



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

التنظيم القانوني للالتزامات التعاقدية

في ظل جائحة كورونا

– دراسة مقارنة –

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

مهند فاضل حميد ظفير

بإشراف

أ.د. ميري كاظم عبيد الخيكاني

أستاذ القانون المدني

٢٠٢١ م

١٤٤٣ هـ



﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا

إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ

الإهداء

إلى شمس الضحى ونور الهدى...
 سيدنا الحبيب المصطفى صلى الله عليه وآله وسلم ...
 إلى قادة النقى وآل بيت الورى صلوات الله عليهم أجمعين...
 إلى الأرواح الطاهرة التي أريقَتْ دفاعاً عن الحق فكانت دماء
 الزكية نوراً يستنضأ به ... إلى شهداء العراق...
 إلى من أحيا بدعائهم ... فكانا السبب في وصولي قمم الطجد
 أبي وأمي ... أمد الله في عمرهما
 إلى من وقفوا معي في السراء والضراء .. زوجتي وأولادي
 إليهم جميعاً أهدي ثمرة جهدي المتواضعة

الباحث

الشكر والعرفان

إتباعاً لقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَلَا تَنسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾، أجد لزاماً علي أن أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي المشرف **الأستاذ الدكتور ميري كاظم عبيد الخيكاني** لقبوله الإشراف على رسالتي ولسعة صدره ولما أبداه لي من ملاحظات سديدة ساعدتني في بلورتها بشكلها النهائي.

وأقدم شكري وعرفاني الى عمادة كلية القانون المتمثلة بالسيد العميد المحترم والسادة معاونيه، وأقدم شكري وتقديري أيضا إلى أساتذتي في السنة التحضيرية لما بذلوه من جهود ومساعدة في هذه المسيرة.

والشكر موصول للسادة الموقرين في لجنة المناقشة رئاسة وأعضاء لتفضلهم علي بقبول مناقشة هذه الرسالة، فهم أهل لسد خللها وتقويم اعوجاجها والإبانة عن مواطن القصور فيها، سائلاً الله الكريم أن يثيبهم عني خيراً، وإلى وزارتي التي انتمي اليها وزارة الداخلية .

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى العاملين من الأخوة والأخوات في مكاتب كليات القانون في "جامعة بابل، معهد العلمين، جامعة الكوفة، جامعة النهرين، جامعة بغداد"، وكذلك مكتبة الروضة الحيدرية والمشرفين على قناة الفكر القانوني لما قدموه لي من مساعدة للحصول على المصادر والمراجع لإتمام الرسالة.

وأزجي الشكر للإخوان والأصدقاء وجميع من قدم لي النصح والإرشاد وساعدني على إنجاز عملي في رسالتي ممن وفر لي بعض المصادر والكتب وأتاح لي الاطلاع على مكتبته، إنني أتمنى أن أكون في موقف الوفاء لرد الجميل والعرفان.

كما وأشكر العاملين في مكتبة كلية القانون في جامعة بابل والعاملين في مكتبة كلية القانون في جامعة بغداد والعاملين في مكتبة كلية القانون في جامعة القادسية، والعاملين في مكتبة كلية القانون في جامعة كربلاء، والمكتبة العامة في محافظة بابل لما بذلوه من جهود طيبة لتقديم المساعدة لي في مواكبتني للرسالة.

الباحث

المحتويات

<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
ز	الملخص
٥-١	المقدمة
١	أولاً: التعريف بموضوع الدراسة:
٢	ثانياً: أهمية موضوع الدراسة:
٢	ثالثاً: معوقات الباحث:
٣	رابعاً: إشكالية الدراسة وتساؤلاتها:
٤	خامساً: نطاق الدراسة:
٤	سادساً: منهجية الدراسة:
٤	سابعاً: هيكليّة الدراسة:
٥	ثامناً: الدراسات السابقة:
٤٧-٦	الفصل الأول مفهوم جائحة كورونا
٧	المبحث الأول: ماهية الجائحة
٧	المطلب الأول: تعريف الجائحة
٨	الفرع الأول: تعريف الجائحة لغةً واصطلاحاً
١١	الفرع الثاني: شروط الجائحة
١١	أولاً: عدم التوقع بحدوثها:
١٣	ثانياً: عدم القدرة على دفعها:
١٥	ثالثاً: أن تكون الجائحة خارجة عن إرادة الخصوم (خارجيتها):
١٦	المطلب الثاني: أنواع الجائحة
١٧	الفرع الأول: الجائحة الطبيعية
١٩	الفرع الثاني: الجائحة غير الطبيعية
٢٠	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لجائحة كورونا
٢١	المطلب الأول: الظروف الطارئة ومدى انطباقها على جائحة كورونا
٢١	الفرع الأول: تعريف الظروف الطارئة
٢٧	الفرع الثاني: آثار الظروف الطارئة
٢٩	المطلب الثاني: القوة القاهرة ومدى انطباقها على جائحة كورونا
٢٩	الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة
٣٤	الفرع الثاني: آثار القوة القاهرة
٣٨	المبحث الثالث: العقود ودور الزمن في تنفيذها
٣٩	المطلب الأول: العقود المستمرة

٣٩	الفرع الأول: تعريف العقد المستمر
٤١	الفرع الثاني: عقد الإيجار (كأنموذج للعقود المستمرة)
٤٢	المطلب الثاني: العقود الفورية
٤٣	الفرع الأول: تعريف العقد الفوري
٤٤	الفرع الثاني: عقد البيع (كأنموذج للعقود الفورية)
١١٢-٤٨	الفصل الثاني الآثار القانونية لجائحة كورونا
٤٩	المبحث الأول: أثر جائحة كورونا على عقد الإيجار
٤٩	المطلب الأول: تعذر استيفاء الأجرة بالنسبة للعقارات السكنية
٥٠	الفرع الأول: المطالبة بإنقاص الأجرة
٥٤	الفرع الثاني: المطالبة بالإعفاء من الأجرة
٥٨	المطلب الثاني: تعذر استيفاء المنفعة للمحلات التجارية
٥٨	الفرع الأول: الانتقاص من المنفعة
٦٣	الفرع الثاني: الحرمان من الانتفاع
٦٧	المبحث الثاني: أثر جائحة كورونا على عقد المقاولة
٦٧	المطلب الأول: أثر جائحة كورونا على التزامات المقاول
٦٨	الفرع الأول: التزام المقاول بالتنفيذ
٧٤	الفرع الثاني: التزام المقاول بالتسليم
٧٩	المطلب الثاني: أثر جائحة كورونا على التزامات رب العمل
٧٩	الفرع الأول: التزامات رب العمل غير المالية
٨٣	الفرع الثاني: التزامات رب العمل المالية
٩١	المبحث الثالث: أثر جائحة كورونا على المدد القانونية .
٩١	المطلب الأول: ماهية المدد القانونية للسقوط
٩٢	الفرع الأول: تعريف مدد السقوط القانونية وتمييزها عن مدد التقادم
٩٨	الفرع الثاني: ضوابط توقف وانقطاع مدد السقوط والتقادم
١٠٣	المطلب الثاني: سقوط الحق في الإجراء القضائي وفقا لقانون المرافعات
١٠٤	الفرع الأول: سقوط الحق في الإجراء بإنقضاء مدته
١٠٩	الفرع الثاني: التدابير القضائية المتخذة لمنع سقوط الحق في الإجراء
١١٣-١٦٣	الفصل الثالث: سلطة المحكمة في تعديل الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا
١١٤	المبحث الأول: سلطة المحكمة باعتبار جائحة كورونا ظرف طارئ

١١٤	المطلب الأول: الأسس القانونية التي تحكم سلطة المحكمة
١١٥	الفرع الأول: مراعاة المحكمة للظروف المحيطة بالقضية
١١٧	الفرع الثاني: سلطة المحكمة للموازنة بين مصلحة الطرفين
١٢٠	الفرع الثالث: سلطة المحكمة ببرد الالتزامات التعاقدية المرفقة الى الحد المعقول
١٢٥	المطلب الثاني: وسائل المحكمة المتخذة بتعديل الالتزامات التعاقدية
١٢٥	الفرع الأول: الإنقاص من الالتزامات المرفقة
١٣٠	الفرع الثاني: الزيادة في الالتزامات المتقابلة
١٣٣	الفرع الثالث: وقف تنفيذ العقد بفترة زمنية معقولة
١٣٧	المبحث الثاني: سلطة المحكمة باعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة
١٣٨	المطلب الأول: الأسس القانونية التي تحكم سلطة المحكمة
١٣٩	الفرع الأول: أن تكون العلاقة التعاقدية محل تطبيق نظرية القوة القاهرة
١٤٢	الفرع الثاني: الاستحالة المطلقة لتنفيذ الالتزامات التعاقدية
١٤٦	الفرع الثالث: العلاقة السببية بين القوة القاهرة واستحالة التنفيذ
١٥٠	المطلب الثاني: انفساخ العقد بسبب القوة القاهرة
١٥٠	الفرع الأول: الحكم بالانفساخ
١٥٥	الفرع الثاني: الحكم بإعادة الحالة الى ما كانت عليه
١٥٧	الفرع الثالث: أثر الانفساخ
١٦٤	الخاتمة
١٦٤	أولاً: النتائج:
١٦٦	ثانياً: المقترحات:
١٦٨	المصادر والمراجع
A	Abstract

المُلخص

لقد أصبحت جائحة كورونا الحدث الأهم والأبرز في الفترة الأخيرة، لما رتبت من آثار على ليس على الصعيد الصحي فقط ، وإنما يمكن رصد ملامحها على جميع جوانب الحياة، وكانت الالتزامات التعاقدية إحدى أهم العمليات القانونية التي أثرت عليها تلك الجائحة والذي بسببها تعذر أو أستحال الالتزام بها من قبل أطرافها ليأتي دور القانون وسلطة القضاء ليكون الحكم الفاصل لتوزيع تلك الأضرار بين أطرافها، من خلال معرفة نوع التوصيف القانوني لها، وتكييف النصوص القانونية عليها بالصورة التي تضمن تحقيق العدالة وعدم الأضرار للأطراف المتعاقدة، ولا شك أن جميع ما نتج عنها من آثار ستكون سلبية لجميع العقود بشكل عام والعقود الزمنية بشكل خاص كعقد الإيجار والمقاولة موضوع دراستنا، والتي يتأخر أو يستحيل تنفيذها، مما يستدعي تدخل القضاء للحكم في تلك المنازعات بهدف إزالة الإرهاق الذي يقع على أطراف الرابطة العقدية، ولم يقف تأثير هذه الجائحة عند هذا الحد بل امتد تأثيرها أيضاً ليشمل المدد القانونية المحددة للطعن عند ممارسة الإجراءات القضائية لتلك العقود.

ولما كان من غير الممكن أن يبقى العقد دون تعديل في أحكامه إذا ما تعرض لأي سبب خارجي يجعل من المستحيل إتمامه، فأن وقوع جائحة كورونا خير دليل على السبب الذي أثر على مجمل الالتزامات العقدية بصورة استوجبت التعديل على تلك الالتزامات سواء أكان بزيادة أم إنقاص الالتزام وفي أحيان أخرى الإعفاء من تنفيذها إذا كانت الاستحالة مطلقة و دائمية وذلك من خلال الرجوع إلى المحاكم المختصة للتخفيف عن كاهل الطرف المتعاقد ورفع الإرهاق الذي لحقه به حيث تتم معالجة تلك لالتزامات التي تأثرت بالظروف الخارجية عن طريقها لما لها من سلطة تقديرية تتمتع بها عند عرض النزاع أمامها.

وشرعت هذه الدراسة للبحث حول التنظيم القانوني للالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا، من خلال الرجوع إلى النصوص التشريعية في القانون العراقي والمصري والفرنسي، كذلك رفد الدراسة بأهم القرارات والأحكام القضائية التي صدرت بما يخص تعديل الالتزامات التعاقدية في العراق و الدول المقارنة ثم الخروج بحصيلة تجعل من الضروري الوقوف جلياً عند تحديد الأسباب التي جعلت تأثير هذه الجائحة تعتبر بمثابة القوة القاهرة أو الظرف الطارئ ومدى إمكانية تطبيق إحدى تلك النظريتين على جائحة كورونا.

المقدمة

المقدمة

الحمد لله تعالى، والحمد حقّه، فهو الذي بعزّته وجلاله تتمّ الصالحات، وعلى رسوله الأمين محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين أفضل الصلوات، وأكمل التحيات، وسلام على المرسلين رحمة للعالمين، أمّا بعد:

أولاً: التعريف بموضوع الدراسة:

مما لا شك فيه أن القانون يمثل الدعامه الرئيسية للتعاملات الاجتماعية والعمليات الحياتية الذي ينظم تنفيذ الالتزامات القانونية وسيرها بصورة تضمن الحق لجميع الأطراف، فيتعامل معها ويستوعبها حتى يصل إلى أقصى درجة من الفائدة المتوخاة منه في تنظيم العلاقات المجتمعية، ولا خلاف إن لكل حقبة قانونية قواعد وأدوات قانونية تحكم تصرفاتها وتجري عليها في معالجة كافة أشكال المنازعات فيها، ويبقى الفصل في كل ذلك هو حكم القانون ورقابة القضاء على حسن تنفيذه، وبعد انتشار جائحة كورونا بشكل خطير في معظم دول العالم، وما ترتب عليه من توقف لجميع الأنشطة بمختلف أنواعها سبب ايضاً في توقف تنفيذ أغلب الالتزامات التعاقدية بشكل مستمر أو مؤقت فجعل من تنفيذها مرهقاً أو مستحيلًا بالنسبة لأطرافها، وحيث إن لكل التزام تعاقدى تنظيم قانوني كعقود الإيجار والمقاوله، فهناك إشكال قانوني وتساؤل حول مدى اعتبار جائحة كورونا ظرف طارئ أم قوة قاهرة، ويأتي هذا التساؤل لمعرفة الحكم الذي سيتخذ في الدعاوي التي تقوم بخصوص هذه العقود والتي سوف تستند إلى إحدى النظريتين أو كليهما، وقد أهتمت بعض الدول بهذا الموضوع وأصدرت العديد من الأحكام وتعاملت بصورة عاجلة مع تلك الدعاوي المعقدة والتي تكون محل خلاف والتي يصبح فيها الالتزام التعاقدى مستحيل التنفيذ بسبب القوة القاهرة، أو صعب التنفيذ بسبب الظروف الطارئة والخروج بأحكام تضمن التوازن العقدي وتكريس دور القضاء للبت في تلك الدعاوي، أن جوهر فكرة هذه الدراسة يقوم على معرفة دور المشرع العراقي والمقارن من خلال سن القوانين التي تساعد القاضي على معالجة القضايا التي تخص الالتزامات التعاقدية في ظل هذه الجائحة، ولما كانت جميع العقود القانونية تلزم وجود توازن بين التزامات المتعاقدين يؤمن لها ديمومتها، ويجعل منها مبرراً لسلطة القاضي في معالجة التوازن المختل للعقد وإعادة النظر في بعض شروطه لتحقيق الهدف الذي أبرم من أجله، والمشرع في كل ذلك يهدف للوصول إلى معالجة التوازن المختل بين التزامات الطرفين للخروج بحكم عادل يضمن العدالة للطرفين، حيث تتم هذه المعالجة، بواسطة القاضي الذي يمارس تلك السلطة الممنوحة والذي يكون قراره هو المصدر المباشر لهذا الالتزام.

أما القواعد التي من الممكن أن تأخذ بها المحكمة حين الحكم بأي من الالتزامات التعاقدية في ظل هذه الجائحة وبالأخص العقود محل الدراسة سوف يخضع إلى عدة معايير وسياقات

هدفها تحديد التنظيم القانوني للجائحة أولاً، والاستدلال بالنصوص القانونية والتشريعات التي اهتمت في معالجة الدعاوي التي تستجد لعقد إيجاب والمقاولة ثانياً، وأن الأشكال القانوني والتساؤل الذي يدور حول اعتبار جائحة كورونا ظرف طارئ أم قوة قاهرة يدعونا لمعرفة ماهي صور الظرف الطارئ والقوة القاهرة وتنظيمهما القانوني، وبالتالي نستنتج ايهما سينطبق احكامه على جائحة كورونا.

وبالتالي نجد أن هذه الجائحة أفرزت واقعاً قانونياً جديداً أثر بلا شك على تنفيذ تلك الالتزامات التعاقدية على كل المستويات، وأن الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها معظم دول العالم تفاديا لانتشار الجائحة أثرت بشكل مباشر على الالتزامات التعاقدية التي تمس قطاعات كبيرة في العراق، بدوره سيكون له تأثير كبير على العقود والالتزامات الموقعة بين الأفراد أو الشركات بشكل يغير نوع التعامل ما بين الأطراف، وبالتالي يؤثر على تطبيق القوانين في القضايا الناشئة عن الجائحة.

ثانياً: أهمية موضوع الدراسة:

تتجلى أهمية هذه الدراسة بمعرفة التوصيف القانوني لجائحة كورونا، ذلك لأن الالتزامات التعاقدية ستتأثر في ظل وجود الجائحة مما يستحيل أو يرهق الاطراف المتعاقدة من تنفيذ التزاماتهم الأمر الذي يتطلب وجود قوانين تمكن القاضي من معالجة القضايا التي تنشأ خلال فترة وقوع تلك الازمة، ولاسيما جائحة كورونا فقد أخذت الحيز الأكبر من التفكير والتحليل بالنظر للتأثيرات القانونية المترتبة على كيفية تنظيمها قانونيا على مستوى القواعد والتدابير واجبة التطبيق وعلى الاعتبارات الإنسانية التي تدور في فلك الأزمة، وأن تنفيذ الالتزام في أي عملية تعاقدية، ونعني هنا الالتزام الذي يخص أي من العقود المذكورة آنفاً سيكون مهدد بالفشل الكلي أو الجزئي نتيجة وقوع تلك الجائحة، فضلا عن التعرف على الآليات القانونية لمعالجتها أو التخفيف من وطأتها، أيضا معرفة مدى تأثيرها على المدد القانونية للسقوط ذلك لأن تلك المدد محدده بفترات زمنية مسبقة يتوجب القيام بها لمنع سقوط حق الخصم لسبب لا دخل لا رادته فيه ، وذلك في ضوء ما يعرفه الفكر القانوني من مصطلحات ومفاهيم تركز إليها عادة التشريعات الوطنية والمقارنة، وبالتالي فإن التشريعات سوف تتباين طبقاً لذلك المدى على الالتزامات التعاقدية، مما يجعل من المهم استكشاف البنية التشريعية للتعامل معها في ضوء القانون العراقي من جهة، وفي ضوء بعض الأنظمة القانونية المقارنة ذات الصلة بهذا الشأن من جهة أخرى.

ثالثاً: معوقات الباحث:

تكمن المعوقات في عدم وجود دراسات تفصيلية خاصة في موضوع البحث، وأما هنالك دراسات عمومية حول العقود والالتزامات التعاقدية إضافة إلى حداثة الجائحة واعتماد تكييفها على

نوع الالتزام وكيفية تنفيذه، كذلك قلة المصادر والظروف الأمنية والصحية التي تزامنت مع وقت الكتابة والتي صعبت الوصول إلى الجامعات لجمع المصادر حول الموضوع.

رابعاً: إشكالية الدراسة وتساؤلاتها:

تبرز إشكالية دراسة هذا الموضوع عن كيفية تنظيم الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا، أيضاً تباين آراء الفقه والقضاء حول مدى اعتبار جائحة كورونا ظرفاً طارئاً أم قوة قاهرة بسبب عدم وجود دراسة موضوعية لتكييف هذا الوباء، أيضاً زخم الدعاوي التي سترفع أمام القضاء حول الالتزامات التعاقدية التي لم تنفذ أو التي تأخر تنفيذها بسبب الجائحة وهل أن جميع الالتزامات التعاقدية تأثرت بسبب الجائحة؟ أم أن هناك عقود يمكن تنفيذها رغم وجود الجائحة، وماهي الإنعكاسات القانونية التي يتركها هذا التنظيم القانوني على عقد الإيجار والمقولة موضوع الدراسة، كذلك عدم وجود نصوص قانونية تعالج سقوط المدد القانونية بسبب عدم التمكن من ممارسة الحق الإجرائي في ظل جائحة كورونا لأن الميعاد المحدد لممارسة الحق في الاجراء جاء بنص القانون فلا يملك الخصم الحق في مدة أخرى أو التقاضي إلى أجل آخر، وبالتالي أن معرفة المعايير والشروط التي تختص بها جائحة كورونا، ومعرفة كيفية معالجة القضايا التي تنشأ فيما يخص الالتزامات التعاقدية محل الدراسة يطرح لنا بعض التساؤلات والتي يتوجب علينا الإجابة عليها في ثنايا البحث وصولاً للحلول التي نطمح تحقيقها من خلال البحث في هذا الموضوع وهذه التساؤلات ندرجها بالآتي:

- ١- هل تعد جائحة كورونا ظرفاً طارئاً أم قوة قاهرة يسمح للشخص التحلل من الالتزامات المترتبة عليه بموجب القانون أو العقد؟ وهل يستطيع التمسك بتلك الجائحة كسبب أجنبي لفسخ العقد أو الإنقاص من الالتزامات أو تعديلها دون ان يترتب على ذلك أي تعويض أو تبعات قانونية يلتزم بها تجاه الطرف الآخر؟
- ٢- هل في التشريع العراقي نصوص أو نظريات متكاملة تستوعب معالجة الآثار القانونية المترتبة على جائحة كورونا أم أن الأمر يحتاج إلى تنظيم قانوني لذلك؟
- ٣- هل يتم التمسك بجائحة كورونا في العقود التي أبرمت في ظل الجائحة أم يتم التمسك بجميع العقود أي حتى قبل جائحة كورونا والمراد تنفيذها وقت حدوث الجائحة؟
- ٤- هل هناك اجراءات أو معالجات قضائية للالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا فيما يخص عقد الإيجار والمقولة موضوع الدراسة وأيضاً المدد القانونية للسقوط في قانون المرافعات؟

٥- هل يستطيع القاضي التدخل في تعديل العقد واهدار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أو مبدأ سلطان الإرادة؟

٦- هل هناك سلطة تقديرية للمحكمة تستطيع من خلالها أن تحقق التوازن العقدي بين أطراف العقد في ظل وجود الجائحة؟

خامسا: نطاق الدراسة:

يتحدد نطاق دراستنا (التنظيم القانوني للإلتزامات التعاقدية في ظل جائحه كورونا) بعقدي (الإيجار والمقاولة) مع تسليط الضوء على (المدد القانونية للسقوط)، وكيف تتم معالجتها من قبل القضاء، وسوف تتم الدراسة في نطاق القانون العراقي بالمقارنة مع القوانين المصري والفرنسي.

سادسا: منهجية الدراسة:

لقد تم اعتماد المنهج التحليلي الذي يقوم على أساس البحث في التشريعات القانونية سواء كانت العراقية وبعض التشريعات المقارنة عن توصيف فكرة جائحة كورونا وإلحاقها بالنص التشريعي المعالج لها، كما اعتمدت على أساس تحليل الفكرة المعروضة ومناقشتها في ضوء الآراء الفقهية المطروحة وبيان الراجح منها، فضلاً عن المنهج المقارن والذي انحصرت فيه المقارنة مع القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل و القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل؛ أيضاً مع الفقه الاسلامي قدر تعلق الامر بالمواضيع ذات الصلة وبهذا يكون المنهج التحليل المقارن الذي يعتمد على تحليل النصوص الواردة في القواعد العامة التي يمكن تطبيقها على جائحة كورونا في حدود تلك التشريعات التي تدخل ضمن نطاق البحث ومقارنة هذه النصوص فيما بينها، كما وقد أخذت هذه الدراسة بالمنهج التطبيقي والمتمثل بالقرارات القضائية الصادرة عن المحاكم المختصة.

سابعا: هيكلية البحث:

من أجل تغطية موضوع دراستنا (التنظيم القانوني للإلتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا)، اقتضت الضرورة تقسيمه على ثلاثة فصول رئيسية، حيث تضمن الفصل الأول مفهوم جائحة كورونا وطبيعتها القانونية، وقد تكون من ثلاث مباحث تضمن المبحث الأول ماهية الجائحة وبيان خصائصها وأنواعها، أما المبحث الثاني فقد احتوى على الطبيعة القانونية لجائحة كورونا، كما جاء المبحث الثالث ليحتوي على دراسة العقود ودور الزمن في تنفيذها.

أما الفصل الثاني فقد تضمن الآثار القانونية لجائحة كورونا، والذي احتوى على ثلاث مباحث أيضاً، حيث جاء المبحث الأول لدراسة أثر جائحة كورونا على عقد الإيجار، و أثر

جائحة كورونا على عقد المقابلة في المبحث الثاني، أما المبحث الثالث فقد تم تخصيصه لدراسة أثر جائحة كورونا على المدد القانونية للسقوط وتمييزها من مدد التقادم.

أما الفصل الثالث والأخير من هذه الدراسة فقد تم عقده لدراسة سلطة المحكمة في تعديل الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا، والذي تكون من مبحثين، احتوى المبحث الأول على سلطة المحكمة باعتبار جائحة كورونا ظرف طارئ، أما المبحث الثاني لدراسة سلطة المحكمة باعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة، وفي نهاية دراستنا هذه كانت هناك خاتمة تضمنت أهم النتائج والمقترحات التي توصلت إليها الدراسة.

ثامنا: الدراسات السابقة.

من أهم الدراسات السابقة التي تمت على هذا الوصف:

١- د. وضاح غسان عبد القادر ود. صخر احمد نصيف، النظام العام وأثره على مدد السقوط واجراءات التقاضي في ظل جائحة كورونا، بحث مقدم الى مؤتمر كلية القانون والعلوم السياسية جامعة ديالى، ٢٠٢٠.

٢- د. مصطفى عبد الأمير عياد، أثر الجائحة على العقد، في بيع الثمار في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد (٦) العدد (١)، ١٩٩٨.

٣- د. خالد جاسم الهندياني، د. عبد الرحمن عبد الواحد الرضوان، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على عقد الإيجار بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، ج (١)، نوفمبر (عدد خاص بجائحة كورونا) / ٢٠٢٠.

٤- تأثير جائحة كورونا على المواعيد الاجرائية في التشريع الجزائري، بحث منشور بدون مؤلف في جامعه الجزائر، سنة ٢٠٢٠.

٥- أثر جائحة كورونا على سريان المواعيد الاجرائية المدنية، دراسة مقارنه، تونس، المغرب، فرنسا، بحث منشور بدون مؤلف في جامعة الجزائر، ٢٠٢٠.

٦- د. اسراء خضير مظلوم واخرون، أثر جائحة كورونا على مدد الطعن بالأحكام القضائية، بحث منشور في مجلة الفنون والآداب وعلوم الانسان والاجتماع، سنة ٢٠٢٠.

الفصل الأول
مفهوم
جائحة كورونا

الفصل الأول

مفهوم جائحة كورونا

تمهيد وتقسيم:

يعد انتشار فايروس كورونا حدث مهم ومثير ذو أبعاد قانونية، رتبت آثاراً بعيدة المدى على مجموعة واسعة من المجالات الحياتية العامة، فأثر على العقود المبرمة قبل تفشيته، والتي تعطل أداءها أو أُحبط بسبب القيود المختلفة التي دخلت حيز النفاذ لمواجهة هذا الوباء، ومن الطبيعي أن تحاول الشركات والأفراد على جميع المستويات الخروج من العقود التي أصبحت فجأة من الصعب أو حتى من المستحيل تنفيذها، ولما كان القانون هو الفيصل لتوزيع المخاطر بين الأطراف المتعاقدة، وبالتالي فإن التزامات الطرفين تتحدد عموماً عند إبرام العقد الذي يضع القواعد الملزمة لأطرافه، وقد يؤدي عدم القدرة على التنبؤ بجميع المخاطر المحيطة بالعقد إلى إنهاءه قبل تنفيذه أو بعد تنفيذه بفترة قصيرة وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد حسب درجة وخطورة الأضرار التي سببتها الجائحة، لذلك يتطلب منا معرفة حقيقة هذه الجائحة من خلال بيان ماهيتها وكذلك أنواعها وطبيعتها فمن غير المؤكد ما إذا كان ينبغي تطبيق أي من المبادئ التي يحددها القضاء في المنازعات الناشئة بخصوص العقود، إذا لم يتم تحديد طبيعتها القانونية.

ومن أجل معرفة ذلك اقتضت الضرورة تقسيم هذا الفصل على ثلاثة مباحث، سنتناول في المبحث الأول ماهية الجائحة، فيما خصص المبحث الثاني إلى تسليط الضوء ومناقشة الطبيعة القانونية لجائحة كورونا، أما المبحث الثالث والأخير في هذا الفصل سنسلط الضوء فيه على العقود ودور الزمن في تنفيذها، وكما يلي:

المبحث الأول

ماهية الجائحة

لقد تباين الفقهاء في وضع مفهوم للجائحة وكان اختلافهم ناتج عن تباين تحليلاتهم لمسبباتها التي تكون مرة طبيعية تصيب الثمار المبيعة ورؤوس الأشجار لا دخل للإنسان فيها^(١)، ومرة غير طبيعية أي يتسبب الإنسان في وقوع أضرارها، التي تكون تارة اجتماعية وتارة أخرى اقتصادية^(٢)، كما اختلفوا أيضا في تنظيمها القانوني، وما يهمننا من تنظيمها قانوناً هو وقوعها في مرحلة ما من مراحل تكوين العقد والتي تمثل مرحلة جوهرية التي تفرغ فيها إرادة الأطراف في صورتها الواقعية الملموسة، بعد أن كان مجرد أفكار غير منزلة بشكل ظاهري، وحتى يتم تنفيذ العقد المدني من دون أي تأثير خارجي فلا بد من أن تكون شروط التكوين والإنعقاد صحيحة، ووقوع الجائحة يؤثر على تكوين العقد فلن ينشأ الالتزام في ظل وجودها وتأثيرها وبالتالي يؤثر على الالتزام الواقع على أطراف العقد، ومن أجل الدخول في تلك التفاصيل القانونية لابد أولاً من بيان المفاهيم العامة للجائحة والتعرف عليها وعلى أنواعها، ومن أجل الوقوف على ماهية الجائحة بمعناه المطلق يتطلب ذلك تقسيم هذا المبحث على مطلبين، سنناقش في المطلب الأول تعريف الجائحة لغةً واصطلاحاً، وأنواع الجوائح في المطلب الثاني، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف الجائحة

إن التقصي والدراسة والبحث عن تعريف الجائحة إنما هو بيان معنى الحادث الذي يقع ويؤدي إلى التسبب بالأضرار التي تقع على طرفي العقد، ويؤدي إلى حدوث نزاع بينهما، وبيان ذلك المفهوم يتم عن طريق البحث عن الآراء اللغوية والفقهية المستندة إلى أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي ثم القانون المقارن، ليسهل علينا معرفة التأثير الذي تسببه جائحة كورونا على أطراف الالتزامات العقدية وهو الهدف المرجو من دراستنا هذه والذي يقتضي

(١) د. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والإستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون

المدني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٦٣٧.

(٢) د. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد، المصدر نفسه، ص ٦٣٧.

الرجوع إلى كتب اللغة والفقه الإسلامي ثم اقتراح النص المناسب مع الأخذ بنظر الاعتبار شموليته ومرونته لكي يمكن اعتماده، ومن أجل الإحاطة بمفهوم الجائحة والخروج بتعريف أقرب ما يكون إلى واقع دراستنا يتطلب ذلك معرفة ما تعنيه (الجائحة) لغةً، وكذلك اصطلاحاً، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنناقش في الفرع الأول تعريف الجائحة لغةً واصطلاحاً، أما بالفرع الثاني سنبين فيه خصائص الجائحة وكما يأتي:

الفرع الأول

تعريف الجائحة لغةً واصطلاحاً

تعرف الجائحة لغةً بأنها: "الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة . وكل ما استأصله: فقد جاحه واجتاحه، وجاح الله ماله وأجاحه، بمعنى، أي أهلكه بالجائحة، وروي عن النبي صلى الله عليه وآله سلم: أنه نهى عن بيع السنين ووضع الجوائح، وفي رواية: أنه أمر بوضع الجوائح، ومنه قول الشاعر: ليست بسنهاء ولا رجبية، ولكن عرايا في السنين الجوائح وروى الأزهري عن الشافعي، قال: جماع الجوائح كل ما أذهب الثمر أو بعضها من أمر سماوي بغير جناية آدمي"^(١) .

في حين عرفت أيضاً أنها: " الآفة التي تهلك الثمار وتستأصلها . وكل مصيبة عظيمة وفتنة مبيرة جائحة، يقال جاحت الآفة المال تجوحه جوحاً من باب قال: أهلكته . وتجيحه جياحة لغة فهي جائحة والجمع الجوائح . وأجاحه بالألف لغة والجوح: الاستيصال . وجاح الله ماله وأجاحه بمعنى أهلكه بالجائحة . وجاحهم يجوحهم: إذا غشيهم بالجوائح . والجائحة: التي تتركب هواها ولا يمكن ردها . والجاح: ضرب من الشوك، الواحدة جاحة، ولعل منه قوله (ع) " ولقد هون علي وجدي وشفأ جاح صدري "^(٢) .

(١) محمد بن المكرم جمال الدين ابن منظور، معجم لسان العرب، ط ٣، ج ٢، دار صادر، بيروت، لبنان، ١٩٩٣، ص ٤٣١ - ٤٣٢؛ ويؤيد هذا التعريف أيضاً: د. احمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزؤه المجلد الأول، ط ١، دار ابن عفتان للنشر والتوزيع، ١٤١٨-١٩٩٧م، ص ٥٨١.

(٢) فخر الدين الطريحي، مجمع البحرين، تحقيق السيد أحمد الحسيني، ط ٢، ج ١، مكتب الثقافة الإسلامية، (دون مكان نشر)، ١٩٨٧، ص ٤٢٤.

أما اصطلاحاً ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريفها بأنها: "كل شيء لا يستطيع دفعه لو علم به، كالبرد، والحر، والجراد، والمطر. وقيل: هي الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها، وكل مصيبة عظيمة، وفتنة مبيرة، والجمع: جوائح"^(١).

وعرف كذلك مصطلح الجائحة بأنه: "كل آفة لا صنع للإنسان فيها: كالريح، والبرد، والجراد، والعطش"^(٢).

وأيضاً عرفت بأنها "ما أتلّف من معجوز عن دفعه عادة قدره من ثمر، أو نبات بعد بيعه"^(٣).

وفي الخصوص ذاته في تبيان المعنى الاصطلاحي للجائحة عرفت أيضاً على أنها المانع الذي يطرأ فيؤدي إلى منع الإنتفاع من العين المؤجرة فأن كان المنع قبل القبض فله الفسخ لأن العين قبل القبض مضمونة على المؤجر فللمستأجر الفسخ عند تعذرهما، وأن كان المنع بعد القبض فأن كان تلفاً بطلت الاجارة لتعذر تحصيل منفعة المستأجر^(٤).

وأضاف فقهاء الشريعة الإسلامية أيضاً بأنه إذا تسلم المشتري الثمار وهلكت بجائحة بعضها أو كلها بعد التسليم وأن كانت موجودة على الشجر فهلاكها على المشتري، وهذا ما ذهب إليه الفقه الحنفي والجعفري والشافعي، وخلافهم في ذلك المالكية والحنابلة فذهبوا إلى أنه حتى وأن تسلم المشتري الثمار وهي موجودة على الشجر فهلاكها بالجوائح يكون هنا على البائع، لأن طبيعة المبيع تؤيد ذلك فيكون البائع هنا مسؤولاً عن سلامة الثمار المباعة^(٥).

(١) د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٥١٤؛ عثمان بن الحاجب، جامع الأمهات أو مختصر ابن الحاجب، اليمامة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٨، ج ١، ص ٢٥٤.

(٢) برهان الدين ابو اسحاق، المبدع شرح المقنع، ج ٤، عالم الكتب، بيروت، ٣٠٠٣، ص ١٧٠.

(٣) الصاوي المالكي، حاشية الصاوي علي الشرح الصغير، ج ٢، دار المعارف، دون مكان نشر، ص ٨٧؛ د. أحمد فتح الله، معجم ألفاظ الفقه الجعفري، ط ١، مطابع المدوخل، الدمام، ١٩٩٥، ص ١٣٥.

(٤) محمد بن جمال الدين مكي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، دار التفسير للطباعة والنشر، ج ٢، ص ٢١٤.

(٥) محمد غانم يونس، سلطة القاضي في تكميل العقد، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٧، ص ١٧.

أما عن تعريف الجائحة علي الصعيد الفقهي القانوني عرفت على أنها: "حدث عام طارئ أثناء تنفيذ العقد، غير متوقع الحدوث وقت إبرامه، ويتعذر دفعه أو تجنب آثاره، مما يسبب خسارة فادحة للمدين إذا استمر في تنفيذ التزامه بشروطه السابقة"^(١). في حين يرى أحد فقهاء القانون بانها كارثة طبيعية أو هي نازلة أو آفة تصيب الثمار المبيعة وهي على رؤوس الشجر، فيوضع عن المشتري من الثمن بقدر ما أصابته من جائحه^(٢).

نفهم مما سبق إن أغلب التعاريف اللغوية والإصطلاحية، لفقهاء الشريعة الإسلامية تدل على أن الجائحة هي الشدة، والنازلة العظيمة التي تأتي على المال فتذهب كله أو بعضه، أو على الزرع والثمار فتستأصله وتهلكه. أما في دراستنا هذا نرى أن جائحة كورونا ومن ناحية قانونية تعرف بأنها حدث خارج عن إرادة أحد الأطراف المتعاقدة تجعل من تنفيذ العقد المبرم قبل تفشي هذا الوباء أو بعده والمراد تنفيذه في ظل الجائحة مرهق يهدد بخسارة فادحة أو غير قابل للتنفيذ مطلقا في ظل استمرار وجودها.

(١) د. مصطفى عبد الأمير عياد، أثر الجائحة على العقد، في بيع الثمار في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد (٦) العدد (١)، ١٩٩٨، ص ٥.

(٢) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنه بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الاولى، مصر، ١٩٩٤، ص ٣٩٦.

الفرع الثاني

شروط الجائحة

تتميز الجوائح عادة بمجموعة من الشروط تعتمد على ظروفها المحيطة بها ومن خلال هذه الشروط نستطيع أن نعرف درجة تأثيرها على العقود والالتزامات وقد تعلق الأمر بدراستنا نرى أن جائحة كورونا تتميز بمجموعة من الشروط القانونية، والتي سنتطرق إلى أهمها وبشكل موجز:

أولاً: عدم التوقع بحدوثها:

من الطبيعي أن الظروف الإستثنائية تحصل بشكل مفاجئ لا يستطيع أطراف العقد أن يتوقع حدوثها، فلو التزم طرفان بتنفيذ عقد مبرم بينهم قبل العلم بتقشي جائحة كورونا فذلك غير متوقع، وهو أقرب ما يكون إلى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة كسبب للإعفاء من المسؤولية، ويتم تقدير ذلك وفقاً لمعيار موضوعي مجرد لا شخصي، فلا يكفي أن يكون المدين غير متوقع للحادث، بل يجب ألا يتوقعه الشخص المتوسط عندما يكون في الظروف نفسها، فعدم إمكان التوقع يقدر بطريقة مطلقة وليست نسبية^(١).

كما إن عدم التوقع بوقوع جائحة كورونا ربما يجعل القاضي يرجع تكيفها القانوني الى عدها قوة قاهرة لبعض العقود عندما تكون الاستحالة مطلقة ودائمة^(٢).

وعدم التوقع هو: "أنه أثناء مرحلة إبرام العقد لم يرد بذهن أي من المتعاقدين أن حدثاً معيناً ما سوف يحدث، وذلك لأن ذلك الحدث لم يقع بالمرة أو لأنه لا توجد علامات تشير إلى حدوثه"^(٣).

(١) د. ياسر عبد الحميد الافتتاحات، جائحة فايروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الغرير، الإمارات العربية المتحدة، السنة الثامنة، الملحق الخاص، العدد (٦)، شوال ١٤٤١/٢٠٢٠، ص ٧٨٤-٧٨٦.

(٢) د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الاولى، مطبعة مصر، ط١، ١٩٤٩، ص ٤١١.

(٣) د. محمد محيي الدين اسماعيل سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٠م، ص ٣٣.

لذلك يشترط في الواقعة لكي تعدّ قوة قاهرة أن تكون من غير الممكن توقع حدوثها. فإذا أمكن توقع الحدث، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً يعني من المسؤولية^(١). ولا ينكر ما لهذا الشرط من أهمية، إذ إن توقع الحدث أو عدم توقعه، يمثل الحد الفاصل بين قدرة الخصم على تحاشي وقوع الحدث من خلال الاستعداد السابق له إذا كان يتوقعه، أو عدم قدرته على ذلك متى لم يكن ممكناً بالنسبة إليه توقع الحدث^(٢).

وشرط عدم التوقع، يعني استبعاد كافة الظروف والأحداث التي تدخل في علم الخصم وإدراكه وتوقعه من دائرة الأسباب الأجنبية، ويترتب على ذلك، أن تعدّ الظروف والأحداث الوشيكة أو المحتملة والمتصورة الوقوع مثل المواجهات المسلحة حالياً، مستبعدة من الدفع بتوافر السبب الأجنبي^(٣).

لذلك أن المقصود بهذا الشرط أن تكون الواقعة غير ممكنة التوقع في لحظة معينة إذ لا يتخيل في تلك اللحظة حدوثها. أو يمكن القول أن الواقعة ينذر حصولها في شؤون الحياة اليومية وعدم التوقع من وجهة النظر هذه يعدّ مسألة شخصية أو ذاتية في حين أن الفقه يشترط في الحدث أن يكون غير متوقع، لا من جانب الخصم فحسب، بل من أشد الناس حرصاً^(٤). وعلى هذا الأساس يكون المعيار في هذه المسألة هو المعيار الموضوعي وليس المعيار الشخصي^(٥). وإلحاقاً بما سبق تعدد الجائحة أو الحدث الذي لا يتوقع حدوثه أقرب إلى نظرية القوة القاهرة^(٦). وتمثل هذه الخاصية الفاصل بين قدرة الخصم على تحاشي وقوع الحدث من خلال

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان ص ٣٥٤.

(٢) صفاء تقي عبد نور العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه قدمت الى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص ٢٣.

(٣) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٤) د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط ١، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، مطبعة أطلس، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٣٠٦.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، ج ١، مصدر سابق، ص ٣٥٤-٣٥٥؛ د. نبيل إسماعيل عمر، مصدر سابق، ص ٣٠٦.

(٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز، ج ١، مصدر نفسه، ص ٣٥٤.

الاستعداد السابق له إذا كان يتوقعه^(١)، وعند تطبيق تلك الخاصية على جائحة كورونا وتوقع حدوث حظر التجوال بسبب زيادة الإصابات بتلك الجائحة وجب عليه اتخاذ الإجراءات اللازمة للطعن بالحكم، كما أن عدم التوقع يمثل استبعاد كافة الظروف والأحداث التي تدخل في علم الخصم وإدراكه وتوقعه من دائرة الأسباب الأجنبية^(٢).

لذلك يتبين أن المقصود بخاصية عدم التوقع بحدوث الجائحة شرط وارد في القوة القاهرة والذي يكون غير متوقع وغير ممكن التوقع قبل وقوعه، فلا يتخيل حدوثه، كما أن الرأي الراجح في الفقه يشترط في الحدث أن يكون غير متوقع، لا من جانب الخصم فحسب، بل من أشد الناس حرصاً في هذا الصدد^(٣).

نستنتج مما سبق إن خاصية عدم التوقع بوقوع الجائحة هو أمر يختلف باختلاف الظروف الطارئة ومن هنا تكمن الصعوبة في معرفة الآلية التي يمكن من خلالها معرفة المعيار الذي يمكن اعتماده لمعرفة درجة هذا التوقع فالمعيار المعتمد من قبل القضاء هو المعيار الموضوعي ينظر إلى الواقعة وتأثيرها على الالتزام التعاقدي وليس معيار شخصي ينظر فيه إلى الشخص ذاته .

ثانياً: عدم القدرة على دفعها:

إن شرط عدم القدرة على دفع الجائحة لا يعفي المدين من التزاماته التعاقدية عندما يصبح التنفيذ بوضع أكثر كلفة له، بل يجب أن تتحقق استحالة مطلقة لا يمكن التغلب عليها حيث إنه إذا كان هناك حادث استثنائي وقع بحيث يمكن السيطرة عليه فهنا لا تعتبر سبب للتصل من المسؤولية^(٤) لأن الغرض والهدف من إنعدام مسؤولية الطرف غير القادر على دفع الجائحة هو عدم القدرة على دفع الضرر حيث أن يؤثر فيه تأثيراً كبيراً وعمل نحو سلبي بحيث تنعدم فيه قدرة الطرف المدين على التصرف به ومواجهة القوة المؤثرة عليه وبالتالي يفقد القدرة على اتخاذ أي مسلك أو إثبات أي تصرف من شأنه تفادي ذلك الحادث.

(١) صفاء تقي عبد نور العيساوي، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٢) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٣) د. نبيل إسماعيل عمر، مصدر سابق، ص ٣٠٦.

(4) Moury J. , Force majeure: éloge de la sobriété , Revue trimestrielle de droit civil , Dalloz revues , Paris , 2004 , p . 471 .

نقلاً عن د. ياسر عبد الحميد الافتتاحات , مصدر سابق , ص ٧٨٨.

وبمعنى آخر أن خاصية عدم القدرة على دفع الجائحة أي أنها قاهرة ومستعصية على الخصم ولا يكون بإمكانه دفع وقوعها أو تلافيها، والتغلب على نتائجها بعد وقوعها ولو ببذل جهد كبير، فإن أمكن دفع الواقعة، حتى لو لم تكن متوقعة، فإنها لا توصف بأنها جائحة^(١).

لذلك تتميز هذه الخاصية بالصعوبة واستحالة تجاوز آثار الجائحة، لأنها لا يمكن مقاومتها ولا التغلب عليها، وذلك لكونها تؤدي إلى أضرار وتأثيرها على الخصم^(٢).

وجدير بالذكر "أن المعيار المتبع بهذا الصدد هو المعيار الموضوعي أيضاً، وليس المعيار الشخصي، بمعنى أن المعيار الموضوعي لا يعتد بالعناصر الشخصية للصيقة بشخص الخصم" بل ينظر إلى الواقعة ومدى تأثيرها^(٣).

ومما تجدر الإشارة إليه أن علة انعدام مسؤولية الخصم في حالة ثبوت تحقق شرط عدم القدرة على دفعها أن علاقتها تكون مباشرة بإرادة الخصم، فتؤثر بشكل سلبي على سلوك الخصم، على نحو يفقد معه قدرته على اتخاذ أي مسلك أو اتيان أي تصرف من شأنه تفادي الواقعة^(٤).

ونرى أن توافر هذه الخاصية يكون للمدين فرصة الالتجاء الى المحاكم المختصة بصدد طلب تعديل شروط العقد، أو طلب الإعفاء من المسؤولية عند عدم تنفيذ الالتزام، لذلك يلزم الحذر عنده الاستفادة من هذه الخاصية، فقد يلجأ أحدهم إلى الجائحة للتهرب من تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه، لذلك يكون المعيار المعتمد هنا للتمييز بين الأمور التي يمكن دفعها والأمور التي لا يمكن دفعها هو معيار موضوعي أيضاً كما في الخاصية الأولى والتي تم الإشارة إليها مسبقاً وليس معياراً شخصياً قوامه الاطراف المتعاقدة بالإضافة أن هذه المسألة تخضع لسلطة القاضي في تقدير ذلك أي القدرة على دفعها من عدمه وله كافة الصلاحيات في ذلك.

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، ط١، دار الجامعات

للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٥٢، ص٩٩٦؛ د. محمد سعيد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٥٠.

(٢) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مصدر سابق، ص٣٣٨.

(٣) د. عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٩٩٧؛ د. نبيل إسماعيل عمر، مصدر سابق،

ص٣٠٦؛ د. محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، ١٩٦٨ ص١٥ وما بعدها.

(٤) صفاء تقي عبد نور العيساوي، مصدر سابق، ص٣٢.

ثالثاً: أن تكون الجائحة خارجة عن إرادة الخصوم (خارجيتها):

وتعني أن تكون الجائحة مستقلة تماماً عن إرادة أطراف الرابطة العقدية،^(١) أي أن لا يتسبب الخصم في حدوثها ولا يسبقها أو يقترب منها خطأه، وأن لا تكون الواقعة ناجمة عن إهمال الخصم أو تقصيره^(٢) ويرجع إلى أهمية هذا الخاصية من حيث كونها تعتبر الركن الأساس لتوافر السبب الأجنبي والمتمثل هنا بالجائحة طالما يشترط في الاستحالة أن ترجع إليها بعيدة عن المدين وإلا يكون له يد فيها . وهذا ما يؤكد بأن هذه الخاصية تقوم في جوهرها ومضمونها على واقعة هدفها معرفة العلاقة بين الهلاك وموقف المدين تجاهها للتأكد من عدم وجود صلة بين موقف المدين واستحالة التنفيذ، فإذا كان هلاك محل الالتزام لا يرجع إلى الجائحة بل إلى خطأ المدين هنا لم ينقضي الالتزام وإنما يظل باقياً ومرتباً لجميع آثاره، ويلزم بضمانه، وقد أشار لتلك الخاصية المشرع العراقي في المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي بخصوص اثبات الصلة بين فعل الخصم والظرف الخارجي في إحداث النتيجة^(٣).

وفي السياق ذاته نجد أن المشرع الفرنسي وفي القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ تحديداً بالمادة (١١٤٧) نص على " عدم القدرة على التعاقد هو سبب للبطلان النسبي " تطرق أيضاً إلى هذه الحالة في المادة (٥٤٠) من قانون الإجراءات المدنية رقم ١٨٠٦ الصادر عام ١٨٠٢ والمعدل

(١) د. محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد والسياسة والإحصاء والتشريع، العدد ٣٩٣ و ٣٩٤، ص ٧٤، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٧٥.

(٢) د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، منشورات الحلبي، ص ٥٣؛ د. سليمان مرقس، شرح قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، ط ١، دار صادر، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٩٩ وما بعدها؛ علي ضاري خليل، السبب الأجنبي وأثره في نطاق المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص ٤١.

(٣) تنص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي على أنه " إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كافة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك " وايضاً نص المادة (١٨) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) المعدل والتي تنص على أنه "يجوز ان يثبت بجميع طرائق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة في حالتين اولاً. إذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه ثانياً. إذا وجد مانع مادي او ادبي حال دون الحصول على دليل كتابي " والتي تقابل نصوص القانون المقارن المادة (٢/٦٣) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ والمادة (١/١٣٤٨) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

بقانون ٢٠٠٧-١٧٨٧ الصادر في ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٧ والتي تنص بما معناه على أنه "يجوز للقاضي أن يعفي المحكوم عليه من سقوط حقه في الاستئناف لرفعه بعد الميعاد إذا لم يعلم بالحكم في وقت مناسب لممارسة حقه في الطعن أو إذا أستحال عليه أن يلجأ إلى القضاء، وكان ذلك بدون خطأ من جانبه"^(١)، نستنتج لما ورد أعلاه أن شرط استقلالية الحادث عن إرادة المدين من الشروط المهمة لما يحققه من العدالة بين أطراف الرابطة العقدية، كما أنه يحقق مبدأ حسن النية في ظل تأثير ووجود الجائحة، فمن غير المنطق والعدالة أن يتحمل المدين التأخير في تنفيذ التزامه أو عدم القدرة على ذلك لسبب لا دخل لإرادته فيه .

المطلب الثاني

أنواع الجائحة

لقد قسم الفقهاء الجوائح وفقاً لمسبباتها على نوعين رئيسيين ينضوي تحتها العديد من الأقسام إلى طبيعية، كالريح المرسلة، والمطر الشديد، والزلازل، وغير طبيعية يتسبب بحدوثها الإنسان، كالحرب، والأوبئة، من صنع البشر، وإذا كانت الجوائح طبيعية أو غير طبيعية فلا بد من وجود أثر قانوني لها يقع على العقود والالتزامات التعاقدية، ويختلف أثرها القانوني على العقد، أن كانت الجائحة قد وقعت قبل تنفيذه أو بعده، كما أن تنوع الجوائح سيخضع الى تنوع الأحكام التي تتبع الكيفية التي أبرمت فيها العقود وفقاً لزمن وقوعها نسبة الى تكوين الالتزامات العقدية مما يستدعي الرجوع إلى الأحكام التشريعية والرقابة القضائية من أجل التأكد من تطبيقها السليم لمبدأ المشروعية الاستثنائية الذي يختلف قواعده وفقاً لظروف الجائحة المؤثرة في الالتزام التعاقدي، وكل ما تقدم لا يمكننا الخوض به قبل معرفة أنواع الجائحة الطبيعية وغير الطبيعية لمعرفة تقنينها، ومن أجل معرفة تلك الأنواع، سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنبين في الفرع الأول النوع الأول وهو الجائحة الطبيعية، أما الفرع الثاني سنخصصه لبيان النوع الثاني وهو الجائحة غير الطبيعية، وذلك على النحو الآتي

(١) . قانون الإجراءات المدنية رقم ١٨٠٦ الصادر عام ١٨٠٢ والمعدل بقانون ٢٠٠٧-١٧٨٧ الصادر في ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٧.

الفرع الأول

الجائحة الطبيعية

وهي حوادث من صنع الطبيعة لا دخل لإرادة البشر فيها ، لذلك تعد الجائحة الطبيعية كل نازلة أو آفة تصيب الثمار المبيعة وهي على رؤوس الشجر، فيوضع عن المشتري من الثمن بقدر ما أصابته من جائحة، فتننتج بفعل الطبيعة بدون تدخل الإنسان في وقوعها^(١).

والجوائح الطبيعية منها ما تصيب الثمار كالريح والبرد، والجراد، والثلج، والغبار، والرياح الحارة، والغار، والجليد والدود، والطير، والمطر المضر، والغرق، والعطش، والعفن، والعفاء وهو يبس الثمرة مع تغير لونها، والقسم وهو مثل العفاء، والجرش وهو خمدان الثمرة، والشوبان وهو تساقط الثمرة،^(٢).

نفهم مما سبق أن التعاريف اعلاه يمكن أن تشترك في مفهوم معين بأنها كل ما لا يستطيع دفعه أو تلافي أضرارها بأقل الخسائر، كما عرفها أحد الفقهاء بأنها: "هي ما لا يستطيع دفعه كالبرد والريح"^(٣)، وهذا القيد مهم جداً في الجائحة وهو أن يعجز عن دفعها وإن علم بها^(٤).

أيضا عرفت على أنها " الكارثة الطبيعية، كالريح القوية والمطر الغزير " ^(٥).

وفسرت أيضا بالعاهة والعاهة هي الآفات والبلايا التي تصيب الزرع، وتصيب الإنسان في نفسه وماله، وسميت بالجائحة الطبيعية لأنها منسوبة إلى الطبيعة، لا دخل لإرادة البشر فيها،

(١) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مصدر سابق، ص ٣٩٠.

(٢) محمد بن عبد الرحمن المالكي الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ومعه مختصر الشيخ خليل، تحقيق محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي، دار الرضوان، ٢٠١٠، ج ٤، ص ٥٠٦؛ د. محمد بن راشد بن علي العثمان، بيع العقار والثمار في الفقه الإسلامي (بحث مقارنة)، ط ٣، ١٩٩٧، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٧، ص ٩٨.

(٣) أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، بيروت، دار المعرفة، ١٩٩٢، ج ٢، ص ٢٨١. احمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت، دار الفكر، ١٩٩٥م، ج ٢، ص ١٢٩.

(٤) محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، بيروت، دار الفكر ج ٣، ص ١٨٣.

(٥) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعة الاولى، ١٤٢٣، ج ١، ص ٢٢٣.

لذلك يذكر أن كل مالا اختيار للإنسان فيه ينسب إلى الطبيعة، على معنى أنه خارج عن قدرة الإنسان^(١).

ويلاحظ على هذا الرأي أنه ينظر إلى الجائحة الطبيعية، على أنها تقع بفعل الطبيعة، ويغفل عن الجائحة التي تقع بفعل الإنسان أو بفعل ما يمتلكه من أشياء حية أو جامدة.

ويذكر الفقهاء بعض أنواع الجوائح الطبيعية كالنار، والريح - وهو السموم - والثج، والغرق بالسبل، والبرد، والطير الغالب، والمطر المضر، والدود، والقحط والعفن، والجراد، والجديد، والغبار المفسد، والعفاء - وهو يبس الثمرة مع تغير لونها - والقسم - والشریان - وهو متساقط الثمرة - والشمركة - وهو ألا يجري الماء في الشماريح، ولا يربط حسنة ولا يطيب^(٢).

وفي السياق ذاته تعد الجائحة الطبيعية ظرف يجتاح المال فيهلكه كله أو بعضه بسبب كونه امراً عارضاً خارجاً عن تدخل الإنسان^(٣).

لذلك ذهب البعض إلى عد الجائحة الطبيعية على أنها حدثاً خارجياً استثنائياً خارجاً عن حدود المؤلف فبوقوعه سيصيب محل العقد، ويعجز الإنسان عن دفعه ومن شأنه أن يقلب اقتصاديات العقد على المدين، ويتحمل البائع ايضاً عبء الضرر المترتب على تحققه، في حين يزال الإرهاق عن المدين بانقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول^(٤).

وهذا ما أكده أحد فقهاء القانون عند تعريفه للجائحة الطبيعية على أنها "كارثة طبيعية أو نازلة أو آفة تصيب الثمار المباعة وهي على رؤوس الشجر، فيوضع عن المشتري من الثمن بقدر ما أصابته من جائحة"^(٥).

وذلك التعريف ينظر إلى الجائحة الطبيعية من حيث أن يكون وقوعها بفعل الطبيعة، أي إنها أمر طارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه لتلافي نتائجه، في حين يرى الباحث أن هذه الظواهر

(١) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط٦، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٠١.

(٢) أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية بيروت، ص ٥٠٧.

(٣) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مصدر سابق، ص ٣٩٦.

(٤) د. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، دمشق، سنة ١٩٧١، ص ٨٥.

(٥) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مصدر سابق، ص ٣٩٠.

الطبيعة التي تم ذكرها بجميع مسمياتها لا تعد جائحة يستطيع أحد اطراف العقد التمسك بها للتخلص من التزاماته إلا إذا استحال دفعها ومقاومتها والتخلص من آثارها المرهقة .

الفرع الثاني

الجائحة غير الطبيعية

هي حوادث على خلاف الطبيعة ترجع أسبابها إلى فعل الإنسان سواء أكانت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ومع ذلك تعتبر معفية من المسؤولية متى ما توفرت شروطها ويفرق الفقهاء بين أنواع الجوائح من حيث كونها طبيعية أو غير طبيعية بخصوص ما يصيب الثمار من السماء مثل البرد، والقحط، هو جائحة طبيعيه، وكذلك العطش^(١)، ولكنهم اختلفوا فيما أصاب الثمرة من الآدميين هل يعتبر جائحة أم لا على قولين^(٢):

القول الأول: لم يعتبروا جائحة الآدميين، وقالوا: أن الجائحة هي كل آفة لا دخل للآدمي فيها كالريح والبرد، والجراد، والعطش^(٣).

أما القول الثاني: اعتبروا فعل الآدميين جائحة اذا سبب ضرر للآخرين وهو المعتمد في مذهب المالكية والحنابلة على أنه من أتلف الثمر من الآدميين ممن لا يمكن تضمينه، ولا دفعه، كالجيوش التي تنهبها فإنه تعتبر جائحة^(٤)

أما القول الثالث: ذهب إلى أن الجائحة تشمل ما يصيب الثمر من أمر طبيعي أو من صنع الآدمي مرجعهم في ذلك هو وجود تشابه بين الآدميين والأمور الطبيعية أو السماوية في وجود الضرر وعدم القدرة على رده^(٥).

ويرى الباحث أن أصحاب القول الثالث هم الأصوب والأقرب إلى المنطق، فالجائحة سواء أكانت طبيعية أم غير طبيعية ينظر إليها ما تتركه من آثار ضارة تجعل من تنفيذ الالتزامات في

(١) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، الكويت، ج ١٥، ط ٢، ١٩٨٩، ص ٧٢.

