مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية ٢٠٢٦ المجلد ١٦/ العدد ٨

(الطبيعة الموضوعية لمعيار الارهاق وتطبيقاتها في القضاء العراقي)
(دراسة تحليلية في ظل نظرية الظروف الطارئة)

اعداد : م.م كوثر عبد الهادي صالح
جامعة ذي قار / كلية الصيدلة

البريد الإلكتروني Email : kawther.abdulhadi.isl@utq.edu.iq

الكلمات المفتاحية: معيار الارهاق ، الظروف الطارئة ، محكمة التمييز .

كيفية اقتباس البحث
صالح، كوثر عبد الهادي ، (الطبيعة الموضوعية لمعيار الارهاق وتطبيقاتها في القضاء العراقي) (دراسة تحليلية في ظل نظرية الظروف الطارئة)،مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، آب ٢٠٢٦، المجلد:١٦ ،العدد:٨ .

هذا البحث من نوع الوصول المفتوح مرخص بموجب رخصة المشاع الإبداعي لحقوق التأليف والنشر (Creative Commons Attribution) تتيح فقط للآخرين تحميل البحث ومشاركته مع الآخرين بشرط نَسب العمل الأصلي للمؤلف، ودون القيام بأي تعديل أو استخدامه لأغراض تجارية.

مفهرسة في Indexed
IASJ

مسجلة في Registered
ROAD

The Objective Nature of the Hardship Criterion and Its Judicial Applications in Iraq
(An Analytical Study in Light of the Doctrine of Unforeseen Circumstances)

Prepared by:
Asst. Lecturer Kauthar Abdul Hadi Saleh
University of Thi-Qar – College of Pharmacy

Keywords : Fatigue standard, emergency circumstances, Court of Cassation.

How To Cite This Article
Saleh, Kauthar Abdul Hadi, The Objective Nature of the Hardship Criterion and Its Judicial Applications in Iraq (An Analytical Study in Light of the Doctrine of Unforeseen Circumstances),Journal Of Babylon Center For Humanities Studies, August 2026,Volume:16, Issue 8.

This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

Abstract

The criterion of hardship, as one of the conditions for the application of the doctrine of unforeseen circumstances, is considered a flexible objective criterion. It focuses on the circumstances of the transaction or contract in which the unforeseen event occurred rather than on the personal circumstances of the debtor. Accordingly, hardship is assessed based on whether the performance of the obligation has become exceptionally burdensome, exposing the debtor to a severe loss that exceeds ordinary contractual risks as a result of a general, exceptional, and unforeseeable event occurring after the conclusion of the contract. In light of the requirements of justice and good faith, the doctrine of unforeseen circumstances should be applied whenever these conditions

are satisfied, even if the debtor is assisted by other factors such as personal wealth or the possession of sufficient stock of the goods required to fulfill the obligation. The relevant consideration is not the debtor's personal financial capacity but rather the disruption of the economic equilibrium of the contract itself. Furthermore, taking the debtor's personal circumstances into account would lead to inconsistent legal outcomes among contracting parties facing identical contractual conditions, which would conflict with the principles of equality and contractual justice. Therefore, the primary purpose of the doctrine is to restore the economic balance of the contract and preserve its continuation by granting the court the authority to reduce the burdensome obligation to a reasonable level. However, Iraqi courts have adopted a different approach, holding that if the debtor has performed the obligation, the doctrine of unforeseen circumstances cannot be invoked, as performance is considered evidence that hardship does not exist. This judicial approach has been criticized by legal scholars, who argue that performance may be motivated by the desire to avoid legal liability or to maintain commercial reputation and should not be regarded as conclusive proof that hardship is absent.

الملخص

إن معيار الإرهاق بوصفه أحد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة يعد معياراً موضوعياً مرناً، إذ ينظر فيه إلى ظروف الصفقة أو العقد الذي تحقق فيه الظرف الطارئ لا إلى الظروف الشخصية للمدين. ولذلك فإن تقدير الإرهاق يتم على أساس ما إذا كان تنفيذ الالتزام قد أصبح مرهقاً بصورة استثنائية تهدد المدين بخسارة فادحة تتجاوز الخسارة المألوفة، نتيجة حادث عام استثنائي غير متوقع عند التعاقد. وانطلاقاً من مقتضيات العدالة وحسن النية، فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون واجباً متى تحققت هذه الشروط، حتى لو ساعدت المدين عوامل أخرى كثرائه أو امتلاكه مخزوناً من المواد اللازمة لتنفيذ التزامه، لأن العبرة ليست بقدرته المالية الشخصية وإنما باختلال التوازن الاقتصادي للعقد ذاته. كما أن الأخذ بالظروف الشخصية للمدين يؤدي إلى تفاوت الأحكام القانونية بين المتعاقدين رغم تماثل الظروف العقدية التي يواجهونها، وهو ما يتعارض مع مبدأ المساواة والعدالة العقدية. ومن ثم فإن الغاية الأساسية للنظرية تتمثل في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد والمحافظة على استمراره من خلال تمكين القاضي من رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. إلا أن القضاء العراقي اتجه إلى خلاف ذلك، إذ يرى أنه إذا قام المدين بتنفيذ التزامه فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، باعتبار أن التنفيذ يعد دليلاً على انتفاء الإرهاق. وقد تعرض هذا الاتجاه للانتقاد الفقهي، لأن تنفيذ الالتزام

قد يكون بدافع تجنب المسؤولية القانونية أو الحفاظ على السمعة التجارية، وليس بالضرورة دليلاً قاطعاً على عدم تحقق الإرهاق.

المقدمة

موضوع البحث :

تدور فكرة البحث حول معيار الارهاق الذي يعد في اهم الشروط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة والذي يشترط فيه ان يهدد المدين بخسارة فادحة يجعل تنفيذ الالتزام ليس مستحيلا بل يرهقه، كما يدور البحث حول استعراض لموقف القضاء العراقي من تحقق معيار الارهاق في حال استمرار المدين في تنفيذ التزامه مع وجود الارهاق اذ عد القضاء استمرار المدين في تنفيذ الالتزام دال على عدم تحقق الارهاق وان هذا التوجه مخالف لمقتضيات العدالة وحسن النية .

مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في غياب تعريف تشريعي محدد للمقصود بالإرهاق في القانون المدني العراقي مما يطرح التساؤل عن طبيعة المعيار الذي يتبعه القضاء لتحديد جسامة الخسارة ، اذ سارت محكمة التمييز باعتبار الارهاق غير متحقق في الحالة التي يستمر فيها المدين بتنفيذ الالتزام على الرغم من تحقق الظروف الطارئة وبالتالي لا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة

منهج البحث :

سلك الباحث في هذا البحث على اعتماد المنهج التحليلي للنصوص القانونية وكذلك تحليل مجموعة من قرارات محكمة التمييز والتوصل الى المبدأ الذي سلكته في تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

هيكلة البحث :

لقد قسمنا بحثنا الى مبحثين ، تناولنا في المبحث الاول ارهاق المدين من خلال ثلاث مطالب ، تناولنا في المطلب الاول مفهوم معيار الارهاق ، وفي الثاني تمييز الارهاق من الاستحالة اما المطلب الثالث فخصصناه لبحث عبء اثبات الارهاق .

