

إشكالية الفسخ في الطبيعة القانونية للإقالة: دراسة مقارنة

أحمد عبد الحسين كاظم الياسري

فرع القانون الخاص/ كلية القانون/ جامعة بابل

Ahmed.alyasari@yahoo.com Law.ahmed.ahk@uobabylon.edu.iq

تاريخ نشر البحث: 11 / 4 / 2022

تاريخ قبول النشر: 23 / 2 / 2022

تاريخ استلام البحث: 14 / 2 / 2022

المستخلص:

يعد العقد من أهم أنواع التصرفات القانونية والذي يقوم على توافق إرادتين ترتبطان بالتراضي على إحداث أثر قانوني، وتثبت لهذا العقد بمجرد إبرامه قوته الملزمة التي تمنع أحد العاقدین من الرجوع عنه أو تعديله بإرادته المنفردة، وبمفهوم المخالفة يجوز للعاقدین أن يرجعا عن العقد بالتراضي بينهما بموجب الإقالة؛ التي صرّح المشرع العراقي في المادة (183) من القانون المدني بأنها فسخ بحق العاقدین وعقد جديد بحق الغير، الأمر الذي يثير إشكالية الفسخ في معرض تحديد الطبيعة القانونية للإقالة، إذ أن فسخ العقد جزاء بسبب إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، في حين أن الإقالة اتفاق بين العاقدین في الرجوع عن العقد من دون اشتراط إخلال أحد العاقدین، والإقالة بهذا الوصف تعد عقداً قائماً على تراضي الطرفين، لذا لا بدّ من استجلاء قصد المشرع من إيراد الفسخ في تحديده للطبيعة القانونية للإقالة ومدى اعتبارها عقداً بينهما وكذا بالنسبة للغير.

لنخلص من استعراض آراء الفقهاء والنصوص القانونية النازمة للإقالة من أن قصد المشرع من اعتبار الإقالة فسخاً بحق العاقدین إنما عنى بذلك من حيث الأثر دون أن يقصد المساواة والوحدة بينهما من حيث الحقيقة والذاتية للتباين الكبير بينهما، لتتضح طبيعة الإقالة بين العاقدین بأنها عقد قائم على تراضي طرفيه بإيجاب وقبول.

الكلمات الدالة: العقد، فسخ العقد، الإخلال بالتزام، التراضي، الرجوع عن العقد.

The Problem of Annulment in the Legal Nature of Dismissal: A Comparative Study

Ahmed Abdal Hussein Kadhim Al-Yasiri

Private Law Branch/ College of law /University of Babylon

Abstract:

The contract is the most important type of legal action, which is based on the concurrence of two wills linked by mutual consent to have a legal effect. Once concluded, this contract proves its binding force that prevents one of the contracting parties from retracting it or amending it at his own will. With the concept of violation, the two contracting parties may withdraw from the contract by mutual consent under the dismissal; Which the Iraqi legislator stated in Article (183) of the Civil Code that it is an annulment against the contracting parties and a new contract against others, which raises the problem of annulment in determining the legal nature of the dismissal, as the termination of the contract is a penalty due to one of the contracting parties breaching his obligations, while the dismissal is an agreement. Between the two contracting parties to retract the contract without stipulating the breach of one of the contracting parties, and dismissal with this description is a contract based on the consent of the two parties, so it is necessary to clarify the legislator's intention to include annulment in determining the legal nature of the dismissal and the extent to which it is considered a contract between them as well as for others.

Let us conclude from the review of the opinions of jurists and the legal texts regulating dismissal that the legislator's intention to consider the dismissal as an annulment of the contracting parties, but meant by this in terms of effect without intending equality and unity between them in terms of truth and

subjectivity of the great discrepancy between them, so that the nature of the dismissal between the two contracting parties becomes clear that it is a contract based on the mutual consent of both parties. affirmatively and accepted.

key words: Contract, Termination of contract, Breach of obligation, Consensual. 5- Back to contract.

1- المقدمة:

1-1: جوهر فكرة البحث: يعد العقد من أهم التصرفات القانونية التي يحتاجها الإنسان لإشباع حاجاته اليومية، ولما كان العقد أساسه اتفاق ما بين شخصين وأكثر؛ من هنا كان التراضي الركن الأهم من بين أركان العقد، ولكن العقد ليس بتصرف دائم مؤبد، وإنما لا بدّ أن ينتهي في يوم من الأيام، والطريق الطبيعي لانتهاء العقد هو تنفيذه اختياراً بحسب الأصل أو جبراً بواسطة القضاء استثناءً، ولكن لا ينتهي العقد بطريق التنفيذ فحسب، وإنما تقف إلى جانبه طرق أخرى تؤدي إلى انحلال العقد وانقضائه فينقضي العقد بالإلغاء بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين أو بالفسخ سواء كان قضائياً أو اتفاقياً وذلك كلما أخلّ أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات التي فرضها عليه العقد أو بفسخه بحكم القانون، وكما يمكن أن ينقضي بالإقالة إذا ما تراضى المتعاقدان على إنهاء العقد وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

وتتمحور دراستنا حول الطريق الأخير من طرق انقضاء العقد وهو الإقالة، إذ لما كان من الجائز أن يتفق العاقدان على إنهاء العقد برضاها بعد انعقاده وهو الركن الأهم والأساس في العقد كما ذكرنا، ومما لا ريب فيه أن هذا الاتفاق لا يخرج عن كونه عقداً بين العاقدين يتفقان فيه على حل العقد السابق فيما بينهما، فإن الطبيعة القانونية للإقالة التي حددها المادة (183) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل؛ تثير إشكالية كبيرة بإحكامها الفسخ في هذا الاتفاق ما بين المتعاقدين، وذلك بوصف الإقالة فسخاً ما بين المتعاقدين وعقداً جديداً بالنسبة للغير.

1-2: مشكلة البحث وأهميته: تتجسد مشكلة البحث بإسباغ المشرع وصف الفسخ على الإقالة في تحديده للطبيعة القانونية للإقالة، إذ عرفنا أن الإقالة هي اتفاق ما بين العاقدين على إنهاء العقد وإرجاع ما سلّم لصاحبه، وهي بذلك لا تخرج عن كونها عقداً، وإذا كان مشرع القانون المدني العراقي قد عدّها كذلك بالنسبة لغير المتعاقدين، إلا أن عدّها فسخاً بينهما يظهر لنا مشكلة كبيرة تتمثل بعدم انطباق وصف الفسخ على حقيقة الإقالة وماهيتها، إذ أن الفسخ المعروف في القانون المدني العراقي وفي القوانين المدنية العربية منها والأجنبية يقوم على أساس إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التي فرضها عليه العقد وهذا ما صرحت بها المادة (177) من القانون المدني العراقي، وهذا ما لم يشترطه القانون المدني العراقي في الإقالة ولم يتطرق إليه الفقه بحثاً بل على العكس من ذلك وجدناهم اشترطوا توافر شروط الفسخ في الإقالة، في حين لا يوجد أي إخلال في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد حتى يصار إلى الإقالة ما بين المتعاقدين، فضلاً عن مناقشة الشروط الأخرى للفسخ ومدى انطباقها على الإقالة.

من هنا تظهر إشكالية البحث جليةً، لنسلط من خلالها الأضواء على قصد المشرع من اعتبار الإقالة فسخاً بين العاقدین وعلى اللبس الذي وقع فيه المشرع العراقي في صياغة المادة (183) من القانون المدني في تحديد الطبيعة القانونية للإقالة وصولاً إلى التوصيف الصحيح لها.

1-3: منهجية البحث ونطاقه: سنعمد في دراسة إشكالية الفسخ في الطبيعة القانونية للإقالة، على المنهج (التحليلي) متعرضين في ذلك إلى النصوص القانونية التي نظمت الإقالة وحددت طبيعتها القانونية والنصوص القانونية التي نظمت الفسخ وحددت شروطه، لنحللها ونقف على مدى صحة انطباق وصف الفسخ على الإقالة ما بين المتعاقدين وصولاً إلى الطبيعة القانونية الصحيحة للإقالة، وسيكون هذا المنهج البحثي مركّزاً على القانون المدني العراقي ومقارناً مع القوانين المدنية الكويتي والمصري ومقارناً مع الفقه الاسلامي كلما اقتضانا البحث الرجوع إليه.

وسيتحدد نطاق البحث بدراسة الطبيعة القانونية للإقالة ومدى انتلاف وصف الفسخ معها فيما بين المتعاقدين وإثبات وصفها عقداً بين العاقدین.

1-4: خطة البحث: سنتناول موضوع بحثنا المتعلق بإشكالية الفسخ في الطبيعة القانونية للإقالة على وفق مبحثين، سنخصص المبحث الأول لتحديد ماهية الإقالة، وذلك من خلال مطلبين، سنتناول في الأول منهما مفهوم الإقالة بتعريفها وتحديد خصائصها، ونميز في ثانيهما بين الإقالة وبين ما يشتهى بها من حالات انحلال العقد. في حين سنكرس المبحث الثاني لتحديد الطبيعة القانونية للإقالة في مطلبين أيضاً، سنتبين في المطلب الأول منهما مدى صحة وصفها فسخاً بين المتعاقدين، وسنعرض في المطلب الثاني مدى صحة وصفها عقداً بين المتعاقدين.

2- المبحث الأول/ماهية الإقالة

إن تحديد الطبيعة القانونية للإقالة يتوقف على معرفة ماهيتها، والأخيرة لا تخرج عن كونها حقيقة الإقالة وذاتيتها؛ وهي لا يمكن الوصول إليها إلا من خلال تحديد مفهومها بتعريفها واستنتاج خصائصها من ذلك التعريف، وماهية الإقالة لا تستبين إلا إذا ميزناها مما يشتهى بها من أوضاع تحت العنوان الإجمالي الذي تقع ضمنه بما هي طريق من طرق انحلال العقد وانقضائه، وعلى وفق ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص الأول منهما لمفهوم الإقالة ونميز في المطلب الثاني بينها وبين ما يشتهى بها من أوضاع.

