مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

سلطة القاضي في رد الإلتزام المرهق

تحسين زاهر يونس
قسم القانون، كلية القانون والعلاقات الدولية، جامعة اللبنانية الفرنسية، اربيل، إقليم كوردستان، العراق
Tahseen.zaher@lfu.edu.krd

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام: ٢٠٢٣/٤/٢
القبول: ٢٠٢٣/٦/٢٥
النشر:خريف ٢٠٢٣

الكلمات المفتاحية:
Judges Authority, Fatigue, Heavy Losses, Nodal Modification, Contractual Balance.

Doi:
10.25212/lfu.qzj.8.4.40

الملخص

يهدف الموضوع الذي يتناول بالدراسة سلطة القاضي في رد الإلتزام المرهق في حالة عدم التوازن العقدي عند تحقيق الظروف الطارئة، وكذا الوقوف على نطاق سلطة القاضي عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود وكيفية معالجة الإرهاق وصعوبات تنفيذ العقد، والموازنة بين مصلحة المتعاقدين لرد الإلتزام المرهق ومعالجة اختلال التوازن العقدي.

المقدمة:

في نظرية الظروف الطارئة يعد الإرهاق من أهم الشروط التي يجب توفرها لتطبيق الأحكام، فهو لا يعتد بالحوادث التي تطرأ من غير توقع لها، إذ لو اختل التوازن الاقتصادي للعقد في مرحلة التنفيذ بسبب هذه الظروف الطارئة غير المتوقعة، وصار تنفيذ المدين لالتزامه المرهق وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد يهدده بخسارة فادحة خارجة عن الحدود المألوفة في التعاملات المالية، فإنه في تلك الحالة يصبح المدين في حاجة إلى حماية تقيه عواقب الخسارة الفادحة، وهذا يكون بتدخل المشرع الذي جعل للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد، وحماية التوازن الاقتصادي للعقد، وحماية المتعاقد الذي أصبح ضعيفاً في مرحلة تنفيذ العقد.

يحتمل التعديل العقدي بسبب الظروف المتغيرة صوراً متعدد و مختلفة. هي في فلك إطار قانوني واحد وهو تعديل القضائي للتعاقد بفرض التزامات جديدة ذات مدى مختلف أو مقدار متفاوت عن المقدار والمدى الذي جرى تحديد في العقد. وكل ذلك بإرادة خارجية مصدرها السلطة التقديرية للقضاء التي تختلف في مداها بأختلاف الوسيلة المتعمدة للتعديل.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

إن الصور المثلى لمختلف تلك الوسائل التي يلجأ إليها القاضي عند مراجعة العقد، هي تلك الوسائل التي تقوم على تدخل في قيمة الإلتزام بزيادة أو إنقاصه أو في مداه، كالتأخير في تنفيذه أو إيقاف التعاقد. فمختلف تلك الوسائل إن كانت تلتقي عند نقطة واحدة هي تأمين التوازن العقدي التي أخلت به أحداث فجائية.
والقاضي هو الوسيلة التي يتوقف على القضاء تصحيح التصرفات التي أخل الناس بها في معاملاتهم لكي تكون هذه العلاقات رصينة ومستقيمة وقائمة على المساواة.

أهمية الدراسة :
تتبع أهمية البحث في كونها تعالج موضوعاً ذو أهمية كبيرة في القانون الحياة العملية، إذ أن الظروف الطارئة دائمة الحدوث وبالتالي قد تؤدي إلى إرهاق المدين في تنفيذ التزامه بسبب جسامة هذا الحادث الطارئ، إذ تحيط بالإرهاق أسباب متعددة لعل أهمها دور القاضي في تعدل العقد وتحقيق التوازن بين الحقوق والإلتزامات لطرفين المتعاقدين، ولولا ذلك لتعرض المدين إلى خسارة فادحة تؤدي إفلاسه.

سبب اختيار الموضوع :
يعتبر معيار الإرهاق في الظروف الطارئة معيار مرن وهذا يؤثر على تنفيذ الإلتزام للمدين في تنفيذ للعقد من خلال عدم توازن الخسارة الفادحة التي يقع فيها، ومن هنا فإن أختيار الموضوع جاء حتى نبين سلطة القاضي لعلاج الإرهاق و ماهي القواعد التي يجب أن يتبعها القاضي في رد الإلتزام إلى حد المعقول.

مشكلة الدراسة :
تتركز مشكلة الدراسة في الإجابة على السؤال الرئيس الآتي:
ما الطرق التي يستعملها القاضي في ردّ الالتزام المرهق وفقاً لسلطته؟

خطة الدراسة :
وقد اقتضت طبيعة البحث أن ينقسم على مبحثين :
المبحث الأول: الطرق التي يتم بها رد الإلتزام المرهق
المطلب الأول: سلطة القاضي في تكييف رد الإلتزام إلى حد المعقول
المطلب الثاني: رفع الإرهاق بإنقاص أو زيادة الإلتزام المتقابل
المبحث الثاني : علاج الإرهاق بوقف تنفيذ العقد أو فسخه
المطلب الأول: علاج الإرهاق بوقف تنفيذ العقد
المطلب الثاني: موقف القوانين لإنتهاء الإرهاق بفسخ العقد.
الخاتمة : وبعد أن أتم الباحث دراسته فقد توصل إلى نتائج يراها على جانب من الأهمية .

المبحث الأول: الطرق التي يتم بها رد الإلتزام المرهق
لم تتفق القوانين التي أشتملت على نصوص عامة لنظرية الظروف الطارئة على وسيلة واحدة يرد بها الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

لذلك فإن ضرورة الإبقاء على العقد لتحقيق الأهداف التي أبرم من أجلها، وضرورة إقامة التوازن بين الإلتزامات المتعاقدين، ذلك التوازن الذي يؤمن للعقد الحياة المفيدة للمجتمع، ومن أجل ذلك تبرر أهمية سلطة القاضي في معالجة التوازن الاقتصادي المختل للعقد وإعادة النظر في بعض شروطه،منحه دماً جديداً لتحقيق الهدف الذي أبرم من أجله (بكر، 1993).

ولا شك أن منح القاضي مثل هذه السلطة، أمر خطير بحد ذاته، لا يبيحه المشرع إلا في حالات يبدو فيها أن العقد أصبح مخالفاً للعدل، مخالفة صارخة تقتضي التدخل وتبرره في الوقت ذاته، والمشرع في كل الذلك يهدف الوصول معالجة التوازن المختل بين التزامات الطرفين، وهذه المعالجة، تتم بواسطة القاضي الي يمارس تلك السلة التقديرية الممنوحة له من المشرع،ومن ثم فإن النص القانوني هو المصدر غير المباشر للإلتزام الذي ينشئه القاضي عند تعديله للعقد، أما المصدر المباشر لهذا الإلتزام الجديد، فهو قرار القاضي (تناغو، 1975).

المطلب الأول: سلطة القاضي في تكييف رد الإلتزام إلى حد المعقول

الأثر البارز لنظرية الظروف الطارئة استثناء على مبدأ سلطان الإرادة هو إعطاء القاضي الحق في تعديل العقد في صور متعددة. لذلك أن تنفيذ العقد يجب أن يكون طبقاً لما أشتمل عليه دون تعسف بإستعمال الحق عند التنفيذ وهو مايعرف ب(العقد شريعة المتعاقدين) وقد خرج القانون المدني العراقي على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) مرتين الاولى في عقود الإذعان والثاني في نظرية الظروف الطارئة (طراد، 2015). حيث نصت المادة(2/146) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنه (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي إن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول أن أقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل أتفاق على خلاف ذلك).

والمعنى أن هذه النصوص تعتبر من النصوص الأمره ولا يجوز استبعاد اللجوء إلى القضاء في العقد عند حدوث الظروف الطارئة، ولكن يجوز الإتفاق بعد حدوث الظرف الطارئ بأن يتحمله المدين وحده، وجاء في المادة (878) من القانون المدني العراقي(ليس للمقاول إذا أرتفعت أسعار المواد الأولية و أجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الأرتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً على أنه إذا إنهار التوازن الإقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول أنهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن بالحسبان وقت التعاقد وأنعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الالتزامات أو فسخ العقد (طراد، 2015).

وبالرجوع لنص المادة (205) من القانون المدني الأردني أن تبين السلطة التقديرية القاضي في عبارة (.... أن ترد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول). والمستعرض لهذه المادة يجد أن المشرع الأردني لم يضع قاعدة معينة وذلك لأختلاف كل حالة عن الأخرى من حيث الطبيعة والظروف وما تقتضيه هذه الحالة في رفع الإرهاق، وهذا موقف حسن من المشرع الأردني، حتى لا يقيد القاضي بقيودٍ تحد من إطلاق يده لتحقيق العدالة (سمامعة، 1997).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

وكما نصت المادة(2/147) من القانون المدني المصري رقم (143) لسنة 1948 على أنه (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة الفادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وسد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول . . .).

وتجدر الإشارة إلى أن تعبير (ترفع الإرهاق عن المدين) هو أدق من تعبير (تنقص الإلتزام إلى الحد المعقول) لذلك لأن إعادة التوازن الإقتصادي المختل لا يتحقق فقط عن طريق إنقاص الإلتزام المرهق، بل ممكن أن يتحقق عن طريق زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق أو وقف تنفيذ العقد أو فسخه، وعليه حبذا لو تفادى المشرع العراقي هذا النقص الذي سلِم منه القانونين المصري والأردني (كزار، 2015).