اما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه تطبيقات القضاء العراقي لفكرة الارهاق من خلال مطلبين ، خصصنا الاول لبحث موقف القضاء العراقي ، والثاني لتقييم موقف القضاء العراقي .

المبحث الاول

ارهاق المدين

ان شرط الارهاق يعد من اهم الشروط التي يقتضيها تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، المتمثل بان المدين عند تنفيذ التزامه تطرا له حوادث غير متوقعه تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة .

سنتناول هذا الموضوع على ثلاث مطالب نبحث في المطلب الاول مفهوم معيار الارهاق ، وفي المطلب الثاني تمييز الارهاق من الاستحالة ، اما المطلب الثالث سنبحث فيه عبء اثبات الارهاق .

المطلب الاول

مفهوم معيار الارهاق

ان الالتزام الذي يتأثر بالظروف الطارئة يوصف بالالتزام المرهق نسبةُ الى المشقة التي تلحق بالمتعاقد من جراء التنفيذ في مثل هذه الظروف ، وعليه فلا يمكن اثارة الظروف الطارئة الا اذا اثرت هذه الظروف على العقد بحيث تؤدي الى خسارة المتعاقد وتؤدي الى قلب اقتصاديات العقد [١].

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي على هذا الشرط بقولها (.... ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة) .

من هذا النص نجد ان الارهاق ينطوي على معنى العنت الشديد ، ولا يكفي مجرد العسر والكلفة والضيق ، بل يجب ان يكون التنفيذ العيني من شأنه ان يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة ، ويترك التقدير في ذلك للقاضي، وعند تحقق ارهاق المدين جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، وان عبارة (بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين) توحي بضرورة وجود تقابل بين الالتزامات (العقود الملزمة للجانبين) حيث يستطيع أي من المتعاقدين دائناً او مديناً ان يطلب تطبيق النظرية متى اصبح تنفيذ التزامه مرهقاً بما يجاوز حدود قدرته [٢].

ويكون لهذا الشرط اهمية تتجلى بأنه يخرج القاضي والنظرية معاً من ميدان نظري الى دور تطبيق عملي ، فأن مهمة القاضي بالنسبة الى الشروط الاخرى (شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة) تقتصر على التأكد من تحققها فهذه المهمة في الواقع تعتبر نظرية في اساسها ، في حين ان مهمته بالنسبة الى شرط الارهاق تدخل في جوهر مشكلة تطبيق نظرية الظروف الطارئة

، فإذا ما ثبت للقاضي تحقق هذا الشرط فحينئذ فقط يعمل على رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول فمهمة القاضي في هذا الشأن تبدأ في الغالب في البحث عن تحقق شرط الإرهاق فإذا ما ثبت لديه توفر هذا الشرط فإنه يبحث بعدئذ عن تحقق بقية الشروط [٣] ، ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز الموقرة على ما عرض اعلاه من أحكام نظرية الظروف الطارئة في الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من القانون المدني جاء في القرار [٤] (ان دعوى المدعى انصبت على طلب إنقاص الالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد الإيجار موضوع الدعوى بسبب الظروف التي حدثت من مظاهرات و جائحة كورونا مما أدى إلى عدم الانتفاع بالماجور و حيث أن المادة ١٤٦ / ٢من القانون المدني نصت على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الي الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك لذا فأن دعوى المدعى لها سند من القانون وواجبة الاجابة) ومن تحليل نص القرار اعلاه هي انه يجوز للقاضي ان يرد الالتزام المرهق الي الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك بما له من سلطة تقديرية استثنائية لتعديل.

ولابد من الإشارة هنا الى ان الفقه الاسلامي عرف نظرية الظروف الطارئة واطلق عليها الجوائح ، والجائحة : – هي الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال في سنة او فتنه، ومن الشروط التي اعتبرها الفقهاء في الجائحة هي ان يلحق المدين ضرر كبير فيدخل عليه بسببها خسارة فادحة ان استمر في مقتضى العقد ، والمقصود بالخسارة غير المألوفة عادةً ، لأن عقد البيع يحتمل بطبيعته الربح والخسارة ، لذلك قرر الفقهاء أن تطبيق الجوائح لا يكون إلا فيما خرج عن العادة من فساد الثمرة وهلاكها [٥] .

أخذ القانون المدني بهذه النظرية استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الاسلامية وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة لان الضرورة توجب ازالة الضرر ولها تطبيقات كثيرة ومنها نظرية العذر في فسخ الايجار ، وانتقاص الثمن بسبب الجوائح في بيع الثمار.

وقد تجنب المشرع تحديد معنى الارهاق وترك امر تقديره الى القضاء والحق ان الارهاق يعني الخسارة الجسيمة المحققة التي تصيب المدين بسبب التنفيذ العيني للالتزام دون ان يعني مجرد الكلفه والضيق.

وفي اطار مفهوم معيار الارهاق سنتناول تحديد معيار الارهاق وتحديد مقدار الخسارة التي تؤدي الى الارهاق.

اولاً : – تحديد معيار الارهاق .

تبدأ مهمة القاضي الذي يطلب منه تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالبحث عن تحقق شرط الإرهاق اي يتحقق من ان تنفيذ التزام المدعي الذي كان متعادلاً مع الالتزام المقابل له عند التعاقد ،قد اصبح مختلاً وغير متعادل مع هذا الأخير ، بحيث أن الاختلال في التوازن قد وصل الى درجة ترهق المدعي اذا ما قام بتنفيذ التزامه مما يهدده بخسارة فادحة [٦] .

وقد يثار التساؤل عن الكيفية التي يتسنى للقاضي من خلالها معرفة ما اذا كان تنفيذ التزام المدين الذي يطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، مرهقاً بحيث أصبح التنفيذ يهدده بخسارة فادحة ؟ وذلك من خلال الرجوع الى الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني ، يتبين لنا ان الارهاق المقصود بهذا النص هو مخصوص بذات العقد لا بذات المتعاقد.

وعليه فالإرهاق فكرة موضوعية ينظر فيها الى ظروف الصفقه ذاتها وليس الى ظروف المتعاقد الشخصية ، اي ان تقدير الارهاق الذي اصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع فلا يؤخذ في الاعتبار مثلاً المركز المالي للمدين او ثروته لتقدير وقوع الارهاق من عدمه.

فلو ان شركة التزمت بإنارة مدينة بالكهرباء في مقابل ثمن معين تتقاضاه من الجمهور ثم طرأ حادث استثنائي عام غير متوقع ادى الى ارتفاع باهض في ثمن التكلفة فهنا كان للشركة ان تطلب رد التزامها الى الحد المعقول حتى ولو كان قد بلغت من الثراء حداً يمكنها من الاستمرار في التزامها دون تخفيف [٧] .

اذن فأن معيار ارهاق المدين هو معيار موضوعي ينبني على القيمة الحقيقية للخسارة التي لحقت بالمتعاقد (المدين) دون الظروف الشخصية المتعلقة به (المعيار الشخصي)، لذلك اذا ثبت للمحكمة ان خسارة المدين قد تجاوزت ثلث قيمة الالتزام ، يجب اعمال قاعدة الظروف الطارئة دون النظر الى ظروف المدين الشخصية [٨] .