2-1: المطلب الأول/مفهوم الإقالة

إن مفهوم الإقالة نستبينه من خلال تعريف الإقالة، وصولاً إلى تحديد خصائصها التي تنفرد بها والتي من خلالها نستطيع أن نميزها مما يشتهى بها من مفاهيم أخرى، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين نتولى في الفرع الأول منهما تعريف الإقالة، فيما سنخصص الفرع الثاني لتحديد خصائصها.

2-1-1: الفرع الأول/تعريف الإقالة

لتحديد مفهوم الإقالة لا بدّ لنا من تعريفها لغةً وقانوناً وفقهاً، وذلك للوقوف على مدى التوافق في مضمونها بين اللغة والقانون والفقه.

فقد جاء في لسان العرب في معنى الإقالة لغةً "استقالني: طلب إليّ أن أقبله. وتَقَايلَ البيعان: تَفَاسَخَا صَفَقَتَهُمَا. وتركتهما يتَقَايلان البيع أي يَسْتَقِيل كل واحد منهما صاحبه. وقد تَقَايَلَا بعدما تَبَايَعَا أي تَتَارَكَا وَأَقْلَتَهُ البيعُ إِقالةٌ: وهو فسْخُهُ قال: وربما قالوا قْلَتَهُ البيعُ فَأَقَالَنِي إِياه. وفي الحديث: من أَقَالَ نادماً أَقَالُهُ الله من نار جهنم. وفي رواية: أَقَالَه الله عَثْرَتَهُ أي وافقه على نَقْضِ البيع وأجابه إليه. يقال: أَقَالَه يُقِيلُهُ إِقالةً. و تَقَايَلَا إِذَا فسَخَا البيع وعاد المبيع إلى ماله والثلث إلى المشتري إذا كان قد نَدِمَ أحدهما أو كلاهما قال: وتكون الإقالة في البَيْعَةِ والعهد.... والاستقالة: طَلَبُ الإقالة.^[1: 572] وجاء في مجمع البحرين: " وفي الحديث من أَقَالَ نادماً أَقَالَه الله من نار جهنم "أي وافقه على نقض البيع وأجابه إليه. يقال أَقَالَه يُقِيلُهُ إِقالةً أي وافقه على نقض البيع وسامحه. قال الجوهري: وربما قالوا قْلَتَهُ البيع. ومنه أَقَالَه الله عَثْرَتَهُ والعثرة: الخطيئة. وتَقَايَلَا: إِذَا فسَخَا البيع، عاد المبيع إلى ماله والثلث إلى المشتري. واستقلته البيع فأقالني.^[2: 64] ومما تقدم يتضح أن الإقالة لا تخرج عن كونها طلباً من أحد العاقدين وإجابة العاقد الثاني لطلبه على نحو يؤدي إلى رفع حكم العقد ما بينهما وإعادة ما سَلَّم لصاحبه، ويلاحظ على التعريف اللغوي للإقالة أنه قصرها على عقد البيع فحسب، وهذا ما لا يقره الفقه والقانون وكما سيأتي إذ أن الإقالة من الممكن أن ترد على أي عقد وليس عقد البيع فحسب، كما أن اللغويين استعملوا مصطلح الفسخ في معنى الإقالة، وهذا ما سنتعرض له في ثنايا هذا البحث لنثبت أنه ليس المقصود به الفسخ المعروف قانوناً، وإنما الفسخ المعروف لغةً ولدى فقهاء المسلمين بمعنى انحلال العقد لأي سبب كان.

وإذا ما يمينا وجهنا نحو القانون لنلتزم منه تعريفاً للإقالة، نجد أن القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل⁽¹⁾، لم يسق تعريفاً لها، وإنما نص على حكمها ويمكن القول أن الأخير قد تضمن تعريفاً ضمناً للإقالة، إذ نصت المادة (181) من القانون المدني العراقي على أنه (للعاقدین أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده). وبهذا فيمكننا أن نستشف من خلال هذا النص أن الإقالة تعني: اتفاق بين المتعاقدين على الرجوع عن العقد برضاها بعد انعقاده، وهو الاتجاه نفسه الذي أخذ به القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980؛ في المادة (1/217) التي نصت على أن (للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده، ما بقي المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحدهما). وعرفت مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾ الإقالة في المادة (163) منها على أنها (رفع عقد البيع وإزالته) ولم نجد تعريفاً للإقالة في القانون المصري رقم (131) لسنة 1948 وهذا يرجع إلى أنه لم يأخذ بالإقالة طريقاً من طرق انحلال العقد، واكتفى بتنظيم الفسخ فحسب تحت عنوان (انحلال العقد) وذلك في المواد (157 – 161) وكذا هو موقف القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 المعدل.

وإذا ما رجعنا إلى الفقه نجده قد عرّف الإقالة بتعاريف عدة قد تختلف في ألفاظها إلا أنها واحدة من حيث معناها، إذ عرّف جانب من فقهاء القانون المدني في العراق الإقالة بأن "ينفق المتعاقدان على إلغاء العقد وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرامه ورد ما سَلَّم إلى صاحبه"^[3: 440]، وعرّف الإقالة جانب آخر من هذا الفقه بأن "ينحل العقد قبل انتهائه بعد تنفيذه أو قبل المباشرة بالتنفيذ باتفاق الطرفين وهو ما يطلق عليه بـ(التقاييل)"^[4: 283].

(1) منشور في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) بالعدد (3015) في 1951/9/8.

(2) - الصادرة سنة 1286 هـ — 1882 م، وهي بمثابة قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي لتنظيم المعاملات المالية للبلدان التي كانت تحت نير احتلال الدولة العثمانية مستمدة من الفقه الحنفي واشتملت على 1851 مادة.

وعرفها فقه القانون المدني في الكويت بأنها "رفع العقد، وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين"^[5: 324]، وعلى الرغم من عدم تنظيم القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 للإقالة بين نصوصه، إلا أن فقه القانوني المدني في مصر عرّف الإقالة، فعرّفها جانباً منه بأن "يتفق المتعاقدان على حل الرابطة العقدية"^[6: 286]، وعرّفها جانباً آخر بأنها "اتفاق بين طرفي العقد على نقضه والرجوع عنه"^[7: 268]، وعُرِّفت أيضاً تحت عنوان (التفاسخ أو التقايل) بأن "للمتعاقدین معاً العدول عن العقد الذي أبرماه، متى تلاقت إرادتهما معاً على ذلك"^[8: 118] وعُرِّف البعض الآخر من الفقه في مصر الإقالة أو التقايل بأنها "إزالة العقد ويتم ذلك بعقد لاحق للعقد الأول المراد إزالته"^[9: 59]. ومما تقدم نستطيع تعريف الإقالة بأنها (عقد سراح بين المتعاقدين مقتضاه الرجوع عن عقد مبرم بينهما سابقاً؛ سواءً قبل تنفيذه أو بعد التنفيذ لإرجاع الحالة لما كانت عليها قبل العقد المُقَال منه كلما كان ذلك ممكناً ورد ما سلّم إلى صاحبه كلاً أو جزءاً) وسنثبت مفردات هذا التعريف على امتداد هذه الدراسة.

2-1-2: الفرع الثاني/خصائص الإقالة

استخلاصاً من التعريفات التي سقناها للإقالة في الفرع السابق سواءً كانت في اللغة أم القانون أم الفقه، يمكننا أن نستشف خصائصها على النحو التالي:

- 1- إنها اتفاق ما بين المتعاقدين قائم على تراضيتهما بالرجوع عن العقد المبرم سابقاً، وهذا الاتفاق لا يمكن أن يكون إلا اتفاقاً لاحقاً بين المتعاقدين^[6: 286] [10: 131]، وسنرى فيما بعد أن بعض الفقهاء يرى أن الإقالة تعد عقداً يشترط فيها توافر الشروط العامة للعقد من إيجاب وقبول ومحل وسبب وغيرها.
- 2- إنها اتفاق بين المتعاقدين على الرجوع عن العقد سواءً تحقق هذا الاتفاق بعد انعقاد العقد السابق (المُقَال منه) وقبل تنفيذه أو حتى بعد تنفيذه، وهذا ما يمكن أن نثبتته من عمومية نص المادة (181) من القانون المدني العراقي، والمادة (1/217) من القانون المدني الكويتي، واللذان نصتا على أن للمتعاقدین أن يتقايدا العقد برضاها بعد انعقاده، وعبارة (بعد انعقاده) تدل عموميتها على إمكانية الإقالة بعد الانعقاد وقبل التنفيذ أو بعده⁽¹⁾.

- 3- إن الإقالة اتفاق ما بين المتعاقدين على الرجوع عن العقد دون اشتراط حصول إخلال من أحدهما في تنفيذ الالتزامات التي ألقاها العقد على عاتقهما، فالإقالة ليست جزاءً عن الإخلال بالالتزام عقدي^[7: 268] [10: 131].

- 4- إن للمتعاقدین بمقتضى الإقالة الرجوع عن أي عقد يريدان الرجوع عنه برضاها، ولا تقتصر الإقالة على الرجوع عن عقد معين بعينه كما يترأى للبعض أنها مقصورة على عقد البيع أو كما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (163) منها من أن الإقالة ترد على عقد البيع فقط، ودلينا على ذلك إطلاق لفظ العقد في المادة (181) من القانون المدني العراقي والمادة (1/217) من القانون المدني الكويتي، وحسناً فعل المشرعان العراقي والكويتي من إطلاق الإقالة على أي عقد يريد المتعاقدان الرجوع عنه، وهذا ما يذهب إليه أغلب فقهاء المسلمين ومنهم الإمامية^[11: 341] [12: 70] [13: 92]، والثابت لدى فقهاء الحنفية أنها ترد على عقد البيع خاصة^[14: 200]، إلا أنهم أثبتوها في غير البيع من العقود الأخرى كالإجارة^[15: 242] [16: 242] ج: 6؛^[490] وهو ما ذهب إليه فقهاء المالكية^[17: 83] ج: 5؛ وكذا فقهاء الشافعية^[18: 433] [19: 418] والحنبلية^[418: 19].

