



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

الظرف الطارئ في عقد الإيجار

- دراسة مقارنة -

رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون / القانون الخاص
من قبل الطالبة

زينب ثامر شهيد جعفر

بإشراف الأستاذ المساعد

د. حبيب عبيد مرزة العماري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ



وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ



صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة / من الآية: ١٨٥

أعتراف

إلى صاحب الفضل بعد رب العالمين في إضاءة الدرب بعد ظلامه، إلى من
أحتضن حلمي، وسعى معي إلى أن يرى النور كحقيقة واقعية، إلى من
حاول جاهداً توفير كل وسائل الراحة ومستلزمات عبور هذا الطريق
الشاق، وصارع معي الصعاب والعثرات مهما كانت مليئة بالأشواك، وآمن
بقدراتي، وأصر على مساندتي حتى هذه اللحظة، إلى من تحمل غيابي
الفكري طوال سنتين من العمر، منتظراً معي وصول هذه اللحظات،
زوجي العزيز ورفيق دربي الطويل...

إلى ولداي وقرة عيني وأقحوان عمري، أقدم إعتذاري وأسفي لتضحيتهما
بصخبهما ولهوهما في فسحة عمرهما العزيزة، من أجل أن يمنحاني الهدوء
وسكينة البال لتأمين متطلبات هذا البحث، وتحملهما مشاق طريقي
المتعثر بصبر وسلوان، شمسي "فاطمة"، وقمري "محمد علي".

شُكْرُهُ وَعِرْفَانُهُ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلق خاتم النبيين وسيد المرسلين أبي القاسم محمد (صلى الله عليه وعلى آله الطيبين الطاهرين)، وبعد:

من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق . . ليس هناك أجمل من الإعراف بفضل الأشخاص علينا، ففي المستهل أود أن أعبر عن خالص شكري وتقديري وأعتزلي .
وأبدأ بتقديم أسمى الشكر والإمتنان لأستاذي الدكتور "حبيب عبيد مرزة العماري" الذي تفضل عليّ "بقبول الإشراف على هذه الرسالة من بدايتها وحتى منتهاها، وعظيم تقديري لكل ما أبداه من ملاحظات وتوجيهات عميقة قللت من الصعاب، لتدارك الكثير من الأخطاء من أجل استكمالها بشكلها الحالي .
ولا يفوتني أن أرفع قبعتي للتعبير عن عميق شكري للدكتور الجليل والفاضل "عصمت عبد المجيد بكر" الذي قدم لي المساعدة دون تردد بمجرد لجوئي إليه، حتى دون معرفتي شخصياً .

وأنخي إحتراماً وإجلالاً لأساتذتي الأجلاء في كلية القانون/ جامعة بابل،
الذين لم يخلوا علي بتقديم العون والمشورة والمساعدة، رغم ضيق وقتهم، وأخصهم
بالذكر:

رئيس قسم القانون الخاص، الدكتور "خير الدين الأمين" بلطفه الأبوي
الذي لم يخل عن مساعدتي أبداً، وصاحبة القلب الحنون الدكتورة "إيمان طارق
الشكري" التي غمرتني من فيض عطفها ولطف جميل إرشاداتها، ومن أتحفوني
بجميل فضلهم الأبوي بمساعدتي في الحصول على مصادر مهمة، الدكتور "ضمير
حسين المعموري" والدكتور "هادي حسين الكبي" والدكتور "منصور حاتم
محسن"، والدكتور "محمد جعفر هادي"، فجزاهم الله عني خيراً وتوفيقاً وكرامةً.

وفي الختام لا يفوتي إلا أن أقدم بالشكر الجزيل الى والدتي العزيزة التي
حلمت معي بتحقيق مبتغاي، ووالدي وأخوتي وأخواتي الذين مدوا يد
العون لي بدعائهم، في إكمال بحثي وإظهاره بالمستوى الذي أصبح عليه،
وتقديري لقناة الفكر القانوني ومكتبة العتبة العلوية المطهرة والقائمين عليهما في توفير
المصادر المهمة لتذليل الصعاب التي تعترض طريق البحث الطويل، ولجميع الأهل والأصدقاء
لمن لم يتسن لي ذكرهم، فلهم مني وافر الشكر والإمتنان، والله التقدير الحمد والثناء
أولاً وآخراً.

الباحثة

المستخلص

تعتبر العقود من أهم ما أنتجته الحياة البشرية بشكلها العملي، على اعتبار أن الإنسان يُبرم العديد منها بشكل متواصل وعلى مدار الأيام، كعقد الإيجار الذي يعتبر من العقود التي تلعب دوراً مهماً كرابطة بين من يملك ملكاً ويعمل على إستغلاله بالتأجير لغيره لمدة من الزمن، وفق آليات وقواعد وشروط محددة، تمنح كلا الطرفين الحق في الإستفادة، وتحقيق ما كانا يطمحان إليه.

وعادة ما يُبرم العقد في ظل أحوال وظروف إقتصادية عادية، إلا أنها قد تتغير بمرور الزمن، من حيث إن عقد الإيجار من العقود الممتدة التنفيذ، ووفقاً لذلك يكون لزاماً على المتعاقدين الوفاء بها، طوعاً، أو جبراً، فليس هناك ما يعفيهما من أداء ما فرضه عليهما العقد، إلا إذا حدث مانع لأحد المتعاقدين يحول دون ذلك، كـ"العذر في عقد الإيجار" وفقاً لما أطلقه عليه فقهاء المذاهب الإسلامية على اختلاف آرائهم ما بين موسع أو مضيق في حالاته، أو "الظرف الطارئ" بحسب القانون الوضعي، والذي يسبب الإرهاق للمتعاقدين، فتتحقق عندها ما يسمى بالإستحالة النسبية، التي ينتج عنها صعوبة الإستمرار بالتنفيذ إلا بضرر يستحق بموجب العقد، فيكون من غير العدل والإنصاف إجبار المضرور على الإستمرار بالتنفيذ.

ومن أجل معالجة هذا الأمر، عمدت المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية على تنظيم أحكام وقواعد لحل كل ما ينشأ عن هذه المسألة من خلافات بين المؤجر والمستأجر أو ورثتهما في حال الوفاة، بحيث لا يغبن طرف في مقابل ربح الآخر دون وجه حق، من خلال تحديد عدد من الشروط والحالات الواجب تحققها حتى يكون سنداً بيد المتعاقدين المضرور في مواجهة المتعاقدين الآخر الذي لم يُهمل حقه، بل مُنح ضمانات يستند إليها في مواجهة المتعاقدين المهرق، من أجل التخفيف من وطأة هذا الطارئ، وبالتالي يتم توزيع الآثار التي تترتب نتيجة الظرف الطارئ ما بين المتعاقدين.

قائمة المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١	المقدمة	١
٢	الفصل الأول: مفهوم الظرف الطارئ في عقد الإيجار	٥
٣	المبحث الأول: ماهية الظرف الطارئ في عقد الإيجار	٧
٤	المطلب الأول: التعريف بالظرف الطارئ	٨
٥	الفرع الأول: تعريف الظرف الطارئ	٨
٦	الفرع الثاني: الأساس الذي يقوم عليه الظرف الطارئ	١٥
٧	المطلب الثاني: تمييز الظرف الطارئ عما يشته به	٢١
٨	الفرع الأول: تمييز الظرف الطارئ من القوة القاهرة	٢١
٩	الفرع الثاني: تمييز الظرف الطارئ من نظرية الظروف الطارئة	٢٧
١٠	المبحث الثاني: شروط إعمال الظرف الطارئ في عقد الإيجار	٣٤
١١	المطلب الأول: العقد محدد المدة وتحقق الظرف أثناء التنفيذ	٣٥
١٢	الفرع الأول: عقد الإيجار محدد المدة	٣٥
١٣	الفرع الثاني: تحقق الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد	٤١
١٤	المطلب الثاني: استحالة توقع الظرف وإرهاق أحد المتعاقدين	٤٧
١٥	الفرع الأول: الظرف الطارئ غير متوقع	٤٧
١٦	الفرع الثاني: إرهاق أحد المتعاقدين	٥٣

٦١	الفصل الثاني: أحكام الظرف الطارئ في عقد الإيجار	١٧
٦٣	المبحث الأول: حالات الظرف الطارئ في عقد الإيجار	١٨
٦٤	المطلب الأول: حالات الظرف الطارئ التي تتعلق بالمستأجر	١٩
٦٤	الفرع الأول: موت المستأجر أو إعساره	٢٠
٧٤	الفرع الثاني: نقل المستأجر الموظف أو المستخدم	٢١
٨٠	المطلب الثاني: حالات الظرف الطارئ التي تتعلق بالمؤجر	٢٢
٨٠	الفرع الأول: موت المؤجر أو بيعه المأجور بسبب الدين	٢٣
٨٨	الفرع الثاني: الضرورة الملجئة للسكن	٢٤
٩٧	المبحث الثاني: أثر تحقق الظرف الطارئ في عقد الإيجار	٢٥
٩٨	المطلب الأول: الفسخ	٢٦
٩٨	الفرع الأول: الفسخ الإتفاقي	٢٧
١٠٤	الفرع الثاني: الفسخ القضائي	٢٨
١١٣	المطلب الثاني: التعويض	٢٩
١١٣	الفرع الأول: نوع التعويض	٣٠
١٢١	الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض	٣١
١٣٠	الخاتمة	٣٢
١٣٥	المصادر	٣٣

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث:

وفقاً للأصل العام إذا انعقد العقد صحيحاً، أصبح ملزماً للمتعاقدين وبالتالي وجب تنفيذه طبقاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ولا يجوز لأي منهما أن يعدل العقد بالإضافة أو الإلغاء أو الإعفاء إلا بموجب الاتفاق أو بنص القانون، وهو أمر أقره الفقه الإسلامى والقوانين الوضعية، لأن العقود مادامت متصلة اتصالاً وثيقاً بمبدأ حسن النية في الإلتزامات والذي يُعتبر الأساس الذي يسود تطبيق العقود في جميع مراحلها ولا يقتصر أثره على إبرامها فحسب، بل يمتد إلى تنفيذها وصولاً إلى إنقضاء مددها، ومع ذلك قد يعترى تنفيذ العقد اختلالاً في التوازن الإقتصادي بحيث ينتج عنه تعارض بين مصالح المتعاقدين، بحيث يؤدي إلى الضيق والحرَج لأحدهما دون الآخر، عن طريق إرهاقه كلما إستمر في تنفيذ العقد بحيث يكون هذا الأخير أثقل بكثير مما سبق، ولذلك فقد أتيح له كخروج من الأصل العام والذي يقضي بعدم الفسخ والتوجه نحو طريق الإستثناء، بالإباحة للمتعاقد المضرور التصدي لهذا الإرهاق بطلب فسخ العقد من المتعاقد الآخر، وفق شروط وآليات محددة سواء بالفقه الإسلامى أو القانون الوضعي، في مقابل حصول المتعاقد الآخر على ضمانات تؤمن له تقليل الخسارة التي يتعرض لها بسبب إنهاء العقد قبل إتمام مدته.

ثانياً: أهمية الموضوع وأسباب إختياره:

تكمن أهمية موضوع البحث في مدى ارتباط الظرف الطارئ بالمتعاقدين عند إبرامهم لعقد الإيجار على إعتباره من العقود المتداولة بكثرة بين الأفراد مهما كانت درجة رقي المجتمعات، فهو ينتج عن الحاجة المتولدة من التضامن ما بين الثروات سواء العقارية منها

أو المنقولة، والتي منحت لكل من ملك شيئاً أن يستغله بنفسه على نحو يحافظ عليه عن طريق تأجيرهِ إلى الغير، وفق شروط تمنح لكل طرف في العلاقة الإيجارية حقه دون إستغلال أو إحجاف من أحدهما للآخر، ولذلك وضعت أحكاماً تقيد ذلك، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي وتنظم حماية متوازنة بين مصالحهما المتعارضة.

كما وتتخذ مسألة اختيار موضوع البحث في بيان الارتباط بين مامر ذكره وبين تغير الأوضاع الإقتصادية للعقد وعدم ضمان بقاءه مثلما هو بمرور الزمان، والذي يتمخض عنه إصابة أحد المتعاقدين بضرر أثناء تنفيذ عقد الإيجار، بسبب الظرف الطارئ، الأمر الذي يؤدي إلى إجبارهما على تغيير مسار العقد خلافاً لما كان عليه، ولذلك لابد لنا من البحث فيما إذا كانت القواعد التي وضعت لمعالجة مثل هكذا حالة توفر الحماية للطرفين معاً، بحسب ما هو مقرر في الفقه الإسلامي والنصوص القانونية الحاكمة، والتي قد تتباين في إتجاهاتها لوضع الحلول المناسبة، الأمر الذي يكشف لنا عما يظهره التطور في هذه الأنظمة، وأوجه النقص في قانوننا، والسبل التي يوجب إتباعها لتلافي النقص والقصور، وبالتالي ستوسع هذه الدراسة من أفق الباحث القانوني، عند إطلاعه على الأنماط والحلول المختلفة، والتي قد لا يكون معمولاً بها في قانونه الوطني، من أجل الارتقاء به والوصول إلى ما يجب عليه أن يكون.

ثالثاً: إشكالية البحث:

تخوض إشكالية البحث في المعوقات والصعوبات التي تعترض المتعاقدين أثناء تنفيذ عقد الإيجار، على إعتبار أن عملية تنفيذه تمتد مدة من الزمن، وبالتالي تطرأ عليه ظروفاً تؤدي الى تغير الوضع الإقتصادي للعقد من حال إلى آخر طوال مدة التنفيذ، الأمر الذي يعرقل الوفاء بالالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدين، وبالتالي قد ينشأ عن تحقق هذه الظروف عرقلة عملية التنفيذ على إعتبار ان المتعرض لها قد يطالب بإتخاذ الإجراءات التي تخفف من وطأة الإرهاق الذي يعتريه، في مقابل اعتراض الطرف الآخر وتمسكه بالمطالبة بإستمرار تنفيذ العقد، في محاولة من قبل كل منهما بالتصدي لهذه الظروف

الطارئة، إلا أن معالجة هذه المعوقات والمشكلات ليس بالسهولة بمكان من ناحية إيجاد الحلول المناسبة لمثل هذا الوضع، خصوصاً في حال نشوب الخلاف فيما بين المتعاقدين، ولذلك وضعت قواعد وأحكام يتم اللجوء إليها عند تحقق الضرر والإرهاق بسبب الظرف الطارئ فيما يتعلق بعقد الإيجار وإصابة أحد المتعاقدين منه وفي حالات معينة.

رابعاً: منهجية البحث:

من أجل إستيعاب موضوع البحث، سوف نتبع أسلوب الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي والمصري والفرنسي، وذلك في القوانين المدنية مع الإشارة الى القوانين المدنية لدول أخرى إذا لزم الأمر، فضلاً عن الخوض في غمار القوانين الخاصة بمختلف مسمياتها في الدول محل المقارنة سواء ايجار العقار العراقي و قانون إيجار الأماكن المصري و قانون إيجار السكن الفرنسي، مع إستعراض لأراء الفقهاء، وبيان الرأي في الترويج فضلاً عن إتجاهات القضاء من خلال تعزيز الدراسة بموقف الأحكام القضائية المتعلقة بموضوع البحث.

خامساً: نطاق البحث:

يتمثل نطاق البحث في بيان الظرف الطارئ في عقد إيجار العقارات والمنقولات دون الخوض في إيجار الأيدي العاملة (عقد العمل) وما شاكل ذلك، كي لا يتم تحويل مسار البحث إلى عقد العمل أو غيره من العقود.

سادساً: خطة البحث:

سيكون تقسيم موضوع البحث على فصلين، سنتناول في الأول منهما مفهوم الظرف الطارئ في عقد الإيجار، والذي سوف يوزع على مبحثين، الأول لتوضيح ماهية الظرف الطارئ في عقد الإيجار، أمّا المبحث الثاني فسيكون لبيان شروط أعمال الظرف الطارئ

في عقد الإيجار، أمّا الفصل الثاني فسيكون البحث فيه عن أحكام الظرف الطارئ في عقد الإيجار، والذي سيقسم على مبحثين، الأول سيتناول حالات الظرف الطارئ في عقد الإيجار والتي تتعلق بالمستأجر والتي تتمثل بالموت و الإعسار و إنتقال المستأجر الموظف أو المستخدم، وكذلك التي تتعلق بالمؤجر والمتمثلة بموته أو بيعه المأجور بسبب الدين وكذلك فيما يتعلق بالضرورة الملجئة للسكن في القوانين الخاصة، أمّا في المبحث الثاني وهو الأخير فسيخصص للآثار المترتبة على الظرف الطارئ في عقد الإيجار والتي تتمثل بالفسخ وكذلك بالتعويض، ومن ثم سينتهي موضوع الرسالة بالخاتمة، والذي سيتضمن النتائج والمقترحات.

وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُتَّقِينَ

الفصل الأول

مفهوم الظرف الطارىء

في عقد الإيجار

الفصل الأول

مفهوم الظرف الطارئ في عقد الإيجار

تمهيد وتقسيم:

يُثبت الواقع العملي أنه قد يعترض تنفيذ العقود المبرمة حوادث ووقائع تعيق إستقرار تنفيذ الإلتزامات المترتبة على عاتق المتعاقدين، بحيث تجعل من الإستمرار بالوفاء بها مرهقاً ومهدداً لأحدهما بخسارة تخرج عن حدود المألوف في التعاملات، ومن أجل ضمان إستقرار العقود وتنفيذها على وجه يحصل فيه كل طرف في العلاقة العقدية على حقوقه مع مراعاة عدم السماح لأي منهما بفسخه من دون مسوغ يسمح له بذلك، وفقاً لشروط تتوفر في كل حالة والتي تعتبر من قبيل الظروف الإستثنائية، والتي تناولها فقهاء المذاهب الإسلامية والقوانين محل المقارنة بالتنظيم لأنها تؤدي إلى الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة، كالظرف الطارئ والذي يتحقق في بعض العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد الإيجار.

ووفقاً لذلك فقد بين فقهاء المذاهب الإسلامية والقوانين الوضعية محل المقارنة ماهية بعض الإستثناءات التي تؤدي إلى الخروج عن الأصل العام، من أجل رفع الحرج عن أحد المتعاقدين أو كلاهما في حال إذا طرأ ظرفاً يخل بالتوازن الإقتصادي للعقد خلال فترة تنفيذه، ومن المعروف إن الإستثناء لا يمكن التوسع فيه، فإن الأمر يقضي بتوافر مجموعة من الشروط تعتبر حجة يلوح بها من وقع عليه الظرف الطارئ في مواجهة المتعاقد الآخر، الأمر الذي يؤدي إلى تغيير المجرى العادي لتنفيذ العقد حتى لا يثري أحدهما على حساب الآخر.

هذه الأمور سنتناولها في هذا الفصل من خلال مبحثين، سيكون الأول حول مفهوم الظرف الطارئ في عقد الإيجار من خلال تحديد ماهية الظرف الطارئ والأساس الذي يقوم عليه والفرق بينه وبين القوة القاهرة وتمييزه عن نظرية الظروف الطارئة، والمبحث الثاني سيتناول الشروط الواجب توافرها من أجل أن يتمسك المتعاقد المرهق بهذا الطارئ.

المبحث الأول:

ماهية الظرف الطارئ في عقد الإيجار

لما كان أحد المتعاقدين قد يتعرض للضرر بعد إبرام لعقد الإيجار وأثناء تنفيذه ويستمر معه ما دام متواصلاً بالتنفيذ وبالتالي يسبب له الإرهاق والذي يهدده بالخسارة، ولأنّ الأساس الذي يقوم عليه الظرف الطارئ هو ما يبرر مطالبة المتعاقد المرهق باتخاذ إجراءات معينة قبل إنقضاء مدة العقد وفقاً للمبادئ التي أقرها الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية محل المقارنة من أجل إيجاد التوازن بين المصالح المتعارضة.

وهذا ما سنتناوله في مبحثنا والذي سنقسمه على مطلبين، سيكون المطلب الأول حول التعريف بالظرف الطارئ في عقد الإيجار، والمطلب الثاني سيتناول تمييز الظرف الطارئ عن غيره من النظم القانونية.

المطلب الأول

التعريف بالظرف الطارئ

لما كان الظرف الطارئ حالة إستثنائية تصيب أحد أطراف العلاقة التعاقدية، فلا بد من بيان تعريفه من الناحية اللغوية والإصطلاحية وذلك في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وبيان الأساس الذي يقوم عليه بحيث يتخذ حجة من قبل المتعاقد المرهق للمطالبة بالحق الذي مُنح إليه، وكالآتي:

الفرع الأول

تعريف الظرف الطارئ

يتكون مصطلح الظرف الطارئ من عبارتين، ولكل منهما معنى ودلالة معينة، ويرجع ذلك إلى أصلهما اللغوي المتباين.

فالظرف في اللغة: "مصدر ظريف، وقد ظرف ظرفاً، ويظرف وهم الظرفاء، وفتية ظروف، ونسوة ظراف وظرائف، وجمعها ظروف، والظريف مشتق من الظرف وهو الوعاء للأدب ومكارم الأخلاق"^(١)، وتعني البراعة وذكاء القلب، وظرف الشيء هو وعاءه، ومنه ظروف الأزمنة والأمكنة عند النحويين^(٢)، وقيل في الظرف بأنه "حسنُ العبارة، وحسنُ الهيئة، والحدق بالشيء"^(٣)، وقيل بأنه "ما يكون محيطاً بشيء وحلاً له كالزمان والمكان" وهو عند الأصوليين يتمثل بالوقت الذي يكون الفعل المأمور به واقعاً

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج٣، باب الظاء، دار المعارف للطباعة والنشر، دون سنة نشر، ط١، ص٢٧٤٧.

(٢) أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين مرتباً على حروف المعجم، ج٣، باب الظاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص٧٤ - ص٧٥.

(٣) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ج٢، باب الظاء، مكتبة لبنان للطباعة والنشر، ط١، دون سنة نشر، ص١٧٠.

فيه ولا يكون مقدراً به ومساوياً له^(١).

أما الطارئ فهو صفة للظروف، ومعناه في اللغة: "طراً عليهم: كمنع، طرأً وطروءاً: أتاهم من مكان، أو خرج عليهم منه فجأة، فهو طارئ وهو يقال للغرباء، وأمر طرأني: بالضم: لا يدري من حيث أتى، والطارئة بمعنى الداهية، فهو مأخوذ من طراً، ويقال: طراً الشيء، يطرأ، طرأناً، أي حصل بغتةً، فهو طارئ، وطرأً يطرأً، والجمع: طُرَاءً، وطرَاءً"^(٢)، وأصلها الإشتقاق في طراً، والطارئة هي مؤنث طارئ، ويرادف كلمة طارئ في الأداء كلمة العارض، وهو في اللغة مأخوذ من عرض، والعارض هو "ما يعرض للإنسان من مرض ونحوه"، فيقال: عرض له أمر، إذا ظهر وإستبان، وعرض الشيء، والعارض من كل شيء"^(٣)، فالدلالة اللغوية للظرف الطارئ تتمثل في كل ما سبق قوله بأنها ما يطرأ على الإنسان نتيجة ظروف وأحوال معينة، وهي ما يحصل فجأة دون إنذار أو علم مسبق، وبالتالي فإنها تتسبب في إختلال الأوضاع سواء كانت ظروفًا إقتصادية أو إجتماعية تصيب الإنسان، وعلى ذلك فإنها تصلح لأن تكون حجة يتعذر بها.

أما المعنى الإصطلاحي للظرف الطارئ فإنه لا يخرج عن معناه اللغوي، فالظرف مكانياً كان أو زمانياً فهو "الحيز الذي تقع فيه الحادثة، تشبيهاً له بالوعاء الذي يحتوي ما فيه من أشياء"^(٤)، ويقصد به وفقاً لمعناه العام كما عرفه البعض بأنه "حالة عامة غير

(١) محمد عبد الإحسان البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٣م، ص١٣٩.

(٢) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج٣، باب الطاء، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٩٧٩م، ص٤٠٥.

(٣) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٨م، ص٩٨٩ وص٩٩٣، كذلك: أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج٢، مطبعة التقدم العلمية، القاهرة، مصر، ط١، ١٣٢٢هـ، ص٢٧٣.

(٤) د. قذافي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٨م، ص٥١.

مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية لم تكن في حساب المتعاقدين وقت العقد ولم يكن في الوسع دفعها وتحصل بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الإلتزام التعاقدي مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وإن لم يصبح مستحيلاً^(١)، وواقع هذا التعريف لم يبين طبيعة العقود التي تصلح لأن يحتج بها بالظرف الطارئ ولم يوضح الآلية التي يتم بموجبها وضع الحلول لهذا الإرهاق.

وقد عرف بأنه "عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين المتبادلة الذي يحدث عند تنفيذ العقد، بسبب حدوث ظرف طارئ"^(٢)، وعرف بعض الفقه الفرنسي الظروف الطارئة، بأنها: "الأحداث التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد والذي يكون متتابع التنفيذ حيث يصبح بالنسبة للمدين أكثر إرهاقاً مما توقعه عند التعاقد بفعل تلك الظروف"^(٣)،

ويتبين لنا من التعريفان أعلاه أنهما قد أوضحا طبيعة العقود التي يشملهما الظرف الطارئ وهي العقود المستمرة التنفيذ إلا أنهما أيضاً لم يتناولوا الأثر المترتب على الظرف الطارئ لدفع الإرهاق، وأنهما قد اعتمدا على الوصف العام المنطلق من الواقع، لأن الواقعة لا تكون عندهم ظرفاً طارئاً إلا في ضوء ما يحيط بها من ظروف، والتي تتصل بالتكاليف الملقاة على عاتق المتعاقدين والتي يتعذر معها إستيفاء الإلتزامات في العقود التي يمتد التنفيذ فيها إلى أجل، مسببة في ذلك إرهاقاً للمتعاقد المضرور.

أما تعريف الظرف الطارئ في عقد الإيجار^(٤)، فقد جاء عن فقهاء الحنفية والزيدية،

(١) د. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، نقلاً عنه: د. بسام أحمد حمدان، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط١، ٢٠١٧م، ص٢٦٦.

(٢) د. محمد عبد الجواد محمد، الغبن اللاحق والظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، السنة ٣٣، العدد ٢، ١٩٦٣م، ص١٩٣.

(٣) الفقيهان الفرنسيان (كولار وكابيتان)، نقلاً عنهما: د. مصطفى معتبر، حماية المتعاقد من خلال نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة منازعات الأعمال للعلوم القانونية، الجزائر، العدد ٥٩، ٢٠٢٠م، ص٤٨ - ص٤٩.

(٤) عرف الإمامية الإيجار بعدة تعريفات منها: "عقد ثمرته تملك منفعة خاصة بعوض معلوم لازم لماهيتها، ويفتقر إلى الإيجاب والقبول"، ينظر: علي العلامة الفاني الأصفهاني، آراء حول كتاب الإجارة، شبكة كتب الشيعة، قم، ط١، ١٤٠٣هـ، ص٥، والحنفية بأنه "عقد يرد على المنافع =

بلفظ العذر وهو: "عجز المتعاقد عن المضي في موجهه، إلاّ بتحمل ضرر زائد لم يستحق به"، أو "ما يتعذر عليه المعنى على موجب الشرع إلاّ بتحمل ضرر زائد"^(١)، وعرفه ابن عابدين بأنّه "كل ما يؤدي إلى المنع من إستيفاء المعقود عليه إلاّ بضرر يلحق بأحد المتعاقدين في ماله أو نفسه"^(٢)، يلاحظ أنّ التسمية التي أطلقها وضعها مجلس الدولة الفرنسي على الإرهاق تتفق والتسمية التي اعتمدها فقهاء الحنفية للظرف الطارئ، حيث سماه بـ "العذر الزائد الذي يخرج عما كان يتوقعه المتعاقدان عند إبرام العقد بأنّه العبء الخارج عما يقتضيه العقد"^(٣)، وإلى ذلك المعنى نفسه جاء عن السمرقندي^(٤) ومثله الدكتور وهبة الزحيلي الذي جمع فيه بين الضرر العارض الذي

= بعوض"، ينظر: برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٦، المجلد الثالث، كتاب الإجارة، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية للنشر، كراتشي، باكستان، ط ١، ١٤١٧هـ، ص ٢٦٩، والملكية والشافعية بأنّه: "عقد على منفعة مقصودة معلومة مباحة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم"، ينظر: محمد أحمد عبد الباري الأهل، إفادة السادة العمد بتقرير معاني نظم الزبد، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط ١، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م، ص ٤٤٥، وأيضاً: محمد نوي بن عمر الجاوي، قوت الحبيب الغريب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٩٨م، ص ٢٦٣، والحنابلة: "عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة أو على عمل معلوم بعوض معلوم"، ينظر: منصور يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، كتاب الإجارة، عالم الكتب للنشر، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٩٣م، ص ٢٤٠، وقد عرفت المادة (٤٥٠) من مجلة الأحكام العدلية الإيجار بأنّه: "بيع المنفعة المعلومة في مقابل عوض معلوم" والمادة (٥٧٧) من مرشد الحيران: "تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرة".

(١) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٤، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ٢، دون سنة نشر، ص ٢٠٠، كذلك: أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار لمذاهب علماء الأبصار، ج ٥، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، اليمن، ط ١، ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م، ص ٥٠.

(٢) محمد أمين بن عمر عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ٥، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ص ٥٥.

(٣) د. محمد عبد الجواد محمد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، العدد ١، السنة ٣٣، ١٩٦٣م، ص ٥٦١.

(٤) محمد أحمد علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص ٣٦٠.

يصيب المتعاقد وبين الأثر الذي يترتب عليه وهو الفسخ حين قال: "هو ما يكون عارضاً يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ولا يندفع بدون الفسخ"^(١)، وعن فقهاء الإمامية فمصطلح العذر الطارئ مستخدم بمعناه اللغوي والذي يفهم ما يقابل العذر العام والدائم والذي أنزل بمنزلة التلف، وقد أستخدم هذا الإصطلاح كثيراً عند الفقهاء المعاصرين وفي عدة أبواب ومنها عقد الإجارة، وبعضهم خصه بالأعذار المتجددة^(٢).

ودلالة التعاريف الواردة آنفاً توضح إنّ الظرف الطارئ الخاص (العذر) الذي يترتب عليه ضرراً يلحق بأحد المتعاقدين يحول دون المضي في تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً بحسب درجة وقوع العذر ولا يخرج بما ورد فيه من مضمون عن حدود ذلك^(٣)، حيث يولد اختلالاً في التوازن العقدي^(٤)، ما بين المنافع المتولدة من عقد متراضي في تنفيذه^(٥)، خارجاً عن إرادة المتعاقدين، بمعنى أنها حوادث إستثنائية تحصل في الفترة الممتدة بين إنعقاد العقد وأثناء تنفيذه، وهو ما لا يتفق والسير العادي والطبيعي للأمور، بعيداً عما آلفه الناس وإعتادوه ولا يندفع إلا عن طريق رفع الإرهاق عن كاهل المتعاقد

(١) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، دمشق سورية، ط٥، ١٩٨٥م، ص٣٢٠ - ص٣٢١.

(٢) السيد أبو القاسم الخوئي، مستند شرح العروة الوثقى، ج٣٠، الإجارة، مؤسسة الخوئي الإسلامية، ط٤، ١٤٣٠هـ، ص١٩٥ - ص٢٩٩.

(٣) د. قذافي عزات الغناني، مصدر سابق، ص٥٢.

(٤) تناول الفقه الإسلامي مبدأ التوازن العقدي تحت مسمى (مبدأ العدالة العقدية) واعتبره من تطبيقات العدالة، أمّا في القانون الوضعي فإنه يعتبره من المبادئ المهمة والمسلم بها والناجمة عن العقود المبرمة بين المتعاقدين وفقاً لما يتفق والقانون من حيث التعادل بين التزاماتهما، عن طريق تنفيذها بشكل متساوٍ وعادل منذ البدء بها وحتى تمام التنفيذ، وتوافر التكافؤ في مركز كل منهما، ينظر: أسيل حسن رضا، دور الإرادة المنفردة في تعديل العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ٢٠١٥م، ص٨٦ - ص٨٧.

(٥) وقضت محكمة النقض المصرية بأنّه: "...يكفي وجود التزام متراضي التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ ..."، نقض مدني ٢١ مارس ١٩٦٣م، مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٥ ص٣٤٧، ورد لدى: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون طبعة، ١٩٥٢م، هامش رقم ١، ص٢٤٧.

المضرور سواء المؤجر أو المستأجر^(١).

ولا بد من الإشارة إلى إنَّ الظرف الطارئ قد برز في الفقه الإسلامي بشكل تطبيقات تتفرع عن أبواب الفقه المختلفة، أمّا في التقنيات القانونية فظهر على شكل نظرية عامة مستقلة، وذلك يرجع إلى طبيعة كل منهما، فالفقه الإسلامي هو تطبيقي عملي ينفر من الشكليات لذلك جاء بحلول عملية ليواجه حالات معينة وهذه هي السمة الغالبة عليه، خلافاً للقانون الوضعي والذي يعد نظري من حيث إنَّ الفكرة فيه تصب في قالب شكلي^(٢).

ونرى بأنّه لا ضير من وضع هذه الإستثناءات وتطبيقاتها التي تتدرج في أبواب فقهية تعالج كل مسألة على حدة، في أن تجمع بنظرية واحدة تكون ملجأ لكل المختلفين والمجادلين، وقد وضعت التشريعات القانونية هذه الإستثناءات في نظرية واحدة عامة مستقلة لتجعلها خصيصة لها من أجل التخفيف عن كاهل المدين المتعرض للإرهاق خلافاً لإرادته وخارجاً عن حدود المألوف عند تنفيذ العقود، وعليه فإنَّ الظرف الطارئ يقوم على أمرين: الأول مكاني والذي يقتصر على نتيجة العمل الذي يترتب عليه تنفيذ العقد، والثاني زماني والذي يقتصر على الزمن ذاته، وبالتالي لا يمكن تصور وجود الظرف الطارئ دون تعيين المدة الزمنية.

ويلاحظ في التشريعات المدنية محل المقارنة، أنّه لم يرد فيها تعريف للظرف الطارئ مع ترك هذا الأمر للفقه، وبرأينا حسناً فعل المشرع بذلك لأنَّ هذه الظروف متجددة بتجدد الحياة وما ينتج عنها من متغيرات في الأوضاع والظروف المحيطة بالمجتمع، فوفقاً للمادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: "١- 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 أو في أثناء سريانه مرهقاً..."، والمادة (٦٠٨)^(٣) من القانون المدني المصري، اللتان تناولتا الظرف

(١) د. أحمد سلمان شبيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميّسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٥م، ص١٩٨.

(٢) د. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٠م، ص٩٨.

(٣) التي نصت على: "١- إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل إنقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً..."

الطارئ في عقد الإيجار دون الإشارة إلى تعريفه وكذلك نص المادة (١١٩٥)^(١) من القانون المدني الفرنسي، وفقاً للتعديلات التي أقرها المشرع الفرنسي للقانون المدني عام ٢٠١٦^(٢)، التي تناولت الظروف الطارئة بشكلها العام، أي أنها لم تشر إلى عقد الإيجار، كما وأنها لم تورد تعريفاً للظرف الطارئ أيضاً.

ولابد من الإشارة إلى إن نصوص التشريع العراقي والمصري آنفاً قد إشتقا نص المادتين من حيث الصياغة من قانون الإلتزامات السويسري لعام ١٩٠٧م، وبموجب نص المادة (٢٦٩) التي تناولت الظرف الطارئ في عقد الإيجار^(٣)، أمّا من ناحية المبدأ فقد استلهماه من الفقه الإسلامي، وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بصدد النص ذاته بأنه: "وضعت المادة مبدأً خطيراً وهو فسخ الإيجار للعذر وهو مبدأ مأخوذ من الشريعة الإسلامية"^(٤).

(١) التي نصت على: "إذا حدث تغير في الظروف لا يمكن توقعه عند إبرام العقد ترتب عليه أن أصبح التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعه هذا الخطر، يجوز لهذا الطرف الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد..."، ينظر: د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦م للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٢٠م، ص٢٩٤.

(٢) تم اعتماد التعديل بموجب القانون رقم ١٣١ في عام ٢٠١٦م، بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠م، وتضمن بين ثناياه تعديلات جوهرية في القواعد التي توطر العقد، ينظر: د. محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير"، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٢١، السنة السادسة، ٢٠١٨م، ص٢٤٥ وما بعدها.

(٣) التي نصت على: "إذا عينت مدة في العقد، جاز لكل من المتعاقدين فسخ الإيجار قبل إنقضاء هذه المدة إذا جدت ظروف خطيرة، تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه غير محتمل، هذا مع مراعاة أن يعطي الطرف الذي يريد الفسخ للطرف الآخر المواعيد القانونية اللازمة للإخلاء وأن يعوضه تعويضاً كاملاً، وإذا كانت مدة الإيجار سنة أو أكثر، فالتعويض الذي يعطيه المستأجر للمؤجر أو المؤجر للمستأجر لا يجوز أن يقل عن أجر ستة أشهر، ولا يجبر المستأجر على إخلاء العين إلا إذا إستوفى التعويض المستحق"، ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، المجلد الأول، مصدر سابق، ص٨٦٦.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٤، وزارة العدل المصرية، دار الفكر العربي، دون طبعة، ١٩٩٨م، ص٥٩٨.

الفرع الثاني

الأساس الذي يقوم عليه الظرف الطارئ

العلاقات التعاقدية لا تسير على وتيرة واحدة بل يعتريها التغيير وتبدل الأحوال والأوضاع والظروف، وقد يصل الأمر إلى حد بلوغ درجة الضرر غير المتوقع، ولا يحول دون هذا الأخير إلاّ بتعديل أو إنقضاء العلاقات التعاقدية من أجل تحقيق مصالح الناس، الأمر الذي يدل على إنّ الشريعة الإسلامية أناطت في كل أحكامها ما فيها من محافظة الناس على دينهم وأنفسهم ومالهم، بالإستناد إلى حديث الرسول (ﷺ) "مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادُّهِمْ وَتَرَاحُمِهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ؛ إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهْرِ وَالْحُمَى"^(١)، فهي تصب في مصلحة واقعة بإعتبارها من الضرورات وكل ما ينقص منها أو يفوتها يعتبر بمثابة مفسدة وإنّ دفعها فيه مصلحة للعباد^(٢)، وأنها أفسحت في قواعدها مجالاً رحباً لمبادئ الأخلاق والعدالة ورسخت طابع الرفق بالناس في غالب الأحيان، فمبادئها تقوم على قواعد أساسية هي التي تعتبر مصدراً لكثير من الأحكام^(٣)، ورسمت العديد من القواعد والتي أعتبرت أساساً للكثير من الحالات والظروف والتي يمكن للمتعاقد الضعيف التمسك بها، من حيث إنّ تطبيقات الظرف الطارئ تجد أساسها في نظرية الضرورة^(٤) التي تستند على إنّ الشريعة الإسلامية لا تجوّز أن ينشأ عن تطبيقها أضراراً بالآخرين، ومنها تفرعت قواعد أساسية أعتبرت مصدراً للعديد من الأحكام^(٥)، كقاعدة "الضرورات تبيح

(١) محمد الريشهري، ميزان الحكمة، المجلد ٩، دار الحديث، قم، إيران، ط ١، ١٤٢٢ هـ، ص ٣٧٥٤.

(٢) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط ١، ٢٠٠٨ م، ص ٦.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط ١، ١٩٩٣ م، ص ١٥.

(٤) حيث يقطع النظر عن الخلاف من حيث أن الواقع العملي في أغلب الدول ومنها العربية تأخذ بنظرية الضرورة في مختلف النواحي، كالدستورية والإدارية والجنائية والدولية وحتى المدنية عن طريق التشريعات الإستثنائية ومنها الظروف الطارئة في القانون المدني، إستناداً الى قوله تعالى "وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ"، سورة الأنعام، آية ١١٩، ينظر: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة في القانون الوضعي، مصدر سابق، ص ٣١٠ وما بعدها.

(٥) د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الإقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، دون طبعة، ١٩٨٦ م، ص ٢٦.

المحظورات^(١)، التي أباحت عدم تنفيذ الالتزام بسبب تحقق الظرف الطارئ وبموجبها يمكن الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد بسبب إختلال التوازن العقدي بين المتعاقدين بعد إبرام العقد وأثناء التنفيذ^(٢)، وقاعدة "الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف"، والتي يترتب عليها عدم إلحاق الضرر بمن يتمسك بالقوة الملزمة للعقد مقابل المضرور الذي يتمسك بالظرف الطارئ مع مطالبته بإزالة ما لحقه من ضرر بسبب إرهابه، والذي يكون أشد من الضرر الذي يصيب الأول والتالي يزال الضرر الشديد بالضرر الأخف منه^(٣)، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"^(٤)، والتي ترمي وفقاً للشرع إلى عدم جواز لأي أحد أن يلحق بغيره ضرراً ولا ضرراً^(٥)، بل عليه اللجوء للقضاء لإثباته ومن أحدثه مطالباً بالتعويض تلافياً للفوضى وإختلال النظام المرفوض شرعاً وقانوناً وعرفاً وعقلاً^(٦)، فالقاعدة ذاتها أرغمت المذاهب الإسلامية على التلطيف من وطأة القوة الملزمة للعقد أستناداً إلى مبدأ الإحسان الذي أوصى به الخالق جل وعلا بالقول "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ..."^(٧)، بحيث يكون من تغيرت الأوضاع عليه

(١) الأصل فيه قوله تعالى "فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ"، سورة البقرة، آية ٧٣، ومن قول الرسول (ﷺ) "ما من شيء حرّمه الله إلا وقد أحله لمن اضطر"، ينظر: محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج١، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، طهران، إيران، ط١، ١٤٢٢هـ، ص١٤٣.

(٢) د. أحمد الموافي، الضرر في الفقه الإسلامي، ج١، ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط١، ١٩٩٧م، ص٢٠.

(٣) د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٩٦م، ص١٠٢.

(٤) المستندة إلى حديث الرسول (ﷺ)، ينظر: المرجع الأعلى السيد علي الحسيني السيستاني، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص١١ وما بعدها، كذلك: محمد الريشهري، ميزان الحكمة، ج٢، دار الحديث للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٢هـ، ص١٧٠، وأيضاً: المادة (٢١٦) من القانون المدني العراقي.

(٥) محمد حسين البجنوردي، القواعد الفقهية، ج٥، مطبعة الهادي، قم، إيران، دون سنة نشر، ط١، ص٢٢٣، كذلك: أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سورية، ط٢، ١٩٨٩م، ص١٦٥.

(٦) د. أياد مطشر صيهود، المدخل القانوني إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار السنهوري للنشر، بيروت، لبنان، دون طبعة، ٢٠١٨م، ص١٧٢.

(٧) سورة النحل، آية ٩٠.

خلال تنفيذه للعقد وترتب على ذلك ضرراً بليغاً فله الإستناد إلى الظرف الطارئ^(١)، ومن أجل دفع المفسدة في حال تعارضها مع المنفعة، إستناداً إلى قاعدة "درء المفساد أولى من جلب المنافع"^(٢).

ووفقاً لما تم مناقشته فإنّ الأساس الذي يقوم عليها الظرف الطارئ في عقد الإيجار في الفقه الإسلامي بمذاهبه يشترك في مسألة أنّ المتعاقد يصاب بضرر لا يجبر على تحمله، وبالتالي فإنّه يجد نفسه عاجزاً عن المضي بتنفيذ العقد إلاّ إذا تحمل ضرراً زائداً، وعلى ذلك فإنّه لا يجبر إتمامه، ويكون له الحق بالمطالبة بفسخ العقد، فكان الفسخ في حقيقته إمتناعاً عن الإلتزام بالضرر^(٣)، الأمر الذي يسلب صفة اللزوم عن طريق دفع الضرر غير المستحق، وهو الأساس الأول الذي إعتمده فقهاء المذهب الحنفي على إعتبارهم قد وسعوا من حالات الظرف الطارئ في عقد الإيجار، في حين أعتمدوا أساساً ثانياً يتعلق بإثبات حق الفسخ، وهو قياس الظرف الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض، إلاّ أنّه يؤخذ على هذا الأساس أنّ الظرف الطارئ أوسع من العيب اللاحق بالمعقود عليه، لأن فقهاء المذهب الحنفي يأخذون بالظروف الشخصية المتعلقة بالمتعاقدين مسوغاً للتمسك بالظرف الطارئ حتى وإن كان المعقود عليه سليماً أو معيباً، فهو بمثابة ضرر غير مستحق في العقد ويكون جديراً بالتمسك بالظرف الطارئ من قبل المضرور^(٤)، وهذان الأساسان هما اللذان يعارضان حكم الأصل والقياس العام والذي يتمخض عنه وجوب الوفاء بالعقد الثابت في قوله تعالى (يَا أَيُّهَا

(١) د. عبد الحق صافي، القانون المدني، ج ١، العقد، الكتاب الثاني، آثار العقد، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دون دار نشر، ط ١، ٢٠٠٧م، ص ١٣٧.

(٢) أو "درء المفساد أولى من جلب المصالح" بنفس المعنى والتفسير، ينظر: د. حامد علي حامد، الوافي في القواعد الفقهية الكلية للفقه الإسلامي، دون دار نشر، ط ١، ٢٠٠٦م، ص ٢٧٥، كذلك: محمد صالح العثيمين، القواعد الفقهية، دار البصيرة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط ١، ٢٠٠١م، ص ١٠، وأيضاً: المادة (٨) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج ٦، أثر العقد بالنسبة إلى الموضوع، وزوال العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٥٤م، ص ٦٦ — ص ٦٧.

(٤) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ١٦، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، دون طبعة، ص ٢ وما بعدها.

الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ^(١) .

إلاّ إنّ واقع الأمر هو أنّ فقهاء الحنفية قد أثبتوا حق هذا التمسك على أساس القياس بمعنى أنهم لم يخرقوا قاعدة لزوم الوفاء بالعقد، فالضرر الزائد لم يكن منشؤه موجب العقد ذاته وإنما كان (مآلاً) بمعنى النتيجة التي أدت الى الظرف الطارئ الذي أخرج العقد عن نطاقه، وهو أمر لم يتم التراضي عليه وعلى أساس تحمله، لذلك ثبت حق تمسك المضرور بالظرف الطارئ إذ لولا هذه النتيجة للضرر لما ثبت هذا الحق، وعلى ذلك فإن حق التذرع بالظرف الطارئ في الفقه الحنفي ليس إستثناء من أصل قاعدة لزوم العقد بل هو بتمكين كل من المتعاقدين من تحقيق النفع من وراء إبرامهم للعقد فإذا أصبح هذا العقد في وضع الظرف الطارئ فهنا يثبت الطريق لدفع الضرر غير المستحق لأن في تحمله ظلم^(٢) .

في حين أعتبر جمهور الفقهاء إنّ أساس فسخ عقد الإيجار للظرف الطارئ هو الضرر الذي يصيب المتعاقد حيث يمنعه من إستيفاء المنفعة، الأمر الذي يدل على ضرورة إقامة العقود على أساس العدل والمساواة لإزالته وتحقيق المصالح، فإذا تعذر ذلك فيهما، صير إلى ما يقضي به إزالة الظرف الطارئ^(٣) .

أما الأساس الذي يقوم عليه الظرف الطارئ في القانون الوضعي سواء القانون المدني العراقي استناداً الى نص المادة (٧٩٢) أو المصري في المادة (٦٠٨)، فيرى جانب من الفقه بأن الفلسفة التي أعتمدها المشرع كأساس للظرف الطارئ في عقد الإيجار هي من أجل إدخال بعض التعديلات على المبدأ العام المتمثل بنظرية الظروف الطارئة^(٤)، التي أوجبت تعديل العقد عن طريق رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول دون إنهائه، ومن أجل ذلك عمد المشرع بما له من سلطان إلى تطبيق المبدأ تطبيقاً

(١) سورة المائدة، آية ١ .

(٢) د. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق للطبع والنشر، دمشق، سورية، ط٢، ١٩٩٧م، ص ١٩٣ .

(٣) د. خالد بني أحمد، الفرق بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد ٢، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ١٢ .

(٤) المادة (٢/١٤٦) مدني عراقي، والمادة (٢/١٤٧) مدني مصري .

تشريعياً دون تركه إلى الفقه والقضاء^(١)، في حين يرى آخرون بأن مسألة تعديل العقد أشد وطأة من فسخه وبالتالي فلا يتولى هذا الأخير إلاّ الأعراف به فقد يتعسر على القاضي تعديل تلك الإلتزامات التي تسببت بالخلل عن طريق الزيادة بها أو نقصانها وبالتالي أسندت هذه المهمة إلى الطرف الأعم بها عن طريق تقرير مصير العقد الذي أبرمه وأصبح عبئاً عليه بسبب الإرهاق، عن طريق فسخه وزواله^(٢)، واعتبرت العدالة هي أساس الظرف الطارئ فهي وسيلة يركن إليها لتنظيم المجتمع ومسايرة التطور ومعالجة كل ما يتبدل من الظروف والحاجات الملحة وبذلك يكون معالجة الظرف الطارئ بموجب قواعد الإحسان^(٣)، إستناداً إلى قوله تعالى "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ..."^(٤)، وإستدلوا في هذا القول من أجل أن لا يركن إلى التذرع بالظرف الطارئ ممن يملكون نوايا سيئة تمس حرمة العقد ومطالبتهم بتعديله أو فسخه، فليس من العدل أن يحرم المتعاقد الذي تحمّل الإرهاق بسبب الظرف الطارئ إمتثالاً للعقد مع إحترامه لإلتزامه في مقابل عدم إهتمام المتعاقد الآخر بما أوجبه عليه العقد من إلتزامات، إذ إنّ العدالة وإن لم تكن نظرية مستقلة عن الأحكام الشرعية إلاّ أنها تعتبر مبدأ ملازم لها^(٥)، وإلى نفس ذلك سار القانون المدني الفرنسي على إعتبار أنّ الأمر يقضي بإمكانية التقليل الاختلالات التعاقدية التي تنشأ أثناء التنفيذ، وهو أمر تهدف إليه العدالة التعاقدية، وفقاً للتقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية بشأن الأمر رقم ١٣١-٢٠١٦، المؤرخ ١٠ شباط ٢٠١٦م، وهو تأريخ تعديل القانون المدني الفرنسي،

(١) د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد الإيجار، دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة تمييز العراق، مطبعة الزهراء، بغداد، ط١، ١٩٧٤م، ص٥١٧.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج٦، مصدر سابق، ص٦٧.