(٢) نزار أحمد عيسى عويضات، أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلهما في القانون، المدني، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٣، ص ٥٣.

(٣) المصدر نفسه، ص ٥٣-٥٤.

(٤) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مصدر سابق، ص ٣٣.

(٥) القاضي ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الازهر ج ٢ ص ٢٨٢.

مجال المعاملات التعاقدية مرهق أو غير قابل للتنفيذ حسب الاضرار التي تصيب الاطراف المتعاقدة.

ومما سبق نستنتج أن الجائحة تكون على نوعين طبيعة لا دخل للإنسان في وجودها وغير طبيعية أي أن يتسبب الانسان في وجودها، أما بخصوص فايروس كورونا فأن يستحق وصفه جائحة لأنه انتشر في مساحات كبيرة بل يكاد يغزو جميع دول العالم، وأيضاً ظرف استثنائي غير مستطاع دفعه، فهو يحمل معنى القهر والغلبة، فيكون كل شيء بهذا الوصف جائحة، ومن أجل الوصول إلى أهم النتائج التي توصل إليها القانون الوضعي في معالجة تلك الحوادث الغير متوقعة فلا بد من البحث جلياً في أساسها القانوني كجائحة عالمية لها آثار على الالتزامات التعاقدية في أغلب الدول ومنها العراق بغية التوصل الى أهم الحلول القانونية المعالجة لآثارها السلبية المتحققة من جراء وقوعها على أطراف العلاقة التعاقدية.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لجائحة كورونا

يستمد تشريع كل دولة مضمونة من الظروف الواقعية المحيطة، فيتعامل معها ويستوعبها حتى يصل إلى أقصى درجة من الفائدة المتوخاة منه في تنظيم العلاقات المجتمعية، ولا خلاف إن لكل حقبة قانونية قواعد وأدوات قانونية تحكم تصرفاتها وتجري عليها في معالجة كافة أشكال المنازعات فيها، ويبقى الفيصل في كل ذلك هو حكم القانون ورقابة القضاء على حسن تنفيذه، ويعد انتشار جائحة كورونا بشكل خطير في معظم دول العالم، وما ترتب عليه من توقف لجميع الأنشطة بمختلف أنواعها سبباً في توقف تنفيذ أغلب الالتزامات التعاقدية بشكل مستمر أو مؤقت فجعل من تنفيذها مرهقاً أو مستحيلاً بالنسبة لأطرافها، فهناك إشكال قانوني وتساؤل حول مدى اعتبار جائحة كورونا ظرف طارئ أم قوة قاهرة:

ولبيان ذلك بالتفصيل استدعت الضرورة تقسيم هذا المبحث على مطلبين، سنناقش في المطلب الأول الظروف الطارئة، أما في المطلب الثاني سنخصصه للقوة القاهرة، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

الظروف الطارئة ومدى انطباقها على جائحة كورونا

أذا كان العقد المبرم يحتوي على شرط ضمني بين المتعاقدين يجعل بقاء العقد واستمراره مرتبطاً بدوام الظروف التي أبرم في ظلها فإذا ما طرأت حوادث أدت إلى اختلال في التزامات طرفي العقد أو أحدهما وجب حسب هذه القاعدة تعديل العقد لإزالة الأضرار الناتجة من الظروف الطارئة الإستثنائية الذي لم يكن في حسابان المتعاقدين وقت إبرامه^(١)، ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تمثل القاعدة العامة التي أوردت تفصيل ليس بالكافي لمفهوم الجائحة واضرارها ارتأينا تسليط الضوء عليها من خلال هذا المطلب والذي قسمناه على فرعين، تعريف الظروف الطارئة وذلك في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني سنبين آثار الظروف الطارئة، وكما يلي:

الفرع الأول

تعريف الظروف الطارئة

يعرف الظروف الطارئة بأنه "حدث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول، ينجم عنه اختلال في المنافع المتولدة من عقد متراخي التنفيذ، بحيث أن تنفيذه كما أوجبه العقد يرهق المدين إرهاباً شديداً، ولذا جاز للقاضي أن يوزع تبعه الحادث بين طرفي العقد وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"^(٢).

في حين أن المشرع العراقي أشار إلى حكم تحقق الظروف الطارئة في العلاقة التعاقدية من خلال المادة القانونية والتي نصت على أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"^(٣).

(١) عمار محسن كزار الزرقي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، جامعة الكوفة، كلية القانون، ٢٠١٥، ص ٥.

(٢) د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط ٢، مطبعة مصر، القاهرة ١٩٥٤، ص ٣١٧.

(٣) للمزيد ينظر نص المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي.

وفيه من نص المادة آنفة الذكر أنه يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تتوافر ثلاثة شروط، وهي أن يكون العقد متراخي التنفيذ، وأن تطرأ حوادث استثنائية عامة بعد إبرام العقد، وأن تكون هذه الحوادث غير متوقعة^(١).

١- الشرط الأول، هو أن يكون العقد أما من العقود المستمرة التنفيذ (الزمنية) أو الفورية التنفيذ ولكن تنفيذه مؤجلاً، ومثاله عقد الإيجار، فهو من العقود الزمنية أو عقد التوريد^(٢).

٢- الشرط الثاني، أن تطرأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه. حوادث استثنائية عامة، أي أنه يشترط في الحادث توافر صفتين: وهي أن يكون استثنائياً وأن يكون عاماً. ويراد بالصفة الأولى أن يكون الحادث مما لا يتفق مع السير العادي للأمر قبل الحرب. ويراد بالصفة الثانية ألا يكون هذا الحادث الإستثنائي خاصاً بالمدين، بل أن يشمل أثره عدد كبير من الناس كبلد معين أو إقليم معين مثل الوباء الصحي^(٣).

٣- الشرط الثالث أن لا يكون هذا الظرف الطارئ متوقعاً عند إبرام العقد. وعدم التوقع يستلزم عدم إمكانية دفع الظرف الطارئ، فأن كان في الإمكانية دفعه فإنه يستوي أن يكون متوقعاً أو غير متوقع والمعيار في هذا الصدد هو المعيار الموضوعي لا المعيار الشخصي الخاص بالمدين^(٤).

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احباء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص٧١٧؛ السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، قام بتتقيقها وإضافة ما جد من تشريع وقضاء وفقه مصطفى محمد الفقي، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٧، ص٢٤٣؛ احمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصدر سابق، ص٣١٧-٣١٨؛ الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، ط٥، مطبعة نديم، بلا سنة طبع، ص١٦٢-١٦٣.

(٢) د. احمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص٣١٨؛ د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص١٦٢.

(٣) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، إثبات الالتزام، بغداد، ١٩٧٦، ص١٥٤-١٥٥.

(٤) د. حسن علي الذنون، المصدر نفسه، ص١٥٩؛ د. إسماعيل العمري، مصدر سابق، ص٤٢.

يتبين من خلال اطلاعنا على الشروط الخاصة بنظرية الظروف الطارئة أن تأثير الجائحة يكون حسب نوعية الالتزام التعاقدى الذي يجب تنفيذه في ظل وجود جائحة كورونا وطبيعة العقد إذ أن هناك بعض الالتزامات من غير الممكن تنفيذها كما هو الحال بالنسبة للأشياء القابلة للتلف والغير قابلة للتأخير لسرعة هلاكها وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليها بصدد تحديد طبيعتها القانونية .

إن المشرع العراقي لم يشترط توافر صفة (العموم) في الحادث الإستثنائي في بعض التطبيقات الخاصة بنظرية الظروف الطارئة مثال ذلك ما جاء في المادة (١/٧٩٢) التي تقضي بانه: "إذا كان الإيجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته إذا أحدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً...".

ويلاحظ أن هذا التطبيق التشريعي خرج على النص العام من وجهين فهو لم يشترط أن يكون هذا الحادث الاستثنائي (عاماً) وهو من ناحية أخرى أجاز (فسخ) عقد الإيجار بخلاف النص العام الذي يقتصر على (إنقاص الالتزام المرهق) .

أما الفقه المصري فأيد نظرية الظروف الطارئة وعبر عنها بأنها تمثل من خلال تواجد المتعاقدين في ظروف اقتصادية غالباً جداً يصعب الالتزام التعاقدى من طرفه لا يتم إلاً مقابل خسارة فادحة^(١)، كذلك عبر عنها من حيث اعتبارها تطبيقاً من تطبيقات مفهوم الجائحة على اعتبار أن الجائحة ظروف تجتاح المال فتهلكه كله أو بعضه بسبب كونها أمراً عارضاً خارجاً عن تدخل الإنسان^(٢).

أما المشرع المصري فقد أشار الى نظرية الظروف الطارئة من خلال نص الفقرة الثانية للمادة (١٤٧) من القانون المدنى المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨: "مع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد ، مصدر سابق ، ص ٣٩٥.

(٢) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومى، مصدر سابق، ص ٣٩٦ .

على خلاف ذلك"، حيث عد أن هذه النظرية تعتمد على أن يصبح الالتزام مستحيلاً حينما يصبح صعب التنفيذ، ووضع المشرع المصري لها شروطاً أيضاً أهمها^(١):

١- حصول الظرف الطارئ العام بعد نشأة الالتزام.

٢- عدم إمكانية توقع الظرف الطارئ.

٣- يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً.

أما الفقه الفرنسي فأنكر هذه النظرية وسلب حق المشرع بإدخالها ضمن القانون ووضع نص تشريعي لها متذرعاً بحجة تصادمها مع مبدأ القوة الملزمة للعقد وإنها تزعزع ثبوت المعاملات العقدية قبل تعديل القانون المدني الفرنسي، وعلى العكس من ذلك فقد تبناها القضاء الفرنسي ويعتبر الحكم الصادر من قبل مجلس الدولة الفرنسي في ٣٠ مارس ١٩١٦^(٢) يمثل أصل نظرية

(١) إحسان ستار خضير، نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود، بحث الترقية إلى الصنف الأول من صنوف القضاة، مقدم إلى رئاسة محكمة استئناف ذي قار، إشراف الأستاذ مدحت المحمود، ١٩٩٧، ص ٨.

(٢) صدر هذا الحكم في قضية شركة الإنارة المشهورة (بورودوكس) وتضمن تعويض للشركة المذكورة اعلاه من بلدية مدينة بورودو نتيجة الارتفاع المفاجئ في أسعار الفحم بسبب احتلال قوات العدو آنذاك لأجزاء واسعة من الأراضي المنتجة للفحم في أوروبا وبالتالي قام المجلس بتعديل بنود العقد المبرم بين البلدية والشركة بما يكفل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد المختل)، وقد نص الحكم على: (التعليق:

بموجب هذا القرار وضع مجلس الدولة نظرية الحوادث الطارئة La théorie de l'imprévision التي تسمح باستمرارية ودوام العقود الإدارية في حال اضطراب توازنها الاقتصادي بفعل أحداث لم يتوقعها الأطراف .

الوقائع والإجراءات:

إن الشركة العامة للإنارة في بورودو كانت تريد أن تتحمل بلدية بورودو زيادة الكلفة التي ترتبت عليها بفعل الارتفاع الكبير في أسعار الفحم التي تضاعفت خمس مرات منذ إبرام عقد الامتياز بين الطرفين في ١٩١٦ ؛ ذلك أنه بسبب الحرب العالمية الأولى (١٩١٤ / ١٩١٨) سقطت معظم المناطق المنتجة للفحم في يد الاحتلال الألماني وأصبح النقل عن طريق البحر أكثر صعوبة.

بمناسبة هذه القضية قضى مجلس الدولة بأن من المفروض أن عقد الامتياز يحدد بصفة نهائية التزامات الطرفين وتكون تغيرات أسعار المواد الأولية بسبب الظروف الاقتصادية من بين مخاطر السوق التي يتعين على الملتزم أن يتكفل بها ؛ ولكن عندما يضطرب التوازن الاقتصادي للعقد إلى درجة كبيرة جداً لم يكن يتوقعها الأطراف، فإنه لا يمكن للملتزم أن يضمن سير المرفق في الظروف المتفق عليها في البداية. ولهذا فإن مجلس الدولة الفرنسي

الظروف الطارئة وذلك لأن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر أول جهة تشريعية تصدر أحكاماً لهذه النظرية^(١) أما بعد تعديل القانون المدني الفرنسي بصدور قانون العقود الفرنسي الجديد رقم ٢٠١٦ فقد نص بوضوح على نظرية الظروف الطارئة ووجوب الأخذ بها بموجب المادة (١١٩٥) والتي نصت على أنه " إذا جعل التغير غير المتوقع في الظروف ، وقت إبرام العقد ، التنفيذ مكلفاً بشكل باهض بالنسبة لأحد أطرافه ، الذي لم يقبل تحمل المخاطر ، يجوز لهذا الطرف أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد ، ويستمر هذا الطرف بتنفيذ التزامه اثناء إعادة التفاوض في حال رفض إعادة التفاوض أو فشله ، يجوز للطرفين الإتفاق على فسخ العقد والشروط التي يحددها ، أو أن يطلبوا باتفاق مشترك من القاضي أن يحكم طبقاً لتكفيفه ، عند

قرر بأن الشركة تبقى ملزمة بضمان سير المرفق ولكن يجب تعويضها عن النتائج المالية المترتبة عن هذا الاضطراب والتي تتجاوز المخاطر الاقتصادية العادية.

وفي الفترة اللاحقة تم تحديد شروط تطبيق نظرية المخاطر من طرف الاجتهاد القضائي على النحو التالي:
أولاً - يجب أن تكون الأحداث المؤثرة على تنفيذ العقد غير متوقعة. فقد تكون ظروفًا اقتصادية، أو ظواهر طبيعية، أو إجراءات تتخذها السلطة العامة، ولكن في جميع الأحوال يجب أن تؤدي إلى زعزعة التوقعات التي كان من المعقول أن يفكر فيها أطراف العقد عند إبرامه.

ثانياً - أن تكون هذه الأحداث أجنبية عن الأطراف ؛ فإن كانت بفعل الإدارة المتعاقدة فإن نظرية فعل الأمير La théorie du fait du prince التي تطبق.

ثالثاً - أن تؤدي هذه الأحداث إلى زعزعة اقتصاديات العقد بحيث لا تكون مجرد نقص بسيط في الربح ولا تكون من جهة أخرى عقبة تمنع تنفيذ العقد لأنها في هذه الحالة الأخيرة لا يمكن مقاومتها وتؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التزاماته.

إن الحدث الطارئ ليس قوة قاهرة وبالتالي فإن المتعاقد يجب أن يواصل تنفيذ العقد، فإن توقف فقد ارتكب خطأ، وفي المقابل فمن حقه التعويض على الأقل عن التكلفة المفاجئة الخارجة عن توقعات العقد أي عن الخسارة الحاصلة خلال التنفيذ بفعل الأحداث المفاجئة.

ومن الملاحظ أن هذه النظرية قد دفعت بالإدارة والمتعاقدين معها إلى تدارك الأمر والنص في العقود المبرمة على شروط للمراجعة تسمح بالتكيف مع تطور الأوضاع الاقتصادية والمالية مما أدى إلى تساؤل تطبيق النظرية)، ينظر: نجيمي جمال، الأحكام والقرارات الإدارية الكبرى في القضاء الفرنسي، على الرابط التالي:

تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢٠/٢/١٠ / <https://www.espace-etudiant.net/>

(١) لفظة هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد، المكتبة القانونية، ط١، ٢٠٠٨، ص٦.

عدم وجود الإتفاق على مهلة معينة ويجوز للقاضي بناء على طلب طرف واحد إعادة النظر في العقد وإنهائه في التاريخ والشروط التي يحددها".^(١)

وخلاصة نظرية الظروف الطارئة، ان العقد إذا كان من العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التنفيذ ولكن تنفيذه مؤجلاً (عقد متراخي التنفيذ) وطرأت ظروف اقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان عند إبرام العقد أدت إلى اختلال التوازن الإقتصادي بين طرفيه اختلالاً خطيراً، بحيث جعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات، فالمدين هنا لا يستطيع تنفيذ الالتزام كما هو وارد في العقد، بل ينقص هذا الالتزام إلى الحد المعقول^(٢).

وبالتالي نجد أن هذه الجائحة أفرزت واقعاً قانونياً جديداً أثر بلا شك على تنفيذ تلك الالتزامات التعاقدية على كل المستويات، وأن الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها معظم دول العالم تفادياً لإنتشار الجائحة أثرت بشكل مباشر على الالتزامات التعاقدية التي تمس قطاعات كبيرة في العراق، بدوره سيكون له تأثير كبير على العقود والالتزامات الموقعة بين الأفراد أو الشركات بشكل يغير نوع التعامل ما بين الأطراف، وبالتالي يؤثر على تطبيق القوانين في القضايا الناشئة عن الجائحة.

(١) ترجمة , د نافع بحر سلطان, قانون العقود الفرنسي الجديد, ص ٤٥.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، ج١، مصدر سابق، ص٢٤٢؛ د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مطابع وزارة التعليم العالي، بغداد، ص١٦١؛ د. احمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص٣١٦-٣١٧.

الفرع الثاني

آثار الظرف الطارئ

لما كانت الظروف الطارئة واحدة من العقوبات التي ترهق الالتزام بين اطراف العقد وتعيق استمراريته مما يؤدي إلى خسارة الطرف المدين، فلا بد من ترتب آثار على ذلك الظرف تقوم على مبدأ رد الالتزام الى الحد المعقول^(١)، ويترتب على وقوع الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد المبرم بين الطرفين آثار غير متوقعة تسبب خسائر فادحة لأحد الأطراف والذي عند عرضه على القاضي الذي من سلطته أن يزيد الالتزام المقابل للالتزام المرهق كوسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، مما يجعل المتعاقدين يرغبان في حل عقدة الالتزام بعيداً عن ساحات القضاء التي قد تسفر عن نتائج صعبة وغير مرضية للأطراف^(٢).

وفي الوقت الذي تكون فيه الغاية من تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق مبدأ رد الالتزام المرهق للحد المعقول بواسطة القاضي، وذلك بسبب أرهاق تنفيذ التزام معين نجد أن المشرع العراقي عالج ذلك في المادة (١٤٦) ^(٣).

نلاحظ من المادة المذكورة أن المشرع العراقي لم يفسخ العقد وإنما أعطى الحق للقاضي أن يعدل العقد عن طريق أنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أما إذا كان تعديل العقد لا يزيل الإرهاق ولا يعيد الالتزام المرهق الى حده المعقول بسبب ظروف أخرى استثنائية يكون الحل هو فسخ العقد وهذا الحكم الأخير خارج النظرية كونه لم يرد في المادة القانونية اعلاه^(٤)، أما المشرع

(١) خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الاماراتي، أطروحة دكتوراه مقدمة كلية القانون، قسم القانون الخاص، جامعة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٧، ص ١٠٥.

(٢) د. محمد محيي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٣٧٣.

(٣) تنص المادة (١٤٦) على انه " ١ - إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لاحد العاقدین الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي. ٢ - على انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدی، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

(٤) عمار محسن كزار الزرفي، مصدر سابق، ص ١٩.

المصري عالج أثر الظرف الطارئ وذلك في ذلك الفقرة (٢) من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري^(١).

كذلك عالج هذا الأثر المشرع الفرنسي في المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي^(٢). نستنتج مما سبق أن فكرة هذه النظرية تعتمد على مسألة اختلال التوازن الاقتصادي، بين الدائن والمدين، للفترة اللاحقة لإبرام العقد بسبب حصول حوادث استثنائية عامة غير متوقعة اثناء تنفيذه، بحيث يسمى معها التزام المدين مرهقاً، وإن لم يكن مستحيلاً، بمعنى آخر يمكن تنفيذ العقد ولكن بخسارة جسيمة تلحق بالمدين إذا ما تم تنفيذه، فلا يستطيع المدين على تنفيذ التزامه، كما ورد في العقد، بل يتم إنقاص هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيه قواعد العدالة، وتطبيق هذه النظرية ينسجم مع العقود المتراخية التنفيذ، وهذا بالنتيجة يجعل العقد مرهقاً وليس مستحيلاً تنفيذه

مما تقدم يتضح أن الظروف الطارئة قد تكون دائمة الأثر وقد تكون مؤقتة أي ذات أثر مؤقت، ويعتبر هنا تأثير الظرف الطارئ في حالة تم اعتبار جائحة كورونا ظرف طارئ هو تأثير مؤقت يتأجل فيه الجزاء إلى حين زوال أثر الظرف دون المساس بمضمون الالتزام العقدي أو ينقص الالتزام الى الحد المعقول وبالصورة التي تضمن تحقيق العدالة لكلا الطرفين، على خلاف

(١) والتي تنص على "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك".

(٢) والتي تنص على "إذا جعل التغيير غير المتوقع في الظروف وقت إبرام العقد التنفيذ مكلفاً بشكل باهض بالنسبة لأحد الاطراف الذي لم يقبل تحمل المخاطر... عند عدم وجود الاتفاق في مهلة معقولة يجوز للقاضي، بناء على طلب طرف واحد، إعادة النظر في العقد أو إنهائه في التاريخ والشروط التي يحددها"؛ ويعتبر تعديل ٢٠١٦/١٠/١ ان نظرية الظروف الطارئة سمحت للقاضي بالتدخل لتعديل العقد إذ لم تكن قبل هذا التاريخ موجودة في التشريع الفرنسي إذ يعتبرون تدخل القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة هو اعتداء على مبدأ سلطان الإرادة والذي يحكم القانون الفرنسي كذلك الأمر بالنسبة للقانون اللبناني إذ يخلو قانون الموجبات والعقود اللبناني من وجود نص يعالج نظرية الظروف الطارئة، للمزيد ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص ٤٨٠.

الجزء في الظروف الطارئة الدائمة فهو فسخ العقد ولكن الحكم الأخير خارج نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثاني

القوة القاهرة ومدى انطباقها على جائحة كورونا

تعد القوة القاهرة من أهم صور السبب الأجنبي وأوسعها نطاقاً حيث يعتبر كل سبب أجنبي غير خطأ المتضرر وفعل الغير قوة القاهرة، كما أنها تطبق في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية معاً وتتميز القوة القاهرة عن الظروف الطارئة كونها ينتج عنها أنفساخ العقد بسبب الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، ولتسليط الضوء أكثر على ما سبق قسمنا هذا المطلب على فرعين، سنبين في الفرع الأول المفهوم العام لنظرية القوة القاهرة، أما في الفرع الثاني فسنبين فيه آثار القوة القاهرة وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

تعريف القوة القاهرة

تعرف القوة القاهرة على أنها "كل أمر يصدر عن حادث خارج عن إرادة المدين لا يجوز نسبته إليه من غير الممكن توقعه وغير الممكن دفعه، يجبر الشخص على الإخلال بالتزامه"^(١). كما عرفت أيضاً القوة القاهرة على أنها: "الأمر الأجنبي عن الدائن والمدين والغير كالحرب بما ينجم عنها من أحداث مادية وأزمات اقتصادية أو صدور تشريع أو أمر أجنبي واجب التنفيذ أو وقع زلزل أو هبوب عاصفة أو انتشار وباء"^(٢).

أما في التشريع المدني العراقي فلم يتم تحديد مدلول القوة القاهرة وكل ما هو موجود بعض النصوص التي تنسب إلى أن القوة القاهرة صورة من صور السبب الأجنبي أما القانون المدني العراقي فقد نص في المادة (٢١١) منه على: "أولاً: - إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة القاهرة كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك. ثانياً: القوة القاهرة هي كل حادث لا ينسب إلى الشخص ولا يمكن

(١) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، دراسة مقارنة، مطبعة النهضة، مصر، ١٩٤٦، ص ١٣٧.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشر، مصدر سابق، ص ٢٤١.

توقعه ولا دفعه^(١). وكذلك في قانون المرافعات المدنية وأما استخدم مصطلح انقطاع المرافعة باعتباره من الأحوال الطارئة على الدعوى فالحالات التي أوردها المشرع العراقي ما هي إلا تطبيقات للقوة القاهرة أوردها على سبيل الحصر مع الأخذ بنظر الاعتبار أن القوة القاهرة تكون على نوعين خاصة حيث تكون مقتصرة على الخصم وحده وعامة تشمل الخصوم وأطراف الدعوى والغير على حد سواء والقوة القاهرة هي أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالالتزام كالحرب بما ينجم عنها من أحداث مادية وأزمات اقتصادية أو انتشار وباء مثل جائحة كورونا^(٢).

وقد أعتبرت محكمة التمييز الاتحادية العراقية فايروس كورونا قوة القاهرة إذ أصدرت الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية قرارها المرقم ١٤/الهيئة العامة / ٢٠٢٠^(٣).
وقد ذكرها المشرع العراقي في المادة (٢١١) من القانون المدني^(٤).

(١) للمزيد ينظر نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي .

(٢) القاضي كاظم عبد جاسم الزيدي، الآثار القانونية لاعتبار جائحة كورونا قوة القاهرة، مقال منشور على الصفحة الرسمية لمجلس القضاء الأعلى العراقي بتاريخ ٢٠٢١/١/٤ على الرابط الإلكتروني:

تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢١ / ٢ / ١٠ <https://www.hjc.iq/view.67830/>

(٣) الذي ينص على "...ومن مصاديق القوة القاهرة انتشار وتشي وباء فايروس كورونا في جميع العالم ومنها العراق وقد اقترن ذلك بعدم وجود لقاح او دواء مخصص له مما احدث حالة من الرعب والخوف والهلع وقد حتم ذلك على دول العالم ومنها العراق اتخاذ مجموعة من التدابير الوقائية للحد من انتشاره وواحدة من هذه التدابير فرض الحظر الشامل حيث يعتبر فرض الحظر الشامل وما نتج عنه من ايقاف الدوام الرسمي في العالم نتيجة انتشار فايروس كورونا قوة القاهرة ومن الآثار التي ترتبت عليها وقف المدد القانونية ومنها مدة الطعن في الاحكام والقرارات ومنها الطعن التمييزي)". ، للمزيد ينظر: القاضي كاظم عبد جاسم الزيدي، على الرابط الإلكتروني:

تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢١ / ٢ / ١٠ <https://www.hjc.iq/view.67830/>

(٤) والتي تنص على "إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر". فهذا النص يشير إلى صور السبب الأجنبي وهي الآفة السماوية والحادث الفجائي والقوة القاهرة، وهي مصطلحات متغايرة من حيث اللفظ، مترادفة من حيث المعنى"، للمزيد ينظر: د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة القاهرة، ١٩٣٦، ص ١٧٨-١٨٨؛ أياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد، ١٩٧٨، ص ٣٧٢-٣٧٣.

أن القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري قد خلا كل منهم من أي نص خاص بتحديد مدلول القوة القاهرة وكل ما هو موجود هو بعض النصوص التي تشير الى القوة القاهرة بوصفها صورة من صور السبب الأجنبي ووسيلة لدفع المسؤولية^(١).

ونص القانون المدني العراقي في المادة (١٦٨) منه على: "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينة حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لابد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه".

في حين عرفت من جانب آخر على أنها: "أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالتزام"^(٢)، وبالتالي فإن "الشروط الواجب توافرها في الحدث أو الظرف لكي نعده قوة القاهرة هو أن يكون الحدث أو الظرف غير ممكن التوقع أي أن يكون من غير الممكن توقع حدوثه، كما ويشترط لكي يوصف الظرف بأنه قوة القاهرة أن يكون على درجة من الصعوبة بل يستحيل تخطي آثاره، بمعنى أن يكون الظرف مستحيل الدفع ويؤدي الى استحالة مطلقة"^(٣).

أما المشرع المصري فقد ذكر نظرية القوة القاهرة وذلك في المادة (١٦٥) من قانونه المدني^(٤).

ولم يغفل عن تعريفها الفقهاء الفرنسيين فعرفوها بأنها "واقعة غير ممكنة التوقع والدفع والتي تمنع شخصاً ما من تنفيذ التزامه"^(٥) وهذا التعريف محل نظر من قبل الباحث فالقوة القاهرة ليست هي من تؤدي الى استحالة في التنفيذ كما جاء في التعريف وانما أثرها هو الاستحالة، كذلك

(١) محمد صبري عبد الأمير الأسدي، القوة القاهرة وأثرها في المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٧، ص ١٤-١٥.

(٢) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٩٩٦.

(٤) والتي تنص على "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

(5) Mazeaud (H.L.J) Lecon de droit Civil Obligations T.2 3eme, Paris 1966. P.382. ١٢. مشار اليه في صفاء تقي عبد نور العيساوي، مصدر سابق، ص ١٢.

عرفها بعض الفقه بأنها "استحالة التنفيذ الناتجة عن واقعة غير متوقعة الحدوث، لا يساهم فيها خطأ من المدين ..."^(١).

وعرفها جانب آخر من الفقه الفرنسي بأنها: "حدث يتحدد بإستعماله التنفيذ التي تتفرع لعدة عناصر في القضية محل البحث واستحالة توقع الحدث ومنع وقوعه وأخيراً بغياب الخطأ"^(٢).
وعلى صعيد الفقه القانوني^(٣): "كل واقعة تنشأ باستقلال عن إرادة المدين، ولا يكون باستطاعة هذا المدين توقعها أو منع حدوثها، ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلقاً الوفاء بالتزامه..."^(٤).

أما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٢١٥) منه على: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة الوفاء قد نشأت عن سبب أجنبي لا بد فيه ..."، ولم يغفل المشرع الفرنسي عن فكرة القوة القاهرة وذلك في المادة (١٢١٨)، والتي نصت على: " هناك قوة القاهرة في الأمور التعاقدية عند وقوع حدث خارج عن سيطرة المدين، وهو لا يمكن توقعه بشكل معقول عند إبرام العقد ولا يمكن تجنب آثاره بواسطة التدابير المناسبة، منع أداء التزامه من قبل المدين. إذا كان العائق مؤقتاً، يوقف أداء الالتزام ما لم ينتج عنه التأخير النتيجة لن تبرر إنهاء العقد. إذا كان العائق نهائياً، يتم إلغاء العقد بالكامل القانون والأطراف معفاة من التزاماتها بموجب الشروط المنصوص عليها في المادتين ١٣٥١ و ١٣٥١-١"^(٥).

ولم تعن كثير من التشريعات بوضع تعريف دقيق للقوة القاهرة، بل أنها لم تتفق حتى في استعمال مصطلح موحد للدلالة على الحدث المكون لها^(٦)؛ فالدول التي تتبنى النظام اللاتيني تعتمد تشريعاتها مصطلح القوة القاهرة، ومن ذلك مسلك المشرع الفرنسي في المادة (١٢١٨) من

(1) R. Demogue. Les effets des obligations. Tome 6. Paris. 1931. P 243.

(٢) صفاء تقي عبد نور ، مصدر سابق ، ص ١٣.

(٣) د. محمد كشبور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مصدر سابق، ص ٤٦.

(4) R. Dufourmantelle، La force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les marchés administratifs، Paris 1920. P 12
نقلا عن د. محمد الكشور ، مصدر سابق ، ص ٢٥.

(٥) ينظر: المادة (١٢١٨) من القانون المدني الفرنسي مع التعديلات بعد عام ٢٠١٦، اعداد: علي عبد الجبار

حيم المشهداني، طالب دراسات عليا، النجف، العراق، ٢٠٢٠، ص ٣٦٠.

(٦) صفاء تقي عبد نور العيساوي، مصدر سابق ص ١١-١٢.

القانون المدني الفرنسي، والذي تأثر به كل من المشرع العراقي في المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي^(١)، والمشرع المصري في المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري^(٢) .

وقد أعتبر القضاء الفرنسي جائحة كورونا قوة القاهرة ايضاً، حيث نجد محكمة الإستئناف الفرنسية (كولمار) قد نصت عليه كقوة القاهرة في القرار المرقم ٢٠ / ١٠٩٨ ، الصادر بتاريخ ١٢ مارس ٢٠٢٠ ،^(٣) وقد سارت العديد من الدول ومنها العراق على تكييف القضاء الفرنسي في اعتبار فايروس كورونا قوة القاهرة فقد أصدرت خلية الأزمة العراقية المشكلة بموجب الأمر الديواني رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢٠ برئاسة وزير الصحة قرارها بتاريخ ٢١ / ٣ / ٢٠٢٠ والذي جاء فيه "اعتبار فترة أزمة فايروس كورونا (قوة القاهرة) لجميع المشاريع والعقود ابتداء من ٢٠ / شباط / ٢٠٢٠ ولغاية إعلان وزارة الصحة انتهاء وباء كورونا " ^(٤).

(١) إذ تنص على أنه: "إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة القاهرة ...".

(٢) إذ تنص على إنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا بد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة . .".

(٣) حيث حكمت محكمة الاستئناف الفرنسية (كولمار) ان فايروس كورونا يعتبر قوة القاهرة تمنع من استحضار المستأنف (الموقوف) لجلسة المحاكمة، لوجود خطر العدوى، ولوجود محتجز مع المستأنف مصاب بالفايروس، وهو من مخالطي المصاب، لذا لم يتم استدعاه لجلسة الاستئناف، وتم تمثيله من محام، و لم يكن بالإمكان إحالة المستأنف، السيد فيكتور ج.، إلى جلسة الاستماع في محكمة الاستئناف، بسبب الظروف الاستثنائية التي لا يمكن التغلب عليها، بافتراض طابع القوة القاهرة، فيما يتعلق بالوباء المستمر (كورونا)، ونتيجة لذلك، فإن هذه الظروف الاستثنائية، التي أدت إلى غياب السيد فيكتور ج. في جلسة اليوم، تأخذ طابع القوة القاهرة، كونها خارجة عن إرادته، ولا يمكن التنبؤ بها ولا يمكن تغييرها، بالنظر إلى المهلة الزمنية المفروضة للحكم وحقيقة أنه خلال هذه الفترة، لن يكون من الممكن التأكد من عدم وجود خطر العدوى والحصول على مرافقة لحضور السيد ج. إلى جلسة الاستماع، للمزيد ينظر:

تاريخ اخر زيارة: ٢٠٢٠ / ٣ / ١٠ <https://www.mahkama.net/>

وقد اخذت به دولة لبنان حيث أصدر قاضي التحقيق في الشمال قرار قضائي يقضي باعتبار فايروس كورونا قوة القاهرة. وكذلك سار مجلس القضاء الأعلى التونسي على اعتبار الوضع الصحي العام الذي تمر به البلاد هو من قبيل القوة القاهرة بموجب قراره لصادر في ١٥ / ٣ / ٢٠٢٠ وكذلك اخذت به دولة مصر.

(٤) للمزيد ينظر الرابط:

تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢٠ / ١٢ / ٩. <https://www.irairaq.com>.

نستنتج مما سبق أن المشرع العراقي لم يضع تعريف تشريعي للقوة القاهرة لذا فقد حاول الفقهاء وضع تعريف لها، من خلال اعتبارها كل أمر أجنبي عن الدائن والمدين والغير كالحرب وما ينجم عنها من أحداث مادية وأزمات اقتصادية تؤثر على التزامات المتعاقدين أو وقوع زلازل أو هبوب عواصف أو انتشار وباء كما حصل في ظل وجود جائحة كورونا، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بأن القوة القاهرة تتجسد في كل أمر يصدر خارج عن إرادة المدين لا يجوز نسبته إليه كما أنه من غير الممكن توقعه ولا يمكن دفعه، بحيث يبرء الشخص من تنفيذ التزاماته التعاقدية في ظل وجود تلك القوة وبالتالي يمكننا تعريف القوة القاهرة على أنها كل حدث خارج عن إرادة المتعاقدين وغير متوقع الحصول يجعل من تنفيذ الالتزام في ظل وجود تلك القوة القاهرة مستحيلًا مما يؤدي إلى انفساخ العقد ، والغاء الالتزام .

الفرع الثاني

آثار القوة القاهرة

لما كانت آثار الظرف الطارئ لا تؤدي إلى إنهاء العقد بل يجعل تنفيذه مرهقاً، فإن آثار القوة القاهرة تنهي العقد، ويرتب وقوعها آثاراً إجرائية على تحققها، وهو انتفاء المسؤولية المدنية في إطار القانون المدني بالنسبة للمشرع العراقي، وإيقاف المدد القانونية، كما يبطل الإجراءات في إطار قانون المرافعات المدنية^(١).

لذلك فإنه توافر القوة القاهرة تؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام غير ممكناً بل يكون تنفيذه مستحيلًا فالمدين الذي يواجه القوة القاهرة يستحيل عليه تنفيذ التزامه التعاقدية لسبب خارج عن إرادته مما يؤدي إلى أنفساخ الالتزام الذي استحاله تنفيذه لأن العقد يكون غير مجد ومفرغ من محتواه^(٢)، وهذا ما حدث لبعض العقود في ظل جائحة كورونا خاصة تلك التي لا تتحمل التأخير والتي يجب تنفيذها انيا .

(١) القاضي. كاظم عبد جاسم الزبيدي، الآثار القانونية لاعتبار جائحة كورونا قوة القاهرة، مقال منشور على

الصفحة الرسمية لمجلس القضاء الأعلى العراقي بتاريخ ٢٠٢١/١/٤ على الرابط الإلكتروني:

تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢١ / ٢ / ١٠ <https://www.hjc.iq/view.67830/>

(٢) صفاء تقي عبد نور، مصدر سابق، ص ١٣٨.

كما أن تدخل يد الشخص سوف تسلب الحدث الذي عدته المادة (٢١١) كقوة القاهرة، فلا يستحق عند تدخله الاحتجاج بالمادة اعلاه، لأن بتدخله لا يعود الحادث خارجياً، وليس من العدل احتجاجة به^(١).

أيضاً ما أشارت اليه المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي من حيث أن أثر القوة القاهرة المتمثلة بالسبب الاجنبي على العقد سوف يؤدي إلى فسخه، والسبب في ذلك إنها حدث خارجي يستقل عن إرادة كل من المتعاقدين وبالتالي يجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً، فيؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التزاماته التعاقدية، ويجعل له الحق في طلب فسخ العقد، ولا تنتج القوة القاهرة آثارها إلا أثناء قيامها.

أما المشرع المصري فنجدته يتفق مع المشرع العراقي وكما أقر في المادة (١٦٥) والتي نصت على انه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا بد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)^(٢)، حيث ينقضي الالتزام المستحيل عند قيام السبب الأجنبي، كذلك انقضاء الالتزام الملقى على عاتق المدين بموجب العقد^(٣).

نستنتج من رأي المشرع المصري أنه إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين في العقد الملزم للطرفين مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر، وانفسخ العقد بتأثير القوة القاهرة.

أما المشرع الفرنسي فقد تطرق الى مفهوم القوة القاهرة وبيان آثارها وذلك في المادة (١٢١٨) من قانونه المدني المعدل لسنة ٢٠١٦، واشترط على إيقاف العقد بسبب القوة القاهرة بأن يكون المانع مؤقتاً إذا لم يكن التأخر الناجم مبرراً لفسخ العقد، وانفساخ العقد بحكم القانون في حالة كون المانع نهائياً^(٤).

(١) علي ضاري خليل، السبب الاجنبي وأثره في نطاق المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير ، مقدمة الى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد ، سنة ١٩٩٩، ص ٤١.

(٢) للمزيد ينظر نص المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٣) د. عبد الحكيم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص ٥٩٧.

(٤) تنص المادة (١٢١٨) من القانون المدني الفرنسي على انه "تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يتمتع تنفيذ التزامه نتيجة حادث خارج عن سيطرته، ولم يكن بالإمكان، على نحو معقول، توقعه عند إبرام العقد،

من خلال ما تم ذكره نرى أن القوة القاهرة قد تتشابه مع الظروف الطارئة إلا أنها قد تختلف من حيث الأثر الذي تتركه في العقود حيث إنها تتشابه من حيث وحدة المصدر: فالواقعة التي تشكل القوة القاهرة، قد تكون هي نفسها ظرفاً طارئاً، فالحرب مثلاً، أو الحصار الاقتصادي قد يترتب عليها استحالة مباشرة الخصم للعمل الإجرائي استحالة مطلقة، وقد يترتب عليها أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا^(١) وكذلك من حيث التماثل في الشروط: فالشروط الواجب توافرها في الواقعة لكي تعدّ قوة القاهرة هي ذات الشروط الواجب توافرها في نظرية الظروف الطارئة، وهي أن تكون الواقعة غير متوقعة ومما لا يمكن دفعها، ومستقلة عن إرادة المدين، أو كما يسميه البعض انتقاء شرط الإسناد أو الخارجية^(٢) وكذلك يشتركان أيضاً في أن كل منهما يظهر مجال الصعوبات والعوائق أثناء تنفيذ العقود أي أن تحدث بعد مرحلة انعقاد العقد، أما بخصوص الاختلاف مع نظرية الظروف الطارئة من حيث الأثر الذي تتركه نرى أنه القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة مطلقة على المدين في حين أن توافر الظروف الطارئة يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً، أيضاً من حيث الجزاء حيث تؤدي القوة القاهرة إلى انفساخ العقد بخلاف الظروف الطارئة التي لا تؤدي إلى انفساخ العقد وإنما رفع الأرهاق عن المدين إلى الحد المعقول، كذلك من حيث نطاق التطبيق فالقوة القاهرة تطبق في المسؤولية العقدية والتقصيرية على حد سواء. فإذا كان عدم مباشرة أحد أطراف الرابطة الإجرائية للعمل الإجرائي المكلف به (كتقديم الخبر لتقرير الخبرة قبل موعد المرافعة المحدد) راجعاً إلى قوة القاهرة مثل المواجهات المسلحة أو حظر التجوال، فإن المسؤولية التقصيرية تنتفي عنه، ومن باب أولى المسؤولية العقدية أن وجدت، بخلاف الظروف الطارئة فهي لا تطبق إلا في نطاق المسؤولية العقدية وكذلك من حيث صفة العمومية القوة القاهرة يمكن أن تكون عامة ويمكن أن تكون خاصة، كما بينا ذلك سابقاً، في حين أن نظرية الظروف الطارئة لا

ولم يكن من الممكن تجنب اثاره باتخاذ التدابير المناسبة، إذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ما لم يكن التأخر الناجم عنه مبرراً لفسخ العقد. وإذا كان المانع نهائياً يعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون ويبرأ الأطراف من التزاماتهم طبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد ١٣٥١ و ١٣٥١-١، "، للمزيد ينظر: قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد ١١٠٠ إلى ١٢٧١-٧ من القانون المدني الفرنسي، ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، ٢٠١٨، ص ٩٤-٩٥.

(١) صفاء تقي عبد نور العيساوي، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٢) د. محمد شتا أبو السعد، مصدر سابق، ص ١٧٨-١٧٩.

يمكن أن تكون إلاّ حدثاً عاماً ينطبق على كثير من الناس. فالوفاة أو زوال صفة الخصومة أو فقد أهلية التقاضي تعدّ كلها قوة قاهرة، ولكنها خاصة بالخصم وحده من حيث الأثر: الأثر المترتب على تحقق القوة القاهرة، هو انتفاء المسؤولية المدنية في إطار القانون المدني^(١). أن أحكام نظرية القوة القاهرة ليست من النظام العام فيجوز أن يتفق المتعاقدين على أن يتحملها أحدهم من خلال شرط صريح بالعقد يضعه بالعقد^(٢) بخلاف الظروف الطارئة والتي تعتبر احكامها من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها^(٣).

نستنتج ومن خلال الإطلاع على نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة والمواد الخاصة بالقانون المدني العراقي والمصري والفرنسي بأن هذه الجائحة (كورونا) لا يمكن اعتبارها ظرف طارئ أو قوة قاهرة وإنما تعتمد بشكل رئيسي على درجة خطورة الوباء والتدابير المتخذة لمواجهة هذا المرض فقد يصل في بعض الأحيان إلى درجة القوة القاهرة في حين قد يكون في أشهر أخرى ظرف طارئ أما بخصوص القرار الصادر من مجلس الوزراء المرقم ١١٧ لسنة ٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٢/٢٠ هو محل نظر من حيث اطلاقها في مجال العقود فمن المتفق عليه أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً فسوف نكون أمام قوة قاهرة أم إذا أصبح مرهقاً فنكون أمام ظرف طارئ والتي يختلف أحكامها عن أحكام القوة القاهرة التي تصل إلى فسخ العقد وانقضاء الالتزام بدلالة المواد ١٦٨ و ٢١١ من القانون المدني العراقي، لذا نرى ومن الضروري أن يكون هناك تمييز بين العقود التي أثرت عليها جائحة كورونا ،ومن يفصل في ذلك القضاء مراعيّاً بذلك خصوصية كل عقد ودرجة تأثير وخطورة جائحة كورونا عليه.

(١) للمزيد ينظر نص المادة (٢١١) من القانون العراقي وتقابلها المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري والمادة (١١٢٨) من القانون المدني الفرنسي.

(١) للمزيد ينظر نص المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي.

(٢) للمزيد ينظر نص المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي.

المبحث الثالث

العقود ودور الزمن في تنفيذها

يعد تحديد نطاق جائحة كورونا امر بالغ الأهمية , لأن هذا النطاق هو بمثابة الضوابط التي تساعد في تحديد العقود التي تأثرت بتلك الجائحة , مما يسهل تنفيذ أحكامها على ما يدخل تحت هذا النطاق بشكل سليم , ومما لا شك فيه أن الزمن يعتبر ركن أساسي في مختلف العقود والالتزامات كعقد الإيجار والمقاوله , ويمتلك الزمن خصوصية كبيرة في هذا العقود إذ تمتد باستمرار المدة كافة الالتزامات والحقوق على طرفي العقد , وقد أهتمت التشريعات كما الفقه في إبراز دور المدة على حياة عقد الإيجار منذ تكوينه , فنصت القوانين كالقانون المدني العراقي وقانون أيجار العقار , على ضرورة أن يتفق الطرفان على تاريخ ابتداء العقد لاحتساب مدته إذا ما كان محدد المدة , وقد حدد القانون مدة لهذا النوع من العقود تماشياً مع مبدأ التقليل من حالات البطلان , كما أن أهمية المدة لا تقتصر في تكوين عقد الإيجار فحسب , بل يمتد أثرها إلى كيفية انقضاء عقد الإيجار , هذا من الناحية الطبيعية ^(١) ومن ناحية أخرى قد تحدث حوادث خارجية تؤثر في العقود لها علاقة بالزمن وتمنع من تنفيذ التزاماتها بين أطراف العقد , وربطاً بموضوع دراستنا لابد من التعرف على أهم العقود التي يكون الزمن عنصراً فيها , وعلى هذا الأساس تنقسم العقود بصورة عامة من حيث دور الزمن فيها إلى عقود فورية التنفيذ وعقود مستمرة , ^(٢) , ولتنقسم العقود إلى مستمرة وفورية التنفيذ أهمية كبرى , وترجع تلك الأهمية إلى أن الزمن إذا فات لا يعوض , ففوات الزمن يؤثر بالضرورة في العقود المستمرة , ولكنه لا يؤثر في العقود الفورية إلا إذا كانت مؤجلة التنفيذ , ولبيان تلك الأهمية ومدى تأثير جائحة كورونا على تنفيذها اقتضت الضرورة تقسيم هذا المبحث على مطلبين , سنناقش في المطلب الأول العقود المستمرة وسنركز على عقد الإيجار (كنموذج للعقود المستمرة) , أما في المطلب الثاني فسناقش العقود الفورية و سنركز عقد البيع (كنموذج أيضاً للعقود الفورية) , وذلك على النحو الآتي :

(١) د. جعفر محمد جواد الفضلي , الوجيز في العقود المدنية , دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , الاردن , ١٩٩٧ , ص ٤٣٢ .

(٢) مخلد جمال الحاج ياسين , المدة في عقد الإيجار , بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام , كربلاء , العدد (١٣) , السنة السادسة , ٢٠١٣ , ص ٩٢ .

المطلب الأول

العقود المستمرة

لما كانت العقود المستمرة أو عقود المدة هي تلك التي يتوقف مقدار ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها على الزمن، وهذه الالتزامات تضيق في مداها أو تتسع بحسب قصر أو طول المدة التي ينفذ العقد خلالها، كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد، كان من الضروري في هذا المطلب توضيح معناها العام، ولتسليط الضوء على احد عقودها، قسمنا هذا المطلب على فرعين، سنناقش في الفرع الأول تعريف العقد المستمر، أما في الفرع الثاني سنسلط الضوء أكثر على عقد الإيجار كعقد مهم من تلك العقود لنرى مدى تأثير الزمن بالجائحة على تنفيذ التزامات طرفي هذا العقد وما هو موقف المشرع العراقي من ذلك، مع الإشارة إلى بعض التشريعات المقارنة، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

تعريف العقد المستمر

يعرف العقد المستمر في الفقه القانوني بأنه "العقد الذي استغرق تنفيذه مدة من الزمن يتجزأ خلالها تنفيذ التزام أحد الطرفين تجزئة مقابلة لتنفيذ التزام الطرف الثاني"^(١). ويعرف أيضاً بأنه "العقد الذي يدخل الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذه، فبدون الزمن لا يمكن تحديد المعقود عليه، كعقد الإيجار الذي يستمر الانتفاع فيه على طول مدة الإيجار لأن الزمن في العقد المستمر التنفيذ يعتبر عنصراً جوهرياً بحيث يتوقف تحديد مقدار محل الالتزام على الزمن، فمقدار المنفعة في عقد الإيجار يقدر بزمن الانتفاع"^(٢). ويعرف كذلك (بأنه ذلك العقد الذي يكون فيه الزمن مقياساً تحدد عن طريقه حقوق أطرافه والتزاماتهم) في حين أن المشرع العراقي والمصري لم يعرف العقد المستمر^(٣). أما القانون المدني

(١) د. حسن علي دنون، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ج ١، ص ٤٧.

(٢) د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مجلد الأول، دار المطبوعات الجامعية، ص ١٩.

(٣) د. حسن علي دنون، دور المدة في العقود المستمرة، جامعة بغداد، سنة ١٩٩٦، ص ١١.

الفرنسي المعدل رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ فقد عرفه بموجب المادة (٢/١١١١) على أنه "هو العقد الذي يتم تنفيذ التزامات أحد أطرافه ، على الأقل، من خلال عدة أداءات متتالية من حيث الزمن" إن العقود المستمرة لا يمكن تصورها إلاً مقترنة بمدة، إذ لا يمكن أن تقاس إلاً بالزمن، كما في حالة التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع مدة معينة، والتزام العامل بالعمل مدة معينة، فالمدة هنا عنصر جوهري وأصيل، إذ هي مقصودة لذاتها وبذاتها، وليست مجرد عنصر عرضي، وهذه الأداءات لا تكون إلاً مستمرة، لأنها يجب أن تؤدي بدون انقطاع طول المدة المتفق عليها، ولهذا كانت العقود المنشئة لها عقوداً ذات تنفيذ مستمر، كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة وعقد التأمين^(١). يضاف إلى ذلك أن العقد المستمر ينقسم أو يتفرع على نوعين هما دوري التنفيذ أو مستمر التنفيذ مثال على العقد مستمر التنفيذ عقد الإيجار لأن انتفاع المستأجر بالشيء لا يمكن تصوره بدون وجود الزمن لأن احتساب الاجرة مرهونة بالزمن وتحتسب على أساس المدة وهذا ما يجعل المنفعة في هذا النوع من العقود تتحصل شيئاً فشيئاً بعكس دوري التنفيذ كعقد التوريد لا نه يكون بفترات منتظمة كتوريد مواد غذائية لإحد السجناء.

من هنا يتبين أنه إذا أوقف تنفيذ العقد المستمر لمدة معينة، سواء حصل ذلك برضاء عاقيه أم بسبب أجنبي لا يد لهما فيه كجائحة كورونا أوقفت ذلك العنصر المهم في تنفيذ العقود المستمرة بسبب الأضرار التي تسببت بوقوعها، فأن ذلك أنقص ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنه، في حدود ما يقابل مدة الوقف، أما العقود الفورية فوقف تنفيذها لا يؤثر في مقدار ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها، فهو لا يعدو وأن يكون إرجاء لأداء تلك الالتزامات، التي تظل محتفظة بمقدارها كاملة^(٢).

(١) المستشار. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، القانون المدني الجديد، المجلد الثاني،

مصادر الالتزام، المواد ٨٩-١٧١، دار محمود سامي البارودي، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٩-١٢.

(٢) محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص ١٠.

الفرع الثاني

عقد الإيجار (كأنموذج للعقود المستمرة)

يعتبر عقد الإيجار عقد زمني تقاس منفعة العين فيه بمقياس الزمن وهذا ما أشارت إليه المادة (٧٢٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ عند تعريف عقد الإيجار (تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بالماجور) حيث تعتبر المدة ركن في العقد لا ينعقد بدونها^(١).

لذلك يستمر الانتفاع في عقد الإيجار على طول مدة الإيجار لأن الزمن في العقد المستمر التنفيذ يعتمد عنصراً جوهرياً بحيث يتوقف تحديد مقدار محل الالتزام على الزمن، فمقدار المنفعة في عقد الإيجار يقدر بزمن الانتفاع^(٢).

أما الفقه القانوني فيعرف عقد الإيجار بأنه "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم"^(٣).

وقد كان للخطّة التي اتبعتها المشرع المصري والتي سائر فيها التشريع الفرنسي أثرها في تحديد التزامات المؤجر، سواء عند ابتداء الإيجار أو في أثناءه فالمؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين لا بتركه ينتفع بها، وعليه أن يسلم العين في حالة صالحة للانتفاع، لا في الحالة التي تكون عليها وقت بدء الانتفاع، وهو ملتزم أيضاً أن يتعهد العين بالصيانة، فالمدة تبرز وظيفتها من حيث أنها تؤدي الحق للمستأجر باستقاء منفعة العين وهذا لا يحدث إلا من خلال الإستمرار لأن طبيعة احتياج المستأجر مستمرة وهذه المدة عندما تعطى للمستأجر فإنها لا تحرم المؤجر أيضاً من خلال حقه بالحصول على الأجرة من المستأجر حيث لا يستطيع

(١) د. جعفر محمد جواد الفضلي، مصدر سابق، ص ٢٧٨؛ ينظر أيضاً نص المادة (٥٥٨) من القانون المدني

المصري وكذلك نص المادة (١٧٠٩) من القانون الفرنسي المعدل بقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.

(٢) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ١٩.

(٣) المستشار . إبراهيم سيد أحمد رئيس محكمة الاستئناف، المستشار أشرف أحمد عبد الوهاب المحامي بالنقض والإدارية العليا عقد الإيجار في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، دار العدالة للنشر والتوزيع، ط١، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٧-١٤.

المستأجر أن يعجل بالمنفعة أي الانتفاع بالماجور حيث لا بد أن يساير المدة أي الزمن وكلما زاد تحقق الإنتفاع لذا قيل أن الإنتفاع بالماجور يفترض انتقاص من الزمن^(١).

وفي ضوء جائحة كورونا إذا اعتبرت قوة القاهرة فأن عقد الإيجار سينسخ بحكم القانون في حالة أثبت المستأجر إن وفاءه بالأجرة أصبح مستحيلاً استناداً للمادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على: (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه)، فيجب التمييز في هذه الحالة بين استحالة الإيفاء بالأجرة بسبب جائحة كورونا بشرط أن تكون الاستحالة مطلقة فينسخ هنا العقد، وبين أن تكون تلك الاستحالة نسبية فيتم عندها اللجوء الى القضاء لرد التوازن العقدي، وبهذا يجب عدم اكساب الاستحالة صفة (مطلقة) لأنها بسبب جائحة كورونا لا توجد استحالة مطلقة لجميع العقود تمنع أحد أطراف العقد من الإيفاء بالتزامه وإنما تكون حسب طبيعة العقود والظروف المحيطة بها.

المطلب الثاني

العقود الفورية

قد يكون العقد الفوري لا يحتاج الى زمن لتنفيذه أو قد يكون متتابع التنفيذ وفق دفعات زمنية فيستغرق بذلك زمناً^(٢)، إلا أنه لا يعد عقداً مستمراً، لأن محله مستقلاً عن الزمن وأن الزمن إذا تدخل فيه يصبح عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً، بعكس العقد الزمني أو المستمر، فالزمن في العقد المستمر أداة قياس للالتزام أي أن محل الالتزام لا يمكن تحديده إلا بالزمن، فوجود الزمن في العقد المستمر عنصر رئيسي، أما وجود الزمن في العقد الفوري فهو أمر عارض، ولما كان الأصل في أي عقد من العقود أن يمر المتعاقدين بمراحل من خلال هذه المراحل يتم مناقشة اهم النقاط التي سيتم الاتفاق عليها في العقد المبرم بينهما وكذلك يلجأ إلى المفاوضات بكل ما يتعلق بتفاصيل العقد وكيفية تنفيذه^(٣)، سنبحث في هذا المطلب عقد البيع كعقد فوري لا يستلزم زمناً لتنفيذه إلا إذا كان مؤجل التنفيذ، وذلك في فرعين، سنبين تحديد معنى العقد الفوري في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني، فسناقش موضوع عقد البيع كعقد فوري خالي من الزمن، وعلى النحو الآتي:

(١) د. جواد كاظم جواد سميسم، دور المدة في عقد الايجار، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى ، ٢٠١١ ص ٢١.

(٢) د. عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، سنة ٢٠١٠، ص ١٩٧.

(٣) للمزيد ينظر نص المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي.

الفرع الأول

تعريف العقد الفوري

يعرف فقهاء القانون العقد الفوري بأنه "العقد الذي تتحدد فيه التزامات الطرفين المتعاقدين بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول"^(١) .

ويعرف أيضاً بأنه العقد الذي لا يدخل الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذه، كعقد البيع، فهو عقد فوري سواء كان التسليم في الحال أو في المستقبل وسواء كان الثمن عاجلاً أو مؤجلاً، أو يكون بثمن مؤجل أو على شكل أقساط^(٢)، في حين أن القانون المدني العراقي والمصري قد خلا كلا منهما من تعريف العقد الفوري، بعكس القانون المدني الفرنسي المعدل رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ الذي عرفه بموجب المادة (١/١١١) على أنه "العقد الذي يمكن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه من خلال أداء واحد".

ومع ذلك يبقى العقد فوري التنفيذ وأن تدخل الزمن ففي هذه الحالة هو عنصر عرضي ولا تأثير له على محل العقد، وبناء على ذلك يتحدد محل العقد الفوري التنفيذ مستقلاً عن الزمن^(٣)، وقد يتدخل الزمن بإرادة المتعاقدين حين يتفق الطرفان على تأجيل التنفيذ إلى وقت لاحق أو قد يتدخل الزمن لأن نشاط المدين يستمر مدة من الزمن كعقد المقاولة^(٤).

ويقال لها أيضاً (العقود الفورية) العقود ذات التنفيذ الفوري، والتي هي العقود التي لا يتدخل الزمن في تحديد مقدار ما يؤدي من الالتزامات المتولدة عنها، وبيان بعد هذا أن يتدخل في تحديد وقت نفاذها أو لا يتدخل، فهذه العقود ترمي إلى إشباع حاجة تتطلب الإشباع دفعة واحدة فلا يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذها، سواء تم هذا التنفيذ فوراً أو تراخي إلى أجل أو أجال

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في

الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، بغداد سنة ١٩٦٧، ج ١، ص ١٠٥ .

(٢) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بغداد مطبعة المعارف، سنة ١٩٧١، ص ٨٣ .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص ١٠٦ .

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، ص ١٤٢-١٤٣، د.حسن علي دنون، أصول الالتزامات، ص

٢٨-٢٩، الحكيم، الموجز، ص ٥٢-٥٣ .

متتابعة، مثال ذلك عقد البيع فهو عقد فوري لأن التزامات البائع والمشتري تؤدي دون أن يتدخل الزمن في تحديد مقدارها ومداها؛ وإن كان يمكن أن يتدخل بصفة عرضية لإرجاء تنفيذه^(١).

نستنتج ومن خلال الإطلاع على التعاريف اعلاه بأن العقد الفوري عقد مستقل عن الزمن من حيث تنفيذه إلا إذا كان مؤجلاً، أيضاً أن فسخ العقود الفورية أو انفساخها يؤدي إلى زوالها بأثر رجعي، على عكس العقود المستمرة فلا يكون لفسخها أو انفساخها أثر رجعي، بل يقتصر أثره على إنهاؤها بالنسبة للمستقبل فقط، لأن ما فقد من الالتزامات المترتبة على هذه العقود لا يمكن إعادته لارتباطه بالزمن الذي لا يمكن إرجاعه.