ويرى الدكتور ناجي أن النص العراقي معيب من حيث صياغته، ويفضل عليه النص المصري، ويستحسن الأخذ به، أو بنص أخر مشابه به، أو بالنص الوارد في مشروع القانون المدني العراقي الجديد في الفقرة الأولى من المادة(403)(جاز للمحكمة أن تعدل مضمونه بما يحقق الموازنة بين مصلحة المتعاقدين) (ناجي، 1986).

وعليه فإن سلطة القاضي لا تقتصر فقط على إنقاص الإلتزام المرهق للمدين، وإنما تتجاوز ذلك لتشمل تعديل الإلتزام أو تعديل العقد.

فوفقاً لأحكام المادة (146) مدني عراقي و (205) مدني أردني و(147) مدني مصري إذا توافرت أركان وشروط النظرية " جاز للقاضي وتبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن " يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول". هذا الأثر المبين لحكم النظرية في صيغته يقدم مصطلحين مرنين يتطلبان من القاضي سلطة استنسابية للكشف عن مفهومها ومضمونها (قزمار، 2012).

فإذا كان "الرد" يقصد به التعديل وليس فقد الإنقاص فالتشريعات تكون قد أعطت للقاضي سلطة متعددة الوجود من خلال معنى التعديل فإما الإنقاص أو الزيادة إما إيقاف العقد لكن دون فسخه (قزمار، 2012). أي توزيع تبعة الحادث الطارئ بين الطرفين المتعاقدين. وثمة عبارتان أساسيتان في هذا الأثر تستدعيان من القاضي تكييفاً ذاتياً مسنداً إلى أعتبارات موضوعية كما يأتي:

أولاً: هو مطالب بالموازنة بين مصلحة الفريقين وهذه تحتاج إلى تدقيق وتوفيق وتحقيق ومحملة بقدر من الصعوبة والتعقيد.

ثانياً: عليه رد الإلتزام إلى الحد المعقول، فما المقصود بالمعقولية؟ وفي الحالتين وفقاً لما يراه القاضي على نحو الذي تقتضيه العدالة. فالقاضي وهو يختار في حدود سلطة التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين ويصل بها الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد وتقسيم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين، وذلك مراعات للموازنة بين مصلحة كل منهما (قزمار، 2012).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

وهذه المعايير التي يستدعيها تطبيق النظرية، وإعمال حكمها تترك للقاضي سلطة متعددة الأوجه تجعله متدخلاً في تكييف كل شرط فيها ومتدخلاً في تكييف وتحديد الحكم أو الجزاء الناتج عنها (الترمانيني، 1971).

وفي هذا الأثر القانوني ـ هو رد الإلتزام إلى حد المعقول- تفترق نظرية الحوادث الطارئة عن النظرية التقليدية للقوة القاهرة من حيث أن (القوة القاهرة تفضي إلى إنقضاء الإلتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن كامل تبعتها. أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلاّ إنقضاء الإلتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين كامل تبعته) (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري). وقد حصر المشرع المصري بالقاضي سلطة التعديل.

المطلب الثاني: رفع الإرهاق بإنقاص أو زيادة الإلتزام المتقابل

الإرهاق وصف يلحق بالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه للالتزام مهدداً إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد (سليم، 2007، صفحة 282).

يرتب العقد الملزم للجانبين التزامات متقابلة على كل من المتعاقدين، فإذا اختل التوازن بين هذين الإلتزامين المتقابلين، فيمكن إعادته بإنقاص الإلتزام المرهق، أو بزيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق، وسنتناول بالتفصل الطرق التي يستطيع القاضي بمقتضاها تعديل العقد على النحو الآتي:

الفرع الأول: إنقاص الإلتزام المرهق

قد يكون الإلتزام التعاقدي مرهقاً للمدين يلحق به خسارة فادحة لذلك جاءت هذه الوسيلة من وسائل رفع الإرهاق ليلجأ القاضي إليها عند أرتفاع سعر محل الإلتزام لندرته في السوق، سواء كان ذلك لمنع استيراده أو قلة إنتاجه أو لأي سبب آخر. فيلجأ القاضي إلى إنقاص الكمية التي التزم بها المدين، وذلك بالقدر الذي يجعل الإلتزام في الحدود المعقولة، ويلاحظ في هذا الصدد أن توزيع العبئ الطارئ وتحمل التبعة على عاتق المتعاقدين بحيث يتحمل كل منها بنصيب في زيادة السعر غير المتوقعة. كما يلجأ القاضي لذات الوسيلة المذكورة، بإنقاص الثمن في حال هبوط الأسعار، بحيث يتحمل المدين جزءاً من الخسارة يتمثل في الفرق بين الثمن المحدد في العقد والثمن الذي حدده القاضي، والذي يجب أن يدفعه له الدائن، وبذلك يكون الدائن قد تحمل الجزء الذي يزيد على السعر المتوقع عند إبرام العقد، في حالة الهبوط العادي للأسعار والثمن الذي حدده القاضي، ويتحمل المدين في العقود الدورية أو المستمرة التنفيذ جزءاً يعادل الزيادة غير المألوفة، وبالقدر الذي يقوم بتنفيذه، في حين يتحمل الدائن الجزء المقابل للزيادة الطارئة بالقدر الذي لم يتم تنفيذه (غازي عايد الغثيان، 2005). "وقد يرى القاضي إنقاص الإلتزام المرهق إلى حد المعقول، أما من ناحية الكم بإنقاص مقدار ما يقدمه االمدين، أو من ناحية الكيف بأن يقدم المدين للدائن نفس الكمية المتفق عليها ولكن من صنف أقل جودة" (الفزاري، 1979).

ومن أمثلة إنقاص الإلتزام المرهق من ناحية الكم، أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لأحد مصانع الحلوى بالتسعير الرسمية ثم يحدث الظرف الطارئ كحرب منعت من استيراد السكر أو إغلاق بعض مصانع السكر فيترتب عليه أن تقل كميات السكر المتداول في السوق بدرجة كبيرة ويصبح إلتزام التاجر بتوريد جميع الكميات المتفق عليها لمصنع حلوى مرهقاً، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

الكميات التي التزم المدين بتوريدها إلى حد يجعل الإلتزام غير مرهق وإن بقى عبئاً ثقيلاً (السنهوري , الترمانيني، 1968).

ومن أمثلة إنقاص الإلتزام من ناحية الكيف، أن يتعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة ومن صنف متفق عليه، إلا أن الحصول على هذا الصنف بالذات أصبح فيما بعد مرهقاً للمدين وذلك نتيجة ظروف طارئة أدت إلى أرتفاع سعره أرتفاعاً باهضاً، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي السماح للمدين بإيفاء نفس الكمية المتفق عليها من هذه السلعة ولكن من صنف أقل جودة لا يكون في الحصول عليه أو توريده إرهاقاً للمدين (الديب، 2012).

وقد سار القضاء العراقي على هذا الاتجاه فقد قضت محكمة التمييز في أحد قراراتها بأن (المدعي كان قد التزم من المدعي عليه(امين بغداد إضافة لوظيفته) رسوم أرضية الأسماك مع رسوم دلاليتها للمدة من (1954/4/1) لغاية (1954/3/31) غير أن إغراق مساحات واسعة من الأراضي وإنقطاع المواصلات بين بغداد والمناطق التي تمولها بالأسماك كما أن السلطات الإدارية في بغداد أستولت على جميع وسائط النقل النهرية والبرية، كل ذلك أدى إلى جعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً للمدعي إرهاقاً شديداً، وقد تسبب له ذلك بخسارة تبلغ ثلاثة آلاف دينار، وقد راجع المدعي عليه طالباً تسوية الأمر وتعديل الاتفاق بإنقاص مبلغ الخسارة، لكنه عارض في ذلك، وقد ذهبت محكمة التمييز إلى أنه على المحكمة (محكمة البداءة) أن تنقص الإلتزام إلى الحد المعقول، وإذا كان المدعي قدر الخسارة بثلاثة آلاف دينار، فمقتضيات العدالة أن يتحمل الطرفان تلك الخسارة، وهو ما أتجه اليه الشراح في إيضاح التعويض المناسب أو المعقول وإذا كانت محكمة البداءة حمّلت طرفاً واحداً الخسارة مما يصبح معه الحكم الصادر مخالفاً للقانون لذا قرر نقضه (كزار، 2015) .

ومن الأمثلة الشهيرة على هذه الصورة من الإنقاص في مصر، ما حدث عقب صدور قانون الإصلاح الزراعي في سنة 1952، الذي كان من شأنه انخفاظ قيمة الأراضي الزراعية إنخفاظاً كبيراً، بحيث أصبح الأشخاص الذين كانو قد سبق لهم أن اشتروا أراضيهم قبل صدور ذلك القانون، بأثمان باتت باهظة بمقارنتها بالأسعار الحالية، مهددين بخسارة فادحة، فطلبوا إنقاص ما لم يكونوا قد أدوه من الثمن، وأجابتهم المحاكم إلى مطلبهم (غازي عايد الغثيان، 2005) .