(٣) د. عبد السلام الترماني، ص١٨٦، نقلاً عنه: منذر المساهلي، نظرية الطوارئ في العقود- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الزيتونة، تونس، ١٩٩٥م، ص٧٩، كذلك: د. أيمن أبو العيال، د. فواز صالح، القانون المدني، مصادر الإلتزام، منشورات جامعة دمشق/ كلية الحقوق، دمشق، سورية، ط١، ٢٠١٦م، ص١٨٣.

(٤) سورة النحل، آية ٩٠.

(٥) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مصدر سابق، ص٣١٧ و ص٣٢٠.

معتبرين إنّ هذا التجديد تملّيه الضرورات المتعلقة بالعدالة التعاقدية، ولذا فإنّ المراجعة للظروف الطارئة غير المتوقعة أصبحت ممكنة بموجب المادة (١١٩٥) منه والتي تستند إلى مبدأ إنصاف المتضرر من الظرف الطارئ^(١)، وإن كان من المقرر إحترام العقود على اعتبارها قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها شبه مستحيل للظرف الطارئ إلاّ أنّه يجب أن يكون الأمر مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف في حال طروء ظروفًا لم تكن في الحسبان وأخلت بالتوازن العقدي فيكون من الظلم التمسك بالعقد في مثل هذه الظروف ويجب العمل على مساعدة المتعاقد المضرور وإنقاذه من الخسارة^(٢)، وهنا أتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في الأساس الذي يقوم عليه الظرف الطارئ على إعتباره من مقتضيات العدالة التي تحتل على إزالة الضرر والتخفيف عنه^(٣).

ومن خلال تعدد القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، يرى الباحث أنها تصب في جانب واحد وهو دفع الضرر والحرّج والمشقة عن كاهل المتعاقد حتى وإن كان الضرر الذي يتعرض له ناتج عن حوادث طارئة لم تكن في الحسبان أو التوقع المألوف للشخص العادي، كما هو الحال عند تحقق الظرف الطارئ في عقد الإيجار الذي ينتج عن هذه الأمور والتي تكون بلا شك خارجة عن الإرادة.

(1) Marc Fredj, Associé, Julie Cornely et Laura Ferry, L'imprévision dans la réforme des contrats, Lexbase Hebdo édition affaires n°499 du 23 février 2017, p.2.

(٢) فريد فتّيان، مقدمة القانون المدني، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، دون طبعة، ١٩٥٤م، ص ٥٠.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة، مصدر سابق، ص ١٥٠.

المطلب الثاني

تمييز الظرف الطارئ عما يشته به

إنّ البحث في الظرف الطارئ يقودنا إلى تمييزه عن غيره من النظم والتي تتماثل معه في جوانب معينة وتختلف معه في جوانب أخرى، كالقوة القاهرة، ومن المهم أيضاً تناول تمييز الظرف الطارئ ونظرية الظروف الطارئة من حيث التشابه والاختلاف، وكالاتي:

الفرع الأول

تمييز الظرف الطارئ من القوة القاهرة

يُعتبر كل من الظرف الطارئ والقوة القاهرة من الأنظمة المعمول بها في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية التي إستشفت بعضاً من أحكام هذين النظامين من الأول، حيث يعتبران من الإستثناءات التي خرج بها عن الأصل العام، من حيث تحقق أضراراً ليس لأحد من المتعاقدين شأن في حدوثها، وعلى كل حال فإن القوة القاهرة من أكثر الأنظمة إقتراباً للظرف الطارئ الأمر الذي يؤول بنا إلى إجراء التمييز بينهما من حيث التشابه والاختلاف، وكالاتي:

أولاً: أوجه الشبه بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة: يشتركان في الأمور التالية:

١- من حيث وحدة الأصل والمنشأ: فالحادث الذي يتسبب في تحقق الظرف الطارئ هو نفسه الذي يحقق القوة القاهرة، والذي يتمثل بحادث خارج عن سيطرة المدين^(١)، فقيام حالة الحرب مثلاً أو حدوث زلازل أو وقوع إضراب قد ينتج عنه استحالة التنفيذ في بعض الحالات والإرهاق في حالات أخرى، وهذا يتضح من كلام

(1) Xavier Azaïs, CORONAVIRUS (COVID-19): FAUT-IL PRÉFÉRER L'IMPRÉVISION À LA FORCE MAJEURE, DATE: 19, MARCH, 2020, <https://www.village-justice.com/articles/coronavirus-covid-faut-preferer-imprevision-force-majeure,34184.html>.

الفقهاء عن الفسخ أو إنفساخ العقود بسبب العذر والجوائح^(١)، وهو أمر تشابه فيه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

٢- من حيث شروط تحقق كل منهما: حيث إنَّ الفقه الإسلامي يخالف التشريع الوضعي في ذلك، فشروط الظرف الطارئ في الأول هي ذاتها للقوة القاهرة وهي الحادث المتوقع أو غير المتوقع، ويكون قابلاً للدفع أو غير ذلك^(٢)، أمّا في القانون الوضعي فيتشابه الظرف الطارئ والقوة القاهرة من حيث عدم توقع حدوثهما، عند إبرام العقد وغير ممكنا الدفع أو الإحتراز منهما، فكلاهما حتمي ومفاجئ^(٣)، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية^(٤)، ومحكمة النقض الفرنسية^(٥).

٣- من حيث تنفيذ الإلتزام ووقت الإعتداد بهما: يتشابهان مع بعض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أنّ كلاهما يؤدي إلى عواقب وصعوبات في مجال تنفيذ العقد، وكذلك في الوقت الذي يعتد بهما من حيث تحققهما يكون بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه^(٦)، وقد ذكر الفقهاء المسلمون ذلك أيضاً في مدوناتهم الفقهية، معتبرين أن الإستمرار في تنفيذ العقد فيه هدراً للمال وأضراراً غير مقبولة عقلاً وشرعاً^(٧)، وهو ما قضت به محكمة التمييز الإتحادية^(٨).

- (١) د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، مصدر سابق، ص٤٥٤.
- (٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٦، مصدر سابق، ص٦٧، كذلك: د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٠٧، ص٧٤.
- (٣) د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٢م، ص٢٦٩.
- (٤) طعن رقم ٣١٧ لسنة ٣٥، جلسة ١١/١١/١٩٦٩م، المكتب الفني، سنة ٢٠، قاعدة ١٨٤، ص١١٣٩، ينظر كذلك: طعن رقم ٤٩٣٢ لسنة ٨١، جلسة ٢٢/١٢/٢٠١٨م، صادر من محكمة النقض المصرية.
- (٥) محكمة النقض الفرنسية، ١٤ يونيو ١٩٤٨م، جازيت دي باليه، ١٩٤٨ - ٢ - ١٩، ورد لدى: حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، دار المعارف، القاهرة، مصر، ط٢، ١٩٧٩م، ص٣٩٢.
- (٦) د. أحمد سمير ياسين، دور القوة القاهرة في القوانين الإجرائية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، ٢٠١٤م، ص٣٩.

(٧) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، المصدر نفسه، ص٤٥٤.

(٨) رقم القرار ٣٦٢، ظروف طارئة، ٢٠٠٧، بتاريخ ٢٨/٢/٢٠٠٧م، جاء فيه "أحكام الظروف الطارئة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد وفق المادة (١٤٦) من القانون المدني يجب ان يتمسك بها المتضرر أثناء =

٤- من حيث النظام العام: لا تعتبر أحكام الظرف الطارئ من النظام العام حيث يجوز الإتفاق على خلافه^(١)، استناداً الى نص المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "إذا كان عقد الإيجار محدد المدة جاز للمتعاقدين..."، ومثلها المادة (٦٠٨) من القانون المدني المصري، وعلة ذلك أنّ المشرع أراد إحاطة المتعاقد الضعيف بحماية تكفل له عدم تحكم الطرف القوي في العقد^(٢)، وأيضاً تناولته المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي، حيث ويمكن للمتعاقدين الإتفاق على عدم إتباع أحكامها وإتخاذ القرار المناسب لحل مسألة إرهاب أحدهما عن طريق المفاوضات^(٣)، أمّا بالنسبة الى القوة القاهرة فيمكن لهما الإتفاق مسبقاً على أن يتحمل المتعاقد تبعه تحققها^(٤)، وهو أمر نساير به المشرع من حيث عدم إعتبار الظروف الطارئة من النظام العام أسوة بالقوة القاهرة والسبب في ذلك أنّ كلاهما من الأنظمة الإستثنائية، وكما هو معلوم إنّ الإستثناء لا يجوز التوسع فيه.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة: يختلف الظرف الطارئ

عن القوة القاهرة من عدة جوانب، تتمثل بما يأتي:

١- من حيث مجال التطبيق: في الفقه الإسلامي فإنّ الظرف الطارئ يعمل في العقود التي يكون فيها المعقود عليه مثلياً وقيماً على حد سواء، خلافاً للقوة القاهرة فهي

= فترة العقد فاذا استمر بتنفيذ العقد لحين انتهائه دون ان يطلب تنقيص الالتزام فليس له الحق للمطالبة بذلك بعد انتهاء مدة العقد"، ورد على موقع محكمة التمييز الاتحادية العراقية، على الرابط التالي:
<https://www.hjc.iq/qview./281>.

(١) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية والأجنبية معزز بأراء الفقه وأحكام القضاء، دار آراس للطباعة والنشر، أربيل، ط١، ٢٠٠٦م، ص٢١٨.

(٢) د. محمد عبد الظاهر حسين، الدور القضائي إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٠م، ص١٦٢.

(3) Marion Farber, Covid 19 et revision pour imprevision: date: 5 May 2020,

<https://www.affiches-parisiennes.com/covid-19-et-revision-pour-imprevision-10260.html>.

(٤) ينظر المادة (١/٢٥٩) من القانون المدني العراقي، التي نصت على: "١- يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة"، نقابلها المادة (١/٢١٧) من القانون المدني المصري.

تعمل في العقود التي يكون فيها محل العقد قيمياً لا مثلياً^(١)، أمّا في القانون الوضعي فإن القوة القاهرة تطبق إذا كان محل العقد قيمياً، أمّا إذا كان مثلياً فلا سبيل لتطبيقها، والعلة في ذلك أنّ المثليات يقوم أحدها مكان الآخر في الوفاء لأن المثليات لا تهلك^(٢)، أمّا الظرف الطارئ فلا يقيم مثل هذه التفرقة، فيطبق أيّاً كان محل العقد، لأنه لا يؤثر على أصل العقد حتى يحتاج إلى التفرقة، فالأمر يتعلق بالإرهاق الذي يمكن رفعه بالموازنة بين مصالح المتعاقدين، وعلى ذلك ففي القانون الوضعي نجد أنّ الظرف الطارئ يعمل في مجال المسؤولية العقدية خلافاً للقوة القاهرة التي تعمل في مجال المسؤولية العقدية والتقصيرية^(٣).

٢- من حيث تحمل التبعة: بالنسبة إلى الظرف الطارئ فإنها تتوزع على المتعاقدين خلافاً للقوة القاهرة فإنّ تبعة الإستحالة تؤدي إلى إعفاء كلا الطرفين من المسؤولية طبقاً لمبدأ لا إلزام بمستحيل^(٤)، وهو أمر تشابه فيه القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي^(٥)، فالتفاوت هنا هو إستحالة التنفيذ والتي هي شرط لبراءة المدين في القوة القاهرة^(٦)، خلافاً للحادث الذي يجعل التنفيذ شاقاً فهو يعتبر ظرفاً طارئاً والذي لا يعفي المدين من المسؤولية، فشرط الإرهاق هو الذي يميز الظرف الطارئ عن القوة

(١) د. أيمن الدباغ، منهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية، فلسطين، المجلد ٢٨، العدد ٧، ٢٠١٤م، ص ١٦٨٦.

(٢) د. أسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، ج١، مصادر الإلتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٦٦م، ص ٣١٦.

(٣) د. رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ط١، ١٩٩٨م، ص ٥٤ و ص ٥٣٦.

(٤) حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مصدر سابق، ص ٣٨٩.

(٥) شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، ج٢، مصدر سابق، ص ٤٥٦، كذلك: شمس الدين أبي عبد الرحمن ابن قدامة المقدسي، المغني مع الشرح الكبير، ج٤، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٨٤م، ص ٣٣٤.

(٦) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٠٥م، ص ٣٠٠.

القاهرة^(١)، وهو ما جاء عن محكمة النقض المصرية^(٢).

٣- من حيث الأثر المترتب عليهما: إن الأثر المترتب على الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي، هو الفسخ أو الإنفساخ بحسب الأحوال، وهو يتشابه مع القوة القاهرة في ناحية الإنفساخ، بسبب تلف العين المستأجرة بسبب لا دخل للإنسان الآدمي فيها، كالمطر وإنهدام الدار ونحوها، فقد جاء في المجموع بأنه "إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان"^(٣)، بسبب استحالة تنفيذ أحد الإلتزامات في عقود ملزمة للجانبين نتيجة الآفة السماوية التي ينتج عنها الإنفساخ بحكم الشرع فلا ضمان على المستأجر لأنه أمين^(٤)، كمن أستأجر خبازاً ليخبز له في بيته فقيراً من دقيق بدرهم، لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور، لأن العمل يتم بالإخراج، فإذا أحترق وسقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم"^(٥)، وهو ما ذهب إليه الفقهاء المسلمون^(٦)، أمّا في القانون فقد يترتب عليه إستحالة التنفيذ في بعض حالاته أو الإرهاق فقط في حالات أخرى، فعند تحقق الظرف الطارئ الخاص في عقد الإيجار،

(١) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، دون طبعة، ١٩٧٠م، ص ١٤٨.

(٢) بقولها: "...من الأهمية أن نستبين وجوه التفرقة بين النظريتين: يفترقان في أثر تنفيذ الإلتزام، فالظرف الطارئ لا يجعل هذا مستحيلاً بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الإستحالة"، ينظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، وزارة العدل المصرية، دار الكتاب العربي، دون سنة، ص ٢٨١.

(٣) تقي الدين أحمد ابن تيمية الحرّاني، مجموع الفتاوى، ج ٣٠، دار الوفاء للنشر، دون طبعة، دون سنة نشر، ص ٢٧٨.

(٤) شهاب الدين أحمد بن أدریس القرافي، الذخيرة، ج ٥، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٩٩٤م، ص ٢١٢.

(٥) برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٣، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط ١، ١٤١٧هـ، ص ٢٣٣.

(٦) علي بن الحسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ٧، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، قم، إيران، ط ١، ١٤١٠هـ، ص ١٣٩ - ص ١٤٠، كذلك: أحمد الدرير محمد حمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة، ١٢٢٩هـ، ص ٩، وأيضاً: علي محمد حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج ٦، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص ٢١٥، وأيضاً: علي بن أحمد سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج ٧، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٣م، ص ٣٨، وأيضاً: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، ج ٦، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، ط ٣، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ص ٥٠.

تؤول نتيجته إلى فسخ العقد من قبل القضاء إستناداً إلى نص المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٦٠٨) من القانون المدني المصري والمادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي؛ التي منحت للقاضي هذا الدور كمسلك أخير في حالة فشل المفاوضات بين المتعاقدين في الوصول إلى نتيجة لإعادة تكييف العقد وتوزيع الخسارة الناتجة عن تغيير الظروف بين الأطراف^(١)، وقد أشارت القوانين محل المقارنة من خلال نصوصها إلى القوة القاهرة والحادث المفاجئ كسبب للإعفاء من المسؤولية في عقد الإيجار، في المادة (١/٧٥١)^(٢) من القانون المدني العراقي، ومثلها المادة (٥٦٩)^(٣) من القانون المدني المصري، والمادة (١/١٧٢٢)^(٤) من القانون المدني الفرنسي، سواء كان العقد وارداً على عقار أو منقولاً، فإذا هلك المأجور كلياً يترتب عليه انفساخ عقد الإيجار^(٥)، وقد أقرت محكمة التمييز الاتحادية العراقية ذلك^(٦)، ومحكمة النقض المصرية^(٧)، وهنا يشترك القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في الأثر المترتب على القوة القاهرة^(٨)، أما الهلاك الجزئي فلا يؤدي إلى إنفساخ العقد، إنما يؤدي إلى نقصان

(١) د. خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للإلتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠١٩م، ص ٦٠.

(٢) التي نصت على: "١. إذا هلك المأجور في مدة الإيجار هلاكاً كلياً يفسخ العقد من تلقاء نفسه".

(٣) التي نصت على: "١. إذا هلك العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكاً كلياً يفسخ العقد من تلقاء نفسه".

(٤) التي نصت على: "١. إذا تلف المأجور كلياً بحادث طارئ خلال مدة الإيجار يفسخ العقد حكماً...".

(٥) د. سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، دون دار نشر، ط١، ١٩٨٧م، ص ٦٠٣.

(٦) جاء في القرار: "إذا هلك المأجور في مدة الإيجار هلاكاً كلياً يفسخ العقد من تلقاء نفسه..."، ينظر

قرار رقم ٢٩٦٧/إيجار/٢٠٠٧، بتاريخ ٢٧/٢/٢٠٠٧م، ورد في موقع المحكمة، على الرابط التالي:

<https://www.hjc.iq/qview.283/>.

(٧) جاء في القرار: "الهلاك الكلي للعين المؤجرة، مؤداه انفساخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون أي كان

سببه..." ينظر: طعن رقم ٧٢٧٢/ لسنة ٧٦ قضائية، دوائر الإيجارات، بتاريخ ٧/٤/٢٠١٨م، ورد في

موقع المحكمة، على الرابط التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111385842&ja=247372.

(٨) د. صلاح الدين الناهي، الخلاصة الوافية في القانون المدني، مبادئ الإلتزام، مطبعة سلمان الأعظمي،

بغداد، دون طبعة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، ص ١٥٠.

بدل الإيجار أو فسخه وفقاً للمادة (٢/٧٥١)^(١) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٥٦٩)^(٢) من القانون المدني المصري والمادة (٢/١٧٢٢)^(٣) من القانون المدني الفرنسي.

٥- من حيث الإثبات: الظرف الطارئ يتطلب من المتعاقد المضروب أن يتم إثبات تحققه، فلا يعفى المدين المخل بتنفيذ التزامه، إلا عن طريق إثبات أن الطارئ الذي حصل لسبب لا دخل له فيه^(٤)، خلافاً للقوة القاهرة التي لا يشترط إثبات تحققها بسبب الإستحالة وكذلك لا تحتاج إلى تدخل القضاء، بسبب إنقضاء العقد بقوة القانون^(٥).

الفرع الثاني

تمييز الظرف الطارئ من نظرية الظروف الطارئة

تناول فقهاء المذاهب الإسلامية موضوع الظرف الطارئ وبالأخص المذهب الحنفي وفق ما يطلق عليه بـ(العذر في عقد الإجارة) بشكل أوسع مما تناولته المذاهب الفقهية الأخرى من ناحية الحالات التي يحق فيها للمؤجر أو المستأجر التمسك بهذا الطارئ، وعموماً فإن الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً عما هو عليه في القانون

(١) التي نصت على: "أما إذا أصبح في حالة لا يصلح معها للإنتفاع الذي أجر من أجله أو نقص هذا الإنتفاع نقصاً كبيراً ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك، جاز له....أما إنقاص الأجرة أو فسخ الإجارة".

(٢) التي نصت على: "٢. أما إذا كان هلاك العين جزئياً، أو إذا أصبحت العين في حال ولا تصلح معها للإنتفاع الذي أوجرت من أجله، أو نقص هذا الإنتفاع نقصاً كبيراً ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك، فيجوز له... أن يطلب تبعاً للظروف أما إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار ذاته دون إخلال بما له من حق...".

(٣) التي نصت على: "... أما إذا يتلف جزئياً فيمكن للمستأجر، وفقاً للظروف، أن يطالب أما بتخفيض البدل أو بفسخ عقد الإيجار بالذات...".

(٤) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار شرح تنوير الأبصار، ج٩، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص ١٠٤ - ص ١٠٥.

(٥) إلا أنه قد يثور نزاع أمام القضاء حول الاختلاف في مسألة وقت حدوث القوة القاهرة، فحكم القضاء لا يكون منشأ لها وإنما مقرر لها، ينظر: شريف أحمد الطباخ، التعويض عن الإخلال في العقد، التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، ٢٠٠٤م، ص ٤١٨.

الوضعي خاصة في عقد الإيجار، فهو يشمل كل أنواع الطارئ سواء العام منها أو الخاص الذي يصيب أحد المتعاقدين أو محل العقد، ومهما كان مصدر الطارئ كما لو كان ناتجاً عن الإنسان أو بفعل الطبيعة^(١)، فهو يعتد بالضرر سواء أصاب الإنسان أو المال، كالذي يصيب المؤجر أو المستأجر أو العين المأجورة، كأن يريد السفر مثلاً لتحقيق ربح أو العدول عن السفر أو تغيير الحرفة أو النشاط من الزراعة إلى التجارة أو العكس، على الرغم من إختلاف الفقهاء في المذاهب الإسلامية ما بين مؤيد ومعارض لهذه الحالات^(٢).

أما في القانون المدني فهو يعتد بالضرر المادي، الناتج عن موت المستأجر أو المؤجر أو إفسار أيّاً منهما وغيرها من الحالات التي تناولتها القوانين الوضعية بالتنظيم^(٣)، ويرى جانب من الفقه القانوني في العراق^(٤)، وفي مصر^(٥)، بأن الظرف الطارئ في عقد الإيجار تطبيقاً تشريعياً خاصاً لنظرية الظروف الطارئة^(٦)، وقد أيد ذلك

(١) أبو عبد الله محمد عبد الرحمن المالكي المغربي الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ج ٥، دار الرضوان للنشر والتوزيع، نواكشوط، موريتانيا، ط ١، ٢٠١٠م، ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣.

(٢) محمد عبد الله محمد ابن قدامة المقدسي، المغني في شرح مختصر الخرقي، ج ٥، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط ٣، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ص ٣٣٧، كذلك: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج ٨، دار ابن حزم للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م، ص ٤١٧، وأيضاً: تقي حسين الطباطبائي القمي، الغاية القصوى في التعليق على العروة الوثقى، محلاتي للنشر، قم، إيران، ط ١، ١٤٢٣هـ، ص ٧٩.

(٣) ينظر ص ٦٤ من الرسالة والتي تناقش موضوع حالات الظرف الطارئ في عقد الإيجار.

(٤) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج ١، في البيع والإيجار، مطبعة العاني، بغداد، ط ٣، ١٩٧٤م، ص ٣١٥، كذلك: د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، في القانون المدني، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط ١، ٢٠٠٩م، ص ٣٢٩، وأيضاً: د. حسون عبيد هجيج، منتظر فيصل كاظم، الوجيز في العقود المدنية المسماة، البيع والإيجار، دار الأيام للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠١٧م، ص ٣١١، وأيضاً: جمعة سعدون الربيعي، أحكام عقد الإيجار في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، ط ١، دون دار نشر، ١٩٩١م، ص ٧٩.

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، السنة ٦، العدد ١، ١٩٣٦م، ص ١٣٣، كذلك: د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، منشآت المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة خاصة، ٢٠٠٨م، ص ٣٠٨، وأيضاً: د. محمد حسين منصور، أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٥م، ص ٢٢٩.

(٦) د. أحمد علي محمد الحميدي السعدي، وقف العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط ١، ٢٠١٨م، ص ١٩٠.

ما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بأن الظرف الطارئ الخاص بعقد الإيجار يُعتبر تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة^(١)، إلا إن ذلك لا يعني التطابق التام، لأنه لو كان كذلك لانتفت الحكمة من أفراد النص الخاص بعقد الإيجار، ومما لاشك فيه هناك إختلاف بين الظرف الطارئ الخاص بعقد الإيجار والنظرية في أمرين:

الأول : من ناحية الأثر الذي يترتب عليهما: في عقد الإيجار تؤول النتيجة إلى انقضاء العقد إستناداً إلى نص المادة (٧٩٢)^(٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٦٠٨)^(٣) من القانون المدني المصري، بينما في الإستثناء العام والذي تنظمه نظرية الظروف الطارئة وفقاً للمواد (٢/١٤٦)^(٤) من القانون المدني العراقي و(٢/١٤٧)^(٥) من القانون المدني المصري، فإن الأثر المترتب عليها وهو رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول^(٦)، والمتمثل بتعديل العقد أمّا بزيادة التزامات الدائن أو إنقاص التزامات المدين أو وقف العقد مدة من الزمن إذا رأى القاضي مسوغاً لذلك الوقف، دون الوصول إلى إنهائه^(٧).

الثاني: من ناحية عمومية النص: تشترط نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث عاماً يشمل طائفة من الناس، ولا يقصد به من وجد في كل أجزاء البلاد، بل يكفي أن يشمل مجموعة معينة من الناس^(٨)، وهو ما أيدته محكمة التمييز الاتحادية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٩٨.

(٢) التي نصت على: "١. إذا كان الإيجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد..."

(٣) التي نصت على: "١. إذا كان الإيجار معيّن المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد..."

(٤) التي نصت على: "٢... جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول إن إقتضت العدالة ذلك..."

(٥) التي نصت على: "٢- جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول..."

(٦) يراد به: إختيار القاضي في حدود سلطته التقديرية الطريقة المناسبة لمعالجة الموقف وفقاً لمقتضيات العدالة وصولاً إلى الحد المعقول، بتقسيم الخسارة غير المألوفة بين المتعاقدين، ينظر: تحسين زاهر يونس، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أهل البيت (عليهم السلام)، الأردن، ٢٠١٧م، ص ٥٩.

(٧) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٨) د. محمد عبد الطاهر حسين، مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط ١، ٢٠٠٨م، ص ٢٤٦.

الإتحادية^(١)، كالأزلة أو الفيضانات^(٢)، أو إنتشار الوباء^(٣)، أو المظاهرات الشعبية^(٤)، وغيرها، بينما في عقد الإيجار يكفي أن يكون الطارئ متعلقاً بالمؤجر أو المستأجر وشخصي بهما^(٥).

في حين أعتبر جانب من الفقه أنّ النص الوارد في القانون بشأن عقد الإيجار، عند تحقق الظرف الطارئ هو أحد تطبيقات النظرية، إلا أنّ المشرع قد وسع فيه عن طريق تطبيقات حددت بموجب نصوص القانون^(٦)، وكان غرضه من ذلك هو إدخال بعض

(١) حيث قضت بأنّ: "الحوادث الإستثنائية العامة التي لم يكن في الوسع توقعها التي كانت سائدة بعد عام ٢٠٠٣، وما ترتب عليها من تحقق أحكام المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي..." ينظر: القرار رقم ٣٤٠٠/ هيئة إستئنافية/ عقار/ ٢٠٠٩، بتاريخ ٢٠١٠/١/٢٨م، ورد لدى د. أحمد سمير محمد، مصدر سابق، ص ٣٨.

(٢) اعتبر القضاء العراقي أن فيضان عام ١٩٤٥م ظرفاً طارئاً، وذلك في القرار رقم ١٥٦٥، حقوقية/ ٩٥٦ في ٥٦/١١/٢٧، وهيئة عامة ٢٨٤/حقوقية/ ٩٧٥ في ٩٥٧/٣/٢٧، ينظر: إسماعيل العمري، نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني وتطبيقاتها القضائية، مؤسسة الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، ١٩٧٤م، ص ١٤٨، وقضت محكمة تمييز العراق بأنّ "الأمطار الغزيرة التي كانت غير متوقعة ظرفاً طارئاً لأنها إستثنائية في غزارتها وشدتها فهي بمثابة الحدث الطارئ العام" ينظر: حكم رقم ١٩٩٩/١٩٦٩، جلسة ١٩٧٠/٤/٤م، ورد لدى: د. صفاء تقي عبد نور العيسوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، ٢٠٠٥م، ص ٤٣.

(٣) قرار رقم ٧١٥/ حقوقية/ ٩٥٩ الموصل، جلسة ١٩٥٩/٤/٨م، جاء فيه: "إنتشار مرض الحمى القلاعية بين الأغنام تعتبر من الظروف الطارئة"، ورد في: سلمان بيات، القضاء المدني، ج ٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ط ١، ١٩٦٢م، ص ١٦٠.

(٤) إلا إنّ محكمة استئناف بابل الإتحادية/الهيئة الإستئنافية الأولى، في قرارها المرقم ٣٣١/س/ ٢٠٢١، بتاريخ ٢٠٢١/٤/٢٨م (غير منشور)، قد قضت برد الدعوى المقامة بخصوص طلب إنقاص الأجرة المفروضة على المدعي بسبب المظاهرات الشعبية والتي تسببت بخسائر ظاهرة له، والذي كان قد أستأجر الساحة الشمالية المخصصة لوقوف السيارات الواقعة داخل بناية جامعة بابل لمدة سنة كاملة ابتداءً من تاريخ ٢٠١٩/٥/٨م ولغاية ٢٠٢٠/٥/٧م، حيث اعتبرت المحكمة أن ظروف التظاهر في العراق قد أصبحت مألوفة أثر الظروف السياسية والاجتماعية السائدة في البلد هي متوقعة لدى كل متبصر في شأنه.

(٥) د. سمير عبد السيد تناعو، مصادر الإلتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط ١، ٢٠٠٩م، ص ١٦٦.

(٦) وفقاً للمادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٠٨) من القانون المدني المصري.

التعديلات على المبدأ العام من أجل أن يعمد المشرع بما له من سلطان إلى تطبيق المبدأ تطبيقاً تشريعياً عن طريق النص عليه، حيث يكون الجزاء الذي وضعه في النص الوارد في عقد الإيجار هو الجزاء نفسه الذي وضعه المشرع في النص العام، حيث لم يُجزز للمتعاقد المرهق التحلل من العقد دون أن يتحمل نصيبه من الخسارة، عن طريق مراعاة مواعيد التنبيه بالإخلاء والتعويض العادل^(١).

في حين اعتبره البعض الآخر بأنه مبدأ خاصاً قائماً بذاته وليس تطبيقاً تشريعياً لنظرية الظروف الطارئة، مستندين في رأيهم هذا إلى نفس الاختلافات الواردة آنفاً^(٢)، وكذلك من أجل إعادة التوازن الإقتصادي للعلاقة العقدية على نحو يحقق العدالة ويساعد في استمرار العقد^(٣)، فهذا التوازن الذي وضعه المشرع هو أمر مفروض^(٤)، وعلته أنه لم يشأ أن يترك أمر الحادث الاستثنائي للقاضي يقدره تقديراً ذاتياً وإنما له معايير يتوجه إليها، وكل ما أشرطه المشرع في المواد محل الذكر آنفاً هو أن يكون الطارئ الاستثنائي عاماً، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية^(٥).

أمّا في القانون المدني الفرنسي المعدل، فوفقاً لنص المادة (١١٩٥) منه فإن نظر القاضي للعقد يعتبر الخطوة الأخيرة في عملية مراجعة العقد، وهو يتحقق في حالة فشل

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، مصدر سابق، ص ٨٥٩.
(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٦٠م، ص ١٣٧، كذلك: د. محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٦٧م، ص ٣٠٠، وأيضاً: د. جواد كاظم جواد سميسم، دور المدة في عقد الإيجار، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١١م، ص ١٣٤ وما بعدها.

(٣) د. محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في مصادر الإلتزام، ج١، دون دار نشر، ط١، ١٩٩٨م، ص ١٩٣، كذلك: د. عبد الله مبروك النجار، مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط٢، ٢٠٠٢م، ص ١٣٨.

(٤) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، مصادر الإلتزام، المجلد الثاني، آثار العقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجيهات التشريعية والقضائية الحديثة، وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام ٢٠١٦م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٨م، ص ٧٣ — ص ٧٤.

(٥) طعن رقم ٦٧٧ لسنة ٦٩ قضائية، جلسة ٢٠١٢/١٢/١٠م، المكتب الفني، سنة ٦٣، قاعدة ٨٨، ص ٥٨٩.

التفاوض من قبل الأطراف، أو حتى محاولة التوفيق تحت رعايتهم، ويكون متابعة القاضي للعقد بموجب طلب أحدهما، ويؤيد بعض الفقه الذي يرى أنه من المفيد بلاشك ترك قدر لا بأس به من الحرية للقاضي فيما يتعلق بالحلول التي يمكنه تبنيها عند مراجعته للعقد، فربما يختار إنهاء العقد، الأمر الذي يكون مصحوباً بأضرار وبالتالي يتم التعويض عنه، أو أن يتم اللجوء إلى حل يسمح بالمحافظة على العلاقة العقدية وبالتالي تستمر عملية التنفيذ، وهو الخيار الأفضل من حيث المبدأ، إلا أنه يشترط في كل ذلك مراعاة الحالات التي لا يسمح فيها الخلاف بين الطرفين بمواصلة النظر في العلاقة التعاقدية عن طريق استمرار تنفيذ العقد بطريق إجبار أحدهما على ذلك، وهذه الفكرة التي عبرت عنها المادة (١١٤٢) من قانونه المدني، التي أقرت بعدم إجبار شخصاً ما بفعل شيئاً لم يعد يرغب في القيام به بشكل فعال^(١)، على الرغم من أن نص المادة (١١٩٥) من القانون ذاته لم تبين أي توجيه أو ضابط يمكن للقاضي أن يستعين به لممارسة هذه السلطة^(٢)، وتجدر الإشارة إلى أنه قد تم إنتقاد المدة التي يتم بموجبها تحديد ما سيؤول إليه العقد في عرض المادة ذاتها، والتي وصفت بـ"المعقولة"، من حيث أنه قد يستغرق قرار القاضي في حد ذاته، بضعة أشهر أو حتى سنوات، ليتم إصداره في النهاية، على اعتبار أنه قد يأتي بنتائج عكسية، لأن واقع الحال ووفقاً للفقرة الأولى من المادة آنفاً تلزم الطرف المتضرر من الظروف المتغيرة بالإستمرار في تنفيذ العقد طوال مدة إعادة التفاوض، أي تحمل الخسارة ريثما يتدخل القاضي، ولحين البت

(1) Hugues Bouthinon-Dumas, LES CONTRATS RELATIONNELS ET LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION, Article in, De Boeck Supérieur-«Revue internationale de droit économique», 2001/3 t. XV, 3, p.372.

(٢) على الرغم من أن القانون الفرنسي كان يحظر على القاضي التدخل في العقد من خلال إعادة التوازن العقدي المختل بين المتعاقدين عند تحقق ظروف غير متوقعة، إيماناً منه بالقوة الملزمة للعقد، ولكن عند صدور الأمر التشريعي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦م المعدل لقانون العقود الفرنسي لعام ١٨٠٤م أبدت محكمة النقض الفرنسية قدراً من المرونة لإعادة النظر في العقد عند تغير الظروف، انظر: د. حيدر فليح حسن، أثر جائحة كورونا على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد ١، ٢٠٢٠م، ص ٤٣٥.

في هذه الحالة^(١).

وعلى كل حال فالظرف الطارئ الخاص يخول للمتعاقد المضرور سواء كان المؤجر أو المستأجر بالخلاص من التزاماته وإنهاء ذات العقد، وبالتالي فإنه وفقاً لما تم ذكره آنفاً فإن الطارئ الخاص أوسع من النظرية من ناحية الشروط والأثر المترتب^(٢)، وبدورنا نؤيد ما ورد على لسان الفقهاء الذين ذهبوا إلى إعتبار أن الظرف الطارئ الخاص يختلف عن نظرية الظروف الطارئة ولنفس الأسباب آنفاً.

(1) CHAZEAU Dorine, L'IMPACT DE L'INTRODUCTION DE L'ARTICLE 1195 DU CODE CIVIL SUR LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE, Master, Université Paris II Panthéon-Assas, 2016 – 2017, p.26, p.27.

(٢) د. عبدالفتاح عبدالباقي، أحكام القانون المدني المصري، عقد الإيجار، الأحكام العامة، ج٢، دار الكتاب العربي، مصر، دون طبعة، ١٩٨٤م، ص٥١٧ – ص٥١٨.

المبحث الثاني

شروط أعمال الظرف الطارئ في عقد الإيجار

عند وجود حالات إستثنائية تتناول مسألة ما فإنّ الواقع العملي للعقد كعقد الإيجار، أثبت أنها إذا توافرت في الفترة الواقعة ما بين إبرام العقد ومرحلة تنفيذه وقبل انقضاء مدته تجعل من الإستمرار بالتنفيذ متعسراً بحيث يصيب أحد المتعاقدين بضرر لا يستطيع تحمله، فنجد أنّ الغالب في الفقه الإسلامي أو القوانين الوضعية تتناول هذه الإستثناءات بالتنظيم من أجل أن لا يتم التوسع فيها وعدم القيام بالإستغلال من قبل الطرف الذي يدعي الإرهاق، لذلك فإنّها قد وضعت آلية من أجل أن يستند إليها من يعاني الضرر والإرهاق، وبالتالي يكون له الحق بالمطالبة بإتخاذ إجراءات معينة لمواجهة هذه العقبة، إلّا إنّ الأضرار سواء وقعت على عاتق المؤجر أو المستأجر فلا بد من أن تتوفر فيها جملة من الشروط حتى تعتبر ظرفاً طارئاً إستثنائياً، وهذا ما سنناقشه في مبحثنا، والذي سيقسم بدوره على مطلبين، حيث سيتضمن الأول منه شرط أن يكون عقد الإيجار محدد المدة، وتحقق الظرف الطارئ أثناء التنفيذ، أمّا في الثاني فسيتناول شرط إستحالة توقع الظرف الطارئ، وإرهاق أحد المتعاقدين.

المطلب الأول

العقد محدد المدة وتحقق الظرف أثناء التنفيذ

حتى يُعتبر الظرف الطارئ متحققاً في عقد الإيجار فإن الأمر يتطلب توافر عدد من الشروط حتى يمكن تطبيقه، ليتمكن المضرور منه سواء المؤجر أو المستأجر من التمسك والإحتجاج به، وبالتالي يكون له الحق في المطالبة باتخاذ مايلزم لمجابهته في مواجهة المتعاقد الآخر، وهو ما سنتناوله في مطلبنا من خلال فرعين كالآتي:

الفرع الأول

عقد الإيجار محدد المدة

يُعتبر عقد الإيجار من العقود الزمنية، وهذا يدل على الفرق ما بين هذه العقود والعقود فورية التنفيذ^(١) والتي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها^(٢)، مثال ذلك: إنَّ المؤجر لا يستطيع أن يقدم للمستأجر (كيلو) من الإنتفاع، وإنما يقدم له مدة محددة، كسنة من الإنتفاع بحسب مقتضيات العقد المبرم بين المتعاقدين^(٣).

وفي الفقه الإسلامي يرى الحنفية أنَّ الإيجار يصح على أية مدة سواء أكانت قصيرة أو طويلة إلاَّ أنَّه لا بد من ذكرها عند إبرام العقد كسكن الدار لمدة سنة، أو زرع الأرض لمدة معلومة^(٤) وما دامت كذلك فالمنفعة تكون مثلها^(٥)، إلاَّ أنهم لم يشترطوا تعيين المدة

(١) فالعقد الفوري يقوم على إشباع حاجات ذات الإشباع الفوري، ولذلك يتم إستبعاد الزمن من بين عناصره، أمَّا مستمر التنفيذ أو ما يسمى بعقد التنفيذ الممتد، فهو ينصب على أداء مستمر أو دوري، ينظر: د. المحمدي أحمد أبو عيسى، إنحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية علمية وعملية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٤م، ص٢٥.

(٢) د. عبد ربه محمد البوشواري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دون دار نشر، ط١، ٢٠١٠م، ص٢٧ - ص٢٨.

(٣) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج١، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، نظرية الإلتزام، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط١، ١٩٨٢م، ص٤٩٨.

(٤) محمد عبد العزيز حسن زيد، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، ط١، ١٩٩٦م، ص١٩.

(٥) أبو بركات عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق في الفقه الحنفي، ج٥، دار السراج وشركة البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١١م، ص٥٤٣.

إبتداءً وإلى ذلك ذهب الإمامية^(١)، والشافعية^(٢)، وجاء عن الحنابلة أنهم اشترطوا أن يكون العقد محدد المدة كيوم أو شهر أو سنة^(٣)، لأن المدة في عقد الإيجار هي الضابطة للمعقود عليه فوجب أن تكون معلومة^(٤)، وقد عبر الكاساني في البدائع عن ذلك بقوله "لما كانت المساواة في العقود مطلوبة للعاقدين فإنّ هذه المساواة يجب أن تتحقق لا عند التعاقد فقط، بل طوال مدة عقد الإيجار بإعتباره من عقود المدة فهو ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئاً فشيئاً"^(٥)، وجاء عن السرخسي قوله: "عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد إنعقادها على حسب حدوث المنافع"^(٦)، فمففعة الشيء المؤجر لا تمنح للمستأجر إلاّ إلى أجل معين، فلا يتصور أن تكون إلتزامات المتعاقدين فيه منفصلة عن الزمن، حيث يحال الزمن إلى تقدير الإلتزامات كل من منهما^(٧).

وإلى نفس ذلك ذهب القانون الوضعي في أنّ عقد الإيجار من عقود المدة الذي يرتبط بتنفيذه بمدة زمنية معينة، ينتفع خلالها المستأجر بالشيء المأجور مقابل الإيفاء

(١) محمد فاضل اللكراني، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الإجارة، مركز فقه الأئمة الأطهار، قم، إيران، ط٢، ١٤٢٣هـ، ص١١٧.

(٢) عبد الغني بن طالب الدمشقي، الباب في شرح الكتاب، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون سنة نشر، ص٨٨.

(٣) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، كتاب الإجارة، عالم الكتب للنشر، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٣م، ص٢٤٠.

(٤) ظفر أحمد العثماني التهانوي، إعلاء السنن، ج١٦، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط٣، ١٤١٥هـ، ص١٥٧.

(٥) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، المكتبة الحبيبية كانسي رود حاجي، باكستان، ط١، ١٩٨٩م، ص١٣٦.

(٦) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج١٥، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ص٧٥.

(٧) د. رمضان أبو السعود، العقود المسماة، القسم الثالث، شرح أحكام القانون المدني، الكتاب الثالث، عقد الإيجار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون طبعة، دون سنة نشر، ص٦٦٠، كذلك: د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج٢، الإيجار، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٨م، ص١٤.

ببديل الإيجار، استناداً إلى نص المادة (٧٢٢)^(١) من القانون المدني العراقي، والمادة (٥٥٨)^(٢) من القانون المدني المصري، والمادة (١٧٠٩) من القانون المدني الفرنسي^(٣).

وعادة ما يحصل الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه إلا إن الحنفية قد تناولوا حالات يطرأ فيها الظرف الطارئ قبل إبرام العقد دون أن يكون المستأجر عالماً بحصوله إلا بعد أن قام بتنفيذ العقد وبالتالي فإن خيار إنهاء العقد يثبت له أيضاً، كما لو أستأجر دابة وبعد استخدامها اكتشف أنها عرجاء أو تعثر ظهرها فله الفسخ بخيار العيب، وله أن يمضي فيه إذا وافق عليه، فالظرف الطارئ هنا تحقق قبل انعقاد العقد إلا أنه اكتشف بعد التنفيذ^(٤)، أو أن يستأجر شخصاً لخدمته وعند تنفيذه للعقد يكتشف أنه ضعيف البصر وهذا ظرف طارئ قبل إبرام العقد فله التمسك به، وذهب الشافعية إلى ذلك أيضاً^(٥)، في ما إذا تحقق الظرف الطارئ سواء كان سابقاً للعقد أو بعد القبض أو حادثاً في يد المستأجر ثم ظهر العيب قبل مضي مدة العقد، فالمستأجر مخير ما بين الفسخ أو الإبقاء عليه وإن جاز بجميع الأجرة، فالزمن في عقد الإيجار عنصر متلازم للإستيفاء من قبل المتعاقدين ولا ينفصل عنه لأنه معيار بالنسبة للمستأجر أو أنه يعتبر مقصر الأداء بالنسبة لمن عليه الحق وهو المؤجر، فبوجود المدة يتصور عندها طروء الظرف الطارئ^(٦).

(١) التي عرفت عقد الإيجار: "تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بالمأجور".

(٢) التي عرفت عقد الإيجار: "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم".

(٣) التي عرفت عقد الإيجار: "إن إجارة الأشياء عقد يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين أن يولي المتعاقد الآخر حق الإنتفاع بشيء لمدة معينة مقابل بدل يلتزم هذا المتعاقد أدائه إليه"، ينظر: آلان بينابنت، القانون المدني، العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٤م، ص٢٥٣.

(٤) يوسف إبراهيم الأردبيلي، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، دار الضياء للنشر والتوزيع، الكويت، ط١، ٢٠٠٦م، ص٤٢٣.

(٥) إبراهيم علي يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج٣، دار القلم للنشر، سورية، والدار الشامية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، ص٥٤٨ وما بعدها.

(٦) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المعين، ج٥، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط٣، ١٩٩١م، ص٢٣٩.

وفي القانون الوضعي فقد نصت على ذلك صراحة المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي بالقول: "إذا كان عقد الإيجار محدد المدة..."^(١) والمادة (٦٠٨) من القانون المدني المصري التي نصت على: "إذا كان الإيجار معين المدة..." بمعنى ان الظرف الطارئ يتحقق قبل إنقضاء مدة العقد بشرط أن تكون هذه الأخيرة محددة^(٢)، لأن المشرع يرى من ذلك أنّ تنفيذ الإلتزام يرهق كاهل الطرف المتعاقد الذي وقع عليه الظرف الطارئ إذا كانت مدة العقد معينة ومحددة إذ إنّ الأمر يجعله ينتظر إلى نهاية المدة، وهذا يزيد من إرهابه وبالتالي يسبب له خسارة فادحة، لأن المدة قد تطول وبالتالي يطول إرهابه، فأجاز له المشرع بالإحتجاج بالإرهاب قبل إنقضاء مدته، ويسري هذا النص على كل إيجار معين المدة سواء كانت العين المؤجرة عقاراً أم منقولاً^(٣)، أمّا إذا كان عقد الإيجار غير محدد المدة جاز إنهاء العقد لمجرد التنبيه بالإخلاء بعد نهاية فترة دفع الأجرة، لأنّه لو أصاب المتعاقد ظرفاً طارئاً فأسوأ الأحوال أنّ أكثر ما يصيب المضرور هو دفع أجرة شهر واحد وبالتالي يثبت له إنهاء العقد متى شاء^(٤)، وعلى ذلك لم تكن ثمة حاجة إلى الإستناد إلى النصوص التي منحت المتعاقد

(١) وللغرض العراقي تطبيقات بهذا الشأن من خلال قرارات محكمة التمييز الإتحادية ومنها: القرار التمييزي المرقم، ١٠٥٥/حقوقية/٦٩٠- خانقين، التي أقرت فيه "لدى التدقيق والمداولة وجد أن المحكمة أصدرت قرارها برد الدعوى دون أن تلاحظ أن القانون المدني قبل مبدأ فسخ الإيجار لعذر بالمادة ٧٩٢ منه حيث أعطت لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد قبل إنقضاءه إذا حدثت ظروف من شأنها... فكان على المحكمة التثبت من الظروف التي تمسك بها المميز بها في دفعه فإن تحققت تحكم بفسخ الإيجار..."، ينظر: إسماعيل العمري، مصدر سابق، ص ٧٣ وما بعدها.

(٢) بخلاف المادة (٧١٠) من القانون المدني الأردني التي لم تشترط أن يكون عقد الإيجار محدد المدة من أجل طلب فسخ العقد للطرف الطارئ، ينظر: د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١م، ص ٣٦٣.

(٣) د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، دار المعارف للنشر، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٥٧م، ص ٦١٦، كذلك: د. توفيق حسن فرج، عقد الإيجار دراسة لأحكام قوانين الإيجارات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٤م، ص ١٥٤.

(٤) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، منشآت المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة خاصة، ٢٠٠٨م، ص ٣١٧.

المرهق الإحتجاج بالظرف الطارئ والتمسك به^(١)، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ذلك بالقول: "إذا كان عقد الإيجار غير محدد المدة يكفي أن يلجأ الطرف الذي يحس إرهاباً إلى حقه في تنبيه الطرف الآخر بالإخلاء في المواعيد المبينة بالمادة (٧٦١) من المشروع والتي تقابل المادة (٥٦٣) من القانون المدني المصري النافذ"^(٢).