الفرع الثاني

عقد البيع (كأنموذج للعقود الفورية)

يعرف عقد البيع في الفقه القانوني العراقي بأنه "عقد فوري التنفيذ سواء كان التسليم في الحال أو في المستقبل وسواء كان الثمن عاجلاً أو مؤجلاً"^(٢)، وفي هذا الصدد يذهب الدكتور (عبد المجيد الحكيم) على أنه "قد يكون البيع بثمن مؤجل أو على شكل أقساط ومع ذلك يبقى العقد فوري التنفيذ لان الزمن في هذه الحالة هو عنصر عرضي ولا تأثير له في تحديد الثمن، وبناء على ذلك يتحدد محل العقد الفوري التنفيذ مستقلاً عن الزمن"^(٣).

أما المشرع العراقي فقد عرف عقد البيع في المادة (٥٠٦) "البيع مبادلة مال بمال" وذكر أوصاف البيع في المادة (٥٠٧) على أنه (البيع باعتبار المبيع إما إن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين وهو المقايضة)^(٤).

والحقيقة على خلاف ما ذهب إليه الفقهاء والشرح العراقيين من إن عقد البيع الأصل فيه إن ينقل الملكية فوراً دون إن يرتب التزاماً بنقلها^(٥)، إذ إن عقد البيع يرتب التزاماً بنقل الملكية

(١) المستشار. محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص ١١.

(٢) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ص ٨٣.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٤) د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي، ج ١، انعقاد العقد، ص ٣٣-٤١.

(٥) د. عبد المجيد الحكيم، هل يمكن إن يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن ان يكون للالتزام أثر، بحث منشور في مجلة القضاء ع ٢، س ٢١، ١٩٦٦، ص ٣٦-٣٧.

دون إن ينقل الملكية فوراً، كذلك هو عقد يلتزم البائع به أن ينقل المشتري ملكية شيء أو حق مالية آخر في مقابل ثمن نقدي .

وقد اهتمت به أغلب التشريعات الحديثة ومنها القانون المدني العراقي لذلك خصص المشرع العراقي الباب الأول من الكتاب الثاني المواد " ٥٠٦-٦٠٠ " ^(١) كذلك المشرع المصري في المادة (٤١٨) من القانون المدني عرف عقد البيع على انه "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شي معين أو حقاً مالياً آخر مقابل ثمن نقدي"

كما اعتبرت المادة (٢١٩) مدني فرنسي العقد ذاته سبب من أسباب كسب الملكية، كما قضت المادة (١١٣٨) مدني فرنسي بأن الالتزام بتسليم شيء إنما يتم بمجرد اتفاق الطرفين المتعاقدين ^(٢) .

ولا تكون العقود الفورية محلاً لانطباق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان العقد مؤجلاً حتى يمكن أن تطرأ مثل هذه الظروف . أما في العقود الزمنية فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون ممكناً دائماً لأن تنفيذ هذه العقود لا بد وأن يمتد في الزمن مما يمكن معه أن تطرأ ظروف لم تكن متوقعة ^(٣) .

وبعبارة أخرى فإن العقد الفوري مستقل عن الزمن كما يقول (السنهوري): "يتحدد محله مستقلاً عن الزمن وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه ذلك أن المحل للعقد الفوري أرضاً كان أو بناء أو عروضاً أو نقداً أو غير ذلك، أنما يمتد في المكان لا في الزمان أي أن له جرماً إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكاني لا بمقياس زمني" ^(٤) .

(١) للمزيد أيضاً ينظر نصوص المواد (٥٠٦ الى ٦٠٠) من القانون المدني العراقي .

(٢) للمزيد ينظر نصوص المواد كل من (٢١٩-١١٣٨) للقانون المدني الفرنسي المعدل.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٨٩، ص ٧٤-٧٥.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ١٩٧٠، ص ١٦٦-١٦٧.

ومما سبق نستنتج انه يترتب على تقسيمنا العقود إلى فورية التنفيذ أو مستمرة التنفيذ نتائج مهمة وهي كما لخصها (دكتور عصمت البكر) كما يلي^(١):

- ١- أن المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو العقود المستمرة التنفيذ، ذلك لأن تنفيذ العقد يستمر ويتم مع الزمن وأن احتمال تغير الظروف خلال هذه الفترة يكون وارداً، أما في العقود الفورية التنفيذ فلا مجال لتطبيق النظرية فيها إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً^(٢).
- ٢- ينسحب أثر الفسخ في العقد الفوري التنفيذ إلى الماضي أما في العقد المستمر التنفيذ فيحدث أثره بالنسبة للمستقبل لأن الزمن الذي مضى لا يعود.

- ٣- أن تنبيه المدين، أي إعداره شرط لإستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ في العقد الفوري التنفيذ أما في العقد المستمر التنفيذ فهو غير ضروري، فالزمن الذي يمضي لا يمكن تداركه ومن ثم فلا فائدة من الأعدار.

- ٤- إذا تم وقف تنفيذ العقد الفوري التنفيذ فهذا لا يؤثر على التزامات المتعاقدين، أما في العقد المستمر التنفيذ فإن وقف التنفيذ يترتب عليه نقص كمية وزوال جزء منه^(٣).

نستنتج ومن خلال الإطلاع على ما ورد أعلاه إن جائحة كورونا كان لها أثر بالغ وكبير على العقود المستمرة والتي يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيها لأن الالتزامات التي تستوفي على التراخي لفترات معينة هي التي تتأثر بسبب الشلل والإثر الاقتصادي البالغ الذي تتركه جائحة كورونا، أما بالنسبة للعقود الفورية فأن اثر الجائحة عليها سيكون غير موجود لأن آثارها تترتب على أطرافها لحظه انعقادها إلا إذا كانت مؤجل التنفيذ فأن ستتأثر بهذا الجائحة وبالتالي فأن النطاق الطبيعي للجائحة هي العقود التي يوجد فيها فاصل زمني بين الانعقاد والتنفيذ وخلال ذلك

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد، جامعة جيهان الأهلية، أربيل، دار الكتب العلمية، ١٩٧١، ص ٢٤١.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، وزارة العدل الثقافة القانونية تسلسل ٩ دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٣٣.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشر، مصدر سابق، ص ٥٤-٥٥.

الفاصل قد يستجد ظروف خارجية تؤثر على تنفيذ الالتزامات كما حصل في ظل جائحة كورونا مما سيؤثر بشكل مرهق أو مستحيل على تنفيذ الالتزامات التعاقدية بين أطرافها حسب درجة وخطورة الوباء.

الفصل الثاني
الآثار القانونية
لجائحة كورونا

الفصل الثاني

الآثار القانونية لجائحة كورونا

تمهيد وتقسيم:

إن الآثار المترتبة جراء وقوع جائحة (جائحة كورونا) هي آثار سلبية ليس على الصعيد الصحي فقط وإنما يمكن رصد ملامحها بشكل واضح على العلاقات التعاقدية بشكل عام والعقود التي يدخل الزمن في تنفيذها بشكل خاص، حيث يتأخر أو يستحيل تنفيذها، حسب درجة وخطورة الجائحة، فيستدعي ذلك الرجوع الى التشريع والقضاء للبت في تأثير هكذا حوادث لرفع الإرهاق الذي يصيب أحد طرفي العقد وإعادة التوازن الاقتصادي إلى وضعه الطبيعي، وجائحة كورونا واحدة من تلك الحوادث التي أثرت على القواعد القانونية الموضوعية للعقود من خلال استحالة أو تأخير في تنفيذها ولم تقف عند هذا الحد بل أثرت أيضاً على المدد القانونية للطعن لممارسة الحق الاجرائي لتلك العقود، وللتعرف أكثر على الآثار القانونية لجائحة كورونا قدر تعلق الأمر بموضوع دراستنا قسمنا هذا الفصل للبحث عن آثارها على القواعد القانونية الموضوعية على عقدي (الإيجار والمقاوله نموذجاً) وأيضاً آثارها على إجراءات التقاضي فيما يخص مدد الطعن من خلال ثلاث مباحث، حيث سنناقش في المبحث الأول أثر جائحة كورونا على عقد الإيجار من حيث تعذر استيفاء الأجرة من قبل المؤجر وما يترتب عليه من مطالبة المستأجر بإنقاص الأجرة أو الإعفاء منها، ايضاً تعذر استيفاء المنفعة من قبل المستأجر للمحلات التجارية وما يترتب عليه من حيث الانتقاص او الحرمان من الإنتفاع، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه أثر جائحة كورونا على عقد المقاوله من حيث أثرها على التزامات المقاول بالتفويض أو التسليم، كذلك تأثيرها على التزامات رب العمل المالية وغير المالية، أما المبحث الثالث فتم عقده إلى أثر جائحة كورونا على المدد القانونية للسقوط وتمييزها عن مدد التقادم، حيث سنتناول فيه ماهية المدد القانونية وضوابط وقفها وانقطاعها والحالات التي يزول فيها الحق في مباشرة الاجراء القضائي، والتدابير القضائية المتخذة لمنع سقوط الحق في الإجراء، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول

أثر جائحة كورونا على عقد الإيجار

يعد عقد الإيجار وكما فصلناه سابقاً من العقود المستمرة والذي يستغرق تنفيذه مدة من الزمن يتجزأ خلالها تنفيذ التزام أحد الطرفين تجزئة مقابلة لتنفيذ التزام الطرف الثاني، ، فمقدار المنفعة في عقد الإيجار يقدر بزمان الانتفاع، وعند وقوع ظروف استثنائية لم يكن بالإمكان توقعها عند إبرام عقد الإيجار سينتج عن ذلك اختلال في توازن العقد يهدد بخسارة فادحة قد تخرج عن الحد المألوف لأحد أطراف العقد، وبالتالي لا يستطيع المستأجر على الإيفاء بالتزامه بل يعدل إلى الحد الذي يحقق العدالة بين طرفي العقد، ولما كانت الظروف الاستثنائية التي أحدثتها جائحة كورونا والتي أجبرت فيها السلطات العامة الناس على البقاء في منازلهم وترك أعمالهم لدواعي الصحة العامة، فإن هذه الجائحة أثرت على عقود الإيجار بشكل مرهق أو مستحيلاً في بعض الأحيان، ومن أجل بيان ما تقدم يمكننا تقسيم هذا المبحث على أساس الضرر القائم عند طرفي عقد الإيجار الذي سببته هذه الجائحة على العقارات السكنية والمحلات التجارية الى مطلبين، إذ سنبحث في المطلب الأول مسألة تعذر استيفاء الأجرة (للمؤجر) بالنسبة للعقارات السكنية، وفي المطلب الثاني سنسلط الضوء على مسألة تعذر استيفاء المنفعة (للمستأجر)، بالنسبة للمحلات التجارية وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

تعذر استيفاء الأجرة بالنسبة للعقارات السكنية

لما كانت الأجرة إحدى أهم الأركان الأساسية في عقد الإيجار، فإن عدم الإيفاء بالأجرة من قبل المستأجر سيكون أحد الأسباب التي تجيز للمؤجر أن يطلب تخلية المأجور وإنهاء مدته أو فسخ الإيجار، وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي في المادة (٧٦٦) من القانون المدني العراقي والمادة (١/١٧) من قانون إيجار العقار المعدل بقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠^(١)، لأن العلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر فيما يخص الانتفاع مقابل الأجر يعتبر ركن في هذا العقد

(١) للمزيد ينظر نص المادة (٧٦٦) من القانون المدني العراقي والمادة (١٧/الفقرة ١) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠.

يبطل العقد بانتفائه^(١)، أما إذا حدثت ظروف استثنائية ارهقت المستأجر أو اعجزته عن الوفاء بالأجرة وأيضاً عدم القدرة على الانتفاع بالمأجور كما حصل بسبب الإجراءات الوقائية المتخذة من قبل السلطات العامة لمواجهة تداعيات هذه الجائحة فأن ذلك يسمح للقضاء بالتدخل لتعديل أو فسخ العقد وبالتالي الموازنة بين مصالح الطرفين بإنهاء عقد الإيجار أو تعديله وفي كلتا الحالتين تحقيق العدالة بين طرفي العقد، كما أن عدم القدرة على وفاء الأجرة بسبب لا دخل لإرادته فيه سيؤدي بالمستأجر الى المطالبة بإنقاص الأجرة، أو المطالبة بالإعفاء، وهذا ما سنبينه بهذا المطلب من خلال فرعين الفرع الأول المطالبة بانقاص الإجرة، أما الفرع الثاني المطالبة بالإعفاء منها، وكما يلي:

الفرع الأول

المطالبة بإنقاص الأجرة

قبل الدخول في موضوع انقاص الأجرة بسبب الظروف الاستثنائية لابد من المرور على المواد التي اهتمت بمسألة الأجرة في قانون إيجار العقار والقانون المدني العراقي، وذلك كون التشريع يعتبر المصدر الرئيسي للقواعد القانونية، إذ نجد أن المادة (٦) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ اعطى لمالك العقار أن يطلب زيادة الأجرة إذا قام بموافقة المستأجر ببناء محدثات في المأجور تزيد عن قيمته أو منفعته وقد حددت المادة (١٠/١) أن دفع الاجرة للعقارات المشمولة بأحكام هذا القانون سلفاً وبأقساط شهرية بصرف النظر عن مدة سريان عقد الإيجار ويعتبر كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك باطلاً وتدفع الأجرة إلى المؤجر أو من ينوب عنه.

أما تحديد الأجرة فأنها تحدد باتفاق الطرفين فإذا كانت نقود تحدد بمقدارها وإذا غير ذلك يجب تحديدها تحديداً نافياً للجهالة، وقد تكون الأجرة نسبة من الربح أو الدخل اليومي ويجب أن تحدد الأجرة عن كامل مدة الإيجار والمستأجر هو المسؤول عن إثبات دفع الأجرة^(٢) وقيام

(١) د. جواد كاظم جواد سميسم، دور المدة في عقد الايجار دراسة تحليلية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ١١.

(٢) د. احمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، ط٦، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٨٢.

المستأجر بتسديد قسط من الإيجار يعتبر قرينة على تسليمه للأقساط الشهرية السابقة كما في المادة (٧٦٩) من القانون المدني العراقي .

أما مسألة طلب انقاص الأجرة في عقد الإيجار بسبب الظروف الاستثنائية، والتي هي موضوع بحثنا فقد أهتم بها الفقه القانوني وعبره عنها بالقول أن طلب انقاص الأجرة ما هو الا تطبيق للفسخ الجزئي^(١)، في حين يرى البعض أن إنقاص الأجرة أمر لا يتناسب مع عقد الإيجار لأن الأجرة هي واحدة وهي أيضا تقابل الانتفاع بالماجور فإذا كانت كذلك فكيف يسمح للقاضي بتخفيفها أو الانتقاص منها لذلك لا يوجد تخفيض^(٢).

أما المشرع العراقي فقد أورد في المادة (٢/٧٥١) من القانون المدني العراقي بعض الحالات التي تستحق المطالبة بانقاص الأجرة من خلال المادة اعلاه والتي نصت "أما إذا أصبح المأجور في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي أعد من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك جاز له إذا لم يقيم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة المأجور إلى الحالة التي كان عليها أن يطلب أما إنقاص الأجرة أو فسخ الإجارة".

ويفسر تلك المادة الدكتور (جعفر الفضلي) إذ يقول "يعني ان هناك حالة من الهلاك الجزئي أصابت المأجور لسبب لا يد للمستأجر فيه مخيراً أياه بين فسخ الإجارة بأكملها وبين إنقاص الأجرة بمقدار الجزء الهالك من المأجور ولا ريب أن ما تضمنته من أحكام تؤيد تبني المشرع للفسخ الجزئي للعقد"^(٣).

أما المشرع المصري فقد أهتم في مسألة طلب المستأجر انقاص الأجرة في عقد الإيجار بسبب الظروف في مواضع عديدة منها ما جاء في المادة (١/٥٧٠) والتي نصت "لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين

(١) د. أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، ط١، دار الفكر والقانون، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٤٤؛ د. سيف الدين محمد محمود البلعاوي، مدى جواز حبس المدين لعدم الوفاء بدينه، بحث منشور في مجلة كلية التربية، جامعة الأقصى، مج (٣)، ع (١)، ١٩٩٩، ص ١٨٢؛ د. عبد الحكم فودة، انهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٣م، ص ٤٧٤.

(٢) د. خالد جاسم الهندياني، د. عبد الرحمن عبد الواحد الرضوان، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على عقد الإيجار بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، ج (١)، نوفمبر (عدد خاص بجائحة كورونا) / ٢٠٢٠، ص ٣٥.

(٣) د. جعفر محمد جواد الفضلي، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

المؤجرة، على أنه إذا ترتب على هذه الترميمات إخلال كلي أو جزئي جاز للمستأجر أن يطلب تبعاً للظروف أما فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة....."، كذلك المادة (٥٧٤) من القانون أعلاه، والتي نصت "إذا ترتب على عمل جهة حكومية في حدود القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستأجر تبعاً للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة"، والمادة (٢/٥٧٥) والتي تنص على أنه "إذا وقع التعرض المادي لسبب لا يد للمستأجر فيه وكان هذا التعرض من الجسامة بحيث يحرم المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة جاز له تبعاً للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة"، وفي تفسير تلك المادة يقول (الدكتور البلعاوي): "ان إنقاص الأجرة في تلك الموارد التي تناولتها تلك المواد ليست سوى تطبيق للفسخ الجزئي للعقد".^(١)

أما في الفقه القانوني الفرنسي فإن فكرة إنقاص الأجرة في عقد الإيجار والذي هو من العقود الملزمة للجانبين ينظر إليها من باب الالتزامات المتقابلة والذي يعتبر فيه التزام كل طرف مقابل لالتزام الطرف الآخر، لذلك في حال عدم تنفيذ ذلك الالتزام من قبل المدين يجعل من التزام الدائن فاقداً لسبب وجوده، فأن كان ذلك بصورة جزئية فإنه يفقد سبب وجود التزام الدائن هو الآخر بصورة جزئية، وان كان ذلك السبب قد وقع بفعل ظرف خارجي أخل بالتزام الدائن.^(٢) وهذا ما أشار إليه المشرع الفرنسي في المادة (١٧٢٢) من القانون المدني الفرنسي الى مسألة الانقاص من الأجرة إذا نصت على إنه "الشيء المؤجر إذا هلك جميعه بقوة قاهرة في إثناء مدة الإيجار الغي العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون. أما إذا هلك الشيء جزئياً جاز للمستأجر حسب الظرف إما طلب تنقيص قيمة الإيجار أو إلغاء العقد ولا محل للتعويض في الحالتين"

ومن الجدير بالذكر أن طلب إنقاص الأجرة في عقد الإيجار سيتم بعد تسليم العين المؤجرة والتي يضمن فيها استمرار منفعة العين المؤجرة من قبل المستأجر^(٣)، كذلك أن الحكم بإنقاص

(١) د. سيف الدين محمود البلعاوي، مصدر سابق، ص ٢٥٨.

(2) p. Louis، Volonté et cause، Etude sur le role respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit priV، éthès Dijon، 1913، p. 140.

أشار اليه د. ريماء فرج مكي، تصحيح العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١م، ص ٢١٥؛ د. ياسر احمد كامل الصيرفي، الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، القاهرة، ص ١٤٨.

(٣) د. جعفر محمد جواد الفضلي، مصدر سابق، ص ٢٤٥؛ د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط ١، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٨٣٠ - ٨٣١؛ د. راقية عبد الجبار الوجيز في العقود المسماة، البيع والتأمين والوكالة، المركز القومي للبحوث، طرابلس، ٢٠٠٤، ص ١٤٥ - ٢٦٣.

الأجرة يكون من وقت حصول الخلل في الانتفاع وليس من وقت رفع الدعوى لان الانقاص هو مقابل الخلل بالانتفاع^(١) .

أما من ناحية التطبيقات القضائية فيما يخص مسألة إنقاص الأجرة في ظل جائحة كورونا، فقد قضت محكمة دمياط الابتدائية حكماً يقضي بتخفيض القيمة الإيجارية في العقود بسبب جائحة كورونا تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، كما قضت المحكمة بعدم امتداد العقد خلال فترة الوباء، وأكدت ان التدخل في عقود الإيجار يحتاج إلى صدور تشريع^(٢).

نستنتج ومن خلال الإطلاع على النصوص الخاصة بالأجرة في القانون المدني العراقي وقانون إيجار العقار والقوانين المقارنة بأن الأجرة يمكن أن تكون نقداً أو أي عوض آخر وكذلك الأجرة هي محل عقد الإيجار التي يلتزم بها المستأجر تجاه المؤجر مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة اما بخصوص إنقاص الأجرة فقد تم التطرق إليها في الحالات التي يهلك فيه المأجور أو إذا تم إجراء الترميمات وأدى إلى انقاص من الانتفاع. ولم يعالج مسألة إنقاص الأجرة بسبب الظروف الطارئة بقانون إيجار العقار وإنما ترك ذلك للقانون المدني العراقي.

إن مسألة انقاص الأجرة في ظل الظروف الإستثنائية المتمثلة بجائحة كورونا من المسائل المهمة التي تؤثر على التزام المدين وتجعله مرهقاً، إذ إن توقف الأعمال جراء الحظر المنزلي المفروض بسبب جائحة كورونا، يجعل من الضروري إيجاد حلول قضائية تضمن حقوق الطرفين معاً، ولما كانت الجائحة غير منهية لعقد الإيجار، فمن الجيد أن يتم اللجوء إلى تخفيض الإيجار ولكن دون إضرار بالدائن المؤجر، كما يفترض على المشرع العراقي أن يعطي الجهة التنفيذية في العراق صلاحية تخفيض الإيجارات كما أعطاه صلاحية زيادتها في قانون إيجار العقار رقم (٥٦) لسنة (٢٠٠٠) في المادة (٢/٤) منه قد خولت مجلس الوزراء زيادة نسب بدلات إيجار العقارات

(١) د. عبد الحكيم فودة، اثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الاعمال القانونية، بحث علمي على ضوء الفقه وقضاء النقض، مشاة المعارف، الإسكندرية، ص ٤٠٠.

(٢) "وبخصوص ذلك أصدرت محكمة دمياط، الدائرة الرابعة، حكماً قضائياً لأول مرة منذ حدوث جائحة كورونا بتخفيض القيمة الإيجارية المنصوص عليها بعقد الإيجار وتنظيم العلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر، بسبب جائحة كورونا؛ دون التعرض لباقي بنود العقد ومنها رفض امتداد عقد الإيجار عن الفترة التي حدثت فيها الجائحة، وذلك نظراً لأن التدخل في عقود الاجارة يحتاج إلى صدور تشريع، وقد صدر الحكم في الدعوى المقيدة برقم (٦٠٩) لسنة ٢٠٢٠ مدنى ، للمزيد ينظر:"

السكنية كلما أقتضى الأمر ذلك، حيث جاءت مواد هذا القانون بنصوص قانونية تحدد فيها حدوداً لبدلات الإيجار الخاصة بالعقارات، التي تخضع لأحكام تلك القوانين، لحماية المستأجر من رفع بدلات الإيجار تجاه تنامي أزمة السكن. كذلك الظروف الاستثنائية الأخرى التي تؤدي إلى رفع قيمة بدل الإيجار

الفرع الثاني

المطالبة بالإعفاء من الأجرة

إن مسألة الإعفاء من الأجرة في ظل الظروف الاستثنائية لم تعالج في ظل قانون إيجار العقار المعدل رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ بل تشدد في ذلك واعتبرها بالمادة (١٧/١) أحد الأسباب التي يستطيع المؤجر من خلالها طلب تخلية العقار حيث نصت المادة اعلاه (ف ١) "إذا لم يدفع المستأجر قسط الإيجار رغم مرور (٧) سبعة أيام على استحقاقه وإنذار المؤجر له بانقضائها بواسطة الكاتب العدل بوجوب دفعه خلال (٨) ثمانية أيام من تاريخ تبليغه بالإنذار وتكون مصاريف الإنذار وافي داع في هذا الحالة على المستأجر ولا يستفيد المستأجر من هذه الحماية إلا مرة واحدة في السنة الواحدة التي تبدأ من الانذار الأخير يجوز للمؤجر بعدها أن يطلب تخلية أن لم يدفع المستأجر القسط المستحق خلال ١٥ خمسة عشر يوماً من تاريخ استحقاقها"^(١) حيث يجوز للمؤجر طلب الاخلاء لهذا السبب ولو لم تكن مدة عقد الأيجار الاصلية قد انتهت لإخلال المستأجر بدفع الأجرة والتي اعتبرها المشرع من ابرز التزاماته^(٢) وعليه اذا لا بد أن يستحق بدل الإيجار وأن يطلب المؤجر بتسديد الأجرة خلال المدد المعينة فإذا امتنع عن وفاء الأجرة فيمكن المؤجر طلب تخلية المأجور وأنهاء مدة العقد، وهذا ما استقر عليه القضاء العراقي والذي أصدر قرار بأخلاء المأجور الشقة السكنية لامتناع المستأجر عن الوفاء بالأجرة لمدة شهرين متتاليتين بالرغم من الانذار الموجه له^(٣) وبالرجوع إلى القواعد العامة بالقانون

(١) للمزيد ينظر نص المادة (١٧) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل. والتي تقابل نص المادة (١٧٤١) من القانون المدني الفرنسي المعدل بقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦. وايضا المادة (٢/٦٠٣) من القانون المدني المصري.

(٢) د. جواد كاظم جواد سميسم، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٣) قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد، الكرخ بصفتها التمييزية بتخلية المأجور لامتناع المستأجر عن تسديد الاجرة على الرغم من الانذار الموجه اليه ومرار المدة القانونية عليه العدد ٣٦٢/عقار في ٢٩/١١/٢٠٠٤.

المدني والذي يعتبر المرجع لجميع القوانين في حال عدم تنظيم بعض الجزئيات فيها نرى أنها عالجت مسألة جواز الاتفاق على تعديل أحكام الالتزام بالتشديد أو الإعفاء حيث نصت المادة (٢٥٩/١، ٢) من القانون المدني العراقي "١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة. ٢- "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤوليه تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشأ عن غشه او عن خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمها في تنفيذ التزامه..". حيث تعتبر من أهم المواد التي يتم اللجوء إلى تنفيذها في جائحة كورونا، حيث أجازت للمتعاقدين الإتفاق على تعديل أحكامها تشديداً أو تخفيفاً أو إعفاء، استناداً لنص المادة (٢٥٩/١ و٢) من القانون المدني العراقي، وعليه لو وجد شرط يتضمن الاعفاء من المسؤولية العقدية فلا مجال للحكم بالتعويض^(١).

ولما كان أساس كل عقد يتم إبرامه شروط ضمنية حيث تعلق تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد المبرم بين الطرفين على شرط بقاء الظروف التي ابرم العقد في ظلها على حالها فاذا ما طرأت ظروف خارجية كجائحة كورونا ادت الى إختلال التوازن الاقتصادي للعقد على نحو يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً او مستحيلاً يجب اعفائه من تنفيذه^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن المستأجر إذا لم يكن متضرراً بسبب اجنبي كالجائحة فيلزم عليه تعويض يقدره القضاء ويحكم به للفصل في الدعوى المقامة من قبل الدائن على مدينه ليحمله بمقتضاها المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه،^(٣) فهو تعويضاً عن عدم التنفيذ وهو بصورته هذه يحل محل عدم التنفيذ العيني الكامل عند توفر شروطه ولا يمكن الجمع بينهما لأن الدائن حينها سوف يتقاضى حقه مرتين، ولإستحقاق هذا النوع من التعويض أي التعويض النقدي لابد من توفر اركان المسؤولية العقدية ولعل في مقدمتها إخلال من جانب المدين بتنفيذ التزامه و انتفاء السبب الاجنبي و عدم وجود اتفاق على الإعفاء من المسؤولية

(١) أ. م. د. عبد الباسط جاسم محمد، المفيد في شرح القانون المدني العراقي، بحث مقدم الى كلية القانون والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة الانبار، دون تاريخ نشر، ص ٢.

(٢) هبه محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الازهر، غزة، فلسطين، ٢٠١٢، ص ٢٦.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٥٥.

وآخرها هو الإعذار مالم يستثنى من ذلك قانوناً، وقد خصصت التشريعات موضوع المقارنة
نصوصاً واضحة لمعالجة تلك المسألة.^(١)

أما فيما يخص القرارات ذات الصلة فنجد منها قرار مجلس الوزراء العراقي الخاص بالعقود
الإدارية الذي يخص مسألة الإعفاء من الأجرة بسبب الظروف الاستثنائية للأراضي السكنية
المباعة والمؤجرة الى المواطنين وفقاً لقانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ والذي
يؤخذ به على سبيل الاستثناء.^(٢)

أيضاً قرار الحكومة المصرية حول مسألة اعفاء المستأجر من بدل إيجار العقار.^(٣)

(١) فقد ورد في القانون المدني الفرنسي وفي المادة (١١٤٧) ما يؤكد ذلك فقد نصت (يكون المدين مسؤولاً عن
التعويض إذا كان له محل، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير فيه، وذلك في جميع الأحوال مالم يثبت
أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه، ولم يكن ثمة سوء نية من جانب المدين) اما القانون المدني
المصري فنصت الفقرة (٢) من المادة (٢٠٣) على (على انه اذا كان في التنفيذ العيني إرهاب جاز له أن يقتصر
على دفع تعويض نقدي إذا كان لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً) والامر ذاته بالنسبة للقانون المدني العراقي فقد
نصت الفقرة (٢) من المادة (١٦٨) على (إذا استحال على الملتزم بالعقد، أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه
بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه...).

(٢) حيث نص القرار على أن "المجلس قرر خلال جلسته الاعتيادية المنعقدة يوم الثلاثاء، ٧ نيسان ٢٠٢٠ من
خلال دائرة تلفزيونية مغلقة ما يأتي" - ١. تأجيل استيفاء مبالغ الأقساط المستحقة عن بدلات قطع الأراضي السكنية
المباعة أو المؤجرة الى المواطنين وفقاً لقانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣، من المؤسسات
الحكومية كافة، مع اعفاءهم من المواد التأخيرية . ٢. إعفاء مستأجري العقارات التجارية أو الصناعية أو غيرها
التي تعود إلى المؤسسات البلدية من بدلات الإيجار المترتبة بذمتهم . ٣. تمديد مدة تسديد بدلات (الإيجار أو
المساحة أو البيع) لحالات الإحالة النهائية التي تزامنت مع قرار فرض حظر التجوال . ٤. تمديد مدة تسديد بدلات
بيع قطع الأراضي السكنية المباعة إلى المواطنين وفقاً لأحكام المادة (٢٥/ثالثاً) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة
رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣، والتي يتعذر على المواطن التسديد خلال المدة القانونية لأسباب خارجة عن إرادته....".
للمزيد ينظر:

تاريخ آخر زيارة ٢٠٢١/٢/٢٠ <https://www.nasnews.com/>

(٣) تناول البند الأول من القرار حق المستأجر في التأخر عن سداد الأجرة نظراً للظروف الاستثنائية التي تمر بها
البلاد بسبب فايروس كورونا وإغلاق بعض الأنشطة والمحال التجارية، أو في حالة تعسر مالي من جانب
المستأجر وفقاً للظروف الراهنة، فقد نصت المادة ١٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ " إذا تكرر
امتناع المستأجر أو تأخره في الوفاء بأجرة المستحقة دون مبررات تقدرها المحكمة حكم عليه بالإخلاء أو الطرد
بحسب الأحوال " فيستفاد من النص المشار إليه على أنه يجب على المستأجر أن يقدم إلى المحكمة المستندات
المؤيدة لدعواه والتي يمر بها وهي نظرية الظروف الطارئة حتى تقتنع المحكمة بأن المستأجر يوجد لديه عذر
قهري من امتناعه عن سداد الأجرة لغلق المنشآت والمحال التجارية، كل هذا من شأنه أن يجعل المحكمة تبعاً

نستنتج ومن خلال ما ورد أعلاه والاطلاع على النصوص القانونية ذات الصلة بأنه إذا مكن المؤجر المستأجر من الإنتفاع بالماجور ووفى بالتزاماته تجاه المستأجر ورغم ذلك حدثت ظروف استثنائية لم تكن بالحسبان كما هو الحال في ظل جائحة كورونا عاجز عن تسديد أجرته ومن المعروف أن احد التزامات المستأجر في عقد الإيجار هي دفع الاجرة والتي تعتبر ركن في هذا العقد فان ذلك لا يسمح للمستأجر أن يطلب الاعفاء من الاجرة متذرع بإيقاف العمل والحظر الشامل لأن الالتزام بدفع مبلغ من النقود ممكن دائما بحكم القانون وهي تقابل حق الإنتفاع بالعين المستأجرة حيث إن عدم دفع الأجرة يمكن المؤجر من خلاله اللجوء إلى القضاء بصدد تطبيق نص المادة (١٧ / ١) من قانون إيجار العقار المعدل ويطلب إصدار قرار بالتخلية.

ويتساءل الباحث هنا عن الحلول التي يضعها المشرع العراقي والتي تسير المشاكل التي تخص عقد الإيجار في ظل جائحة كورونا؟

نجد انه عالجه بعضها من خلال طلب أحد المتعاقدين فسخ العقد قبل انقضاء مدته اذا أصبح العقد من مبدأ الامر أو في اثناء سيرانه مرهقاً وذلك من خلال المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي، وبالتالي يرى الباحث أننا بحاجة إلى نصوص قانونية آخر مواكبة للتغيرات التي تخص تنظم العلاقة بين المؤجر والمستأجر المتعلقة بالأجرة من خلال تخفيضها أو الإعفاء منها، مع ضمان تحقيق العدالة لكلا الطرفين في وقت يعجز فيه المستأجر عن سداد أجرته بسبب توقفه عن العمل، فيكون ذلك العجز بمثابة مشكلة قائمة طالما كانت هذه الجائحة قائمة.

للظروف وبعد=الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تردّ الالتزام إلى الحدّ المعقول . وتناول البند الثاني من المحور الأول إعفاء المستأجر من سداد الأجرة أو تخفيضها نظراً للظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد وقرار الدولة بوقف أنشطة المحلات التجارية. وتطرّق البند الثالث من المحور الأول استمرار الرغبة بإنهاء الإيجار بالعدر الطارئ وفقاً للمادة ٦٠٨ من التقنين المدني " إذا كان الإيجار معيّن المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا وجدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في سيرانه مرهقاً، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء وفقاً للمادة ٥٦٣ من القانون المدني المصري. للمزيد ينظر:

تاريخ آخر زيارة ١٦ / ١ / ٢٠٢١ <https://www.tahergrp.org/index.php/ar/>

المطلب الثاني

تعذر استيفاء المنفعة للمحلات التجارية

لقد ضمن القانون المدني العراقي للمستأجر الإنتفاع بالعين المؤجرة وضمن كذلك التعرض الصادر من المؤجر شخصياً أو من أحد اتباعه سواء كان تعرض مادي أو مبني على سبب قانوني كذلك يضمن التعرض الصادر من الغير إذا كان مبنيّاً على سبب قانوني، وذلك في المواد (٧٥٣ ، ٧٥٤ ، ٧٥٥) من القانون المدني العراقي، فلا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الإجارة وأن لا يحدث في المأجور تغييراً يمنع من الانتفاع به أو يخل بالمنفعة المعقود عليها، ولا يقتصر ضمان المؤجر عن الأعمال التي تصدر منه أو من اتباعه بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض مبني على سبب قانوني يصدر من اي مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر^(١)، وهذا ما جاء مطابقاً لنص المادة (٨) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل^(٢)، إما الأضرار التي نحن بصددده فهي ليس أضرار مبنية على تعرض شخصي صادر من المؤجر او قانوني صادر من الغير، وإنما أضرارها مبنية على ظروف خارجية لا دخل لإرادة المؤجر أو الغير في تعذر استيفاء المنفعة والتي كان لها تداعيات على عدم قدرة المستأجرين من أستيفاء المنفعة بالنسبة للمحلات التجارية، ولبيان ما تقدم قسمنا هذا المطلب على فرعين، حيث سنبحث في الفرع الأول مسألة الانتقاص من المنفعة، أما في الفرع الثاني فسنناقش الحرمان من الانتفاع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

الانتقاص من المنفعة

أن تعريف المشرع العراقي لعقد الإيجار في المادة (٧٢٢) من القانون المدني العراقي يبدو لنا بوضوح طبيعة واهمية التزام المؤجر والتي يوجب عليه ان يولي المستأجر حق الانتفاع بالمأجور والقيام بكل ما من شأنه ان يؤدي الى القيام بهذه المهمة من خلال تمكين المستأجر

(١) للمزيد ينظر نصوص المواد كل من (٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٢) تنص المادة (٨) من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل على انه "على المؤجر أن يسلم المأجور بحالة تصلح للانتفاع به، وفق العقد".

من الانتفاع به على نحو دائماً كما يعمل على دفع ما قد يقع للمستأجر من تعرض يخل بالانتفاع في سبيل جعل المأجور في حالة تؤدي الغرض الذي اتفق عليه أو الذي أعد له المأجور^(١)، إذ إن الإنتقاص من المنفعة أما يرجع الى تعرض صادر من الغير من شأنه أن يهدد منفعة المستأجر، كما جاء في المادة (٢/٧٥٤) من القانون المدني العراقي، والتي خيرت المستأجر بين فسخ العقد فسخاً كلياً وبين المطالبة بإنقاص الأجرة مع التعويض بقدر الجزء المستحق^(٢). او قد يكون ذلك الانتقاص ناتجاً عن عيب خفي لم يشعر بوجوده المستأجر وهو ما عالجته المشرع العراقي ضمن أحكام الفقرة (١) من المادة (٧٥٨) ليعطي المستأجر الخيار بين فسخ العقد فسخاً كلياً وبين فسخ العقد فسخاً جزئياً عن طريق إنقاص الأجرة بقدر النقص الحاصل في منفعة المأجور^(٣)، كما قد يكون ناتجاً عن احتياج المأجور لإصلاحات معينة وأمتع المؤجر عن القيام بها فأن للمستأجر وفق احكام الفقرة (٢) من المادة (٧٥١) من القانون المدني العراقي أما فسخ العقد فسخاً كلياً أو المطالبة بإنقاص الأجرة^(٤) ومما لا شك فيه أن انتقاص منفعة العين المؤجرة يكون أما بعد انعقاد العقد وقبل تمام التسليم، وبذلك تكون تلك المنفعة في عقد الإيجار الغاية الأساسية والجوهرية الدافعة للتعاقد فيه، ذلك لأنه يرد على الانتفاع دون

(١) د. سعيد مبارك، د. صاحب عبيد الفتلاوي، د. طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة (لبيع-الإيجار-المقاوله-) دار الحكمة للطباعة والنشر، دون مكان نشر، ١٩٩٢، ص ٢٥٧.

(٢) حيث نصت المادة (٢/٧٥٤) على "إذا ترتب على هذا التعرض ان حرم المستأجر فعلاً من الانتفاع الواجب بعقد الإيجار، جاز له تبعاً للظروف أن يطلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض ان كان له مقتضى".
(٣) نصت المادة (١/٧٥٨) على "إذا وجد بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة".

(٤) حيث نصت المادة (٢/٧٥١) على "أما إذا أصبح في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي أُجر من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً، ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك جاز له إذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة المأجور إلى الحالة التي كان عليها، أن يطلب أما انقاص الأجرة أو فسخ الإيجار) وفي ذات الصدد فقد نصت الفقرة (١) من المادة (٧٥٢) على (إذا احتاج المأجور لعمارة ضرورية لصيانته، فليس للمستأجر أن يمنع المؤجر عن إجرائها فإن ترتب على ذلك ما يضر بالسكنى أو يخل بالمنفعة جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو انقاص الأجرة)، ويقابل تلك المواد التي تعالج نقص المنفعة في القوانين المقارنة المواد (١٧٢٦، ١٧٢٦ من القانون المدني الفرنسي، و المواد (١/٥٦٥، ١/٥٦٨، ٢/٥٦٩، ١/٥٧٠، ٢/٥٧٢، ٢/٥٧٥، ٥٧٧) من القانون المدني المصري.

الملكية للشيء المأجور، كما جاء في المادة (٧٤٤) بأنه إذا سلم المؤجر العين ولم يسلم جزء منها فإن المستأجر مخير بين إجباره على تسليم ذلك الجزء المتبقي من العين وبين فسخ العقد وبين الإستمرار عليه مع إنقاص الأجرة، والحل الأخير يعتبره الفقه القانوني تطبيقاً من تطبيقات الفسخ الجزئي للعقد^(١)، أو بعد تسليم العين المؤجرة، حيث يكون المؤجر بعد تسلمه للعين المؤجرة ضامناً لاستمرار منفعتها^(٢).

وللمستأجر أيضاً ضمان التعرض الصادر من الغير حيث أن المؤجر يضمن تعرض الغير المبني على سبب قانوني أما التعرض المادي فلا يضمن تعرض الغير، مثال ذلك ان يبني في الأرض المؤجرة أو يزرعها مدعياً ملكيتها أو أن له حق انتفاع أو حق أيجار، وكذلك يكون مسؤول عن هذه الحقوق سواء كانت عينية أو شخصية كما في المادة (٧٥٤) من القانون المدني العراقي، وإذا حصل تعرض قانوني من الغير يجب على المستأجر اخطار المؤجر وإذا لم يخطر في وقت مناسب يتحمل مسؤوليته العقدية . أما التعرض المادي فلا يضمنه المؤجر بشرط أن يقع التعرض بعد تسليم العين إلى المستأجر لأن المستأجر يدفع كل تعرض سواء مادي أو قانوني قبل التسليم ويجب أن يكون التعرض مادي لا يستند إلى سبب قانوني مثل أن يرسل الغير ماشيته ترعى في الأرض المؤجرة دون أن يدعي حقاً في ذلك أو يسرق منقولات المستأجر. وفي جميع الأحوال لا يعتبر الضمان هنا من النظام العام يعني يجوز الاتفاق على خلافه^(٣).

(١) فقد نصت المادة (٧٤٤) على "إذا سلم المؤجر الدار ولم يسلم حجرة منها كان المستأجر مخيراً بين إجبار المؤجر على تسليمها وبين فسخ العقد أو الاستمرار عليه....." وفي هذه الحالة الأخيرة تسقط من الأجرة حصة الحجرة إلى حين تسليمها) وتقابلها المادة (١٧١٩) في القانون المدني الفرنسي، أما بالنسبة للقانون المدني المصري فقد عالج تلك المسألة ضمن احكام المواد (٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦) من القانون المدني، ينظر ايضاً بشأن موقف الفقه من تلك المسألة . د. عبد الحكم فودة، مصدر سابق، ص ٤٧٤ . د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سابق، ص ١٤٤ . د. سيف الدين محمد محمود البلعاوي، مصدر سابق، ص ٢٥٨ . استاذنا، د. عبد المهدي كاظم ناصر، النظام القانوني للفسخ الجزئي للعقد، جامعة الكوفة، ٢٠٢٠، ص ٢٤٢، للمزيد ينظر:

Nicolas Thomassin, op, cit, P.P. 329-330.

(٢) د. جعفر محمد جواد الفضلي، مصدر سابق، ص ٢٤٥ . د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٨٣٠

- ٨٣١؛ د. راقية عبد الجبار، العقود المسماة، مصدر سابق، ص ١٤٥-٢٦٣.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٦٩٦.

نرى ومن خلال الاطلاع على النصوص القانونية أعلاه أن المشرع العراقي عالج الحالات التي تؤدي إلى الانتقاص من المنفعة إذا كان التعرض صادر من المؤجر نفسه أو من الغير إذا كان مبنياً على سبب قانوني أي له حق على هذا العقار أو المحل التجاري وأيضاً إذا احتاج المأجور إلى بعض الإصلاحات ولم يقدّم بها ولم يعالج الحالات الأخرى التي تؤدي إلى الانتقاص من المنفعة كما هو الحال بالكوارث الطبيعية والأوبئة الأخرى في ظل جائحة كورونا والتي تعتبر ظرف خارجي ليس للمؤجر أو المستأجر وأيضاً الغير سبب فيها والتي فرضت على أثرها السلطات العامة حظر شامل أدى إلى الانتقاص وفي بعض الأحيان الحرمان من الانتفاع الأمر الذي يتطلب تنظيم تشريعي يعالج هذه الحالات بصدد إعادة التوازن العقدي بين المؤجر والمستأجر بشكل يضمن عدم تضرر الطرفين.

في حين يرى الفقهاء أن الانتقاص من المنفعة الوارد في نصوص عقد الإيجار في القوانين المدنية ما هي إلا تطبيق للفسخ الجزئي للعقد سواء كان ذلك الانتقاص حاصلًا قبل التسليم أم بعده، ذلك لأنها جميعاً قائمة على فكرة واحدة مفادها أن المستأجر لم يستوف سوى جزء من منفعة المأجور في الوقت الذي يحق له أن ينقص من الأجرة بقدر ذلك الانتقاص، وإنقاص الأجرة ما هو إلا فسخ جزئي للعقد^(١).

في حين أن القانون المدني المصري قد وسع من حالات الانتقاص من منفعة العين المؤجرة ليشمل أيضاً عمل وقرارات الجهات الحكومية والتي يكون لها تأثير مباشر على منع استيفاء المنفعة من قبل المستأجر وذلك بموجب المادة (٥٧٤) والتي نصت على "إذا ترتب على عمل من جهة حكومية في حدود القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر تبعاً للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة وله أن يطالب المؤجر بتعويضه إذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر لسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه كل هذا ما لم يقضي الاتفاق بغير " وحسناً فعل المشرع المصري كون أن الجهات الحكومية تصدر في بعض الأحيان قرارات لها صلة بالانتقاص من الانتفاع بالعين المؤجرة أو الحرمان منها كما هو الحال في ظل قرارات

(١) د. سيف الدين محمد محمود البلعاوي، مصدر سابق، ص ٢٥٨ د. عبد المهدي كاظم ناصر، مصدر سابق، ص ٢٤٢ د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سابق، ص ١٤٤ د. أمير طالب هادي، مصدر سابق، ص ١٨٥-١٨٦، وينظر أيضاً في الفقه الفرنسي

خلية الأزمة لمواجهة وباء كورونا والتي أدت إلى تعطيل الدوام وحضر شامل لجميع البلاد مما أدى إلى حرمان أغلب أصحاب المحلات التجارية من الانتفاع بالعين المؤجرة بشكل كامل أو جزئي حسب درجة وخطورة الوباء ولم نرى نص مماثل في التشريع العراقي والفرنسي، وفي هذا الصدد يرى الدكتور (عبد الحكيم فودة) أن القرارات أو الأعمال الصادرة من جهة حكومية بخصوص الانتقاص أو الحرمان من الانتفاع بالعين المؤجرة مبنية على سبب قانوني ذلك لأن الجهة الحكومية لا تستند في عملها إلى حق خاص تدعيه وإنما هي تستند إلى ما لها من حقوق السلطة العامة^(١) في حين اعتبر الدكتور (عبد الرزاق السنهوري) أن أعمال الجهات الحكومية بمثابة قوة قاهرة تؤدي إلى حرمان المستأجر من الانتفاع أو تخل بالانتفاع بها، وسواء اعتبرت أعمال الجهات الحكومية تعرض مادي من الغير أو قوة قاهرة ففي الحالتين لا يكون المؤجر ملتزم بضمانهما ولكن هذا لا يمنع المستأجر من الرجوع على المؤجر بل ومن الرجوع على الجهة الحكومية في بعض الأحوال حسب طبيعة الحرمان^(٢) ومن التطبيقات القضائية بهذا الصدد ما حصل في إمارة دبي من فسخ عقد الإيجار في ظل جائحة كورونا بسبب عدم القدرة على الانتفاع بالعين المؤجرة^(٣).

أما القانون المدني الفرنسي المعدل رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ وفي المادة (١٧٤١) أعطى الحق لكلا الطرفين المؤجر والمستأجر بحل عقد الإيجار في حال تخلف أحدهم عن تنفيذ التزامه المتقابل والنص جاء بشكل مطلق لم يحدد إذا كان عدم القدرة على تنفيذ الالتزامات بسبب ظروف استثنائية أو غيرها مما يعطي الحق للمستأجر بحل عقد الإيجار في حال الانتقاص من استيفاء المنفعة للعين المؤجرة باعتبارها أحد التزامات المؤجر أمام المستأجر^(٤)

(١) د. عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الاعمال القانونية، مصدر سابق، ص ٤٠٤.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، مج (١)، ج ٦، ص ٤٠٩-٤١٠.

(٣) وبهذا الخصوص قررت السلطات في إمارة دبي نتيجة طلب وكيل المدعية فسخ العلاقة الإيجارية بسبب الخسائر وضررها من انتشار فايروس كورونا، ولأن طبيعة نشاطه التجاري في تقديم خدمات الرعاية المنزلية و التتقيف لكبار السن والأطفال وإن هذه الفئة من المجتمع هم الأكثر عرضه لتأثير الفايروس وفقا لما صدر من السلطات الصحية بالدولة، ونتيجة لذلك لا يتصور ممارسة النشاط لفترات طويلة لذلك اتخذ القرار فسخ العلاقة الإيجارية من تاريخ صيرورة الحكم نهائي بما مقتضاه رد شبكات الأجرة المحررة للفترة من تاريخ ٥/٧/٢٠٢٠ ولغاية ٥/١٠/٢٠٢١ ومبلغ التأمين (٩٦٩٣) درهم الزام المدعى عليه بالرسوم والمصاريف.

(٤) للمزيد ينظر نص المادة (١٧٤١) من القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ المعدل.

نستنتج ومن خلال الإطلاع على ما ورد أعلاه أن تدخل السلطة العامة أدى إلى وضع بعض الضوابط والقيود على ممارسة بعض الأعمال المختلفة مما أدى إلى النقص الكبير في الانتفاع بالعين المؤجرة وذلك من خلال الإجراءات الإحترازية التي اتخذتها السلطات العامة لمواجهة هذا الجائحة وحيث إن أغلب هذا الإجراءات لم تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وإنما جعلته أكثر صعوبة على كاهل المستأجر من خلال التزامه بدفع الأجرة كاملة في حين أنه يعاني من اختلال كبير في منفعة العين المؤجرة ولكون أن هناك مبدأ عام ومهم في عقد الإيجار فحين يحرم المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة أو يختل إنتفاعه بها لسبب لا يد للمؤجر أو المستأجر بل يرجع إلى ظروف خارجية كما هو في ظل جائحة كورونا فإن تبعية ذلك تقع على المؤجر فيتحمل أما فسخ الإيجار أو انقاص الأجرة لأن عقد الإيجار يقوم على مبدأ مهم وهو أن الأجرة تقابل الإنتفاع فإذا امتنع الإنتفاع اختل العقد بالانفساخ أو بإنقاص الأجرة.

الفرع الثاني

الحرمان من الانتفاع

أن من الالتزامات المتبادلة بين المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار كأصل عام تتمثل بتمكين المؤجر للمستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة مقابل ما يقوم به المستأجر من دفع الأجرة ومما لاشك فيه أن جائحة كورونا أثرت بشكل مباشر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية المبرمة بين المؤجر والمستأجر بشكل قد يؤدي إلى استحالة كلياً كما هو الحال في المحلات التجارية حيث تسببت الإجراءات والقرارات المتخذة لمواجهة هذا الوباء في أغلاق العديد من المحال التجارية كما هو الحال في محلات تصليح العجلات وأيضاً المحلات التجارية الأخرى كدور السينما والمسرح والصالات الرياضية ومكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ...الخ، حيث أن أغلب هذا المحال تم اغلاقها بشكل كامل منذ بداية الأزمة ولم تمارس نشاطها بشكل مستمر وهذه الإجراءات أدت إلى الحرمان من الانتفاع من جانب المستأجر بالعين المؤجرة^(١).

وبالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني العراقي نجد أن الحرمان من الإنتفاع مشار إليه في المادة (١/٧٥٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه "على المؤجر إصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور أدى إلى إخلال في المنفعة المقصود منه" لذلك تبقى

(١) د. خالد جاسم الهندياني، د. عبد الرحمن عبد الواحد الرضوان، مصدر سابق، ص ٤٢.

التزامات المؤجر بإجراء الترميمات الضرورية للمحافظة على الأصول المؤجرة محل العقد خلال مدة الإيجار حتى تبقى هذه الأصول المتعاقد عليها صالحة لأداء الغرض الذي أجرت من أجله، حيث يلتزم المؤجر بالقيام بجميع الترميمات الضرورية للأموال المؤجرة في حالة حدوث خلل فيها، إذا كان هذا الخلل من شأنه أن يؤدي إلى فوات المنفعة المقصودة منها بشرط أن لا يكون الخلل قد حصل بفعل المستأجر، إلا أنه يكون مسؤولاً عن إصلاح الأضرار التي تحدث بفعل قوة قاهرة كالزلازل مثلاً أو بفعل الغير، ويلتزم أيضاً بصيانة وإصلاح ملحقات المأجور حتى يصلح للغرض الذي أُعد من أجله^(١).

كذلك أن الالتزام بالصيانة في عقد الإيجار يحقق غاية المستأجر من استئجار المأجور، فما يبتغيه المستأجر هو حصوله على المنفعة من محل العقد تحقق الفائدة المتوخاة منها في تحقيق الغرض المخصص لها^(٢).

كما أنه في حالة إمتناع المؤجر عن القيام بالإصلاحات والترميمات الضرورية، فإن للمستأجر أن يطالبه بالتفويض العيني إذا كان ذلك ممكناً^(٣).

ويحق للمستأجر فسخ العقد إذا كان حرمانه من منفعة المأجور محل العقد حرماناً جسيماً أو اللجوء إلى القضاء طالباً الإذن له بالقيام بنفسه بالترميمات على حساب المؤجر وإذا قام بذلك رجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف^(٤)، أو قد يختار المستأجر أسلوب إنقاص الأجرة، فيطلب من المحكمة ذلك على أساس أن نقص الإنتفاع بالمأجور بسبب عدم إجراء الترميمات يقابله نقص في الأجرة، وللمحكمة أن تجيب طلبه فتنقص الأجرة بالقدر المناسب، وفي كل الأحوال يستطيع المستأجر أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب نقص الإنتفاع بالمأجور^(٥).

(١) للمزيد ينظر نص المادة (١/٧٥٠) من القانون المدني العراقي .

(٢) د. أسماء صبر علوان، الالتزام بالصيانة في عقد البيع، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٩.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧ - ١٩٩٨، ص ١٤٣.

(٤) تنص المادة (٢/٧٥٠) من القانون المدني العراقي "إذا امتنع المؤجر من الترميم، كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة أو أن يقوم بالترميم بإذن المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف".

(٥) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٩٥.

ومن صور حالات الحرمان من الانتفاع هي في حالة وقوع التعرض من المؤجر أو من أحد تابعيه بالمستأجر، فيحق للمستأجر طلب توقيفه وإزالة ما تم به من أعمال التعرض أو يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة، وهذا لا يمنعه من أن يطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت، والتي جاءت نتيجة حتمية لإخلال المؤجر بانتفاع المستأجر بالمأجور أو حرمانه منه.^(١)

إن ما ورد أعلاه تمثل الحلول التشريعية لحالات التعرض الصادرة من المؤجر أو الغير بالانتفاع فهل بالإمكان ان تطبق هذه الحلول التشريعية على آثار جائحة كورونا والتي تعتبر آثارها خاصة فهذا محل الإيجار صالح للانتفاع ولكن الإجراءات المتخذة بصدد مواجهة هذا الوباء هي التي تمنع إستيفاء المنفعة نلاحظ أن هذه الحلول التي تم التطرق إليها تحل مشكلة أولية بين المؤجر والمستأجر بخصوص تخفيض الأجرة أو إنهاء العقد بينهما وبالتالي تبقى هذه المشكلة مستمرة فكيف بالمستأجر وهو متوقف عن العمل ولا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة أن يوفي بالتزاماته تجاه المؤجر وأن طبقنا الحل التشريعي الآخر وهو فسخ العقد بينهما فهل بالإمكان أن يحصل على إيجار آخر وهو غير قادر أيضا على سداد أجرته وبالتالي يرى الباحث أن الأمر يحتاج إلى تدخل وتنظيم تشريعي من خلال قيام الدولة بالموازنة بين مصالح طرفي الإيجار وتحمل الدولة تغطية التزامات المستأجر في ظل جائحة كورونا والكوارث الطبيعية الأخرى التي لا يد للمستأجر والمؤجر فيها حيث ان هذا العقد يتعلق بشريعة واسعة من المواطنين ذات الدخل المحدود ويجب إن لا يترك للحلول الفردية من قبل المؤجر للمستأجر من خلال إعفائه من الأجرة في ظل عدم الانتفاع لأنها حلول فردية وحسب طبيعة كل مؤجر وإنما يجب أن تكون هناك تدخل تشريعي من خلال سن قوانين عامة بدون استثناء تلائم جميع الظروف الاستثنائية.

في حين ذهبت تشريعات أخرى كالقانون الكويتي وهي بصدد معالجة الاضرار التي سببتها جائحة كورونا على عقد الإيجار ^(٢) إلى تقسيم مسألة الحرمان من الإنتفاع وفق نظرتي الظروف

(١) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٢٧٨؛ د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر نفسه، ص ١٠٥-١٠٧.

(٢) كالمادة (٥٨١) من القانون المدني الكويتي رقم ١٥ لسنة ٢٠١٩ التي تطرقت إلى فرضية أن يترتب على عمل السلطة العامة نقص كبير في انتفاع المستأجر، ولم تنطرق إلى مسألة إذا كان تدخل السلطة العامة أدى إلى حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

الطارئة والقوة القاهرة، فمن حيث تطبيق نظرية القوة القاهرة فإذا كان المشرع قد سمح للمستأجر في حال صدر عمل من السلطة العامة أدى إلى النقص الكبير في الإنتفاع أن يطلب إنقاص الأجرة أو فسخ العقد، فإنه من باب أولى أن يشمل هذا النص حالة الحرمان من الانتفاع بالعين المؤجرة، على اعتبار أن العلة موجودة وأكثر، كما أن سياسة المشرع التشريعية في عقد الإيجار نجده دائما يساوي في الجزاء بين النقص الكبير أو الجسيم وبين الحرمان الكامل من الانتفاع، فنجده يقرر الجزاء نفسه في كلتا الحالتين، مثل هذه الحالات وجدناها في حالة تخلف المؤجر عن إجراء الصيانة الضرورية، وفي حالة إجراء المؤجر للصيانة اللازمة لحفظ العين المؤجرة من الهلاك، وفي حالة إخلال المؤجر بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، وضمان فوات الوصف، وأما وفق نظرية الظروف الطارئة فلا يختلف ذلك سواء كنا بصدد انتقاص كبير أو حرمان كلي من الإنتفاع في إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد الإيجار^(١).

وأيضاً^(٢) ومن التطبيقات القضائية أيضاً ذات الصلة في القضاء المصري من إعفاء المعروضة حالته (المتعاقد) من أداء الأجرة المتفق عليها عن فترة غلق كافيتريا موقف سيارات الأجرة بالرويسات بمدينة شرم الشيخ بسبب تدابير وإجراءات مواجهة تفشي فيروس كورونا المستجد (COVID-19) وعدم تمكنه من الإنتفاع بالعين المؤجرة وذلك عن الفترة من ٢٠٢٠/٣/٢٢ الى ٢٠٢٠/٩/٢٧^(٣).

(١) د. خالد جاسم الهندياني، د. عبد الرحمن عبد الواحد الرضوان، مصدر سابق، ص ٣٤-٤٧.

(٢) ما ذهب إليه القضاء السعودي من إصدار بعض التعليمات بخصوص الالتزامات التعاقدية المبرمة في ظل جائحة كورونا وكيفية تعديلها حيث تضمن القرار رقم ٤٥/م في ١٤٤٢/٥/٨ بأنه تطبق في عقود اجرة العقار والمنقول والتي تأثرت بالجائحة الاحكام الاتية ١- اذا تعذر استيفاء المستأجر بسبب الجائحة الانتفاع بالعين المؤجرة كليا او جزئيا فتتقص المحكمة من الاجرة بقدر ما نقص من المنفعة المقصودة المعتادة ٢- كذلك لا يثبت للمؤجر حق فسخ العقد اذا تأخر المستأجر في دفع الاجرة اذا تعذر الانتفاع بالعين المؤجرة كليا او جزئيا وقد اشترطت المحكمة العليا السعودية لتطبيق ما وردة اعلاه ان تكون الجائحة ذات تأثير مباشر على العقد وكذلك ان يستقل اثر الجائحة على العقد دون ان يشترك معه سبب اخر في احداث الضرر وان لا يكون المتضرر قد تنازل عن حقه وان يكون العقد مبرم قبل البدء بالإجراءات الاحترازية ويستمر تنفيذها بعد وقوعها.