ويتضح من ذلك أنه في حال قرر القاضي إنقاص الإلتزام المرهق في العقود الدورية أو المستمرة التنفيذ، ثم زال الظرف الطارئ الذي إقتضى هذا الإنقاص قبل إنهاء مدة العقد، فإنه يتعين إلغاء الإنقاص من وقت زوال هذا الظرف الطارئ، والعودة إلى حكم العقد كما أتفق عليه الطرفان (سمامعة، 1997). وفي الفرع الثاني سيعمد الباحث إلى بيان زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق.

الفرع الثاني: زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق

قد ترى المحكمة وتحقيقها لإعادة التوازن الإقتصادي للعقد القيام بزيادة المقابل، ومع ذلك إذا أدى وقوع الظرف الطارئ إلى إرتفاع باهظ للأسعار في السلعة المعينة متعاقد عليها، فإنه من الممكن أن تقوم المحكمة بزيادة السعر المبين في العقد حتى يلقى شيء من الزيادة غير المألوفة وغير المتوقعة على عاتق الطرف الآخر، بمعنى أن الزيادة التي توزع بين الطرفين هي الزيادة غير المألوفة (الشيخ، 2014) .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

وعليه فقد نص القانون المدني العراقي على زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق صراحة في المادة (878) التي هي تطبيق تشريعي لنظرية الظروف المنصوص عليها في المادة (2/146) من هذا القانون، وتنص المادة (878) السالفة الذكر على أنه (ليس للمقاول إذا أرتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الأرتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسراً، على أنه إذا إنهار التوازن الإقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول إنهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وأنعدام بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجرة أو فسخ العقد) (كزار، 2015).

وقضي بأنه في عقود المقاولة التي تحدد فيها الأجر أجمالا وجزافا يراد منها أن يتحدد المقدار في الأجر مقدما بحيث لايتعدل بزيادة أو النقصان، إذ إن أن صاحب العمل عندما يتفق مع المقاول على أجر جزافي فإنه يريد المعرفة بشكل نهائي وحاسم بما يتوجب عليه أن يدفعه من الأجر، بحيث يمنع المقاول بالمطالبة بأكثر من الأجر المتفق عليه، ولايستطيع هو أن يدفع للمقاول أقل من ذلك، وفي عقد المقاولة المحدد الأجر جزافا لايجوز مفاجأة رب العمل بأي زيادة من المقاول في حالة الزيادة للأسعار نتيجة الزيادة في أجور العمال أو الزيادة في أسعار المواد الأولية أو وقوع حوادث أستثنائية غير متوقعة أدت الى زيادة الأسعار (كامل المبادئ القانونية، 2010) .

لذلك فإن القاضي قد يلجأ إلى أسلوب زيادة الإلتزام المقابل لإلتزام المرهق، وذلك في حالة أرتفاع سعر محل الإلتزام، فيقضي بزيادة الثمن المحدد في العقد فيتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الإلتزام، أما المدين فإنه يتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة (بكر، 1993).

وعلى ذلك يورد ـ الدكتور عدنان السرحان والدكتور نوري خاطر ـ مثالاً بقولهما: "إذا التزم صاحب محطة بنزين بتوريد كميات من البنزين إلى شركة نقل ركاب مثلاً بسعر نصف دينار للتر واحد، ثم أرتفعت الأسعار بسبب حرب بحيث أصبح سعر اللتر ثلاثة دنانير، فيسوغ للقاضي هنا أن يزيد السعر الذي تدفعه الشركة. إلا أن القاضي لن يحول كل الزيادة في سعر البنزين عن المدين إلى الدائن، وإنما يعدل العقد بحيث يصبح القسم الزائد من الخسارة عن الحد المألوف موزعاً بين الطرفين. فهو أولاً يبقى الزيادة المألوفة العادية في التعامل على المدين صاحب المحطة، فلو أن الزيادة المألوفة في سعر البنزين هي نصف دينار للتر الواحد، فإن المدين يتحملها لوحده، ويكون الباقي وهو ديناران أرتفاعاً في السعر غير مألوف، فيوزعه القاضي بين الطرفين، وفقاً لما يراه متفقاً مع العدالة، دون أن يلزم بالضرورة بأن يوزعه بينهما مناصفة" (عدنان السرحان ونوري محمدخاطر، 1997).

والمشرع العراقي وإن كان قد أجاز زيادة الالتزام المقابل في عقد المقاولة استثناءً؛ فإن هذا الاستثناء يعد من سلطة القاضي، والزيادة حاصلة فيه.

كذلك أورد الدكتور محمد وحيد الدين سوار نفس المثال ولاكن بعبارة أسهل:" فإذا إعتبرنا الزيادة المألوفة للتر هي نصف ليرة، يتحمل المدين هذا المقدار من الزيادة وحده ويكون الباقي وهو ليرتان إرتفاع في السعر غير مألوف يقسمه القاضي بين طرفين فيكون القاضي قد زاد في الإتزام المقابل للإلتزام المرهق (سوار، 1986) .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

ولا يفرض القاضي على المشتري الشراء بهذا السعر، فمشتري البنزين، في مثالنا السابق، لا يلزم بشرائه بالسعر المعدل، بل هو يخير بين الشراء به، أو فسخ العقد (غازي عايد الغثيان، 2005) .

ثم أن تقسيم الإلتزام المرهق وتوزيعه بين المتعاقدين، ليس له سند قانوني، فقد يكون التنصيف في بعض القضايا محققاً للعدالة، ومتفقاً مع مصلحة المتعاقدين، إلا أنه من الصعب أن يلتزم القاضي باتخاذ التنصيف معياراً جامداً، يتمسك به في القضايا التي تعرض عليه، بل يتوجب على القاضي، وهو بغير التوازن الأقتصادي المختل، الموازنة بين مصلحة المتعاقدين وظروفهما الشخصية، ومدى قدرة المدين بتنفيذ الإلتزام على تحمل الجزء الذي يلقيه القاضي على عاتقه من الخسارة غير المألوفة (سمامعة، 1997) .

وفي هذا الصدد فقد ذهب القضاء العراقي إلى توزيع الخسارة غير المألوفة مناصفة بين المتعاقدين (أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، 1957).

وليس هناك ما يمنع من أن يجمع القاضي في آن واحد بين الأمرين، أي أنه يزيد من إلتزام الدائن وينقص في الوقت ذاته من التزام المدين (ناجي، 1986) .

ففي المثال الخاص بالشعير "نفترض أن المدين كان قد التزم بتوريد مائة أردب من الشعير دفعة واحدة بسعر ستون قرشاً للأردب ثم ارتفع السعر إلى أربعة جنيهات وأنتهينا إلى أن الزيادة المألوفة بواقع أربعون قرشاً ويتبقى ثلاثة جنيهات تقسم بالسوية بين الطرفين ليتحمل كل منهما مائة وخمسون قرشاً. فلو أن القاضي حبذا الوسيلة الثالثة وهو إنقاص التزام المدين وزيادة التزام الدائن لجرى حكمه على أن ينقص من التزام المدين بتخفيض الكمية المطلوبة توريدها إلى النصف مثلاً بأن يلتزم المدين بتوريد خمسين أردباً فقط ثم يقوم بزيادة التزام الدائن بمقدار نصف الزيادة المقررة والتي أقترحهناها فيتحمل مبلغ خمسة وسبعون قرشاً" (سليم، 2007) .

ويلاحظ أن تعديل الإلتزام المرهق بالإنقاص أو الزيادة المقابلة يرتبط وجوداً وعدماً بحالة الظروف التي بررت للقاضي القيام به (غازي عايد الغثيان، 2005). أو كما يقول الفقيه السنهوري"أن القاضي لا يرد الإلتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف. فقد يزول أثر الحادث الطارئ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعاقد" (السنهوري , الترمانيني، 1968) .

وعلى ذلك جرت أحكام القضاء فقد قضت محكمة النقض بأنه: "في حالة أعمال حكم الفقرة الثانية من المادة (147) من القانون المدني على عقود البيع التي يكون الثمن فيها مقسطاً يجب على القاضي ألا يعمل الجزاء المنصوص عليه في هذه الفترة إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح بسبب وقوع الطارئ غير المتوقع مرهقاً له بحيث يهدده بخسارة فادحة أما باقي الأقساط المستقبلية فإن القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك أحتمالاً لزوال أثر هذا الطارئ عند أستحقاقها " (مجموعة أحكام النقض، 1969) .

لذلك الضابط الأساسي الذي يجب أن تلتزم به المحكمة في أعمالها لرد الإلزام المرهق سواء بإنقاص الإلتزام أو زيادة المقابل؛ ألا ترفع المحكمة كل الخسارة عن عاتق المدين لتجعلها على عاتق الدائن وحده، إنما تحد من فداحة الخسارة التي أصابت المدين لتصل بها إلى الحد المعقول، وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي يمكن توقعها وقت التعاقد (الأهواني، 2000) .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

ويُستخلص مما تقدم، معادلة حسابية ثابتة يمكن عن طريق إعمالها الوصول إلى محصلة أثر تطبيق الظروف، أو بمعنى آخر يمكن معرفة الجزاء الذي تقرره المحكمة عند شروعها في توزيع العبئ الطارئ بين الطرفين المتعاقدين. وهذه المعادلة هي (الفزاري، 1979) :

ـ ما يتحمله المدين = [قيمة الأداء الأصلي للمدين + مقدار الزيادة العادية المألوفة] + [حصة المدين في قيمة الزيادة غير العادية].