وعند تحقق ارهاق المدين بهذه الصفة ، فأن القاضي قد يرى ان يخفف عبء الالتزام عن المدين فإذا كان هذا الاخير ملتزماً بتوريد اغذية للقسم الداخلي لطلاب الجامعة بثمن معين وحدث الظرف الطارئ وزادت تبعاً له الاسعار فقد يرى القاضي ان يخفف من الكمية التي كان المدين ملتزماً بها ، او ان يزيد من الالتزامات المقابلة لالتزام المدين بما يعود في النهاية بالتخفيف من

العبء الملقى عليه ، كما قد يلجأ القاضي الى وقف تنفيذ الالتزام ، الذي اصبح مرهقا إلى وقت معين _ يتوقع القاضي ان تزول اثار الظرف الطارئ خلاله [٩].

ثانياً : – تحديد مقدار الخسارة التي تؤدي الى الارهاق .

لم يحدد القانون المقدار الذي يجب ان تبلغه الخسارة، لتصبح فادحة خارجة عن المألوف. وكان اولى بالمشرع ان يضع معياراً مادياً يحدد به الخسارة الفادحة التي تؤدي الى الارهاق ، فيتجنب بذلك اضطراب التقدير ، غير ان المشرع اثر ان لا يحدد الخسارة بمقدار واختار الاسلوب المرن في تقديرها ، ليكون ذلك ادنى الى بلوغ الغاية التي شرعت النظرية من اجلها ، ذلك ان الارهاق الذي يصيب المدين من جراء الحادث الطارئ ، معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، فهو يتغير بتغير الظروف والأحوال [١٠] .

واكتفى المشرع في الفقرة الثانية من المادة(١٤٦) من القانون المدني بوصف الخسارة (بالخسارة الفادحة) . والمقصود بالخسارة الفادحة هو كل ما يمس الكيان الاقتصادي للعقد ويزعزع اركانه ، فتكون الخسارة فيه جسيمة تخرج عن حدود ما هو مألوف ومعروف ، وتجعل التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضرباً من الظلم ، إلا انه يشترط في الخسارة الفادحة ان تكون نتيجة حتمية للظرف الطارئ الذي لا يمكن دفعة ولا تحاشيه ، فإذا كانت نتيجة لخطأ المدين او عمله او سوء تصرفه فلا يعتد بها في ارهاقه ويمنع عليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة ، وبذلك لا يكفي ان يخسر المتعاقد ارباحه كلها او بعضها ، بل لا يتحقق شرط الارهاق الا اذا لحق بالمدين ضرراً فعلي يتجاوز الحد المألوف ، يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً ، فلا بد من تحديد درجة الحادث لنستطيع التمييز بين ما يعتبر خسارة فادحة ، وما لا يعتبر فإذا كانت هذه الحوادث تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة ، لأننا سوف نكون امام حالة اخرى وهي القوة القاهرة [١١] .

المطلب الثاني

تمييز الارهاق من الاستحالة

ان الارهاق وصف يلحق بالتزام احد المتعاقدين ويجعل تنفيذه مهدداً بخسارة فادحة ولكن لا يبلغ درجة الاستحالة.

فعند تحقق ارهاق المدين فان هذا يوجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، اما عند تحقق استحالة التنفيذ فأن هذا نتيجة للقوة القاهرة التي تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينقضي الالتزام ، ومن هنا يبرز الفرق الهام بين القوة القاهرة والحادث الطارئ اذ انهما يشتركان في ان كلاهما لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه ، لكن يختلفان في عدة أمور منها:

١- الجزاء :- يترتب على الاستحالة المطلقة لتنفيذ الالتزام ان يكون الجزاء هو فسخ العقد . اما الارهاق فهو استحالة نسبية او نشوء صعوبة في تنفيذ العقد يستلزم ان يكون الجزاء تعديل شروط العقد على نحو يزيل الارهاق او تخفيف وقعه ، فيستمر العقد في اداء دوره بصورة اكثر اتزاناً واعتدالاً.

٢- يتحقق الارهاق في عقود المدة ،العقود مستمرة التنفيذ ،في حين الاستحالة في التنفيذ ترد على جميع العقود [١٢].

٣- ان تطبيق نظرية الظروف الطارئة نتيجة لتحقق الارهاق لا يكون الا بطلب المتعاقدين او احدهما للحصول على حكم القاضي بالتعديل او الفسخ للعقد او التعويض ، اما مع تحقق الاستحالة في التنفيذ فأن العقد ينفسخ تلقائياً بقوة القانون.

٤- ان تحقق الارهاق المدين لا يعفيه من تنفيذ العقد ، بل يلزم بتنفيذه بعد الانقاص وبالتالي لا يترتب عليه مسؤولية التعويض عن الضرر الذي اصاب الدائن جراء الانقاص لان التعديل تم بأمر قضائي ووفق القانون، اما الاستحالة اذا كانت راجعة لسبب اجنبي (لا يد للمدين فيه) يعفى المدين من التنفيذ والتعويض معا، اما اذا كانت الاستحالة بخطأ المدين فيتحول التزامه العيني الى التزام بالتعويض (المسؤولية العقدية).

٥- يتحقق الارهاق بعد انعقاد العقد وقبل تمامه ، بعد القبض في عقود المدة ، اما استحالة التنفيذ فهي تتحقق قبل القبض[١٣]

٦- كما ان معيار الارهاق كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفة احكامه من طرف المتعاقدين ، في حين ان القوة القاهرة لا تعتبر من النظام العام فيجوز مخالفة احكامها[١٤].

ونرى هنا الاشارة الى قرار لمحكمة التمييز الاتحادية والذي من وجهة نظرنا لم يميز فيه القضاء بين القوة القاهرة وتحقق الارهاق كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة [١٥] ، اذ جاء فيه " لدى التدقيق والمداولة وجد ان العريضة التمييزية مقدمة ضمن المدة القانونية فقرر قبولها شكلاً، ولدى الرجوع الى الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون وذلك لأن المميز كان قد اسس دعواه على القوة القاهرة (الحرب) التي ادت الى توقف الاعمال وما رافق ذلك من تعذر الحصول على البانزين وانقطاع الطاقة مما استحال عليه الانتفاع بالمأجور استحالة مطلقة خلال الفترة من ١٧/ ١/ ١٩٩١ الى ٣٠/ ٤/ ١٩٩١ . وحيث ان محكمة الموضوع لم تقم بالتحقق من تلك القوة القاهرة وعما اذا كانت مؤثره على الاستفادة من المأجور كلياً وهل ان الحوادث الاستثنائية العامة التي طرأت بعد العقد كان بالوسع توقعها وهل ترتب على حدوثها

ارهاق للمميز على ضوء الاحكام الواردة في المادة ١٤٦/ مدني مما كان يقتضي على المحكمة الاستعانة بالخبراء من ذوي الاختصاص وحيث انها خالفت وجهة النظر المتخصصة بصحة حكم المميز عليه قرر نقضه ورد اضبارة الدعوى لمحكمتها لأتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٤/ربيع الثاني / ١٤١٣ هـ الموافق ٢٠/ ١٠/١٩٩٢م .

كما ان للمحكمة الاستعانة بالخبراء في سبيل التمييز فيما اذا كانت الحوادث ادت الى الاستحالة في التنفيذ (القوة القاهرة) او الإرهاق لتطبيق نظرية الظروف الطارئة حسب ما ذكر في متن القرار اعلاه .

