علاقة الفسخ من غير إخلال بالظروف الاجتماعية والاقتصادية
دراسة قانونية مقارنة

سليمان براك دايح الجميلي [1]،
[1] أستاذ القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الفلوجة.
أحمد فائز عبد حميد [2]،
[2] باحث في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الفلوجة.
البريد الإلكتروني: ahmed.faiz1994@yahoo.com

الملخص:

تتمحور فكرة الدراسة حول آثار العقد بوصفه عملاً قانونياً وواقعةً اجتماعية يقوم على إرادة قانونية ترتبط بتأثيرات موضوعية كالعدالة واعتبارات التوقع وضمانات فاعلة للأنشطة الاقتصادية واستقرار المعاملات بشكلٍ يعود بمنفعة للجماعة وليست قاصرة على أطرافه، ويُحقق حماية للمعاملات لغرض الوصول إلى نتائج مقبولة تنسجم وأهداف القوانين التي تعمل على تنظيم وضبط حركة النشاط الاقتصادي والاجتماعي، ويمكن من خلال تدخل الإرادة التشريعية والقضاء في نشاط العقد العمل على مراعاة مصالح اجتماعية واقتصادية إلى جانب مصالح أطرافه وهو ما يعني الخروج عن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" في نظرتهِ التقليدية لأنَّ العقد يَشْمل في مضمونهِ آثاراً موضوعيةً تتطلبها طبيعة العقد والغرض من انعقاده إلى جانب اعتبارات العدالة والنظام العام، وإذا ما أصبح العقد لا يُحقق هذه المصالح ولا يُلبي غايته يكون مصيره الفسخ من غير الالتفات إلى فكرة الإخلال في الالتزامات العقدية، إذ إنَّ الغاية من الفسخ بطبيعته الخاصة ترتبط بصورة وثيقة بغاية العقد ذاته ووظيفته الموضوعية.

الكلمات المفتاحية:

الفسخ من غير إخلال، آثار العقد، الهدف الموضوعي، النظام العام الاقتصادي، سلطة القاضي.

تاريخ إرسال المقال: 2021/06/05، **تاريخ قبول المقال:** 2022/12/14، **تاريخ نشر المقال:** 2022/12/31.

لتهميش المقال: سليمان براك دايح الجميلي، أحمد فائز عبد حميد، "علاقة الفسخ من غير إخلال بالظروف الاجتماعية والاقتصادية–دراسة قانونية مقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 02، السنة 2022، ص ص631–652.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: أحمد فائز عبد حميد، ahmed.faiz1994@yahoo.com

The Relationship between Dissolution without Prejudice to the Social & Economic Conditions "Comparative Legal Study"

Sammary :

The idea of the study is about effects of the contract as a legal act and a social reality based on a legal will that is linked to objective effects such as justice, considerations of expectation, effective guarantees for economic activities and the stability of transactions in a way that benefits the community and is not limited to its parties, and achieves transaction protection for the purpose of reaching acceptable results that are consistent with the objectives of the laws that operate on regulating and controlling the movement of economic and social activity, and through the intervention of the legislative and judicial will in the activity of the contract, it is possible to work on taking into account social and economic interests as well as the interests of its parties, which means deviating from the principle of “the law of contracting parties” in its traditional view because the contract includes in its content objective effects required by it. The nature of the contract and the purpose of its conclusion, in addition to considerations of justice and public order, and if the contract does not achieve these interests and does not meet its purpose, it will be rescinded without paying attention to the idea of breaching contractual obligations, as the purpose of the resolution by its own nature is closely related to the purpose of the contract itself and objective function.

Keywords:

Resolution without breach, effects of the contract, objective target, public economic order, the judge authority.

La relation entre la dissolution sans préjudice avec les conditions sociales et économiques "Étude juridique comparée"

Résumé :

L'idée de l'étude porte sur les effets du contrat en tant qu'acte juridique et réalité sociale fondée sur une volonté juridique liée à des effets objectifs tels que la justice, des considérations de prévision, des garanties effectives pour les activités économiques et la stabilité des transactions de manière à profiter à toute la communauté et ne se limite pas à ses parties, il assure aussi la protection des transactions dans le but d'atteindre des résultats acceptables et conformes aux objectifs des lois régissant et régulant l'activité économique et sociale.

A travers l’intervention de la volonté législative et judiciaire dans le contrat, il est possible de prendre en compte des intérêts sociaux et économiques en plus des intérêts de ses parties à ce contrat, ce qui déroge au principe "le contrat fait la loi des parties" dans sa conception traditionnelle parce que le contrat inclut dans son contenu

les effets objectifs qu'exige La nature du contrat et le but de sa conclusion et les considérations de justice et d'ordre public. Et si le contrat ne réalise pas ces intérêts et ne remplit pas son but, il sera résilié sans prêter attention à l'idée de rupture des obligations contractuelles, car le but de la résolution, de par sa nature même, est étroitement lié au but du contrat lui-même et à sa fonction objective.

Mots clés :
Résolution sans rupture, effets du contrat, l'objectif, ordre public économique, l'autorité du juge.

مقدمة

تختلف العقود في قوتها الملزمة أو طريقة تنفيذها أو فسخها متأثرة بعواملٍ ذات طبيعة اجتماعية واقتصادية في المجتمع، ولا سيّما أنَّ اختلاف النظرة إلى العقد والهدف منه نتيجة انتشار المذاهب التي تُنادي بمبادئ اشتراكية لتحقيق مصلحة الجماعة، أدى إلى تغيير النظرة إلى القوة المُلزمة للعقد، من خلال تدخل الإرادة التشريعية في العقد وترتيب بعض الآثار القانونية ومن بينها الفسخ بالنظر للضرورات الاجتماعية والاقتصادية ومُتطلبات الواقع الإنساني، ومَنْح القضاء سُلطة التدخل في حياةِ العقد، إذ يَرْتَبِط جوهر القوة المُلزمة للعقد بجملةٍ من الروابط والقيود التي يكون مَصدرها نظام العقد ذاته، التي تُرافقه طيلة تنفيذه، وأصبح العقدُ بمقتضاها عملاً قانونياً تتعانق في تنفيذه أدوات موضوعية وعناصر شخصية وأَخَذَ يستلزم تدخُّل المشرِّع والقاضي في العقد، بما يعكس هدف الدولة في سيطرة العلاقات القانونية على الروابط العقدية، فالغايات العقدية تُعبِّر عن وظيفة اجتماعية أو اقتصادية يحققها العقد ذاته وإذا أصبح العقد لا يُلبي هذه الوظيفة أو غايات أطرافه لم تعد الحاجة إلى الإبقاء عليه ومآله الفسخ بعيداً عن فكرة الإخلال في الالتزامات العقدية إذ إنَّ فكرة الفسخ من غير إخلال في ذلك تبتعد كثيراً عن وظيفة الجزاء في الفسخ وتقترب من وظيفة الضمان في العقد. وتبرز أهمية الفكرة في الوسط القانوني من الناحية النظرية من منطلق بحث العقد كنظام كافٍ بذاتهِ ووظائفه لتحقيق المنافع المبتغاة منه وضمانها، بوصفهِ مشروعاً اقتصادياً واجتماعياً، وتتأتى أهميته العملية في التركيز على سلطة القضاء في تنظيم العقود التي لها أهمية اجتماعية واقتصادية وإبراز دوره الذي لا غنى عنه.

وتتمحور إشكالية البحث حول النصوص القانونية الموزعة في ثنايا القانون المدني التي جاءت بمكنة طلب الفسخ بصورةٍ صريحةٍ من دون اشتراط الإخلال في العقد الذي يتمثَّل بخرق إرادي للعقد من جانب أحد المُتعاقِدَين والذي تتطلبه القاعدة العامة في الفسخ للحكم به، وما يترتب على العقد من آثارٍ قانونيةٍ كترجمة للعوامل الموضوعية المؤثرة فيه والتي من بينها العدالة والهدف الموضوعي للعقد أو غاية العقد ومنفعته أو تغيّر الظروف في العقد والتي قد تصبح سبباً لطلب فسخ العقد دون وجود أي إخلال من جانب أطرافه، وهو ما يعكس وصف العقد بأنه عمل قانوني وواقعة اجتماعية واقتصادية إذ يتدخل المشرِّع في ترتيب الأثر القانوني

بالفسخ وما يرتبط به والذي يختلف عن الإخلال في الالتزامات العقدية التي تتعلق بالإرادة العقدية، إلى جانب سلطة القاضي فيه بحيث لم يبقَ الدور الحصري للإرادة.