(1) انظر في ذلك تعريف الإقالة الذي أورده صاحب المرجع رقم (4) من هذه الدراسة.

5- إن الإقالة تثبت للمتعاقدين في العقود اللازمة كأصل، ذلك لأن العقود غير اللازمة يستطيع أحد المتعاقدين أو كلاهما الرجوع عنها وإلغاؤها بإرادته المنفردة، وإن كانت هذه الخاصية لا تلازم للإقالة بهذا الإطلاق، صحيح أنها لا تثبت في العقود غير اللازمة من الجانبين بطبيعتها كعقد الوكالة وعقد العارية أو التي يمكن أن يثبت فيها الخيار لكلي العاقدين كما في خيار الشرط أو خيار المجلس، ولكن قد تكون لدينا عقود غير لازمة من جانب واحد بسبب الخيار كما في خيار الحيوان أو خيار التجربة، ومن ثم لا يستطيع العاقد الذي لم يثبت له الخيار أن يتراجع عن العقد بإرادته إلا إذا رضي العاقد الآخر، ومن هنا نرى أنها تثبت في العقود غير اللازمة من جانب واحد شأنها شأن العقود اللازمة. وهو ما سنبحثه عند التمييز بين الإقالة وعدم لزوم العقد في المطلب القادم.

2-2: المطلب الثاني/ تمييز الإقالة مما يشتهى بها من حالات انحلال العقد

تتشترك الإقالة مع بعض الحالات التي ينحل بها العقد؛ والذي يجمع ما بينها وبين هذه الطرق مشترك واحد بشكل إجمالي هو انحلال العقد بموجبها، وعلى الرغم من ذلك ردّ جانباً من الفقه أساس الإقالة لبعض هذه الحالات من قبيل عدم اللزوم في العقد أو شرط الخيار، لذا كان لا بدّ من تمييزها من هذه الحالات ووضع الحدود الفاصلة بينها وبين الإقالة. وابتداءً نستبعد التمييز بين الإقالة وبطلان العقد، ذلك لأن البطلان لا يعد من طرق انحلال العقد، لأن العقد الباطل غير موجود بحسب الأصل، وما تسمية العقد الباطل بـ(الباطل) إنما هي تسمية مجازية لتقريب الفكرة للأذهان لا أكثر، وذلك لأن بطلان العقد إنما هو " الجزء القانوني لعدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها" [20: 486-487] وبهذا فإن العقد الباطل منعدم قانوناً وغير موجود من البدء ولا ينتج أثره [21: 122] لانهدام ركن من أركانه أو اختلال وصف من أوصافه⁽¹⁾ ومن ثم فلا عقد موجود من حيث الأصل⁽²⁾ حتى نتكلم عن انحلاله، وسبب البطلان موجود قبل العقد أو مرافق له ومن ثم يمنع من قيامه، في حين أن الإقالة سبب لاحق لانعقاد العقد صحيحاً ويظهر أثرها في انتهاء هذا العقد والرجوع عنه باتفاق المتعاقدين ومن هنا تظهر المفارقة واضحة بين بطلان العقد والإقالة. مما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين، نميز في الفرع الأول منهما بين الإقالة وعدم لزوم العقد، ونخصص الثاني لتمييز الإقالة عن شرط الخيار.

2-2-1: الفرع الأول/ تمييز الإقالة من عدم لزوم العقد

إذا كانت الإقالة تتشابه مع عدم لزوم العقد من حيث كونها من طرق انحلال العقد والرجوع عنه، إلا أنها تختلف عن عدم لزوم العقد بهذا العنوان العام، ذلك لأن العقد غير اللازم لا يخرج عن كونه عقداً صحيحاً يستطيع أحد طرفيه أو كلاهما الرجوع عنه، وعدم اللزوم - كما ذكرنا - إما أن يرجع لطبيعة العقد كما في عقد الوديعة

(1) نصت المادة (137) من القانون المدني العراقي على أنه (1 - العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتباره بعض أوصافه الخارجية. 2- فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادريين ممن ليس اهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع. 3- ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلت بعض أوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوفٍ للشكل الذي فرضه القانون.) ولا يوجد لهذه المادة مقابل في القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي.

(2) وهذا ما صرحت به المادة (138) من القانون المدني العراقي، إذ نصت على أنه (1 - العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً.) ولا يوجد لهذه النص مقابل في القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي.

أو العارية، أو أن العقد قد لحقه خيار من الخيارات المعروفة بالفقه الاسلامي وأخذ بها القانون المدني العراقي كخيار الرؤية أو خيار الشرط أو خيار التعيين^[21: 119]، ذلك لأن الأصل في العقود للزوم^[22: 66]، بمعنى أن العقد إذا انعقد أصبح لازماً لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه إلا بنص القانون أو بالتراضي⁽¹⁾، وهذه القوة الملزمة هي من جعلت العقد يأخذ المرتبة الأولى من بين مصادر الالتزام، طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) والعقد يكون في الذروة من القوة^[3: 295] ^[22: 43]، والاستثناء أن يكون العقد غير لازم لما تقدم من أسباب. وعلى الرغم من ذلك يمكن تلمس موارد اختلاف عدم لزوم العقد عن الإقالة، ذلك لأن عدم اللزوم يأتي مرافقاً للعقد منذ انعقاده كما في عدم لزوم العقد بطبيعته كعقد الوديعة أو عقد العارية أو إذا ما اقترن العقد بإحدى الخيارات الحكيمة (الجعلية) كخيار الرؤية⁽²⁾ أو خيار العيب، أو إحدى الخيارات الإرادية كشرط الخيار⁽³⁾، أما الإقالة فإنها تأتي لاحقة على انعقاد العقد وهو ما صرحت بها المادة (181) من القانون المدني العراقي بنصها على أن (للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده)⁽⁴⁾، ومن ثم فإن الإقالة ممتنعة أن تكون مقترنة بالعقد منذ انعقاده^[10: 131] استناداً للنص المتقدم، ولامتناع ذلك منطقياً؛ ذلك لأنه من العبث أن يتعاقد العاقدان بعقد معين وينصب رضاها على ذلك وعلى الإقالة منه في آن واحد، كما أنه من المستحيل عقلاً أن تكون الإقالة سابقة على العقد لأن الغرض منها والحكمة من تشريعها هي الرجوع عن عقد منعقد. ومن جانب آخر فإن إعمال عدم لزوم العقد يكون بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين؛ بمعنى أن يرجع أحد العاقدين عن العقد بإرادته هو^[22: 43] ^[23: 253] من غير حاجة لتراضي الطرفين أي كان سبب عدم لزوم العقد سواء كان بسبب طبيعة العقد أم بسبب أحد الخيارات، وهذا ما لا يمكن قبوله في الإقالة، إذ يشترط فيها تراضي العاقدين وهو ما نصت عليه المادة (181) من القانون المدني العراقي صراحةً وما تسالم عليه فقهاء المسلمين وفقهاء القانون.

2-2-2: الفرع الثاني/ تمييز الإقالة من شرط الخيار

على الرغم من أن شرط الخيار لا يخرج عن كونه أحد أسباب عدم لزوم العقد ومن ثم فلا حاجة لتمييز الإقالة منه لأنه تميز منها بحسب ما تقدم، إلا أن ما يدعوننا إلى أن نفرده بتمييزه منها ما ذهب إليه أحد فقهاء القانون المدني العراقي من وصف الإقالة بأنها (شرط خيار) ويعتمد في ذلك على ما ذهب إليه الفقه الاسلامي، إذ يرى أنه "إذا كان الاتفاق على فسخ العقد من غير حاجة لإخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فإنه لا يسمى في الفقه الاسلامي إقالة وإنما هو شرط خيار، (أو خيار الشرط كما يسميه جمهور الفقهاء)"^[10: 131-132]، وإذا كان اختلاف الإقالة عن الفسخ سنتناوله في المبحث القادم، فإننا في معرض مناقشة الرأي المتقدم، فإن هذا الرأي لم يذكر لنا مصدراً واحداً استقى منه رأي جمهور فقهاء المسلمين بأن الإقالة لا تعدو كونها شرط خيار، ومن جانب آخر إذا أردنا سحب أحكام شرط الخيار على الإقالة، لرأينا أن من شرائط شرط الخيار مقارنته للعقد أو أن يكون

(1) نصت المادة (146) من القانون المدني العراقي على أنه (1- إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي). تقابلها المادة (1/147) من القانون المدني المصري، والمادة (196) من القانون المدني الكويتي.

(2) ينظر نص المادة (517) مدني عراقي. تقابلها في الحكم المادة (2/419) مدني مصري، والمادة (456) مدني كويتي.

(3) ينظر نص المادة (509) مدني عراقي. ولا مقابل لها في القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي.

(4) تقابلها المادة (1/217) من القانون المدني الكويتي.

