لم يكن هناك افتقار فلا يجوز الرجوع ولو كان هناك

---

(١) القرار ٢٧٦٧/٢٧٦٦/ الهيئة المدينة عقار/٢٠٠٨في ٢٠٠٩/٤/٢ (غير منشور)

(٢) عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، الجزء الاول، مصدر سبق ذكره، ص٤٣٥.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص٩٩٣.

اثراء، ثم ان هذا الراي لو صح لترتب عليه ان كل شخص يثري من وراء نشاط الغير يرجع عليه الغير بكل ما اثري به لا باد في القيمتين فحسب.[١]

وقد انفرد التقنين المدني العراقي بالنص على تحمل التبعة في الملك عقب النص الذي اورده في خصوص انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبي[٢] وذلك في المادتين (٤٢٦و ٤٢٧)[٣] من القانون المدني العراقي .

القاعدة الثانية:-

اذا كانت يد الشخص على الشيء امانة وهلك الشيء في يده بدون تعهد ولا تقصير منه فهو غير ضامن، أي لا يتحمل تبعة الهلاك، فالمستأجر والوديع والمستعير، يدهم على الشيء يد امانة فاذا هلك الشيء المؤجر او المودع او المستعار فهم لا يتحملون تبعة هذه الاستحالة، والغاصب يده على الشيء يد ضمان فهو الذي يتحمل تبعة هلاكه، لو هلك بلا تعد وتقصير منه[٤].

ومن مفهوم المخالفة اذا هلك الشيء بتعد او تقصير او اهمال من الشخص المؤمن على شيء او مودع لديه فانه يكون ضامن ويجب عليه تعويض المتضرر وتأكيد لهذا القول فقد ذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها[٥] الى:-

---

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، المصدر السابق، ص٣٦٧.

(٢) السنهوري، المصدر نفسه، ص٩٩١

(٣) نصت المادة (٤٢٦) من القانون المدني العراقي على:

(اذا انتقل الشيء الى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشي على صاحبه)

كما نصت المادة (٤٢٧) من القانون المدني العراقي على:

١- تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد امانه اذا حاز الشي لا بقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن المالك.

٢- وتنقلب يد الامانة الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه.

(٤) عبد المجيد عبد الحكيم، مصادر الالتزام الجزء الاول، مصدر سبق ذكره، ص٤٣٥. وكذلك عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء الثالث مصدر سبق ذكره، ص٩٩١.

(٥) القرار، ٣٤٩/ موسعة اولى/ ٩٩٧ في ١٩٩٨/١٠/١٢ منشور في الموسوعة العدلية العدد (٥٩) السنة ١٩٩٩، ص٨.

(١- ان الوديع عليه ان يحافظ على الوديعة فاذا هلكت او سرقت بسبب اهمال الوديع وعدم اخذه الاحتياط اللازم للمحافظة عليهما او حراستهما فانه يضمن التعويض عن قيمتها استنادا لأحكام المادتين ٩٥٢و٩٥٣ من القانون المدني.

٢- السيارة سرقت من الساحة بتقصير من الود يعين نتيجة اهمال في الحراسة للوديعة وهي السيارة.

٣- المميز له الخيار بمطالبة المميز عليها بالتعويض عن قيمة الوديعة التي اودعتها لديها وهي السيارة التي هلكت لسرقتها فانهما يضمنان قيمتها او المطالبة بالتعويض من اللذين قاما بسرقتها والتصرف بها).

الخاتمة:

بعد ان يخبو صرير الاقلام وهي تطرز بمدادها متون الأحكام، وبعد ان ترفع الاقلام وتجف صحف النصوص القانونية بعد ان تكون قد بلورت وصيغت تلك النصوص بالشكل الذي يفصح عن قصد المشرع من تشريعه للقانون، يتم الاعلان جهارا عن ولادة القانون وتبدا مسيرته في الحياة العملية ويدخل معترك الحياة القانونية متجشما ركوب امواج الواقع ويغوص الى اعماق رحم المجتمع الذي ولد منه ويلامس حاجات الناس الذي شرع القانون لهم ولأجلهم.