وفي إطارِ السعي لتحديد نطاق البحث يقتضي الأمر التركيز على تأثيرات العقد الاجتماعية والاقتصادية وعلاقتها بالفسخ من غير إخلال، وفق الأسلوب التَحليلي المُقارن من خلال مناقشة الآراء الفقهية والأحكام القضائية والمواقف التشريعية، وفي إطار القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بالمقارنة مع أحكام القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 وقانون العقود الفرنسي الجديد رقم 131-2016. وتأسيساً على ذلك ارتأينا تقسيم الدراسة إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول التأثيرات الموضوعية في العقد والفسخ من غير إخلال الذي ينقسم بدوره إلى مطلبين، الأول هو الهدف الموضوعي للعقد وعلاقته بالفسخ من غير إخلال والثاني هو النظام العام الاقتصادي وأثره في الفسخ من غير إخلال. ونتطرق في المبحث الثاني إلى سلطة القاضي إزاء الفسخ من غير إخلال، نبيّن الاتجاه الرافض لسلطة القاضي في الفسخ في مطلبٍ أولٍ ونعرض الاتجاه المؤيد له في مطلبٍ ثانٍ ونبيّن معايير تقدير طلب الفسخ من غير إخلال في مطلبٍ ثالثٍ. وننهي البحث بخاتمة تتضمن الاستنتاجات التي توصلنا إليها من فكرة الدراسة وأهم المقترحات التي خرجنا بها.

المبحث الأول: التأثيرات الموضوعية في العقد والفسخ من غير إخلال

العقدُ نظامٌ اجتماعي يعمل على تحقيقِ نوع من التضامن الاجتماعي[1] في الوسطِ الذي أُبْرِم فيه ولا يستمد سُلطانه من إرادة أطرافه بل من خلال اعتبارات ذات طابع اجتماعي واقتصادي وتَخْلص له منها قوَّته المُلزمة، وكان لانتشار مذاهب الحرية الاقتصادية والفلسفة الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر أثرٌ في تدخل

[1] تعتبر نظرية التضامن الاجتماعي نتاج الفلسفة الوضعية التي نادى بها الفقيه (اوغست كونت) على خلاف نظرية الإرادة التي تأسست من الفلسفة المثالية أو الميتافيزيقية، والتي تعد الفرد مدنياً بطبيعته ولا يمكن له أن يعيش منعزلاً عن الجماعة التي تقوم على اعتبارات تتعلق بالتضامن والمنفعة الجماعية. وأُسِّسَت فكرة الإلزام في العقد على معيار التضامن بين الجماعة لا على الإرادة الفردية، وأنكرت قوة العقد المطلقة وسمحت بتعديل بنود العقد أو التدخل بالعقد لكي يتواءم مع المصالح الاجتماعية. يُنظر: محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد – دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 44. ومما يجدر ملاحظته أنَّ فكرة التضامن الاجتماعي في ميدان فلسفة القانون ترجع إلى الفقيه الفرنسي (ليون ديجي) التي تقوم على المشاهدة والتجربة وتسجيل الواقع، وقد استخلص من الحقائق الواقعية نتيجتين هما وجود القاعدة القانونية وإنكار فكرة الحق والاستعاضة عنه بالمركز القانوني أو الوظيفة الاجتماعية. يُنظر: حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1975، ص 227-228.

الدولة لتنظيم العلاقات العقدية[2]. إذ أنَّ تدخل المشرّع في العقد قيَّد من حرية أطرافه وأصبح مُوجهاً لها[3]. وقد يكون فسخ العقد وما يترتَّب عليه أحد هذه الآثار والحل الأَمثل للعقد نتيجة لظروفٍ اقتصادية أو عوامل اجتماعية لا ترتبط بإرادة أطرافه[4]. وتفريعاً من هذه التأثيرات الموضوعية نعرض لعلاقة الهدف الموضوعي للعقد بالفسخ من غير إخلال في مطلبٍ أولٍ، والنظام العام الاقتصادي وأثره في الفسخ من غير إخلال في مطلبٍ ثانٍ.

المطلب الأول: الهدف الموضوعي للعقد وعلاقته بالفسخ من غير إخلال

إنَّ التصور الاجتماعي بأبعادهِ الفلسفية للعقد يمتاز بسلطة المشرّع في التدخل في العلاقة العقدية (إحلال جزئي) وحضور للعدالة الاجتماعية دون الصورية التي تقوم على اعتبارات الحرية في التعامل، ويمثِّل عقد الإيجار المثال الحقيقي الذي تأثَّر بهذهِ الأُطروحات[5] فهو من أهم العقود المُسماة التي تأتي بعد عقد البيع من الناحية الاجتماعية[6]. وكذلك الحال بالنسبة للتغيير في تأثيرات عقد العمل حيث كانت واضحةً بشكل أظهر، فلم يعد في وسع رب العمل أن يُلزم العامل بالتقيُّد بالعمل طيلة حياته[7]. والأمر ذاته بالنسبة لرب العمل في عقد المقاولة[8]. إلى جانب أنَّ الإرهاق في مجال عقود المقاولات أو الإيجار الذي يصيب المتعاقد نتيجة انهيار سقف التوازن الاقتصادي قد يجعله ضحيّة الفاقة والإعسار كظواهر اجتماعية تؤثر بصورة سلبية على المجتمع وهو يتعارض مع اعتبارات الثقة ومستلزمات الاستقرار في المعاملات، وأنَّ عدم توازن العقد يُمكن أنْ

---

[2] يُنظر محسن ناجي، أثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية في العقد، مطبعة أسعد – بغداد، 1969، ص 16 و 27.

[3] يُنظر حسيني عزيزة، أثر صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد، بحوث جامعة الجزائر، الجزء الأول، العدد 14، 2020، ص 161.

[4] يُنظر جاك غستان، المطول في القانون المدني – تكوين العقد، ط2، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 285–286.

[5] يُنظر: عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 48–49. وتُنظر المادتان (749) و(2/751) من القانون المدني العراقي، والمادتان (2/565) و (2/569) من القانون المدني المصري، والمادة (1722) وكذلك المادة (1724) من القانون المدني الفرنسي.

[6] يُنظر: جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة – البيع والإيجار والمقاولة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 194.

[7] كما هو الحال في المادة (902) من القانون المدني العراقي، والمادة (2/678) من القانون المدني المصري.

[8] تُنظر المادة (885) من القانون المدني العراقي، المادة (1/663) من القانون المدني المصري، المادة (1794) من القانون المدني الفرنسي.

يقود إلى فقدان أهميته الاجتماعية، وهي عوامل مشتركة حَدَتْ بالمُشرِّع إلى أن يَضَع مُعالجات قانونية ويُرَتّب بعض الآثار في نطاقِ هذه العقود[9].

وآثار العقد لا تنحصر في إنشاء الالتزام إنما تمتد إلى تعديله أو فسخه، وهذا التحليل دفع إلى ضرورة التفرقة بين القوة المُلزمة له ومضمونه الالتزامي، فالأخير يتعلق بإنشاء الالتزام، أما الآثار الأُخرى كالتعديل عند التنفيذ والفسخ فهي آثار غير التزامية للعقد، تسبغ عليها القوة الملزمة ولا تدخل ضمن المضمون الالتزامي[10]. وإنَّ العقد لم يعد مُعبراً عن غايات ومقاصد طرفيه فقط وإنّما غايات ومقاصد المُشرِّع التي هي في النهاية انعكاس لغايات المجتمع، وهذا ما يجعل للعقد وجوداً موضوعياً إلى جانب الوجود الشخصي، ويترك هذا الوجود آثاره على العقد من حيث التنفيذ ومن حيث الانقضاء[11].

إنَّ أساسَ القوة التي تُلزم العقد وتجعله يُرتب آثاره القانونية، هو ما يَحمله من مُعطيات موضوعية بوصفه ناظماً للتعاملات الاقتصادية في المجتمع وبما يحققه من عدالة، وأنَّ تدَّخُل المشرِّع في سياق تنظيمه لهذه العلاقات كان بدواعي تطبيق هذه العدالة واستقرار المعاملات التي قد تتحقق من خلال فكرة اليقين

---

[9] يُنظر محسن ناجي، مرجع سابق، ص 23-28. يُنظر أيضاً: أيمن إبراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 153. وتُنظر المادتان (792) و(878) من القانون المدني العراقي، والمادة (4/658) من القانون المدني المصري والمادة (1195) من قانون العقود الفرنسي.

[10] وكان القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016 يخلط بين مدلول القوة الملزمة والمضمون الالتزامي، فكان ينظم الأول في المادة 1134 مدني فرنسي في الفصل الثالث ضمن أثر الالتزامات مما كان يوحي أنَّ العقد لا يُرتّب إلا إنشاء الالتزامات، بينما نظّمه المشرعان المصري والعراقي ضمن أثر العقد. يُنظر: شوقي بنّاسي، المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، المجلد 6، العدد 2، 2020، ص 252. وهناك من يرى أنَّ المشرّع العراقي في المادة (73) من القانون المدني التي عرَّفت العقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) يأخذ بالنزعة الموضوعية التي سادت الفقه الإسلامي في العقود وترك النزعة اللاتينية التي سادت في الفقه اللاتيني إذ أن العقد طبقاً للتصور الموضوعي ارتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث أنه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين بل من حيث أنه يثبت أثره في المعقود عليه. يُنظر: جواد كاظم سميسم، فكرة جوهر الإلزام العقدي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة العلمية المحكمة، المجلد السابع، العدد 19، 2012، ص 451.