لاحقاً له^[22: 219]، بمعنى الاتفاق على شرط الخيار في صلب العقد أو بعده في وقت لاحق لانعقاده، ووجه عدم المطابقة مع الإقالة من حيث كونها لا يمكن الاتفاق عليها في صلب العقد لأنها اتفاق بين العاقدین على إنهاء العقد والرجوع فيه، وذكرنا أنه من غير المنطقي بل من العبث أن يتعاقد المتعاقدان بعقد معين وفي صيغة العقد نفسه يتفقان على الإقالة منه، فما جدوى العقد بموجب هذه الصيغة التعاقدية إذا؟! هذا من جانب ومن جانب آخر نجد أن تعريف خيار الشرط يأبى أن ينطبق في ذاته على الإقالة بمفهومها المتقدم؛ إذ يعرف خيار الشرط بأنه " أن يشترط أحد العاقدین أو كلاهما أن يكون له أو لشخص أجنبي خيار فسخ العقد أو إمضائه خلال المدة المقرر لذلك^[24: 50]، ووجه الدقة في عدم الانطباق أن خيار الشرط إذا ما ثبت لأحد العاقدین أو كلاهما، فإنه لا يستلزم بمجرد ثبوته أن يرجع العاقد - الذي ثبت له الخيار - عن العقد وإنما يكون له ذلك ضمن مدة يتفق عليها^[22: 220] بل أن المدة لازمة لشرط الخيار ومن شرائطه؛ كونها تفسح مجالاً للمتعاقدين بالتروي والتفكير لوزن مصالحه الناشئة عن العقد، ولو فرضنا جدلاً أنه لا يوجد ما يمنع من أن تقتزن الإقالة بمدة يحق للعاقدین أن يتقايلا خلالها، إلا أن الاختلاف يبقى قائماً بين الإقالة وشرط الخيار خصوصاً إذا ما اتفق عليه لاحقاً على انعقاد العقد، ذلك لأن الاتفاق على خيار الشرط لا ينهي العقد بمجرد ثبوته، وإنما يبقى رهناً بإرادة أحد المتعاقدین حينما يريد إعماله في نقض العقد والرجوع عنه، وفي هذا يختلف عن الإقالة التي لا يمكن أن تنشأ إلا باتفاق المتعاقدین وبرضاها معاً في الوقت نفسه، وليس بالإرادة المنفردة لأحدهما، ولا يمكن الاعتراض على هذا الرد بأن شرط الخيار يمكن أن يثبت للعاقدین معاً في الوقت نفسه، ذلك لأن إعماله لا يستلزم فيه اتجاه إرادتهما معاً وفي الوقت نفسه إلى الرجوع عن العقد، وإنما يبقى مرتبطاً بإرادة كل واحد من المتعاقدین كل على حدة، بحيث إذا فسخ أحدهما العقد أثناء المدة انفسخ، وإذا أجازته أحدهما سقط خياره وبقي الخيار للعقد الآخر في نقض العقد إلى انتهاء المدة^[24: 52] [22: 300]، كما أن شرط الخيار قد يتعرض للسقوط كما في الإجازة؛ إذ أن اشتراط أحد العاقدین لشرط الخيار مضمونه إما أن يكون لفسخ العقد أو إمضائه، وامضاء العقد قد يكون صراحةً بإجازته وقد يكون ضمناً وذلك عند مضي المدة مع عدم إعمال الخيار بالفسخ^[24: 53]، في حين أن الإقالة ليس لها من سقوط لأنها غير قائمة على اشتراط أحد العاقدین وقبول الآخر في مدة معلومة، وإنما هي تراضيها على الرجوع عن العقد، وبمجرد هذا التراضي يكون العقد قد انحل.

وبالرغم من تمايز الإقالة عن الفسخ من حيث كونه إحدى طرائق انحلال العقد، إلا أنه قد يبدو أن القانون المدني العراقي ساوياً بينها وبين الفسخ، بل يترأى أنه عدّها فسخاً بين المتعاقدین وذلك بموجب المادة (183) منه، وأيده جانب كبير من الفقه في ذلك، إلا أن هذا التوجه هو ما نريد أن نثبت خلافه في هذه الدراسة من خلال اثبات اختلاف الفسخ بالمعنى الذي نظمته القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة، لنستجلي بعد ذلك إشكالية إقحامه في الطبيعة القانونية للإقالة، وصولاً للطبيعة القانونية الصحيحة للإقالة سواء بالنسبة للعاقدین أو بالنسبة للغير، وهو ما سيدور حول محوره النقاش في المبحث القادم.

3- المبحث الثاني/ الطبيعة القانونية للإقالة

حدّد المشرع العراقي الطبيعة القانونية للإقالة في المادة (183) من القانون المدني العراقي ؛ بأنها تعدّ فسخاً بين المتعاقدين وعقداً جديداً بالنسبة للغير، إذ نصت المادة سائلة الذكر على أن (الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد).⁽¹⁾، وأيدّ المشرع العراقي في ذلك؛ الاتجاه الغالب في الفقه، إلا أن توصيف المشرع العراقي للإقالة على النحو المتقدم لا يخلو من محذور، وإشكالية الطبيعة القانونية للإقالة تظهر في وصف المشرع لها بأنها فسخ بين المتعاقدين، وهذه الإشكالية هي المحور الرئيس الذي دار حوله بحثنا هذا، على نحو نُشَخِّص من خلاله العقوبات الكؤود التي تحول دون عدّ الإقالة فسخاً بين المتعاقدين اتساقاً مع أحكام الفسخ التي نصّ عليها قانوننا المدني وصولاً إلى تحديد الطبيعة القانونية الصحيحة والسليمة للإقالة، لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نناقش في الأول منهما الإقالة بوصفها فسخاً بين المتعاقدين، ونبحث في المطلب الثاني الإقالة بوصفها عقداً بين المتعاقدين.

3-1: المطلب الأول/ الإقالة بوصفها فسخاً بين المتعاقدين

عرّف فقه القانون المدني الفسخ⁽²⁾ بأنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يقدّم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد، وللقاضي سلطة تقدير هذا الطلب"^[693: 20]، وعرّفه البعض الآخر بأنه "جزاء إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين، ويؤدي الفسخ إلى انحلال العقد بأثر رجعي"^[284: 7] وعرّف الفسخ بأنه "الجزاء الذي يترتب نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه التعاقدية"^[37: 9] وعرّفه جانب من فقه القانون المدني في العراق بأنه "انقضاء الرابطة العقدية لاستحالة التنفيذ أو لامتناع عنه أو لإخلال به"^[231: 25] وعرّفه جانب آخر بأنه "زوال العقد الملزم للجانبين بأثر رجعي بناءً على طلب أحد طرفي العقد وذلك بتخلف الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه"^[253: 23]، ويتضح جلياً من التعريفات التي أوردناها سالفاً وما يُجمع عليه فقه القانون المدني أن الفسخ إنما هو جزء إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ أحد الالتزامات التي رتبها العقد على عاتقه، فهو والحال هذا صنو المسؤولية التعاقدية من حيث السبب والوصف من حيث كونه جزءاً، إذ يعد وسيلة ضمان للدائن تمكنه من طلبه للمحافظة على حقوقه الناشئة عن العقد بعد أن هُددت بالضياع نتيجة فعل المدين، وهو في الوقت نفسه جزء قانوني يفرض على المدين لامتناعه عن تنفيذ العقد أو إخلاله به.^[694: 20] [6: 284: 7288] [231: 25] [425-424: 3]، وهذا الحكم هو ما نص عليه صراحة القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل، في المادة (177) منه التي نصت على أنه (1) في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفّ أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقّد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنتظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوفّ به المدين

(1) تقابلها في الحكم المادة (218) من القانون المدني الكويتي.

(2) الفسخ لغة "فسخ الشيء فسخه فسخاً فانفسخ نقضه فاننقض وفساخت الأقاويل تنقضت والفسخ زوال المصّل عن موضعه ويقال فسخت البيع بين البيعين والنكاح فانفسخ البيع والنكاح أي نقضته فاننقض ينظر [1: 3: 44]. وجاء أيضاً في الفسخ لغة "فسخ الشيء: نقضه، تقول فسخت البيع وفسخت العزم أي نقضتهما . وفسخت النكاح فانفسخ: أي انتقض. وفسخت العود فسخاً من باب نفع: إذا أزلته عن موضعه بيدك. ومثله فسخت يده أفسخها فسخاً" ينظر في ذلك: [21: 5: 390].

قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته.⁽¹⁾ وتبعاً لما تقدم، تسالم فقه القانون المدني على شروط معينة يجب توافرها في الفسخ، نوجزها بما يلي لأهميتها وارتباطها بمدى اعتبار الإقالة فسخاً بين المتعاقدين:

1- أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، وذلك لأن هذا النوع من العقود ينشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفيه يكون بينها ترابط؛ مما يبرر طلب أحد المتعاقدين طلب الفسخ من قبل أحد المتعاقدين إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه أو أخلاً به، أما العقود الملزمة لجانب واحد، فلا يتصور فيها طلب الفسخ، لأن أحد عاقديه مدين غير دائن، لعدم وجود التزام على عاتق المتعاقد الآخر لم يتم بتنفيذه حتى يبرر الفسخ على أساسه، والمتعاقد الآخر دائن غير مدين وليس من مصلحته طلب الفسخ بل يطالب المدين بتنفيذ التزامه ويجبره على ذلك. [20: 698] [21: 175].

2- أن يكون هناك إخلال من أحد المتعاقدين بتنفيذ أحد التزاماته المفروضة عليه بموجب العقد، إذ ليس من المنطقي أن يبقى أحد المتعاقدين ملتزماً بالعقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، في حين يتمتع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه [6: 290-291] [3: 424-425] [7: 286]، فلا منفعة سيجنيها المتعاقد من عقد يتمتع المتعاقد الآخر من تنفيذه؛ لأن هذا ما يخالف الغاية المنطقية والقانونية من العقد الذي يعد وسيلة لتبادل المنافع. على أن امتناع هذا المتعاقد عن التنفيذ يجب أن يكون ناشئاً عن خطئه، فإذا كان عدم التنفيذ ناشئاً عن سبب أجنبي، فإن العقد يفسخ بحكم القانون ولا يحتاج إلى طلب الفسخ، فإذا يشترط لطلب الفسخ أن يكون هناك إخلال من أحد المتعاقدين.

3- أن يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وقادراً على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد في حال الاستجابة لطلب فسخه للعقد [10: 124]، [8: 24] [9: 45]، وإلا فلا يمكنه طلب الفسخ ولن تجيبه المحكمة إلى طلبه هذا، لأنه ليس من المنطق القانوني السليم أن يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه وهو ممتنع عن تنفيذ التزامه لأن المتعاقد الآخر سيدفع تجاهه بالدفع بعدم التنفيذ، وكذا الحكم لو لم يكن غير قادر على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد لأنه الأثر الرئيس الناشئ عن الفسخ كأصل عام.