كما ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها [١٦] " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر ، قبوله شكلاً ، ولدى النظر في الحكم المميز وجد ان المدعي (المميز) قد اسس الدعوى على منع مطالبة المدعى عليه (المميز عليها) بالأجرة عن العقار موضوع الدعوى المتخذ (ساحة لوقوف السيارات) عن المدة ١٩٩١/١/٧م لغاية ١٩٩١/٤/٢٨م ، بسبب القوة القاهرة (الحرب) التى ادت الى توقف الاعمال بصورة كلية وما رافق ذلك من انقطاع تزويد السيارات بالوقود مما استحال عليه الانتفاع بالمأجور استحالة مطلقة عن الفترة الزمنية المشار اليها . وحيث ان محكمة الموضوع لم تقم بالتحقق عن القوة القاهرة وعما اذا كانت مؤثرة في الاستفادة من المأجور كلياً ؟ وهل ان الحوادث الاستثنائية العامة التي طرأت بعد العقد لم يكن في الوسع توقعها وهل ترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقاً بالنسبة للمدعي ويهدده بخسارة فادحة على ضوء احكام المادة ١٤٦ مدني فكان على المحكمة الاستعانة بموضوع هذه الدعوى بالخبراء من ذوي الاختصاص ، وعليه فيكون الحكم ألاستئنافي المميز من قبل التحقق عن هذه الجهة غير صحيح فقرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها لأتباع ما ذكر اعلاه ومن ثم اصدار الحكم المقتضي على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة . وصدر القرار بالاتفاق في ٣ ربيع الثاني ١٤١٣ هـ الموافق ١٩٩٢/٩/٢٩م .

وبالتالي ، يجب التفرقة بين ان يكون الالتزام مرهقاً او ان يصبح مستحيلاً لأن ذلك فيصل التفرقة بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة ، وذلك لأن لكل منهما اثر يختلف عن الاخر [١٧] .

المطلب الثالث

عبء اثبات الارهاق

قد يواجه القاضي صعوبة في الاثبات عند بحثه في محاولة معرفة ما اذا ادى الحادث (الظرف الطارئ) الى ارهاق المدين ام لا ، وكذلك يواجه صعوبة في تحديد ما اذا كانت الخسارة فادحة ام غير فادحة.

وتكون مهمة القاضي في الوقت الحاضر اصعب ، وينبغي عليه ان يرتاد مجالات متنوعة بعيدة عن اختصاصه في القانون كأن يكون ملماً بالنواحي الاقتصادية والمالية والزراعية والتجارية والهندسية والصناعية. ولما كان من الناحية العلمية تحقق العلم الكافي بنواحي هذه الاختصاصات ، صعباً ان لم نقل مستحلاً ، لذلك كان من الضروري ان يلجأ القاضي الى الخبراء و الى الجهات ذات خبرة واختصاص لتمده ببيانات ومعلومات كافية حول ما اذا كان الحادث طارئاً او كان متوقعاً ام لا و عما كان تقلب الاسعار عادياً ام غير عادي ، او ان الخسارة مألوفة او غير ذلك ، ومع ذلك يبقى القاضي محتفظاً بسلطته التقديرية الواسعة في تقييم تلك المعلومات وتقديرها [١٨] .

ومن المتفق عليه ان للقاضي ان يستعين بجميع وسائل الاثبات ومنها القرائن ليستطيع تحديد درجة الارهاق او الخسارة.

وقد قضت محكمة التمييز (ان الفيضان لم يجعل الالتزام مرهقاً ويهدد المدعي بخسارة فادحة بالنظر لكتاب غرفة تجارة بغداد المرقم ٢٧٧٢ والمؤرخ في ١٩٦٦/٤/١٤ المتضمن ان الفيضان لم يكن له تأثير على اسعار المواد الغذائية التي التزم المميز بتوريدها) [١٩].

وبذلك فأن للمحكمة التحقق من وجود الارهاق بالاستعانة بكافة الطرق والوسائل التي تثبت ذلك.

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز (كان عليها (المحكمة) ان تستطلع رأي الخبراء فيما اذا كانت هذه الزيادة قد ادت الى انهيار التوازن الاقتصادي بينهما بالنظر لطبيعة المقاولة وقيمة المواد التي تشترط على المقاول استيرادها من جهات معينة وكذلك بالنظر للظروف التي احاطت بتنفيذ المقاولة بمجموعها والغرامات التي فرضتها عليها الدائرة المميز عليها بسبب هذه المقاولة)[٢٠] .

ومن ذلك يتضح أن القضاء العراقي يسترشد بالكتب الإحصائيات الصادرة من الجهات المختصة والخبراء لغرض الوقوف على تقلبات الأسعار، وتجد الإشارة إلى أن المشرع لم يشر إلى الطرف الذي يتحمل إثبات الإرهاق أو أي شرط آخر من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا أننا يمكن أن نرجع إلى نص المادة (١/٧) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، الذي يقضي بأن "البينه على من ادعى واليمين على من انكر".

المبحث الثاني

تطبيقات القضاء العراقي لفكرة الارهاق

كانت هناك اجتهادات مختلفة في القضاء العراقي حول ما اذا كان بالإمكان تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة لعقد تم تنفيذه.

اذ سارت محكمة التمييز الاتحادية على مبدأ ان تنفيذ العقد يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حال تحقق الارهاق واستمر المدين في تنفيذ التزامه ، معللة ذلك بأن تنفيذ العقد تماماً هو انقضاؤه بالوفاء وبالتالي لم يعد العقد قائماً لإمكان اختراقه قضاءاً وتعديله برد الالتزام الى الحد المعقول لأن القاضي حين يتدخل لإعادة التوازن الاقتصادي المختل بين الدائن والمدين نتيجة للحوادث الاستثنائية غير المتوقعة يفترض ان هناك عقداً قائماً بين الطرفين ليتمكن من تعديله رغم ارادتهما وبقوة القانون إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة اما وان العقد قد انتهى بالتنفيذ؛ فكيف يمكن تعديل عقد لا يعتبر قائماً ، وان تنفيذ العقد فيه دلالة على انتفاء الارهاق وان تمام التنفيذ يمنع اعمال النظرية مادام العقد قد انقضى والتزام كل من الطرفين بوفاء التزامه وفقاً لأرادتهما الحرة في ذلك العقد.

سنبحث هذا المبدأ الذي سارت عليه محكمة التمييز الاتحادية في المطلب الاول من هذا المبحث في حين سنتناول في المطلب الثاني التقييم لموقف القضاء العراقي.