[11] نصت المادة (1194) من قانون العقود الفرنسي على أنه (لا تلزم العقود بما ورد فيها فقط، بل بجميع ما هو من مستلزماتها طبقاً للعدالة أو العرف أو القانون). ونصت المادة (2/148) من القانون المدني المصري على أنه (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام). كما نصت المادة (2/150) من القانون المدني العراقي على أنه (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

القانوني[12] التي تُمثِّل ضرورة اجتماعية تسبق العدالة والتقدُّم ضمن أهداف القانون، إلى جانب الموازنة بين إطلاق الحرية العقدية للأفراد وما ينتج عنها من آثارٍ وبين توجهات المشرِّع في تقييدها وترتيب آثاره على العقد ذاته، وفي سبيل معالجة أو تدارك آثار التغيُّرات التي تحصل بين مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، وهو ما يعكس وصف العقد بأنه عملٌ قانوني وواقعةٌ اجتماعية، ولاشك أنَّ العمل القانوني يعني أنه يقوم على إرادة قانونية ليست نفسية فحسب وإنما ترتبط بتأثيرات موضوعية كالعدالة واعتبارات التوقع وضمانات فاعلة للأنشطة الاقتصادية[13]. أما من جانب كونه واقعة اجتماعية فهو بهذا الوصف يُمكن أن يحتج به قِبَل الغير ويجب على الأخير أن يحترم وضعه الذي قام عليه وأن لا يَتَسَبَّب في عرقلة تنفيذه لأنَّه يعود بمنفعةٍ للجماعة، وهو بذلك يُحقق حماية للمعاملات لغرض الوصول إلى نتائجٍ مقبولةٍ تنسجم وأهداف القوانين التي تعمل على تنظيم وضبط حركة النشاط الاقتصادي والاجتماعي[14]. وهو محور الارتباط بين هدف العقد والفسخ الذي لا يتعلق بإرادة أطرافه ولا بإخلالهم بالالتزامات، إذ أنَّ غاية العقد تُمَثِّل غاية القانون.

إنَّ المدلول الموضوعي لهدف العقد حَظِيَ بعناية جانب كبير من الفقه، حيث يُمكن ترتيب نتائج مهمة من خلال الاستناد إلى هذا المفهوم الذي يُترجم العقد بقيمةٍ ماليةٍ يتمتع بقدرٍ من الاستقلال في مواجهة من أَبْرَمه[15]، فهو أداة قانونية غايته إشباع الحاجات وتيسير سبل الحياة، ووسيلة لغايةٍ اجتماعيةٍ فُضلى تتصل بقيمته المادية لا في مظهره الفلسفي المُجرّد ويكون لتنفيذه أهمية عملية في المجتمع[16].

ولمّا كان العقدُ ينشأ ويُنفذ في ظل نظام اقتصادي واجتماعي يُحدِّد مساره وغايته، ويُشكِّل النطاق العام لوجوده واستمراريته بما يحقق هدفه بالاستناد للنظام القانوني، فإذا ما توجّه إلى غير ذلك زال وجوده (بالفسخ)

---

[12] إنَّ التركيز على الأمن العقدي من المبادئ التي تعمل على توجيه العقود غاية كل مجتمع، ويتطلب مواءمة أحكام القانون مع الحاجات الاجتماعية والاقتصادية، ويهدف إلى حل مشاكل معيشية موجودة ويتلافى مخاطر عقدية، ويتراجع هذا المبدأ مع التغيّر في العوامل الاقتصادية والاجتماعية. يُنظر: رجاء عيساوي وسناء شيخ، الأمن التعاقدي ومقتضياته، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 13، عدد خاص (العدد التسلسلي 25)، جانفي 2021، ص 500 – 509.

[13] يُنظر: محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية – دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والإمارات، 2012، ص 245–258 و 274.

[14] يُنظر: إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزامات– مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1966، ص 339.

[15] يُنظر: عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن – دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 59.

[16] يُنظر: حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني – دراسة مقارنة، مطبعة نهضة مصر، 1946، ص4.

عن طريق القضاء، وهو ما يحرص على جعل العقد وسيلة مفيدة في ظل التعامل المالي والمصلحة الاقتصادية[17]. وتؤكد وظيفة العقد الموضوعية في هذا الجانب على أنَّ المتعاقِدَين لم يعد لهما أن ينفردا بإعْماله وترتيب آثاره وإنْ كان انعقاده بارتباط إرادتين إلا أنّهما لم تعدا كافيتين لتحقيق النفع والعدالة ولا بد من أن يخضع لمتطلبات التعاقد التي وجدت بفضل عوامل اجتماعية واقتصادية، والعقد يعد أداة اقتصادية ومحرك رئيس للمعاملات المدنية، وأداة اجتماعية تهدف إلى تحقيق مستوى كبير من التوزيع العادل للمنافع أو الخدمات بما يتوافق والعدالة الاجتماعية[18] وبما يكون معقولاً في أهدافه ولا تُضار مصالح المجتمع منه[19].

وفي العقود التي ترتبط بالواقع الاجتماعي والحاجات الاقتصادية للدولة[20] أسبغت التشريعات المعاصرة عليها تنظيماً موضوعياً، والغاية من ذلك هو تحقيق العدالة من خلال الموازنة بين الإرادة والمصلحة العامة[21]. فعقد الإيجار على سبيل المثال يُمثِّل وسيلةً لسكن ذوي الطبقات المتوسطة أو ذات الدخل المحدود اقتصادياً في المجتمع، ويهدف هذا التنظيم في العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين إلى بلوغ التوازن الموضوعي والعدل وتحقيق المنفعة المشتركة للأطراف والمنفعة العامة للمجتمع، ولولا هذا التنظيم لَفَقَدَ المُلّاك الائتمان وعزفوا عن استثمار أموالهم، ويقود ذلك إلى تغيير في خُطَطِ الدولة التي تهدف إلى حَلِّ أزمة السكن بالمساهمة مع القطاع الخاص[22]، أو قد يكون الهدف منها اقتصادياً (على صعيد المنفعة الخاصة والاجتماعية)، عندما لا يكون بإمكان أصحاب الثروات استثمارها بأنفسهم فيُقدِمون إلى تأجيرها لمن يملك القدرة على استثمارها عن طريق عقد الإيجار[23]. إلى جانب المساهمة في تفعيل النشاط الإيجاري في المجالات المختلفة من حِرَفٍ ومِهَنٍ حيث يُمكن أن يوفر الإيجار المكان المناسب والأدوات الضرورية لممارستها، ويؤكد الهدف من الإيجار الصلة الوثيقة

---

[17] يُنظر: مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، ط 6، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 129– 133.

[18] يُنظر: نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أُطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2013، ص 12.

[19] يُنظر: علي فيصل علي الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية – دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019، ص79.

[20] يُنظر: أحمد السعيد الزقرد وفايز عبد الله الكندري، عقد الإيجار، بدون دار نشر، 1999، ص5.

[21] يُنظر: علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2008، ص 98.

[22] يُنظر: سعيد مبارك وطه الملا حويش وصاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع والإيجار والمقاولة)، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 187–188.

[23] يُنظر: رمضان محمد أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني – العقود المسماة، القسم الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 651.

التي تربط القانون بالواقع. وإقامة التوازن الاجتماعي بين المؤجرين والمستأجرين، ومراعاة مصالحهما، كي لا يعزف المؤجرون عن التأجير ويُضار من ذلك المُستأجرون الذين لا ينبغي أيضاً أن يُثْقِل المؤجرون عليهم بقيود تعسّفية أو تَحَكُميّة[24].

وكذا الحال بالنسبة لعقود المقاولات أيضاً التي أصبحت من أنواع العقود التي تتحقق عن طريقها المصالح الكبرى والحاجات العامة، تبعاً لازدياد عدد السكان وارتفاع الطلبات على أعمال الحرفيين والصُناع الماهرين والمواد الصناعية، وما تتطلَّبه من تصاميم في البناء والاعمار والمشاريع الحيوية، وقد تتطلب أيضاً الأغذية والملابس والأدوية وآليات الزراعة والاتصالات ومتطلبات الكتابة والرياضة والطباعة وأدوات الإنارة والتدفئة والتبريد والتنظيف، ولم يقف الأمر عند حد السلع الاستهلاكية، إنّما شَمَلَ الصناعات الحديثة في الحياة المعاصرة كما هو الحال في وسائط النقل المتطورة كالطائرات والقطارات الحديثة والبواخر الضخمة، والسيارات المتنوعة والآلات الثقيلة لإقامة مصانع منتجة، حيث تسهم في خفض مستويات البطالة والوصول إلى استقرار اقتصادي من خلال الموازنة بين العرض والطلب، وتحقيق قدر من الرفاه الاجتماعي كمعالجة أزمة السكن من خلال إقامة أبنية سكنية، ويؤدي إلى انعاش التجارة والنقل من خلال حركة البضائع والمواد التي تستعمل لأغراض عقد المقاولة وترشيق حركة وفاعلية الأيدي العاملة، وبلوغ ازدهار اقتصادي في البلدِ عموماً، فهو عقد يُحرّك الحاجة إلى عقود أُخرى[25].