وبالرجوع إلى حكم المادة (183) من القانون المدني العراقي وجدناها تنص على أن (الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد).⁽²⁾ والسؤال الذي يطرح في هذا المقام من البحث؛ هل هذا يعني أن المشرع ساوى بين الإقالة والفسخ بين المتعاقدين من حيث الطبيعة القانونية للإقالة؟ وهل هذه المساواة صحيحة؛ بأن عدَّ الإقالة فسخاً بين المتعاقدين؟ أو أنه أخطأ في وضع هذه الطبيعة القانونية للإقالة؟ وإذا لم يخطئ المشرع في ذلك فما الذي يقصده من جعل الإقالة فسخاً بين المتعاقدين؟

(1) تقابلها المادة (1/157) من القانون المدني المصري إذ نصت على أنه (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى) وكذلك المادة (1/209) من القانون المدني الكويتي، والتي نصت على أنه (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وبعد إذاره، جاز للمتعاقد الآخر، إن لم يفضل التمسك بالعقد، أن يطلب من القاضي فسخه، مع التعويض إن كان له مقتضى، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره في الوفاء بالتزاماته).

(2) تقابلها في الحكم المادة (218) من القانون المدني الكويتي.

إن مراجعة بسيطة للاستعراض الذي قدمناه في ذاتية الإقالة والفسخ، تنفي الإجابة بالإيجاب على تساؤلنا الجوهري المتقدم، وتظهر لنا تباعداً وبعثاً شاسعاً بين الإقالة والفسخ وتبايناً من عدة جوانب؛ خصوصاً إذا ما أردنا أن نسحب شروط الفسخ على الإقالة، فيظهر لنا عدم انطباق أهم شرط من شروط الفسخ عليها وهو إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، ذلك لأن الإقالة لا تخرج عن كونها اتفاق بين المتعاقدين بالرجوع عن العقد الذي أبرماه سابقاً نتيجة لندم أحدهما وطلبه الإقالة وموافقة الآخر أو ندم كليهما، فيتفقان على الرجوع عن العقد دون اشتراط إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته الناشئ عن العقد [7: 268] [10: 131]، في حين يشترط في طلب الفسخ أن يكون هناك إخلال بالعقد من أحد المتعاقدين، وهذا هو حكم المادة (1/177) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنتظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته).⁽¹⁾ وإذا كان الحال والحكم هذا فلا يمكن لأحد المتعاقدين طلب فسخ العقد إذا لم يكن هناك إخلالاً من أحد العاقدين، فكيف عدّ المشرع الإقالة فسخاً؟! في حين يمكن لأحد العاقدين أن يطلب من الآخر الإقالة حتى ولو لم يكن هناك أدنى إخلال، كما أن الأصل في الفسخ أن يكون قضائياً ويجب أن يكون بعد إعذار العاقد الممتنع عن التنفيذ؛ فالفسخ القضائي يكون بناءً على دعوى ترفع إلى المحكمة والتي لها أن تقضي بفسخ العقد من عدمه بموجب السلطة التقديرية الممنوحة لها [26: 271] استناداً للمادة (1/177) من القانون المدني العراقي، في حين لم نجد أحداً من فقهاء القانون المدني يشترط رفع العاقدين اتفاقهما على الإقالة إلى المحكمة، ولو سلمنا بذلك فرضاً - وفرض المحال ليس بمحال - فهل تبقى للمحكمة سلطة تقديرية واتفاق العاقدين موجود؟! ومن قبل ذلك أي العاقدين يعذر الآخر؟!

وقد يعترض على رأينا المتقدم؛ بأن بعض فقهاء القانون المدني يرون أن الإقالة تعد فسخاً اتفاقياً أو ما يسمى بـ (التفاسخ) [3: 441] [10: 131] [8: 118] [9: 59] [21: 187]، وهذا الاعتراض من السهل الرد عليه بالاحتكام إلى نص المادة (178) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته).⁽²⁾ وهذا النص واضحاً في اشتراطه عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية كشرط أساس للفسخ الاتفاقي، فبناءً على رأي هذا الاتجاه في الفقه سيكون الفسخ الاتفاقي أو التفاسخ من غير سبب إذا لم يكن هناك عدم وفاء بالالتزامات العقدية من قبل أحد العاقدين إذا ما عدّوا الإقالة فسخاً اتفاقياً؛ في حين لا يشترط ذلك في الإقالة فانظر [10: 131]، وإذا كان الفسخ الاتفاقي يتدرج فيعفي حتى من الاعذار واللجوء إلى المحكمة، فإنه إذا نشأ نزاع في تحقق شروط الفسخ خصوصاً فيما يتعلق بالإخلال، فإنه لا بدّ من اللجوء إلى المحكمة حتى لو كان حكمها كاشفاً وليس منشئاً [21: 179 - 181]؛ الأمر الذي لا نحتاج إليه مع الإقالة لأنها اتفاق بين العاقدين. أما إطلاق بعض فقهاء القانون المدني مصطلح (التفاسخ) على الإقالة، فلا نرى صحة لهذا الإطلاق بالمعنى القانوني للتفاسخ، لأن الأخير إنما يقصد به الفسخ الاتفاقي وليس الإقالة التي تسمى بالتقاعيل.

(1) تقابلها المادة (1/157) من القانون المدني المصري والمادة (1/209) من القانون المدني الكويتي.

(2) تماثلها المادة (158) من القانون المدني المصري، والمادة (210) من القانون المدني الكويتي.

ومن أوجه المفارقة بين الإقالة والفسخ وهو ما يؤيد رأينا باختلافهما من حيث الذاتية والشروط والأساس؛ أن الإقالة من الممكن أن تنشأ باتفاق العاقدین حتى بعد تنفيذ العقد بجميع الالتزامات الناشئة عنه^[4: 283]، فإذا صح ما ذهب إليه المشرع بأنها فسخ، فهل ظل العقد موجوداً بعد تنفيذه حتى نتكلم عن فسخه؟! إذ أن تنفيذ العقد هو الطريق الطبيعي لانتهائه، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من تقايل العاقدین عنه حتى ولو بعد تنفيذه وهذا ما يسندُه عموم نص المادة (181) من القانون المدني العراقي وإطلاقه؛ والتي نصت على أنه (للعاقدین أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده). إذ أن (بعد انعقاده) يمكن أن يحمل على معنى قبل تنفيذه أو بعد تنفيذه، في حين أن الفسخ يشترط قيام العقد ولما يتم تنفيذه بعد بسبب إخلال أحد العاقدین، وإلا مع تنفيذه لا يحتاج العاقدین للفسخ، ويبقى لهما طريق الإقالة للرجوع عنه دون الفسخ.

فضلاً عما تقدم؛ فإن اعتبار المشرع الإقالة فسخاً بين العاقدین يعد فعلاً عبثياً؛ ذلك لأنه نظم الفسخ القضائي في المادة (177) من القانون المدني العراقي، وكذا نظم الفسخ الاتفاقي في المادة (178) منه، فما الداعي إذاً لتنظيمه الإقالة في المواد (181-183)، وعدّها فسخاً بين العاقدین في المادة (183)؟! إذ أن أحكام الفسخ كافية بهذا الشأن، في حين يفترض أن المشرع منزّه عن العبث، فلا بدّ أن يكون مراده غير ما ذهب إليه الاتجاه الغالب في الفقه من اعتبار الإقالة فسخاً أو فسخاً اتفاقياً ومن ثم يشترط فيها ما يشترط في الفسخ.

وبناءً على ما تقدم؛ يبرز السؤال الأهم: ما هو قصد المشرع من اعتباره الإقالة فسخاً بين العاقدین في المادة (183)⁽¹⁾ من القانون المدني العراقي؟ وهل وقع المشرع في لبس عند صياغته هذا النص مما أثار لبساً كبيراً لدى الفقه؟

إن الإجابة على السؤال المتقدم يقتضينا الرجوع إلى المصدر التاريخي الذي استقى منه المشرع حكم المادة (183) من القانون المدني العراقي، وبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية لهذا القانون؛ وجدنا النقاش الذي ثار بين أعضاء لجنة المشروع بشأن المادة (123) من مشروع القانون المدني العراقي؛ قد تَصَمَّنَ بأن (حسن كبة: لم يرد في النص ما يفيد هل الإقالة فسخ أم عقد جديد. حسن تاتار: الإقالة في الأصل فسخ في حق العاقدین وعقد جديد في حق الغير كالشفيع. الرئيس: قد يكون حسناً أن نصيف النص الآتي كمادة مستقلة: الإقالة في حق العاقدین، فسخ ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك. وهي في حق الغير عقد جديد).^[27: 218] إلا أن النص أصبح في صياغته كما عليه الآن في المادة (183) ولم يظهر لنا النقاش بين أعضاء لجنة المشروع المصدر التاريخي الذي اقتبس منه هذا النص، وعلى الرغم مما تقدم، فإن هذا النص يدل بوضوح أنه مستقى من الشريعة الإسلامية؛ بوصفها المصدر التاريخي الأول للقانون المدني العراقي^[23: 78 و 200]؛ وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي بمذاهبه المشهورة نجده يعد الإقالة فسخاً بين المتعاقدين، وهو ما ذهب إليه فقهاء الإمامية الاثني عشرية^{[11: 338] [12: 65] [13: 78]}، وأيضاً ما ذهب إليه مشهور فقهاء الحنفية^{[15: 28 ج 454] [16: 12 ج 97]}، وما عليه المالكية^[17: 9 ج 761] وذلك في حال تعذر جعلها بيعاً وهو رأي القاضي أبي يوسف من فقهاء الحنفية، وتعد فسخاً كذلك عند الشافعية^[18: 413] وهو كذلك رأي مشهور الحنابلة^[19: 206]؛ وإذا كان هذا رأي فقهاء المسلمين بأن الإقالة فسخ بين العاقدین؛ فهل أخطأ

(1) تقابلها المادة (218) من القانون المدني الكويتي.