(٣) القرار ذو العدد ١٢١٠٧ في ١٣ / ١٢ / ٢٠٢٠ رقم الملف ٧ / ٢ / ٣٤٠ الصادر من رئيس الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، المستشار النائب الأول لرئيس مجلس الدولة.

المبحث الثاني

أثر جائحة كورونا على عقد المقاولة

عقد المقاولة أيضاً من العقود المستمرة التنفيذ يتعهد بموجبه أحد الطرفين بأن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر^(١)، ولأن طبيعة هذا العقد يستغرق العمل به مدة من الزمن وخلال تلك المدة قد تحدث ظروف استثنائية غير متوقعة تحول دون امكانية الاستمرار بالعقد مما يؤثر على سريان تنفيذ الالتزام العقدي في ضوء قواعد العقد المتفق عليها في ظل الظروف الطبيعية مما يؤدي الى وقف العمل والمطالبة بزياده الأجرة أو فسخ العقد والمطالبة بالتعويض، أو قد يقع الحادث الاستثنائي بعد الانتهاء من تنفيذ العمل وقبل تسليمه مما يؤدي إلى عدم قدرة رب العمل على استلامه بسبب تلك الظروف، ولما كانت جائحة كورونا تمثل سبباً اجنبياً فأنها ستؤثر على سريان تنفيذ عقد المقاولة بصورة تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً أو مستحيلاً حسب الظروف، ومن أجل بيان تأثيرها على عقد المقاولة، قسمنا هذا المبحث على مطلبين سنبحث في المطلب الأول أثر جائحة كورونا على التزامات المقاول، أما في المطلب الثاني خصصناه إلى بيان أثر جائحة كورونا على التزامات رب العمل وكما يلي:

المطلب الأول

أثر جائحة كورونا على التزامات المقاول

أن تأثير جائحة كورونا على عقد المقاولة يتمثل بإرهاق أو استحالة تنفيذ العمل المعهود للمقاول، فإذا اثبت المقاول استحالة الإستمرار بتنفيذ العمل المعهود إليه ينقضي الالتزام، كما ينقضي التزام رب العمل في هذه الحال كونه من العقود ذات الالتزامات المتقابلة، وعندها سيكون للمحكمة المختصة الحكم عند تنازع الطرفين، ولبيان ما تقدم ومعرفة مدى تأثير الاضرار التي

(٤) تعرف المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي عقد المقاولة بأنه "... عقد يتعهد أحد الطرفين ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر" اما المشرع المصري فقد عرفه في المادة (٦٤٦): "بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" اما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة (١٧١٠) بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بقيام بشيء للمتعاقد الآخر بمقابل أجر يدفعه هذا الأخير".

سببتها جائحة كورونا على المقاول، قسمنا هذا المطلب على فرعين، حيث سنبين في الفرع الأول التزام المقاول بالتنفيذ، وفي الفرع الثاني التزام المقاول بالتسليم، وكما يلي:

الفرع الأول

التزام المقاول بالتنفيذ

من المعتاد أن المقاول يلتزم بتنفيذ ما يعهد إليه في بنود عقد المقاولة، كما يلتزم بالضمان الخاص بوصفه مقاولاً، وبصورة عامة تتمثل أهم التزامات المقاول المنفذ لبنود العقد بالمسؤولية عن جودة مادة العمل، ويظهر هذا جلياً في المادة (٨٦٦) من القانون المدني العراقي^(١)، وكذلك المحافظة على مصلحة رب العمل كما جاءت به المادة (٨٦٧) من القانون المدني العراقي^(٢)، وبشكل عام يتمحور الالتزام بتنفيذ عقد المقاولة والواقع على عاتق المقاول حول إنجاز العمل الذي تعهد القيام به، ويكون ملزماً بأن ينجز العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها، والتي جاءت بها أغلب التشريعات، والتي تستلزمها أصول الصنعة وتقاليدها، وقد يقوم المقاول بالتعاقد من الباطن^(٣) لغرض أتمام العمل مع عدة مقاولين من الباطن فليس من الضروري ان يكون المقاول الذي ينفذ بنود هذا العقد واحداً، أي الذي ينفذ العمل بل يجوز ان يعهد رب العمل إلى عدة مقاولين بالعمل كما في مقاولات أعمال البناء^(٤)، إذا كانت طبيعة العمل موضوع المقاولة

(١) والتي تنص على "إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها او بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل".

(٢) والتي تنص على "١ - إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلى المقاول ان يحرص عليها ويراعي اصول الفن في استعماله، وان يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد ما بقي منها، فاذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب اهماله او قلة كفايته الفنية التزم برد قيمته لرب العمل. ٢ - وعليه ان يتدارك ما يحتاج اليه في انجاز العمل من ادوات ومهمات اضافية، ويكون ذلك على نفقته، ما لم يقض الاتفاق او عرف الحرفة بغير ذلك".

(٣) المحامي فخر الدين الحسيني، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي، بغداد، مطبعة بابل، ١٩٨٤، ص ١٢
(٤) د. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المماريين، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٠، ص ٢٥. قضت محكمة التمييز (يجوز للمقاول الاصلي ان يتنازل عن العمل في جملة او جزء منه الى مقاول ثاني الا اذا اشترط العقد المبرم مع رب العمل خلاف ذلك، واذا تم التنازل اصولياً يبقى المقاول الاصلي مسؤولاً تجاه رب العمل عن اعمال المقاول الثاني) انظر القرار المرقم ٧٤٠/م/٧٢ في ٢٢/٧/١٩٧٢/ نقلاً عن القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ

تسمح بذلك وإذا كان موضوع العمل يتطلب تنفيذه الإستعانة بمقاول آخر والعمل يعدّ منجزاً من قبل المقاول الأصلي رغم استعانتة في إنجاز العمل بمقاول آخر، فكل من هؤلاء يعدّ مقاولاً في حدود الأعمال التي يقوم بها، ويكون ملتزماً بالضمان الخاص في هذه الحدود فلا يكفي القول بوجود مقالة من الباطن أن يبرم المقاول الأصلي عقد مقالة فرعي، له بل لا بد وأن يرتبط العقد الفرعي بالعقد الأصلي وذلك بأن يشترك المقاول من الباطن في تنفيذ العقد الأصلي^(١) كلياً أو جزئياً، هذا وقد أشارت المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي للمقالة من الباطن^(٢).

أما العقد الأصلي والعقد اللاحق يفترضان ذاتية المحل ووحدته وأن المقاول من الباطن أو الفرعي يجب أن يقوم بعمل في الموقع يتدخل بمقتضاه في تنفيذ العقد الأصلي الأمر الذي يجسد وحدة العمل إذ أن المقالة من الباطن لا تعدو أن تكون فرعاً من العقد الأصلي، أما بالنسبة إلى مدى ضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء، ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي العمل وتمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك فلا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً في المدة التي يقضي بها العقد أو العرف. وعلى ذلك لا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً مباشرة نحو رب العمل، بل يبقى مسؤولاً نحو المقاول الأصلي^(٣).

القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، بغداد منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٨٨، ص ٦٤٤.

(١) د. أحمد عبد العال ابو قرين، الاحكام العامة لعقد المقالة، ط ١، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٣، ص ٣٣.

(٢) نصت المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي الفقرة اولا "يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول اخر ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية اما الفقرة ثانيا فقد اشارت الى مسؤولية المقاول الاصلي تجاه رب العمل وان كان قد اوكل العمل الى مقاول اخر حيث نصت على "ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو رب العمل عن المقاول الثاني".

(٣) د. أحمد عبد العال ابو قرين، مصدر سابق، ص ٤٥.

أن إهتمام المشرع بتنفيذ المقاول للعقد يأتي بهدف تحقيق التوازن الإقتصادي في المجتمع بوصفه أداة للمبادلة ووسيلة للتعاون بين البشر على نحو يتجلى فيه الالتزام القانوني^(١)، كما ألزم أطراف العقد بكل ما ورد فيه، داعياً إلى تنفيذه في ظل القواعد العامة فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديله ما لم يصرح المشرع بذلك أو تقضي به الإرادة، كما جعل من الصعب على المقاول أن يزيد في الأجرة حتى لو وقع حادث غير متوقع واثّر في تنفيذ الالتزامات الواقعة على المقاول كما جاءت به المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي.

وتعد جائحة كورونا مصداقاً للحوادث المادية غير المتوقعة والتي تؤثر في تنفيذ عقد المقاولة حيث أن ما نشهده من إنهيار في التوازن الإقتصادي الذي سببته الجائحة منذ بدايتها بين أطراف العقد أثرت على التزامات المقاول وصاحب العمل فأرهقتهما وحالت دون تنفيذها بسبب ارتفاع الأسعار الخاصة بالمواد الأولية أو نفاذها لغلق الحدود بسبب الحظر والإجراءات المتخذة من أغلب الدول لمواجهة هذا الوباء وكذلك عدم أو قلة الأيدي العاملة في إتمام العمل .

ويمثل إبرام عقد المقاولة باجر متفق عليه مسبقاً أن يتحمل المقاول مخاطر هذه المقاولة وما ينتج من صعوبات عند التنفيذ في ظل هذه الجائحة، وبالتالي لا يحق له المطالبة بزيادة الأجرة^(٢)، أما في حالة حدوث انهيار التوازن الإقتصادي التام بين التزامات المقاول وصاحب العمل جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة الأجر أو فسخ العقد^(٣) .

حيث نجد أن القانون المدني العراقي عالج الحوادث غير المتوقعة بإرتفاع الأسعار وأجور الأيدي العاملة في المادة (٨٧٨) من خلال زيادة الأجر في هذه الحالة لرفع الإرهاق غير المتوقع للمقاول والناج عن الحوادث الاستثنائية كجائحة كورونا، ولكن ليس بصورة مطلقة وإنما عليه أولاً

(١) د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب السابع، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ص ١٧. ينظر ايضاً: د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤م، ص ١٥٣.

(٢) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، ط٢، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٢٢٨-٢٢٩ .

(٣) د. سعيد المبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش، مصدر سابق، ص، ٤٨٧ .

أن يتحمل الارتفاع المألوف في أسعار المواد الأولية وأجور العمل لأنه إرتفاع كان يتوقعه المقاول أما الارتفاع غير المألوف فيتحمله المقاول ورب العمل سوياً^(١).

أما في حالة فسخ عقد المقاولة فعلى صاحب العمل أن يعرض المقاول على ما تم إنجازه من أعمال بصورة تتفق مع أحكام العقد^(٢)، وهذا ما أيدته المادة (١/٨٨٥) من القانون المدني العراقي^(٣) أما القانون المدني الفرنسي وفي المادة (١٧٩٣) نص على " عندما يتعهد مهندس معماري أو مقاول بتشديد بناء لقاء مبلغ مقطوع وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض. لا يجوز له أن يطالب بأي زيادة في الثمن سواء أكانت بحجة زيادة أجور اليد العاملة أم المواد أو بحجة التغيرات أو الزيادات التي أجريت على التصميم . أن لم تكن هذه التغيرات والزيادة قد أُجيزت خطياً وأن لم يتم الإتفاق على الثمن مع المالك" حيث أن القانون المدني الفرنسي لا يقر نظرية الظروف الطارئة لا في عقد المقاولة ولا في مبدئها العام^(٤) في حين أن تعليمات الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقي، الجزء الأول والثاني لسنة ٢٠٠٥ أشارت الى إنهاء عقد المقاولة بين المقاول ورب العمل في حال استحالة التنفيذ لأي سبب^(٥).

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة التمييز العراقية قراراً يتعلق بذات الموضوع جاء فيه: "... إن المميز يستند في دعواه بطلب الفسخ إلى حكم المادة (٨٧٨) مدني وحيث أن الحكم الذي جاءت به المادة المذكورة هو تطبيق لنظرية الظروف الطارئة التي تقرر مبدئاً في المادة ٢/١٤٦ من القانون المدني، ولما كان من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد المقاولة أن يحدث أثناء تنفيذ عقد المقاولة حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد يترتب عليها زيادة تكاليف العمل زيادة فاحشة تجعل تنفيذ المقاول التزامه مرهقاً وعسيراً وحيث أن الثابت

(١) د . محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

(٢) د . جعفر محمد جواد الفضلي، مصدر سابق، ص ٤٢٧ .

(٣) حيث نصت المادة (١/٨٨٥) من القانون المدني العراقي " ١- لرب العمل ان يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل اتمامه على ان يعرض المقاول عن جميع ما انفق من المصروفات وما انجزه من الاعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل ٢-.....".

(٤) د. جواد كاظم جواد سميسم، فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية و السياسية، مج (٩)، ع (٢٨)، أيلول ٢٠١٦، ص ٣٣.

(٥) للمزيد ينظر نص المادة (٦٧) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسية العراقي لسنة ٢٠٠٥.

في أوراق الدعوى... أن فيضان سنة ١٩٦٨ كان غير اعتيادي بمقارنته بالفيضانات للسنوات السابقة وإنه لم يكن متوقعاً فأن ذلك يسمح بالتدخل من عقد المقاوله^(١).

وفي قرار آخر اعتبرت محكمة التميز الفسخ الذي حدث لعقد المقاوله بسبب تعرض البلاد للحرب وتوقف مشاريع الدولة وإرتفاع الأسعار للمواد الأولية وعلى الرغم ذلك أبدت الشركة استعدادها للقيام بواجباتها على ضوء الأسعار الجديدة يستحق التعويض وفق أحكام المادة ٦٧-٦٨ "من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية وليس المادة ٨٨٥ من القانون المدني لكون الفسخ حدث في حال تعرض البلاد للحرب وليس في ظل الظروف الإستثنائية^(٢) في حين أن القضاء السعودي كان اكثر تفصيلاً في إصدار تعليمات واضحة لعقد المقاوله في ظل جائحة كورونا منعاً للاجتهادات التي قد تتخذ بهذا الصدد^(٣).

في حين يرى الباحث ومن خلال الإطلاع على النصوص القانونية المعالجة لحالة الإنهيار الإقتصادي لعقد المقاوله بأنها أجازت للمحكمة التدخل في العقد من ناحيتين وهي زيادة الأجر او فسخ العقد ولم تشير إلى مسألة جداً مهمة وهي اعطاء صلاحية للمحكمة بصورة واضحة وصريحه لوقف تنفيذ العقد إذا أنهار التوازن الاقتصادي إنهيئاراً كاملاً بسبب حوادث لم تكن بالحسبان للمحافظة على استقرار المعاملات حيث أن وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية لمدة معقولة من الزمن نتيجة حوادث استثنائية كما هو الحال في ظل جائحة كورونا أدت الى إرتفاع الأسعار

(١) رقم القرار ٥٨٨/مدنية ثانية/٧٣ في ١٩٧٤/٤/٢٢، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الخامسة، ص ٩٣.

(٢) قرار الهيئة الاستئنافية المرقم ٣٤٧/٣٤٨/٣ في ٢٠٠٨/٤/١٠

(٣) نص القرار رقم ٤٥/م في ١٤٤٢/٥/٨ على انه تطبق على عقد المقاوله التي تأثرت بالجائحة الاحكام الاتية " اذا كان تأثير الجائحة في ارتفاع الاسعار في قيمة المواد او اجور الايدي العاملة فتزيد المحكمة قيمة العقد على ان يتحمل الملتزم تلك الزيادة الى حد الارتفاع المعتاد ثم يرد ما زاد على ذلك الى الحد المعقول وللملتزم عنده زيادة الالتزام عليه طلب فسخ العقد اما اذا كان الارتفاع سعر المواد مؤقتا يوشك على الزوال فتوقف المحكمة تنفيذ الالتزام مدة مؤقته " اما اذا كانت انعدام المواد من السوق مؤقتا فتوقف المحكمة الالتزام مدة مؤقته اذا لم يتضرر الملتزم له تضرر جسيما غير معتاد بهذا الوقف فان تضرر فله طلب الفسخ اما اذا كانت انعدامها مطلقا وادى الى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية او بعضها فتفسخ المحكمة بناء على طلب احد المتعاقدين . ما استحالة تنفيذه منها" اما اذا كان التزام عقد المقاوله باداء عمل وتسببت الجائحة في تعذر تنفيذه في الوقت المحدد فتوقف المحكمة تنفيذه الالتزام مدة مؤقته فان تضرر الملتزم له تضررا جسيما غير معتاد بهذا الوقف فله طلب الفسخ"

وقلة الأيدي العاملة تمنع الاستمرار بتنفيذ العقد لتعود تلك الالتزامات مجدد من فترة التوقف الاستثنائي إلى التنفيذ الطبيعي لها بعد زوال تلك الأسباب التي أدت إلى توقف ذلك العقد بشرط عدم الإضرار بالطرف الآخر للعقد.

الفرع الثاني

التزام المقاول بالتسليم

يلتزم المقاول بإنجاز العمل المكلف به بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة وهذا الالتزام يترتب آثار بذمة المقاول يتعين عليه الالتزام بها وضمانها لرب العمل لذلك وضع المشرع على عاتق المقاول التزاماً بالضمان لتفادي ما يوجد من عيوب في التنفيذ المعتاد للعقد بحيث يستحق رب العمل التعويض عن الضرر الذي يصيبه في حال عدم تحقق هذه النتيجة وفي المقابل يلتزم رب العمل بتسليم العمل وتقبله بعد إتمامه، من قبل المقاول ووضعه تحت تصرفه، والمحل الذي يقع عليه التسليم هو العمل المطلوب إنجازه^(١) حيث تعتبر مرحلة التسليم المرحلة التالية بعد إنجاز العمل وإتمامه من قبل المقاول وفي هذا الإطار نصت المادة (٨٨٤) من القانون المدني العراقي على أنه "تنتهي المقاولة بإتمام المقاول العمل المعقود عليه وتسليمه وفقاً لأحكام المادتين (٨٧٣، ٨٧٥)"^(٢)، أما إذا وقع حادث فجائي قبل تسليم المقاول العمل المعهود به وهلاك الشيء وفقاً لأحكام المادة (٨٨٧) من القانون المدني العراقي، فليس للمقاول أن يطالب لا بأجرة عمله ولا

(١) د عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٨٨.

(٢) حيث نصت المادة (٨٧٣) "١ - متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا ان يبادر الى معاينته في اقرب وقت ممكن حسب المعتاد، وان يتسلمه اذا اقتضى الحال في مدة وجيزة. فاذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة او التسلم رغم دعوته الى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر ان العمل قد سلم اليه. ٢ - ولرب العمل ان يمتنع عن تسلمه اذا كان المقاول قد خالف ما ورد في العقد من الشروط او ما تقضي له اصول الفن في هذا النوع من العمل الى حد لا يستطيع معه ان يستعمله او لا يصح عدلا ان يجبر على قبوله فاذا لم تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامة فليس لرب العمل ان يطلب تخفيض الثمن بما يتناسب مع أهمية =المخالفة. ٣ - واذا كان العمل يمكن اصلاحه دون نفقات باهظة جاز لرب العمل ان يلزم المقاول بالإصلاح في اجل مناسب يحدده، وجاز للمقاول ان يقوم بالإصلاح في مدة مناسبة اذا كان هذا لا يسبب لرب العمل اضراراً او نفقات باهظة."، ونصت المادة (٨٧٥) من القانون نفسه على "١ - متى تم تسليم العمل فعلاً او حكماً ارتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهراً فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الإتفاق. ٢ - اما اذا كانت العيوب خفية او كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلاحظها رب العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك، وجب عليه ان يخبر المقاول بها بمجرد كشفها والا اعتبر انه قد قبل العمل."

برد نفقاته^(١). أن ما نشهده في ظل جائحة كورونا ليس هلاك العين أو تعييبها قبل التسليم يؤدي إلى عدم قدرة المقاول على التسليم وإنما هو تأخر في التسليم فقط بسبب الإجراءات المتخذة لمواجهة هذا الوباء الأمر الذي يتطلب منا كباحث أن نتطرق إلى إجراءات التسليم في ظل القواعد العامة ومن ثم إيجاد الحلول القانونية، لمواجهة الآثار التي رتبها هذه الجائحة بخصوص عدم تسليم العمل في الوقت المحدد .حيث تنهض مسؤولية المقاول إذا لم يقم بالتسليم في الموعد المحدد في عقد المقاولة في ظل الظروف الطبيعية، أو بسبب خطأ المقاول نفسه . الأمر الذي يحق لرب العمل المطالبة بالتعويض أو فسخ العقد .

أن آلية التزام المقاول بالتسليم تتخللها عدة شروط نص عليها المشرع ويجب أن يكون العمل خاضعا لها، كتقديمه الضمان، فمجرد أن يتسلم رب العمل المقاولة ويتمكن من فحص العمل وكشف ما به من عيوب فأن ظهرت عيوب خفية بعد ذلك فلا يكون المقاول مسؤولاً إلا في المدة التي يقتضي بها العقد^(٢)، كذلك جاء في المادة (٨٧٠) ضمان المقاول في مقاولات تنفيذ أعمال البناء لمدة عشر سنوات من وقت تسليم العمل^(٣). "أما في حالة وجود مقاول من الباطن مع

(١) حيث نصت المادة (٨٨٧) " 1 - إذا هلك الشيء أو تعيب بسبب حادث فجائي قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بأجره عمله ولا يرد نفقاته إلا أن يكون رب العمل قد اعذر أن يتسلم الشيء. 2 - وفي هذه الحالة يكون هلاك مادة العمل على من قام بتوريدها. 3 - أما إذا كان المقاول قد اعذر أن يسلم الشيء أو كان هلاك الشيء، أو تعيينه قبل التسليم راجعا إلى خطاه، وجب أن يعرض رب العمل عما يكون قد رده من مادة العمل."

(٢) د. رافت محمد أحمد حمادة، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، بلا مكان طبع، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٦ .

(٣) حيث نصت المادة (٨٧٠) على " ١ - يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئ من عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان قد أراد أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان. ٢ - ولا تسري الفقرة المتقدمة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاول الذين قبلوا منه العمل. ٣ - ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة ١ من هذه المادة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، ٤ - تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بإقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وانكشاف العيب ."

المقاول الأصلي فيقع عليهما التزاماً بالتعويض لصاحب العمل عما يحدث في عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي وتصدع جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، إذا لم يتضمن العقد مدة أطول. حيث يلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المعهود به اليه من المقاول الأصلي بالشروط والمواصفات والطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن فإذا لم تكن هناك ثمة شروط متفق عليها وجب إعمال العرف بشأن أصول الصناعة تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن" (١).

وعند حصول أضرار (٢) أو ظهور العيب في المبنى أو المنشأ الثابت بعد الإنجاز والتسليم دون أثبات رب العمل لخطأ (٣) في جانب المقاول، ولا يكفي أن يثبت المقاول عدم خطأه بل لابد له أن أراد التخلص من الضمان أن يثبت السبب الأجنبي إذ إن عبء الإثبات لا يتوقف على طبيعة الالتزام بل على نوع الالتزام (٤).

أما القانون المدني المصري اشار إلى تسلم رب العمل وقبوله في المادة (٦٥٥) "متى أتم المقاول ووضعه تحت تصرف رب العمل وجب على هذا ان يبادر الى تسليمه في اقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي إعتبر أن العمل قد سلم اليه " أي أن القانون المدني المصري يلزم المقاول بوضع العمل تحت تصرف رب العمل فإذا امتنع رب العمل عن الاستلام فأن المقاول يكون ملزماً بإنذاره وفي هذه الحالة يعتبر المقاول قد أوفى بالتزامه حتى لو لم يستلم من قبل رب العمل

(١) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الاولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ١٥١ .

(٢) عالج المشرع الفرنسي الأضرار التي تصيب المباني والمنشآت بموجب قانون التعديل رقم (١٢) في ١٩٧٨/١/٤ فعالج الضمان تحت مسمى ضمان الأضرار لا ضمان العيوب وأصبح المقاول أو المشيد يضمن الأضرار الناشئة عن العيوب فلم يشترط وجود عيب خفي وإنما يشترط حصول الضرر فحسب، فعلى حد تعبير المادة (١/١٧٩٢) يلزم بالضمان كل مشيد عمل .

(٣) فقد قضت محكمة النقض المصرية بقولها " ... أن التزام المهندس والمقاول الوارد في المادة (٦٥١) من القانون المدني هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيدانه سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه . ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما" نقض مدني = ١٩٦٥/٦/١ مجموعة أحكام النقض ج ١٦ رقم ١١٧، ص ٧٣٦، مجموعة أبو شادي قاعدة ١٥٨٣، ص ٩٥٨.

(٤) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ف ٩٣، ص ٦٩ .

ويتحمل رب العمل ما يحدث للعمل من تعيب أو هلاك ، في حين أن القانون المدني الفرنسي أشار في المادة (٦/١٧٩٢) بضمان أطلق عليه (بضمان تمام الإنجاز) ^(١) أن تسليم العمل وفق القواعد العامة هو أما تسليم مادي أو تسليم معنوي حيث يقصد بالتسليم المادي التسليم الذي يصاحبه مظهر خارجي أي عمل مادي محسوس في نقل الحيازة من يد إلى أخرى كتسليم المقاول العمل إلى رب العمل ^(٢).

أما التسليم المعنوي فيتحقق عن طريق وضع الشيء محل الالتزام تحت تصرف رب العمل أو المشتري وإعلامه بذلك حتى بدون تسليم الطرف الآخر بصورة فعلية، فهو كل تسلم لا ترافقه عملية نقل مادي للحيازة كما اشارت اليه المادة (٥٤٠) من القانون المدني العراقي ويعتبر من قبيل التسليم إعدار المقاول لرب العمل تسلم العمل ^(٣) هذا فيما يخص التسليم والالتزام المقاول به والذي يمثل في عقد المقاولة انقضاء الرابطة العقدية بين المقاول ورب العمل في حال عدم تحققه أو تأخر الأمر الذي يستوجب عليه التعويض ^(٤).

أن ما ورد اعلاه يمثل القاعدة العامة في حال عدم التسليم بسبب المقاول حيث يحق لرب العمل أما المطالبة بالتنفيذ العيني أو المطالبة بفسخ العقد مع التعويض في حين أنه إذا كان سبب التأخير بسبب الأوبئة أو الجوائح فأن ذلك يتجسم بعدم المطالبة بالتعويض وهذا ما ذهب إليه ^(٥).

(١) د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء دراسة مقارنة في القانون المدني ط ٧ ص ١٨٣. وللمزيد ينظر ايضاً نص المادة (٦ / ١٧٩٢) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) د. كمال قاسم ثروت، شرح احكام عقد البيع دراسة مقارنة مع مجموعه من التشريعات العربية والأجنبية، دار السلام، بغداد، ص ٢٧.

(٣) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، في عقد البيع وعقد الكفالة، ط ٥، ص ٢٧.

(٤) بلانيول وريبير ورواست ج ١١ ف ٩٤٧ مشار إليه في د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج ٧، ف ٧١، ص ١٣٣.

(٥) القضاء السعودي في القضية المرقمة ١٨٨٥/ق لعام ١٤٢٥، رقم الحكم الابتدائي ٥٣/أ/٥ في ١٤٢٩/٨/٢٩ "مضمون القضية هي مطالبة الشركة المدعية بالزام المدعي عليها (وزارة التربية والتعليم) برد المبلغ الذي حسمته منها مقابل غرامات التأخير والاشراف على العقد المبرم بينهما لا نشاء مدرسة، كون الشركة قد تأخرت في تنفيذ المشروع مدة ١٤٠ يوم عن الميعاد المحدد بالعقد بسبب انتشار مرض الحمى الوادي المتصدع في موقع العمل مما ادى لعدم انتظام وتواجد العمال في الموقع وبالتالي ان الظروف المثبتة من انتشار

أن وقوع الظرف الاستثنائي كجائحة كورونا، يرهق الالتزام بالتسليم فيؤدي إلى وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال أثر الظرف الطارئ، فإذا ظهر له أن هذا الظرف مؤقت يقدر له الزوال في وقت قريب، وأن الدائن لا يلحقه ضرر كبير من جراء الوقف المؤقت للعقد، جاز أن يتم إيقاف العقد فترة من الزمن ومثال على ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى في وقت محدد وترتفع أسعار بعض مواد البناء ارتفاعاً باهظاً نتيجة الظروف الطارئة، فإن قدر القاضي أن هذا الارتفاع يوشك أن يزول في وقت قصير لقرب انفتاح باب الإستيراد أو تيسير سبله فيقضي حينها بوقف تنفيذ التزام المقاول للعمل المكلف به حتى يتيسر للمقاول تنفيذ لاحقاً دون إرهاق بعده أن تعود الأسعار إلى وضعها الطبيعي، شريطة ألا يترتب على وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق بصاحب المبنى^(١).

أما في ظل جائحة كورونا فأن اثارها تعتبر من نوع خاص لكون عدم التسليم ليس بسبب رب العمل أو المقاول وإنما ظروف استثنائية تؤدي إلى إرهاق أو استحالة في بعض الاحيان، بالتسليم، والسؤال الذي بالإمكان أن يطرح هنا هو من يتحمل هذه الأضرار في حال نفي المسؤولية عن المقاول ؟ يرى الباحث أن تفويت الفرصة على رب العمل في استغلال والإنتفاع بالعمل الموكل بإنجازه إلى المقاول بسبب عدم التسليم في الوقت المحدد هو عنصر من عناصر الضرر الذي يستوجب التعويض في المسؤولية العقدية على اعتبار أن عقد المقاولة من العقود الملزمة للجانبين وبالتالي أخلال أحد الطرفين بالتزامه يعتبر سبب للمطالبة بالتعويض، أما في ظل جائحة كورونا فأن الأمر مختلف تماماً لأن الإخلال هو نتيجة ظرف خارجي لا دخل لإرادة المتعاقدين فيه، لذلك نرى ومن باب الموازنة بين طرفي العقد المقاول ورب العمل أن يتم تمديد فترة تسليم العمل لحين زوال الظرف الطارئ بشرط عدم الإضرار بالطرف الآخر كون أغلب التزامات عقد المقاولة تنطبق عليها الظروف الطارئة وليس القوة القاهرة أي بالإمكان معالجة الأمر تجنباً للفسخ وإنهاء العقد، أما إذا كان الضرر جسيماً على رب العمل فأننا نرى الأفضل أن يتحملها مناصفاً أي رب العمل والمقاول في حين أن القانون المدني العراقي اشار الى أنه إذا كان

المرض لابد ان يكون له اثر في تقدير ذلك لذلك ترى المحكمة عدم احقية الوزارة فيما فرضته من غرامة تأخير واشراف على المدعية وعليها برد المبلغ الى الشركة المدعية"

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ط١، ج٢، قالب الطباعة والنشر بيروت، ١٩٥٠، ص ٢٢٧،

د. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص ٢٩٥.

عدم القدرة على التسليم لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به فيحق لرب العمل الفسخ دون إنتظار حتى حلول الأجل المحدد في العقد^(١).

المطلب الثاني

أثر جائحة كورونا على التزامات رب العمل

تقع على رب العمل عدة التزامات في عقد المقاولة، منها ماله كتعهد بدفع الأجرة وغير المالية كالتزامه بتوفير آلات العمل للمقاولة وكذلك حصوله على إجازة البناء وأيضاً التزامه بتجهيز المواد المستخدمة في العمل، حيث يتوجب على رب العمل تنفيذ تلك الالتزامات لما لها من آثار، قد تساهم في استحالة التنفيذ في حال تخلفها فيتحمل الطرف المسبب المسؤولية في إحداث الضرر، لذلك يتبين أن استحالة التنفيذ قد تكون بفعل المقاولة أو رب العمل^(٢)، ولبيان وتحليل أثر جائحة كورونا على التزامات رب العمل قسمناه على فرعين، تناولنا في الفرع الأول التزامات رب العمل غير المالية، وفي الفرع الثاني التزامات رب العمل المالية، وكما يلي:

الفرع الأول

التزامات رب العمل غير المالية

تتمثل التزامات رب العمل غير المالية بتمكين المقاولة من أنجاز العمل وتنفيذه على أتم وجه، كذلك توفير بعض التراخيص الرسمية التي يحتاجها المقاولة والتي تكون ضرورية لإنجاز العمل المتفق عليه، والتي يتوجب أن يكون رب العمل قد حصل عليها مسبقاً، كأن يقدم للمقاولة رخصة البناء للبدء في العمل، وأن يزيل عقبات الجوار، وأن يقدم للمقاولة المواد التي تستخدم في العمل إذا كان ملتزماً بها، فإذا أخل رب العمل بالتزاماته، جاز للمقاولة أن يطلب من رب العمل توفيرها، أو أن يعذر الأخير ويطلب فسخ العقد مع التعويض، أيضاً يتعهد رب العمل بتقديم المواد المستخدمة في العمل قبل البدء في تنفيذ العمل حتى يتمكن المقاولة من تنفيذ عمله وفي الوقت نفسه يكون ملزماً أن لا يضع العقبات أمام المقاولة حتى يتمكن من إنجاز عمله بالوقت المتفق

(١) للمزيد ينظر نص المادة (٨٦٨) من القانون المدني العراقي.

(٢) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الإسكندرية، منشأة المعارف،

عليه ^(١) فإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم المواد التي يستخدمها المقاول في العمل، فإن هذه المواد تصبح من الأمور الجوهرية لتمكين المقاول من المضي في إنجاز عمله، ويشترط في هذه المواد أن تكون سليمة وخالية من العيوب، فإن أهمل أو امتنع رب العمل عن تقديمها فإن للمقاول أن يطلب من المحكمة أما التنفيذ العيني، أي إجبار رب العمل على تجهيز المواد، أو أن يطلب الأذن للمقاول أن يجهز المواد بنفسه على نفقة رب العمل، إذا كان تأخير العمل يسبب له أضراراً جسيمة، وله أخيراً أن يطلب إنهاء العقد لعدم إيفاء رب العمل بالتزام يتوقف على أدائه قيام المقاول بتنفيذ التزامه الرئيسي وهو تنفيذ العمل ^(٢)، ويجب أن يتم تقديم المواد أو المعدات المتفق على تجهيزها من قبل رب العمل في الوقت المتفق عليه أو في الوقت المناسب ^(٣).

ولما كان الأصل هو التنفيذ في العقد، وأن انقضاءه قبل التنفيذ هو الإستثناء، ولأن جائحة كورونا تمثل ظرفاً استثنائياً يؤدي الى تخلف رب العمل على أداء التزاماته، أن يصبح فيها تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً غير ممكن بفعل الظرف الاستثنائي ^(٤).

وعليه إذا استحال تنفيذ التزامات رب العمل غير المالية بفعل عوامل طبيعية أو قانونية أو عدم قدرة رب العمل بالوفاء بالتزاماته بسبب جائحة كورونا، حينئذ يتمكن المقاول من دفع التزامه في مواجهة رب العمل لاستحالة التنفيذ دون أن يترتب عليه أي تعويض، ومن ثم يعفي الظرف الاستثنائي من مسؤولية المقاول، عند عدم تسليم المشروع لرب العمل، فإذا حدث ضرر نتيجة السبب الأجنبي فلا يمكن تحميل المقاول المسؤولية وذلك لأن السبب الأجنبي قد الغي الرابطة السببية ^(٥).

وإذا ما انتقلنا إلى الشروط الواجب توافرها في الواقعة التي تعد سبباً أجنبياً في القانون المدني العراقي أو المصري، نجد أن تتمثل في عدم إمكان التوقع، وعدم القدرة على دفعها، حتى

(١) د. جعفر محمد جواد الفضلي، مصدر سابق، ص ٤١٢.

(٢) د. عبد الجبار ناجي صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، بحث مقدم الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٢، ص ٣٤٤.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ١٤٤.

(٤) للمزيد ينظر نص المادة (٢٥٨ / أ) من القانون المدني العراقي.

(٥) د. نعيم مغيب، عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١، ص ٣٠٠.

يمكن اعتبارها سبباً أجنبياً يؤدي إلى إعفاء رب العمل من المسؤولية، لكن المحاكم في النهاية لا تبني أحكامها فقط على المفهوم المجرد لعدم إمكانية دفع الحدث بل تنتظر أحياناً إلى الطرف الذي وجد فيه من يتذرع بالسبب الأجنبي وإلى إمكانية الشخصية في دفع الحدث^(١).

كما ألزم القانون رب العمل بتسليم العمل بعد إنجازه من المقاول وفقاً لنص المادة (٨٧٣) مدني عراقي، ويقصد بالتسليم هنا أن يصبح العمل تحت تصرف رب العمل، والإستيلاء عليه، وتقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه وأنه موافق للشروط والمواصفات، ولكن ما يقع أحياناً أن رب العمل يتسلم العمل ويتقبله في آن واحد، فإذا كان مخالفاً للشروط ولأصول الصنعة، فيشترط بالمخالفة أن تكون جسيمة وفي هذه الحالة لا يجبر على التسليم؛ لأن العمل غير صالح للغرض المقصود طبقاً لشروط العقد، ويكون التسليم في الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعة وعرف الحرفة، ويتم التسليم في مكان التسليم المتفق عليه، فإن لم يحدد ففي المكان الذي يحدده عرف الصنعة، ويكون التسليم بأن يصبح تحت تصرفه، والإستيلاء عليه، وينتج عن التسليم انتقال ملكية المادة التي قدمها المقاول إلى رب العمل، واستحقاق المقاول لأجره عند تقبل العمل، ومن وقت التقبل لا يضمن المقاول العيوب الظاهرة فإذا لم ينفذ رب العمل التزامه بتسليم العمل وتقبله في الميعاد القانوني، كان للمقاول أن يجبره على تنفيذ التزامه عيناً بعد إعداره، ويعد أنه قد تسلم العمل ما لم يقدم سبباً مشروعاً لعدم التسليم^(٢).

إن حيابة المقاول لموقع العمل شرط سابق لقيام المقاول بالعمل، فإذا لم يسلم له موقع العمل فإن تنفيذ العمل من قبله يصبح مستحيلًا إذا امتنع رب العمل أو أهمل في تسليم الموقع إليه، فإنه بذلك يسعى بنفسه لنقض عقده، وتكون استحالة التنفيذ منسوبة إليه^(٣). ويجب أن يتم

(١) د . مصطفى العوجي، القانون المدني - المسؤولية المدنية، ج ٣، دون مكان نشر، ٢٠١٦، ص ١١٣ .

(٢) نصت المادة (٨٧٣ / ١) مدني عراقي (متى اتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل وجب على هذا ان يبادر الى معاينته في أقرب وقت ممكن حسب المعتاد وان يتسلمه اذا اقتضى الحال في مدة وجيزة ...).

(٣) قد عرفت المادة (١) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق، موقع العمل تعريفاً وأيضاً فنصت على الاتي (الموقع يقصد به الأراضي والأماكن التي تنفذ الأعمال فيها أو تجري عليها أو تحتها أو خلالها و أية أراضي أو أماكن يخصصها رب العمل لأغراض المقاولة أو تلك التي تحدد بالذات في المقاولة باعتبارها جزء من الموقع) نقلاً عن رجب عبد الحسن رجب، انقضاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق في الجامعة الإسلامية، لبنان، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٥٣-٥٤.

التسليم في الوقت المحدد في العقد أو خلال وقت معقول بعد إبرامه وللمقاول الحق في أن تكون الحياة في يده طوال المدة المتفق عليها للتنفيذ، فإن ذلك شرط ضروري لإكمال العمل ضمن المدة المتفق عليها، ولكن لا يشترط أن تكون الحياة كاملة دوماً، بل يكفي منها بدرجة الضرورية الإنجاز العمل، وهذه الدرجة تتفاوت تبعاً لتفاوت أنواع الأعمال وظروف تنفيذها^(١).

ويلاحظ، إن القانون ألزم رب العمل بعدم قطع الحياة، أي بأن لا يستولي على موقع العمل ويخرج المقاول منه دون سبب مشروع، حيث رسم القانون كيفية عودة رب العمل إلى الموقع والتعاقد مع مقاول آخر للمضي بالعمل، وذلك في المادة (٨٦٩)^(٢) من القانون المدني العراقي، ويقابلها نص المادة (٦٥٠) مدني مصري، يتبين أن ثبوت حق رب العمل في إخراج المقاول من موقع العمل لإسترداد حيازته له، يتطلب وجود خطأ في التنفيذ من جانب المقاول، وأن يقوم رب العمل بإنذار المقاول للعدول عنه خلال فترة معقولة، وأن تمر هذه الفترة دون أن يعود المقاول إلى الطريقة الصحيحة في التنفيذ فيصدر الحكم بالإنتهاء أو أن تأذن المحكمة بأن يعيد العمل إلى مقاول آخر^(٣)، فأن قام رب العمل بإخراج المقاول دون أن يتبع الإجراءات المرسومة، فإنه يكون بذلك قد ارتكب إخلالاً جسيماً بالتزامه بعدم تمكين المقاول من تنفيذ العمل، مما يبرر للمقاول إنهاء العقد وطلب التعويض^(٤).

(١) د. عبد الجبار ناجي صالح، مصدر سابق، ص ٣٢٨، ويمكن أن نجد تطبيقاً لهذه الفكرة في الشروط العامة للمناقصة والشروط العامة للتعهد والمواصفات وزارة البلديات . المادة (٤٣) إذ جاء فيها "على رب العمل أن يضع تحت تصرف المقاول ذلك الجزء من الموقع الذي يتطلب تمكين المقاول من المباشرة والسير في انشاء الأعمال طبقاً للمحتاج المشار إليه في المادة الرابعة عشر من هذه الشروط العامة ...".

(٢) تنص المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا ظهر لرب العمل اثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، فله أن ينذره بأن يعدل الى الطريقة الصحيحة خلال أجل مناسب يحدده له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعيد العمل الى مقاول آخر على نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك ...)

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٩ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١١ في ٢٠١١/١٢/٢٠، الذي جاء فيه: " إذا أخل المقاول في تنفيذ التزامه مما اضطر رب العمل إلى سحب العمل منه وتنفيذ الالتزام على حساب المقاول فلرب العمل في هذه الحالة قطع الحياة واستيفاء مستحقاته وفقاً للشروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدنية "، المذكور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثالث، السنة الرابعة، ٢٠١٢، ١٧٤ ١٧٥ .

(٤) د . عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٨٤ .

نستنتج مما سبق أنه يجب على المحاكم تحليل الأحداث التي مررنا بها منذ بدء الجائحة والمدعاة بأنها سبب أجنبي دون التقيد بمفهوم القوة القاهرة. أو الظرف الطارئ وأن تعطي لكل حالة حكماً يختلف عن الأخرى حسب الظروف ودرجة الاستحالة فيها، وهذا ما ذهب إليه القضاء فقد قرر بأن التأخير إذا كان راجعاً إلى صعوبة في الحصول على المواد اللازمة للعمل لندرتها فإن هذا لا يعد قوة القاهرة^(١).

وفي هذا الخصوص نجد حكم محكمة التمييز العراقية قد أقرت بأن مواد البناء هي من الأمور غير المستحيلة الحصول عليها من مصادر أخرى^(٢).

نستنتج لما ورد أعلاه أن تحقق السبب الأجنبي الذي يعفي من المسؤولية في ظل جائحة كورونا يستوجب من جهة أن ينتفي خطأ رب العمل ولا يكون له يد فيه وأن لا يكون قد ساهم في حدوثه، وفي حالة إثبات ذلك يعفي رب العمل من التعويض، ويؤدي إلى انفساخ العقد، لأن القاعدة الأساسية تقضي بأن لا يلزم الإنسان بمستحيل، ومتى انتهى عقد المقاولة على هذا الوجه استحق الما قول تعويضاً عما أنفقه أو عما قام به من عمل ولم يكمله بسبب استحالة تنفيذ العقد لسبب أجنبي، ويلاحظ أن استحقاقه التعويض لا يكون بموجب عقد المقاولة لأن عقدها قد انتهى بالانفساخ ولكن بموجب مبدأ الاثراء بلا سبب، وفقاً لما جاءت به المادة (٨٨٦ / ٢) مدني عراقي، التي أوجبت أن يعوض الما قول بقدر ما انتفع به رب العمل عند استحالة التنفيذ.

الفرع الثاني

التزامات رب العمل المالية

يعد الأجر في عقد المقاولة الهدف الأول الذي يدفع الما قول إلى قبول عقد المقاولة وتحمل المخاطر التي قد تنتج عن التنفيذ، أما من الجانب الآخر فيتمثل الأجر التزاماً على رب العمل من الالتزامات المالية وشرط من الشروط الواجب توافرها في عقد المقاولة، وتتمثل بالأجرة التي تدفع الما قول مقابل قيامه بالعمل الذي عهد إليه بإنجازه^(٣)، كونه من العقود الملزمة للجانبين وهذا ما تم

(١) استئناف مختلط - ١٣ حزيران ١٩٥٠ م ٣٤، ص ٤٨١، المشار إليه: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٢) قرار محكمة التمييز العراقية، المرقم ١٣٧ مدنية أولى / ١٩٧٤ بتاريخ ٨ / ١٤ / ١٩٧٤، نقلاً عن عبد الجبار ناجي صالح، مصدر سابق ذكره، ص ٨٣.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٥٩.

الأشارة إليه مسبقاً بالمادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري والمادة (١٧١٠) من القانون المدني الفرنسي، فلا يعتبر العقد مقاولاً إذا كان بغير أجر يلتزم رب العمل بدفعه إلى المقاول. لهذا لا بد من وجود أجر لقاء عمل المقاول وهذا الأجر يكون بدوره محل التزام رب العمل وهو من الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتقه والتي يجب أن يدفعها طبقاً للعقد دون أي زيادة أو نقصان، ويجب على رب العمل أن يؤديها سواء تم الإتفاق عليها أو تم تحديدها بمقتضى القانون، حيث يتدخل القانون في حالات معينة عند عدم تحديد الأجر فيما بين المتعاقدين^(١).

ولأهمية عقد المقاول في الواقع العملي لما يتميز به هذا العقد من دفع مبالغ ضخمة للقيام بأعمال المقاولات العامة وخوفاً من استبداد رب العمل بعدم دفع الأجرة في حالات معينة سواء أكان بإرادته، أو بغير إرادته كالظروف الإستثنائية في ظل جائحة كورونا، سنبحث في بيان استحقاق الأجرة في عقد المقاول كالتزام يقع على رب العمل في ظل القواعد العامة في القانون المدني والقوانين المقارنة، ومن ثم نتساءل هل هناك معالجات قانونية كافية في حال تعذر عليه القيام بدفع الأجرة إلى المقاول؟، كذلك في حال تقلب الأسعار في ظل جائحة كورونا بسبب ارتفاع العملة أو المواد الأولية وهل يلزم بنفس الأجرة المتفق عليه في العقد أم يلتزم بأجرة أعلى على ضوء الزيادة خاصة إذا أصبحت قيمة العمل المنجز لا يتناسب مع مبلغ الأجرة المتفق عليها، وماهي الآثار التي تترتب عليه في حال عدم قدرته على الوفاء بالتزامه تجاه المقاول، بداية أن مسألة تحديد الأجر في عقد المقاول والذي يمثل الالتزام المالي لرب العمل يتم تحديده إما بموجب مقايضة على أساس الوحدة أو يحدد كأجر إجمالي على أساس تصميم متفق عليه، فإذا كان بموجب مقايضة على أساس الوحدة، فإنه يقتضي بيان الأعمال المطلوبة تفصيلاً والمواد المستخدمة لإنجاز هذه الأعمال، وأجرة وحدة العمل، أو سعر المواد المستخدمة في العمل ومواصفاتها، ويتم بطريقتين:

الأولى: تحديد الأجر بطريقة وحدة القياس عن طريق ذكر مواصفات العمل المطلوبة من مساحة أو مقدار الأعمال المطلوبة، وهذا ما أكدته المادة (٨٧٤ / ١) من القانون المدني العراقي،

(١) م. م. وسيم جبار ابراهيم، تعديل الاجر في عقد المقاول، دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي، المعهد التقني بابل، بحث منشور في مجلة كربلاء العلمية، المجلد الثاني عشر، العدد الرابع، ٢٠١٤، ص ٢٤٦.

وتمتاز هذه الطريقة بكونها واضحة حول ما يلتزم به رب العمل مالياً بدفع الأجر عن كل عمل تم إنجازه والمقابل يتلقى الأجر عن كل ما قام به.

الثانية: تحديد الأجر بطريقة فئات الأثمان أي أن لكل نوع من الأعمال اللازمة لإقامة البناء كسعر المتر من البناء أو النجارة أو الحدادة ولا يمكن بهذه الطريقة معرفة الأجر الكلي في المقابلة ما لم تنته جميع الأعمال وتعرف مقاديرها للوقوف على أجر كل عمل ومجموع أجورها بمقتضى فئات الأثمان.

أما تحديد الأجر بشكل إجمالي، فيمكن لرب العمل الإتفاق مع المقابل على قيام الأخير بإقامة البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى بموجب تصميم معد من قبل، ولقاء مبلغ إجمالي متفق عليه عند التعاقد وهذا ما أطلق عليه القانون المدني الفرنسي في المادة (١٧٩٣) بـ(المبلغ المقطوع) وبالتالي لا يحق للمقابل هنا أن يطالب بأي زيادة مهما كانه السبب (١).

وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة (٦٥٨) من وصف الأجر الذي يتم عن طريق هكذا حالة بأجر إجمالي، وإذا كانت هذه الطريقة تمتاز بأن رب العمل يعرف مقدماً مقدار الأجر الذي يلتزم بدفعه للمقابل إلا أنه يعاب عليها أن المقابل قد يحاول الاقتصاد في التكاليف فلا يراعي الدقة في أصول البناء ليكسب ربحاً أكثر على حساب الجودة في العمل أو جودة المواد المستخدمة فيه (٢).

هذا في حال إذا ما عرض المتعاقدان تحديد الأجر وجاء التحديد واضحاً، أما إذا كان تحديد الأجر غامضاً ولا يعرف إذا ما كانت المقابلة بأجر إجمالي أم هي على أساس سعر الوحدة كان

(١) تنص المادة (١٧٩٣) من القانون المدني الفرنسي ترجمة دالوز على "عندما يتعهد مهندس معماري أو مقاول بتشديد بناء لقاء مبلغ مقطوع وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض، لا يجوز له أن يطالب بأية زيادة في الثمن سواء أكان بحجة زيادة اليد العاملة أو في المواد أو بحجة التغيرات أو الزيادات التي أجريت على التصميم إن لم تكن هذه التغيرات والزيادات قد أجزت، وإن لم يتم الاتفاق مع المالك".

(٢) د. محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، دار منشأة المعارف، ٢٠٠٥، ص ٤٨١ و ٤٨٢، د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقابلة، مصدر سابق، ف ٥٤، ص ٧٩، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٦٢ "على أن تنظر المحكمة في إعادة التوازن الاقتصادي بين التزامات المقابل والتزامات رب العمل" د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ٣٨٢.

البت منوطاً بقاضي الموضوع بعد الرجوع إلى نصوص العقد وظروف التعاقد دون رقابة عليه من قبل محكمة التمييز^(١).

وهذا ما نصت عليه المادة (١/٨٨٠) من القانون المدني العراقي بنصها "إذا لم تحدد الأجرة سلفاً أو حددت على وجه تقريبي وجب الرجوع في تحديدها إلى قيمة العمل ونفقات المقاو" والمادة (٦٥٩) من القانون المدني المصري بنصها "إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاو". أن ما ورد أعلاه يمثل في حال تم الاتفاق ما بين المتعاقدين على الأجر أو على الأسس التي يقوم عليها التقدير حيث لا يجوز بعد ذلك الاتفاق على الزيادة أو الإنقاص، غير أن هناك حالات يجوز فيها تعديل الأجر سواء بالإنقاص أو الزيادة، وهي:

الحالة الأولى: أجاز المشرع العراقي زيادة الاجرة بشروط معينة منها إذا اضطّر المقاو إلى مجاوزة المقاسة مجاوزة جسيمة^(٢) أن زيادة الأجرة المقصودة هنا ليست إجبارية وإنما هي اختيارية إن شاء قبلها وأن شاء تحلل منها، والمقصود من المجاوزة هنا المجاوزة في الكميات وليس مجاوزة الأسعار وكذلك أن لا يكون مما لا يمكن تبينها وقت إبرام العقد، أي أن لا يكون متوقعة وإنما تثبت اثناء العمل^(٣)، وهذا ما ذهب إليه أيضاً القانون المدني المصري في المادة (٦٥٧) وفي ذات الصدد يقول استاذنا الدكتور (عبد الرزاق السنهوري) بأن تحلل رب العمل من عقد المقاولة هنا ليس بمحض إرادته، وإنما اضطّر للتحلل أمام هذه الزيادة الجسيمة المرهقة في الأجر، ومن ثم لا يجبر على تعويض المقاو عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، ويمكن القول أن تحلل

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٦٢، هامش (٣).

(٢) تنص المادة (١/ ٨٧٩) على " اذا ابرم العقد على اساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين في اثناء العمل انه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاو ان يخبر في الحال رب العمل مبيناً مقدار ما يتوقعه من المصروفات، فان لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات " ٢- " فاذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل ان يتحلل من العقد، فاذا اراد التحلل وجب ان يبادر به دون ابطاء مع تعويض المقاو عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل "

(٣) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش ود صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، مصدر سابق، ص ٤٧٤.

رب العمل من المقاوله هنا فسخ للعقد دون أن يكون لهذا الفسخ أثر رجعي، فيما تم تنفيذه ينتج أثره، ويفسخ العقد في الشرط الذي لم ينفذ^(١).

الحالة الثانية: إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم أتفق عليه مع رب العمل، فالقاعدة العامة هنا عدم جواز تعديل الأجر المتفق عليه، وأيضاً ليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، ومع ذلك يجوز استثناء زيادة الأجرة إذا كان التعديل بسبب خطأ رب العمل أو بناء على اتفاق بين المقاول ورب العمل^(٢) وكل ما يجب أن يتوفر حتى تتحقق المطالبة بزيادة الأجرة هو تسبب صاحب العمل بفعله بأي زيادة من دون الأخذ بحسن أو سوء نية صاحب العمل أو إهماله فما دام أن يتسبب بزيادة التكاليف فيحق للمقاول ان يطالب بزيادة الاجرة مثال على ذلك خطأ صاحب العمل في المساحة المطلوبة أو بأبعاد البناء^(٣) وهذا ما ذهب اليه أيضا القانون المدني المصري في المادة (١/٦٥٨) والتي نصت على " إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم أتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا ان يكون ذلك راجعاً إلى خطأ رب العمل أو أن يكون مأذوناً به منه وأتفق مع المقاول على أجرة" أيضاً يعتبر رب العمل مخطأً ويستحق زيادة الأجرة عليه من قبل المقاول إذا تسبب بفعلة في زيادة التكاليف، كأن يتأخر في الحصول على رخصة البناء او في تقديم الأرض التي يجب عليه البناء فينجم عن ذلك تعطيل في العمل يترتب عليه نفقات زائدة تلزم المقاول فيرجع بها عليه لكون المتسبب في ذلك^(٤).

الحالة الثالثة: وهي تحديد أجرة المهندس في عقد المقاوله حيث يتم تحديد الأجرة كمبدأ عام بالإتفاق بين رب العمل والمهندس أما إذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأجر فأن يرجع في تقدير ذلك الى العرف الجاري في مهنة المهندسين المعماريين^(٥) والغالب أن الإتفاق يحدد أجر للمهندس

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون، مصدر سابق، ص ١٧٠.

(٢) د. سعيد مبارك وآخرون مصدر سابق ص ٤٧٦ - ٤٧٧ وايضاً للمزيد ينظر نص المادة (٨٧٧) من القانون المدني العراقي .

(٣) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاوله، مصدر سابق، ص ٢٢١.

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٥) للمزيد ينظر نص المادة (٨٨١/فقرة اولا وثانيا) من القانون المدني العراقي.

على وضع التصاميم والمقاييس وأجر آخر مستقلاً عن إدارة الاعمال والإشراف على التنفيذ^(١) حيث أن الأصل أن يحصل المهندس على أجره كاملاً سوى تم تحديد هذا الأجر بمقتضى الإتفاق أو حدد بحسب العرف الجاري غير أنه يجوز بموجب الفقرة ٢/ من المادة (٨٨١) من القانون المدني العراقي أن يتم تخفيض الأجرة استثناء من الأصل الذي لا يجيز تخفيض الأجرة^(٢) إذا لم يتم العمل بموجب التصميم الذي وضعه، وجب تقدير الاجر في هذه الحالة، بحسب الزمن الذي وضع التصميم، إي على أساس الوقت الذي استغرق في وضع التصميم مع الإخذ بنظر الاعتبار كفاءة المهندس وسمعته وقيمة عمله ويفسر سبب تخفيض الأجرة في هذه الحالة بأن صاحب العمل لم يستفد منه شيء، وبالرغم من ذلك قام صاحب العمل بتعويضه^(٣) وهذا ما ذهب إليه أيضاً القانون المدني المصري في المادة (٦٦٠) بفقراتها (١،٢،٣)، يضاف على ذلك أيضاً أستاذنا الدكتور (عبد الرزاق السنهوري) بقوله أن المهندس لا يستحق الأجر والتعويض المشار إليه بالفقرة (٣) من المادة أعلاه إذا قام بوضع تصميم خاطئ أو معيب أو غير منطبق مع تعليمات رب العمل^(٤).

يتبين لنا ومن خلال ما ورد أعلاه أن المقاول يستطيع اذا لم يدفع رب العمل وقت الاستحقاق الأجرة المتفق عليها أو أخل بأي التزام من الالتزامات المتعلقة بدفع الأجرة، أن يطلب التنفيذ العيني عن طريق إصدار حكم على رب العمل يلزمه بدفع الأجرة، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال رب العمل بدفع الأجرة، وأيضاً له حق حبس العمل المنجز لحين تسديد كامل المبلغ. هذا في ظل القواعد العامة وفي ظل الظروف الاعتيادية للعقد وبالرجوع الى التساؤلات التي تم الإشارة إليه في بداية الموضوع . يرى الباحث أن المعالجات القانونية في حال عدم قيام رب العمل بدفع الأجرة تصلح ان تكون أحد الحلول في ظل الظروف الاعتيادية أي ان يكون امتناع رب العمل بإرادته عن دفع الأجرة، أما في ظل الظروف التي انتجتها جائحة كورونا والتي بموجبها جعلت رب العمل عاجز عن القيام بسداد الأجرة للمقاول نرى

(١) د. سعيد مبارك، مصدر سابق، ص ٤٨٢.

(٢) د. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص ١٥٩.

(٣) م. م. وسيم جبار ابراهيم، مصدر سابق ص ٢٥٢.

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ١٩٤، وايضا للمزيد ينظر نص المادة (٦٦٠)/ الفقرة اولا وثانيا وثالثا)، من القانون المدني المصري.

أن يتم اضافة شرط أو فقرة في عقد المقاولة يسمح للمتعاقدین إعادة التفاوض في حال حدوث ظروف استثنائية تجعل أحد الطرفين عاجز عن الوفاء بالتزامه كأن يتم مثلاً الاتفاق على تقسيط المبلغ على فترات زمنية معينة بدون أي تعويض على أن لا يخل أو يضر بمبدأ استقرار المعاملات وأيضاً الطرف الآخر في العقد وهذا يختلف عن المعالجة القانونية المشار إليه بالمادة (٢٤٦ / ٢) من القانون المدني كون محل الالتزام هنا الأجرة، أي دفع مبلغ من النقود وهي ممكن دائماً بحكم القانون وذلك تقديراً للنظام الاقتصادي المعاصر الذي ييسر استثمار النقود ويجعل منها قابلة للتوظيف والاستثمار دائماً^(١).