إلى جانب مساهمة عقد العمل بِعَدِّه وسيلة لتوفير الحياة الكريمة بالنسبة للعامل ومن يعيله ويسهم ذلك في استقرار الأُسرة الذي يُعبِّر من خلال هذه الغايات عن السلام والعدالة الاجتماعية، في حين أنَّ مُراعاة هذه الجوانب الإنسانية لا يجب أن تتم على حساب العوامل الاقتصادية التي تقوم في المجتمع لغرض سير العملية الإنتاجية وتشجيع الاستثمارات والمشروعات في دعم قدراتها في التنافس على الصعيدين المحلي والدولي، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال تنظيم قانوني فكان تدخل المشرّع ضرورة لتحقيق الموازنة بين هذه الاعتبارات وبلوغ المصلحة من العقد[26].

يتبيَّن من ذلك؛ أنَّ الهدف من الفسخ من غير إخلال يرتبط بصورة وثيقة بهدف العقد ووظيفته في أغلب العقود في عَدِّه كياناً قانونياً يعمل على مراعاة مصالح اجتماعية واقتصادية بالدرجة الأساس إلى جانب مصالح

---

[24] يُنظر: محمد حسين منصور، أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 7-8.

[25] يُنظر: زياد شفيق حسن قرارية، عقد المقاولة في الفقه الاسلامي وما يقابله في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2004، ص 67-71.

[26] يُنظر: محمد حسين منصور، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 7-8.

أطرافه. وهذه المُعطيات الواقعية دفعت إلى الخروج عن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" لأنَّ العقد يَشْمل في مضمونهِ آثاراً موضوعيةً تتطلبها طبيعة العقد والغرض من انعقاده واعتبارات العدالة[27]. وهي نظرة تقترب من نظرة الشريعة الإسلامية لوظيفة العقد، التي رسمت حدوداً لغرض سيادة المعاملة العادلة بين الأفراد ووضعت قيوداً تمنع الإجحاف والنزاع، فإذا ما جانب العقد هذه الوظيفة قصرت يد الحماية عنه وكتب له الزوال عن طريق فسخه[28].

المطلب الثاني: النظام العام الاقتصادي وأثره في الفسخ من غير إخلال

ظهرت في خضم الفلسفة الموضوعية لمضمون العقد أفكار جديدة للنظام العام لا تنحصر في وظيفته السلبية الرقابية وإنَّما في التدخل الإيجابي في حياة العقد، لتنهض فكرة العقود المفروضة والموجَّهة، وأصبح العقدُ مُحَدداً بموجب القانون وفي سعة من تطبيق فكرة النظام العام الإيجابي بحيث بقيت تصرفات أطراف العقد مجرد شكليات، ويُعيّن القانون بُنية العقد بأحكامٍ قانونيةٍ أو من خلال العرف ولا يتغيّر تنظيمها إلا بحدود ما يرى المجتمع حاجة لتغييرها[29]. وانَّ ظاهرة (التوجيه العقدي) أخذت دوراً بارزاً كسياسة نالت استقراراً لدى المشرّع[30]، والتي يتدخل بمقتضاها تارةً بطريقة مباشرة وتارةً أُخرى بطريقة غير مباشرة في تنظيم وضبط العقد بما يعكس الطابع الموضوعي فيه[31]. وإنَّ فرضَ بعض القواعد في العقود وتنظيم أحكامها على الرغم من إرادة عاقديها أدى إلى القول أنَّ العقود أصبحت بمثابة نُظُم قانونية وليست عقوداً عاديةً كونها تعد من صنع

---

[27] يُنظر: محمد جمال عطية عيسى، مرجع سابق، ص 33.

[28] يُنظر الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنة نشر، ص 259 – 260. يُنظر أيضاً: حسن عبد الله محمد العنسي، دور الإرادة المنفردة في نقض العقد – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2000، ص 47.

[29] يُنظر: علي فيصل علي الصديقي، مرجع سابق، ص 73 و 81.

[30] التوجيه العقدي هو التدخل في العقد بقصد إخضاعه للاقتصاد الموجه ويقول الأستاذ (رواست) في هذا المعنى: (فإنَّ الاقتصاد الموجه يؤدي إلى العقد الموجه)، أو يكون مدلوله مجرد التدخل بغض النظر عن دوافعه وأهدافه سواء اقتصادية أم لا، فالعقد يمكن توجيهه بوساطة المشرّع أو القاضي لإدراك أهداف اقتصادية أو سياسية أو أخلاقية ..إلخ، فهو يتعلق بالسياسة التشريعية والقوى الخلّاقة للقانون. يُنظر: سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2009، ص 439-440.

[31] يُنظر: عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، أزمة العقد – دراسة مقارنة، أُطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1998، ص 250.

المشرِّع لا نتيجة إرادة الأفراد حيث تواجه حالات من الواقع وظواهر اجتماعية تشترك في تحقيق هدف واحد وهي ليست قواعد ذات وصف إرادي مثالي أو منهج نظري[32].

وكان الهدف أو الغرض من قواعد النظام العام حماية المصالح العليا للمجتمع من خلال تقييد حرية الأطراف في العقد أو مُراقَبة مشروعيتها[33]، وهناك حالات للفسخ من غير إخلال ترتبط بالنظام العام بما لا يُمكن الاتفاق على خلافها[34]، والقواعد التي يكون القصد منها ابتغاء مصلحة عامة اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتسمو في أهدافها على المصلحة الفردية، تعدُّ من النظام العام[35]، إلا أنَّ النظام العام لم يبقَ أسير هذه الفكرة وتطوَّرت مفاهيمه تبعاً للحاجات الاجتماعية والتعاملات الاقتصادية في المجتمع، لأن الإنسان قد يَتَعرَّض لظروفٍ ومخاطرٍ من شأنها أن تُهدِّد استقراره الاجتماعي والاقتصادي في البيئة التي يعيش فيها أو التي يمارس عمله فيها، فكان لا بد من وسائل تُحقِّق له الأمن الاجتماعي والاقتصادي[36]. ولاستقرار الحياة وحماية العقود التي تؤدي أدواراً مهمة في المجتمع، وتتأسَّس على فلسفةٍ نوعيةٍ تعمل على تطوير النشاط الاقتصادي بالنظر إلى العقد بوصفه مشروعاً اقتصادياً يعمل على تحقيق هذه الأهداف، وهو ما يعكس الدور الإيجابي له، بحيث لا يكتفي بتحديد ما يتحتَّم على الأفراد الامتناع عنه عند تنفيذ عقودهم وإنما ما يجب عليهم القيام به، ويهدف من ذلك إلى تحقيق العدالة العقدية من خلال تنفيذ العقد بما ينسجم ومصلحة أطرافه من جانب والمجتمع من جانبٍ آخر[37].

---

[32] يُنظر: حسن علي الذنون، نظرات في النظم القانونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين، المجلد 5، العدد 8، السنة 2001، ص 7 و 22.

[33] تُنظر المواد: (1102) و (1162) من قانون العقود الفرنسي، (135) و(136) من القانون المدني المصري، (1/130) و(1/132) من القانون المدني العراقي.

[34] تُنظر المادة (749) من القانون المدني العراقي والمادة (2/565) من القانون المدني المصري. وهناك من يذهب إلى أنَّ الأحكام المتعلقة بتغيّر الظروف تعد من النظام العام. يُنظر في ذلك: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، ج2، مطبعة نهضة مصر، 1954، ص 31. بينما هناك من يرى أن القواعد المتعلقة بتغيّر الظروف ليست من النظام العام والقاضي له أن يقرر الفسخ في ضوء المادة (2/146) من القانون المدني العراقي. يُنظر: منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام وأحكامها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، 2012، ص 213.

[35] يُنظر: رمضان جمعة، السبب الباعث وأثره في صحة العقد أو بطلانه– دراسة فقهية مقارنة، بدون دار وسنة نشر، ص 131 هامش (1).

[36] يُنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 313.

[37] يُنظر: إبراهيم عنتر فتحي الحياني، النظام العام الاقتصادي من المقتضيات الاجتماعية للعقد، بحث منشور في مجلة الدراسات المستدامة– اتحاد الجامعات العربية، السنة الثانية، المجلد الثاني، العدد الثاني، 2020، ص 150–152.

وهناك من الشُرّاح من يذهب إلى أنَّ القواعد الخاصة بالخطة الاقتصادية تُهيمن على جُلِّ الروابط العقدية ولا يمكن الخروج على مستلزمات وقيود الاقتصاد المترتبة في قواعد هذا النظام[38].