المشرع العراقي باعتبارها كذلك في المادة (183) من القانون المدني العراقي؟ أو أنه قصد في ذلك ما قصده الفقه الاسلامي من اعتبار الإقالة فسخاً بين العاقدین؟

من المؤكد أن تكون الإجابة أن المشرع العراقي حينما عدَّ الإقالة فسخاً بين العاقدین لم يكن مقصوده أن يتمثلاً أو يتساوياً في كل شيء سواء من حيث الذاتية أو الشروط – وكما أثبتناه سلفاً – وإنما كان مقصوده أنهما متماثلان من حيث الأثر، فكل من الفسخ والإقالة هما فسخ بين العاقدین، ودليلنا على ذلك أن هذا النص إذا كان المشرع قد استقاه من الفقه الاسلامي، فهذا الفقه هو الحاكم والفيصل في تحديد معنى الفسخ، وبالرجوع إلى الفقه الاسلامي وجدنا أن فقهاء الإمامية الاثني عشرية لم يعرفوا الفسخ ويظهر أنهم أكتفوا بمعناه اللغوي، فالفسخ عندهم "النقض، الإبطال، رفع الحكم. إلغاء العقد (لعيب ونحوه)". [28: 319] فهو يفيد انحلال العقد ورفع حكمه ولأي سبب كان دون تقييده بوجوب إخلال أحد العاقدین بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، إذ يمكن أن يتحقق الفسخ بسبب أحد الخيارات أو لعيب أو حتى بناءً على التقايل، لذا نجد فقهاء الإمامية يعرفون الإقالة بأنها "فسخ العقد من أحد المتعاملين بعد طلبه من الآخر، والظاهر جريانها في عامة العقود اللازمة-غير النكاح- حتى الهبة اللازمة...." [13: 71]، أما الفسخ لدى فقهاء الحنفية "فسخ العقد رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن" [16: ج 6: 35]، وفسخ العقد لدى فقهاء الشافعية يعني "رفع العقد من حينه أو من أصله" [29: 317]، وعند الحنابلة "فسخ العقد رفع له من حينه" [30: 58]، ولم نجد تعريفاً للفسخ عند فقهاء المالكية، إلا أن الموسوعة الفقهية الكويتية عرّفت الفسخ، بأنه "رفع العقد من أصله كما في الفسخ بسبب أحد الخيارات ويستعمل أيضاً بمعنى رفع العقد بالنسبة للمستقبل كما في فسخ العقود الجائزة أو غير اللازمة" [31: 131]. فيتضح أن المراد بالفسخ لدى الفقه الاسلامي رفع العقد وإزالته لأي سبب كان بمعنى زوال حكم العقد، دون أن يقصد به الفسخ المعروف في القانوني المدني والمبني على إخلال أحد العاقدین بتنفيذ التزاماته والذي نظم المشرع أحكامه في المواد (177-178) من القانون المدني العراقي، ونرى أن هذا هو ما قصده المشرع في طبيعة الإقالة من حيث كونها فسخاً بحق العاقدین في المادة (183) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد). وعلى الرغم مما تقدم نرى أن صياغة المشرع لمقصودة هذا في تحديد الطبيعة القانونية للإقالة جاءت غامضة ويكتنفها اللبس وتحتمل أكثر من تفسير وهو ما حدى بجانب من الفقه إلى اشتراط شروط الفسخ في الإقالة [25: 235] [4: 285]، ولا يمكن قصر اشتراطهم بإمكانية ارجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وذلك لأن نص المادة (182) واضحاً بهذا الشأن ويغني عن اشتراطهم هذا، إذ نصت على أنه (1- يلزم أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الإقالة. 2- ففي البيع يلزم أن يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن أما هلاك الثمن فلا يكون مانعاً من صحة الإقالة). فضلاً عن إنهم يقولون بأن الإقالة فسخ اتفاقي "فلا بدّ من توفر شروط الفسخ فيها" [3: 441] [21: 186] ويستلزمون شروط الفسخ بلفظ الجمع (شروط) دون أن يقصروها على شرط أو شرطين.

نخلص إلى أن قصد المشرع في المادة (183) من القانون العراقي من اعتبار الإقالة فسخاً بين العاقدین يتمثل باعتبارها كذلك من حيث الأثر، لأنها تؤدي إلى رفع العقد وإزالته بالرجوع عنه برضا العاقدین، وهذا ما جاء واضحاً بنص المادة (218) من القانون المدني الكويتي والتي نصت على أنه (تعتبر الإقالة، من حيث

أثرها، بمثابة الفسخ في حق المتعاقدين وبمثابة عقد جديد في حق الغير). القصد الذي لم يكن واضحاً في صياغة المشرع العراقي لنص المادة (183) من القانون المدني العراقي؛ والذي نتمنى عليه تعديلها بصياغة واضحة على غرار المادة (218) من القانون المدني الكويتي؛ لإزالة هذا اللبس والاختلاف في تفسيرها.

3-2: المطلب الثاني/ الإقالة بوصفها عقداً بين المتعاقدين

أثبتنا في المطلب السابق أن الإقالة لا تعد فسخاً من حيث حقيقتها وذاتيتها، بل وجدنا هناك تبايناً واختلافاً كبيرين بينهما، وإنما أثبتنا أن قصد المشرع من حيث كون الإقالة فسخاً في حق المتعاقدين؛ أنها كذلك من حيث أثرها لكونها ترفع حكم العقد وتزيله كما هو الفسخ. ولا يزال التساؤل قائماً ونحن بصدد تحديد الطبيعة القانونية الصحيحة للإقالة، فإذا لم تكن الإقالة فسخاً بين العاقدين؛ فهل تعد الإقالة عقداً بينهما؟

يكاد يجمع فقهاء المسلمين باختلاف مذاهبهم على عقدية الإقالة وأنها لا تقوم إلا بإيجاب وقبول؛ وهو ما ذهب إليه فقهاء الإمامية [11:ج2: 341] [13: 78] [32: 365] وما عليه فقهاء الحنفية [16:ج12: 343] [15: 198] وفقهاء المالكية [17:ج13: 193] [5: 325] وفقهاء الشافعية [18: 413] وفقهاء الحنبلية [11:ج9: 314-315] [33: 221]، وهو ما أجمع عليه فقهاء القانون المدني [3: 441-440] [4: 283] [4: 325] [6: 286] [7: 268] [8: 118] [9: 59] [20: 690] [25: 239] بأن الإقالة عقدٌ

كسائر العقود، فلا بد أن تتوافر فيها الشروط العامة لإنشاء العقد، ومن ثم فإن الإقالة يجب أن تقوم على تراضي العاقدين وأن تتوجه إرادتهما إليها بإيجاب وقبول صريحين، وإن كان جانباً من الفقه [4: 283] [7: 268] [8: 118] [9: 60]

يرى بإمكانية أن يكون الإيجاب والقبول ضمنيين بأن يستدل عليهما من ظروف الحال وبما لا يدع مجالاً للشك بدلالتهما على أن العاقدين يقصدان الإقالة، فعدم استعمال المستأجر للمأجور مدة طويلة يفيد التنازل؛

بل يجب استيفاء الإقالة للشكلية القانونية إذا كان العقد المقال منه شكلياً [4: 285]، فيجب إذاً أن تسجل الإقالة عن عقد البيع أو الرهن أو الهبة الواردة على عقار في دائرة التسجيل العقاري استناداً للمواد (508 و602 و1286)

من القانون المدني العراقي وهذا ما تنص عليه صراحة المادة (3) من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل، إذ نصت على أنه (1- التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية

الأصلية والتعبية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة. 2 - لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري). ولا يخفى أن عقد الإقالة يمكن أن يؤدي إلى إزالة

أحد التصرفات العقاري ومن ثم يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري. كما يجب أن يكون لعقد الإقالة محل تنصب عليه ويكون ممكناً وقائماً وموجوداً وقت الإقالة⁽¹⁾ وفي المحل يرى جانباً من الفقه [4: 284] [7: 269] [9: 61]

أنه يمكن أن يكون المعقود عليه ذاته في العقد المقال عنه ففي الإقالة من عقد البيع يكون المحل مزدوج فمن جانب المشتري هو المبيع الذي استلمه ومن جانب البائع هو الثمن، وهذا الرأي يدعمه نص المادة (2/182)

والتي نصت على أنه (ففي البيع يلزم أن يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن أما هلاك الثمن فلا يكون مانعاً من صحة الإقالة). وهذا النص

يقرر أن الإقالة الجزئية جائزة؛ فتصح الإقالة بجزء من المبيع إذا هلك الجزء الآخر منه وبما يقابله من الثمن، أما

(1) نصت المادة (1/182) من القانون المدني العراقي على أنه (يلزم أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الإقالة). ويقابلها الشق الثاني من المادة (1/217) من القانون المدني الكويتي.