ان القانون في مسيرته القانونية لابد ان يصطدم بصخرة الواقع بكل ظروفه وملابساته، ويحتك بالوقائع المستجدة ويحاول ان يساير تطور المجتمع ثم لا يلبث وان تتكشف مواطن الخلل في القانون وتتجلى صور قصوره ومدى عدم استيعابه ومعالجته لكل الوقائع المستجدة والحوادث غير المتناهية.

فيلقي القانون بثقله على عاتق القضاء الذ هو ملزم بتطبيق القانون وفق فهمه الخاص وان امتناع القضاء عن تنفيذ القانون رغم نقصه وقصوره يجعله (منكرا للعدالة) ان العدالة المطلقة هو امر مثالي لذا لابد من تحقيق العدالة النسبية وبما يتلاءم مع ظروف كل قضية ومن هنا ينهض دور القضاء في تطبيق القانون كما دور الفقه بمد القضاء بالحلول التي يراها اقرب الى تحقيق العدالة ومع هذا كله لا بد من التسليم بوجود (ضحايا العدالة) نتيجة عدم تحقيق العدالة المطلقة او بسبب نسبية العدالة المحققة، فالقضاء هو الجانب العملي للقانون والفقه هو الجانب النظري واذا تجرد القانون من جانبيه العملي والنظري فلا يبقى منه الشيء الكثير.

ولان فلسفة القضاء تقوم على ابراز الصلة بين القانون والواقع ومحاولة تطويع القانون وفق الواقع وفق التطور الحاصل في المجتمع.

وفي ختام هذه الدراسة نبرز اهم نتائجها التي تم التوصل اليها والتوصيات المهمة المتعلقة بالموضوع والتي نختصرها في الفقرات الاتية.

١- ان المادة (٢١١) من القانون المدني اشارت الى حالات الاعفاء من الضمان اذا كان سبب عدم تنفيذ الالتزام سبباً اجنبياً او قوة قاهرة او حادث فجائي او آفة سماوية، دون جدوى من التفريق بين القوة القاهرة او السبب الفجائي وعلى النحو الذي تم الاشارة اليه في الموضع المخصص له من الدراسة فما هو الغاية من ايراد هذه المصطلحات المترادفة اذا كانت هي شيء واحد؟ هذا من جهة ومن جهة اخرى ان ايراد مصطلح الافة السماوية هو دليل على تأثر القانون

المدني العراقي بالفقه الاسلامي ومحاولة الجمع بين احكام الفقه الاسلامي والقانون الوضعي.

٢- عند التمعن في المصطلحات التي اوردها الفقهاء المسلمون مثل (الافة السماوية) و(الجائحة) والقوة القاهرة والحادث الفجائي حسب تعبير فقهاء القانون نجد انها يجمعها مصطلح عام مرن هو (السبب الاجنبي) وان ترادفت المصطلحات واختلفت الالفاظ الا انه يمكن وضعها تحت مصطلح عام هو (السبب الاجنبي) الذي يوحدها في المعنى والاثر المترتب على حدوث (السبب الاجنبي) من انقضاء التزام المدين ان كانت هناك استحالة في تنفيذ الالتزام بالسبب الاجنبي وانقاص الالتزام ان كان فيه ارهاق للمدين وعدم استحالة تنفيذ الالتزام.

٣- لقد اورد المشرع العراقي في اسباب انقضاء الالتزام ومنها الافة السماوية فقد اسبقها بالحرف (ك) كالآفة السماوية وهذا يعني ان المشرع العراقي قد اورد هذه الاسباب على سبيل المثال والتشبيه وليس سبيل الحصر.

٤- ان الشروط الواجب توافرها بالقوة القاهرة او الحادث الفجائي اللذان هما شيء واحد على الراي الراجح فقها هو السبب الاجنبي شرطان، الاول عدم امكانية التوقع والثاني عدم استطاعة الدفع.