إلاّ إنّ هناك من الفقهاء من أعترض على هذا الحكم وأعتبر أن هذه التفرقة غير عادلة في جميع أحوالها في حالة إذا كان هناك عقد إيجار غير محدد المدة فإنّه في طبيعة الحال يسري العقد للمدة التي تدفع فيها الأجرة، فقد تكون هذه المدة سنة كما هو الحال في إيجار الأراضي الزراعية والذي يقضي بأنّه حتى لو لم تحدد فإنّ زراعتها قد تسري مدة من الزمن ففي مثل هذا الوضع لا يمكن إنهاء العقد للظرف الطارئ في حال تحققه إلاّ بانتهاء المدة وشرط التنبيه يكون بحسب ما هو مقرر في القانون، حيث يسبب هذا الوضع ضرراً أشد مما لو كان العقد معين المدة^(٣)، وهناك من أيد هذا الرأي وذهب إلى تبني إقتراح يقضي بأن يرد الظرف الطارئ في العقد غير محدد المدة أيضاً والذي تدفع فيه الأجرة كل سنتين وأحتجوا في هذا أنّ العقدين مهددان بالظرف الذي يتمثل بالطارئ^(٤)، ونحن نتفق مع الرأي الأخير من أجل التخفيف عن كاهل المتضرر من الظرف الطارئ.

ويلاحظ أنّ بعض الفقه لا يساير المشرع في قصره على إنهاء عقد الإيجار عند تحقق الظرف الطارئ في حالة إذا كان الإيجار معين المدة، لأن الفترة التي يتم تعيينها لدفع الأجرة في بعض العقود قد تكون أطول من العقد المحدد وبالتالي يكون الطرفان في حاجة إلى إنهاء عقد الإيجار بسبب الظرف الطارئ^(٥)، مثال ذلك: إذا كان هناك عقدان أحدهما عينت مدته بسنة والعقد الآخر لم يتم تعيين مدته، مع ملاحظة أنّ المدة

(١) د. سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، دار الجامعات المصرية للنشر، القاهرة، مصر، ط٢، ١٩٥٤م،

ص٥٣٨، وينظر أيضاً: د. حسون عبيد هجيج، مصدر سابق، ص٣١١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، ص٥٩٩.

(٣) د. حمدي عبد الرحمن، عقد الإيجار وفقاً للقانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، دار الفكر العربي، دون طبعة، ١٩٧٥م، ص٣٠١.

(٤) د. جواد كاظم جواد سميسم، دور المدة في عقد الإيجار، دراسة تحليلية مقارنة، مصدر سابق، ص١٣٤.

(٥) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، عقد الإيجار في القانون المدني الجديد، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط٥، ٢٠٠١م، ص١١٧١.

لدفع الأجرة هي سنة فإن حدث لأحد المتعاقدين ظرفاً طارئاً عند بداية مدة العقد وأصبح العقد مرهقاً له عندها يستوجب الأمر إنهاء العقد، ففي حالة العقد الأول والذي تم تعيين مدته فإنه يلزم الأمر التنبيه بالإخلاء بحسب ما ورد في النصوص، وفقاً للمادة (٧٤١)^(١) من القانون المدني العراقي، والمادة (٥٦٣)^(٢) من القانون المدني المصري، وهي المدة التي يحتمل فيها الإرهاق، أمّا بالنسبة إلى العقد الآخر والذي لم يعين مدة عند إبرامه فعندها يلزم التنبيه بالإخلاء قبل إنقضاء مدة السنة بثلاثة أشهر وهنا يتحمل المتعاقد الذي أصابه الإرهاق هذا الإلتزام لمدة سنة والتي تم بموجبها دفع الأجرة^(٣).
ويلاحظ أن نص المادة (١/١١٣٥) من مشروع كاتالاً^(٤) الفرنسي قد نصت على إنه:

(١) حيث نصت على: "إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير محددة أو إذا تعذر إثبات المدة المدعى بها فيعتبر الإيجار منعقداً للمدة المحددة لدفع الأجرة وينتهي بإنقضاء هذه المدة بناء على طلب احد المتعاقدين إذا هو نيه المتعاقد الآخر الإخلاء في المواعيد الآتي بيانها: (أ) في الأراضي إذا كانت المدة المحددة لدفع الأجرة ستة أشهر أو أكثر يكون التنبيه بثلاثة أشهر فإذا كانت المدة أقل من ذلك كان التنبيه قبل نصفها الأخير، كل هذا مع مراعاة حق المستأجر في المحصول وفقاً للعرف، (ب) في المنازل والحوانيت والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن وما إلى ذلك، إذا كانت المدة المحددة لدفع الأجرة أربعة أشهر أو أكثر، يكون التنبيه قبل انتهائها بشهرين، فإذا كانت المدة أقل من ذلك كان التنبيه قبل نصفها الأخير، (ج) في المساكن والغرف المؤثثة وفي أي شيء غير ما تقدم، إذا كانت المدة المحددة لدفع الأجرة شهرين أو أكثر يكون التنبيه قبل نهايتها بشهر واحد فإذا كانت المدة أقل من ذلك كان التنبيه قبل نصفها الأخير".

(٢) التي نصت على: "إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة، وينتهي بإنقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نيه على المتعاقد الآخر بالإخلاء في المواعيد الآتي بيانها: (أ) في الأراضي الزراعية والأراضي البور إذا كانت المدة المعينة لدفع الأجرة ستة أشهر أو أكثر، يكون التنبيه قبل إنتهاؤها بثلاثة شهور، فإذا كانت المدة أقل من ذلك، وجب التنبيه قبل نصفها الأخير، وكل هذا مراعاة حق المستأجر في المحصول وفقاً للعرف، (ب) في المنازل والحوانيت والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن وما إلى ذلك إذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة أربعة شهور أو أكثر وجب التنبيه قبل إنتهاؤها بشهرين، فإذا كانت الفترة أقل من ذلك وجب التنبيه قبل نصفها الأخير، (ت) في المساكن والغرف وفي أي شيء غير ما تقدم إذا كانت الفترة المعينة شهرين أو أكثر، وجب التنبيه قبل نهايتها بشهر، فإذا كانت أقل من ذلك وجب التنبيه قبل نصفها الأخير".

(٣) د. أحمد شرف الدين، عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن المبنية، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٦م، ص٢١٩.

(٤) هو المشروع التمهيدي لتعديل قانون العقود الفرنسي الجديد، بقيادة الأستاذ Pierre Catala، والذي يتناول نظرية الظروف الطارئة في المواد (١/١١٣٥، ٢/١١٣٥، ٣/١١٣٥) والتي بينت آلية مواجهة إحتلال التوازن الأساسي للأداءات المتبادلة بفعل الظروف الطارئة والتي تؤدي إلى فقدان مصلحة أحد العاقدين، ينظر: د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص٧٨ وما بعدها.

"في العقود مستمرة أو دورية التنفيذ، يجوز أن يتعهد الأطراف بالتفاوض على تعديل العقد المبرم بينهم، عندما يخلل التوازن الأصلي..."^(١)، إن ما ورد في النص أعلاه قد حدد نطاق أعمال الظروف الطارئة بالعقود المتعاقبة أو المتتابعة وهي التي تنفذ على دفعات، إلا أنها لم تشترط أن يكون العقد محدد المدة، حيث يتصدر هذا النص كيفية مواجهة إخلال التوازن العقدي نتيجة الظروف حيث نجد أن المشرع الفرنسي قد عرض لتفصيل حل هذه المسألة عن طريق الحل التفاوضي وهذا ما أكدته واضعو المشروع أعلاه عند عرضهم للأسباب الموجبة للنصوص المقترحة^(٢)، لذلك نجد إن سلطة الأطراف لها دوراً كبيراً في هذا المجال بالإضافة إلى مجال آخر وهو أخذ الحيطة في العقد لتلافي صعوبات التنفيذ المقبلة عن طريق المفاوضات، وهذا الأمر ينطبق على عقد الإيجار على إعتباره من العقود المستمرة التنفيذ.

الفرع الثاني

تحقق الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد

من المقرر في الفقه الإسلامي وبإتفاق المذاهب الإسلامية بأن عقد الإيجار من العقود الملزمة للجانبين^(٣) فيما إذا أنعقد صحيحاً وبتراضي المتعاقدين ومستوفياً لشروطه وأحكامه، وبالتالي لا يملك أحدهما فسخه قبل إنتهاء مدته^(٤) إلا بالإتفاق فيما بينهما أو

(١) نقلاً عن: د. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، ٢٠١٦_ ٢٠١٧م، ص ٢٢٧.

(٢) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، مصادر الإلتزام، المجلد ٢، نفس المصدر، ص ٧٨.

(٣) محمد حسين الأصفهاني، فقه الإجارة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، إيران، ط ٢، ١٤٠٩هـ، ص ١٩، كذلك: تقي حسين الطباطبائي القمي، مصدر سابق، ص ٤٢، كذلك: علاء الدين بن مسعود الكاساني الحنفي، ج ٤، مصدر سابق، ص ٢٠١، وأيضاً: عبد الوهاب نصر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ٢٠٠٤م، ص ١٥٨، وأيضاً: منصور صلاح الدين البهوتي، المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط ١، ٢٠٠٦م، ص ٤٨٥، وأيضاً: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ٢٠١٠م، ص ٤٠٧.

(٤) أبو القاسم نجم الدين جعفر، المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٢٥، كذلك: عبد الوهاب الشعراني، الميزان، ج ٣، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ص ١٣٠.

بما يكون مقتضياً بحكم الشرع^(١)، ولأنه من عقود المعاطة^(٢)، فهو ملزم^(٣)، وإذا قام أحدهما بفسخ العقد من دون مبرر، فيعتبر الأخير كأنه لم يكن ويبقى المتعاقد ملزماً بالعقد تجاه الآخر^(٤)، وعليه فالظرف الطارئ حالة تطرأ على العقد تجعل من استمراره أمراً مرهقاً لأحد المتعاقدين عند توافر شروطه وتحقيق آثاره، وتوقعه بضرر بالغ لم ينشأ عن العقد ذاته، بمعنى أن هذا الضرر لم يحصل نتيجة الإلتزام المتبادل بين الأطراف بل بسبب ظرف خارجي وقع ليس لأحدهم دخل في تحقيقه، وفي حالة إذا أغتصبت العين المأجورة من المؤجر فيثبت عندها الخيار للمستأجر بطلب فسخ العقد إلا إذا تمكن المؤجر من إستعادة العين المأجورة من الغاصب، وهنا يستطيع المستأجر أن يتحمل الفترة التي يتمكن بها المؤجر من إستعادة العين المأجورة^(٥)، وما يؤكد ذلك بعض الفقهاء أنه إذا قدر المغصوب منه على خلاص ما غصب منه من مال ولم يفعل فالظاهر أنه لا تنفسخ الإجارة إذ يلزم تخليصه بالمال، حيث لا يقدر على خلاصه إلا به ويرجع به على ملك الشيء الذي خلصت له^(٦).

(١) محمد حسين فضل الله، فقه الإجارة في شرح العروة الوثقى، دار الملاك للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٨م، ص٩.

(٢) أي ما يشترط من الثمن في عقد البيع يشترط أيضاً في عقد الإيجار، ينظر: محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع، باب الإجارة، ج٣، دار يوسف بن تاشفين ومكتبة الإمام مالك، موريتانيا، ط١، ٢٠٠٥م، ص٥٤١ وما بعدها، وفي القانون يسمى بعقد "المعاوضة" والمقصود منه: "العقد الذي يجري فيه التبادل فيما بين العاقدین للحقوق المالية على نحو يحصل فيه كل منهما في العقد على مقابل لما قدمه إلى الطرف الآخر" كذلك: د. محمود المظفر، مصادر الإلتزام، نظرية العقد، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار المثني للطباعة والنشر، بغداد، العراق، ط٤، ٢٠١٠م، ص٥٣، وأيضاً: د. عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة في القانون الوضعي والفقه، دار التوفيق النموذجية للطباعة، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٨٩م، ص٣١٦ وما بعدها.

(٣) محمد أحمد عبد العزيز الفتوح الحنبلي، الشهير بابن نجم، معونة أولي النهى شرح المنتهى، ج٦، دون دار نشر، ط٥، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص١٦٩.

(٤) شمس الدين أبي عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، ج٢، باب الإجارة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٢م، ص١٧٩.

(٥) شهاب الدين القليوبي، وشهاب الدين البرلسي، حاشيتا قلوبوي وعُميرة على منهاج الطالبين للنووي، ج٣، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، ط٣، ١٩٥٦م، ص٨٤ - ٨٥.

(٦) د. محمد محي الدين إبراهيم، مصدر سابق، ص٤٧٢.

وفيما يتعلق بالقوانين محل المقارنة فإنّ عقد الإيجار يعتبر من العقود التبادلية، ويراد منه بأنه: العقد الذي يجري فيه التبادل فيما بين المتعاقدين للحقوق المالية على نحو يحصل فيه كل منهما في العقد على مقابل لما قدمه إلى الطرف الآخر بالأجرة أو الإنتفاع^(١) من حيث أنّه يولد التزامات متقابلة تقع على عاتق كل من طرفيه، فالمؤجر يلتزم بتسليم المأجور إلى المستأجر مع تمكينه من الإنتفاع به وبالحالة التي عليها وقت العقد وذلك بمقتضى نص المادة (٧٤٢)^(٢) من القانون المدني العراقي^(٣) والمادة (٥٦٤)^(٤) من القانون المدني المصري والمادة (١٧١٩)^(٥) من القانون المدني الفرنسي وإصلاح المأجور إذا احتاج إلى ذلك^(٦)، في مقابل التزام المستأجر بالوفاء بالأجرة وبإجراء الترميمات

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٦٦م، ص ٤٠، كذلك: د. عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، مصدر سابق، ص ٣١٦ ومابعدھا، وأيضاً: د. محمود المظفر، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٢) التي نصت على: "على المؤجر بعد قبضه الأجر المسمى المشروط تعجيله، أن يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي عليها وقت العقد..."، والمادة (٧٤٣) التي نصت على: "تسليم المأجور يكون بإجازة المؤجر وترخيصه للمستأجر في أن ينتفع به بلا مانع ويلزم أن يبقى المأجور في يد المستأجر بقاء متصلاً مستمراً إلى إنقضاء الإجارة".

(٣) والمادة (٨) من قانون إيجار العقار رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٩م المعدل التي نصت على: "على المؤجر أن يسلم المأجور للمستأجر بحالة تصلح للإنتفاع به، وفق العقد".

(٤) التي نصت على: "يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجر وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تقي بما أعدت له من المنفعة وفقاً لما تم عليه الإتفاق أو لطبيعة العين".

(٥) التي نصت على: "يلزم المؤجر بحكم طبيعة العقد، ومن دون حاجة لأي شر خاص: ١_ بتسليم المأجور الى المستأجر، ٢_ بصيانة المأجور وإيقائه بحالة تسمح بإستعماله للغرض الذي أجر لأجله، ٣_ يجعل المستأجر ينتفع به بسلام أثناء مدة الإيجار"، حيث أوجبت هذه المادة على المؤجر وضع المأجور في حيازة المستأجر وأن يؤمن تمتع هذا الأخير خلال الوقت المتفق عليه، ينظر: جبروم هويه، المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، المجلد الأول/ القسم الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ط ١، ٢٠٠٣م، ص ٧١٤.

(٦) المادة (١/٧٥٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "١. على المؤجر إصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور أدى إلى إخلال في المنفعة المقصودة منه...."، وأكدت ذلك محكمة التمييز الاتحادية على ذلك، رقم الحكم ٨٠٥، بتاريخ ١٨/٦/٢٠٠٧م، والمادة (١/٥٦٧) من القانون المدني المصري، والمادة (٢/١٧٢٠) من القانون المدني الفرنسي.

التأجيرية^(١)، وعدم استعمال المأجور خلافاً لما تم الإتفاق عليه في العقد^(٢)، وأن لا يسيء إلى سمعة المؤجر، وأن لا يلحق أضراراً بالمأجور^(٣)، ووفقاً للإستثناء العام الذي ورد النص عليه في القوانين محل المقارنة، فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة^(٤)، وجود عقد يتراخى تنفيذه عن وقت إبرامه، كما هو الحال في عقد الإيجار والذي يعد من العقود المستمرة التنفيذ بحسب تحديد المدة بالإتفاق ما بين المتعاقدين أو في حالة عدم وجود الإتفاق، فالمدة في عقد الإيجار يمكن أن تكون ساعة أو يوم أو أسبوع أو سنة أو حتى أشهر أو أية مدة زمنية أخرى^(٥).

وعليه فالأمر يقتضي بأن التمكين من الإنتفاع يكون بالضرورة مستمراً، وبالتالي لا يتصور أن يوجد إنتفاع دون أن يمتد إلى الزمن، بإعتبار أن هذا الأخير عنصر جوهري في عقد الإيجار، والأجرة تحدد على أساس المدة، والتي قد تكون محددة أو غير محددة بحسب الأحوال وإتفاق المتعاقدين عند إبرام العقد^(٦).

ووفقاً لذلك فإنه في الفقه الإسلامي إذا صار إستيفاء المنفعة متعذراً بسبب وجود الظرف الطارئ الذي أصاب أحد المتعاقدين أثناء فترة تنفيذ العقد أو قبل تنفيذه بعد أبرامه^(٧)، حيث يؤدي إلى عجز المتعاقد عن المضي بموجب العقد إلاّ بضرر فاحش لم

(١) المادة (٢/٧٦٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "٢. وعلى المستأجر إجراء الترميمات الطفيفة التي يقضي بها العرف" والمادة (٥٨٢) من القانون المدني المصري.

(٢) المادة (٧٦٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "أيّاً كان المأجور يجب على المستأجر أن يستعمله على النحو المبين في عقد الإيجار....." والمادة (٥٧٩) من القانون المدني المصري.

(٣) المادة (٢/٧٦٤) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "٢. وإستعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعدّ فيضمن الضرر المتولد عنه" والمادة (١/٥٨٣) من القانون المدني المصري.

(٤) سواء في المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي أو المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري أو المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي.

(٥) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع والإيجار والمقاولة، شركة العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، بلا طبعة، ص ١٩٢.

(٦) د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج ٢، الإيجار، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٩٨م، ص ١٣.

(٧) السيد أبو القاسم الخوئي، مستند شرح العروة الوثقى، ج ٣٠، مصدر سابق، ص ١٧١.

يلزمه بالعقد فإنه يبيح له التمسك بالظرف الطارئ، وهنا يختلف الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي الذي يشترط أن يكون الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد^(١)، في حين اعتبره آخرون بأنه يمكن الاستناد إليه وإن حدث قبل تنفيذ العقد^(٢)، كما لو استأجر شخصاً منزلاً للتصيف فيحول ظرفاً طارئاً أصاب المستأجر دون ذهابه إلى المصيف كما لو توفي عزيز عليه أو حرم من إجازته لسبب لا يد له فيه، أو أن يكون المستأجر محامياً استأجر مكتباً ثم أضطر إلى ترك مهنته لسبب يجبره على ذلك^(٣)، وهنا وقع الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وقبل التنفيذ، وعليه فيشترط لتحقيق هذا الطارئ أن يقع بعد إبرام عقد الإيجار والأمر يستوي أن يحدث أو يستجد الظرف الطارئ قبل التنفيذ أو أثناءه وإن كان هو الأمر الغالب.

ونؤيد ما جاء في الرأي الأخير بالاستناد إلى المادة (١/٧٩٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على "...إذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو أثناء سريانه..." وإلى ذلك نفسه ذهبت المادة (١/٦٠٨) من القانون المدني المصري، والأمر يستوي أن يقع الظرف الطارئ على عائق المؤجر أو المستأجر لأن ما تناوله المشرع من تحقق الظرف الطارئ هو ظرفاً شخصياً مقصوراً على طرفيه^(٤)، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية على: "الظروف الموجبة لفسخ عقد الإيجار بمقتضى المادة (٧٩٢) من القانون المدني، وهي الأعذار الفردية والتي لا ترقى إلى القوة القاهرة"^(٥)، فالمهم بالأمر هو أن يحدث الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وأن يكون عذراً طارئاً كأن يقع على المستأجر كإصابته بمرض قلبي تعرض له بعد إبرام العقد يجعل من صعود المستأجر إلى شقة في طابق مرتفع كان قد أجره وليس له مصعد

(١) د. فتحي الدريني، مصدر سابق، ص ١٤٨.

(٢) د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص ٣٦٢.

(٣) محمد عزمي بكري، مصدر سابق، ص ١١٧٢.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٤، مصدر سابق، ص ٥٩٩.

(٥) قرار رقم ٧٦/عامه/١٩٧٢، بتاريخ ١٣/٥/١٩٧٢م، جاء لدى: فوزي كاظم المياحي، حالات الإنذار والتنبه في القانون المدني العراقي، تطبيقات قضائية، مكتبة صباح للتوزيع، بغداد، دون طبعة، دون سنة، ص ١٥٤.

يجعل صعوده خطراً على صحته^(١)، ويجب أن لا يكون تراخي تنفيذ العقد راجعاً إلى خطأ المضرور ذاته، فإذا كان كذلك بأن جعل القيام بتنفيذ التزامه من العقد متباطئاً إلى حد يتسبب بتهديده بالخسارة الفادحة، فإن الأمر يؤدي إلى عدم إمكانية التمسك بالظرف الطارئ، وبالتالي يجب عليه أن يتحمل نتائج الحوادث الطارئة التي جعلت تنفيذ التزامه مرهقاً له^(٢)، وعلى كل حال فإنه تتجلى أهمية هذا الشرط من جانبين:

الجانب الأول : ضرورة أن يمتد تنفيذ العقد في المستقبل حتى يجد الظرف الطارئ مسرحاً زمنياً يقع فيه الخلل بإقتصاديات العقد، بمعنى أن لا يكون العقد قد تم تنفيذه نهائياً، أي أنه يختلف وقت إبرام العقد عن وقت تنفيذه، سواء أُرِجى تنفيذ العقد كله أو كان التنفيذ يتم على مراحل أو بصفة دورية.

أما الجانب الثاني: أن يكون هناك متسع من الوقت يسمح بتأثير هذا الظرف الطارئ على الإلتزام العقدي قبل تمام تنفيذه، فإن تحقق الظرف الطارئ قبل تنفيذ العقد وبعد فترة إبرامه كان للمضرور أن يتمسك بهذا الطارئ، وإذا تحقق الظرف أثناء تنفيذ العقد كان لمن تعرض للضرر منه والإرهاق أن يتمسك به بالنسبة لمراحل التنفيذ التي تحل طوال الفترة التي يظل الظرف الطارئ قائماً خلالها^(٣).

وجدير بالذكر إنّ تقدير وجود الظرف الطارئ من عدمه هو مسألة وقائع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع بحسب ما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا الشأن وبحسب ظروف كل واقعة والملابسات التي تعترئها^(٤).

(١) د. راقية عبد الجبار، عقد الإيجار في القانون المدني العراقي وقانون إيجار العقار المعدل، دراسة مقارنة، مع الإشارة إلى موقف بعض القوانين العربية، مكتبة السيسبان للنشر والطباعة، بغداد، ط١، ٢٠١٥م، ص٢٠٠.

(٢) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، مصدر سابق، ص١٩٧.

(٣) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مصدر سابق، ص٣١٨.

(٤) د. راقية عبد الجبار، مصدر سابق، ص٢٠٠.

المطلب الثاني

إستحالة توقع الظرف وإرهاق أحد المتعاقدين

إنّ الظرف الطارئ يتطلب بالإضافة إلى الشرطين سابق الذكر، شرطين آخرين يتعلّقان بعدم العلم المسبق بوقوع الظرف الطارئ بمعنى تحقق إستحالة توقعه من قبل العاقدين، وأيضاً بتوافر شرط الإرهاق بالنسبة لمن وقع عليه الظرف الطارئ ذاته، وهو ماسيكون عليه هذا المطلب بدلالة الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الظرف الطارئ غير متوقع

يلاحظ أنّ الواقع العملي أثبت أن لا يتم تنفيذ العقد وبالأخص إذا كان عقداً زمنياً كعقد الإيجار في نفس الأحوال التي تم بموجبها إبرام العقد، ومرجع ذلك أنّ الظروف والأوضاع المحيطة بالأشخاص ليست ثابتة بل أنها متغيرة بشكل دائم ومستمر، فجميع الفرضيات متاحة ولا يمكن التنبؤ بها سواء الأزمات الإقتصادية أو غيرها من الظروف الأخرى، والتي ينتج عنها تحولات دائمة في الأشياء والأشخاص وما ينشأ بينهما من روابط، فالأصل أن لا شيء يقاوم تيار الزمن في هذا الكون^(١)، وعليه فيقصد بعدم التوقع هو "أن لا يكون في وسع المتعاقد المدين أن يتنبأ حين إبرام العقد بحصول الطارئ، وإلا يسقط حقه في التمسك به، لأنّه يكون قد ارتضى بوجوده"^(٢).

إلا أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطوا لتطبيق الظرف الطارئ (العذر) في عقد الإيجار أن يكون الحادث الذي يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه أو أثناءه أن يكون غير متوقع من جانب المتعاقد^(٣)، بمعنى أنّ الحادث الطارئ يمكن الإستناد إليه في الفقه

(١) د. عبد الحق صافي، مصدر سابق، ص ١٥٤-١٥٦.

(٢) د. عاطف كامل مسلم الشوابكة، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١٨م، ص ٢٥٧.

(٣) علاء الدين الكاساني، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٩٨.

الإسلامي في حال توقعه أو عدمه، كما لو كان لأحد المتعاقدين مصلحة طارئة عند تنفيذ العقد، كأن يروم السفر لتحقيق مصلحة أو منفعة، ويحصل له حادثاً يمنعه من إستيفائها، فالإيجار هنا يُعتبر متعرضاً للظرف الطارئ سواء كان متوقعاً أو غير متوقعاً^(١)، فهو يمنح المتعاقد الإحتجاج به، كما لو عجز المؤجر عن تدبير نفقة من يعيلهم فله ذلك أيضاً، فكل ما أشرطه الفقهاء هو كون الظرف الطارئ لا يمكن دفعه من قبل المتعاقد بحيث لا يستطيع توقيه ولا الإنقاص من آثاره، فإذا كان بإمكانه دفعه فلا يثبت له حق الإحتجاج به، وإشترطوا أيضاً أن لا يكون تحقق الظرف الطارئ ناتجاً عن خطأه أو إهماله، وإلا كان مسؤولاً عن الآثار التي تترتب عليه^(٢).

ويلاحظ في القوانين الوضعية محل المقارنة أن المادة (١/٧٩٢) من القانون المدني العراقي لم تشترط صراحة على ضرورة توافر عدم توقع الظرف الطارئ، خلافاً لنص المادة (١/٦٠٨)^(٣) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي^(٤)، حيث اشترطنا ذلك، ويذهب جانب من الفقه بأن إشتراط عدم توقع الظرف الطارئ يعتبر تزايداً ولا ضرورة له مادام المشرع أشرط أن يكون الطارئ إستثنائياً فهو لا يكون كذلك إلا إذا كان غير متوقع^(٥)، في حين خالفه غيره في هذا الأمر معتبراً أن كثيراً من الحوادث يمكن اعتبارها إستثنائية إلا أنها ومع ذلك تعتبر متوقعة كوباء الكوليرا والذي أعتبر إستثنائياً ولكنه مع ذلك يعتبر متوقعاً^(٦).

إلا أن أمر توقع الحادث الطارئ أو عدم توقعه يعتبر من الأمور التي تختلف من

(١) فاضل شاكِر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٦٩م، ص ٣٣.

(٢) د. فتحي الدريني، نظرية الضرورة، مصدر سابق، ص ١٥٠، كذلك: د. محمد محي الدين إبراهيم، مصدر سابق، ص ٤٦٣ - ص ٤٦٤.

(٣) التي نصت على: "١... إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل من تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو أثناء سريانه مرهقاً..."

(٤) التي نصت على: "...إذا جعل التغير غير المتوقع في الظروف..."، ينظر: د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الإلتزامات، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٥) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٤٧.

(٦) د. غازي عبد الرحمن ناجي، مصدر سابق، ص ٩٠ - ص ٩١.

شخص إلى آخر، الأمر الذي يصعب تحديده على الوجه الدقيق، ولذلك فعند تحديد المعيار المعتمد لبيان ذلك يتم عن طريق اعتماد معياراً موضوعياً يتمخض عن عدم توقع الرجل المعتاد، أي أن لا يتجاوز كثيراً كل التقديرات المعقولة التي يقدرها الرجل ذو العناية والإهتمام حين إبرام العقد، فإذا كان ما وجد من ظروف متوقعة وقت التعاقد بحسب تقدير الشخص العادي لم تجز للمؤجر أو المستأجر التمسك بالظرف الطارئ ولو كان هو شخصياً لم يتوقعه^(١)، ويعبر عنه في الفقه الفرنسي "إن عدم توقع الظرف الطارئ يكون قد تجاوز الحادث لكل التخمينات والحسابات التي يقوم بها المتعاقدان عند التعاقد وتجاوزه الحدود القصوى التي كان بوسعهما رصدها..^(٢)"، وعبر الفقه ذاته بأن عدم توقع الظرف الطارئ لا يكون إلا في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بين وقت نشأة العقد ووقت تنفيذه سواء قصرت هذه الفترة أم إستطالت^(٣)، وجاء عن بعض الفقهاء الفرنسيون قولهم "إن الظرف الطارئ يجب أن يكون لاحقاً لإنعقاد العقد ومعاصراً لتنفيذه"^(٤).

فإذا كان من أستأجر منزلاً للتصيف قد توقع عند إبرام العقد أنه لا يمكنه الذهاب إلى مكان وجود المصيف أو كانت الظروف توحى بذلك، لو كانت له فطنة الرجل المعتاد توقعه، كما إذا كانت حاجة العمل تجعل إلغاء إجازته أمراً متوقفاً أو كان قريبه مريضاً ويخشى موته، لم يكن له التمسك بالطارئ^(٥)، ومن باب أولى يعتبر الظرف غير

(١) د. عاطف كامل مسلم الشوابكة، مصدر سابق، ص ٢٥٧.

(٢) مذكور عند: سامي بديع منصور، إعادة النظر في العقد المدني للظروف الطارئة، أطروحة دكتوراه، بيروت، ١٩٧٥، هامش ٣، ص ٣٣، نقلاً عنه: د. عبد الحق صافي، مصدر سابق، ص ١٥٥-١٥٦.

(3) René Demogue. Traité des Obligation, no 638, P. 699, M. Planiol et G. Ripert, Traité et G. Ripert, Traité Pratique de Droit Civil Français, no 391, P. 545.

نقلاً عنه: د. نجيب محمد بكير، أثر الإستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، السنة ٥٥، ١٩٨٦م، ص ١٨٧.

(٤) د. محمد عبد الجواد محمد، الغبن اللاحق والظروف الطارئة، مصدر سابق، هامش رقم ١، ص ١٨٧.

(٥) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٥١٩.

متوقعاً إذا كان لمن يتمسك به لا يد له في وقوعه، كما لو كان المحامي الذي أستاذ مكتباً لممارسة وظيفته، وكان قد التحق بوظيفة في الحكومة أو بإحدى الشركات مثلاً بناء على طلب منه هو فلا يجد الحق في التمسك بالطارئ، والعلة في ذلك أنه لا يمكن أن يسوغ لأحد أن يتأذى من شيء حصل بسببه هو ^(١).

وفي الصدد ذاته فإنّ الفقه الإسلامي اختلف في مسألة عدم إمكانية دفع الظرف الطارئ أو بالإمكان ذلك، في وقت ذهب بعضهم إلى عدم اشتراط أن يكون الظرف الطارئ مما لا يستطيع دفعه كما رأينا هو أمر ممكن بمجرد طروء مصلحة لأحد المتعاقدين، كأن يحتج الى السفر لمصلحة يرجوها هو أمر كاف لإعتباره ظرفاً طارئاً ^(٢)، طارئاً ^(٣)، في حين ذهب غيرهم إلى ضرورة ذكر أقسام الموانع التي تمنع من استيفاء المنفعة وقد ذكر أمثلة عنها وكلها مما لا يستطيع دفعها كهلاك العين المؤجرة سواء كان قبل القبض أو بعده أو غرق الأرض أو إنقطاع مائها بحيث يتعذر الإنقاذ بها، أو أن يقطع الطريق فلا يسافر الناس من تلك الطريق، و جاء عن ابن قدامة قوله: "فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأمر بمقدار مدة انتفاعه" ^(٤)، ومع ذلك فقد أشرطوا أن يكون الظرف الطارئ متحققاً لا متوهماً فلا يعتدّون إلا بالظرف المتحقق الذي يسبب ضرراً حقيقياً للمتعاقدين، أمّا إذا كان غير متحقق فلا يعتدّ به ^(٥).

خلافاً للقانون الذي أشرط أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع وأن لا يمكن دفعه، فإذا كان بالإمكان دفعه فلا يعتبر ظرفاً طارئاً حتى وأن كان بالإمكان توقعه أو عدم توقعه ^(٥)، ويقاس التوقع بمعيار الشخص المعتاد فإذا كان ما جد من ظروف متوقعة وقت التعاقد بحسب تقدير الشخص المعتاد لم يكن لأي من المتعاقدين أن يتمسك بالظرف

(١) محمود عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص ١١٧٣.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٦، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٣) محمد عبد الله محمد ابن قدامة المقدسي، المغني في شرح مختصر الخرقي، ج ٥، مصدر سابق، ص ٣٣٧.

(٤) علاء الدين الكاساني، ج ٤، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٥) د. حسون عبيد هجيج، و منتظر فيصل كاظم، مصدر سابق، ص ٣١٢.

الطارئ ولو كان هو شخصياً لم يتوقع حصوله^(١)، وعلى الرغم من إن المشروع التمهيدي للقانون المدني العراقي كان يصف الظروف الطارئة بأنها خطيرة، وأن لجنة الشؤون الحقوقية في مجلس النواب قد أضافت إلى هذا الوصف وصفاً آخر وهو أن تكون الظروف غير متوقعة، إلا أنه قد تم حذف هذه الأوصاف من المشروع، وأنّ المشرع العراقي كان قد حذف وصف الظروف بأنها خطيرة وغير متوقعة وإكتفى بأن تكون من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً، وهي دليل على أنّ المشرع لا يريد اشتراطها^(٢)، فهو لم يأخذ بما جاء بالمشروع من جهة ولم يأخذ بتعديل لجنة الشؤون الحقوقية من جهة أخرى دون معرفة السبب الذي حدا بالمشرع إلى هذا العمل^(٣).

ويرى جانب من الفقه بأنّ المشرع العراقي وإن كان لا يشترط ذلك إلا أنه يعتقد بأن الظروف الخطيرة غير المتوقعة موجودة ضمناً في المادة (١/٧٩٢) والتي نصت على أنه: "١_ ...إذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً..."^(٤)، ويذهب آخر إلى أنّ عدم اشتراط المشرع بالنص صراحة على مجهولية الظرف الطارئ إنما يفهم منه بشكل غير مباشر أنّ المشرع العراقي متأثراً بالفقه الإسلامي الذي أجاز الفسخ في عقد الإيجار بأن الأمر مسلماً به أن الشخص لا يستأجر عقاراً أو منقولاً وهو يتوقع بأنه سوف تصيبه حوادث طارئة قد ترهقه وتكبده خسائر فادحة^(٥)، خلافاً للقانون المصري الذي يشترط بشكل صريح ومباشر في المادة (١/٦٠٨)^(٦) ذكر وصف بأن يكون الظرف الطارئ خطير وغير متوقع حيث تم إضافتها من قبل لجنة المراجعة

(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٣، في العقود المسماة، المجلد الثالث، عقد الإيجار، ط٤، دون دار نشر، ١٩٩٣م، هامش رقم ٨٨، ص٧٥١.

(٢) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، مصدر سابق، ص٣١٧.

(٣) د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٥٦م، دون طبعة، هامش رقم ١، ص٤٢٩.

(٤) د. عصمت عبد المجيد بكر، مبدأ العذر الطارئ في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الرسالة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، العدد ١٤١، السنة ١٢، ١٩٨٠م، ص٨٩.

(٥) د. جواد كاظم جواد سميسم، دور المدة في عقد الإيجار، مصدر سابق، ص١٣٢.

(٦) التي نصت على: "١_ ... تجد ظروف خطيرة غير متوقعة تجعل من تنفيذ عقد الإيجار مرهقاً..."

من أجل الزيادة في التوضيح ^(١).

ونحن بدورنا نؤيد ما جاء آنفاً في عدم ذكر ذلك والنص على هذا الشرط صراحة في مضمون المادة للأسباب الواردة آنفاً، بالإضافة إلى أن هناك تطبيقات حددها المشرع بشأن الظروف الطارئة كموت المستأجر أو إعساره والمؤجر أو تغيير محل الإقامة للمستأجر الموظف أو المستخدم، والتي يمكن الركون إليها.

كما وأنّ عدم توقع الظرف الطارئ ينظر إليه من خلال الحادث الواقع ذاته، فإذا كان هذا الأخير بالإمكان معرفته وتوقعه، فلا يعتبر ظرفاً طارئاً، وعليه فإذا كان من الممكن توقع الحادث الطارئ من قبل الرجل المعتاد بالنظر إلى الظروف الخارجية القريبة من الظروف الطارئة لم يعتبر هذا الأخير إستثنائياً، وبالتالي فإن المتعاقد المدعي به يتحمل خطره ^(٢)، ويرى بعض الشراح في القانون العراقي بأن عبء عدم توقع الظرف الطارئ في نطاق المسؤولية العقدية تقع وقت إبرام العقد ولا عبء بما يحدث من توقع بعد إتمام العقد ^(٣).

والجدير بالذكر أنّه لا يشترط أن يتوقع المدين فعلاً الحادث الطارئ من تاريخ إبرامه للعقد وإنما يكفي أن يتوقعه الرجل المعتاد لو وجد في مثل الظروف الموضوعية للمدين وقت إبرام العقد ^(٤).

وإننا نرى بأن هذه المسألة محل نظر لأن عدم التوقع هي مسألة مجهولة بالنسبة إلى المتعاقدين ولو كان ما في الغيب معلوماً لما أعتبر ظرفاً طارئاً يوجب تعديل العقد أو فسخه وبالتالي لا يعتبر حالة إستثنائية تخرج عن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

وقد اتجه الفقه والقضاء في فرنسا على ضرورة أن يتصف الظرف الطارئ الذي يترتب عليه تطويع العقد بعدم التوقع وأعتبره البعض الآخر بأنه من الثوابت القانونية ^(٥)،

(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٧٥١.

(٢) منذر المساهلي، مصدر سابق، ص ٣٣ _ ص ٣٤.

(٣) حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مصدر سابق، ص ٣٩٣.

(٤) د. محمد حسين منصور، أحكام الإيجار في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

(5) ANTONMATTEI (P.H.): Contribution à l'étude de la force Majeure , These Montpellier1, 1992 , p . 5.

نقلاً عنه: د. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

وهو أمر أقرته المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي بالظرف الطارئ غير المتوقع حيث تكون قابلة للتطبيق فقط في حالة "...التغير غير المتوقع في الظروف..." بعد تاريخ إبرام العقد، متى تعلق الأمر بعقد من العقود المتراخية التنفيذ ومنها عقد الإيجار^(١).

ويلاحظ أنّ المشرع الفرنسي أحياناً كان قد إشتراط لتعديل العقد بسبب تحقق الظرف الطارئ ألا يعود عدم التوازن لتصرف المدين نفسه، لكن هذا الشرط قد تم إنتقاده بإعتباره قاسياً جداً لأنه يكتسي طابعاً ذاتياً محضاً فلا يتعلق الأمر بتقدير تصرفات الضحية وإنما ضبط مصدر الاختلاف ولهذا ثار الجدل بين الفقهاء الفرنسيين بخصوص إعمال النظرية سيما عندما يترتب الظرف الطارئ عن تصرف المدين وعوامل خارجية في آن واحد^(٢).

الفرع الثاني

إرهاق أحد المتعاقدين

إن ما يرد عليه الإرهاق لا يخرج عن مفهومه العام الذي يهدد بوقوع الخسارة الفادحة لأحد المتعاقدين، والذي يعبر عن الوصف الذي يلحق بالالتزام أحدهما، والذي يجعل تنفيذه للالتزام مهدداً له بخسارة فادحة نتيجة تأثره بالظرف الذي طرأ بعد إبرام العقد، وهذا الإرهاق يختلف من مدين إلى آخر، وبحسب ظروف كل متعاقد، فما يُعد مرهقاً لأحدهما قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى غيره، وما هو مرهقاً في زمن معين قد لا يكون كذلك في زمن آخر، وكل ما في الأمر أن يكون مرتبط بإختلال التوازن الإقتصادي للعقد^(٣).

وقد تناول الفقه الإسلامي مفهوم الإرهاق مستعمل ما يصطلح عليه بتعبير "الضرر

(١) بلال الفقيري، قراءة في مستجدات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بنظرية العقد، بحث منشور في الموقع الإلكتروني لمجلة مغرب القانون، بتاريخ ٢٩/١٢/٢٠١٨م، تاريخ الزيارة ١٩/١٢/٢٠٢٠م وعلى الرابط: <https://www.maroclaw.com>.

(2) Jacques Ghestin, op. p, 347 et s.

نقلاً عنه: د. عبدالحق صافي، مصدر سابق، هامش رقم ٥٠، ص ١٥٤.

(٣) تحسين زاهر يونس، مصدر سابق، ص ٤٥.

الزائد" الذي لم يستحق في العقد، فالمتعاقد لا يمكنه الإستمرار في تنفيذ العقد إلا عن طريق تحمله ضرراً مع إصابته بالإرهاق، بمعنى أنه يرمي إلى رفع المشقة عن كاهل المتعاقد من أجل تجنب الحرج الذي أمر الشرع الحنيف برفعه^(١).

أما عن الإرهاق في عقد الإيجار فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تناولوه بمعنى "العجز عن المضي بتنفيذ الإلتزام في العقد إلا بتحقيق ضرراً غير مستحق فيه"^(٢) إلا أنهم لم يحددوا مقدار الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين (المؤجر أو المستأجر) عند تحقق الظرف الطارئ وقت تنفيذ العقد وإنما أكتفوا بأن يكون الإرهاق يسبب ضرراً زائداً، والذي يقضي بإزالته سواء كان ضرراً مادياً أو اقتصادياً يصيب المال أو النفس، أو ضرراً معنوياً يمس الاعتبار الإنساني^(٣)، أي أنه الضرر الخارج عن حدود المعمول به بين الناس^(٤)، لأنه لو كان مألوفاً لأعتبر مستحقاً بالعقد لأن "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" وبالتالي وجب أن يتحمله المتعاقد الملزم ولا يعد إرهاقاً^(٥).

أما فيما يتعلق بالتشريعات محل الدراسة، فإنه بموجب النصوص الواردة في القوانين محل المقارنة، وذلك في نص المادة (١/٧٩٢) من القانون المدني العراقي التي بينت على أنه "١_...إذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو أثناء سريانه مرهقاً..."، والتي تتفق والمادة (١/٦٠٨) من القانون المدني

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص ١٣٠، وفي فتوى صدرت عن مكتب المرجع الديني السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله) في مسألة اعتبار قاعدة "نفي الحرج" وقاعدة "نفي الضرر" تعتبران حاكمتين على جميع أدلة الأحكام الإلزامية إلا ما يحرز كونه بمثابة من الأهمية عند الشارع المقدس بحيث يهون دونه تحمل الضرر أو الحرج، ينظر: موقع المرجع الديني السيد علي الحسيني السيستاني، على الرابط التالي:

<https://www.sistani.org/arabic/qa/0314/>.

(٢) محمد علاء الدين الإمام، الدر المنتقى في شرح المنتقى على هامش مجمع الأنهر، ج ٢، دار الطباعة العامة، ١٣١٧هـ، ص ٣٩٩.

(٣) فاضل شاكر النعيمي، مصدر سابق، ص ٢٨٤، كذلك: د. محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، سعد سمك للنسخ والطباعة، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٩٤م، ص ٢٠٥.

(٤) د. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دار الهاني للطباعة، القاهرة، مصر، ط ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص ٥٠٨.

(٥) د. رشوان حسن رشوان مصدر سابق، ص ٥٠٨.

المصري^(١)، والمادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي التي تناولت مسألة تطبيقها في حالة إذا أصبح الإستمرار في تنفيذ الإلتزام مرهقاً لأحد المتعاقدين، إلا أن هذه الأخيرة اختلفت عن القانون المدني العراقي والمصري من ناحية إمكانية الإتفاق ما بين المتعاقدين على أن يتحمل المتعاقد المرهق مسبقاً المخاطر التي تترتب على تنفيذ الإلتزام^(٢)، ففي مثل هذا الحالة لا يمكنه التمسك بالظرف الطارئ إذا تحقق^(٣)، مع ملاحظة أن نص المادة آنفاً ليس من النظام العام، حيث يجوز للطرفين الإتفاق مسبقاً على تنحيتهما جانباً من أجل إختيار تحمل عواقب حدوث مثل هذه الظروف التي من شأنها أن تخل بالإلتزامات العقد^(٤).

وعليه فالظرف الطارئ يجعل الإستمرار في تنفيذ العقد مرهقاً لمن وقع عليه، وبالتالي يهدده بخسارة فادحة لا طاقة له على تحملها، ويستوي الأمر في أن الطارئ يحدث في بداية تنفيذ عقد الإيجار أو أثناء سريانه، حيث يعد الإرهاق من أهم الشروط الواجب توافرها عند تنفيذ العقد بعد حصول الظرف الطارئ، فهذا الشرط هو الذي يرشد إليه للحكم بأن هناك اختلالاً في التوازن الإقتصادي للعقد وبالتالي يفضي إلى تطبيق أحكام الظرف الطارئ^(٥).

ويحدث هذا الضرر نتيجة لتحقق الطارئ ذاته وليس ناتجاً عن الإلتزام نفسه وملازم حدوثه لواجب تنفيذ العقد من قبل المتعاقد المتضرر منه بحيث يصعب التخلص

(١) التي نصت على: "١_ ... إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو أثناء سريانه مرهقاً...".

(2) Jean-Jacques Ansault et David Swinburne, Réforme du droit des contrats Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion, Revues juridiques, 2016, p.3, p.4, Document consulte sur: <http://www.lexis360.fr>.

(٣) التي نصت على: "من شأنها أن تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً بدرجة كبيرة للمتعاقد الذي لم يقبل تحمل المخاطر..."، ينظر: د. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، مصدر سابق، ص ٣٢٣.

(4) Mariola Lemonnier, Reiner Schulze, Dagmara Skupien, Droit La réforme du droit des contrats en France _ réflexions de juristes européens, Łódź 2019, p.94.

(٥) د. عصمت عبد المجيد بكر، مبدأ العذر الطارئ في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٤٢.

منه والإنفكاك عنه في الغالب الأعم^(١)، وفي هذا يرى بعض الفقه بأنه يلزم ليكون من شأن الحادث الذي وقع أن يجعل من تنفيذ الإلتزام بالغ الإرهاق للمدين وليس المقصود منه أن يصبح التنفيذ للإلتزام ثقيلًا وبالتالي يترتب للمدين الضيق المألوف العادي وإنما يقصد من وراءه أن الإرهاق الذي يقع يجعل من تنفيذ الإلتزام بالغًا، وبالنتيجة يهدد المضرور بخسارة فادحة غير مألوفة وغير معتادة^(٢)، فهو ينطوي على معنى العنت الشديد والذي لا يكفي فيه مجرد العسر والضيق والكلفة بل يجب أن يكون من شأنه أن التنفيذ العيني للإلتزام يلحق بالمدين خسارة فادحة جسيمة، مع ملاحظة أن هذا الأمر متروك للقاضي فهو الذي يبين فيما إذا كان تنفيذ الإلتزام مرهقاً أم لا، في ضوء ظروف الحال^(٣)، فبمجرد نشوء الإرهاق، يتحقق الظرف الطارئ وبالتالي ينقله من ميدانه النظري إلى التطبيق العملي، وهذا الأمر يصب فيه القاضي إهتمامه من أجل إعتبار إن تنفيذ الإلتزام يهدد المدين بخسارة فادحة، ومهما يكن من أمر فإن الحوادث الإستثنائية مهما كانت خطيرة وغير متوقعة فهي عديمة الأثر ما لم يتحقق عنصر أو شرط الإرهاق في تنفيذ العقد، ولا يشترط أن يصبح إرهاق المدين في أن تنفيذه للإلتزام يكون مستحيلًا إستحالة مطلقة وإنما إستحالة نسبية^(٤)، فالأثر المترتب على هذا الأخير عدم إنقضاء الإلتزام من حيث الأصل^(٥)، وهذا ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدي للقانون المدني المصري، فلو أن طبيباً إستأجر مكاناً لمزاولة عمله ثم أصيب بمرض جعله عاجزاً عن ممارسة مهنته طوال مدة عقد الإيجار، فهنا سيصاب بخسارة فادحة بسبب الإرهاق لأنه يلتزم بدفع الأجرة طوال مدة العقد دون أن ينتفع من المأجور، وعن وقت تحقق الإرهاق فقد أجمع الفقه والقضاء على أن الإرهاق يعتد به

(١) د. فتحي الدريني، مصدر سابق، ص ١٥٠.

(٢) د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الإلتزام، نظرية العقد، ص ٥٢٦، نقلاً عنه: تحسين زاهر يونس، مصدر سابق، ص ١٣.

(٣) د. أشرف جابر سيد، الوجيز في عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط ١، ٢٠٠٤م، ص ٢٧١.