هالك الثمن أو استهلاكه فلا يمنع من الإقالة لأن الثمن مالاً مثلياً؛ ونرى أن ما قرره المادة (2/182) في محل الإقالة من عقد البيع إنما أورده المشرع على سبيل المثال اتساقاً مع عمومية وإطلاق نص المادة (181) لكون الإقالة لا تقف عند عقد البيع وإنما تشمل كل عقد يقبلها طبيعته؛ ومن ثم فهو تكريس وتكرار لحكم المادة (1/182)^[1: 4: 284] في حالة جزئية على سبيل المثال في عقد البيع، ومن ثم يكون الحكم ذاته في عقد الإيجار فإن المؤجر يرد إلى المستأجر من الأجرة بما يقابل المدة المتبقية من عقد الإيجار وكذا في عقد المقاوله، ويرى ذات الاتجاه من الفقه^[7: 269]، أن المحل في عقد الإقالة يتمثل بالالتزام الرئيس الذي يولده ؛ وهذا ما يجعل محله متغيراً، فتارةً ينشئ التزاماً مناقضاً للالتزام العقد المُنال منه ومن ثم يكون المحل من نفس طبيعة محل التزام العقد الأول وكما هو في الإقالة من عقد البيع يتمثل بنقل ملكية المبيع من المشتري إلى البائع، وتارةً أخرى يضع عقد الإقالة حداً للالتزامات الناشئة عن العقد المُنال منه دون أن يولد التزامات عكسية كما في عقد الإيجار، فيكون محل عقد الإقالة هو حظر قيام أي من المتعاقدين بتنفيذ الالتزام الأصلي الوارد في العقد المُنال منه، ونرى - اتساقاً مع الرأي الأخير - أن الغرض الرئيس من عقد الإقالة هو إنهاء العقد المُنال منه (العقد الأول أو الأصلي) بل تتجسد فلسفة تشريع عقد الإقالة وغايته في ذلك، وبعد هذا يكون محله متغيراً بحسب طبيعة العقد المُنال منه وكذا طبيعة محله، وفي كل ما تقدم يجب أن يكون المحل ممكناً وغير مستحيل فإذا تم استهلاك محل العقد الأول أو كان وضع حد للالتزامات العقد الأول أصبح مستحيلاً بحيث لا يمكن ارجاع الحال إلى ما كان عليه قبل العقد الأول كما لو تم استهلاك المبيع كلياً؛ فإن عقد الإقالة لا ينعقد ويكون باطلاً. ويجب أيضاً أن يكون لعقد الإقالة سبباً موجوداً ومشروعاً طبقاً لنص المادة (132) من القانون المدني العراقي⁽¹⁾، وإذا كان السبب القسدي أو الغرض المباشر^[3: 217-218] في عقد الإقالة يختلط بمحلها ؛ فيتمثل بأداء كل متعاقد لصالح الطرف الآخر؛ فسبب عقد الإقالة من البيع في ارجاع المبيع إلى البائع وحصول المشتري على الثمن، وفي عقد الإيجار تسليم المأجور إلى المؤجر وارجاع الأجرة أو ما تبقى منها إلى المستأجر، ولكن معنى السبب لا يقف عند السبب القسدي وإنما جاءت النظرية الحديثة (نظرية القضاء) بالسبب الباعث الدافع أو الغرض غير المباشر للمتعاقد من وراء عقده^[3: 235] ، وقد يتراءى للوهلة الأولى أن الباعث الدافع لعقد الإقالة يتمثل بندم أحدهما أو كلاهما على العقد الأول وإرادتهما الرجوع عنه، وهذا صحيح، ولكن فضلاً عن ذلك فإن هناك غرض غير مباشر يريد العاقدان الوصول إليه من وراء عقد الإقالة، فقد يكون ندم المؤجر تحقق بسبب حاجته لسكنى المأجور بنفسه؛ وبالنسبة للمستأجر هو رغبته في الحصول على مأجور أفضل.

وهذا الاجماع لدى الفقه يجد له سنداً من القانون المدني العراقي، إذ أن المشرع اعتبر الإقالة عقداً وهذا ما يستشف من نص المادة (181) والتي نصت على أنه (للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده). فرضا العاقدين هو قوام العقد وأساسه فضلاً عن توافر أركان العقد الأخرى من محل وسبب وشكلية إذا ما كان العقد المقال منه شكلياً وكما تقدم، وموقف المشرع العراقي هذا جاء متسقاً ومتناسقاً مع مبدأ القوة الملزمة للعقد - مبدأ العقد شريعة المتعاقدين^[3: 389] - الذي نظمته في المادة (1/146) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنه (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو

(1) تقابلها المواد: (136 - 137) مدني مصري. و (176 - 177) مدني كويتي.

بالتراضي). وإذا كان عقد الإقالة لا يعدو مضمونه أن يكون رجوعاً عن عقد سابق، سدان المادة (1/146) قد أجازت الرجوع عن العقد ولكن إما بنص القانون أو بتراضي العاقدين، ولا يمكن تفسير اتجاه المشرع العراقي في المادة (181) بغير ذلك من عدم اعتبار الإقالة عقداً لدى المشرع العراقي خصوصاً بعد توضيح فلسفته التي عبّر عنها في المادة (1/146)، ولكن قد يؤخذ على المشرع العراقي عدم تصريحه بعقدية الإقالة خصوصاً في ظل صياغة المادة (183)، ذلك لأن الشق الأول منها والذي جاء فيه أن (الإقالة في حق المتعاقدين فسخ.....) فبعد أن أمطنا اللثام عن قصد المشرع من الفسخ في الطبيعة القانونية للإقالة على أن لها أثر الفسخ بين العاقدين بمعنى رفع حكم العقد وإزالته لا أكثر، إلا أن هذا الشق من المادة لا يصرح بحقيقة الإقالة العقدية وإن ذكر أنها بين المتعاقدين، فهل يقصد بالمتعاقدين متعاقدي العقد المُقال منه أو متعاقدي الإقالة؟ كما أنه في الشق الثاني اعتبر الإقالة عقداً بالنسبة للغير بقوله (الإقالة.....وفي حق الغير عقد جديد). فهل قصد بذلك أنه لا يرى الإقالة عقداً بين العاقدين؛ وإنما عدّها عقداً جديداً بالنسبة للغير فحسب، وإنما لها طبيعة غير ذلك بين العاقدين؟! وعلى الرغم من وجاهة هذه الافتراضات، إلا أننا لا نشك باعتبار الإقالة عقداً بين العاقدين لدى المشرع العراقي استناداً لما تقدم من أسانيد قانونية في المادتين (1/146) و(181) من القانون المدني العراقي، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى أننا أسقطنا الطبيعة القانونية للإقالة بأنها فسخاً بين العاقدين وأنها غير مقصود المشرع للتباين الكبير بين الفسخ والإقالة وإنما عني المشرع بذلك من حيث الأثر لا أكثر، وإذا كان المشرع اعتبر الإقالة عقداً جديداً بالنسبة للغير - للمحافظة على حقوقه التي نشأت بعد العقد المُقال منه وارتبطت به - فهي عقد من باب أولى بين العاقدين؛ فانظر، وتبقى المادة (183) بحاجة إلى إعادة نظر في صياغتها.

وكذا هو موقف المشرع الكويتي فعلى الرغم من أنه صرّح بإمكانية الرجوع عن العقد عندما نصّ على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في المادة (196) من القانون المدني رقم (67) لسنة 1980 فأجاز فيها نقض العقد باتفاق العاقدين والتي نصت على أنه (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي القانون بغيره). ولا يعدو نقض العقد بالاتفاق إلا رجوعاً عنه بالتراضي وهي الإقالة بعينها؛ إلا أنه ومع ذلك وجدناه قد نظم الإقالة في المواد (217-218) مدفوعاً بذلك بامتناله لحكم الشريعة الإسلامية من جهة ونزولاً عند إرادة العاقدين ورضاهما إذا ما أرادا الإقالة وإمعاناً منه لإبراز دور الإقالة، بل نجد أن صياغة المادة (218) جاءت واضحة في تحديد الطبيعة القانونية للإقالة، إذ نصّت على أن (تعتبر الإقالة، من حيث أثرها، بمثابة الفسخ في حق المتعاقدين وبمثابة عقد جديد في حق الغير). فإذا كانت المادة (1/217) صرحت بأن (للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده، ما بقي المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحدهما). جاءت المادة (218) من القانون المدني الكويتي لتقرر أن الإقالة إذا كانت بمثابة الفسخ من حيث أثرها في حق المتعاقدين، وهي كما أنها عقد بين العاقدين فهي كذلك في حق الغير عقد جديد.

وعلى الرغم من أن المشرع المصري لم ينظم الإقالة في القانون المدني رقم (131) لسنة 1948؛ إلا أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليه في المادة (1/147) منه أجاز الإقالة بشكل غير مباشر، إذ نصّت على أنه (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون). وكما ذكرنا في موقف المشرع الكويتي؛ فإن نقض العقد باتفاق الطرفين لا يخرج عن كونه رجوعاً عن

العقد بتراضي الطرفين وهذا هو مضمون الإقالة وحكمتها التشريعية، وهو ما يتسق مع توجه الفقه المدني المصري الذي اتفق على جواز الإقالة بتراضي العاقدین وبدلالة اشتراطهم إمكانية ذلك من خلال إيجاب وقبول^[6] [286 : 7] [268 : 8] [118 : 9] [59 : 20] [690]، والإيجاب والقبول لا يكونان إلا في العقد. ويبدو أن فلسفة المشرع المصري في عدم تنظيمه لعقد الإقالة جاءت متفقة مع فكرة الاختصار في النصوص التشريعية وتحاشي التكرار، وكذلك جاء متغامماً مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يسيطر على نظرية العقد، ولكن إذا كان هذا صحيحاً من حيث أصل فكرة الإقالة؛ إلا أنه يعد نقصاً في التشريع من حيث تنظيم أحكام الإقالة الضروري تنظيمها.

بقي لنا أن نعرف هل الإقالة بوصفها عقداً تعد من العقود المسماة أو العقود غير المسماة؟ قد يتراءى للوهلة الأولى أن الإقالة عقد مسمى، ذلك لأن المشرع العراقي والكويتي خصها باسم معين فضلاً عن تنظيم أحكامها، وهذا هو معنى العقد المسمى^[24: 3]، وعلى الرغم من أن المشرع العراقي سمى الإقالة بهذه التسمية وأثبتنا بأنها عقد لديه كما أنه نظم بعض أحكامها في المواد (181-183) إلا أننا نرى أنها تبقى عقداً غير مسمى، ذلك لأنه نظمها من بين حالات انحلال العقد، ولم يدرجها في الكتاب الثاني ضمن العقود المسماة، كما أنه لم ينظم أحكام عقد الإقالة جميعها وإنما يبقى للشريعة الإسلامية دور مكمل في تنظيم أحكامها؛ بوصفها المصدر التاريخي للإقالة والمصدر الرسمي الثالث للقانون المدني العراقي بموجب المادة (2/1) منه، وقد يعترض على رأينا بأن عقد الإقالة بهذه التسمية العامة يأخذ فضلاً عن ذلك تسمية خاصة مستمدة من العقد المُقال منه، فالإقالة من البيع تعد بيع معاكس وكذا في عقد الهبة أو عقد الإيجار أو عقد المقاول أو عقد النقل وهكذا، ولكن هذا الاعتراض لا يصح على إطلاقه، فإذا كان يصح مع الإقالة في عقد البيع بحيث يعد المشتري بالإقالة بائعاً والبائع مشترياً، فهذا لكون أن عقد البيع يحتمل بطبيعته ذلك لأنه عقد يرد على ملكية الشيء وتبعاً لما قال به بعض فقهاء المسلمين وكما جاءت به مجلة الأحكام العدلية في مادتها (163) من أن الإقالة (رفع عقد البيع وإزالته) وكما نوهنا إليه سابقاً؛ وذلك حتى يثبتون حق الشفعة للشفيع الذي تركها في عقد البيع المُقال منه، وإلا فإن عقد الإيجار لا يقبل بطبيعته أن نقول: أن الإقالة منه عقد إيجار جديد لأن المؤجر هو المؤجر ولا يمكن أن يكون مستأجراً والمستأجر هو مستأجر ولا يمكن أن يكون مؤجراً في قبل المؤجر في عقد الإيجار المُقال منه، وكذا ولا يمكن اعتبار الإقالة من عقد النقل عقد نقل جديد.