ـ ما يتحمله الدائن = [مقدار الثمن المحدد في العقد] + [حصة الدائن في قيمة الزيادة غير العادية].

هذه المعادلة تلقي على المحكمة واجب التعرف على الفرق بين الإلتزام المحدد في العقد وقيمته الفعلية عند التنفيذ، ثم تطرح من هذا الفرق قيمته المألوفة وتقسم الباقي على الطرفين، وذلك يؤدي إلى توزيع معقول للخسارة والإرهاق الذي لحق بالمدين، خاصة أن المشرع حدد بوضوح حدود الخسارة غير المألوفة عندما نص في المادة(2/117) على أنه: "لا يعتبر الإلتزام مرهقاً إلا إذا زادت الخسارة على ثلث الإلتزام" (السودانية، 1984) إذا فما دون ثلث الإلتزام لا تعتبر خسارة مرهقة، وإنما هي خسارة مألوفة يتحملها المدين وحده، ولا تستدعي بذلك تدخل المحكمة، ولا يستطيع صاحبها أن يستفيد من أحكام نظرية الظروف الطارئة (الشيخ، 2014) .

وفي المقارنة بين الدور القاضي في هذه الوسيلة وبين دوره في وسيلة الإنقاص من الإلتزامات، يتضح تبايناً كبيراً وهذا بسبب توافق الوسيلتين من حيث النتيجة ومن الحيث الظوابط والصعوبات التي تتعرض القاضي في إعمال أي منها وهي: (بلقاسم زهرة ، 2013-2014)

1- من حيث النتيجة: يترتب على إعمال أي من الوسيليتين تخفيف الإرهاق الواقع على عاتق المدين بفعل تغير الظرف الإقتصادية عن طريق تحميل الدائن بجزء من هذا الإرهاق الذي يتمثل في إجباره على إقالة المدين جزء من التزامه، سواء من حيث الكم أو من حيث الكيف، كما في الإنقاص، أو على دفع تعويض نقدي أو عيني للمدين الذي صار التزامه مرهقاً، كما في حالة الزيادة.

2- من حيث الضوابط: يجب أن يراعي في أعمال أي من الوسيلتين أن يحمل المدين تبعة الإرهاق المأوف أولاً، ثم يعمل الحكم بعد ذلك سواء كان أكان الإنقاص أو الزيادة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يمكن أن يتبني القاضي طريقة الإنقاص الإلتزام، أو طريقة زيادة الإلتزام المقابل له، إلا بالنسبة للإلتزام القائم وفي طريق التنفيذ أما الإلتزام الذي تم تنفيذه فقد أنتهى الأمر بالنسبة له ولم يعد له وجود، وبالتالي يغض القاضي الطرف عنه حتى ولو ادعى من قام بالتنفيذ إرهاق أصابه بفعل هذا التنفيذ.

3- من حيث الصعوبات: أن صعوبة تحديد مقدار الإنقاص هي نفس صعوبة تحديد مقدار الزيادة، ففي كلتا الحالتين يثار التساؤل عن النسبة التي ينقص بها القاضي التزام المدين إن أختار وسيلة الإنقاص، يزيد بها حقه إن أختار وسيلة الزيادة، وتأتي الصعوبة من أن التطويع يقوم على فكرة المشاركة في الإرهاق وتوزيع عبئه على طرفي العقد.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

ثم إن الإلتزام إذا كان مقسطاً، فإنه لا يكون رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى القسط أو الاقساط التي تأكد أن التزام المدين بها صار مرهقاً ومهدداً له بخسارة فادحة بسبب الظروف الطارئة، ولا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للأقساط المستقبلة التي يحتمل زوال أثر الظروف الطارئ عند أستحقاقها (عبدالرحمن، 1989). وسيعمد الباحث فيما يأتي إلى بيان علاج الإرهاق بجزئيه، وقف تنفيذ العقد أو فسخه.

المبحث الثاني: علاج الإرهاق بوقف تنفيذ العقد أو فسخه

في بعض الأحيان لا يكفي رد الإلتزام المرهق من خلال إنقاص الإلتزام أو زيادته، فقد يرى القاضي أن ذلك ليس كافياً لرجوع التوازن بين الطرفين، لذلك فإن المعنى الواسع لكلمة رد الإلتزام يندرج تحته وقف التنفيذ أو فسخه، وسيشرح الباحث ذلك من خلال الفرعين الأتيين:

المطلب الأول: علاج الإرهاق بوقف تنفيذ العقد

قد لا يؤثر القاضي إحدى الوسيلتين السابقتين، بل يلجأ إلى تعطيل نفاذ العقد لمدة يحددها. وذلك إذا لاحت له إمارات توحي بقرب انفراج الأزمة وزوال أثر الظرف الطارئ.

وقد يحكم القاضي بوقف تنفيذ العقد الى زوال الحادث الطارئ في كون الحادث وقتيا يقدر له الزوال في وقت قصير، كان تعهد المقاول بعمل بناء المعين، ثم حصل الإرتفاع بأسعار بعض مواد البناء لأمر طارئ بصورة فاحشة، ولكن يوشك ذلك الإرتفاع أن يزول بسبب قرب فتح باب الأستيراد مثلاً، فهنا يوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، ليتمكن المقاول من القيام بالتزامه من غير إرهاق، إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى (شليبك، 2017) .

ويمكن أن يحكم به القاضي في الحالات التي يقدر فيها أن الإرهاق الناتج عن حدوث الظرف الطارئ سوف يزول بزوال هذه الظروف في وقت قريب، وفي ذلك الوقت سيعود الأمر إلى ما كان عليه قبل حدوث هذا الظرف، وبذلك تعود حالة المدين بتنفيذ الإلتزام إلى وضعها العادي الذي كانت عليه قبل حدوث الظروف الطارئة. والحكم بإيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً يعني وقف تنفيذه سواء كان عقداً فورياً أو عقداً مستمراً أو عقداً دورياً التنفيذ، وذلك لفترة يجب أن يحددها القاضي (محمد، 1963) . "وأن إيقاف العقد يكون لمدة محددة يحددها القاضي، وأن تلك المدة ستكون دون شك تقريباً بقدر الإمكان فليس في مقدور القاضي أن يتنبأ بالوقوف الذي تزول فيه آثار الظرف الطارئ" (كزار، 2015) .

ويعتبر الحادث الأستثنائي وقتياً إذا توافرت به الشروط الآتية (سمامعة, اسعد الكوراني، 1997).

1- أن يكون الغالب في هذا الحاد أن يزول قبل إنتهاء المدة المحددة للتنفيذ أو لتمام التنفيذ. ويتولى قاضي الموضوع تقدير ما إذا كان الحادث مؤقتاً، أم لا طبقاً لطبيعته الحادث وملابسات كل عقد على حده.

2- عدم إنقضاء المدة المجدية للتنفيذ وهذه مسألة وقائع يتولى قاضي الموضوع تقديرها. مستنداً إلى إرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية ولطبيعة العقد وملابساته.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

فوقف الإلتزام لا يمس ماديات العقد سواء بالأنقاص منها أو الزيادة فيها سواء لاحد الطرفين أو كليهما. فضلاً عن ذلك فإن لجوء القاضي لرد الإلتزام المرهق بوسيلة الوقف مشروط بعدم تسبب ذلك في الإضرار بالدائن فقد يكون في مسيس الحاجة للسلعة محل الإلتزام مهما كلفه ذلك من الاشتراك في العبئ الطارئ وهذا الأمر يقدره القاضي وفقاً لمجريات الدعوى أمامة (سليم، 2007) .

ومعنى ذلك أن حكم القاضي في الظروف الطارئة قد ينشئ التزاماً قضائياً في حالة ما إذا كان الحكم يتعلق بزيادة الإلتزام المقابل أو بإنقاص الإلتزام المرهق، لكنه لا ينشئ حكم القاضي التزام قضائي إذا ما حكم بوقف تنفيذ العقد لأن الإلتزامات القديمة تظل محتفظة بقيمتها ومقاديرها كما كانت لحظة إبرام العقد (الديب، 2012) .

ويمكن القول، بأنه يترتب على وقف تنفيذ العقد الآثار التالية (ناجي، 1986) **:**

1- يبقى العقد قائماً بجميع أثاره، فالإلتزامات التي يرتبها تبقى قائمة بمقاديرها وبقيمها المحددة في العقد، دون أن يمسها أدنى تعديل من حيث الزيادة أو نقصان، وغاية الأمر أن تنفيذ هذه الإلتزامات يتوقف طوال المدة التي عينها القاضي لوقف العقد.

2- في خلال الفترة التي يتم فيها وقف تنفيذ العقد، لا يحق لأي من المتعاقدين أن يطالب الطرف الأخر بتنفيذ العقد، إلا في حالة الإفلاس أو الإعسار، لأن الأجل الممنوح يسقط في مثل هذه الحالة.

وهذا ما أكدته المادة (404) من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه (يسقط حق المدين في الأجل:

أ. في حالة الحكم بإفلاسه أو إعساره.

ب. في حالة عدم تقديم تأمينات الدين المتفق عليها.

ج. في حالة إذا أنقضت تأمينات الدين بفعله أو بسبب ليس له يد فيه ما لم يبادر إلى تكملها) (سمامعة, اسعد الكوراني، 1997) .