(٤) ينظر ص ٢١ من رسالتنا هذه التي تناولت تمييز الظرف الطارئ من القوة القاهرة.

(٥) المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي.

في الوقت الذي يكون فيه العقد عند مرحلة التنفيذ، فإذا تم هذا الأخير فلا وجه للمطالبة بتطبيق النصوص التشريعية، وهنا يكون للمتعاقد المرهق التمسك به، ومع ذلك فلا يوجد ما يمنع من الإعتداد بالإرهاق في الفترة التي تسبق تنفيذ العقد إذا كان الظرف الطارئ يلقي بالعبء على عاتق المتعاقد ما دام الأمر واضحاً بأنه سيؤدي إلى الخسارة الفادحة^(١).

أما عن مسألة تحديد معيار الإرهاق، فقد اختلف الفقه فيه، فقال جانب بأنه يتم النظر إلى الإرهاق الذي يصيب أحد المتعاقدين، وقال آخرون بضرورة أن ينتج عن تغير ظروف العقد بسبب الاختلال في التوازن بين التزامات المتعاقدين، بينما ذهب آخر إلى أن يصبح التنفيذ للعقد جائراً بسبب هذا التغير، ومع ذلك فإن هذه الآراء والمعايير تبدو غامضة وغير محددة على نحو ثابت، بينما أخذ الفقه الإسلامي بأن الإرهاق هو الذي يهدد النفس أو البدن بينما نجد بعض النظم يمثل حالة الإستحالة النسبية^(٢)، ويرى الفقه في فرنسا أن الإصرار على تنفيذ العقد المرهق يعتبر مخالفاً لواجب حسن النية في تنفيذ الإلتزامات^(٣).

ولمعرفة معيار الإرهاق فيجب علينا أن نميز بين الأضرار العادية التي تدخل ضمن تبعات العقد وهي ما تسمى بالغبن اليسير^(٤)، والأضرار الخارجية التي تخرج عن حدود المألوف والتوقع والتي تسبب الخسارة الفادحة الناتجة عن الإرهاق، حيث ذهبت محكمة إستئناف القاهرة بأن تحديد الخسارة الفادحة بمعيار التغابن لا يقاس عليه، لأن نظرية

(١) د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشآت المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، ط٣، ٢٠١٧م، ص٢٩٠، و ص٣٠٧ _ ص٣٠٨.

(٢) د. حسب الرسول الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدي في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٩م، ص١٥، ص١٦.

(3) Carbonnier. Les. Obligations.p.390

نقلاً عنه د. زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، ٢٠١٤م، ص٣٩٠.

(٤) هو ما لا يمكن تجنبه أثناء تنفيذ العقود والذي أجمع عليه الفقهاء بأنه يتسامح فيه من أجل التساهل في المعاملات، بخلاف الغبن الفاحش، ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، دون طبعة، ١٩٦٧م، ص٣٤٧.

الظروف الطارئة تشمل أنواع مختلفة من العقود، والخسارة في كل التزام تكون متأثرة بعوامل تختلف من إلتزام إلى آخر، فقد تقل عند بعض الناس وتزيد عند آخرين تبعاً لظروف كل عقد ومصلحة كل متعاقد^(١)، وهذه يتم معرفتها من خلال تحديد عنصر الإرهاق والذي يعد معياراً موضوعياً، وهو الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بقولها: "أن مناط الإرهاق هو الخسارة الفادحة بالنظر للإعتبارات الموضوعية لا لأطراف الظروف المتعلقة بشخص المدين"^(٢)، وكذلك محكمة النقض الفرنسية التي ذهبت إلى عدم كفاية الخسارة المألوفة في التعامل^(٣).

وقد تناولت المادة (١/٧٩٢) من القانون المدني العراقي، وكذلك المادة (١/٦٠٨) من القانون المدني المصري حالة إرهاق أحد المتعاقدين في نطاق عقد الإيجار^(٤)، إلا أنها لم تحدد مقدار الخسارة الفادحة، فقد جاء النص مطلقاً عن تحديد المعيار المتبع، فيما إذا كان الأمر يجب أن يتناول المدين ذاته أم موضوع العقد، إلا أن المشرع قد اختار الأسلوب المرن في تقدير المعيار لتحديد الإرهاق ليكون أدنى إلى بلوغ الغاية التي شرعت به النصوص القانونية المتعلقة بالظرف الطارئ، لأن الإرهاق الذي يصيب الفرد هو مرن ليس له مقدار ثابت وهو متغير بتغير الأحوال والظروف ولذلك روعي في تحديد الخسارة على أساس مراعاة الظروف والأحوال التي أدت إليها، وهو معياراً مادياً موضوعياً لأنه يتعلق بموضوع العقد، فيكون المقصود من الخسارة الفادحة هي كل ما يمس كيان العقد الإقتصادي ويزعزع أركانه بحيث يصبح إحترام العقد وتنفيذه ضرباً من الجور الذي لا يطاق تحمله^(٥).

(١) أحمد الصويحي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد ٣، العدد ٢، ٢٠٠٧م، ص ١٨٧.

(٢) نقض رقم ٥٨٠، لسنة ٤٣، بتاريخ ١/٣/١٩٧٧م، ورد لدى: تحسين زاهر يونس، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٣) نقض ٢٧/٣/١٩٦٤، س ١٢، ونقض ١٩٦٤/٧/٢، س ١٥، ونقض ١٩٧٥/٦/٩، س ٢٦، جاء لدى: د. نبيل إبراهيم سعد، مصادر الإلتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

(٤) يخالفهم القانون المدني الأردني حيث لم تنص المادة (٧١٠) منه على شرط الإرهاق، ينظر: د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص ٣٦٣.

(٥) د. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص ٣٠٧.

وعليه إذا وقع هذا الظرف على محل الإلتزام فإنه يخل بالإنتفاع به، كالدَّار التي تُستأجر وتهدمت كلياً أو جزئياً أو الدابة المستأجرة إذا هلكت أو أصيبت بالمرض أو تقرر ظهرها فيكون المعيار المتبع هو معياراً موضوعياً، وإذا تعلق بأحد أطراف العقد لمعرفة مدى ما أصابه شخصياً من ضرر فيكون هنا المعيار شخصياً^(١)، كالمستأجر الذي يرجع عن العقد بعذر أصابه شخصياً بحيث لو أجبر على تنفيذه لكان في ذلك إتلاف شيء من بدنه أو ماله، كمن يستأجر طبيباً لخلع ضرسه أو لبتتر ذراعه بسبب مرض ألم به ويعرف قديماً "بالآكلة" فإذا سكن الألم أو برئت الذراع مما أصابها من المرض فهذه مسوغات تتيح للمستأجر التمسك بالظرف الطارئ، وليس للطرف الآخر أن يجبره على خلع الضرس أو بتر العضو لأن في ذلك إتلافاً لشيء من بدنه أو ماله فجواز إنهاء العقد هنا لأنه هو الذي يقدر في أن عدوله عن العقد له مصلحة أم لا وأنه يدفع للضرر عنه^(٢)، وتقدير ما إذا كان الإرهاق مبرراً لإنهاء العقد من عدمه يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا يجوز التمسك بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض^(٣)، إلا أنه يشترط لكي يتمسك المتعاقد المرهق بالظرف الطارئ عليه أن يستمر في تنفيذ التزامه بسبب الظرف الطارئ لكي يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الإرهاق، وهو مبدأ أقرته محكمة التمييز الاتحادية^(٤).

وقد تسائل الفقه فيما إذا كان من الأفضل ترك تحديد درجة الإرهاق وتوزيع العبء بين المتعاقدين وفقاً للمبادئ العامة في القانون أم إن مسألة تحديد درجته تترك للمشرع فهو الذي يوزع العبء بينهما وما على القاضي إلا أن يطبق النصوص التي وضعها

(١) احمد الصويغي شليبيك، المصدر نفسه، ص ١٨٥.

(٢) الشيخ نظام الهمام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج ٤، نسخة مخطوطة، دار صادر، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص ٤٥٨.

(٣) د. عبد الحميد الشواربي، المصدر نفسه، ص ٣١٠.

(٤) ينظر القرار رقم ١٢٢٩/حقوقية/٦٧ هيئة عامة، بتاريخ ٢٧/١٠/١٩٦٨م، والذي يقضي بـ: "على المتعاقد الذي يشكو الإرهاق في تنفيذ التزامه بسبب الظروف الطارئة أن يستمر في تنفيذ التزامه لكي يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الإرهاق" منشور لدى القاضي إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٤٨٦.

المشرع، إلا أنّ إجماع الفقه أجاب على هذا التساؤل بوجوب ترك هذا الأمر إلى قاضي الموضوع من خلال عرض الوقائع المطروحة أمامه^(١)، وعند إستقراء نص المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي الجديد نجد أنّ المشرع قد تطلب أيضاً لإعتبار الظرف الذي يلحق بالمدين سواء المؤجر أو المستأجر أن يتم إثبات أنّ التغيير أو الإختلال بالتوازن العقدي جعل إكمال عملية تنفيذ العقد مرهقةً للمتعاقد المضرور^(٢).

وما تجدر الإشارة إليه إنّ الفقه الإسلامي يتفق مع القانون الوضعي في اشتراط الإرهاق لتحقيق الظرف الطارئ والذي يصيب أحد المتعاقدين عند تنفيذ العقد، ويظهر لنا جلياً من كل ما سبق بأنه ليس من الغريب أن تجتمع كلمات الفقهاء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي على الإعتراف بالظرف الطارئ سبباً يحيز فيه للمتعاقد المضرور أن يتمسك به عند تحقق الإرهاق، إلا أنهم اختلفوا في الأثر المترتب عليه ما بين موسع أو مضيق في نطاق هذا الأمر كما سنرى في الفصل الثاني من رسالتنا والذي يتعلق بالآثار التي تترتب على الظرف الطارئ.

(١) د. محمد عبد الجواد محمد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مصدر سابق، ص ٦٣١ – ص ٦٣٢.

(٢) بلال الفقيري، قراءة في مستجدات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بنظرية العقد، مصدر سابق.

الفصل الثاني

أحكام الظرف الطارىء

في عقد الإيجار

الفصل الثاني

أحكام الظرف الطارئ في عقد الإيجار

تمهيد وتقسيم:

عمدت الشريعة الإسلامية الغراء والقوانين الوضعية إلى وضع حدود لكل فعل يقوم به الإنسان خاصة فيما يتعلق بإبرام العقود وما يترتب عليها من مسؤولية مدنية تقع على عاتق أطرافها، والتي تعتبر ترجمة حية لواقع الحياة التعاقدية وما ينجم عنها من منازعات بين أفرادها، وأحكام هذه المسؤولية هي التي تتولى الحلول القانونية لهذه المنازعات المترتبة عن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته والتي تسبب الضرر للمتعاقد الآخر، وعلى ذلك سيكون المتسبب ضامناً لكل ما نتج عن تحقق مسؤوليته بالتعويض، إلا إن هناك حالات تؤدي إلى نفي المسؤولية لكل ما تترتب عليها من أضرار، وعلة ذلك أن هذه الأخيرة لم تصدر من شخص المتعاقد نفسه، بل يكون هو أحد المتضررين منها، وفق ما يسمى بالظرف الطارئ الذي يحصل أثناء تنفيذ عقد الإيجار، وقبل إنتهاء مدته، بحيث تؤثر على طمأنينة إستمراره عن طريق تعرضه لأحد المتعاقدين سواء المؤجر أو المستأجر، وترتب على تحققه وتوافر شروطه إتباع آلية معينة تناولها فقهاء المذاهب الإسلامية بالتنظيم بمختلف آراءهم سواء من كان موسعاً في إعتماده أو مضيقاً في ذلك، فهو يصب في كل الأحوال في عدم تحقيق مصلحة المتعاقدين وعدم مغالاة أحدهم على الآخر أو تحقيق ربح له في مقابل خسارة نظيره، كذلك عالجته القوانين الوضعية وفق آليات معينة بحسب رؤية كل مشرع، هذه الأمور سنتناولها في المبحث الأول من الفصل، والذي يتضمن حالات الظرف الطارئ بالنسبة إلى المؤجر أو المستأجر، أمّا في المبحث الثاني منه فسنتناول أثر تحقق الظرف الطارئ في عقد الإيجار والذي يتمثل بفسخ العقد وكذلك التعويض.

المبحث الأول:

حالات الظرف الطارئ في عقد الإيجار

لم يتناول فقهاء المذاهب الإسلامية والقوانين الوضعية الظرف الطارئ في عقد الإيجار بشكل مطلق، وإنما حددوا حالات إذا تعرض لها أياً من المتعاقدين كان له أن يركن إلى التخفيف من المسؤولية العقدية التي تترتب على عاتقه بسبب الظرف الطارئ، ومن هذه الحالات ما يتعلق بموت المستأجر أو إفساره أو تغير محل إقامته إذا كان موظفاً أو مستخدماً، فهي حالات تناولتها المذاهب الفقهية ما بين موسع أو مضيق فيها وفقاً لما أستدلوا عليه من أدلة وبراهين تبرر مواقفهم، ونظمتها القوانين الوضعية بموجب أحكام وقواعد معينة في قوانينها المعمول بها، وهذا الأمر سنتناوله في هذا المبحث من خلال مطلبين، حيث يتضمن الأول منه حالات الظرف الطارئ التي تتعلق بالمستأجر، وفي الثاني حالات الظرف الطارئ التي تتعلق بالمؤجر.

المطلب الأول

حالات الظرف الطارئ التي تتعلق بالمستأجر

تعددت الحالات التي تصيب المستأجر والتي تعتبر من قبيل الظرف الطارئ، وبموجبها يمكن للمضرور الإحتجاج بها في مواجهة المؤجر، سواء الموت أو الإعسار أو نقل المستأجر إذا كان موظفاً أو مستخدماً، حيث سنتناولها من خلال فرعين، وكالاتي:

الفرع الأول

موت المستأجر أو إعساره

أولاً: موت المستأجر: اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية في مسألة موت المستأجر كظرف طارئ ما بين موسع ومضيق، فقد ذهب فقهاء الحنفية والظاهرية^(١) إلى أن موته يُعتبر ظرفاً طارئاً، معللين ذلك بأن غرضه من إبرام العقد كان من أجل أن يستوفي المنفعة من ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته، ولأن العقد قد تم إبرامه معه وليس مع الورثة، وعلى ذلك فلا يحق للمؤجر مطالبة ورثة المستأجر في الإستمرار بتنفيذ عقد مورثهم فهم لا يرثون منافع لم يعد يملكها مورثهم، كمن إستأجر دابة ليسافر عليها وكان الموت قد فاجأه في الطريق^(٢)، وما تجدر الإشارة إليه أن الفقه الحنفي قد توسع في مسألة موت المستأجر فهو يشمل بالإضافة إلى الموت الحقيقي الموت الحكمي أيضاً كالإرتداد عن العقيدة الدينية^(٣)، بخلاف جمهور الفقهاء الذين لم يعتبروا موت المستأجر ظرفاً طارئاً^(٤)، وعلة هذا الأمر أن المستأجر قد ملك منفعة العين المأجورة في مدة العقد كلها بعد اتمام عقد الإيجار

(١) علاء الدين بن مسعود الكاساني، ج٤، مصدر سابق، ص٢٢٢.

(٢) شمس الدين أحمد قودر، نتائج الأفكار في كشف رموز الأسرار، ج٩، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م، ص١٣٧.

(٣) أحمد حسين علي المشهور بالطودي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٨، ط١، المطبعة العلمية بمصر، ١٣١١هـ، ص٤١.

(٤) عبد الوهاب نصر البغدادي، مصدر سابق، ص١٥٩، كذلك: السيد سابق، فقه السنة، ج٣، كتاب الإجارة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط٣، ١٩٧٧م، ص١٩٩، كذلك: أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي المكي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون طبعة، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، ص٢٤٢ وما بعدها، وأيضاً: محمد بطلال الركبي، النظم المستعذب في شرح غريب الفاظ المذهب، ج٢، باب الإجارة، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، السعودية، دون طبعة، ١٩٨٨م، ص٤٧.

بكافة شروطه، فإذا مات عما بقي منها تنتقل هذه المنفعة الى ورثته لحين إنتهاء مدة العقد^(١)، أما بالنسبة الى فقهاء الإمامية فقد ذهبوا في رأيين فيما يتعلق بموت المستأجر، حيث تمخض الأول منهما وهو المشهور بين القدماء الى بطلان الإجارة بموت المستأجر بالملطوق، إلا أنه لم يعرف مستند لهذا الرأي^(٢)، أما الرأي الثاني وهو الصحيح عند الفقهاء المعاصرين بأن الإيجار لا يبطل بموت المستأجر بل هو محكوم بالصحة والنفاد في حق الورثة وذلك بمقتضى قاعدة "لا تبطل الإجارة ولا بموت المستأجر على الأقوى"، وعلّة هذا الرأي بأن الملكية غير مقيدة بحياته وبالتالي تنتقل الى ورثته وأن الحكم بالبطلان يحتاج الى الدليل وهو غير متوفر، ومعنى ذلك هو صحة العقد ولزومه بالإستمرار الى ما بعد الموت^(٣).

وفيما يتعلق بالقانون الوضعي، إستثناءً من الأصل العام الذي يقضي بعدم إنتهاء عقد الإيجار بموت المستأجر^(٤)، فقد أجاز كلاً من التشريع العراقي والمصري حالات يكون فيها لورثة المستأجر التمسك بالظرف الطارئ إستثناءً، وذلك في حالتين:

١- إذا أثبت ورثة المستأجر بعد وفاته أنّ العقد مرهقاً لهم: بموجب المادة (٢/٧٨٣)^(٥) من القانون المدني العراقي، ومثلها المادة (٢/٦٠١) من القانون المدني المصري^(٦)، حيث أجاز المشرع لورثة المستأجر بعد وفاته التمسك بالظرف الطارئ إذا أكدوا إرهاب العقد بالنسبة لهم، كما لو كان مورثهم يتقاضى راتباً ضخماً وانقطع بموته قبل إنتهاء مدته، أو كأن يستأجر مورثهم داراً فخمة من أجل أن تتناسب ومكانته الإجتماعية، وبعد وفاته أقر الورثة أنها أوسع من حاجتهم إليها، فهي رخصة للورثة فقط دون المؤجر،

(١) محمد عبد العزيز حسن زيد، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٢) حمزة علي بن زهرة الحلبي، غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، مؤسسة الإمام الصادق "ع"، قم، إيران، ط ١، ١٤١٧هـ، ص ١٨٧.

(٣) السيد أبو القاسم الخوئي، مستند شرح العروة الوثقى، ج ٣٠، مصدر سابق، ص ١٢٦ ومابعد.

(٤) بموجب نصوص المواد (١/٧٨٣) من القانون المدني العراقي، و(١/٦٠١) من القانون المدني المصري، (١٧٤٢) من القانون المدني الفرنسي، التي أقرت بعدم إنتهاء عقد الإيجار بموت المستأجر.

(٥) التي نصت على: "...ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطالبوا بفسخ العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزاً لحدود حاجتهم..."

(٦) التي نصت على: "...ومع ذلك إذا مات المستأجر، جاز لورثته أن يطالبوا بإنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم..."

ويجوز لهم عدم إستعمالها، والإستمرار في تنفيذ العقد حتى إنقضاء مدته، ولا يمكن للمؤجر طلب إخراجهم من المأجور^(١)، ويكفي أن يكون العقد مرهقاً للورثة أو مجاوزاً لحدود حاجتهم، فليس ضرورياً إجتماع الحقين معاً، إلا أنه يشترط إثبات الظروف المرهقة التي أكتتفت العقد، ويعتد بالأمر أيضاً إذا كان عقد الإيجار غير محدد المدة، خلافاً لما نصت عليه المادة (١/٧٩٢)^(٢) من القانون المدني العراقي والمادة (١/٦٠٨)^(٣) من القانون المدني المصري^(٤)، ولهم ذلك إذا أثبتوا أن الإيجار قد أصبح مجاوزاً لحدود حاجتهم، وقد قررت محكمة إستئناف الكرخ بصفتها التمييزية ذلك بقولها "للمحكمة أن تكلف المدعي بتقديم القسم الشرعي بوفاء المستأجر كونه هو المكلف بإثبات دعواه"^(٥).

٢- إذا عقد الإيجار بسبب حرفة المستأجر أو لإعتبارات تتعلق بشخصه: بموجب المادة (٧٨٤)^(٦) من القانون المدني العراقي، وبمثتها المادة (٦٠٢) من القانون المدني المصري^(٧)، فيما يتعلق بالمستأجر الذي كان قد أجر مكاناً لمزاولة حرفة معينة، كالمحامي الذي يستأجر مكتباً أو الطبيب الذي يستأجر عيادة أو مذكراً للأدوية، ومات يعتبر ظرفاً طارئاً، وقد أيدت محكمة التمييز الاتحادية العراقية ذلك^(٨)، وأقرته محكمة تمييز إقليم

(١) د. سعيد مبارك، وآخرون، مصدر سابق، ص ٣٣٩، كذلك: د. محمد عبد الظاهر حسين، عقد إيجار الأماكن في ظل التشريعات الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط ١، ٢٠٠٢م، ص ١٥٤.

(٢) التي نصت على: "١- إذا كان عقد الإيجار محدد المدة..."

(٣) التي نصت على: "١- إذا كان الإيجار معين المدة..."

(٤) د. سمير عبد السيد تناعو، مصدر سابق، هامش رقم ٢، ص ٣١٤، كذلك: جمعة سعدون الربيعي، أحكام عقد الإيجار في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٨١.

(٥) قرار المحكمة ذي الرقم ١٥٣/عقار/٢٠١٥، بتاريخ ١١/١٠/٢٠١٥م، ينظر: طارق عزيز جبار، الاختلاف في تخلية العقار بين القانون المدني وقانون إيجار العقار، دراسة مقارنة، مطبعة الكتاب، بغداد، ط ١، ٢٠١٧م، ص ١٩٨.

(٦) التي نصت على: "إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لإعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا فسخ العقد".

(٧) التي نصت على: "إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لإعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد".

(٨) جاء فيه: "إذا أستؤجرت الشقة لإتخاذها مكتباً للمحاماة" وأن المستأجر المحامي قد توفي فإن عقد الإيجار يبقى قائماً مالم يطلب الورثة أو المؤجر فسخ العقد عملاً بالمادة ٧٨٤...، قرار رقم ١٧٠/عقار/٨٧-٨٨، بتاريخ ١٨/١٢/١٩٨٧م، تناوله: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٨م، ص ١٥٣.

كردستان العراق في حكم لها^(١).

والجدير ذكره أنّ المادة (١٧٤٢) من القانون المدني الفرنسي لم تذكر الاستثناء الوارد في القانون المدني العراقي والمصري والذي يتعلق بحرفة المستأجر أو الاعتبار الشخصي، وقد اختلف الفقه في فرنسا حول ذلك، إلّا أنّ أغلب الفقهاء ذهبوا إلى أنّه لا ينتهي، مع ملاحظة أنّ عدة تشريعات قد صدرت في فرنسا تعطي الحق في إنهاء الإيجار عند موت المستأجر لورثته وللمؤجر أيضاً سواء كان عقد إيجار الأراضي الزراعية أو إيجار محال سكنية^(٢).

وإذا كان من المسلم به لورثة المستأجر الاحتجاج بالظرف الطارئ في حال تحقق أيّاً من الحالتين آنفاً، إلّا أنّه قد ثار خلاف بين الفقهاء فيما إذا كان ذلك جائز للمؤجر أيضاً، فقد ذهب أغلب الفقه إلى وجوب التمييز بين حالتين، الأولى: يجوز للمؤجر أن يتمسك به في حالة عقد الإيجار المبرم على الاعتبار الشخصي دون العقد القائم على الحرفة، وعللوا ذلك في أنّه قد يكون من بين ورثة المستأجر من يزاول حرفة مورثه، وبالتالي يحل محله، وأنّ المشرع لم يعط المؤجر الحق في ذلك إلّا لكي لا يتعرض للضرر في ملكه بسبب فقدان الورثة للاعتبار الشخصي لمورثهم المستأجر، وإثبات أنّ العقد الذي أبرم بسبب حرفة المستأجر فيه نوع من الصعوبة^(٣)، والحالة الثانية، بالنسبة لاختلاف الغاية من إنهاء الإيجار، ففي حالة حرفة المستأجر يكمن السبب في الرغبة للتيسير على ورثته وحدهم دون المؤجر برفع الإرهاق عنهم بسبب موته، أمّا الغاية من الحالة التي تتعلق بالاعتبار الشخصي فهي لرفع العنت عن المؤجر الذي أراد شخصاً بعينه وبموته ينتهي العقد، وأيضاً

(١) قرار رقم ٣٦٠/الهيئة المدنية/٢٠٠٧، بتاريخ ١١/٦/٢٠٠٧م، جاء فيه: "لأسباب الواردة في الحكم ولأن وظيفة المستأجر المتوفى (والد المدعي) كان ملحوظاً في العقد... فينتهي عقد الإيجار بوفاة المستأجر بحكم المادة (٧٨٤) مدني..."، تناولته: القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، تطبيقات القانون المدني العراقي رقم ٤٠ سنة ١٩٥١م، ج ٣، دار السنهوري، بيروت، لبنان ط ١، ٢٠٢١م، ص ١٨٢.

(٢) الفقهاء الفرنسيون: لوران، جيوار، بودري وفال، أوبري ورواسمان، نقلاً عنهم: د. عبد الرزاق السنهوري، ج ٦، المجلد الأول، مصدر سابق، هامش رقم ٣ ص ٨٧٣.

(٣) د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ٢٢٤، كذلك: د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، أحكام عقد الإيجار، دراسة مقارنة في ظل قواعد القانون المدني وقانون إيجار العقار، مقارنة بالفقه الإسلامي، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، دون طبعة، ٢٠١٨م، ص ٣٣٠.

رفعه عن ورثة المستأجر أيضاً^(١)، أمّا الإعتبار الشخصي للمستأجر فيحق للمؤجر أسوة بورثة المستأجر التمسك بالظرف الطارئ، لأن الإعتبار الشخصي هو الذي دفع المؤجر إلى إبرام العقد، ويقع على عاتقه عبء إثبات هذا الإعتبار ويمكنه ذلك أيضاً إذا توقف ورثة المستأجر عن ممارسة نشاط مورثهم بعد وفاته، ويمكن للمؤجر النزول عن هذا الحق صراحةً أو ضمناً، وهذا الفرض من المسائل الموضوعية الخاضعة لتقدير القاضي^(٢)، في حين ذهب جانب آخر من الفقه العراقي إلى أنه يحق للمؤجر أن يطلب إنهاء العقد في الحالتين، معللين ذلك بأن نص المادة (٧٨٤) من القانون المدني العراقي، قد جاء واضحاً لا لبس فيه ولا غموض، فضلاً عن ذلك أنّ حرفة المستأجر قد تكون هي الدافع وراء إبرام المؤجر لعقد الإيجار^(٣)، وأننا نؤيد ما جاء بالرأي الأخير لوضوح النص القانوني وأن الأمر لا يحتمل أكثر من معنى.

ثانياً: إفسار المستأجر: يطلق الفقه الإسلامي على إفسار المستأجر "بالإفلاس"، فقد ذهب الحنفية^(٤) والظاهرية^(٥) والزيدية^(٦)، إلى أنه إذا كان المستأجر المفلس^(٧) بسبب سرقة ماله أو غصبه أو إذا إستأجر حانوتاً لأجل ممارسة التجارة أو داراً فله التذرع بالظرف الطارئ ويثبت له ذلك ولو كان غلق الحانوت راجعاً إلى أمر من السلطان فهو ظرفاً طارئاً، وتعليل ذلك بأنه لم ينتفع بالханوت، فكان إبقاء العقد دون إستيفاء للمنفعة فيه ضرراً غير ملزم

(١) د. سليمان مرقس، عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٥٣٢، كذلك: د. عبدالفتاح عبدالباقي، عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٥٤٢، كذلك: د. أشرف جابر سيد، الوجيز في عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط ١، ٢٠٠٤م، ص ٢٧٤، وأيضاً: د. حسون عبيد هجيج، مصدر سابق، ص ٣١٢.

(٢) د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ٢٢٤، كذلك: د. محمد حسين منصور، مبادئ قانون الإيجار اللبناني، الدار الجامعية للنشر، بيروت، لبنان، ط ١، ٢٠٠٠م، ص ٩٠.

(٣) د. سعدون العامري، الوجيز في عقد العقود المسماة، مصدر سابق، ص ٣٢٢، كذلك: د. جعفر محمد الفضلي، مصدر سابق، ص ٣١٧، وأيضاً: جمعة سعدون الربيعي، أحكام عقد الإيجار في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٤) محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندي، ج ٢، مصدر سابق، ص ٩٩.

(٥) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج ٧، مصدر سابق، ص ١١.

(٦) أحمد بن يحيى المرتضى، ج ٥، مصدر سابق، ص ٥٠.

(٧) يقصد بالمفلس بأنه: "من عليه ديون ولا مال له يفي بها وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له"، أو "الذي ركبته الديون وماله لا يفي بها"، ينظر: محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة، ج ١٦، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، إيران، ط ١، ١٤١٩هـ، ص ٢٣٣.

بتحمله^(١)، وذهب الشافعية إلى رأيين في حالة إذا كان الإعسار قبل الأجرة المترتبة على عاتقه ومضت المدة، فيرى بعضهم بوجوب التمسك بالظرف الطارئ، ويذهب الرأي الآخر إلى أنه لا يمكنه ذلك إذا كانت الأجرة تستحق آخر كل شهر، أما تحقق الإفلاس بعد إنقضاءه، فالمنفعة هنا فانت ولا يكون له التذرع بالظرف الطارئ^(٢)، في حين ذهب الإمامية في حالة إفلاس المستأجر وعدم قدرته على الإيفاء بالأجرة، فالمؤجر وحده من يملك الاحتجاج بالظرف الطارئ^(٣).

أما في القانون الوضعي فقد أجازت المادة (٢/٧٨٥)^(٤) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢/٦٠٣)^(٥) من القانون المدني المصري إستثناء من الأصل العام^(٦)، للمستأجر في حال تعرضه للإعسار التمسك بالظرف الطارئ في مواجهة المؤجر، مع إمكانية السماح للمؤجر بطلب تأمينات من المستأجر، تتمثل بكفالة أو رهن أو يتعهد دائنوا المستأجر بدفع الأجرة وأن يلتزموا بمراعاة أفضلية المؤجر عليهم في إستيفاءها، لوجود مصلحة لهم في بقاء المستأجر في العين المؤجرة من أجل المباشرة في عمله والوفاء بما عليه من ديون^(٧)، ويمتنع على المؤجر المطالبة بذلك في حال تقديم هذه التأمينات، أو إذا دفع المستأجر الأجرة في مواعيدها بموافقة دائنيه، وللقاضي سلطة تقدير الوقت المناسب والبت فيما إذا كانت التأمينات كافية، فإذا لم يتمكن المؤجر من الحصول عليها يحق له أن يحتج بالظرف

(١) د. عادل مبارك المطيريات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠١م، ص ١٣٠.

(٢) كمال الدين أبي البقاء الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ج ٥، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط ١، ٢٠٠٤م، ص ٣٨٥ - ٣٨٦، كذلك: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢٣٩ - ٢٤٠.

(٣) تقي حسين الطباطبائي القمي، مصدر سابق، ص ٦١، وأيضاً: أبو القاسم نجم الدين المحقق الحلي، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٢٤.

(٤) التي نصت على: "٢- ومع ذلك يجوز للمؤجر أن يطلب فسخ الإيجار إذا لم تقدم له في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالأجرة التي لم تحل..."

(٥) التي نصت على: "٢- ومع ذلك يجوز للمؤجر أن يطلب فسخ الإيجار إذا لم تقدم له في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالأجرة التي لم تحل..."

(٦) بموجب المادة (١/٧٨٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "١- لا يترتب على إعسار المستأجر أن تحل أجرة لم تستحق" ومثلها المادة (١/٦٠٣) من القانون المدني المصري التي نصت على: "١- لا يترتب على إعسار المستأجر أن تحل أجرة لم تستحق".

(٧) د. مصطفى مهدي هرجة، فسخ عقد الإيجار وإخلاء العين وأسباب الإخلاء في القانون المدني، المكتبة القانونية، دار محمود، القاهرة، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٣م - ٢٠٠٤م، ص ٢٧٤.

الطارئ، ويثبت حقه هذا سواء كان إعسار المستأجر مشهراً أو فعلياً وسواء كان الإيجار محدد المدة أو لا^(١)، وهذا ينطبق على مستأجر المحل التجاري، فصدور حكم بإشهار إفلاسه ينهي العقد، وعلة هذا الأمر أن المستأجر يزاول التجارة لحسابه الشخصي وباسمه الخاص^(٢).

وتأسيساً على ذلك فقد أجاز للمستأجر الاحتجاج بالظرف الطارئ حتى لو نزل المؤجر عن طلب التأمينات، من أجل التخلص من دفعها أو الوفاء بالأجرة عند حلول ميعاد الإستحقاق^(٣)، إلا أن هذه الرخصة مقيدة بشرطين:

الأول: أن يكون قد منع بموجب العقد من الإيجار من الباطن أو التنازل عنه^(٤)، إستناداً إلى المادة (٢/٧٨٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "٢-... وكذلك يجوز للمستأجر الذي لم يرخص له الإيجار أو التنازل عنه...". ومثلها المادة (٢/٦٠٣) من القانون المدني المصري، أي أنه لا يجوز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد إذا كان المؤجر قد سمح له بذلك، إذ بإمكان هذا الأخير إقتضاء الأجرة من المستأجر من الباطن، وبخلاف له التذرع بالظرف الطارئ.

الثاني: أن يدفع للمؤجر تعويضاً عادلاً لقاء الأضرار التي تصيبه بسبب إنهاء العقد^(٥).

(١) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، مصدر سابق، ص ١٠٥٩.

(٢) براق عبد الله مطر الخالدي، إيجار المحل التجاري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٦م، ص ١٥٢.

(٣) د. سمير عبد السيد تناعو، عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٣١٥.

(٤) حيث يعتبر إستثناءً من الأصل ولايجوز التوسع في تفسيره وهو رخصة من المؤجر إلى المستأجر تمكنه من الإيجار من الباطن أو التنازل عنه إلى الغير، أو منعه منها بشرط عدم تعسف المؤجر فيه في حالة وجود إتفاق ما بين المتعاقدين، وإنّ هذا الشرط قد يكون صريحاً أو ضمناً، ينظر: د. حبيب عبيد مرزة العمّاري، التنظيم القانوني للشرط المانع في عقد الإيجار، دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد ٤، العدد ١، ٢٠١٢م، ص ٣١٣ وما بعدها، ويعد هذا الشرط تقوية لمركز المؤجر حيث يوجد إلى جانب المستأجر الأصلي شخصاً آخر يضمن معه الوفاء بالأجرة، بشرط أن لا تكون شخصية المستأجر محل إعتبار، ينظر: د. أحمد سمير محمد ياسين، التنظيم القانوني للشرط المانع في عقد الإيجار، دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ١، ج ١، ٢٠١٦م، ص ٤٠٥، مع ملاحظة أن المادة (١١) من قانون إيجار العقار العراقي رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩م المعدل، قد حظرت هذا الشرط.

(٥) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ٤٢٦، ينظر أيضاً: ص ١١٣ من هذه الرسالة.

وإذا منعه المؤجر من ذلك^(١) جاز له الإحتجاج بالظرف الطارئ قبل إنقضاء المدة مع دفعه للتعويض العادل الذي يقدره القاضي مراعيًا فيه إعسار المستأجر^(٢)، أو منحه مهلة معقولة للإخلاء سواء كان الإيجار محدد المدة أو غير محدد، والظاهر من القيد أن تبرير ذلك هو إنَّ المشرع أراد أن يخفف على كاهل المتعاقد المضروب بأن يطلب إنهاء العقد لمن سمح له بذلك^(٣)، وقد أعتبر جانب من الفقه أن طلب الفسخ من قبل المؤجر بسبب إعسار المستأجر وعدم تقديمه للتأمينات التي تؤدي وظيفة الوفاء بالأجرة يعتبر تطبيقاً للقواعد العامة في الفسخ^(٤)، في حين أعتبره جانب آخر بأن طلب الفسخ الذي يتقدم به المستأجر لذات السبب هو تطبيق للظرف الطارئ^(٥).

ويذكر أنَّ القانون المدني الفرنسي لم ينظم حالة الإعسار من حيث أثره في عقد الإيجار^(٦)، ومع ذلك منح المؤجر حق المطالبة بذلك في حالة إستمرار المستأجر بعدم الوفاء ببذل الإيجار لمدة شهرين، ويكون للقاضي سلطة تقديرية في بيان التقصير من قبل المستأجر حتى يُعتبر مسوغاً لذلك من عدمه، حيث يأخذ بالحسبان تقدير الوقائع المعروضة أمامه وظروفها، ويستوجب على المستأجر الوفاء بالأجرة من تاريخ صدور قرار القاضي^(٧)، وفي الصدد ذاته يلاحظ أنَّ نص المادة (١١٩٥) منه جاءت كمبدأ عام عن نظرية الظروف الطارئة دون أن تحدد حالات بعينها، وعليه يمكن الركون إليها لمعالجة حالات الظرف الطارئ في عقد الإيجار.

(١) إستناداً الى نص المادة (٢/٧٧٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "...فإذا إشتراط إيجار المستأجر أو تنازله عن الإيجار لا يكون إلا بموافقة المؤجر، فلا يجوز لهذا أن يتمتع عن الموافقة إلاّ لسبب مشروع"، والمادة (١/٥٩٤) من القانون المدني المصري، والمادة (١٧١٧) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقمه ٢٦/الهيئة الإستئنافية/عقار/٢٠٠٦، بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٩م، جاء فيه: "وجدت المحكمة أن دعوى المميز عليها المتضمنة فسخ عقد الإيجار أساسها من القانون وهو عدم دفع المميز المستأجر للأجرة المستحقة مما يُعد إخلالاً بالتزامه ببند العقد الشفوي المبرم مع المميز عليها"، ورد لدى: طارق عزيز جبار العزي، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

(٣) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ٦١٥، كذلك: د. أمل شربا، د. علي الجاسم، العقود المسماة، عقد الإيجار، منشورات جامعة دمشق/ كلية الحقوق، دمشق، سورية، دون طبعة، ٢٠١٤م، ص ٢٤٢.

(٤) د. سمير عبد السيد تناعو، مصدر سابق، ص ٦١٥.

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، مصدر سابق، ص ٨٧٦.

(٦) د. سليمان مرقس، عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٥٣٤ وما بعدها.

(٧) آلان بينابنت، مصدر سابق، ص ٣٠٢ — ص ٣٠٣.

ولايفوتنا بهذا الخصوص ذكر مايجري حالياً بسبب الوضع الذي يمر به العالم أجمع من إنتشار جائحة كورونا في نهاية عام ٢٠١٩م، واعتبارها من الظروف الإستثنائية من حيث انطباق جميع الشروط عليها، مع الاختلاف بين الفقهاء بشأن اعتبارها ظرفاً طارئاً أو قوة قاهرة^(١)، ولذلك عمدت الدول إلى إصدار العديد من القرارات للتصدي لهذه الجائحة الإستثنائية، بسبب التأثير السلبي الذي سببه الفايروس المؤدي إلى إفسار العديد من المستأجرين، وبالتالي قد جعل البعض منهم يختلف مع المؤجر من حيث تمسكه بالظرف الطارئ عن طريق اللجوء إلى القضاء بهذا الخصوص، فقد صدر حديثاً قراراً من محكمة إستئناف بابل الإتحادية/ الهيئة الإستئنافية الثانية، بهذا الشأن، أقرت فيه: "بإنهاء عقد الإيجار الذي يتعلق بتأجير (كافتريا وكشك إستساح لبيع القرطاسية والمواد الغذائية، داخل بناية جامعة بابل، من تاريخ ٢٠١٩/٦/١٠ إلى ٢٠٢٠/٦/٩) للظرف الطارئ بسبب جائحة كورونا، والتي تسببت بتعطيل الدوام الرسمي للجامعة مما أدى إلى خسارة فادحة للمستأجر"^(٢)، وذلك بالإستناد إلى نص المادة (٧٩٢) والمادة (١/١٦٤) من القانون المدني العراقي"^(٣)، وقد قضت محكمة دمياط الابتدائية في مصر بقرار صدر حديثاً بأن جائحة كورونا من قبيل الظروف الطارئة فيما يتعلق بعدم قدرة المستأجر على الوفاء بالأجرة المقررة في عقد الإيجار الذي عقد بين المتعاقدين بتاريخ ٢٠١٨/٥/١٥م، وكان محل العقد (صالة للأعراس) وبسبب إنتشار الجائحة وصدور قرارات في مصر منعت بموجبها كافة الفعاليات والإحتفالات والأنشطة، ولذلك قدم المستأجر طلباً إلى القضاء يطالب فيه الحكم بتخفيض الأجرة المتفق عليها بسبب إفساره، وقضت المحكمة بتخفيضها مستندة في

(١) صدر الأمر الديواني ٥٥ لسنة ٢٠٢٠م، في العراق، وبموجبه تشكلت خلية الأزمة برئاسة وزير الصحة، بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢١م، اعتبر جائحة كورونا قوة قاهرة لجميع المشاريع والعقود لغاية إعلان الوزارة إنتهاء الوباء، في الفقرة (١٢) منه، ومثله أصدر مجلس الوزراء في مصر قرار ٦٠٦ لسنة ٢٠٢٠م، وقرار ١٨٦٠ لسنة ٢٠٢٠م، بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٠م، وهو مطابق لما جاء في فرنسا من إعتبار الجائحة قوة قاهرة، ينظر: د. دلال تفكير مراد، أثر فايروس كورونا على سريان المدد القانونية، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة، المجلد ٢، العدد ٤٧، ٢٠٢٠م، ص ٣٩٦.

(٢) يلاحظ أن المشرع العراقي لم يعتبر كساد التجارة سبباً يبرر فسخ عقد الإيجار، في المادة (٧٩٠) من القانون المدني، التي نصت على: "من استأجر حانوتاً ثم عرض للبيع والشراء كساد فليس له أن يفسخ العقد أو أن يمتنع عن دفع الأجرة"، أن هذا النص ليس من النظام العام حيث يجوز الإتفاق على مخالفته، وقد أستمد المشرع العراقي هذا النص من المادة (٤٧٩) من مجلة الأحكام العدلية، ينظر: د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص ٥٣١.

(٣) قرار رقم ٢٦٢/س/٢٠٢١، بتاريخ ٢٠٢١/٣/٢٨م، (غير منشور).

قرارها إلى نص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري بإعتبار الجائحة ظرفاً طارئاً^(١)، وإلى نفسه جاء في قرار لمحكمة باريس المرقم ٢٠/٥٥٧٥٠ بتاريخ ٢٠٢١/١/٢١م، حيث رفضت فيه طلب المؤجر بإجبار مستأجر "المطعم" على إنهاء عقد الإيجار بسبب عدم دفع بدلات العقد، بعد الإتفاق بينهما مسبقاً على إنهاء العقد بمجرد الإخلال بالوفاء، إلاّ إنّ المستأجر أستخدم في تخلفه على نص المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي بشأن الظروف الطارئة، والتي أرغمته على عدم الوفاء بالأجرة بسبب الإجراءات المفروضة من قبل السلطات الإدارية الناتجة عن جائحة كورونا، والتي ألزمت بغلق المطاعم، ولذلك أقرت المحكمة بتخفيض بدل الإيجار بسبب ذلك، وأنها أشرت أن يكون عدم التنفيذ وفقاً لمبدأ حسن النية استناداً إلى نص المادة (١٢١٧) من القانون المدني^(٢).

ولا يفوتنا أن ننوه هنا إلى أنه قد اختلف الفقه القانوني في مسألة حق التمسك بالظرف الطارئ في حالة إفسار المستأجر بعدم حلول الأجرة التي لم تستحق بعد، حيث ذهب بعض الفقه إلى أنّ علتها هو رافة المشرع بالمستأجر والذي يعتبر استثناء من القواعد العامة^(٣)، كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بـ"عطل هذا الأثر رافة بالمستأجر"^(٤)، في حين يذهب رأي آخر إلى أنّ هذا الحكم لا يعتبر استثناء من القواعد العامة بل هو حكم يتفق وطبيعة عقد الإيجار بإعتباره من العقود الزمنية، فالأجرة تدفع على أقساط، لأن التزام المستأجر بدفعها هو التزام ممتد وليس إلزاماً أجلياً، فليس في الأصل وجوب دفع الأجرة مقدماً قبل بدء الإنتفاع بحيث يكون الإتفاق على دفعهما على شكل أقساط عند إستيفاء المنفعة أو التمكين من إستيفائها ولو لم تستوف فعلاً، إلاّ في حالة الإتفاق على إستيفاء الأجرة قبل إستيفاء المنفعة فذلك تعجلاً لها^(٥).

(١) رقم القرار ٦٠٩ لسنة ٢٠٢٠م مدني.

(٢) <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/covid-19-et-non-paiement-des-loyers-commerciaux-contestation-serieuse>.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، مصدر سابق، ص٨٧٦، كذلك: د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصدر سابق، ص٥٢٧.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية، للقانون المدني المصري، ج٤، مصدر سابق، ص٥٨٦.

(٥) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص٢٩٤، كذلك: د. جعفر محمد الفضلي، مصدر سابق، ص٣١٨، أيضاً: د. جواد كاظم جواد سميسم، مصدر سابق، ص١٤٩، وأيضاً: د. حسون عبيد هجيج، منتظر فيصل كاظم، مصدر سابق، ص٣١٦.

الفرع الثاني

نقل المستأجر الموظف أو المستخدم

تناول فقهاء الحنفية^(١) انتقال المستأجر من حرفة إلى أخرى وأعتبروه ظرفاً طارئاً، فالحالة هنا يكون فيها المستأجر مخيراً بإرادته وإختياره^(٢)، أما إذا كان إنتقال المستأجر من حرفة إلى أخرى من نفس العمل فإنهم لم يعتبروه ظرفاً طارئاً، كما لو إنتقل من حانوت إلى آخر ليعمل ذات المهنة، إلا أن الثاني أرخص وأوسع من الحانوت الأول، فهنا لا يعتبر ظرفاً طارئاً يجوز له الإحتجاج بالظرف الطارئ قبل إنقضاء مدة العقد، لأنه بإمكانه إستيفاء المنفعة من الحانوت الأول من غير ضرر، ولكن كل ما يفوته هو زيادة في المنفعة من الحانوت الثاني وهنا الأمر يعتبر ربحاً وليس بضرر^(٣).

أما في القانون الوضعي فقد نصت المادة (٧٩٣) من القانون المدني العراقي على إنه: "يجوز للمستأجر إذا كان موظفاً، أو مستخدماً، أو أقتضى عمله أن يغير موطنه..."، وقبل الخوض في تفاصيل هذا الأمر، حرياً بنا التطرق إلى مسألة مهمة والتي تتمثل بأن المشرع العراقي قد وقع في خطأ مادي من ناحية صياغة النص القانوني بإضافة "أو التخييرية" بدلاً من "أو العطف" والذي أفضى إلى تغيير المقصود منه وتبديل معناه، وما جاء به النص منح المستأجر الموظف أو المستخدم ولكل مستأجر آخر رخصة إنهاء عقد الإيجار إذا حتم عليه عمله أن يغير موطنه، في حين جاء النص القانوني المصري أدق في الصياغة، حيث نصت المادة (٦٠٩) من القانون المدني المصري^(٤) على أنه "يجوز للموظف أو المستخدم،

(١) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج١، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص٤٨٥.

(٢) د. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص٤٦٣.

(٣) أبو عبد الله محمد عبد الرحمن المالكي المغربي الحطاب، مصدر سابق، ص٤٣٢.

(٤) يسري هذا الحكم على عقود الإيجار المبرمة بعد تأريخ العمل بالقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م، أما العقود المبرمة قبل إصدار القانون فكانت تمنع ذلك إلا إذا اشترط المستأجر في العقد على هذه الحالة، ينظر: د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص٢٢٦.

إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه...^(١) ، ولذلك ندعو المشرع العراقي إلى الإقتداء بما جاء في النص المصري وتصحيح هذا الخطأ بحيث يكون النص باقتراحنا كالآتي: "إذا كان موظفاً أو مستخدماً وأقتضى عمله... أو إذا أقتضى عمله".

ويلاحظ من إستقراء نصوص المواد آنفاً أنه يكون للمستأجر الموظف أو المستخدم الحق في التمسك بالظرف الطارئ مهما كان السبب الذي أدى إلى تغيير محل موطنه، سواء بالنقل أو بخسارة الوظيفة، بمعنى أن النص قد جاء عاماً وهو أمر حسن فعله المشرع، وهو ما جاء به القانون المدني الفرنسي، والذي أكد على طلب فسخ العقد من قبل المستأجر حيث يكون له ذلك، سواء في حالة حصوله على وظيفة أو نقله من وظيفته أو في حالة خسارته لها^(٢).