المطلب الاول

موقف القضاء العراقي

ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في مناسبات عديدة الى ان المدين اذا قام بتنفيذ الالتزام على الرغم من وجود الظرف الطارئ المحقق لمعيار الارهاق فأن هذا دال على ان الالتزام لم يكن مرهق للمدين وبالتالي لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

نلاحظ هذا المبدأ الذي سارت عليه محكمة التمييز من خلال مجموعة من القرارات التي سنتناول بعضاً منها

ذهبت محكمة التمييز في قرار [٢١] ، لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ذلك ان الطرفين قد اتفقا بالعقد المبرم بينهما المؤرخ في ٢٥/ ٩/ ١٩٧٥ على ان تقوم المدعية بتجهيز المدعى عليها بأربعة آلاف طن من الدجاج المجمد على دفعات وفقاً للجدول المبين في الفقرة (٣) من العقد وقد نصت الفقرة (٣) من العقد على انه (يسلم البائع دجاج اللحم المجمد خلال المدة وبالكميات المتفق عليها ولا يصبح مكلفاً بتأديته غرامة قدرها ١٪ من قيمة الشحنة المتأخرة بدون سابق انذار وذلك عن كل اسبوع على ان لا تزيد هذه الغرامة على ٧٪

من قيمة الشحنة المتأخرة ...) كما نصت الفقرة (٦) من العقد الانف الذكر على انه (اذا حصل التأخير بسبب قوة قاهرة فعلى البائع ان يبرز المستندات الثبوتية التي تؤيد ذلك للنظر في امر التضمينات على ان يشعر المشتري برقيا خلال خمسة ايام من وقوع هذا التأخير) وحيث ان المدعية قد تأخرت في التجهيز عن المواعيد المضروبة في العقد مما دفع المدعى عليها الى ان تستقطع من الحساب النهائي مبلغاً مقداره ١٣٢٦٥٣،٠٠٠ دينار عن الغرامات التأخيرية وحيث ان المدعية عزت سبب التأخير في التسليم طبقاً للجدول المرفق بالعقد الى القوة القاهرة وهي الاختناقات الحاصلة في ميناء الكويت وازمة النقل والتفريغ في الموانئ العالمية والعربية وان ذلك يعتبر من الحوادث الاستثنائية التي تعفى من فرض الغرامات التأخيرية فضلاً عن عدم الحاق اي ضرر بالمدعى عليها وحيث ان محكمة الموضوع ومن بعدها محكمة الاستئناف قد حققت في ادعاءات الطرفين و دفوعهما فعهدت محكمة الاستئناف الى ثلاثة خبراء دراسة الظروف التي رافقت تنفيذ العقد وبيان مقدار الكميات المجهزة وتاريخ التجهيز ومقدار الغرامات المتحققة فقدموا تقريرهم المؤرخ ١٩٨٤/٥/١٦ الذي فصلوا فيه الكميات المجهزة وتواريخها ومايقابلها من غرامات تأخيرية حسب النسب المتفق عليها في العقد كما بينوا في تقريرهم الكميات المجهزة زيادة عن الحد المقرر وانتهوا الى مقدار ما هو متحقق من غرامات تأخيرية بذمة المدعية لصالح المدعى عليها وعالج الخبراء في تقريرهم الاعتراضات التي تقدم بها وكيل المدعية والاخطاء الحسابية التي وقعت فيها المدعى عليها حسب التفصيل الوارد في تقريرهم المشار اليه مما يجعل التقرير المذكور صالحاً الاستناد اليه في الحكم. وحيث ان المدعية قد اسست دعواها على (نظرية الظروف الطارئة) وحيث ان المادة ١٤٦/ف٢ من القانون المدني تنص (على ان اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص بالالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) وحيث ان الثابت من الظروف التي رافقت تنفيذ العقد عدم وقوع حوادث استثنائية عامة ليس بالوسع توقعها وان الضغط الحاصل في ميناء الشويخ نتيجة فتح السويس يعتبر من الامور المتوقعة ولا يرقى الى مرتبة (الحوادث الاستثنائية العامة) حسبما ايد الخبراء ذلك فضلاً على ان المدعية وهي شركة متخصصة بالتجارة على دراية بالأزمات و الاختناقات التي تحصل في الموانئ وحيث ان الشرط الاساسي لتطبيق (نظرية الظروف الطارئة) هو الا يكون الالتزام قد تم تنفيذه وان قيام المدعية بتنفيذ الالتزام يجعل (نظرية الظروف الطارئة) غير وارد وبالتالي فلا تطبق احكامها على وقائع دعوى المدعية. اما ادعاء المدعية من ان

المدعى عليها لم يلحقها اي ضرر نتيجة التأخير في التجهيز فمردود قانوناً حيث ان المدعى عليها من المؤسسات العامة التي تقوم بتقديم الخدمات للمواطنين بتجهيزهم بالمادة الغذائية موضوع الدعوى لذلك فأن الضرر مفترض هنا في حالة التأخير في التجهيز وحيث ان الحكم المميز التزم في قضائه بوجهة النظر القانونية المتقدمة قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز. وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٨/٣/٩م .

وكذلك ذهبت محكمة التمييز في قرار لها [٢٢] لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الاولى لمحكمة التمييز وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، ولدى النظر في الحكم المميز تبين من وقائع الدعوى بأنه مقاولة مباني مدرسة ضباط صف الدروع قد احيلت بعهدة _ المدعي المميز _ بموجب العقد المرقم ٧٩/اشغال/٢٠٦ والمؤرخ ١٩٨٠/٢/١٢ وباشر بالعمل في ١٩٨٠/٣/٣ وتم انجازها بتاريخ ١٩٨٤/١٢/١م. والدعوى هذه أقيمت بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٧م، وانصب الادعاء على انه حدثت خلال فترة تنفيذ المقاولة ظروف طارئة وحوادث فجائية استثنائية اثقلت كاهل المدعي بالزيادات المتصاعدة في اسعار المواد وأجور الايدي العاملة وان هذه الظروف تنطوي تحت حكم المادة ٤/٦٧ من بنود العقد المعبر عنها (بالمخاطر الخاصة) فيحق له المطالبة بالتعويض الذي قدره بمبلغ ٦٨١٢٠٠٠٠٠، دينار فالمدعي يكون بهذا قد اسس الدعوى استناداً لنظرية الظروف الطارئة التي اشارت اليها المادة ٢/١٤٦ من القانون المدني التي نصت على انه اذا طرأت بعد العقد حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً لكنه صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك كما ان المادة ٨٧٨ من القانون المدني نصت على ان ليس للمقاول اذا ارتفعت اسعار المواد الاولية وأجور الايدي العاملة ان يستند الى ذلك ليطاب زيادة في الاجر حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً على انه اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الاساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للمحكمة في هذه الحالة ان قضي بزيادة الاجرة او بفسخ العقد وهذا يرد على الالتزام الذي لم ينقض بعد ولم تتم تنفيذ اعماله وان تنفيذ الالتزام من قبل المقاول يعتبر قرينة على انه لم يكن مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وحيث ان موقع العمل لإعمال المقاول يقع في منطقة تكريت وبعيد عن العمليات العسكرية وان المدعي (المميز) نفذ التزامه واكمل اعمال المقاولة وسلمها في ١٩٨٤ /٤/١٤ ،وأقام الدعوى بعد مدة

تزيد على الثلاث سنوات من تأريخ التسليم لهذا فأن احكام المادة ٢/١٤٦ من القانون المدني غير متوفرة في الدعوى ويكون الحكم الاستئنافي المميز المؤرخ في ٢/١٤/ ١٩٩٠، المتضمن تأييد الحكم البدائي القاضي برد الدعوى و رد الطعون الاستئنافية صحيحاً وموافقاً للقانون فقرر تصديقه و رد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز. وصدر القرار بالأكثرية في ١٢/ جمادى الاول ١٤١١هـ الموافق ١٩٩٠/١١/٢٩م.