3- إن الحكم الصادر بوقف تنفيذ العقد لا يمنع من أعتبار الإلتزام الذي تم بشأنه وقف تنفيذه إلتزاماً حالاً، ومن ثم يحق للدائن أن يتخد جميع الإجراءات التحفيظية للحفظ على حقه، كما أن إجراء المقاصة القانونية في حقه يعتبر صحيحاً.

ومن أبرز التطبيقات التشريعة لفكرة وقف تنفيذ العقد التي أخذ بها القانون المدني العراقي ما نصت عليه المادة(2/394) بالقول (فإذا لم يكن الدين مؤجلاً، أو حل أجله وجب دفعه فوراً، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا أستدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم) (العراقي) .

والأجل يقال له في هذه الحالة نظرة الميسرة والتسمية مأخوذة من الآية الكريمة (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) (القرآن) .

ويتضح من خلال نص المادة(2/394) السالفة الذكر أن هناك شروطاً ينبغي على القاضي أن يعتمدها عند تعديل العقد ومنح المدين أجلاً جديداً بغية إعادة التوازن الأقتصادي المختل وهذه الشروط تتمثل بما يلى (كزار، 2015) .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

1- أن تكون هناك ضرورة لإعطاء الأجل، لذا يجب أن يكون القاضي وهو يمارس سلطة التقديرية دقيقاً وحاذقاً.
2- أن لا يوجد مانع قانوني من منح المدين نظرة الميسرة أو الأجل كما في المادة (2/581) التي نصت على فسخ إذا طلب البائع ذلك وكان مهدداً أن يضيع عليه المبيع والثمن.
3- أن لا يؤدي منح المدين للأجل إلحاق الدائن بضرر جسيم.
4- أن تستدعي حالة المدين منحه الأجل بأن يكون حسن النية وغير معسر، أي غير مفلس.
فإذا تحقق هذه الشروط فإن للقاضي أن يمنح الأجل أو المهلة لمدة تتناسب مع ما تتطلب حالة كل مدين.
ومما هو جدير بالذكر أن وقف تنفيذ العقد من قبل القاضي، يتفق مع قاعدة نظرة الميسرة، التي نص عليها القانون المدني الأردني في المادة(2/334)، حيث نصت على ما يلي "يجوز للمحكمة في حالات أستثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا أستدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم" وباستعراض هذا النص، يُلاحظ أنه يراعي حالة المدين الخاصة، بعكس ما تشترطه نظرية الظروف الطارئة من أن تكون هذه الظروف عامة غير خاصة (سمامعة, اسعد الكوراني، 1997) . "ونظرة الميسرة تعتبر من جملة تطبيقات نظرية الظروف الطارئة" (شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، 1960) .
وفي مجمل ما سبق قضت محكمة النقض المصري: "المهلة التي يجوز للمحكمة أن تمنحها للمدين لتنفيذ التزامه متى أستدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من وراء منحها ضرر جسيم إنما هي - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من الرخص التي خولها المشرع لقاضي الموضوع بالفقرة من المادة(346) من القانون المدني إن شاء أعملها وأنظر المدين إلى ميسرة وإن شاء حبسها عنه بغير حاجة منه إلى أن يسوق من الأسباب ما يبرر به ما أستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها . (مجموعة أحكام النقض، 1969).
ومن ذلك يتضح أن المشرع المصري قد اختار تعبير (رد الإلتزام) ليشمل جميع الحالات التي تقضي بإنقاص الإلتزام أو زيادته أو وقفه.

ولكن ماهي القواعد التي يجب أن يتبعها القاضي في رد الإلتزام إلى حد المعقول ؟
لم يضع القانون قواعد لذلك، بسبب اختلاف كل حالة عن الأخرى في طبيعتها وظروفها وما تقتضيه لرفع الإرهاق. ولكن يمكن استخلاص القواعد من نص القانون ومن غاية النظرية، وعلى ما يأتي:

القاعدة الأولى: أن تكون الخسارة مألوفة فيتحملها المدين وحده.

القاعدة الثانية: أن يشترك الطرفان في الإرهاق فيشركهما القاضي في رد الإلتزام إلى الحد المعقول.
ولكن على أي أساس يجب أن يفسر هذا الأشتراك ؟
لقد ذهب الأستاذ السنهوري إلى تفسير الأشتراك بتوزيع مبلغ الإرهاق بالتساوي بين الدائن والمدين، ومثل لذلك الذي ضرب في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وهو إرتفاع سعر أردب الشعير الذي تعهد تاجر بتوريده من ستين قرشاً إلى إلى أربعة جنيهات، فأفترض أن الأرتفاع المألوف في سعر الشعير عشرون

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

قرشاً، وهذا ما يجب أن يتحمله المدين فلا يدخل في تحديد مبلغ الخسارة فينزل من الزيادة التي لحقت السعر المتفق عليه فيصبح الأرتفاع غير المألوف ثلاثماية وعشرين قرشاً، فيقسمه القاضي مناصفة ويوزعه بين الطرفين ويرفع السعر من ستين قرشاً إلى مائتين وعشرون قرشاً. (السنهوري , الترمانيني، 1968) وقد ذهب بعض أساتذة القانون إلى هذا المذهب في تفسير الأشتراك، وبه أخذت بعض المحاكم المصرية، فقد جاء في حكم صادر عن محكمة القاهرة الأبتدائية "أن فكرة العدالة التي تقوم عليها النظرية توحي بتوزيع تبعة الحادث الطارئ بين الدائن والمدين وأن اطلاق التوزيع دون تحديد نسبة يفيد التساوي" (الترمانيني، 1971) .

وانتقد أستاذ محمد عبد الجواد على توزيع المناصفة بقوله: "لايمكن بحال أبداً أن توزع الزيادة غير العادية في قيمة الإلتزام الناشئة بسبب حدوث الظروف الطارئة مناصفة في جميع الحالات فإن هذه القسمة الحسابية الجامدة لا تتناسب مطلقاً مع ما يجب في تطبيق نظرية الظروف الطارئة من المرونة التي ينصح بها أستاذنا الكبير الدكتور السنهوري" (محمد، 1963) .

ويرى الدكتور الترمانيني بعدم الأخذ بهذا الرأي، لأن تقسيم الإلتزام المرهق على هذا النحو وتوزيعه مناصفه، ليس له سند من القانون (الترمانيني، 1971) . فإذا كانت فكرة تنصيف الخسارة الفادحة أي تحميل كل طرف من طرفي التعاقد بنصف الخسارة غير المألوفة تصلح في بعض الأحيان في رفع الإرهاق عن المدين؛ فإن نفس هذه الفكرة قد لا تصلح في كل الأحوال في رفع الإرهاق عن المدين دون أن تؤدي إلى مجافاة العدالة، كون المتعاقدين ليسوا على درجة واحدة من الثراء والقدرة على تحمل الأعباء المالية (ناجي، 1986) .

وقد يكون رأي الأستاذ أسعد الكوراني أكثر صواباً كونه أقرب إلى نص القانون وأدنى إلى غرض العدالة، فهو يرى: (أن القانون لا يحتم المساواة في الأشتراك بل واجب على القاضي أن يوازن بين مصلحة الطرفين ويراعي الظروف وأن يرد الإلتزام إلى الحد المعقول. وهذه المعايير تترك للقاضي سلطة في تقدير النسبة التي يجب أن يشترك بها المتعاقدان في تحمل الخسارة. ثم أن الأساس الذي تقوم عليه النظرية هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة. وهذا الأساس لا يوجب أن يكون تحمل الخسارة من الطرفين برقم واحد في كل الظروف بل قد تكون مصلحتهما في أختلاف نسبة أشتراك كل منهما في الخسارة، وربما أوجبت العدالة هذا الأختلاف. على أن من الإلتزامات التعاقدية ما يكون دقيقاً معقداً لا يمكن معه رد الإلتزام المرهق إلى حد معقول، بتنصيف الخسارة الفادحة وتقسيمها بين الطرفين. ولذلك الراجح أن يكون أشتراك المتعاقدين في الخسارة بالنسبة التي يحددها القاضي، بعد ملاحظة الظروط والموازنة بين مصلحة الطرفين دون التقيد بقاعدة حسابية. (الكوراني، 1959)

وحيث أن المشرع الأردني لم يحدد نسبة معينة في توزيع الإرهاق بين الطرفين، فيمكن القول أن يكون أشتراك المتعاقدين في الخسارة بالنسبة التي يحددها القاضي بعد ملاحظة الظروف والموازنة بين مصلحة الطرفين، دون التقيد بقاعدة حسابية. لذلك يلاحظ أن المشرع لم يضع قاعدة للتوزيع، ولكنه أراد أن يكون التوزيع عادلاً محضاً يستهدي القاضي فيه بظروف القضية وبمصلحة المدين، بحيث يرمز إلى التضحية

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

ويوفي بمعناها. والتضحية المستخلصة من العدالة لا يمكن تقييدها بقيد مادي قد يضر بالأساس التي تقوم عليها النظرية (غازي عايد الغثيان، 2005) .