ولابد من الإشارة إلى أن هناك فرق بين النص العراقي والمصري، من حيث أن الأخير صرح بعدم جواز الإتفاق على مخالفة الحكم الوارد بالنص، أي أنه من النظام العام، حيث ورد في المادة (٦٠٩) والتي نصت على: "... ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك". ومن الجدير ذكره، أنه قد تم تقديم إقتراح في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري من أجل حذف العبارة ذاتها أذ جاء فيها: "ألا ينص المشروع على بطلان كل اتفاق يخالف ذلك حتى يتسنى للموظف أن يرفع عن نفسه الحرج في إيجار منزل للسكن في حالة إذا رضي أن يتنازل عن حقه في إنهاء الإيجار عن النقل" لكنها لم تحذف، وعلى عكس ذلك نجد أن نص المادة (٧٩٣) من القانون المدني العراقي يُجوز الإتفاق على خلافه، على عكس الحكم الوارد في نص القانون المدني المصري^(٣) ، وفي هذا المقام لابد أن نذكر أن اللجنة التي وضعت القانون المدني العراقي قد حذفت عبارة "ويقع باطلاً كل

(١) أن هذه النصوص مستوحاة من المادة (٣٩٢) من القانون المدني السويسري، التي نصت على: "يجوز للموظفين العموميين في حالة تغيير المحل الذي إقتضاه العمل أن يفسخوا إيجار محلات السكنى المعقود لمدة معينة مع ملاحظة المواعيد القانونية للتنبيه"، ينظر: د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصدر سابق، هامش رقم ١، ص ٥٢٩.

(٢) جبروم هويه، مصدر سابق، ص ٨٠٧.

(٣) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ٤٢٢، كذلك: د. عصمت عبد المجيد بكر، مبدأ العذر الطارئ في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، هامش رقم ٣٦، ص ٩٥.

إتفاق على غير ذلك"، التي كانت واردة في آخر المادة، مستنديين بهذا الحذف أن الموظف أو المستخدم في حال إذا إتفق مع المؤجر على شيء يخالف المادة فلا داعي لإهمال إتفاقهما ولذلك أقرت اللجنة هذا الحذف^(١).

وبرأينا حسناً فعل ذلك كي يتلافى الضرر الذي قد يصيب الموظف من جراءه، لأن نتيجته قد تؤدي إلى إمتناع المؤجرين عن التأجير في حالة عدم إستطاعتهم توقي خطر إنتهاء العقد قبل أنقضاء مدته.

في مقابل ذلك لم تبين النصوص القانونية بأن المستأجر الموظف أو المستخدم يجب أن يكون ملتحقاً بوظيفة حكومية أو غيرها (قطاع خاص)، إلا أنه قد جاء لفظ (مستخدم) بعد لفظ (موظف) أي أنه يشير إلى أن النص عام يشمل كل من يستخدم في عمل مع جواز نقله، وهو ما أكدته مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، والتي جاء فيها "إذا أقتضى عمل الموظف أو المستخدم، سواء كان يعمل في المصالح الحكومية أو في غيرها..."^(٢)، ويرى جانب من الفقه أن المقصود من نص التشريع العراقي أنه حتى يحق للمستأجر التمسك بالظرف الطارئ يلزم أن تجتمع فيه صفة الموظف أو المستخدم وإنما يشمل أيضاً ما يقتضيه عمله أن يغير موطنه، ويدخل العامل ضمن طائفة الموظفين والمستخدمين بهذا المعنى^(٣)، لأن التذرع بالظرف الطارئ بسبب تغيير الموطن يجد تبريره في حالة العامل كما في حالة الموظف أو المستخدم حيث يراد منه فسح المجال أمام الشخص الذي يكون مضطراً الى تغيير موطنه بسبب عمله الى التحلل من الإيجار ليتمكن من السكن بالقرب من عمله الذي نقل اليه^(٤)، فالأمر يقضي هنا بأن عقد الإيجار يجب أن يكون واقعاً على مسكن الموظف أو المستخدم ومحدد بمدة معينة، لأنه لو لم يكن العقد معين المدة لأمكن إنهاءه وفقاً للقواعد العامة بعد انقضاء أحد الشهور إذا نبه المستأجر على المؤجر في ميعاد نصف الشهر، على اعتبار أن الإيجار تكون مدته معينة، فأقصى ما يتعرض له الموظف أو المستخدم هو أن يبقى في المسكن شهراً آخر إذا فاتته التنبيه

(١) سليمان بيك، مصدر سابق، ص ٢٥٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، للقانون المدني المصري، ج ٤، مصدر سابق، ص ٦٠٠.

(٣) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٣، مصدر سابق، هامش رقم ٨٠، ص ٧٤٧.

(٤) د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، هامش رقم ٤٥، ص ٥٢٨ - ص ٥٢٩.

بالإخلاء، وهذا ليس بضرر كبير عليه^(١).

ومن الجدير بالذكر أن النص القانوني يتكلم عن العقارات دون المنقولات، هذا من ناحية، وحتى بالنسبة إلى العقارات فليست جميعها خاضعة إلى ذات النص، وإنما المعدة للسكن فقط من الناحية الأخرى، وعليه فلا مجال لتطبيق المادة القانونية في حالة استئجار دكان أو مخزن أو عيادة أو مكتب أو أرض زراعية أو سيارة لأن هذه الأخيرة قابلة للتنقل مع الموظف، وفي هذا تطبيق دقيق للظرف الطارئ والذي يسوغ إنهاء عقد الإيجار^(٢).

وعلاوة على ذلك قد يتبادر إلى الذهن سؤال يتعلق بـ: هل أن تطبيق هذا النص يستلزم أن يكون النقل من مدينة إلى أخرى؟ أم من حي إلى آخر؟ أم لا فرق بين الاثنين؟

حيث يرى بعض الفقه بأن النقل لابد أن يكون من مدينة إلى أخرى فلا يكفي من حي إلى آخر في حدود المدينة الواحدة، بل لا يكفي أن يكون النقل من المدينة إلى إحدى ضواحيها، معللاً رأيه بأن سبل الانتقال بينهما ميسرة، وحتى لو ترتب على الأمر إرهاباً للموظف أو المستخدم إلا أنه لا يبلغ حداً من الجسامه بحيث يخالف القواعد العامة^(٣).

في حين يرى البعض الآخر^(٤) بأنه ولو كان النقل من مدينة إلى أخرى أو من حي إلى آخر فهو ظرفاً طارئاً، مستنديين في رأيهم هذا إلى عمومية النص القانوني^(٥)، وبشرط أن تكون المسافة بين المسكن والعمل الجديد تمثل إرهاباً للموظف أو المستخدم وقد يتمثل الإرهاب في هذه الحالة في جهد الانتقال أو ما يتطلبه من مصروفات لا يتحملها مرتبه^(٦)، كما لو كان ضابطاً في شرطة محافظة بغداد وكان يسكن بالقرب من مقر عمله ثم نقل إلى

(١) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

(٢) د. أمل شربا، د. علي الجاسم، مصدر سابق، ص ٢٤٣.

(٣) د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصدر سابق، ص ٥٣٠-٥٣١.

(٤) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج ١، مصدر سابق، ص ٣١٥، كذلك: د. سليمان مرقس، عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٢٨٦، وأيضاً: د. جعفر محمد الفضلي، مصدر سابق، ص ٣١٩، وأيضاً: جمعة سعدون الربيعي، أحكام عقد الإيجار في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٥) المادة (٦٠٩) التي نصت على: "... إذا اقتضى عمله أن يغير محل أقامته..."، ينظر: د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ٦١٩.

(٦) د. حمدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

مكان في محافظة أخرى أو حي آخر، وبدورنا نؤيد ما جاء على لسان الفقه القانوني لعمومية النصوص القانونية التي جاءت بالمطلق من دون تحديد حالة النقل من مدينة إلى أخرى أو غيرها من الأماكن.

وتماشياً مع ماتم ذكره، فيشترط لتطبيق المادة (٧٩٣) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٠٩) من القانون المدني المصري، أن لا يكون للموظف أو المستخدم يد في تحقق الظرف الطارئ، أو تم بناءً على طلبه هو، أو إذا كان نقله أمراً مقررًا وبالإمكان معرفته ثم إستأجر داراً لمدة تزيد على مدة بقائه في مدينته الأولى، كما لو كان الموظف يعلم بأنه منقول خلال مدة سنة ثم أستأجر لمدة سنتين، أو إذا لم يكن المستأجر موظفاً ولكن تم تعيينه وأقتضت وظيفته الجديدة نقله ابتداءً أو بعد شغل الوظيفة، أو كان النقل أمراً مقررًا وكان عالماً به وقت إبرام عقد الإيجار، فجل هذه الأمور لا تعتبر مبرراً للتمسك بالظرف الطارئ، وقد أيد أحد الفقهاء فيما يتعلق بعدم جواز طلب المستأجر الموظف أو المستخدم التذرع بالظرف الطارئ إذا كان قد نقل من مكان عمله إلى محل آخر، إذا كان سببه يرجع إلى خطأه هو، معتبراً أن نقل العامل نتيجة لخطئه مانعاً من ذلك^(١)، في حين خالفه آخر بأن نقل المستأجر بخطئه لا يحرمه من التمسك بالظرف الطارئ، لعدم وجود رابطة بين الخطأ المرتكب من قبله وبين ما يرتبط به المستأجر مع المؤجر من رابطة عقدية مؤكدين على أنه لا يمكن القول بأن الموظف الذي أخطأ كان قد سعى إلى نقل نفسه بسبب ما صدر منه^(٢).

ونحن نؤيد ما جاء به الرأي الثاني، لأننا نرى بأن أي موظف معرض لخطر النقل من مدينة إلى أخرى، وهذا أمر وارد في الوظائف، إلا أنه لا يعلم بالوقت المقرر لذلك، بمعنى أنه يتوقع ذلك طيلة مدة وجوده في وظيفته، إضافة إلى ذلك أننا لو رجعنا إلى قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الإشتراكي العراقي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ م وبالتحديد إلى^(٣)

(١) د. سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٧٤٩ وما بعدها.

(٢) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، مصدر سابق، ص ١١٧٨.

(٣) المعدل بقانون رقم ٥١ لسنة ٢٠١٢ م، نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٥٠ بتاريخ

٢٠١٢/٩/١٠ م (التعديل الثاني للقانون).

نص المادة (٨)^(١) منه والتي ضمت عقوبات إنضباطية إدارية متدرجة، دون أن تتناول من ضمنها نقل الموظف إلى مكان آخر خاصةً في حالة الخطأ، وحتى لو سلمنا بأن الموظف قد تعمد أن يخطئ ويتسبب بنقل نفسه من مكان إلى آخر فهذا قد يكون في بعض الحالات أمر نفسي كامن في الصدور ومن الصعب إكتشافه، وإن كان يتصور ممكن حدوث نقل الموظف أو المستخدم في القطاع الخاص على إعتبار أنهم مقيدون بسلطة من يخدمونه، إلا أنه غير متصور ذلك في القطاع العام.

ولابد من أن نضيف أخيراً بأنه يشترط لتطبيق هذا الحق للموظف أو للمستخدم أن يكون عقد الإيجار محدد المدة لأنه لو كان غير ذلك لأمكنه إنهاء العقد بموجب التنبيه بالإخلاء^(٢)، كما وأن هذا الحق ثابت له وحده دون المؤجر، ولكنه لا يعتبر من النظام العام، فبإمكانه ألا يستعمله ويبقى في العين المأجورة على الرغم من نقله إلى بلد آخر^(٣).

(١) التي نصت على: "ثامناً : العزل: ويكون بتهنية الموظف عن الوظيفة نهائياً ولا تجوز إعادة توظيفه في دوائر الدولة والقطاع الإشتراكي، وذلك بقرار مسبب من الوزير في إحدى الحالات الآتية:
أ — إذا ثبت ارتكابه فعلاً خطيراً يجعل بقاءه في خدمة الدولة مضرراً بالمصلحة العامة. ب — إذا حكم عليه عن جناية ناشئة عن وظيفته أو أرتكبها بصفته الرسمية. ج — إذا عوقب بالفصل ثم أعيد توظيفه فارتكب فعلاً يستوجب الفصل مرة أخرى".

(٢) المادة (٧٤١) من القانون المدني العراقي، والمادة (٥٦٣) من القانون المدني المصري.

(٣) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ٤٣٤.

المطلب الثاني

حالات الظرف الطارئ التي تتعلق بالمؤجر

قد لا تكون عدد الحالات التي يحتج بها المؤجر أمام المستأجر بإعتبارها ظرفاً طارئاً بقدر عدد الحالات التي وردت للمستأجر، فقد تناول الفقه الإسلامي وكذلك القوانين المدنية حالتين كظروف إستثنائية خاصة، وهي حالة الموت أو الإضطراب إلى بيع المأجور سواء كان عقاراً أو منقولاً بسبب إصابته بدين، إضافة إلى أنه وعلى الرغم من فرض المشرع على المؤجر بقاء المستأجر في العين المأجورة بعد إنتهاء مدة عقد الإيجار الأصلية بمقتضى أحكام الحق في البقاء والتي تسري بقوة القانون، إلا أنه لم يرد حرمانه من جميع مظاهر ملكيته بموجب هذه النصوص الإستثنائية فحوله حق إسترجاع ملكه لأسباب عديدة منها الضرورة الملجئة للسكن، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب في فرعين وكالاتي:

الفرع الأول

موت المؤجر أو بيعه المأجور بسبب الدين

أولاً: موت المؤجر: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة موت المؤجر فيما إذا كان موجباً للتمسك بالظرف الطارئ أم لا، في وقت ذهب فيه الحنفية إلى إعتبار موته مؤيداً لذلك، معللين هذا الحكم بأنه لو بقي العقد، لصارت المنفعة المملوكة لغير المتعاقدين، يستحقها بالعقد لإنتقالها إلى الوارث وهو أمر غير جائز، لأنهم لم يُبرموا العقد مع المستأجر وعلى ذلك فليسوا ملزمين بعقد المؤجر الميت^(١)، وأن عقد الإيجار متجدد إنعقاده ساعة فساعة بحسب حدوث المنفعة، وبموته تكون المنافع ملكاً للورثة، ولو بقي عقد الإيجار للزم إستيفاء المنافع من ملك الغير وهذا لا يجوز^(٢)، إلا إن الأمر يختلف إذا كان

(١) عبد الغني بن طالب الدمشقي، الباب في شرح الكتاب، ج٢، مصدر سابق، ص٨٧، كذلك: ظفر أحمد العثماني التهانوي، إعلاء السنن، ج١٦، مصدر سابق، ص٢٢٢.

(٢) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٥، المطبعة الأميرية الكبرى _ بولاق، القاهرة، مصر، ط١، ١٣١٤ هـ، ص١٤٤.

المؤجر هو الولي أو الوصي أو الناظر على الوقف أو الوكيل، فموته لا يعتبر ظرفاً طارئاً^(١)، لأن إستحقاق المنافع والأجرة فيه لا تكون من ملكه وإبقاء العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد، وموته لا يغير حكمه^(٢)، وأيدهم بعض من الشافعية^(٣) الذين إشتراطوا أن لا يكون للمؤجر وارث، في حين خالفهم البعض الآخر معللين ذلك بأن المنافع بعد موته أصبحت لغيره، وبالتالي لا ولاية له عليها ولا نيابة عنه، والأصح والأرجح عندهم هو أن موته ظرفاً طارئاً إذا كان قد أجر وهو بحكم المالك^(٤)، أما فقهاء الإمامية فقد جاء عنهم أنه قد وردت رواية دلت على بطلان عقد الإيجار بموت المؤجر وهو ما سار عليه الفقهاء السابقين، ومختصر هذه الرواية ما رواه الشيخ الكليني بطريقه عن ابراهيم بن محمد الهمداني، حيث قال: كتبت الى أبي الحسن "عليه السلام" وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطي الإجارة (الأجرة خ ل) في كل سنة عند انقضائها، لا يقدم لها شيء من الإجارة (الأجرة خ ل) ما لم يمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها، هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجارة إلى الوقت، أم تكون الإجارة منقضية بموت المرأة؟ فكتب: "إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الإجارة، فإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فتعطي ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله^(٥)، ورواها الشيخ عنه أيضاً تارة وعن الأبهري أخرى، إلا أن فقهاء الإمامية قالو في ضعف هذه الرواية بشتى طرقها أي من حيث السند ومن حيث الدلالة، وبالتالي لا

(١) شمس الدين أبي عبد الله الزركشي، ج٢، مصدر سابق، ص١٨٢، كذلك: المادة (٥٥٤) من مرشد الحيران، التي نصت على: "تتفسخ الإجارة بموت المؤجر أو بموت المستأجر إذا عقدها لنفسه لا لغيره بالتوكيل عنه فإن مات الوكيل بإجارة أو استئجار فلا تبطل الإجارة بموته".

(٢) محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٩، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص١٠٤.

(٣) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، مصدر سابق، ص٢٥٤.

(٤) شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ص٤٦٨.

(٥) أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي الشيخ المفيد، المبسوط، ج٣، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، دون طبعة، ١٣٨٧هـ، ص٢١٦ وص٢٢٤، كذلك: محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج٢٧، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم، إيران، ط١، ١٤٣٢هـ، ص٢١٢.

يَعُول عليها، ولذلك فإنهم اعتبروا أن البحث عن الأمر قليل الجدوى مادام السند ضعيف وهو يمنع التعويل عليه، وبالتالي فالصحيح عندهم أن الإجارة لا تبطل بموت المؤجر^(١)، وهي محكومة بالصحة وذلك إستناداً الى القاعدة القاضية بـ" لا تبطل الإجارة بموت المؤجر... على الأقوى"، إلا أن هذا الأمر أيضاً محكوماً فيما إذا كان المؤجر مالكاً للمنفعة ملكية مرسلة مطلقة شاملة لما بعد الموت أيضاً لأن من ملك شيئاً فقد ملك منافعه مؤبداً كنفس العين من غير توقيت بزمان خاص، فإذا استوفى المنفعة بتملكها الى الغير فلا جرم تنتقل اليه مؤبداً أيضاً، أما إذا كانت محدودة ومؤقته بزمان الحياة كما في العين الموقوفة على البطون فيبطل^(٢) العقد بموته لامحالة^(٣)، وجاء عن المالكية^(٤) والحنابلة^(٥)، والبعض الآخر من الشافعية^(٦) أن عقد الإيجار لا يفسخ بموت المؤجر معتبرين أنه مادام المعقود عليه سالماً، يبقى العقد مستمر التنفيذ لحين إنقضاء مدته^(٧).

(١) محمد فاضل اللكراني، مصدر سابق، ص ١٨٣، أيضاً: تقي حسين الطباطبائي القمي، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٢) يلاحظ أن هناك فرق بين نظرية فسخ العقد ونظرية البطلان، وذلك من حيث السبب، فالفسخ يتحقق في حالة عدم تنفيذ الإلتزام المترتب على عاتق المتعاقد المدين، أما البطلان فيتحقق بتخلف أحد أركان العقد أو شروط صحته، ويتخلفان من حيث الوصف، فالفسخ ينتج عن عقد أبرم صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية بخلاف البطلان الذي ينتج عن عقد لم يكن صحيحاً منذ إبرامه، ومن حيث النطاق، فالفسخ ينتج عن عقد ملزم للجانبين، بخلاف البطلان ينتج عن عقد ملزم للجانبين أو لجانب واحد، أي أن البطلان أوسع نطاقاً من الفسخ، ينظر: د. المحمدي أحمد أبو عيسى، مصدر سابق، ص ٣٨.

(٣) السيد أبو القاسم الخوئي، مستند شرح العروة الوثقى، مصدر سابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

(٤) محمد أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط ٦، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م، ص ٢٣٠ - ٢٣١.

(٥) شرف الدين موسى بن أحمد موسى الحجاوي المقدسي، زاد المستتفع في اختصار المقنع، دار الوطن للنشر، الرياض، ط ١، ٢٠٠٧ م، ص ١٢٧ وما بعدها.

(٦) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

(٧) إلا إذا تعيب المعقود عليه، كتعذر وقود حمّام، بفتح الواو وهو الشيء الذي يوقد، قوله تعالى "وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْأَجَارَةُ"، (سورة البقرة، آية ٢٤)، لأن التعطل هنا ليس لأمر يرجع إلى الحمام بل لأمر خارج، ينظر: أبو القاسم عبد الكريم الرافعي القرويني، العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير، ج ٦، باب الإجارة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م، ص ١٦٣، كذلك: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري، شرح الزركشي على مختصر الخرق، ج ٤، كتاب الإجارة، مكتبة العبيكان للنشر، الرياض، ط ١، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م، ص ٢٣٣.

أما في القانون المدني سواء في العراق أو مصر أو حتى في فرنسا فمن حيث الأصل العام أن موت المؤجر يقضي بعدم تأثر العقد^(١) وبالتالي يستمر ورثته بالتنفيذ تجاه المستأجر الذي يلتزم بالوفاء بالأجرة نحوهم^(٢)، وهو ما أكدته المادة (١/٧٨٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه "لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر..." وتطابقها المادة (١/٦٠١) من القانون المدني المصري، والمادة (١٧٤٢) من القانون المدني الفرنسي^(٣)، وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية بذلك^(٤)، ومحكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية^(٥)، ومحكمة النقض المصرية^(٦)، مع ملاحظة أن هذا الحكم ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على أن العقد ينتهي بوفاة المؤجر^(٧).

ثانياً: بيع المأجور بسبب الدين: في الفقه الإسلامي وتحديدًا في الفقه الحنفي فإن إصابة المؤجر بضائقة مالية تصل به إلى حالة الإعسار "الإفلاس" من خلال تراكم الديون عليه بشكل مفاجئ ظرفاً طارئاً يُجيز له التمسك به^(٨)، وهو أيضاً ما صرحت به المادة

(١) قرار محكمة إستئناف نينوى، رقم ١٩٢/ت.ب/٢٠١٣م، بتاريخ ٢٧/٣/٢٠١٣م، والذي جاء فيه: "العقد لا ينتهي من حيث الأصل إلا بانتهاء المدة المحددة له فيه..."، مشار إليه لدى: فلاح كريم وناس جحيش، مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٢) د. سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٥٣١.

(٣) التي نصت على: "لا يلغى عقد الإيجار على الإطلاق بوفاة المؤجر..."، ينظر: آلان بينابنت، مصدر سابق، ص ٢٩٩.

(٤) رقم الحكم ٦٥٧/الهيئة إستئنافية منقول/ ٢٠٠٨، بتاريخ ٢٥/٦/٢٠٠٩م، الذي جاء فيه: "...وبما أن موت المؤجر لا ينهي عقد الإيجار وفق ما تقضي به المادة (٧٨٣) من القانون المدني..."، مشار إليه لدى: فلاح كريم وناس جحيش، نفس المصدر، ص ١٧٩-١٨٠.

(٥) قرار رقم ١٨٢/حقوقية/٩٠، بتاريخ ١٠/٢/١٩٩٠م، والذي جاء فيه: "...حيث أن عقد الإيجار لا ينتهي بموت المؤجر..."، ينظر: هادي عزيز علي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية، إيجار العقار، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، ط ١، ٢٠٠٩م، ص ١١٧.

(٦) نقض ١٩٧٩/٢/٥ طعن ١٢٧٥، ورد لدى: د. أحمد شرف الدين، عقد الإيجار في القانون المدني، مصدر سابق، هامش رقم ٣٦، ص ٢٢٢.

(٧) د. محمد حسين منصور، أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٨) علاء الدين الكاساني، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٩٨.

(٥٧٧) من مرشد الحيران^(١) ، بسبب عدم قدرته على قضاء دينه إلا من ثمن العين المؤجرة سواء كانت عقاراً أم منقولاً^(٢) ، بسبب عدم تمكنه من إستيفاء المنفعة المقصودة من المأجور إلا عن طريق بيعها وتسليمها إلى المشتري خالية من الشواغل، وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية^(٣) ، والظاهرية^(٤) ، معتبرين أن الدين الفادح العاجل ظرفاً طارئاً، لأن الإبقاء على العقد يسبب له ضرراً، فقد يعرضه للحبس وبالتالي لا يجوز إجباره على تحمل ضرراً غير مستحق بالعقد، وقد جاء عن الكاساني قوله: "لأنه يحبس به، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد"^(٥) ، حتى وإن كان الشيء المأجور محلاً تجارياً^(٦) ، ومن أجل الوفاء بالدين عن طريق بيع المأجور فذلك لا يجوز مع بقاء عقد الإيجار إلا برضا المستأجر^(٧) ،

بشرط أن يكون الدين ثابتاً في ذمة المؤجر بالإقرار أو بالبينة^(٨) ، قبل أو بعد عقد الإيجار، حيث يحق له التذرع بالظرف الطارئ لأن إبقاءها مع إستحقاق الدين يلحق به ضرراً^(٩) ، مستنديين في ذلك إلى أن الإنسان في ظاهر الحال لا يقر على نفسه بدين كذباً، في حين ذهب بعض الفقهاء إلى عدم اعتبار هذه الحالة ظرفاً طارئاً إذا ثبت الدين بعد إبرام عقد

(١) التي نصت على: "تفسخ الإجارة بعذر لزوم دين على المؤجر حيث لا مال له غير العين المؤجرة سواء تثبت الدين ببينة أو بإقرار المؤجر ويتوقف انفساؤها على قضاء القاضي..."

(٢) محمد إبراهيم عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج٣، كتاب المعاملات، عقد الإيجار، دون دار نشر، ط١، ٢٠٠٩م، ص٤٠.

(٣) إبراهيم محمد إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٣، كتاب الإجارة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٩هـ _ ١٩٩٨م، ص٥٥٦، كذلك: الشيخ نظام الهمام، ج٤، مصدر سابق، ص٤٤٤.

(٤) أبو محمد علي أحمد سعيد ابن حزم الأندلسي، ج٧، مصدر سابق، ص١٢.

(٥) علاء الدين الكاساني، ج٤، مصدر سابق، ص١٩٨.

(٦) د. محمد الحبيب التكتجاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة روافد، الإصدار ٣٠، ١٤٣١هـ _ ٢٠١٠م، ص٢٤٣.

(٧) علاء الدين السمرقندي، ج٢، مصدر سابق، ص٣٦٠، كذلك: د. أيمن أبو العيال، ود. فواز صالح، القانون المدني، مصادر الالتزام، منشورات جامعة دمشق/كلية الحقوق، دمشق، سورية، ط١، ٢٠١٦م، ص١٨٢.

(٨) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مصدر سابق، ص٣٢٢.

(٩) منير القاضي، شرح المجلة، كتاب الإجارة، مطبعة النقيض الأهلية، بغداد، ١٩٤١م، ص٤٢.

الإيجار، والعلة عندهم هي لأنه متهم بهذا الإقرار^(١)، كما لو أشتري شيئاً وأجره ثم لاحظ بعدئذ عيباً به، فله أن يرجعه بالعيب على البائع عقب التمسك بهذا العذر^(٢)، وإذا بيع الشيء المأجور بدون إذن المستأجر كان البيع نافذاً بين البائع والمشتري ولا يؤثر ذلك على حق المستأجر، ويكون البيع موقوفاً بحقه، فإذا أذن به المستأجر كان البيع نافذاً بحقه ولزمه الأمر تسليم المأجور الى المشتري^(٣).

واعتبر الحنفية أن النفقة من الديون التي تسبب ضرراً للمؤجر، إذا لم يستطع أداء نفقته أو نفقة من يعيلهم من عائلته، بسبب الإعسار، واحتاج إلى ثمن العين المؤجرة من أجل تغطية هذه النفقة^(٤)، ولكن لو ظهر للمؤجر أن يبدل الإيجار إلى غيره من العقود الأخرى أو وجد من يسلمه تعويضاً أكثر من الأول، فذلك لا يعد ظرفاً طارئاً لأن المؤجر قد التزم تعاقدياً مع المستأجر بتسليم محل الإنتفاع بالبدل الذي أتفقا عليه أولاً، فالفرق الحاصل من إرتفاع البدل أو إنخفاضه ليس في الحقيقة ضراراً وإنما هو ربح وفوات هذا الأخير ليس ضرراً ولا يبرر اعتباره طارئاً وإنما يُعتبر إخلالاً بالقوة الملزمة للعقد^(٥)، خلافاً لجمهور الفقهاء، الذين لم يعتبروا الدين ظرفاً طارئاً ما دام أنه قد سلم المستأجر المأجور سواء في إجارة العين أو الذمة، وعلة هذا الحكم أنه لا خلل في المعقود عليه مادام موجوداً وسالماً^(٦). فيتوضح لنا من كل ما سبق أن الظرف الطارئ الذي يتعرض له المؤجر هو إمتناع عن الحصول على الإنتفاع من تأجيره للعين والتي تعتبر الوسيلة التي يبتغيها المؤجر من قيامه بعقد الإيجار فإذا إمتنعت هذه الغاية لأي ظرف طارئ يكون خارجاً عن إرادته وعند تحقق وجود ضرر غير مستحق بالعقد فكان حقه في الظرف الطارئ أولى بالإعتبار.

(١) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات الفقهية والعقود، ج٤، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سورية، ط٢، ١٩٨٥م، ص٧٥٦.

(٢) عبد الوهاب نصر البغدادي، مصدر سابق، ص١٥٩.

(٣) د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة، في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر المعاصر، دمشق، سورية، ط١، ٢٠٠٤م، ص٢٤٨ وص٢٤٩.

(٤) محمد علاء الدين الإمام، الدر المننقى في شرح المننقى على هامش مجمع الأنهر، ج٢، مصدر سابق، سابق، ص٤٠، كذلك: د. نجيب محمد بكير، مصدر سابق، ص١٩٤.

(٥) عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ص٤٨، نقلاً عنه: منذر المساهلي، مصدر سابق، ص١٣٣ _ ص١٣٤.

(٦) كمال الدين أبي البقاء الدميري، مصدر سابق، ص٣٨٤.

وفي القانون الوضعي سواء العراقي أو المصري، فالقاعدة أن إفسار المؤجر لا يجيز له التذرع بالظرف الطارئ، سواء كان المأجور عقاراً أو منقولاً^(١) إلا في حالة إذا أصيب بدين لا يمكنه التخلص منه إلا ببيع المأجور، والذي لا يتم إلا بإجازة المستأجر على إعتباره ظرفاً طارئاً^(٢)، كما لو إحتاج المأجور إلى ترميمات ضرورية وتطلب الأمر القيام بها بعد إبرام عقد الإيجار، إلا أنها قد تكون مرهقة للمؤجر، وهنا يمكن له إتخاذ هذا الأمر مبرراً كظرف طارئ قبل إنتهاء مدة العقد، وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري التي بينت أنه: "قد يكون تنفيذ عقد الإيجار أو الإستمرار في تنفيذه فيه إرهاق للمؤجر نفسه كما لو تعهد هذا الأخير بإقامة بناء يكمل فيه العين المؤجرة ثم حدثت ظروف غير متوقعة جعلت من القيام بالبناء أمراً مرهقاً للمؤجر"^(٣) وقد قضت محكمة التمييز الإتحادية بأنه إذا اشترط في عقد الإيجار أن يقوم المؤجر بتجهيز المأجور بمصعد خلال مدة معينة، واستمر المستأجر بإشغال المأجور والإنتفاع به حتى إنتهاء مدة العقد رغم عدم تجهيز المصعد فليس للمستأجر إنقاص الأجرة وإنما ينحصر حقه في طلب الفسخ أو القبول بالأجر المسمى"^(٤). وبالتالي يتم الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القوانين المدنية بشأن بيع المأجور من أجل الوفاء بالدين^(٥)، بموجب المادة (٧٨٦)^(٦) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٠٤)^(٧) من القانون المدني المصري، والمادة

(١) د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، للقانون المدني المصري، ج ٤، مصدر سابق، ص ٥٩٩.

(٤) قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ٣٠٩/إستئنافية/٨٦-١٩٨٧، بتاريخ ٢٥/١٠/١٩٨٧م، مشار إليه لدى: طارق عزيز جبار العزي، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

(٥) والمادة (١٥٤) من قانون إيجار العقار رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٩م العراقي المعدل، كذلك المادة (٣٠) من قانون إيجار الأماكن المصري رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المعدل.

(٦) التي نصت على: "١- إذا انتقلت ملكية المأجور إلى شخص آخر فلا يكون الإيجار نافذاً في حقه إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي ترتب عليه انتقال الملكية. ٢- ولكن لمن إنتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار حتى لو كان هذا العقد غير نافذ في حقه".

(٧) التي نصت على: "١- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية. ٢- ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه".

(١٧٤٣)^(١) من القانون المدني الفرنسي، عن طريق إنتقال ملكية المأجور بالبيع^(٢) ، وقد يكون هذا الإنتقال إلى المستأجر ذاته أو إلى الغير.

ووفقاً لذلك، فإنّ الأثر المترتب بالنسبة إلى المستأجر هو انتهاء عقد الإيجار بين الطرفين سواء كان ثابت التاريخ أم غير ثابت التاريخ، بسبب إتحاد الذمة، حيث يصبح هو نفسه المؤجر، وإذا كان المستأجر قد عجل بدفع الأجرة إلى المؤجر فله المطالبة بها عن المدة التالية لإنتقال الملكية إليه^(٣) ، أمّا إذا كان الانتقال إلى الغير فأن هذا الأخير يحل محل المؤجر بالنسبة إلى حقوقه والتزاماته قبل المستأجر، إلّا إنّ الحكم يختلف فيما إذا كان إنتقال الملكية نافذاً بحقه، فيتم الرجوع إلى حكم المادة (١/٧٨٨)^(٤) من القانون المدني العراقي، ومن مثلها المادة (١/٦٠٥)^(٥) من القانون المدني المصري، وإذا لم يكن نافذاً بحقه فيتم الإستناد إلى حكم المادة (٧٨٧)^(٦) من القانون المدني العراقي، مع ملاحظة أنّ هذا الأمر

(١) التي نصت على: "إذا باع المؤجر الشيء المؤجر، فلا يمكن للمالك الجديد أن يخرج مستأجر المزرعة أو المزارع بالحصة، أو المستأجر بموجب عقد رسمي أو عقد ثابت التاريخ، غير أنه يمكن للمالك، أن يخرج المستأجر من الأملاك غير الزراعية إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق في عقد الإيجار".

(٢) يلاحظ أن نص القانون المدني العراقي والمصري جاء مطلقاً لم يحدد فيه سبباً معيناً لانتقال ملكية المأجور، وبالتالي يسري الحكم على كل من يتلقى ملكية المأجور لأي سبب كان، سواء بالبيع والهبة والمقايضة، أمّا بالوصية فإن من إنتقلت إليه لا يعد خلفاً خاصاً للموصي إلّا إذا كانت الوصية بعين معينة من تركة الموصي، ولم يفرق القانون بين أن يكون المؤجر هو المالك للمأجور أو من الغير كالمستأجر الأصلي الذي أجر من الباطن أو تنازل عن الإيجار، ينظر: د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد الإيجار، مصدر سابق، ص١٣٤، وأيضاً: د. عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار، منشآت المعارف، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٦م، ص١٩٠، وأيضاً: د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص٢٥٩.

(٣) د. صاحب عبيد الفتلاوي، إنتقال ملكية المأجور في القانون الأردني _ دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، جامعة عمان الأهلية، المجلد ٢٢، العدد ٢، ٢٠١٩م، ص٢٦.

(٤) التي نصت على: "١_ إذا كان الإيجار نافذاً في حق من إنتقلت إليه الملكية ...".

(٥) التي نصت على: "١_ لا يجوز لمن إنتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه ...".

(٦) التي نصت على: "١_ لا يجوز لمن إنتقلت إليه ملكية المأجور ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلّا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٧٤١. ٢_ وإذا نبه المالك الجديد الإخلاء قبل إنقضاء الإيجار، فإن المؤجر يكون ملزماً بتعويض المستأجر مالم يتفق على غير ذلك، ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلّا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو من المالك الجديد نيابة عن المؤجر، إلّا بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض".

يشمل العقار والمنقول على حد سواء على الرغم من الاختلاف في الآراء إلا إنّ الراجح هو كذلك ^(١).

الفرع الثاني

الضرورة الملجئة للسكن

في محاولة من قبل القوانين الوضعية لإقامة التوازن المطلوب بين التزامات وحقوق كل طرف في عقد الإيجار كي لا تبقى ملكية المؤجر مجرد حبر على ورق، فقد تناول قانون إيجار العقار رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٩م العراقي المعدل ^(٢)، الضرورة ^(٣) مقترنةً بالملجئة وهو وصف حدده المشرع العراقي لها، دون بيان معناها أو ماهيتها تاركاً هذا الأمر للفقه القانوني وقرارات القضاء، ^(٤) وهو أمر حسن فعله المشرع إذ أنّ ترك التعريف عادة ما يكون عمل الفقه، وهذا الأخير قد تناول المقصد من الضرورة الملجئة بأنها الحاجة الشديدة لشغل الدار المؤجرة ^(٥)، وهي الضرورة المحتكمة التي فرضت على المؤجر كرهاً، فهو لا يسعى لها، وإنما تكون خارجة عن إرادته ^(٦)، أو هي الحالة التي يجد الإنسان نفسه مضطراً

(١) مروان كريم جاسم، آثار إنتقال ملكية المأجور، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بابل، ٢٠١٩م، ص٧_ص٨.

(٢) المعدل بقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠، والمنشور في الوقائع العراقية، العدد ٣٨٤٨، بتاريخ ٢٠٠٠/١٠/١٦.

(٣) في الفقه الإسلامي فإن الضرورة بمعناها الأعم الأشمل تتعلق بكل ما يستوجب التخفيف عن الناس في حالات كثيرة منها: الجوع والعطش والإكراه والنسيان والجهل والعسر والحرج وعموم البلوى والسفر والمرض، فإذا وجدت مثل هذه الحالات أبيح المحظور وجاز ترك الواجب، ينظر: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مصدر سابق، ص٧٢ وما بعدها.

(٤) حسن عداي الدجيلي، أحكام تخلية المأجور للضرورة الملجئة، مكتبة الصباح للنشر، بغداد، ٢٠١٩م، ص١١٩.

(٥) قرار محكمة إستئناف بغداد/ الرصافة الإتحادية، رقم ١٧٥/م/٢٠١٤، بتاريخ ٢٠١٤/٢/١٢م، ورد لدى: د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، مصدر سابق، ص٣٦٢.

(٦) قرار محكمة إستئناف الكرخ الإتحادية بصفتها التمييزية المرقم ٢٥/عقار/٢٠١٢م، بتاريخ ٢٠١٢/١/٢٦م، جاء فيه: "أن الضرورة الملجئة حالة خاصة بالمؤجر تفرض عليه ولايسعى إليها..."، تناوله: رعد طارش كعيد، قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩م، مطبعة السيماء، بغداد، ط١، ٢٠١٩م، ص١٢٢.

إلى إلحاق ضرراً بالغير تفادياً لضرر أشد مرّ به أو بغيره، على اعتبارها حالة وضعت المؤجر في ظروف شخصية^(١) صعبة وغير متوقعة ويترتب عليها أن تجعل الإيجار مرهقاً بالنسبة له إن لم نقل مضرراً، وقد قضت محكمة إستئناف البصرة في أنّ الضرورة الملجئة ليس لها ضوابط عامة بل أنها ذات أثر نسبي، فهي تختلف وتقاس بحسب معاييرها، وتتغير بتغير الملابسات والظروف المحيطة بها^(٢)، في حين ذهبت محكمة إستئناف بابل إلى أنها حالة قصوى وحاجة حقيقية ماسة شديدة تلجئ المؤجر إلى شغل داره^(٣).

وجديراً بالذكر أنّ الضرورة الملجئة تشمل المؤجر أو أحد أولاده بحيث تضطره للسكن في العقار المأجور العائد لهم، وأن تستمر لحين صدور القرار بالتخلية، فالضرورة الملجئة تدور وجوداً وعدماً مع توافر الحاجة وبإنتفاها لا مسوغ لإصدار قراراً بالتخلية^(٤)، وذلك في ضوء أحكام المادة (١٢/١٧)^(٥) من قانون إيجار العقار العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٩م المعدل بقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠م التي نصت على جواز تخلية المأجور من قبل المؤجر

(١) يلاحظ أنه في القانون المدني العراقي أن المؤجر لا يستطيع طلب فسخ عقد الإيجار بسبب حاجته الشخصية للمأجور بسكناه أو بإستعماله الشخصي، إلا أن الأمر ليس من النظام العام، وذلك في نص المادة (١/٧٨٩) منه والتي نصت على: "١- لايجوز للمؤجر أن يطلب فسخ الإيجار قبل إنقضاء مدته حتى ولو أعلن أنه يريد سكنى المأجور بنفسه أو يريده لإستعماله الشخصي، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"، خلافاً للقانون المدني المصري، الذي نص على ذلك في المادة (٦٠٧) والتي نصت على: "إذا أُنقذ على أنه يجوز للمؤجر أن ينهي العقد إذا وجدت له حاجة شخصية للعين، وجب عليه في استعمال هذا الحق أن ينبه على المستأجر بالإخلاء في المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك".

(٢) محكمة إستئناف البصرة، قرار رقم ٢٦٦/ج/٩٨١، سنة ١٩٨٠م، تناوله: د. عصمت عبد المجيد بكر، أحكام تخلية المأجور، دراسة في تطبيقات قانون إيجار العقار، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، دون طبعة، ١٩٨٨م، ص ٩٨.

(٣) قرار محكمة إستئناف بابل، رقم ٤٩٠/ح/١٩٧٩، بتاريخ ١٣/١٢/١٩٧٩م، والقرار رقم ٥٤/ح/١٩٨٠، ورد لدى: د. جابر مهنا شبل، تخلية العقار السكني للضرورة الملجئة، بحث منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد ٢٠١٢، ص ١٩٧.

(٤) رعد طارش كعيد، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٥) ألغيت بموجب المادة (١٠) من تعديل القانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠م، والتي نصت بذات التعبير المذكور.

للضرورة الملجئة^(١)، والتي أضافت عبارة (أو أحد أولاده المتزوجين) من أجل أن ينقطع الشك في جواز تخلية المأجور، بالإضافة إلى استعمال مصطلح "العقار" بدلاً من "الدار" المأجورة وكان المشرع موفقاً في ذلك^(٢).

أما بالنسبة إلى الحالات التي تعتبر من قبيل الضرورة الملجئة، التي تناولتها المادة آنفاً، وسنشير إليها بشكل من الإيجاز دون تفصيل، لأن غرضنا لا يروم إلى البحث في تفاصيلها وإنما الإشارة إليها على اعتبارها إستثناء، وهي تتمثل بما يأتي: حالة إذا كان المؤجر من منتسبي دوائر الدولة أو القطاع الإشتراكي وفقاً لما جاء في عرض المادة (١٢/١٧) بند (أ)^(٣)، والتي يشترط فيها أن يكون محالاً على التقاعد ويعمل حصراً في القطاع العام أو الإشتراكي، وبخلافه لا يشمل الحكم، وعلمته لأن المصلحة العامة^(٤) هي التي اضطرت له لترك ومغادرة محل إقامته^(٥)، خلافاً للأمر رقم ١٣٦٠/٤٨ الفرنسي الذي شمل الموظف والمستخدم والعامل في الإدارات والمؤسسات ضمن أحكام استرجاع المأجور^(٦).

(١) التي نصت على: "إذا إستجدت بعد العقد ضرورة تلجئه هو أو أولاده المتزوجين إلى سكنى الدار المأجورة...".

(٢) د. جواد كاظم جواد سميسم، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٣) التي نصت على: "إذا كان المؤجر من منتسبي دوائر الدولة أو القطاع الإشتراكي سواء داخل العراق أم خارجه ونقل إلى المدينة التي يقع فيها عقاره السكني بناء على مقتضيات المصلحة العامة أو إنتهت خدمته لأي سبب كان".

(٤) جاء في قرار محكمة إستئناف الكرخ الإتحادية بصفتها التمييزية، بأنه: "ثبت لمحكمة الموضوع حالة الضرورة الملجئة بنقله إلى بغداد وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة وعدم تملكه وزوجته عقاراً آخر صالح للسكن"، رقم القرار ١٣٢/عقار/٢٠١٢، بتاريخ ٢٧/٦/٢٠١٢م، ينظر: رعد طارش كعيد، مصدر سابق، ص ١٣٢، كذلك: قرار محكمة إستئناف المثنى بصفتها التمييزية رقم ٢٠/ت ح/٢٠١١م، جاء فيه "للمحكمة إجراء التحقيقات اللازمة...هل أن النقل بناءً على مقتضيات المصلحة العامة؟"، أشير إليه لدى: د. وسن قاسم غني الخفاجي، علي سعود داخل، سلطة القاضي في تقدير الضرورة وآثارها في الإلتزام التعاقدية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد ١٢، العدد ٢، السنة ١٣، ٢٠٢٠م، ص ٢٧٥.

(٥) جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى دعاوى تخلية المأجور وتطبيقاتها القضائية، المكتبة القانونية، بغداد، ط ٢، ٢٠١١م، ص ٨٥.

(٦) نور الهدى بلكلول، إنهاء الإيجار للضرورة الملجئة للسكن، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط ١، ٢٠٠٦م، ص ٥٥.

ويكون حق المؤجر في الإرتكاز للضرورة الملجئة لأي سبب سواء العزل أو الفصل^(١) أو النقل أو حتى بالنسبة إلى العسكري وقوى الأمن الداخلي الذين يطبق بحقهم الطرد وهي حالات تكون بشكل أوامر تصدر من الدوائر التي ينتسبون إليها دون طلب الموظف ذاته^(٢)، أما إذا تم النقل بناءً على طلبه هو فلا يستفيد من هذا النص^(٣)، وقد انتقد هذا الأمر من ناحية أن طلب النقل قد يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة إذ ليس من الإنصاف أن يتمتع المفصول من وظيفته بعقوبة بهذا الأمر خلافاً للموظف المنقول^(٤).

وفي الصدد ذاته تناولت المادة (١٢/١٧ بند/ج)^(٥)، من القانون حالة التخلية من قبل الموظف الذي أعيرت خدماته إلى خارج العراق، سواء كان البلد عربياً أو أجنبياً مبتعث بإجازة دراسية أو زمالة أو تدريب، ويعود إلى البلد بعد إكماله ذلك، ويباشر بوظيفته إلى المدينة التي يوجد فيها عقاره المأجور يعتبر ضرورة ملجئة، ونصت الفقرة ذاتها في بند/ب^(٦)، على شرط أن تكون العودة بعد الإنتهاء من المهمة المرسل لأجلها فإذا عاد دون إتمامها فلا يمكنه طلب التخلية^(٧)، وبخلافه لا يمكنه طلب التخلية^(٨).

وقد جاء في نصوص الأمر الفرنسي رقم ١٣٦٠/٤٨ بأن حق إستعمال الضرورة

(١) محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية، المرقم ١٩٢٠/إيجار العقار/١٩٧٩، بتاريخ ١٩٧٩/٢/٩م، ينظر: د. حسون عبيد هجيج و منتظر فيصل كاظم، مصدر سابق، ص ٣٢١.

(٢) محكمة إستئناف بغداد، قرار رقم ٥٨٠/حقوقية/١٩٧٨، بتاريخ ١٩٧٨/٤/٢٦م، ينظر: مجموعة الأحكام العدلية، قسم الإعلام القانوني، وزارة العدل العراقية، السنة ٩، العدد ٢، ١٩٧٨م، ص ٣٠٥.

(٣) محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية، قرار رقم ٢٨٣/عدلية حقوقية/١٩٨٢، بتاريخ ١٩٨٢/١١/١٣م، ينظر: هادي عزيز علي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية، مصدر سابق، ص ١١١.

(٤) د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، مصدر سابق، ص ٣٦٥.

(٥) التي نصت على: "إذا كان المؤجر موظفاً معارة خدماته إلى خارج العراق أو طالب بعثة أو زمالة أو إجازة دراسية أو طالباً يدرس في الخارج بموافقة الجهات الرسمية العراقية وعاد إلى المدينة التي يقع فيها عقاره السكني بعد إنتهاء مهمته الوظيفية أو الدراسية".

(٦) التي نصت على: "إذا كان المؤجر ممن ذكروا في البند(أ) من هذه الفقرة وأنهى دراسته أو تدريبه خارج العراق وعاد إلى المدينة التي يقع فيها عقاره السكني".

(٧) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢١٧/حقوقية/١٩٨٠، جاء في: مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل العراقية، العدد ١، السنة ١١، ١٩٨٠م، ص ١٦٤.

(٨) وليد محمد الشبيبي، الجامع في قانون إيجار العقار رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٩م المعدل النافذ، مكتبة الصباح للنشر، بغداد، ط ١، ٢٠١٩م، ص ٩٧ — ص ٩٨.

الملجئة لمالك المأجور (المؤجر) وهو حق محفوظ له وحده^(١)، وقد بينت الفقرة (١٢/د)^(٢) من المادة ذاتها حالة نزع الملكية للمنفعة العامة^(٣)، إذا أخطر المؤجر الموظف من قبل جهة مخولة بإخلاء الدار أو الشقة الحكومية التي يشغلها المؤجر، بشرط أن يكون الأخطار صادر من جهة مخولة بذلك^(٤)، إستناداً لذات المادة في البند/هـ^(٥)، ويستلزم وفقاً لهذا النص بأن يكون قد صدر حكم على المؤجر بتخلية المأجور بصفته مستأجر، ويكتسب درجة البتات، ولا يكون الحكم نتيجة نقصير المؤجر^(٦)، كما وقد أقرت ذات المادة (بند/و)^(٧)، بحالة عودة الأسير أو المفقود إلى المدينة التي تقع فيها الدار المؤجرة، وبينت أن المقصود من الأمر هو عدم إمتلاك زوجته أو أحد أولاده القاصرين داراً على وجه الإستقلال صالحاً للسكن في حدود تلك المدينة، وبخلافه لا تعتبر ضرورة ملجئة^(٨).