فإن تأخر المدين رب العمل عن تنفيذ التزامه بدفع مبلغ من النقود في الميعاد المتفق عليه يكون قد حرم الدائن المقاول من توظيف أمواله فيما لو سلمت إليه في الوقت المحدد، ويختلف أيضاً عن نظرة الميسرة التي اشارت اليها المادة (٢٩٧) من القانون المدني العراقي كونه من صلاحية المحكمة أما الشرط أو الفقرة التي تم الاشارة إليه أعلاه يخضع لإرادة وسلطة المتعاقدين ويجنبهم أيضاً مسألة أضاعة الوقت من خلال الإلتجاء إلى المحاكم المختصة وطلب ذلك^(٢) أما الإجابة عن القسم الآخر من السؤال الذي تم طرحه مسبقاً بخصوص ارتفاع اسعار العملة، والمواد الأولية مما يؤدي إلى عجز رب العمل عن القيام بالتزامه المالي تجاه المقاول يرى الباحث أن القانون عالج هذه المسألة بالنسبة للمقاول بالمادة (٨٧٨) من القانون المدني عند انهيار التوازن الاقتصادي ولم نرى نص مماثل لرب العمل خاصة أن رب العمل في بعض الأحيان يقدم أيضاً المادة المستخدمة في البناء^(٣).

(١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٢) تنص المادة (٢٩٧) من القانون المدني العراقي على " اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة او الميسرة عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الاجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه"

(١) تنص المادة (٨٦٦) من القانون المدني العراقي على " اذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلى المقاول ان يحرص عليها ويراعي اصول الفن في استعمالها، وان يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد اليه مابقى منها، فاذا صار شئ من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب اهماله او قلة كفايته الفنية، التزم برد قيمته لرب العمل " وللمزيد ايضاً ينظر نص المادة (٣٩٤) من القانون اعلاه.

وعند إنهيار التوازن الإقتصادي أيضاً لا يستطيع القيام بالتزامه تجاه المقاول الأمر الذي يحتاج إلى تنظيم تشريعي على الرغم من أن القانون أعطى لرب العمل فقط دون المقاول أن يتحلل وينهي عقد المقاولة في أي مرحلة لأسباب قد تطرأ في الفترة ما بين أبرام العقد وإتمام التنفيذ، فقد يرى رب العمل بعد وضع المقاولة موضع التنفيذ أن من الخير له العدول عنها والرجوع في العقد وقد تتغير الظروف كما هو الحال في ظل جائحة كورونا الذي يصبح فيه العمل غير مجدي أو غير مفيد له لذلك أعطاه القانون هذا الحق ولكن ليس على حساب المقاول وأنما يجب أن يعوض المقاول بالتعويض عن ما تحمله من خسارة وما فاتته من كسب (١) .

نرى أن المادة (٨٧٨) غير كافية لكون معالجة العقود أفضل من فسخها للمحافظة على إستقرار المعاملات والحقوق المكتسبة للغير أما بخصوص الإجابة عن القسم الأخير من التساؤلات فيما لو لم يستطيع رب العمل أن يدفع الأجرة على الرغم من التسهيلات التي أعطيت إليه اعلاه يرى الباحث ومن باب العدالة أن يقوم المقاول بعد أخذ إذن من المحكمة ببيع العمل المنجز، واستحصال المبالغ المترتبة له من رب العمل لكون المقاول واثناء القيام بإنجاز العمل المكلف به لا سيما المقاولات الكبيرة يحتاج إلى فتح حساب مع أحد المصارف لتمويله بالمبالغ في سبيل إنجاز المشروع المكلف به، لذلك يكون هو أيضاً عليه إستحقاق مالي للمصارف ملزم بالوفاء بها في أوقات محددة .

(٢) د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش ود صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ٤٩٢-٤٩٣ وللمزيد

ايضا ينظر نص المادة (٨٨٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

المبحث الثالث

أثر جائحة كورونا على المدد القانونية

مما لا شك فيه أن للمواعيد الإجرائية أهمية كبيرة في إطار الدعوى المدنية، ولما كانت تلك المواعيد أو المدد القانونية تتأثر شأنها شأن أي موعد إجرائي عند حدوث ظرف خارجي كجائحة كورونا فإن ذلك سيؤدي حتماً إلى عدم قدرة المدعي من المطالبة بحقه، ونظراً لأهمية هذه المدد وما يترتب عليها من جزاء على فواتها أو عدم مراعاتها، فقد أولى المشرع أهمية بالغة بها من حيث بيان وقت سريانها ووقت انقضائها بشكل دقيق وواضح وبالتالي عدم احترام تلك المواعيد أو المدد يؤدي إلى سقوط الحق، ولما كانت جائحة كورونا أحد الظروف التي أدت إلى عدم قدرة الأفراد من المطالبة بحقوقهم بسبب التدابير المتخذة لمواجهة هذا الوباء، ومنها الحظر الذي تم فرضه والذي أدى إلى وقف تسيير الدعاوى المنظورة أمام القضاء، وذلك بدوره أوقف المدد القانونية للسقوط.

وفي ظل عدم وجود نص في قانون المرافعات المدنية من شأنه أن يعالج الحالات أعلاه، ونظراً لأهمية هذا الموضوع، ولتحليل أكثر قسمنا هذا المبحث على مطلبين نوضح فيهما ماهية المدد القانونية للسقوط وذلك في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فقد تطرقنا إلى موضوع سقوط الحق في الإجراء القضائي وفقاً لقانون المرافعات والاستثناءات الواردة عليه.

المطلب الأول

ماهية المدد القانونية للسقوط

أن معرفة الآثار التي رتبها جائحة كورونا على المدد القانونية يقتضي أولاً معرفة مفهوم تلك المدد التي أقرها القانون وفرض على الأشخاص احترامها والالتزام بها، خاصة فيما يتعلق بتحديد الوقت الذي يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون، وإذا لم يتم هذا العمل في المواعيد الحتمية المقررة له كان باطلاً وعديم الأثر، وهذا ما أكده فقهاء القانون وأثبتته التشريعات والقوانين بأن تسمية هذه المواعيد بمدد السقوط قد وضعت من قبل المشرع ليس لحماية الأوضاع المستقرة كما في التقادم، بل لتحديد الوقت أو المدة التي يجب أن يتم فيها عملاً معيناً وإلا سقط الحق الإجرائي المقرر للخصم وخسره دعواه، ومن أجل معرفة تلك المدد اقتضى الأمر إلى تقسيم هذا

المطلب على فرعين، سنبحث في الفرع الأول تعريف مدد السقوط القانونية وتمييزها عن مدد التقادم، أما الفرع الثاني سنتناول ضوابط توقف وأنقطاع مدد السقوط، وكما يلي:

الفرع الأول

تعريف مدد السقوط القانونية وتمييزها عن مدد التقادم

على الرغم من أهمية الدور الذي تلعبه المدد القانونية وما ترتبه من نتائج خطيرة يترتب على عدم مراعاتها أن يصل الأمر إلى المساس بالحق الموضوعي وبالتالي إهداره أو سقوطه، إلا أنها لم تحظ بتعريف المشرع العراقي ولا غالبية التشريعات المقارنة، وكل ما جاء به هو مجرد تنظيم لهذه المواعيد من خلال بيان وقت بدئها وانتهاءها وهو ما اشار اليه المادة (٢٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتقابلها المادة (١٥) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨^(١) والمواد كل من (٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية رقم ١١٢٣ الصادر عام ١٩٧٥ والمعدل بقانون ١/يناير ٢٠٢٠^(٢) إلا أن الفقه لم يدخر جهد كما هو معروف من تعريف مدد السقوط فمنهم من عرفها بأنه "جزاء يترتب على مخالفة الإجراءات والمواعيد التي تكفل القانون بتحديددها، بحيث يترتب عليه زوال حق الخصم في العمل أو الإجراء، مما يمتنع عليه القيام به مجدداً"^(٣).

ويؤيد ذلك التعريف آخرون بأنه: "جزاء إجرائي يرد على الإجراءات القضائية، يفقد الخصم به الحق الإجرائي الممنوح له أصلاً، وذلك فيما لو لم يقم بالعمل الذي يستند إلى هذا الحق خلال

(١) للمزيد ينظر نص المادة (٢٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (١٥) من قانون المرافعات المصري، وايضاً ما اشارت اليه م. م. اسراء خضير مظلوم وآخرون، أثر جائحة كورونا على مدد الطعن بالأحكام القضائية، بحث منشور في مجلة الفنون والآداب وعلوم الانسان والإجتماع سنة ٢٠٢٠، ص ٢١٠

(٢) حيث اشارت المادة (٥٣٠) بما معناه بأن المدة لا تسري على شخص خاضع للوصايا الا من تاريخ تبليغ وليه القانوني في حين ذهبت المادة (٥٣١) بأن المدة تنقطع السير بها متى ما حصل تغير في اهلية الخصم اما المادة (٥٣٢) فذهبت الى انقطاع المدة تكون في حال وفاة المحكوم عليه. ترجمه علي عبد الجبار المشهداني، كلية القانون، جامعة الكوفة، ص ٢٦٠.

(٣) د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٤١٤.

مهلة معينة أو في ترتيب معين ^(١)، بينما يذهب رأي آخر إلى تعريفه بأنه "فقدان أو انقضاء سلطة القيام بعمل إجرائي معين وذلك لتجاوز الحدود القانونية المباشرة لهذه السلطة" ^(٢).

في حين ذهب البعض إلى تعريفها على أنها " عبارة عن فترة زمنية يحددها القانون يقيد بها الإجراء القضائي، ويعتبر من صور التنظيم الشكلي للإجراء ولذا لا يكون الإجراء صحيحاً كقاعدة، ويرتب آثاره إذا لم يحترم ميعاده القانوني" ^(٣)

ويتفق الفقه على تعريف المدد القانونية "كجزء إجرائي ينصب على بعض الإجراءات القضائية دون غيرها، مما يعني أن هذا الجزء محصور ببعض الإجراءات الأمر الذي يدعو إلى تحديده، ويبدو أن التشريعات عمدت إلى ذلك للتخفيف من وطأة هذا الجزء وعدم الإفراط في إيقاعه" ^(٤).

نلاحظ ومن خلال الاطلاع على التعاريف أعلاه أن المدد القانونية تدور في مفهوم واحد ومشارك مع اختلاف الصياغات وهي أن هناك فترة زمنية معينة ومحددة بموجب القانون للقيام بإجراء قضائي معين يترتب على مخالفتها زوال الحق الموضوعي وكذلك الاجرائي. أما التقادم فإنه يعتبر أحد الأسباب التي تؤدي إلى زوال حق الدائن في مطالبة المدين بالوفاء بالالتزام بمعنى هو تخلف عنصر المسؤولية وبقاء عنصر المديونية ^(٥).

(١) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤٣٤. د. عبد المنعم الشراوي، د. عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٣٢. د. احمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط ٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٩، ص ١٤٨ - ١٤٩.

(٢) د. محمود محمد هاشم: قانون القضاء المدني، ج ٢، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا سنة نشر، ص ٢١٥. (٣) د. عبد الحميد الشواربي، مواعيد الاجراءات القضائية في ضوء القضاء والفقه، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، سنة ١٩٨٧، ص ٧.

(٤) د. فارس علي عمر، سقوط الحق في مباشرة الأجراء القضائي دراسة مقارنة، رافدين للحقوق، مجلد ٢، عدد ٢٥، سنة ٢٠٠٥، جامعة الموصل، ص ١٩٦-١٩٧، د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، ومعرزه بالتطبيقات القضائية، دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل ٢٠٠٠، ص ٣٩٥.

(٥) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ج ٢، دون مكان طبع، ١٩٨٠، ص ٢٤٣.

وكذلك هو "وسيلة من الوسائل التي قد تؤدي إلى إنقضاء الالتزام إذا مرت عليه مدة معينة"^(١).

كما عرفه أيضاً على أنه "سبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية إذا استمرت حيازتها المدة التي نص عليها القانون"^(٢)، أما التقادم المسقط فيؤدي إلى سقوط الحق إذا أهمل صاحبه استعماله أو المطالبة به مدة معينة، فإذا مرت مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب الدائن مدينه به فإن ذلك يؤدي إلى سقوط الحق في مطالبة المدين إذا تمسك بالتقادم من كانت له مصلحة فيه^(٣)، كذلك يكون هذا التقادم في واقعة سلبية متمثلة في سكوت صاحب الحق وهو الدائن عن المطالبة به أو عن استعماله^(٤).

ويعرفه الدكتور (عبد المنعم البدرأوى) بأنه "سبب من أسباب انقضاء الالتزام عن طريق مضي مدة يحددها القانون على استحقاق الالتزام"^(٥).

و هذا ما يجعله "نظام قانوني يقوم في أساسه على فوات الزمن ويؤدي إلى كسب الحق أو سقوطه"^(٦). وبالتالي يكون التقادم "على عدة اعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة، حيث يهدف إلى استقرار الأوضاع المستمرة على حال فترة محددة من الزمن. كما ويهدف هذا النظام التيسير على

(١) د. ضياء شيت خطاب، التقادم المسقط في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين، س ١٥ العدد ١، شباط، ١٩٥٧، ص ٤٥؛ د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٣٣٢

(٢) د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢١٩.

(٣) د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٤٧، ص ٤٣٢.

(٤) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، أثار الحقوق الشخصية، احكام الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١، ج ٢، ص ٦٣٣.

(٥) د. عبد المنعم البدرأوى، النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، الجزء الثاني، احكام الالتزام، ١٩٨٩، ص ٤٢٤.

(٦) د. عبد الباقي عبد الفتاح، دروس في أحكام الالتزام، اوصاف الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ص ٤٨٠.

أصحاب الحقوق المشروعة أنفسهم من خلال تمكين المالك في كثير من الحالات إثبات ملكيته عن طريق اثبات حيازته المدة القانونية اللازمة للملك بالتقادم^(١).

أما النص التشريعي فلم يختلف كثيراً عن المعنى الفقهي حيث اشارت المادة (٣٢٩) من القانون المدني العراقي بأن "التقادم على اعتباره مانع من سماع الدعوى أو دفعاً لها"^(٢). أما المشرع المصري أهتم في تنظيم أحكام التقادم متأثراً بالتشريع الفرنسي، ورتب آثاره اعتماداً على سقوط الحق الموضوعي وتحوله إلى التزام طبيعي^(٣).

أما في التشريع الفرنسي فعرف التقادم بأنه "وسيلة تملك أو تحرر بمرور مدة زمنية محددة ووفق شروط معينة في القانون"، وعرف التقادم المسقط بأنه "وسيلة لإسقاط حق ناتج عن عدم تصرف صاحبه خلال فترة زمنية معينة"^(٤).

وعرف التقادم المكسب أيضاً على أنه "وسيلة لإكتساب مال أو حق بفعل الحيازة دون أن يلزم الذي يدلي به بأن يقدم سنداً لذلك ودون إمكانية الاحتجاج بوجهه بالدفع الناتج عن سوء النية"^(٥).

وتختلف مدد السقوط عن مدد التقادم بأن مدد السقوط تكون مدد قصيرة ومدد التقادم تكون طويلة كأن تصل إلى خمس عشرة سنة^(٦).

وتختلف أيضاً مدد السقوط عن مدد التقادم بأنها لا تقبل الوقف ولا الانقطاع، أي على العكس من مدد التقادم، فإنها ستتوقف عند حدوث أمر طارئ يلغي احتساب المدة التي حقق فيها سببه كذلك فإن حكم القاضي بمدد السقوط يكون من تلقاء نفسه على اعتبارها ضمن النظام العام^(٧)، أيضاً من حيث الالتزام الذي تخلفه حيث إن مدد السقوط لا تخلف التزام طبيعي على عكس

(١) د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٣١٠.

(٢) للمزيد ينظر نص المادة (٣٢٩) من القانون المدني العراقي.

(٣) للمزيد ينظر المواد (٣٧٤-٣٨٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٤) للمزيد ينظر المادة (٢٢١٩) من القانون المدني الفرنسي المعدل للقانون المدني رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦.

(٥) ينظر المادة (٢٢٥٨) من القانون المعدل للقانون المدني الفرنسي اعلاه.

(٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٠٠٢.

(٧) عبد المنعم البدر اوي، اثر الالتزام، القاهرة، ١٩٥٠، ص ٣٣.

من مدد التقادم إذا يتخلف عنها التزام طبيعي^(١) كذلك مواعيد السقوط تتعلق بالأعمال الإجرائية لكونها تخص خصومه قائمة أما آجال التقادم فهي تتعلق بالحقوق الموضوعية ينظمها القانون الموضوعي^(٢) في حين يرى القاضي لفته هامل العجيلي أن خير معيار للتعرف ما إذا كان الميعاد ميعاد سقوط أو ميعاد تقادم هو الوصول إلى قصد المشرع من تقرير هذا الحق، فإذا كان لحماية الأوضاع المستقرة فهو ميعاد تقادم، وإذا كان لتحديد الوقت الذي يجب من خلاله استعمال الحق الاجرائي فهو ميعاد سقوط^(٣)

نستنتج ولما ورد إعلاه بأن مدد التقادم هي المدد التي يراد بها حماية الوضع الظاهري والمستقر أو هي جزاء للدائن المهمل أو قرينه على الوفاء، في حين أن مدد السقوط هي فترات زمنية ثابتة بمواقيت معينه حددها المشرع لإستقرار الأوضاع القانونية والتي يترتب على مخالفتها بطلان العمل أو الإجراء إذا كان خارج المدة المحددة للحق كذلك ان مدد السقوط لا تهدف إلى حماية مصالح خاصه بل وضعت لحماية مصالح عامة لذلك فهي تقوم على فكرة الجزاء لحث أصحاب الحق لمتابعة حقوقهم بقصد استقرار الأوضاع القانونية أما مدد التقادم فأن الغاية منها هي حماية المصالح الخاصة يجب أن يتمسك بها الخصم ولا علاقة لها بالنظام العام وبالتالي تكون مدد القانونية حتمية يترتب على عدم مراعاة مواعيدها زوال الحق كونها من النظام العام. كذلك ان المدد التقادم اذا اكتملت مدته لا يترتب عليه سقوط الحق وان تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها بل يجب ان يكون بناء على طلب المدين أو بناء على دائنيه أو أي شخص آخر بعكس مدد السقوط فأنها تعتبر مدد حتمية تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها .

ويضيف الدكتور (عبد الرزاق السنهوري) في باب التمييز بين السقوط والتقادم هو "ان الحق في مدد السقوط ليس كامل الوجود والتكوين لأن المدة هنا لازمة على اعتبارها عنصر من

(١) د. وضاح غسان عبد القادر و م م صخر احمد نصيف، النظام العام واثره على مدد السقوط واجراءات التقاضي في ظل جائحة كورونا، بحث مقدم الى مؤتمر كلية القانون والعلوم السياسية جامعة ديالى، ص ١١، سنة ٢٠٢٠

(٢) تأثير جائحة كورونا على المواعيد الإجرائية في التشريع الجزائري، بحث منشور بدون مؤلف في جامعه الجزائر، سنة ٢٠٢٠، ص ٦٣٤.

(٣) القاضي لفته هامل العجيلي ، سقوط الحق الاجرائي في قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، سنة ٢٠١٥، ص ١٦٥.

عناصر وجود الحق وتكوينه، أما الحق في مدد التقادم فهو مقرر مسبقاً وكامل الوجود^(١). نستنتج ومن خلال الإطلاع على ما ورد أعلاه أن جائحة كورونا كان لها أثر كبير على المدد القانونية من خلال عدم تمكن ذوي الشأن من المطالبة بحقوقهم خلال المدد المحددة لهم بسبب الإجراءات المتخذة لمواجهة الجائحة كما هو الحال في الحظر الذي تم فرضه في جميع البلاد والتي لم يتمكن المشرع العراقي من إصدار قانون ينظم حالة الحظر الصحي لكون تلك الأوضاع لم تكن في الحسبان، أما النصوص التي أوجدها المشرع تعالج حالات قطع المرافعة ووقف المدد لحالات معينة وليس منها جائحة كورونا الأمر الذي يتطلب تنظيم و تعديل نص المادة (١٧١) من قانون المرافعات العراقي ليشمل بخصوص التوقف القوة القاهرة كالحروب أو الإضطرابات وأيضاً حظر التجوال وأخيراً الأوبئة كما هو الحال في ظل جائحة كورونا أما مدد التقادم نرى أنها تقف بالعذر الشرعي كأن يكون هناك مانع اخر يستحيل على المدعي أن يطالب بحقه وهذا ما تم الإشارة إليه في المادة (٤٣٥) من القانون المدني العراقي الأمر الذي يدعونا إلى القول بأن جائحة كورونا لم تكن لها تأثير كبير على التقادم المكسب لكون المدة التي يكتسب بها الحق طويلة جداً تصل إلى (١٥) سنة بعكس التقادم القصير الذي تتراوح مدة فيه (٥) سنوات .

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٠٠١.

الفرع الثاني

ضوابط توقف وانقطاع مدد السقوط والتقادم

لما كانت مدد السقوط تعتبر من النظام العام لذلك فهي لا تتوقف ولا تنقطع، وأن القاضي يحكم بسقوط هذه المدد من تلقاء نفسه^(١)، أما مدد التقادم فتقبل الوقف والإنقطاع ويبدو أن حرص المشرع على حسم المنازعات في العقود لإستقرار المعاملات كأن الدافع القوي وراء جعل هذه المدة هي ميعاد السقوط^(٢)، ووفقاً لذلك سنناقش آثار التوقف والإنقطاع في الحالات الطبيعية وهل هناك معالجات قانونية فيما يخص الآثار التي رتبها جائحة كورونا والتي القت بظلالها على تلك المدد باعتبارها ظرفاً خارجياً.

وفقاً للقواعد العامة وفي الوضع الطبيعي فإن مدد التقادم تتوقف وتنقطع في حالات معينة أشار إليه قانون المرافعات المدنية العراقية والقانون المدني أيضاً حيث إنها تنقطع بأسباب معينة منها المطالبة القضائية متى ما تم رفعها أمام محكمة ولو كانت غير مختصة والاختصاص المطلوب هنا هو الاختصاص النوعي والوظيفي^(٣)، والمقصود هنا بالمطالبة القضائية مطالبة الدائن مدينه امام القضاء بالحق الذي له في ذمته بدعوى يقيمها الدائن، أو مطالبة بحقه اثناء السير في أحد الدعاوي ولا بد من المطالبة بالحق ذاته، ولا تكفي المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة فهي ليست مطالبة بالحق ذاته بل يقتصر الدائن فيها على طلب الحكم بإجراءات وقتية عاجلة كطلب أثبات الحالة وبالتالي مطالبة الدائن بحقه هي التي تقطع التقادم^(٤).

(١) تنص المادة (١٧١) من قانون المرافعات المدنية العراقية على "المدة المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن اذا حصل بعد انقضاء المدة القانونية"

(٢) عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٤٠١، ٤٠٠.

(٣) تنص المادة (٤٣٧) من القانون المدني العراقي على انه "١- تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر فان طالب الدائن غريمه من المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فأنها تسمع بعدها ٢- وكالمطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس او توزيع وبوجه عام اي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير في احد الدعاوي"

(٤) د عبد المجيد الحكيم، وآخرون، مصدر سابق ص ٣٢١، ٣٢٠

كذلك تنقطع بالإقرار سواء أكان هذا الإقرار أمام القضاء أو أثبت المدعي إقرار المدعى عليه بادلة الإثبات الأخرى وبالتالي فإن هذا الإقرار سواء أكان صريحاً أو ضمنياً فإنه سيؤدي إلى انقطاع مدد السقوط^(١) أما المدد القانونية فأنها تنقطع في حالات معينة واردة على سبيل الحصر كوفاة أحد الخصوم أو فقدان أهلية الخصومة أو زوال صفة الخصومة بشرط أن تحدث أثناء السير بالدعوى ولهذا فإن تدخل المشرع في هذه الحالات كان على سبيل الحصر لما تسببه من آثار على الدعوى المدنية أثناء السير فيها^(٢).

أما وقف المدد نرى ان المادة (١٧١) من قانون المرافعات قد وضعت مبدأ عام بالنسبة لمواعيد الطعن واعتبرت تلك المدد حتمية يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق في الطعن إلا أن المشرع العراقي أورد استثناءات على هذا المبدأ وهو نص الفقرة الأولى من المادة (١٧٤) من قانون المرافعات والتي تنص على " تقف المدد القانونية إذا توفى المحكوم عليه أو فقد أهليته للتقاضي أو زالت صفة من كان يباشر الخصومة بعد تبليغه بالحكم وقبل انقضاء المدد القانونية للطعن " وفي هذا الصدد يذهب الدكتور (ياسر باسم ذنون) بخصوص التعليق على ان النص أعلاه تضمن أحوال ثلاثة وهي تمثل قوة القاهرة خاصة وهذه الأحوال الثلاثة تتطابق تماماً مع الحالات الواردة في نص المادة (٨٤) من قانون المرافعات بصفتها تطراً أثناء السير في الدعوى في حين ان القوة القاهرة الخاصة والتي تم الإشارة اليه بالمادة (١٧٤) أعلاه تطراً بعد صدور الحكم في الدعوى وتبليغ المحكوم عليه بالحكم أو اعتباره مبلغاً به تلقائياً لذلك فالنصين أعلاه يعدان تأصيلان تشريعياً للقوة القاهرة في قانون المرافعات المدنية^(٣)، أما قانون المرافعات المصري جاء مطابقاً لما ورد أعلاه من حيث الأسباب التي تؤدي إلى الانقطاع والتوقف للمدد

(١) م د وضاح غسان عبد القادر، مصدر سابق ص ١٤ وللمزيد ينظر نص المادة (١٨٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٢) للمزيد ينظر نصوص المواد كل من (٨٤-٣/٨٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٣) د ياسر باسم ذنون السبعوي، جائحة فيروس كورونا وأثرها في أحكام القوانين الإجرائية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، لعدد ٦، السنة ٢٠٢٠، ص ٧٩.

القانونية^(١) في حين أن قانون الإجراءات الفرنسي فقد أعطى صلاحية وسلطة تقديرية واسعة للقاضي في حال فوات المهلة المخصصة للطعن إذا اقتنع بأن الخصم ليس لديه علم بالحكم لذلك أجاز له رفع طلب عدم سقوط الطعن للرئيس الأول للمحكمة وخلال مدة الشهرين التالية لإجراء تبليغ الخصم^(٢) وحسناً ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال إعطاء الصلاحية للقاضي الذي أصدر الحكم بقبول أو عدم قبول طلب الطعن بالرغم من فوات المهلة المحددة على اعتبار أنه على تماس مباشر بالقضية والأكثر علماً بها ، وبالتالي يؤدي تدخله إلى منع زوال الحق بالطعن ولما كانت مدد السقوط تعد جزءاً "يترتب في كل حالة يخالف فيها الخصم ما وضعه المشرع وحدده من ترتيب زمني وأن لم ينص على هذا الجزء صراحة، وسقوط الحق يعد جزءاً طبيعياً لعدم إحترام القيود الزمنية أو جاوز المواعيد الموضوعة من قبل المشرع في مجال المطالبة بالحقوق أو في مسألة تعاقب الإجراءات وترتيبها"^(٣)، أما إذا حدثت ظروف خارجية (كجائحة كورونا) وسبب تعطيل لمرافق الحياة العامة فسيؤدي ذلك إلى توقف في سريان هذه المدد والتي نجد أنها أثرت فعلاً على سريان مدد السقوط من خلال الإجراءات المتخذة لمواجهة هذا الوباء كفرض حظر التجوال، ليكون ذلك المعنى مصداقاً لقول أن مدد السقوط لا تقبل الوقف ولا الانقطاع إلا بنص في القانون "ولا يوجد في القانون العراقي نص يقضي بذلك"^(٤).

وفي ظل عدم وجود نص قانوني لمعالجة التوقف الذي حدث في ظل جائحة كورونا يسعف المتضرر من خلال المطالبة بحقه أتمد القضاء العراقي قراراً بإيقاف سريان المدد التي تتعلق بالطعون والأحكام، حيث تدخل مجلس القضاء الأعلى بتاريخ ٦ / ٤ / ٢٠٢٠ ليصدر قراراً جاء فيه " إ إيقاف سريان المدد القانونية الخاصة بالطعون في الأحكام والقرارات طيلة فترة تعطيل الدوام

(١) تنص المادة ١/١٣٠ من قانون المرافعات المصري على "ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاء احد الخصوم او بفقدان اهليته او بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنة من النائبين، الا اذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها" وللمزيد ينظر نص المادة ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧،

(٢) للمزيد ينظر نص المادة (٥٤٠) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسية رقم ١٨٠٦ الصادر عام ١٨٠٢ والمعدل بقانون ٢٠٠٧-١٧٨٧ الصادر في ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٧.

(٣) د. احمد الهندي، التمسك بسقوط الخصومة، دار النهضة العربية، بيروت، سنة ١٩٩١، ص ٤١٤.

(٤) د. ملاك التميمي، الإثار القانونية لجائحة كورونا على العقود ومددها والمدد القانونية الأخرى. بحث منشور على الرابط:

الرسمي ابتداء من تاريخ ١٨ / ٣ / ٢٠٢٠ بسبب انتشار فايروس كورونا على أن يستأنف سريانها في يوم بدء الدوام الرسمي بعد زوال الحظر. - اعتبار فترة تعطيل الدوام الرسمي فترة إنقطاع للمرافعة لكافة الدعاوي لحين زوال السبب " (١).

ونرى حسناً فعل القضاء العراقي من سد النقص التشريعي حيث أن محكمة التميز واحدة من واجباتها هو سد النقص التشريعي، لذلك نجد ان المادة ٢/١ من القانون المدني العراقي لا تسعفنا الى حكم مناسب لهذه الحالة باستثناء اللجوء الى مبادئ العدالة وهذا ما تم تطبيقه تطبيقاً رائعاً من قبل محكمة التميز (٢).

في حين يرى القاضي سالم روضان بخصوص الاجتهاد القضائي بإصدار القرار إعلاه للحفاظ على حقوق المتقاضين بالخطوة الجيدة لأن السلطة التشريعية في العراق تتبع اجراءات طويلة المدى لا إصدار تشريع يعالج الأوضاع فضلاً عن معاناتها هي أيضاً من عدم القدرة على الاجتماع والتصويت وهو ما كان قد فعله المجلس ذاته في عام ٢٠٠٣ عندما أصدر قرار اعتبر فيه الفترة من تاريخ بدء العمليات العسكرية لقوات الاحتلال ولغاية انتهائها بمثابة وقف للمدد لضمان الحقوق وذلك لعدم وجود سلطة تشريعية قائمة في حينه (٣). في حين أن قانون الإجراءات المدنية الفرنسية رقم ١١٢٣ الصادر عام ١٩٧٥ والمعدل بقانون رقم ١/يناير ٢٠٢٠ يسمح بمخالفة مدد الطعن في حالة القوة القاهرة، ويترك للقاضي أمر تقدير وجود حالة القوة القاهرة، وتقدير مدى وجودها (٤) حيث يقوم القاضي الفرنسي بالبحث في حال وجود قوة قاهرة يمنع الطعن بالإستئناف ويعفي من الجزاء المترتب عن السقوط للمدد متى ما قدر القاضي وجود تلك

(١) ينظر:

تاريخ اخر زيارة ٢٠٢١ / ٣ / ١٨ <https://www.mawazin.net>

(٢) تنص المادة الاولى الفقرة ثانياً من القانون المدني العراقي على انه " اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة"

(٣) القاضي سالم روضان، كورونا وازمة النص التشريعي، بحث منشور في موقع جريدة المدى:

تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٠/٣/٢٥ <https://almadapaper.net/view.php?cat=226016>

(٤) اشارة المادة (٣/٩١٠) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسية فيما معناها " في حالة القوة القاهرة، يجوز لرئيس او مستشار الإجراءات التمهيدية إستبعاد تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المواد ٢/٩٠٥، ٢/٩٠٨ الى

القوة القاهرة وفي ١٢ مارس أعتبرت محكمه استئناف (كولمار) في فرنسا جائحة كورونا قوة القاهرة تبرر الغياب وهو ما تم ذكر القرار مسبقاً بشكل مفصل (١).

أما في باب توقف مدد التقادم فنجد المادة (٤٣٥) قد نصت على الأسباب التي يتوقف بسببها سريان مدد التقادم (٢)، حيث نصت على أنه " ١- تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعدر الشرعي كأن يكون المدعي صغيراً أو محجوراً وليس له ولي أو غائباً في بلاد أجنبية نائية أو تكون الدعوى بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعي أن يطالب بحقه. ٢- والمدة التي تمضي مع قيام العذر لا تعتبر ".

ووفقاً للمادة أعلاه عند توقف مدد التقادم لأي سبب من الأسباب المذكورة فيها، فإن ذلك التوقف لا يحسب ضمن مدة التقادم، وتحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة (٣).

وفي المعنى ذاته نجد أن المادة (٣/٨٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي (٤) والتي تنص على أنه "يترتب على انقطاع السير في الدعوى وقف جميع المدد القانونية التي كانت سارية في حق الخصوم، وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الإنقطاع"، ويعلق على ذلك النص الدكتور (ياسر باسم ذنون) بأن "هذا النص صريح في الإشارة إلى الآثار المترتبة على تحقق واقعة الجائحة، وهي وقف المدد القانونية وبطلان الإجراءات، فبالنسبة للوقف، فالنص صريح في أنه يترتب على إنقطاع المرافعة، وقف جميع المواعيد الإجرائية الجارية في حق الخصوم، فلا يسري الميعاد في مواجهة الخصم المتوفي، أو الذي فقد أهليته للتقاضي، أو زالت صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه" (٥).

(١) اثر جائحة كورونا على سريان المواعيد الاجرائية المدنية، دراسة مقارنه، تونس، المغرب، فرنسا، بحث منشور بدون مؤلف في جامعة الجزائر، سنة ٢٠٢٠، ص ٥٣٨

(٢) للمزيد ينظر نص المادة (٤٣٥) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٠٨٦ ؛ د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مصدر سابق ؛ د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص ٤٧٩.

(٤) للمزيد ينظر نص المادة (٣/٨٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، والتي تقابل المادة كل من (١٣٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٥) د. ياسر باسم ذنون السبعوي، مصدر سابق، ص ٥٤٧-٥٤٨.

ومن الجدير بالذكر أن مدد السقوط لا تسري في حق من لا تتوافر فيهم أهلية التقاضي من الخصوم، وإنما يعمل بقواعد المرافعات التي تعتبر الخصومة منقطعة بحكم القانون فتؤدي إلى توقف تلك المدد وفقاً لقانون المرافعات^(١).

نستنتج مما سبق أن المدد القانونية تتوقف في حالات معينة واردة على سبيل الحصر بنصوص قانونية وبالتالي لا يمكن التوسع بإضافة أمور أخرى أما مدد التقادم فانه تقف بالعدر الشرعي، أيضاً أن الفرق بين مدة السقوط ومدة التقادم هو أن مدة التقادم وجدت لتحديد الوقت الذي يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون في موعد حتمي محدد من أجله وفق القانون، أما مدة السقوط فتحتم القيام بعمل أو رفع دعوى في مدة معينة ولا يوجد فيها انقطاع أو توقف ويحق للقاضي فيها أن يحكم من تلقاء نفسه.

المطلب الثاني

سقوط الحق في الإجراء القضائي وفقاً لقانون المرافعات

إن الحق الإجرائي كما هو معلوم وسيلة يخولها القانون للشخص لممارسة حقه من خلال مدة معينة حددها المشرع ورتب على عدم مراعاة الأجل المحدد سقوط حق الخصم في اتخاذ الإجراء^(٢)، لكون تلك المدد لا تعطي للخصم الحق في إيقاف مدد الطعن مما يخالف قواعد الإنصاف والعدالة والتي تهدف إلى عدم زوال الحق في الإجراء القضائي بوجود العذر الشرعي والذي أحال دون مباشرة الشخص للحق بالإجراء القضائي، ولما كانت جائحة كورونا تمثل سبباً أجنبياً خارجياً لا دخل لإرادة الأفراد فيه ومن باب العدالة، نجد أن القضاء العراقي لم يغفل عن ذلك، كما جاء في بيان مجلس القضاء الأعلى أنف الذكر بأن قطع المدد المتعلقة بالطعون^(٣)،

(١) للمزيد ينظر نص المادة (٨٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٢) القاضي لفته هامل العجيلي، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة، العدد الاول، سنة ٢٠١٥، ص ١٥١.

(٣) بيان القضاء الأعلى بالعدد ٤١ اق / ١ في ٦/٤/٢٠٢٠ حيث جاء فيه " نظراً للظرف الذي يمر به البلد بسبب فايروس كورونا وتعطيل الدوام الرسمي تقرر: إيقاف سريان المدد القانونية الخاصة بالطعون في الأحكام والقرارات طيلة فترة تعطيل الدوام الرسمي ابتداء من تاريخ ١٨ / ٣ / ٢٠٢٠ بسبب انتشار فايروس كورونا وعلى أن يستأنف سريانها في يوم بدء الدوام الرسمي بعد زوال الحظر. تعتبر فترة تعطيل الدوام الرسمي فترة انقطاع للمرافعة لكافة الدعاوى لحين زوال السبب".

ومن أجل تسليط الضوء أكثر على فكرة سقوط الحق في الإجراء القضائي وفقاً لقانون المرافعات، قسمنا هذا المطلب على فرعين، حيث سنبين في الفرع الأول سقوط الحق في الإجراء بإنقضاء مدته ، وفي الفرع الثاني التدابير القضائية المتخذة لمنع سقوط الحق في الإجراء، وكما يلي:

الفرع الأول

سقوط الحق في الإجراء بإنقضاء مدته

إن من أهم الجزاءات التي تترتب على مخالفة القواعد الإجرائية هو جزاء السقوط لأن القواعد الإجرائية تقرر حقوقاً يتوجب على الأطراف ممارستها وفق ما ينص عليه القانون في ميعاد زمني محدد، ولتسليط الضوء أكثر على سقوط الحق يتوجب علينا أولاً بيان المحل الذي يرد عليه السقوط والذي يتمثل بالحق في اتخاذ الإجراء والذي عرفه جانب من الفقهاء على أنه "تحويل الخصم مكنة القيام بعمل معين ويحدد القانون المحل الذي يرد عليه هذا العمل سواء أكان ذلك رفع دعوى، أو طعن أو التمسك بدفع ويعين القانون المدة التي يجب ممارسة الحق فيها، فإذا تخلف عن ذلك تترتب على الخصم جزاء يتمثل بسقوط حقة في ممارسة هذا الجزاء" ^(١) في حين عرفه البعض الآخر على أنه "مكنه القيام بنشاط إجرائي معين في الخصومة محل الاعتبار" ^(٢) وهو ما يستخدمه الفقه الإجرائي للدلالة على المكنات القانونية التي تعطى للخصوم مثل الحق في الاستئناف وأيضاً الحق في الطعن ببطالان العمل الإجرائي وكذلك الحق في رفع الدعوى القضائية ^(٣).

نستنتج ومن خلال الأطلاع على ما ورد أعلاه بأن الحق في الإجراء هو وسيلة يمنحها القانون بقصد استعمالها أمام القضاء لحماية الحقوق الموضوعية والوسائل القانونية، وأن هذه الوسيلة التي رسمها القانون وحددها بموجب مواعيد معينة يتوجب الالتزام بها والإسقاط حقه في ذلك.

(١) القاضي لفته هامل، مصدر سابق ص ١٤٤

(٢) د فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، دراسة تأصيلية وتطبيقية للأعمال الإجرائية في قانون المرافعات واسباب بطلانها، منشأة المعارف، الطبعة الاولى، ص ٥٩٧.

(٣) القاضيين بوجلال كواشي و رابطي توفيق، البطلان والسقوط في الإجراءات المدنية، سنة ٢٠٠٥، ص ٦، بحث منشور على الرابط <https://qawaneen.blogspot.com>.

بعد أن بينا مفهوم الحق في الإجراء والذي يعتبر محل السقوط كضرورة منطقية للوصول إلى مفهوم السقوط والذي يعرف على أنه " الجزء الذي يترتب على عدم مباشرة تلك الإجراءات خلال المدة التي عينها القانون" ^(١) في حين عرفه البعض أيضاً بأنه " عدم أحقية الخصم في القيام بعمل إجرائي " ^(٢) وعرف كذلك بأنه " جزء يترتب في حال عدم القيام بالأمر المطلوب قانوناً كالمواعيد أو المناسبات ومخالفة الترتيب الزمني فيها المقدر لبعض الإجراءات " ^(٣).

نستنتج ولما ورد أعلاه بأن السقوط هو جزء يرتبه القانون على مخالفة القواعد الإجرائية كالمواعيد الزمنية المحددة في قانون المرافعات لتحقيق هدفين أساسيين هما حسن سير القضاء وحماية حقوق الخصم وبالتالي عدم مراعاة تلك المدد يؤدي إلى المساس بالحق الموضوعي مما يؤدي إلى سقوطه.

إن الميعاد المحدد لممارسة الحق في الإجراء هو ليس من صنع الخصوم أو وليد إرادتهم وإنما حدد مسبقاً بنص القانون ولذلك لا يملك الخصم الحق في مدة إلى أجل آخر أو التقاضي إلى أجل آخر عن المدة المحددة ^(٤) وإذا لم يتم ممارسة يترتب عليه انقضاء المدة القانونية المذكورة في قانون المرافعات سقوط الحق أو زواله كون تلك المدة حتمية وفق القانون، وعند انقضائها لا يحق للمحكوم وفق القواعد العامة أن يطعن في الحكم الصادر من قبل المحكمة، وتقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية، ^(٥).

(١) د. جميل الشرقاوي، نظرية البطلان، القاهرة، سنة ١٩٥٣، نقلاً عن القاضي لفته هامل، مصدر سابق، ص ١٤٩.

(٢) القاضيين بوجلال كواشي و رابطي توفيق، مصدر سابق، ص ٧.

(٣) د. امنية مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، الاسكندرية، منشأة المعارف، سنة ١٩٩٠، ص ٤١٦.

(٤) القاضي لفته هامل، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٥) القاضي صباح رومي عناد العكيلي، إيقاف مدد الطعن في الأحكام والقرارات، دراسة على ضوء بيان مجلس

القضاء الأعلى المرقم ٤١/ق/أ في ٢٠٢٠/٤/٦، للمزيد ينظر:

تاريخ اخر زيارة: ٢٠٢١/٣/١٥ <https://www.hjc.iq/view.67449/>

ووفقاً للمادة أعلاه فأن سقوط الحق في الطعن لفوات المدة يعتبر من النظام العام^(١)، ولما كانت مدد السقوط التي وضعت من قبل المشرع تسقط المطالبة بالحق دون أن تترك أي أثر للخصم بالتمسك بمدة أخرى، "مما يؤدي إلى تمسك القاضي بهذا الحق من تلقاء نفسه^(٢)، وفي ظل عدم وجود نص في قانون المرافعات المدنية العراقي وأيضاً القوانين الإجرائية الأخرى يعالج ما تم طرحه أعلاه كون مدد الطعن في الأحكام هي من اختصاص قانون المرافعات والقوانين ذات الصلة^(٣) ممكن أن يثار تساؤل عما إذا وجدت ظروف غير إعتيادية من شأنها أن تمنع السير في الدعوى كالإضطرابات الداخلية والكوارث الطبيعية وغيرها من الظروف غير المتوقعة والتي لا يمكن دفعها، فهل من شأنها أن تؤدي إلى وقف مدد الطعن في الأحكام أم أن هذه المدد حتمية كونها محدده على سبيل الحصر في قانون المرافعات والتي يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق فيها، وهل بالإمكان أن نعد جائحة كورونا باعتبارها وباء عالمي سبباً لوقف تلك المدد؟ خصوصاً وأن الجهات المسؤولة بالعراق والدول المقارنة الأخرى قد أتخذت من الاجراءات لمواجهة هذا الوباء الكثير والذي من شأنها أن يؤدي إلى تقييد حركة الخصوم وعدم تمكنهم من ممارسة حقوقهم في مواجهة المحاكم المختصة.

من خلال ما تم طرحه في المواضيع السابقة نرى أن المشرع العراقي عالج وقف المدد الخاصة بالطعن في المواد (١٧٤، ١٧١) من قانون المرافعات العراقي وهذا ما جاء مطابقاً للمواد (٢١٥، ٢١٦) من قانون المرافعات المصري وقد رأينا بأن هذه المعالجة قاصرة على حالات معينه وارده على سبيل الحصر وهي حالة وفاة الشخص أو فقدان أهليته أو زوال الصفة حيث يتضح أن هذه الأسباب خاصة وذات طابع شخصي، متعلقة بشخص صاحب الحق الذي يراد

(١) د. ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ٢٩٠-٢٩١؛ عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠، ص ٣٢٤؛ د. عباس العبودي، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص ١٥٦.

(٢) د. احمد الهندي، مصدر سابق، ص ٤١٤.

(٣) حيث تنص المادة الاولى من قانون المرافعات المدنية العراقي على " يكون هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والإجراءات اذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة"

ممارسة حقه في الطعن، أيضاً أن هذه الحالات هي محددة ومنضبطة لا تقبل التحايل على النصوص القانونية، وعلي سبيل الحصر بنصوص واضحة^(١).

ولم تكن من بين الحالات أعلاه الظروف الطارئة أو القوة القاهرة وهذا ما يدعونا إلى عدم اعتبار جائحة كورونا سبب يؤدي إلى وقف مدد الطعن لكون الأسباب التي تؤدي إلى وقف مدد الطعن هي محددة على سبيل الحصر وواردة بنص القانون وبالتالي لا اجتهد في مورد النص وهذا ما يؤدي إلى سقوط حقهم في الإجراء وهو أمر غير مقبول خاصة إذا كانت الظروف كجائحة كورونا خارجة عن إرادتهم . وفي هذا الصدد يشير الدكتور (محمد سعيد عبد الرحمن) أنه في أمور كثيرة قد لا يتمكن الأفراد من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقهم ومراكزهم القانونية أو للدفاع عنها، وقد لا يتمكنون أيضاً من ممارسة حقوقهم الإجرائية، أو تنفيذ الواجبات والاعباء الإجرائية الملقة على عاتقهم والتي تلزم لحماية هذه الحقوق والمراكز، فقد تحدث ظروف أو وقائع أو أحداث تحول دون ذلك^(٢).

مما لاشك فيه أن عدم مراعاة الظروف أو الوقائع أو الأحداث كما هو الحال في ظل جائحة كورونا التي أجبرت الخصوم علي ملازمة مساكنهم (خطر التجوال) وعدم قدرتهم على السير في الدعوى فمن غير المنطقي ان تسري المواعيد في حقهم حيث أدت عدم قدرتهم من اللجوء إلى القضاء أو ممارسة حقوقهم الإجرائية وتنفيذ الواجبات والاعباء الإجرائية الملقة على عاتقهم في المواعيد المحددة قانوناً سقوط الحق وهذا الأمر يتعارض مع العدالة إذ يترتب على عدم مراعاة المدد ضياع حقوقهم ومراكزهم القانونية، بسبب لا دخل لإرادتهم به. فمن غير العدالة أسقاط حقهم في الإجراء.

ولكن يلاحظ أن اخذ جميع الظروف والأحداث والوقائع في الاعتبار والإعتداد بها ستؤثر على اهدار الإستقرار في المجتمع وسيصبح الأمر أكثر خطورة اذا ما تم مراعاة جميع الظروف أو الوقائع إذ سيترتب على ذلك ليس إنهيار الإستقرار فحسب، بل أنهيار القانون ذاته والغاية التي بموجبه جعلت مدد الطعن حتمية .

(١) م م اسراء خضير مظلوم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢١٣.

(٢) د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، سنة ٢٠١١، ص ٢٨

وفي هذا الصدد نكون أمام اعتبارين، لا يقل أحدهم عن الآخر وهما (العدالة والإستقرار) فإيهما يضحى به للآخر أن التضحية بالعدالة لتحقيق الإستقرار على حساب حقوق الأفراد ومراكزهم القانونية يبدو إستقرار غير عادل لأن ذلك يتحقق رغم عدم تمكن الأفراد من اللجوء إلى القضاء وتنفيذ الواجبات الملقة على عاتقهم، وأيضاً التنازل عن الإستقرار لصالح العدالة من شأنه أن يثير الفوضى والإضطراب داخل المجتمع^(١).

لابد إذاً من حل وسط لهذه المشكلة يوفق بين العدالة والإستقرار من خلال أخذ الظروف والوقائع وكذلك الأحداث التي يتمسك بها الأفراد، كما هو الحال في الأضرار التي سببتها جائحة كورونا على الأفراد من خلال عدم تمكنهم من ممارسة حقوقهم أمام المحاكم المختصة و بالمقابل أيضاً أخذ تنفيذ الواجبات المكلفين بها في المواعيد المحددة قانوناً في الاعتبار، إذا توافرت شروط وضوابط معينة، بحيث لا يترتب على ذلك إهدار الإستقرار، ويتمثل هذا الحل في فكرة القوة القاهرة باعتبارها الحل الأمثل لهذه المشكلة التي نحن بصددده، فلا يعتد بالظروف والأحداث التي تواجه الأفراد إلا إذا كانت تشكل بالفعل قوة قاهرة حالت بينهم وبين اللجوء إلى القضاء لممارسة حقوقهم وتنفيذ واجباتهم الإجرائية في المواعيد المحددة قانوناً^(٢).

ويؤيد الباحث ما ورد أعلاه لكون هذه المدد حتمية يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق وبالتالي ليس من العدالة سقوط حق الخصوم في الاجراء بسبب لا دخل لإرادتهم فيه ولأن العدالة تقضي بأنه إذا وجدت ظروف غير اعتيادية تخل بسير الدعوى بصورة عامة، أن تقضي بعدم سريان هذه المواعيد، وبالتالي يتوقف الميعاد خلال فترة قيام المانع، وهذا الأمر يحتاج إلى تنظيم تشريعي من خلال تضمين قانون المرافعات العراقي بأحكام اعتبار مدد الطعن تتوقف وتنقطع بالظروف الغير المتوقعة والتي لا دخل لإرادة الأفراد فيها ليشمل بذلك الحالات المستجدة والطارئة وبذلك نضمن حقوق المتقاضين من خلال الحصول على حقوقهم بعدالة وانصاف.

وفي سبيل إيجاد حلول أكثر عدالة في ظل ظروف جائحة كورونا يرى البعض إلى الالتجاء للتقاضي الإلكتروني عن بعد دون وجوب الحضور المادي والشخصي للخصوم وهذا المفهوم حديثاً حيث يكاد ينعدم استخدام هذا المصطلح في القانون ويتميز هذا النظام من خلال مباشرة

(١) د. محمد سعيد عبد الرحمن، مصدر سابق ص ٣٠.

(٢) د. محمد سعيد عبد الرحمن، المصدر نفسه، ص ٣٠.

المحاكم عملها بصورة غير تقليدية تتميز بالحدّثة والسرعة العالية والدقة بالمواعيد والحضور إلكترونيًا دون داعي لحضور الخصم شخصياً^(١).

ويرى الباحث إمكانية اعتماد ذلك من قبل المحاكم العراقية بخصوص تقديم طلب الطعن إلكترونيًا لحين معالجة الأمر من قبل السلطة التشريعية خاصةً وبعد أن حققنا نجاحاً في التعليم الإلكتروني وهذا هو التوجه الحديث لدى أغلب دول العالم .

الفرع الثاني

التدابير القضائية المتخذة لمنع سقوط الحق في الإجراء

في ظل عدم وجود نص قانوني في قانون المرافعات المدنية والقوانين الإجرائية الأخرى يعالج توقف المدد في ظل جائحة كورونا بإستثناء المادة (٥٤١) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي أشار إلى أنه "إذا لم يتمكن صاحب الشأن من رفع الطعن ضد قرار ولأني دون خطأ منه، له رفع طلب عدم سقوط الحق خلال المهلة المحددة في المادة السابقة"^(٢) ولكون تلك المدد كما أشرنا إليها مسبقاً حتمية يترتب على عدم مراعاتها زوال الحق، ما كان أمام مجلس القضاء الأعلى إلا أن يصدر بيان بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٦ والذي أشار بموجبه إلى أيقاف سريان المدد القانونية الخاصة بالطعون في الأحكام، كما اعتبر فترة التعطيل إنقطاع وهو ما تم الإشارة إليه بشكل مفصل في المواضيع السابقة^(٣).

لقد كرس القضاء العراقي تطبيق القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ على قانون المرافعات والذي من شأنه التأثير على السير العادل لمرفق العدالة التي تؤدي إلى إسعاف المحكوم عليه بظروف القوة القاهرة، لتمكنه من إعادة النظر بقضيته مرة أخرى وعدم زوال حقه الإجرائي ويبدو إن بيان مجلس القضاء الأعلى العراقي لسد النقص التشريعي، يعيد إلى ذاكرتنا القرار المتخذ من قبل مجلس قيادة الثورة المنحل بالعدد ٤٨ لسنة ١٩٩١ والذي تضمن وقف سريان جميع المدد القانونية المتعلقة بالطعون في الأحكام وذلك اثناء الإعتداء الأمريكي حينها مما شكل ظرف عام

(١) حازم محمد الشرعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع الاردن ٢٠١٠،

ص٥٧، مشار اليه في تأثير جائحة كورونا على المواعيد الإجرائية في التشريع الجزائري، مصدر سابق .

(٢) للمزيد ينظر نص المواد كل من (٥٤٠، ٥٤١) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

(٣) للمزيد ينظر نص البيان الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٦ من قبل مجلس القضاء الأعلى.

يمنع بموجبه ممارسة الخصوم لحقوقهم في الطعن^(١) والذي كان يهدف آنذاك إلى تكملة النقص التشريعي في ذلك الوقت لوجود ظرف طارئ قهري كان من شأنه أن يجعل التعذر على الخصوم من ممارسة حقوقهم في الطعون ضمن المدة القانونية المحددة^(٢).

ويرى الباحث أن ما تم إصداره من بيان لمجلس القضاء الأعلى بشأن وقف مدد الطعن في ظل الظروف الراهنة بجائحة كورونا قرار صائب وذات مقبولية لأنه يمنع التوسع بالآراء من قبل المهتمين بالشأن القانوني من حيث مدى توفر حالة وقف أو انقطاع للمدد القانونية للطعن بالأحكام من عدمه، كما يسهل الطريق أمام المحاكم المختصة من اتخاذ القرارات في القضايا المعروضة أمامها في ذات الشأن وأيضاً يؤدي الغرض الأهم وهو إيجاد أطمئنان للخصوم من خلال عدم أسقاط حقهم الإجرائي بسبب انتهاء الميعاد المحدد قانوناً والمحافظة على حقوقهم .

وقد تسنى للمحاكم العراقية تطبيق ما أورده البيان الصادر من قبل مجلس القضاء الأعلى من تعليمات بالقضايا المعروضة أمامهم منها (... أن انقطاع الدوام الرسمي نتيجة حظر التجوال بسبب مواجهة جائحة انتشار وباء كورونا يعتبر قوة قاهرة ومن أثرها انقطاع الدوام الرسمي لا يمكن احتسابها ضمن المدد القانونية للطعن تمييزاً استناداً إلى إعدام مجلس القضاء الأعلى بالعدد ٤١ في ٢٠٢٠/٤/٦)...^(٣) وأيضاً القرار الآخر والذي أعتبر فرض حظر التجوال الشامل وما ينتج عنه من إيقاف وتعطيل للدوام الرسمي في المحاكم بسبب الحظر المفروض نتيجة وباء فايروس كورونا قوة قاهرة ومن الآثار التي تترتب على وقوعها وقف مدد الطعن في الأحكام والقرارات ومنها مدد الطعن التمييزي وكذلك جميع المهل والآجال التي نص عليها قانون المرافعات

(١) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٤٨ لسنة ١٩٩١، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٤٤ والذي نص على أولاً "يوقف سريان جميع المدد القانونية بما فيها المدد المتعلقة بالطعن في الأحكام والقرارات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، وقانون اصول محاكمات جزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١، او في اي قانون او نص اخر، اعتباراً من تاريخ بدء العدوان الأمريكي الصهيوني على العراق في ١٧/١/١٩٩١ ثانياً " يخول وزير العدل اصدار بيان بأنهاء العمل بالأحكام المنصوص عليها في الفقرة أولاً من هذا القرار ويحدد فيه تاريخ استئناف سريان المدد القانونية عند زوال الظروف الموجبة " نقلاً عن القاضي سالم روضان مصدر سابق

(٢) م م اسراء خضير مظلوم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٣

(٣) للمزيد ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم ٢١٠٤، في ٢٢/٧/٢٠٢٠، نوع الحكم مدني، الهيئة الإستئنافية عقار غير منشور.

المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ التي ألزمت الخصوم التقيد بتلك المدد لأن انتشار الوباء وما ترتب عليه من فرض الحظر الشامل وتعطيل الدوام الرسمي في المحاكم أمر خارج عن إرادة الخصوم (...)^(١).

وفي الخصوص ذاته حكمت محكمة النقض المصرية وعند النظر في الطعن رقم ١٢٠٧٩ لسنة ١٩٨١^(٢).

أما موقف القضاء الفرنسي فنجدته قد بين في قراره رقم ٣٠٣/٢٠٢٠، المؤرخ في ٢٥/٠٣/٢٠٢٠ معتمداً على قانون الطوارئ رقم ٢٩٠/٢٠٢٠، المؤرخ في ٢٣/٠٣/٢٠٢٠ لمواجهة جائحة كورونا، حيث تضمن القرار إيقاف آجال تقادم الدعوى العمومية وتقادم العقوبة، كما ضاعف آجال الطعن، وسمح بإرسال مختلف المذكرات بموجب رسالة موصى عليها مع العلم بالوصول، كما سمح بإجراء إستئناف أو طعن بالنقض عن طريق البريد الإلكتروني المخصص

(١) للمزيد ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم، ١٤، الهيئة العامة، في ١٦/٦/٢٠٢٠، نوع الحكم احوال شخصية غير منشور.

(٢) اما القضاء المصري فأُن محكمة النقض المصرية وعند النظر في الطعن رقم ١٢٠٧٩ لسنة ١٩٨١ قضائية جلسة ٢٠١٢/٥١٣ الذي تضمن (...إذا كان البين من الكتاب الدوري رقم ٥ لسنة ٢٠١١ الصادر عن وزارة العدل ان هناك قوة القاهرة منعت المتقاضين من الطعن في الأحكام في المدة في ٢٦/١١/٢٠١١ حتى ٢٠١١/٢/٧ مما لازمه وقف سريان المواعيد الاجرائية المتعلقة بالطعن على الاحكام ومؤدى وقف سريان ميعاد الإستئناف خلال تلك المدة المشار اليها عدم احتسابها ضمن ميعاد الاستئناف الذي سرى من صدور الحكم المستأنف في ٢٠١٠/١٢/٢٨ وكذلك الطعن المرقم ٥٥٢٧ لسنة ١٩٨١ قضائية جلسة ٢٠١٨/٤/١٧ الدائرة المدنية الذي تضمن بانه اذا كانت الظروف الإستثنائية الذي مرت بها البلاد بسبب ثورة ٢٥ يناير وما لابسها من مخاطر لم تكن متوقعة الحدوث ولا قبل الخصم بدفعها او التحرز منها من شأنها ان تعد من حالات القوة القاهرة التي يترتب عليها وقف ميعاد الطعن في الاحكام....، وما أخذت به المحكمة العليا في سلطنة عمان في الاخذ بتعطيل الدوام الرسمي بالإستناد الى احكام المادة (٤١) من النظام الاساسي للدولة وبناءاً على قرار اللجنة العليا المشكلة بناءً على الاوامر السامية من جلالة سلطان عمان أدت الى وقف سريان كافة مواعيد الطعون أو الإجراءات بميعاد زمني بالقرار ١١١ في الطعنين ١٦٠/٢٠٢٠ / ١٦١م وكذلك نص المادة (١٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

لهذا الغرض، واللجوء لتقنية المحادثة المرئية دون شرط الموافقة المسبقة^(١)، وهذا ما سارت عليه أيضاً بعض الدول الأخرى^(٢).

نستنتج ولما ورد أعلاه أن جائحة كورونا كشفت لنا العوز والنقص التشريعي الذي يعالج الأوضاع القانونية ومنها التدابير التي أتخذت من قبل السلطات المختصة (كحظر التجوال) لمواجهة اضرار جائحة كورونا والذي أثر بشكل كبير على قواعد المرافعات في المحاكم كالممدد القانونية ولو لم يكن هناك تدخل واجتهاد من قبل القضاء لسد النقص التشريعي لكننا أمام إشكال قانوني وهو عدم قدرة الخصوم من ممارسة حقهم بالطعن خلال المدد المحددة مما يؤدي إلى ضياع حقوقهم، الأمر الذي يحتاج إلى تنظيم تشريعي يراعى فيه جميع الظروف الغير متوقعة في قانون المرافعات وتنظيم للمدد القانونية بشكل أكثر وضوح وعدالة.