القاعدة الثالثة: "أن الدائن غير ملزم بقبول تعديل الإلتزام، لا سيما إذا قضى التعديل بزيادة التزاماته. فله أن يقبل بالتعديل أو يطلب بفسخ العقد دون تعويض، فيقبل ذلك منه دون توقف على رضاء المدين، لأنه أصلح له، إذ يرفع عنه عبئ الظرف الطارئ. في حين أن زيادة التزامات الدائن لم يكن يترتب عليها إلا رفع بعض هذا العبئ فقط" (الترمانيني، 1971) .
ومما يجب أن يلاحظ، أن حق طلب الفسخ مقصور على الدائن الذي يأبى قبول التعديل، أما القاضي فلا يملك سلطة فسخ العقد، كما لا يملك المدين الحق في طلب الفسخ. ذلك أن القانونين المصري والأردني ـ خلافاً لما نص عليه كل من القانون البولوني والإيطالي واليوناني ـ قد قصر عمل القاضي على رد الإلتزام إلى حد المعقول، كما قصر حق المدين على طلب تعديل الإلتزام (الصدة، 1992) .

القاعدة الرابعة: ومضمون هذه القاعدة يقضي أن رد الإلتزام إلى حد المعقول لا يكون إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بمستقبل العقد، كونه غير معروف (غازي عايد الغثيان، 2005) . فإذا كان العقد مستمراً أو كان مؤجل التنفيذ، وعدّل القاضي آثاره ثم زال الطارئ الذي أقتضى هذا التعديل قبل أنتهاء مدة العقد، فإنه يجب إلغاء التعديل من وقت زوال الطارئ والعودة بالعقد إلى ما كان عليه من قبل. وقد تجدّ بعد التعديل حوادث طارئة، أو يشتد الطارئ الأول، أو يخف فليس ما يمنع القاضي من إعادة النظر في التعديل الذي قضى به بالزيادة والنقصان (السنهوري , الترمانيني، 1968) .
وهكذا فقد قضت محكمة النقض المصرية (في حالة أعمال الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني، على عقود البيع التي يكون الثمن فيها مقسطاً، يجب على القاضي أن لا يعمل الجزاء المنصوص عليه في هذه الفقرة، إلا بالنسبة إلى القسط أو الأقساط التي يثبت له أن التزام المشتري بها، قد أصبح بسبب وقوع الطارئ غير المتوقع مرهقاً له بحيث يهدده بخسارة فادحة، أما باقي الأقساط المستقبلية فإن القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء إذا تبين له أن هناك أحتمالاً لزوال أثر هذا الطارئ عند أستحقاقها. ويكون شأن الأقساط في ذلك الأداءات في عقود المدة، من حيث التأثر بالظروف الطارئة (سمامعة, اسعد الكوراني، 1997) .
فالصياغة التي جاء بها المشرع الأردني في عبارته (جاز للمحكمة تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الإلتزام المرهق . . .) هي عبارة أفضل من العبارة الواردة في المادة (2/146) في القانون المدني العراقي التي تقول (جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول) من حيث أن عبارة المشرع الأردني تتحمل جميع حالات التعديل من زيادة، أو إنقاص، أو وقف للإلتزام، أما عبارة المشرع العراقي، فمن شأن الإلتزام بها حرفياً إنقاص الإلتزام المرهق في كل حالات، وذلك واضح من خلال الفرق بين كلمتي (تنقص) و (ترد) الواردتين في القوانين العراقي والأردني على التوالي.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

وعلى هدي هذه القواعد يمكن رفع الإرهاق عن عاتق المدين أو رجوع التوازن الأقتصادي بين طرفي العقد، ويمكن الأسترشاد في تطبيق النظرية على مختلف القضايا لتحقيق الغاية التي شرعت من أجلها.

المطلب الثاني: موقف القوانين لإنتهاء الإرهاق بفسخ العقد.

سبق وأن أوضح الباحث أن القاعدة العامة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها المادة (2/146) من القانون المدني العراقي لا تجيز فسخ العقد، وإنما تجيز للقاضي أن يعدل العقد بإنقاص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، إن أقتضت العدالة ذلك، ومع ذلك فقد لاحظ المشرع أن هناك ظروفاً أستثنائية وإن لم تكن عامة، بما تؤدي إلى إرهاق المدين بالإلتزام فيما لو أستمر في تنفيذ التزامه وذلك للأختلال الخطير في التوازن الأقتصادي الذي كان قائماً بين المتعاقدين عند إبرام العقد، باعتبار أن تعديل العقد أو وقف تنفيذ لا يجدي نفعاً وذلك لبقاء وأستمرار حالة الإرهاق في هذه الحالة أيضاً، فيكون الحل الأمثل لعلاج الأختلال هو فسخ العقد (بكر، 1993).

مما هو جدير بالبيان أنه يصادف في كثير من الحالات أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي لا يكون فقط مرهقاً للمدين، بل أنه يعجز عن هذا التنفيذ، وغالباً ما تتحقق هذه الحالة في عقود التوريد وعقود المقاولة. ففي عقد التوريد على سبيل المثال قد يحدد ثمن معين للسلعة كأن يكون ديناراً واحداً غير أن السعر يرتفع إلى 50 ديناراً أو إلى 100 دينار، ومهما حاول القاضي أن يخفض من أثر العبئ الزائد على المجهز، فإن ثروته تكون غير كافية لتحمل نصيبه من عبئ الخسارة، ففي مثل هذه الحالة لا بدّ من إنهاء الرابطة التعاقدية مع فرض التعويض المناسب للطرف الأخر (ناجي، 1986).

والملاحظ أن نص المادة (2/146) من القانون المدني العراقي تعطي للقاضي سلطة الإنقاص الإلتزام المرهق إلى حد المعقول ولكن جاء في المواد الأخرى عبارات فسخ العقد.

فقد نصت المادة (581) من القانون المدني العراقي على أنه (1- إذا لم يدفع المشتري الثمن عند أستحقاقه أو خل بالإلتزامات الأخرى التي نشأت عند عقد البيع، فالبائع بالخيار أما أن يلزم المشتري بالتنفيذ وأما أن يطلب فسخ البيع. 2- ويتعين الحكم بالفسخ فوراً إذا طلب البائع ذلك وكان مهدداً أن يضيع عليه المبيع والثمن، فإذا لم يكن مهدداً بذلك جاز للمحكمة أن تنظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على الفوائد أخرى، فإذا انقضى الاجل دون أن يدفع المشتري الثمن وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر) (العراقي).

ولقد نصت المادة (792) على أنه (1- إذا كان الإيجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد قبل إنقضاء مدته إذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر في أثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعي من يطلب الفسخ مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة (741) وعلى أن يعوض للطرف الآخر تعويضاً عادلاً. 2- فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب الفسخ، فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفي التعويض أو حتى يحصل على تأمين كاف) (العراقي) .

من هنا فإنه إذا استأجر طبيب عيادة وحدث مرض أقعده عن ممارسة مهنته أو أستأجر شخص شقة لقضاء إجازته ثم الغيت إجازته، جاز للمستأجر في هذه الحالات أن يفسخ الإيجار للعذر الطارئ، وقد يقوم العذر

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

بالمؤجر كأن يحتاج المأجور إلى ترميمات ضرورية وتكون نفقات هذه الترميمات فادحة مرهقة للمؤجر، وعلى كل حال يجب أن لا يكون للمتعاقد الذي يطلب الفسخ، يد في حدوث الظرف الذي أدى إلى جعل تنفيذ الإيجار مرهقاً له (كزار، 2015) .

ولقد نصت المادة (878) من القانون المدني العراقي على أنه (ليس للمقاول إذا أرتفعت أسعار المواد الاولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الأرتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً، على أنه إذا أنهار التوازن الإقتصادي بين إلتزامات كا من رب العمل والمقاول أنهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وأنعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجرة أو فسخ العقد.

وفي مقارنة النصوص آنفاً بالنص العام الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة (146) من التشريع العراقي المدني، يُلاحظ أن المشرع العراقي قد قيد من سلطة القاضي، في حين أن الأمر يقتضي أن تكون له سلطة واسعة بحيث يكون في مقدوره فرض الحل المناسب.

صحيح أن القانون العراقي قد أخذ بالفسخ كعلاج للإرهاق عن الظروف الطارئة بالنسبة إلى بعض العقود كعقد البيع وعقد المقاولة (العراقي) وعقد الإيجار، بل أنه يعتبر الحل الوحيد في عقد الإيجار من أجل رفع أثر الظروف الطارئ. ولكننا نرى أن عدم وجود حكم الفسخ في النص العام يعتبر نقصاً تشريعياً فيه، لأن من المفروض في النص العام سريان أحكامه على كافة العقود، مالم يخرج قسم منها على بعض هذه الأحكام وذلك بمقتضى نصوص خاصة، لأن هناك كثيراً من العقود لا تقل أهمية عن العقود التي أجاز المشرع بشأنها حكم الفسخ، ومن هذه العقود المهمة: عقود التوريد، فمثل هذه العقود قد تعقد بصفات ضخمة، وإن أثر الظروف الطارئة قد يكون جسيماً، بحيث لا يمكن معالجة الإرهاق الناجم إلا الحكم بالفسخ، أي بأنهاء الرابطة التعاقدية (ناجي، 1986) .

يبدو أن من الممكن سد هذا النقص بإعطاء القاضي سلطة فسخ العقد، بشرط أن لا يلجأ إلى هذا الإجراء إلاّ عندما يتعذر عليه معالجة الإرهاق عن طريق تعديل العقد.