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز [٢٣] لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، ولدى الرجوع الى الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون. حيث ان محكمة الاستئناف قد اتجهت الى ان من حق المميز عليه المدعي_المطالبة بالتعويض نتيجة ارتفاع اسعار المواد الاولية واليد العاملة نتيجة ظروف الحرب الايرانية وذلك استناداً لأحكام المادة ١٤٦ من القانون المدني. وحيث تبين من اضبارة الدعوى ان المقاولة قد احيلت على المميز عليه المدعي بتاريخ ١٩٨٠/٩/٢٨ وانه انجز اعمال المقاولة بتاريخ ١٩٨٨/٩/١ ثم اقام الدعوى بطلب التعويض بتاريخ ٢٤/ ٦ / ١٩٨٩ وبذلك فأن انجاز العمل المحال بعهدته رغم الظروف المشار اليها انفاً. ولا مجال لتطبيق احكام المادتين ١٤٦و ٨٧٨ من القانون المدني على هذه الواقعة والحكم له بالتعويض عنها حيث استقر قضاء محكمة التمييز على ان تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتي تحكمهما المادتان المذكورتان يقتصر على الفترة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة. في حين ان المميز عليه اجتاز المرحلة المذكورة واكمل العمل . عليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة الى محكمتها لمراعاة ما تقدم وربط الدعوى بحكم قانوني على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة. وصدر القرار بالاتفاق في ١٥/ جمادى الاول ١٤١٢هـ الموافق ١٩٩٠/١١/٢٠ .

وذهبت محكمة التمييز [٢٤] في قضية تتلخص وقائعها في ان وزارة الدفاع تعاقدت مع شركة على توريد غسالات كهربائية بمعداتها ، وقد نفذت الشركة العقد. الا انه صدر في اثناء تنفيذ العقد قانون رفع الرسم الكمركي فزادت الرسوم الكمركية المفروض دفعها حين التعاقد الى ثلاثة امثالها. اقامت الشركة الدعوى على وزارة الدفاع بنصف الزيادة مستندة الى المادة (١٤٦) مدني. دفعت وزارة الدفاع بأن زيادة الرسم الكمركي ليس من الحوادث الاستثنائية التي لا يمكن توقعها في ظل النظم الاقتصادية والاجتماعية العامة. وأضافت وزارة الدفاع الى ذلك حجة اخرى هي ان ما تدعيه الشركة هو من قبيل الخسارة المألوفة التي لا فداحة فيها بالنظر الى ان الشركة ذات رأس مال كبير. جاءت القضية امام محكمة التمييز فقالت في قرارها بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة : (ان نص المادة (١٤٦) الخاص بالظروف الطارئة لا ينطبق الا حيث يكون الحادث

الاستثنائي الذي يتسبب عنه الارهاق قد طرأ في فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد وبين تنفيذ الالتزام الذي رتبه. فإذا كان الالتزام قد نفذ فأنه ينقضي، وعندئذ يمتنع انطباق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في القانون، لأنها انما ترد على الالتزام قائم لم ينفذ بعد، فضلاً عن ان تنفيذ الالتزام فيه الدلالة الكافية على انتفاء الارهاق. ولما كانت الشركة المميز عليها قد نفذت الالتزام وسلمت المبيع كاملاً الى وزارة الدفاع من قبل رفع الدعوى فأنه لا محل للتحدي بنظرية الظروف الطارئة، ولا جدوى من تدخل القضاء ليرد الالتزام الى الحد المعقول).

المطلب الثاني

التقييم لموقف القضاء العراقي

سنتناول في هذا المطلب تقييم موقف القضاء العراقي من خلال فرعين نتناول في الاول مبررات موقف القضاء العراقي، وفي الفرع الثاني إنتقاد هذا الموقف.

الفرع الاول

مبررات موقف القضاء العراقي

ذهب القضاء العراقي الى ان المدين عند تنفيذ العقد وطرأت له حوادث استثنائية عامة ليس في الوسع توقعها ويترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي اصبح مرهقاً للمدين ومع ذلك استمر في تنفيذ التزامه وانقضى العقد ، ثم قدم المدين طلب ال المحكمة للمطالبة بتعديل العقد على اساس نظرية الظروف الطارئة فأن المحكمة لا تستجيب الى هذا الطلب على اساس ان تنفيذ العقد تماماً هو انقضاؤه بالوفاء وبالتالي لا يستطيع المدين طلب تعديل العقد ، كما ان المدين باستمراره بتنفيذ العقد فأن هذا دال على انتفاء إرهاق المدين.

كما عللت محكمة التمييز الاتحادية السير على هذا المبدأ هو انه حسب نص المادة (٢/١٤٦) فأن لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب ان يكون تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين ، كما يجب ان يحقق الارهاق خسارة فادحة ، في هذه الحالة فقط يجوز للمحكمة الموازنة بين مصلحة الطرفين وان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول.

اما حالة استمراره بتنفيذ الالتزام فأنه لا يستطيع التمسك بتحقق الارهاق لأن المدين لا يستطيع الاستمرار بتنفيذ التزام يحقق له خسارة فادحة واستمراره في تنفيذ الالتزام دال على عدم وجود الارهاق و الخسارة الفادحة وعليه ذهبت محكمة التمييز في قرارها[٢٥] (لدى التدقيق والمداولة ، وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً وعند النظر في الحكم المميز وجد بانه غير صحيح ومخالف للقانون لأن المميز عليه /المستأنف/ المدعي يستند بدعواه الى احكام المادة(١٤٦) من القانون المدني المتعلقة بالظروف الطارئة التي تحدث اثناء تنفيذ الالتزام

التعاقدي بحيث يصبح تنفيذ الالتزام وان لم يصبح مستحيلاً الا انه صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وقد وجد من خلال وقائع الدعوى ان المميز عليه سبق وان استأجر من المميز علوة المخضرات للفترة من ٢٠٠٢/١٢/٢٨ ولغاية ٢٠٠٣/١٢/٢٧ بموجب عقد الايجار المرفق وانه استمر بتنفيذ العقد لحين تاريخ انتهائه دون ان يطلب تنقيص تاريخ الالتزام الى الحد المعقول وبذلك ليس من حقه التمسك بأحكام المادة (٢/١٤٦)من القانون المذكور التي يتم التمسك بها خلال سريان العقد وليس بعده بالإضافة لذلك فأن المميز قد قام بتخفيض بدل الايجار السنوي لعقد الايجار بنسبة ٢٥% من البدل وبذلك تكون الدعوى فاقدة بسندها القانوني وحيث ان حكم المميز قد صدر خلاف وجهة النظر المتقدمة عليه قرر نقضه واعادة الاضبارة للسير فيها على ضوء ذلك على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٠/صفر /١٤٢٧ هـ الموافق ٢٠٠٧/٢/٢٨م .

فرع الثاني

انتقاد موقف القضاء العراقي

ان المبدأ الذي سار عليه القضاء العراقي منتقد وذلك لأن مخالف لنص المادة (١٤٦/٢) التي نصت على (انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطل طل اتفاق على خلاف ذلك).

من هذا النص يتبين لنا ان شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو تحقق ارهاق المدين نتيجة الظروف الطارئة.

والإرهاق الذي يقع فيه المدين ذي معيار مرن ليس له مقدار ثابت فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين أخر وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى ، والمهم هو ان تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة ولا ينظر في هذه الخسارة إلا الى الصفقة التي ابرمت ، فلا ينظر الى مجموع ثروة المدين وان يكن ذلك محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة ، فتنسب هذه الخسارة الى هذه الصفقة لا الى مجموع ثروة المدين ، بل ان الارهاق لا ينتفي حتى ولو كان المدين قد اسعفته ظروف مؤاتيه لا تتصل بالصفقة التي اصبحت مرهقة في ذاتها [٢٦] .