وهذا النظام ينقسم بحسب طبيعته إلى نظام عام اقتصادي حمائي وآخر توجيهي، يهدف الأول إلى حماية المصلحة الخاصة بالدرجة الأساس أو الطرف الضعيف، كما هو الحال عندما يرمي إلى حماية العامل بعدِّه الطرف الضعيف في الرابطة العقدية وبالتالي يبيح له فسخ العقد إذا ما تعدَّت مدته خمس سنوات، ولكنه يُمثِّل في الوقت ذاته مُحاكاة للواقع وإرساء للعدالة الاجتماعية، وكما هو الحال أيضاً في ظل تدخل المشرّع لحل أزمة ومشاكل السكن وقواعد الإيجار بما يقدم تسهيلات لمصلحة المستأجر بدوافع اجتماعية[39] ويقترب النظام العام الحمائي من النظام العام التقليدي في أنَّهما سلبيان أي يدرءان كل اتفاق لا ينسجم وقيم المجتمع العُليا. أما قواعد النظام العام الاقتصادي التوجيهي فترمي إلى تحقيق سياسة الدولة وأهدافها التي تبغي من ورائِها المصلحة العامة من خلال توجيه جميع الأنشطة وتوظيفها لخدمة هذه الأهداف[40] وتنظيم العلاقات والمعاملات الاقتصادية وتوجيهها بما يسهم في تحقيق أهداف اقتصادية وغايات اجتماعية معينة[41] بوساطة تطويع الرباط العقدي بما ينسجم وإيجابياته بغية إضفاء سياسة الدولة في ميادين اقتصادية واجتماعية وهو ما يؤدي إلى انكماش حرية الأفراد بشكلٍ مباشرٍ، ويجعل من وظيفة العقد وظيفة اجتماعية[42]. وهو يواجه العوامل الاقتصادية من خلال أداء دوره كضابط وعامل مؤهل لتوجيه مسارات الحياة الاقتصادية بوساطة تقييد نشاط عن سواه وفق أُسس ومبادئ قانونية ذات أبعاد اجتماعية ورؤى اقتصادية[43]. فهو المَنْفَذ الذي تدخل من خلاله العوامل

---

[38] يُنظر: عبد الحي حجازي، أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، ج 2، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، 1972، ص 34- 35. نقلاً عن: إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع ذاته، ص 154.

[39] يُنظر: ياسين منصوري، دور النظام العام الاقتصادي في تحقيق العدالة العقدية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، المغرب، العدد 16، 2016، ص 226-227. يُنظر أيضاً: إبراهيم عنتر فتحي الحياني، مرجع سابق، ص 160.

[40] يُنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص342-343.

[41] يُنظر: هيثم فضل الله، الطبيعة المقيّدة لحرية التعاقدية في القانون المدني الفرنسي، دراسات في القانون، الدراسة الثالثة، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، العدد 23، مارس 2019، ص 59.

[42] يُنظر: بوعريوة منصف، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 54-56.

[43] يُنظر: ياسين منصوري، المرجع ذاته، ص 224 هامش (2).

الاقتصادية والاجتماعية إلى القانون وتوجّه العقد بما يتماشى والتطورات الاجتماعية والاقتصادية بل حتى الخلقية والسياسية في الحياة[44].

وخلاصة القول؛ أنَّ الغرض من إخضاع العقد للأُسس الاقتصادية هو تغليفه بآثار قانونية تُحقق الغاية منه ولا يُترك الأمر للإرادة الحُرة، لمواجهة الظروف والأوضاع القانونية المُتغيّرة، فالمصلحة ترتبط بالدرجة الأساس بتنفيذ العقد، وهذا ما يجعل منها قواعد مبرمجة على تحقيق المصلحة العامة من خلال أداة اقتصادية (العقد) وفي ضوء اقتصاد مُخطط يعمل على تداول سليم وعادل للأموال ويرتبط بأوضاعِ البيئة الاجتماعية، وإذا ما غابت عن العقد هذه الوظيفة وانتفت غايته كُتِبَ له الزوال.

المبحث الثاني: سلطة القاضي إزاء الفسخ من غير إخلال

إذا ما أصبح العقد ذا وظيفة اجتماعية فلا يُترك مصير العقد لإرادة أطرافه، ويجب أن تتعادل فيه المنافع، ومن ثم يكون من حق الدولة ان تُراقبه وتُشرف على حركته وتُنظِّم آثاره، الأمر الذي ينعطف على ساحة القضاء، ويبسط إليها المشرّع وسائل ضبطه وما يمكن أنْ يُثار من نزاعٍ بشأنه[45]. ومن هذا المُنطَلَقِ ولأهمية دور القضاء في الفسخ من غير إخلال فإنَّه من المناسب عرض الاتجاه المعارض لسلطة القاضي في الفسخ في مطلبٍ أولٍ، والاتجاه المؤيد لسلطته في مطلبٍ ثانٍ ونبيّن معايير تقدير طلب الفسخ من غير إخلال في مطلبٍ ثالثٍ.

المطلب الأول: الاتجاه الرافض لسلطة القاضي في الفسخ

يُقَرِّر الأُستاذ (ريبير) أنَّ للمتعاقد الحق في فسخ العقد من غير الالتجاء إلى المحاكم إذا كان التعاقد مما لا يحتمل انتظار إجراءات التقاضي، أو كان من شأن أحد المتعاقِدَين أن يلحق به ضرر جسيم لا يُمكن تأمل إصلاحه[46]. وفي حالة الاستعجال يمكن أن يستقل المتعاقد بفسخه[47]. وهو ما قاد إلى الاعتراض على الطابع القضائي في فسخ العقد بداعي أنَّ القوة المُلزمة ليست سِجناً يحمل القاضي مفاتيحه[48]. ومن المبررات الداعية لإبعاد دور القضاء إزاء فسخ العقد عند أنصار هذا الرأي، تتمثل بضرورة تعزيز ثقة الأفراد في أنفسهم

---

(44) يُنظر: محمد صديق محمد عبد الله، مرجع سابق، ص 588- 589.

(45) يُنظر: خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد– دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 126.

(46) أشار إليه: حسين عامر، إلغاء العقد، مطبعة مصر، القاهرة، 1953، ص 319.

(47) يُنظر: إسماعيل غانم، مرجع سابق، ص 331.

(48) Par Laurent Aynès, Le droit de rompe unilatéralement, fondement et perspectives, Droit et Patrimoine N 126 – Mal 2004, P 65, Disponible sur : http://www.institut-idef.org/IMG/pdf/RIBEYRE.pdf consulté le :18,1,2021 à 10:00.

من خلال منحهم إمكانية صنع القرار كنظام الخيارات، وحمايتهم من ما يمكن أنْ يؤثر على مصالحهم، إذ يمكن للمتعاقد أن يحتفظ بحق فسخ العقد دون التَدَخُّل من جانب القضاء[49]. ولِلحد من الدعاوى القضائية التي تُرهِق المحاكم إلى جانب أنَّ الفسخ بموجب حكم قضائي يتطلب إجراءات قد تَطول عادةً، الأمر الذي يُرهِق كاهل من يطالب بالفسخ إلى جانب بطء الإجراءات وانتظار نتيجة قرار القاضي وتَحَمُّل مصاريف قضائية، وتأخُر حسم الدعاوى، حيث أنَّ ذلك الوقت يسمح للمتعاقد أنْ يبرم عقداً مع آخر ويتجنب بذلك ضياع المال والوقت والجهد[50]. إلى جانبِ التخفيف على المتعاقد الذي كان يتوقع الحصول على منفعة جراء تعاقده ولكن لم تشأ الظروف أنْ يُحقِق العقد مقصوده فمن العدالة أن لا يتحمَّل فوق ذلك أعباء التقاضي أمام المحاكم، لذلك يُمكن تصوّر الفسخ دون المرور بمراحل التقاضي فلا يلزم أن يكون تقرير القضاء للفسخ عنصراً يحدد نظام الفسخ[51]. وهناك من يذهب إلى أنَّ سياق الرفض هذا ليس قاطعاً ولا يعني أنَّ مصير العقد أصبح بيد المُتعاقد، إنَّما دور القضاء يكون لاحقاً، فإذا ما قام الدائن على سبيل المثال بفسخ العقد يُمكن للمدين أن يلجأ إلى القاضي مُدَّعياً عدم تحقق شروطه وهو ما يعني ترجيح مصلحة العقد على المعايير الإنسانية والأخلاقية من خلال تمكين المُتعاقد من تصفية رابطة عقدية لا ينفع الاستمرار فيها[52].