وكما تم بيانه فيما سبق؛ فإن نص الفقرة الثانية من المادة (147) مدني مصري و المادة (205) مدني أردني تعطي للقاضي سلطة رد الإلتزام المرهق إلى حد المعقول.

وإذا كانت المادة (2/147) من القانون المدني المصري لم تعط القاضي سلطة الفسخ العقد، فإن المواد (601 و 602 و608 و 609) الواردة في الإيجار، وهي من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة؛ فإنها تجيز فسخ العقد. كما أن المادة (658) الوارد في عقد المقاولة تجيز تعديل العقد أو فسخه (محمد، 1963).

والملاحَظ أن المشرع الأردني قد أورد في المادة (1/710) من القانون المدني مبدأ عام في إنتهاء الإجارة بالعذر الطارئ، وهذا المبدأ هو تطبيق تشريعي خاصاً لنظرية الظروف الطارئة.وعالج المشرع الأردني في المادة(801) من القانون المدني فسخ عقد المقاولة إذا انهار التوازن الأقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول، أو حدوث عذر يحول دون تنفيذ العقد المبرم بين رب العمل والمقاول (سمامعة، 1997).

ولا يختلف أثنان على أن تفسير رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يتضمن تخويل القاضي سلطة فسخ العقد سواء من ناحية المدين او ناحية الدائن.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

"وبأستقراء كتب فقه القانون المدني يتضح أن جمهرة لا بأس بها من الفقهاء تميل إلى جواز فسخ العقد وأعطت صلاحية طلب الفسخ للدائن وحده" (الصدة، 1992).
وفي جانب آخر يتبين أن بعضا من الفقهاء يؤثر تطبيق نص المادة (2/147) كما أراده المشرع دون أجتهاد يصرف النص إلى غير ما عناه المشرع ولذا فهذا الجانب من الفقه لا يقر فسخ العقد (الحجازي، 1967).
والحالة أمام فريقين: أحدهما يجيز الفسخ للدائن والآخر يمنع ذلك، وفيما يأتي استعراض موقف كل الفريقين:

الفريق الأول: يجيز طلب الدائن فسخ العقد إذا لم يرق له التعديل الذي أجره القاضي . ويحتج هذا الفريق لما ذهب إليه بالآتي:
1- إذا كان رد الإلتزام المرهق يقصد به مواجهة الصعوبات التي يلاقيها المدين في تنفيذ التزامه فإن الوسائل التي أقرها الفقه لتعديل التزامات المدين قد لا تجدي في جميع الحالات حيث يكون الإرهاق قد بلغ مبلغاً لا يجدي معه مجرد توزيع عبئه على الطرفين بحيث تكون الحاجة إلى إقرار وسيلة الفسخ، مما يدعو إلى ضرورة تعديل نص المادة (2/146) مدني لتتسع لإمكانية الفسخ كإحدى الوسائل التي يجوز للقاضي اللجوء إليها عند الحاجة (سليم، 2007).
ويعضد صاحب هذه الحجة ما ذهب إليه بقوله للفقيه فواران (Voirin) مضمونها: "أن من آثار الظروف الطارئة أن يصبح العقد مريضاً ولكن من المرض ما يمكن الشفاء منه ومن المرض ما لا يجدي معه أي دواء" (voirin، 1992).
2- لا يجوز الفرض على الدائن التعديل الذي يراه القاضي إذا كان يؤثر التخلي عن الصفقة لا سيما وأن فسخ العقد يكون أصلح للمدين إذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ (الصدة، 1992) ولكن لا يحق للدائن إذا آثر الفسخ المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ العقد (الصدة، 1992).

الفريق الثاني : ينكر على القاضي سلطة الفسخ، وذلك لأن أثر الحادث الطارئ ينحصر في كون القانون يخول القاضي سلطة تعديل العقد دون أن يسمح بفسخه (ستيت، 1954). ويضيف هذا الفريق فضلاً عن ذلك الحجج الآتية :
1- أن القول بضرورة منح القاضي سلطة الفسخ العقد تخالف ما هو مستقر في الفقه والقضاء من أن فسخ العقد لا يجوز أن يحكم به إلا في حالات الأستحالة أو الصعوبة لا في الحالات التي قد يظهر فيها أن ثروات المدين قد أصبحت غير كافية أو عاجزة عن تنفيذ العقد رغم تعديل شروطه بسبب الظروف الطارئة (سليم، 2007). "فضلاً عن أن المطالبة بالفسخ تقوم على خلط واضح بين فكرة تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة وفكرة أستحالة التنفيذ التي تنشأ عن قيام حالة القوة القاهرة" (الفزاري، 1979).
2- عدم إجازة الفسخ ينم عن رغبة المشرع في الإبقاء على العقد، وفي توزيع نتائج الظروف الطارئة على المتعاقدين فضلاً عن أن آثارها فإنها قد تزول بعد حين، مع القصور في عمر العقد المبرم لمدة طويلة،

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

وبذلك حافظ المشرع على ما تبقى من مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولم يسرف في إحراجه واضعافه (الحجازي، 1967)

ويرى الباحث أن رأي الفريق الأول القاضي بجواز الحكم بالفسخ هو الراجح، إذ قد يكون الإرهاق قد بلغ مبلغاً لا يجدي معه مجرد توزيع عبئه على الطرفين.

إذن: الواقع إن التقنينات العربية لم تنص على جواز فسخ العقد في أي وضع من الأوضاع. وغاية ما صرحت به هذه التقنينات، هو أن يرد القاضي الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة تحقق شرط الإرهاق، أي أن يجري تعديلاً في المراكز العقدية أو في القيم الإقتصادية للعقد.

ولهذا السبب فقد أنتقد الأستاذ محمد عبد الجواد هذا المسلك الذي خطه المشرع العربي على أساس أن وسيلة التعديل لن تكون في جميع الحالات هي الوسيلة الأقدر على المعضلات القانونية والواقعية، التي قد تثيرها مسألة الظروف الطارئة"فقد يكون إرتفاع الأسعار الأسعار فاحشاً إلى درجة أنه مهما وزع القاضي الزيادة غير العادية على المتعاقدين وبأي نسبة يتم به هذا التوزيع فإن المدين لن يستطيع تنفيذ الإلتزام" (محمد، 1963).

وقد إنتهى الأستاذ عبد الجواد، في رسالته للدكتوراه، إلى المناداة بضرورة تعديل نص المادة (2/147) من التقنين المدني المصري، لتزويد القاضي بسلطة إضافية تسمح له بفسخ العقد عندما لا يكون التعديل كافياً أو مجدياً (الفزاري، 1979).

أما القوانين الأوروبية التي نصت على قبول النظرية فقد رتب على تطبيقها أثرين: الفسخ والتعديل، ولكنها أختلفت في تحديد سلطة القاضي في ممارستها. فالقانون البولوني واليوناني أجاز للقاضي أن يختار بين تعديل العقد أو فسخه (المادة 269 من القانون المدني البولوني والمادة 338 من القانون المدني اليوناني) بينما تحاشي القانون الأيطالي أن يمنح القاضي سلطة التعديل، فنص على أنه" . . . إذا أصبح إلتزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف أستثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الإلتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة". (الترمانيني، 1971)

لقد خول القانون الإيطالي المتعاقد المرهق حق طلب الفسخ، كما خول المتعاقد الآخر الذي لا يرغب في فسخ العقد حق طلب تعديل شروط العقد، بشرط أن يكون هذا التعديل متماشياً مع روح العدالة. فلا يختلف دور القاضي بالنسبة للفسخ عن دوره في التقنين البولوني لأنه لا فسخ إلا بناء على طلب المدين (جميلة، 1983).

وخلاصة القول أن عبارة رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول يجب أن تشمل تعديل العقد بالمعنى الواسع المعروف في القوانين الأوروبية، ويشمل الحالات الأربع الأخيرة في التعداد السابق.

كذلك فإن هناك من يرى استبعاد حكم الفسخ في الحوادث الطارئة لأن الغاية من النظرية ليست إزالة العقد (الترمانيني، 1971). ولا يُنكر أن الفسخ إجراء خطير، لأنه يترتب عليه بتر العقد وإزالته، ولكنه قد يكون مع ذلك وفي بعض الحالات هو العلاج الوحيد لرفع الإرهاق عن المتعاقدين، فقد يصادف في بعض الأحيان أن ترفع الأسعار بصورة فاحشة جداً بحيث مهما حاول القاضي أشتراك المتعاقدين في الزيادة غير العادية، وبأية نسبة كان هذا الأشتراك؛ فإنه يتعذر عليها تحمل عبئ الزيادة، أي أن المدين في مثل

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

هذه الحالة لا يكون في مقدوره تنفيذ التزامه دون أن يتعرض إلى الإنهيار أو الدمار، والطرف الأخرى أي الدائن قد يتعذر عليه تحمل العبئ الجديد. فمصلحة الطرفين المتعاقدين ـ الدائن والمدين ـ تقتضي إنهاء الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ (ناجي، 1986).

وأخيراً يود الباحث أن يؤكد على أن سلطة القاضي إذا كانت مطلقة في إختيار الوسيلة التي يرد بها الإلتزام المرهق إلى حد المعقول إلا أنه يخضع لرقابة محكمة النقض لتقدير مدى توافر الشروط التي تبيح له أستعمال الرخصة التي بمقتضاها عدل الإلتزام التعاقدي (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري).