وعلى الرغم من أن قانون إيجار الأماكن المصري رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧م الملغى، قد نص في المادة (٣) على الضرورة الملجئة^(٩)، إلا أنه بسبب إصراف بعض ملاك المباني في

(١) نور الهدى بلكعلول، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٢) التي نصت على: "إذا كان المؤجر من منتسبي دوائر الدولة أو القطاع الاشتراكي وأخطر من جهة مخولة بإخلاء الدار أو الشقة الحكومية التي يسكنها".

(٣) تنص المادة (٥٨) من قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١م المعدل، على: "يحق لمن أمتلك مسكنه، ولم يكن له أو لزوجته أو أحد أولاده القاصرين، مسكن آخر على وجه الإستقلال غير مؤجر أن يطلب تخلية مسكنه المأجور، ويعتبر ذلك من قبيل الضرورات الملجئة المنصوص عليها في قانون إيجار العقار".

(٤) قرار رقم ١٩٨٦/٣٣-١٩٨٧، بتاريخ ١٩٨٦/١١/٤م، محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، جاء لدى: هادي عزيز علي، الصيغة القانونية لرفع الدعوى المدنية، في العقار وتخلية المأجور في إيجار العقار وفي القانون المدني، ج ٢، مطبعة الزمان، بغداد، ط ١، ٢٠٠٤م، ص ١١٣.

(٥) التي نصت على: "إذا كان المؤجر قد صدر عليه حكم مكتسب درجة البتات بإخلاء العقار السكني الذي يشغله بصفة مستأجر دون أن يكون سبب التخلية ناشئاً عن فعله أو إمتناعه".

(٦) قرار محكمة إستئناف منطقة بغداد بصفتها التمييزية، رقم ٣٠١٥/ح/٩٧٩، بتاريخ ١٩٨٠/١/١٩م، مشار إليه لدى: د. جابر مهنا شبل، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

(٧) التي نصت على: "إذا عاد الأسير أو المفقود إلى المدينة التي تقع فيها الدار المؤجرة سواء أكانت مسجلة بإسمه أم بإسم زوجته أم بإسم أحد أولاده القاصرين".

(٨) وليد محمد الشبيبي، مصدر سابق، ص ٩٩.

(٩) التي نصت على: "يجوز للمؤجر فيما يتعلق بالأماكن المؤجرة للسكن أن يبنه على المستأجر الإخلاء في نهاية المدة إذا كانت هناك ضرورة ملجئة لشغل المكان بنفسه أو بأحد أولاده".

إستعمال هذه الرخصة بمقتضى نص المادة آنفاً، أصبحت خطراً يهدد الكثير من المستأجرين بالطرد^(١)، ألغيت هذه المادة بالقوانين التي صدرت بعد القانون آنفاً، وإستمر هذا الوضع حتى بالنسبة إلى قانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م، حيث نصت المادة (١٨)^(٢) منه على حالات تخلية المأجور لأسباب أخرى ليست من قبيل الضرورة الملجئة^(٣).

وفي قانون إيجار الأماكن الفرنسي رقم ٦ لسنة ١٩٨٩م منه أتاحت المادة (١١) للمؤجر أن يبرم عقد إيجار بشكل إستثنائي لمدة أقصر من المدة المحدد في المادة (١٠)^(٤)، عندما يكون هناك مسوغ يتطلب ذلك أو أن يسترجع المكان لأسباب قد تكون مهنية أو عائلية، والهدف من هذا الحكم هو لأجل تجنب إبقاء الأمكنة شاغرة لعدم إمكانية تأجيرها لفترات قصيرة، وأن القانون يفرض لصحة هذا العقد توافر عدة شروط، منها أن يُذكر صراحة في العقد المدة المطلوب فيها إسترجاع المسكن، وأن لا تكون المدة أقل من سنة،

(١) د. سليمان مرقس، شرح إيجار الأماكن، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط٩، ١٩٩٠م، ص٩٠٦.

(٢) التي نصت على: "لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو أنتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية: أ_ الهدم الكلي أو الجزئي للمنشآت الآيلة للسقوط والإخلاء المؤقت لمقتضيات الترميم والصيانة وفقاً للأحكام المنظمة لذلك بالقوانين السارية، ب_ إذا لم يقيم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تكليفه بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول دون مظروف أو بإعلان على يد محضر، ولا يحكم بالإخلاء، إذا قام المستأجر قبل ...، ج_ إذا أثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر أو أجره من الباطن بخير أذن كتابي صريح من المالك للمستأجر الأصلي، أو تركه للغير بقصد الإستغناء عنه نهائياً، وذلك دون إخلال بالحالات التي يجيز فيها القانون للمستأجر تأجير المكان مفروشاً أو التنازل عنه أو تأجيره من الباطن أو تركه لذوي القربى وفقاً لأحكام المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩/ لسنة ١٩٧٧، د_ إذا ثبت بحكم قضائي أن المستأجر إستعمل المكان المؤجر أو سمح بإستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو الصحة العامة أو في أغراض منافية للآداب العامة متى ما ثبت ذلك بحكم قضائي نهائي".

(٣) وإنّ هذا الأخير يعتبر مكملاً للقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧م، ولم يلغيه إلا أنه قد عدل بعض أحكامه وتم تعديله بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧م، والقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١م، والذي إستثنى العقارات المؤجرة للأغراض الصناعية والتجارية من نطاقه، ينظر: د. محمد حسين منصور، مبادئ قانون الإيجار اللبناني، مصدر سابق، ص٩١.

(٤) التي نصت على: "أن العقد يبرم لفترة تساوي على الأقل ثلاث سنوات عندما يكون المؤجر شخصاً طبيعياً وست سنوات عندما يكون شخصاً معنوياً".

وإلزام المؤجر بالتبنيه بالإخلاء قبل شهرين من إنتهاء العقد، وفي حال عدم ذكر هذا الأمر فأن العقد يكون لمدة ثلاث سنوات، على إعتبار أن مثل هذه الحالة تحصل بالنسبة للشخص الطبيعي، كما لو طلب ذلك بعد عودته من السفر، وهو أمر أقرته محكمة إستئناف باريس^(١).

وقد يسأل سائل عما إذا كان بالإمكان إعتبار الضرورة الملجئة من ضمن حالات الظرف الطارئ أم لا؟ أو هل من الممكن أن تنتسح حالاتها لتكون بمثابة ظرفاً طارئاً؟ وللإجابة عن هذا السؤال، لابد لنا من توضيح بعض المسائل الهامة التي تتعلق بالضرورة الملجئة، كالشروط الواجب توافرها، وهل أن هذه الحالات أو الأسباب وردت على سبيل الحصر أو المثال؟ لنخرج بنتيجة لهذا الإستفهام.

حتى يمكن للمؤجر أن يستند إلى الضرورة الملجئة لا بد من توافر مجموعة من الشروط والتي أباحت له إنهاء عقد الإيجار عن طريق طلب تخلية المأجور والتي تتمثل بـ:

- ١- يجب أن تتحقق الضرورة الملجئة بعد إبرام عقد الإيجار، وبخلافه ترد دعوى التخلية^(٢)، إستناداً الى المادة ١٢/١٧ التي نصت على: "... إذا إستجدت بعد العقد...".
- ٢- أن تلجئ المؤجر، أي أن يضطر إلى سكنى العقار المأجور من قبله أو أحد أولاده المتزوجين، أي أن لا تكون الضرورة من صنع المؤجر، وهي لا تشمل إلا السكن فقط، وقد أستقر عليه القضاء العراقي^(٣).
- ٣- عدم إمتلاكه أو زوجته أو أولاده القاصرين داراً بشكل مستقل، في حدود المدينة

(١) التي أقرت بأنه: "للمالك يجب أن يستقر في باريس بعد مهلة سنتين"، تاريخ الحكم ١٩٩٢/٥/٢٦م، ينظر: جبرم هويه، مصدر سابق، ص ٨٠٠.

(٢) قرار محكمة إستئناف البصرة المرقم ٦/ت.ب/١٩٨٥، عدلية، بتاريخ ١٢/٨/١٩٨٥م، الذي جاء فيه: "لو قام المدعي بتجديد عقد إيجار داره بعد تأريخ إخلائه الدار التي كان يشغلها وأنذر من قبل الجهة الرسمية بلزوم إخلائها فليس له الاستناد على ذلك لطلب تخلية داره المؤجرة لأن الضرورة حصلت قبل تجديد عقد الإيجار ولم تستجد بعده"، جاء لدى: د. عصمت عبد المجيد بكر، أحكام تخلية المأجور، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي الرقم ٣٩/حقوقية/٩٨٠، بتاريخ ٣/٢/١٩٨٠م، جاء فيه: "طلب التخلية للضرورة الملجئة يقتصر على دور السكن فقط ولا يشمل العقارات الأخرى"، تناولته: القاضي إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٢٣١.

التي يقيم فيها عادة^(١).

وبرأينا نص المشرع العراقي أفضل لأنه حدد هذا الأمر على إعتباره إستثناء من الأصل حتى يقلل من حجم الأضرار التي تصيب المستأجر. واستكمالاً لما سبق، فإذا تحققت هذه الشروط أمكن المؤجر من التمسك بالضرورة الملجئة، وإثباتها بكافة طرق الإثبات^(٢)، ويمكن للمستأجر دحضها بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن^(٣)، والمحكمة تستقل بتقدير الضرورة دون الإستعانة بالخبراء^(٤)، وعلة ذلك أنها من المسائل القانونية التي تتم عن طريق إجراء التحقيقات المادية لمعرفة ظروف المتعاقدين وحالتهم الاجتماعية والمادية وإجراء الموازنة بين مصالحهما وتختار الأولى بالرعاية.

وفي هذا المقام يرى جانب من الفقه أن هذه الأسباب قد وردت على سبيل الحصر من قبل المشرع، مستنديين في هذا المقام على نص المادة (١٧) من قانون إيجار العقار العراقي والتي جاء فيها: "لا يجوز للمؤجر أن يطلب تخلية العقار الخاضع لأحكام القانون إلا لأحد الأسباب الآتية..."، وإنّ قوانين الإيجار حتى وإن جاءت لحماية المستأجر إلا أنّ المشرع لم يشأ المساس بحالات إنتهاء العلاقة بين المؤجر والمستأجر بأسباب عارضة، بإيجاد نوع من الموازنة بين المصالح المتعارضة المشمولة بأحكام هذه القوانين والسماح للمؤجر في بالمطالبة بإخلاء المأجور وإنهاء عقد الإيجار^(٥)، وهو أمر أيده محكمة إستئناف بغداد/ الرصافة الإتحادية^(٦)، بمعنى أنّ قوانين الإيجار الخاصة قد نظمت مسألة الضرورة الملجئة

(١) سعد خليل الرازي، الضرورة الملجئة وبعض تطبيقاتها القضائية، مطبعة الجامعة، بغداد، دون طبعة، ١٩٨٠م، ص٥، كذلك: د. صالح أحمد محمد عبطان اللهيبي، حالة الضرورة في التصرف القانوني، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠١٠م، ص١٧٢ - ص١٧٣.

(٢) وفقاً للقواعد العامة الواردة في قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م المعدل بموجب المادة (١/٧) التي نصت على: "١- البينة على من أدعى واليمين على من أنكر".

(٣) وليد محمد الشبيبي، مصدر سابق، ص٩٧ - ص٩٨.

(٤) محكمة إستئناف المثني بصفتها التمييزية في قرار رقم ١٣/ ت ح/ ٢٠١٤م، والذي جاء فيه: "بأن مسألة الضرورة الملجئة والتي استند اليها المميز عليه في دعواه يعود تقديرها إلى محكمة الموضوع"، مشار اليه لدى: د. وسن قاسم غني الخفاجي، مصدر سابق، ص٢٨٣، ومحكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٦١١٩ لسنة ٨٦ قضائية، بتاريخ ١٦/١١/٢٠١٧م، والذي جاء فيه: "...وجوب تحقق محكمة الموضوع من قيام سبب الإخلاء من تلقاء ذاتها"، ورد على موقع محكمة النقض المصرية.

(٥) هادي عزيز علي، الصيغة القانونية لرفع الدعوى المدنية، مصدر سابق، ص٩٠.

(٦) وقد جاء عنها على: "أسباب التخلية قد وردت حصراً في المادة السابعة عشرة من قانون إيجار العقار..."، جاء لدى: د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، مصدر سابق، ص٣٤٣.

في عقد الإيجار وفق صور خاصة خرجت فيها عن حكم القواعد العامة، وأجازت فيها للمؤجر التمسك بها عند تحققها، في حين اعتبر جانب من الفقه بأنها قد وردت على سبيل المثال، وبالتالي يمكن القياس عليها، مستنداً في هذا الرأي على نص المادة (١٢/١٧) من قانون إيجار العقار العراقي والتي قضت بـ "يعتبر من قبيل الضرورات الملجئة بوجه خاص..."^(١)، وقد أعتبر بعض الفقه أن حالات الضرورة الملجئة تُعد من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة إلا أنها تأثرت بالظرف الطارئ في عقد الإيجار في بعض أحكامها^(٢).

ونؤيد ما ورد في الرأي الأخير مستنديين في ذلك إلى أن القضاء العراقي قد توسع في تطبيقات الضرورة الملجئة لحالات أخرى بالإضافة إلى ما تم ذكره، منها ما يتعلق بـ: الزواج^(٣) والمرض^(٤) وتغيير تكوين أسرة المؤجر^(٥)، وغيرها من الحالات، وإننا نرى إستناداً إلى كل ما سبق أن الضرورة الملجئة تعتبر من تطبيقات الظرف الطارئ في عقد الإيجار لأنها كهذا الأخير، تكون غير متوقعة وطارئة، وتحصل بعد إمتداد العقد قانوناً، أو حصلت أثناء المدة الأصلية للعقد بموجب القانون العراقي وتنتج عن واقعة مؤثرة على التزامات المتعاقدين وخاصة المؤجر سواء حصلت هذه الظروف بالنسبة إليه بالذات أو زوجه أو أحد أولاده.

(١) د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ١٥٦، كذلك: د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٣٢٩.

(٢) د. سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٧٣٩، كذلك: نور الهدى بلكلول، مصدر سابق، ص ١٢٠.

(٣) محكمة الكرخ بصفتها التمييزية، قرار رقم ٢١٤/حقوقية/١٩٨٠، بتاريخ ١/٢٦/١٩٨٠، جاء فيه: "أن زواج المؤجر وإنجابه ثلاثة أولاد بعد إيجاره داره خوله حق طلب تخلية هذه الدار لغرض سكنها"، ورد في: مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل العراقية، العدد ١، السنة ١١، ١٩٨٠م، ص ١٦٠.

(٤) محكمة بداءة الأعظمية بصفتها التمييزية، قرار رقم ٣٢٣٣/حقوقية/١٩٨٠م، بتاريخ ٧/٢/١٩٨١م، جاء فيه: "إذا كانت الدار التي يسكنها المؤجر غير آمنة بالنسبة لزوجته وطفليه... ويؤثر على حالته النفسية نظراً لإصابته بمرض نفسي فيعتبر في حالة ضرورة ملجئة..."، جاء في: مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل العراقية، العدد ١، السنة ١٢، ١٩٨١م، ص ١٢٧.

(٥) قرار محكمة استئناف كربلاء ٣٥/تخليه/٢٠١٠ في ٣١/١/٢٠١٠م، والذي جاء فيه "قد أجرت المحكمة الكشف على الدار المشغولة من قبله وأفراد أسرته، وتبين أن الدار مستأجرة وتحتوي على غرفة واحدة وهي لا تكفي لسكنه وأولاده السبعة لذا فإن الضرورة متحققة..."

المبحث الثاني:

أثر تحقق الظرف الطارئ في عقد الإيجار

بعض العقود قد ينتج عنها الكسب أو الخسارة، ولذا فمن المتوقع أن يصيب أحد المتعاقدين ضرراً من جراء تنفيذه والذي قد يتمثل في ذات الوقت كسباً للمتعاقد الآخر، وواقع الأمر أنّ ما يبحث عنه المتعاقدان عند إبرام العقد هو سعيهما إلى إكتساب أكبر فائدة، وفي سبيل تحقيق ذلك قد يتحمل أحدهما جزءاً من المخاطر عندما يكون الضرر مقبولاً ومعقولاً في مقابل المميزات التي يحصل عليها من العقد، إلاّ أنّه في حالة إذا كانت الخسارة الفادحة بسبب الظرف الطارئ الذي تحقق بعد إبرام عقد الإيجار يصبح الكسب في هذه الحالة ليس له فائدة مرجوة، وبالتالي يكون من حق المتعاقد المضروب طلب فسخ العقد للتخلص من الإرهاق الذي يتعرض له، إلاّ أنّ المشرع لم يغبن حق المتعاقد الآخر المحتج قبالة بالفسخ، فقد منحه ضمانات يتمسك بها من أجل التخفيف من وطأة إنتهاء العقد قبل تحقق جميع فوائده التي كان يأمل الحصول عليها عند إبرامه للعقد، كالتبنيه بالإخلاء وطلب التعويض، وهذا ما سنتناوله في مبحثنا، والذي سيتمخض عن مطلبين، الأول منهما سيناقتش مسألة فسخ العقد بموجب الإتفاق والقضاء، والمطلب الثاني سيكون حول التعويض وبيان نوعه وكيفية تقديره.

المطلب الأول

الفسخ

عند تحقق الظرف الطارئ لابد للمتعاقد المضرور أن يتخلص من عبء هذا الطارئ في مواجهة المتعاقد الآخر، وأن الحل لهذا الأمر قد يكون بالإتفاق بينهما معاً عن طريق الفسخ الإتفاقي، أو عن طريق اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، كل ذلك وفقاً لما حدده الفقه الإسلامي بمذاهبه، وما صرحت به القوانين محل المقارنة، وهو ما سنناقشه في هذا المطلب، والذي يقسم بدوره على فرعين، الأول منهما سيتناول فسخ عقد الإيجار بموجب الإتفاق بين المتعاقدين، والفرع الثاني سيكون فسخ العقد بموجب القضاء، وكالاتي:

الفرع الأول

الفسخ الإتفاقي

تسعى الشريعة الإسلامية للتخفيف عن كاهل من يتضرر جراء الإستمرار في تنفيذ العقد بسبب الظرف الطارئ عن طريق طلب فسخ العقد، والذي تناولته المذاهب الإسلامية إلا أنها اختلفت عما ساق به القانون الوضعي من ناحيتين، الأولى أنها لم تضع نظرية عامة للفسخ بل أدرجت تطبيقات له في حالات معينة ومحددة خلافاً للأصل العام هو التنفيذ الملزم للعقد والإستثناء هو جواز الفسخ، والثانية أنها لم تقصر الفسخ على حالة عدم تنفيذ العقد، ومحصلة ذلك أنّ الفسخ يحصل إستعمالاً لأحد الخيارات التي تناولها فقهاء المذاهب الإسلامية كخيار العيب أو الشرط أو الرؤية وغيرها من الخيارات، وفقاً لما تقتضيه مصلحة المتعاقدين أو أحدهما، ولعل الأمر يرجع إلى إعتبارات دينية إضافة إلى الأثر الذي يتركه الفسخ في النفوس على اعتبار أنّ الأفراد ملزمون بعقودهم^(١)، وقد تناول فقهاء المذاهب الإسلامية المعنى الإصطلاحي للفسخ بالمعنى اللغوي ذاته، وبينوا بأنه "نقض

(١) الشيخ نظام الدين الهمام، ج٤، مصدر سابق، ص٤٠٥، كذلك: علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مصدر سابق، ص٤٢٣، وأيضاً: مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، المدونة الكبرى، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ص٤٧٩.

الرباط التعاقدي لما يبرره من أسباب ذاتية أو عرضية أدت إلى إنتهاء العقد بالفسخ^(١)، وعلى الرغم من تضيق الفقه الإسلامي من مدى الحكم بفسخ العقد بالنسبة إلى العقود الملزمة للجانبين على إعتبارها ملزمة لكلا الطرفين، ويترتب عليهما إلتزامات نتجت عن إبرام العقد على سبيل الحتم، متى ما كان غير مقترن بأحد الخيارات التي تسمح بذلك، فلا يكون لهما أو لأحدهما فسخه بشكل مستقل، إلاّ أنّ هناك حالات أعتبرت إستثناء من هذا الأصل وأجاز فيها الفقه الإسلامي لأحد المتعاقدين فسخ العقد، عندما يتحقق ظرف طارئ^(٢) يوجب ذلك .

وعليه فإنّ مسألة فسخ العقد في حالة تحقق الظرف الطارئ، يدور وجوداً وعدمّاً وحالة عجز المتعاقد عن المضي بالعقد والذي يتضمن نوعاً من الضرر، يزيد عند الإستمرار في تنفيذ العقد، كما في حالة الدين من جانب المؤجر أو موت المستأجر فإن الأمر يقضي بفسخ العقد بطلب من المضرور، ومع ذلك فقد ظهرت عدة آراء من جانب فقهاء المذاهب الإسلامية في هذا الصدد:

حيث ذهب فقهاء الحنفية^(٣) والظاهرية^(٤) إلى أنّ الفسخ في هذه الحالة يتم بالإتفاق بين المتعاقدين، مستندين في رأيهم إلى عدة أمور، منها: قوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"^(٥)، وأن المنافع في عقد الإيجار لا تملك جملة واحدة وإنما شيئاً فشيئاً والظرف الطارئ فيها يكون بمنزلة العيب الحدث قبل القبض وهذا الأخير يوجب للمتعاقد فسخ العقد بالتوافق مع المتعاقد الآخر، وأيضاً أنّ الحاجة تدعو إلى ذلك، ولأن صاحب الظرف الطارئ (العذر) متضرر، وهذا الضرر لم يلزمه بالعقد فالفسخ هنا مبرراً لدفعه، إذا تحقق عجز المتعاقد عن المضي في تنفيذ

(١) أحمد إبراهيم إبراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، العدد ٦، السنة الرابعة، ١٣٥٣هـ - ١٩٣٤م، ص ٧١٢ وما بعدها، كذلك: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الإلتزام برد غير المستحق، إحسان للنشر والتوزيع، أربيل، العراق، ط ١، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، ص ١٤٧.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص ٣٩٨.

(٣) علاء الدين بن مسعود الكاساني، ج ٤، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

(٤) أبو محمد علي أحمد سعيد ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج ٨، مصدر سابق، ص ١٨٧.

(٥) سورة النساء، آية ٢٩.

إلتزاماته يلحقه ضرر وهو رافض له، وذلك بالإتفاق بين المتعاقدين أنفسهم^(١)، كما لو ماتت المرأة فيما إذا أستأجر طبّاح لطبخ الوليمة^(٢)، ويؤيد بعض الفقه ذلك معتبرين أنّ الفسخ هنا يقوم على أساس الضرر الفاحش الذي نشأ عن الظرف الطارئ والذي لم يستحق في العقد إذ أنّ بطروعه ينشأ الإرهاق الذي يسبب ضرراً فاحشاً للمدين، وبالنتيجة يثبت الفسخ للمتعاقد المضروب من أجل أن يدفع الضرر عن نفسه ويمتنع عن تحمل غير المستحق من تنفيذ العقد المرهق^(٣).

في حين خالفهم فقهاء المذاهب الأخرى بهذا الشأن فقد ذهب الشافعية^(٤) والمالكية^(٥) والحنابلة^(٦)، والإمامية^(٧)، إلى أنّ الظرف الطارئ في عقد الإيجار لا يكون سبباً مبرراً للفسخ، قبل إنقضاء مدته، وليس لأحد الطرفين فسخه سواء تحقق الظرف الطارئ أو لم يتحقق، أي أنّه لا يقبل الفسخ إذا تحقق ظرف شخصي لأي منهما، لأن هذه الأعدار لا تسبب خللاً في المعقود عليه، وإستدل أصحاب هذا القول بأنه لو أجاز فسخ العقد للظرف الطارئ من جانب المستأجر لجاز الفسخ لنفس السبب من جانب المؤجر وذلك دفعاً

(١) عبد الله محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، دار الرسالة العالمية، دمشق، سورية، ط١، ١٤٣٠هـ - ١٩٩٠م، ص١٤٨، كذلك: شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج٩، باب الإجارة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص١٤٧.

(٢) محمود بن أحمد موسى بن الحسين، المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، ج١٠، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ص٣٤٤.

(٣) د. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مصدر سابق، ص١٥٣ - ص١٥٤.

(٤) أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي، ج٤، مصدر سابق، ص٤٠٥.

(٥) محمد عبدالله أحمد بن قدامة، المغني في شرح مختصر الخرقي، ج٥، مصدر سابق، ص٢٢٩، كذلك: محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٥، كتاب الإجارة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص٣١٥.

(٦) د. عبد الله حسين الموجان، عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، شركة كنوز المعرفة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط٢، ٢٠٠١م، ص٢٥.

(٧) محمد جواد محمد العاملي، مفتاح الكرامة، ج٣، المطبعة الرضوية، ط١، ١٤١٩هـ، ص١٥٨، كذلك: محمد كاظم الطباطبائي، العروة الوثقى، ج٣، دار التفسير للنشر، قم، إيران، ط١، ١٣٩٠هـ، ص٢١٦.

للضرر، استناداً الى قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"^(١)، فالله تعالى أمر بالإيفاء بالعقود وعقد الإيجار يعتبر عقداً ملزماً يرد على منافع وبالتالي فلا موجب لفسخه للظرف الطارئ الذي يصيب أياً من المتعاقدين^(٢)، لأن هذا الفسخ ليس من الوفاء به، وأيضاً أنه من عقود المعاوضة المحضة وبالتالي لا يجوز فسخه قياساً على المبيع^(٣)، وأن المعقود عليه هو المنفعة، وهذه الأخيرة يمكن إستيفاؤها بالإستئابة فلا تضيع على المستأجر، كمن إستأجر آلة ليحرق بها الأرض أو يرويها فمرض، ففي هذه الحالة يمكنه أن يستتبع غيره ليقوم بهذا العمل^(٤).

فهم لا يقولون بحق فسخ عقد الإيجار إلاّ بالعدر الذي يلحق المعقود عليه، لأنهم يعتبرونه كعقد البيع، والمنافع في الإجتهد عندهم أيضاً في حكم الأعيان المعلومة والموجودة كما في عقد البيع الذي لا يفسخ إلاّ بالعيب أو بخيار الشرط أو بحسب مقتضى حق الخيارات الثابتة شرعاً كما في خيار الرؤية أو غيره من الخيارات التي تنضوي تحت عيوب الرضا، أو أن يتم انفساخه بالأعدار الشرعية التي تتعلق بتعذر استيفاء المنفعة محل عقد الإيجار فيحق الانفساخ بسبب العذر الشرعي^(٥)، إلاّ أن الحنفية لم يعتبروا العيب في حد ذاته ظرفاً يجيز الفسخ وإنما (مآله) بمعنى الضرر هو المعيار المعتمد لهذا الفسخ^(٦).

ولو أمعنا النظر بما أخذ به الفقهاء أعلاه من أنّ عقد الإيجار يفسخ بالعيب لوجدنا بأنه يؤدي بشكل غير مباشر إلى معنى (الضرر) لأن العيب هو ما ينقص من المنفعة أو يؤدي إلى زوالها إذا أصاب المعقود عليه بشكل كلي أو جزئي بمعنى أنه لو كانت العلة أو السبب

(١) سورة المائدة، آية ١.

(٢) أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، ج٢، مصدر سابق، ص٢٧٥.

(٣) شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، ج٢، مصدر سابق، ص٢٦٠، كذلك: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ج١، مصدر سابق، ص٤١٢، وأيضاً: منصور يونس إدريس البهوتي، ج٤، مصدر سابق، ص٢٣.

(٤) د. عبد الله حسين الموجان، عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، شركة كنوز المعرفة، ط٢، ٢٠٠١م، ص٥٢.

(٥) محمد يوسف العبدري الغرناطي المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٦هـ _ ١٩٩٤م، ص٥٦٣، كذلك: أبو بكر محمد عاصم الأندلسي، شرح ميارة الفاسي، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ _ ٢٠٠٠م، ص١٦٧.

(٦) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج١٦، مصدر سابق، ص٢ ومابعدھا.

والضرر غير المستحق في حد ذاته فهو يتحقق في الظرف الطارئ والعيب على السواء وبالتالي يكونان (مآلاً) لهما ويجتمع الحكم فيهما لوحدة العلة أي يحكم بوجوب دفع الضرر وهذا لا يتأتى إلا بفسخ العقد إذا تعين وسيلة للحل كما وأنّ التفرقة بينهما لا ينهض بها أي دليل شرعي بل إنهما ينخرطان في أصل العدل الذي يقضي بعدم مشروعية الضرر والحكم به بغير حق.

ونرى أيضاً بأن الرأي الأول هو الأرجح، لأنه بتحقيق الظرف الطارئ يتعذر الإنتفاع بالمعقود عليه حتى وإن كان موجوداً، إلا أنه متعذر الإنتفاع به حقيقة من قبل المستأجر أو المؤجر الذي تعرض للظرف الطارئ خصوصاً إذا رفض ورثة أي منهما الإستمرار بتنفيذ العقد، إستناداً إلى قوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"^(١).

ومن الجدير بالذكر فقد ذهب الفقهاء إلى أنه إذا كان العقار المأجور مملوكاً لأكثر من مؤجر ومات أحدهما في مدة عقد الإيجار فالعقد يفسخ بالنسبة للميت منهما فقط ويبقى بالنسبة إلى الحي، والعلة في ذلك أنّ هذا يعتبر شيوع طارئ فلا يؤثر على إستمرار العقد. وبالنسبة إلى الأثر المترتب على إنتهاء العقد فقد إعتبر فقهاء الإمامية أنّ الأثر المترتب على عقد الإيجار في حالة فسخه يكون فيما بقي من العقد دون الفترات التي مضت، فما مر منه لا يعود، فإنهم يستندون إلى قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"^(٢) لأنه وبحسب هذا الفرض كان يجب الوفاء بالعقد ويتحلل من الوفاء في المستقبل على اعتبار أنّ الفسخ هو الذي أثر في العقد وأوقف تأثيره وعندئذ لا يكون مصداقاً للمأمور به والعقلاء لا يلغون آثار الماضي لأنها وقعت فما مضى من الزمن لا يعود، وهي من الأمور الواقعية التي حدثت وأنتجت آثارها وخيار الفسخ ليس نابعاً من معادلات عقلية حتى ليقال بأن العقد واحد بل أنه نابع من الإرتكاز العقلاني والعقلاء لا يرون بأساً في إمضاء ما كان فيكون مصداقاً للعقد المأمور بالوفاء به^(٣).

(١) سورة النبأ، الآية ٢٩، وسورة البقرة الآية ١٨٨.

(٢) سورة المائدة، آية ١.

(٣) محمد الحسيني، فقه الإجارة في شرح العروة الوثقى، دار الملاك، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٨م، ص١١٧.

وقد جاء عن الإمامية في كتاب المبسوط للطوسي بأن: "...الإجارة تنفسخ لتعذر المقصود منها في حال تحقق العذر الطارئ، فإنها تبطل فيما بقي ولا تبطل فيما مضى إذا أكرت أرضاً للزراعة وغرقت بعد ذلك نظر فإن كانت غرقت عقيب العقد بطل العقد وإن كان بعد مضي مدة انفسخ العقد فيما بقي ولا ينفسخ فيما مضى"^(١).

يطابق القانون الوضعي ما جاء به الفقه الإسلامي من حيث منحه سلطة فسخ العقد للمتعاقدين في حال تحقق الظرف الطارئ، حيث أجاز المشرع العراقي في المادة (٧٩٢) والمصري في المادة (٦٠٨) على ذلك، إلا أنهما قد تناولا أيضاً مسألة فسخ العقد باتفاق المتعاقدين عند إبرام العقد في حالات معينة من حيث توقع المتعاقدان عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزامه وبالتالي يتفقان على أنه إذا تحققت مثل هذه الحالة يكون لأحدهما طلب الفسخ، إلا أن هذا الشرط يتدرج إلى عدة خيارات، من حيث أن العقد يعتبر مفسوخاً، أو أن يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه، أو يكون كذلك أيضاً من غير الحاجة إلى حكم، أو أن يُعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم ولا أضرار^(٢)، وقد أجازت هذا الحكم المادة (١٧٨)^(٣) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٥٨)^(٤) من القانون المدني المصري.

إلا أننا نرى بأن واقع الحال قد يؤدي إلى ذلك، بمعنى أن المتعاقدين في عقد الإيجار في حال تحقق الظرف الطارئ، ينتج عنه إتفاقهما على فسخ العقد فيما بينهما أيضاً وهو ما لمسناه عند اطلاعنا ومتابعتنا لما هو معمول به على أرض الواقع فيما يتعلق بعقد إيجار العقارات أو المحلات التجارية أيضاً.

وفيما يتعلق بالمادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي فإنه يترتب على الظرف الطارئ أن تكون هناك مفاوضات بين المتعاقدين بشأن حل هذه المسألة، الأمر الذي يتطلب

(١) أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، ج٣، مصدر سابق، ص ٢٥٦.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٣) التي نصت على: "يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإضرار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته".

(٤) التي نصت على: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإضرار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".

أن يتمكن الطرف المتأثر بالظرف الطارئ من إقناع الطرف الآخر بإعادة التفاوض بشأن العقد، من أجل الخروج بحل يرضي الطرفين وهذا الأمر يعتبر الخطوة الأولى لمراجعة العقد^(١)، بمعنى أن محتوى المادة ذاتها تترك امكانية التعامل للأطراف مع عواقب حالة الظروف الطارئة بأنفسهم، فقد يكون بإمكانهم الإتفاق على فسخ العقد، أو الإتفاق على إتباع أي إجراء آخر يقتضي توافق مصالحهما معاً.

الفرع الثاني

الفسخ القضائي

يذهب فقهاء الحنفية إلى إنَّ الظرف الطارئ إذا كان خفياً بحيث لا يكون باستطاعة أحد المتعاقدين تبينه، فيكون طلب فسخه من قبل القضاء، فهذا الأخير هو الحكم في ذلك، حيث يتدخل عن طريق الكشف عن وجود أو عدم وجود هذا الطارئ حتى يزول الإشتباه، كما في حالة إعسار المستأجر أو دين المؤجر^(٢)، وبالتالي فإن القضاء له دور في البحث عن إثبات الظرف الطارئ والتحقق من وجوده قبل الحكم بالفسخ، لأن هذا الأخير هو إستثناء من الأصل ومن الطبيعي أنَّ الإستثناء لا يتم التوسع فيه، وإذا زال سبب الفسخ فإن حق الخيار فيه يسقط تبعاً لذلك، كما لو برأت الدابة مما أصابها بعد طلب المستأجر فسخ العقد، أو تدفق الماء إلى الأرض الزراعية بعد إنقطاعه^(٣).

وإذا كان المستأجر قد أقام بناء أو غرس غراساً في العين المأجورة دون موافقة المؤجر فوفقاً للفقه الإسلامي، يكون عليه أن يقوم بقلعها قبل إعادة المأجور إلى مالكه، إلا في حالة إذا كان قلعها يسبب ضرراً للمأجور فتكون ملكاً للمؤجر على أن يدفع قيمتها مستحقة القلع

(1) Hugues Bouthinon-Dumas, LES CONTRATS RELATIONNELS ET LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION, op. cit. p371.

(٢) فخر الدين الزيلعي، مصدر سابق، ص١٤٦، كذلك: د. شرف على الشريف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، كلية الشريعة الإسلامية، الدراسات العليا، ١٣٩٧هـ _ ١٩٧٦م، ص٣٣٠_ص٣٣١.

(٣) زين الدين ابراهيم محمد ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٩هـ _ ١٩٩٩م، ص٤٣٣.

إلى المستأجر، وفي حالة إذا كان الغراس أو البناء يسبب نقصاً من قيمة المأجور فإنه يملكها دون رضا المستأجر^(١)، ولو اختلف المؤجر مع المستأجر في بناء الدار أو باب أو خشبة أدخلها في السقف أو حائط أو فرش بأجر أو تجصيص أو تطيين، حيث يقول المؤجر بأنه هو من وضعها أو أقامها وقال المستأجر بأنه هو من وضعها فالقول هنا هو قول المؤجر مع يمينه، وإذا كان هناك بئر أو بالوعة محفورة واختلف الأمر بين المؤجر والمستأجر في من أقامه، فالقول للمؤجر مه يمينه وأن قامت لهما بينة أخذت بينة المستأجر^(٢).

أما في القانون فإذا تحقق الظرف الطارئ في عقد الإيجار، فإنه وفقاً للمادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه: "...جاز لكلا المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد"^(٣)، ومثلها المادة (٦٠٨) من القانون المدني المصري^(٤)، فقد جعل المشرع لكل من المتعاقدين طلب فسخ العقد عن طريق القضاء، إذ لا يمكن للإنسان أن ينتصف لنفسه بنفسه^(٥)، وأن طلب فسخ العقد يدور وجوداً وعدماً مع الظرف الطارئ غير المتوقع لأنه يجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو أثناء سريانه مرهقاً^(٦)، فيكون ذلك بإقامة دعوى الفسخ أمام محكمة البداية المختصة^(٧)، إلاّ إن طلب الفسخ يسبقه التنبيه بالإخلاء في المواعيد المنصوص عليها في المادة (٧٤١)^(٨) من القانون المدني العراقي ومثلها المادة

(١) عبد الغني الغنيمي الدمشقي الحنفي، الباب في شرح الكتاب، ج٢، مصدر سابق، ص٩٠.

(٢) محمد بن الحسن الشيباني، الأصل، كتاب الإجارة، ج٣، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٣٣هـ _ ٢٠١٢م، ص٤٦٢.

(٣) محكمة التمييز الاتحادية، رقم القرار ١/ موسعة أولى/ ١٩٩٥، بتاريخ ١٩٩٥/٨/٧م، ينظر: طارق عزيز جبار العزي، مصدر سابق، ص٢١٧.

(٤) التي نصت على: "... جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد..."

(٥) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مطبعة العاني، بغداد، دون طبعة، ١٩٥٠م، ص١٦٦.

(٦) د. عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار، منشآت المعارف، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٦م، ص٥٣٨ وما بعدها.

(٧) جمعة سعدون الربيعي، أحكام عقد الإيجار في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص٦٦.

(٨) حيث نصت على: "إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير محددة، أو إذا تعذر اثبات المدة المدعى بها؛ فيعتبر الإيجار منعقداً للمدة المحددة لدفع الأجرة وينتهي بانقضاء هذه المدة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه المتعاقد الآخر بالإخلاء في المواعيد الآتي بيانها: أ- في الأراضي إذا كانت المدة المحددة لدفع الأجرة ستة أشهر أو أكثر يكون التنبيه بثلاثة أشهر، فإذا كانت المدة أقل من=

(٥٦٣) من القانون المدني المصري، وهذا التنبيه يُعتبر من الضمانات التي منحها المشرع للمتعاقد الآخر الذي يحتج أمامه بفسخ العقد.

ومما لا ريب فيه أنّ مراعاة هذه المواعيد تجبر طالب التنبيه الانتظار لإنقضاء المهلة التي يحكمها عقد الإيجار المبرم بين المتعاقدين ولا ينقضي العقد إلاّ بإنقضائها حيث قصد المشرع من وراء هذه المدد بأن لا يتفاجأ المتعاقد الآخر بالطلب الذي يقدمه المتعاقد المضروب، ومنحه فرصة ومدة من الوقت لتدارك الأمر كأن يسعى المستأجر لتدبير أموره والمؤجر بالحصول على مستأجر جديد^(١)، وفي قرار حديث صدر عن محكمة إستئناف بابل الاتحادية/ محكمة بداءة الحلة، يتعلق بعقد إيجار في ظل جائحة كورونا بـ(الساحة الجنوبية لموقع جامعة بابل، يبدأ بتاريخ ٢٠/١٠/٢٠١٩م ولغاية ١٩/١٠/٢٠٢٠م) وكان قرار المحكمة برد الدعوى وعدم الاستجابة إلى طلب المدعي بالحكم بفسخ العقد بسبب عدم قيامه بتوجيه الإنذار بالتخلية في المواعيد المحددة في المادة (٧٤١) من القانون المدني العراقي^(٢)، إلاّ أننا لا نساير المحكمة في رأيها هذا، لان نص المادة (٢/٧٨٥)^(٣) من القانون المدني العراقي قد أباح للمتعاقد في حالة الإعسار عدم إتباع مواعيد التنبيه بالإخلاء، سواء كان العقد لمدة معينة أو غير معينة، وللقاضي طبقاً للقواعد العامة أن يمنح المستأجر أجلاً يحدد فيه رد العين المأجورة، أمّا المادة (١٧٣٦) من القانون المدني الفرنسي فإنها لم تحدد مواعيد لهذا التنبيه وإنما ترك المشرع هذه المواعيد إذا كان عقد الإيجار غير محدد

= ذلك كان التنبيه قبل نصفها الأخير، كل هذا مع مراعاة حق المستأجر في المحصول وفقاً للعرف. بـ في المنازل والحوانيت والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن وما إلى ذلك، إذا كانت المدة المحددة لدفع الأجرة أربعة أشهر أو أكثر، يكون التنبيه قبل انتهائها بشهرين، فإذا كانت المدة أقل من ذلك كان التنبيه قبل نصفها الأخير. جـ في المساكن والغرف المؤثثة وفي أي شيء غير ما تقدم، إذا كانت المدة المحددة لدفع الأجرة شهرين أو أكثر يكون التنبيه قبل نهايتها بشهر واحد فإذا كانت المدة أقل من ذلك كان التنبيه قبل نصفها الأخير".

(١) د. محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٢٦٥، كذلك: عزمي محمد البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، مصدر سابق، ص ١١٧٣ _ ص ١١٧٤.

(٢) قرار رقم ٢٠٧٤/ب/٢٠٢٠، بتاريخ ٢٠٢٠/١١/٨م، (غير منشور).

(٣) التي نصت على: "٢ـ ومع ذلك يجوز للمؤجر أن يطلب فسخ الإيجار إذا لم تقدم له في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالأجرة التي لم تحل، وكذلك يجوز للمستأجر الذي لم يخصص له في الإيجار أو التنازل عنه، أن يطلب الفسخ على أن يدفع تعويضاً عادلاً".

المدة بحسب ما يقتضيه العرف^(١)، وإذا كان العقد محدد المدة، فتكتفي المادة ذاتها بالإحالة إلى المدد التي تتحدد بحسب طبيعة الإتفاق بين المتعاقدين وهي مفروضة على القاضي وليس له تخفيضها^(٢).

ولابد من الإشارة إلى مسألة فسخ العقد من حيث إن التشريع المصري قد جاء بلفظ "إنهاء" في عرض المادة (٦٠٨) منه، وعلق الفقه على هذا الأمر بأنه جاء إستبدالاً للفظ "الفسخ" الذي كان وارداً في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، حيث يقصد بإنهاء العقد بأن أثره يقتصر على حل العقد على المستقبل بحيث تزول القوة الملزمة للعقد ابتداءً من تاريخ حله دون أن تمس وجود العقد في الماضي^(٣)، في حين اعتبر جانب من الفقه تسمية حل العقد في هذه الحالة بالإنهاء تمييزاً له عن الفسخ، ولأن لفظ إنهاء يأتي بنفس معنى المقصود بالفسخ^(٤)، أمّا القانون المدني العراقي فقد نص صراحةً على لفظ "الفسخ" بموجب المادة (٧٩٢) منه، إلا أن الرأي الغالب إطلاق اصطلاح الفسخ أو انتهاء العقد يأخذان المعنى ذاته، حيث يراد منهما حل العقد في الحالتين سواء كان أثره رجعي أو غير رجعي^(٥).

وفيما يتعلق بالمادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي فإنه يترتب على الظرف الطارئ في حالة فشل المفاوضات بين المتعاقدين في الوصول إلى حل يرضي الطرفين، فيكون لأي منهما اللجوء إلى القضاء، حيث يختار هذا الأخير بين المراجعة وفسخ العقد بحسب الأحوال والظروف^(٦)، إستناداً إلى نص المادة (١٢٢٨) من التعديل الجديد

(١) التي نصت على: "إذا لم يحزر عقد الإيجار خطياً، لا يمكن لأحد الطرفين إرسال تنبيه بالإخلاء للآخر بدون مراعاة المهل المحددة في العرف المحلي".

(٢) آلان بينابنت، مصدر سابق، ص ٣٠٧ — ص ٣٠٨، كذلك: جيروم هويه، مصدر سابق، ص ٧٦٥ و ص ٧٧٨ و ص ٨٠٨.

(٣) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٧٧م، ص ٢٩٦.

(٤) د. عبد المنعم البدر اوي، العقود المسماة، الإيجار والتأمين، الأحكام العامة، دون دار نشر، دون طبعة، ١٩٦١م، ص ٥٥٩.

(٥) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الإلتزام، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

(6) CHAZEAU Dorine, op. cit. p20, and: Philippe delebecque, Bilal Atmani, La théorie de l'imprévision: étude en droit algérien et français, Les Annales de l'université d'Alger 1, N°33, 2019, p.548.

للقانون^(١)، إذا وجد أنه الخيار الأمثل في مواجهة الظروف المستجدة فله أن يقرر إنهاء العقد وفق الشروط التي يحددها^(٢).

وبالنسبة إلى الآثار المترتبة على فسخ عقد الإيجار فكما هو معروف أن عقد الإيجار ليس له أثر رجعي بحيث لا يترتب على الفسخ سوى إنهاء العلاقات الناشئة على العقد منذ وقوع الفسخ بسبب طبيعة هذه العقود التي تستعصي على الأثر الرجعي لأن الزمن فيها مقصود لذاته بإعتباره أحد عناصر محل العقد، فإذا فسخ عقد الإيجار فإن آثار العقد التي أنتجها قبل الفسخ تظل قائمة^(٣)، وهو ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية العراقية^(٤)، وما أكدته محكمة النقض المصرية^(٥)، واتجه إليه الفقه الفرنسي بموجب نص المادة (١٧٢٢) من القانون المدني الفرنسي^(٦)، وما جاء عن محكمة النقض الفرنسية^(٧).

ووفقاً لذلك إذا كان ورثة المستأجر هم من يطلبون الفسخ بعد وفاة مورثهم، بسبب الأعباء التي أثقلتهم، فلهم أن يقدموا الطلب في موعد ستة أشهر على الأكثر من تاريخ

(١) التي نصت على: "يجوز للقاضي، تبعاً للظروف، إقرار الفسخ أو الحكم به أو الأمر بتنفيذ العقد وأن يمنح، عند الاقتضاء، مهلة للمدين للتنفيذ، أو الإكتفاء بالحكم بالتعويض"، ينظر: د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، ج١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٤م، ص ٣٢١.

(٢) واجه الأمر إنتقاداً من بعض الفقه في فرنسا من ناحية أن منح القاضي خيار إنهاء العقد يعتبر تجاوزاً للهدف الحقيقي لنظرية الظروف الطارئة لأنها في الأصل وجدت لخدمة العقد وإنقاذه والإبقاء عليه، وليست وسيلة لهدمه، ينظر: د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص ٩٥.

(٣) شريف أحمد الطباخ، مصدر سابق، ص ٤٢٩.

(٤) قرار رقم ٥٨١/حقوقية/٦٣، بتاريخ ١٢/٨/١٩٦٣م، جاء فيه: "إذا حكمت المحكمة بفسخ عقد الإيجار وجب أن يقتصر أثر هذا الفسخ على المدة الباقية من العقد ابتداءً من تاريخ إقامة الدعوى"، ورد لدى: القاضي إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٥٤٣.

(٥) حيث قضت في حكمها الصادر بتاريخ ٦ آذار ١٩٨٩م، بأن: "الفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين... غير أن الأثر الرجعي للفسخ لا ينسحب على الماضي إلا في العقود الفورية أما غيرها فلا يمكن إعادة ما نفذ منها" ورد لدى: د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد ٧١، ٢٠٠١م، ص ١٨٦.

(٦) د. أحمد على محمد الحميدي السعدي، وقف العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠١٨م، ص ٧٥.

(٧) في حكم لها في ٢ آذار ١٩٨٣م، حيث أكدت فيه: "في حالة فسخ عقد مستمر فإن الفسخ لا ينتج أثره إلا بالنسبة إلى المستقبل"، جاء لدى: د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، نفس المصدر، ص ١٨٧ وما بعدها.

وفاته، فهذه المدة هي الحد الأقصى بنص القانون لطلب الورثة إنهاء العقد^(١)، حيث تكفيهم من أجل تدبير أمورهم وإتخاذ قرارهم فيما إذا كان بإستطاعتهم تحمل أعباء العقد أو لا، فيطلبون فسخه، بالإستناد إلى نص المادة (٢/٧٨٣)^(٢) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢/٦٠١)^(٣) من القانون المدني المصري، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإذا مرت هذه المدة دون تقديم طلب فسخ العقد فإن ذلك يدل على تنازلهم عن هذا الحق، وهو أمر لا ينطبق على المؤجر ولا ورثته، وهذا منطقي والسبب في ذلك هو عدم قدرة ورثة المستأجر بإعتبارهم مديونين للمؤجر بالأجرة بعقد أبرمه مورثهم، وفي حالة إجماع ورثة المستأجر على طلب فسخ العقد بعد وفاة مورثهم فلا تثور مشكلة في ذلك، أمّا إذا طلب بعضهم دون البعض الآخر فالعقد يفسخ بالنسبة إلى من اختار الفسخ في حين يبقى بالنسبة إلى الباقين، وهنا يحق للمؤجر أن يطلب الفسخ، وفي حالة عدم موافقة هذا الأخير على تفريق الصفقة وذلك في حالة إقتصار الباقي من الورثة على بعض العين المأجورة بقدر أنصبتهم في الميراث^(٤)، أمّا إذا أبرم العقد بسبب حرفة المستأجر أو لإعتبارات تتعلق بشخصيته فتطبيقاً لنص المادة (٧٨٤)^(٥) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٠٢)^(٦) من القانون المدني المصري يمكن لورثة المستأجر وللمؤجر أن يطلبوا فسخ العقد^(٧)، إلّا أنّه يشترط أن يكون العقد مازال قائماً حتى يصدر الحكم بالفسخ^(٨)، وهو ما جاء عن محكمة التمييز

(١) د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

(٢) التي نصت على: "٢_ ومع ذلك إذا مات المستأجر، جاز لورثته أن يطلبوا فسخ العقد... وأن يكون طلب الفسخ في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر".