(١) أثر جائحة كورونا على سريان المواعيد الإجرائية المدنية، دراسة مقارنة ، بدون اسم ، جامعة الجزائر، ص ٥٣٤-٥٣٤.

(٢) حيث اصدر المشرع المغربي قرار ٢-٢٠-٩٢ في ٢٣/٢/٢٠٢٠ اعتبر فيها جائحة كورونا قوة القاهرة وتم ايقاف سريان جميع الإجراءات المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية، اما في تونس فقد اصدر ايضاً رئيس الحكومة القرار رقم ٨ لسنة ٢٠٢٠ في ١٧/افريل ٢٠٢٠ بتعليق الإجراءات والأجال، كذلك في الجزائر بموجب بيان وزير العدل المرقم ٢٠-٠٧ في ٢٤/افريل ٢٠٢٠ بتفعيل نص المادة ٣٢٢ وذلك لتمكين الأفراد من ممارسة حقوقهم في الطعن بعدة إنتهاء الأجال المحددة.

الفصل الثالث
سلطة المحكمة في تعديل
الالتزامات التعاقدية
في ظل جائحة كورونا

الفصل الثالث

سلطة المحكمة في تعديل الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا

تمهيد وتقسيم:

إذا ما تم إبرام العقد بالشروط القانونية المطلوبة أصبح ملزماً وعلى الأطراف الالتزام والوفاء به طبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه من غير المتصور بقاء العقد دون تعديل في أحكامه بل يجوز أن يتمتع أطرافه بالاتفاق بأجراء التعديل سواء اكان بزيادة أو انقاص الالتزام وذلك طبقاً لمبدأ احترام إرادة الأطراف المتعاقدة، ويجوز كذلك إلغاء العقد لسبب يقره القانون كما في بعض العقود التي ينص القانون على أن يستقل أحد أطرافها بإلغائها كالوكالة والوديعة أو يمنح جواز تعديلها كالشرط الجزائي^(١) فإذا كان المشرع قد قيد تعديل العقد بمقتضي نص في القانون أو التراضي بين الطرفين، إلا أنه سمح أيضاً بإعطاء تلك الصلاحية للمحكمة وفي حدود ضيقة جداً لمطالبات العدالة وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية عند حدوث اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد وذلك للتخفيف عن كاهل الطرف المتعاقد من خلال رفع الإرهاق الذي لحقه به حيث تتم معالجة تلك الالتزامات التي تأثرت بالظروف الخارجية عن طريق المحكمة لما له من سلطة تقديرية تتمتع بها عند عرض النزاع أمامها، وبالتالي يكون النص القانوني هو المصدر غير المباشر للالتزام الذي ينشئه القاضي عند تعديل العقد، أما المصدر الآخر المباشر فهو قرار القاضي^(٢)، ولما كانت جائحة كورونا أحد الأسباب التي أدت إلى استحالة أو إرهاق في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الأمر الذي يقتضي إعطاء سلطة واسعة للمحكمة تمكنها من معالجة اختلال التوازن العقدي وإعادة النظر في بعض شروط العقد من أجل تحقيق العدالة بين طرفي العقد

(١) إذا تنص المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي على انه (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او التراضي) اما المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري فنصت على (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه او تعديله الا باتفاق الطرفين او للأسباب التي يقررها القانون) وتقابل ايضا المادة ١/١٤٦ من القانون المدني العراقي. والمادة(١١٩٣) من القانون المدني الفرنسي المعدل رقم ١٣١/ لسنة ٢٠١٦ على انه (لا يجوز تعديل العقود او الرجوع عنها الا بالرضا المتبادل للأطراف، او للأسباب التي يأذن القانون بها).

(٢) د. سمير عبد السيد نتاغو، نظرية الالتزام، سنة ١٩٧٥ فقرة ٩١، ص ٢٧، نقلا عن د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٨.

ولكون جائحة كورونا وكما فصلناه مسبقاً في الطبيعة القانونية لا يمكن اعتبارها ظرف طارئ أو قوة قاهرة وإنما تعتمد بشكل رئيسي على درجة خطورة الوباء والتدابير المتخذة من قبل السلطات المختصة لمواجهة هذا الوباء وأنطلاقاً مما تقدم ولأجل الوقوف على السلطة التقديرية للمحكمة في ظل جائحة كورونا نجد من المناسب تقسيم هذا الفصل على مبحثين سنتناول في المبحث الأول سلطة المحكمة باعتبار جائحة كورونا ظرف طارئ، فيما عقدنا المبحث الثاني للبحث عن سلطة المحكمة باعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول

سلطة المحكمة باعتبار جائحة كورونا ظرف طارئ

إن وظيفة المحكمة عند عرض النزاع عليها تتحصر في تفسير العقد بالنظر إلى نية المتعاقدين المشتركة ولكن نرى إن المشرع قد يخرج عن هذا المبدأ لهدف اسمى وهو اعتبارات العدالة والصالح العام بقصد تحقيق أو تلطيف الشروط التعاقدية متى ما ظهرت أنها غير عادلة في ظل الظروف غير الطبيعية، كجائحة كورونا إذا تصادم بتنفيذ العقد بظروف يتعذر معها تنفيذ العقد بالصورة المتفق عليها في ظل الظروف الطبيعية، مما قد يتسبب بخسارة فادحة لأحد أطراف العقد إذا ما تم التنفيذ في تلك الظروف لذلك تستدعي الضرورة بتدخل المحكمة لرفع الإرهاق عن المتعاقدين وتنفيذ العقد بالصورة التي تضمن العدالة لكلا الطرفين الأمر الذي يقتضي منا تقسيم هذا المبحث على مطلبين نبحت بالمطلب الأول الأسس القانونية التي تحكم سلطة المحكمة، أما في المطلب الثاني فقد خصصناه لوسائل المحكمة المتخذة بتعديل الالتزامات التعاقدية، وكما يلي:

المطلب الأول

الأسس القانونية التي تحكم سلطة المحكمة

إذا كان المشرع قد توقع ما يترتب عن الظروف الاستثنائية من آثار قد تضر بأحد أطراف العلاقة التعاقدية من خلال إعطاء سلطة واسعة للمحكمة لإعادة التوازن بين الطرفين إلا إن هذه السلطة الممنوحة للمحكمة غير مطلقة وإنما يجب أن تكون في إطار من الضوابط بحيث يجب عليها التقيد بها عند إجراء التعديل لتلك الالتزامات ومن أجل معرفة تلك الضوابط قسمنا هذا المبحث على ثلاثة أفرع، سنبحث في الفرع الأول مراعاة المحكمة للظروف المحيطة بالقضية، أما

في الفرع الثاني تناولنا سلطة المحكمة للموازنة بين مصلحة الطرفين، أما في الفرع الثالث والأخير عقدناه إلى سلطة المحكمة برد الالتزامات المتعاقدة المرهقة إلى الحد المعقول وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

مراعاة المحكمة للظروف المحيطة بالقضية

على المحكمة أن لا تهمل أي ظرف من الظروف التي تحيط بالقضية المراد النظر فيها حيث تبدأ مهمة المحكمة التي يتطلب منها تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالبحث عن تحقق شرط الإرهاق لدى أحد أطراف العقد^(١)، أي أن تتحقق من أن تنفيذ التزام المدين الذي كان متعاقداً مع الطرف الآخر كان عادلاً قبل تحقق الظرف الطارئ، وبسبب تلك الظروف غير المتوقعة أصبح الالتزام مختلاً وغير متعادلاً من حيث الالتزامات التي يرتبها مع الطرف الآخر أي تلحق به خسارة جسيمة في حال تم تنفيذه للعقد في تلك الظروف^(٢)، وعلى المحكمة أيضاً أن تأخذ بنظر الاعتبار من حيث أنها لا تملك تعديل العقد إذا ما تبين أن تلك الظروف وقتية يتوقع زوالها في وقت قصير^(٣)، كما أن تقدير المحكمة لعنصر الواقع لا تتم بسهولة في جميع الأحوال وإنما يحتاج لدراسة دقيقيه تمهد الطريق لتوضيح الدور الذي يقوم به القاضي واستخدام الصلاحية في التقدير بغية الوصول من أداء المهمة بكل عدالة وحكمة وهي رد تلك الالتزامات التي طالها الإرهاق بسبب الظروف الاستثنائية إلى وضعها الطبيعي^(٤).

وفي هذا المجال يتساءل الباحث عن الآلية التي بموجبه تستطيع المحكمة أن تتوصل إلى معرفة الظروف المحيطة بالعقد بغية اتخاذ القرار المناسب والمتمثل برفع الإرهاق عن الطرف المتضرر بسبب جائحة كورونا ؟

نرى أن على المحكمة أن لا تهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالقضية لأن عبارة "تبعا للظروف المشار إليها في المادة (٢/١٤٦) " تفتح المجال واسعا أمام المحكمة بأداء مهمتها في

(١) د منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، جامعة بغداد، ١٩٩١، ص ٢٤٦.

(٢) د منذر الفضل، المصدر نفسه، ص ٢٤٦.

(٣) عبد المحسن مبارك عبد المحسن، سلطة القاضي في التعديل في ظل الظروف الاستثنائية في القانون الكويتي، بحث منشور، في مجلة الفنون والادب وعلوم الانشائية، سنة ٢٠٢٠، ص ١٩٧.

(٤) د هادي حسن الكعبي، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، مطبعة السنهوري، ٢٠١٨، ص ١٧.

تعديل العقد المختل اقتصادياً، بسبب الظروف الطارئة كما هو الحال في ظل جائحة كورونا فقد يتبين للمحكمة ومن خلال عدة اعتبارات تجريها أن الظرف الطارئ يستمر لمدة طويلة جداً لا يستطيع أحد أطراف العقد أن يتنبأ بوقت انتهائها كما هو الحال في تفشي وباء كورونا عن الحد المألوف وانتشاره بصورة واسعة دون أن يعلم أحد بوقت إنتهائه^(١).

وبالتالي نرى أن قرار المحكمة واستخدام سلطتها التقديرية في تعديل العقد لا يتم إتخاذها بصورة واحدة لجميع العقود وإنما يخضع بحسب الظروف المحيطة بالقضية وجسامة الضرر الذي سببته تلك الجائحة على تنفيذ التزامات المتعاقدين ففي بعض الأحيان يكون القرار بانقاص الالتزام إذا كان مرهقا للمدين وبالطريقة التي لا تضر بالدائن وفي أحوال أخرى تزيد الالتزام إذا تسببت الجائحة بتخفيضه بحيث يستحيل على الدائن إجراء التعاقد به لو علم بذلك قبل التعاقد.

وفي هذا الصدد يضرب لنا الأستاذ الدكتور (عبد الرزاق أحمد السنهوري) مثالا يوضح لنا عن أهمية مراعاة المحكمة للظروف المحيطة بالقضية بصدد رفع الإرهاق عن الطرف المتعاقد في ظل الظروف الطارئة كمقاول يتعهد بأن يقوم ببناء مبنى وترتفع أسعار قسم من المواد كحادث طارئ إرتفاعا غير مألوف كما حدث في ظل جائحة كورونا من غلق الحدود أمام استيراد بعض المواد المهمة والمستخدمه بشكل أساسي في العمل المكلف به مما سبب ارتفاعا في سعرها بشكل غير مألوف يهدد بخسارة جسيمة ، ولكن هذا الارتفاع يوشك أن يزول وذلك لقرب فتح الحدود أمام دخول تلك المواد لذلك تقوم المحكمة بإيقاف تسليم المقاول للمبنى إلى رب العمل بالوقت المتفق عليه حتى يتسنى للمقاول من القيام بإنجاز العمل المكلف به دون إرهاق إذا لم يكن في ذلك التوقف ضررا جسيما يلحق بصاحب العمل^(٢) وهذا ما يتطلب من المحكمة وهي تقوم برد الالتزام المرهق إلى وضعه الطبيعي أن تراعي في ذلك الظروف المحيطة في القضية إذ أن تلك الظروف هي التي ساهمت في إضافة الإرهاق على ذلك الالتزام^(٣)

وخلاصة القول أن على المحكمة وهي تقوم بتعديل العقد في ظل الظروف الطارئة أن تأخذ بجميع الظروف المحيطة بالقضية كالأضرار التي سببتها جائحة كورونا باعتبارها ظرف طارئ

(١) بلقاس زهرة، اثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، رسالة ماجستير في القانون مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة اكلي محمد اولحاج ، البويرة، سنة ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٧٢.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٥٢٨.

(٣) بلقاس زهرة، مصدر سابق، ص ٧٣.

تجعل من تنفيذ الالتزام من قبل أحد أطرافه مرهقا ويهدده بخسارة فادحة الأمر الذي يتوجب عليها وعند القيام بالموازنة بين طرفي العقد أن تأخذ بنظر الاعتبار الإجراءات المتخذة من قبل السلطات المختصة لمواجهة جائحة كورونا من حظر للتجوال ودرجة خطورة المرض ومدى تأثيره على تلك الالتزامات التعاقدية بنظر الاعتبار بغية الوصول إلى حكم عادل للطرفين عند اتخاذ القرار الخاص بالقضية فإذا كان الالتزام قابلا للتنفيذ ولكن يؤدي إلى إرهاب جسيم في تنفيذه جاز فيه تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالشكل الذي يضمن تحقيق العدالة لكلا الطرفين .

الفرع الثاني

سلطة المحكمة للموازنة بين مصلحة الطرفين

إن قيام المحكمة بالموازنة وتقسيم آثار الحادث الاستثنائي بين طرفي الالتزام التعاقدي هو القصد المباشر الذي يسعى إليه من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث أن لكل طرف من الأطراف المتعاقدة مصلحة من أبرام العقد وما أن تطرأ تلك الظروف الاستثنائية حتى يختل التوازن العقدي بسببه^(١) والقاضي في هذا الحال حر في تكوين قناعته الخاصة من خلال عنصر الواقع المعروض عليه فيعتمد على ما يكون معبرا عن سبب الالتزام والتي يسعى لتأكيداها من خلال حكمه الفاصل في موضوع القضية المعروضة أمامه، ولكن هذا ليس مطلقا بل له حدود في سلطته في تقدير ذلك الواقع من حيث عدم إعطاء حكم يختلف عن المضمون، وبذلك يكون بعيد كل البعد عن ماهيته العقد والقصد المباشر من التعاقد^(٢)، أيضا على المحكمة وهي تقوم برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بين أطرافه أن لا تقوم برفع كل الخسارة عن المدين إذا رأت أن تنقص من التزاماته وأيضا أن لا تقوم بتحميل الدائن كل آثار الظرف الطارئ وبالتالي يتوجب على المحكمة أن تأخذ الخسارة المتوقعة إلى جانب المدين الملتزم بها وما زاد عنها تقسم بين الدائن والمدين بالتساوي، فإذا رفض الدائن تحمل الخسارة مع المدين كان له أن يطلب فسخ العقد بعد تقديم طلب بذلك إلى القاضي المختص مشفوعا بالأسباب التي يستند إليه في هذا الطلب^(٣)،

(١) عبد المحسن مبارك عبد المحسن مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٢) د. هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠١٩، ص ٩٧.

(٣) د. محمد الكشور، نظام التعاقد ونظرية القوة القاهرة والظرف الطارئ، مطبعة النجاح الجديدة، ١٩٩٣، ص

أما المشرع العراقي وبموجب المادة (٢/١٤٦) لم يعط الحق للمحكمة من فسخ العقد بسبب الظروف الاستثنائية بل تملك المحكمة فقط بمشاركة المتعاقدين في الخسارة الغير متوقعة الناشئة عن الظرف الطارئ، الا أنه بإمكان الدائن أن يطلب الفسخ نتيجة تخلف المدين عن تنفيذ الالتزام ، وهذا ما يميز نظرية الظرف الطارئ عن القوة القاهرة التي ما أن تتحقق حتى تؤدي إلى انقضاء الالتزام وتحمل الدائن تبعية هذا الاستحالة أما في ظل الظروف الطارئة فلا يترتب ذلك وإنما على المحكمة القيام برد الالتزامات المرهقة إلى الحد المعقول، وبذلك يكون الضرر القائم مقسم بين الدائن والمدين^(١).

وإذا ما قررت المحكمة تطبيق شروط وأحكام نظرية الظروف الطارئة على المتعاقدين يتوجب عليها وهي تقوم بعملية توزيع الاضرار الطارئة على عاتق المتعاقدين أن يكون دورها محايد يقتصر على توزيع تلك الأضرار بالتساوي عليهم لذلك تكتسب هذه النظرية أهمية كبيرة بسبب وضوح دور القاضي في تعديل العقد وكذلك تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين لسبب لا دخل لأرادتهم به ولولا تلك النظرية لتعرض المدين الى خسارة جسيمة تؤدي في بعض الأحيان إلى إفلاسه، لذلك كان من العدالة تعديل العقد بالصورة التي تضمن مصلحة الطرفين المتعاقدين^(٢).

فالعقد ليس ملزماً إلاّ لأنه عادل والعدالة التي تتواجد في العقد هي ليست العدالة التوزيعية، والتي تقضي لكل متعاقد بالجزء الذي يخصه، وإنما عدالة تصحيحية أو تجميعية تتجه إلى الاحتفاظ بالتوازن أو بإعادة التوازن بين الذمم المالية، وحتى لا يختل العقد بالتوازن أو التناسب الموجود في الذمم، فإن كل متعاقد يجب أن يحصل على مقدار من الحقوق يعادل ما يعطي، ويكرس القانون الوضعي هذه الحقيقية في عدد من تطبيقاته وتتمثل أحد هذه التطبيقات بصفة خاصة في التخفيض القضائي للثمن الذي يبالغ فيه في بعض العقود بقصد تحقيق العدالة بين الطرفين ومنعاً للغبن الذي يتعرض إليه أحد المتعاقدين^(٣).

وحتى لا يترك الاختلاف بين مصلحة المتعاقدين من خلال تمسك المدين بتطبيق نظرية الظروف الطارئة من أجل التخفيف عن كاهله من الخسارة التي يتعرض لها في حال تنفيذ التزامه

(١) د. عصمت عبد المجيد، نظرية الظروف الطارئ ودور القاضي في تطبيقها، مصدر سابق، ص ٧٢.

(٢) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٢٤٦.

(٣) للمزيد ينظر نص المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي.

في حين تزداد الرغبة لدى الدائن من تنفيذ المدين لالتزاماته في الموعد المتفق عليه بغض النظر عن الأضرار التي سببتها تلك الظروف الغير متوقعة على التزامات المدين للاستفادة الكبيرة التي سيحصل عليها من جراء ارتفاع الأسعار والذي يتمثل بالمقابل لدى المدين بالخسارة الفادحة وهنا تكمن فكرة وسلطة المحكمة من تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على تلك العقود لتحقيق العدالة، ذلك كون أن العقد وقت إنشائه انعقد على مصالح متوازنة تحقق مصلحة كلا الطرفين الا إنه بسبب تلك الظروف غير المتوقعة أدت إلى اختلال التوازن لتلك المصالح المتبادلة وأصبح أطراف العلاقة التعاقدية، ما بين كاسب وخاسر ومن أجل الموازنة بين طرفي العقد وحماية الطرف الضعيف بالعلاقة التعاقدية تطبق تلك النظرية على المتعاقدين^(١).

واستخلاصا لما سبق نرى أن على المحكمة وهي تقوم بتعديل الالتزامات التعاقدية أن تأخذ بنظر الاعتبار جميع الأضرار التي سببتها جائحة كورونا على العقد المبرم في ظل الظروف الطبيعية والذي أصبح بعد تلك الاضرار عدم قدرة أحد أطراف العقد من تنفيذ التزامه دون خسارة جسيمة تلحق به ولأجل إعادة ذلك التوازن للعقد نرى على المحكمة أن تأخذ بضابط الموازنة بين مصالح الأطراف المتعاقدة والذي يعتبر من الضوابط القانونية التي يتوجب على المحكمة التقيد بها ومراعاتها بحيث لا تطغى مصلحة أي من الاطراف المتعاقدة على حساب الطرف الآخر في تلك الظروف من خلال الموازنة بين المصلحتين بغية توزيع الخسائر التي سببتها جائحة كورونا على المتعاقدين بالتساوي لسبب واحد هو أن تلك الأضرار لا دخل لإرادتهم بوجودها فمن باب العدالة أن يتحملها المتعاقدان بالتساوي .

(١) بلقاس زهرة، مصدر سابق، ص ٧٣.

الفرع الثالث

سلطة المحكمة برد الالتزامات التعاقدية المرهقة إلى الحد المعقول

تبدأ مهمة المحكمة التي يعهد إليها بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على القضية المعروضة أمامها بالبحث عن تحقق أحد شروط تلك النظرية وهو الإرهاق الذي يصيب المدين عنده قيامه بتنفيذ الالتزام المشار إليه بالعقد في ظل الظروف الطارئة لذلك أعطى المشرع للمحاكم سلطة للقيام بتعديل الالتزام ومن ضمنها القيام بانقاصه الالتزام إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك ويعد باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك ^(١)، وعليه إذا أصر الدائن على قيام المدين بتنفيذ التزامه رغم الإرهاق الذي يتعرض له، فما على المدين إلا اللجوء إلى المحاكم المختصة بصدد وضع حد لهذا الإرهاق، ولكن اللجوء إلى تلك المحاكم يحتاج إلى رفع دعوى، وهذه الدعوى لا تختلف عن الدعاوى المدنية الأخرى من حيث الشروط والإجراءات ^(٢)، إذ تعتبر نظرية الظروف الطارئة مقررّة بالأصل لمصلحة المدين دون الدائن لذلك فإن التمسك بها أمام المحاكم المختصة يكون بطلب يقدم إلى المحكمة يطلب تطبيقها عنده تعرضه لتلك الظروف، فالمحكمة لا تستطيع أن تطبق تلك النظرية من تلقاء نفسها وإنما يجب على المدين المتضرر من تنفيذ التزامه في ظل تلك الظروف غير المتوقعة والتي بسببها تجعل تنفيذ التزامه يهدد بخسارة فادحة، أن يلجأ إلى المحاكم المختصة بهدف رد الالتزام إلى الحد المعقول، وليست إزالة جميع الإرهاق لأن قيام المحكمة برد الالتزام إلى الحد المعقول يتمثل بالتخفيف عن المدين في تنفيذ التزامه ^(٣).

والمعيار الذي يعتمد لقياس الإرهاق هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى الصفة لا إلى الشخص المدين ودمته المالية فإذا تعهد شخص بتوريد أطعمة وكانت لديه كميات كبيرة منها ثم بعد ذلك ارتفعت الأسعار ارتفاعاً فاحشاً فالالتزام هنا يصبح مرهقاً على الرغم من وجود تلك الكميات التي يستطيع أن يوفي بالتزامه لأنه لا ينظر في هذه الحالة إلى تلك الكميات المتوفرة لديه كون تلك الكميات لو لم تكن لديه لأضطر إلى شرائها من الأسواق وتحمل الإرهاق في تحمل

(١) فاضل شاکر النعمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، مطبعة دار الجاحظ، سنة ١٩٦٩، ص ١٣٧.

(٢) د. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، دار زهران، مصر، دون سنة نشر، ص ٦٦.

(٣) بلقاس زهرة، مصدر سابق، ص ٥٧.

الفرق بالأسعار المرتفعة^(١)، والذي عبر عنه القانون المدني العراقي بالمادة (١٤٦ / ٢) ب "... تنقص الالتزام إلى الحد المعقول.."^(٢)، ولم يقصد المشرع من كلمة الإنقاص (الإنقاص المادي) وإنما أراد بها أن يعدل الالتزام عن طريق تخفيض عبئه عن المدين في تلك الظروف الطارئة^(٣) بينما ذهب التشريع في مصر من أعطاء سلطة للمحكمة برد الالتزامات المرهقة الي الحد المعقول وليس الانقاص^(٤).

من الملاحظ أن التشريع المصري كان قد أورد سابقا كلمة ينقص الالتزام ولكن لوحظ أن كلمة ينقص الالتزام إلى الحد المعقول قد لا تؤدي إلى المعنى المطلوب لأن القاضي قد يرى الزيادة لا النقصان وعلى أثر ذلك انتهت لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ المصري على الموافقة بالأجماع على استبدال كلمة (ينقص) بكلمة (يرد) والتي تم اعتبارها ضمانا كبيرة لتحقيق العدالة من قبل المحكمة وتتفق مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الطارئة^(٥).

وحسناً فعل المشرع المصري ذلك لأن المحكمة وأثناء قيامها بتعديل العقد لا تقتصر فقط على الانقاص، كما يشير إلى ذلك المشرع العراقي، وبالتالي تكون للمحكمة سلطة أوسع في ظل القانون المدني المصري من معالجة التوازن المختل في العقد في ظل الظروف الطارئة^(٦).

أما القانون المدني الفرنسي وفي المادة (١١٩٥) أشارت إلى إعطاء الحق للأطراف المتعاقدة من إجراء التفاوض بصدد رفع الإرهاق في ظل الظروف الاستثنائية مع الاستمرار في تنفيذ العقد إلى حين التوصل إلى اتفاق وبالتالي يجب التفاوض أولاً ومن ثم لم تعط هذه المادة صلاحية الإتفاق على أيقاف العقد في تلك الظروف، وفي حال عدم التوصل إلى حل بصدد رفع

(١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٢) للمزيد ينظر نص المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. فاضل شاكر، نظرية الظروف الطارئة، مصدر سابق، ص ١٣٧.

(٤) تنص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري على " ومع ذلك اذا طرات حوادث استثنائية عامه لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وسد الموازنه بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

(٥) بلقاسم زهرة، اثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مصدر سابق، ص ٧٦.

(٦) د. محمد عبد الجواد محمد، شرط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحث مستل منشور في مجلة القانون في كلية القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، فقرة ٤٧، ١٩٧٣، ص ٧٣.

الإرهاق أعطاهم صلاحية أخرى وهي فسخ العقد أيضا بناء على الاتفاق وفي حال عدم قدرتهم من التوصل إلى نتيجة بعد كل الحالات المشار إليها أعلاه، فيتم رفع الأمر إلى القضاء بناء على طلب أحد أطراف العقد للفصل به^(١).

وهذا ما يؤكد بأن المشرع الفرنسي أعطى صلاحية واسعة في ظل الظروف الطارئة لأطراف العقد من خلال الدخول في مفاوضات بصدد معالجة الالتزامات التي تأثرت في ظل تلك الظروف وفي حال عدم توصلهم إلى نتائج في معالجة تلك الحالات أن يتم الإستعانة بالقضاء لذلك نرى أنه ضيق من سلطة المحكمة في معالجة تعديل العقد في تلك الظروف ولم يعطها صلاحيات واسعة.

وفي هذا المقام يتبين من النصوص القانونية المعالجة لسلطة المحكمة في تعديل الالتزامات التعاقدية والتي أوردت بعبارات منها " ينقص الالتزام " و " رفع الغبن " أو " تنقص الالتزام المرهق " و "يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " وهذه العبارات لا تستطيع المحكمة أن تنزل في منزلة المتعاقدين بل أنها تمارس سلطة مستقلة منحها المشرع لها والتي تمكنها من التدخل في العلاقات التعاقدية ذات طبيعة إرادية لتعديل بعض جوانبها لتتنسق آثارها مع القيم الإنسانية إستثناء من الأصل العام وبتحويل من المشرع^(٢).

والسؤال الذي يثار هنا؟ كيف تتوصل المحكمة إلى تقدير الحد المعقول من رد الالتزامات التعاقدية في ظل الظروف الاستثنائية خاصة وأن القوانين المدنية والتي أخذت بنظرية الظروف الطارئة جاءت أغلب نصوصها خالية من أي تعليمات أو نصوص يتم من خلالها تحديد الأساس

(١) تنص المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي رقم ٢٠١٦ - ١٣١ الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦ والمترجم من قبل الدكتور نافع بحر سلطان على أنه " اذا جعل التغير غير المتوقع في الظروف، وقت إبرام العقد، التنفيذ مكلفا بشكل باهض بالنسبة لاحد اطرافه، الذي لم يقبل تحمل المخاطر، يجوز لهذا الطرف ان يطلب من المتعاقد الآخر اعادة التفاوض على العقد، ويستمر هذا الطرف بتنفيذ التزامه اثناء اعادة التفاوض في حال رفض اعادة التفاوض او فشله، يجوز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد والشروط التي يحددها، او ان يطلبوا باتفاق مشترك من القاضي ان يحكم طبقا لتكييفه، عند عدم وجود الاتفاق على مهلة معينة ويجوز للقاضي بناء على طلب طرف واحد اعادة النظر في العقد وانهاؤه في التاريخ والشروط التي يحددها".

(٢) محمد غانم يونس، سلطة القاضي في تكميل العقد، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٧، ص ٩٣-٩٤.

الذي تعتمد المحكمة بخصوص تحديد ضوابط الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه المتضرر بالعلاقة التعاقدية؟

من العسير جدا وضع قاعدة عامة مجردة في هذا الشأن بسبب اختلاف كل حالة من الحالات عن الأخرى من حيث طبيعتها وظروف الحاجة التي تلزم المتعاقد من إبرام العقد ولكن مع كل ذلك بالإمكان ان نسترشد ببعض آراء الفقهاء بهذا الصدد لمعرفة الحد المعقول الذي يتوجب على المحكمة القيام به في ظل الظروف الاستثنائية، فقد ذهب البعض إلى إنه يجوز لأجل معرفة الخسارة المألوفة أن تقوم المحكمة بالإسترشاد بالمعيار الذي وضعت المشرع في الغبن حيث نصت المادة (٢/١٢٤) من القانون المدني العراقي الى أنه " على أنه إذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا أو كان المال الذي حصل عليه الغبن مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلا " (١).

في حين أن الفقرة ثانيا من المادة (١٠٧٧) من القانون المدني العراقي حددت النسب التي بموجبها يعتبر الغبن فاحشا وهي ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروش والعشر في الحيوانات والخمس في العقارات (٢)، في حين أن القانون المدني المصري حدد الغبن بالعقار بما يزيد عن الخمس وأشترطه أيضا لتقدير ذلك أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع (٣)، اما القانون المدني الفرنسي ذهب إلى تحديد نسبة الغبن إلى سبعة اجزاء من اثنا عشر قيمة العقار أي بما يزيد عن النص من قيمته (٤).

نرى أنه بموجب المواد أعلاه تم تحديد نسب معينه إذا تجاوزها سبب ذلك عدم التكافؤ وكان ذلك فاحش ولا يشترط في المواد أعلاه ان تكون الخسارة فادحة وانما تكفي لذلك أن تكون الخسارة مألوفة.

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٥٠.

(٢) للمزيد ينظر نص المادة (١٠٧٧) من القانون المدني العراقي بفقراتها اولا وثانيا.

(٣) للمزيد ينظر نص المادة (٤٢٥) من القانون المدني المصري.

(٤) تنص المادة (١٦٧٤) من القانون المدني الفرنسي بما معناه على أنه " اذا اصيب البائع بأكثر من سبعة عشر اثنان في سعر المبنى فيحق له ان يطلب الغاء البيع حتى لو كان قد تنازل صراحة في العقد عن طلب كلية هذا الالغاء وانه كان سيعلم ان يعطي القيمة المضافة "

في حين يذهب رأي آخر إلى وضع بعض من القواعد لمعرفة الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه المدين في تنفيذ التزامه الأول هي أن يتحمل المدين وحدة الخسارة المألوفة والمتوقعة وبالتالي فإن تلك الخسائر لا تدخل في معنى أو حساب الإرهاق بل يتحملها المدين وحده، أما القاعدة الثانية تقضي بأن فكرة العدالة في نظرية الظروف الطارئة أن يشترك المتعاقدان في تحمل النتائج بالتساوي من خلال تقسيم مبلغ الإرهاق بين الدائن والمدين^(١)، في حين يرى الباحث ومن الضروري عدم تقييد سلطة المحكمة التقديرية بالنسب التي تم ذكرها بالمواد أنفاً الذكر بل يجب إطلاق سلطة المحكمة التقديرية في معالجة الإرهاق لأن تحديد المحكمة يعني ذلك تضيق من نطاقها وبالتالي عدم قدرتها في استيعاب جميع الحالات لكون النسب المذكورة قد تعالج وتحسم قضايا معينة ولكنها قد تكون في الوقت نفسه عائقاً في حسم قضايا أخرى، وبالتالي بالإمكان أخذ الآراء التي تمت الإشارة إليها مسبقاً على سبيل الإسترشاد والإستئناس مع عدم تقييد سلطة المحكمة بنسب معينة أو حدود تحد من سلطتها التقديرية لممارسة دورها الفعال في تلك الظروف.

واستخلاصاً لما سبق أن على المحكمة وهي تقوم برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في ظل الاضرار التي سببتها جائحة كورونا أن تراعي مصلحة الطرفان المتعاقدان وما تقتضيه العدالة عن طريق البحث عن الضرر الواقع على المدين وهذا ما يتوجب عليها أن تبذل أقصى جهدها من خلال البحث في كل قضية بالنظر إلى ظروفها التي أحاطت بها ومن ثم يكون الحكم بالطريقة المناسبة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مراعيًا في ذلك مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية دون أن يهمل مصلحة المتعاقد الآخر.

(١) فاضل شاكر النعيمي، مصدر سابق ص ١٣٨-١٣٩.

المطلب الثاني

وسائل المحكمة المتخذة بتعديل الالتزامات التعاقدية

إن وسائل المحكمة المتخذة في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ليست محددة على سبيل الحصر ذلك أنها لم ترد ضمن مادة قانونية بشكل ملزم وإنما كانت ثمرة اجتهادات قضائية وفقهية ومن أجل القيام بإعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد عن طريق توزيع الأضرار التي سببتها جائحة كورونا على عاتق الطرفين فللمحكمة انقاص الالتزام المرهق متى ما رأت أن ذلك يحقق العدالة ولها سلطة الزيادة في الالتزام كصورة أخرى قد تتخذها من أجل رفع الإرهاق عن عاتق أحد أطراف العقد وقد ترى المحكمة أن من مصلحة الطرفين إيقاف تنفيذ العقد لفترة من الزمن إذا كانت الظروف يتوقع زوالها قريباً^(١)، وهذا ما سنبينه في هذا المطلب من خلال ثلاثة أفرع سنتناول في الفرع الأول الإنقاص من الالتزامات المرهقة، أما في الفرع الثاني الزيادة في الالتزامات المتقابلة، فيما عقدنا الفرع الثالث للبحث في توقيف تنفيذ العقد بفترة زمنية معقولة وكما يلي:

الفرع الأول

الإنقاص من الالتزامات المرهقة

لا شك أن المبدأ العام في العقود المبرمة ما بين أطرافها هو أن العقد شريعة المتعاقدين أو ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد وهذا المبدأ عالمي ضمنته كافة التشريعات والذي بموجبه يضمن احترام إرادة المتعاقدين بإبرام التصرفات القانونية ولا يجوز إنقاص أو إحداث أي تعديل للالتزامات التعاقدية في ظل الظروف الطبيعية^(٢)، أما في حال حدوث ظرف خارجي يؤثر على تلك الالتزامات، فإن مبدأ انقاص الالتزام أحد أهم السلطات التي تعطى للمحكمة في ظل الظروف الطارئة والتي تهدف من خلالها توزيع الآثار المترتبة عن الحادث الاستثنائي على أطراف العقد، لذلك يكون الإنقاص بالزيادة التي تفوق الحد المألوف ولا تكون فيما دونها وهذا ما يجعلها من

(١) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مصدر سابق، ص ٦-٧.

(٢) د. خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة مقارنة، ٢٠١٩،

الوسائل المهمة التي تلجأ إليها المحكمة بصدد إعادة التوازن العقدي كما حصل في ظل جائحة كورونا من انهيار تام للالتزامات التعاقدية وعدم قدرة أطرافها من تنفيذ التزاماتهم وعلى الرغم من الفوائد التي تؤديها عملية إنقاص الالتزامات من معالجة الاختلال بالالتزامات التعاقدية، إلا أنها قد تمس أصل الالتزام لذلك يتوجب على المحكمة وهي تقوم بإعادة الالتزامات التعاقدية المختلفة بسبب الظروف الاستثنائية أن تراعي مصلحة الأطراف المتعاقدة بالقدر الذي يحقق العدالة بينهما^(١)، وهذا ما يجعل المحكمة وهي تقوم بإنقاص الالتزامات المرهقة وزيادة المقابل إلى الحد المعقول أن تستخدم هذه السلطة للعقود التي حدث فيها الارهاق فعلا ولا شأن لها بالعقود التي ستبرم في المستقبل لأن تلك العقود غير معروف مصيرها بالوقت الحاضر فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيعود العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل وتعود له القوة الملزمة كما كانت في ظل الظروف الطبيعية وبالتالي يجبر المتعاقد على تنفيذ التزامه^(٢).

ومن التطبيقات القضائية التي تؤيد ذلك قرار رئاسة محكمة استئناف واسط الاتحادية والذي بموجبه تم رد دعوى المدعي تجاه أحد الدوائر الحكومية بخصوص أمانات مودعه لديهم يطالب بها المدعي أن يتم تنزيل اشهر وباء كورونا من المطالبة ببديلات ايجارها في حين ان الدائرة المذكورة تطالبه بجميع الأشهر إلا أن محكمة البداة ردت دعوى المدعي بزعم أن عقد الإيجار بينه وبين الدائرة المذكورة ليس من العقود مستمرة التنفيذ ولا تتوفر فيه شروط نظرية الظروف الطارئة^(٣)، وهذا القرار صائب من وجهة نظر الباحث ذلك لأن المحكمة قصدت في تسببها

(١) د. سليمان مرقس، نظرية العقد، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦، ص ٤٢٠.

(٢) د. عبد الحكم فودة، اثار الظروف الطارئ والقوة القاهرة على الاعمال القانونية، مصدر سابق، ص ١٠٩.

(٣) قرار ذو العدد ٩/ اب/ ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٣/٣١ والذي جاء فيه " قدم المدعي على لسان وكيله امام هذه المحكمة بان المدعي عليه اضافة لوظيفته قد وضع يده على مبلغ مقداره خمسة واربعون مليون دينار عراقي يعود للمدعي والمدفوعة من قبله الى دائرة المدعي عليه كأمانات عن ايجار ساحة وقوف السيارات الكائنة في مدينة الصويرة لمدة سنة واحدة وحيث ان المدعي طالب دائرة المدعي عليه بإعادة مبلغ التأمينات المودعة لديهم الا ان المدعي عليه اضافة لوظيفة يتمتع عن ذلك رغم المطالبة المستمرة وايضا يطالب المدعي عليه بعدم مطالبة بالإيجارات للأشهر التي حصل فيها وباء كورونا وتسليمه كامل مبلغ الامانات المودعة لديه وذلك استنادا الى ما جاء بقرار اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية المرقم ١١٧ لسنة ٢٠٢٠ والصادر من الامانة العامة لمجلس الوزراء بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٣ والذي بموجبية اعتبر الفترة من تاريخ ٢٠٢٠/٢/٢٠ لغاية صدور هذا القرار قوة القاهرة لجميع المشاريع والعقود الا انه محكمة البداة ردت الدعوى لسبب ان عقد الايجار المبرم بين اطراف

إنه يلزم لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن تكون العلاقة العقدية قائمة وقت طلب تدخل القضاء لتصحيح الاختلال في التوازن العقدي، لكون أن مقتضى تصحيح الاختلال هو إعادة التوازن العقدي بالنسبة للالتزامات التي سيجري تنفيذها في ظل الظروف الطارئ، أما التي جرى تنفيذها فليس للقضاء أن يتدخل في تعديلها.

وتأسيساً على ذلك أن لجوء المحكمة إلى هذا النوع من المعالجات يهدف إلى التقليل من الخسائر التي تلحق بالمدين من جراء قيامه بتنفيذ التزاماته في ظل تلك الظروف لذلك تعمل المحكمة وهي تقوم بإنقاص الالتزامات التعاقدية (كماً) و(كيفاً) من أجل إعادة التوازن العقدي بالطريقة التي تضمن عدم الإضرار بالطرفين فلو أُنْفِقَ مقابل مع مورد على أستيراد بعض المواد الأولية المستخدمة في عملية البناء على توريد تلك المواد بكميات كبيرة تكاد تفوق مخازن المقاول لحاجته إليه في عملية البناء، ثم بعد ذلك يحدث ظرف طارئ غير متوقع من شأنه أن يؤدي إلى ارتفاع بأسعار تلك المواد عن السعر الذي تم الاتفاق عليه وندرتها من الأسواق هنا يجوز للمحكمة في هذه الحالة الانقاص من التزامات المدين (كماً) وذلك عن طريق تجله يورد الكميات المتوفرة لديه فقط دون تحمله شراء كميات أخرى من الأسواق وقد تقوم المحكمة بالانقاص (كيفاً) وذلك عن طريق تجله يورد الكمية المتوفرة لديه وأيضاً يستطيع أن يقوم بتكملة المواد المتبقية من الأسواق بأقل جودة بحيث تتفق مع الثمن المتفق عليه قبل حدوث الظروف الطارئة^(١).

هكذا يتبين أن الأسلوب الذي تلجأ إليه المحكمة عند ارتفاع سعر محل الالتزام لندرته كما في ظل جائحة كورونا والتي أدت إلى غلق الحدود أمام استيراد بعض المواد مما أدى إلى ارتفاع أسعارها بالشكل الذي يؤدي إلى استحالة في استيرادها أن يكون قرار المحكمة بانقاص الكمية التي يلتزم بها المدين وذلك بالقدر الذي يجعل الالتزام في الحدود المعقولة دون إرهاب للمدين واضرار للدائن .

الدعوى قد انتهى بتاريخ ٢٨/٥/٢٠٢٠ وإن طلب تعديل الالتزامات في العقد المذكور استناداً لنظرية الظروف الطارئة أصبح لا محل له خصوصاً وإن تطبيق هذه النظرية يستوجب توفر شروط معينة منها ان يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ او الفورية التنفيذ وكان التنفيذ مؤجلاً وهذه الشروط غير متوفرة في دعوى المدعي وبالتالي تعتبر هذه الدعوى لا سند لها وموجبه الرد عليه"

(١) نسرین رفیق، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، مصدر سابق، ص ٥٢٠.

أيضا أن المدين لا يعفى من التزاماته في ظل تلك الظروف كما هو الحال في ظل العقود المستمرة التنفيذ لأنه يتحمل جزء يعادل الزيادة غير المألوفة في القدر الذي قام بتنفيذه في ظل تلك الظروف مقابل ذلك أن الدائن يتحمل الجزء المقابل للزيادة الطارئة في القدر الذي لم يتم تنفيذه من قبل المدين ^(١)؛ وهو ما يجعل حكم المحكمة بانقاص الالتزام المرهق مرتبط مع بقاء الظروف الطارئة وجوداً وعدماً فإذا ما زال ذلك الظرف الطارئ زال معه سلطة المحكمة التقديرية بالانقاص ورجع العقد إلى ما كان عليه في ظل الظروف الطبيعية، والعكس صحيح في حال اشتداد وتفاقم الظروف الطارئة من ازدياد، تتدخل المحكمة وتستخدم صلاحياتها بهدف إيجاد الحلول المناسبة والتي تتناسب مع طبيعة ونوع الحالة المعروضة أمامها وبهذا يتضح شرعية وملاءمة الإنقاص إلى جانب فوائده العملية في معالجة اختلال التوازن العقدي في ظل الظروف الطارئة ^(٢).

ولعل الشاهد على أهمية وحيوية دور المحكمة في هذا الشأن القرارات القضائية المتخذة بخصوص معالجة الحالات التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي في ظل الظروف الطارئة والتي كان لها الدور المهم في حماية المدين في العلاقة التعاقدية مما ينعكس إيجاباً على معاملاتهم الاقتصادية والتجارية وهذا يظهر بوضوح من خلال ما توفره لهم من طمأنينة عند إبرام العقود وخلال القيام بتنفيذها ^(٣).

ومن التطبيقات القضائية المعالجة لحالات الإنقاص من الالتزامات التعاقدية في ظل الظروف الطارئة القرار المتخذ بخصوص "إذا أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقاً للمستأجر بحيث يهدده بخسارة فادحة فإن دور المحكمة في إعادة التوازن بين مصلحتي الطرفين يقتصر

(١) د. محمد عبد الجواد محمد، مصدر سابق، ص ٨١.

(٢) د. عبد العزيز المرسى، نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، ٢٠٠٦، ص ٣٤٤.

(٣) د. محمد حسين منصور، دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، مكتبة المعارف الاسكندرية، مصر، بدون سنة نشر، ص ٩.

على إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ولا ينصرف ذلك إلى تعديل مدة العقد بالزيادة تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة^(١).

وفي قضية أخرى ذهبت إليها محكمة التميز إذ أعتبرت بموجبه قانون الإصلاح الزراعي من الظروف الطارئة لأنه بموجبه أدى إلى هبوط الأراضي الزراعية وهذا الطرف الطارئ يستدعي تدخل القضاء للموازنة بين مصلحة الأطراف وإنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ذلك أن الاتفاق الذي أقره الطرفان في ظل الظروف الطبيعية لا يؤخذ به عند نشوء الظروف الطارئة الذي يجعل من زمام الأمور بيد القضاء وبالتالي يتوجب على المحكمة أن توزع الضرر الناجم بين الطرفين بمراعاة الظروف الطارئة وخطأ كل متعاقد في عد تنفيذ التزامه وتحمل كل طرف ما يصيبه حسب تقدير المحكمة^(٢).

وفي قضية أخرى أيضاً قضت بأن " الزيادة التي حصلت في كلفة الدور موضوع الدعوى بسبب الفيضان قد بلغت ١٣ ٪ من البديل المتفق عليه بالعقد وهي زيادة فاحشة، وحيث إن فيضان عام (١٩٥٤) لم يكن متوقعا وقد نتج عن ذلك إن الزيادة الفاحشة تعتبر حادثاً استثنائياً عاماً لم يكن في الوسع توقعه عند العقد وقد تسبب عنه انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من الطرفين وانعدام الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، وحيث إن للمحكمة الحق بالموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين عند تحقق مثل هذه الحالة وتنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، لأن "القاعدة العامة لا تسوغ إن ينتقل عبء الطوارئ غير المتوقعة ثقلاً كاملاً

(١) رقم القرار ١٢٨١/إيجار/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٨/٧ والذي يتلخص القرار الصادر على أنه " من دعوى المدعي /المميز بوقوع حوادث استثنائية عليه لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن صار تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدعي المستأجر بحيث يهدده بخسارة فادحة وبالشكل الذي وصفه وكيل المميز بلوائحه وأقواله المقدمة لمحكمتي البداية والاستئناف فإن دور المحكمة في إعادة التوازن بين مصلحتي الطرفين يقتصر على إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ولا ينصرف ذلك إلى تعديل مدة العقد زيادة أو نقصاً في العقد موضوع الدعوى إذ قد يصح طلب زيادة مدة العقد تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة في عقود أخرى ليس من بينها عقد الإيجار وبما إن محكمة الاستئناف قد فسخت الحكم البدائي وردت الدعوى فيكون حكمها قد استند إلى أساس قانوني صحيح قرر تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية وتحمل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٤ / رجب / ١٤٢٨ هجرية الموافق ٧ / ٨ / ٢٠٠٧ ميلادية.

(٢) قرار محكمة التميز ذو العدد ١٩٦٧/٢٩٣٧ في ١٩٦٧/٦/١٧، نقلاً عن د منذر الفضل، مصدر سابق،

من عاتق المدين إلى عاتق الدائن وأن محكمة البداية بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ارتأت و نسبت تقسيم الخسارة مناصفة بين الطرفين لذا يكون الحكم موافقاً للقانون^(١).

واستخلاصاً لما سبق أن على المحكمة وهي تقوم بمعالجة اختلال التوازن العقدي بين أطراف العقد في ظل جائحة كورونا وما سببتها من أضرار تكبدها المتعاقدين وأصبح تنفيذ التزاماتهم مرهقاً بالشكل الذي يلحق خسارة غير مألوفة لأحد أطرافها ان ترفع الإرهاق عن المدين مراعيًا في ذلك المعيار الموضوعي دون الشخصي ، بمعنى أن ينظر إلى الصفقة لا إلى شخص المدين المتعاقد ومقدار ثروته بقصد معالجة الاختلال في التوازن الاقتصادي وإزالة الضرر الناشئ عنه في مرحلة التنفيذ، أيضاً نؤيد ما ذهب إليه دكتور (عبد المجيد الحكيم) من خلال اقتراحه على المشرع استبدال مصطلح انقاص الالتزام بمصطلح رفع الإرهاق لأن المحكمة قد ترى أن الإرهاق سوف يزول إذا منح مهلة من الزمن دون الإضرار بالدائن، وقد يكون أيضاً رفع الإرهاق بزيادة الالتزامات وليس النقصان.

الفرع الثاني

الزيادة في الالتزامات المتقابلة

أن المشرع العراقي وفي المادة (٢/١٤٦) أشارت بوضوح إلى اخذه بنظرية الظروف الطارئة من خلال إعادة التوازن العقدي المختل بسبب الظروف الطارئة عن طريق إنقاص الالتزامات المرهقة وليس زيادتها^(٢)، أيضاً القانون المدني الفرنسي وفي المادة (١١٩٣) لم يأخذ بنظرية الظروف لطارئة بالشكل الذي يسمح للمحكمة بتعديل العقد أو إنقاص الالتزام وأنما أعطى للأطراف المتعاقدة وحدهم حق تعديل العقد وفي الحدود التي يرسمها لهم القانون^(٣)، إلا أن

(١) القرار الاستئنافي المرقم س ٥٧/٣٧ مصادق عليه من قبل محكمة التمييز بالقرار المرقم ١٥٤١/حقوقى، مشار إليه، في نظرية الظروف الطارئة، ودور القاضي في تطبيقها، د عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٧٦.

(٢) للمزيد ينظر نص المادة (١٤٦/٢) من القانون المدني العراقي والتي تقابل المادة (١٤٧/٢) من القانون المدني المصري.

(٣) تنص المادة (١١٩٣) من القانون المدني الفرنسي رقم ٢٠١٦ - ١٣١ على انه (لا يجوز تعديل العقد او الرجوع عنها الا بالرضا المتبادل او الاسباب يأذن القانون بها) ترجمة د نافع بحر سلطان، استاذ كلية القانون، جامعة الفلوجة.

المحكمة قد تلجأ إلى طريقة أخرى لرفع الإرهاق وهي زيادة الالتزامات المقابلة للالتزام المرهق وهذا ما يجعل المحكمة تلجأ إلى هذا النوع من الأسلوب في حال ارتفاع سعر محل الالتزام فتتضي عند ذلك زيادة الثمن الذي حدد في العقد أي أن يتحمل الدائن جزء من الزيادة الغير متوقعة في سعر الشيء الذي ارتفع بسبب الظروف غير المتوقعة أما المدين فيتحمل الزيادة المتوقعة عند التعاقد فقط^(١)، وتماشياً مع ذلك قد ترى المحكمة أن إنقاص الالتزام ليس له أي دور في معالجة التوازن العقدي الأمر الذي يتطلب منها اللجوء إلى تعديل العقد ولكن بطريقة أخرى هي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق عن طريق إبقاء الزيادة المألوفة في عبء الالتزام على عاتق المدين في حين تقوم المحكمة بتوزيع الزيادة غير المألوفة على طرفي العقد، وهذا التعديل الذي تقوم به المحكمة بخصوص زيادة الالتزام لا تقوم به بالشكل الذي يعرض المدين عن كل الضرر الناشئ عن الظروف الطارئة وإنما تحقق نوع من التوازن الاقتصادي بين التزامات الأطراف المتعاقدة^(٢).

مما يترتب على ذلك أن المحكمة وهي تقوم بتعديل العقد أن تكون لها سلطة تقديرية في تقدير عنصر الحكم أو الأثر القانوني الذي يترتب في حال تحقق الظروف الطارئة في العقد وهذا العنصر يتصف بنفس صفات القاعدة القانونية من حيث أن يكون عاماً ومجرداً بحيث تقوم المحكمة بتطبيق الشروط الخاصة بالظروف الطارئة على الواقعة المراد الفصل بها بغية تحقيق العدالة بين الطرفين متى ما توفرت الشروط المطلوبة في نظرية الظروف الطارئة، وهذه الموازنة في الالتزامات والعمل على تحقيق العدالة فيها تكون وفق ما ترتئيه المحكمة وفي ضوء سلطاتها التقديرية معتمداً في ذلك على معيار من وهو تحقيق العدالة^(٣).

(١) م. د. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة واثراً على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، بحث منشور في كلية القانون جامعة الكوفة، بدون سنة نشر، ص ١٠١.

(٢) خميس صالح ناصر عبد الله، نظرية الظروف الطارئة واثراً في التوازن الاقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الامارتية، رسالة ماجستير، ٢٠١٧، ص ١٥٨.

(٣) ١.د.م. وسن قاسم غني الخفاجي، وم م علي سعود داخل، سلطة القاضي في تقدير الضرورة واثارتها في الالتزامات التعاقدية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠١٩، ص ٢٨٧.

ويمكن أن نضرب مثال على ذلك بالتزام صاحب محطة وقود تعبئة البنزين بتوفير كميات معينة من البنزين إلى إحدى شركات نقل الركاب بسعر (٤٥٠) دينار عراقي للتر الواحد ثم بعد ذلك ترتفع الأسعار بسبب أزمة إقتصادية بحيث يصبح سعر اللتر الواحد (١٠٠٠) ألف دينار هنا تتدخل المحكمة بزيادة السعر الذي تدفعه الشركة إلى صاحب المحطة لرفع الخسارة غير المألوفة التي قد يتعرض إليه صاحب المحطة بغية إعادة التوازن الاقتصادي إلى وضعة الطبيعي.

ولاشك أن المحكمة وهي تقوم برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لا تقوم بتوزيع تلك الزيادة على الطرفين بالتساوي وإنما تراعي في ذلك مسألة التميز بين الزيادة المألوفة والزيادة غير المألوفة فإذا كانت مألوفة فيتحملها المدين ولتكن في المثال أعلاه مثلاً بلغ الإرتفاع إلى (٥٥٠) دينار هنا ال (١٠٠) دينار يتحملها المدين لأنها تعتبر غير مرهقة ومتوقعة لأن التجارة عبارة عن ربح وخسارة، ولكن في حال أصبحت الزيادة غير مألوفة أي أن يرتفع سعر اللتر إلى أكثر من (٦٥٠) دينار هنا تتدخل المحكمة بإزالة ذلك الإرهاق عن طريق تقسيمها بين الطرفين أو تحميلها لإحد اطراف العقد بأن تزيد المحكمة من التزاماته على ضوء السعر الجديد، وهنا المشتري شركة النقل لا تلزم بشراء اللتر بهذا السعر وإنما تكون مخيرة بين أن تشتري بالسعر الجديد أو أن تفسخ العقد^(١).

لذلك نرى أن على المحكمة وهي تقوم بتحقيق التوازن الاقتصادي المختل في العقد بسبب الظروف الطارئة أن توازن بين ظروف ومصلحة المتعاقدين قبل تحميل أحد الأطراف المتعاقدة الخسارة غير المألوفة وهي مسألة تقديرية تمنح للمحكمة في هكذا ظروف تبيح لها الزيادة أو النقصان الالتزام حسب الظروف المحيطة بالقضية والظرف الطارئ لهم.

ومن التطبيقات التشريعية لنظرية الظروف الطارئة المعالجة لحالات إرتفاع الأسعار بسبب لا دخل لإرادة المتعاقدين فيه ما نصت عليه المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي والتي تعتبر أحد تطبيقات المادة (٢/١٤٦) والتي أشارت بموجبه بأن يتحمل المقاول الخسارة المألوفة المتوقعة ومن ثم فليس له أن يطالب بزيادة الأجرة التي يتحملها رب العمل الطرف المقابل للالتزام، أما إذا أنهار التوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة بين رب العمل والمقاول بسبب وقوع حوادث غير متوقعة عند إبرام العقد وأنعدم بسببه الأساس المالي الذي قام عليه التقدير

(١) محمد بوكاشي، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة الجزائر، ٢٠١٢، ص ٢٦٣.

المالي للعقد عند ذلك يحق للمقاول طلب الزيادة أي زيادة الأجرة^(١)، ومن ثم فالمعيار المعتمد بخصوص زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق هو أن يتم توزيع العبء الطارئ بين الطرفين وفق معيار مرن يضمن العدالة لكلا الطرفين المتعاقدين ذلك أن نظرية الظروف الطارئة مضمونها تحقيق العدالة وهو ما يمكن للمحكمة تحقيقه من خلال سلطتها التقديرية الواسعة في معالجة ذلك الاختلال الاقتصادي للعقد^(٢).

واستخلاصا لما ورده أعلاه يتبين أن دور المحكمة في ظل الظروف الطارئة بصورة عامة وجائحة كورونا بصورة خاصة دور إيجابي وفعال يتحقق بموجبه حماية للأطراف المتعاقدة من الأضرار التي سببتها تلك الظروف، مما قد يعرضهم إلى خسارة غير مألوفة عند تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقهم فتمتع المحكمة بهكذا سلطة لها فوائد عملية مهمة في المحافظة على التوازن العقدي من خلال استبعاد ظاهرة الاستغلال والتسلط للطرف الغير متأثر بالظروف الطارئة وهذا ما يجعل كل متعاقد أن يتفادى الأضرار بالغير طالما يعلم أن للمحكمة سلطة في التدخل في أي مرحلة من مراحل العقد وبالقدر الذي يحقق العدالة وعدم الأضرار بالطرفين.

الفرع الثالث

وقف تنفيذ العقد بفترة زمنية معقولة

يعتبر وقف تنفيذ العقد أحد أهم الوسائل المستخدمة من قبل المحكمة من أجل إعادة التوازن الاقتصادي بين أطراف الالتزام العقدي بسبب الظروف الطارئة، تلجأ إليها إذا ما قدر أن الحادث الطارئ وقتيا، له فترة زمنية قصيرة ثم يزول فترى المحكمة بوقف تنفيذ العقد لمدة زمنية معينة حتى تزول تلك الظروف الغير متوقعة وهذا التدخل الذي تقوم به المحكمة لا يمس العناصر

(١) تنص المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي على انه " ليس للمقاول اذا ارتفعت اسعار المواد الاولية واجور الايدي العاملة ان يستند في ذلك ليطالب زيادة الاجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حد يجعل تنفيذ العقد عسيرا، على انه اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهيارا تاما بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الاساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للمحكمة ان تقضي بزيادة في الاجر او فسخ العقد"

(٢) حازم سالم محمد الشوابكة، نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة في القانون الاردني، والشرعية الإسلامية، والقانون المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، ص ٢٠٠٩، ص ٣٣٧.

الموضوعية او المادية للعقد إذ أن تلك الالتزامات تبقى محتفظة بقيمتها والتزاماتها دون أي تأثير وانما يمس التعديل فقط عنصر الزمن المتفق عليه بالعقد^(١).

لذلك يتم اللجوء إلى وقف تنفيذ الالتزامات العقدية بصورة مؤقتة ودخولها في حالة عدم التنفيذ خلال تلك الفترة الزمنية دون المساس بالعقد نتيجة ظروف استثنائية عامة وغير متوقعة تحول دون الاستمرار بتنفيذ العقد لتعود تلك الالتزامات إلى وضعها الطبيعي بعد زوال تلك الظروف التي منع بموجبها الاستمرار بالعقد^(٢).

وهذا ما يمثل وسيلة من وسائل الحماية وضمانه قانونية تهدف إلى المحافظة على الرابطة العقدية من الفسخ حيث بموجبها يضع التزاما على أطراف العقد بالامتناع عن أي عمل من شأنه انهاء العقد لذلك يعتبر بمثابة السد في طريق الدائن يمنعه من المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ خلال فترة التوقف^(٣).