وهنا ينهي الباحث دراسته آملاً أن تكون ذات فائدة، وأن تكون إضافة معرفية في التخصص القانوني. والحمد لله أولاً وآخراً.

الخاتمة

وبعد أن أتم الباحث دراسته فقد توصل إلى نتائج يراها على جانب من الأهمية، لعل أبرزها:

1- قد يرى القاضي رد الإلتزام المرهق من خلال إنقاص الإلتزام أو زيادته ليس كافياً لرجوع التوازن بين الطرفين، لذلك فإن المشرع قد اختار تعبير (رد الإلتزام) ليشمل جميع الحالات التي تقضي بإنقاص الإلتزام أو زيادته أو وقفه أو فسخه، لذلك المعنى الواسع لكلمة (رد الإلتزام) يندرج تحته وقف التنفيذ أو فسخه.

2- أن عبارة رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول يجب أن تشمل تعديل العقد بالمعنى الواسع المعروف في القوانين الأوروبية، ويا حبذا المشرع العراقي أن يتبع قانون البولوني والإيطالى الذي جاء الفسخ كعلاج لإرهاق في حالة عدم تنفيذ التزام بسبب الخسارة الفادحة وعدم رد الإتزام بالإنقاص أو الزيادة في الإلتزام.

3- يجوز للقاضي الحكم بالفسخ بناء على الطلب لأنه قد يكون الإرهاق قد بلغ مبلغاً لا يجدي معه مجرد توزيع عبئه على الطرفين، على أساس أن وسيلة التعديل لن تكون في جميع الحالات هي الوسيلة الأقدر على المعضلات القانونية والواقعية، قد يكون إرتفاع الأسعار فاحشاً إلى درجة أنه مهما وزع القاضي الزيادة غير العادية على المتعاقدين وبأي نسبة يتم به هذا التوزيع فإن المدين لن يستطيع تنفيذ الإلتزام .

4- إن قضية إرهاق المدين ذات معيار مرن إذ ما يكون مرهقاً لمتعاقد لا يكون مرهقاً لمتعاقد آخر، فلكل فرد ظروفه الموضوعية الخاصة، والإرهاق يتغير بتغير الظروف، لذلك من الأفضل للقاضي أن لا يحدد المعيار برقم لتحديد درجة الإرهاق .

5- يجب ضبط وتحديد سلطات القاضي في حالة رد الالتزام المرهق، لأنه منح هذه السلطة للقاضي دون أي ضوابط قد يؤدي إلى التعسف في استعمال السلطة التقديرية .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم
ثانياً: كتب القانونية:

1- بكر، عصمت عبد المجيد، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، ، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1993.

2- تناغو، سمير عبد السلام، نظرية الإلتزام، منشأ المعارف، الأسكندرية،1975.

3- طراد، كامل خيرالله،نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد السابع عشر،2015.

4- أنظر: سمامعة، خالد رضوان، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة " رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الأردنية، 1997.

5- أنظر: كزار، عمار محسن، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 38، 2015.

6- أنظر: ناجي، غازي عبد الرحمن، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، مكتبة الوطنية- بغداد، 1986 .

7- أنظر: قزمار، ناديا محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد بفعل نظرية الظروف الطارئة، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، م4، ع2012،2.

8- الترمانيني، عبد السلام، نظرية الظروف الطارئة، ، دار الفكر , 1971.

9- أنظر: الغثيان، غازي عايد، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2005،ص154. سمامعة،خالد رضوان، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة " رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الأردنية، 1997.

10- الفزاري، حسبو، أثر الظروف الطارئة على الإلتزامات العقدي، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ، مطبعة الجيزة، الإسكندرية.

11- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام ،ج1، دار أحياء التراث العربي، بيروت ـ لبنان، 1968.

12- أنظر: الديب، هبة محمد محمود، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة ماجستيرمن كلية الحقوق بجامعة الأزهر- غزة،2012.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

13- أنظر: كزار، عمار محسن، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 38، 2015.

14- أنظر: الشيخ، إدريس عبد الله محمد، أوجه التشابه بين مبدأ الجوائح ونظرية الظروف الطارئة على ضوء الفقه الإسلامي و وقانون المعاملات المدنية، مجلة العدل، وزارة العدل، السودان، السنة16، العدد 41، 2014.

15- قرار محكمة تمييز آقليم كوردستان العراق المرقم94/ الهيئة المدنية الأستئنافية/2010في 2010/3/17 كامل المبادئ القانونية القاضي كيلاني سيد أحمد.

16- بكر، عصمت عبد المجيد، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1993.

17- السرحان، عدنان وخاطر، نوري محمد، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، الإلتزامات، دراسة مقارنة، دون دار ومكان النشر،1997.

18- سوار، محمد وحيد الدين،شرح القانون المدني السوري، النظرية العامة للإلتزام، مجلد1، مطبعة الإسكان العسكرية، دمشق، 1986.

19- قرار تمييزي عراقي، رقم 1638/حقوقية/1957 في 1957/7/2، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ج1، بغداد،1962 للمحامي عبد العزيز السهيل.

20- سليم، محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية- مصر .

21- أنظر: الأهواني، حسام الدين كمال، النظرية العامة للإلتزام، المصادر الإدارية للإلتزام، ط3، 2000 .

22- أنظر: الشيخ، إدريس عبد الله محمد، أوجه التشابه بين مبدأ الجوائح ونظرية الظروف الطارئة على ضوء الفقه الإسلامي و وقانون المعاملات المدنية .

23- زهرة، بلقاسم، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، ، رسالة ماجستير مقدم لجامعة أكلي محند أولحاج - البويرة ، 2014/2013.

24- أنظر: عبدالرحمن، أحمد شوقي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام،1989.

25- أنظر: شليبك، أحمد الصويعي، نظرية الظروف الظارئة : أركانها وشروطها، بحث المنشور على المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 3 ، العدد2، 2007.

26- أنظر: محمد، محمد عبد الجواد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كتاب مستخرج، مجلة القانون والإقتصاد، القاهرة_ مصر، العدد4، 1963م، السنة 33، مطبعة جامعة القاهرة ، 1963.

27- شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة، دون دار النشر، القاهرة،1960.

28- الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر , 1971.
29- أنظر: الكوراني، أسعد، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، منشور بمجلة المحاماة، العددالأول،السنة40، 1959.
30- أنظر: الصدة، عبد المنعم فرج، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بيروت ،1992.
31- الصدة، عبد المنعم فرج، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بيروت ،1992.
32- أنظر: الحجازي، عبد الحي، النظرية العامة للإلتزام،أحكام الإلتزام، ج2،المطبعة العالمية،ط1967
33-Voirin de l`impreision dans les rapports de droit prive these nancy 1922... le contract est un malade_ or il est des cas ou la maladie est incurable d`autres ou elle est guerissable.
34- أنظر: أبو ستيت، أحمد حشمت، نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، دون دار ومكان النشر، 1954 .
35- أنظر: جميلة، بولحية، نظرية الظروف الطارئة،، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير،جامعة الجزائر، 1983.

القوانين :

- القانون المدني **العراقي** رقم (40) لسنة 1951.
- القانون المدني **الأردني** رقم 43 لسنة 1976 .
- القانون المدني **المصري** رقم 131 لسنة 1948 .
- القانون **الإثبات العراقي** رقم (107) لسنة 1979.
- قانون المعاملات المدنية **السودانية**، لسنة 1984.
- المذكرة الإضاحية للقانون المدني الأردني .
- مجموع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد

دەستەلاتی دادوەر بۆ گەڕاندنەوەی پابەندبوونی ماندووکەر

پـوخـتـه:

مەبەست لەو بابەتە پیشاندنی دەستەلاتی دادوەرە بۆ هاوسەنگکردنی پابەندی ماندووکەر بەهۆی نەبوونی هاوسەنگی لە گرێبەستێکدا لەکاتی بوونی بارودۆخی لەناکاو. وە وەستانەوە لەسەر دەستەلاتی دادوەری لەکاتی بوونی بارودۆخی لەناکاو لەکاتی گرێبەست و چارەسەرکردنی پابەندی ماندووکەر و ئالنگەری بەردەم جێبەجێ کردنی گرێبەست،وە

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٨) – العدد (٤)، خريف ٢٠٢
ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)رقم التصنيف الدولي:

هاوسەنگی لە نێوان بەرژەوەندی لایەناکانی گرێبەست بۆ گیرانەوەی پانەندی ماندووکەر و چارەسەرکردنی تێکچوونی ناهاوسەنگی لە گرێبەستە کان.

The Authority of The Judge to Restore Onerous Obligation

(A comparative Study)

Tahseen Zaher Younis
Department of Law, College of Law and International Relations, Lebanese French University, Erbil, Kurdistan Region, Iraq
Tahseen.zaher@lfu.edu.krd

Keywords: *Judges Authority, Fatigue, heavy losses, nodal modification, contractual balance.*

Abstract

The subject that deals with the study aims at the authority of the judge to restore the burdensome obligation in the event of a contractual defect when achieving emergency conditions, as well as standing on the scope of the judge's authority when applying the theory of emergency.

Conditions of contracts and how to deal with fatigue and difficulties in implementing the contract and balancing the interests of the contracting parties to restore commitment to fatigue and remedy the contractual imbalance.