إنَّ هذا الرأي رغم ما استند إليه من أسبابٍ فإنَّه يحمل إلى تَحَكُّم أطراف العقد أو أحدهما في مصيره، وتجميد دور القاضي الذي ينبغي أن يكون أساسياً، تُقَدِّر من خلاله الأسباب التي يستند إليها طالب الفسخ في سبيل عدم تعسفه، واتخاذ الإجراءات الكفيلة بتحقيقِ العدالة، وما يتبع الفسخ من التعويض وعناصر تقديره أو انتداب الخبراء أو وضع إشارة الحجز في ضوء ما تتطلبه كل حالة، فلهذا الرأي خطورة وسلب لسلطة القضاء الذي هو بمثابة صمام أمان لما يقوم به الأفراد من معاملاتٍ بصيغٍ عقديةٍ وما يمكن أن يترتَّب عليها من إشكالاتٍ قد لا تنحصر بين الأطراف وإنّما بأبعادٍ تُلامس اقتصاد المجتمع وضغوطات البيئة الاجتماعية، وقد يكون ذلك مَدعاة لإثارة الخلاف بينهما ويكون القضاء لا محال هو الفاصل بينها في النتيجة.

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لسلطة القاضي في الفسخ

---

[49] يُنظر: حسن عبد الله محمد العنسي، مرجع سابق، ص 49.

[50] يُنظر: محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة– قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، 2010، ص 116.

[51] يُنظر: حسن عبد الله محمد العنسي، المرجع ذاته، ص 13.

[52] يُنظر: مصطفى عبد السيد الجارحي– دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 120. يُنظر أيضاً: محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 19 و 114.

بعد أنْ تطوّرت سلطة القاضي نتيجة تطور العقد شجَّعَ ذلك الأمر على تدخله بصفته مُمثلاً عن الدولة، لغرض توجيه العقد لأداء الدور الاجتماعي وتحقيقاً لمتطلبات العدالة[53] التي تدعو المشرّع إلى تخويلِ القاضي فسخ العقد في حالات معينة[54] دون تدخل أي جهة بما يدخل ضمن نطاق عمله[55]. وقد يبدو ظاهرياً أنَّ وظيفة القاضي لا تتعدى في الأصل تفسير الرابطة العقدية أو تنفيذها، ولا نشاط للقاضي عند حلِّها عن طريق الفسخ، إلا أنَّ التشريعات وواقع المحاكم المدنية تُحتِّم هيمنة سلطة القضاء بِعدِّها ضمانة أكيدة تحفظ حقوق الأفراد وتؤدي إلى استتباب المعاملات في المجتمع وتحرص على مراعاة الغرض الموضوعي للعقد، فالقاضي يملك سلطة تقديرية حتى في الحالات التي يُتفق على استبعادها[56]. وهذه السلطة التقديرية تعد سبباً من الأسباب القانونية التي تُقيِّد ضمان الفسخ والتي لا يُمكن الاستغناء عنها، ويُمكن للقاضي من خلالها أن يوائِم بين تصرفات الأفراد والنظام العام[57] فالقاضي هو حلقة الوصل بين العوامل الموضوعية والإرادية في العقد ويعمل على الموازنة بينهما[58]. وسُلطة القاضي هذه تعني تقدير مدى مُناسبة إجابة طلب الفسخ أو رفضه، وهي سُلطة نافعة وأمر مرغوب فيه لا يمكن إنكاره، فليس من المصلحة أن يحكم القاضي بالفسخ لمجرد طلبه من أحد طرفي العقد، وشروط طلب الفسخ من القاضي تختلف عن شروط الفسخ ذاته، فالأخيرة يجب أن تستوفي قرار القاضي بالفسخ[59]. وإنَّ من يذهب إلى أنَّ الفسخ هو خيار ممنوح للمُتعاقد بين طلبه أو طلب التنفيذ، هم ذاتهم يُقِرون بالسلطة التقديرية للقاضي. وفي حقيقة ذلك لا يكون لإرادة هذا المُتعاقد خيار فعلي

---

[53] يُنظر: خالد عبد حسين الحديثي، مرجع سابق، ص 126.

[54] يُنظر: جواد كاظم سميسم، مرجع سابق، ص 456.

[55] كما هو الحال في قراري اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية العراقية رقم 117 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 2020/12/3 والذي جاء فيه (1- تعد فترة أزمة فيروس كورونا قوة قاهرة لجميع المشروعات والعقود ابتداءً من تاريخ 2020/2/20 ولغاية تاريخ إصدار هذا القرار). والقرار رقم 3 لسنة 2021 الصادر بتاريخ 2021/1/13، والذي جاء فيه (تعد فترة أزمة فايروس كورونا قوة قاهرة مؤقتة لعقود التجهيز والمقاولات التي تأثرت بهذه الجائحة ابتداءً من 2020/2/20 ولغاية تاريخ 2020/12/5، على ألّا يترتب أثر مالي على أي من الطرفين). وكان الأولى أنْ تترك هذه الأُمور إلى سلطة القاضي ويبت فيها في ضوء كل حالة على حدة لأنَّ أزمة كورونا لم تجعل تنفيذ الالتزامات جميعها مستحيلة.

[56] يُنظر: جوهري سعيدة، سلطة القاضي في فسخ العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة، الجزائر، 2013، ص 6-7.

[57] يُنظر: أُستاذنا الدكتور سليمان براك دايح، الفسخ بوصفه ضماناً للتنفيذ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، الإصدار 14، م 12، ع 2، 2015، ص 124.

[58] يُنظر: أيمن إبراهيم العشماوي، مرجع سابق، ص 144-145.

[59] يُنظر: جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1981، ص 398.

مُباشر، والأولى هو القول بأنَّ الخيار الحقيقي يُمنح للقاضي، في ضوء ما يستخلصه من مُعطيات بشأن كل حالة، وقد يرى أنَّ من المصلحة الأخذ به، ويدخل ذلك في حدود سلطته وليس للمُتعاقد في ذلك إلا مجرد طلبه[60] .

ويُمكِن للقاضي أن يتدخل في نشاط العقد، في الوقت الذي يتحتم عليه أنْ يفرض احترام العقد بالنظر إلى الأسباب الاقتصادية والمتطلبات الاجتماعية التي يؤكد عليها المشرِّع[61] ولاسيّما في فئة العقود الأكثر انتشاراً في الحياة العملية[62]. وإنَّ تغييب دور القاضي يعني عَدم سلطة القضاء ذاتها، بَيد أنَّ سلطته يُباشرها بصورةٍ مُحدَّدة وفق أهداف يسعى إلى تحقيقها بالاستناد إلى طرقٍ ووسائلٍ معينةٍ وأدواتٍ فنيّةٍ ومبادئ بلغت استقراراً موضوعياً في العمل القضائي[63]. ويكون للقاضي سلطة واسعة عندما تتغير الظروف في العقد جراء ما يطرأ من مُستجدات لا تُناسب أهداف العقد[64]. وهناك من يذهب إلى أنَّ العذر الطارئ الظاهر لا يتطلب اللجوء إلى القاضي، بينما العذر غير الظاهر لا يمكن إزاءه فسخ عقد الإيجار إلا بالتقاضي، وهو ما لا نؤيده لأنَّ العذر (ظاهري أو غير ظاهري) لا يمكن تقديره إلا من قبل القضاء حيث أنَّ الظروف التي تسمح بالفسخ والإجراءات اللازمة لتقديرها من خبراء وكشوفات، تدخل ضمن عمل القاضي[65] والذي تكون له سلطة يمنح بمقتضاها المدين مُهلةً للتنفيذ، فقد لا يحكم بالفسخ بصورةٍ مباشرة، إذا ما توّقع بناءً على أُسسٍ واقعية زوال الظروف حتى لو كان الدائن قد وضع شرطاً يُعارض ذلك [66]. ومن جانبٍ آخر أشارت محكمة التمييز

---

[60] يُنظر: حسن عبد الله محمد العنسي، مرجع سابق، ص 39.

[61] يُنظر: محمد حاتم البيات وأيمن محمد أبو العيال، القانون المدني المقارن بالفقه الاسلامي – الالتزامات (العقد والارادة المنفردة)، منشورات جامعة دمشق – كلية الحقوق، سوريا، 2015، ص 270.

[62] يُنظر: أشرف جابر سيد، الوجيز في عقد الإيجار، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 5.

[63] يُنظر: حيدر فليح حسن ومحمد غانم يونس، نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها – دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية، الجزائر، العدد 2، 2018، ص 142.

[64] يُنظر: حسيني عزيزة، مرجع سابق، ص 166.

[65] يُنظر: عبد الجبار ناجي صالح، مرجع سابق، ص 127 هامش (1).

[66] يُنظر: دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان – معهد العلوم القانونية، الجزائر، العدد 6، 2016، ص149. وتجدر الإشارة إلى أنَّ نظام الإلغاء بإرادة منفردة لا يُمثِّل أثراً لنظرية الظروف الطارئة فلا يمكن إعمالها إلا عن طريق القضاء. يُنظر في ذلك: ياسر أحمد كامل الصيرفي، إلغاء التصرف القانوني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الرابع والسبعون، 2004، ص226.

الاتحادية في العراق ذاتها إلى دور القضاء في الفسخ في الكثير من قراراتها، وأكدت في أحد هذه القرارات صراحةً على أنَّ فسخ عقد المقاولة يتم عن طريق القضاء[67].