إن وقف العقد بفترة زمنية معينة بسبب تلك الظروف له آثار سلبية الى جانب آثاره الإيجابية فقد يهتز مبدأ القوة الملزمة للعقد ذلك المبدأ الذي يقر أنه إذا انعقد العقد بصورة صحيحة اكتسب قوة ملزمة من حيث مضمونه ومن حيث أشخاصه ووجب تنفيذه في الحال نظرا للأهمية التي يقوم بها كون يلبي وينظم مصالح الأفراد والجماعات إذ إن الفرد وهو يدخل في علاقة تعاقدية مع غيره لا يمكن أن يمنع من إبرام العقود التي تتم بإرادته ولضمان فعالية ذلك وجب على المحاكم احترام التعهدات التي يلتزم بها الأفراد وتنفيذها بالقدر الذي لا يتعارض مع القانون^(٤).

وعليه يستلزم لتطبيق هذه الوسيلة من قبل المحكمة توافر بعض الشروط والتي تتمثل بأن يوجد مانع مؤقت يحول دون تنفيذ العقد وكذلك أن لا يرجع هذا المانع إلى خطأ من أحد المتعاقدين وإلا فإن مدة العقد جوهرية ووجب احترامها والالتزام بها من قبل الأطراف المتعاقدة^(٥)، ويتطلب كذلك أن لا تكون للظروف الطارئة صفة الاستقرار بطبيعتها، بل أن تكون محدودة الأثر

(١) محمد بو كماش، نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح، ط ١، ج ١، مركز الجامعي خنشلة، ص ١٢.

(٢) د. جواد كاظم سميسم، فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٣) د. احمد علي محمد الحميدي، وقف العقد، الطبعة الاولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص ٤٢.

(٤) علاق عبد القادر، اساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، كلية الحقوق الجزائر، ٢٠٠٨، ص ٦.

(٥) د. احمد علي محمد الحميدي، مصدر سابق، ص ٤.

كما لو تطور وباء كورونا وخرج عن السيطرة وأصبح مرض مستقر ليست له نهاية وبالتالي استمرار الوباء طوال المدة المحددة للعقد، بحيث لم يبق جدوى للعقد من التنفيذ، عند ذلك على المحكمة أن تحكم بالفسخ لاستحالة التنفيذ وتطبق شروط القوة القاهرة على العقود^(١).

وفي هذا الشأن يتساءل الباحث فيما لو تم اختيار هذه الوسيلة من قبل المحكمة على العقود المستوفية لشروط تنفيذ توقيف العقد لفترة معينة، قد تثار مشكلة أخرى بخصوص التزامات المدين الواجب تنفيذها فيما بعد بشأن عقود المدة والتي يعتبر الزمن محل اعتبار فيها يتحدد بموجبه التزامات كلا الطرفين فهل يكون لذلك التوقف أثر في كمية الالتزامات الواجب أدائها لا سيما وأن فترة توقف تنفيذ العقد في ظل تلك العقود محل اعتبار من قبل المتعاقدين؟

يجيب الفقه على هذه الحالة بأنه وقف التنفيذ بصورة مؤقتة لا يؤثر على التزامات المدين الملزم بأدائها إلى الدائن مهما كانت المدة التي تقدرها المحكمة من أجل المدين بسبب الظروف الطارئة حيث تبقى تلك الالتزامات واجب التنفيذ دون أي تغير لأن ذلك الحكم بالواقع لا يمس مضمون العقد فتبقى تلك الالتزامات محتفظة بمقدارها الواجب تنفيذه من قبل المدين تجاه الدائن، وبالتالي لو سمح بتغير ذلك لأدى إلى الانتقال من فكرة رد الالتزامات المرهقة إلى إنهاء ذلك الالتزام^(٢).

ومن هنا ننوه بصدد الحكم الخاص بإيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً يشمل أي عقد سواء أكان عقداً مستمراً أم فورياً التنفيذ فمتى توافرت الأسباب التي بموجبه تسمح للمحكمة إتخاذ هكذا قرار تقضي المحكمة به وللفترة التي تراها مناسبة لطبيعة ونوع العقد ولا شك أن في هذا التوقف سيكون قريباً بقدر الإمكان فليس بمقدور المحكمة أن تنتبأ بالوقت الذي بموجبه يزول فيه آثار الظرف الطارئ ولكن تكون بالقدر الذي يحافظ على الالتزامات التعاقدية في ظل تلك الظروف مع مراعاة عدم الاضرار بالدائن^(٣).

ومن التطبيقات التشريعية لوقف تنفيذ العقد التي أخذ بها القانون المدني العراقي نظرة الميسرة (الأجل القضائي) والتي أعطت بموجبة للمحكمة وعنده الضرورة أن تمنح المدين أجل

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٨٩

(٢) رشوان حسن رشوان احمد، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، مجموعة رسائل دكتوراه، دار النهضة، مصر، ١٩٩٤، ص ٥٩٤.

(٣) محمد عبد الجواد محمد، مصدر سابق، ص ٦٧.

يتناسب مع حالته بشرط عدم الحاق ضرر بالدائن^(١)، وفي هذا المقام ذهب أيضا القانون المدني المصري من إعطاء سلطة للمحكمة لوقف تنفيذ العقد وفقا لما تراه مناسبا^(٢)، وأيد ذلك أيضا القانون المدني الفرنسي من إعطاء القاضي عدة اختيارات للحكم وفقا لما يراه مناسبا وحسب طبيعة كل حالة وتبعا للظروف المحيطة بالعقد تصل إلى حد يعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون وبيراً الأطراف من التزاماتهم^(٣)، وبطبيعة الحال أن زوال الظروف التي أدت إلى وقف تنفيذ العقد يعيد إليه القوة الملزمة من جديد ويجبر المدين على تنفيذ التزامه إذا امتنع عن ذلك^(٤)، في حين يتسائل الباحث عن الحد الأقصى الذي تستطيع بموجبه المحكمة أن توقف تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة؟

نرى ومن خلال الرجوع إلى النصوص القانونية سواء أكانت في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة أنه لم تشير إلى مدة محددة لوقف تنفيذ العقد وإنما أعطت للمحكمة في مثل هذه الحالات السلطة التقديرية الواسعة من تقدير الأمور وفقا لما تراه مناسبا وحسب طبيعة كل عقد فقد ترى المحكمة أن هناك من العقود ما لا يتحمل التوقيف لمدة طويلة كما هو الحال في عقد توريد

(١) تنص المادة (٣٩٤ف٢) من القانون المدني العراقي على انه "فاذا لم يكن الدين مؤجلا او احل اجله وجب دفعه فورا، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعه نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم"

(٢) تنص المادة (٣٤٦ف٢) من القانون المدني المصري على انه "على انه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، اذا لم يمنعه نص في القانون ان ينظر المدين الى اجل معقول او اجل ينفذ فيها التزاماته، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم"

(٣) تنص المادة (١٢٢٨) من قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي، ٢٠١٨، ص ١٠٠، على انه "يجوز للقاضي، تبعا للظروف اقرار الفسخ او الحكم به او الامر بتنفيذ العقد وان يمنح المدين، في هذه الحالة، وعند الاقتضاء، مهلة للتنفيذ، او الاكتفاء بالحكم بالتعويض" ايضا اشارة الى ذلك المادة (١٢١٨) من نفس القانون على انه "تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يتمتع على المدين تنفيذ التزامه نتيجة حادث خارج عن سيطرته، ولم يكن بالإمكان، على نحو معقول، توقعه عند ابرام العقد، ولم يكن من الممكن تجنب اثاره باتخاذ التدابير المناسبة اذا كان المانع مؤقتا يوقف تنفيذ العقد مالم يكن التأخير الناجم عنه مبررا لفسخ العقد واذا كان المانع نهائيا يعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون وبيراً الأطراف من التزاماتهم طبقا للشروط المنصوص عليها في المواد ١٣٥١ و ١/١٣٥١"

(٤) تنص المادة (٢٤٤ف٢) من القانون المدني العراقي على انه "واذا زال المانع عاد الممنوع، ولكن الساقط لا يعود"

المواد الغذائية بسبب سرعة تلف تلك المواد لذلك تدخل المحكمة هنا يكون بالقدر الذي لا يعطي فترة طويلة للتوقف وإنما تراعي فيه مصلحة الدائن والمدين والظروف التي بموجبه تؤدي إلى هلال تلك المواد وعلى العكس من ذلك قد تزيد المحكمة فترة توقيف تنفيذ العقد لبعض العقود مثل عقد استيراد قطع الغيار للسيارات فهنا التوقيف إذا كان لمصلحة المدين الملتزم بالاستيراد بسبب غلق الحدود وارتفاع الأسعار فأن المحكمة تكون لها سلطة في تحديد الوقت المناسب بغض النظر عن المدة بشرط عدم الأضرار بالدائن، وبالتالي فأن نوع الالتزام ومصلحة الطرفين هو الذي يؤخذ بنظر الاعتبار بشأن تحديد المدة المعقولة لوقف تنفيذ العقد بسبب ظروف جائحة كورونا وما سببتها من أضرار وحسن فعل المشرع ذلك لأن تحديد مدة معينة للمحكمة بشأن توقيف العقد يعتبر قيد لسلطتها في معالجة الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، لذلك ترك الحرية للمحكمة في اختيار الوقت المناسب مراعيتهما في ذلك نوع العقد والظروف المحيطة به وأيضاً الإجراءات المتخذة من قبل السلطات الخاصة في مواجهة جائحة كورونا هو أكثر عدالة للطرفين .

المبحث الثاني

سلطة المحكمة باعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة

سبق وأن بينا أن دور المحكمة في تعديل الالتزامات التعاقدية في ظل الظروف الطارئة يهدف إلى تحقيق غاية محددة هو إيجاد نوع من التوازن بين التزامات المتعاقدين ومنع الضرر الذي يصيب أحد أطراف العقد، ولما كانت جائحة كورونا وكما فصلناه مسبقاً تتمحور طبيعتها القانونية بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة حسب طبيعة كل عقد لذلك كان للمحكمة دور أيضاً في تطبيق نظرية القوة القاهرة على بعض العقود التي تأثرت بتلك الجائحة، ولكون هذه النظرية من موضوعات القانون المدني الأكثر تعقيداً لما تحمل بين ثناياها الكثير من التأويلات والاختلافات في وجهات النظر حول مدى توافر شروطها من عدمه خاصةً عندما نكون أمام وباء سرعان ما تطور ليصبح جائحة تسببت في آثار سلبية ألقت بظلالها على الالتزامات التعاقدية مما يؤدي إلى أعفاء الأطراف من التزاماتهم، ومن الثابت ووفقاً للقواعد العامة أن كل خطأ يصيب الغير يلزم من ارتكبه بالتعويض بموجب المسؤولية التقصيرية وذلك بعد أن تجتمع أركانها الثلاثة من ضرر وخطأ وعلاقة سببية، أما في ظل وجود القوة القاهرة المتمثلة بجائحة كورونا في العقد

المراد تطبيقه فان ذلك سيؤدي حتما إلى إنهائه قبل تنفيذه وتحلل الأطراف من التزاماتهم دون أن يترتب على ذلك أي تعويض يتحمله أحد الأطراف مما قد يجعل البعض يلجأ الى التحايل والتمسك بها لرفع المسؤولية العقدية عنه في حال تعذر تنفيذ التزامه، وللنتائج الخطيرة التي تؤديه تلك النظرية في حال تطبيقها على بعض العقود، سنبين في هذا المبحث دور المحكمة في ظل وجود القوة القاهرة من خلال مطلبين أيضاً، حيث سناقش في المطلب الأول الأسس القانونية التي تحكم سلطة المحكمة، أما في المطلب الثاني فقد خصصناه للمبحث عن انفساخ العقد بسبب القوة القاهرة وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

الأسس القانونية التي تحكم سلطة المحكمة

على الرغم ما للمحكمة من سلطة تقديرية بالتحقق من مدى توافر شروط القوة القاهرة، وانطباقها على العلاقة العقدية إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل محددة بالغرض أو الهدف الذي توقعه المشرع من تقديره لهذه السلطة الممنوحة ذلك أن المشرع لم يكن يهدف إلى إطلاق سلطة المحكمة دون قيد أو شرط^(١) ومن أجل معرفة تلك الأسس التي تحكم سلطة المحكمة قسمنا هذا المطلب على ثلاثة أفرع حيث سنبين في الفرع الأول مدى توافر العلاقة التعاقدية محل تطبيق نظرية القوة القاهرة، أما في الفرع الثاني الاستحالة المطلقة لتنفيذ الالتزامات التعاقدية، في حين عقدنا الفرع الثالث للمبحث في العلاقة السببية بين القوة القاهرة واستحالة التنفيذ وكما يلي:

(١) حازم سالم محمد الشوابكة، نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة في القانون الاردني، والشرعية الإسلامية، القانون المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق عين الشمس، ٢٠٠٩،

الفرع الأول

أن تكون العلاقة التعاقدية محل تطبيق نظرية القوة القاهرة

تعتبر هذه المهمة من أهم المهمات الملقاة على عاتق المحكمة والتي تستهدف من خلالها تحديد الطبيعة أو الوصف القانوني للظروف المحيطة بالقضية، وذلك من أجل تقريبها إلى النصوص القانونية ذات القابلية الأكثر انطباقاً على القضية المعروضة أمامها بغية إتخاذ القرار المناسب حسب ظروف وأحداث كل قضية^(١)، وهذا ما تقوم به المحكمة من خلال نشاط ذهني تجرية على القضية المعروضة بصدد إجراء البحث القانوني لوقائع النزاع المعروض أمامها، وكذلك القاعدة التي تنوي إعمال أثرها على تلك القضية والتي تتناسب مع الظروف المحيطة بالقضية من خلال مراعاة الغاية التي قصدها المشرع من تلك النظرية المراد القيام بتطبيقها، ومن ثم فإن الارتباط الوثيق بين نشاط المحكمة الذهني وأيضاً النشاط المتعلق بأجراء المطابقة للقضية المعروضة تستطيع المحكمة من خلالها أن تتوصل إلى إتخاذ قرار صائب وسليم لتحديد النظرية الملائمة والأكثر إنطباقاً على تلك القضية^(٢).

ويعتبر التكيف من أهم الوسائل التي تلجأ إليها المحكمة في مثل هكذا حالات وهو ما تم اعتباره من الوسائل الأولية واللازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على القضية المعروضة، ذلك إن تكيف العلاقة القانونية من قبل المحاكم له أهمية كبيرة كون أن المشرع يضع العلاقة القانونية في مجموعات مختلفة من المواد ولا يمكن ان يفرد لكل علاقة قاعدة قانونية مستقلة، وهنا تتدخل المحكمة عن طريق تجميع العلاقات القانونية ذات الخواص المشتركة في نطاق مجموعة واحدة والمحكمة لا تستطيع القيام بذلك إلا إذا لجأت إلى تكيف تلك الوقائع القانونية وإعطائها الوصف القانوني السليم والمناسب للقضايا المراد تطبيق تلك النظريات القانونية عليها^(٣).

(١) د. حكيم راشد سعيد الباقي الكيومي، اثر تداعيات جائحة فايروس كورونا على الالتزامات التعاقدية في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠، ص ٥٤.

(٢) د. احمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها وضوابط تطبيقاتها، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، ص ٦٨.

(٣) د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دراسة مقارنة طبقاً لا حكام القانون الدولي الخاص المقارن واحكام القانون العراقي، جامعة بغداد كلية القانون، مطبعة السنهوري، ٢٠١٥، ص ٦٧.

لذلك يتبين أن التكيف هو الذي يترتب عليه تحديد القواعد التي تحكم التصرف القانوني المبرم ما بين الأطراف المتعاقدة من أجل الوصول إلى العدالة التي تعتبرها المحكمة غايتها، وهذا يتحقق من خلال قدرتها على القيام بتطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً على القضية المعروضة أمامها من أجل تحقيق العدالة بين الأطراف المتعاقدة، ولأهمية ذلك أصبح كالتشخيص بالنسبة للطبيب لا يستطيع أن يحدد العلاج المناسب لحالة المريض دون إجراء الكشف الصحيح عليه.^(١)

ومما لاشك فيه أن المحكمة وهي تقوم بمراعاة الظروف المحيطة بالقضية من أجل تطبيق نظرية القوة القاهرة أن تأخذ بنظر الاعتبار طبيعة محل العقد ومدى أنطباقه على القوة القاهرة، فإذا كان ذلك المحل من الأشياء المثلية فإن هذه النظرية لا مجال لتطبيقها هنا ذلك أن المبدأ في المثليات أنه يوجد بديلها عند هلكها مما يعني أن هلاك الشيء المثلي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يؤدي إلى استحالة في التنفيذ فمن اليسير الحصول عليه بسبب تماثل أجزائها وقيام بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء، في حين إذا كان محل الالتزام شيء معين بالذات فإنه يعتبر المجال والبيئة المناسبة لتطبيق القوة القاهرة^(٢).

وفي هذا الشأن قضت محكمة استئناف القاهرة بأن سرقت أخشاب من أحد المخازن العائدة للملتزم بتوريدها لا تصلح لأن تكون سبباً للأحتجاج بانقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ لأن الالتزام في هذه الحالة ينصب على إشيء مثلية يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء وبالتالي لاتعد السرقة قوة قاهرة أو سبباً أجنبياً يؤدي إلى إنقضاء الالتزام^(٣)، ومن زاوية أخرى تأخذ المحكمة أيضاً بطبيعة العقد عند تكيف الظروف الخاصة بالقضية المعروضة أمامها بصدد تطبيق القوة القاهرة، ذلك أن العقود ومن حيث طبيعتها تنقسم على عقود فورية وعقود مستمرة وبالتالي فإن العقد المستمر يكون الزمن فيه عنصراً جوهرياً لا يتجزأ عنه تقاس ما تم تنفيذه من التزامات بذلك الزمن وقد فصلنا ذلك بالفصل الأول، أما العقد الفوري وهو ذلك العقد الذي لا يكون للزمن أي دور فيه

(١) حازم سالم الشوابكة، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٢) خالد علي سلمان بني احمد، الفرق بين القوة القاهرة والظرف الطارئ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور على المجلة الاردنية في الدراسات الإسلامية، ٢٠٠٦، ص ١١.

(٣) استئناف القاهرة بجلسة ١٢/١١/١٩٦١ المجموعة الرسمية مشار اليه في، د عبد الحكم فودة، مصدر سابق،

وبالتالي فإنه يرد على أداء يتم تنفيذه في الحال، لذلك يتبين أن النطاق الطبيعي لتطبيق نظرية القوة القاهرة هو العقد الفوري التنفيذ^(١).

أما في العراق فإن محكمة الموضوع هي التي تقوم بتقدير الوقائع التي يراد تطبيق القوة القاهرة عليها بدون رقابة من محكمة التمييز ما دام أن المحكمة تقوم بذلك بالشكل المقبول لما لها من حالة ذهنية وذاتية نابعة من ضمير القاضي النقي وتفكيره المنطقي للوصول إلى تقدير الأدلة المطروحة والحكم على أساسها، في حين يكون لمحكمة التمييز دور الرقابة في حال تقدير وجود الشروط الخاصة بالقوة القاهرة على القضية المعروضة من الوقائع الثابتة لأن هذه المسألة تعتبر من الوسائل القانونية التي تستطيع محكمة التمييز من فرض رقابتها عليها بعد أن تبين محكمة الموضوع وبشكل واضح ظروف الوقائع التي استخلصت منها وجود القوة القاهرة، ولا يعفى ذلك حتى وأن سببت محكمة الموضوع القضية إلى القوة القاهرة^(٢).

في حين أن محكمة النقض المصرية وفي قرار له اعتبرت مسألة تكيف الوقائع على أنها قوة قاهرة أو نفي ذلك من المسائل القانونية التي تخضع لسلطة قاضي الموضوع ورقابة محكمة النقض واشترطت في ذلك أن تكون القوة القاهرة هي التي يترتب عليها استحالة التنفيذ بالالتزام غير متوقع الحصول وقت التعاقد وأيضاً يستحيل على المتعاقدين دفعها بسبب تلك الظروف الغير اعتيادية والتي تخل بسير الحياة كما هو الحال في وقوع الكوارث الطبيعية أو الفتن الداخلية أو الإعتداء الخارجي^(٣).

وتماشياً مع ما تم ذكره على المحكمة وهي تقوم بمعرفة أو تكيف العلاقة القانونية المعروضة أمامها أن تأخذ بنظر الاعتبار كل الوقائع والظروف المحيطة بالعقد بصورة مجتمعة وليس على أفراد لأنها لو أخذت على أفراد لكانت قاصرة من التوصل إلى التكيف الصحيح، في

(١) د عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٨-٢٩.

(٢) د. اياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية في الاشياء وتطبيقها على الاشخاص المعنية، رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، مطبعة بابل، ١٩٨٩، ص ٢٣٤.

(٣) الطعن رقم ١٨٧٨ لسنة ٦٩ جلسة ٢٠١٦/١٠/١٠ مشار اليه في، د. مصطفى عبد الغني عبد، مستشار قانوني، القوة القاهرة في قضاء محكمة النقض المصرية.

حين لو أخذت بشكل مجتمعة لأدى ذلك إلى إتخاذ قرار مناسب بشأن تكيف الدعوى على النظريات المراد تطبيقها على تلك العقود^(١).

فمن غير الممكن أن تعتبر بعض الحوادث والظروف قوة قاهرة بشكل مطلق وإنما تعتمد بشكل رئيسي تبعاً للظروف المحيطة للقضية، والشروط الواجب توافرها بالقوة القاهرة لذلك فالحرب والحريق قد تعتبر قوة قاهرة متى ما كانت غير متوقعة الحصول وأيضاً عدم القدرة على دفع نتائجها في حين إذا لم توجد تلك الشروط فلا يمكن اعتبارها قوة قاهرة وعلى من يريد التمسك بها أن يثبت تلك الشروط عن طريق القرائن التي تسمح بأثبات ذلك واعتبار الحادث قوة قاهرة^(٢).

الفرع الثاني

الاستحالة المطلقة لتنفيذ الالتزامات التعاقدية

على المحكمة وهي تقوم بالإطلاع والتحقق من القضية المعروضة أمامها لمعرفة نوع الاستحالة الواردة والمتحققة في العلاقة العقدية محل النظر أن تراعي في ذلك أن القوة القاهرة التي تؤدي إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً على نحو مطلق هي الاستحالة المطلقة فقط، فالمدين الذي يواجه القوة القاهرة لا يستطيع أن يستمر أو أن يقوم بتنفيذ التزامه في ظل وجود تلك القوة لذلك تعتبر هذه الاستحالة هي أعلى درجة يمكن أن تبلغها تأثير تلك الظروف غير المتوقعة على قدرة المدين في تنفيذ التزامه^(٣)، ويقصد بتلك الاستحالة عدم إمكانية القدرة على تنفيذ ذلك الالتزام لوجود حوادث لا يمكن السيطرة عليها بشكل مطلق مهما قدم المدين لمواجهة تلك الظروف من جهد ونفقات في سبيل التصدي لها^(٤).

ومما لا شك فيه أنه ليس هناك من يعفي المدين من المسؤولية عن عدم تنفيذه التزامه إلا إذا كانت هناك ظروف أو أحداث غير متوقعة تفوق طاقة المدين وقدرته على أن يتغلب عليها، ومن هنا تبرز فكرة الاستحالة المطلقة في القوة القاهرة كسبب من أسباب الإغفاء من الالتزام

(١) ا. م. د. غني ريسان جادر، اسباب التكيف الخاطئ في الدعوى المدنية، بحث منشور في كلية القانون، جامعة البصرة، ٢٠١٨، ص ١٦.

(٢) محمد صبري عبد الامير، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٣) المصدر نفسه، ص ٦١.

(٤) د. عبد الحي حجازي، نظرية الاستحالة، مجلة ادارة قضايا الحكومة، ع ٤، القاهرة، سنة ١٩٦٣، ص ١٦٨.

وتفترض تلك الاستحالة المطلقة أن عقد تم إبرامه في ظل ظروف اعتيادية قادر المدين فيها من تنفيذ التزامه بشكل طبيعي ثم تطراً بعد ذلك أحداث من شأنها أن تؤدي الى استحالة تنفيذ ذلك الالتزام بشكل مطلق^(١).

وهذا لا ينطبق على الظروف والأحداث التي تجعل من تنفيذ الالتزام ليس مستحيلاً بل مرهق لأحد أطرافه أو في بعض الأحيان يوجد صعوبة في تنفيذه لعدم توافر فكرة الاستحالة المطلقة في تلك الظروف وبالتالي بالإمكان أن نكون أمام ظروف طارئة تختلف عن القوة القاهرة من حيث الشروط وأحكام تحقق كل واحدة منها وهو ما تمت الإشارة إليها مسبقاً^(٢).

ومن ثم فإن على المحكمة أن تأخذ بنظر الاعتبار ان الظروف المحيطة بالعقد ليست ثابتة بل هي في تغير دائم ومستمر حسب طبيعة العقد والظروف المحيطة به ولا يستطيع أحد من المتعاقدين أن يضمن ذلك الثبات، فمن خلال متابعة مجريات الأحداث يتبين لنا مدى تزايد التغير في الظروف التي تحيط بالمتعاقدين كما في ظل الكوارث الطبيعية المدمرة أو الفيضانات وما يشهده العالم بالوقت الحاضر من اضرار جائحة كورونا على العقود، كل هذا يسمح ويفسح المجال في الواقع لحدوث تغير في تلك الظروف الطبيعية التي نشأ بها العقد مما تؤكد على أنه العقد ما هو الا كائن اجتماعي معنوي يتأثر بالأحداث والظروف المحيطة به وهذه الظروف كما فصلناها مسبقاً ليست على وتيرة واحدة بل تتدرج إلى أن تصل أقصى درجة من شدتها والتي تتمثل بالاستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزام ومن ثم لا يستطيع المتعاقدين من مقاومتها او دفع ما يترتب عليها من اضرار تلحق بهم^(٣).

أيضاً على المحكمة وهي تقوم بالبحث عن مدى توافر الاستحالة المطلقة في العلاقة العقدية المعروضة أمامها أن تفرق بين الاستحالة الكلية أو المطلقة والاستحالة الجزئية ذلك أن الفرق بينهما يكمن في المانع المؤدي الى الاستحالة ومدى قوته على العلاقة العقدية فإذا كان ذلك المانع قد أصاب العلاقة العقدية بشكل كلي اعتبرت تلك الاستحالة مطلقة ويشترط هنا أن لا يكون الاداء قابل للإنقسام الى أجزاء معينة قابلة بطبيعة أن ينفذ كل جزء مستقل عن الجزء الآخر

(١) د. عبد الوهاب علي الرومي، الاستحالة واثرا في الالتزام العقدي، دراسة مقارنه في الفقه الإسلامي والقانون المدني، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣٢٠.

(٢) للمزيد ينظر نص المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. عبد الوهاب علي الرومي، مصدر سابق، ص ٣٢٢.

وغالبا ما يتمثل ذلك بالالتزام الوارد على شيء معين بالذات لأن مثل هكذا التزام يكون غير قابل للانقسام بطبيعة بعكس الاستحالة الجزئية التي يكون الأداء فيها قابلا للانقسام إلى أجزاء يكون كل جزء محتفظا بالأهمية نفسها التي يجب الأداء بها لذلك يكون للمدين هنا أن يوفي بالجزء غير المتأثر بتلك الظروف ومن ثم إذا كنا أمام استحالة مطلقة أو كليا فهنا تطبق المحكمة القوة القاهرة على العلاقة التعاقدية^(١).

في حين يزيد بعض من الفقه بشأن التفرقة بين الاستحالة الجزئية والاستحالة المطلقة فيما إذا كانت الالتزامات جوهرية أو ثانوية في تنفيذ الالتزام ويضرب مثال على ذلك الالتزامات الجوهرية عدم القدرة على نقل الملكية وتسليم المبيع في حين الالتزامات الثانوية تتمثل بالتزامه بالضمان، وهما بذلك يرون أن الاستحالة التي تؤدي إلى فسخ العقد هي تلك التي تتعلق بالالتزامات الجوهرية أما الالتزامات الثانوية فلا تؤدي استحالة تنفيذها إلى الانفساخ^(٢).

ومما لا شك فيه أن تأثير المانع في القدرة على تنفيذ الالتزام في ظل الظروف غير المتوقعة، يكون على نوعين من الاستحالة هي الاستحالة المطلقة والتي تتمثل بالامتناع عن تنفيذ الالتزام لعدم القدرة عليه في ظل وجود ذلك المانع وأيضاً لعدم إمكانية التغلب عليه، واستحالة نسبية تتحقق أيضاً مع وجود المانع ولكن المدين يستطيع القيام به بعد أن يبذل مجهوداً وعناية تزيد على ما تتطلبه العلاقة المراد القيام بتنفيذها^(٣).

وبالتالي نرى إذا كانت تلك الاستحالة مطلقة فأنا نكون أمام قوة القاهرة تلزم المحكمة بتطبيقها بعد أن تتحقق من شروطها، أما إذا كانت الاستحالة نسبية فأنا نكون أمام ظروف طارئة وليست قوة القاهرة لا تجيز انفساخ العقد بل يعدل إلى الحد الذي يحقق العدالة بين طرفيه.

(١) اليسار فرحات فرحات، الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة، لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، مقدمة إلى جامعة لبنان المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية، ص ١٢.

(٢) د. عبد الحكم فودة، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٣) اليسار فرحات فرحات، مصدر سابق، ص ٥.

وفي هذا الصدد يرى البعض أن الاستحالة المطلوبة هنا هي تلك الاستحالة التي لا تخرج عن كونها ظرف طارئ خارج عن إرادة الانسان ويتغلب على قدرته وإمكانيته البشرية بحيث يكون الأطراف المتعاقدة أمام تلك الظروف عاجزين عن فعل أي شيء ^(١).

أيضا تاريخ الاستحالة يؤخذ بنظر الاعتبار وبالتالي على المحكمة أن تراعي تاريخ الاستحالة قبل تطبيق نظرية القوة القاهرة على العلاقة التعاقدية فإذا كان استحالة تنفيذ الالتزام قد حدث في تاريخ لاحق لقيام العقد فهنا نكون أمام استحالة مطلقة تستوجب تطبيق القوة القاهرة في حين لو كانت الاستحالة موجودة قبل التعاقد فأن العقد في هذه الحالة يكون باطلا لاستحالة محل الالتزام وليست عدم القدرة على تنفيذه مثال ذلك أن تقوم حرب فيعمدان المتعاقدان على إبرام العقد بأن يلتزم أحدهم للآخر باستيراد شيء من الخارج وهم يعلمان بأن ذلك غير ممكن لغلق الحدود فأن ذلك العقد لا ينعقد لا استحالة المحل ^(٢).

وبالرجوع الى القانون المدني العراقي لم يرد أي تعريف للاستحالة وإنما ذكرها عند الكلام عن أركان العقد إذ إن من شروط المحل ان يكون ممكنا أي أن لا يكون مستحيلا وإلا فأن العقد يكون باطلا ^(٣).

ومن باب آخر حرص المشرع العراقي على وضع إطار عام يبين فيه موضوع الاستحالة من غير أن يورد تفاصيل لما يعد من الاستحالة القانونية او المادية ومن ثم فإنه أورد نصوص عامة للاستحالة تعالج جميع الحالات ^(٤).

أما القانون المدني المصري يعتبر الاستحالة من المبادئ الثابتة المعمول بها والمسلم بمفاعيله، وذلك من خلال تتبع نصوص المواد كل من (٢١٥ والمادة ٣٧٣)، يتبين لنا بأن تلك

(١) د. محمد سليمان الاحمد، استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد ٢٩-٢٠٠١، ص ٢٣ وما بعدها.

(٢) د. عبد الحكيم فودة، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٣) تنص المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي على انه " اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحاله مطلقة كان العقد باطلا"

(٤) تنص المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي على انه " ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب اجنبي لا يد له فيه " وايضا نص المادة (١٦٨) على انه " اذا استحالة على الملتزم بالعقد ان ينفذ التزامه عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه"

المادتين يقران مبدأ أن استحالة التنفيذ غير المبني على خطأ المتعاقدين هو السبب الوحيد الذي يعفي المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ^(١)، أما في ظل القانون المدني الفرنسي فأن الاستحالة لا يعتد بها في العلاقة التعاقدية إلا إذا كانت استحالة موضوعية مطلقة وليست نسبية^(٢).

واستخلاصاً لما ورد أعلاه أن تحقق شرط الاستحالة يولد آثاراً تختلف باختلاف نوع الاستحالة، فإذا كانت الاستحالة مطلقة عندها نكون أمام انفساخ للعقد يترتب عليه تطبيق نظرية القوة القاهرة وعلى المحكمة أن تتحقق من توافر شروط الاستحالة المطلقة من حيث كونها نهائية تصبح عند توافرها تنفيذ الالتزام مستحيلاً في ظل وجود ذلك المانع سواء أكان قانونياً كصدور قانون يمنع تنفيذ العمل المتفق عليه أو طبيعياً كقوة القاهرة متمثلة بجائحة كورونا وما سببته من أضرار تلحق بالمتعاقدين وتسلب منهم القدرة على تنفيذ الالتزامات في ظل تلك الظروف، فلا يكون أماننا إلا الانفساخ كون التنفيذ أصبح مستحيلاً أصلاً، وعلى المحكمة أيضاً أن تراعي مقياس الاستحالة بمعيار موضوعي مجرد يتمثل في الشخص العادي الحريص على تنفيذ التزامه بصرف النظر عن حالة المدين وذلك حفاظاً على حقوق الدائنين .

الفرع الثالث

العلاقة السببية بين القوة القاهرة واستحالة التنفيذ

يراد بالعلاقة السببية في نطاق المسؤولية العقدية هو أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ المدين التزامه العقدي^(٣)، أو "اسناد أي أمر من أمور الحياة إلى مصدره والاسناد في نطاق

(١) تنص المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه " والمادة (٣٧٣) على أنه " ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه "

(٢) تنص المادة (١٢٣١) فقرة (٣) من القانون المدني الفرنسي المترجم من قبل د نافع بحر سلطان على أنه " يحكم على المدين بدفع التعويض، أن كان له موجبا، اما بسبب عدم التنفيذ، او بسبب التأخير في التنفيذ، مالم يثبت أن امتناع التنفيذ كان بسبب القوة القاهرة " وايضا المادة (١١٨٤) على أنه " عندما لا يصيب سبب البطلان سوى بنداً واحداً أو عدة بنود في العقد، فلا يعد العقد باطلاً بمجملة الا اذا كان هذا البند، أو هذه البنود، تشكل عناصر حاسمة في تعهدات الاطراف أو احدهم "

(٣) ا. م. د. عبد الباسط جاسم محمد، مصدر سابق، ص ١.

المسؤولية المدنية هو نسبة نتيجة ضارة إلى فعل ما بالإضافة الى نسبة هذا الفعل إلى فاعل معين " ولا يكفي عموماً توافر ركنيهما الخطأ والضرر بل لا بد ايضاً من قيام علاقة سببية بينهما توضح بأن الفعل الضار هو الذي سبب الضرر^(١)، وتعتبر العلاقة السببية ركن مستقل عن ركني الخطأ والضرر ولها أيضاً مفهومها الخاص بها فقد يقع الضرر وتنهض العلاقة السببية، وقد تنتفي صفة الخطأ عن الفعل الضار وقد يتوافر كل من الخطأ والضرر ولا تتحقق العلاقة السببية كما لو قام شخص بقيادة سيارة بدون حصوله على إجازة سوق واثناء ذلك دهس شخصاً فجأة ولم يكن في وسعه تفاديه^(٢) فهي اذاً رابطة مركبة تصل الضرر الواقع بأي سبب من الأسباب المساهمة في إحداث النتيجة، فمن المقرر أن المسؤولية العقدية لا تتحقق بمجرد ان يكون هناك ضرر وقع على شخص معين بالذات سواء اكان في ماله او كرامته او في جسمه مقابل خطأ صدر من شخص آخر بل لا بد ان تكتمل أركان المسؤولية العقدية بغض النظر سواء اكانت مبنية على واجب الاثبات أو على المفترض بان يكون الضرر نتيجة الخطأ وهو ما يتطلب وجود علاقة وصل تصل كل واحد منهم بالآخر بأن تربط النتيجة بسببها^(٣)،

فالعلاقة السببية وفق القواعد العامة هي العلاقة المباشرة التي تربط الخطأ المرتكب بالضرر الذي أصابه المضرور وبالتالي لا وجود للمسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أو تقصيرية مالم يكن هناك ارتباط الضرر بالخطأ ويتحقق ذلك تقوم المسؤولية المدنية، لان روح التشريع والعدالة تمنع أن يتحمل شخص نتائج أضرار لم تصدر منه^(٤).

أما في حال وجود السبب الأجنبي المتمثل هنا بالقوة القاهرة فإن ذلك ينفي العلاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي أصابه الدائن لتوجد تلك القوة علاقة سببية جديدة بينها وبين استحالة التنفيذ تكون سبباً لا عفاء المدين من تنفيذ التزامه، بسبب مجهولية تلك الواقعة عن علم المدين حتى وأن علم الغير بها طالما كانت مجهولة عنه وسببت له استحالة في التنفيذ وعدم

(١) د. سليم عبد الله الجبوري، الحماية القانونية لمعلومات شبكة الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠١١، ص ٨٥-٨٦.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

(٣) محمد صبري عبد الامير، مصدر سابق، ص ١١٠.

(٤) د. عامر عاشور عبد الله، المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال استخدام اجهزة الاتصال الحديثة، بحث منشور في مجلة العلوم والقانون السياسية، جامعة كركوك، كلية القانون، ص ٧.

القدرة على دفعها^(١) أيضا يستلزم في تلك القوة القاهرة أن تكون من قبيل الحوادث الخارجية التي لا يمكن دفعها وتوقعها وتؤدي مباشرة الى حصول الضرر المباشر على المدين^(٢)، ويبدو ان شرط الخارجية عن ارادة المدين للقوة القاهرة امر طبيعي لأن السبب الأجنبي الذي ينفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو سبب عام ينطبق على المسؤوليتين التقصيرية والعقدية لما له من تأثير على استحالة تنفيذ الالتزام في ضل تواجده^(٣)، وبالتالي على المحكمة أن تتحقق من وجود العلاقة السببية بين القوة القاهرة واستحالة التنفيذ عن طريق اللجوء إلى علاقة الاسناد والتي يقصد بها إرجاع الاستحالة الى السبب الأجنبي المتمثل بالقوة القاهرة وليس خطأ المدين وبالتالي يكون سبباً من اسباب الإعفاء، ولهذه العلاقة أهمية كبيرة من حيث إنها تحدد أولاً أن سبب الاستحالة يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه وبالتالي يعفى من تنفيذ التزامه، ومن جهة أخرى تعتبر تلك العلاقة المعيار الذي يحدد من خلاله مدى اتساع المسؤولية التي تقع على المدين في ظل نظام توزيع المسؤولية في حال اشتراك المدين مع القوة القاهرة في احداث الاستحالة في التنفيذ، من خلال التشديد أو الإعفاء من المسؤولية عند التنفيذ حسب الظروف المحيطة بالواقعة^(٤).

لذلك يعتبر استقلالية الحدث عن إرادة المتعاقدين في إحداث النتيجة الخاصة باستحالة التنفيذ احد أهم الأمور التي تأخذها المحكمة بنظر الاعتبار عند قيامها بالبحث عن القوة القاهرة ومدى علاقته بالاستحالة، وقد تناولت أغلب القوانين هذا الشرط ولكن بصياغات مختلفة حيث اخذ المشرع العراقي بمصطلح (لا يد للمدين فيه)^(٥)، وقد أيد ذلك أيضاً المشرع المصري^(١)، في

(١) د. محمد شتا ابو سعد، مفهوم القوة القاهرة، رئيس نيابة استئناف طنطا للأموال العامة ومدرس القانون المدني المنتدب بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، بحث منشور في الجمعية المصرية، للاقتصاد والسياسة والاحصاء والتشريع. ص ١٦٨.

(٢) د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الاشياء، دراسة في القانون المصري مقارنة بالقانون الفرنسي، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٩٧.

(٣) د. محمد شتا ابو سعد، المصدر اعلاه، ص ١٧٩.

(٤) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مصدر سابق، ص ٢٠١.

(٥) تنص المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على انه " اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ التزامه عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد فيه، وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه "

حين أن المشرع الفرنسي اخذ بعبارة السبب الأجنبي الذي لا شأن لإرادة المدين فيه ^(٢)، في حين يرى البعض ان وجود القوة القاهرة هو نفي لوجود الخطأ، ولكن مقتضى ذلك أن يكون سلوك المدعي عليه اتجاه الواقعة المتمثلة بالقوة القاهرة سلوكاً مرسومًا بالخطأ حتى يمكنه الاستفادة من القوة القاهرة لرفع المسؤولية عنه، أما إذا كان هذا السلوك خالياً من كل خطأ فلا يمكن نسبة اي إهمال إليه، مثال ذلك أن يزعم الدائن أن القوة القاهرة كان قد سبقها خطأ المدين بدونه لم يكن الهلاك أو الاستحالة أن تتحقق فإنه يستطيع ان يثبت ذلك الخطأ، وإلا كان من حق المدين أن ينفي مسؤوليته بوجود القوة القاهرة ^(٣).

إن ما ورد أعلاه يهدم ركن الخطأ وبالتالي يجب أن يوضع في نطاق انعدام الخطأ وليس في مجال العلاقة السببية التي تبقى قائمة من خلال وجود رابطة أو صلة تربط القوة القاهرة باستحالة التنفيذ وهذا ما يؤدي إلى التخلص من المسؤولية الخاصة بعدم التنفيذ للمدين.

ومما لا شك فيه أن قيام المحكمة بالبحث والتحقق عن العلاقة السببية مدار البحث ستجد نفسها في إطار دوامة من صراع المصالح فكل طرف من الأطراف يريد أن يتمسك بتوافر أو تخلف عناصر القوة القاهرة في الواقعة المعروضة أمامها حسب مصالحهم ^(٤)، وفي هذا المعنى يرى الفقهاء أن على المحكمة وهي تقوم بالتحقق من الواقعة مدار البحث ان تأخذ بالاحتياط في التقدير ^(٥)، في حين ذهب رأي آخر بالقول إن مهمة المحكمة شاقة وتستلزم الإحاطة بكافة الظروف حتى يمكنها من تقدير الأمور بصورة صحيحة وموضوعية ^(٦).

نستنتج ولما ورد أعلاه أن القوة القاهرة تعتبر احد صور السبب الأجنبي والتي بتحققها تعفي المدين من المسؤولية وبالتالي على المحكمة أن تراعي عند البحث عن العلاقة السببية بين القوة

(١) تنص المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري على انه " اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد فيه ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"

(٢) مشار اليه في د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٣) د. محمد شتا ابو سعد، مصدر سابق، ص ١٨٨.

(٤) المصدر نفسه، ص ١٨٦.

(٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٨٧٩.

(٦) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٩٩.

القاهرة المتمثلة هنا بجائحة كورونا والاستحالة في التنفيذ من توافر بعض الشروط في الواقعة المعروضة أمامها من حيث كونها غير متوقعة وأيضاً مستحيلة الدفع وتؤدي إلى استحالة مطلقة بالتنفيذ للنتائج الخطيرة المترتبة على تحققها من إعفاء للمدين من تنفيذ التزامه وانفساخ العقد بحكم القانون.

المطلب الثاني

انفساخ العقد بسبب القوة القاهرة

أن وسائل المحكمة المتخذة بإنهاء الرابطة العقدية تختلف باختلاف السبب الذي يؤدي إلى ذلك، فيما إذا كان أحد أطراف العقد بسببه سواء أكان ذلك ناتج عن إهماله أو تعمدته فإن ذلك يستوجب الحكم على المتسبب بالتنفيذ العيني أو التعويض حسب ظروف الواقعة متى ما ثبت مسؤوليته في ذلك الاخلال، أما إذا كان السبب هو القوة القاهرة والمتمثلة هنا بجائحة كورونا فإن آثارها تختلف باختلاف نوعية العقد وظروف التعاقد فإذا أدت إلى استحالة مطلقة فإن العقد يفسخ بحكم القانون ولا يحكم عليه بالتعويض، وللمزيد قسمنا هذا المطلب على ثلاثة أفرع حيث بحثنا في الفرع الأول الحكم بالانفساخ، في حين تناولنا في الفرع الثاني الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، فيما خصصنا الفرع الثالث والأخير إلى أثر الانفساخ، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الحكم بالانفساخ

يعد الانفساخ من المبادئ المسلم بها في جميع النظم القانونية على الرغم من اختلاف الفكر القانوني والأيولوجية، والذي عرف على أنه "انحلاله بقوة القانون دون تدخل المحكمة ودون أن يكون أيضاً مشروطاً من قبل أحد المتعاقدين في العقد إذا استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي"^(١)، كما يراد به أيضاً بأنه "حل الرابطة العقدية بحكم القانون " ومن الطبيعي أن العقد كما يجوز أن يفسخ عند إخلال

(١) د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة،

أحد أطرافه بتنفيذ التزامه، يتقرر أيضا انفساخه عند ما يكون عدم القدرة على تنفيذ الالتزام راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه (١).

ونظراً لكون انفساخ العقد يقع في هذه الحالة من تلقاء نفسه وبقوة القانون بسبب حادث خارج عن إرادة المتعاقدين يؤدي إلى انقضاء الالتزام باستحالة تنفيذه وينقضي تبعاً لذلك الالتزام المقابل فأن المدين لا يكون مسؤولاً أمام الدائن عن استحالة التنفيذ وبالتالي لا يحق للدائن ان يطالبه بالتعويض عند عدم التنفيذ ولا يكون هناك مجال لإلّا فسخ العقد، لأن الفسخ هنا يبدو حتمياً بسبب القوة القاهرة المتمثلة بجائحة كورونا، فأن المشرع جعله يتقرر من تلقاء نفسه وبقوة القانون دون حاجة إلى حكم أما إذا حدث نزاع في توافر شروط انفساخ العقد من عدمه فأن حكم المحكمة هنا يكون كاشفاً للحكم وليس منشأً له (٢).

ويراد بالحكم الكاشف هنا هو الحكم الذي تصدره المحكمة بخصوص وضع قانوني موجود مسبقاً فالمحكمة هنا لا تضيف شيء جديد للحكم بل تكشف وتؤكد الوضع القانوني الموجود مسبقاً، أما الحكم المنشئ هو الذي يخلق وضع قانوني جديد لم يكن موجوداً من قبل (٣).

الأمر الذي يترتب عليه حرمان المحكمة من سلطته التقديرية في الحكم بالانفساخ ليبقى للمحكمة فقط سلطة النطق به بعد التحقق من الأحداث، وبذلك يقتصر دور المحكمة هنا على التحقق من واقعة الإخلال بالالتزام ومما إذا كانت تلك الواقعة ناتجة عن القوة القاهرة من عدمه فهو دور فقط للتحقق من وجود القوة القاهرة والحكم بها (٤).

إذ ينحصر نشاط المحكمة في حالة الانفساخ في تقديره لاستحالة التنفيذ من حيث كونها راجعة لسبب أجنبي من عدمه . وهي في سبيل القيام بذلك عليها أن تراعي في ذلك الوقت الذي

(١) ابراهيم انيس محمد، الاقالة وفسخ العقد برضا الطرفين، دراسة مقارنة، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠١٠، ص ٥٣.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الاثراء بلا سبب، القانون، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، الطبعة الاولى، ص ١٩٧، سنة ٢٠٠٩م.

(٣) المحامي اكو احمد، فرق بين الحكم الكاشف والحكم المنشئ، مقالة منشورة بتاريخ ٢٠١٧/١/٥، على الموقع:

تاريخ اخر زيارة ٢٠٢١/٥/٦. <https://ja-jp.facebook.com>

(٤) حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، ٢٠١١، ص ١١٢.

تحققت الاستحالة به. فيجب ان يتم التحقق من أن الاستحالة قد حصلت بعد إبرام العقد إذ لو كانت الاستحالة حصلت وقت إبرام العقد او سابقة على إبرامه لأدى ذلك إلى بطلان العقد وتماشياً مع ما تم ذكره يتبين أن استحالة الوفاء لسبب أجنبي المتمثل هنا بجائحة كورونا لا يد للمدين فيه هو الذي يؤدي إلى انفساخ العقد وانقضاء التزام المدين^(١).

وهذا الانقضاء يرتب بدوره انقضاء الالتزام المقابل لانقضاء سببه، وهذا ما يكمن بعلة الانفساخ كما عبر عنه لأن الانفساخ مرتبط ارتباط العلة بالمعلول بالانقضاء، فالانقضاء هو علة الانفساخ كما أن الاستحالة علة الانقضاء وكل علة تدور مع معلولها وجوداً وعدماً^(٢)، وهذا ما يجعل الانفساخ نظام قانوني قائم بذاته ويختلف عن غيره كالفسخ مثلاً من حيث سبب الاستحالة حيث يكون سبب عدم التنفيذ في الانفساخ للقوة القاهرة المتمثلة بجائحة كورونا بينما في الفسخ يكون سبب عدم الوفاء المدين أما بسبب إهماله أو تقصيره في تنفيذ الالتزام، أيضاً من حيث الاعذار حيث يشترط الاعذار في الفسخ بعكس الانفساخ لا يشترط ذلك وإنما يفسخ العقد من تلقاء ذاته دون الحاجة إلى الأعذار^(٣).

وقد أخذ القانون المدني العراقي في الانفساخ في حال اذا هلك المعقود عليه وهو في يد صاحبه بالمعاوضات بغض النظر عن سبب الهلاك سواء أكان بفعل القوة القاهرة أو بفعل المدين فمجرد الهلاك يفسخ العقد مع الزام المدين في رد العوض في هذه الحالة إذا كان قد تسلم شيء من الدائن^(٤)، والحكم نفسه تبناه المشرع المصري^(٥)، حيث يلاحظ في هذه المواد أن الانفساخ هنا لا يكون إلا من حيث يستحيل القيام بالتنفيذ العيني لسبب لا يد للمدين فيه اي السبب الاجنبي، اما اذا كان استحالة التنفيذ راجعه إلى خطأ المدين فلا يفسخ العقد وإنما يكون محله

(١) مثنى محمد عبد، هلاك المبيع قبل التسليم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٦٨.

(٢) د. عبد الحكم فودة، مصدر سابق، ص ١٩٤.

(٣) ابراهيم انيس محمد، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٤) تنص المادة (١/١٧٩) من القانون المدني العراقي على انه " اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء اكان الهلاك بفعله او بقوة القاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه "

(٥) تنص المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري على انه "في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه "

صالح للانفساخ مع التزام المدين بالتعويض وهذا هو اساس المسؤولية العقدية التي لا يمكن وجودها مع زوال العقد^(١).

في حين أن القانون المدني الفرنسي لم يعط الحق بانفساخ العقد ابتداءً إلا إذا كان المانع من التنفيذ نهائياً أو إذا كان مؤقتاً ولكن التأخير الناجم عنه مبرراً للفسخ^(٢)، في حين قرر في مواد أخرى انفساخ العقد بصورة مطلقة دون قيود وذلك في المادة (١٧٩٥) من القانون المدني الفرنسي والتي أشارت بما معناه " يفسخ استئجار الصانع بموته أو بحادثة قهرية تمنعه من العمل " وبناء على ما تقدم يتضح بأن القوة القاهرة تعد سبباً لعدم مسؤولية المدين وليس سبباً للإعفاء من المسؤولية، لأن الاعفاء من المسؤولية لا يقوم إلا إذا توافرت أركان المسؤولية من ضرر وخطأ وعلاقة سببية وهذا غير متوافر بالقوة القاهرة كون أن استحالة المدين لم تكن بسبب تقصير أو إهمال منه^(٣).

وقد تناولت أغلب النصوص القانونية استحالة التنفيذ الذي يرجع إلى القوة القاهرة وليس خطأ المدين الأمر الذي يترتب عليه انفساخ العقد بسبب عدم القدرة على التنفيذ في ظل وجود السبب الأجنبي^(٤).

(١) محمد محمود المصري و محمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ، البطلان في الانعدام في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات، الاسكندرية، ١٩٨٨، ص ٣٣.

(٢) تنص المادة (١٢١٨) من قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم مصدر سابق على انه " تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يمتنع على المدين تنفيذ التزامه نتيجة حادث خارج عن سيطرته، ولم يكن بالإمكان، على نحو معقول، توقعه عند إبرام العقد، ولم يكن من الممكن تجنب اثاره باتخاذ التدابير المناسبة اذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد مالم يكن التأخير الناجم عنه مبرراً لفسخ العقد واذا كان المانع نهائياً يعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون ويبرأ الاطراف من التزاماتهم طبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد ١٣٥١ و ١٣٥١/١ "

(٣) محمد صبري عبد الامير، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٤) تنص المادة (٢/٢٠٤) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ على انه " لا يسال المودع لديه عما يلحق البضاعة من هلاك او تلف اذا نشأ ذلك عن قوة القاهرة او عن طبيعة البضاعة او كيفية حزمها " اما في عقد التزام المرافق العامة فقد جاء المشرع العراقي بفكرة القوة القاهرة بشكل واضح وصريح، إذ نصت المادة (٨٩٩ / ٢) من القانون المدني على انه " للملتزم ان يدفع مسؤوليته عما يصيب المرفق من عطل او خلل يزيد

وبالتالي متى ما تحققت شروط الانفساخ من استحالة كاملة في التنفيذ وأيضاً كون تلك الاستحالة راجعة إلى سبب اجنبي لا يد للمدين وكذلك أن تكون الاستحالة ناشئة في تاريخ لاحق للعقد، وإن تكون الاستحالة في التنفيذ كاملةً لأنه لو كانت جزئية بحيث أمكن التنفيذ في البعض لا يمكن أن يقع الانفساخ فمتى ما تحقق تلك الشروط انفسخ العقد بقوة القانون ومن تلقاء نفسه دون طلب الدائن أو حكم قضائي أو اعدار ولكن كل هذا لا يمنع من اللجوء إلى المحاكم المختصة للحكم به إذا حدث خلاف بشأن وجود أو عدم وجود الاستحالة التي ترجع إلى سبب اجنبي، والحكم الذي يصدر هنا كما أسلفنا سابقاً يكون كاشفاً عن موضوع القوة القاهرة وليس منشئاً لها لتحقق الواقعة قبل التقاضي أمام المحاكم المختصة^(١)، ومما لا شك فيه أن ثبوت انفساخ العقد سواء أكان بقوة القانون أو من خلال المحاكم المختصة في حال نشوب خلاف بذلك فإن انفساخ العقد له آثار بل مجموعة من الآثار التي تترتب على حدوثه وأهم تلك الآثار هو انقضاء الالتزام العقدي وتوابعه بسبب استحالة التنفيذ لوجود القوة القاهرة^(٢).

استخلاصاً لما ورد أعلاه يتبين لنا أن وجود القوة القاهرة والمتمثلة هنا بجائحة كورونا وما سببتها من أضرار مباشرة على الالتزام العقدي من استحالة مطلقة في التنفيذ يؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون ويسلب هنا من المحكمة سلطتها التقديرية أما إذا حدث نزاع في وجود أو عدم وجود تلك القوة فإن دور المحكمة في هذه الحالة يعتبر دور كاشف للحكم وليس منشئاً له، فإذا بلغت آثار جائحة كورونا درجة القوة القاهرة للتأثير على الالتزام العقدي فإنه ينقضي نظراً لاستحالة تنفيذه، والسبب في ذلك واضح من حيث لا اجبار على مستحيل وهذا ما جعل المشرع أن يورد استحالة الوفاء التي ترجع إلى سبب اجنبي من ضمن الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام دون الوفاء به.

عن المألوف في مدته أو في جسامته إذا اثبت ان ذلك يرجع الى قوة قاهرة خارجة عن ارادة المرفق او الى حادث وقع في هذه الادارة ..."

(١) د. عبد الحكم فودة، مصدر سابق، ص ١٩٠.

(٢) تنص المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي على انه " ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه " والتي تقابل المادة (١٦٨) من القانون المدني المصري.

الفرع الثاني

الحكم بإعادة الحالة الى ما كانت عليه

يترتب على انفساخ العقد كما بيناه مسبقاً زواله من تلقاء نفسه وبقوة القانون من غير حاجة إلى حكم قضائي، ومما لا شك فيه أن زوال العقد يؤدي إلى زوال الالتزامات المتقابلة للطرفين وهذا ما يجعل تبعة استحالة التنفيذ بقوة القاهرة يتحملها المدين عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملمز للجانبين، ولما كان المبدأ العام في آثار الانفساخ إذا ما تحقق من وجوب إعادة المتعاقدين إلى وضعهم الطبيعي قبل التعاقد على اعتبار أن العقد زال وبأثر رجعي وأصبح كأن لم يكن فيلزم هنا أن يقوم كل متعاقد برد ما كان قد قبضه من المتعاقد الآخر قبل تحقق الانفساخ وفي حال تعذر ذلك لسبب ما يتوجب التفرقة هنا بين الفسخ والانفساخ فإذا كان سبب الاستحالة خطأ المدين أو إهماله فيكون الفسخ هو الحكم المتخذ فيلزم المدين هنا بالتعويض بعكس الانفساخ الذي يكون سبب لانحلال العقد وعدم الحكم بالتعويض والعلة في ذلك واضحة لكون أن الفسخ يكون بتقصير أو إهمال المدين في تنفيذ التزامه بخلاف الانفساخ الذي يعتبر سببه القوة القاهرة وما يترتب عليه من آثار تصل البعض منها إلى إعفاء المدين من تنفيذ التزامه ومن الحكم عليه بالتعويض أيضاً^(١) فإذا لم يكن قد تم تنفيذ العقد لا يجوز هنا لأي طرف من الأطراف أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه أما إذا كان قد تم تنفيذه جزئياً فإنه لا يجوز هنا المطالبة بتنفيذ الباقي وتسقط العلاقة التعاقدية بينهما فلم يعد أحدهما دائماً والآخر مديناً^(٢).

مما يتوجب هنا أن نفرق بين الاستحالة الكلية للالتزام والاستحالة الجزئية فيما يخص الحكم الذي يصدر من المحكمة بخصوص إعادة الحال إلى ما كان عليه فإذا كانت الاستحالة كلية انفسخ العقد وعادة المتعاقدين إلى حالتهم الطبيعية قبل التعاقد أما إذا كانت الاستحالة جزئية والالتزام قابل للانفساخ فإنه يمكن تنفيذ الجزء الباقي من العقد الذي لم يشمل الانفساخ باعتبار أن أثر الانفساخ ينحصر في الجزء الذي تحقق الاستحالة به فقط^(٣).

(١) إبراهيم أنيس محمد، مصدر سابق، ص ٥٤.

(٢) مثنى محمد عبد، مصدر سابق، ص ٢٨٤.

(٣) د. عبد الحكم فوده، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

وقد تسنى للمشرع العراقي النص على أثر الانفساخ في القانون المدني وتحديدًا في المادة (١٨٠) والتي نصت على أنه " اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه فلا يلزم تسليم البذل الذي وجب بالعقد وأن كان قد سلم يسترد فاذا استحال رده يحكم بالضمان " والحكم نفسه تبناه المشرع المصري في المادة (١٦٠) والتي نصت على أنه " اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا استحالة ذلك جاز الحكم بالتعويض " من خلال إطلاعنا على المواد أعلاه نرى أن المشرع العراقي قد نص صراحةً على انفساخ العقد وما يترتب عليه من إعادة الحال إلى ما كان عليه بعكس المشرع المصري الذي لم ينص صراحةً على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد في الانفساخ وإنما ذكره في مجال الفسخ فقط على اعتبار أن الأثر يكون هنا مشترك بين الفسخ والانفساخ. أيضاً المشرع المصري في هذه المادة جاء بنص عام لا يستثني أي عقد بل يشمل جميع العقود الخاضعة للفسخ والتي يجب أن تخضع للأثر الرجعي كما أن النص تضمن عبارة أخرى "اذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض" مما يوحي أن المشرع المصري لم يجعل من استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كانت عليه مانعاً من موانع الفسخ ولا أيضاً مانع من موانع الأثر الرجعي، وقد تسنى لمحكمة النقض المصرية من اتخاذ قرار بانفساخ العقد وإعادة الحال إلى ما كان عليه بسبب الاستيلاء على المبيع تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعي والذي اعتبرته قوة قاهرة تشكل سبباً اجنبياً يحول دون تنفيذ البائع لالتزاماته^(١).