فإذا التزم تاجر بتوريد قمح وكان قد خزن منه كميات كبيرة ، ثم غلا سعر القمح ، جاز له ان يتمسك بنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها في الصفقة التي ابرمها، اما المكسب الذي

يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو، ولا شأن للدائن به ومن ثم نرى ان الارهاق معيار موضوعي بالنسبة الى الصفقة المعقودة ، لا ذاتي بالنسبة الى شخص المدين.

إلا ان من الواضح ان المتعاقد الذي ينفذ التزامه رغم الارهاق الذي لحق به بسبب اختلال التوازن الاقتصادي للعقد هو افضل وضع من المتعاقد الذي توقف عن تنفيذ الالتزام بحجة الارهاق الامر الذي يلزم حسب قواعد العدالة عدم مساواته مع المتعاقد الاخر والسماح له بطلب رفع الارهاق عنه حتى بعد انجاز العمل او تنفيذ جميع التزاماته.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث توصل الباحث الى جملة من النتائج والتوصيات.

اولاً: النتائج.

١- الارهاق : هو المشقة التي تلحق بالمتعاقد عند تحقق الظروف الطارئة مما يهدده بخسارة فادحة. واخذ المشرع العراقي بمعيار موضوعي ينظر فيه الى ظروف الصفقة ذاتها لا الى ظروف المتعاقد الشخصية.

٢- ان الارهاق يتميز عن اوضاع مشابهه له هي الاستحالة في التنفيذ ، حيث يشتركان في ان كلاهما لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه ، الا انهما يختلفان حيث ان جزاء الاستحالة هو فسخ العقد ، اما الارهاق فجزائه تعديل شروط العقد.

٣- لم يشر المشرع الى الطرف الذي يتحمل عبء اثبات شرط الارهاق ، وبالتالي نرجع الى القواعد العامة في قانون الاثبات (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) ، كما ان للقاضي الاستعانة بالخبراء وكافة الوسائل لإثبات تحقق الارهاق.

٤- سارت محكمة التمييز على مبدأ هو ان تنفيذ العقد يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حل تحقق الإرهاق واستمر المدين في تنفيذ التزامه.

٥- بررت محكمة التمييز هذا التوجه على ان استمرار المدين بتنفيذ العقد دال على انتفاء الارهاق ، الا ان هذا التوجه منتقد وذلك لأنه يتعارض مع مقتضيات العدالة و حسن النية

ثانياً: التوصيات.

يود الباحث في نهاية هذا البحث ايراد توصية آملاً من القضاء العراقي الاخذ بها ،وهي العدول عن الاتجاه الذي سلكه والذي يتعارض مع مقتضيات العدالة وحسن النية ، وتطبيق نص المادة (٢ / ١٤٦) من القانون المدني حيث ان هذا النص واضح بأن المشرع نص على معيار الارهاق الموضوعي الذي ينظر فيه الى ظروف الصفقة لا الى ظروف المتعاقد الشخصية.

الهوامش.

[١] بلقاسم زهرة ، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود ، رسالة ماجستير ، جامعة اكلي محند اولحاج – البويرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٤_ ٢٠١٣ ، ص ٤٥ .

[٢] د. احمد الصويعي شليبك ، نظرية الظروف الطارئة اركانها وشروطها ، بحث منشور في المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية ، المجلد الثالث ، العدد٢ ،٢٠٠٧، ص ١٢ .

[٣] د . غازي عبد الرحمن ناجي ، التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ،١٩٨٦ ،ص ١٠٠ .

[٤] قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة رقم ٥٧ / الهيئة المدنية / ٢٠٢٢ في ١٢ /٤ /٢٠٢٢، منشور في كتاب القاضي سلام طاهر الداوود، الشامل المفيد من أحكام التمييز، ط ١ ، مكتبة صباح القانونية ، بغداد ، ٢٠٢٢ ، ص ٣٨.

[٥] هزرشي عبد الرحمن ، اثر العذر والجوانح على الالتزامات العقدية في الفقه الاسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الاسلامية – الخروبة ،٢٠٠٥ – ٢٠٠٦ ، ص ٦٢ .

[٦] د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ، الدائرة القانونية ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ٤٨ .

[٧] د . عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات ، ط ٥ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٢ ، ص ٢٥٩ .

[٨] د. عبد القادر عوض خلف اللّٰه الدابي ، اثار نظرية الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية ، جامعة الزعيم الازهري (السودان) ، كلية الشريعة والقانون ، بحث منشور في مجلة بخت الرضا العلمية ، العدد الثاني عشر ، ٢٠١٤ ، ص ١٥ . ينظر كذلك في هذا الصدد د . مصطفى الجمال و د . رمضان محمد ابو السعود و د. نبيل ابراهيم سعد ، مصادر واحكام الالتزام ، ص ٢٠١ .

[٩] د. امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ١٧٦ .

[١٠] د. عبد السلام الترمانيني ، نظرية الظروف الطارئة ، دار الفكر ، ١٩٧١ ، ص ١٦٢ .

[١١] بالعجات قوقو و بكرار نجمة ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري رسالة ماجستير ، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٥ –٢٠١٤ ، ص ٣١ .

[١٢] د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،م١،ج١، دار النهضة العربية، بدون مكان طبع، ص ١٦١.

[١٣] خالد علي سليمان بني احمد ، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، بحث منشور في المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية ، العدد الثاني، ٢٠٠٦ ، ص ١١ .

[١٤] د . ياسر باسم ذنون السبعاوي و أ . اجياد ثامر نايف الدليمي ، بحوث ودراسات في القانون الخاص ، ج ٣ ، ط ١ ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٨.

[١٥] قرار رقم : ١١١٦ / مدنية اولى / ١٩٩٢ ، مذكور في ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، ج ٩ ، ص ٩٥.

[١٦] قرار رقم : ١٠٣٤ / مدنية اولى / ٩٢ ، مذكور في ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، ج ٤ ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠ . ص ١٩٦ – ١٩٥ .

[١٧] اسماعيل العمري ، نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني وتطبيقاتها القضائية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ،١٩٧٤ ، ص ٤٢ .

[١٨] د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص ٦٠ .

[١٩] د . عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر السابق ، ص ٦١ – ٦٠ .

[٢٠] د. عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر السابق ، ص ٦١ .

[٢١] قرار رقم : ١٧٣ / استئنافية / ٨٥ – ٨٤ ،مذكور في ابراهيم المشاهدي مصدر سابق ، ج٤ ، ص ١٨٠– ١٧٩ – ١٨١ .

[٢٢] قرار رقم :٢٦٠ / موسعة اولى / ٩٠ ، مذكور في ابراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص ١٩٢ – ١٩١.

[٢٣] قرار رقم : ٥١١ / مدنية اولى / ٩١ ، مذكور في ابراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص ١٩٤ – ١٩٣ .

[٢٤] قرار رقم : ١١٧ / حقوقية / ٦٥ ،مشار اليه في د . عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام ، ج ١ ، ط ٤ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص ٣٩٨ .

[٢٥] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٦٢/ظروف طارئة/٢٠٠٧، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى ، www.sjc.iq، تاريخ الزيارة ٢٠٢٦/٤/٥.