(٣) التي نصت على: "٢_ ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته ان يطلبوا إنهاء العقد... وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة اشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر".

(٤) نقض مدني ١٥/٥/١٩٦٨م، طعن رقم ٩٦٣ لسنة ٥٥٥ق، ورد لدى: د. عصام أنور سليم، مصدر سابق، ص ٥٥٢.

(٥) التي نصت على: "إذا لم يعقد الإيجار إلّا بسبب حرفة المستأجر أو لإعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا فسخ العقد".

(٦) التي نصت على: "إذا لم يعقد الإيجار إلّا بسبب حرفة المستأجر أو لإعتبارات تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد".

(٧) د. سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٥٣٢، كذلك: د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ٤٢٥.

(٨) د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، أحكام عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٣٢٩.

الإتحادية^(١)، ومحكمة النقض المصرية^(٢).

ومن المهم أن نذكر أنه إذا قضت المحكمة بفسخ العقد، فيجب على المستأجر أن يرد المأجور إلى المؤجر بالحالة التي استلمه فيها، وفقاً للمادة (١/٧٧٢)^(٣) من القانون المدني العراقي، وهو ما جاء عن محكمة التمييز الاتحادية العراقية^(٤)، والمادة (٥٩١)^(٥) من القانون المدني المصري، وما جاء في نص المادة (١٧٣٠)^(٦) من القانون المدني الفرنسي، وإذا أخل المستأجر بذلك فيكون ملزماً بتعويض المؤجر عما أصابه من ضرر، حيث يراعى في تقديره القيمة الإيجارية للعين المأجورة^(٧).

وجدير بالذكر أنه قد ينفق المستأجر مصروفات معينة على العين المأجورة أثناء مدة

(١) قرار رقم ٤٠/ هيئة عامة أولى، ١٩٧٦، بتاريخ ١٠/٤/١٩٧٦م، جاء فيه: "...بحكم بالفسخ إذا أقيمت دعوى به خلال مدة العقد ..."، مشار إليه لدى: د. لؤي سطات حمود، الأجل القضائي وأثره في الإلتزام، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠١٩م، ص ١٣١، وفي قرار آخر لها يحمل الرقم ٢٥٢٩م/٢/٩٧٦، بتاريخ ٢٣/١٢/١٩٧٦م، جاء فيه: "عقد الإيجار يجب أن يكون مازال قائماً، فلا تسمع دعوى الفسخ إذا كان العقد منتهي المدة"، ينظر: مجموعة الأحكام العدلية، العدد ٤، السنة ٧، ١٩٧٦م، ص ٩٣.

(٢) طعن ١٧٥٩ / ٧٢ق، جلسة ٢٣/١١/٢٠٠٤م، جاء فيه: "الفسخ لا يرد إلا على عقد قائم أو لم تنته مدته بعد..."، ينظر: عبد الوهاب عرفة، مصدر سابق، ص ١٢.

(٣) التي نصت على: "١_ على المستأجر أن يرد المأجور في الحالة التي تسلمه عليها إلا ما يكون قد أصابه من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه".

(٤) قرار رقم ٢٨٠/حقوقية الثالثة/٩٦٩، بتاريخ ٣/٣/١٩٧٠م، أقرت فيه: "على المستأجر أن يرد المأجور في الحالة التي استلمه عليها"، أشير إليه لدى: القاضي إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٥) التي نصت على: "يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار، فإذا أبقاها تحت يده دون حق كان ملزماً أن يدفع للمؤجر تعويضاً يراعى في تقديره القيمة الإيجارية للعين وما أصاب المؤجر من ضرر".

(٦) التي نصت على: "في حال قيام المؤجر والمستأجر بتنظيم بيان بوضع الأمكنة، فيكون على المستأجر إعادة الشيء، كما استلمه بموجب هذا الكشف باستثناء ما هلك أو تعيب بفعل القدم أو القوة القاهرة"، والمادة (١٧٣١) التي نصت على: "إذا لم يتم وضع حالة الأمكنة يعتبر المستأجر أنه تلقاها في حالة جيدة من التصليح الإيجاري ويجب أن يرد على هذا النحو عدا اثبات معاكس"، إلا إن بعض الفقه يعتقد أنّ هذا النص يسن قرينة قاسية على المستأجر برد الشيء في نفس الحالة التي تلقى فيها الشيء المأجور ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس، ينظر: آلان بنتابنت، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

(٧) عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة الحديثة في التعويضات، المجلد الأول، المسؤولية العقدية والتعويض عنها، دار المجد للنشر والتوزيع، صنعاء، اليمن، دون طبعة، ٢٠٠٤م، ص ١١٦.

انتفاعه به، فتحديد مصير هذه المصروفات يتم عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة في القوانين المدنية، ويختلف الأمر فيما إذا كانت مصروفات ضرورية^(١) أو كمالية^(٢)، أو ترميمات طفيفة (تأجيرية) والتي تقع على عاتقه مادام العرف يقضي بذلك، فهي تأتي من الإستعمال العادي أو من إهماله هو^(٣)، أمّا إذا أقام المستأجر في العين المأجورة بناء أو غراس أو تحسينات في المأجور، فيتم الرجوع إلى نص المادة (٧٧٤) من القانون المدني العراقي، حيث يختلف الأمر فيما إذا أقامها من دون موافقة المؤجر أو بمعارضته^(٤)، أو بعلمه هو وبدون إعتراض منه^(٥)، أو بأمر منه^(٦)، أمّا المشرع المصري فقد نص على حكم

(١) يقصد بها: "المصروفات اللازمة لحفظ العين من الهلاك والتي تلزم للإنتفاع بالمأجور ولو لم تكن لازمة لحفظه من الهلاك"، ينظر: د. عبد المنعم البدر اوي، العقود المسماة، الإيجار والتأمين، مصدر سابق، ص ١٠٥، فإنها تقع على عاتق المؤجر فهو ملزم بها، إستناداً إلى نص المادة (٧٥٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (٥٦٧) من القانون المدني المصري، وفي حال رفض هذا الأخير القيام بها وقام بها المستأجر ولو من دون إذن من المحكمة فله الرجوع على المؤجر والمطالبة بفسخ العقد بموجب نص المادة (٢/٧٥٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (٥٦٨) من القانون المدني المصري، ينظر: د. سعيد مبارك، وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٦٨ و ص ٢٦٩.

(٢) التي تقع على المستأجر ولا يستطيع مطالبة المؤجر بردها، وله أن ينتزع ما استحدثه منها في مقابل إعادة المأجور إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المؤجر بقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة القلع، لأنها تأتي عادة من جراء إهمال المستأجر أو بسبب الإستعمال المألوف للمأجور، ينظر: د. محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

(٣) إستناداً إلى نص المادة (٢/٧٦٣) من القانون المدني العراقي، ينظر: د. سعدون العامري، مذكرات في العقود المسماة، البيع والإيجار، مطبعة العاني، دون طبعة، ١٩٦٩م، ص ٢٦٥.

(٤) بموجب المادة (١/٧٧٤) والتي نصت على: "١- إذا انقضت الإجارة وكان المستأجر قد بنى في المأجور بناءً أو غراس فيه أشجاراً أو قام بتحسينات أخرى مما يزيد في قيمته، وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر أو دون علمه، ألزم المستأجر بهدم البناء وقلع الأشجار وإزالة التحسينات، فإذا كان ذلك يضر بالمأجور جاز للمؤجر أن يمتلك ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع".

(٥) بموجب المادة (٢/٧٤٤) والتي نصت على: "٢- أما إذا أحدث المستأجر شيئاً من ذلك بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر الأقل مما أنفقه أو ما زاد في قيمة المأجور مالم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك".

(٦) بموجب المادة (٣/٧٤٤) والتي نصت على: "إذا أحدث المستأجر شيئاً من ذلك بأمر من المؤجر، فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر ما أنفقه بالقدر المعروف، مالم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك".

مخالف للقانون المدني العراقي، حيث ينظر إلى هذه التحسينات فيما إذا كانت بسيطة فالأمر يقضي بعدم تعويض المستأجر عنها، أمّا إذا كانت مؤثرة فإنها تفسح المجال للمطالبة بالتعويض عنها ويحق له حبس المأجور لحين إستيفاء التعويض، إلّا إنّ الوضع إذا ترتب عليه الإثراء على حساب الغير وبلا سبب مشروع فلا يستطيع المستأجر المطالبة بالتعويض^(١)، إستناداً إلى نص المادة (٥٩٢) منه.

(١) د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص ٢٤٩، كذلك: أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة، ط ٥، ٢٠١٥، ص ٣٣٨.

المطلب الثاني

التعويض

إنّ الفسخ وحده ليس تعويضاً كافياً للمتعاقد عما لحقته من أضرار جراء تحقق الظرف الطارئ في عقد الإيجار، بل أعطى المشرع المتعاقد المحتج أمامه بالفسخ، ضمان أساسي يتمثل بأن يعرض طالب الفسخ المتعاقد الآخر بسبب الأثر السلبي الذي يتعرض منه جراء فسخ العقد قبل إنتهاء مدته، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن ماهو نوع هذا التعويض؟ وماهي الكيفية التي يتم بموجبها تقديره؟ وهو ما سنتناوله في هذا المطلب، وعلى فرعين، وكالاتي:

الفرع الأول

نوع التعويض

لم تذكر كتب الفقه الإسلامي القديمة لفظ (التعويض) بعينه كمصطلح لما نروم البحث فيه، إلا أنها أستعملت بدله لفظ "الضمان"^(١) عند حديثهم عن جبر الضرر تحت عنوان "ضمان العقد" أو "ضمان الإلتلاف"، أو "ضمان الغصب"، وفقاً لحديث الرسول (ﷺ) "الْخَرَجُ بِالْضَمَانِ"^(٢)، والذي يعني أنّ من يضمن شيئاً لو تلف، يعهد في مقابل هذا الإلتلاف بالضمان، كما لو استأجر شخص دابة وهلكت بلا تعد منه فلا يضمن سوى الأجرة، وإذا غصبت الدابة وهلكت فإنه يضمن قيمتها^(٣)، وقد اختلفوا في استعماله، فبعض الفقهاء تناوله في المعنى نفسه الذي يقصد من لفظ التعويض، وبعضهم جعله شاملاً للتعويض وغيره كالكفالة فهو مشتق من ضمن الشيء تضميناً أي غرمه إياه فالتزمه^(٤)، والبعض الآخر

(١) عرفت مجلة الأحكام العدلية الضمان في المادة (٤١٦) بأنه: "الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيّمته إن كان من القيميات".

(٢) سليمان السجستاني أبو داود، سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٦م، ص٤١٩، ونصت عليه المادة (٨٥) بـ"الخراج بالضمان"، من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) د. محمد الشربيني، القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، ط١٢، ١٩٩٩م، ص١٠٨.

(٤) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص٢٢.

عرفوه بما يدل على التعويض^(١)، وقد ذكر التعويض أيضاً بمصطلح التضمين، والذي يقصد منه جبر الضرر، بمعنى الحكم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الغير من جهة محدثه، حيث أنّ الضمان عندهم يحمل بين طياته ما يقصد من وراءه بالتعويض عند الفقهاء في القانون الوضعي كما وجاء الضمان عندهم بمعنى الكفالة أيضاً، وهو ما أطلقه فقهاء الحنفية وتناوله المالكية بأنه "شغل ذمة أخرى بالحق"، واعتبره الشافعية بأنه "التزام حق ثابت في ذمة الغير أو تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه"، أمّا الحنابلة فقد تناولوه بأنه "التزام ما وجب على غيره مع بقاءه"^(٢)، أمّا فقهاء الإمامية فقد تناولوا مصطلح الضمان بأنه "عقد شرع للتعهد بمال أو نفس"، والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لا يكون^(٣)، وكذلك بما يصطلح عليه بالعوض، معتبرين بأنه النفع المستحق الخالي من التعظيم والإجلال، والذي يقصد منه أن يكون التعويض خالي من التبجيل^(٤).

ويلاحظ في كل ما سبق أنّه مهما اختلفت المصطلحات أو التسميات التي تناولها فقهاء المذاهب الإسلامية، فإنها تعتبر من قبيل التعويض وأنها تدور وجوداً وعدماً مع الضرر سواء الذي يلحق بالنفس أو المال، والذي يترتب عليه وجوب تعويض من أصابه هذا الضرر بإعتباره حقاً ثابتاً في ذمة المتسبب به.

كما ويختلف التعويض ويتنوع في الفقه الإسلامي بحسب نوع الضرر الناتج عن الفعل

(١) د. محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط١، ١٤١٩هـ، ص١٥٠.

(٢) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٥، المطبعة الأميرية الكبرى _ بولاق، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٣١٦ هـ، ص٤٢٩، كذلك: أبي البركات سيدي أحمد الدرديري، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج٣، دار إحياء الكتب العربية، ص٣٢٩، أيضاً: محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المناهج، ج٤، مصدر سابق، ص٤٣٢، أيضاً: محمد أحمد بن بطلال الركبي، النظم المستعذب في شرح غريب المذهب، ج٢، مصدر سابق، ص٣٣٩، أيضاً: أبو محمد موفق الدين ابن قدامة المقدسي، ج٥، مصدر سابق، ص٧٠.

(٣) أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، المحقق الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج٢، دار القارئ، بيروت، لبنان، ط١١، ١٤٢٥هـ _ ٢٠٠٤م، ص٨٨.

(٤) كمال الدين ميثم بن علي البحراني، قواعد المرام في علم الكلام، منشورات قسم الشؤون الفكرية والثقافية للعتبة الحسينية المقدسة، كربلاء، العراق، ط١، ١٤٣٤هـ _ ٢٠١٣م، ص٢٩١.

المسبب له، والضرر الموجب للتعويض قد يكون ضرراً مادياً وقد يكون ضرراً أدبياً والتمييز بين ما يعتبر ضرراً مادياً وما يعتبر ضرراً أدبياً، يكون بالنظر إلى طبيعة الحق أو المصلحة التي وقع الإعتداء عليه أو عليها، فكل مساس بحق أو مصلحة مشروعة سواء كان هذا الحق مالياً أو غير مالي، يترتب عليه تفويت ميزة مالية يكون هذا ضرراً أو منفعة مادياً، وهذا الأخير هو الذي يترتب عليه خسارة مالية للمضرور، وهذا الضرر هو الركن الأول الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، بل هو الذي تقوم عليه المسؤولية من أجل التعويض^(١).

والخلاصة أن الأصل العام في الضمان أو التعويض هو إزالة الضرر عيناً، أو جبر المتلف وإعادته صحيحاً إذا كان بالإمكان ذلك، فإذا تعذر ذلك وجب التعويض المثلي أو النقدي والذي يتمثل بدفع مبلغ من النقود في حالة استحالة التنفيذ العيني، ومعنى ذلك أنه في الفقه الإسلامي هناك نوعان من التعويض وهما التعويض العيني والتعويض النقدي^(٢).

ويوافق القانون المدني الوضعي سواء في العراق أو في مصر ما جاء في الفقه الإسلامي من حيث تقسيم التعويض إلى نوعين، وهما التعويض العيني والتعويض النقدي، حيث يلجأ إلى النوع الثاني إذا كان ممكناً وهو كثير الوقوع في الإلتزامات العقدية، والتعويض غير النقدي كما في دعاوى السب والقذف أو نشر الحكم الصادر في الصحف مثلاً، وقد يكون نقدياً وهو أمر غالب في دعاوى المسؤولية التقصيرية^(٣)، كما وأن حكم التعويض في القانون يطابق ما جاء به الفقه الإسلامي من خلال وجوب جبر الضرر الذي يلحق بالطرف الذي تضرر وإن اختلفت الطريقة التي يتم بها جبره^(٤).

وما يهمنا في دراستنا هذه هو مناقشة التعويض النقدي، أو ما يسمى بالتنفيذ بمقابل في القانون الوضعي والذي يقصد به بأنه "مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة

(١) د. عوض أحمد ادريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٨٦م، ص٤٩٣ وما بعدها.

(٢) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص٨٨.

(٣) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، ج١، مصادر الإلتزام، مكتبة النهضة العربية، مصر، دون طبعة، ١٩٥٤م، ص٥٠٤ وما بعدها.

(٤) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج١، مصدر سابق، ص٥٣٠.

بين الناس"، والذي يظهر منه أمران:

الأول: أنّ التعويض ليس التزاماً تخييراً لأنّ محل الإلتزام في هذا الأخير متعدد ولكن ذمة المدين تبرأ عن طريق الوفاء بأحدهما، والخيار فيه للمدين أو للدائن أو للغير، إلاّ أنّه لا خيار للمدين ولا الدائن في الوفاء بمحل الإلتزام أو بالتعويض ولا في المطالبة بواحد منهما، ويكون للدائن رفض التعويض إذا عرضه عليه المدين، مع مطالبته بتنفيذ الإلتزام تنفيذاً عينياً إن كان هذا ممكناً، وهو ليس التزاماً بديلاً لأنّ المدين في الإلتزام البدلي أن يحل محل التزامه الأصلي شيئاً آخر تبرأ ذمته بالوفاء به كتقديم تأمينات أخرى وفاء لدين عليه ولكن ليس له الخيار في حالة المطالبة بالتعويض^(١)، وهو ليس تجديدًا للإلتزام قديم وذلك لأن الإلتزام الأصلي لا ينقضي لينشأ محله التزام جديد يختلف عنه في أحد العناصر الجوهرية.

والثاني: إنّ التعويض يقدر عادة بمبلغ من النقود، وعليه فأن أساس التعويض هو الإلتزام الأصلي بكافة تأميناته وصفاته ودفعه وعلى هذا فإنّه يمكن القول بأن التعويض يحل محل الإلتزام الأصلي حلاً عينياً^(٢).

ووفقاً لكل ذلك فإن التعويض النقدي ينقسم بدروه على نوعين، فالنوع الأول منهما هو التعويض عن عدم التنفيذ والذي يحل عند توافر شروطه محل التنفيذ العيني، والنوع الثاني منه هو التعويض عن التأخير في التنفيذ حيث إنّ إعدار المدين يعتبر إجراء لا بد منه للحكم بهذا التعويض ولا ضرورة للإعدار في بعض حالات التعويض^(٣)، وعليه فإنّ المدين هو الذي يقوم بتنفيذ التزامه ولكنه يقوم بذلك متأخراً بما قد يوقع أضراراً بالدائن فيكون له أن يطالب بتعويض لما أصابه من ضرر من جراء تأخر المدين في التنفيذ، مع ملاحظة أنّه لا يمكن الجمع بين هذين النوعين من التعويض لأن الدائن سيتقاضى حقه مرتين حينئذ، إلاّ أنّه من الجائز الجمع بينهما إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وتحققت شروط الحكم

(١) د. حسن علي الذنون، أحكام الإلتزام أو الإلتزام في ذاته، مطبعة المعارف، بغداد، دون طبعة، ١٩٤٨م، ص ٢٧.

(٢) عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة الحديثة في التعويضات، مصدر سابق، ص ٢٧.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، وآخرون، القانون المدني وأحكام الإلتزام، ج ٢، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، لبنان، ٢٠١٥م، دون طبعة، ص ٤٤.

بالتعويض^(١)، ويبدو أنّ القواعد التي تحكم هذين النوعين هي واحدة^(٢)، وأشارت المادة (١٦٨)^(٣) من القانون المدني العراقي إلى نوعي التعويض ومثلها المادة (٢١٥)^(٤) من القانون المدني المصري.

ويلحظ إنّ هناك أنواعاً من التعويض الذي يصاحب فسخ العقد وفقاً للقواعد العامة، ويكون كل نوع منها بحسب مصدره والذي يتحقق في المرحلة التالية لفسخ العقد، حيث يكون النوع الأول منها، هو التعويض الذي يحكم به في حالة إستحالة الرد العيني والذي يطلق عليه بذات التسمية، وقد تناولته المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنّه "إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ سقط الإلتزام الذي كان مترتباً عليه، فلا يلزم تسليم البديل الذي وجب بالعقد، وإن كان قد سلّم يسترد، فإذا إستحال رده يحكم بالضمان"، وكذلك المادة (١٦٠)^(٥) من القانون المدني المصري، فالضمان المقصود في نص المادة أعلاه من القانون المدني العراقي هو التعويض عن إستحالة الرد، فإذا تحققت هذه الحالة فيتم الإستعاضة عن التنفيذ العيني للرد بالتعويض بحكم القانون، وما تجدر الإشارة إليه هو إنّ الإلتزام ما زال قائماً كما هو إلّا أنّه قد تم إستبدال محله بمحل آخر وذلك باتفاق الطرفين أو بحكم القانون، وليس لأحدهما بإرادته المنفردة وحده أن يختار التعويض بدلاً من التنفيذ العيني^(٦).

(١) ينظر طعن رقم ٤٣/١٧٩ ق، جلسة ١٩٨١/١٢/٢م، ورد لدى عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة الحديثة في التعويضات، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٢) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، في أحكام الإلتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية للنشر، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٨٥م، ص ٣٦.

(٣) التي نصت على: "إذا إستحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه".

(٤) التي نصت على: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

(٥) التي نصت على: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

(٦) د. عبد الأمير جفات كروان، الأساس القانوني للتعويض المصاحب للفسخ القضائي، بحث منشور في مجلة أهل البيت "عليهم السلام"، العدد ٢١، المجلد ١، ٢٠١٧م، ص ٣١٣.

أما النوع الآخر من التعويض والذي يصاحب فسخ العقد فهو التعويض عن الإخلال بتنفيذ الإلتزام بالرد، إذ إنَّ هناك التزامين أساسيين بعد فسخ العقد هما الإلتزام بالرد والإلتزام بالتعويض في حالة إذا كان له مقتضى وذلك عن طريق إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ووفقاً لذلك فإن أي مدين يمكنه أن يخل بأحد هذين الإلتزامين عن طريق عدم التنفيذ، ويلاحظ أنه يتمخض عن هذا النوع من هذا الإخلال عدد من الصور، كما في حالة إذا كان محل الرد مبلغاً من النقود وتأخر المدين بردها فالأمر يترتب عليه إستحقاق الفوائد التأخيرية على سبيل التعويض القانوني وذلك وفقاً للشروط التي حددتها المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنه: "إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الإلتزام وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة في المئة في المسائل المدنية و خمسة في المئة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره"، تقابلها المادة (٢٢٦)^(١) من القانون المدني المصري.

وإذا كان محل الرد شيئاً معيناً والحق المدين ضرراً بالدائن والذي تسبب في إنقاص من القيمة المالية للشيء، كما لو حصل له عيب فالأمر يعتبر بمثابة الهلاك الجزئي الذي يستوجب التعويض، ومن صورهِ أيضاً التأخر في رد الثمار التي يحكم بردها أو تسبب المدين بتلفها أو تلف بعضاً منها بتقصير منه أو بتعدي، الأمر الذي يوجب التعويض للدائن بسبب الضرر الذي أصابه من جراء ذلك^(٢).

وإنَّ هذه الصور من التعويض تنشأ بعد الفسخ القضائي وأثناء الفترة التالية له، حيث يجمعها عنوان واحد وهو "التعويض عن الإخلال بتنفيذ الإلتزام بالرد"، أمَّا النوع الآخر من التعويض فهو الذي يصاحب فسخ العقد بموجب القضاء حيث تناولته المادة (١٧٧/١) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على: "١_ في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف

(١) التي نصت على: "إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المئة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، وإن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخراً لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

(٢) د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص ٤١٨.

العائد بما وجب عليه بالعقد جاز للعائد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى..."، تقابلها المادة (١٥٧/١)^(١) من القانون المدني المصري، فالحق في التعويض بموجب النصوص القانونية الواردة آنفاً يتوقف على حصول الضرر بسبب الإخلال من قبل المدين، وحتى في حالة طلب التنفيذ العيني، في حال طلب الفسخ إن كان له مقتضى.

ويلاحظ أن القانون المدني المصري قد نص صراحة على ذلك، أمّا النص العراقي فهو يفيد المعنى ذاته لأنّ إمكان طلب التنفيذ العيني مفهوم بشكل ضمني لأنه الأصل، وكونه الغاية التي يطمح إلى الوصول إليها من قبل المتعاقدين، كما وإنّ نص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي قد بينت أنّ طلب الفسخ هو أمر جوازي وليس وجوبي، بمعنى إنّ المتعاقد يستطيع إجبار المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه بدلاً من طلب الفسخ.^(٢)

وإستكمالاً لكل ما سبق ذكره فإن المحكمة لا تقضي بالتعويض من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يطلبه المدعي به في دعوى الفسخ ولا تلزم المحكمة أن تتبّه هذا الأخير إلى حقوقه ولذلك يلاحظ أنّه لا تلازم بين الحكم بالفسخ وبين الحكم بالتعويض، فقد يحكم القاضي بالتنفيذ والتعويض، وقد يحكم بالفسخ والتعويض أيضاً، وعليه فإنّ التعويض هو أمر مختلف عن الفسخ فهو مستقل عنه ويخضع في حكمه إلى القواعد الخاصة به.^(٣)

أما فيما يتعلق بالتعويض الذي نظمته النصوص القانونية المتعلقة بالظرف الطارئ في عقد الإيجار، فيكون بالإستناد إلى المادة (١٧٩٢/١) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنّه "١- إذا كان الإيجار محددة المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد قبل إنقضاء مدته إذا حدثت ظروف... وعلى أن يعرض للطرف الآخر تعويضاً عادلاً"، ومن مثلها المادة (١/٦٠٨)^(٤) من القانون المدني المصري، حيث يفهم من المصطلح الذي أطلقه

(١) التي نصت على: "١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى".

(٢) د. عبد الأمير جفات كروان، مصدر سابق، ص ٣١٥.

(٣) د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٣٦٩.

(٤) التي تنص على: "١. إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاءه قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة... وعلى أن يعرض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً".

المشرعون على هذا التعويض بـ(التعويض العادل)^(١) والذي يختلف عن التعويض العادي والذي سبق ذكره آنفاً، فالأول لا يكون شاملاً لكل الضرر، وإلاّ أعتبر نقلاً له بكامله من عاتق المدين إلى عاتق الدائن، الأمر الذي تأباه قواعد العدالة، ففي هذه الحالة يكون على الدوام جزئياً حيث يوزع الضرر الناشئ عن تغير الظروف بين طرفي العقد توزيعاً يتفق وقواعد العدالة^(٢)، وعلة هذا الحكم أنّ المشرع قد أراد ذلك من أجل أن تتوزع الخسارة على الطرفين لأنّه لا يد لأحد المتعاقدين في تحقيقها، وبالتالي يجب على المحكمة أن تحكم به بما يحقق الموازنة بين مصالح المتعاقدين^(٣)، وعليه يمكننا أن نعتبر إنّ هذا التعويض هو نوع آخر من التعويضات التي تناولتها النصوص القانونية بالتنظيم من أجل جبر الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين من جراء تحقق الظرف الطارئ في عقد الإيجار.

أما بالنسبة إلى نص المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي فلم تتناول موضوع التعويض المصاحب للظرف الطارئ، إلاّ أنّ مجلس الدولة الفرنسي قد أقر في وقت سابق على وجوب تعويض المتعاقد في حال تحقق الظرف الطارئ الذي يخرج عن إرادة المتعاقدين، وهو أمر يمكن القياس عليه في هذه الحالة^(٤).

(١) يلاحظ أن المشرع العراقي قد تناول موضوع التعويض العادل في نص المادة (٣/١٩١) من القانون المدني، والتي تناولت مسألة إذا أُلّف الصبي المميز أو غير المميز ومن في حكمهما مال الغير فالأمر هنا يوجب التعويض عن الضرر الذي أصاب هذا الغير من جراء هذا الإلتلاف، حيث تقدر المحكمة التعويض العادل مع مراعاة مركز الخصوم عند تقدير هذا التعويض، ومثلها المادة (١/١٦٣) من القانون المدني المصري.

(٢) د. رشوان حسن رشوان أحمد، مصدر سابق، ص ٦٣٢.

(٣) بخلاف المادة (٢٦٩) من قانون الإلتزامات السويسري والذي أشتق منه القانون المدني العراقي والمصري المبادئ الواردة في المواد المذكورة آنفاً، فالنص السويسري يقضي بأن يكون التعويض كاملاً وأن لا يقل عن أجرة ستة أشهر إذا كانت مدة العقد سنة أو أكثر، ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، المجلد الأول، مصدر سابق، ص ٨٦٦.

(٤) فذاق عبد الله، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، ٢٠١٨م، ص ٣٨.

الفرع الثاني

كيفية تقدير التعويض

في الفقه الإسلامي فإنّ جبر الضرر بالتعويض المالي هو أمر سائغ في الشريعة الإسلامية وهذا المبدأ من خصائصها بصفقتها شريعة عامة سمحة وخالدة، وقد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض عن الأضرار وتأكد ذلك بموجب الآيات الكريمة، منها "فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ"^(١)، وقوله جل وعلا "وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا"^(٢)، والأحاديث المروية عن الرسول الأعظم (ﷺ)^(٣)، التي تدل دلالة قطعية على مشروعية التعويض من أجل صيانة الأنفس والأموال من كل إعتداء وجبر ما فات منها بالتعويض، وقد وضعت أحكام الفقه الإسلامي تقدير التعويض بأسس موضوعية تم تقديرها مسبقاً وفقاً للقرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وليس للقاضي أثراً في تقدير التعويض إلا في حالة عدم وجود نص ولذلك يمكن له الإستعانة بذوي الخبرة في تقدير التعويض الجابر للضرر، وكفل الفقه الإسلامي للمضروور الحق في التعويض^(٤)، وعليه فإن تقدير التعويض للمتعاقد الذي وقع عليه الضرر في ماله، يكون بالمثل إذا كان الشيء محل العقد مثلياً، كما في المكيلات والموزونات، ويكون تقدير التعويض إذا كان الشيء قيماً بقيمته، كما إذا كان محل العقد حيواناً أو ثياباً، والمعتبر في هذه القاعدة هي قيمة المتلف يوم التعدي ولا عبرة بهبوطها بعد ذلك إن كان قبل الحكم بالتعويض^(٥).

أما التعويض في حال تحقق الظرف الطارئ في عقد الإيجار، فإن تقديره يكون في حالة إذا كان المستأجر هو الذي يطلب فسخ العقد للظرف الطارئ وكان يلحق المؤجر ضرراً بسببه فإنه يستحق التعويض الذي يعادل ما لحقه من ضرر، حيث يقدره القاضي بحسب

(١) سورة البقرة، آية ١٩٣.

(٢) سورة الشورى، آية ٤٠.

(٣) قوله (ﷺ) "لا ضرر ولا ضرار"، راجع ص ١٥ ومابعداها من هذه الرسالة.

(٤) د. محمد المدني بوساق، مصدر سابق، ص ١٥٩.

(٥) محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، مطابع الشروق، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٨٨م، ص ٤١٥.

الظروف في كل حالة، والعلة في ذلك هو أنّ المنافع في حقيقتها أموال، وطلب الفسخ من قبل المستأجر يفوت منها شيئاً على المؤجر وعلى ذلك فيعتبر تلف الحال بسببه وعليه الضمان، بالإضافة إلى أنّ عليه دفع الأجرة التي استحققت عن مدة بقاء العين المأجورة في يده، وقد يستعين القاضي برأي أهل الخبرة من أجل تقييم الأضرار التي تصيب المؤجر وعندها يتحلل المستأجر من التزامه في العقد^(١).

وفي القانون الوضعي فوفقاً للقواعد العامة إذا توافرت شروط التعويض، والتي تتمثل بالشروط العامة وهي ذاتها أركان المسؤولية العقدية^(٢) من خطأ وضرر وعلاقة سببية، بشرط عدم وجود إتفاق مسبق على الإعفاء من هذه المسؤولية^(٣)، بالإضافة إلى الشروط الخاصة والتي تتمثل بضرورة الأضرار في المسؤولية العقدية دون التقصيرية، على أساس أنّ التعويض هو الأثر الذي يترتب على قيام مسؤولية المتسبب بالضرر، والتي تعد السبب بوجود هذا التعويض، وعليه فينبغي أولاً وجود السبب الذي أدى إلى قيام هذه المسؤولية، حتى يتم البحث عن المسبب ليستحق التعويض الذي يرتبط وجوداً وعدماً بالضرر^(٤).

وبما أنّ التعويض يهدف إلى جبر الضرر، فتقديره يكون من حيث الأصل من قبل القضاء عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه إستناداً إلى المادة (١/٢٠٧)^(٥) من القانون المدني العراقي، والمادة (١/٢٢١)^(٦) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٤٩) من القانون المدني الفرنسي^(٧)، إلا إنّ ذلك لا يمنع من أن يتم تقديره بإتفاق المتعاقدين مقدماً قبل عرض

(١) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، مصدر سابق، ص ٥٣٠.

(٢) ويشمل المسؤولية التقصيرية أيضاً.

(٣) هذا الشرط يتعلق فقط بالمسؤولية العقدية دون التقصيرية، ينظر: إبراهيم سيد أحمد، المسؤولية المدنية، التعويض في المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٦م، ص ٩٥٧.

(٤) د. بريك فارس حسين، م. منار عبد المحسن عبد الغني، التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٦، المجلد ٢، السنة ٢، ٢٠١٠م، ص ٨٢.

(٥) التي نصت على: "١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال ...".

(٦) التي نصت على: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره...".

(٧) التي ربطت بين الخسارة المحققة التي لحقت بالدائن والكسب الذي ضاع عليه وبين المزايا التي ينتظرها الدائن من وراء تنفيذ الإلتزام، ينظر: بيطار صابرينة، التعويض في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أحمد دراية/ أدرار، ٢٠١٥م، ص ٩٦.

النزاع أمام القضاء، وهو ما يعرف بـ(الشرط الجزائي، أو التعويض الإتفاقي)، وفقاً للمادة (١/١٧٠)^(١) من القانون المدني العراقي، ومثلها المادة (٢٢٣)^(٢) من القانون المدني المصري، ومتى كان محل الإلتزام دفع مبلغ من النقود، فيكون تقدير التعويض بموجب القانون وهو ما يعرف بـ(التعويض القانوني أو الفوائد)، وفقاً لنص المادة (١٧١)^(٣) من القانون المدني العراقي، ومثلها المادة (٢٢٦)^(٤) من القانون المدني المصري.

وعليه فإذا كان الضرر مادياً^(٥) فإنه يجب أن يشتمل على عنصرين أساسيين، الأول منهما ما لحق الدائن من خسارة فادحة^(٦)، بسبب عدم تنفيذ المدين للإلتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ، حيث يلزم المدين الذي لا يقوم بذلك، بدفع تعويض عما أصاب الدائن من خسارة، فإذا لم يلحق الدائن خسارة فلا يكون التعويض مستحقاً، وإن حق الدائن في

(١) التي نصت على: "١- يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في إتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد ١٦٨ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨".

(٢) التي نصت على: "يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠".

(٣) التي نصت على: "إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الإلتزام وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

(٤) التي نصت على: "إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، وإن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

(٥) خلافاً للضرر المعنوي الذي لا يشتمل على هذين العنصرين، فهو يعتبر عنصراً قائماً بذاته للتعويض وهو يقتصر على المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي، خلافاً للقانون المصري الذي يشمل كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وفق أحكام المادة (١/٢٢٢) منه.

(٦) وفقاً لنص المادة (٢/٢٠٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر مالحق المضرور من ضرر..."، والمادة (١/٢٢١) من القانون المدني المصري التي نصت على: "١- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة...".

التعويض ينشأ من وقت الضرر إلا أنّ العبرة في تقدير الضرر هي وقت صدور الحكم لأنه بذلك يتحقق الغرض الرئيسي من التعويض، وهو جبر الضرر، وأن مقدار الضرر هو العامل الأساسي في تحديد مبلغ التعويض، ومبدأ التعويض في هذه الحالة يكون كاملاً لكل الضرر، بمعنى أنّه يغطي كل الضرر الذي أصاب المضرور، أي أن يكون شاملاً والذي يحتسب وفقاً لقيمة الضرر دون أن يكون لجسامة الخطأ أي أثر على مبلغ التعويض^(١)، وهو ما ذهب إليه القضاء في مصر وفي فرنسا أيضاً، حيث ترى محكمة التمييز الفرنسية بأن قاضي الموضوع ليس ملزم بأن يقدر التعويض عن كل عنصر من عناصر الضرر بشكل منفصل بل يجوز له أن يقضي بتعويض عام يشمل جميع عناصر الضرر، أي أن يجعل التعويض إجمالي عن جميع عناصر الضرر التي لحقت بالمضرور، بتقدير التعويض عن الضرر المادي بمبلغ واحد^(٢)، والذي يقصد منه الضرر المباشر المتوقع سببه عند التعاقد في نطاق المسؤولية العقدية من أجل التحكم في إرادة المتعاقدين في دائرة هذه المسؤولية، وفقاً لنص المادة (٣/١٦٩)^(٣) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢/٢٢١)^(٤) من (٢/٢٢١)^(٤) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٥١) من القانون المدني الفرنسي والتي قصرت التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع، أمّا إذا نشأ الضرر عن غش أو خطأ جسيم فالأمر يخرج من نطاق المسؤولية العقدية ليدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية، والتي تشمل التعويض عن الضرر المباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع^(٥).

العنصر الثاني: ما فات الدائن من كسب مالي بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للعمل

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط ١، ١٩٩٥م، ص ١٧.

(٢) بيطار صابرينة، مصدر سابق، ص ٨٨ ومابعد.

(٣) التي نصت على: "٣- فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة محل أو كسب يفوت".

(٤) التي نصت على: "٢- ومع ذلك إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

(٥) د. عبد المجيد الحكيم، وآخرون، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص ٥٩.

غير المشروع^(١) في نطاق المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية، والذي يتمثل فيما ضاع على الدائن من ربح بسبب الضرر الذي تسبب به المدين له، ويكون حكم التعويض من القاضي بالخسارة اللاحقة وبالكسب الفائت بناءً على طلب الدائن وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية^(٢)، وعليه فإن تقدير التعويض الجابر للضرر هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض في ذلك ما دام قد بين عناصر الضرر ووجه أحقية طلب التعويض فيه^(٣).

إلا إن مبدأ التعويض الكامل ليس مطلق التطبيق، بل أن هناك حالات تمثل تقييداً له، حيث لا يحصل فيه المضرور على تعويض كامل لما أصابه من ضرر وإنما يحصل على تعويض عادل عن هذا الضرر، والذي أيده جانب من الفقه الذي كان قد إنتقد التعويض الكامل وتطبيقه في بعض الحالات^(٤)، وهو أمر ساق عليه القانون وذلك بنص المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٠٨) من القانون المدني المصري، سالفنا الذكر، في حال تحقق الظرف الطارئ في عقد الإيجار، والذي أعتبر من أحد الضمانات التي قررها المشرع للمتعاقد الذي يحتج أمامه بفسخ العقد، بأن يتم تعويضه تعويضاً عادلاً والذي يقصد منه أنه ليس من الإلزام أن يكون شاملاً لكل الضرر الذي أصاب المتضرر من إنهاء العقد

(١) وفقاً لنص المادة (١/٢٠٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر... ومافاته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع"، والمادة (١/٢٢١) من القانون المدني المصري التي نصت على: "١- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقره ويشمل التعويض... وما فاته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع".

(٢) جاء في قرارها: "متى كان الطاعن قد قدر التعويض الذي طلبه أمام محكمة الموضوع بما لحقه من خسارة ولم يفصل في هذا التقدير ما فاته من كسب وكانت محكمة الموضوع لا تلتزم بتقدير التعويض إلا في حدود عناصره المطلوبة فإنه لا يقبل النعي على الحكم بالقصور بأنه لم يقدر التعويض عن الكسب الغائب الذي لم يطلبه الطاعن"، قرار بتاريخ ١١/١١/١٩٦٦م، ورد لدى: شريف أحمد الطباخ، مصدر سابق، ص ٤٨٠.

(٣) وهو قرار صدر عن محكمة النقض المصرية، طعن رقم ٦٧/١٢٢٨ ق، هيئة عامة، جلسة ٢٤/٦/٢٠٠١م، ورد لدى: عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة الحديثة في التعويض، مصدر سابق، ص ٣٤.

(٤) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص ٥٠- ص ٥١.

قبل موعد إنقضاءه، بمعنى أنه لا توجد ضرورة للتعادل بين الضرر الذي لحق المضرور والتعويض الذي يحصل عليه، بل يكفي هنا بالتعويض العادل الذي يتحدد وفقاً لظروف كل حالة وملاساتها لوقوع الضرر بالإضافة الى حالة الطرفين المالية بصفة خاصة^(١)، والقاضي يقدره آخذاً بنظر الاعتبار الظروف التي أدت إلى طلب الفسخ وحالة كل من المتعاقدين حيث يقسم الخسارة التي تنجم عن فسخ العقد قسمة عادلة بينهما، كما لو فسخ بسبب الظرف الطارئ قبل إنقضاء مدته بتسعة أشهر، جاز للقاضي أن يقدر التعويض بأجرة ستة أشهر^(٢)، وقد قضت محكمة النقض المصرية بذلك أيضاً^(٣).

فالفكرة التي يستند إليها التعويض العادل هي أنّ المسؤول عن الضرر لم تكن له الحرية في إختيار هذا الأخير، وإنما قد أضطر إليه، وعليه فعادلة التعويض هنا تعني إستبعاد التعويض الكامل والإكتفاء بالتعويض العادل الذي فيه ما يكفي لجبر الضرر من وجهة النظر الإجتماعية، وإلاّ فإذا كانت له الحرية في الإختيار عن طريق الأضرار بالغير فواجب عليه هنا أن يتحمل كل نتائج مسلكه، وهذا جزاء له على إعتدائه على القاعدة الأخلاقية والإجتماعية أيضاً، وعند ذلك يزول كل مبرر للتخفيف عنه من عبء التعويض ويرتفع التعويض إلى مستوى التعويض الكامل^(٤).

وبدورنا نؤيد ما جاء عن المشرع حول تنظيم هذا النوع من التعويض في هذا الظرف الذي يطرأ على العقد، على إعتبار أنّ مسألة تقديره تعود إلى أنّ المضرور لم يكن متعمداً في إلحاقه الضرر بالمتعاقدين الآخرين، وإنما هو المتضرر في ذات الوقت، وبما أنّ المشرع منحه سلطة طلب فسخ العقد قبل إنقضاء مدته، فيكون ملزم بتعويض المتعاقدين الآخرين لأنه

(١) د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص ٣٦٣.

(٢) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، مصدر سابق، ص ١١٧٤.

(٣) قررت في أحد أحكامها بأن: "تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في القانون نص يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه، هو من سلطة قاضي الموضوع، ولا يترتب عليه إن هو قدر قيمة التعويض المستحق للمستأجر عن حرمانه من الإنتفاع بالعين المؤجرة بقدر الأجرة خلال المدة التي حرم فيها المستأجر من هذا الإنتفاع مادام القاضي قد رأى في هذه الأجرة التعويض العادل الجابر للضرر الناشئ عن هذا الحرمان"، طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٣٤ق، جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨م، ورد لدى: شريف أحمد الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، نفس المصدر، ص ٤٧٩.

(٤) د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص ٤١٦ _ ص ٤١٧.

أيضاً قد تضرر من هذا الفسخ، إضافة إلى ذلك إنّ مسألة التعويض العادل تختلف عن التعويض الكامل ليس من ناحية مبلغ التعويض فقط وإنما من ناحية أنّ الأخير يكون بطلب من الدائن ضد المدين، أمّا التعويض العادل فيكون من المتضرر للمتعاقد الآخر، وهذا الأول قد يكون هو المؤجر أو المستأجر أو العكس.

وقد تناولت التعويض العادل النصوص القانونية الأخرى التي تناولت الظرف الطارئ في عقد الإيجار، كالمادة (٧٩٣) من القانون المدني العراقي، التي منحت المستأجر الموظف أو المستخدم رخصة طلب فسخ عقد الإيجار عند إنتقاله إلى مكان أو موطن آخر، إلا أنّ السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو هل أنّ الموظف أو المستخدم ملزم بتعويض المؤجر؟

يذهب الرأي الراجح في الفقه سواء في العراقي وفي مصر إلى أنّ المستأجر غير ملزم بالتعويض^(١)، خلافاً للنص العام الوارد في المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٦٠٨) من القانون المدني المصري والتي نصت على إلزام طالب الفسخ بدفع تعويض عادل للطرف الآخر إذا فسخ عقد الإيجار بسبب الظرف الطارئ سواء من قبل المؤجر أو المستأجر، وأعتبر المشرع أنّه حقاً نشأ له بمقتضى القانون رغبة من المشرع إلى عدم تحميل الموظف أو المستخدم لهذا الإلتزام بحجة أنّه يستعمل حقاً منح له من المشرع^(٢).
إلا أنّنا نختلف معه في هذا الأمر لأنّه مادام طلب التعويض قد أقره المشرع في الحالات سابقة الذكر فإنّ من الإنصاف أن يقر التعويض هنا في هذه الحالة على اعتبار إنّ المطالبة في التعويض العادل في جميع الحالات هو إستعمالاً لحق مُنح من قبل المشرع لأحد المتعاقدين وهو من الأمور الإستثنائية.

مع ملاحظة أنّ هذا الحق هو رخصة مقررّة للمستأجر وحده دون المؤجر وأن نص المادة (٧٩٣) من القانون المدني العراقي ليست من النظام العام وبالتالي يجوز الإتفاق على

(١) قد كانت هناك فكرة من أجل تقرير أن يعوض المؤجر من جراء طلب الموظف أو المستخدم إنهاء العقد للطرف الطارئ بسبب نقله إلا أنّ المشرع لم يأخذ بها، ينظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، مصدر سابق، هامش رقم ١، ص ٦٠١.

(٢) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ٤٣٢، كذلك: د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد الإيجار، مصدر سابق، ص ١٥٤-١٥٥، وأيضاً: د. أشرف جابر سيد، مصدر سابق، ص ٢٧٥.

خلافها^(١)، بعكس ما نصت عليه المادة (٦٠٩) من القانون المدني المصري التي تعتبر من النظام العام، حيث يقع باطلاً كل إتفاق يقضي بالحرمان من هذا الضمان^(٢)، وإذا كان المؤجر هو الذي يطلب فسخ العقد، فيجوز للمستأجر حبس المأجور والإمتناع عن رده لحين حصوله على تعويض أو تأمين كاف يضمن له الحصول على التعويض^(٣)، إستناداً إلى نص المادة (٢/٧٩٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٦٠٨) من القانون المدني المصري، وبموجب هذا الحكم فإن هناك دينان متقابلان يستندان إلى علاقة تبادلية تتمثل بدين المؤجر في تعويض المستأجر لإنهاء عقد الإيجار قبل إنقضاء مدته، ودين المستأجر في رد العين إلى المؤجر^(٤).

وقد يتبادر إلى أذهاننا مسألة هل أنّ التعويض العادل يدفع حتى بالنسبة إلى فسخ عقد الإيجار للظرف الطارئ إذا كان غير معين المدة؟ أم يحصل أيضاً سواء كان العقد معين المدة أم غير معين؟

حيث يجيب الفقه بأنه في حالة إذا كان عقد الإيجار غير محدد المدة وتوفي المستأجر وتمسك الورثة بالإرهاق لعدم قدرتهم على دفع الأجرة فالقانون منحهم رخصة طلب فسخ العقد والإعتداد بالظرف الطارئ فلا محل لدفع التعويض العادل لأنه بموجب القواعد العامة فإن التعويض العادل يتحقق في حالة إذا كان عقد الإيجار محدد المدة، وإذا كان طلب فسخ عقد الإيجار من قبل المستأجر نظراً لتوفر ظرف الإعسار بموجب نص المادة (٢/٧٨٥) من القانون المدني العراقي والمادة (٦٠٣) من القانون المدني المصري، مع وجود الشرط المانع والذي يقضي بعدم جواز التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار فإن له طلب الفسخ والقاضي هو الذي يقضي بوجوب دفع التعويض العادل مراعيّاً فيه حالة إعسار المستأجر من ناحية، ومن ثم الربح الذي فات المؤجر والخسارة التي لحقت به من الناحية

(١) جمعة سعدون الربيعي، أحكام عقد الإيجار في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٨٤.
(٢) د. عبدالفتاح عبدالباقي، مصدر سابق، ص ٥٣٢، كذلك، د. عبدالمنعم البدرابي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص ١٣٨.

(٣) د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص ٣٦٢ وص ٣٦٤.

(٤) د. غازي عبد الرحمن ناجي، الحق في الحبس للضمان، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط ١، ٢٠١١م، ص ١٠٧، كذلك: د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، مصدر سابق، ص ٣٢٦.