في حين أن القانون المدني الفرنسي قد فرق بين ما إذا كانت الالتزامات المتبادلة لا تحقق الفائدة منها للطرفين إلا بالتنفيذ الكامل لها تعين على كل طرف رد كامل ما حصل عليه من الطرف الآخر في حال تحقق الفسخ للعقد، أما إذا تحققت الفائدة المتبادلة للطرفين بقدر ما تم تنفيذه فهنا لا محل لرد ما تم تنفيذه في الفترة السابقة على الأداء الأخير^(٢).

(١) نقض جلسة ١٣/٣/١٩٦٩ رقم ٧٠ ص ٤٣٢ مشار إليه في د عبد الحكم فودة، مصدر سابق، ص ٢١٣ والذي جاء فيه "ينفسخ عقد البيع حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً لنص المادة ١٥٩ من القانون المدني المصري بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لوجود سبب اجنبي مما يترتب عليه انفساخه وعودة المتعاقدين إلى ما كان عليها قبل العقد"

(٢) تنص المادة (١٢٢٩) من قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم مصدر سابق على أنه " الفسخ ينهي العقد ويترتب الفسخ أثره، وبحسب الأحوال، أما وفقاً لما نص عليه الشرط الفاسخ، أو اعتباراً من

وتكمن العلة من الحكم بانفساخ العقد هو أنه يخالف طبيعة العقود الملزمة للجانبين بشكل عام وعقد البيع بشكل خاص كون أن بقاء أحد المتعاقدين ملتزم بتنفيذ التزامه مع عدم قدرة المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه المتقابل. فعدم القدرة على التنفيذ هنا هو الذي يبرر طلب فسخ العقد ويجعله مقبولا أمام المحاكم، ولكن يجب أن يلاحظ أن الذي يبرر طلب الفسخ إنما هو عدم التنفيذ الناشئ عن المدين عن سبب أجنبي لا دور لإرادته فيه أما إذا كان بسببه من تقصير أو إهمال فانه يتحمل ذلك ولا يعفى من المطالبة بالتعويض^(١).

واستخلاصاً لما ورد أعلاه ومن مقتضيات القواعد العامة في القانون المدني ان الالتزام ينقضي إذ أصبح الوفاء به مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه كما حصل في ظل جائحة كورونا من اضرار يستحيل معها تنفيذ بعض الالتزامات بسبب الاجراءات المتخذة من قبل السلطات المختصة لمواجهة هذا الوباء الأمر الذي يترتب عليه في حال استحالة التنفيذ أن تنقضي معه أيضاً الالتزامات المتقابلة الأمر الذي يؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه وإعادة المتعاقدين إلى الوضع الطبيعي لهم قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلمه بمقتضى العقد بعد أن تم الانفساخ، لأن من شأن انفساخ العقد هو جعل طرفيه في حل من الالتزامات التي تترتب عليهم بسبب ذلك الانفساخ .

الفرع الثالث

أثر الانفساخ

إذا أدت القوة القاهرة إلى انفساخ العقد فهنا لا تثار مسألة البحث عن مسؤولية المدين العقدية إذ إن انفساخ العقد وكما بيناه مسبقاً بسبب القوة القاهرة يؤدي إلى إعفاء المدين من تنفيذ التزامه تجاه الدائن في حال كانت القوة القاهرة هي السبب الوحيد في ذلك، إلا أنه من جانب

تاريخ استلام المدين للاخطار الذي قام به الدائن، او اعتبارا من التاريخ الذي يحدده القاضي وفي حال غياب ذلك فمن تاريخ التكليف بالحضور امام المحكمة اذا كانت الفائدة من الأداءات المتبادلة لا تتحقق الا بالتنفيذ الكامل للعقد المفسوخ، تعين على كل طرف رد كامل ما حصل عليه من الطرف الاخر، اما اذا تحققت الفائدة من الاداء المتبادلة بقدر ما تم تنفيذ متقابل العقد فلا محل لرد ما تم تنفيذه في الفترة السابقة على الاداء الاخير الذي لم ينفذ مقابله، وفي هذه الحالة يعتبر الفسخ انهاء للعقد يتم الرد وفقا للشروط المنصوص عليها في المواد ١٣٥٢ الى ١٣٥٢-٩

(١) حشمت ابو ستيت، مصدر سابق، ص ٣٤٠.

أخرى قد تثار مسألة أخرى هي من يتحمل تبعه ذلك الهلاك بمعنى آخر من الطرف الذي سيخسر الشيء محل الالتزام بسبب القوة القاهرة والمتمثلة بجائحة كورونا^(١).

إن مسألة تحمل تبعه الهلاك أو تحميل الطرف الذي يتحمل تبعه الهلاك لا مجال له إلا إذا كان محل العقد معيناً بالذات، أما إذا كان ذلك المحل شيئاً معيناً بنوعه فلا وجود هنا لمسألة من يتحمل التبعة لأن المثليات لا تهلك وهذا ما يجعلها ان تكون ممكنة دائماً للتنفيذ العيني الجبري في حال امتناع أو استحالة المدين من تنفيذ التزاماته^(٢).

ولما كانت مسألة تحمل التبعة تهدف بالدرجة الأولى إلى معرفة المسؤول عن هلاك الشيء بسبب خارج عن إرادة وفعل المدين، فأن الهلاك هنا يعتبر محور تحمل تلك المسؤولية لأنه هو الذي يثير هذه المسألة وهذا ما يشترط فيه أن يكون الهلاك قد وقع بسبب اجنبي كالقوة القاهرة حتى يستطيع المدين التخلص من مسؤوليته العقدية تجاه الدائن^(٣)، وهذا ما يجعل البحث هنا يدور حوله من يتحمل تبعه تلك الاستحالة هل هو الملتزم المدين أم مالك الشيء وقت الاستحالة إذا لو كان هناك عقد ملزم لجانب واحد واستحالة تنفيذ الالتزام فأن ذمته المدين هنا تبرأ لكونه غير ملتزم بأي شيء أصلاً ويتحمل الدائن وحده نتيجة تلك الاستحالة وبالتالي يكون الدائن هنا قد خسر حقه وتحمل تلك الخسارة وحده^(٤).

وتأسيساً على ذلك فأن مسألة تحمل التبعة لا تعرض في العقد الملزم لجانب واحد لأنه لا ينشئ التزامات متقابلة وإنما تعرض فقط في العقود ذات الالتزامات المتقابلة كالعقد الملزم لجانبين كون أن الالتزامات المتقابلة هنا تعتبر التزامات رئيسية بعكس الالتزامات غير المتقابلة والتي تعتبر ثانوية في العقد وهذا ما جعل انصار نظرية السبب يعبرون عن تلك الالتزامات بأنها السبب في الالتزام والغاية المباشرة التي يقصدها من وراء التزاماتهم وهذا ما يجعل التزام البائع بنقل ملكية المبيع وأيضا التزام المشتري بدفع الثمن من الالتزامات الأساسية والمتقابلة بالعقد في حين

(١) د. خالص نافع امين، التزامات المشتري في عقد البيع سيف، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد كلية القانون، سنة ١٩٩٧، ص ٧٥.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٣، وللمزيد ينظر نص المادة (٢٤٨) من القانون المدني العراقي.

(٣) محمد صبري عبد الامير، مصدر سابق، ص ٩٥.

(٤) د. عبد الحكم فوده، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

أن امتناع المشتري عن المنافسة لنشاط مشابه لنشاط البائع يعتبر من الالتزامات الثانوية غير المتقابلة والتي لا وجود لمن يتحمل التبعة هكذا يتبين أنه إذا لم يوجد التزامات متقابلة في العقد فهنا لا تعرض مسألة تحمل تبعة بشكل عام فهي لا تثار في العقود الملزمة لجانب واحد وأيضاً في العقود الملزمة لجانبين بالنسبة للالتزامات الثانوية أو غير المتقابلة، في حين أن تواجدها أي البحث في مسألة تحمل التبعة يكون في العقود الملزمة لجانبين وللتزامات الأساسية فقط أي المتقابلة بحيث يستحيل تنفيذ احدهما في حين يبقى الآخر ممكناً للتنفيذ، فيكون هنا محور البحث لمن تدور عليه مسألة تحمل التبعة^(١).

لذلك فإن مسألة تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة المتمثلة هنا بجائحة كورونا ليست بالسهولة فقد ظهرت عدة نظريات تحمل كل منها معنى يختلف عن الآخر، والغاية من هذه النظريات تحديد من يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم مع اختلاف التشريعات من حيث الأخذ بها وهذا ما سنبينه تباعاً مع موقف التشريعات منه.

الأولى نظرية تبعية الشيء: يراد بهذه النظرية أن يتحمل الخسارة والتي تتمثل في ضياع الشيء بسبب هلاكه بقوة القاهرة على مالكه بغض النظر سواء حصل التسليم أم لم يحصل فما دام أنتقلت الملكية إليه فإن الهلاك يدور معها^(٢)، والقاعدة المستقرة في هذه النظرية هي ان (الشيء يهلك على مالكه) فالأصل إن المبيع يهلك على مالكه، فإذا هلك المبيع بسبب أجنبي تحمل المالك الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمة الشيء بهلاكه .

فالهلاك طبقاً لهذه النظرية يكون على عاتق المشتري إذا أنتقلت إليه الملكية بالعقد والهلاك قد وقع والمبيع في ملكه، ولا يمنع في ذلك إن يكون المبيع ما زال لدى البائع أي لم يستلمه، فتبعة الملك هنا تقع على المالك، فيكون للبائع إن يطالب بالثمن إذ لم يكن قد قبضه ولا يحق هنا للمشتري إن يسترد الثمن إذا كان قد دفعه للبائع، فهذه النظرية تربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية بغض النظر عن التسليم فمتى تم انتقال الملكية انتقلت بذلك تبعة الهلاك إلى المشتري، أما قبل انتقال الملكية فإن الهلاك يكون من مسؤولية البائع^(٣).

(١) مثني محمد عبد، مصدر سابق، ص ١٣٨.

(٢) د. عبد الحكم فوده، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(٣) مثني محمد عبد، مصدر سابق، ص ١٤٢.

لذلك فإن خلاصة هذه النظرية تجعل تبعة الهلاك تدور مع الملكية وجوداً وعدمًا فمن كان مالكاً كان هو الطرف الذي يتحمل تبعة ذلك الهلاك سواء حصل التسليم أي تسليم الشيء أم لم يحصل فمجرد انتقال الملكية هي التي تحدد من المسؤول عن هلاك الشيء بسبب أجنبي.

الثانية نظرية تبعية العقد: أن هذه النظرية تتجنب التعليل النظري الذي جاءت به نظرية تبعة الشيء أو الملك لذلك جعلت هذه النظرية الهلاك تابعاً ومتلازماً مع التسليم، لأن مقتضى العقد ما شرع إلا للوصول أحد المتعاقدين بما عنده إلى ما عند الطرف الآخر، ولم يراد به أن يشرع ليكون وسيلةً نظريةً لاستحلال ما عند الآخرين بلا مقابل. لذلك إذا سقط التزام أحد المتعاقدين بسبب هلاك الشيء محل العقد بسبب أجنبي سقط معه الالتزام المقابل للمتعاقدين الآخر لأن العدالة تقضي إن نفرق بين وصول المبيع إلى يد المشتري وتمكن منه وبين عدم الوصول إليه أي إن تبني النظرية على التسليم بحيث تدور عليه أحكام العقد في وجود الالتزام بذمة المشتري أو عدمه^(١).

وبالتالي فإن خلاصة هذه النظرية تجعل من يتحمل تبعية الهلاك بسبب القوة القاهرة الطرف الذي استلم الشيء وليس من أنقلت إليه الملكية، على الرغم من أن انتقال الملكية هو الالتزام الأصلي فإن الالتزام بالتسليم لا يقل أهمية عنه لما له من دور، يتلخص في أن الملكية لن تخلص للمشتري بالفعل إلا بعدة حصول التسليم، وبهذا التسليم يستطيع المشتري من الانتفاع الفعلي بالشيء محل العقد. ومما يؤكد على أهمية التسليم في تحمل تبعة الهلاك أنه يمنع البائع من بيعه إلى مشترٍ آخر بسبب خروج المبيع من حيازته.

بعد أن بينا ولو بشكل مختصر مضمون النظريات أعلاه وما تضمنته من أحكام بخصوص هلاك الشيء بسبب القوة القاهرة ومن يتحمل تبعيه هلاكه ندرج أدناه موقف المشرع العراقي من تلك النظريات وأيضاً ما ذهبت إليه التشريعات المقارنة في القانون المصري والفرنسي.

بالرجوع إلى موقف المشرع العراقي من تلك النظريات نرى أنه المشرع العراقي ومن خلال نص المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي جعل تبعة الهلاك الواقعة في الفترة ما بين إبرام العقد وتاريخ التسليم على البائع مما يترتب على ذلك أن عقد البيع يزول وينفسخ آثاره ما بين طرفيه منذ إبرامه فيبدأ كأنه لم يكن أصلاً عملاً بقاعدة الإثر الرجعي للفسخ التي أخذ بها المشرع

(١) مثني محمد عبد، مصدر سابق، ص ١٨٦.

العراقي في القانون المدني إذا حصل الهلاك بعده العقد وقبل التسليم، وهو ما يترتب عليه أن يرد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد مما يترتب عليه أنه إذا كان البائع قد تسلم الثمن كله أو بعضه فإنه يلتزم برد ما تسلمه وأن كان لم يستلمه فلا حق له فيه وهذا يعني سقوط التزام المشتري في هذه الحالة^(١).

واستخلاصا لما ورد أعلاه يتبين أن المشرع العراقي أخذ بنظرية تبعية العقد عند هلاك المبيع وبالتالي إذا هلك المبيع وهو في يد البائع قبل التسليم أو القبض من قبل المشتري حتى لو انتقلت ملكيته إليه فهلاكه يكون على البائع فالعبرة هنا بالتسليم وليس بانتقال الملكية.

وهذا ما ذهب إليه أيضا المشرع المصري من خلال نص المادة (٤٣٧) من القانون المدني المصري والتي اشارت بوضوح بأن التزام البائع بالتسليم يعتبر من الالتزامات الجوهرية شأنه شأن الالتزام بنقل الملكية على الرغم من الأول تابع ولاحق على الثاني، ولكي يتفادى البائع هذه النتيجة من تحميله الخسارة على الرغم من انتقال الملكية ولكن قبل التسليم فإن عليه أن يضع المشتري أمام مسؤوليته من خلال إنذاره بضرورة الحضور والتسليم في زمان ومكان معين فاذا تخلف عن ذلك المشتري تحمل تبعية الهلاك إذا حدث قبل بعد الإنذار وقبل التسليم^(٢).

مما يدل على أنه أخذ وفضل قاعدة تبعية العقد على تبعية الملك، وبالتالي يكون الهلاك قبل التسليم في القانون المصري على عاتق البائع بوصفه مديناً بالالتزام بالتسليم وقد استحال عليه

(١) تنص المادة (١٧٩/٢-١) من القانون المدني العراقي على انه "١. إذا هلك المعقود عليه وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه ٢٠- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل ان يقضيه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري" وايدت ذلك ايضا نص المادة (٥٤٧) من القانون نفسه بالنص على انه " ١- إذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري الا إذا حدث الهلاك بعد اذار المشتري لتسلم المبيع وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع وبين ابقائه مع انقاص الثمن" وهذا ما جاء مطابقا للمواد كل من (٤٢٦، ٤٢٧، ٩٥٠) من القانون اعلاه.

(٢) د. عبد الحكم فوده، مصدر سابق، ص ٢٣٠، وكذلك نص المادة (٤٣٧) من القانون المدني المصري على انه " اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه انفسخ العقد واسترد المشتري الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اذار المشتري لتسلم المبيع ".

تنفيذ هذا الالتزام بهلاك المبيع فينقضي الالتزام المقابل وهو التزام المشتري بدفع الثمن ويفسخ العقد^(١).

في حين القانون المدني الفرنسي أخذ بتبعية الشي أو الملك تاركاً تبعية العقد فحمل المالك تبعية الهلاك في العقود الملزمة للجانبين والناقلة للملكية لذلك إذا هلك المبيع بعد العقد وبعده انتقال الملكية إلى المشتري فإنه يهلك على ماله، ولو كان التسليم لم يتم بعد طالما نفذ البائع التزامه بنقل الملكية فالالتزام بنقل ملكية عندهم التزام مستقل عن الالتزام بالتسليم ولكن إذا انذر المشتري البائع بضرورة استلام المبيع ولم يقم بذلك البائع في الوقت المتفق وهلاك المبيع فإن البائع هو الذي يتحمل ذلك الهلاك ولو كان بفعل القوة القاهرة، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك^(٢).

استخلاصاً لما ورد أعلاه أن هلاك المبيع بالقوة القاهرة يكون على البائع لا على المشتري ولو أصبح المشتري مالكاً قبل التسليم وذلك في ظل القانون المدني العراقي والمصري. والسبب في عدم تحميل الهلاك على المشتري قبل التسليم على الرغم من أنه أصبح مالكا، لأن الملكية لا تخلص للمشتري فعلاً إلا عند تسليمه الشي محل العقد وكذلك أن التزام البائع بالتسليم هو أحد الأجزاء المتممة لالتزامه بنقل الملكية إلى المشتري إلا إذا قد تم اعذاره من قبل البائع باستلام الشي محل العقد وامتنع المشتري فإن الهلاك هنا يكون عليه، أما المشرع في القانون المدني الفرنسي فقد رأينا أنه أخذ بمبدأ تبعية الملك فجعل تبعا لذلك الهلاك يقع على المشتري بمجرد انتقال الملكية إليه وبمجرد انعقاد العقد، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً.

والسؤال الذي بالإمكان أن نطرحه هنا هو من يتحمل تبعية الهلاك في حال هلاك محل الإلتزام بسبب الأضرار التي سببتها جائحة كورونا في حال تم اعتبارها قوة قاهرة؟

من خلال تتبع نصوص القانون المدني العراقي للمواد كل من (١٧٩) و (٥٤٧) نرى أنها تشير بوضوح على أنه في حال هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة وهو في يد صاحبه انفسخ العقد

(١) مثى محمد عبد، مصدر سابق، ص ١٨٩.

(٢) د. عبد الحكم فوده، مصدر سابق، ص ٢٢٦، وايضا ما نصت عليه المادة (١١٩٦) من قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم مصدر سابق على انه " في العقود التي يكون محلها نقل الملكية او حوالة اي حق اخر يتم النقل بمجرد ابرام العقد، يمكن تأجيل النقل بإرادة الاطراف، او بحسب طبيعة الاشياء او بحكم القانون.....".

وعدم ترتيب أي اثر من أثاره من تاريخ أبرامه, مما يعني ضرورة إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد , وبالتالي يتحمل البائع تبعية الهلاك بالكامل مالم يكن قد أعذر المشتري بضرورة استلامه, أما اذا تسلم المشتري الشي ثم هلك فهلكه عليه وهو من يتحمله .

وفي هذا المجال يتسائل الباحث ايضاً أنه في حال تحميل البائع تبعية الهلاك بسبب القوة القاهرة هل من الممكن أن يقابل ذلك التزام المدين بالتعويض للدائن بسبب ذلك الهلاك؟

لا يمكن أن يلتزم المدين بالتعويض لأن التعويض يرتبط بوجود خطأ تقصيري والحالة التي نحن بصدددها سببها القوة القاهرة أي سبب اجنبي عن المتعاقدين، ومن ثم لا مجال لإلزام المدين بالتعويض حتى ولو أصاب الدائن ضرر من ذلك لانقضاء الخطأ والذي يعتبر أحد أركان المسؤولية المدنية^(١).

وأخيراً أن ما تناولناه سواء في هذا الفصل أو بقيت الفصول الأخرى المشار إليه بالرسالة لا يغلق الباب على من يأتي من بعدنا في البحث ذلك لأننا عشنا في فترة قلة فيها المصادر والمعلومة بسبب إضرار جائحة كورونا وتأثيرها على جميع مرافق الحياة والتي كان من ضمنها غلق المكاتب ومنع السفر إلى الخارج مما سبب صعوبة في الحصول على المصادر.

(١) د. عبد الحكم فودة، مصدر سابق، ص ٢٢٣، وايضاً ما نصت عليه المادة (١٦٣) من القانون المدني

المصري على انه " كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"



الخاتمة

والمصادر والمرانح

الخاتمة

في نهاية دراستنا الموسومة ب(التنظيم القانوني للالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا-دراسة مقارنة) تبين لنا مدى أهمية هذه الدراسة لما تسببه من آثار سلبية على أطراف العلاقة التعاقدية لعقدي (الإيجار والمقاوله) موضوع الدراسة وأيضا (المدد القانونية من خلال عدم تمكن الخصم من ممارسة حقه الاجرائي) ، وقد توصلنا في نهاية هذا البحث الى العديد من النتائج والمقترحات، وعلى النحو التالي.

أولاً: النتائج:

١- إن مصطلح الجائحة يرجع أصله الى الفقه الإسلامي والذي يراد به افة او نازلة أو مرض كجائحة كورونا ينتشر في مساحات كبيرة بل يكاد يغزو جميع دول العالم، وأيضاً يعتبر ظرف استثنائي وسبب أجنبي غير مستطاع دفعه، فهو يحمل معنى القهر والغلبة، وعدم الاستطاعة على الدفع، فيكون كل شيء بهذا الوصف جائحة.

٢- تتميز الجوائح عادة بمجموعة من الشروط التي تعتمد على الظروف المحيطة بها ومن خلال هذه الشروط نستطيع أن نعرف درجة تأثيرها على العقود والالتزامات .

٣- تقسم الجوائح وفقاً لمسبباتها على نوعين رئيسيين ينضوي تحتها العديد من الأقسام إلى طبيعية وهي حوادث من صنع الطبيعة لا دخل لإرادة البشر فيها لذلك تعد الجائحة الطبيعية كل نازلة أو أفة تصيب الثمار المبيعة وهي على رؤوس الشجر، فيوضع عن المشتري من الثمن بقدر ما أصابته من جائحه، فنتج بفعل الطبيعة بدون تدخل الإنسان في وقوعها واخرى غير طبيعية هي حوادث على خلاف الطبيعة ترجع أسبابها إلى فعل الإنسان سواء أكانت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ومع ذلك تعتبر معفية من المسؤولية متى ما توفرت شروطها.

٤- إن الطبيعة القانونية لجائحة (كورونا) لا يمكن اعتبارها ظرف طارئ أو قوة قاهرة وإنما تعتمد بشكل رئيسي على درجة خطورة الوباء والتدابير المتخذة من قبل الدولة لمواجهة هذا المرض فقد يصل في بعض الأحيان إلى درجة القوة القاهرة في حين قد يكون في أشهر أخرى ظرف طارئ.

٥- إن جائحة كورونا كان لها أثر بالغ وكبير في العقود المستمرة والتي يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيها لأن الالتزامات التي تستوفي على التراخي لفترات معينة هي التي تتأثر بسبب الشلل والأثر الاقتصادي البالغ الذي يتركه فايروس كورونا، أما بالنسبة للعقود الفورية فإن أثر الجائحة عليها سيكون غير موجود لأنها ترتب الالتزامات على أطرافها لحظه انعقادها إلا إذا كان مؤجل التنفيذ فأنها ستتأثر بهذه الجائحة وبالتالي فإن النطاق الطبيعي للجائحة العقود التي يوجد فيها فاصل زمني بين الانعقاد والتنفيذ وخلال ذلك الفاصل قد يستجد وجود جائحة كورونا مما سيؤثر بشكل مرهق أو مستحيل على تنفيذ الالتزامات التعاقدية بين أطرافها .

٦- إن آثار جائحة كورونا على عقد الإيجار ومن منظور الضرر القائم تتمثل بمسألتين الأولى تعذر استيفاء الأجرة (للمؤجر) بالنسبة للعقارات السكنية، أما الثانية مسألة تعذر استيفاء المنفعة (للمستأجر)، بالنسبة للمحلات التجارية.

٧- أن آثار جائحة كورونا على عقد المقاولة تتمثل بمسألتين الأولى آثارها على التزامات المقاول من ناحيتين أولاً التزام المقاول بالتنفيذ وثانياً التزام المقاول بالتسليم، أما الثانية فآثارها على التزامات رب العمل ومن ناحيتين أيضاً الأولى التزامات رب العمل المالية والمتمثلة (بالأجرة)، أما الثانية التزامات رب العمل الغير مالية والتي تتمثل (بتمكين المقاول من إنجاز العمل وتنفيذه على أتم وجهه، كذلك توفير بعض التراخيص الرسمية التي يحتاجها المقاول والتي تكون ضرورية لإنجاز العمل المتفق عليه.... الخ).

٨- يمكن تعريف المدد القانونية بأنها فترات زمنية ثابتة بمواقيت معينة حددها المشرع لاستقرار الأوضاع القانونية والتي يترتب على مخالفتها بطلان العمل أو الإجراء إذا كان خارج المدة المحددة للحق.

٩- إن الفرق بين المدد القانونية للسقوط ومدد التقادم هو أن مدة التقادم وجدت لتحديد الوقت الذي يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون في موعد حتمي محدد وفق القانون، أما مدة السقوط فتحتم القيام بعمل أو رفع دعوى في مدة معينة ولا يوجد فيها انقطاع أو توقف ويحق للقاضي فيها أن يحكم من تلقاء نفسه.

١٠- أن وسائل المحكمة المتخذة في تعديل الالتزامات التعاقدية في ظل الاضرار التي سببتها جائحة كورونا تختلف باختلاف درجة وخطورة الوباء في حال تم اعتبارها ظرف طارئ، أو قوة قاهرة .

ثانياً: المقترحات:

١- ندعو المشرع العراقي إلى إعطاء الجهة التنفيذية في العراق صلاحية تخفيض الإجراءات في ظل الظروف الاستثنائية كجائحة كورونا اسوة بصلاحية زيادتها في قانون ايجار العقار رقم (٥٦) لسنة (٢٠٠٠) في المادة (٢/٤) والتي خولت مجلس الوزراء بموجبها زيادة نسب بدلات إيجار العقارات السكنية كلما اقتضى الأمر ذلك.

٢- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (١٧/ فقرة أولاً) من قانون ايجار العقار وذلك من خلال اضافة فقرة توقف مدد الإنذار الخاصة باستيفاء الاجرة اذا كان عدم القدرة على دفعها لأسباب خارج عن ارادة المستأجر كما حصل في ظل جائحة كورونا بشرط عدم الاضرار بالمؤجر .

٣- ندعو المشرع العراقي إلى تشريع نصوص قانونية تعطي بموجبه صلاحية للمحكمة بصورة واضحة لوقف تنفيذ العقد إذا أنهار التوازن الاقتصادي انهياراً كاملاً بسبب حوادث لم تكن بالحسبان للمحافظة على استقرار المعاملات حيث ان وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية لمدة معقولة من الزمن نتيجة حوادث استثنائية كما هو في ظل جائحة كورونا أدت إلى إرتفاع الاسعار وقلة الايدي العاملة تمنع الاستمرار بتنفيذ العقد لتعود تلك الالتزامات مجدد من فترة التوقف الاستثنائي الى التنفيذ الطبيعي لها بعد زوال تلك الاسباب التي ادت الى توقف ذلك العقد بشرط عدم الإضرار بالطرف الآخر للعقد.

٤- ندعو المشرع العراقي بأن يضمن عقد المقاولة شروط أو فقرات يسمح بموجبه للمتعاقدين إعادة التفاوض في حال حدوث ظروف استثنائية تجعل احد الطرفين عاجزاً عن الوفاء بالتزامه كأن يتم مثلاً الإتفاق على تقسيط المبلغ على فترات زمنية معينة بدون اي تعويض على أن لا يخل او يضر بمبدأ استقرار المعاملات وأيضاً الطرف الاخر في العقد وهذا يختلف عن المعالجة القانونية المشار اليها بالمادة (١٤٦ / ٢) من القانون المدني كون محل الالتزام هنا الأجرة، أي دفع مبلغ من النقود وهي ممكن دائماً بحكم القانون وذلك تقديراً للنظام الاقتصادي

المعاصر الذي ييسر استثمار النقود ويجعل منها قابلة للتوظيف والاستثمار دائماً. ويختلف أيضاً عن نظرة الميسرة التي أشارت إليها المادة (٢٩٧) من القانون المدني العراقي كونه من صلاحية المحكمة، أما الشرط أو الفقرة التي تم الإشارة إليها أعلاه يخضع لإرادة وسلطة المتعاقدين ويجنبهم أيضاً مسألة إضاعة الوقت من خلال الإلتجاء إلى المحاكم المختصة وطلب ذلك.

٥- ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم نص قانوني لرب العمل مماثل لنص المادة (٨٧٨) من القانون المدني الخاص بالمقاول أو تعديلها بإضافة رب العمل إليها عنده انهيار التوازن الاقتصادي انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن بالحسبان ان توقف المحكمة تنفيذ العقد لفترة معينة أو فسخه.. لأن رب العمل قد يعاني أيضاً عند إرتفاع أسعار العملة، أو المواد الأولية بسبب ظروف استثنائية كجائحة كورونا مما يكون عاجزاً عن القيام بالتزامه المالي تجاه المقاول ذلك ان معالجة العقود أفضل من إنهاؤها للمحافظة على استقرار المعاملات والحقوق المكتسبة للغير..

٦- ندعو المشرع الي ايجاد نصوص قانونية تنظم التقاضي الالكتروني عن بعد دون وجوب الحضور المادي والشخصي للخصوم وهذه المفهوم حديثاً حيث يكاد ينعدم استخدام هذا المصطلح في القانون ويتميز هذا النظام من خلال مباشرة المحاكم عملها بصورة غير تقليدية تتميز بالحدثاء والسرعة العالية والدقة بالمواعيد والحضور الكترونياً دون داعي لحضور الخصم شخصياً.

٧- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل المواد (١٧٤، ١٧١) الخاصة بمدد الطعن والمشار إليها في قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ من خلال اعتبارها مدد تخضع للوقف والإنقطاع لمواكبة التغيرات والحالات الاستثنائية الأخرى، وليكون هذا القانون صالح ومواكب لجميع الحالات الأخرى المستجدة مستقلاً.

المصادر

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: الكتب القانونية:

- ١- إبراهيم انيس محمد، الاقالة وفسخ العقد برضا الطرفين، دراسة مقارنة، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠١٠.
- ٢- إبراهيم سيد أحمد رئيس محكمة الاستئناف، أشرف أحمد عبد الوهاب المحامي بالنقض والإدارية العليا عقد الإيجار في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، دار العدالة للنشر والتوزيع، ط١، القاهرة، ٢٠١٨.
- ٣- أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، بيروت، ج٢، دار المعرفة، ١٩٩٢.
- ٤- أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار، ط٤، ج١، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ١٩٨٧.
- ٥- احمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٩.
- ٦- احمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ط٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
- ٧- أحمد أبو الوفاء المرافعات المدنية والتجارية، ط١٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠.
- ٨- أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، ط١، دار الفكر والقانون، القاهرة، ١٩٩٠.
- ٩- أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
- ١٠- احمد الهندي، التمسك بسقوط الخصومة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩١.
- ١١- احمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت، دار الفكر، ١٩٩٥م.

- ١٢- أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، ط ١، ج ١، دار الفكر، دمشق، سوريا، ١٩٧٩.
- ١٣- احمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط٢، مطبعة مصر، القاهرة ١٩٥٤.
- ١٤- أحمد عبد العال ابو قرين، الاحكام العامة لعقد المقاولة، ط١، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٣.
- ١٥- احمد علي محمد الحميدي، وقف العقد، الطبعة الاولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٨.
- ١٦- أحمد فتح الله، معجم الفاظ الفقه الجعفري، ط١، مطابع المدوخل، الدمام، ١٩٩٥.
- ١٧- احمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها وضوابط تطبيقاتها، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية.
- ١٨- احمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزأوه المجلد الأول، ط١، دار ابن عفتان للنشر والتوزيع، ١٤١٨-١٩٩٧.
- ١٩- ادورد عيد، أثر انخفاض قيمة العملة في الالتزامات المدنية نظرية الحوادث الطارئة، بيروت، ١٩٩٠.
- ٢٠- أسعد دياب، القانون المدني العقود المسماة، ج١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
- ٢١- إسماعيل العمري، نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني وتطبيقاتها القضائية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٧٤.
- ٢٢- اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام والاثبات، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٤٧.
- ٢٣- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، مجلد (١)، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٨.
- ٢٤- أنور سلطان، الوجيز في العقود المسماة عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٨٣.
- ٢٥- برهان الدين ابو اسحاق، المبدع شرح المقنع، ج٤، عالم الكتب، بيروت، ٣٠٠٣.

- ٢٦- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، ج ٢، دون مكان طبع، ١٩٨٠.
- ٢٧- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ١٩٩٧.
- ٢٨- جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
- ٢٩- جواد كاظم جواد سميسم، دور المدة في عقد الايجار دراسة تحليلية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
- ٣٠- حازم محمد الشرعة، التقاضي الالكتروني والمحاكم الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع الاردن ٢٠١٠.
- ٣١- حسن علي الذنون، أصول الالتزامات، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
- ٣٢- حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، إثبات الالتزام، بغداد، ١٩٧٦.
- ٣٣- حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، دراسة مقارنة، مطبعة النهضة، مصر، ١٩٤٦.
- ٣٤- حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.
- ٣٥- حسن علي ذنون، دور المدة في العقود المستمرة، جامعة بغداد، سنة ١٩٨٨.
- ٣٦- حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، الطبعة الاولى، ١٩٤٩.
- ٣٧- خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة مقارنة، ٢٠١٩.
- ٣٨- خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري- مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥ .
- ٣٩- حكيم راشد سعيد الباقي الكيومي، اثر تدعيات جائحة فايروس كورونا على الالتزامات التعاقدية في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠.

- ٤٠- رافت محمد احمد حمادة، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، بلا مكان طبع، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٤١- راقية عبد الجبار الوجيز في العقود المسماة، البيع و التأمين والوكالة، المركز القومي للبحوث، طرابلس، ٢٠٠٤.
- ٤٢- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط١، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ٢٠١٢.
- ٤٣- ريماء فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.
- ٤٤- سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة في البيع والإيجار، ط٢، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠.
- ٤٥- سعيد مبارك، د. صاحب عبيد الفتلاوي، د. طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة (البيع-الإيجار-المقاوله-) دار الحكمة للطباعة والنشر، دون مكان نشر، ١٩٩٢.
- ٤٦- سليم عبد الله الجبوري، الحماية القانونية لمعلومات شبكة الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠١١.
- ٤٧- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، في عقد البيع وعقد الكفالة، ط٥.
- ٤٨- سليمان مرقس، شرح قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، ط١، دار صادر، بيروت، ١٩٩٨.
- ٤٩- سليمان مرقس، نظرية العقد والارادة المنفردة، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦.
- ٥٠- سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، منشأ المعارف الإسكندرية، ١٩٩٧ - ١٩٩٨.
- ٥١- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد، الارادة المنفردة، العمل غير المشروع، الاثراء بلا سبب، القانون، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٩م.
- ٥٢- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للالتزام، دار المعرفة الجامعية للطبع والنشر، ص ١٩٧٥.
- ٥٣- القاضي ابي الوليد محمد بن احمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الازهر، ج ٢.

- ٥٤- الصاوي المالكي، حاشية الصاوي علي الشرح الصغير، ج٢، دار المعارف، دون مكان نشر، دون سنة نشر.
- ٥٥- طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي، ج١، انعقاد العقد.
- ٥٦- عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارنة، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية للنشر، ٢٠٠٥.
- ٥٧- عباس الصراف و جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١.
- ٥٨- عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنه، ومعرزه بالتطبيقات القضائية، دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل ٢٠٠٠.
- ٥٩- عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دراسة مقارنه طبقا لا حكام القانون الدولي الخاص المقارن واحكام القانون العراقي، جامعة بغداد كلية القانون، مطبعة السنهوري، ٢٠١٥.
- ٦٠- عباس زبون العبودي، شريعة حمو رابي، دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة، مطبعة التعليم العالي في الموصل، ١٩٩٠.
- ٦١- عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠.
- ٦٢- عبد الحكم فودة، انتهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٣م.
- ٦٣- عبد الحميد الشواربي، مواعيد الاجراءات القضائية في ضوء القضاء والفقه، مؤسسة الثقافة الجامعية، سنة ١٩٨٧.
- ٦٤- عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، منشأة المعارف، الكتاب السابع، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢.
- ٦٥- عبد الحي حجازي، نظرية الاستحالة، مجلة ادارة قضايا الحكومة، ع ٤، القاهرة، سنة ١٩٦٣.

- ٦٦- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠.
- ٦٧- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، قام بتنقيحها وإضافة ما جد من تشريع وقضاء وفقه مصطفى محمد الفقي، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٧ .
- ٦٨- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٧٠.
- ٦٩- عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط ٧، دار الفكر العربي .
- ٧٠- عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة دراسة تاريخية ومقارنة للنظريات في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، دار الفكر، دمشق، ١٩٧١.
- ٧١- عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في أحكام الالتزام اثار الالتزام -اوصاف الالتزام-انتقال الالتزام-انقضاء الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٩٢.
- ٧٢- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤م.
- ٧٣- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط ٦، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، ١٩٧٦.
- ٧٤- عبد المنعم البدر، اثر مضي في الالتزام، القاهرة، مطبعة جامعة فؤاد، ١٩٥٠.
- ٧٥- عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، الجزء الثاني، احكام الالتزام، ١٩٨٩.
- ٧٦- عبد المنعم الشراوي، و فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩ - ١٩٧٧.
- ٧٧- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤.
- ٧٨- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢م.

- ٧٩- عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط١، مصر، ١٩٩٤.
- ٨٠- عثمان بن الحاجب، جامع الأمهات أو مختصر ابن الحاجب، ج١، اليمامة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٨.
- ٨١- عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الايجار، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- ٨٢- عصمت عبد المجيد البكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة الى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد، جامعة جيهان الأهلية، أربيل، دار الكتب العلمية.
- ٨٣- عصمت عبد المجيد بكر، الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، وزارة العدل الثقافية القانونية تسلسل (٩)، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٣٣.
- ٨٤- علاق عبد القادر، اساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، كلية الحقوق الجزائر، ٢٠٠٨.
- ٨٥- العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ط١، ١٤٢٣، ج ١.
- ٨٦- علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والايجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١١م.
- ٨٧- عمار محسن كزار الزرقي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، جامعة الكوفة، كلية القانون، ٢٠١٥.
- ٨٨- عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٠.
- ٨٩- غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، سنة ١٩٧١.
- ٩٠- فارس علي عمر، سقوط الحق في مباشرة الأجراء القضائي دراسة مقارنة، الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، مجلد ٢، عدد ٢٥، ٢٠٠٥.
- ٩١- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني قانون المرافعات المدنية والتجارية واهم التشريعات المكملة له، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.

- ٩٢- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات دراسة تأصيلية وتطبيقية للأعمال الاجرائية في قانون المرافعات واسباب بطلانها، منشأة المعارف، الطبعة الأولى.
- ٩٣- فخر الدين الحسيني، عقد المقاوله في القانون المدني العراقي، بغداد، مطبعة بابل، ١٩٨٤.
- ٩٤- فخر الدين الطريحي، مجمع البحرين، تحقيق السيد أحمد الحسيني، ط ٢، ج ١، مكتب الثقافة الإسلامية، (دون مكان نشر)، ١٩٨٧.
- ٩٥- القاضي صباح رومي عناد العكيلي، إيقاف مدد الطعن في الاحكام والقرارات، دراسة على ضوء بيان مجلس القضاء الاعلى المرقم ٤١/ق/أ في ٦/٤/٢٠٢٠.
- ٩٦- كمال قاسم ثروت، شرح احكام عقد البيع دراسة مقارنة مع مجموعه من التشريعات العربيه والأجنبية، دار السلام، بغداد.
- ٩٧- لفته هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد، المكتبة القانونية، ط ١، ٢٠٠٨.
- ٩٨- محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.
- ٩٩- محمد الكشور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسته مقارنة من وحي حرب الخليج، مطبعة النجاح ، سنة ١٩٩٣.
- ١٠٠- محمد بن المكرم جمال الدين ابن منظور، معجم لسان العرب، ط ٣، ج ٢، دار صادر، بيروت، لبنان، ١٩٩٣.
- ١٠١- محمد بن جمال الدين مكي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، دار التفسير للطباعة والنشر، ج ٢ .
- ١٠٢- محمد بن عبد الرحمن المالكي الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ومعه مختصر الشيخ خليل، ج ٤، تحقيق محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي، دار الرضوان، ٢٠١٠.
- ١٠٣- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عlish، بيروت، دار الفكر ج ٣.
- ١٠٤- محمد بو كماش، نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح، ط ١، ج ١، مركز الجامعي خنشلة.

- ١٠٥- محمد حسين منصور، دور القاضي ازاء الشرط الصريح الفاسخ، مكتبة المعارف الاسكندرية، مصر، بدون سنة نشر.
- ١٠٦- محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، مشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، سنة ٢٠١١.
- ١٠٧- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، دار زهران، مصر، دون سنة نشر.
- ١٠٨- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، المواد ٨٩-١٧١، دار محمود سامي البارودي، القاهرة، ٢٠١٨.
- ١٠٩- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، ط١، مج(١)، ج٤، ف ٥٧٨، دار منشأة المعارف، ٢٠٠٥.
- ١١٠- محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الاشياء، دراسة في القانون المصري مقارنة بالقانون الفرنسي، القاهرة، ١٩٥٧.
- ١١١- محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاوله في ضوء الفقه والقضاء، ط٢، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- ١١٢- محمد محمود المصري و محمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ، البطلان في الانعدام في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات، الاسكندرية، ١٩٨٨.
- ١١٣- محمد محيي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، ط١، ٢٠٠٧.
- ١١٤- محمد محيي الدين اسماعيل سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٠م.
- ١١٥- محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعدة اتمام العمل وتسلمها مقبولة من رب العمل، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٠.
- ١١٦- محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة، القاهرة، دون سنة نشر.

١١٧- محمود محمد هاشم: قانون القضاء المدني، ج ٢، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا سنة نشر.

١١٨- مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج ٣، دون مكان نشر، ٢٠١٦.

١١٩- مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ط ١، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٨.

١٢٠- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، جامعة بغداد، ١٩٩١.

١٢١- نادر عبد العزيز شافي، عقد الليزنغ في ضوء الاجتهادات القضائية، ج ٢، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، بلا سنة طبع.

١٢٢- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ط ١، ج ٢، قالب الطباعة والنشر بيروت، ١٩٥٠.

١٢٣- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط ١، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، مطبعة أطلس، القاهرة، ١٩٨٤.

١٢٤- نعيم مغبغب، عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١.

١٢٥- هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠١٩.

١٢٦- وجيه خاطر، التوجيهات الحديثة لتطور قانون الموجبات والعقود اللبناني، النشرة القضائية، العدد ٧، سنة ١٩٩٨.

١٢٧- وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩.

١٢٨- ياسر احمد كامل الصيرفي، الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، القاهرة.

١٢٩- ياسر باسم ذنون السبعواوي، جائحة فيروس كورونا وأثرها في أحكام القوانين الإجرائية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٦، السنة الثامنة.

١٣٠- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، اثار الحقوق الشخصية، احكام الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١، ج ٢.

ثالثا: الأطاريح والرسائل الجامعية:

أ- أطاريح الدكتوراه:

- ١- أسماء صبر علوان، الالتزام بالصيانة في عقد البيع (دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي)، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٢- أياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة، بغداد، ١٩٧٨.
- ٣- حازم سالم محمد الشوابكة، نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة في القانون الاردني، والشريعة الإسلامية، والقانون المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، ص ٢٠٠٩.
- ٤- خالص نافع امين، التزامات المشتري في عقد البيع سيف، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد كلية القانون، ١٩٩٧.
- ٥- خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الاماراتي، أطروحة دكتوراه مقدمة كلية القانون، قسم القانون الخاص، جامعة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٧.
- ٦- رشوان حسن رشوان احمد، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، مجموعة رسائل دكتوراه، دار النهضة، مصر، ١٩٩٤.
- ٧- صفاء تقي عبد نور العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه قدمت الى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥.
- ٨- عبد الوهاب علي الرومي، الاستحالة وأثرها في الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٤.
- ٩- مثنى محمد عبد، هلاك المبيع قبل التسليم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧.

- ١٠- محمد بوكاشي، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة الجزائر، ٢٠١٢.
- ١١- محمد غانم يونس، سلطة القاضي في تكميل العقد، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٧.
- ١٢- نزار أحمد عيسى عويضات، أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلهما في القانون، المدني، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٣.
- ١٣- اليسار فرحات فرحات، الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة، لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الاعمال، مقدمة الى جامعة لبنان المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والادارية والاقتصادية.

ب- رسائل الماجستير:

- ١- بلقاس زهرة، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، رسالة ماجستير في القانون مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة اكلي محمد اولحاج , البويرة، سنة ٢٠١٣-٢٠١٤.
- ٢- حسب الرسول الشيخ الفزاري، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة مقدمة الى جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٧٩.
- ٣- حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، ٢٠١١.
- ٤- خميس صالح ناصر عبد الله، نظرية الظروف الطارئة واثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الامارتية، رسالة ماجستير، ٢٠١٧.
- ٥- علي ضاري خليل، السبب الأجنبي وأثره في نطاق المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد، ١٩٩٩.
- ٦- فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، ساعدت جامعة بغداد على نشر هذا الكتاب، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، ١٩٦٩.
- ٧- محمد صبري عبد الأمير الأسدي، القوة القاهرة وأثرها في المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٧.

٨- هبه محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الازهر، غزة، فلسطين، ٢٠١٢.

٩- رجب عبد الحسن رجب، انقضاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق في الجامعة الإسلامية، لبنان، ٢٠١٨-٢٠١٩.

رابعاً: البحوث والدوريات:

١- أثر جائحة كورونا على سريان المواعيد الاجرائية المدنية، دراسة مقارنة، تونس، المغرب، فرنسا، بحث منشور بدون مؤلف في جامعة الجزائر، ٢٠٢٠.

٢- إحسان ستار خضير، نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود، بحث الترقية الى الصنف الأول من صنوف القضاة، مقدم الى رئاسة محكمة استئناف ذي قار، إشراف الأستاذ مدحت المحمود، ١٩٩٧.

٣- اسراء خضير مظلوم واخرون، أثر جائحة كورونا على مدد الطعن بالأحكام القضائية، بحث منشور في مجلة الفنون والآداب وعلوم الانسان والاجتماع، سنة ٢٠٢٠.

٤- تأثير جائحة كورونا على المواعيد الاجرائية في التشريع الجزائري، بحث منشور بدون مؤلف في جامعه الجزائر، سنة ٢٠٢٠.

٥- جواد كاظم جواد سميسم، فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج (٩)، ع (٢٨)، أيلول ٢٠١٦.

٦- خالد جاسم الهندياني، د. عبد الرحمن عبد الواحد الرضوان، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على عقد الإيجار بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، ج (١)، نوفمبر (عدد خاص بجائحة كورونا) / ٢٠٢٠.

٧- خالد علي سلمان بني احمد، الفرق بين القوة القاهرة والظرف الطارئ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور على المجلة الاردنية في الدراسات الإسلامية، ٢٠٠٦.

٨- سقوط الحق الاجرائي في قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، ٢٠١٥.

- ٩- سيف الدين محمد محمود البلعاوي، مدى جواز حبس المدين لعدم الوفاء بدينه، بحث منشور في مجلة كلية التربية، جامعة الأقصى، مج (٣)، ع (١)، ١٩٩٩.
- ١٠- ضياء شيت خطاب، القادم المسقط في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين، س ١٥ العدد ١، شباط، ١٩٥٧،
- ١١- عامر عاشور عبد الله، المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال استخدام اجهزة الاتصال الحديثة، بحث منشور في مجلة العلوم والقانون السياسية، جامعة كركوك، كلية القانون.
- ١٢- عبد الباسط جاسم محمد، المفيد في شرح القانون المدني العراقي، بحث مقدم الى كلية القانون والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة الانبار، دون تاريخ نشر.
- ١٣- عبد الجبار ناجي صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، بحث مقدم الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٢.
- ١٤- عبد الحكيم فودة، اثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الاعمال القانونية، بحث علمي على ضوء الفقه وقضاء النقض، مشاة المعارف، الإسكندرية.
- ١٥- عبد المجيد الحكيم، هل يمكن إن يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن ان يكون للالتزام أثر، بحث منشور في مجلة القضاء ع ٢، س ٢١، ١٩٦٦.
- ١٦- عبد المحسن مبارك عبد المحسن، سلطة القاضي في التعديل في ظل الظروف الاستثنائية في القانون الكويتي، بحث منشور، في مجلة الفنون والادب وعلوم الانشائية، سنة ٢٠٢٠.
- ١٧- عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، بحث منشور في كلية القانون جامعة الكوفة، بدون سنة نشر، ص ١٠١.
- ١٨- غني ريسان جادر، اسباب التكيف الخاطئ في الدعوى المدنية، بحث منشور في كلية القانون، جامعة البصرة، ٢٠١٨.
- ١٩- القاضي لفته هامل العجيلي، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة، العدد الاول، ٢٠١٥.
- ٢٠- القاضيين بو جلال كواشي ورابطي توفيق، البطلان والسقوط في الاجراءات المدنية، بحث منشور، سنة ٢٠٠٥.

- ٢١- لعور ريم رفيعة، الآثار القانونية لجائحة كورونا على تنفيذ العقود التجارية، بحث مقدم الى جامعة مستغانم، الجزائر، منشور في مجلة المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، المانيا، ٢٠٢٠.
- ٢٢- محمد بن راشد بن علي العثمان، بيع العقار والثمار في الفقه الإسلامي (بحث مقارنة)، ط٣، ١٩٩٧، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٧.
- ٢٣- محمد سليمان الاحمد، استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد ٢٩-٢٠٠١، ص ١٢٣ وما بعدها.
- ٢٤- محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد والسياسة والإحصاء والتشريع، العدد ٣٩٣ و ٣٩٤، س٧٤، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٢٥- محمد عبد الجواد محمد، شرط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحث مستل منشور في مجلة القانون في كلية القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، فقرة ٤٧، ١٩٧٣.
- ٢٦- مخلص جمال الحاج ياسين، المدة في عقد الايجار، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام، كربلاء، العدد (١٣)، السنة السادسة، ٢٠١٣.
- ٢٧- مصطفى عبد الأمير عياد، أثر الجائحة على العقد، في بيع الثمار في الشريعة الإسلامية، بحث مقارنة، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد (٦) العدد (١)، ١٩٩٨.
- ٢٨- وسن قاسم غني الخفاجي، وعلي سعود داخل، سلطة القاضي في تقدير الضرر واثارتها في الالتزامات التعاقدية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠٠٩.
- ٢٩- وسيم جبار ابراهيم، تعديل الاجر في عقد المقاولة، دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي، المعهد التقني بابل، بحث منشور في مجلة كربلاء العلمية، المجلد الثاني عشر، العدد الرابع، ٢٠١٤.

٣٠- وضاح غسان عبد القادر وصخر احمد نصيف، النظام العام وأثره على مدد السقوط واجراءات التقاضي في ظل جائحة كورونا، بحث مقدم الى مؤتمر كلية القانون والعلوم السياسية جامعة ديالى، ٢٠٢٠.

خامسا: القرارات القضائية:

١- قرار ذي العدد ٥٨٨/مدنية ثانية/٧٣ في ٢٢/٤/١٩٧٤، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الخامسة.

٢- القرار الاستئنافي المرقم س ٥٧/٣٧ مصادق عليه من قبل محكمة التمييز بالقرار المرقم ١٥٤١/حقوق.

٣- قرار الطعن رقم ١٢٠٧٩ المصري لسنة ١٩٨١ قضائية جلسة ٢٠١٣/٥١٢.

٤- قرار اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية المرقم ١١٧ لسنة ٢٠٢٠ والصادر من الامانة العامة لمجلس الوزراء بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٣ والذي بموجبه اعتبر الفترة من تاريخ ٢٠٢٠/٢/٢٠ لغاية صدور هذا القرار قوة القاهرة لجميع المشاريع والعقود الا انه محكمة البداءة ردت الدعوى لسبب ان عقد الايجار المبرم بين اطراف الدعوى قد انتهى بتاريخ ٢٠٢٠/٥/٢٨.

٥- القرار المرقم ٧٤٠/م/١/٧٢ في ٢٢/٧/١٩٧٢/نقلا عن القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، بغداد منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٨٨.

٦- قرار النقض في جلسة ١٣/٣/١٩٦٩ رقم ٧٠ (١) قرار الهيئة الاستئنافية المرقم ٢٠٠٨/٤/١٠ في ٣٤٨/٣٤٧

٧- قرار امارة دبي نتيجة طلب وكيل المدعية فسخ العلاقة الأيجاريه بسبب الخسائر وضررها من إنتشار فايروس كورونا للفترة من تاريخ ٢٠٢٠/٧/٥ ولغاية ٢٠٢١/١/٢٠٤ ومبلغ التأمين بفية ٩٦٩٣ درهم .

٨- قرار حكومة تونس رقم ٨ لسنة ٢٠٢٠ في ١٧/أفريل ٢٠٢٠ القاضي بتعليق الاجراءات والآجال بسبب جائحة كورونا.

- ٩- القرار ذو العدد ١٢١٠٧ في ١٣ / ١٢ / ٢٠٢٠ رقم الملف ٧ / ٢ / ٣٤٠ الصادر من رئيس الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع.
- ١٠- القرار رقم ٤٥/م في ٨/٥/١٤٤٢، العراق، على انه تطبق على عقد المقاوله التي تاترت بالجائحه الاحكام الاتية.
- ١١- قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد، الكرخ بصفتها التمييزية بتخليه الماجور لامتناع المستأجر عن تسديد الاجرة على الرغم من الانذار الموجه اليه ومرور المدة القانونية عليه العدد ٣٦٢/عقار في ٢٩/١١/٢٠٠٤.
- ١٢- قرار رئاسة محكمة استئناف واسط الاتحادية، ذو العدد ٩/اب/٢٠٢١ في ٣١/٣/٢٠٢١.
- ١٣- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٤٨ لسنة ١٩٩١، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٣٤٤.
- ١٤- قرار محكمة التميز الاتحادية العراقية رقم، ١٤، الهيئة العامة، في ١٦/٦/٢٠٢٠، نوع الحكم احوال شخصية .
- ١٥- قرار محكمة التميز الاتحادية العراقية، المرقم ٢١٠٤، في ٢٢/٧/٢٠٢٠، نوع الحكم مدني، الهيئة الاستئنافية عقار.
- ١٦- قرار محكمة التميز ذو العدد ٢٩٣٧/٢٩٦٧ في ١٧/٦/١٩٦٧.
- ١٧- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٣٩ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١١ في ٢٠/١٢/٢٠١١.
- ١٨- قرار محكمة التمييز العراقية، المرقم ١٣٧ مدنية أولى / ١٩٧٤ بتاريخ ٨ / ١٤ / ١٩٧٤.
- ١٩- قرار مملكة المغرب رقم ٢-٢٠-٩٢ في ٢٣/٢/٢٠٢٠ القاضي باعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة.
- ٢٠- قرار وزير العدل الجزائري المرقم ٢٠-٠٧ في ٢٤/افريل ٢٠٢٠ بتنفيذ نص المادة ٣٢٢ وذلك لتمكين الافراد من ممارسة حقوقهم في الطعن بعدة انتهاء الآجال المحددة بسبب جائحة كورونا.

سادسا: التشريعات الوطنية والاجنبية

- ١- قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٢- قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
- ٣- قانون ايجار العقار العراقي رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٧ المعدل بقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠.
- ٤- قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٥- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ.
- ٦- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- ٧- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل.
- ٨- قانون المدني الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ المعدل.
- ٩- قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم ١١٢٣ الصادر عام ١٩٧٥ والمعدل بقانون رقم ١/يناير ٢٠٢٠.
- ١٠- قانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٠ المعدل بقانون رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦.

ثامنا: المواقع الإلكترونية:

- 1- <https://akhbarmesr.net/category/reports/>.
- 2- <https://www.mawazin.net>.
- 3- <https://www.nasnews.com/>.
- 4- <https://www.tahergp.org/index.php/ar/>.
- 5- <https://almadapaper.net/view.php?cat=226016>.
- 6- <https://ja-jp.facebook.com>.
- 7- <https://portal.arid.my>.
- 8- <https://www.espace-etudiant.net/>.
- 9- <https://www.hjc.iq/view.67449/>.
- 10- <https://www.hjc.iq/view.67830/>.
- 11- <https://www.hjc.iq/view.67830/>.
- 12- <https://www.hjc.iq/view.67830/>.
- 13- <https://www.irairaq.corn>.
- 14- <https://www.mahkama.net/>.

تاسعا: المصادر الأجنبية:

- 1- DE-mou GuE, Les Effects Obiligations, T.l.Paris, 1986.
- 2- Dufourmantelle, La force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les rnarchés administratifs, Paris 1920.
- 3- Groot RJ, Baker SC, Baric R, Enjuanes L, Gorbalenya AE, Holmes KV, Perlman S, Poon L, Rottier PJ, Talbot PJ, Woo PC, Ziebuhr J

- (2011). "Family Coronaviridae". In AMQ King, E Lefkowitz, MJ Adams, EB Carstens (المحررون). Ninth Report of the International Committee on Taxonomy of Viruses. Elsevier, Oxford.
- 4- Louis ,Volonté et cause ,Etude sur le role respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit priV ,éthès Dijon ,1913.
- 5- Mazeaud (H.L.J) Lecon de droit Civil Obligations T.2,3eme, Paris,1966.
- 6- Moury J., Force majeure: éloge de la sobriété, Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz revues, Paris, 2004.
- 7- R.Demogue. Les effets des obligations. Tome 6. Paris. 1931.
- 8- Virus Taxonomy: 2018b Release" (html). International Committee on Taxonomy of Viruses (ICTV) .

Abstract

The Covid-19 pandemic has become the most important and prominent event in recent times, and it has undoubtedly arranged effects on all life facilities, and contract obligations were one of the most important legal processes affected by that pandemic, which caused it to falter or be impossible to abide by its parties so that the role of the law would be the final provision for the distribution of risks between its parties, by knowing the type of legal characterization of the Korean pandemic, and there is no doubt that all the consequences that have resulted will be negative for all parties to the contracts in general. In particular, time contracts, which are delayed or impossible to implement, call for judicial intervention to rule on such disputes in order to eliminate the fatigue on the parties to the streptococcal association, and the impact of this pandemic did not stop at this limit, but extended its effect to include the legal periods of appeal when the proceedings are exercised for those contracts.

Since the contract cannot remain unaltered if it is subject to any external reason that made it impossible to complete, the fact that the Covid-19 pandemic is a good indication of the reason why the total contractual obligations had to be amended, whether in accordance with the principle of respect for the will of the contracting parties, through mutual consent or by legal provision, or by reference to the competent court to relieve the contracting party. By lifting the fatigue, he has suffered, those obligations that have been affected by external circumstances are addressed by the court because of the discretion they have when the dispute is brought before them, and therefore the legal text is the indirect source of the obligation created by the judge when amending the contract, while the other direct source is the judge's decision.

This study was initiated to research the legal regulation of contractual obligations in the wake of the Covid-19 pandemic, by referring to the legislative texts of Iraqi, Egyptian and French law, as well as to provide the study with the most important judicial decisions and rulings issued with regard to the amendment of contractual obligations in the comparative states and then to come up with a tally that makes it necessary to see clear when determining the reasons why the impact of this pandemic is considered to be force majeure or emergency circumstance and the extent to which one of these theories can be applied to the Covid-19 pandemic.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education &
Scientific Research
University of Babylon
College of Law



***The Legal Regulation of Contractual Obligations
in the Shadow of Covid-19 Pandemic
- A Comparative Study -***

A Thesis Submitted to:
The Council of the College of Law/ University of Babylon
as a Partial Fulfillment of the Requirements of the M.A Degree
in Law/ Private Law

by:
Muhanned Fadhil Hameed

Supervised by:
Dr. Miri Kadhem Obaid Al-Khaikani
Professor of private civil law

1443 AH

2021 AD