٥- لم يورد المشرع العراقي سبب انقضاء الالتزام لوجود مانع قانوني يحول دون تنفيذه وحسنا فعلى القضاء العراقي باعتبار المانع القانوني هو من احد الاسباب التي تؤدي الى انقضاء الالتزام الذي يتضمن مفهوم السبب الاجنبي.

٦- ان الالتزام ينقضي بالسبب الاجنبي عندما يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا سواء اكانت الاستحالة مادية ام قانونية وان يكون استحالة التنفيذ راجعة الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه سواء كانت قوة قاهرة ام حادثا فجائيا او خطا المتضرر او فعل الغير وعلى التفصيل الذي سبق بيانه وما عليه العمل قضاء.

٧- ان استحالة تنفيذ الالتزام التي تقضي الالتزام ترجع الى شرطين الاول، ان يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، والثاني، ان ترجع هذه الاستحالة الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه.

التوصيات:

١. ان الحالات التي وردت في المادة (٢١١) من القانون المدني يمكن ادخالها ضمن مصطلح اوسع وهو مصطلح السبب الاجنبي وهذا افضل من تعدد المصطلحات التي مسالها واحد، فندعو الى الأخذ بنظر الاعتبار ما تقدم وتعديل نصوص القانون المدني والقوانين الأخرى التي وردت فيها تلك المصطلحات بشكل مترادف وهو في حقيقته تكرار لا مبرر له.

٢. كان الاجدر بالمشرع العراقي الالتفات الى حالة الالتزام الذي يدخل الزمن عنصرا جوهريا فيه مثل عقد الايجار والاشارة الى انتهاء العقد في هذه الحالة وليس انقضاءه لان العقد الذي يكون الزمن عنصر جوهريا لا يمكن باي حال من الاحوال ارجاع ما مضى من العقد.

كلنا ثقة من محاولة المشرع لمعالجة هذه الامور بشكل اكثر تفصيلا ووضوحا.

قائمة المصادر:

اولاً- مصادر اللغة العربية.

١.الامام ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث، الطبعة الرابعة، دار صادر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.

٢.علي بن محمد بن علي الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق عادل انور خضر، دار المعرفة، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧.

٣.محمد بن محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الاسلامي، ١٩٨٤.

ثانياً ـــ مصادر الحديث الشريف والفقه الاسلامي.

١. الامام محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ،١٩٩٦.

٢. د. احمد فهمي او سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الاسلامية، مطبعة دار التأليف مصر ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.

٣. غياث الدين ابن محمد غانم بن محمد البغدادي (المتوفي بعد سنة ١٠٢٧هـ) مجمع الضمانات، تحقيق عمرو سيد شوكت، دار الكتب العلمية الطبعة الاولى بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥.

٤. د. محمود عبد المجيد المغربي، احكام العقد في الشريعة الاسلامية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٢.
٥. د. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، الاردن ١٤٢٧هـ-٢٠٠٧.
٦. د. نوح علي سلمان، ابراء الذمة من حقوق العباد، دار البشير للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، عمان-الاردن، ١٤٠٧هـ-١٩٨٦.
٧. محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، دار الفكر، ١٩٨٠، باب ما جاء في الامام العادل حديث (١٣٤٥) الجزء الثاني.

ثالثا. المصادر القانونية.

١. د. حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، نظرية العقد، جامعة الدول العربية، معهد الراسات العربية العالية، ١٩٥٦.
٢. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات والفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الاول، الطبعة الخامسة، اسهم في تنقيحها وتزويدها بأحدث الآراء والاحكام الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي، المحاضر بجامعة الجزائر، ١٩٩٢.
٣. سلمان بيات، القضاء العراقي، الجزء الاول، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٢.
٤. سلمان عبيد عبد الله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الجزء الاول، بغداد، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩.
٥. د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد دراسة في النظرية العامة للالتزام، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى عمان، الاردن، ٢٠٠١.
٦. ضياء شيت خطاب واخرون، القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ مع مجموعة الاعمال التحضيرية، الجزء الثاني، مطبعة الزمان بغداد، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
٧. ضياء شيت خطاب، محاضرات في مبادئ التنظيم القضائي في العراق، معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية، العربية، ١٩٦٨.
٨. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاصلية الجديدة، بيروت لبنان، ٢٠٠٠.