الثانية، مع إمكانية وجود حق إمتياز للمؤجر على المنقولات المملوكة للمستأجر في العين المؤجرة^(١).

وإنّ حكمة المشرع من النص على هذا الإمتياز تعود إلى رغبته في تسهيل عقد الإيجار إذ لولاه لأمتنع الكثير من ملاك العقارات عن التأجير إذا لم يحم المستأجر بدفع الأجرة مقدماً أو لم يقدم كفيل شخصي أو تأمين آخر لضمان الوفاء بالأجرة^(٢)، بالإضافة إلى إمكانية المؤجر أيضاً حبسها وتوقيع الحجز التحفظي عليها حتى حصوله على حقه^(٣)، وإذا طالب المؤجر بالرد دون دفعه للتعويض مع تقديمه للمستأجر ضمانات كافية كتأمين شخصي أو عيني، فإن تقدير هذه الضمانات من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير القاضي في حالة النزاع^(٤).

(١) د، كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص٥١٧، كذلك: المادة (١/١٣٧٤) من القانون المدني العراقي التي تناولت حق امتياز المؤجر، والمادة (١/١١٤٣) من القانون المدني المصري، والمادة (١/٢١٠٢) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) عباس سهيل جيجان الجبوري، الأجرة وأحكامها في عقد الإيجار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بابل، ٢٠٠٥م، ص٢٣٢.

(٣) د. جعفر محمد جواد الفضلي، مصدر سابق، ص١٥٤ – ص١٥٥.

(٤) د. محمد لييب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، مصدر سابق، ص٣٠٠.

الخاتمة

بعد الإنتهاء من كتابة فصول هذه الرسالة، توصلنا إلى خاتمتها والتي نقسمها إلى النتائج والمقترحات، وكالاتي:

أولاً: النتائج:

١- إن الأساس الذي يقوم عليه الظرف الطارئ في عقد الإيجار، يصب في خانة واحدة سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، من خلال الدعوة إلى وجوب رفع الحرج والمشقة ودفع الضرر عن كاهل المتعاقد المرهق بسبب تعرضه للظرف الطارئ الذي لم يكن له يد في حصوله، وهو أمر يُعتبر من مقتضيات العدالة التي تحث على إزالة الضرر والتخفيف عمن تعرض له.

٢- يتمثل الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في الأثر المترتب على القوة القاهرة والتي تؤدي إلى إنفساخ العقد بحكم الشرع والقانون، من حيث أنها تتحقق بأمر خارجي لا دخل للمتعاقدین في حصولها، وانها تتحقق سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، ولا تحتاج إلى إثباتها من قبل المتعاقدین، إلا أنهما يختلفان في الظرف الطارئ في عقد الإيجار من ناحية الشروط والأثر والنطاق، ففي الوقت الذي لم يشترط فيه الفقه الإسلامي أن يكون الظرف غير متوقع، يخالفه القانون الوضعي الذي اشترط أن يكون غير متوقع ولا يمكن تلافيه من قبل المتعاقدین، أما الأثر المترتب على تحقق الظرف الطارئ، فهو يدور بين الفسخ سواء بالإرادة المنفردة للمتعاقد المضرور أو بالإتفاق ما بين المتعاقدین أو بموجب القضاء، والإنفساخ بحكم الشرع في الفقه الإسلامي وبحسب الأحوال التي يحصل فيها، والفسخ القضائي فقط في القوانين الوضعية، ومن حيث نطاقه فهو يشترط أن يحصل في المسؤولية العقدية، ويحتاج إلى الإثبات من قبل الطرف المضرور، إلا أنه ومع ذلك فإن العذر في الفقه

الإسلامي يعتبر هو الأساس الذي إشتق منه القانون المدني العراقي والمصري الحالات التي يمكن للمتعاقد المضروب التمسك بها في مواجهة المتعاقد الآخر.

٣- يختلف نص المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٦٠٨) من القانون المدني المصري مع المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي من ناحية النظام العام، ففي الوقت الذي إعتبرت القوانين الأولى إنّ نصوص الظرف الطارئ في عقد الإيجار من النظام العام ولا يجوز الإتفاق مخالفتها، إعتبر القانون المدني الفرنسي أنّ الظروف الطارئة ليست كذلك بل يجوز للمتعاقدين الإتفاق على مخالفة النص وفق ما تقتضيه مصالحهما، إذ إنّ شرط المفاوضات يلعب دوراً أساسياً في هذه الحالة في القانون الأخير.

٤- اختلف الفقه القانوني في مسألة إعتبار الظرف الطارئ الخاص في عقد الإيجار من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة، فبعضهم أيد ذلك خلافاً للبعض الآخر، إلّا أنّ هناك فروقاً بينهما من ناحية شرط العمومية الذي تناولته النظرية دون الظرف الطارئ الخاص على إعتبار أنّ هذا الأخير يتعلق فقط بالمؤجر والمستأجر، ومن ناحية الأثر المترتب عليهما، ففي النظرية يتطلب الأمر تعديل العقد أمّا بزيادة إلتزامات الدائن أو إنقاص إلتزامات المدين أو وقف العقد بحسب مقتضى الحال، أمّا في الظرف الخاص فيتربط عليه الفسخ القضائي، إلّا إنّنا لا نؤيد ذلك حيث إعتبرنا أنّ الظرف الطارئ الخاص نظام قائم بذاته بدلالة نص المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي ونصوص باقي المواد التي تتعلق بالحالات التي قد يتعرض لها المؤجر أو المستأجر، ولأنه لما كان تطبيقاً للنظرية لم يكن هناك من داعي لتشريع هذا النص.

٥- اشترط الفقه الإسلامي لتحقق الظرف الطارئ توافر شرط الإرهاق فقط والذي يتمثل بالضرر الزائد غير المستحق بالعقد، خلافاً للقانون الوضعي الذي أشتراط توافر عدد من الشروط من أجل أن يستند عليها المتعاقد المرهق، كأن يكون عقد الإيجار محدد المدة، وتحقق الطارئ أثناء تنفيذ العقد، واستحالة توقع حدوثه، وإرهاق أحد المتعاقدين، إلّا إنّ القانون المدني العراقي لم يشترط أن يكون الطارئ خطيراً كما فعل المشرع المصري، بل أن يكون غير متوقع فقط، وهو أمر تأثر فيه بالفقه الإسلامي معتبراً أنّ شرط الخطورة متوفر ضمناً.

٦- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة تحقق حالات الظرف الطارئ في عقد

الإيجار بين موسع فيها ومضيق حيث توسع فقهاء المذهب الحنفي خلافاً لباقي المذاهب الإسلامية، التي إستندت على مبررات جعلت منها ترفض بعض من الحالات إذ لم تعتبرها ظروفًا طارئة، كموت المؤجر أو المستأجر أو إفسار أحدهما وغيرها، خلافاً للقانون الوضعي الذي تناول ذات الحالات وإعتبرها ظروفًا طارئة توجب فسخ العقد، مع ملاحظة إن هذه الحالات لم يتناولها المشرع على سبيل الحصر، بل أخذ بها على سبيل القياس، حيث يمكن إعتبار حالات أخرى من قبيل الظروف الطارئة بدلالة المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على: "... إذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو أثناء سريانه مرهقاً...".

٧- توافر الضرورة الملجئة للسكن لها أهمية بالغة في تحديد العلاقة بين المؤجر والمستأجر فهي وجدت من أجل تلافي الضرر الذي قد يتعرض له المؤجر بحيث يتعذر عليه المطالبة بإخلاء داره المستأجرة في وقت الضيق، على إعتبار أن عليه الوفاء بالتزامه تجاه المستأجر وعدم مطالبته بالإخلاء قبل إنتهاء مدة العقد مادام مستمراً في إشغاله، ولذلك وجدت هذه الضرورة كمحاولة من المشرع في عدم حرمان المؤجر من جميع مظاهر ملكيته، فخوله وبشكل إستثنائي إسترجاع ملكه لأسباب تتعلق بالضرورة الملجئة والتي تناولها المشرع العراقي في المادة (١٢/١٧) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩م المعدل، كما ذكر قانون إيجار الأماكن الفرنسي رقم ٦ لسنة ١٩٨٩م المعدل حالات أيضاً تتعلق بإضطراب المؤجر إليها، خلافاً للمشرع المصري الذي لم يتناول هذه الحالات بالتنظيم في قانون إيجار الأماكن رقم (١٣٨) لسنة ١٩٨١م المعدل، مع ملاحظة أن هذه الحالات جاء بها المشرع على سبيل القياس أيضاً، وسندنا في هذا الرأي من خلال التطبيقات التي تناولها القضاء والتي وسع فيها بالإضافة إلى ما ورد في ذات المادة.

٨- اتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي من حيث منحهما للمتعاقدین سلطة فسخ العقد بالإتفاق بينهما وفقاً لما ذهب اليه بعض الفقهاء، بالإضافة إلى منحهما طلب الفسخ من قبل القضاء وفي حالات معينة أيضاً، أمّا في القانون وهو أمر أقره القانون الفرنسي الذي سمح للمتعاقدین باتخاذ الإجراء الذي يعتقدان أنه مناسب بحسب طبيعة الأوضاع التي أدت إلى تحقق الظرف الطارئ.

٩- التعويض الذي تناولته النصوص القانونية المتعلقة بالظرف الطارئ في عقد الإيجار، وفقاً لنص المادة (١/٧٩٢) من القانون المدني العراقي، ومن مثلها المادة (٦٠٨) من القانون المدني المصري تحت مسمى (التعويض العادل) والذي يختلف عن التعويض العادي، فالأول لا يكون شاملاً لكل الضرر، حيث يكون على الدوام جزئياً فهو يوزع الضرر الناشئ عن تغير الظروف بين طرفي العقد توزيعاً يتفق وقواعد العدالة، من أجل أن تتوزع الخسارة على الطرفين لأنه لا يد لأحد المتعاقدين في حصولها، وبالتالي يكون على القاضي أن يقدره آخذاً بنظر الاعتبار الظروف التي أدت إلى طلب الفسخ وحالة كل من المتعاقدين ويقسم الخسارة التي تنجم عن فسخ العقد قسمة عادلة بينهما، فالفكرة التي يستند إليها التعويض العادل هي أنّ المسؤول عن الضرر لم تكن له الحرية في إختيار هذا الأخير، وإنما قد أضطر إليه، وعليه فعدالة التعويض هنا تعني إستبعاد التعويض الكامل والإكتفاء بالتعويض العادل الذي فيه ما يكفي لجبر الضرر.

ثانياً: المقترحات:

١- قضت المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي على أنه "١- إذا كان عقد 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 أو في أثناء سريانه مرهقاً..."، ونتيجة لذلك نقترح على المشرع العراقي أن يعدل من نص المادة آنفاً، من ناحية جعل الأثر المترتب على تحقق الظرف الطارئ في عقد الإيجار لا يقتصر على فسخ العقد فقط وإنما يمنح المتعاقدين حق تحديد هذا الأثر وفقاً لما يعتبران أنه مناسباً إستناداً لتطور الحياة بجميع تفاصيلها حتى يتسنى للمتعاقدين اتخاذ الإجراء الذي يتناسب وواقع الحال وظروف العقد، ونقترح أن يكون نص المادة كالآتي:

"١- إذا كان الإيجار محدد المدة جاز للمتعاقد المضرور بعد التفاوض مع المتعاقد الآخر على إتخاذ أي إجراء يجدانه مناسباً، وفي حال الخلاف لهم اللجوء إلى القضاء، إذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعى من يطلب الفسخ مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٧٤١ وعلى أن يعرض للطرف الآخر

تعويضاً عادلاً".

٢_ نصت المادة (٧٩٣) من القانون المدني العراقي على أنه "يجوز للمستأجر إذا كان موظفاً أو مستخدماً أو أقتضى عمله أن يغير موطنه أن يطلب فسخ إيجار مسكنه..."، في حين نصت المادة (٦٠٩) من القانون المدني المصري على أنه "يجوز للموظف أو المستخدم، إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه"، يلاحظ أنّ النص العراقي قد وقع في خطأ مادي من ناحية الصياغة القانونية بإضافة "أو التخيرية" بدلاً من "واو العطف" والذي أفضى إلى تغيير المقصود منه وتبديل معناه، وما جاء به النص فإنه منح المستأجر الموظف أو المستخدم ولكل مستأجر آخر رخصة فسخ عقد الإيجار إذا حتم عليه عمله أن يغير موطنه، لمحاولة تصحيح هذا الخطأ نقترح أن يكون النص كالاتي: "إذا كان موظفاً أو مستخدماً وأقتضى عمله... أو إذا أقتضى عمله".

المصادر

القرآن الكريم

أولاً: كتب اللغة العربية

١. أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج٣، باب الطاء، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سورية، ط١، ١٩٧٩م.
٢. أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج٢، مطبعة التقدم العلمية، القاهرة، مصر، ط١، ١٣٢٢هـ.
٣. الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين مرتباً على حروف المعجم، ج٣، باب الطاء، تحقيق د. عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ _ ٢٠٠٣م.
٤. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٨م.
٥. محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ج٢، باب الطاء، مكتبة لبنان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط١، دون سنة نشر.
٦. محمد بن مكرم بن علي، ابن منظور، لسان العرب، ج٣، باب الطاء، دار المعارف للطباعة والنشر، دون سنة نشر، ط١.
٧. محمد عبد الإحسان البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٣م.

ثانياً: كتب الفقه الإسلامي:

أ: الفقه الإمامي:

١. أبو القاسم الخوئي، كتاب الإجارة، ج ١، منشورات مدرسة دار العلم، قم، إيران، ط ١، ١٩٨٦م.
٢. أبو القاسم الخوئي، مستند شرح العروة الوثقى، ج ٣٠، الإجارة، مؤسسة الخوئي الإسلامية، ط ٤، ١٤٣٠هـ.
٣. نقي حسين الطباطبائي القمي، الغاية القصوى في التعليق على العروة الوثقى، محلاتي للنشر، قم، إيران، ط ١، ١٤٢٣هـ.
٤. حمزة علي بن زهرة الحلبي، غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، تحقيق: الشيخ إبراهيم البهادر، مؤسسة الإمام الصادق "ع"، قم، إيران، ط ١، ١٤١٧هـ.
٥. علي العلامة الفاني الأصفهاني، آراء حول كتاب الإجارة، دون دار نشر، ط ١، ١٤٠٣هـ.
٦. علي الحسيني السيستاني، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٤هـ _ ١٩٩٤م.
٧. علي بن الحسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ٧، مؤسسة آل البيت "عليهم السلام" لإحياء التراث، قم، إيران، ط ١، ١٤١٠هـ.
٨. كمال الدين ميثم بن علي البحراني، قواعد المرام في علم الكلام، منشورات قسم الشؤون الفكرية والثقافية للعتبة الحسينية المقدسة، كربلاء، العراق، ط ١، ١٤٣٤هـ _ ٢٠١٣م.
٩. محمد الحسيني، فقه الإجارة في شرح العروة الوثقى، دار الملاك، ط ١، ١٩٩٨م.
١٠. محمد الريشهري، ميزان الحكمة، ج ٢ و ج ٩، دار الحديث، قم، إيران، ط ١، ١٤٢٢هـ.
١١. أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الشيخ المفيد، المبسوط، ج ٣، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، دون طبعة، ١٣٨٧هـ.

١٢. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج٢٧، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم، إيران، ط١، ١٤٣٢هـ.
١٣. محمد حسين الأصفهاني، فقه الإجارة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، إيران، ط٢، ١٤٠٩هـ.
١٤. محمد حسين البجنوردي، القواعد الفقهية، ج٥، مطبعة الهادي، قم، إيران، ط١، دون سنة نشر.
١٥. محمد حسين فضل الله، فقه الإجارة في شرح العروة الوثقى، دار الملاك للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٨م.
١٦. محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج١، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، طهران، إيران، ط٢، ١٤٢٢هـ.
١٧. محمد جواد محمد العاملي، مفتاح الكرامة، ج٣، المطبعة الرضوية، ط١، ١٤١٩هـ.
١٨. محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة، ج١٦، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، إيران، ط١، ١٤١٩هـ.
١٩. محمد كاظم الطباطبائي، العروة الوثقى، ج٣، دار التفسير للنشر، قم، إيران، ط١، ١٣٩٠هـ.
٢٠. محمد فاضل اللنكراني، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الإجارة، مركز فقه الأئمة الأطهار، قم، إيران، ط٢، ١٤٢٣هـ.
٢١. نجم الدين جعفر، المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج٢، دار القلم، بيروت، لبنان، ط١١، ٢٠٠٤م.

ب: الفقه الحنفي:

١. إبراهيم محمد إبراهيم الحلي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٢، كتاب الإجارة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٩هـ _ ١٩٩٨م.
٢. أحمد حسين علي المشهور بالطودي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٨، المطبعة العلمية، مصر، ط١، ١٣١١هـ.

٣. برهان الدين أبي الحسن علي أبي بكر عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج٣، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط١، ١٤١٧هـ.
٤. برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج٦، المجلد الثالث، كتاب الإجارة، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية للنشر، كراتشي، باكستان، ط١، ١٤١٧هـ.
٥. زين الدين ابراهيم محمد ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٩هـ _ ١٩٩٩م.
٦. سليمان السجستاني أبو داود، سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٦م.
٧. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج١٥، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٠٩هـ _ ١٩٨٩م.
٨. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج١٦، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، دون طبعة.
٩. ظفر أحمد العثماني التهانوي، إعلاء السنن، ج١٦، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط٣، ١٤١٥هـ.
١٠. عبد الغني بن طالب الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون سنة نشر.
١١. عبد الله بن أحمد حافظ الدين النسفي، كنز الدقائق في الفقه الحنفي، ج٥، دار السراج وشركة البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١١م.
١٢. عبد الله محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، دار الرسالة العالمية، دمشق، سورية، ط١، ١٤٣٠هـ _ ١٩٩٠م.
١٣. علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، المكتبة الحبيبية كانسلي رود حاجي، باكستان، ط١، ١٩٨٩م.

١٤. علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٢، دون سنة نشر.
١٥. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٥، المطبعة الأميرية الكبرى _ بولاق، القاهرة، مصر، ط١، ١٣١٤ هـ.
١٦. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٥، المطبعة الأميرية الكبرى _ بولاق، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٣١٦ هـ.
١٧. محمود بن أحمد موسى بن الحسين، المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، ج١٠، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٠ هـ _ ٢٠٠٠ م.
١٨. محمد أمين ابن عابدين، رد المختار شرح تنوير الأبصار، ج٩، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، ١٤٢٣ هـ _ ٢٠٠٣ م.
١٩. محمد أمين بن عمر عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٥ هـ _ ١٩٩٥ م.
٢٠. محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤١٤ هـ _ ١٩٩٤ م.
٢١. محمد بن الحسن الشيباني، الأصل، كتاب الإجارة، ج٣، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٣٣ هـ _ ٢٠١٢ م.
٢٢. محمد علاء الدين الإمام، الدر المنتقى في شرح المنتقى على هامش مجمع الأنهر، ج٢، دار الطباعة العامة، ١٣١٧ هـ.
٢٣. نظام الهمام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج٤، نسخة مخطوطة، دار صادر، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.

ج: الفقه الحنبلي:

١. تقي الدين أحمد ابن تيمية الحرّاني، مجموع الفتاوى، ج٣٠، دار الوفاء للنشر، دون طبعة، دون سنة نشر.

٢. شرف الدين موسى بن أحمد موسى الحجاوي المقدسي، زاد المستنقع في اختصار المقنع، دار الوطن للنشر، الرياض، السعودية، ط١، ٢٠٠٧م.
٣. شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن أبن قدامة المقدسي، المغني مع الشرح الكبير، ج٤، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٨٤م.
٤. شمس الدين أبي عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج٢، باب الإجارة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٢م.
٥. شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج٤، كتاب الإجارة، مكتبة العبيكان للنشر، الرياض، ط١، ١٤١٣هـ _ ١٩٩٣م.
٦. شمس الدين أحمد قودر، نتائج الأفكار في كشف رموز الأسرار، ج٩، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ _ ٢٠٠٣م.
٧. عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج٦، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط٣، ١٤١٧هـ _ ١٩٩٧م.
٨. محمد أحمد عبد العزيز الفتوحى الحنبلى، الشهير بابن نجم، معونة أولي النهى شرح المنتهى، ج٦، دون دار نشر، ط٥، ١٤٢٩هـ _ ٢٠٠٨م.
٩. محمد عبد الله محمد بن قدامة المقدسي، المغني في شرح مختصر الخرقى، ج٥، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط٣، ١٤١٧هـ _ ١٩٩٧م.
١٠. منصور صلاح الدين البهوتي، المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط١، ٢٠٠٦م.
١١. منصور يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، كتاب الإجارة، عالم الكتب للنشر، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٣م.

د: الفقه الشافعي:

١. إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٠م.
٢. إبراهيم علي يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج٣، دار القلم للنشر، سورية، والدار الشامية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ _ ١٩٩٦م.
٣. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٥هـ _ ١٩٩٤م.
٤. شهاب الدين أبو العباس أحمد ادريس عبد الرحمن القرافي، الذخيرة، ج٥، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٤م.
٥. شهاب الدين القليوبي، وشهاب الدين البرلسي، حاشيتا قليوبي وعُميرة على منهاج الطالبين للنووي، ج٣، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر، ط٣، ١٩٥٦م.
٦. عبد الكريم الرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير، ج٦، باب الإجارة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٧هـ _ ١٩٩٧م.
٧. علي بن محمد حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٤هـ _ ١٩٩٤م.
٨. عبد الوهاب الشعراني، الميزان، ج٣، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٠٩هـ _ ١٩٨٩م.
٩. كمال الدين أبي البقاء الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ج٥، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط١، ٢٠٠٤م.
١٠. محمد أحمد عبد الباري الأهدل، إفادة السادة العُمد بتقرير معاني نظم الزُبد، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط١، ١٤٢٦هـ _ ٢٠٠٦م.
١١. محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٥، كتاب الإجارة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٢٤هـ _

٢٠٠٣م.

١٢. محمد بن ادريس المطلبى القرشي المكي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون

طبعة، ١٤١٠هـ _ ١٩٩٠م.

١٣. محمد بن بطلال الركبي، النظم المستعذب في شرح غريب الفاظ المذهب، ج٢، باب

الإجارة، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، السعودية، دون طبعة، ١٩٨٨م.

١٤. محمد نووي بن عمر الجاوي، قوت الحبيب الغريب، دار الكتب العلمية، بيروت،

لبنان، ط١، ١٩٩٨م.

١٥. يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المعين، ج٥، المكتب الإسلامي،

بيروت، لبنان، ط٣، ١٩٩١م.

هـ: الفقه المالكي:

١. أحمد الدريز محمد حمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤،

دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة، ١٢٢٩هـ.

٢. عبد الوهاب نصر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت،

لبنان، ط١، ٢٠٠٤م.

٣. مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، المدونة الكبرى، ج٥، دار الكتب العلمية،

بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٥هـ _ ١٩٩٤م.

٤. محمد عبد الرحمن المالكي المغربي الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر

الشيخ خليل، ج٥، دار الرضوان للنشر والتوزيع، نواكشوط، موريتانيا، ط١،

٢٠١٠م.

٥. محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع، باب الإجارة، ج٣، دار يوسف بن تاشفين

ومكتبة الإمام مالك، موريتانيا، ط١، ٢٠٠٥م.

٦. محمد أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، دار المعرفة

للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط٦، ١٤٠٢هـ _ ١٩٨٢م

٧. محمد محمد عاصم الأندلسي، شرح ميارة الفاسي، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت،

لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ _ ٢٠٠٠م.

٨. محمد يوسف العبدري الغرناطي، المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٦هـ _ ١٩٩٤م.

و: الفقه الزيدي:

١. أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار لمذاهب علماء الأبصار، ج٥، دار الحكمة اليمنية، صنعاء، اليمن، ط١، ١٣٦٦هـ _ ١٩٤٧م.

ز: الفقه الظاهري:

١. علي أحمد سعيد ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٥هـ _ ٢٠٠٣م.

٢. علي أحمد سعيد ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار في شرح المجلى بالإختصار، ج٨، دار ابن حزم للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٣٧هـ _ ٢٠١٦م.

ر: الفقه الإسلامي المعاصر:

١. د. أحمد الموافي، الضرر في الفقه الإسلامي، ج١، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط١، ١٩٩٧م.

٢. أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سورية، ط٢، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م.

٣. السيد سابق، فقه السنة، ج٣، كتاب الإجارة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط٣، ١٩٧٧م.

٤. د. حامد علي حامد، الوافي في القواعد الفقهية الكلية للفقه الإسلامي، دون دار نشر، ط١، ٢٠٠٦م.

٥. د. عوض أحمد ادريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٨٦م.

٦. د. عبد الله حسين الموجان، عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، شركة كنوز المعرفة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط٢، ٢٠٠١م.

٧. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٨م.
٨. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، الكتاب الأول، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ _ ٢٠٠٣م.
٩. د. قذافي عزات الغنانيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٨م.
١٠. د. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق للطبع والنشر، دمشق، سورية، ط٢، ١٩٩٧م.
١١. د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٤١٧هـ _ ١٩٩٦م.
١٢. د. محمد الشربيني، القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، ط١٢، ١٩٩٩م.
١٣. د. محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط١، ١٤١٩هـ.
١٤. محمد إبراهيم عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج٣، كتاب المعاملات، عقد الإيجار، دون دار نشر، ط١، ٢٠٠٩م.
١٥. محمد بن صالح العثيمين، القواعد الفقهية، دار البصيرة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٠١م.
١٦. محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، مطابع الشروق، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٨٨م.
١٧. محمد عبد العزيز حسن زيد، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، ط١، ١٩٩٦م.
١٨. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج١، دار قلم، دمشق، سورية، ط٢، ١٤٢٥هـ _ ٢٠٠٤م.

١٩. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٠٥هـ _ ١٩٨٥م.
٢٠. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات الفقهية والعقود، ج٤، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سورية، ط٢، ١٩٨٥م.
٢١. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، سورية، ط١، ١٩٩٨م.
٢٢. د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة، في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر المعاصر، دمشق، سورية، ط١، ٢٠٠٤م.
٢٣. يوسف إبراهيم الأردبيلي، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، دار الضياء للنشر والتوزيع، الكويت، ط١، ٢٠٠٦م.

ثالثاً: كتب القانون

١. إبراهيم سيد أحمد، المسؤولية المدنية، التعويض في المسئوليتين التقصيرية والعقدية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٦م.
٢. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، منشورات جامعة الكويت، الكويت، ط١، ١٩٩٥م.
٣. د. المحمدي أحمد أبو عيسى، إنحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية علمية وعملية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٤م.
٤. د. أحمد سلمان شبيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٥م.
٥. د. أحمد شرف الدين، عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن المبنية، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٦م.
٦. د. أحمد علي محمد الحميدي السعدي، وقف العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠١٨م.

٧. إسماعيل العمري، نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني وتطبيقاتها القضائية، مؤسسة الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، ١٩٧٤م.
٨. د. أسمايل غانم، النظرية العامة للإلتزام، ج١، مصادر الإلتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٦٦م.
٩. د. أشرف جابر سيد، الوجيز في عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٤م.
١٠. د. أمل شربا، د. علي الجاسم، العقود المسماة، عقد الإيجار، منشورات جامعة دمشق/ كلية الحقوق، دمشق، سورية، دون طبعة، ٢٠١٤م.
١١. أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، دار العدالة للنشر، القاهرة، مصر، ط٥، ٢٠١٥م.
١٢. د. أياد مطشر صيهود، المدخل القانوني إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار السنهوري للنشر، بيروت، لبنان، دون طبعة، ٢٠١٨م.
١٣. د. أيمن أبو العيال، ود. فواز صالح، القانون المدني، مصادر الإلتزام، منشورات جامعة دمشق/ كلية الحقوق، دمشق، سورية، ط١، ٢٠١٦م.
١٤. د. بسام أحمد حمدان، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠١٧م.
١٥. د. توفيق حسن فرج، عقد الإيجار دراسة لأحكام قوانين الإيجارات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٤م.
١٦. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، في أحكام الإلتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٨٥م.
١٧. د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد الإيجار، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، لبنان، دون طبعة، ٢٠١٣م.
١٨. جمعة سعدون الربيعي، أحكام عقد الإيجار في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، ط١، دون دار نشر، ١٩٩١م.

١٩. جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى دعاوى تخلية المأجور وتطبيقاتها القضائية، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، ط٢، ٢٠١١م.
٢٠. د. جواد كاظم جواد سميسم، دور المدة في عقد الإيجار، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١١م.
٢١. حسن عداي الدجيلي، أحكام تخلية المأجور للضرورة الملجئة، مكتبة الصباح للنشر، بغداد، ٢٠١٩م.
٢٢. د. حسن علي الذنون، أحكام الإلتزام أو الإلتزام في ذاته، مطبعة المعارف، بغداد، دون طبعة، ١٩٤٨م.
٢٣. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، دون طبعة، ١٩٧٠م.
٢٤. د. حسون عبيد هجيج، منتظر فيصل كاظم، الوجيز في العقود المدنية المسماة، البيع والإيجار، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠١٧م.
٢٥. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، دار المعارف، القاهرة، مصر، ط٢، ١٩٧٩م.
٢٦. د. حمدي عبد الرحمن، عقد الإيجار وفقاً للقانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٧٥م.
٢٧. د. خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للإلتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠١٩م.
٢٨. راقية عبد الجبار، عقد الإيجار في القانون المدني العراقي وقانون إيجار العقار المعدل، دراسة مقارنة، مع الإشارة إلى موقف بعض القوانين العربية، مكتبة السيسبان للنشر والطباعة، بغداد، ط١، ٢٠١٥م.
٢٩. د. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الإقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دار الهاني للطباعة، القاهرة، مصر، ط١، ١٤١٤هـ _ ١٩٩٤م.
٣٠. د. رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، ط١، ١٩٩٨م.

- ٣١.د. رمضان أبو السعود، العقود المسماة، القسم الثالث، شرح أحكام القانون المدني، الكتاب الثالث، عقد الإيجار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون طبعة، دون سنة نشر.
- ٣٢.سعد خليل الراضي، الضرورة الملجئة وبعض تطبيقاتها القضائية، مطبعة الجامعة، بغداد، دون طبعة، ١٩٨٠م.
- ٣٣.د. سعيد مبارك، ود. طه الملا حويش، ود. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع والإيجار والمقاوله، شركة العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، دون طبعة.
- ٣٤.د. سعدون العامري، مذكرات في العقود المسماة، البيع والإيجار، مطبعة العاني، بغداد، دون طبعة، ١٩٦٩م.
- ٣٥.د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، في البيع والإيجار، مطبعة العاني، بغداد، ط٣، ١٩٧٤م.
- ٣٦.سلمان بيّات، القضاء المدني، ج٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ط١، ١٩٦٢م.
- ٣٧.د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٣، في العقود المسماة، المجلد الثالث، عقد الإيجار، ط٤، دون دار نشر، ١٩٩٣م.
- ٣٨.د. سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، دون دار نشر، ط١، ١٩٨٧م.
- ٣٩.د. سليمان مرقس، شرح إيجار الأماكن، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط٩، ١٩٩٠م.
- ٤٠.د. سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، دار الجامعات المصرية للنشر، القاهرة، مصر، ط٢، ١٩٥٤م.
- ٤١.د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، منشآت المعارف، طبعة خاصة، ٢٠٠٨م.
- ٤٢.د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٠٩م.
- ٤٣.د. صالح أحمد محمد عبطان اللهبي، حالة الضرورة في التصرف القانوني، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠١٠م.

٤٤. د. صلاح الدين الناهي، الخلاصة الوافية في القانون المدني، مبادئ الإلتزام، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، دون طبعة، ١٣٨٨هـ _ ١٩٦٨م.
٤٥. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مطبعة العاني، بغداد، دون طبعة، ١٩٥٠م.
٤٦. طارق عزيز جبار العزي، الإختلاف في تخلية العقار بين القانون المدني وقانون إيجار العقار، دراسة مقارنة، مطبعة الكتاب، بغداد، ط١، ٢٠١٧م.
٤٧. د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، في القانون المدني، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٩م.
٤٨. د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، دون طبعة، ١٩٥٦م.
٤٩. د. عبد الحق صافي، القانون المدني، ج١، العقد، الكتاب الثاني، آثار العقد، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دون دار نشر، ط١، ١٤٢٨هـ _ ٢٠٠٧م.
٥٠. د. عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة في القانون الوضعي والفقه، دار التوفيق النموذجية للطباعة، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٨٩م.
٥١. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج١، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، نظرية الإلتزام، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط١، ١٩٨٢م.
٥٢. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون طبعة، ١٩٥٢م.
٥٣. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، المجلد الأول، العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦٣م.
٥٤. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة

- بالفقه الغربي، ج٦، أثر العقد بالنسبة إلى الموضوع، وزوال العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٥٤م.
- ٥٥.د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج٢، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط٢، ١٩٩٨م.
- ٥٦.د. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري، عقد الإيجار، الأحكام العامة، ج٢، دار الكتاب العربي، مصر، دون طبعة، ١٩٨٤م.
- ٥٧.د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، دون طبعة، ١٩٦٧م.
- ٥٨.د. عبد المنعم البدرأوي، العقود المسماة، الإيجار والتأمين، الأحكام العامة، دون دار نشر، دون طبعة، ١٩٦١م.
- ٥٩.د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٦٠م.
- ٦٠.د. عبد ربه محمد البوشواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دون دار نشر، ط١، ٢٠١٠م.
- ٦١.د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشآت المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، ط٣، ٢٠١٧م.
- ٦٢.د. عبد الله مبروك النجار، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط٢، ٢٠٠٢م.
- ٦٣.د. عبد المجيد الحكيم، وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، لبنان، دون طبعة، ٢٠١٥م.
- ٦٤.د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، أحكام عقد الإيجار، دراسة مقارنة في ظل قواعد القانون المدني وقانون إيجار العقار، مقارنة بالفقه الإسلامي، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، دون طبعة، ٢٠١٨م.
- ٦٥.د. عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار، منشآت المعارف، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٦م.

٦٦. د. عصمت عبد المجيد بكر، أحكام تخلية المأجور، دراسة في تطبيقات قانون إيجار العقار، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، دون طبعة، ١٩٨٨م.
٦٧. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط ١، ١٩٩٣م.
٦٨. د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١م.
٦٩. عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة الحديثة في التعويضات، المجلد الأول، المسؤولية العقدية والتعويض عنها، دار المجد للنشر والتوزيع، صنعاء، اليمن، دون طبعة، ٢٠٠٤م.
٧٠. د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الإقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، دون طبعة، ١٩٨٦م.
٧١. د. غازي عبد الرحمن ناجي، الحق في الحبس للضمان، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط ١، ٢٠١١م.
٧٢. فريد فتیان، مقدمة القانون المدني، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، دون طبعة، ١٩٥٤م.
٧٣. فوزي كاظم المياحي، حالات الإنذار والتنبيه في القانون المدني العراقي، تطبيقات قضائية، مكتبة صباح للتوزيع، بغداد، دون طبعة، دون سنة.
٧٤. د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد الإيجار، دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة تمييز العراق، مطبعة الزهراء، بغداد، ط ١، ١٩٧٤م.
٧٥. د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، آثار العقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجيهات التشريعية والقضائية الحديثة، وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام ٢٠١٦م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط ١، ٢٠١٨م.
٧٦. د. محمد حسين منصور، أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٥م.

- ٧٧.د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٥م.
- ٧٨.د. محمد حسين منصور، مبادئ قانون الإيجار اللبناني، الدار الجامعية للنشر، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٠م.
- ٧٩.د. محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، سعد سمك للنسخ والطباعة، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٩٤م.
- ٨٠.د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٠٧م.
- ٨١.د. محمد عبد الظاهر حسين، الدور القضائي أزاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٠م.
- ٨٢.د. محمد عبد الظاهر حسين، عقد إيجار الأماكن في ظل التشريعات الجديدة، ملاحظات وتساؤلات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٢م.
- ٨٣.د. محمد عبد الظاهر حسين، مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٨م.
- ٨٤.د. محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإجارة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٦٧م.
- ٨٥.د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٧٧م.
- ٨٦.د. محمود المظفر، مصادر الإلتزام، نظرية العقد، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار المثنى للطباعة والنشر، بغداد، العراق، ط٤، ٢٠١٠م.
- ٨٧.د. محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في مصادر الإلتزام، ج١، دون دار نشر، ط١، ١٩٩٨م.
- ٨٨.د. مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الإلتزام برد غير المستحق، إحسان للنشر والتوزيع، أربيل، العراق، ط١، ١٤٣٥هـ _ ٢٠١٤م.

٨٩. مصطفى مجدي هرجة، فسخ عقد الإيجار وإخلاء العين وأسباب الإخلاء في القانون المدني، المكتبة القانونية ودار محمود، القاهرة، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٣م _ ٢٠٠٤م.
٩٠. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية والأجنبية معزز بآراء الفقه وأحكام القضاء، دار آراس للطباعة والنشر، أربيل، ط١، ٢٠٠٦م.
٩١. د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، دار المعارف للنشر، القاهرة، مصر، دون طبعة، ١٩٥٧م.
٩٢. منير القاضي، شرح المجلة، كتاب الإجارة، مطبعة التقيض الأهلية، بغداد، ١٩٤١م.
٩٣. د. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، ٢٠١٦_٢٠١٧م.
٩٤. د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج٢، الإيجار، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٨م.
٩٥. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام مع المستحدثات في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٢٠م.
٩٦. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ج١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، ٢٠٠٤م.
٩٧. د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون طبعة، ٢٠٠٢م.
٩٨. نور الهدى بلكعول، إنهاء الإيجار للضرورة الملجئة للسكن، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٠٦م.
٩٩. وليد محمد الشبيبي، الجامع في قانون إيجار العقار رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٩م المعدل النافذ، مكتبة الصباح للنشر، بغداد، ط١، ٢٠١٩م.

رابعاً: الأطاريح والرسائل الجامعية:

أ : الأطاريح

١. د. أحمد سمير محمد ياسين الجبوري، دور القوة القاهرة في القوانين الإجرائية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، ٢٠١٤م.
٢. د. حسب الرسول الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدي في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٩م.
٣. د. زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، ٢٠١٤م.
٤. د. صفاء تقي عبد نور العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، ٢٠٠٥م.
٥. د. عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الشريعة الإسلامية، ١٤٢٢هـ _ ٢٠٠١م.
٦. د. عاطف كامل مسلم الشوابكة، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١٨م.
٧. د. لؤي سطات حمود، الأجل القضائي وأثره في الإلتزام، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠١٩م.
٨. د. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٠م.

ب : الرسائل

١. أسيل حسن رضا، دور الإرادة المنفردة في تعديل العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ٢٠١٥م.

٢. براق عبد الله مطر الخالدي، إيجار المحل التجاري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٦م.
٣. تحسين زاهر يونس، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أهل البيت (عليهم السلام)، ٢٠١٧م.
٤. صابرينة بيطار، التعويض في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أحمد دراية/ أدرار، ٢٠١٥م.
٥. عباس سهيل جيجان الجبوري، الأجرة وأحكامها في عقد الإيجار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بابل، ٢٠٠٥م.
٦. فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٦٩م.
٧. فذاق عبدالله، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، ٢٠١٨م.
٨. مروان كريم جاسم، آثار إنتقال ملكية المأجور، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بابل، ٢٠١٩م.
٩. منذر المساهلي، نظرية الطوارئ في العقود- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الزيتونة، تونس، ١٩٩٥م.

خامساً: البحوث والمقالات:

١. أحمد ابراهيم إبراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، العدد ٦، السنة الرابعة، ١٣٥٣هـ _ ١٩٣٤م.
٢. أحمد الصويغي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد ٣، العدد ٢، ٢٠٠٧م.
٣. د. أحمد سمير محمد ياسين، التنظيم القانوني للشرط المانع في عقد الإيجار، دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ١، ج ١، ٢٠١٦م.

٤. د. أيمن الدباغ، منهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة، تحليل ونقد، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية، فلسطين، المجلد ٢٨، العدد ٧، ٢٠١٤م.
٥. بلال الفقيري، قراءة في مستجدات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بنظرية العقد، بحث منشور في الموقع الإلكتروني لمجلة مغرب القانون.
٦. د. بريك فارس حسين، م. منار عبد المحسن عبد الغني، التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٦، المجلد ٢، السنة ٢، ٢٠١٠م.
٧. د. جابر مهنا شبل، تخلية العقار السكني للضرورة الملجئة، بحث منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد ٢٠، ٢٠١٢م.
٨. د. حبيب عبيد مرزة العمّاري، التنظيم القانوني للشرط المانع في عقد الإيجار، دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد ٤، العدد ١، ٢٠١٢م.
٩. د. حيدر فليح حسن، أثر جائحة كورونا على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الأول، ٢٠٢٠م.
١٠. د. دلال تفكير مراد، أثر فايروس كورونا على سريان المدد القانونية، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة، المجلد ٢، العدد ٤٧، ٢٠٢٠م.
١١. د. صاحب عبيد الفتلاوي، إنتقال ملكية المأجور في القانون الأردني- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، جامعة عمان الأهلية، المجلد ٢٢، العدد ٢، ٢٠١٩م.
١٢. د. عبد الأمير جفات كروان، الأساس القانوني للتعويض المصاحب للفسخ القضائي، بحث منشور في مجلة أهل البيت "عليهم السلام"، العدد ٢١، المجلد ١، ٢٠١٧م.
١٣. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، السنة ٦، العدد ١، ١٩٣٦م.

١٤. د. عصمت عبد المجيد بكر، مبدأ العذر الطارئ في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الرسالة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، العدد ١٤١، السنة ١٢، ١٩٨٠م.
١٥. د. محمد الحبيب التكتجاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة روافد، الإصدار ٣٠، ١٤٣١هـ _ ٢٠١٠م.
١٦. د. محمد عبد الجواد محمد، الغبن اللاحق والظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، السنة ٣٣، العدد ٢، ١٩٦٣م.
١٧. د. محمد عبد الجواد محمد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، العدد ١، السنة ٣٣، ١٩٦٣م.
١٨. د. محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير"، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٢١، السنة السادسة، ٢٠١٨م.
١٩. د. مصطفى معتبر، حماية المتعاقد من خلال نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة منازعات الأعمال للعلوم القانونية، الجزائر، العدد ٥٩، ٢٠٢٠م.
٢٠. د. نجيب محمد بكير، أثر الإستحالة النسبية على تنفيذ الإلتزام، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، السنة ٥٥، ١٩٨٦م.
٢١. د. وسن قاسم غني الخفاجي، علي سعود داخل، سلطة القاضي في تقدير الضرورة وآثارها في الإلتزام التعاقدي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد ١٢، العدد ٢، السنة ١٣، ٢٠٢٠م.
٢٢. د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، العدد ٧١، ٢٠٠١م.

سادساً: المجموعات القضائية

أ: الكتب

١. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٨م.
٢. رعد طارش كعيد، قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩م، مطبعة السيماء، بغداد، ط١، ٢٠١٩م.
٣. شريف أحمد الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ط١، ٢٠٠٤م _ ٢٠٠٥م.
٤. فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، تطبيقات القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م، ج٣، دار السنهوري للنشر، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٢١م.
٥. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، عقد الإيجار في القانون المدني الجديد، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط٥، ٢٠٠١م.
٦. هادي عزيز علي، الصيغة القانونية لرفع الدعوى المدنية، في العقار وتخليه المأجور في إيجار العقار، وفي القانون المدني، ج٢، مطبعة الزمان، بغداد، ط١، ٢٠٠٤م.
٧. هادي عزيز علي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية، إيجار العقار، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠٠٩م.

ب: المجالات القضائية:

١. مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل العراقية، العدد ٤، السنة ٧، ١٩٧٦م.
٢. مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل العراقية، العدد ٢، السنة ٩، ١٩٧٨م.

٣. مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل العراقية، العدد ١ والعدد ٣، السنة ١١، ١٩٨٠م.

٤. مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل العراقية، العدد ١، السنة ١٢، ١٩٨١م.

ج: قرارات قضائية غير منشورة:

١. قرار محكمة إستئناف بابل الاتحادية/ الهيئة الإستئنافية الثانية، المرقم ٢٦٢/س/٢٠٢١، بتاريخ ٢٨/٣/٢٠٢١م.
٢. قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية/ الهيئة الإستئنافية الأولى، المرقم ٣٣١/س/٢٠٢١، بتاريخ ٢٨/٤/٢٠٢١م.
٣. قرار محكمة إستئناف بابل الاتحادية/ محكمة بداءة الحلة، المرقم ٢٠٧٤/ب/٢٠٢٠، في ٨/١١/٢٠٢٠م.
٤. قرار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية رقم ٣٥/تخلية/٢٠١٠ في ٣١/١/٢٠١٠م.

د: مواقع إلكترونية:

١. مجموعة قرارات قضائية عراقية منشورة على الموقع الإلكتروني:
<https://www.hjc.iq/qview>
٢. مجموعة قرارات قضائية مصرية منشورة على الموقع الإلكتروني:
https://www.cc.gov.eg/civil_judgments.

سابعاً: مواقع الإنترنت

1. <https://www.village-justice.com/articles/coronavirus-covid-faut-preferer-imprevision-force-majeure,34184.html>.
2. <https://www.affiches-parisiennes.com/covid-19-et-revision-pour-imprevision-10260.html>.

3. <https://www.maroclaw.com>.
4. <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/covid-19-et-non-paiement-des-loyers-commerciaux-contestation-serieuse>.
5. <https://www.sistani.org/arabic/qa/0314/>.

ثامناً: المصادر الفرنسية

أ: المصادر المترجمة

١. آلان بينابنت، القانون المدني، العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٤م.
٢. جيروم هويه، المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، المجلد الأول/ القسم الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٣م.
٣. القانون المدني الفرنسي بالعربية، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، طبعة دالوز ٢٠٠٩، الثامنة بعد المئة بالعربية.

ب: المصادر غير المترجمة

1. Philippe delebecque, Bilal Atmani, La théorie de L'imprévision: étude en droit algérien et français, Les Annales de l'université d'Alger 1, N°33, 2019, p.548.
2. Marc Fredj, Associé, Julie Cornely et Laura Ferry, L'imprévision dans la réforme des contrats, Lexbase Hebdo édition affaires n°499 du 23 février 2017.

3. CHAZEAU Dorine, L'IMPACT DE L'INTRODUCTION DE L'ARTICLE 1195 DU CODE CIVIL SUR LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE, Master, Université Paris II Panthéon-Assas, 2016 – 2017.
4. Hugues Bouthinon-Dumas, LES CONTRATS RELATIONNELS ET LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION, Article in, De Boeck Supérieur- «Revue internationale de droit économique», 2001/3 t. XV, 3.
5. Jean-Jacques Ansault et David Swinburne, Réforme du droit des contrats Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion, Revues juridiques, 2016.
6. Mariola Lemonnier, Reiner Schulze, Dagmara Skupien, Droit La réforme du droit des contrats en France - réflexions de juristes européens, Łódź 2019.

تاسعاً: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل.
٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م المعدل.
٣. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤م المعدل.
٤. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م المعدل.
٥. قانون إيجار العقار العراقي رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩م المعدل.
٦. قانون إيجار الأماكن المصري رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م المعدل.
٧. قانون إيجار السكن الفرنسي رقم ٦ لسنة ١٩٨٩م.

Abstract

Contracts are among the most important products produced by human life in its practical form, and given that a person concludes many contracts continuously and over days, such as the lease contract, which is one of the contracts that plays an important role as a bond between the one who owns a property and works to exploit it by leasing to others for a period of time according to specific mechanisms, rules and conditions, which give both parties the right to benefit and achieve what they aspired to.

The contract is usually concluded under normal economic conditions and circumstances, but it may change over time. The lease contract is one of the extended contracts, and accordingly the contracting parties are obligated to fulfill them voluntarily or forcibly. There is nothing to exempt them from performing what imposed by the contract, unless one of the contracting parties has something prevents him, such as the “excuse in the lease contract” in accordance with different opinions of the jurists of Islamic sects, or an “emergency circumstance” according to the positive law which causes exhaustion for the contracting parties. Then, the so-called relative impossibility is achieved which leads to inability to continue implementing the contract except with a significant damage under the contract. Therefore, it would be unfair to oblige the damaged party to continue implementing the contract.

In order to address this matter, the schools of Islamic jurisprudence and positive laws have organized provisions and rules to resolve all disputes arising from this issue between the lessor and the tenant or their heirs in the event of death. Therefore, one party is not winning or losing without right by specifying a number of conditions and situations that must be met to be a bond in the hands of the damaged contracting party against the other contracting party, whose right was not neglected and who was granted guarantees against the exhausted contracting party, in order to mitigate the impact of this emergency, and thus the effects are distributed between the contracting parties.



Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
University of Babylon
College of Law

The Emergency Circumstance in the Rent Contract

– A Comparative study –

**A thesis submitted to the council of College of Law / University of
Babylon as a partial fulfillment of the Requirement for the
Degree of Master Law / Private Law**

By

Zainab Themar Shaheed

Supervised by

Assist. Pro. Dr. Habeeb Obeid Merza Alamary

1443 AH

2021 AD