4- الخاتمة:

في نهاية بحثنا هذا المتعلق بأشكالية الفسخ في الطبيعة القانونية للإقالة، ندرج في هذه الخاتمة موجزاً لما توصلنا إليه من نتائج وما تمليه علينا هذه النتائج من توصيات نأمل من المشرع الأخذ بها بهذا الشأن:

4- 1: النتائج:

- 1- تعد الإقالة طريقاً من طرق انحلال العقد وانتهائه بإرادة طرفيه وتراضيهما على ذلك سواء تم ذلك بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه أو كان ذلك بعد تنفيذه.
- 2- إن الإقالة على الوصف المتقدم لا تخرج عن كونها عقداً قائماً على تراضي العاقدین بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين ولها محل وسبب وشكلية إذا كان العقد المُقال منه شكلياً، وهذا ما يستنتج قانوناً من أحكام المواد

- 1/146 و 181) من القانون المدني العراقي، والمواد (196 و 1/217) من القانون المدني الكويتي، والمادة (1/147) من القانون المدني المصري، وإذا كان كل من المشرع العراقي والمشرع الكويتي نظاماً بعض أحكام الإقالة، إلا أن المشرع المصري لم ينظم أحكامها في قانونه المدني.
- 3- إن الإقالة لا تقتصر في عقد البيع وإنما تشمل كل عقد يقبلها بطبيعته فيتم الرجوع عنه بموجب الإقالة ورد ما سُلِّم إلى صاحبه كلاً أو جزءاً ما دام ذلك ممكناً.
- 4- إن مراد المشرع العراقي في المادة (183) من القانون العراقي من أن الإقالة في حق المتعاقدين فسخ إنما قصد بذلك من حيث الأثر، فأثر الإقالة كما هو الفسخ من حيث زوال العقد وإنهائه، وليس القصد من ذلك تساويهما ووحدهما من حيث الحقيقة والذاتية، ونرى أن هذه المادة بهذه الصياغة التشريعية هي التي ذهبت بجانب من الفقه إلى اعتبار الإقالة فسخاً بين العاقدین على الرغم من الاختلافات التي أثبتناها فيما بينهما.
- 5- وبذلك فإن الإقالة لا يشترط فيها إخلال أحد العاقدین بتنفيذ بعض التزاماته التي فرضها عليه العقد المُقال منه، بل للعاقدین أن يتقايلا العقد حتى ولو نفذ جميع الالتزامات الناشئة عنه.
- 6- من كل ما تقدم يمكننا أن نعرف الإقالة بأنه (عقد لاحق بين المتعاقدين مقتضاه الرجوع عن عقد مبرم بينهما سابقاً؛ سواءً قبل تنفيذه أو بعد التنفيذ لإرجاع الحالة لما كانت عليها قبل العقد المُقال منه كلما كان ذلك ممكناً ورد ما سُلِّم إلى صاحبه كلاً أو جزءاً).

4- 2: التوصيات:

- 1- نرجو من المشرع العراقي إعادة صياغة المادة (183) لتكون بهذه الصيغة (الإقالة عقد جديد بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، وهي بمثابة الفسخ من حيث الأثر بين المتعاقدين) وبذلك فإنه يوضح الطبيعة العقدية للإقالة سواءً بين المتعاقدين أو الغير، كما يحدد طبيعتها من حيث الأثر بمثابة الفسخ بين المتعاقدين ليزيل بذلك اللبس أو الخلط الذي تسببت به الصياغة الحالية من اعتبار الإقالة كالفسخ والاعتقاد خطأً بضرورة توافر شروط الفسخ فيها.
- 2- نرجو من المشرع المصري تنظيم الإقالة بنصوص واضحة وصريحة في القانون المدني المصري ضمن حالات انحلال العقد كما هو الحال في الفسخ والانفساخ، وحتى يقطع كل اجتهاد يقضي برفض الإقالة أو يفسر معنى نقض العقد الوارد في المادة (1/147) من القانون المدني المصري بغير الإقالة.

CONFLICT OF INTERESTS

There are no conflicts of interest

5- المصادر:

- [1] الأفريقي المصري، محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار صادر- بيروت، الجزء 11، 3، دون ذكر سنة نشر.
- [2] الطريحي، الشيخ فخر الدين، مجمع البحرين، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت - لبنان، الجزء 6، دون ذكر سنة نشر.

- [3] الحكيم، د. عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني- الجزء الأول- في مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم - بغداد، دون ذكر سنة نشر.
- [4] الفضل، د. منذر، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني- دراسة مقارنة، الجزء الأول- مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دون ذكر مكان طبع، 1411هـ - 1991م.
- [5] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة الكويت، الموسوعة الفقهية، الجزء الخامس، إشراف- إقالة، الطبعة الثانية، طباعة ذات السلاسل- الكويت، 1406 هـ - 1986م.
- [6] فرج، د. توفيق حسن، النظرية العامة للالتزام- نظرية العقد، المكتب المصري الحديث- الاسكندرية، 1969.
- [7] الأهواني، د. حسام الدين كامل، مصادر الالتزام- المصادر الإرادية، دار النهضة العربية- القاهرة، 1991-1992.
- [8] طلبة، المستشار أنور، إنحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث - الاسكندرية، دون ذكر سنة طبع.
- [9] المحمدي، د. أحمد أبو عيسى، إنحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية- القاهرة، 2004.
- [10] الذنون، د. حسن علي، محاضرات في القانون المدني- نظرية العقد، جامعة الدول العربية- معهد الدراسات العربية العالية، دون ذكر سنة نشر.
- [11] الحسيني المراغي، السيد مير عبد الفتاح، العناوين الفقهية، الجزء 2 و 3، تحقيق مؤسسة النشر، قم المشرفة، 1417هـ.
- [12] الموسوي الخوئي، السيد أبو القاسم، منهاج الصالحين، الجزء 2، الطبعة 28، دون ذكر مكان طبعة، ذي الحجة 1410هـ.
- [13] الحسيني السيستاني، السيد علي، منهاج الصالحين، الجزء 2، دار المؤرخ العربي، طبعة مصححة ومنقحة، 1442هـ.
- [14] الشوكاني اليمني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، فتح القدير، دار ابن كثير- دار الكلم الطيب، دمشق- بيروت، الطبعة الأولى، ج 15، 1414 هـ.
- [15] السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، المبسوط، دار المعرفة- بيروت، الجزء 7 و 28، 1414هـ - 1993م.
- [16] الكاساني، أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6 و 12، الطبعة 1، 1409هـ - 1989م.
- [17] الأصبحي المدني، مالك بن أنس بن مالك بن عامر، المدونة الكبرى، الجزء 5 و 13، دون ذكر مكان وسنة طبع.
- [18]- الشربيني الشافعي، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 19، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م.
- [19] البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، كشف القناع في متن الإقناع، الجزء 9، دار الكتب العلمية، دون ذكر سنة نشر.

- [20] السنهوري، د. عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، دون ذكر سنة نشر.
- [21] الحكيم، د. عبد المجيد - البكري، عبد الباقي - البشير، محمد طه، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول - مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري - بغداد، بيروت 2012.
- [22] أبو غدة، د. عبد الستار، الخيار وأثره في العقود، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة مقهوي - الكويت، 1405هـ - 1985م.
- [23] الأستاذ المتمرس البكري، عبد الباقي - المدرس البشير، زهير، المدخل لدراسة القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - جامعة بغداد، دون ذكر سنة نشر.
- [24] مبارك، د. سعيد - الملا حويش، د. طه - الفتلاوي، د. صاحب عبيد، الموجز في العقود المسماة، مكتبة السنهوري - بغداد، بيروت، 2015.
- [25] الذنون، د. حسن، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دون ذكر مكان وسنة طبع.
- [26] السنهوري، د. عبد الرزاق أحمد، الوجيز في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية - القاهرة، 1966.
- [27] خطاب، ضياء شيت - المشاهدي، إبراهيم - الجنابي، عبد المجيد - الحساني، عبد العزيز - الجنابي، غازي إبراهيم، رقم (40) لسنة 1951 القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الأول، 1419هـ - 1998م.
- [28] فتح الله، الدكتور أحمد، معجم ألفاظ الفقه الجعفري، الطبعة 1، مطابع المدوخل - الدمام، 1415هـ - 1995م.
- [29] الرفاعي القرويني، عبد الكريم بن محمد، العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير)، تحقيق وتعليق: معوض، الشيخ محمد علي - عبد الموجود، الشيخ عادل أحمد، الجزء 8، منشورات محمد علي بيضون - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، دون ذكر سنة نشر.
- [30] المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي ابن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الجزء 8، الطبعة الأولى، دون ذكر مكان طبع، 1375هـ - 1956م.
- [31] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة الكويت، الموسوعة الفقهية، الجزء الثاني والثلاثون، فأر - قدوة، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع - دولة الكويت، 1415هـ - 1995م.
- [32] النجفي، الشيخ محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج 24، مؤسسة النشر الإسلامي، دون ذكر سنة نشر.
- [33] ابن قدامة، موفق الدين محمد ابن عبد الله المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، الجزء 8، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، دون ذكر سنة نشر.