ولعلَّ من المُناسب أن نُشير إلى أنَّ بيان دور القضاء يُثبت حقيقة أنَّ الفسخَ بحكم القضاء لا يجب أن نستبعده من نطاق الفسخ من غير إخلال حتى يكون دليلاً وجيهاً لسد ذريعة من يُشَكِّك في طبيعة الفسخ من غير إخلال ويَعده إلغاءً مُستنداً إلى عدم الحاجة إلى حكم القضاء في الإلغاء (الإنهاء)[68] أو فسخاً بإرادة مُنفردة (بمفهومه الجزائي)[69]. حيث أنَّ هناك أعمالاً في حالات الفسخ من غير إخلال لا بد من الإشراف والرقابة عليها من قبل القاضي أو تدقيقها طبقاً لصلاحياته وبيان مدى موافقتها للقانون من عدمه، كالإجراء المُتعلق بالخبرة سواء بطلب من أطراف الدعوى أو من تلقاء ذاته[70] الوارد في المادتين (133) و(135) من قانون الإثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979، أو الإجراءات المُتعلقة بالكشف المستعجل قبل إقامة الدعوى الوارد في المادة (144) من قانون المرافعات العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969. والقاضي في نطاق فسخ العقد من غير إخلال هو من يتولى التحقق من توافر شروط طلبه من إخطار أو مصلحة داعية له أو عدم التعسف في طلبه والتأكد من عدم تحقق الخطأ من جانب أحد المتعاقِدَين على وفق ضوابط أو معايير مُحددة، ومتى ما أصدر القاضي حكمه فإنَّه يكون مُنشئاً وليس كاشفاً على خلاف الفسخ الاتفاقي أو القانوني[71].

المطلب الثالث: معايير تقدير طلب الفسخ من غير إخلال

---

[67] قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق (.. لا توجد خلافات بين الطرفين حول العمل لغرض تطبيق البند سابعاً من عقد المقاولة الذي أشار إلى أنه في حالة حدوث خلاف يتم اللجوء الى التحكيم وحيث أن فسخ العقد يتم عن طريق القضاء فإن ما ذهبت إليه المحكمة من لزوم اللجوء إلى التحكيم غير وارد ...). قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (781) بتاريخ 2008/9/21، منشور في قاعدة التشريعات العراقية، تاريخ الزيارة 2021/1/2، الساعة 10:00 صباحاً، توقيت بغداد.

[68] حيث أنَّ هناك من يرى أنَّ الوجه الغالب في صور الإلغاء أنها تتم بإرادة المتعاقد المنفردة. يُنظر في ذلك: ياسر أحمد كامل الصيرفي، مرجع سابق، ص226. يُنظر أيضاً: جوهري سعيدة، مرجع سابق، ص 6. ويؤكد الدكتور حسن علي الذنون على صفة (اللاقضائية) حيث أنَّ إلغاء العقد لا يتطلب عرض الأمر على القضاء ولا حاجة لحكم القضاء لأنه يقوم بمجرد إعلان الرغبة من قبل من تقررت لمصلحته هذه المكنة. يُنظر: حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، بدون دار نشر، 1988، ص 124.

[69] يُنظر: ماهر محمد علوان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2019، ص 82 وما بعدها.

[70] يُنظر: آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2017، ص 201-204.

[71] يُنظر جوهري سعيدة، مرجع سابق، ص 25.

رغم أنَّ عمل القاضي يتم بمجهودٍ ذهني يوظف فيه منطقه القضائي ويستعمل خزينه العلمي القانوني لبلوغ القرار القضائي العادل، فلا شك أنَّ إصدار الحكم يكون بإرادة القاضي ولكنّها ليست هي مضمون الحكم، فالقاضي لا يعمل على وفق إرادته الحُرة وإنَّما يُمثِّل إرادة المشرّع ويطبقها على الواقعة بعد أنْ يتخذ إجراءاته ويُكيّفها بحكم وظيفته[72]. والمشرِّع العراقي عندما أحال القاضي إلى قواعد العدالة في حالة عجزه عن استخلاص حُكم للدعوى المعروضة أمامه من المصادر الأُخرى في المادة (1) من القانون المدني[73] كان المراد منه أنْ يجتهد برأيه لحسم النزاع الذي عُرض عليه وفق ما تستدعيه اعتبارات الإنصاف وتحقيق العدالة بين الأفراد في ضوء معُطيات ذات طابع موضوعي لا تقوم على اعتقاداتٍ أو أفكارٍ خاصةٍ له وإلا عُدَّ مُشرِّعاً وهذا ما لا يُمكن قبوله[74]. ويُمكن أن نُبيِّن معيارَين قد يعتمدهما القاضي في تقدير الفسخ وذلك في فرعين.

الفرع الأول: المعيار الشخصي

مؤدى المعيار الذاتي هو التوقف على نية المتعاقِدَين التي تنصرف إلى أمرٍ مُعين[75] وسلوكهما الذاتي والبحث في ظروفهما الشخصية، وبيان مدى تحقق إخلال في الالتزامات العقدية من جانبهما أو أحدهما وعلمه

---

[72] يُنظر: آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009، ص 139-141.

[73] نصت المادة (2/1) من القانون المدني العراقي على (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة). ونصت كذلك المادة (2/1) من القانون المدني المصري على (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، ولا يوجد نص يقابلهما في التقنين المدني الفرنسي.

[74] يُنظر: سعد حسين عبد ملحم، دور القاضي في إكمال نطاق العقد طبقاً للمادة (86) مدني عراقي، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الأنبار، المجلد 1، الإصدار 1، العدد الأول، 2010، ص 21. وكذلك بالنسبة إلى المادة (2/150) من القانون المدني العراقي، التي شَمَلَت عنصر العدالة ضمن مستلزمات العقد كمعيار مادي يُمثِّل أداةً عملية للقاضي يُمكن أنْ يُرتب بعض الآثار على العقد وبحسب طبيعته، وهو ما جاءت به كذلك المادة (1194) من قانون العقود الفرنسي والمادة (2/148) من القانون المدني المصري.

[75] يُنظر: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 365. يُنظر أيضاً: جوهري سعيدة، مرجع سابق، ص 45.

به من عدمه ونية الإضرار، ويمكن البحث في شروط العقد أو النظر في الظروف الخارجة عن العقد حيث تنكشف من جرائِها نية أطراف العقد أو أحدهما[76].

وهناك من ينكر التسليم المطلق للمعيار الشخصي لعدم دقتهِ حيث أنَّ النية تقوم على عُنصرٍ كامنٍ في النفسِ يصعب تحديده[77]. وفي نطاق الفسخ من غير إخلال لا يُمكن اعتماده كمعيار أساسي في تقدير طلب الفسخ من جانب القاضي، لأنَّه يُركز على إرادة أطرافه الضمنية فقط، وقد لا يمكن الكشف من خلاله عن فوات منفعة العقد أو حالتي تغير الظروف أو محل العقد التي تُمثِّل الأسباب الرئيسة لطلب الفسخ في غير حالة الإخلال.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي

يبحث القاضي في ضوء هذا المعيار عن مدى تحقق اختلال التوازن الموضوعي للرابطة العقدية، وقياس مقدار التناسب ومقدار الفوات في المنافع، وعدم ربطها بعوامل خارجية لا علاقة لها بالعملية التعاقدية، وهو معيار يستند إلى العدالة وينظر بشكل جوهري إلى أسباب فسخ العقد الموضوعية دون مُراعاة الجانب الشخصي للمتعاقد من نفسيةٍ أو فطنةٍ أو يقظةٍ أو تبصُّرٍ[78]. وهو معيار كمي[79] يُمكن استخلاصه من نصوصٍ عديدةٍ تتعلق بتقدير طلب فسخ العقد كما هو الحال في الفِقرة الثانية من المادة (2/751) من القانون المدني العراقي المُتعلقة بنقص منفعة المأجور نقصاً كبيراً أو عدم صلاحيته لها، وكذلك نص الفقرة الأولى من المادة (752) من القانون ذاته المتعلقة بطلب الفسخ بسبب إجراء ترميمات تضر بالعين، وكذا الحال بالنسبة للمادة (749) من القانون ذاته المرتبطة بطلب الفسخ نتيجة خطر العين، حيث أن نقص الانتفاع وتغيّر محل العقد في هذه المواد يُقاس بكميته، وهذا هو المقتضى الموضوعي لهذا المعيار[80] وكذلك التحقق من بقاء المستأجر في

---

[76] يُنظر: حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري– تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 70.

[77] يُنظر: عدنان إبراهيم سرحان، سلطة القاضي التقديرية إزاء طلب الفسخ لعدم التنفيذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد الثامن، العدد الأول والثاني، 1989، ص 289.

[78] يُنظر: ماهر محمد علوان، مرجع سابق، ص 137–138.

[79] يُنظر: حسن محمد كاظم المسعودي و م.م. عبد الأمير جفات كروان، واقعة الفسخ القضائي في ذاتها، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة السادسة، العدد الثالث، 2014، ص 145.