٩. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.
١٠. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الاول منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، لبنان ١٩٩٨.
١١. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، لبنان ١٩٩٨.
١٢. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ، المجلد الثاني، الجزء الخامس، المجمع العلمي العربي الاسلامي منشورات محمد الداية بيروت، لبنان
١٣. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧
١٤. د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة) نشر وتوزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
١٥. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي بتطبيقها، منشورات وزارة العدل، الدائرة القانونية، بغداد ١٤١٣هـ-١٩٩٣.
١٦. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
١٧. د. محمد بن راشد بن علي العثمان، بيع العقار والثمار في الفقه الاسلامي (بحث مقارن) مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، ١٤١٧هـ-١٩٩٦.
١٨. د. مصطفى احمد الرزق، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الاول، المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق ١٣٨٠هـ-١٩٦١.
١٩. د. وليد خالد الربيع، الالزام في التصرفات المالية في الفقه الاسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع الطبعة الاولى، الاردن ١٤٢٧هـ-٢٠٠٧م.
٢٠. د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني الجزء الاول، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، عمان، الاردن، ٢٠٠٨.

٢١. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، الاعادة السابعة، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان دار الفكر، دمشق، سورية، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦.
٢٢. فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، بغداد ١٩٦٩.

رابعا. البحوث القانونية.

٢٣. ضياء شيت خطاب، رسالة الى القضاء، مقال منشور في مجلة العدالة العدد الثالث (تموز، آب، ايلول)، بغداد، ٢٠٠١.
٢٤. د. ليلى عبدالله سعيد، تأثير قانون الاحوال الشخصية على نسبة الطلاق، بحث منشور في مجلة آداب الرافدين، كلية الآداب، جامعة الموصل، العدد الثامن عشر، ١٩٨٨.

خامسا. المجموعات والدوريات والموسوعات القانونية.

١. النشرة القضائية، يصدرها مجلس القضاء الاعلى، الاعداد (الخامس، شباط ٢٠٠٩، التاسع، كانون الاول، ٢٠٠٩، العاشر، كانون الثاني، ٢٠١٠).
٢. مجلة القضاء، الاعداد (الاول والثاني والثالث والرابع) بغداد، ١٩٨٥.
٣. مجموعة الاحكام العدلية الاعداد (١،٢،٣،٤) لسنة ١٩٨٤، والعددان الأول والثاني لسنة ١٩٨٦.
٤. الموسوعة العدلية العدد (٥٩) السنة ١٩٩٩ والعدد (٨١) السنة ٢٠٠١.

سادسا. القرارات القضائية الغير منشورة.

١. القرار في الاضبارة ٣٧٥٢/م[٢] /١٩٩٨ في ١٩٩٨/١٠/٢٥ (غير منشور).
٢. قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها الاصلية وقرار محكمة التمييز المرقم ٧٢/س/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/١٣ (غير منشور).
٣. قرار محكمة التميز الاتحادية المرقم (١٧٢/مدينة منقول /٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٢/٢٧) (غير منشور).
٤. القرار ٥٨١/ الهيئة الاستئنافية منقول/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٢٩ (غير منشور).
٥. القرار ١١٨/الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠٦ في ٢٠٠٧/١/٢٥ (غير منشور).
٦. القرار (١١٨/ الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/١/٢٥. (غير منشور).

٧. القرار ٢٧٦٧/٢٧٦٦/ الهيئة المدينة عقار/٢٠٠٨في ٢٠٠٩/٤/٢ (غير منشور).

سابعا. القوانين.

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣. القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.
٤. قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٥. القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
٦. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٧.