[٢٦] عمار محسن كزار الزرفي ، نظرية الظروف الطارئة واثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد ، بحث في جامعة الكوفة /كلية القانون ، ٢٠١٥ ، ص ١٣ .

المصادر:

اولاً: الكتب.

١– ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج ٤ ،مطبعة الزمان ، بغداد، ٢٠٠٠.

٢– ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج ٩.

٣– اسماعيل العمري، نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني وتطبيقاتها القضائية، دار الكتب للطباعة والنشر الموصل، ١٩٧٤.

٤– د. امجد محمد منصور، النظرية العامة الالتزامات مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩.

٥- القاضي سلام طاهر الداوود، الشامل المفيد من أحكام التمييز، ط ١ ، مكتبة صباح القانونية ، بغداد ، ٢٠٢٢.
٦- د. عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، ١٩٧١.
٧- د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،م١،ج١، دار النهضة العربية، بدون مكان طبع.
٨- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، ج١ ،ط٤، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٤ .
٩- د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات، طه، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢.
١٠- د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة و دور القاضي في تطبيقها، الدائرة القانونية، بغداد، ١٩٩٣.
١١- د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٦.
١٢- د. مصطفى الجمال و د. رمضان محمد ابو السعود و د. نبيل ابراهيم سعد،
مصادر واحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
١٣-د. ياسر باسم ذنون السبعاوي و د. أجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث و دراسات في القانون الخاص، ج٣،مكتبة الجيل العربي، الموصل، ٢٠٠٩.

ثانياً: الرسائل.

١- بلعجات قوقو وبكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري،رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن مبرة_بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥ ٢٠١٤.
٢- بلقاسم زهرة، اثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، رسالة ماجستير، جامعة أكلي محند اولحاج_البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ٢٠١٤_٢٠١٣.
٣- هزرشي عبد الرحمن ، اثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الاسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاسلامية_الخروبة ،٢٠٠٦_٢٠٠٥.

ثالثاً : البحوث.

١- د. احمد الصويعي شليبك، نظرية الظروف الطارئة اركانها وشروطها، بحث منشور في المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية، المجلد الثالث، العدد ٢ (٢٠٠٧).
٢- خالد علي سليمان بني احمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية، ٢٠٠٦.
٣- د. عبد القادر عوض خلف اللّٰه الدابي، اثار نظرية الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية، جامعة ، الزعيم الازهري(السودان)، كلية الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، العدد الثاني عشر، ٢٠١٤.

٤- عمار محسن كزار الزرفي، نظرية الظروف الطارئة واثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، بحث في جامعة الكوفة، كلية القانون، ٢٠٠١.

رابعاً : القوانين.

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢- قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

خامسا: المواقع الالكترونية.

١-الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى ،www.sjc.iq.

Sources:

First: Books.

-١Ibrahim Al-Mashahdi, Selected Rulings of the Court of Cassation, Civil Law and Special Laws Section, Vol. 4, Al-Zaman Press, Baghdad, 2000.

-٢Ibrahim Al-Mashahdi, Selected Rulings of the Court of Cassation, Civil Law and Special Laws Section, Vol. 9.

-٣Ismail Al-Omari, The Theory of Unforeseen Circumstances in Civil Law and its Judicial Applications, Dar Al-Kutub for Printing and Publishing, Mosul, 1974.

-٤Dr. Amjad Muhammad Mansour, The General Theory of Obligations: Sources of Obligation, Dar Al-Thaqafa, Amman, 2009.

-٥Judge Salam Taher Al-Dawood, The Comprehensive and Useful Guide to Cassation Rulings, 1st ed., Sabah Legal Library, Baghdad, 2022.

-٦Dr. Abdul Salam Al-Tarmanini, The Theory of Unforeseen Circumstances, Dar Al-Fikr, 1971.

-٧Dr. Abdul Razzaq Al-Sanhuri, The Intermediate Guide to Explaining Civil Law, Vol. 1, Part 1, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, no place of publication.

-٨Dr. Abdul Majeed Al-Hakim, A Summary of Civil Law: Sources of Obligation, Vol. 1, 4th ed., Legal Library, Baghdad, 1974.

-٩Dr. Adnan Ibrahim Al-Sarhan and Dr. Nouri Hamad Khater, Explanation of Civil Law: Sources of Personal Rights and Obligations, Taha, Dar Al-Thaqafa, Amman, 2012.

-١٠Dr. Ismat Abdul Majeed Bakr, The Theory of Emergency Circumstances and the Judge's Role in its Application, Legal Department, Baghdad, 1993.

-١١Dr. Ghazi Abdul Rahman Naji, Economic Equilibrium in Contracts During their Execution, Legal Research Center, Baghdad, 1986.

-١٢Dr. Mustafa Al-Jamal, Dr. Ramadan Muhammad Abu Al-Saud, and Dr. Nabil Ibrahim Saad, Sources and Provisions of Obligation, Al-Halabi Legal Publications, Beirut, 2003.

-١٣Dr. Yasser Basem Dhunoun Al-Sabawi and Dr. Ajyad Thamer Nayef Al-Dulaimi, Research and Studies in Private Law, Vol. 3, Al-Jeel Al-Arabi Library, Mosul, 2009.

Second: Theses.

-١Belhadj Gougou and Bekrar Najma, The Theory of Emergency Circumstances in Algerian Civil Law, Master's Thesis, Abdel Rahman Mebara University, Bejaia, Faculty of Law and Political Science, 2014-2015.

-٢Belkacem Zahra, The Impact of the Theory of Emergency Circumstances on Contracts, Master's Thesis, Akli Mohand Oulhadj University, Bouira, Faculty of Law and Political Science, 2013-2014.

-٣Hazarchi Abdel Rahman, The Impact of Excuses and Disasters on Contractual Obligations in Islamic Jurisprudence Compared to the Theory of Emergency Circumstances in Algerian Civil Law, Master's Thesis, University of Algiers, Faculty of Islamic Sciences, El Kharouba, 2005-2006.

Third: Research Papers.

-١Dr. Ahmed Al-Suwaidi Shlibek, The Theory of Emergency Circumstances: Its Elements and Conditions, Research Paper published in the Jordanian Journal of

Islamic Studies, Volume 3, Issue 2 (2007). 2- Khalid Ali Sulaiman Bani Ahmad, The Difference Between Force Majeure and Emergency Circumstances: A Comparative Study Between Islamic Jurisprudence and Positive Law, published in the Jordanian Journal of Islamic Studies, 2006.

-٣Dr. Abdul Qadir Awad Khalaf Allah Al-Dabi, The Effects of the Theory of Emergency Circumstances on Contractual Relations, Al-Zaeem Al-Azhari University (Sudan), Faculty of Sharia and Law, published in the Bakht Al-Rida University Scientific Journal, Issue Twelve, 2014.

-٤Ammar Mohsen Kazar Al-Zarfi, The Theory of Emergency Circumstances and Its Impact on Restoring the Disrupted Economic Balance in Contracts, research paper, University of Kufa, Faculty of Law, 2001.

Fourth: Laws.

-١Iraqi Civil Law No. (40) of 1951.

-٢Iraqi Evidence Law No. (107) of 1979.

Fifth: Websites.

-١Website of the Supreme Judicial Council, www.sjc.iq.