[80] يُنظر: عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص 291. في حين أنَّ هناك من يرى أن تقدير خطورة العين الوارد في الفقرة الثانية من المادة (565) من القانون المدني المصري– المقابلة للمادة 749 من القانون المدني العراقي– في صحة المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه، يكون وفق معيار شخصي لا مادي وهو ما لا نؤيده لأن اعتماد المعيار المادي أولى بالأخذ بدل

المأجور الذي يسقط الحق في طلب الفسخ[81]. وإذا ما كانت الالتزامات التكميلية للعقد لا تستلزم تكاليف إضافية كبيرة إلا أنَّها أصبحت نتيجة التغيّرات الاقتصادية تحتاج إلى مبالغ طائلة، فينبغي على القاضي أن يضعها في الحسبان وإضافة قيمة هذه التكاليف إلى القيمة النهائية للأجر المتفق عليه كما هو النص الذي جاءت به المادة (878) من القانون المدني العراقي، وإذا ما رأى القاضي عدم جدوى ذلك بالنظر للمعادلة التي لا تُناسب الغاية من العقد قرَّر فسخ العقد[82] فقياس الإرهاق في حالة تغيّر الظروف يكون المعيار فيه مادياً يبحث في العقد ذاته والمصلحة منه والخسارة التي قد تلحقه وليس المُتعاقد[83] وكما هو الحال في بعض الأعذار في عقد الإيجار منها على سبيل المثال المادة (783) من القانون المدني العراقي حيث ينظر القاضي إلى موضوع العقد ذاته وأعبائِه على الورثة بعد موت مورثهم[84] ويتحرى الصفقة وظروف العقد والمصلحة منه[85]. وحتى في حالة طلب الفسخ من جانب رب العمل للمقاولة فإنَّ القضاء يضع ضوابط لذلك حيث يسبق تقريره تقدير شروطه كوصول الإخطار للمقاول قبل إتمامه العمل والأسباب الداعية إليه والنظر إلى المشروع أو الصفقة ومدى تأثيرها على العقد وإذا لم يكن التبرير الموضوعي مقنعاً للمحكمة، تُقرِّر الأخيرة بحسب سُلطتها التقديرية رفض طلب الفسخ[86] .

إنَّ المعيارَين رغم أنَّهما يتمتعان بصفة النسبية، والتقدير القضائي يظهر واضحاً من خلال تغليب المعطيات التي تتسق مع الضرورة التي تقتضي العدالة وحماية الثقة المشروعة والتأكيد على المبادئ التي تؤدي إلى استقرار الأوضاع القانونية التي تُمثِّل إحدى الغايات المهمة التي يعمل القضاء على تحقيقها ومن ثم النظر

المعيار الشخصي غير الدقيق. يُنظر: عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، بدون سنة نشر، ص 328.

[81] المادة (2/752) من القانون المدني العراقي والمادة (2/570) من القانون المدني المصري، ولا مقابل لهما في القانون المدني الفرنسي.

[82] يُنظر: حيدر فليح حسن ومحمد غانم يونس، مرجع سابق، ص 150.

[83] يُنظر: ماهر محمد علوان، مرجع سابق، ص 143.

[84] يُنظر القاضي كاظم الشيخ جاسم، أحكام إيجار العقار وفقاً للقوانين الخاصة، مطبعة أهل البيت–كربلاء، 1967، ص 251.

[85] يُنظر: عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ط 3، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، بدون سنة نشر، ص 291 و 295.

[86] يُنظر: فرانسواز لابارت وسيريل نوبلوت، المطول في العقود – عقد المقاولة، ترجمة الدكتور عبد الأمير إبراهيم شمس الدين، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2018، ص 291 و 358.

إلى المتعاقد ونيته وأوضاعه الشخصية[87]. لكن الأولى أنْ يعتمد القاضي على التقدير الموضوعي وفق المعيار المادي لطلب الفسخ في غير حالات الإخلال بالدرجة الأساس، لوضوحه وعدم ارتباطه بنية المتعاقِدَين أو الإخلال بالتزاماتهما، إنَّما بظروفٍ وأوضاعٍ مادية في أغلب حالاته، لاسيّما الهدف من العقد الذي يكون من وظيفة القضاء الكشف عنه من خلال معايير موضوعية، لتحقيق الاستقرار في المعاملات والثقة وتحقيق هدف القضاء للوصول إلى نتائج عادلة. بَيد أنَّ ذلك لا يعني تجاهل المعيار الشخصي، إذ يُمكن اعتماده كمعيار مُكمِّل للمعيار المادي في بعض الجُزئيات التي تتطلب تكملة قناعتهِ من خلاله.

خاتمة

توصلنا في نهاية دراستنا إلى عددٍ من الاستنتاجات وبعض المُقترحات التي تتعلق بفكرة الموضوع، وهي على النحو الآتي بيانه:

أولاً: الاستنتاجات

1. إنَّ العقد لم يعد مُعبراً عن غايات ومقاصد طرفيه فحسب إنّما يُمثِّل غايات المُشرِّع، وهذا الأمر يجعل له آثاراً موضوعية إلى جانب الآثار الشخصية من حيث التنفيذ والانقضاء، وإنَّ فسخَ العقد من غير إخلال أثرٌ يثبت طلبه بنص القانون دون أنْ يقترب من فكرة الإخلال بالالتزامات العقدية، وهو نتاج تدخل الإرادة التشريعية إلى جانب الإرادة العقدية وتخطي النظرة التقليدية للعقد في كونه شريعة عاقديه.
2. إنَّ الغاية من الفسخ من غير إخلال ترتبط بصورةٍ وثيقةٍ بهدف العقد ووظيفته في أغلب العقود بوصفه كياناً قانونياً يعمل على مراعاة مصالح اجتماعية ومنافع اقتصادية إلى جانب مصالح أطرافه، فإذا ما جانَبَ العقد هذه الوظيفة كُتب له الزوال عن طريق فسخه.
3. يحرص القضاء على التأكد من تحقق شروط طلب الفسخ لأنَّه ينطوي على مراعاة للمصالح المشروعة والموازنة بين العناصر الموضوعية والشخصية في العقد، وتُقَدَّر من خلاله الأسباب التي يستند إليها طالب الفسخ والوقوف على حالات التعسف، وتحقيق العدالة واستقرار المعاملات، حيث أنَّ ترك فسخ العقد لمشيئة الأفراد يؤدي إلى سلب سلطة القاضي ويحمل إلى تحكم أطراف العقد أو أحدهما في مصيره، وما يتبع الفسخ من التعويض وعناصر تقديره أو انتداب الخبراء أو وضع إشارات الحجز، ويُمَثِّل ذلك ضمانةً أكيدة يتم من خلالها مراعاة طبيعة العقد ومحله ومصالح أطرافه وما يرتبط باقتصاد الدولة والبيئة الاجتماعية.

---

[87] يُنظر: حيدر فليح حسن ومحمد غانم يونس، مرجع سابق، ص 149-150.

4. إنَّ الخيار الممنوح بموجب القانون لأحد المُتعاقِدَين أو لخلفهِ ليس خياراً مُباشراً للفسخ إنَّما هو لطلبه فقط، إذ يتقيَّد بسلطة القاضي في الاختيار، فالخيار بين الفسخ وإنقاص الأُجرة في عقد الإيجار على سبيل المثال هو خيار مُباشر للقاضي الذي يتولى قبلها تقدير طلب الفسخ بالنظر لتوافر شروطه وأسبابه ومدى ارتباطه بالنظام العام، ليستجيب لطالبه من عدمه، ويكون قراره الأخير مُنشِئاً وليس كاشفاً في جميع الحالات.

ثانياً: المقترحات

1. نوصي المُشرّع العراقي بمعالجة الفسخ من غير إخلال وفق نظرية عامة بشكلٍ يوازي الفسخ للإخلال، ونقترح النص الآتي: "في العقود الملزمة للجانبين، المستمرة والفورية مؤجلة التنفيذ، إذا فاتت المنفعة المقصودة من العقد أو تغيّرت ظروف العقد أو حالة المعقود عليه، في غير حالة الإخلال بالالتزامات العقدية أثناء تنفيذه، جاز لمن له مصلحة بعد الإخطار أنْ يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، ويكون للمحكمة سلطة تقدير طلب الفسخ وفق ما يتراءى لها من أسبابٍ تُبرر قبوله أو رفضه".
2. ضرورة أن يعتمد القاضي على معيار موضوعي بالنظر إلى أسباب فسخ العقد من غير إخلال وما يرتبط بذلك من ظروفٍ يُرَكِّز على طبيعة العقد ذاته وهدفه الاقتصادي، مع تكملته بمعيارٍ شخصي يُنْظَر فيه إلى ما انصرف إليه قصد طرفيه في المواضع التي يراها تستدعي ذلك.
3. تقييد حالات الفسخ الواردة في القانون المدني في غير حالات الإخلال في الالتزامات العقدية بالنظام العام والنص على عدم جواز اتفاق الأطراف على خلافها.